



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

İŞ YARGILAMASINDA İSPAT VE DELİLLER

Nurten KEMER

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU BİLİM DALI**

EKİM - 2019



İŞ YARGILAMASINDA İSPAT VE DELİLLER

Nurten KEMER

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

OCAK 2019

Nurten KEMER tarafından hazırlanan “Medeni Usul Hukukunda Öngörülen İspat Kurallarının İş Yargılamasındaki Uygulaması” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Özel Hukuk, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi

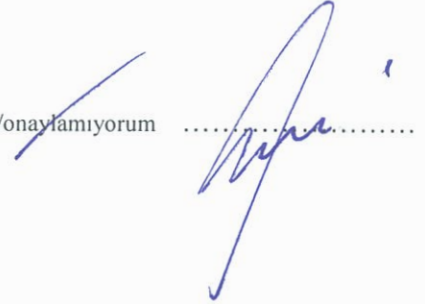
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. İbrahim ERMENEK

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 3/10/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZAF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Nurten KEMER

03.10.2019

İş Yargılamasında İspat ve Deliller
(Yüksek Lisans Tezi)

Nurten KEMER

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
Ekim 2019

ÖZET

Bir hakkın etkin olarak korunabilmesi, uyuşmazlık halinde hakkın temelinde yatan vakıaların ispatına bağlıdır. Bu sebeple ispat, yargılamanın aleyhe veya lehe şekillenmesini sağlayan temel faaliyetlerden biri olarak kabul edilmektedir. İş yargılaması genel olarak işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkları konu alır. İş ilişkisinde işçinin işverene karşı kişisel ve ekonomik olarak bağımlı olması ve işveren karşısında zayıf konumda bulunması nedeniyle, bu ilişkide tarafların menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleştirebilmeleri amacıyla kanun koyucunun ilişkiye etkin bir şekilde müdahale ettiği görülmektedir. Söz konusu müdahaleler maddi hukuka ilişkin olabildiği gibi, bazı durumlarda ispat hukukuna ilişkin de olabilmektedir. İş ilişkisinin bu yapısı aynı zamanda iş yargısını da etkilemiş ve farklı yargılamanın yapılması gereğini ortaya koymuştur. Bünyesinde çabukluk, ucuzluk, kolaylık ilkelerini barındıran iş yargısı, 1950 yılında kurulan İş Mahkemeleri'yle birlikte kendine özgü bir yapıya kavuşmuştur. Getirilen tüm bu koruyucu düzenlemelere rağmen eşit olmayan taraflar arasındaki bir ilişkide, ispat kurallarının medeni yargılamadaki kurallara göre belirlenmesi birtakım karışıklıklara ve bazı hallerde de hak kayıplarının yaşanmasına sebebiyet verdiği görülmüştür. Bu nedenle, medeni yargılamadaki ispata ilişkin kuralların iş yargılamasında aynen uygulanması, iş hukukunun amacı ve yapısına aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Böylece söz konusu ispat kurallarının iş hukukunun amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Uygulama ve doktrin ile geliştirilen bu yöntemin medeni yargılama hukukundaki temel ilkeler de dikkate alınarak İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenmesi, içtihat birliğinin sağlanması ve hukuki güvenlik açısından daha uygun olacaktır.

Bilim Kodu : 51101
Anahtar Kelimeler : İspat, Medeni Yargılama, İş Yargılaması, İş Mahkemeleri Kanunu
Sayfa Adedi : 237
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU

Proof and Evidences in Labour Proceedings

(M.Sc. Thesis)

Nurten KEMER

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
October 2019

ABSTRACT

The effective protection of a right depends on the proof of the facts underlying the right in case of dispute. For this reason, act of proving is considered one of the main activities granting the judgment in favour of or against a suitor/defendant. In general, labour judgments are concerned with disputes arising from labour relations between the worker and the employer. Because the worker is personally and economically dependent on the employer and has a weak (disadvantageous) position against the employer, it is observed that the legislator intervenes effectively in order for the parties to achieve their own interests in this relationship in an equitable manner. Such interventions may be related to material law or, in some cases, to the law of proof. This structure of the business relationship also affected the business judgment and revealed the need for different judging. The labour judiciary, which contains the principles of quickness, cheapness and convenience, has gained a unique structure with the Labour Courts established in 1950. In spite of all these protective arrangements, it has been observed that in a relationship between unequal parties, the establishment of the rules of proof according to the rules of civil proceedings has caused some confusion and in some cases loss of rights. For this reason, the claim that the same application of the rules on proof in civil proceedings as those labour proceedings will result contrary to the purpose and structure of labour law and the interpretation of the rules of proof in accordance with the purpose of labour law has resulted. Establishment of this method, developed in line with practice and doctrine, in Act of Labour Courts, will be more appropriate in terms of ensuring case law unity and legal security by taking into account the basic principles in civil proceedings law.

Science Code : 51101
Key Words : Proof, Civil Proceedings, Labour Proceedings, Act of Labour Courts
Page Number : 237
Supervisor : Asst. Prof. Dr. Mustafa Göksu

TEŞEKKÜR

“İş Yargılamasında İspat ve Deliller” başlığını taşıyan bu çalışma, 3 Ekim 2019 tarihinde gerçekleştirilen savunma sonucunda değerli jüri üyeleri Sayın Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU tarafından başarılı bulunarak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Tez yazım süreci boyunca büyük bir sabır göstererek tezin şekillenmesini sağlayan, yol gösteren, değerli fikir ve tavsiyelerini esirgemeyen kıymetli tez danışmanım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU’ya bütün emekleri için minnettarım.

Yoğun çalışma temposuna rağmen tez jüri üyeliğini kabul eden ve değerli görüşleriyle katkı sunan kıymetli hocam Sayın Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY’a emekleri ve çalışmaya sundukları katkı için müteşekkirim.

Tezle ilgili fikirlerini esirgemeyen, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’nde bulunduğumuz andan itibaren her konuda destek gösteren kıymetli hocam Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK’e katkı, tavsiye ve desteklerinden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Tez konusunun seçiminde yol gösteren, anlayışı, hoşgörüsü ve değerli yönlendirmeleriyle her zaman destek olan, aklıma takılan soruları sabırla yanıtlayan, ailemden biri olarak gördüğüm Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi çok değerli hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Cavit DEMİRAL’a en içten teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Değerli fikirleriyle destek olan ve teze katkı sunan mesai arkadaşlarım Arş. Gör. Ayşen ALAN’a, Arş. Gör. İsmail HATİP’e, Arş. Gör. Said Emre KUMRAL’a, Arş. Gör. Sedat KAYA’ya, Arş. Gör. Şeyma ÖZEL’e ve Arş. Gör. Yusuf MİNEZ’e teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak, maddi ve manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan, her zaman destek olan, varlıkları dolayısıyla her zaman şükrettiğim ve kendimi güçlü hissettiğim biricik anneme ve babama emekleri için teşekkür ediyorum.

Nurten KEMER

Ankara 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	x
1- GİRİŞ.....	1
2- İŞ YARGILAMASININ TEMEL ÖZELLİKLERİ VE İSPATIN GENEL İLKELERİ...3	
2.1. İş Hukukunun ve İş Yargılamasının Kendine Özgü Yapısı.....	3
2.1.1. İş Hukukunun Niteliği.....	3
2.1.2. İş Hukukunda İspat Kurallarını Etkileyen İlkeler	4
2.1.2.1. İşçi lehine yorum ilkesi	5
2.1.2.2. İşçinin korunması ilkesi.....	8
2.1.3. İş Yargılaması ve Taşıdığı Özellikler	9
2.1.4. İş Yargılamasının Emredici Yapısı	13
2.2. İspat	14
2.2.1. İspat Kavramı	14
2.2.2. İspat Türleri.....	17
2.2.2.1. Doğrudan ve dolaylı ispat.....	17
2.2.2.2. Asıl ispat- karşı ispat- aksini ispat.....	19
2.2.3. İspat Hakkı	19
2.2.4. İspat Yükü	21
2.2.4.1. İspat yükü kuralı	22
2.2.4.1.1. Genel olarak ispat yükü kuralı	22
2.2.4.1.2. İş yargılamasında ispat yükü kuralı	23
2.2.4.2. İspat yükünde genel kuralın dışındaki haller.....	25
2.2.4.2.1. Normal durumun aksini ispat.....	25
2.2.4.2.2. İspat yükünün kanunla özel olarak belirlendiği haller	26
2.2.4.2.3. Karineler.....	32
2.2.4.2.4. İspat yükü sözleşmeleri.....	37
2.2.5. Delil İkame Yükü.....	38
2.2.6. İspat Ölçüsü.....	40
2.2.6.1. Genel olarak ispat ölçüsü	40
2.2.6.2. İş hukukunda ispat ölçüsü	41
3- İŞ YARGILAMASINDA DELİLLER.....	43
3.1. Deliller (İspat Araçları).....	43
3.2. Delil Sistemleri	43
3.3. Delil Çeşitleri	44
3.3.1. Kesin Deliller	44
3.3.1.1. Belge kavramı ve kesin delil olarak senet	47
3.3.1.1.1. Senet çeşitleri	51
3.3.1.1.2. Senetle ispat kuralı ve bu kuralın ortaya çıkışı	52
3.3.1.1.3. Senetle ispat zorunluluğu kuralı ve şartları.....	53

3.3.1.1.4. Senetle ispat kuralının istisnaları	59
3.3.1.1.5. Senede karşı tanıkla ispat yasağı.....	74
3.3.1.1.6. Senede karşı tanıkla ispat yasağının istisnaları	74
3.3.1.2. İş hukukunda özellik arz eden belgeler ve bu belgelerin delil nitelikleri.....	76
3.3.1.2.1. Ücret bordroları ve ücret hesap pusulaları	76
3.3.1.2.2. İşçinin SGK sicil kayıtları.....	81
3.3.1.2.3. İbranameler	82
3.3.1.2.4. Banka dekontları (havale dekontları).....	86
3.3.1.2.5. Müfettiş raporları ve tutanakları	90
3.3.1.2.6. 5510 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca düzenlenen tutanaklar	92
3.3.1.2.7. İşçi özlük dosyaları	95
3.3.1.2.8. Yıllık izin kayıt belgeleri	97
3.3.1.2.9. Ticari defterler.....	101
3.3.1.2.10. Devamsızlık tutanakları	105
3.3.1.2.11. Doktor raporları.....	109
3.3.1.2.12. Teminat senetleri ve açığa imza.....	112
3.3.1.2.13. Elektronik belgeler	115
3.3.1.2.14. Makbuzlar	122
3.3.1.2.15. Puantaj kayıtları	122
3.3.1.3. Senet dışındaki kesin deliller.....	123
3.3.1.3.1. Yemin.....	123
3.3.1.3.2. Kesin hüküm	125
3.3.2. Takdiri deliller.....	128
3.3.2.1. Tanık.....	128
3.3.2.1.1. Genel olarak tanık	128
3.3.2.1.2. İş yargılamasında tanık	131
3.3.2.2. Bilirkişi.....	134
3.3.2.2.1. Genel olarak bilirkişi.....	134
3.3.2.2.2. İş yargılamasında bilirkişi.....	139
3.3.2.3. Keşif	141
3.3.2.4. Uzman görüşü.....	142
3.3.2.5. Kanunda düzenlenmemiş diğer deliller	145
4- İŞ HUKUKUNDA SIKLIKLA UYUŞMAZLIK KONUSU OLUŞTURAN VAKIALARIN İSPATI.....	147
4.1. İş Sözleşmesinin ve Türünün İspatı	147
4.1.1. Usul Hukukunda Sözleşmenin Varlığının ve Türünün İspatı	148
4.1.2. İş Hukukunda Sözleşmenin Varlığının ve Türünün İspatı.....	148
4.2. Ücretin ispatı.....	149
4.2.1. Ücretin Ödendiğinin İspatı.....	149
4.2.2. Ücret Miktarının İspatı.....	152
4.3. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın İspatı	158
4.3.1. Eşit Davranma Borcunda İspat	159
4.3.2. İddianın Güçlü Şekilde Ortaya Konulması	160
4.4. Mobbingin (Psikolojik Tacizin) İspatı	161
4.5. Cinsel Tacizin İspatı	164
4.6. Hizmet Tespiti Davalarında İspat	166
4.6.1. Hizmet Süresi Tespitinin Kamu Düzenine İlişkin Yönü	167
4.6.2. Hizmet Süresinin Tespitinde Deliller.....	169

4.7. Çalışma Koşullarında Değişikliğin İspatı	173
4.8. İş Sözleşmesinin Feshinde İspat	177
4.8.1. Fesihte Hayatın Olağan Akışı Kavramı	178
4.8.2. İstifa Dilekçesi	179
4.9. Haklı Nedenle Fesihte İspat	180
4.9.1. İşçi Tarafından Haklı Nedenle Fesih	181
4.9.1.1. Sağlık sebepleri	181
4.9.1.2. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri	182
4.9.1.3. Zorlayıcı sebepler	183
4.9.2. İşveren Tarafından Haklı Nedenle Fesih	184
4.9.2.1. Sağlık sebepleri	184
4.9.2.2. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri	185
4.9.2.3. Zorlayıcı sebepler	188
4.9.2.4. İşçinin gözüne alınması ve tutuklanması	189
4.9.3. Haklı Nedenle Feshin Süresinde Yapıldığına İspatı	189
4.10. Sendikal Nedenle Fesihte İspat	190
4.11. Geçerli Nedenle Fesih	192
4.12. Bildirimli Feshin İspatı	197
4.13. Fazla Çalışmanın İspatı	198
4.14. Yıllık Ücretli İzin ve Diğer Tatil Alacaklarında İspat	203
4.15. Muvazaanın İspatı	206
4.15.1. Muvazaanın İspatında İspat Yükü	206
4.15.2. Muvazaanın İspatında Kullanılacak Deliller	209
4.16. İbramelerle İspat	211
5. SONUÇ VE ÖNERİLER	215
KAYNAKLAR	221
ÖZGEÇMİŞ	237

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
AY	Anayasa
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Yüksek Mahkemesi)
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dpn.	Dipnot
E.	Esas numarası
E.T	Erişim Tarihi
EBK	Eski Borçlar Kanunu
ETTK	Eski Türk Ticaret Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İK	İş Kanunu
K.	Karar numarası
m.	madde
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
vs.	ve saire

1- GİRİŞ

Medeni usul hukukunun temel amaçlarından birisi de gerçek ve tüzel kişiler arasında meydana gelen ve özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlamaktır. Bu sebeple kişiler yaşanan uyuşmazlıkların sona erdirilmesi ve haklarının korunması amacıyla mahkemelere başvururlar. Bu süreçte davacı veya davalı olarak kendilerinin ileri sürdükleri iddiaların doğru olduğunu, karşı tarafın savunmalarının ise gerçeği yansıtmadığını ispat etmek durumundadırlar. Aksi halde ispat yükünü taşıyan taraf, kendisi aleyhine hüküm verilmesi riskiyle karşılaşabilecektir. Bu açıdan ispat faaliyeti, davanın kazanılması veya kaybedilmesinde etkili olan en önemli faktörlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. İspat faaliyetinin etkin bir şekilde gerçekleşmesi de ancak deliller aracılığıyla mümkün olacaktır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ispat ve delillere ilişkin olarak madde m. 7/2'de davaların yığılması halinde ispat yükü bakımından her bir talebe ilişkin vakıaların ayrı ayrı değerlendirileceği yönündeki hüküm dışında herhangi bir hüküm bulunmamakta, yine aynı Kanun'un 9. maddesinde ise iş yargılamasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, İş Kanunu'nda yer alan bazı maddelerde ispat yüküne ilişkin özel düzenlemelere de rastlanmaktadır.

Tarafların eşitliği ilkesine dayanan medeni yargılamaya ilişkin hükümlerin taraflardan birisinin bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunduğu ve diğer tarafın sosyo-ekonomik açıdan üstün olduğu bir ilişkiden kaynaklı yargılama faaliyetinde uygulanmasının, bünyesinde birtakım zorluklar barındırması doğal karşılanmalıdır. İş yargılamasında, özünde zayıf olan işçi ve ona göre daha güçlü konumda bulunan işveren karşı karşıya bulunmaktadır. İş hukukuna ilişkin maddi kurallar esasen bu eşitsizliği gidermeye yönelik olup, bu yönüyle kendine özgü kamusal nitelik taşıyan iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde, taraflar arasındaki eşitlik ilkesine dayanan medeni yargılama kurallarının uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Öncelikle iş hukukunun kamusal yönü medeni yargılamadaki taraflarca getirilme ilkesinin aksine, bazı davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanmasını gerektirmektedir. Buna rağmen, bazı yazarların savunduğu gibi iş yargılaması uygulamalarında medeni usule ilişkin ispat hukuku kurallarından oldukça uzaklaşıldığı iddialarının da çoğu durumda gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu çalışma ile iş yargılaması uygulamalarında ortaya çıkan farklılıkların, ispat kurallarının esasen iş hukukunun amaç ve ilkelerine uygun yorumlanmasından ibaret olup olmadığı

araştırılacaktır. Ancak araştırma yapılırken konunun oldukça geniş olması sebebiyle genel olarak bireysel iş uyuşmazlıklarında ortaya çıkan ispata ilişkin konular inceleme altına alınmış, yeri geldiğinde Sendikalar ve Toplu Sözleşmesi Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu içerisinde yer alan bazı hükümler inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk görüşmeleri sırasında ve arabuluculuk görüşmesi sonucunda varılan anlaşma sonucunda ortaya çıkan delillerin durumu ve bu konuda doktrinde yer alan tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

“İş Yargılamasında İspat ve Deliller” adlı çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümü, iş hukukunun ve yargılamasının kendine özgü yapısı ve temel özelliklerine ayrılacaktır. Bu bölümde ayrıca ispata ilişkin ispat, ispat hakkı, ispat yükü gibi temel kavramlar da ele alınacaktır.

Tez çalışmamızın ikinci bölümü iş yargılamasında yer alan delillere ilişkindir. Bu amaçla, deliller, delil sistemleri, delil çeşitleri ve iş hukukuna özgü birtakım belgeler incelenecek ve bu belgelerin hangi şartlarda delil olarak değerlendirilebilecekleri, delil niteliklerinin ne olduğu ve hangi vakıaların ispatı için kullanılabilecekleri Yargıtay kararları ışığında tartışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise iş yargılamalarında sıklıkla uyuşmazlık konusu olan vakıaların ispatına yer verilecektir. İş yargılamasında genellikle karşılaşılan vakıalar ayrı başlıklar altında incelenecek, uyuşmazlıkların temelinde yer alan vakıalarla ilgili açıklama yapılarak, bu vakıaların ispatının ne şekilde gerçekleşeceği ve kim tarafından ispat edilmesi gerektiği hususları iş hukukunun kendisine özgü yapısı çerçevesinde değerlendirilecektir. Doktrinde bu yönde yer alan tartışmalara değinilerek, konuya ilişkin Yargıtay kararlarına yer verilecektir.

Tezimizin sonuç kısmında, iş yargılamasındaki ispat faaliyetinde yer alan temel sorunlar ve önem arz eden çeşitli konular incelemelerimiz doğrultusunda ortaya konularak, söz konusu sorunlar hakkında tespit ve önerilerimiz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2. İŞ YARGILAMASININ TEMEL ÖZELLİKLERİ VE İSPATIN GENEL İLKELERİ

2.1. İş Hukukunun ve İş Yargılamasının Kendine Özgü Yapısı

2.1.1. İş Hukukunun Niteliği

İş hukuku, bünyesinde kamu ve özel hukuk alanlarına ait farklı özellikleri barındıran bir hukuk dalıdır. Bu nedenle iş hukukunun, doktrinde kamu hukuku alanına mı, özel hukuk alanına mı ait olduğu, yoksa karma bir hukuk alanı mı olduğu konusu halen tartışmalı bir konudur. Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için, iş hukukunun geçirdiği tarihsel sürecin irdelenmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. Zira iş ilişkisi genel olarak bir özel hukuk sözleşmesine dayalı olarak kurulmuş olsa da, geçirdiği tarihsel gelişim süreci nedeniyle, çoğu durumda devletin müdahalesi ile karşılaşılmaktadır.

18. yüzyılda sanayi devrimi ile birlikte batı ülkelerinde fabrika tipi üretime geçilmesi ile beraber, tarım ile geçimini sağlayan aileler kentlere göç ederek sanayide çalışan iş gücünü oluşturmuş ve böylece işçi sınıfı ortaya çıkmıştır¹. Başlarda dönemin liberal iktisadi yapısına uygun olarak, taraflar arasında sözleşme özgürlüğü katı bir şekilde uygulanmıştır. Ancak bu liberal anlayış, işçilerin çok düşük ücret karşılığında, çok ağır ve gayri insani şartlarda çalıştırılması sonucunu doğurmuştur². Karın tokluğuna ücret karşılığı çalışma sonucunda, ailede tek kişinin çalışması yeterli olmamış, ailelerinin geçimlerini sağlayabilmek için kadın ve çocuklar da iş hayatına atılmışlardır. İnsani olmayan şartlar, az miktarda ücret, ağır ve tehlikeli işler gibi olumsuz koşullar, meydana gelen hastalıklar ve ölümler sebebiyle, iş ilişkisine devletin müdahale etme gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Dönemin liberal devlet anlayışından uzaklaşarak sosyal devlet anlayışına geçilmiştir³. Bu şekilde başta sözleşme serbestisinin hâkim olduğu alan, devletin müdahalesine ihtiyaç duyarak, kamu hukuku alanına özgü birtakım kuralların iş hukukunda da uygulanması sonucunu doğurmuştur. İşin düzenlenmesi, işçi lehine birtakım azami veya asgari emredici hükümler getirilmesi, çalışma barışı sağlanmasına yönelik tedbirler alınması, grev ve lokavt hakkına ilişkin kuralların konulması, iş sağlığı ve güvenliği konusunun denetim ve kontrol altında olması⁴ ve devletin söz konusu bu kuralları yaptırıma bağlaması, devlet müdahalesinin iş hukuku alanındaki açık göstergeleridir.

¹ Alp, N. S., Korkmaz, F. (2016). *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 26.

² Sümer, H. H. (2018). *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4.

³ Sümer, (2018), 5.

⁴ Senyen Kaplan, E. T. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. (8. Baskı). Ankara: Gazi Kitabevi, 2.

Tarihsel gelişim süreci sebebiyle ortaya çıkan sosyal devlet anlayışının iş hukukuna yansımaları, doktrinde iş hukukunun niteliği hakkında farklı görüşlerin doğmasının temelini oluşturmuştur. *Akyiğit*'e göre, iş hukuku işçi-işveren ve bunların sendikaları ile devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen ve bazı durumlarda devlet müdahalesinin bulunduğu özel hukukun bir dalıdır⁵. Doktrinde bir görüşe göre, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamak ve buna ilişkin denetim ve gözetim yapmak amacıyla devlet, aslında sözleşmenin üçüncü bir tarafı olarak yer almaktadır. Böylece iş hukukunun kamusal yönü vurgulanmaktadır⁶. *Sümer*'e göre, işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olması ve kurdukları sendikaların özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenmiş olması, iş hukukunun özel hukuk alanına aidiyetini güçlendirmektedir. Ancak, yazar, bu alanda devletin müdahalesinin yoğun olması nedeniyle, iş hukukunun karma nitelikte bir hukuk dalı olduğunu savunmaktadır⁷. Benzer yönde görüşe sahip olan *Senyen Kaplan*'a göre, iş hukukunun Türk Borçlar Kanunu'nun genel prensipleriyle yakın ilişki içerisinde olması sebebiyle özel hukuk yönü bulursa bile devlet tarafından işçiyi korumak amacıyla sözleşme serbestisine bazı sınırların konulması kamu hukuku yönünün de bulunduğunu göstermektedir. Bu nedenle iş hukukunun özel veya kamu hukukuna ait olduğu tam olarak söylenemeyeceğini ve bu alanın karma nitelikte, kendine has bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸. *Alp/Korkmaz*'a göre de, iş hukuku salt işçi ve işveren arasındaki ilişkileri incelemeyip, devletle olan ilişkileri de incelemekte olduğundan tek başına özel hukuk ya da kamu hukuku alanına girdiği söylenemeyecektir⁹. İş hukukunun sözleşmeye bağlı olması ve bu bağlantının borçlar hukukuyla ilişkili olması özel hukuk yönünü gösterirken; bazı durumların devletin müdahalesiyle düzenlenmesi, denetlenmesi, hükümlerin ihlal edilmesi halinde idari ve cezai yaptırımların bulunması gibi haller kamu hukuku yönünü göstereceğinden, bu alanın karma bir hukuk dalı olduğu kabul edilmelidir¹⁰.

2.1.2. İş Hukukunda İspat Kurallarını Etkileyen İlkeler

İş yargılamasında, 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu'nun 9. maddesinde belirtildiği üzere, Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde HMK hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda ispata ilişkin genel ilke ve esasların iş yargılamasında aynen geçerli olması

⁵ Akyiğit, E. (2018). *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 36.

⁶ Şişli, Z. (2012). "Bireysel İş uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm". *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 49.

⁷ Sümer, (2018), 8.

⁸ Senyen Kaplan, (2017), 2-3.

⁹ Alp, Korkmaz, (2016), 23.

¹⁰ Alp, Korkmaz, (2016), 37.

gerektiği iddia edilebilir. Ancak iş hukukunun işçiyi koruma amacı, ispat kurallarının da bazı durumlarda farklı yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle senetle ispat kurallarının uygulanmasında, işveren açısından kurala sıkı şekilde bağlı kalınırken, ispat yükünün işçide olduğu durumlarda, bu kural medeni yargılamadaki gibi katı bir şekilde uygulanmayıp, işçi lehine yönelim göstererek daha hafifletilmiş şekilde uygulandığı iddia edilmektedir¹¹. Ancak işçinin korunmasına yönelik geliştirilen maddi hukuka ilişkin ilkeler, iş hukuku yargılamasında, medeni yargılamaya hâkim olan iddia ve savunma özgürlüğü, ispatlama hakkı ve silahların eşitliği gibi genel prensiplerin dışına çıkılmasının bir gerekçesi olmamalıdır¹². Birinci bölümde yapılan açıklamalar ışığında, ispat yükü, usul hukukuna ilişkin olmasına rağmen, maddi hukuk temellidir. İş hukukunda hakim olan işçi lehine yorum ilkesi maddi hukukta geçerli bir ilke olup, bu ilkenin usul hukukunda da etkin olduğunu kabul etmek, silahların eşitliği prensibine aykırılık oluşturacaktır¹³. Fakat iş hukuku, işçilerin menfaatlerini korumak için ortaya çıkan bir hukuk dalı olduğundan, kendine has birtakım ilkeleri de bünyesinde barındırması doğal bir durumdur. Özellikle ispat hukukunun maddi hukuk yönü bakımından, iş yargılamasında işçi lehine yorum ilkesi uygulanarak, işçiye, ispat faaliyetinde bazı ispat kolaylıkları sağlandığı görülmektedir¹⁴.

Kısaca iş ilişkisi her ne kadar bir özel hukuk ilişkisi gibi görünse de, iş sözleşmelerinde zayıf durumda olan işçinin ekonomik ve sosyal olarak korunması ve sosyal adaletin sağlanması amacıyla, işçi lehine (yararına) yorum ilkesi, işçiyi koruma ilkesi ve nispi emredicilik ilkelerini barındıran ve sıradan özel hukuk ilişkilerinden farklı niteliklere sahip bir ilişkidir¹⁵.

2.1.2.1. İşçi lehine yorum ilkesi

Sanayileşmeyle birlikte işçinin, insan hakların özümüyle bağdaşmayan ağır koşullarda çalıştırılması, kamu düzeninin bozulmaması amacıyla¹⁶ ve sosyal devlet anlayışının gereği olarak işveren karşısında güçsüz durumda olan işçinin korunması ihtiyacına sebebiyet vermiştir. Bu korumanın görünüşlerinden biri de uygulamada sıklıkla karşılaşılan işçi lehine yorum ilkesi olmuştur.

¹¹ Ürcan, G. (2004). "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat". *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Ankara: Şen Matbaa, 767.

¹² Ürcan, (2004), 767.

¹³ Hanağası, E. (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 42.

¹⁴ Yargıtay 9. HD, 22.06.2005, E. 2014/10169, K. 2015/22365 (Hanağası, (2016), 42-43, dpn. 72).

¹⁵ Alp, Korkmaz, (2016), 30.

¹⁶ Akyiğit, (2018), 37.

İşçinin zayıf durumda olması sebebiyle iş hukuku kurallarının uygulanmasında açık ve net olmayan, tereddüt oluşturan, eksik ve boşluk olan durumlar ortaya çıktığında, işçi lehine yorum yapılarak sorunlar çözümlendirilmeye çalışılmıştır¹⁷. Ancak işçi lehine yorum ilkesi, iş hukukunda tek başına bir yorum yöntemi olarak kullanılacak bir ilke de değildir. Zira Yargıtay kararında belirtildiği gibi¹⁸, işçi lehine yorum ilkesi işçiyi korumak amacıyla ortaya çıkmış olmakla birlikte, İş Kanunu hükümlerinin salt işçiyi koruma amacı taşımaması nedeniyle, kanunlar yorumlanırken, kanun metniyle özü birbiriyle bağdaşmıyorsa, ilk başta amaçsal yorum yoluna başvurulmalı, eğer sonuca ulaşılamaz ise işçi lehine yorum ilkesi uygulanmalıdır¹⁹. Aynı şekilde tereddüde mahal vermeyecek derecede açık olan hükümler bulunduğu takdirde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanmayacağı hususunun da gözden kaçırılmaması gerekir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında iş hukukundaki yorum yöntemlerinin işçi lehine yorum ilkesinin, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmelerinin yorumunda da uygulanması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun bir kararında²⁰, gerek işçi-işveren arasındaki irade açıklamalarının yorumunda ve kanuna

¹⁷ Senyen Kaplan, (2017), 10.

¹⁸ "...İş mevzuatı kurallarının bir çoğu ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi koruma amacı ile konulmuşlardır. Bu tür kuralların yorumunda başvurulan "işçi lehine yorum" yöntemi, amaçsal yorum ile örtüşür. Başka bir anlatımla "işçi lehine yorum", "amaçsal yorumun" iş hukukunda işçiyi korumak için konulan kurallar yorumlanırken büründüğü biçimdir. Nitekim 18.06.1958 tarih ve 1957/20 E.-1958/9 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da "...İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye işçinin menfaatlerini korumak olmasına,..." şeklindeki açıklama ile işçi lehine yorum ilkesine vurgu yapılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, İş Hukuku esas itibarı ile işçiyi koruma amacı gütmekte ise de, iş mevzuatındaki bütün kurallar işçiyi korumak için konulmamıştır. Bu itibarla bir kanun hükmü yorumlanırken hükmün somut amacına uygun yorum yapılmalıdır. Amaçsal yorum yöntemi ile yine de sonuca ulaşılamamış, tereddüt giderilememiş ise, bu durumda "işçi lehine yorum" ilkesine başvurulmalıdır" (Yargıtay HGK, 16.5.2018, E. 2015/7-1828, K. 2018/1093: Kazancı İçtihat bilgi Bankası).

¹⁹ Alp, Korkmaz, (2016), 32.

²⁰ "...Güçlü karşısında güçsüzün korunması hukukun genel ilkelerinden olup, iş hukukunun doğuş nedeni de iş ilişkilerinde güçsüz olan işçinin korunması olmuştur. İşçinin işverene karşı ekonomik, hukuki ve kişisel olarak bağımlı olması nedeniyle, onun işveren karşısında korunması iş hukukunun anakuralı olarak kabul edilmektedir.

İş Kanunu'nda, işçiyi gerek ekonomik gerek çalışma koşullarından doğan olumsuzluklardan işverene karşı koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Bunların başında "İş güvencesi", "Asgari Ücret", "Yıllık İzin", "Hafta Tatili" ve "Ara Dinlenmesi" gibi düzenlemeler gelmektedir. Bütün bu koruyucu düzenlemeler, kaynağını Anayasa da belirtilen "Sosyal Devlet" olma ilkesinden almaktadır.

Yorum yapılırken, iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gerekir. İş hukukuna egemen bulunan ilkelere biri de kuşkusuz işçiyi koruma ilkesi olup, yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunludur. Bu gereklilik yüksek yargı organlarının kararlarına da yansımış, bu kararlarda İş hukukuna egemen bulunan ilkelere birisinin işçiyi koruma ilkesi olduğunun altı çizilerek, yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunlu olduğu vurgulanmıştır (Y.İ.B.K., 27.05.1958 gün 1957/15 E, 1958/5 K., Y. HGK. 25.1.1978. 10-3435 E. 23 K). 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları bağlayıcıdır ve açıkça "yasa ile getirilen

getirmiş olduğu düzenleyici kuralların yorumlanmasında lehe yorum ilkesi benimsenerek işçiyi koruma amacının gerçekleştirilmesi sağlanabileceği üzerinde durulmuştur. Böylece, işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin ve toplu iş sözleşmelerinin maddelerinde belirsizlik varsa, maddenin konuluş amacı araştırılarak çözüme gidilmeye çalışılmalı, bu yöntemle bir sonuç alınmadığı takdirde işçi lehine yorum yoluna başvurulmalıdır²¹.

İşçi lehine yorum ilkesi uygulanırken ölçüyü kaçırarak adalet terazisinin dengesinden uzaklaşmamak gerekir. Her ne kadar işçinin korunmaya değer görülmesinde haklı sebepler bulunsa da işverenin durumu, aşırı şekilde negatif yönde etkilenmemelidir. Zira işçi sanayi devrimi döneminde emeğine değer verilmeyen, ucuz iş gücü olarak görülüp, işveren karşısında tek olması sebebiyle zayıf durumda olduğu net açık olsa da²², günümüzde işçilerin haklarını korumak için örgüt kurmaları ve haklarını daha güçlü şekilde savunma imkânlarının bulunduğu²³ hususlarının da göz önünde tutularak işçi lehine yorum ilkesinin daha sınırlı bir şekilde uygulanması daha doğru olacaktır.

Ayrıca devletin zayıf olan işçileri koruması sınırsız bir koruma olmayıp, bu korumanın bir takım sınırlara tabii olduğu da açıktır²⁴. İşçi lehine yorum ilkesinin en önemli sınırını kamu yararı oluşturmaktadır. Zira hükümlerin yeterince açık olmadığı durumlarda işçi yararına yorum yapılırsa bile ilkenin, uygulanmasında kamu yararı ve konuluş amacından sapılmadan uygulanması gerekir²⁵. İşçinin menfaati ile kamu yararı karşı karşıya geldiğinde üstün olan kamu yararı lehine öncelik hakkı tanınacaktır. Örneğin, işçinin sahip olduğu grev hakkının kullanımını kamu yararına aykırı sonuç doğuracak ve milli serveti etkileyecek ise grev hakkı sınırlandırılabilir²⁶ (AY m. 54).

Kanaatimizce, işçi lehine yorum ilkesi ancak, kanunların veya toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında kullanılabilir bir yöntem olup, kanunların yorumlanmasında temel ilke olan amaçsal yorumla örtüştüğü söylenebilir. Sözleşmelerin yorumunda ise, esasen işçi lehine yorum ilkesi büyük oranda, Roma hukukundan bugüne kullanılmakta olan, sözleşmelerin sözleşmeyi kaleme alan taraf

düzenleyici kuralların" işçiyi koruma ilkesinden hareket edilerek, yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır." (Yargıtay İBBGK, 23.2.2018, E. 2017/1, K. 2018/2: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²¹ Alp, Korkmaz, (2016), 33.

²² Akyılmaz, G. (2015). *Siyasi Tarih*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 96-97.

²³ Sümer, (2018), 5.

²⁴ Sümer, (2018), 7.

²⁵ Sümer, (2018), 8.

²⁶ Akyiğit, (2018), 44.

aleyhine yorumlanacağı ilkesi ile örtüşmektedir²⁷. İş sözleşmelerinin genel olarak işveren tarafından kaleme alınıp işçilere sunulan sözleşmeler olması sebebiyle, böyle bir sözleşmede ortaya çıkacak ihtilafli hususların yorumlanmasında elbette sözleşmeyi kaleme alan işveren aleyhine (ve işçi lehine) yorum yöntemi kullanılması isabetli olacaktır.

Ancak Yargıtayın kimi kararlarında dile getirdiği gibi, işçi lehine yorum ilkesinin, usulî olanaklar açısından kullanılabilen bir yorum yöntemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir²⁸. Zira taraflar iddialarını ispat ederken kesin veya takdiri delillere dayanmakta olup, söz konusu takdiri delillerin ispat gücünü hakim vicdani kanaatine göre değerlendirecektir. Hakimin takdiri delilleri değerlendirirken vicdani kanaati yanında bir de işçi lehine yorum ilkesi ile bağlı olduğunu iddia etmek esasen bir çelişki oluşturacaktır. Hakimin vicdani kanaatinin birtakım kural veya yöntemlerle sınırlandırılması, vicdani sürecin doğasına aykırı olacaktır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında²⁹, tereddüt halinde delilleri değerlendirirken de işçi lehine yorum ilkesinin uygulama alanı bulacağı şu ifadelerle belirtilmiştir; *“delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir”*. Bu kararda delillerin takdirinde de işçi lehine yorum ilkesinin uygulama alanı bulacağını ifade etse de, bu görüşe katılmıyoruz. Zira bu durumun kabulü medeni yargılama hukukundaki silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

2.1.2.2. İşçinin korunması ilkesi

İşçi, bütün geçimini kural olarak emeği karşılığında elde edeceği ücret ile sağlamaktadır. Bu durum işçinin işverene karşı ekonomik olarak bağımlılığı sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan iş sözleşmeleri şahsi edimli sözleşmeler olup, borçlanılan edimin işçi tarafından bizzat ifası gerekmekte, bu durum da işçinin kişisel olarak da işverene bağımlılığı sonucunu doğurmaktadır. İş ilişkisindeki bu bağımlılık ve taraflar arasındaki sosyo-ekonomik dengesizlik, sosyal devlet ilkesi gereği işçinin korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır³⁰. Anayasanın m. 49/2 hükmü de bu konuya ilişkin, *“Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve*

²⁷ Türk Borçlar Kanunu 23. madde gerekçesi.

²⁸ Yargıtay 9. HD, 22.06.2005, E. 2014/10169, K. 2015/22365 (Hanağası, (2016), 42-43, dpn. 72).

²⁹ Yargıtay HGK, 27.02.2008, E. 2008/9-179, K. 2008/165; Yargıtay 22. HD, 7.11.2018, E. 2017/17221, K. 2018/23778: Kazancı İçtihat bilgi Bankası.

³⁰ Senyen Kaplan, (2017), 7; Alp, Korkmaz, (2016), 31.

çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” ifadelerine yer vermektedir³¹. Bunun dışında da Anayasanın çeşitli maddelerinde işçinin korunmasına yönelik hükümler yer almaktadır.

İşçinin iş güvencesinden faydalanması için gereken şartlardan biri olan otuz işçi sayısının vakıflarda nasıl hesaplanacağıyla alakalı bir İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında işçinin korunması ilkesinin varlığı ve sebebi genel olarak *“işveren karşısında zayıf konumda bulunan işçinin korunması ve haklarının yasal koruma altına alınması elzemdir”*, şeklinde ifade edilmiştir³². Kararın devamında, güçsüzün korunması ilkesinin hukukun genel ilkelerinden olduğuna değinilmiştir. İşçinin, işverene ekonomik, hukuki, kişisel olarak bağlı olması sebebiyle güçsüz konumda olması ve bu nedenle işçinin korunması amacıyla iş hukukunun doğduğu belirtilmiştir. Ayrıca iş hukuku hükümlerinde aksi belirtilmediği sürece, kuralların işçi lehine uygulanacağı, işçi aleyhine olan hükümlerin ise dar yorumlanması gerektiğinin esas olduğu belirtilmiştir.

İşçinin korunması ilkesi tıpkı işçi lehine yorum ilkesi gibi sınırsız uygulanabilirliği olan bir ilke değildir. Kamu yararı her zaman kişisel yarardan üstün olduğundan, kamu yararının olduğu yerde işçinin korunması ilkesi geçerlilik kazanamayacaktır. Anayasada düzenlenen işçinin ekonomik olarak korunması zorunluluğunun sınırını Anayasanın 65. maddesinde belirtildiği üzere devletin ekonomik imkanları oluşturacaktır³³.

İspat hukuku bakımından söz konusu ilkenin, yargılama hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı kanısındayız. Zira yukarıda açıklandığı üzere, hakim delilleri tamamen vicdani kanaatine göre değerlendirecektir. Hakimin vicdani kanaatine göre ispat edilmediğini düşündüğü bir vakıanın salt işçinin korunması ilkesi gereği ispat edilmiş sayılması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, deliller değerlendirilirken işçi ve işveren tarafın eşit muameleye tabi tutulmaması, aynı şekilde medeni yargılamada hakim olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

2.1.3. İş Yargılaması ve Taşıdığı Özellikler

Kanun koyucu, iş hukukunda bir yandan işçiyi koruyucu maddi hukuk kuralları koyarken, diğer yandan da söz konusu maddi hukuk kurallarının uygulamasından doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik çabuk, kolay, ucuz ve bu alanda uzmanlaşmış bir yargı yolu benimseyerek usul hukuku alanında da işçiyi koruyucu tedbirler alma yoluna

³¹ Senyen Kaplan, (2017), 8; Alp, Korkmaz, (2016), 31.

³² Yargıtay İBBGK, 9.6.2017, E. 2016/3, K. 2017/4; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³³ Sümer, (2018), 7; Senyen Kaplan, (2017), 8.

gitmiştir. Ayrı bir iş yargılamasının, özel mahkemelerin, çabuk, hızlı ve kolay yargılama gibi ilkelerin temelinde yatan temel düşünce, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması ilkesidir³⁴. İşverene hukuki ve en önemlisi ekonomik olarak bağımlı olan işçinin haklarını talep ederken, birtakım ekonomik baskılar altında kalacağı düşüncesi, tarafların eşit konumda olduğu medeni yargılamadan farklı kurallara ihtiyacın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Zira işçi ekonomik ve sosyal olarak işverene bağımlı olması nedeniyle işveren karşısında zayıf durumdadır ve iş ilişkisinden doğan haklarını talep ederken baskı altında kalabilecektir³⁵. Tüm bunlara ek olarak, iş sözleşmesi sebebiyle zayıf olan işçinin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi tehlikesinin bulunması, devletin, iş ilişkisinin görünmeyen üçüncü bir tarafı olarak bu ilişkide yer almasına sebep olmuştur³⁶. Ayrıca çalışma hayatı ve barışını etkileyen olumsuzluklardan yalnızca işçi ve işverenler değil, üretimin düşmesi ve milli gelirin azalması nedenlerden toplumun tamamının etkileneceğinin de kabul edilmesi gerekir³⁷.

Belirtilen nedenler dolayısıyla medeni yargılamadan ayrı olarak özel bir iş yargısı zorunlu hale gelmiştir. Bu amaçla 1950 yılında 5521 sayılı Kanun ile iş mahkemeleri kurulmuştur. Toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemelerinde hakim sınıfından bir başkan, bir işçi sendika temsilcisi ve bir işveren sendika temsilcisi görev almıştır³⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi hakim sıfatına sahip olmayan işçi ve işveren temsilcilerinin karar merci konumunda bulunmasını Anayasada yer alan mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı hükümlerine aykırı olduğu düşüncesiyle bu düzenlemeyi iptal etmiştir³⁹.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun günün ihtiyaçlarına cevap verememesi⁴⁰, bireysel ve toplu iş hukuku alanında köklü yasal değişiklikler yapılmış olması ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğü girmesiyle birlikte yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu'na ihtiyaç duyulması üzerine 2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir.

³⁴ Çenberci, M. (1969). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1.

³⁵ Kar, B. (2019). *İş Yargılaması Usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 53.

³⁶ Kar, (2019), 53.

³⁷ Günay, C. İ. (2000). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 21.

³⁸ Günay, (2000), 22.

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 Tarihli ve 63/38 Sayılı kararı (Yılmaz, E. (2007), "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (8), 5).

⁴⁰ Yılmaz, (2007), 10.

5521 sayılı Kanun'da yer alan özel bazı düzenlemeler dışında medeni yargılama hukukuna ait kuralların uygulanması kabul edilmişti⁴¹. Aynı şekilde 5521 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran, 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu da benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Kanun'un 9. maddesinde de yer alan hükme göre: *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 6100 sayılı Kanun hükümleri uygulanır"*. Kanun'un 7/2. maddesindeki davaların yığılması halindeki taleplere ilişkin vakıaların ayrı ayrı ispat edileceğine ilişkin düzenleme ayrık tutulduğunda, Kanun ispat kurallarına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle Kanun'un 9. maddesinde yapılan atfa göre iş yargılamasındaki ispat konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun da düzenlenen ispat kurallarının geçerli olacağı açıktır. Medeni usul hukukunda yapılan ispat kavramının tanımı ve bu tanımın kapsamına dâhil edilen ispatın konusunu nelerin oluşturduğuna ilişkin hükümler iş yargılamasında da aynı şekilde etkisini gösterecektir. Ancak ispat yüküne ait özel birtakım düzenlemelerin bulunduğu İş Kanunu'ndaki hükümlerin de ispat faaliyetinde dikkate alınması gerekecektir.

Medeni yargılamada yer alan kuralların iş yargılamasında da katı bir şekilde uygulanmasının zayıf konumda bulunan işçinin haklarının korunmasına engel olduğu gözlemlenmektedir. Keza iş hukuku, ekonomik yönden zayıf ve güçsüz olan işçinin daha güçlü olan işverenin keyfi sayılabilecek davranışlarına karşı korunması ihtiyacından doğan bir hukuk dalıdır⁴². Maddi hukuk açısından kanun koyucu sosyo-ekonomik olarak kendisinden çok daha güçlü durumda olan işverene karşı işçiyi korumak amacıyla, asgari ve azami koruyucu hükümler koyarken, usul hukuku bakımından işçiyi işveren karşısında tek başına bırakması düşünülemeyeceğinden, medeni usul hukukuna ilişkin düzenlemeler yorumlanırken veya uygulanırken iş hukukunun bu yapısının da göz önünde bulundurulması zorunludur. İş hukukunda zayıf taraf olan işçinin, gerek maddi hukuka ilişkin konularda gerekse usul hukukuna ilişkin konularda yapmış olduğu hukuki işlemlerin her zaman işçinin gerçek iradesini yansıttığını iddia etmek mümkün değildir. Esasen işçinin, işverenin kendisine sunduğu ve aleyhine hükümler içeren teklifler karşısında gerçek ve özgür iradesini beyan edemeyeceği gerçeği iş hukukunun temelini oluşturmakta ve bu nedenle kanun koyucu iş ilişkisinde birtakım koruyucu düzenlemeler suretiyle işverenin sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir. Söz konusu düzenlemelerle

⁴¹ Birben, E., Öktem, S. (2001). "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 1076.

⁴² Kandemir, M., Yardımcıoğlu, D. (2014). "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (30-31), 2.

kanun koyucu, işçiyi iş sözleşmesi ile ulaşmak isteyeceği sözleşmesel menfaatler ile işverenin kendisine dikte etmeye çalıştığı şartlar arasında tercihte bulunma baskısından kurtarmayı hedeflemektedir. Öyle ki bazı hususlarda bu baskının ahlaki olmaması nedeniyle işçinin iradesine rağmen bu baskı altında yapılan işlemler geçersiz sayılmaktadır. Örneğin iş ilişkisi içerisinde işverenin baskısı ile işçinin imzasını taşıyan ve her türlü alacaklarını aldığı ve söz konusu alacaklardan işvereni ibra ettiğini beyan ettiği bir ibranameyi geçersiz kabul etmektedir (TBK m. 420).

Hatta öyle ki, Alman Federal Mahkemesi (BGH) kadın çalışanların doğumdan sonra sekiz hafta çalıştırılmasını yasaklayan kanun hükmüne rağmen, bu süre içerisinde duruşmalarda görev alan kadın hakimin yer aldığı mahkeme heyetinin tabii hakim ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde oluşmuş olduğu, zira kadın hakimin doğumdan sonra çalışmasının mutlak olarak yasaklandığı, kendisi istese dahi çalışamayacağı gerekçesi ile söz konusu heyet tarafından verilen kararı bozmuştur. BGH gerekçesinde, Kanun'daki ifadenin her ne kadar "çalıştırılması yasak" şeklinde formüle edilmiş olması nedeniyle, kadının kendi isteği ile çalışabileceği şeklinde yorumlanacağı düşünülse dahi, söz konusu yorumun, kadın işçileri böyle bir tercih baskısı altında bırakacağından, kabul edilemeyeceğine, Kanun'un esasen kadın çalışanlar üzerinde bu yönde oluşabilecek karar baskısından kurtarmayı amaçladığına işaret etmiştir⁴³.

Nasıl ki işçiyi korumak amacıyla Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak İş Kanunu yürürlüğe konulmuşsa, iş mahkemeleri de işçinin korunmasını esas alan düşünceyle kurulmuştur⁴⁴. İş mahkemeleri her ne kadar özel bir mahkeme sıfatına sahip olsa da Kanun'da yargılama kurallarına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yer almadığı için medeni usul hukuku kuralları geçerlilik kazanmaktadır⁴⁵. Kanun'da ispat ve delillere ilişkin düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle, medeni yargılama hukuku alanında geçerli ispat kuralları yargı organları tarafından iş hukukunun amaç ve ilkelerine uygun bir şekilde yorumlanarak uygulanmaya çalışılmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş hukukunun amacına yönelik olarak ispat ve delillere ilişkin düzenlemelerin mevcut halinden daha ayrıntılı düzenlenmesinin yerinde olacağı kabul edilmelidir.

⁴³ BGH (Urt. v. 07.11.2016, Az. 2 StR 9/15)

⁴⁴ Birben, Öktem, (2001), 1077.

⁴⁵ Birben, Öktem, (2001), 1142.

2.1.4. İş Yargılamasının Emredici Yapısı

İş ilişkisini diğer özel hukuk ilişkilerinden ayıran en temel unsur bağımlılık unsurudur. İş ilişkisinde işçi iş görme edimini işverene bağımlı olarak yerine getirmektedir. İş ilişkisinin bu yönü ilişkide işçi ile işveren arasındaki eşitliği işveren lehine önemli ölçüde bozmaktadır. İş hukukunda getirilen düzenlemelerin temel amacı da zaten bu eşitsizliği ortadan kaldırarak işçinin sözleşme özgürlüğünü korumak olarak görülmektedir. Doktrinde bu husus emredici kurallarla işverenin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılarak, işçinin sözleşme serbestisinin korunmaya çalışılması şeklinde ifade edilmektedir⁴⁶.

İlişkide zayıf olan işçinin korunması amacıyla emredici şekilde birtakım kurallar düzenlenmiştir. Bu kurallar mutlak emredici veya nispi emredici nitelikte olabilmektedirler. Mutlak emredici kurallar, genel kamu düzenini ilgilendiren ve işçi lehine dahi değiştirilemez niteliğe sahipken; nispi emredici kurallar zayıf olan işçinin işveren karşısında korunması amacıyla ortaya çıkarıldığından, sadece işçi lehine değiştirilebilen niteliğe sahiptirler⁴⁷. Emredici şekilde konulan kurallardan en önemlilerinden biri ispat yükünün belirlendiği kurallardır. İş Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerde ispat yükünün işçi veya işveren tarafa aidiyeti emredici şekilde belirlenmiştir.

Emrediciliğin yansımalarından bir diğeri de dava malzemesinin getirilmesi üzerinde olmuştur. Medeni yargılamada genel olarak taraflarca getirilme ilkesi hakim olsa bile, bazı davalarda iş yargılamasının emredici yapısı gereği, resen araştırma ilkesinin uygulandığı görülmektedir⁴⁸. Esasen iş yargılamasında temel ilke İş Mahkemeleri Kanunu'nun açık atfı sebebiyle, medeni yargılamada hakim olan taraflarca getirilme ilkesi olmakla birlikte, kanunun öngördüğü hallerde hâkimin resen harekete geçerek, uyuşmazlığın çözümü ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla araştırma yapması ve delil toplaması da mümkündür. Resen araştırma ilkesi daha ziyade kamu yararının ağır bastığı ve kamu düzeninin ön planda tutulduğu davalarda uygulama alanı bulmaktadır⁴⁹.

İş hukukunda, işçinin korunması amacı, yalnızca maddi hukuk alanında işçiyi koruyucu soyut birtakım kuralların konulması ile gerçekleşmeyecektir. Bunun yanında söz konusu bu kuralların fiilen uygulanıp uygulanmadığının da denetlenmesi zorunludur. Örneğin

⁴⁶ Doğan Yenisey, K. (2014). *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta Yayınları, 1.

⁴⁷ Senyen Kaplan, (2017), 9.

⁴⁸ Kar, (2019), 60.

⁴⁹ Özmumcu, S. (2014). "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi". *MİHBİR Özel Sayı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-XII HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 146.

işçinin ücretinin asgari ücretin altında belirlenemeyeceği gibi, asgari ücretin üzerinde belirlenmiş olan ücretin eksik ödenmesi de İş Kanunu m. 102’de yaptırım altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle idareye işçinin ücretinin tam ve eksiksiz olarak ödenip ödenmediğinin denetleme yükümlülüğü de getirilmiş olmaktadır.

İş yargılamasında bazı hallerde resen araştırma ilkesinin hakim olmasının temelinde yatan düşünce Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi kamu düzenidir. Ancak Yargıtay kararlarında ve doktrinde kamu düzeni kavramının net bir şekilde belirtilmemesi, bu davaların kamu düzeni niteliğine sahip olduğu algısını zorlaştırmaktadır. Muğlak ve tanımlanması güç olan bu kavram, genel olarak kamu hukuku yönüyle incelense de özel hukukta da etkilerini göstermektedir. Özellikle kamusal yönü de bulunan İş hukukunda kamu düzeni kavramının belirlenmesi, medeni yargılamayla farklı olan bazı yönlerin açıklanmasına ışık tutacaktır.

İş hukukunda kullanılan kamu düzeni kavramı kamu hukukunda görüldüğü şekilde toplumun genelini ilgilendiren bir ifade olarak algılanmamalıdır. Buradaki kavram daha çok işçi ve işveren arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılmasını ve güçsüz konumda olan işçinin korunmasını amaçlayan sosyal bir kamu düzeni olarak algılanmalıdır⁵⁰. Ancak sosyal kamu düzeni tek yönlü olarak sadece işçinin menfaatine yönelik değildir, işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yöneliktir⁵¹. Kısacası, toplumun menfaatlerini ön planda tutan kamu düzeni, iş hukukunun kendine özgü yapısı ve Anayasada yer alan sosyal hukuk devleti anlayışıyla farklı bir görünüme kavuşmuştur⁵². Bu kamu düzeni anlayışı bazı davalarda resen araştırma ilkesinin ön plana çıkmasına sebebiyet vermiştir.

2.2. İspat

2.2.1. İspat Kavramı

İspat, “tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtılma, tanıt” olarak adlandırılmaktadır⁵³. Hukuki anlamda ispat ise tarafların kendi aralarında çıkan uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmek için dava konusu yaptıkları hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın konusu olan vakıaların gerçekte var olup olmadığı

⁵⁰ Akın, P. (2014). "Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 11 (43), 81; Özdemir, E. (2005), "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54 (3), 97.

⁵¹ Akın, (2014), 82.

⁵² Akın, (2014), 83.

⁵³ Bkz: www.tdk.gov.tr (E.T: 20.05.2018).

hakkında giriştikleri hâkimi inandırma faaliyetine denilmektedir⁵⁴. İspat faaliyetinde taraflar, talepleriyle ilgili olarak dayandıkları hukuk kuralına özgü sonucun doğabilmesi için, bu kuralın öngördüğü koşulu içeren vakıaların somut olarak gerçekleştiğine dair hâkimde kanaat oluşturmaya çalışırlar⁵⁵. Zira istenilen hukuki sonucun doğabilmesi ancak temelde yatan vakıanın gerçekleşmesine bağlı olacaktır⁵⁶. Bu sebeple Roma hukukundan beri adaletin etkili şekilde yerine getirilmesi ve keyfiliğin önlenmesi işlevi bulunan⁵⁷ usul hukuku, maddi gerçekliğin ortaya çıkması ve maddi hukukun sağladığı hakların korunması amacıyla davadan önce gerçekleşen dava konusu vakıalar hakkında hâkimin fikir sahibi olarak gerçeğe uygun karar vermesine yardımcı olacaktır⁵⁸.

İspat faaliyetinin esasını vakıalar oluşturur. Vakıalar, “meydana gelen şey” veya “olgu” olarak adlandırılabilir⁵⁹. İspatta önemli olan vakıalar, uyuşmazlığın temelinde yatan veya temelde yatan vakıayı ortaya çıkarabilecek yan vakılardır⁶⁰. Kanun’a göre ispatın konusunu, “tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar” oluşturacaktır (HMK m. 187/1). Çekişmeli vakıalar ise taraflar arasında uyuşmazlığa sebep olan ve dava sonucunu etkileyebilecek nitelikte bulunan maddi vakılardır⁶¹.

⁵⁴ Kuru, B. (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayınevi, 318; Üstündağ, (1984). *Medeni Yargılama Hukuku*. (3. Bası). C.I. İstanbul: Formül Matbaası, 536; Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2011). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 367; Alangoya, H., Yıldırım, M. K., Deren Yıldırım, N. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınları, 293; Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E. (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 462; Karahacıoğlu, A. H., Parlar, A. (2014). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller*. (2.Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi, 23; Yılmaz, Z. (2016). *İspat ve Deliller Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 7; Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Ayrıca ispat, “bir konunun doğruluğunu delillerle ortaya koyma, bir hususun doğruluğunu ya da yanlışlığını kanıtlama”, yargılama hukukunda “istemin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında, yargıçta kanaat oluşturmak için girişilen ispat faaliyeti” olarak tanımlanabilir (Yılmaz, E. (2005). *Hukuk Sözlüğü*. (9.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 579); Atalay, O. (2001). *Menfi Vakıaların İspatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 5; Üstündağ, (1992). *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Yaylacık Matbaası, 598; İspat, delil ikamesi ve ispat faaliyetinin sonucunu anlatmak için de kullanılan kavramdır (Atalay, O. (2017). *Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1585); Ermenek, İ. (2000). "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 170.

⁵⁵ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1585; Başözen, A. (2010). *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 12; Umar, B., Yılmaz, E. (1980). *İspat Yükü*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2.

⁵⁶ Göksu, M. (2009). “(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk”, *Haluk Konuralp’e Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 329.

⁵⁷ Küçükgüngör, E. (1998). “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat”. *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 478.

⁵⁸ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1587; Bolayır, N. (2014). "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, (C.I), Ankara: Yetkin Yayınevi, 555.

⁵⁹ Göksu, (2009), 324.

⁶⁰ Göksu, (2009), 330.

⁶¹ Postacıoğlu, İ. E., Altay, S. (2015). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 558; Ayrıca doktrinde, sadece dış alemde geçen maddi vakıaların ispatın konusunu oluşturmayacağı aynı zamanda iç

Tarafların üzerinde anlaştığı, çekişmeli olmayan veya çekişmeli olsa da hükme etki etmeyecek vakıalar hakkında ise ispat faaliyetine girişilmesine gerek yoktur⁶². Hâkim uyuşmazlığı çözerken bu vakıalar için delil gösterilmesini istemez, taraflarca delil gösterilmişse de incelemesiz⁶³. Zira bu vakıaların ispatı davanın çözümüne etki etmeyeceğinden ve davanın uzamasına ile gereksiz masrafa neden olacağından, usul ekonomisi ilkesi gereği bu vakıaların inceleme konusu yapılması düşünülemez⁶⁴.

Bunun dışında herkesçe bilinen vakıalar ve ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmazlar (HMK m. 187/2). Herkesçe bilinen (maruf ve meşhur olan) vakıalar, herkesin genel olarak o konuda bilgi sahibi olduğu ya da öğrenme imkânının bulunduğu vakıalar olup taraflar bu vakıalar için delil göstermekle yükümlü değildirler ancak aksini karşı delille ispat edebilirler⁶⁵. Benzer durum ikrar açısından da geçerlidir. İkrar, taraflardan birinin öne sürdüğü vakıanın, kendisi aleyhine öne sürülen tarafça doğruluğunun kabul edilmesidir. Bu durumda da taraflar arasındaki vakıa çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.

İspatın konusunu oluşturamayacak diğer bir konu hukuk kurallarıdır. Çünkü hukuk kuralları hâkim tarafından resen uygulanır (HMK m. 33). Bu sebeple taraflar arasındaki çekişmenin kaynağı hukuki sonuçlar ise bu durumda ispat faaliyetine gerek yoktur, zira vakılardan hukuki sonuç çıkarma görevi hâkimindir⁶⁶. Bu hüküm yabancı hukuk kurallarının uygulamasında da geçerli olmasına rağmen yabancı hukuk kurallarının içeriğinin tespiti kurala dayanan taraflarca ispat olunabilir, bu sebeple hâkim taraflara

alemimizle ilgili manevi ve ruhi vakıalarında mesela iyi niyetli ve kötü niyetli olma, iradenin fesada uğraması gibi durumlarında ispatın konusunu oluşturabileceği savunulmaktadır (Bilge, N. (1965). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Ajans Türk Matbaası, 359-360); Vakıaların doktrinde farklı sınırlandırılmaları için bkz: Göksu, (2009), 326.

⁶² Her ne kadar tarafların ihtilafı olduğu vakıaların ispat edilmesi gerekliliğinden bahsetsek de tarafların üzerinde anlaştıkları, varlığını kabul ettikleri (varlığı hakkında aralarında çekişme bulunmayan) vakıaların meydana getirecekleri sonuç üzerinde de çekişmeye düşebilirler, bu durumda vakıa hakkında çekişme olmasa da gerçekleştireceği sonuç hakkında çekişme olduğundan yine ispat faaliyetinin konusunu oluşturabilecektir (Bilge, (1965), 360).

⁶³ Kuru, (2016), 319; Yılmaz, (2016), 7.

⁶⁴ Usul Ekonomisi İlkesi, medeni yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerden biridir. Hâkimin yasanın öngördüğü sınırlar içerisinde en az giderle ve mümkün olduğu kadar süratle davayı sonuçlandırmasıdır. (Yılmaz, E. (2008). "Usul Ekonomisi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (1), Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı, 244-245); Bilge, (1965), 361.

⁶⁵ Bilge, (1965), 361; Kuru, Arslan, Yılmaz, (2011), 367; Herkesçe bilinen vakıa, doğruluğundan şüphe edilmeyen, bilinmesi için özel uzmanlık gerektirmeden radyo, televizyon, kitap ve gazete aracılığıyla kolaylıkla öğrenilebileceğine inanılan olaylardır (Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2009). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 394); "Bir olayın herkesçe bilinmesi ve ünlü olması, olayın çekişmesiz olması durumunun aksine, tesbit gereğini ve ispat yükünü ortadan kaldırmakla kalmayıp, tesbitin yapılmış sayılmasına ve delil ikamesi yükünün karşı tarafa geçmesine yol açmaktadır." (Umar, Yılmaz, (1980), 27).

⁶⁶ Göksu, (2006), 328; Bilge, (1965), 360; Üstündağ, (1992), 598; Atalay, (Pekcanitez Usul), 1631; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 308; Üstündağ, (1984), 536.

başvurabilecektir⁶⁷ (MÖHUK m. 2). Dolayısıyla yabancı hukuk kurallarının uygulanmasında da taraflara ispat yükü düştüğünden bahsedilemeyecektir⁶⁸.

Örf ve adet kurallarının varlığının ispatının gerekip gerekmediği de doktrinde tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüş, örf ve adet kurallarının da hâkim tarafından resen uygulanacağını savunmaktadır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33'te hâkimin Türk hukukunu resen uygulayacağına değinilmiştir. Hukuk kuralları kavramının örf ve adet kurallarını da içine alan geniş bir çerçeve olması sebebiyle, örf ve adet hukukunun hâkim tarafından resen uygulaması gerektiği sonucunu çıkarmışlardır. Bu durumda ise tarafların örf ve adet kurallarının varlığını ispatı gerekmediği, çünkü hâkimin örf ve adet kurallarını resen göz önüne alacağı ifade edilmiştir⁶⁹. Konuyla alakalı doktrinde kabul görmüş diğer bir görüş ise örf adet kurallarının değişken yapıda ve çeşitli olması sebebiyle hâkimin bu kuralların hepsine vakıf olamayacağı düşünülerek, örf adet kurallarına dayanan tarafın, böyle bir kuralın varlığı konusunda hâkimi ikna etmesi gerektiği düşünülmektedir⁷⁰.

2.2.2. İspat Türleri

İspat türleri, ispatta kullanılan delillerin vakıyla ilişkisine göre içeriği bakımından doğrudan ve dolaylı ispat olarak; ispat faaliyetini gerçekleştiren tarafın ispat yükü taşıyıp taşıyamamasına göre ise asıl ispat- karşı ispat- aksini ispat olarak ayrılmaktadır.

2.2.2.1. Doğrudan ve dolaylı ispat

Doğrudan ispat, iddia edilen vakıanın varlığıyla doğrudan temas halindeki delillerle yapılan ispat faaliyetine denilmektedir. Mesela bir davada, vakıanın olayı gören tanıklarla ispat edilmesi bu anlamda doğrudan ispata örnek teşkil eder⁷¹.

⁶⁷ Yılmaz, (2016), 9; Başözen, (2010), 13-14; Bilge, (1965), 360; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1631; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2009), 385-386; Umar, Yılmaz, (1980), 20-21.

⁶⁸ Göksu, (2006), 330.

⁶⁹ Tanrıver, S. (2016). *Medeni Usul Hukuku*. (C.I), Ankara: Yetkin Yayınları, 744; Örf adet kuralları da hukuk kuralları niteliğinden olduğundan, hakim tarafından resen uygulanacaktır. Fakat hakim kuralların tespiti için bilirkişiye başvurabileceği gibi, taraflardan delil getirmelerini de isteyebilir (Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 309); Örf adet hukukuyla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz: Işıқтаç, Y. (1997). *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 23 vd.

⁷⁰ Kuru, (2016), 319; Akil, C. (2008). "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi". *AÜHF*, 57(3), 24; Bilge, (1965), 360; "Örf ve adetin varlığını ve içeriğini iddia eden kimse, bu iddiasını ispat etmelidir. Çünkü örf ve adet o kadar çoktur ve çeşitlidir ki, yargıcın bunları kendiliğinden göz önüne alabilmesi olanaksızdır. Özellikle ticaret hukukunda örf ve adetler zamana ve yöreye göre çok değişik içeriklere sahiptir. Bu nedenle, örf ve adetin varlığını iddia eden ve bundan kendi yararına sonuçlar çıkararak kimse bu konuda ispat yükünü taşımamalıdır." (Umar, Yılmaz, (1980), 22); Ayrıca bkz: Göksu, (2009), 330, dnp.34; Aksi görüş için bkz: Tanrıver, (2016), 744.

⁷¹ Tanrıver, (2016), 770; "Malın teslimine ilişkin bir eda davasında, mal teslim borcunu içeren sözleşme veya haksız fiil iddiasında, haksız fiilin işlendiğini bizzat gören tanık ifadeleri" doğrudan ispata örnektir (Atalay, (2001), 7).

İddia edilen vakıanın varlığını doğrudan yansıtmaktan ziyade komşu vakıaların ispatı sağlanarak hâkimde kanaat oluşturmaya çalışılan ispat faaliyetine dolaylı ispat denilmektedir⁷². Dolaylı ispatta asıl vakıa ispat edilmeyip komşu vakıa ispat edildiğinden bu durumda tecrübe ve mantık kurallarından yola çıkarak asıl ispatı gereken somut vakıanın büyük bir ihtimalle gerçekleştiği noktasında çıkarımda bulunmaktadır⁷³.

Dolaylı ispat türü kendi içerisinde emare ispatı ve ilk görünüş ispatı olarak ikiye ayrılmaktadır. Emare ispatı, iddia edilen vakıa hakkındaki komşu vakıalar ispatlanırken, asıl vakıa hakkında tecrübe kurallarına dayanarak hâkim tarafından sonuç çıkarılması faaliyetidir⁷⁴. Dolaylı ispatın bir diğer türü olan ilk görünüş ispatı ise hâkimin yüksek güvenilirliğe sahip tecrübe kurallarından yararlanarak iddia edilen somut vakıanın gerçekleştiği sonucuna varmasını sağlayan ispat türüdür. Bu ispat türünde hâkim önüne gelen uyumsuzlukta tecrübe kurallarına dayanarak, hayatın olağan akışı çerçevesinde (aksi ispat edilmediği sürece) ilk bakışta vakıanın var olduğunu kabul eder ve vakıayı ispat edilmiş sayar⁷⁵. Örneğin, bir kişinin mali sıkıntılar içerisinde olup, yüksek bir meblağ ile evini sigorta ettirmesinden kısa süre sonra evinde yangın çıkmış olması ve bu kişinin yakın zamanda birkaç bidon benzin almış olması evini yaktığına dair emare teşkil edebilir⁷⁶. Başka bir örnekte ise bir kişinin hastaneye gidip iğne olduktan sonra felç kalması, ilk görünüş olarak kişinin iğne sebebiyle felç olduğunun kabul edilmesine sebep olur⁷⁷.

İş yargılamasında da benzer kararlara rastlamak mümkündür. Olayın akışı içerisinde tecrübe kurallarıyla bir sonuca varılmasına sebep olan ilk görünüş ispatı, özellikle işveren

⁷² Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 295; “Kiralayanın kiracıya karşı açtığı tazminat davasında kiracının, kendisinden önceki kiracının duvar kâğıtlarının onun zamanında da kendiliğinden kabarak söküldüğü yolundaki ifadesinden hareketle, zararın sebebinin binadaki bir kusurdan kaynaklandığını ispat etmesi” dolaylı ispata örnek teşkil edecektir (Atalay, (2001), 8).

⁷³ Tanrıver, (2016), 771; Başözen, (2010), 17.

⁷⁴ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1620; Tanrıver, (2016), 771.

⁷⁵ Başözen, A. (2012). “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* ,(119), 1-49. Erişim adresi: <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=TIBBİMÜDAHALEDENKAYNAKLANANTAZMİNATDAVALARINDAİSPATSORUNLARI&kimlik=694870117&url=makaleler/abasozen-6.pdf>, 7-8 (E.T: 19.05.2018).

⁷⁶ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1620.

⁷⁷ Tanrıver, (2016), 772; Trafik kazalarında da ilk görünüş ispatı ayrı bir öneme sahiptir. Bir arabanın ağaca çarpması, caddeden çıkması veya devrilmesi veya yaya kaldırımına veya otoyol üzerindeki çizgileri geçmesi araç sürücüsünün ilk bakışta kusurlu olduğuna ilişkin sonuca götürmektedir. Çarpmalarda ilk görünüş ispatı, solda seyredenin, kavşaklarda ön geçiş hakkının ihlalinin kusur olduğunu kabul etmektedir. Kazada alkollü olmak, kural olarak kazanın oluş sebebidir. Araç sollarken gerekli mesafenin bırakılmaması, trafik kurallarına uyulmaması da kusuru oluşturmaktadır (Üstündağ, (1992), 606).

tarafından işçiye karşı uygulanan psikolojik taciz vakiasının aydınlatılması için başvuru bir ispat türüdür⁷⁸.

2.2.2.2. Asıl ispat- karşı ispat- aksini ispat

İddia edilen vakianın doğru olduğunun ispat yükü kendisine düşen tarafça yapılmasına asıl ispat denir. Karşı ispat ise asıl ispat faaliyetini gerçekleştiren tarafın hâkimde oluşturduğu kanaati sarsmak amacıyla girişilen ispat faaliyetidir⁷⁹. Karşı ispat, asıl ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetinde bulunduğu vakialara karşı yapılan iddia ve savunmayı sarsmaya yönelik bir faaliyet olduğundan, bağımsız bir faaliyet olduğu söylenemez⁸⁰.

Aksini ispat ise, bir karineye dayanarak karine temelinin ispatından sonra doğru olduğu düşünülen vakianın, gerçek olmadığı hususunda hâkimi inandırma faaliyetidir. Dolayısıyla ispat yükünü üzerinde taşıyan tarafın dayandığı karinenin temelinin aksini ispat ile ortadan kaldırılmasıdır⁸¹. Aksini ispat, karşı ispattaki durumun aksine asıl bir ispat türüdür. Bu sebeple hâkimin tam olarak ikna edilmesi gerekmektedir⁸².

2.2.3. İspat Hakkı

İspat hakkı kavramı, medeni yargılama hukukunda ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesi ile ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir⁸³. Bu hak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının aynı zamanda Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biridir⁸⁴.

İspat hakkı, sınırsız değildir; Kanun ispat hakkının kullanımını bazı sınırlamalara tabi tutmuştur⁸⁵. İlgili Kanun maddesinin birinci fıkrasına göre taraflar kanunda belirtilen süre ve usullere uygun olarak ispat hakkına sahiptirler (m. 189/1). Bu fıkranın lafzından ispat hakkının davanın iki tarafına da tanındığı ve böylece hukukumuzda kabul gören silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşır bir düzenleme olduğu çıkarımı yapılabilmektedir. Ancak Kanun

⁷⁸ Yargıtay 22. HD, 16.1.2019, E. 2016/3654, K. 2019/1020: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁹ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 294; Atalay, (2001), 6.

⁸⁰ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1617; Atalay, (2001), 6.

⁸¹ Çiftçi, P. (2018). *İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 418.

⁸² Topuz, G. (2012). *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Ankara: Yetkin Yayınları. 34; Atalay, (2001), 7.

⁸³ Toraman, B. (2014). "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 1483.

⁸⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Gerekeçeli-Karşılaştırmalı, Seçkin Yayıncılık, 14.Baskı, Ankara, 2018, 56-57.

⁸⁵ Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 59.

ifadesinden ispat hakkının yalnızca taraflara ait olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira ispat hakkı, hukuki dinlenilme hakkının bir yansıması olarak görülmektedir⁸⁶. Bu sebeple doktrinde, yargılamayla alakalı tüm ilgililerin ispat hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Bu durumda fer'i müdahilin de ispat hakkına sahip olduğu kabul edilecektir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 68'de belirtildiği gibi fer'i müdahil ancak yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunmaları ileri sürebilecektir⁸⁸.

Maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama ise, davanın temelini oluşturan çekişmeli vakıaların ispatında, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmayacağıdır. Anayasanın 36. maddesinde bu hükmü destekler nitelikte, hak arama özgürlüğünün sadece meşru vasıtalarla kullanılabileninden bahsedilmektedir⁸⁹. Sonuç olarak hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ispat faaliyetinde araç olarak kullanılmayacağı zaten bunu kabul etmenin hukukumuzda kabul edilen dürüstlük ilkesi gereğince doğru olmayacağı düşünülmektedir⁹⁰. Bu tür deliller mahkemeye ibraz edilmemeli, mahkemeye ibraz edilmiş bu türde deliller varsa onlar da hüküm kurarken dikkate alınmamalıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasındaki sınırlama, kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususların başka delillerle ispat olunması noktasındaki engeldir (HMK m. 189/3). Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu husustaki en önemli düzenleme senetle ispat zorunluluğuna ilişkin madde düzenlemesidir ve böylece kanuni delil sistemi ilkesi korunmuştur.

İlgili Kanun maddesinde bahsedilen son sınırlandırma ise delillerin caiz olup olmadığıyla ilgilidir. Hâkim delilleri değerlendirmeden önce o delillerin ispat aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı noktasında belirleme yapar ve caiz olduğunu düşündüğü delilleri hükme

⁸⁶ Toraman, (2014), 1494.

⁸⁷ Çiftçi, (2018), 417.

⁸⁸ "Müdahil katıldığı tarafın netice-i talebini destekleyecek hukuki sebeplerin savunabileceği gibi, çekişmeli olgulara ait kanıtlar da ikame edebilir, çünkü o katıldığı tarafın bir yardımcısı olur; davanın bir tarafı ya da onun temsilcisi olmaz. Yardımcı olmak nedeniyle de ancak katıldığı tarafın görüşüne uygun olduğu oranda ileri sürebileceği istekler göz önüne alınır. Katıldığı tarafın görüşüne aykırı bir beyanı, mesela ikrarı göz önünde bulundurulmaz." (Yargıtay HGK, 11.11.1981, 11-2751/733; Pekcanitez, H. (1992). *Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 146).

⁸⁹ Tanrıver, S. (2006). "Türk Medeni Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi". *TBB Dergisi*, (65), 373.

⁹⁰ Akil, C. (2012). "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (4), 1229

esas alır⁹¹. Hâkim delillerin caiz olup olmadığı incelemesini tarafların herhangi bir talebi olmadan, resen yapar.

2.2.4. İspat Yükü

İspat yükü⁹², davada hükme etki edecek nitelikteki çekişmeli vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun ispatlanamadığı koşullarda ortaya çıkan belirsizliğin riskine kimin katlanacağıının belirlenmesini konu alan yüküdür⁹³.

İspat yükü her durumda ortaya çıkmaz. Zira taraflar dilekçeler aşamasında mahkemeye delil sunarken ispat yükünün üzerlerinde olup olmadığına bakmadan delillerini sunarlar. Bu delillerle tarafların aralarındaki çekişmeli olaylar bir çözüme kavuşturulabilirse yani hâkim ileri sürülen iddia veya savunmanın temeli olan olayları ispatlanmış kabul ederse o zaman ispat yükünün belirlenmesine gerek kalmayacaktır. Taraflar arasındaki bütün çekişmeli vakıalar tarafların getirdiği delillerle aydınlanmış ise ispat yükünün kime ait olduğundan bahsetmek yerinde bir sorgulama olmayacaktır⁹⁴.

Eğer iddia ve savunmanın temeli vakıalar ispat edilemezse ve hâkim sunulan delillerle hüküm kuracak kanaate ulaşamazsa veya bir belirsizlik durumu ortaya çıkarsa işte bu durumda ispat yükünün kime düştüğünün belirlenmesi gerekecektir. Çünkü hâkim önüne gelen davada karşılaşılan hukuki mesele hakkında ispat faaliyetinin sonucu nasıl olursa olsun karar verme mecburiyeti altındadır⁹⁵. Bu sebeple hâkimin bu durumlarda ispat yükünün kime düştüğünü belirlemesi ve ispat faaliyetinin sonucuna göre hüküm vermesi gerekecektir.

İspat yükü, kavramdan da anlaşılacağı üzere bir yüküdür, yükümlülük değildir. İspat yükü kendisine düşen taraf, ispatı gereken vakıayı ispat edemezse, hakkında ifaya zorlama, tazminat gibi yaptırım uygulanmaz, fakat üzerine düşen ispat yükünü gerçekleştirmediğinde, bunun sonucu olarak hâkimin aleyhine karar vermesi riskiyle

⁹¹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1613.

⁹² Fransız usul hukuku kaynaklarında, ispat yükü kavramı yerine, ispat yükümlülüğü anlamını taşıyan “charge de la preuve” terimi kullanılmaktadır (Bilge, (1965), 366).

⁹³ Topuz, (2012), 36; Tok, O. (2016). *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 32; Tanrıver, (2016), 777; Atalay, (2001), 8-9; Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 331; Kuru, Arslan, Yılmaz, (2011), 370-371; Üstündağ, (1984), 536; Umar, Yılmaz, (1980), 3; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 309; Başözen, (2010), 86; Taşpınar, S. (2001). *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 162.

⁹⁴ Tanrıver, (2016), 778; Kuru, (2016), 320.

⁹⁵ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 309; Atalay, (2001), 10; Taşpınar, (2001), 164.

karşılaşabilir⁹⁶. Örneğin, ispat yükünü taşıdığı halde, ispat yükünü yerine getiremeyen davacının davası reddedilir⁹⁷.

İspat yükü, objektif (maddi) ispat yükü ve sübjektif (şekli) ispat yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yükü⁹⁸, tarafların iddialarını ispat edemediklerinde bu belirsizlik sebebiyle karşılaşılabilecekleri aleyhe sonuç tehlikesiyken⁹⁹, sübjektif ispat yükü¹⁰⁰, tarafların arasında çekişmeli olan vakıaların ispatı gerektiğinde bu ispat faaliyeti için taraflardan hangisinin delil ikame yüküne sahip olduğunu açıklar¹⁰¹. Delil ikame yükü ise, objektif ispat yükünün sonuçları gereği aleyhe kararlar karşılığında durumunu bertaraf etmek için, tarafın kendi iddiasının doğru olduğunu öne sürüp karşı tarafın iddiasının ise asılsız olduğunu iddia ederek, bu iddiasını hâkimin kanaatine göre doğru kabul ettirebilmek için giriştiği delil sunma faaliyetidir¹⁰².

İspat yükünün paylaşılması bütün hukuk sistemlerinde önemli bir sorun oluşturmaktadır. Çünkü ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi davanın sonucuna etki edebilecek önemli bir müessesedir¹⁰³.

2.2.4.1. İspat yükü kuralı

2.2.4.1.1. Genel olarak ispat yükü kuralı

İspat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi davada son derece önem taşıyan bir husustur. Zira ispat yükü üzerine düşüp bunu gerçekleştiremeyen aleyhine karar ortaya çıkacaktır¹⁰⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesine ilişkin temel kurallardan biri bulunmaktadır. Hükme göre, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla*

⁹⁶ Tok, (2016), 32; Tanrıver, (2016), 778; Bilge, (1965), 366.

⁹⁷ Kuru, (2016), 320; Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 66.

⁹⁸ Doktrinde bu kavram yerine maddi ispat yükü, ispat tehlikesi, dava riski, tespit tehlikesi, belirsizlik riski gibi ifadeler de kullanılmaktadır (Atalay, (2001), 8).

⁹⁹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1695; Topuz, (2012), 37-38; Atalay, (2001), 9; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 336.

¹⁰⁰ Doktrinde bu kavram yerine delil ikame yükü, usuli-şekli ispat yükü, gerçek olmayan ispat yükü, delil gösterme yükü gibi ifadeler de kullanılmaktadır (Atalay, (2001), 9).

¹⁰¹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1695; Topuz, (2012), 37-38; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 336.

¹⁰² Atalay, (2001), 16; Taşpınar, (2001), 164-165; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 335; Umar, Yılmaz, (1980), 34.

¹⁰³ Bilge, (1965), 367.

¹⁰⁴ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1695.

yükümlüdür”¹⁰⁵. Bu hüküm İsviçre Medeni Kanunu’nun 8. maddesindeki, “*Kanun başka bir hal tarzı belirlemiş olmadıkça iddia edilen bir vakıanın varlığını bundan kendi lehine haklar çıkararak kimse ispat etmelidir*” hükmü kaynak alınarak oluşturulmuştur¹⁰⁶. HUMK döneminde özel bir düzenleme olmadığından Türk Medeni Kanunu’ndaki hükme dayanarak ispat sorunu çözülmeye çalışılıyordu.

Türk Medeni Kanunu’nda bulunan bu düzenlemeyi iyileştirmek için maddi hukuk temelli ispat yükü kurallarına Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da ayrıca yer verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere, ispat yükü kurallarının maddi hukuk temelli olmasına rağmen usul hukuku alanına girmesi ve ispat hukukuna ilişkin genel hükümlerin bir arada bulunmasının daha makul olacağı düşüncesiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da bu yönde hüküm yer almıştır. İspat yükü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir*” şeklinde düzenlenmiştir (HMK m. 190). Bu maddedeki kendi lehine hak çıkararak taraf kavramının iyi bir şekilde irdelenmesi ve her zaman davacı gibi düşünülmemesi gerekecektir. Hâkim uyuşmazlık konusu vakıaları tespit ederek, elde bulunan delillere göre hüküm verebilir veremediğine bakıp, çelişkisi çözülemediği ve kendisinde kanaatin oluşmadığı durumlarda ispat yükünün ait olduğunu tarafın, ispat yükünün gereklerini yerine getirilip getirmediğine göre kararını verecektir. Bu sebeple her somut olaya göre ispat yükünün kimde olduğu değişkenlik gösterebileceğinden, ispat yükünün aidiyeti belirlenmelidir¹⁰⁷.

2.2.4.1.2. İş yargılamasında ispat yükü kuralı

İspat yükünün kime ait olduğunun usul hukukunun mu yoksa maddi hukukun mu alanına dâhil olduğu doktrinde tartışılmıştır¹⁰⁸. İspat edilecek şeyin belirlenmesinin maddi hukuka

¹⁰⁵ Tanrıver’e göre maddenin düzenlenmesinde eksiklikler bulunmaktadır. Birincisi ispatın yük değil, yükümlülük olarak ifade dilmemesi yanlıştır. İkincisi ispat yükü vakıayı kimin ileri sürdüğünden çok kimin lehine olduğuyla alakalıdır (Tanrıver, (2016), 780); Medeni Kanunun 6. maddesindeki kural, “bir şeyi iddia eden ispat yükünü taşır (incumbit el qui dicit), yoksa inkar eden değil (factum negantis probatio nulla est)” şeklinde ifade edilen eski bir kaidenin günümüze yansıyan halidir (Üstündağ, (1984), 537); Özdemir, E. (2006). İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları. İstanbul: Beta Yayınları, 8; Üstündağ, (1992), 599; Yılmaz, E. (2012). *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 45.

¹⁰⁶ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 311; Bu hüküm Fransız MK 1315.maddesinden İsviçre Medeni Kanununa geçmiş, Medeni Kanunumuzu da İsviçre’den aldığımız için bizim kanunumuzda da yerini almıştır (Bilge,(1965), 367).

¹⁰⁷ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1697.

¹⁰⁸ “İspat araçlarının neler olduğu ve ispat şekilleri usul hukuku meselesidir; fakat taraflardan birinin iddia ettiği hukuki neticeyi varid ve haklı kılmak, bu iddiaya uyan hukuku uygulamak için hangi vakıaların ispatı lazım geldiğini maddi hukuk tayin eder. Bu vakıaları hangi tarafın ispat edeceğini, yani beyine yükünün kime ait olduğunu gösterme işi maddi hukuk meselesidir.” (Ansary, Ş. (1957). *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara:

ait olduğu, fakat bu ispat faaliyetini gerçekleştirecek kişinin tayininin ise usul hukuku alanına girdiği savunulmuştur¹⁰⁹. İspat yükünün maddi hukuk temelli yönü, özellikle iş yargılamasında işçi lehine yorum ilkesi gereğince bazı farklılıklar göstermektedir.

İş yargılamasındaki ispat yükü, medeni usul hukukunda yer alan ispat yükü kurallarından, işçi lehine yorum ilkesi gereği, birtakım farklılıklar gösterse de, daha yakın bir incelemede aslında iş hukukunda uygulanan ispat yükü kurallarıyla medeni usul hukukunda yer alan ispat yükü kurallarının birbirinden tamamen farklı olmadığı görülmektedir¹¹⁰. İş yargılamasına ait davalarda da uyuşmazlığın çözülmesi için belli bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi (esasen ispat edilememiş olması) durumunda, söz konusu vakıayı iddia eden tarafın, aleyhe bir sonuçla karşılaşma riski ispat yüküyle alakalıdır¹¹¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu için geçerli olan bu durum iş yargılamasında da genel olarak geçerliliğini korumaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümler, bazı vakılarda hangi vakıanın hangi taraf lehine olduğu ve ispatın kime düşeceği gibi bazı sorunların çözümünde yetersiz kalmaktadır¹¹². İş Kanunu'nda da bu eksikliğin giderilmesi amacıyla genel kuralın dışında ispat yükünün belirlendiği hükümlere yer verildiği görülmektedir.

İş yargılamasında da, ispat yükü tarafların davacı ve davalı konumuna sahip olmalarıyla bağlantılı olmayıp, iddia ettikleri vakıalarla ilgili bir konu olması sebebiyle, davacı veya

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 247); “ *Karşılıklı iddia ve müdafaların dayandıkları hadiselerin isbatı ve isbat edilmemesi bu mekiğin nerede duracağını, neticenin hangi tarafta karar kılacağını, yani davayı kimin kazanacağını tayin eder. Böylece verilen karar medeni hukuka ait neticeler doğurduğu cihetle, aslında usul hukukunun çevresine giren isbat meselesinin medeni hukukta da büyük ehemmiyeti vardır. Burada usul hukukuyla medeni hukukun çok yakından temas ettiği noktalardan birini görüyoruz; zira bir davada dermeyan edilen hakkın mevcut olup olmaması, o hakkı doğuran veya suküt ettiren hadiselerin mevcut olup olmamasına bağlıdır. Binaenaleyh her davada bütün mesele, öne sürülen vakıaların isbatında ve isbat yükünün hangi tarafa, yani davacıya mı yoksa davalıya mı ait olacağına toplanır. Anlaşmazlıklardan mühim bir kısmı mahkemelere intikal ettiği cihetle, isbat keyfiyetinin ehemmiyeti büyüktür.*” (Velidedeoğlu, H. V. (1960). *Türk Medeni Hukuku Umumi Esasları*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 368-369).

¹⁰⁹ Bilge, (1965), 367; Bu konudaki diğer bir görüş ise, ispat araçlarının ve ispat şekillerinin usul hukukunun alanına girdiği fakat tarafların arasında çıkan uyuşmazlıkta hangi vakıaların ispatı gerektiği maddi hukuk alanının incelemesine girer. Ayrıca vakıaları hangi tarafın ispat edeceği, ispat yükünün kime ait olduğunu belirleme sorunu ise maddi hukuka ait bir meseledir (Ansay, (1957), 247).

¹¹⁰ Bozkurt, H. (2011). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 348.

¹¹¹ Özdemir, (2006), 8.

¹¹² Kılıçoğlu, M. (2011). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Uyarlı İş Yargılamaları Usulü*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 173; Postacıoğlu, Altay, (2015), 576; Umar, Yılmaz, (1980), 86-87; Ansay, (1957), 248.

davaliya yüklenebilmektedir¹¹³. Örneğin, davacı işçi, ücretinin ödenmediği iddiasını ileri sürdüğünde sırf davacı sıfatı nedeniyle ücretinin ödenmediği iddiasını ispatlaması gerekmez, ücretin ödendiği davalı işveren tarafından ispatlanmalıdır. Kısacası ispat yükü davalı da olsa işverenin üzerindedir¹¹⁴. Bu durumda her vakıaya özel olarak ispat yükü belirlemesi yapmak gerekecektir.

2.2.4.2. İspat yükünde genel kuralın dışındaki haller

2.2.4.2.1. Normal durumun aksini ispat

Normal sayılan bir duruma dayanarak iddiasının dayanağı olan vakıayı kanıtlamak isteyen kişi, iddiasını kanıtlamaktan kurtulur. Zira hayatın olağan akışı içerisinde normal olduğu kabul edilen durumların ispatında iddiada bulunan tarafa bir yük yüklenmesi düşünülemez. Bu sebeple normal durumun aksini iddia eden varsa bunu kanıtlamak zorundadır¹¹⁵.

Doktrinde bir görüşe göre normal durumun aksini ispat, ispat yükündeki genel kuralın istisnalarından birini oluşturmamaktadır. Çünkü normal duruma dayanan taraf fiili karineler için geçerli olan ispat kolaylığından faydalanacak ve hâkim deneyimleriyle durumun alışılmış bir olay olup olmadığı hakkında çıkarımda bulunacaktır¹¹⁶. Yargıtay içtihatlarında kabul edilen görüşe göre, ispat yükü normal duruma aykırılığı iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Konuyla ilgili Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E.2016/17608, K. 2018/4492, T. 25.4.2018’li kararına göre normal durumun aksine dayanan bunu ispat etmelidir:

“Davacı kadın davaya konu edilen ziynet eşyasının davalı eşi ve davalı kayınpeder tarafından elinde alındığını ve bu altınların bir daha kendisine iade edilmediğini ileri sürmüş, davalı koca ve kayınpeder ise bu altınların davacıda bulunduğunu savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla, bunların davalı tarafın zilyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz. Diğer taraftan, ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen türden eşyalardandır. Bu sebeple evden ayrılmayı tasarlayan kadının

¹¹³Kılıçoğlu, (2011), 161; Özdemir, (2006), 9; Doktrinde ispat yükünün daima davacıya veya davalıya yüklenmesi hukuk normunun çeşitliliği gereği asla söz konusu olamaz. Çünkü hukuk kuralları davacı taraf yararına normlar içerdiği gibi, davalı taraf yararına da normlar içerir. Davacının veya davalının yararına sonuç doğuran norm, o normdaki öge olayların gerçekleşmediği saptanmadan uygulanmayacağına göre, her normdaki öge olaylar için ispatsızlığın riskini, o normdan yararlanabilecek kimsenin taşınması doğaldır. Bu yüzden ispatsızlığın riskinin daima davacıya veya davalıya düşmesi söz konusu olmaz (Umar, Yılmaz, (1980), 49-50; Yılmaz, (2012), 46). Ayrıca bir davada ispat yükünün davacı veya davalıdan kime ait olduğunu belirlemek hâkimin görevidir (Umar, Yılmaz, (1980), 6).

¹¹⁴ Özdemir, (2006), 9.

¹¹⁵ Postacıoğlu, Altay, (2015), 576; Kuru, (2016), 324; Taşpınar, S., (1996). "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1-4), 549.

¹¹⁶ Atalay, (Pekcantez Usûl), 1706.

bunları önceden götürmesi, gizlemesi her zaman mümkün olduğu gibi, evden ayrılırken üzerinde götürmesi de mümkündür. Bunun sonucu olarak, normal koşullarda ziynet eşyalarının kadının üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığını kadının ispatlaması gerekir”¹¹⁷.

Aynı şekilde iş yargılamasında da, sıklıkla karşılaşılan feshin ispatında, normal durumun aksini ispat kuralından yararlandığı görülmektedir. Zira iş ilişkisinin devamının normal bir durum olduğu kabul edilerek, aksini iddia edenin (iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddia edenin) ispat külfeti taşıdığı kabul edilmektedir¹¹⁸. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında yer alan, “iş sözleşmesinin derhal feshinde ispat yükü iş ilişkisinin normal biçimde devam ettiğini iddia eden tarafa değil, istisnai durumu, yani karşı tarafın haklı bir fesih nedeni yarattığını, iş ilişkisine devamı çekilmez hâle getirdiğini ileri süren tarafa düşer” ifadesi, normal durumun aksini iddia edenin ispat yükünü taşıdığı hallerin iş yargılamasında da uygulandığının bir göstergesidir¹¹⁹.

2.2.4.2.2. İspat yükünün kanunla özel olarak belirlendiği haller

İspat yükünün kanunda açıkça belirlendiği bazı hallerde ispat yükünün kime düştüğünün araştırılmasının bir önemi bulunmamaktadır¹²⁰. Örneğin, Türk Medeni Kanunu m. 222’ye göre “Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür”. Yine Türk Medeni Kanunu’nun 287 ve 294’üncü maddelerinde de

¹¹⁷ “Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse, iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir. Davacı kadın davaya konu edilen ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüştü, davalı koca ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla, bunların davalı tarafın zilyetlik ve korumasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz. Diğer taraftan, ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen türden eşyalardandır. Bu nedenle, evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi, gizlemesi her zaman mümkün olduğu gibi evden ayrılırken üzerinde götürmesi de mümkündür. Bunun sonucu olarak normal koşullarda ziynet eşyalarının kadının üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Davacı, davaya konu ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığını, ispat yükü altındadır” (Yargıtay HGK, E.2017/3-1002, K. 2018/494); Benzer yönde diğer kararlar için bkz: Yargıtay 6.HD, 19.3.2013, E. 2012/11527, K. 2013/4726 ; Yargıtay 6. HD, 23.1.2013, E. 2012/9507, K. 2013/720 ; Yargıtay 6. HD, 14.1.2013, E. 2012/17967, K. 2013/113 ; Yargıtay 6. HD, 21.11.2012, E. 2012/16623 K. 2012/15174 ; Yargıtay 6. HD, 10.7.2012, E. 2012/5333, K. 2012/10423 ; Yargıtay 3. HD, 8.10.2013, E. 2013/10922, K. 2013/14103; Yargıtay 3. HD, 25.4.2018, E. 2016/17608, K. 2018/4492; Yargıtay 3. HD, 26.2.2018, E. 2016/8301, K. 2018/1692 ; Yargıtay 6. HD, 20.3.2013, E. 2012/11588, K. 2013/4923; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁸ Yargıtay 9. HD, 28.4.1997, E. 1997/1401, K. 1997/7663; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁹ Yargıtay HGK, 20.12.2017, E. 2015/9-2888, K. 2017/2034; Aynı yönde karar için bkz: Yargıtay HGK, 7.2.2018, E. 2015/22-1591K. 2018/185; Yargıtay HGK, 4.10.2018, E. 2015/22-3279, K. 2018/1429; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹²⁰ Özdemir, (2006), 13.

ispat yükünün kanun tarafından belirlendiği hallere ilişkin örneklere rastlamak mümkündür.

İş Kanunu'nda da ispat yükünün kime düştüğünün belirlendiği bazı hükümler yer almaktadır¹²¹. Zira ispat yükünün maddi hukuka ilişkin yönü olması sebebiyle kanun koyucu bazı hallerde işçi lehine ispat yükü kuralları belirlemiştir. Bu durumda ispat yükü kanunun belirlediği tarafa düşecektir.

Kanun'da ispat yükünün özel olarak belirlendiği haller şu şekildedir:

Eşit davranma ilkesinde ispat yükü:

Eşitlik ilkesi, anayasasında ve kanunlarında açıkça yer almamış olsa dahi demokratik hukuk devletlerinin tümünde geçerliliğini koruyan temel bir ilkedir¹²². Türk hukukunda 1876 Anayasası'nın 17. maddesiyle ile birlikte anayasal zemine kavuşmuş ve sonrası anayasalarımızda giderek daha ayrıntılı şekilde düzenlemeler ile önemini korumuştur¹²³.

Hukukumuzun tüm alanlarında varlığını gösteren eşitlik ilkesinin¹²⁴ iş hukukundaki görünümü eşit davranma ilkesidir¹²⁵. Her ne kadar eşitlik ilkesi özel hukuk ve kamu hukuku alanına sirayet etmiş olsa da kamu hukuku alanında uygulaması mutlak bir nitelik kazanabilecekken özel hukuk alanında uygulaması taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğü sebebiyle yumuşatılabilir¹²⁶. Fakat iş hukuku özel bir hukuk alanı olmasına rağmen zayıf durumda olan işçinin korunması amacıyla kamu düzenini de ilgilendirmesi sebebiyle eşitlik ilkesi özel bir görünüme kavuşarak İş Kanunu'nda yerini almıştır.

¹²¹ Bozkurt, (2011), 352; Özdemir, (2006), 13.

¹²² Yıldız, G. B. (2008). *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 54.

¹²³ Ünal, N. (2004). "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53 (1), 177.

¹²⁴ Eşitlik ilkesi, Anayasanın 10. maddesinde "kanun önünde eşitlik" başlığıyla düzenlenmiştir. "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.). Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.). Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.). Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." ; (Süzek, S. (2017). *İş Hukuku*. (14. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, 473).

¹²⁵ Sever, R. (2012). "İşverenin Eşit Davranma Borcu". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9 (34), 35; Yüksel, S. R. (2013). "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 10 (39), 59; Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U. (2014). *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 721; Kılıçoğlu, M., Şenocak, K. (2013). *İş Kanunu Şerhi*. (3. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, 78.

¹²⁶ Sever, (2012), 37.

4857 sayılı İş Kanunu ile eşit davranma ilkesi, anayasal bir ilke olmanın ötesine geçerek somut yükümlülükler getiren özel bir hüküm olarak düzenlenmiştir¹²⁷. “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddenin son fıkrası konumuz açısından asıl önem taşıyan noktadır. Bu fıkraya göre; “20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur”.

4857 sayılı İş Kanunu öncesinde işçi, ayrımcılığa maruz kaldığını gösteren vakıaları sunup, ayrımcılık iddiasını ispatlaması gerekiyordu ancak bu husus işçi bakımından önemli zorluklar içermekteydi¹²⁸. Çünkü işçinin işveren tarafından oluşturulan mağduriyetini ispatlayacak araçlar da işverenin hâkimiyeti altında bulunmaktadır. İşverenin katkısı olmaksızın bu olayların aydınlatılması çoğu zaman pek mümkün olmamaktadır¹²⁹. Alman ve İsviçre hukuklarında, eşit davranma ilkesine aykırı davranış sonucu, işverenin hâkimiyeti alanında bulunan bir konu nedeniyle ispat güçlüğü haline özgü özel bir düzenleme yoluna gidilmiştir. İşçinin ispat yükünün hafifletilmesi amacıyla, işçinin iddiasını ispatlayacak vakıaları muhtemel gösteren olguları ortaya koyduğu takdirde artık, bu durumun aksini ispat yükü işverene yüklenmiştir¹³⁰. Yine Amerikan hukukunda ve Avrupa Birliği hukukunda da eşit davranma ilkesine aykırı davranışları işçinin ispatlamasının zorluğu sebebiyle, işçiye ispat kolaylığı tanınarak, adil yargılama ortamı oluşturulmaya çalışılmıştır¹³¹. Türk hukukunda da uluslararası bu düzenlemeler dikkate alınarak, eşit davranma ilkesine aykırılıkta ispatın işçi lehine kolaylaştırılması ve bunun da kanunda ayrıca ve açıkça yer alması gerektiğini belirten eleştiriler yer almıştır¹³². Doktrinde getirilen bu eleştiriler de dikkate alınarak 4857 sayılı Kanun’da da bu yönde özel düzenleme yoluna gidilmiştir.

¹²⁷ Sever, (2012), 38; Yıldız, (2008), 62; Eşit davranma ilkesi, genel ve özel ayırım yasaklarını, bunların istisnalarını ve bu kurallara aykırı davranılması durumunda yaptırımlarının ne olacağını ve ispat yükü kurallarını içermektedir. Hüküm her ne kadar somut ayrımcılık yasaklarını düzenliyor gibi gözükse de sadece ayrımcılık yapma yasaklarına değil, genel olarak eşit davranma yükümlülüğü getirdiği kabul edilmelidir (Baysal, U. (2010). "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (25), 62).

¹²⁸ Onaran Yüksel, M. (2000). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*. İstanbul: Beta Yayınları, 376; Yıldız, (2008), 299.

¹²⁹ Onaran, (2000), 357.

¹³⁰ Onaran, (2000), 358-359.

¹³¹ Onaran, (2000), 359-360.

¹³² Yıldız, (2008), 299; Onaran, (2000), 376.

Örneğin, işçi eşit davranma ilkesine aykırı hareket edildiğini iddia ediyorsa tazminat davasında bu iddiasını kendisi ispat etmelidir¹³³. İşçinin eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı iddiasını güçlü bir biçimde ortaya koyması halinde, ispat yükü işverene geçmiş olur. İşçi ihlalin gerçekleştiğine dair kanıtlar ileri sürerken dolaylı vakıaların ispatını yaparak da iddia ettiği vakıanın ispat edilmesini sağlayabilir¹³⁴. Yani kanun koyucu ispat güçlüğü sebebiyle işçinin iddialarının ispatında ispat yükünü yabancı hukuk sistemlerinde görüldüğü gibi yumuşatmış, hafifletmiştir¹³⁵. Bu durumda işçi ispatlanması kolay olan ve genel hayat tecrübesiyle kanıtlanabilecek vakılara dayanarak eşit davranma ilkesine uyulmadığını ortaya koyabilecektir, bu halde söz konusu olguların eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edilmediğini işveren ispatlamak zorunda kalacaktır¹³⁶.

Bir başka ifadeyle işçi, eşit işlem ilkesine aykırı davranıldığını hâkimi inandırmaya yeterli kanaat oluşturacak şekilde ispatlamış bulunursa, bu durumda ispat yükü işverene geçecektir. İşverenin de bu durumda eşit işlem ilkesine aykırı davranmadığını, yaptığı işlemin esas sebebinin ne olduğunu ve bu işlemi yapmasının haklı ve makul gerekçelere dayandığını ortaya koyması gerekmektedir¹³⁷. Yani işveren, eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturan bir durumun bulunmadığını, hukuken meşru görülen bir amaç için davranışının gerekli ve orantılı olduğunu ispat etmelidir¹³⁸.

Kanun’da yer alan “*ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren durum*” ifadesinin uygulamada nasıl olacağı somut örneklerle göre farklılık gösterecektir. Örnek olarak, işyerinde terfi ettirilen tüm işçilerin işverenle aynı dine mensup olmasına rağmen, terfi ettirilmeyenlerin farklı dine mensup olması eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığına dair güçlü bir ihtimal oluşturacaktır¹³⁹. Diğer bir örnek de, belediye seçimlerinde diğer rakip adayı destekleyen belediye işçisinin, seçimlerden sonra işinin, iş yerinin veya çalışma koşullarının değiştirilmesi, eşitlik ilkesi ihlalinin varlığını gösteren güçlü bir olasılık olarak görülebilir. Bu durumda işveren değişikliğin objektif nedenlere dayandığını ve ihlalin mevcut olmadığını ispat etmek durumundadır¹⁴⁰. Başka bir örnekte de kadın işçinin aynı

¹³³ Günay, C. İ. (2015). *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 268.

¹³⁴ Albayrak, H., Yuvalı, E. (2012). “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9 (34), 83.

¹³⁵ Onaran, (2000), 77; Sever, (2012), 61; Yıldız, (2008), 300; Süzek, (2017), 491.

¹³⁶ Baysal, (2010), 94.

¹³⁷ Yıldız, (2008), 301; Sever, (2012), 61.

¹³⁸ Yıldız, (2008), 302.

¹³⁹ Baysal, (2010), 93.

¹⁴⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 747.

işte çalışan erkek işçiye göre daha düşük ücret aldığını kanıtlaması, eşit davranma ilkesinin ihlal edildiğine dair güçlü bir ihtimal ortaya koymuş olacağından işverenin ihlal olmadığına dair kanıt ileri sürmesi gerekecektir¹⁴¹.

Yargıtay, hamile kalan ve doğum yapan kadın işçilerin, iş akitlerinin bu sebeple feshedildiğini ve eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ispat edemediklerini, keza aynı yerde hamile olup çalışmaya devam eden işçilerinde bulunması sebebiyle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinde isabet olmadığına karar vermiştir¹⁴². Bir başka kararında Yargıtay, işçinin diğer işçilerden daha az zam alması sebebiyle açtığı tazminat davasında sadece diğer işçilerden daha az zam aldığı ispatlamasını yeterli kabul etmemiştir. İşçinin İş Kanunu m. 5'te belirtildiği gibi eşit davranma borcuna aykırılığın, dil, din, ırk, mezhep, cinsiyet, siyasal düşünce vb. sebeplere dayalı olduğunu ispat edemediğinden ve bu ihlalin varlığını gösteren güçlü bir delil sunamadığından tazminata hak kazanamayacağına karar vermiştir¹⁴³.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin, iş sözleşmelerinin eşit davranma ilkesi ihlal edilerek feshedildiği iddiasında bulunmaları halinde, feshin geçerli nedenlerle yapıldığını ispat yükünün işverene ait olması nedeniyle, eşitlik ilkesine aykırılığı ispat etmek zorunda bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır¹⁴⁴. İş güvencesine sahip bir işçinin iş akdinin eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde feshi halinde, işverenin feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat etmesi gerekecektir.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinde ispat yükü:

İş Kanunu'nda ispat yükünün belirlendiği diğer bir hüküm de İş K. m. 20/2 hükmüdür. Maddeye göre; "*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir*¹⁴⁵. *İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.*"

İşveren, feshin geçerli nedene dayandığını inandırıcı delillerle ispat ettikten sonra ispat yükünü yerine getirmiş sayılsa da burada işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık tamamen

¹⁴¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 747.

¹⁴² Yargıtay 9.HD, E. 2012/11403, K. 2014/15227, T. 12.05.2014 (Çil, Ş. (2014). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)*. (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 206-208).

¹⁴³ Yargıtay 9.HD, E. 2012/8945, K. 2014/14146, T. 30.04.2014 (Çil, (2014), 209-211).

¹⁴⁴ Sever, (2012), 60.

¹⁴⁵ İspat yükü konusundaki bu düzenleme eleştirilmiştir. Bir görüşe göre, ispat yükünün işverene bırakılması yerine 158 Sayılı Sözleşmenin m.9/2' de yer alan görüşü benimsenerek feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına tarafların sundukları delillere göre hâkimin karar vermesi daha isabetli olacağı savunulmuştur (Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 1039).

çözümlemiş değildir. İlgili fıkranın ikinci cümlesinde, işverenin fesih için geçerli nedene dayandığını ispat etse bile, işçi feshin aslında başka bir sebeple yapıldığını iddia ederse bu iddiasını ispat etme imkânına sahiptir¹⁴⁶. Örneğin, açılan işe iade davasında iş güvencesi kapsamındaki birtakım işçilerin işletme gerekleri sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedildiği işveren tarafından ispatlansa da, işçiler sözleşmeleri feshedilenlerin sadece kadınlar olduğunu ve aslında fesih sebebinin farklı olduğunu ve eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığını güçlü biçimde ortaya koyduklarında, işveren feshin geçersiz olmaması için işçilerin çıkarılmasında objektif kıstaslara dayandığını ve hukuka uygun davrandığını ispat etmek zorunda kalacaktır¹⁴⁷.

Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, geçerli sebebe dayanarak gerçekleştirilen fesihlerdeki ispat yükü kuralının, işten çıkarılan işçilerin seçiminde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da kullanılmaması gerektiğidir¹⁴⁸. Çünkü 20. madde hükmü, 18. maddeye göre yapılacak feshin geçerli olduğunun ispat edilmesiyle ilgili bir kuralken, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesi ve bunlar arasında ayırım yapılması, 5. maddede yer alan ispat yükü kuralıyla çözüme kavuşturulabilecektir. Böylece aslında her ne kadar uygulamada karıştırılsa da bu iki ispat yükü kuralı farklı dayanaklara sahiptir¹⁴⁹.

İş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshinde ispat yükü:

Sendikal nedenle fesih, işçilerin sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmaları sebebiyle işveren tarafından iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumudur¹⁵⁰. Sendikalar Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası, işçilerin sendikaya üye olması veya olmaması, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacaklarını veya farklı işleme tabi tutulamayacaklarını hükme bağlamıştır.

Konumuzla ilgili olarak sorun, bu hükme aykırılık sebebiyle açılacak davalarda ispat yükünün kimde olacağı hususudur. İş güvencesine sahip olan işçilerde sendika üyeliği ve sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesi feshedilecek olduğunda ispat yükümlülüğü işçiye

¹⁴⁶ Kılıçoğlu, (2011), 179.

¹⁴⁷ Baysal, (2010), 93.

¹⁴⁸ Çelik, N. (2014). "İş yeri Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatlama ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü- Karar İncelemesi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24 (2), 28.

¹⁴⁹ Çelik, (2014), 29.

¹⁵⁰ Sümer, H. H. (2011). "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi". *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 1625.

aittir¹⁵¹. Çünkü işçi feshin geçerli neden dışında bir nedene dayandığı iddiasında ise bunu ispat etmelidir (m. 20/2). Ancak işverenin sendikal nedenle sözleşmeyi feshettiğini ispatlamak, işverenin hangi amaçla hareket ettiğini kanıtlamak anlamı taşıdığından, işçi açısından oldukça güçlük arz etmektedir¹⁵². Fakat işçinin gösterdiği birtakım deliller feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasını güçlendirecek nitelikte ise bu durumda ortada bir fiili karinenin olduğundan bahsedilir ve bu durumda usul hukukunun genel kuralları dikkate alınarak ispat yükü işverene yüklenir¹⁵³.

İş güvencesine sahip olmayan işçiler için de sendika üyeliği ve sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi sonucunda sendikal tazminat taleplerinde yargı kararlarında ispat yükü işçide kabul edilirken, 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte; işveren, feshin nedenini ispat etmekle yükümlü hale getirilmiştir¹⁵⁴. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 6. fıkrasına göre; “*İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür*”. Örneğin, sendikaya üye olan işçinin işten çıkarılma sebebinin sendika üyeliği olmadığını, gerçek sebebin iş yerinde yapılan devamsızlık olduğunu veya sendikaya üye diğer işçilerin çalışmaya devam ettiğini işveren ispatlamalıdır ki sendikal tazminat ödemekle yükümlü kılınmasın¹⁵⁵.

2.2.4.2.3. Karineler

Genel olarak karineler:

Karine, varlığı bilinen veya kanıtlanan bir olgudan yola çıkarak, bilinmeyen olgu hakkında çıkarımda bulunmaktır¹⁵⁶. İddiasını veya savunmasını bir karineye dayandıran taraf karinenin sonucunu ispat etmek yükünden kurtulurken, dayandığı karinenin temeli olan vakıayı ispat etme yükü ise devam eder¹⁵⁷. Kısacası karinelerin varlığı halinde, yasal

¹⁵¹ Kılıçoğlu, (2011), 191.

¹⁵² Sümer, (2011), 1641.

¹⁵³ Sümer, (2011), 1643.

¹⁵⁴ Mollamahmutoğlu, H. (2008). *İş Hukuku*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 699.

¹⁵⁵ Kılıçoğlu, (2011), 191.

¹⁵⁶ Atalı, Ermenek, Erdoğan, (2018), 472; Umar, Yılmaz, (1980), 165; Görgün, L., Börü, L., Toraman, B., Kodakoğlu, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 478; Bağdatlı, S., (2010). *Hukuk Sözlüğü*. İstanbul: Derin Yayınları, 332; Özbay İ., Çelik F. (2018). “Boşanma Davalarında İspat Yükü ve Karineler”. *Yargıtay Dergisi*, 44 (1), 26; “*Varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan diğer bir olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kural*” olarak tanımlanmıştır (Umar, Yılmaz, (1980), 165); “*Bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun çıkartılmasıdır.*” (Yılmaz, (2005), 649).

¹⁵⁷ Kuru, (2016), 324; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1704.

düzenlemelerde yer alan istisnalar dışında, karşı taraf karinenin aksini ispat edebilir (HMK m. 190/2).

Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Kanuni karineler, belirli bir vakıadan belirli olmayan bir vakıa için kanun tarafından ortaya çıkarılan sonuçtur¹⁵⁸.

Kanuni karineler, aksinin ispat edilip edilememesine göre adi kanuni karineler ve kesin kanuni karineler olarak ikiye ayrılmıştır. Adi kanuni karineler, aksi ispat edilebilen ve aksi ispat edilinceye kadar delil niteliğini koruyan karinelerdir¹⁵⁹; mesela iyiniyet karinesi, babalık karinesi, ölüm karinesi gibi¹⁶⁰. Kesin kanuni karineler ise tapu siciline kayıtlı olan hususların bilinmediğini ileri sürülebilmesi gibi¹⁶¹ (TMK m. 1020) aksi ispat edilemeyen karinelerdir¹⁶².

Fiili karineler ise, varlığı bilinen vakılardan varlığı bilinmeyen vakıalar hakkında kanuni bir düzenleme olmadan hâkim tarafından çıkarılan sonuçlardır. Hâkim bu sonuca toplumdaki deneyimlerinden yola çıkarak ulaşır¹⁶³. Fiili karineler uyuşmazlıkta karşılaşılan ispat zorluklarının aşılabilmesini sağlarlar ve deliller değerlendirilirken hâkim tarafından dikkate alınır¹⁶⁴.

İş hukukunda karineler:

Karineler yukarıda açıklandığı üzere, belirli bir olaydan belirli olmayan başka bir olay için çıkarılan sonuç olup, fiili ve kanuni karineler olarak ikiye ayrılmaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi kanuni karineler, bilinen vakılardan bilinmeyenler hakkında kanun tarafından sonuç çıkarılmasıdır. Fiili karineler ise bilinen vakılardan bilinmeyen vakıalar için hakim tecrübe kurallarına göre sonuç çıkarmasıdır¹⁶⁵. Kanuni karine lehine olan taraf

¹⁵⁸ Umar, Yılmaz, (1980), 165; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 315.

¹⁵⁹ Taşpınar, (1996), 534; Umar, Yılmaz, (1980), 168; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 315.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2017), 396.

¹⁶⁰ Adi kanuni karinelerin diğer örnekleri için bkz: TMK m.285, m.992, m.288, m.302; İİK m.97a, m.8/3 v

¹⁶¹ Kesin Kanuni Karinelerin diğer örnekleri için bkz: BK m.39, İİK m.278.

¹⁶² Umar, Yılmaz, (1980), 168; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 315.

¹⁶³ Karakaş, F. T. (2013). "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (3), 744; Fiili karinelerle ilgili detaylı bilgi için bkz: Topuz, (2012), 125 vd.

¹⁶⁴ Başözen, (2010), 71; Taşpınar, (1996), 569; Karakaş, (2013), 744.

¹⁶⁵ Peksöz, V. (2014). "*Hukuk Muhakemeleri Kapsamında Karineler ve Faturanın Hukuki Niteliği*". İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 155; Topuz, (2012), 122.

ispat yükü altında bulunmadığı için ispat yükü kurallarının asıl istisnası olarak kabul edilir¹⁶⁶.

İş hukukuna özgü kanuni karinelerin de kesin ve adi kanuni karineler olarak iki kısımda incelenmesinde fayda vardır. Çünkü kesin kanuni karinenin bulunduğu durumda artık aksinin ispatı yoluna gidilemezken, adi kanuni karinelerin aksi ispat edilebilecektir.

Yargıtay, meslek hastalığı sonucu uğranılan zararların tazmini için açılmış olan bir davada kesin karineye dair şöyle bir yargıda bulunmuştur;

“...işçi sağlığıyla ilgili mevzuat hükümleri, bu konuda yapılmış uzun bilimsel incelemelerin ve süregelen deneyimlerin bir sonucu olarak konulmuştur ve bu hükümlere uyulması durumunda işçinin ya hiç bedensel zarara uğramayacağı, ya da uğrasa bile bu zararın azaltılmış bulunacağı bir "tıbbi" esas olarak öngörülmüştür. Bu bakımdan, sözü edilen hükümlerle konulmuş yükümler, teknik anlamda bir çeşit kesin yasal belirti (kat'i kanuni karine) niteliğindedir. Bu nedenle de, bunun tersinin kanıtlanmasına izin verilemez”¹⁶⁷.

Kanuni karinelerin diğer bir türü olan adi kanuni karinede de karineye dayanan tarafın ispat yükü bulunmamaktadır. Fakat karinenin aksini iddia edenin ise karinenin aksini ispat edebilmesine olanak tanınmaktadır. Bu yönüyle de kesin kanuni karinelere ayrılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan alt işverenlikte muvazaa durumu adi kanuni karineye iyi bir örnek teşkil etmektedir. Yargıtay kararlarında da madde hükmünde yer alan bu hususun muvazaa olgusuna dair adi kanuni karine teşkil edeceği ve aksinin ispat edilebilir olduğu belirtilmiştir¹⁶⁸.

Yine aynı şekilde İş Kanunu'nun 92. maddesinin 3. fıkrasında; “*Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.*” hükmü de adi kanuni karineye örnek teşkil etmektedir. Zira bu tip belgelerin geçerliliği ancak aksi kanıtlanıncaya kadar olup, söz konusu belgelerin aksinin iddia edilmesi halinde, ispat yükü bu belgelerin aksini iddia eden tarafa düşmektedir¹⁶⁹. Müfettiş raporunda yer alan değerlendirmelerin aksi iddia edildiğinde, bu iddiaların somut

¹⁶⁶ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1657.

¹⁶⁷ Çil, Ş. (2014). “6100 Sayılı HMK'ya göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72 (2), 88; Yargıtay 10. HD, 25.3.1975, E. 1975/702, K. 1975/1673; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Özdemir, (2006), 14.

¹⁶⁸ Yargıtay 9. HD, 13.3.2014, E. 2013/12836, K. 2014/8253; Yargıtay 22. HD, 4.7.2018, E. 2018/5249, K. 2018/16784; Yargıtay 22. HD, 20.6.2018, E. 2018/8482, K. 2018/1536; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁹ Çil, (2014), 88.

delillerle ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilmesi gerekmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla bu hüküm adi kanuni karine niteliğini taşımaktadır¹⁷¹.

Aynı şekilde iş hukukundaki sözleşmelerin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması durumu ise istisnadır. Bu durumda eğer işçi ve işveren arasındaki bu sözleşmenin belirli süreli olduğu iddiasında bulunulursa, iddiada bulunan tarafın bu durumu ispatı gerekmektedir. Burada sözleşmenin belirsiz süreli olması adi bir kanuni karine teşkil eder¹⁷².

Yargıtay tarafından yaygın olarak kullanılan “hayatın olağan akışı” ve “genel hayat tecrübeleri” ifadelerinin aslında fiili karine kapsamının dışında bir durum olmadığı kabul edilmektedir¹⁷³. İş hukukunda bahsedilen bu fiili karine hallerine Yargıtay kararlarında oldukça sık rastlanmaktadır. Örnek olarak, sigortalı için birden fazla işe giriş bildirgesi verilmiş olması, sigortalının aleyhine olarak kesintili çalışmaya karine oluşturur. Burada fiili karineden bahsedilir ve sigortalı aksini ispat imkânına sahiptir¹⁷⁴.

İş yargılamasında “hayatın olağan akışı” kavramı yaygın bir biçimde kullanıldığı ve önemli bir ispat kuralı niteliğini kazandığı farklı örneklere rastlamak mümkündür¹⁷⁵. Örneğin, işçinin imzasını da taşıyan ücret bordrosundaki miktarla işçinin gerçek ücretinin birbiriyle uyuşmadığına çalışma hayatında sıklıkla rastlanmaktadır. İşverenlerin, SGK primleri ve vergilerden kaçınmak amacıyla bu tür uygulamalara başvurdukları görülmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda, Yargıtayın işçinin mesleği, eğitimi, tecrübesi, kıdemi vb. hususları dikkate alarak bordrolarda gösterilen ücretle çalıştığı kabul edilmesinin “hayatın olağan akışı” kriterine aykırı olacağı gerekçesiyle, yazılı belgeye rağmen gerçek ücret araştırmasına giderek sonuca vardığı görülmektedir. Bu durumda,

¹⁷⁰ “...Mahkemece yapılan yargılama sonucunda toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesinin son fıkrasında çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olacağına düzenlendiği, davaya konu müfettiş raporundaki değerlendirme ve tespitlerin aksinin davacı tarafça somut delillerle ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanmadığı, iş müfettişi raporunun aksini gösterir şekilde bilgi ve belge sunulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...sonucu itibariyle doğru olan mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmadığından, yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile sonuç itibariyle usul ve kanuna uygun olan kararın bu ilave değişik gerekçe ile onanmasına, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine, 31.10.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi...” (Yargıtay 22. HD, 31.10.2017, E. 2017/8825, K. 2017/23670: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷¹ Yılmaz, E. (2009). “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”. Çimento İşveren Dergisi , 23 (1), 19; Özdemir, (2006), 15.

¹⁷² Bozkurt, H. (2018). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 411.

¹⁷³ Topuz, (2012), 55.

¹⁷⁴ Arap, E. (2018). *Hizmet Tespiti Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 138.

¹⁷⁵ Özdemir, (2006), 15.

Yargıtayın “hayatın olağan akışı” ölçütünü kimi yazılı belgelerden daha üstün kabul ettiği iddia edilmektedir¹⁷⁶.

Bazı durumlarda işverenin gerçek iradesinin tespit edilebilmesinin tek yolu olarak fiili karineler karşımıza çıkmaktadır. Özellikle iş sözleşmelerinin feshinde, işverenler meşru olmayan fesih sebebini yasallaştırmak amacıyla haklı ya da geçerli nedenlere dayandıklarını iddia ederek, yasada öngörülen sorumluluklardan kaçınmak istedikleri görülmektedir¹⁷⁷. Örneğin, işveren iş akdini sendikal nedenlerle feshetmek istediği halde işçinin asılsız olarak kusuru bulunduğunu veya işyerinde küçülmeye gideceğini ileri sürmesi fesih sebebini meşrulaştırıp, sorumluluktan kurtulma amaçlıdır¹⁷⁸. Bu sebeple de hâkim işverenin ileri sürmüş olduğu fesih sebebinin gerçekten yasal bir sebebe dayanıp dayanmadığını göz önüne almak zorundadır¹⁷⁹. İşverenin görünüşte iradesiyle (yasal sorumluluklardan kaçınmak için ileri sürdüğü fesih sebebiyle), gerçekte fesih yapma iradesinin farklı olduğunun belirlenmesinde, aradaki perdenin ortadan kaldırılması ve gerçek iradeye ulaşarak hukuki sonuçların uygulanması gerekir. Bunun için tek hukuki yol fiili karine olarak görülmektedir¹⁸⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, E.2009/9-373 sayılı kararında bu husus vurgulanmıştır. Karara göre maddi bir olay niteliği taşımadığı için işverenin niyetinin ne olduğunu ispatlamanın güçlük arz ettiği, bu sebeple gerçek iradeyi ortaya çıkarabilecek tek yolun fiili karinelere dayanmak olduğu ifade edilmiştir. Yine aynı kararda, sendikal fesih karinesi ve sonuçları ile ilgi olarak şu şekilde ifadelerde bulunulmuştur;

“...işçi ve işveren tarafından işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacının sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hâkimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hâkimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle yapıldığı iddiasını artırıyor ise sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmelidir şeklinde karar vermiştir”

¹⁷⁶ Polat, Y. (2011). 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçi Özlük Dosyası, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 15.

¹⁷⁷ Bayram, F. (2006). “Sendikal Fesih Karinesi”. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 3 (12), 1227.

¹⁷⁸ Süzek, S. (1976). *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. Ankara,: Kazancı Yayınları, 135.

¹⁷⁹ Bayram, (2006), 1228.

¹⁸⁰ Bayram, (2006), 1228.

Hâkim bazı durumlarda, işverenin gerçek iradesinin aksine, sendikal faaliyet veya sendika üyeliği gibi sebeplerle feshi gerçekleştirdiğine kanaat getirdiği görülmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında yer aldığı üzere karinenin uygulanmasında bazı hususların dikkate alınması gerekecektir;

“...iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması...”¹⁸¹.

Bahsettiğimiz gibi karine olarak kabul edilen bir diğer durum, işçinin birden fazla işe giriş bildirgesinin bulunmasının o iş yerinde kesintili olarak çalıştığına dair karine oluşturmasıdır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 19.6.2017 tarihli E. 2017/682, K. 2017/5208 kararında “...birden fazla işe giriş bildirgesinin varlığı sigortalının o işyerinde kesintili çalıştığına karine oluşturur. Bu karinenin, aksinin, ancak, eş değer de delillerle kanıtlanması gerekmekte olup tanık sözlerine değer verilemez”¹⁸² ifadesi yer almıştır.

Yargıtayın yerleşik görüşleriyle oluşmuş diğer bir karine, sigortalının işe giriş bildirgesinin bulunması haline özgüdür. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 28.10.1997 tarihli, E. 1997/6629, K. 1997/6920 kararında bu husus açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; “sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı halinde sigortalının işyerinde bir gün çalıştığına karinesi sayıldığı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir”¹⁸³.

Benzer şekilde, İş Kanunu'nun 26. maddesinde haklı nedenle fesih için öngörülen 6 iş günlük sürenin aşılması halinde işverenin işçiyi affettiği karine olarak kabul edilmektedir¹⁸⁴.

2.2.4.2.4. İspat yükü sözleşmeleri

Taraflar serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla aralarındaki uyuşmazlık konusu olan vakıada ispat yükünün hangi

¹⁸¹ Yargıtay 22.HD, 26.4.2018, E. 2018/3212, K. 2018/10029: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸² Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 10. HD, 29.3.2016, E. 2016/2319, K. 2016/4472; Yargıtay 10. HD, 26.4.2017, E. 2016/11077, K. 2017/3791; Yargıtay 10. HD, 19.3.2015, E. 2014/28262, K. 2015/5297; Yargıtay HGK, 26.2.2003, E. 2003/21-43, K. 2003/97; Yargıtay 10. HD, 18.2.2010, E. 2008/15310, K. 2010/2052; Yargıtay 10. HD, 16.9.2013, E. 2012/25475, K. 2013/16364; Yargıtay 10. HD, 25.12.2014, E. 2014/24414, K. 2014/28242: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸³ Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 21. HD, 3.3.1997, E. 1997/1363, K. 1997/1358; Yargıtay 21. HD, 31.5.1999, E. 1999/3554, K. 1999/3752: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸⁴ Bozkurt, (2018), 411.

tarafa ait olduğuna dair sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmeye ispat yükü sözleşmesi adı verilmektedir¹⁸⁵. Bu sözleşmelerin temelini oluşturan ispat yükü kurallarının kamu düzeninden olduğu söylenemez; zira bu kurallar tarafların menfaatini koruma amaçlı konulmuştur ve taraflardan birinin ispat riskini üzerine alarak, bu konuda anlaşma yapılması kabul edilebilir bir durum olarak kabul edilmektedir¹⁸⁶.

İspat yükü sözleşmesi tarafların serbestçe tasarruf edeceği uyuşmazlıklarda ve belirli vakıalar için yapılabilir. Hangi vakıalar için ispat yükü sözleşmesinin yapıldığının belli olması gerekmektedir. İspat yükü sözleşmesiyle taraflar, aralarında çekişmeli olan vakıayı çekişmesiz hale getirebilirler¹⁸⁷.

İspat yükü sözleşmeleri, sözleşme olmalarından ötürü Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmelerin tabi olduğu sınırlara tabidirler. Bir başka ifadeyle, ne olursa olsun kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olarak yapılamazlar¹⁸⁸.

İş hukukunda işçi ve işveren arasında yapılan ispat yükü sözleşmelerine pek rastlanılmamaktadır¹⁸⁹. Nitekim ispat yükü sözleşmelerinin eşit olarak görülmeyen işçi ve işveren arasında yapıldığında dikkatli bir inceleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucu tarafından zayıf durumda olan işçiyi koruma amacıyla lehine birtakım ispat yükü kuralları belirlenmesine rağmen, ispat yükü sözleşmeleriyle işçi aleyhine uygulamalar oluşturulması düşünülemez.

2.2.5. Delil İkame Yükü

Delil gösterme, tarafların hâkimi ikna faaliyeti çerçevesi içerisinde kendi iddialarının doğru olduğunu karşı tarafın iddialarının ise asılsız olduğunu ortaya çıkarmak için delillerini sunarak gerçekleştirdikleri usulî faaliyete denir¹⁹⁰. Doktrinde sübjektif ispat yükü olarak da adlandırılan delil gösterme yükü, tarafların kendi dayandıkları iddialarının

¹⁸⁵ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), .316; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1707; Umar, Yılmaz, (1980), 13.

¹⁸⁶ Yavaş, M. (2015). "Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı", *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(2), 759.

¹⁸⁷ Tanrıver, (2016), 791; Taşpınar, (2001), 179; Umar, Yılmaz, (1980), 14-15.

¹⁸⁸ Tanrıver, (2016), 791.

¹⁸⁹ Özdemir, (2006), 20.

¹⁹⁰ Tutumlu, M. A. (1989). " Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli, Zamanı". *TBB Dergisi*, (6), 925; Umar, Yılmaz, (1980), 32.

doğru olduğu, karşı tarafın iddialarının ise gerçek olmadığı hakkında hâkimde kanaat oluşturma yüküne denilmektedir¹⁹¹.

Delil ikame yükü ve ispat yükü doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında birbiriyle karıştırılsa veya aynı kavramlarmış gibi bahsedilse de aslında bu iki kavram temelde birbirinden farklıdır. İspat yükünü düzenleyen kuralların, belirsizlik riskine kimin katlanacağını belirleyen ve maddi hukuka ait kavram olduğunun savunulmasına rağmen; delil ikame yükünün ispat faaliyetinin biçimini ve yöntemini belirleyen usul hukukuna ait bir kavram olduğu savunulmaktadır¹⁹².

Delil ikame yüküne ait kurallar sadece taraflarca getirilme ilkesinin olduğu davalarda değil, resen araştırılma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar içinde geçerlidir¹⁹³. Zira resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim dava ile ilgili delil araştırmasını kendisi yapsa da taraflardan uyuşmazlık konusu bazı vakıalar hakkında delil sunmalarını isteyebilir. Böylelikle delil gösterme yükü bu tip davalarda da usulî yük olarak varlığını korur¹⁹⁴.

Delil ikame yükü, somut delil ikame yükü ve soyut delil ikame yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut delil ikame yükü, görülmekte olan bir davanın işleyişine bağlı olmaksızın, taraflardan birinin aleyhine karar verilme riskini önlemek üzere koşul vakıalar hakkında delil gösterme yüküne denilmektedir¹⁹⁵. Soyut delil ikame yükü objektif ispat yükü kurallarıyla kesişmektedir. Bu sebeple soyut delil ikame yükü objektif ispat kurallarına göre dağıtılır¹⁹⁶.

Somut delil ikame yükü ise, hâkimin derdest davada uyuşmazlığın konusu vakıa hakkında belirli derecede bilgi sahibi olduktan sonra tarafların mahkemeye sundukları delillerin durumuna göre taraflardan hangisinin delil ikame etmeye davet edileceği ile ilgilidir¹⁹⁷. Somut delil ikame yükü, delillerin gösterilmesi faaliyeti ile ilgili olduğundan, soyut delil

¹⁹¹ Görkem, Z. E. (2015). “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz ve İkamesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6 (21), 670; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1708.

¹⁹² Başözen, (2010), 90, dpn.142; Tanrıver, (2016), 793; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1709; Postacıoğlu, Altay, (2015), 567.

¹⁹³ Delil ikame yükünün sadece taraflarca hazırlanma ilkesinin hâkim olduğu davalarda geçerli olduğu, resen araştırma ilkesinin hâkim olduğu davalarda geçerli olmadığı görüşü için bkz: Taşpınar, (2001), 164.

¹⁹⁴ Başözen, (2010), 90; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1714; Topuz, (2012), 40; Atalay, (2001), 22.

¹⁹⁵ Özmumcu, S. (2013). “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, (101), 48; Tanrıver, (2016), 794; Başözen, (2010), 91; Atalay, (2001), 19.

¹⁹⁶ Topuz, (2012), 38.

¹⁹⁷ Özmumcu, (2013), 49; Tanrıver, (2016), 794; Başözen, (2010), 91; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1710.

ikame yükünün aksine ispat yükü kurallarıyla bağlı olmayıp dava boyunca taraflar arasında yer değiştirmesi mümkündür. Doktrinde delil ikame yükünün bu yer değiştirmesi hareketine pinpon topunun gidip gelmesi, mekik dokunması¹⁹⁸ ve sarkaç gibi ileri geri salınması¹⁹⁹ tarzında benzetmeler yapılmaktadır.

Çoğunlukla ispat yükü ve delil ikame yükü aynı taraftadır. Fakat delillerin ikamesinden sonra, somut delil ikame yükü karşı tarafa geçebilir²⁰⁰. Somut delil ikame yükünün yer değiştirip, ispat yükü kurallarından ayrıldığı, bu hallere; ispat güçlüğü veya ispat imkânsızlığının bulunduğu haller, delillerin karşı tarafın hâkimiyetinde olduğu haller, ilk görünüş ispatının şartlarının olduğu durumlar ya da tecrübe kurallarına göre normal durumun aksinin iddia edildiği durumlar, örnek verilebilir²⁰¹. Bu durumlarda hâkim delil ikame yükü üzerine düşen fakat bunu gereği gibi yerine getirememiş olan taraf aleyhine hüküm kurar.

2.2.6. İspat Ölçüsü

2.2.6.1. Genel olarak ispat ölçüsü

Taraflarca ileri sürülen iddiaların doğruluğu hakkında hakimde oluşturulan kanaat derecesine ispat ölçüsü denilmektedir²⁰². Vakıaların ispatında kimi halde tam ispat ölçüsü aranırken, bazı hallerde ise yaklaşık ispatın yeterli olduğu görülmektedir²⁰³. Tam ispat, öngörülen normun uygulanabilmesi için iddia edilen koşul vakıaların gerçekleştiği konusunda hakimin vicdanen kanaat getirmesidir²⁰⁴. Burada hakimin mutlak olarak kanaate ulaştığından bahsetmek güç olacaktır; ancak hakimde makul bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanaatin oluşması yeterli kabul edilecektir²⁰⁵. Örneğin, kesin delille ispatın zorunlu olduğu hallerde ortaya konulan kesin delil vakıanın gerçekleştiği konusunda kesinlik arz ettireceği için, buradaki ispat ölçüsü tam ispat olacaktır²⁰⁶.

Hukukumuzda genel olarak ispat faaliyetinde aranan ölçü tam ispattır; ancak özellikle ispatın oldukça zor olduğu ve acele karar verilmesi gereken hallerde ispat ölçüsü olarak

¹⁹⁸ Postacıoğlu, Altay, (2015), 585.

¹⁹⁹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1713.

²⁰⁰ Doktrinde bazı yazarlarca delil gösterme yükünün yer değiştirmesi durum, ispat yükünün yer değiştirmesi olarak algılanıp eş kavramlar gibi kullanılsa da bu iki kavram birbirinden farklıdır (Tutumlu, (1989), 925).

²⁰¹ Başözen, (2010), 96; Albayrak, H. (2012). Yaklaşık İspat. *Doktora tezi*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 379; Atalay, (2001), 20-21.

²⁰² Atalay, (2001), 38.

²⁰³ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1713.

²⁰⁴ Albayrak, (2013), 29.

²⁰⁵ Başözen, (2010), 18; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1718.

²⁰⁶ Atalay, (2001), 43-44.

yaklaşık ispatın kullanıldığı görülmektedir²⁰⁷. Hakimin iddia edilen vakianın doğru olduğunu muhtemel gördüğü hallerde ise yaklaşık ispat söz konusu olacaktır²⁰⁸. Başka bir ifadeyle, iddia edilen vakianın doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimaline karşı daha fazla olduğu durumdur²⁰⁹. Yaklaşık ispat genellikle mahkemeden talep edilen birtakım hukuki taleplerin şartlarının oluştuğu iddiasında kullanılır. Örneğin, geçici koruma tedbirleri, hakimin reddi, delil tespiti gibi hallerde yaklaşık ispat aranır²¹⁰.

2.2.6.2. İş hukukunda ispat ölçüsü

Hukukumuzda genel olarak ispat faaliyetinde aranan ölçünün tam ispat olduğu, ancak özellikle ispatın oldukça zor olduğu ve acele karar verilmesi gereken hallerde ispat ölçüsü olarak yaklaşık ispatın kullanıldığını yukarıda ifade etmiştik²¹¹.

İş hukukunda yer alan düzenlemeler içerisinde açıkça “yaklaşık ispat” kavramına yer verilmemesine rağmen, bazı durumlarda yaklaşık ispatın arandığı görülmektedir. İş yargılamasında sıklıkla uyuşmazlık konularını oluşturan cinsel taciz ve mobbingde aranan ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında özellikle mobbinge dayalı iddialarda kesin ispat koşulunun aranmadığı, yaklaşık ispatın yeterli görüldüğü vurgulanmıştır²¹². Üçüncü bölümde anlatılacağı gibi cinsel taciz ve mobbing iddialarında şüpheye yer verilmeyecek şekilde tam ispatın aranması en başta işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkelerine ters düşeceği için ispatın oldukça zor olduğu bu hallerde işçinin ortaya koyduğu delillerde yaklaşık ispatın yapılmasının, iddianın ispatı için yeterli kabul edilmesi gerektiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da kabul edilmiştir²¹³.

²⁰⁷ Başözen, (2010), 19; Atalay, (2001), 43.

²⁰⁸ Başözen, (2010), 18.

²⁰⁹ Atalay, (Pekcantez Usûl), 1720.

²¹⁰ Albayrak, (2013), 30.

²¹¹ Başözen, (2010), 19; Atalay, (2001), 43.

²¹² Yargıtay 22. HD, 16.1.2019, E. 2016/3654, K. 2019/1020: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²¹³ Yargıtay 22. HD, 16.6.2014, E. 2013/14296, K. 2014/17345: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; “...psikolojik taciz ile ilgili ispat sorununa değinmek gerekmektedir. Her ne kadar psikolojik tacize uğradığını iddia eden mağdur, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü ise de; psikolojik tacizin genellikle tacizi uygulayan ile tacize maruz kalan arasında gerçekleşen bir olgu olması karşısında olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alınarak sonuca gidilmesinde yarar bulunmaktadır. Yaklaşık ispat olarak adlandırılan bu yaklaşım tarzı işin doğasına da uygundur” (Yargıtay HGK, 4.10.2018, E. 2015/22-2274, K. 2018/1428: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).



3. İŞ YARGILAMASINDA DELİLLER

3.1. Deliller (İspat Araçları)

Taraflar arasında davadan önce meydana gelen ve davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkimde kanaat oluşturmak için başvuru olan ispat araçlarına delil adı verilmektedir²¹⁴. Kısacası taraflar ispatın konusunu oluşturan çekişmeli vakıaların ispat faaliyeti deliller aracılığıyla gerçekleştirirler.

Deliller, dayanılan vakıaların ispatı konusunda mahkemeyi inandırma faaliyetindeki en önemli silahlardandır²¹⁵. Deliller, ispat konusu vakıyla bağlantılı olan olaylarla doğrudan ilişkili olarak kullanılacakları gibi, ispat konusu vakıadan ziyade onunla komşu vakıaları ispat faaliyetinde de kullanılabilirler. Bu hususta doğrudan ispat konusu vakıaya ilişkin ispat araçlarına vasıtasız delil; komşu vakıaları ispat ederek asıl ispat konusu vakıa hakkında fikir sahibi olabilmeyi sağlayan ispat araçlarına da, vasıtalı deliller denilmektedir²¹⁶.

Konuralp'e göre deliller uyuşmazlık öncesi deliller ve uyuşmazlık sonrası deliller olarak ayrımına tabi tutulmalıdır. Uyuşmazlık öncesi deliller, uyuşmazlıktan önce taraflarca oluşturulmuş ve ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda kullanılması amacıyla oluşturulan delillerdir. Bunlar genellikle makbuzlar, senetler, tutanaklar ve görüntü kayıtları gibi belgelerdir. Uyuşmazlık sonrası deliller ise uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce ortada olmayan, dava aşamasında ortaya konulan tanık beyanları, yemin, ikrar gibi delillerdir²¹⁷.

3.2. Delil Sistemleri

Delil sistemleri katı (sıkı) delil sistemi ve serbest delil sistemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Katı delil sisteminde kanunda belirtilen deliller dışında başkaca delillerin ispat aracı olarak kullanılması söz konusu olamaz. Davada sunulan delil, kanunda düzenlenmiş delillerden

²¹⁴ Konuralp, (2009), 10; Görkem, (2015), 661; Özmumcu, (2013), 43; Kale, S., Keser, S. (2015). "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 (2), 704.

²¹⁵ Arslan, A. (2013). "6100 Sayılı HMK Madde 401 Hükümüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), 242.

²¹⁶ Atalay her ne kadar kitapta yer alan bölümünde bu ayrımın yer vermiş olsa da aslında bu ayrımın çok doğru olmadığını savunmaktadır. Dolaylı delil, ispat konusu vakıanın varlığını gösteren komşu vakıaların delilidir diye düşünüldüğünde aslında bu delil komşu vakıa hakkında doğrudan delil niteliğine sahip olur. Yani dolaylı delil aslında başka bir vakıa ispatında doğrudan delil olabilmektedir. Bu sebeple dolaylı delil nitelendirmesinin yanlış olduğu, her delilin mutlaka doğrudan delil olması gerektiği ve dolaylı ispattaki emarelerin birer ispat aracı değil, ispatı gereken vakıalar olduğunu düşünmektedir (Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1732).

²¹⁷ Konuralp, (2009), 30-31.

biri ise delil olarak varlık kazanır²¹⁸. İkinci delil sistemi ise, serbest delil sistemidir. Bu sistemde, kanunda bazı delillere yer verilmiş olsa da vakıa ispatında kullanılacak delillere ilişkin herhangi bir sınırlandırma yapılmamıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 192’de yer alan, kanunda düzenlenmemiş diğer delillere başvurulabileceği hükmü, hukukumuzda serbest delil sisteminin benimsendiğini gösterir²¹⁹.

Delillerin değerlendirilmesi açısından da iki sistem öngörülmektedir. Bunlardan biri kanuni delil sistemidir. Kanuni delil sisteminde hâkimin delilleri takdir yetkisi kanun tarafından kısıtlanmaktadır. Bu sisteme göre kanunda kesin delillerle ispatı öngörülmüş bir vakıanın başka bir delil ile ispatı mümkün değildir. Bu sistemde hâkim kesin delillerle bağlı olup bu delilin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını serbestçe takdir edemez. Diğerisi ise, delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemidir. Hukukumuzda hâkim istisnalar dışında kural olarak delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Fakat kanunda yer alan hukuki ilişkilerin ispatında kesin delillerin zorunlu olduğu belirli meblağı aşan hukuki işlemler için kanuni delil sisteminin geçerli olduğu kabul edilir²²⁰. Bu sebepten hukukumuzda kanuni delil sistemini ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemini kabul eden karma bir sistemin uygulandığını söylemek yanlış olmayacaktır²²¹.

3.3. Delil Çeşitleri

Kanun’da açıkça ayırım yapılmamasına rağmen, hukukumuzda, deliller değerlendirilirken hâkimin delillerle bağlı olup olmamasına göre önemli bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırma göre deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

3.3.1. Kesin Deliller

Kesin deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte olan; şartlarının, hükümlerinin ve sonuçlarının kanun tarafından belirlendiği delillerdir²²². Kesin delillerin olduğu durumlarda artık hâkim delilleri kural olarak serbestçe değerlendiremez. Kanunda belirtilen şartları taşıyan delillerle ispat edilen vakıaların gerçeği temsil edip etmediği noktasında takdir yetkisi kullanılamaz.

²¹⁸ Kale, Keser, (2015), 704; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1733; Okumuş, N. (2010). *Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller)*, Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 4.

²¹⁹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1733-1734.

²²⁰ Okumuş, (2010), 4; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1734.

²²¹ Özraşit, T. (2017). *Türk, İngiliz, KKTC Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 8.

²²² Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1735; Özraşit, (2017), 8.

Kesin delillerle ispatın uygulamada, olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Yalan tanıklığı önleme, mahkemenin işini kolaylaştırma, davanın daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlama ve en önemlisi hâkimin takdir yetkisinin keyfi kullanmasını engellemek şeklinde olumlu yönleri bulunduğu gibi²²³; şekilcilikten ötürü maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olabilen ve Anayasanın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyetine aykırılık oluşturabilen olumsuz yönleri de bulunmaktadır²²⁴.

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulama alanı bulunduğu davalarda hâkim kesin delillerle bağlıyken; kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim delilleri serbestçe değerlendirir²²⁵. Örneğin, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hizmet tespiti davalarında yemin teklif olunamaz.

Kesin deliller, senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kesin hüküm (HMK m. 303 vd.) olmak üzere üçe ayrılır.

Bazı yazarlarca kesin delil olarak değerlendirilen ikrarın ise niteliği tartışmalıdır²²⁶. İkrar, tarafın, karşı tarafın ileri sürdüğü ve kendi aleyhine sonuç ortaya çıkarabilecek olan maddi vakıanın doğru olduğunu bildirmesidir²²⁷. Mahkeme içi ve mahkeme dışı ikrar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mahkeme içi ikrar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 188/1’de yer alırken, mahkeme dışı ikrar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiştir.

Bazı yazarlar, maddenin ifadesi dolayısıyla ve Kanun sistematigi içerisinde “İspat ve deliller” kısmında yer alması sebebiyle ikrarın kesin delil olduğunu savunmaktayken²²⁸; bazı yazarlar ise ikili bir ayrıma gitmektedir. Bu yazarlar, mahkeme içi ikrarın kesin delil niteliğine sahip olduğunu kabul ederken²²⁹, mahkeme dışı ikrarın takdiri delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²³⁰. Mahkeme içi ikrarın kesin delil niteliğini savunan yazarlar, ikrarın ancak maddi vakıalar için delil teşkil edebileceğini, hukuki

²²³ Gökler, A. M. (2010). *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ile Bu Kuralın İstisnaları, Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 15-25; Özrahit, (2017), 8; Atalay, (Pekcanitez Usül), 1736.

²²⁴ Gökler, (2010), 29.

²²⁵ Özmumcu, (2014), 151.

²²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Kiraz, T. Ö. (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*. Ankara: Bilge Yayınevi, 48-60.

²²⁷ Olgaç, S., Çenberci, M. (1964). *Hukuk Davalarında İkrar*. İstanbul: Bereket Matbaası, 12; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası E., (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 391.

²²⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 392; Olgaç, Çenberci, (1964), 14.

²²⁹ Kuru, B. (2018), *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 250.

²³⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 392; Budak, A. C., Karaaslan V. (2018), *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 222.

kurallarının uygulanmasıyla ilgili hususlarda ve hakimin takdirine bağlı meselelerde kesin delil teşkil etmeyeceğini savunmaktadırlar²³¹.

İkrarın delil olmadığını savunan yazarlar ise, ikrarın delil olmaktan ziyade vakıaları çekişmeli olmaktan çıkararak bir usulü işlem olduğundan bahsetmektedir. *Yavuz*'a göre ikrar, Kanun'da deliller kısmında geçmiş olsa bile, ikrar sonucunda çekişmeli olmaktan çıkan bir vakıanın ispatı için delil gösterilmesine gerek olmadığından, bu şekilde çekişme konusu olmayan ve delil gerektirmeyen irade beyanı olan ikrarın delil olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira ikrar vakıanın doğruluğunu bildirmekte olup, deliller gibi vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında hakimi inandırmaya çalışan bir ispat aracı değildir²³².

Doktrinde delil niteliği tartışmalı bir diğer husus da ticari defterlerin kesin delil niteliğine haiz olup olmayacağı konusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce delil niteliği tartışmalı olan ticari defterlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu yeniliğiyle birlikte tartışmalara son verdiği savunulmaktadır²³³. Bu görüşe göre ticari hayat çok sayıda işlemin yapıldığı karmaşık bir alan olduğundan kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222 hükmüyle senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kolaylaştırmaya gitmiştir. Bu sebeple eski Türk Ticaret Kanunu'nda bulunan ticari defterlerin kesin delil niteliğine sahip olabilmesi için yemin deliline başvuru kurumu kaldırılmış ve ticari defterler, bazı durumlar da ve belirli şartlar dâhilinde, tek başına kesin delil gücünü kazanmışlardır²³⁴. Bu görüşü savunanların en büyük dayanağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222/3 ve gerekçesidir. Maddede ticari defterlerin aksinin ancak kesin delillerle ispat edilebileceğinin belirtilmiş olmasının, bu defterlerin kesin delil niteliğine haiz olduğunu gösterdiği iddia olunmaktadır²³⁵. Fakat tacirin kendi tutmuş olduğu defterlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan senedin varlığı için gerekli olan unsurları içermediğinden senet olarak kabul edilemeyeceği ama gerekli şartları taşıyan ticari defterlerin tacirler arasındaki

²³¹ Belgesay, M. R. (1939). *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. İstanbul: Tan Basımevi, 31-32.

²³² Yavuz, N. (1974). "Hukuk Davalarında İkrar". *Ankara Barosu Dergisi*. Ankara: Saim Toraman Matbaası, (4), 687-688.

²³³ Erdönmez, G. (2017), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Baskı), İstanbul: On İki Leva Yayıncılık, 1831.

²³⁴ Tunç Yücel, M. (2013). "HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar". *MİHDER*, 9 (25), 122.

²³⁵ Tok, O., Koltaş, H. (2016). "Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (3), 2667.

ticari işlerden kaynaklı davalara özgü olarak kesin delil niteliğini taşıyabileceği savunulmaktadır²³⁶.

3.3.1.1. Belge kavramı ve kesin delil olarak senet

Kesin deliller içerisinde önemli bir yere sahip olan senetten bahsetmeden önce belge kavramına ve onun niteliğine değinmekte fayda bulunmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında, senet dışındaki belgelerin ne şekilde kullanılabilceği konusunda herhangi bir netlik bulunmuyordu. Belge kavramının tanımı ve unsurları ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun'da, ispat aracı olarak kullanılacak belgenin niteliği ve taşıdığı özellikler açıklanmıştır. Belge sözlükte “*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman*”²³⁷ olarak tanımlanmaktadır. Hukuki kavram olarak belgenin tanımı ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199'da yapılmıştır. Maddeye göre: “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*” birer belgedir.

Kanun'da, belgenin tanımı yapılırken “benzer bilgi taşıyıcıları” ifadesi kullanılarak belgeler sınırlı olarak sayılmamış aksine genel bir çerçeve oluşturulmuştur. Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere belgenin bu genel çerçeve özelliğini taşıyan tanımı yapılırken, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndaki belge kavramının tanımından da yararlanılmıştır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu madde 3/d' ye göre belge: “*Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını*” ifade eder.

Belge, bir delil olarak, çekişmeli vakıaların ispatında kullanılacak ve hâkimi vakıa hakkında tatmin edici açıklamalarda bulunarak inandırma işlemini gerçekleştirecek ispat araçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat kanunun yapmış olduğu belge tanımından çıkarılacak sonuç, belgenin delil niteliği taşıyabilmesi için kanunda sayılan nitelikleri taşımasıdır. Bu hususta belgenin önemli unsurlarından biri bilgi taşıyıcısı olması

²³⁶ Erdönmez, (Pekcanıtez Usûl), 1832.

²³⁷ <http://www.tdk.gov.tr> (E.T: 26.05.2018).

ve bu belgenin uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli niteliğinin bulunması gerektiğidir²³⁸.

Belgenin önemli özelliklerinden birisi de bulunduğu çağa göre kavramın karşıladığı şeklin değişiklik gösterebilmesidir. Mesela kâğıdın bulunmadığı çağlarda mağara duvarındaki resimler, taş tabletler, papirüsler belge kavramını karşılayabilecek nitelikteydi²³⁹. Günümüzde de artık teknolojinin giderek gelişmesiyle birlikte belge kavramına dahil olabilecek yeni örnekler ortaya çıkmaktadır. Örneğin, teknolojinin kazandırdığı yeniliklerden biri olan elektronik ortamlardaki veriler, e-postalar, facebook, twitter, instagram gibi sosyal medya hesaplarındaki ve whatsapp gibi uygulamalardaki yazışmalar ve bu mecralarda yer alan fotoğraflar, ses kayıtları vs. gerekli şartlara sahip olduğu sürece Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca belge sayılabilecektir. Burada üzerinde durduğumuz husus, bilim ve teknolojideki değişime bağlı olarak belge kavramına dâhil edilebilecek unsurların da çeşitlilik gösterebileceği ve sürekli olarak değişime açık olduğu, bu sebeple sınırlı bir şekilde sayılmamasının kanun koyucu tarafından verilen makul bir karar olduğudur.

Belge, Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi üst bir kavramdır. Her senet bir belge olmasına rağmen, her belge bir senet değildir. Yani belge kesin delil niteliğini taşıyan senedi de içine alır; fakat senet dışındaki diğer belgeler kural olarak kesin delil niteliğini taşımazlar. Senet dışındaki belgeler gerekli niteliklere sahip olduğu sürece takdiri delil veya delil başlangıcı niteliğini taşıyabilirler.

Senet, güvenilir bir kesin delil olması sebebiyle medeni yargılamada ispat faaliyetinde kullanılan en önemli delil olarak görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İspat ve Deliller" başlığını taşıyan dördüncü kısmının, ikinci bölümü olan "Belge ve Senet" başlığı altında m. 200 vd. düzenlenmiş olmakla birlikte; Kanun'da kavramsal olarak bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde izah edilmiştir:

"Belge kavramının, hukukumuzda yeni yer alması sebebiyle ayrıca tanımı da yapılmıştır. Belge tanımlanmakla birlikte, senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınılmıştır. Bunun bir sebebi, senedin öteden beri kanunda yer alması, bu konuda doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddüdün mevcut olmamasıdır. Ayrıca, senedin kesin delil olarak kabulü sebebiyle, yapılacak bir tanım, bazı sınırlamaları

²³⁸ Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 181; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1771.

²³⁹ Kale, Keser, (2015), 716; Acar, A. E. (2013). *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 22-23.

da içereceğinden, ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak bakımından tanımı yapılmamıştır”²⁴⁰.

Senet, en genel ifadeyle bir düşüncenin veya iradenin yazılı hale dönüştürülmesidir²⁴¹. Hukuki anlamda senet ise, bir kişinin kendi iradesiyle meydana getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir²⁴². Kişinin başkasına düzenlettirdiği belgenin metninin altını imzalayarak ikrar etmesi de senet kavramına dâhil edilmektedir²⁴³.

Senedi kendi aleyhine düzenleyen kişinin senedi düzenlerken kendi aleyhine delil niteliğini taşıması kastıyla düzenlemesine gerek yoktur²⁴⁴. Ancak bir belgenin senet niteliğini taşıması için bazı unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bunun için gerekli olan ilk unsur, somut olarak bir cisim üzerinde varlık kazanması ve bunun diğer insanlar tarafından algılanabilecek düzeyde olmasıdır. Fakat burada senedin üzerinde varlık kazanacağı cismin bir önemi bulunmadığına da değinmek gerekir. Senet, bir kâğıtta varlık kazanabileceği gibi bir duvarın üstünde, bir yaprağın üstünde, bir kumaşın üstünde de varlık kazanabilir²⁴⁵.

Senedin önemli unsurlarından bir diğeri ise yazılı olmasıdır. Yani senedin somutluk kazandığı cisim üzerinde harf ve rakamlarla yazılı olması gereklidir. Burada yazılı belgenin kimin tarafından kaleme alındığının bir önemi ise bulunmamaktadır²⁴⁶. Senedin yazılılık koşulunun ayrılmaz parçası ve senedin olmazsa olması irade açıklamasıdır. Bu irade açıklaması, hukuki işlemi veya uyuşmazlık konusu vakıayı doğrudan göstermeli, algılatmalıdır. Belgedeki irade açıklaması eğer hukuki işlemin varlığını doğrudan algılanabilir yapmıyorsa, bu belge gerekli diğer nitelikleri barındırmış olsa da, senet niteliğini taşıyamayacaktır. Ancak bu tür belgeler delil başlangıcı sayılabilecektir²⁴⁷.

²⁴⁰Madde Gerekeşi, Erişim: <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/91216b06-c6f5-42b2-a68f-82c87d608602>, (E. T: 27.05.2018).

²⁴¹ Nart, S. (2007). “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 207-232.

²⁴² Kuru, (2016), 346; Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir Demir Yayınları, 2073; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1773.

²⁴³(Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 508.

²⁴⁴Gökler, (2010), 39; Nart, (2007), 213; Kuru, (2016), 346; Kuru, (2001), 2074; Okumuş, (2010), 7; (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 508.

²⁴⁵ Kuru, (2001), 2074; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1773.

²⁴⁶ Berkin, N. M. (1946). “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12 (4), 1181.

²⁴⁷ Tok, Koldaş, (2016), 2669-2670.

Senedin diğ er önemli unsuru ise imzadır. İmza bir kimsenin kişiliğini gösteren, onu belirleyip diğ erlerinden ayırt edilmesini sağlayan işarete verilen addır²⁴⁸. Böylelikle ancak senetteki imza ile senedin kimin aleyhine olduğu anlaşılabilir. Bu sebeple de imzasız olan belgeler senet olarak sayılamaz. İmza, doğrudan senet metninin üzerinde olduğu cisme ve senet metnindeki beyanları kapsayacak şekilde atılır. Karbon kâğıdı kullanılarak imza atılmış olması o belgeye senet niteliğini kazandırmaya yetmeyecektir²⁴⁹. Ayrıca imza yerine sadece paraf²⁵⁰ işaretinin kullanılması da belgenin senet niteliğine kavuşması için yeterli olmayacaktır²⁵¹.

İmza atamayan kişilerin mühür veya bir alet veya parmak izi gibi özel işaretler kullanılarak hukuki işlem yapılması durumunda bu tip belgelerin senet niteliğinde sayılabilmesi için noter tarafından düzenleme şeklinde oluşturulmaları gerekir (HMK m. 206/1). İmza atamayanların, cüzdanla iş yapılması usul haline gelmiş kuruluşlarda kullanacakları mühür, kazınmış imza, işaret veya parmak izinin işlemin başında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya örneği saklanarak onanmış bulunması halinde her işlemde ayrıca onamaya gerek bulunmamaktadır (HMK m. 206/2).

Senedin fotokopisi kesin delil niteliğini taşımaz; çünkü fotokopi yazılı belgenin aslı niteliğinde değil, sadece kopyasıdır²⁵². Bununla birlikte uyumsuzlukta fotokopi delil olarak sunulduğ unda fotokopideki imzanın kendisine ait olduğu, aleyhine kullanılacak kişi tarafından ikrar edilirse artık fotokopi senet sayılabilir²⁵³. Genel olarak kabul gören görüşe göre, fotokopiler delil başlangıcı olarak değerlendirilebilirler²⁵⁴.

Elektronik ortamda oluşturulan belgelerin hepsi, senet niteliğine sahip değildir. Bu ortamlarda oluşturulan belgeler usulüne uygun olarak güvenli elektronik imza kullanılarak

²⁴⁸ Taşpınar Ayvaz, S. (2012). “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 323.

²⁴⁹ Deliduman, (2000). “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 417.

²⁵⁰ Paraf, sadece adım veya ad ve soyadın baş harfleriyle atılan kısa imzaya verilen addır. <http://www.tdk.gov.tr> (E.T: 29.05.2018)

²⁵¹ Postacıoğlu, E. İ. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. (6. Bası). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 237; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 402.

²⁵² Tok, (2016), 56.

²⁵³ Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 34; Türktekin, S. (2010). “*Senetle İspat Zorunluluğu ve Sınırları*”, *Yüksek Lisans Tezi*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 9; Kuru, (2001), 2076.

²⁵⁴ Kuru, (2018), 273; Kuru, (2001), 2309-2310; Konuralp, (Delil Başlangıcı), 58; Bkz: Tok, (2016), 56-60; Aksi görüşler için bkz: Postacıoğlu, İ. E. (1964). “*Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*”. İstanbul: Baha Matbaası, 270-272.

ortaya çıkmışsa bu durumda senet hükmünde oldukları kabul edilir (HMK m. 205). Bu belgeler kesin delil gücüne sahiplerdir²⁵⁵.

Özetle, senedin maddi ve manevi olmak üzere iki unsura sahip olduğundan bahsedilebilir: Maddi unsurlar, yazılı bir metnin bulunması, bu metnin üzerinde varlık kazandığı bir cisim olması ve en önemlisi imzanın bulunması; manevi unsur ise senedin uyuşmazlık konusu vakıayı veya hukuki işlemi doğrudan gösteren irade açıklamasının bulunmasıdır²⁵⁶. Bahsettiğimiz unsurlardan birinin veya birkaç tanesinin eksik olması açısından bir fark bulunmaz; bu şartlardan birisi eksikse, belge senet sıfatına haiz olamaz. Bu tür bir belgenin mahkemeye delil olarak sunulabilmesi; bazı durumlarda da delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür.

İş yargılamasında ne tür belgelerin delil niteliği taşıdığı ve hangi vakıaların ispatında kullanılacakları, iş yargılamasında sıklıkla başvuru belgelerin ve maddi vakıaların incelendiği ilgili bölümlerde detaylı şekilde incelenecektir.

3.3.1.1.1. Senet çeşitleri

Senetler, düzenleyen tarafa göre adi ve resmi senetler olarak ikiye ayrılır. Resmi senetler, resmi bir makamın veya memurun katılımı ile düzenlenen senetlerdir. Noterlik Kanunu'nun 60. maddesine göre, kanunla başka mercilere verilmiş olmadıkça hukuki işlemleri düzenleme noterlere aittir. Noterler ayrıca tarih ve imza onaylaması yaparak senetlere resmiyet kazandırabilirler. Bunun dışında gayrimenkullerin devrine ilişkin tapu memurlarının işlemleri, icra memurlarının tutanakları, yabancı ülkelerde düzenlenen ve Türk konsoloslüğünca onaylanan belgeler resmi senet olarak kabul edilir.

Adi senetler, resmi senetlerin aksine resmi bir makam veya memurun katılımı olmaksızın düzenlenen senetlerdir. Mahkemede ikrar olunan adi senetler ve mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil niteliğine sahiptirler (HMK m. 205/1).

Adi senetler ve resmi senetler, ispat gücü olarak fark bulunmaksızın kesin delil olarak kabul edilmektedir²⁵⁷. Doktrinde bazı yazarlarca resmi senedin adi senetlerden daha güçlü olduğu savunulmaktadır²⁵⁸. Ancak her ikisinin de kesin delil niteliğinde olması nedeniyle

²⁵⁵ Postacıoğlu, Altay, (2015), 631.

²⁵⁶ Berkin, (1946), 1177; Tok, Koldaş, (2016), 2669.

²⁵⁷ Mazlum, İ. (2012). *Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı, Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 58; Budak, Karaaslan, 245.

²⁵⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 406; Mazlum, (2012), 59.

resmi senetteki iddialara karşı öne sürülen adi senetlerin, resmi senet karşısında daha az ispat gücüne sahip olması düşünülemez. Resmi senetlerin daha güçlü olması ancak senetlerin sahteliğinin ileri sürülmesi haline ilişkin olabilir. Zira resmi senetler, adi senetlerden farklı olarak sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliklerini koruyacaktır (HMK m. 204).

3.3.1.1.2. Senetle ispat kuralı ve bu kuralın ortaya çıkışı

Senetle ispat kuralının hukukumuzda Fransa'dan iktibasından önce en çok başvurulan delil tanıktı. Fransız hukukunda yalan yere tanıklığın etkilerini ortadan kaldırmak için senetle ispat kuralının kabul edilmesiyle hukukumuzda da etkileri görülmüştür²⁵⁹. Tanık delilinin birtakım sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla Tanzimattan sonra 1879 Usul-î Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ile belli miktarı geçen iddiaların senetle ispatlanması gerektiği hususu kanunlaştırılmıştır²⁶⁰. 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile de senet delili medeni usul hukukunda yer alan en önemli ispat vasıtalarından biri haline gelmiştir. Bunun sonucu olarak da hukuki işlemlerin ispatından kanuni delil; hukuki olayların ispatında takdiri delil sistemini öngören karma bir sistem hukukumuzda geçerlilik kazanmıştır²⁶¹.

Senetle ispat kuralının ortaya çıkma amacı farklı sebeplere bağlanmıştır²⁶². Doktrinde tartışmalara sebep olan bu konu Yargıtay İBBGK kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2013/1622 Esas, 2015/1238 karar numaralı kararında konuyla ilgili husus incelenirken, 18.03.1959 gün ve 18/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapılmış²⁶³ ve senetle ispat zorunluluğunun, yalan

²⁵⁹ Budak, A. C. (2005). "Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır". *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 2 (1), 511.

²⁶⁰ 1879 tarihli Kanun'da senetle ispat zorunluluğu senede bağlanması örf ve adet gereği mecburi işlemler için geçerliken, HUMK ile birlikte miktar ve değeri belli sınırı aşan her türlü hukuki işlem için öngörülmüştür (Budak, (2005), 512).

²⁶¹ Erturgut, M. (2004). *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil olarak Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 176.

²⁶² Doktrindeki görüşler için bkz: Erturgut, (2004), 177-179; Belgesay, (1939), 152; Postacıoğlu, (1964), 17-18; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 375; Postacıoğlu, (1964), 18; Postacıoğlu, Altay, (2015), 627; Soner, L. F. (1975). "Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi". *Ankara Barosu Dergisi* , (5), 663.

²⁶³ "...Şahitle ispat yasağının müstesnalarını bildiren usulün 293. maddesinin 4. bendinde adet sebebiyle dahi şahitle ispat yasağının kalkacağı hükmü konulmuştur. Şahitle ispat yasağına ilişkin hükümler, amme intizamı düşüncesine dayanılarak konulmuş olsaydı tarafların mukavelesiyle ve bilhassa adet ile bu hükümlerin tatbikinin önlenmesi kabul edilmezdi. Bundan başka, usulün 292. maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı bulunması halinde şahit dinlenmesinin kabul edilmesi dahi bu konuda amme intizamının cari olmamasındandır. Demek ki, kanunun metninden söz konusu hükümlerin amme intizamı düşüncesiyle konulmuş olmadığı açıkça anlaşılmaktadır... Şahitle ispat yasağına ait hükümlerin ilk defa kabul edildiği olduğu Fransa'da, bu hükümlerin esas itibarıyla yalan şahitliği önleme ve davalarda yalan şahitliğe meydan

tanıklığı önleme ve davada tarafların çıkarlarını koruma amacına yönelik olduğu belirtilmiştir. Değeri belli miktarı aşan hukuki işlemlerin tanıkla kanıtlanması yasağına ilişkin ilkenin, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş hükümler olmadığı vurgulanmıştır²⁶⁴.

3.3.1.1.3. Senetle ispat zorunluluğu kuralı ve şartları

Kanunumuzda yer alan belli miktarları geçen hukuki işlemlerin ancak senetle (veya diğer kesin delillerle) ispat edilmesi senet delilinin hukukumuzda büyük önem kazanmasına sebep olmuştur²⁶⁵.

Senetle ispat zorunluluğu başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200'e göre; *"Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin yapıldığı zamandaki miktar veya değeri 2.500 Türk Lirasını²⁶⁶ geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir"*.

Maddeyi ve gerekçesini incelediğimizde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yer alan senetle ispat kuralının parasal sınır açısından değişikliğe uğrayarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200 oluşturulurken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan m. 288 ve m. 289 hükümleri birleştirilerek konu bütünlüğü oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Maddenin başlığında ve içeriğinde senetle ispat zorunluluğundan ve belli miktarı aşan hukuki işlemlerin senetle ispatından bahsedilmiş olsa da burada sadece senedin değil, diğer

birakmama ve böylece tarafların menfaatlerini koruma gayesiyle kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Buna ait hükümler, Fransız Medeni Kanununun'dan hemen hemen olduğu gibi bizim Usul Kanunu'muza alınmıştır. Usul Kanunumuzun gerektirici sebeplerinde bu hükümlerin ne maksatla kanuna alınmış olduğu yazılı değildir. Demek ki, şahitle ispat yasağı, bizim kanunumuza da yalan şahitliğe meydan bırakmama gayesiyle diğer deyimle tarafların menfaatlerini korumak üzere konulmuştur. Esasen, hasmının dinletmek istediği şahitlerin kimler olduğunu onun verdiği şahit listesiyle öğrenmiş olan ve böylece gerek şahitlerin, gerekse hasmının seciyeleri itibariyle yalancılığa tenezzül etmeyeceklerini bilen bir kimsenin muvafakatine rağmen şahit dinlenilmemesinde ısrar edilmesi için her hangi bir amme menfaati düşünülemez. Bu sebeplerle hükümlerin kanuna konuluş gayesi dahi onların amme intizamı ile ilgili bulunmadıklarını göstermektedir. ..." (Yargıtay İBBGK, 18.03.1959, E.1958/18, K.1959/21: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶⁴ Yargıtay HGK, E. 2013/1622, K. 2015/1238: Karartek.

²⁶⁵ Kuru, (2001), 2198.

²⁶⁶ HMK'da Parasal Sınırların Arttırılması başlığını taşıyan Ek madde 1'de, senetle ispat ve senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin parasal sınırın her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, önceki yıla uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk Lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır. Senetle ispat zorunluluğu için öngörülen parasal sınır 2019 yılı için, 3660 TL'dir. (Meriç, N. (2007), "HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar", Erişim: <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-ikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2019-yili/3009245>, E.T: 02.07.2019).

kesin delillerin de kavram içine dâhil edildiğini kabul etmek gerekecektir. Çünkü senetle ispatı gereken bir iddianın, diğer kesin delillerle ispatında bir sakınca yoktur. Fakat uygulamada en çok kullanılan kesin delilin senet olması sebebiyle hukukumuzda bu şekilde ifade edilmesi uygun görülmüştür. Bu kavramla verilen anlamı kesin delillerle ispat zorunluluğu, tanıkla ispat yasağı veya takdiri delillerle ispat yasağı kavramları da karşılayabilecektir²⁶⁷.

Senetle ispat zorunluluğunun bahsederken bu kuralın uygulanabilmesi için birtakım şartların bulunması gerektiğini de vurgulamakta yarar vardır. Bunlardan en önemlisi senetle ispat kuralı hukuki işlemler için geçerli olduğundan, mevcut bir hukuki işlem bulunmalıdır. Diğer kesin delillerin konusunu hukuki işlemler veya hukuki fiiller oluşturabilecekken, senet delilinde, kanunun lafzından da hareketle, senetle ispat kuralının ancak hukuki işlemler için geçerli olduğu, hukuki fiiller için geçerli olmadığı sonucuna varılmaktadır²⁶⁸.

Hukuki fiiller, insan davranışları sonucunda meydana gelen ve hukuk düzeni tarafından kendisine hukuki sonuç bağlanan olaylara verilen addır. Hukuki fiillerde kişinin iradi davranışlarıyla meydana getirmiş olduğu hukuki sonucu isteyip istememesi önemli değildir. Örneğin, yerleşme niyetiyle bir yerde oturulması halinde kanun gereğince o yer kişinin yerleşim yeri olarak kabul edilmekte, kişinin gerçekleştirdiği fiile isteyip istemesine bağlı olmaksızın böylelikle hukuki bir sonuç bağlanmış olmaktadır²⁶⁹.

Hukuki fiillerin, hukuka uygun fiiller alt kapsamında incelenen hukuki işlemler Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi kanunlarımızda birçok yerde kavram olarak geçse de tanımlaması yapılmamıştır²⁷⁰. Doktrinde ise hukuki işlem, belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanına verilen ad olarak tanımlanmıştır²⁷¹. Yani bir hukuki işlemden bahsedebilmek için ön koşul olarak bir irade açıklamasının bulunması ve bu irade açıklamasının da bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğmasını, değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını sağlayan hukuki

²⁶⁷ Kuru, (2001), 2198; Mazlum, (2012), 70.

²⁶⁸ Tok, Koldaş, (2016), 2673. Berkin, (1946), 12.

²⁶⁹ Öztan, B. (2005). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*. (18. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 84.

²⁷⁰ Bkz: TMK. m.102, TMK. m.264, TMK. m.82, TBK. m.176, TBK. m.43.

²⁷¹ Postacıoğlu, Altay, (2015), 632.

bir sonuca yönelmiş olması gerekir²⁷². Hukuki sonuç meydana getirmeye yönelik bu irade açıklaması tek taraflı²⁷³, iki taraflı veya çok taraflı²⁷⁴ olarak yapılabilir.

Senetle ispat zorunluluğu sadece hukuki işlemler için öngörüldüğünden, hukuki fiiller tanıkla ispat edilebilirler. Zira hukuki fiiller, irade beyanı içermekle birlikte bu irade beyanı belli bir hukuki sonuca yönelik olmadığı ve karşı tarafa her zaman ulaşması gerektiği için hukuki fiiller hakkında senet alınması pek mümkün değildir. Bu yüzden senetle ispat zorunluluğu alanına dâhil edilmeyip, tanıkla ispat imkânına olanak tanınmıştır²⁷⁵. Örneğin, haksız fiiller ve maddi vakıalar²⁷⁶ takdiri delillerle ispatlanabilirler²⁷⁷.

Birden fazla kişi arasında gerçekleşen hukuki ilişkiler dolayısıyla meydana gelen uyuşmazlıklarda senetle ispat zorunluluğu tarafların ispat etmek istedikleri olgulara göre farklılık gösterebilir. Mesela bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlık işçinin edimini yerine getirmediğine ilişkinse, bu durumda işçi her türlü delili ispat aracı olarak kullanabilecektir. Fakat işverenin ödeme yapıp yapmadığı hususundaki uyuşmazlıkta, işveren ödemeyi yaptığını senetle ispat etmelidir. Burada ileride de detaylı olarak değineceğimiz üzere işçinin edimi olan işin görülmesi hukuki bir fiildir ve hukuki fiiller takdiri deliller kullanılarak ispat edilebilirler²⁷⁸.

Senetle ispat kuralının hukuki işlem benzeri fiiller için geçerli olup olmadığı da üzerinde durulması gereken bir noktadır. Hukuki işlem benzeri fiillerde bir irade açıklamasının bulunmasına ve bu irade açıklamasıyla pratik sonucun meydana gelmesi istenmesine rağmen, meydana gelen hukuki sonuç bu iradeden bağımsız şekilde varlık

²⁷² Öztan, (2005), 86; Pashlı, A. (2009). “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan Oy’un Hukuki Niteliği”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 67(1-2), 175; Postacıoğlu, (1964), 38.

²⁷³ Tek kişinin irade beyanının hukuki sonuç doğurduğu işlemlere tek taraflı hukuki işlemler denir. Bu tür işlemler de bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kalkması için tek bir irade beyanının bulunması yeterlidir. Vasiyetname, sözleşmenin feshi ve iptali, dönme, takas, vakıf kurma ve mirasın reddi tek taraflı hukuki işlem örnekleridir (Canpolat, F. (2012). “Hukuki İşlemlerde ‘Amaç’”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 71).

²⁷⁴ İki veya daha fazla kişinin irade beyanlarının hukuki sonuç doğurduğu işlemlere çift taraflı veya çok taraflı hukuki işlemler denilmektedir. Çift taraflı hukuki işlemlere sözleşmeler örnek verilebilirken, çok taraflı hukuki işlemlere kararlar örnek verilir (Canpolat, (2012), 73).

²⁷⁵ Kuru, (2001), 2316.

²⁷⁶ Postacıoğlu, Altay’a göre, hukuki işlem niteliği olmayan maddi fiil niteliğine haiz maddi olguların “maddi vakıa” olarak adlandırılması ve hukuki işlemlere “hukuki muamele” veya “hukuki tasarruf” denilmesi doğru değildir. Hukuki işlem olmayan fiillerin “maddi vakıa” ifade edilmesi, hukuki işlem niteliğindeki maddi vakıaların ise maddi vakıa kavramının kullanılmayıp sadece hukuki işlem olarak ifade edilmesi uygulama da sıklıkla görülen bir yanlıştır. Mesela borcu ortadan kaldıran irade beyanlarında bulunmak hukuki işlem niteliğinde maddi vakıalar olmasına karşın haksız fiil, hukuki işlem niteliğini taşımayan maddi vakıalardandır (Postacıoğlu, Altay, (2015), 631-632).

²⁷⁷ Pekcanitez, Atalay, Özeker, (2017), 375.

²⁷⁸ Pekcanitez, Atalay, Özeker, (2017), 375-376.

kazanmaktadır²⁷⁹. Kısaca irade açıklamasından bağımsız olarak bu fiillere kanun tarafından bizzat hukuki bir sonuç bağlanır. Örneğin, ihtar hukuki işlem benzeri bir fiildir. Alacaklı ihtarında bulunarak borçlunun borcunu ödemesini ister. Bu istenen pratik sonuçtur. Alacaklının bu ihtarından sonra borçlunun temerrüde düşmesi ise alacaklının bu yönde iradesi bulunmasa da kanun tarafından ihtara bağlanmış hukuki bir sonuçtur (TBK m. 117/1).

Postacıoğlu/Altay'a göre ihtara bağlı olarak ortaya çıkan temerrüt hali, ihtarında bulunan kişinin iradesinden bağımsız nitelik kazanarak bu sonuca yönelmesi sebebiyle hukuki işlem sayılamayacağı için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200 kapsamına dâhil edilemez ve bu sebeple ihtarın tanıkla ispatı mümkün görülür²⁸⁰. Her ne kadar ihtar tanıkla ispatlanabilir, hukuki işlem değildir denilse de aslında burada önemli olan nokta ihtarın niteliğine göre bir ayrıma tabi tutulmasının gerektiği ve somut olaya göre ihtarın niteliğinin değişiklik göstereceğini kabul edilmesinin şart olduğudur. Mesela Yargıtay'ın da katıldığı görüşe göre, kiraya verenin kiracısına gürlütü yapmaması için ihtarında bulunması kiraya verenin iradesinden bağımsız nitelikte hukuki sonuçların meydana gelmesini sağlayıcı nitelikte olduğundan, bu ihtarın m. 200 kapsamına dâhil edilmemesi gerektiği ve tanıkla ispat yoluna başvurulabileceği söylenmektedir²⁸¹. Fakat yapılan ihtarlar fesih sonucuna yönelmişse veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkmışsa; iradenin, sahibinden bağımsız nitelikte sonuç meydana gelebileceğini düşünmek doğru olmayacağından ihtarın hukuki işlem olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, kiracının kira bedelini ödememesi sebebiyle belli süre de ödeme yapması konusunda ihtarında bulunulması fesih sonucuna yönelik bir irade olduğundan hukuki işlem sayılır ve bu durumda m. 200'de belirtilen sınırı aşıyorsa senetle ispatı gerekir²⁸².

Kuru'ya göre ise temerrüt halinde ihtar çekildiğinde ihtar çekenin iradesi ortaya çıkacak hukuki sonuca da yönelik olarak açıklanır. Bu sebeple ortada bir hukuki işlem vardır ve hukuki işlemler Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200 kapsamında değerlendirilip, ispat sınırını aştığı takdirde ancak senetle ispat edilebilir²⁸³.

Yavaş'a göre ihtar, borçluya yönelik olarak yapılan ve alacaklının borçlunun borcunu ifa etmesi için yaptığı irade açıklamasıdır. Alacaklının iradesinin temerrüdü içermesi önemli

²⁷⁹ Öztan, (2005), 87.

²⁸⁰ Postacıoğlu, Altay, (2015), 635; Postacıoğlu, (1964), 47.

²⁸¹ Postacıoğlu, (1964), 47.

²⁸² Postacıoğlu, (1964), 47.

²⁸³ Kuru, (2001), 2237.

değildir ve kanunun öngördüğü sonuç gerçekleşecektir. Bu yüzden ihtarlar hukuki işlem benzeridir²⁸⁴. Aynı şekilde *Oğuzman/ Öz'e* göre de, borcun ifasına yönelik irade açıklaması olan ihtar hukuki işlem benzeridir. Zira irade açıklamasında bulunurken temerrüde düşürme kastının olup olmaması önemli değildir²⁸⁵.

Bu konu ile ilgili olarak diğer önemli bir husus da, borçlunun ifayı usulüne göre gerçekleştirilmesinden sonra alacaklının ifayı kabulden kaçınması halinde gerçekleşen alacaklı temerrüdünün hukuki işlem mi, hukuki işlem benzeri mi yoksa hukuki fiil mi olduğu ve ispatının nasıl yapılacağı konusudur. *Postacioğlu*'na göre alacaklının kira bedelini reddetmesi bir hukuki fiildir. Hukuki fiillerin ise tanıkla ispat edilebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca hukuki işlem olduğu varsayılsa dahi m. 203/1-b gereği işin niteliği senede bağlanması gerekmeyen bir işlem olarak kabul edilmesi gerekecek ve bu durumda da tanıkla ispatlanabilecektir²⁸⁶.

Türk Ticaret Kanunu m. 18/3'e göre, "*Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*". Burada iki sorunla karşılaşılmaktadır: Birincisi, ayıp ihbarının hükümde sayılan sınırlı durumların kapsamına dâhil edilip edilemeyeceği sorunudur. İkincisi ise ayıp ihbarı içinde geçerli sayacağımız bu hükmün geçerlilik şekli olarak mı, ispat şekli olarak mı algılanması gerektiğidir. *Oğuzman/Öz'e* göre ihbar herhangi bir şekil şartına tabi olmamasına rağmen, Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereğince maddede belirtilen durumlarda ihbar için şekil şartı öngörülmüş ve bu şart geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir²⁸⁷. Ayrıca Yargıtay ayıp ihbarının, bir hukuki işlem benzeri olduğunu savunarak, ispatının her türlü delil kullanılarak yapılabileceğini ifade etmektedir²⁸⁸.

²⁸⁴ Yavaş, M. (2009). "*Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları*". Ankara: Turhan Kitabevi, 191.

²⁸⁵ Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2009). "*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*". İstanbul: Vedat Kitapçılık, 297-298.

²⁸⁶ Postacioğlu, (1964), 48.

²⁸⁷ Oğuzman, Öz, (2009), 299.

²⁸⁸ "...Ayıp ihbarının yapılması ve eserin teslim ya da iadesi, maddi vakia niteliğinde olduğundan bunların Dairemiz uygulama ve içtihatlarında her türlü delil ve tanık beyanı ile ispatlanabileceği kabul edilmektedir. Davalı tarafça ayıplı olduğu ileri sürülen ürünler 13.02.2014 tarihinde teslim alınmış olup, 15.02.2014 tarihli e-mail ile ayıp ihbarında bulunduğu gibi yeminle dinlenen davalı tanıkları da davacıya ayıp ihbarında bulunduğu ve davacı şirket yetkililerinin gelip ayıplı ürünleri geri aldıklarını beyan etmişlerdir. Davalı tanıklarının beyanları ve e-mail yazışmalarından 22 Mayıs 2012 tarihli ihtarnameden çok önce süresi içinde davalı tarafça ayıp ihbarı yapıldığı ve ayıplı olduğu ileri sürülen ürünlerin davacı tarafından geri alındığı anlaşılmaktadır. ..." (Yargıtay 15.HD, 12.06.2017, E. 2016/1037, K. 2017/2513; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "...Ayıp ihbarı hukuki işlem olmayıp bir hukuki işlem benzeridir. Bu niteliğinden dolayı da ayıp bildirim, tacirler arasında yapılmış olsa bile tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir. Bu durumda,

Senetle ispat zorunluluğu için öngörülen diğer bir şart, hukuki işlemlerin yapıldıkları zamandaki miktar ve değerlerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200/1'de belirtilen parasal sınırı aşmasıdır. Burada hukuki işlemin borçlandırıcı yahut tasarruf işlemi olması açısından da herhangi bir fark bulunmamaktadır²⁸⁹.

Bahsedilen parasal sınırı dikkate alırken başvurulacak zaman dilimi, hukuki işlemin yapıldığı zamandır (HMK m. 200/1). Hukuki işlem yapıldığı zamanda parasal sınırın altında olan değer, daha sonra artmış ve dava açarken Kanun'da belirtilen parasal sınırı aşmış olsa bile hukuki işlem tanıkla ispat edilebilecektir²⁹⁰. Hukuki işlemin yapıldığı zamandaki değeri, parasal sınırı aşıyorken dava açma aşamasında ibra veya ödeme gibi herhangi bir sebeple parasal sınırın altına düşse bile senetle ispat olunması gerekir.

Hukuki işlemlerdeki parasal sınır hesaplamasında hukuki işlemin tamamının parasal değerine bakılır. Mesela kısmi dava halinde, dava edilecek miktar kanundaki sınırın altında kalmış olsa bile eğer alacağın tamamı kanuni sınırı aşıyorsa bu durumda tanık deliline başvurulamayacak; hukuki işlemin senetle ispat edilmesi gerekecektir.

Senetle ispat kuralını ve şartlarını düzenleyen hükümler emredici niteliğe haiz değildir (HMK m. 200-201). Taraflar senetle ispatın gerekli olduğu durumlarda delil sözleşmesi yapılarak tanıkla ispatı mümkün kılabilirler. Aynı zamanda taraflardan biri senetle ispat edilmesi gereken husus için tanık deliline dayanacak olursa ve karşı tarafta tanık deliline dair açıkça rızasını gösterirse bu durumda da senet deliline başvurma zorunluluğu ortadan kalkmış olacaktır²⁹¹.

Senet delili, tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce oluşturdukları bir delildir. Senet dışındaki diğer kesin delillerin ise uyuşmazlıktan önce meydana getirilmeleri söz konusu değildir. Bu sebeple senetle ispatı gereken bir hukuki ilişkide, taraflar aralarında senet düzenlemediklerinde, hukuki ilişkiden sonraki diğer kesin delillerle ispat dışında herhangi bir seçenekleri olmayacaktır²⁹².

süresinde ayıp ihbarı yapıp yapılmadığı ile ilgili olarak davalı karşı davacı iş sahibinin...tarihli delil listesinde isimlerini bildirdiği tanıkların dinlenilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.” (Yargıtay 15.HD, 15.12.2011, E. 2010/4779, K. 2011/7535: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...Ayıp ihbarının yapıldığı savunması tanık dahil hür türlü delil ile ispata elverişlidir. ...” (Yargıtay 15.HD, 5.5.2016, E. 2015/4566, K. 2016/2604: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 414.

²⁹⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 415.

²⁹¹ Muşul, T. (2012). “*Medeni Usul Hukuku*”. Ankara: Adalet Yayınevi, 338-339.

²⁹² Tok, Koltaş, (2016), 2674.

İş yargılamasının kendine özgü yapısı ve iş uyuşmazlıklarına konu oluşturan vakıaların niteliği gereğince, iş yargılamasında senetle ispat kuralına sınırlı bir şekilde başvurulmaktadır. Özellikle işçinin işverene ekonomik ve sosyal olarak bağımlı olması, işçinin ispat etmesi gereken fiili çalışmaların hukuki fiil olması ve işyeri kayıtlarının işveren tarafından tutulması sebebiyle senetle ispat kuralı daha az uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple, genel olarak iş uyuşmazlıklarında senetle ispat kuralı, belgeleri elinde bulunduran işverene yükletilmiştir. İşveren özellikle işçiye yaptığı ödemelerin ispatını senet deliliyle gerçekleştirecektir. Nitekim Yargıtay, işverenin Kanun'da belirtilen miktarı aşan hukuki işlemler için yaptığı ödemeleri senetle ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹³.

3.3.1.1.4. Senetle ispat kuralının istisnaları

Senetle ispat kuralı kamu düzeni temeline dayanan bir düzenleme olmadığından emredici niteliği yoktur ve her durumda mutlaka başvurulması gereken bir delil değildir. Kanuni delil sisteminin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde bile senetle ispatın imkânsız olduğu bazı durumlarda bu kurala esneklik kazandırılmış ve senetle ispat zorunluluğu esnetilmiştir²⁹⁴. Zira senet alınmasının imkânsız olduğu bazı durumların meydana gelmesi veya senedin tarafların kusuru bulunmadan ortadan kaybolması halinde, ispat yükü üzerine düşen tarafın iddiasını ispat edememesine neden olacaktır. Böyle bir durumda ise hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Elinde olmayan sebeplerle senet deliline başvuramamış olan tarafın hakkını hiçbir zaman elde edemeyeceğini düşünmek yanlış olacaktır. Bu nedenle kanun koyucu, sınırlı olarak saydığı hallerde senetle ispat kuralının uygulanmamasına karar vermiştir. Sınırlı olarak sayılan istisnalar dışında ise senetle ispat genel kuralı uygulanmaya devam edecektir.

Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları m. 203'te açıkça sayılmıştır. Hükme göre, senetle ispat zorunluluğu bulunan bir hukuki işlemin yer almasına rağmen delil başlangıcının olduğu durumlar, maddi ve manevi imkânsızlık halleri ve beklenmeyen sebeple senedin kaybolması hallerinde, hukuki işlemlerin ispatı için tanık deliline başvurulabilir²⁹⁵. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde iki ayrı madde halinde düzenlenen maddi ve manevi imkânsızlık halleri, yeni Kanun ile tek maddede birleştirilmiştir ve sistematik olarak bir bütünlük sağlanmıştır. Maddenin "d" bendi ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu

²⁹³ Yargıtay 9. HD, 25.10.2018, E. 2015/28514, K. 2018/19376: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁹⁴ Yavaş, (2009), 229-230.

²⁹⁵ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1841.

döneminde eklenmiş ve hukuki işlemin tarafı olmayan, işlemin dışında kalan kişiler için muvazaa iddiasının tanıkla ispat edilebileceği düzenlenmiştir²⁹⁶.

Senetle ispat kuralının istisnaları şu şekilde belirtilmiştir:

Yakın hısımlar arasındaki hukuki işlemler:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/1-a göre, altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler tanıkla ispat edilebilir. Bunun sebebi belirtilen hısımlar arasında hukuki işlem için senet istenirse aralarındaki güven ilişkisinin azalmasına, akrabalık ilişkisinin zedelenmesine ve çatışmaların yaşanmasına sebep olabileceği düşüncesidir²⁹⁷.

Kanun'da sayılan akrabalık ilişkilerindeki bu istisnai durum ancak bu kişilerin taraf olduğu hukuki işlemler için geçerlidir. Örneğin, baba ile oğul arasındaki hukuki işlemin üçüncü kişiye verilen bir temsil ile ortaya çıktığı durumlarda, temsil yetkisinin tanıkla ispatı düşünülemez²⁹⁸. Zira temsil, aralarında hısımlık bulunmayan ve istisna kapsamına dâhil edilmemiş şahıslar arasında meydana gelmiştir²⁹⁹. Bu tür durumlarda da temsil yetkisinin de ancak yazılı delille ispatı gerekir. Ayrıca yakın hısımlar arasında meydana gelen hukuki işlemlerde uygulaması gereken bu kuralın yakın hısımlar dışında üçüncü bir şahsında yer aldığı işlemlerde uygulanması mümkün değildir³⁰⁰.

Doktrinde bahsi geçen diğer bir konu da, maddede belirtilen akrabalık ilişkisinin varlığına rağmen, hukuki ilişkinin miktarı çok yüksek olduğunda tanık deliline başvurulması sorunudur. *Postacıoğlu*'na göre baba ve oğul arasındaki işlemlerin tanıkla ispatına olanak tanınmışsa da aralarında meydana gelen işlemin miktarının yüksek olması sebebiyle senetsiz ispat edilemeyeceğini kabul etmek gerekir³⁰¹. *Yavaş*'a göre Kanun'un ifadesi yeterince açıktır ve Kanun'da sayılan kişiler arasında gerçekleştiren hukuki işlemlerin miktarı yüksek olsa bile aralarında senet düzenlemedikleri takdirde tanık deliliyle iddialarını ispat edebileceklerdir. Bunun aksinin kabul edilmesi istisna hükmün amacına aykırı düşer³⁰². *Pekcamtez*'e göre ise bu kuralın konuluş amacı, taraflar arasında senet alınmasının manevi imkânsızlık oluşturacağıdır. Keza taraflar buna rağmen aralarında

²⁹⁶ Kılıçoğlu, M. (2012). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*. İstanbul: Legal Kitabevi, 967.

²⁹⁷ Yavaş, (2009), 231.

²⁹⁸ Yavaş, (2009), 241.

²⁹⁹ Postacıoğlu, (1964), 170-171.

³⁰⁰ Yavaş, (2009), 241-242.

³⁰¹ Postacıoğlu, (1964), 169.

³⁰² Yavaş, (2009), 238.

senet düzenlerlerse bu hüküm uygulanamaz. Ayrıca baba ve oğul arasında gerçekleşen işlemlerin miktarının yüksek olmasının manevi imkânsızlığı kaldıracağı kabul edilemez³⁰³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, akrabalar arasında gerçekleşen işlemlerin miktarına göre hükmü değerlendirmek kanuna aykırı hareket etmek anlamına gelecektir. Ayrıca miktara göre değerlendirme yapmak hükmün uygulama alanının da daraltılmasına sebep olacaktır. Bu sebeple Kanun'un akrabalar arasındaki hukuki işlemler için tanıdığı kolaylığın, yüksek miktar içeren işlemler için geçersizliğini iddia etmek, kanun hükmünün manevi hissiyatlarla yeniden yorumlanması demek olacaktır.

Bu bentle ilgili yaşanan diğer bir sorun da, taraflar arasındaki akrabalık ilişkisi her ne kadar Kanun maddesinde sayılan hallere dâhil edilse bile, bu kişiler arasında aslında manevi imkânsızlık oluşturabilecek bir bağ yoksa bu durumda tanık deliline başvurulabilmesinin doğru olup olmadığıdır. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin senede bağlanması manevi imkânsızlık doğuracağı varsayımından ibarettir. Fakat bu varsayımın aksi ispatlanamaz. Dolayısıyla taraflar arasında duygusal bir bağ olmasa bile kanunun belirttiği akrabalık ilişkilerinden birinin bulunması tanıkla ispat etmek için yeterlidir³⁰⁴. Böylece maddede belirtilen taraflar arasında manevi bağın bulunmasına bakılmaksızın tanık delili kullanılacaktır³⁰⁵.

Fransız hukukunda bir görüşe göre, taraflar arasındaki akrabalık ilişkisi tek başına tanıkla ispata başvurulmasını sağlayan bir yol olmamalıdır. Keza akrabalık ilişkisi bulunmasına rağmen taraflar arasında herhangi bir duygusal bağın olmaması senet oluşturmalarına engel olmayacağı gibi, iki uzak akraba veya arkadaş arasındaki bağın çok yakın olmasına rağmen senetle ispatın zorunlu görülmesi mantıklı olmayacaktır. Bu duruma göre taraflar arasındaki manevi bağın değerlendirilmesi ve sonuca göre tanıkla ispat olanağı tanınması daha yerinde olacağı kabul edilmektedir³⁰⁶.

Maddede eşler arasında meydana gelen hukuki işlemler için de senet alınmasının imkansız olduğu öngörülmüştür. Fakat bu hal sadece evlilik birliğinin devam ettiği süre içerisinde uygulanabilir. Evlilik öncesinde ve evlilik sonrasında tanık delilinin kullanılması düşünülemez³⁰⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki taraflar arasındaki evlilik birliği sona ermemiş

³⁰³ Erdönmez, (Pekcanıtez Usûl), 1852.

³⁰⁴ Erdönmez, (Pekcanıtez Usûl), 1853.

³⁰⁵ Yavaş, (2009), 233.

³⁰⁶ Yavaş, (2009), 233.

³⁰⁷ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 525.

yalnızca ayrılık kararı verilmişse, taraflar maddede sayılan istisnai durumdan yararlanmaya devam edebilecektir.

Maddenin saydığı istisnai durumlardan olmayan evlatlık halinde durumun ne olacağı da akla gelen bir sorudur. Kanun altsoy ve üstsoy kavramını kullanmış fakat evlat edinen ve evlatlık arasında bu istisna hükmün uygulanmasıyla ilgili bir açıklık getirmemiştir. Yargıtay'a göre, evlat edinen ve evlatlık arasındaki hukuki işlemlerin tanıkla ispatı mümkün olmamaktadır. Doktrinde bir görüş, evlatlık ilişkisinde kanun maddesinin bu kadar sınırlı çerçevede yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir³⁰⁸. Diğer bir görüş ise, evlat edinenle evlatlık arasındaki ilişki bir nevi usul fûru ilişkisi olarak sayılsa bile kanun maddesi istisna olan halleri tahdidi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kanunda evlatlık ilişkisinin ayrıca belirtilmemiş olması nedeniyle bu ilişkide senetle ispat kuralının uygulanacağı sonucu çıkmaktadır³⁰⁹.

Senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş olan hukuki işlemler:

Senetle ispat kuralının istisnalarından birini oluşturan bu hüküm, manevi imkânsızlık temeline dayanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203'e göre, işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler tanıkla ispat edilebilir.

Bu noktada önemli olan husus yapılan hukuki işlem ispat edilirken izlenecek yoldur. İlk başta taraflar arasında meydana gelen hukuki işlemin senede bağlanmasının genel olarak kabul görmediği, bu yönde bir geleneğin bulunmadığı hatta yapılan işlemin senede bağlanmaksızın gerçekleştirilmesinin teamülden olduğu bilirkişi ve tanıklar aracılığıyla ispatlanmaya çalışılır³¹⁰. Dolayısıyla bu ispat faaliyeti sonucu hukuki işlemin senede bağlanmamasının teamülden olduğu kanısına varılırsa, tanıkla ispat yolu açılabilir.

Ayrıca burada bahsettiğimiz teamül, tarafların kendi aralarında meydana getirdikleri alışkanlığın ötesindedir. Yapılan hukuki işlemlerin o toplumda teamül gereği senede bağlanmaması genel kabul görmüş olmalıdır. Bu yüzden iki kişi arasında gerçekleşen uygulamaların teamül olarak kabulü olanaksızdır³¹¹. Yargıtay kararlarında da teamülden bahsedilebilmesi için yapılan işlemin birçok kez senet alınmadan tekrarlanmış olması, bu durumun toplum içinde istikrar kazanması ve istikrar kazanan bu durumda toplum

³⁰⁸ Kuru, (2001), 2251.

³⁰⁹ Yavaş, (2009), 238.

³¹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 379; Yavaş, (2009), 246.

³¹¹ Muşul, (2012), 344; Yavaş, (2009), 247.

tarafından benimsenmiş olması gerekir. Böylece hukuki işlemin senede bağlanmaması teamülü geçerlilik kazanır³¹².

Senede bağlanmaması teamülden olan işlemlere, köylüler arasında yapılan kira sözleşmesi, ortaklık, yarıcılık gibi işlemler örnek verilebilir. Özellikle ticari işlemlerin söz konusu olduğu durumlarda ticari geleneğe ve iki tarafında durumlarına göre senede bağlanması gerekmeyen ticari işler tanıkla ispat edilebilir. Böyle bir geleneğin olup olmadığı ticaret ve sanayi odasından öğrenilebilir³¹³. Yargıtaya göre mahkemenin teamülün varlığını gerekli yerlere sorarak araştırmadan karar vermiş olması bozma sebebi teşkil edecektir³¹⁴.

Yakın akrabalar arasındaki hukuki ilişkilerde uygulanacak istisnalarda sayılmayan hallerden biri olması sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/1-a hükmüne dâhil edemediğimiz evlat edinen ile evlatlık, amca ile yeğen ve nişanlılar arasındaki hukuki işlemlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/1-b hükmüne dayanılarak tanıkla ispatının mümkün olduğu iddia edilmektedir³¹⁵. Hatta böyle durumlarda hakimin bilirkişiye dahi başvurmadan, amca-yeğen veya evlat edinen-evlatlık arasındaki hukuki ilişkilerde, taraflar arasında senet düzenlenmemesi yönünde teamül bulunduğu kabul edebileceği ileri sürülmektedir³¹⁶.

İş ilişkisi içerisinde, birtakım işlemlerin teamül gereği senede bağlanmadığı iddiası gündeme gelebilecektir. Yargıtayın bir kararında, işçinin bankadan gelen ödemeleri çekerek işverene ilettiği bir ilişkide, işveren iletilmeyen birtakım ödemelerin sebepsiz zenginleşme çerçevesinde işçiden tahsilini talep etmiştir. İşçinin, işverene ilettiği ödemeler sonucunda teamül olarak makbuz veya dekont alınmadığı iddiasının doğru olduğu kanaatine varıldığı takdirde tanıkla ispata olanak verileceği belirtilmiştir³¹⁷.

Senet alınmasının mümkün olmadığı haller:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203'e göre, yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemler tanıkla ispat edilebilir. Zaten bu durumlarda hukuki işlemin senede bağlanması maddi imkânsızlık dâhilindedir³¹⁸.

³¹² Muşul, (2012), 344.

³¹³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 417.

³¹⁴ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1856.

³¹⁵ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 525.

³¹⁶ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1855.

³¹⁷ Yargıtay 22. HD, 27.11.2018, E. 2018/15356K. 2018/25570: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³¹⁸ Muşul, (2012), 245.

Maddede belirtilen maddi imkânsızlığın bulunduğu bu hallerde tanık deliline başvurulabilmesi için ilk başta senet alınmasının imkânsız olduğunun veya senet alınmasında olağanüstü güçlük bulunduğunun ispatı gerekmektedir³¹⁹. Fakat 1999 Gölcük depremi gibi herkesin bildiği afetlerin yaşanması durumunda burada afetin varlığının ispatlanmasını beklemek mantıklı görülmeyecektir. Her ne kadar Kanun maddesi yangın, deniz kazası ve depremi özellikle belirtmiş olsa da bu haller tahdidi olarak sayılmış değildir. Bu ve benzeri objektif olarak senet alınmasını imkânsız kılan durumlar madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Sel, savaş ve heyelan gibi sebepler de madde kapsamı içerisinde yer alabilecektir.

Fransız yazar *Malinvaud*'a göre, maddi imkânsızlık durumunun ortaya çıkması için aniden gelişen ve öngörülmeleyen bir durumun varlığı gerekir. Ne var ki bu haller nadir olarak meydana geleceğinden bu hükme dayanılarak tanık deliline başvurma imkânı da çok karşılaşılan bir durum olmayacaktır³²⁰.

Maddi imkânsızlık kapsamında incelenen diğer durum haksız fiillerdir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde senetle ispat kuralının istisnalarını sayan madde içerisinde düzenlenmiştir. O dönemdeki yoruma göre, taraflar arasında gerçekleşen haksız fiil dolayısıyla meydana gelen tazminat davalarının ispatı için senet yoluna başvurulamaz. Çünkü haksız fiilin vuku bulduğu davranış açısından tarafların senet düzenlemesi maddi olarak imkânsızdır. Dolayısıyla haksız fiil sebebiyle doğan alacak davalarında ancak tanıkla ispat mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde ise bu durum değişikliğe uğramıştır. Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi haksız fiiller, hukuki işlem niteliğine sahip değildirler. Hukukumuzda senetle ispatın zorunlu olduğunu haller ise hukuki işlemler için geçerlidir. Yani zaten senetle ispatı zorunlu olmayan ve tanık deliline başvurulmasında sakınca bulunmayan haksız fiillerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde istisna gibi düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmadığının farkına varılmıştır.

Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ve aşırı yararlanma halleri:

Hukuki işlemlerde yanılma, aldatma, korkutma iddiaları ile aşırı yararlanma durumu hukuki işlemin yapıldığı zamandaki değerine bakılmaksızın tanıkla ispat edilebilir³²¹. Taraf yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma durumunda kaldığında bu olayların senede

³¹⁹ Yavaş, (2009), 250.

³²⁰ Yavaş, (2009), 251.

³²¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 417.

bağlanması maddi açıdan imkânsız olduğundan tarafın senetle ispat zorunluluğu taşıması hukuki ilkelerle bağdaşır bir durum olmayacaktır³²².

Doktrinde, irade bozukluğu ve aşırı yararlanma hallerinin zaten senetle ispat kuralının uygulanması için gerekli ilk şart olan hukuki işlem niteliğini taşımadığından tanıkla ispatına imkân verilebilecekken ayrıca istisna olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir³²³. Yargıtay da bu durumun hukuki işlem niteliğini taşımadığını kararlarında belirtmiştir. Yargıtaya göre hile bir fiille gerçekleştirilebilir. Bu fiil aktif bir hareket olabileceği gibi pasif bir davranış, bir kaçınma hâli ya da susma da olabilir. Ne tür bir davranıştan kaynaklanmış olursa olsun hile, maddi bir vakıa niteliğindedir ve kanun koyucu, bu vakıanın senede bağlanmasının mümkün olmadığını öngörerek, ispat vasıtası olarak tanık deliline başvurulmasına cevaz vermiştir³²⁴.

İrade bozukluğu ve aşırı yararlanma sebebiyle tarafların ispat istisnasından yararlanması için aldatmayı, korkutmayı, yanılmayı ve aşırı yararlanmayı objektif olarak ispatlamaları gerekmektedir. İrade bozukluğu ve aşırı yararlanmayı öne süren taraf, bu halleri ancak objektif olarak ispat ettiği durumda, tanık deliline dayanmasına izin verilebilir. Yargıtay bir kararında hileyi, hukuki işlemi gerçekleştirmek amacıyla karşı tarafın iradesinin yanlış yönlendirilerek sözleşmenin yapılması hali olarak tanımlamıştır. Ayrıca hile söz konusu olduğu zaman senetle ispat kuralının istisnasının devreye gireceği ve tanık dinletilebileceğini belirtmiştir. Buna karşın tarafa güven sebebiyle verilen imzalı boş bir kâğıdın varlığı halinde kâğıdın anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiası ancak senetle ileri sürülebilecektir³²⁵. Bu durumda yalnızca, iradenin kasıtlı olarak yönlendirilmesi durumunda tanık dinletilebilecektir³²⁶.

Benzer yönde kararlara iş yargılamasında da rastlanması mümkündür. Nitekim Yargıtay işçinin kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunduğu bir davada, işçinin tehdit edilerek iradesinin sakatlanması iddiasının tanıkla ispatına cevaz vermiştir³²⁷. Aynı şekilde işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak işçiye imzalattığı belge ve

³²² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 417; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1857.

³²³ Muşul, (2012), 345.

³²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2017/19-897, K.2018/464, T.14.3.2018: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2013/19-155, K.2014/660, T.14.5.2014: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Kuru, (2001), 2420.

³²⁶ Yavaş, (2009), 344.

³²⁷ Yargıtay 9. HD, 2.5.2008, E. 2007/17464, K. 2008/11058: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sözleşmelerin geçerli olmayacağını ve bu durumun tanıkla ispatının olanaklı olduğu ifade edilmiştir³²⁸.

Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları:

Kanun'da düzenlenmiş olan bu istisna, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yer almayan yeni bir düzenlemedir. Hukuki işlemi yapan tarafların dışında kalan üçüncü kişiler, kendi aleyhine kullanılmış olan hukuki işlemi ve senetlerin aksini tanıkla ispat edebileceklerdir. Zira hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişinin elinde bu işlemlere ait belge bulunması pek olası değildir³²⁹. Ayrıca bu işlemlerin genelde üçüncü kişilere zarar vermek için yapıldıkları düşünüldüğünde üçüncü kişiyi senetle ispat zorunluluğundan muaf tutmak yerinde bir düşüncenin ürünüdür³³⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde de muvazaa iddiasında bulunan kişinin taraflar arasında yapılan işlemin dışında yer alması sebebiyle, senetle ispat kuralına tabii olmayacağı belirtilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, muvazaa iddialarındaki tanıkla ispat edebilme olanağı doktrinde ve yargı kararlarında yer almasına rağmen madde düzenlemesinde bulunmamaktaydı. Böylece Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleriyle kesin olarak üçüncü kişiye ispat kolaylığı sağlanmış oldu.

Maddenin bu bendinden yararlanmak isteyen üçüncü kişinin halef sıfatına sahip bulunmaması gerekir³³¹. Mesela mirasçının saklı payına zarar verilmediği hallerde hukuki işlemin iptali için dava açması durumunda muvazaayı senetle ispatı gerekir. Çünkü miras bırakanın külli halefi sıfatıyla hareket etmiştir. Bu durumda miras bırakan için geçerli olan kurallar mirasçı içinde aynen geçerli olduğundan tanıkla ispat imkânı kapsamına dâhil edilmesi düşünülemez³³².

Senedin kaybolması:

Bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nunda ayrı bir madde olarak incelenmiştir. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda konu bütünlüğünü sağlamak amacıyla senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen maddenin içinde bent olarak yerini almıştır. Maddeye göre, senet sahibi senedin, beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu

³²⁸ Yargıtay 9. HD, 18.6.2012, E. 2012/18434, K. 2012/23219: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³²⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 418.

³³⁰ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 527.

³³¹ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 527.

³³² Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1858.

kanısını kuvvetlendirecek delil veya emareleri ortaya koyması hâlinde hukuki işlemi tanıkla ispat edilebilir (HMK m. 203/1-e). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, başta bir senet bulunmaktadır. Senet alınmasında maddi veya manevi imkânsızlık bulunmamasına rağmen sonradan meydana gelen olaylar sonucunda senet kaybolmuştur.

Senedin kaybolmasına sebep olan koşulların neler olabileceğini Kanun iki şekilde incelemiştir. İlki beklenmeyen bir olay ve zorlayıcı nedenle senet sahibinin elinden çıkmış olmasıdır. Mesela yangın, sel, deprem gibi durumlar senedin kaybolmasına sebep olan beklenmeyen hal kapsamında yer alabilir. Bu duruma dayanan taraf, senedin beklenmeyen bir halden dolayı elinden çıktığını yeterli delil ve emarelerle kanıtlamalı ki kaybolan senedin konusu olan hukuki işlemi tanıkla ispat edebilsin³³³. Ayrıca senedin kaybolmasını m. 203/1-c'de yer alan yangın, deniz kazası gibi senedin alınmadığı durumlarla karıştırmamak gerekir. Madde 203/1-c bendinde yangın, deniz kazası, deprem gibi durumlar nedeniyle hukuki işlemi yaparken senet alınması olanağı bulunmamıştır³³⁴. Madde 203/1-e bendinde ise başlangıçta böyle bir sorun yaşanmadan senet alınmış fakat senet sonradan ortaya çıkan yangın, deprem gibi beklenmeyen hal ve zorlayıcı nedenler sebebiyle sahibinin elinden kaybolmuştur.

Senedin kaybolmasına sebep olan beklenmeyen olayın illa bir ülkenin genelinde veya bir bölgede meydana gelen geniş çaplı bir olay olması gerekmez³³⁵. Bir mahallede meydana gelen terör olayları sebebiyle, evle birlikte içerisinde bulunan senedin de yanmış olması durumunda, hukuki işlemin tanıkla ispatı yoluna gidilebilecektir.

Senedin kaybolmasına ilişkin ikinci hal ise, usulüne uygun teslim edilen senedin memur elinde veya noterlikte kaybolmasıdır. Burada önemli olan ilk husus bahsedilen senedin teslim edilmesinin usule uygun olarak yapılmasıdır³³⁶. Usulüne uygun olarak yetkili makamlara verilmeyen senet tesliminde, tanık deliline başvurma imkânı baştan itibaren geçersiz kılınmış olacaktır.

Kanun ifadesindeki diğer önemli husus sadece resmi memur ve noterler diyerek bunun dışında üçüncü bir kişinin elinde senet kaybolduğunda bu maddeye dayanılamayacağını belirtmeye çalışmıştır. Çünkü bu maddeye herhangi bir üçüncü kişi elinde senedin kaybolmasını dâhil edebileceğimiz düşünülürse, senetle ispatın istisnasından yararlanmak

³³³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 418.

³³⁴ Tanrıver, (2016), 856.

³³⁵ Yavaş, (2009), 258.

³³⁶ Yavaş, (2009), 260.

isteyen herkes bu yola başvurmak için senedin başkasının elinde kaybolduğunu iddia edecek ve istisna olarak düzenlenen hükmün uygulama alanını kendilerince genişletmiş olacaktır³³⁷. Kanun'da bu tip kötü niyetli düşüncelere olanak vermemek için sınırlı olarak elinde kaybolma durumlarında bu bendin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

Yavaş'a göre, üçüncü kişiye kendi hatasından kaynaklı olarak resmi memur olduğunu varsayıp senet teslim edilir ve senet bu kişi elinde kaybolursa bu durumda tanıkla ispata başvurulamaz. Ancak üçüncü kişi resmi memur gibi davranarak senedi teslim edeni hataya düşürürse ve senet kaybolursa bu durumda tanık deliliyle hukuki işlemin ispatı yapılabilecektir³³⁸.

Yine burada da bu bendin olanaklarından yararlanmak isteyen kişi, senedin kaybolduğu hususunu yeterli delil ve emarelerle ispatlamalıdır ki hukuki işlemini tanıkla ispatlayabilsin³³⁹. Örneğin, vergi dairesi tüm belgeleri inceleme amacıyla alır ve sonrasında el koyduğu senet ve diğer belgeler kaybolursa, mahkeme de vergi dairesinin elinde senedin kaybolduğuna kanaat getirirse, senedin konusunu oluşturan hukuki işlem tanıkla ispat edilebilecektir³⁴⁰.

Bir diğer ifadeyle senedin, beklenmeyen hal ve zorlayıcı sebeplerle veya usulüne göre teslim edilmiş resmi memur veya noter elinde de kaybolduğu iddia ediliyorsa; bu durumda ortada bir senedin var olması, bu senedin beklenmeyen hal veya zorlayıcı sebeple ya da madde de bahsedilen kişilerin elindeyken kaybolması, kişinin senedin kaybolmasında kusurunun bulunmaması ve senedin kaybolmasına dayanan sebeplerle senedin kaybolması arasında gerçeğe yakın görülebilecek bir nedensellik bağının bulunması gerekir³⁴¹.

Delil başlangıcı:

Delil başlangıcı, senetle ispat kuralının en önemli istisnalarından biridir. Senetle ispat zorunluluğu halinde elinde senet olmayan taraf senede benzer bu tip belgelerle takdirli delillere dayanarak iddiasını ispat edebilecektir. Kanun bunu şu şekilde ifade etmiştir; *“Senetle ispatın zorunlu olduğu durumlarda delil başlangıcı var ise tanıkla ispat caiz hale gelir”* (HMK m. 202/1).

³³⁷ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1860.

³³⁸ Yavaş, (2009), 260.

³³⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 419.

³⁴⁰ Tanrıver, (2016), 857; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 419; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1860.

³⁴¹ Yavaş, (2009), 253-254.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 202/2’de delil başlangıcının tanımı yapılmıştır. Tanımlamaya göre, “*delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir*”. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, delil başlangıcı kurumu ancak hukuki işlemlerin ispatında söz konusu olabilir. Zaten hukuki işlem dışında ispat faaliyeti gerçekleştirilirken delil serbestisi mevcut olduğundan bu durumda delil başlangıcı kurumundan bahsetmek yerinde olmayacaktır³⁴².

Bir belgenin delil başlangıcı niteliğini taşıması için bünyesinde barındırması gereken birtakım şartlar mevcuttur. Bunlardan ilki, delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturacak bir belgenin bulunmasıdır. Kanun’da belgenin tanımı sınırlı şekilde yapılmadığından belge kavramına dâhil olabilecek her türlü unsur da delil başlangıcını oluşturabilecektir³⁴³. Fakat bu bahsedilen belge, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli nitelikte olmalıdır (HMK m. 199).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda delil başlangıcı olabilecek belgenin aynı zamanda yazılı bir belge olması aranmaktaydı (HUMK m. 292/2). Bunun sebebi tıpkı senetle ispat zorunluluğu gibi delil başlangıcı kurumunun da Fransız hukukundan iktibas edilmiş olmasıydı³⁴⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte delil başlangıcının “yazılı” olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısıyla delil başlangıcı kurumunun uygulama alanı da bu şekilde genişlemiştir³⁴⁵. Mesela delil başlangıcının maddi unsuru olan “yazılılık” kaldırılınca, Yargıtayın da içtihatlarında kabul ettiği gibi elektronik belgeler de delil başlangıcı olarak kabul edilmiştir³⁴⁶.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda mevcut olan yazılılık unsurunun kaldırılmasında en önemli etken Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde artık belgenin tanımının yapılmış olmasıdır. Belgenin tanımı yapılırken yazılı olmayan unsurlarında belge oluşturulabileceği anlaşılmaktadır. Delil başlangıcının en önemli unsurlarından biri olan belgenin kapsamına artık yazılı olmayan unsurları da dâhil edebildiğimize göre, delil başlangıcının yazılı olmasının zorunlu olduğu gibi bir düşünce artık yerinde

³⁴² Konuralp, (Delil Başlangıcı), 34.

³⁴³ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1842.

³⁴⁴ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 522.

³⁴⁵ Yavaş, (2009), 263.

³⁴⁶ Yıldırım, M. K., Tok, O. (2016). “İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), 243.

olmayacaktır³⁴⁷. Fakat doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, delil başlangıcının yazılı olması gerektiği her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 202’de geçmese de Kanun’un genel gerekçesinden çıkarılan sonuca göre yazılı olup olmama durumu delil başlangıcının ne tür belgenin ispatında kullanılacağına göre değişkenlik gösterecektir³⁴⁸. Yani belgelerden bahsederken senet ve senet dışındaki belgeler olarak bahsetmek yerinde olacaktır ve senetle ispat zorunluluğuna istisna için kullanılacak bir delil başlangıcından bahsediyorsak bu durumda bu belgenin “yazılı” delil başlangıcı niteliğini taşıması gerekir³⁴⁹. Fakat senet dışındaki bir belgeyle alakalı kullanılacak delil başlangıcından bahsediyorsak bu durumda yazılı olmayan belgelerde delil başlangıcı niteliğine sahip olabilecektir³⁵⁰. Aynı görüş ayrıca, uyuşmazlık konusu vakıya ilişkin belge olarak kullanılabilir bir ses kaydı, her ne kadar delil başlangıcı unsurlarından hepsini taşıyor olsa da yazılı olmadığı için senetle ispatın zorunlu olduğu durumlarda delil başlangıcı olarak kullanılamayacağını savunmaktadır³⁵¹.

Delil başlangıcının taşıması gereken ikinci unsur, aleyhine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmasıdır (HMK m. 202/2). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yer verilmeyen “gönderilmiş” ifadesi madde gerekçesinde de belirtildiği gibi teknolojik gelişmelere ve içtihatlarla uyum sağlamak amacıyla eklenmiştir. Dolayısıyla teknik araçlar kullanılarak gönderilen belgeler de delil başlangıcı olabilecektir.

Bu bent hakkında üzerinde durulan diğer bir nokta da, temsilci ifadesinden ne anlamamız gerektiğidir. *Pekcanitez*’e göre temsil yetkisine sahip olmayan kişilerin düzenledikleri belgeler, temsil edilene ait olduğu düşünülerek delil başlangıcı olarak kullanılamaz³⁵². Daha önce elektronik posta ile satış yapan kimsenin, çıkan bir uyuşmazlıkta yetkili temsilci olmadığını ileri sürülmesi yerinde olmayacaktır³⁵³. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırı hareket eden karşı tarafın savunmasını yerinde bulmak doğru değildir. Yani delil başlangıcını değerlendirirken hâkimin somut olaya göre temsilcinin durumu hakkında karar vermesi doğru olacaktır.

³⁴⁷ Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 221.

³⁴⁸ Kuru, B. (2014). “Yazılı Delil Başlangıcı (HMK m.202)”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 1386.

³⁴⁹ Kuru, (2014), 1391.

³⁵⁰ Kuru, (2014), 1386.

³⁵¹ Kuru, (2001), 2290.

³⁵² Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1842.

³⁵³ Pekcanitez, Atalay, Özeker, (2017), 378.

Delil başlangıcının üçüncü unsuru ise, söz konusu hukuki işlemi tam olarak ispat edememekle beraber, muhtemel göstermesidir. Senet ve diğer kesin delillerin hukuki işlemi doğrudan ispatı gerekirken, senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan delil başlangıcının hukuki işlemi muhtemel göstermesi yeterli kabul edilmiştir³⁵⁴.

Delil başlangıcı için belirttiğimiz üç unsurun dışında ön şart olarak bulunması gereken bir unsur olduğundan da söz edilmektedir. Öncelikle senetle ispat zorunluluğunun uygulanması gereken bir vakıa vuku bulmalıdır. Keza, senetle ispatın zorunlu olmadığı, takdirde delillerle çözüme varılabilecek davalarda delil başlangıcı kurumundan bahsedilemez³⁵⁵.

Bahsettiğimiz bu şartları bulduran belgeler delil başlangıcı sayılır. Örneğin, borçlunun el yazısıyla yazılmış fakat imzalanmamış mektuplar, bilgisayar veya daktilo gibi aletlerde yazılmış borçlunun parafını taşıyan yazı³⁵⁶, borçlunun alacaklının defterine el yazısıyla yazıp imzalamadığı yazılar, vergi beyanındaki veya mal beyanındaki borçlunun yazdığı yazılar, zamanaşımına uğramış bono ve çekler birer delil başlangıcı sayılırlar³⁵⁷. Ayrıca SMS mesajları, görüntülü mesaj kayıtları, elektronik postalar da iddia edilen kişiye ait cep telefonundan ya da kullandığı bilgisayara ait IP numarasından gönderildiği tespit edildiği takdirde delil başlangıcı sayılabilirler³⁵⁸. Buna karşın hangi hukuki işlemle alakalı olarak düzenlendiği anlaşılmayan, alelade defterlerde yer alan kayıtlar, tamamen makine ile yazılmış ve aleyhine kullanılacak kişiye aidiyeti hiçbir şekilde anlaşılmayan mektuplar ise delil başlangıcı olarak değerlendirilemeyecektir³⁵⁹.

Daha önce bahsettiğimiz gibi doktrinde fotokopilerin delil başlangıcı niteliğini taşıması konusu tartışılmıştır. Bazı yazarlar, delil başlangıcı olması için gerekli şartları taşımadığını ileri sürerken, bir kısım yazarlar ise fotokopilerin delil başlangıcı olabileceğini savunmaktadırlar. Senedin fotokopisinin delil başlangıcı olamayacağını savunan yazarlar, senedin fotokopisinin imza taşıyor olmasına rağmen o imzanın aleyhine kullanılacak kişi tarafından atıldığının tespitinin bu tip belgelerde mümkün olmadığını ve fotomontaj kullanılarak elde edilmiş olabileceği için bu belgelere güvenilip delil başlangıcı niteliğinin kazandırılmaması gerektiğini iddia etmektedirler³⁶⁰. Bu yazarlar, basılmış bulunan bir

³⁵⁴ Tok, (2016), 22.

³⁵⁵ Yıldırım, Tok, (2016), 244.

³⁵⁶ Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 221.

³⁵⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 421.

³⁵⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2017), 378.

³⁵⁹ Konuralp, (Delil Başlangıcı), 46-53.

³⁶⁰ Postacıoğlu, (1975), 597, dpn. 37.

belgenin ancak paraf taşıyorsa delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğini; yoksa tek başına basılı belgenin delil başlangıcı olamayacağını ileri sürmektedirler³⁶¹.

Aksi görüş ileri süren yazarlar ise senedin fotokopisindeki imzanın aleyhine kullanılacak kişiye ait olduğunun belirlenebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca fotokopilerin delil başlangıcı olarak değerlendirilebileceğini; fotokopilerde fotomontaj gibi sahteliklerin yapılacağı düşüncesine dayanarak bu belgelere delil başlangıcı niteliği kazandırmamanın geçerli bir sebep olmayacağını, zira senetlerde de sahteliklerin yapılabilirdiği ifade etmektedirler³⁶².

Delil başlangıcının hukuki niteliği de doktrinde tartışılmıştır. Delil başlangıcının, takdiri delil, özellikli bir takdiri delil ve delil niteliğini dahi taşımadığı görüşleri ileri sürülmüştür. *Karahacıoğlu/Parlar*'a göre delil başlangıcı takdiri bir delildir. Hâkim ispatı gereken vakıyı değerlendirirken delil başlangıcını ve tanık delilini serbestçe değerlendirerek kararını verecektir³⁶³. *Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu*'na göre hukuki işlemin ispatı için delil başlangıcının tek başına kullanılması yeterli olmamaktadır. Ancak tanık dinlenerek hâkim kararını verebilecektir³⁶⁴. Dolayısıyla ifadeden delil başlangıcının tek başına bağımsız şekilde delil olarak kabul edilmediği sonucuna varılabilir. *Yıldırım/Tok*'a göre delil başlangıcında yer alan "başlangıç" ifadesi bu kavramın delil niteliği olmadığını belirtmemektedir. Senetle ispatın zorunlu olduğu durumlara istisnai hal olarak kullanılan, doğrudan vakıyı ispat edemese de hâkimin takdir yetkisini kullanmasını sağlayan bir delil olarak değerlendirmek gerekmektedir. Delil başlangıcını, unsurları kanun tarafından belirlenen takdiri bir delil olarak değerlendirmek yerinde bir düşüncedir³⁶⁵. *Tok*'a göre ise, delil başlangıcı yalnızca senetle ispat kuralının uygulandığı hallerde söz konusu olabilir. Eğer herhangi bir takdiri delille ispatlanabilecek bir vakıa varsa burada delil başlangıcından söz etmek yerinde olmayacaktır. Delil başlangıcı Kanun gereği senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldıran diğer takdiri delillerden daha farklı ve özellikli bir takdiri delildir³⁶⁶. *Konuralp*'e göre ise senetle ispatı gereken bir hukuki işlemle alakalı delil başlangıcı mevcut olursa, bu durumda senetle ispatı gereken durum artık takdiri delillerle ispatlanabilir. Hatta delil başlangıcı gerekli şartlara haizse takdiri delil niteliğini kazanabilir ve ispatta tek başına kullanılabilir³⁶⁷.

³⁶¹ Bilge, N., Önen, E. (1978). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 567.

³⁶² Kuru, (2001), 2309-2310; Konuralp, (Delil Başlangıcı), 58.

³⁶³ Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 222.

³⁶⁴ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 523.

³⁶⁵ Yıldırım, Tok, (2016), 244; Postacıoğlu, (1964), 311.

³⁶⁶ Tok, (2016), 29.

³⁶⁷ Konuralp, (Delil Başlangıcı), 35 ve 154.

İş yargılamasında delil başlangıcı da benzer nitelik arz ederek, varlığı halinde tanıkla ispata olanak tanınabilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında konuya ilişkin mevcut birçok karar bulmak mümkündür. Örneğin, işverenin ücret ödeme iddiasını senetle ispat edemediği takdirde, işçinin el yazısıyla düzenlenmiş olan kasa defterindeki kayıtların varlığı delil başlangıcı kabul edilerek, işverenin iddiasının tanıkla ispatına olanak tanınmıştır³⁶⁸. Aynı şekilde ücret alacağına ilişkin başka bir uyuşmazlıkta, işçinin ücret alacağının ne kadar olduğunu da belirttiği, işverene atmış olduğu mesajların delil başlangıcı olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir³⁶⁹.

Delil Sözleşmesi:

Delil sözleşmesi, bir vakıanın veya hukuki işlemin belirli bir delille ispat edileceği konusunda tarafların anlaşmasıdır³⁷⁰. Delil sözleşmeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 193'te şu şekilde düzenlenmiştir: "*Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler*". Böylece delil sözleşmeleri senetle ispata ilişkin m. 200 ve m. 201 için istisna teşkil edecektir. Maddenin 2. fıkrasına göre, "*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*". Bu durumda özellikle daha güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını güçleştiren ve onun zorla anlaşmaya varmasına sebep olan delil sözleşmeleri geçersiz kabul edilecektir³⁷¹.

Delil sözleşmesi ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda geçerli olabilir. Kamu düzenine ilişkin hususlar ile kanunun bir hukuki ilişkide zayıf tarafı korumak amacıyla getirmiş olduğu asgari veya azami düzenlemelerle ilgili olarak korunan taraf aleyhine hüküm doğuracak şekilde bir delil sözleşmesi yapılamaz. Bu tür delil sözleşmelerinde ancak korunan taraf lehine getirilen düzenlemelerin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtayın, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak eşitliği kendi lehine bozan işverenin ile işçi arasında yapılan sözleşmelerin geçerli olmayacağı görüşü, kanaatimizce delil sözleşmeleri için de geçerli olabilecektir³⁷².

³⁶⁸ Yargıtay 9. HD, 20.4.2011, E. 2009/11670, K. 2011/12081: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁶⁹ Yargıtay 22. HD, 8.3.2016, E. 2015/1089, K. 2016/6950: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 463.

³⁷¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 463.

³⁷² Yargıtay 9. HD, 18.6.2012, E. 2012/18434, K. 2012/23219: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

3.3.1.1.5. Senede karşı tanıkla ispat yasağı

Senede karşı tanıkla ispat yasağı, doktrinde genellikle senede karşı senetle ispat mecburiyeti şeklinde ifade edilmektedir³⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, "*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 2.500³⁷⁴ Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz*". Senetle ispat zorunluluğu olan hallerde hukuki işlemin miktarı önem arz ederken, burada senetle ileri sürülen iddiaya karşı yapılacak savunmada hukuki işlemin parasal miktarının önemi yoktur. Dolayısıyla bu maddeden çıkardığımız anlam miktarı ne olursa olsun senede karşı ileri sürülecek iddiaların senetle ispatının gerektiğidir.

Senede karşı senetle ispat kuralı olarak bahsettiğimiz kuralda senetlerin çeşidinin ne olduğunun önemi yoktur. Yani resmi bir senede karşı yapılan savunma adı bir senetle ispat edilebilir ya da tam tersi şekilde de ispat faaliyeti gerçekleştirilebilir. Bunun sebebi iki senedin de kesin delil niteliğine haiz olmasından kaynaklanmaktadır³⁷⁵.

Senede karşı tanıkla ispat yasağı olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 201 hükmünün bazı durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığının her türlü delille ileri sürülebileceğini kuralını bertaraf ettiği görülmektedir. Burada Medeni Kanun hükmünün ne zaman bertaraf edileceği veya ne zaman uygulanacağı karışıklıklara sebep olabilecektir. Bu ayrımın temelinde yine hukuki işlem ve hukuki fiil ayrımını dikkate almak gerekecektir. Resmi senede karşı ileri sürülen iddia hukuki bir fiile ilişkinse iddia her türlü delille ispat edilebilecekken, iddia hukuki fiile ilişkin değilse tanıkla ispat edilemeyecektir³⁷⁶. Mesela nüfus kayıtlarındaki doğum bir hukuki fiildir. Bu durumda tanık deliline başvurulabilir³⁷⁷. Fakat tapuda yapılmış bir sözleşmeye karşı iddiaların ispatı tanıkla gerçekleştirilemeyecektir³⁷⁸.

3.3.1.1.6. Senede karşı tanıkla ispat yasağının istisnaları

Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları genel olarak senede karşı tanıkla ispat yasağı hallerinde de geçerlidir. Fakat manevi imkansızlık hallerinde durum farklılaşmaktadır.

³⁷³ Göksu, M. (2011). "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 57.

³⁷⁴ 2019 yılı parasal sınırı için bkz: dpn. 137.

³⁷⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2017), 380.

³⁷⁶ Postacioğlu, Altay, (2015), 644.

³⁷⁷ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2017), 380.

³⁷⁸ Postacioğlu, Altay, (2015), 645.

Manevi imkansızlık hallerinin senede karşı tanıkla ispat yasağı hallerinde uygulanmayacağı doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenmiştir³⁷⁹.

Delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğunda olduğu gibi senede karşı tanıkla ispat yasağının bulunduğu hallerde de uygulanabilir. Yukarıda şartlarını saydığımız unsurları bünyesinde barındıran delil başlangıcı mevcut olduğunda ispat faaliyetinde tanık dinlenebilir.

Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde senede karşı hukuki işlem tanıkla ispat edilebilir.

Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları tanıkla ispat edilebilir. Aslında bu haller hukuki fiil niteliği taşıdığı için zaten istisna olarak düzenlenmemiş olsa da tanıkla ispat edilebilir. Fakat kanun koyucu, konunun öneminden dolayı ayrıca belirtmekte fayda görmüştür³⁸⁰.

Bir senedin sahibi elinde, beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâlinde tanıkla ispat edilebilir.

Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları tanıkla ispat edilebilir. Senetle ispat edilen hukuki işleme karşı yapılacak muvazaa iddiasının senetle ispatı gerekir. Ancak hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tarafların ellerinden çıkan yazılı belgeye sahip olamayacağı düşünüldüğünden, iddialarını tanıkla ispat edebileceklerdir³⁸¹.

Tekrar ifade etmek gerekirse, manevi imkansızlık halleri senede karşı tanıkla ispat kuralının istisnası olarak kabul edilemez. Senede karşı senetle ispat zorunluluğunun yakın akrabalar arasında da geçerli olması, yakın akrabalar arasında senet düzenlenmişse bu durumda karşı iddiada bulunanın manevi imkânsızlık nedeniyle senet alamadığını iddia etmesi yerinde olmayacaktır. Aynı şekilde, senede bağlanmamanın teamülden olması, ortada bir senet mevcutsa mantıksız bir savunma olacağından, bu durumda senede karşı iddia ancak senetle ispat edilebilecektir.

³⁷⁹ Göksu, (Senetle İspat), 57 ve 61-62.

³⁸⁰ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 527.

³⁸¹ Postacioğlu, Altay, (2015), 647.

Kanun'da yer almamasına rağmen Yargıtayın uygulamalarla birlikte senede karşı tanıkla ispat yasağına bazı istisnalar dahil ettiği görülmektedir³⁸². Nitekim ahlaka ve adaba aykırı sözleşmeler ile hayatın olağan akışına aykırılığı istisna kapsamında değerlendirmektedir³⁸³. Ancak ahlaka ve adaba aykırı sözleşme iddiasının ispat şeklinin senetle olması gerekecektir³⁸⁴. İlerleyen bölümlerde bahsedeceğimiz üzere hayatın olağan akışı kavramının ispat yüküne ilişkin bir karine olması ve ispat şekline ilişkin olmaması istisna kapsamında değerlendirilmesine engel olacaktır³⁸⁵.

3.3.1.2. İş hukukunda özellik arz eden belgeler ve bu belgelerin delil nitelikleri

Medeni yargılama hukukunda kullanılan deliller her ne kadar iş yargılamasında da uygulama alanı bulsa da, iş yargılamasında delillerinin değerlendirilmesi bazı noktalarda farklılık arz edebilmektedir. Söz konusu farklılıkların medeni usul hukuku araçları ile açıklanabilir olup olmadıklarının ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira iş hukukunun kendine özgü kuralları çerçevesinde, işçinin çalışmasının karşılığında hak ettiği alacaklarına tam olarak kavuşabilmesini sağlamak için bazen yazılı da olsa birtakım delillerin, hukuk yargılamasına kıyasla farklı değerlendirmelere tabi tutulması zorunluluğu doğmaktadır.

Bu çerçevede ücret bordroları, işe giriş bildirgesi, ticari defterler, muhtasar beyannameler, pasaport kayıtları, işçi çalışma kartesi, otel kayıtları, devam çizelgeleri, bordrolar, müfettiş rapor ve tutanakları, iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, ücret hesap pusulaları, sağlık raporları, bilirkişi raporları, yazışmalar, ihtarnameler gibi belgelerin iş yargılamasında delil olarak kullanılmaları ve ispat güçlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Ayrıca işverenin bilgisayarındaki belgeler, işçinin imzasının bulunmadığı el yazısı notlar, sosyal medya kayıtları, işyerinde var olan kamera kayıtları gibi belgeler de gerekli şartları içerirlerse iş yargılamasında delil olarak kullanılabileceklerdir³⁸⁶.

3.3.1.2.1. Ücret bordroları ve ücret hesap pusulaları

Ücret bordrosu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 238. maddesine göre, işverenler tarafından her ay ödemiş oldukları ücretler için tutmaya mecbur oldukları belgedir. Bu

³⁸² Yargıtay HGK., E. 2002/13-177, K. 2002/206, 20.03.2002 (Göksu, (Senetle İspat), 62, dpn. 47).

³⁸³ Göksu, (Senetle İspat), 62-63.

³⁸⁴ Göksu, (Senetle İspat), 62; Aksi görüş için bkz: Alangoya, Y. (2004), "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 527.

³⁸⁵ Göksu, (Senetle İspat), 63.

³⁸⁶ Bozkurt, (2018), 470.

bordrolar işçinin ücretinin belirlenmesinde, feshin geçersizliği ve işe iade v halinde verilecek tazminat miktarının hesaplanması noktasında önem arz etmektedir³⁸⁷.

Kanun, işverenin ücret ödemesi yaptığında bordroya imza almasının yanı sıra ücret hesap pusulası gibi işçide kalacak olan birtakım belgeler hazırlanmasını da gerekli görmüştür³⁸⁸. Ücret hesap pusulası ise, İş Kanunu'nda yer alan, işverenin işyerinde veya bankada yaptığı ödemelerin ücret hesabını gösteren imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan, işçiye verilmesi zorunlu olan belgedir. Nitekim işveren ödeme yaptıktan sonra işçilerden ücretin ödendiğine dair imzalı bordro almasının yanında, yaptığı her ödeme için ayrıca imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan ücret hesabını gösteren hesap pusulasını işçiye vermek zorunda olduğu Kanun'da açıkça belirtilmiştir (İK. m. 37). İşçinin ücretlerindeki kayıt dışılığı önlemek amacıyla ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintiler bu belgede ayrıca düzenlenmelidir.

Ücret hesap pusulası, bordroya göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş belgedir. Çünkü ücret hesap pusulası, ücret miktarında değişiklik yapacak her türlü eklentileri ve kesintileri ayrıca göstermektedir³⁸⁹. Böylece hangi miktarın ne amaçla yatırıldığı veya kesildiği ayrıntılı düzenlenen hesap pusulasından anlaşılmaktadır. Ücret yanında diğer işçilik alacaklarının da ücret pusulasında yer alması ispat hukuku açısından uyuşmazlıklarda kolaylık sağlayacağı düşüncesini de ortaya çıkarmıştır³⁹⁰. Fakat doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre, ücret pusulası düzenlemesiyle Kanun'un amacı işçinin kendisine yapılan ödemeler ve kesintilerle ilgili bilgi sahibi olmasını sağlamaktır; yoksa işveren açısından yaptığı ödemelerin ispatını sağlayan bir belge olması amacıyla ortaya çıkarılmış bir araç değildir³⁹¹. Zira işveren açısından ispatı sağlayan bir belge olarak Kanun hükmüne konulmuş olsa idi, bu durumda işçinin de bu belgede imzasının bulunmasının zorunlu olduğunun ayrıca belirtilmesi gerektiği düşünülmüştür³⁹². Fakat ücret hesap pusulasının yine de ücretin ödendiğinin ispatını sağlayan işlevi olduğu inkâr edilemez³⁹³. Kanun gereği

³⁸⁷ Kar, B. (2005). "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2 (7), 1016.

³⁸⁸ Günay, C. İ. (2013). *İş Hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 423.

³⁸⁹ Polat, (2011), 61.

³⁹⁰ Kılıçoğlu, M. (2005). *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 385.

³⁹¹ Özdemir, (2006), 174.

³⁹² Özdemir, (2006), 175.

³⁹³ Kılıçoğlu, (2005), 385.

bu belgenin verilmesi zorunluluğu bulunması, uyulmadığı takdirde yaptırımların öngörülmesi ve gerçek dışı düzenlenirse bununda yaptırıma bağlanmış olması, bu belgelerin ispat gücünün artmasını sağlamaktadır³⁹⁴.

Ücret bordrosu ve hesap pusulalarının herhangi bir iddianın ispatı için kullanılması, bu delillere başvuran taraflara göre değişecektir. Mesela ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. İşveren bu iddiasını ispatlamak için işçi tarafından ihtirazi kayıt konulmaksızın imzalanmış belgelere dayanabilir. Ancak işveren tek taraflı olarak kendisinin düzenlemiş olduğu ücret hesap pusulasına dayanarak iddiasını ispat edemez. Eğer işveren tarafından hazırlanan ücret hesap pusulası işçi tarafından ücret miktarının ispatı için kullanılmak istenirse, bu durumda işçi iddiasını ispat etmiş sayılır ve işveren aksini iddia ediyorsa benzer nitelikteki delillerle iddiasını ispat etmesi gerekir³⁹⁵. İşçinin imzasını taşımayan ücret hesap pusulası, işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenmiş belge kabul edileceği için, söz konusu belgenin tek başına işçi aleyhine delil niteliği bulunmayacaktır.

İşçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarının ve hesap pusulalarının kesin delil niteliği:

Ücret bordrosu ve hesap pusulalarının işçinin imzasını taşıması ve taşıması durumu delil niteliğini de etkileyecektir. İşçinin imzasını taşımayan bu tür belgelerin işçi aleyhine veya işveren lehine kesin delil gücü bulunmamakta olup, aksi her türlü delille ispat edilebilecektir³⁹⁶.

Ancak işveren bordroyu işçiye imzalatmış olursa artık bu belge medeni usul kuralları gereği kural olarak senet niteliğini taşımaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarına göre, bu belgelerin belirttiği iddiaların aksinin yine eşdeğerde bir delille ispatlanması gerekmektedir. Fakat iş hukuku uygulamalarında, işverenler birtakım yasal yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla, ücret pusulasında ve bordrolarda işçinin fiilen almış olduğu gerçek ücretin altında miktar içeren belgeler düzenleyip işçiye imzalatmaları sık görülen olaylardandır. Bu gibi durumlarda bordroda gösterilen ücretin, işçinin yapmış olduğu iş, işçinin kıdemi ve tecrübesi gereği makul olan miktarın altında olması halinde,

³⁹⁴ Kılıçoğlu, (2011), 237.

³⁹⁵ Polat, (2011), 62; “Ücret miktarı, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinde belirtilen sınırı aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin hukuksal geçerliliği haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar içinse tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa da tanık dinletilmesi mümkündür” (Yargıtay 21. HD, 27.11.2017, E. 2017/232, K. 2017/9737: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹⁶ Yargıtay 21. HD, 3.12.2001, E. 2001/7514, K. 2001/8267: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Yargıtay bu durumu hayatın olağan koşullarına aykırı kabul edip, ücret konusundaki şüpheyi ortadan kaldırmak için emsal ücret araştırmasına giderek sonuca varmaktadır. Zira işçinin gerçek ücretinin tespiti, işçinin bütün alacak kalemlerini etkilemektedir³⁹⁷. İşçi herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin bordroyu imzalanmış olsa bile, emsal ücret araştırmasına gidilerek tanık beyanları, işyerinin niteliği, işçinin tecrübesi, yaşı, kıdemi ve emsal işçilerin aldığı ücret araştırılıp, işçinin ücret miktarı tespit edilir³⁹⁸. Aslında ücret miktarının ispatı işçiye yüklenmişken, hayatın olağan akışı ölçütüne aykırı olan hallerde mahkeme ücret miktarını resen tespit edecektir. Kaldı ki ücret ilk planda tarafların menfaatlerine ilişkin bir husus gibi görünse de, esasen iş hukukunda kamu düzenine ilişkin bir konudur. Zira işçilik alacaklarının gerçek ücret üzerinden hesaplanması kamu düzeninden olduğundan, tarafların muvazaalı davranışlarına bırakılamaz.

Bu husus ilk aşamada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen yazılı delil ile sabit olan hususların aksinin yine yazılı delille ispat edilmesi zorunluluğuna aykırı gibi görünse de, Yargıtayın da yerinde olarak belirttiği gibi, bu tür belgeler ancak belgede belirtilen miktarların işçiye ödenmiş olduğu yönünde kesin delil oluşturup, işçinin aylık ücretinin belgede gösterilen miktarla sınırlı olduğu yönünde kesin delil niteliği taşımamaktadır. Yargıtay, ücretin miktarını ispat yükümlülüğünün işçide bulunduğunu ve işçinin bunu, kendi imzasını taşıyan ücret bordroları ve sözleşmelere rağmen her türlü delille ispat edebileceğini açıkça kabul etmektedir³⁹⁹. Yargıtayın bordro hilesi olarak tanımladığı bu gibi durumlarda işçinin imzasının esasen gerçek iradesini yansıtmadığı zımnen kabul edilmektedir⁴⁰⁰. İşçinin imzasını taşıyan ücret bordrosunu işveren yalnızca ispat yükünün üzerinde olduğu ücretin ödendiğini ispat etmek için kullanabilecektir⁴⁰¹.

Ücret bordrosunda işçinin imzası bulunmuyorsa, işçi aleyhine ispat değerinin de olmadığı kabul edilmektedir. Zira ücret bordroları, imzasız olduğunda işverence tek taraflı düzenlenen belge niteliğini taşıdığından kesin delil niteliği taşımaz⁴⁰². Ancak şartları taşıyorsa delil başlangıcı olarak kabul edilip, tanık beyanı ile ispat yapılmasına imkân tanınabilir. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında ücret bordrosunun imzasız

³⁹⁷ Kılıçoğlu, M. (2015). *Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Bilge Yayınevi, 919.

³⁹⁸ "...Gerçek ücretin işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir..." (Yargıtay 21. HD, 27.11.2017, E. 2017/232, K. 2017/9737: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 22.02.2019).

³⁹⁹ Yargıtay 9. HD, E.2018/4794, K.2018/11034: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰⁰ Yargıtay 9. HD, 5.07.2018, E. 2015/21075, K. 2018/14840: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰¹ Doktrinde bir görüşe göre, ücret hesap pusulası bordrodan farklı olarak işçinin imzasını taşımadığı için işveren tarafından ücretin ödendiğinin ispatında senet olarak işçi aleyhine kullanılamaz (Centel, T. (1986). *İş Hukukunda Ücret*. İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Yayınevi, 399).

⁴⁰² Özdemir, (2006), 134.

olmasına rağmen işçinin el yazısıyla yazıldığı iddiası bulunduğundan bu durumun araştırılıp, ispat için kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmesini uygun bulmuştur⁴⁰³.

Normal durumda işveren ücret ödendiğini ispat ederken, işçinin imzasını taşıyan yazılı bir belgeyi elinde bulundurmalıdır. Ücretin ödendiğini tanıkla ispat etmesi düşünülemez. Ancak uygulamada, işçinin çalışmaya devam ettiği ancak işverenin uzun süre ücret ödemediği iddiasının yaşam tecrübeleri dikkate alınarak hayatın olağan akışına aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple Yargıtayın, ödenmeyen ücret taleplerinin bazı durumlarda fahiş olduğunu kabul edip, makul seviyeye indirgeği görülmektedir⁴⁰⁴.

İşveren tarafından düzenlenmiş muvazaalı ücret bordroları:

Uygulamada işverenlerin, işçilerin talebi üzerine muvazaalı olarak fiili ücret üzerinden daha yüksek bir ücret aldığına yönelik ücret bordroları tanzim ettikleri görülmektedir. Özellikle işçilerin bankalardan kredi kullanmaları esnasında gelirlerini yüksek göstermek amacıyla düzenlenen bu tür belgelerin daha sonra işveren aleyhine delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu da tartışmalıdır. Yargıtay, işçinin imzasını taşıyan ücret pusulalarını ödeme açısından dikkate alırken işçi aleyhine delil olarak kabul etmemekte, işveren aleyhine delil teşkil ettiğini kabul etmektedir. Kural olarak, işçinin, işverenin kendi imzası ve kaşesini taşıyan ücret pusulasında yer alan miktar altında bir ücretle çalıştığı işveren tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir. İşçinin ücretinin miktarı konusunda işveren tarafından oluşturulan bu belge sebebiyle, maddi hukuk gereği kişi kendi muvazaasına dayanamayacağı ilkesinden hareketle, işveren belgenin muvazaalı olarak işçi istediği için verildiği iddiasını da ileri süremeyecektir⁴⁰⁵. Ancak herhalde böyle bir durumda mahkeme muvazaayı resen inceleme konusu yapmalıdır ve sunulan belgeye göre yargılamayı iletmeden önce muvazaası şüphesini bertaraf etmelidir⁴⁰⁶.

Fazla çalışma kalemi içeren ücret bordrolarının kesin delil niteliği:

Ücret bordrosu, kesin olmamakla birlikte ücret miktarını ve ücretin ödendiğini belirtmesinin yanında, fazla çalışma ücretinin ödendiği iddiasının ispatında da kullanılabilir. Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bunu ispat etmelidir ve sonucunda fazla çalışma yapıldığı kanısına varılırsa, işveren fazla çalışmaya dair ücreti ödemiş olduğunu ispat etmelidir.

⁴⁰³ Özdemir, (2006), 176.

⁴⁰⁴ Özdemir, (2006), 179.

⁴⁰⁵ Kılıçoğlu, (2015), 922; Günay, (2015), 1529.

⁴⁰⁶ Kılıçoğlu, (2011), 237.

Fazla çalışma iddiası fiili bir olgu olduğundan bu durum işçi tarafından tanık gibi takdiri delillere başvurulur da ispat edilebilir. Fazla çalışma olgusu, tanık sözleri, işçinin yapmış olduğu işin fazla çalışmaya elverişli olup olmadığı hakkında görüş bildiren bilirkişi kararıyla da ispat edilebilir. İşçinin imzasını taşıyan bordroda işçinin fazla çalışma yaptığı ve ücretin ödendiği anlaşılıyorsa, bu durumda ücret bordrosu işçi aleyhine kesin delil niteliği taşımaktadır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesine göre, ücret bordrosu imzalıysa ve fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi bordroda gösterilenden daha fazla çalışma yaptığını tanıkla ispat edemez⁴⁰⁷. Ancak işçi, fazla çalışma alacağıının daha fazla olması sebebiyle bordroya ihtirazi kayıt koyarak imzalamış bulunursa, fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordrolar ihtirazi kayıtsız imzalanmışsa işçi başka bir kesin delil ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışma yaptığını ispatlayabilir. Bordrolarda tahakkuk bulunmasına rağmen bordroların imzasız olması halinde ise, varsa ilgili dönem banka ve tüm ödeme kayıtları incelenerek, ödendiği tespit edilen miktar alacak miktarından mahsup edilir.

Tüm bunlarla beraber işçi, imzasının bulunduğu iddia edilen belgelerdeki imzanın kendisine ait olmadığını veya irade sakatlığı sebebiyle imzaladığını ileri sürdüğünde bu durumu ispat edebilirse belgelerin ispat değeri de kalmayacak ve tanık deliliyle ispat yoluna başvurulabilecektir. Ücrete ilişkin uyuşmazlıklarda genel olarak tanık ifadeleriyle uyuşmazlığı çözmeye çalışmanın, ispat faaliyetinde iş yargısı ve medeni yargılama açısından tutarsızlıklara sebep olacağı düşünülerek eleştirilmesine rağmen⁴⁰⁸, işçilerin işlerini kaybetme riski altında kendilerine sunulan her türlü belgeyi imzalamalarının doğal olduğu, böyle bir baskı altında ortaya çıkan iradenin işçinin gerçek iradesini yansıtmayacağı da dikkate alındığında mevcut uygulamaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çelişmediği kabul edilmelidir.

3.3.1.2.2. İşçinin SGK sicil kayıtları

İşçinin kıdeminin, işe giriş tarihinin ve çalışma süresinin belirlenmesinde kullanılan önemli bir belgedir. Ancak işçinin SGK'ya bildirimini yapılmaması veya geç bildirimini yapılması durumları yaygın olduğundan bu belgelerle ispatlanacak iddiaların tanık ve diğer delillere başvurulur ispatlanmasına imkân tanınmaktadır⁴⁰⁹. Kaldı ki işe giriş

⁴⁰⁷ Yargıtay 22. HD, 03.05.2016, E. 2015/8070, K. 2016/13189: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰⁸ Kılıçoğlu, (2005), 385.

⁴⁰⁹ Kar, (2005), 1015.

bildirgelerinin işveren beyanı ile gerçekleştiği dikkate alındığında, işveren tarafından beyana dayalı bir hukuki işlem sonucu oluşturulan bir belgenin işçi aleyhine kesin delil oluşturması da düşünülemezdir.

3.3.1.2.3. İbranameler

İbra sözleşmeleri, tarafların aralarında anlaşma yaparak mevcut borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırıp, borçlunun borcunun sona erdirilmesine yönelik yaptıkları anlaşmaya verilen addır⁴¹⁰. İbra sözleşmeleri, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlenmiş; fakat 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer bulmamıştır. O zamana kadar Yargıtay uygulamaları ile var olan ibra sözleşmeleri, 1 Temmuz 2012 tarihinde 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yasal dayanak kazanmıştır⁴¹¹.

İş hukuku açısından büyük önem taşıyan ibra sözleşmeleri (ibranameler) İş Kanunu'nda yer almamış; 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 6. bölümü olan "hizmet sözleşmeleri" başlığı altında düzenlenmiştir⁴¹². İş Kanunu'nda yer almayan bu hükümlerin iş hukukuna tabi işçiler açısından da uygulanıp uygulanmayacağı ise sorun oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesinden yola çıkarak⁴¹³, bu hükümlerin İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler açısından geçerli olduğu düşünülmemekteyse de, İş Kanunu'nda ibranamelere ilişkin bir düzenleme bulunmadığından genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin bu kanuna tabi olmayan diğer işçiler içinde uygulanacağını kabulü hukukumuzda yer alan genel ve özel kanun ilişkisinden çıkarılabilecek doğal bir sonuçtur⁴¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ibranamelerin, iş hukukunda da uygulanacağını kabul ettikten sonra iş ilişkisine uygulanacak ibra sözleşmesinin geçerlilik şartlarının açıklanmasında fayda vardır. İş hukukunda genel olarak ibraname olarak adlandırılan ibra sözleşmeleri, işçinin, işçilik alacaklarından dolayı işvereni borcundan tamamen

⁴¹⁰ Kılıç, Ş. (2014). "İş Sözleşmelerinde İbraname ve Cezai Şartın TBK Açısından Değerlendirilmesi". *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan. Bahçeşehir Üniversitesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2830.

⁴¹¹ Uzun, P. (2013). "Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Işığında İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname) ve İspat Gücü". *Terazi Hukuk Dergisi*, 8 (80), 35.

⁴¹² TBK m.132'de; "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ibra sözleşmeleriyle alakalı olsa da İş Hukuku açısından asıl önemli olan TBK 420.maddede yer alan hizmet sözleşmelerindeki ibradır.

⁴¹³ "Hizmet sözleşmeleri, 4857 Sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanunu kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır." (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu).

⁴¹⁴ Uzun, (2013), 34-35; Çil, Ş. (2011). "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği". *Sicil Dergisi*, 6 (21), 81.

kurtarmasına yönelik olarak yapılan anlaşmalardır. İşveren, işçiden işçilik alacaklarını (ücret, fazla mesai, yıllık izin ücreti, ihbar tazminatı vs.) ödediğine dair bu nitelikte belge olarak ilerleyen zaman içerisinde kendisine karşı açılacak davalarda işçiye borcunun olmadığını kanıtlamak istemektedir⁴¹⁵. Böylece bu anlaşma sonucu ortaya çıkan belge ispat aracı olarak kullanılmaktadır.

İbra sözleşmelerinin delil niteliğinin, 818 sayılı Borçlar Kanunu öncesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sonrası olarak iki dönemde değerlendirmek gerekmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay kararlarında ibranameler farklı ayrımlara tabi tutularak geçerli olup olmadıkları incelenmiştir. İbranameler, miktar içerip içermemesine, alacak kalemlerinin yazılıp yazılmamasına, ücret alacakları (kıdem, ihbar, fazla mesai) ve maddi-manevi tazminat alacakları olmasına göre çeşitli şekillerde incelenmiştir.

Eski Borçlar Kanunu döneminde miktar içeren ibranamelerde alacağın tamamı ödenmiş ise borcun ifa yoluyla sona erdirildiği kabul ediliyordu. Eğer borcun tamamı değil de bir miktarı ödenmişse, bu belge ibraname niteliğine haiz olmayıp, ödenmiş olan kısım için makbuz niteliğinde kabul ediliyordu⁴¹⁶. Miktar içermeyen ibranameler ise doğrudan geçersiz sayılmamaktaydı. İbranamenin miktar içermemesi durumunda ibraname sonucu bir ödemenin gerçekleşip gerçekleştirilmediği araştırma konusu yapılmaktaydı. Bu tip miktar içermeyen ibranamelerde irade fesadı yönünden de inceleme yapılarak ibranamenin geçerliliği konusunda sonuca varılmaktaydı⁴¹⁷. İşçinin iş ilişkisi süresinde yaşayacağı ekonomik kaygılar sebebiyle ibra sözleşmesini imzalamış bulunması olasılığı nedeniyle, iş ilişkisi içerisinde imzalanmış olan ibranameler geçersiz kabul edilmekteydi⁴¹⁸. Ayrıca, iş kazalarına ilişkin maddi tazminat davalarında ibranamelerin geçerliliği “açık orantısızlık”

⁴¹⁵ Uzun, (2013), 35.

⁴¹⁶ Yargıtay 9.HD, 15.3.2010, E. 2008/21802, K. 2010/6801; Yargıtay 9. HD, 15.3.2010, E. 2008/21965, K. 2010/6826; Yargıtay 9. HD, 14.3.2011, E. 2009/9592, K. 2011/6801; Yargıtay 22. HD, 4.2.2014, E. 2013/2995, K. 2014/1447: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹⁷ Yargıtay 9.HD, 27.06.2008 E. 2007/23861, K. 2008/17735; Yargıtay 9. HD, 15.3.2010, E. 2008/21965, K. 2010/6826; Yargıtay 9. HD, 15.3.2010, E. 2008/21802, K. 2010/6801; Yargıtay 9. HD, 14.3.2011, E. 2009/9592, K. 2011/6801; Yargıtay 22. HD, 4.2.2014, E. 2013/2995, K. 2014/1447: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹⁸ “...İş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkündür. ...” (Yargıtay 22. HD, 4.2.2014, E. 2013/2995, K. 2014/1447: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ölçütü dikkate alarak belirleniyordu. Manevi tazminat alacaklarında ise ibranamelerin içerdiği miktara bakılmaksızın geçerli olduğu kabul ediliyordu⁴¹⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ibra sözleşmelerine dair hükümlerin konulması, ibranamelerin geçerliliği hakkında uygulamadaki birçok tartışmaya da son vermiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun "Ceza Koşulu ve İbra" başlıklı 420. maddesine göre:

"... İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur."

Maddenin lafzından yapılacak çıkarıma göre ibranamelerin geçerli kabul edilebilmesi için birtakım şartlar bulunmaktadır. Bu unsurları taşımayan ibranameler maddede belirtildiği gibi kesin hükümsüz sayılacaktır. 818 sayılı Kanun'da Yargıtay içtihatlarıyla şekillendirilen ibranamelerin geçerliliği, Türk Borçlar Kanunu'nun yeni düzenlemesiyle daha da sınırlandırılmıştır⁴²⁰.

Ancak maddede belirtilen şartlardan birinin eksik olması nedeniyle geçersiz kabul edilen ibranamelerin delil niteliğinin ne olduğu sorunu, tartışılması gereken önemli bir husustur. Eğer ibraname yazılılık, süre, alacak türü ve miktarı yönünden geçerli olarak yapılmamış ise bu durumda geçersiz olan ibranamenin delil niteliğinden bahsedilemeyecektir. Ancak kanımızca, alacak eksik ödenmiş olursa ibraname geçersiz olsa bile bu belge makbuz hükmünde değerlendirilip, alacak hesaplandıktan sonra mahsup edilmelidir. Örneğin, ödemenin banka dışında elden yapılması durumunda kanunun lafzına göre ibraname geçersiz kabul edilmektedir. Elden yapılan ödemeler karşılığında alınan ibranamelerin geçersizliği karşısında, söz konusu ibranamelerin yapılan ödemelere ilişkin makbuz niteliğine haiz olup olmadıkları hususu tartışmalıdır. Yargıtay bu durumda ibranamenin geçersiz olması nedeniyle söz konusu belgenin makbuz olarak dahi kullanılamayacağına karar vermektedir⁴²¹. Ancak görüşümüze göre, işçiye yapılan elden ödeme sonucu alınan

⁴¹⁹ Uzun, (2013), 38.

⁴²⁰ Kılıç, (2014), 2837.

⁴²¹ "Mahkemece 11.12.2008 tarihli ibranamenin makbuz hükmünde kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta ise de; 27.07.2013 tarihli ibraname, 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra düzenlenmiş olup, ibranamede belirtilen tutara ilişkin ödeme belgesi bulunmadığından bu ibranamenin makbuz hükmünde kabul edilmesi mümkün değildir. 27.07.2013 tarihli ibraname geçersiz

belgeye salt ibraname denilmesinden ötürü belgenin makbuz niteliğine haiz olmadığını ileri sürmek adil olmayacaktır. Zira ibraname dışında işçiye elden yapılan ödemeler karşılığında alınan makbuzların geçerliliği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber iş hukukunda ibraname kurumunun artık öneminin kalmadığı düşünülmektedir. Zira maddede belirtildiği gibi “*ödemenin hak tutarına nazaran noksansız*” yapılması gerekmektedir. Bu durumda işverenin işçinin alacağı olan bütün borcunu ödediğinde ibranamelerden bahsetmenin de bir mantığı bulunmaktadır. Çünkü borcun tamamının ödenmesiyle borcun asıl sona erme hali olan ifa gerçekleşmiştir⁴²².

İbranamenin geçerli olabilmesi için sözleşmenin sona ermesinden sonra en az bir aylık süre tanınması zorunluluğu işçinin özgür iradesiyle karar vermesini sağlama amacına yöneliktir. Zira iş ilişkisi içerisinde özgür iradenin varlığını her durumda şüpheyle yaklaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay yerleşik içtihatlarında da işçinin iş ilişkisinden sonra özgür iradesiyle feragat beyanında bulunduğu ibranamelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴²³.

Doktrinde kimi yazarlar ibranamelerin, iş hukukunun işçiyi koruyan temel ilkeleri sebebiyle İş Kanunu'nda ayrıca düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir⁴²⁴. Fakat sonuç olarak, iş hukukunda işçinin işvereni ibraname yoluyla borçtan kurtarması mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple bazı yazarlar ise, iş hukukunda işçinin işvereni ibra etmesinin mümkün olmadığını ve bu hususun kanun maddesinde açıkça yer almasının daha uygun olacağı görüşündedir⁴²⁵.

kabul edilerek, ibranamede belirtilen tutar mahsup edilmeden sonuca gidilmelidir.” (Yargıtay 22. HD, E. 2015/23028, K. 2017/30265: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²² Çil, (2011), 81.

⁴²³ “...somut olayda, akdin feshinden bir ay kadar bir süre geçtikten sonra, açıkça tutarların, dair olduğu kalemlerin de sayıldığı ve işçinin fazlaya dair haklarını saklı tutmayıp, aksine bunların olmadığı ve “...hizmet ilişkisi ve aramızdaki hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak yukarıda bazıları tek tek sayılan yasadan kaynaklanan haklarımı tahsil etmiş bulunmaktayım. Bu sebeple TİC A.Ş. İle hizmet sözleşmesinden doğan tüm alacaklarımdan dolayı gayrikabili rücu olarak ibra ederim.” beyanıyla herhangi bir alacağı kalmadığını gayrikabili rücu şekilde açıklayıp, yazılı olarak beyan (ikrar) ettiği ibranamedeki irade açıklamasına ve hukukî işleme sonuç bağlanma zorunluluğu bulunmaktadır. Kaldı ki, olayda feragat müessesesi de etkili olup, doğmamış bir haktan feragat edilmesi, bundan vazgeçilmesi söz konusu değil; iş sözleşmesi sona erdikten sonra doğan kıdem tazminatı, yıllık izin ve resmi tatil ücreti konusunda üzerinde mutabık kalınan tutar ödenmiş ve fazlaya dair hak konusunda ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olup; bu mutabakata değer vermemek, ahde vefa ilkesine de uygun düşmeyecektir. ” (Yargıtay 7. HD, 15.4.2014, E. 2014/4597, K. 2014/8271: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²⁴ Uzun, (2013), 41; Yargıtay 9. HD, 14.3.2011, E. 2009/9592, K. 2011/6801: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴²⁵ Çil, (2011), 81.

Ayrıca iş davalarında sıklıkla, işverenin işçi ile aralarında ibraname bulunduğunu ileri sürmesi ve sonrasında işçilik alacaklarına konu maddi vakıaları inkar etmesi gibi çelişkili davranışlarla karşılaşmaktadır. Bu hallerde Yargıtay göre ibranameler gerekli şartları taşısa bile tutarsızlık bulunması sebebiyle, ibranamelere dayanılarak hüküm kurulamaz⁴²⁶. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre; işçinin hak kazanmadığı bir alacak için işveren açısından bir borç doğmamıştır. Borcun varlığının tartışmalı olduğu bu durumda borç ibra yoluyla sona erdirilemez ve bu sebeple ibraname geçersiz kabul edilmelidir⁴²⁷.

Borcun tamamının ödendiğini içeren, işçi tarafından herhangi bir baskı altında olmadan imzalandığı kanısına varılan ve geçerlilik şartlarını taşıyan ibranameler ise belge üzerinde belirtilen miktarların ödendiğine ilişkin kesin delil niteliği taşıyacaktır.

3.3.1.2.4. Banka dekontları (havale dekontları)

Dekont (hesap belgesi), bankalarda çekilen veya yatırılan para karşılığı verilen belge ya da alınmış yahut ödenmiş tutarın dökümü olarak tanımlanmaktadır⁴²⁸. Medeni yargılama hukukunda dekontların ispat hukukundaki yeri ve delil değeri tartışmalıdır. Yargıtayın da konuyla ilgili kararlarında farklı görüşleri benimsediği görülmektedir. Yargıtay dekontun niteliğine dair senet, delil başlangıcı ve mevcut borcun ödendiğinde dair karine gibi değerlendirmelerde bulunmaktadır⁴²⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki dekont makbuz değildir. Makbuz alacaklı tarafından borçluya verilen borcun üzerinde yazılı miktar kadar ödendiğini gösteren bir belgeyken,

⁴²⁶ "...Davacı, teşvik ikramiyesi, fazla çalışma, ihtarname masrafının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren fazla mesaiye ilişkin savunmasında çelişkiye düşmüştür. Bir taraftan davacının fazla çalışma alacaklarının ibraname ile eksiksiz ödendiği belirtilirken diğer taraftan davacının işyerinde çalıştığı dönemde fazla çalışmasının bulunmadığı belirtilmiştir. Bu durumda ibranameye itibar edilmemelidir. Bilirkişinin fazla mesai alacağı yönünden yaptığı hesaplama ve yapılabilecek indirim miktarı mahkemeye bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı hakkında bir hüküm vermek gerekir..." (Yargıtay 9. HD, 9.7.2009, E. 2008/5605, K. 2009/20373: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²⁷ "İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir." (Yargıtay HGK, 21.10.2009, E. 2009/9-396, K. 2009/441: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²⁸ www.tdk.gov.tr (E.T: 02.04.2019).

⁴²⁹ Detaylı bilgi için bkz: Karaaslan, V. (2016). "Banka Dekontu ve Havale Makbuzunun Delil Değeri". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2 (15), 611-618.

dekont banka tarafından verilen bir belgedir⁴³⁰. Bu sebeple dekontun makbuz olarak değerlendirilmesi uygun bir görüş olmayacaktır.

Dekontun senet olarak değerlendirilemeyeceği de açıktır. Zira senet olabilmesi için senedin unsurlarını taşımalıdır ve en önemlisi aleyhine delil teşkil edecek kişi tarafından imzalanmış olmalıdır. Bu şartları taşımadığından senet niteliğinde olmadığı söylenebilir⁴³¹. Ancak doktrinde dekontun senet olarak değerlendirilmese de bazı durumlarda senetle eşdeğer ispat gücüne sahip olduğu ileri sürülmektedir⁴³².

Dekontun delil başlangıcı niteliğinde olmadığı da açıktır⁴³³. Zira delil başlangıcının, daha önceki bölümde tanımını da yaptığımız gibi, hukuki ilişkiyi muhtemel göstermesi ve kendisine karşı ileri sürülecek kişi veya temsilcisi tarafından ortaya çıkarılmış olması gerekir. Ancak dekont, havale ilişkisinde havale ödeyicisi konumunda olan banka tarafından ortaya çıkarılan bir belgedir. Bu sebeple işçi ve işveren arasında ortaya çıkacak uyuşmazlık için, dekontun delil başlangıcı olarak da değerlendirilemeyeceği açıktır.

Tüm bu tartışmalar çerçevesinde dekontun delil değerine sahip olmadığını düşünmek ise yanlış olacaktır. Çünkü banka aracılığıyla yapılan ödemenin kanıtı olabilen bir belgenin senet veya delil başlangıcı gibi bir değeri olmadığı düşüncesiyle delil kuvvetini göz ardı etmek düşünülemez. Zira Yargıtay senetle ispatın zorunlu olması gerektiği kimi uyuşmazlıklarda, iş yargılamasının alanına giren uyuşmazlıklarda tanıkla ispata da olanak tanıdığı görüldüğünden⁴³⁴, yazılı bir belge olan ve banka kayıtlarına dayanan dekonta delil olarak değer verilmemesi düşünülemez.

Keza Yargıtay kararlarından çoğunlukla kabul edilen görüş, dekontun asli işlevinin ödeme işleminin gerçekleştiğine dair ispat aracı olduğu yönündedir. İşverenin işçinin ücretini ödeme borcunu yukarıda bahsedildiği üzere ücret hesap pusulası, bordro, makbuz gibi araçlarla ispat edebileceği gibi, banka aracılığıyla yapılan ödemeleri de banka kayıtları ve dekontlarla ispat edebileceği kabul edilmelidir⁴³⁵. Ancak dekontun üzerinde ödemenin ne için yapıldığına dair bir ifadenin yer alıp almaması, ödemenin ne amaçla yapıldığına dair farklı şüphelerin ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Dekontta eğer ödemenin ne için yapıldığına dair açıklama bulunuyorsa, paranın hangi hukuki ilişki sebebiyle ödendiği de

⁴³⁰ Tutumlu, M. A. (2015). "Havale Yoluyla Yapılan Ödemede İspatın Konusu". *Terazi Hukuk Dergisi*, 10 (108), 127.

⁴³¹ Karaaslan, (2016), 631.

⁴³² Karaaslan, (2016), 633.

⁴³³ Karaaslan, (2016), 631.

⁴³⁴ Yıldırım, M. K. (2011). *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 118.

⁴³⁵ Sözek, (2017), 404-405.

ispat edilmiş olur⁴³⁶. Fakat dekontta şerh bulunmuyorsa, bu paranın gönderilme sebebi borç ödemesi kabul edilir⁴³⁷. Bu bir karine olduğundan aksini iddia edenin bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak bu karinenin niteliği konusunda ise farklı yorumlar mevcuttur. Doktrinde, bu karinenin fiili bir karine olduğunu belirten yazarlar bulunmakla beraber⁴³⁸, Yargıtay genel olarak havalenin borcun ödenmesi amacıyla yapılan yasal bir karine olduğunu kabul etmektedir⁴³⁹.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında banka havalesiyle gönderilen paranın havale alıcısına verilen bir borç olmadığı bilakis havale alıcısına olan borcun ödenmesi için kullanılan bir ödeme vasıtası olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁰. Yargıtay başka bir kararında da, havalenin bir ödeme vasıtası olduğunu kabul etmiş, aksini iddia eden davacının bu iddiasını kanıtlaması gerektiğini ayrıca belirtmiştir. Ayrıca davalının savunmasında ileri sürdüğü “*düğün masrafı olarak verilen paranın iadesidir*” beyanının bağlantılı bileşik ikrar olduğu kabul edilerek ispat yükünün yer değiştirmeyeceğini ve hala davacı üzerinde olduğunu ifade etmiştir⁴⁴¹.

Medeni yargılamanın diğer alanlarında olduğu gibi iş yargılamasında da dekontun ödemeyi ispat eden belge niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁴². Böylelikle işveren, elinde

⁴³⁶ Tutumlu, (2015), 127.

⁴³⁷ Tutumlu, (2015), 127.

⁴³⁸ Tutumlu, (2015), 127.

⁴³⁹ “...Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 457 vd. (TBK'nın 555 vd) maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe (tıpkı onun özel biçimlerinden biri niteliğindeki çek gibi), bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhil), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür...” (Yargıtay 13. HD, 9.4.2018, E. 2015/42880, K. 2018/4271); “Davacı eldeki dava ile davalı tarafa emanet olarak gönderdiği paranın tahsilini istemiştir. Davalı bu paranın davacının da kuruluşunda yer aldığı şirketin kuruluş ve faaliyetleri için harcadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, "davacının dayandığı belgenin havale dekontu olup, BK'nın 555 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan havalenin hukuksal nitelikçe bir ödeme vasıtası olduğu, havalenin mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcut olup, havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını ileri süren havaleci yapanın bu iddiasını kanıtlamakla yükümlü olduğu, tüm dosya kapsamından davacı, havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını ispatlayamadığından "davanın reddine karar verilmiştir.” (Yargıtay 13. HD, 27.3.2018, E. 2015/36667, K. 2018/3589); Yargıtay 13. HD, 7.5.2018, E. 2018/2233, K. 2018/5317; Yargıtay 13. HD, 24.9.2018, E. 2016/1376, K. 2018/8227: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴⁰ “...Davacı, eldeki dava ile davalıya banka havalesiyle borç verdiğini, borcun ödenmemesi üzerine icra takibi yaptığını, yapılan icra takibine de haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptalini istemiş, davalı ise kendisine havale edilen 3.000,00 TL'nin borcuna mahsuben gönderildiğini savunmuştur. Mahkemece ise havalenin bir ödeme vasıtası olduğu nazara alınarak davacının delilleri arasında yemin delili de bulunduğundan yemin delili davacı tarafa hatırlatılmış, davacının yemin delilini kullanması rağmen yemin deliline nazara almaksızın davanın reddine karar vermiştir.” (Yargıtay 13. HD, 27.6.2018, E. 2016/2382, K. 2018/7367: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴¹ Yargıtay 13. HD, 21.6.2018, E. 2016/10888, K. 2018/7045: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴² “...Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden, davacının 10.07.1992- 07.05.1997 ve 09.05.1997- 26.12.2003 ... Aş. 'de, 31.01.2006- 14.04.2008 tarihleri arası Vali ... İlköğretim Okulunda çalıştığı, 15.04.2018 tarihinde de davalı nezdinde çalışmasına başladığı anlaşılmıştır. 26.12.2003 tarih ve davacı

bulunan dekontla veya banka kayıtlarıyla ödemeyi gerçekleştirdiğini ispat edebilecektir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili örnek bir kararında işverenin banka dekontuna şerh koyarak ödeme yaptığı durumda, şerhin konulduğu alacak türü için ödemenin yapılmış olduğu kabul edilmiştir⁴⁴³. Böylece dekontla ispat edilen ödemeler, işçinin alacağı miktardan mahsup edilecektir⁴⁴⁴.

İş yargılamasında ödemenin hangi alacak kalemi için yapıldığının belirtilmediği durumda (dekonta şerh konulmamışsa), ödenen miktarın hangi alacak türünden mahsup edileceği sorun teşkil etmektedir. Sadece tek alacak kaleminin olduğu durumlarda yapılan kısmi ifa o alacak kaleminden düşürülecektir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, birden fazla alacak kaleminin olduğu durumlarda ise hangi alacak türü üzerinden mahsup

tarafından imzalı fesih yazısında ihbar ve tahakkuk eden yasal karşılıkların ödendiği belirtilmesine karşılık dosyaya ödemeye dair banka kaydı, dekont v ile ödemeyi ispata yarar delil sunulmadığı, davalı nezdinden hemen önceki çalışmaya dair de dosyada işten ayrılış bildirgesi ve istifa dilekçesi de olmadığından 31.01.2006-14.04.2008 dönemi çalışmasının ne şekilde sonlandığı anlaşılamamıştır. Mahkemece, hizmet teşvik primi alacağı bakımından davacının önceki dönem çalışmalarının ne şekilde sonlandığı ve fesih sonrası çalışılan dönem için kıdem tazminatının ödenip ödenmediği araştırılarak sonucuna göre hizmet teşvik primi alacağı değerlendirilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 22. HD, 9.7.2018, E. 2017/13588, K. 2018/17458; "...Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir..." (Yargıtay 22. HD, 20.2.2018, E. 2017/9904, K. 2018/4019: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴³ "...Somut olayda, davalı taraf iş sözleşmesi devam ederken davacıya kıdem tazminatı ödendiğini savunmuş; davacı ise kıdem-ihbar tazminatı açıklaması adı altında banka vasıtasıyla yapılan ödemelerin gerçekte her ay kullanılan avansların karşılığı olduğunu, her ay bu paraların işverene iade edildiğini, kendisine kıdem tazminatı ödenmediğini ileri sürmüştür. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacıya yapılan ödemelerin, yapıldıkları aylara dair ücret ve fazla çalışma alacağının karşılığı olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkemece rapora itibar edilerek, davacının ücret alacağı talebinin reddine, fazla çalışma alacağı yönünden ise ödeme yapılan aylar dışlandıktan sonra diğer dönemler yönünden alacağın kabulüne karar verilmiştir. Böylece, davalı tarafça çeşitli zamanlarda "kıdem-ihbar tazminatı" açıklaması ile davacının banka hesabına yatırılan tutarlar, davacının ücret alacağı ile fazla çalışma alacağından mahsup edilmiş ise de, bu kabul şekli hatalı olmuştur. İş sözleşmesi devam ederken banka kanalıyla yapılan ödemelere dair dekontlarda "kıdem ve ihbar tazminatı" açıklaması yer almakta olup, davalı tarafça da aynı yönde savunma yapılmıştır. Bu durumda anılan ödemelerin kıdem ve ihbar tazminatına mahsuben ödenen avans niteliğinde olduğu kabul edilerek, buna göre alacakların hesaplanması yapılması gerekir. Mahkemece davacının beyanına itibar edilmek suretiyle, ödemelerin ücret alacağı ve fazla çalışma alacağından mahsubu ile sonuca gidilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 22. HD, 24.10.2017, E. 2015/18464, K. 2017/22682: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴⁴ "...Ancak, davalı vekili dosyaya bordroda yazılı asgari geçim indirimini dahil tahakkukların ödendiğine dair 2011 ve 2012 yıllarına dair banka ödeme dekontları sunmuş olduğundan, bu ödemeler dikkate alınıp mahsup edilmek suretiyle asgari geçim indirimini alacaklarının yeniden hesaplanması için, bozma kararı verilmesi gerekmiştir." (Yargıtay 22. HD, E. 2017/14079, K. 2018/15801, T. 26.6.2018); Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının kıdemine göre 28 gün izne hak kazandığı ve davalı tarafça 8 günlük yıllık izin kullanma belgesi sunulduğundan bu sürenin mahsubu ile bakiye 20 gün için hesaplama yapılmıştır. Ancak yargılama devam ederken davalı taraf davacıya son ay ücret bordrosu ile yıllık izin ödemesi yaptıklarını ve ödemeye dair banka dekontunu da dosyaya sunduklarını belirtmiş olup mahkemece bu durum değerlendirilmemiştir. Dosya içerisinde yer alan 2013 Ocak bordrosunda 652,40 TL yıllık izin ücreti tahakkuku yapıldığı ve bordroda toplam bu miktarla birlikte net 1.840,69 TL ücret tahakkuk edildiği ve Yapı Kredi Bankası ödeme dekontuna göre aynı miktarın 11.02.2013 tarihinde davacı hesabına ödendiği görülmüştür. Bu nedenle, Ocak 2013 ayına ait bordroda tahakkuk eden yıllık izin ücretinin yapılan hesaplama mahsup edilmemesi hatalı olmuştur..." (Yargıtay 22. HD, 1.10.2018, E. 2017/15012, K. 2018/20426: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

işlemi yapılacağına dair para borçlarının kısmi ifası halinde İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁵. Dairenin uygulamasına göre, öncelikle faiz ve masraflar mahsup edilmeli, kısmi ödemenin hangi alacak için olduğu işveren tarafından belirtilmemiş ise Türk Borçlar Kanunu 102. maddeye göre muacceliyet ve vade zamanları dikkate alınarak mahsup işlemi gerçekleştirilecektir. Fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri tıpkı diğer ücretler gibi İş Kanunu gereğince çalışılan ayı takip eden ayın başında; kıdem, ihbar, yıllık izin gibi alacaklar da sözleşmenin feshiyle birlikte muaccel hale gelir. Bu durumda bu ücret alacaklarının ilk başta mahsup edilip, sonrasında feshe bağlı alacaklara geçilmesi gerekir. Bunlar arasında da temerrüt tarihi önce olan borcun ödenmiş olduğu kabul edilecektir.

Birden fazla dekont varsa ve bunlardan birinde ödemenin hangi alacak kalemi için yapıldığı belli iken diğerinde belli değilse, alacak kalemi belli olan borçtan mahsup işlemi gerçekleştirilir.

İşverenin ödeme yaptığına dair dekont sunmasına karşın, işçi kendisinin eline herhangi bir ödemenin geçmediğini söyleyerek dekonta itiraz edebilir. Bu durumda bankaya başvurularak işçinin bankacılık işlemleri araştırılır. Eğer işçi tarafından imzalanmış bir belge veya bankadan elde edilen bilgi sonucu işçinin ödemeye kavuştuğuna dair herhangi bir veriye ulaşılamazsa dekontta belirtilen miktar mahsuba konu olamaz⁴⁴⁶.

3.3.1.2.5. Müfettiş raporları ve tutanakları

İş Kanunu m. 91'e göre, çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın uygulanması, izlenmesi, denetlenmesi ve teftişi yetkili iş müfettişleri tarafından yapılır. Ayrıca Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında açıkça belirtildiği gibi alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren kendi işyerini tescil için başvurduğunda, gerekli hallerde bölge müdürlüğünce belgelerin iş müfettişleri tarafından incelenmesi görevi verilecektir. İnceleme sonucu muvazaalı tespit edilirse, iş müfettişleri tarafından gerekçeli bir rapor hazırlanacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁷.

İlgili maddenin devamında iş müfettişleri tarafından hazırlanan raporların işverenlere tebliğ edilmesi ve sonucunda işverenlere dava hakkı tanınmış olması sebebiyle iş

⁴⁴⁵ Yargıtay 22. HD, 5.7.2018, E. 2017/14218, K. 2018/17024: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴⁶ Yargıtay 9. HD, 30.6.2014, E. 2012/24416, K. 2014/22560: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴⁷ "Bu Kanununun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir."

müfettişleri tarafından hazırlanan muvazaa tespitine ilişkin gerekçeli raporun doktrin tarafından hukuken önemli bir belge olarak kabul ettiği görülmektedir⁴⁴⁸. Özellikle muvazaa durumunda verilen iş müfettişi raporunun diğer raporlardan farklı olarak kişiye yönelik bir etkiden çok birden fazla işçinin durumunu etkileyecek kümülatif bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁹.

İş müfettişlerinin görevleri gereği tuttukları raporların ve tutanakların ispat faaliyetindeki konumu Kanun'da açıklanmıştır. İş Kanunu'nun 92. maddesinin 3. fıkrasına göre; *“Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir”*.

Doktrinde, Kanun'un lafzında yer alan “tutanak” kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve iş müfettişleri tarafından hazırlanan raporların aslında genel olarak tutanak adı verilen belgenin özel bir şekli olduğu düşünülmektedir⁴⁵⁰. Bu sebeple müfettiş raporlarının delil niteliğini değerlendirirken tutanaklar için yapılan yorumun, raporlar için de geçerli olacağını kabul etmek isabetli olacaktır.

İş Kanunu'nun 92. maddesindeki düzenlemeyle iş müfettişi tarafından tutulan tutanakların kanuni karine temeline kavuştuğu sonucuna varılabilir⁴⁵¹. Ayrıca yine ilgili maddede müfettiş raporlarının aksinin ispat edilebileceğinin belirtilmiş olması karşısında, söz konusu raporların adi kanuni karine olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴⁵².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204. maddesinin 2. fıkrasına göre, yetkili memurların görevleri içerisinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılacaktır. İş müfettişleri tarafından düzenlenen rapor ve tutanakların da yetkili memur tarafından usulüne uygun düzenlenmiş belgeler içerisinde yer alması nedeniyle söz konusu raporların kesin delil sayıldığı sonucu çıkarılabilecektir⁴⁵³.

Doktrinde, İş Kanunu 92. maddede düzenlenen müfettiş raporlarının, kesin delil niteliğine sahip olması için müfettiş tarafından oluşturulacak bu belgenin işveren, işçi ve onların belirttikleri tanıkların herhangi bir baskı altında olmadan dinlenmesiyle ve gerekli

⁴⁴⁸ Yılmaz, (2009), 11.

⁴⁴⁹ Yılmaz, (2009), 12.

⁴⁵⁰ Yılmaz, (2009), 19.

⁴⁵¹ Kurt Konca, N. (2012). “İş Kanunu' nun 6111 Sayılı Kanun İle Değişik 91. ve 92. maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”. *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 24 (1-2), 76; Yılmaz, (2009), 19.

⁴⁵² Kurt Konca, (2012), 76.

⁴⁵³ Bozkurt, (2018), 475.

belgelerin incelenmesi suretiyle hazırlanmaları gerektiğinden bahsedilmektedir⁴⁵⁴. Kanun'un "usulüne uygun düzenlenmiş belge" ifadesi kullanması sebebiyle bu rapor ve tutanakların oluşturulurken bazı hususlara dikkat edilmesi gerekliliğine doktrin tarafından değinilmesi uygun olmuştur.

Kanun'da her ne kadar raporlar ve tutanakların kesin delil sayıldığı ifade edilse de, doktrinde rapor ve tutanakların aksinin her türlü delille ve davanın her aşamasında ispatlanabileceği savunulmaktadır⁴⁵⁵. Bu durumda Yargıtay bir ayrıma gitmiştir. Yetkili memurlar tarafından düzenlenen ve ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan tutanakların aksinin kesin delille ispat edilmesi gerekirken; usulüne uygun düzenlenmeyen veya aleyhine delil olarak kullanılacak taraf hazır bulunmadan oluşturulan tutanakların aksinin her türlü delille ispat edilebileceği ifade etmiştir⁴⁵⁶.

3.3.1.2.6. 5510 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca düzenlenen tutanaklar

5510 sayılı Kanun'un 59. maddesine göre, Kanun'un uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, SGK Başkanlığı tarafından denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlar eliyle yürütülmektedir. 59. maddenin 2. fıkrasında, denetim ve kontrole görevlendirilen memurlar tarafından tutanak düzenlediği ve bu tutanakların aksi ispat edilene kadar geçerli olduğu belirtilmiştir. Burada önemli olan husus bu tutanakların Kurum tarafından yetkilendirilmiş memurlar tarafından düzenlenmesi gerektiğidir. Zira yetkisiz memurlar tarafından düzenlenen tutanaklar delil niteliği taşıyamayacaklardır. Ancak aksinin kesin delillerle ispatlanabilmesi için sadece yetkili memurlar tarafından düzenlenmiş olmaları yeterli değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2017/10-2388, K. 2018/315 sayılı, 21.2.2018 tarihli kararına göre;

"Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği raporların, sadece memur veya müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları, anılan raporların 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 92/ son maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 59. ve 100. maddeleri kapsamında aksinin yazılı delille kanıtlanması gereken belgeler olarak kabulleri için yeterli değildir. Ayrıca 5510 Sayılı Kanun'un 59/2'inci maddesinde belirtilen aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan tutanakların Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olması veya belgeye dayalı olmamakla birlikte hazır bulunan işveren, işçi veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek doğruluğu

⁴⁵⁴ Bozkurt, (2018), 476.

⁴⁵⁵ Kurt Konca, (2012), 76; Çankaya, O. G., Çil, Ş. (2009). *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 35-36.

⁴⁵⁶ Yargıtay 10. HD, 22.12.2014, E. 2014/20790, K. 2014/27575: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ilgili kişilerin imzaları ile tasdik edilen ve imza inkârına konu olmayan tutanaklar olması gerekmektedir”⁴⁵⁷.

Böylece denetim ve kontrol memurları işçi, işveren ve işyeri yetkilileri yanında olay hakkında bilgisi olan kimseleri de dinleyerek tutanağı oluşturabilir⁴⁵⁸.

Her ne kadar örnek verdiğimiz Yargıtay kararında da belirtildiği gibi bu tutanakların aksinin kesin delille kanıtlanması gerekliliğinden bahsedilse de aynı maddenin 2. fıkrasındaki hüküm şu şekildedir: “*Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir.*”

Medeni yargılamadaki kurallara göre tutanakların aksinin yine aynı nitelikte ve benzer güçte belgelerle ispatlanması gerekirken, Kanun hükmünde açıkça belirtildiği gibi denetim ve kontrol memurlarının düzenledikleri tutanakların aksinin yemin hariç her türlü delille kanıtlayabileceğinin⁴⁵⁹ ne şekilde anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Burada medeni yargılama kurallarının dışına çıkılarak istisna bir hüküm getirildiği söylenebileceği gibi, Kanun lafzının her türlü delil derken medeni yargılamada yer alan irade fesadı hallerinde tanık beyanına başvurulması gibi istisna halleri göz önüne alarak genel bir ifadeye bulunduğu da söylenebilir. Yani genellikle uygulamada karşılaşılan irade fesadının varlığı öne sürüldüğünde, medeni yargılama gereğince tanık deliline başvurulması halini de kapsayan bir sonuç maddede ifade edilmiştir.

Müfettiş raporlarında da değindiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanun’a göre yetkili memurlar tarafından düzenlenen tutanaklar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 204 uyarınca aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olacaktır. Bu durumda kesin delil niteliği taşıyan tutanağın aksinin yine aynı delil gücüne sahip eşdeğer delillerle ispatı gerekecektir. Ancak hata, hile ve cebir gibi irade fesadı hallerinde tıpkı medeni yargılama da olduğu gibi bu kural uygulanmayacak; tanık dinletilebilecektir. Ama bu durumda dahi doğrudan tanık deliline başvurulmayacak, irade fesadına konu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğiyle alakalı tutanağa dâhil olanların tamamı ve tanıklar dinlenecektir. Eğer irade fesadı olduğuna dair kanaat oluşmamışsa tutanağa değer verilecektir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T:14.01.2019.

⁴⁵⁸ Aslanköylü, R. (2010). *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi(Bağ-Kur Kanunu İle Karşılaştırmalı)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1106.

⁴⁵⁹ Aslanköylü, (2010), 1106.

⁴⁶⁰ Aslanköylü, (2010), 1113.

Ayrıca Kanun hükmünde yemin delili haricinde her türlü delil denmesinin sebebi de önem taşımaktadır. Yetkili memurlar tarafından düzenlenen tutanakların aksinin iddia eden tarafından ispat edilmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Bu durumda tutanağın aksi aleyhine düzenlenmiş kişiler açısından ispat edilmek istenecektir. Bu durumda işveren veya sigortalı, tutanağın aksini ispat etmek isteyecektir ve ispat yükü, tutanağın aksini iddia eden tarafa düşecek; Kurumun üzerinde ispat yükümlülüğü bulunmayacaktır. Yemin delilinde ise ispat yükü üzerine düşen taraf, iddiasını ispat edemediği takdirde karşı tarafa yemin teklifinde bulunarak iddiasını ispat etmeye çalışır. Tüzel kişilere karşı yemin teklifinde bulunulduğunda tüzel kişiyi temsile yetkili kişi tarafından yemin edilecektir (HMK m. 232). Ancak karşı tarafın özel hukuk tüzel kişisi değil de, kamu hukuku tüzel kişisi olmasının bu kapsamda değerlendirip, değerlendirilmeyeceğini idare hukuku açısından ele almak gerekecektir. Zira idari yargılamada medeni yargılama kurallarına atfı yapılırken yemin atfı dışı bırakılmıştır. İdare hukukunda yemin deliline başvurma imkânı olası görülmemektedir. Çünkü yemini yapacak kişinin kamu hukuku tüzel kişisini temsile yetkili kişi olması ve ayrıca devlet adına namus, şeref ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerler üzerine yemin etmesi gerekmektedir. Bu durumda mantık olarak kabul göremeyeceği için idare hukukunda davalı olan kamu tüzel kişisinin yemin etmesi düşünülemez. Buradan çıkarılacak sonuçta da 5510 sayılı Kanun'un 59. maddesine göre, işveren ve işçinin kuruma karşı dava açması sonucu yemin deliline başvurusu idare hukuku prensiplerine uygun düşmemesi sebebiyle kanun koyucu tarafından olanaklı kabul edilmemiştir.

Yetkili memurlar tarafından düzenlenen ve ihtirazi kayıt konulmaksızın imzalanan tutanakların aksi ancak yazılı delille ispat edilebilecek, bu durumda tanıkla ispata gidilemeyecektir⁴⁶¹. Aynı yöndeki Yargıtay kararlarında ihtirazi kayıt olmadan imzalayan taraflar açısından aksinin yazılı delille ispatı gerektiği üzerinde durulsa da imzası bulunmayan taraf açısından yazılı delille ispat zorunluluğu bulunmadığı ifadelerine yer verilmiştir⁴⁶². Uygulamada sıklıkla karşılaşılan tutanağın okunmayarak imzalandığı iddiası

⁴⁶¹ Aslanköylü, (2010), 1113.

⁴⁶² "...uyuşmazlığın çözümü açısından özellikle belirtilmelidir ki, 5510 Sayılı Kanun'un 59 ve 100. maddeleri uyarınca Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Diğer bir anlatımla, yetkili kişilerce düzenlenen ve tarafların ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığı tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olup, aksi ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Ne var ki, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olan "tutanaklar" ile ifade edilen; Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olanlar ile belgeye dayalı olmamakla birlikte düzenlenmesinde hazır bulunan işveren, işçi veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek doğruluğu ilgili kişilerin imzaları ile tasdik edilen ve imza inkârına konu olmayan tutanaklardır. Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından yapılan incelemelere

ileri sürüldüğünde ise tanık dinlenemez. Ancak tutanakta imzası bulunan fakat tutanağın aksini iddia eden kişiler tanık olarak dinlenebilir. Fakat bu kişiler tutanağı irade sakatlığı durumları olmadan imzalamışlarsa tutanağın aksini inandırıcı temellere dayanmayan ifadeleriyle ispat edemezler⁴⁶³.

Kanaatimizce aslında memurların düzenlediği tutanakların sigortalı veya işveren aleyhine belli bir olguyu tespit işlevi olması sebebiyle her ne kadar sigortalı veya işveren tarafından imzalanmış bulunsa da aksinin her türlü delille ispat edilebilecek olması somut olaydaki duruma göre yorumlanarak, her türlü delille veya kesin delille ispatının gerekliliği konusu açığa kavuşturulmalıdır.

3.3.1.2.7. İşçi özlük dosyaları

İş Kanunu'nun 75. maddesi "İşçi Özlük Dosyası" başlığıyla düzenlenmiştir. Maddeye göre, işveren, yanında çalıştırmakta olduğu her işçi için işçi özlük dosyası hazırlar, dosya içeriğindeki kayıtları saklar ve gerektiği zaman yetkili memur ve mercilere gösterir.

İşçinin özlük dosyasının içeriğinin ne olacağı konusu, 1475 sayılı Kanunun 71. maddesinde "işçi çizelgeleri" kenar başlığıyla sayma suretiyle sınırlı olarak belirlenmişti⁴⁶⁴. Ancak 4857 sayılı Kanunumuzda sınırlı şekilde belge sayımına gidilmemiş ve "...bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtlar..." ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda işçi özlük dosyasının kapsamına nelerin dâhil edileceği eski kanundaki gibi ayrıca belirtilmemiştir. Ancak doktrinde, tutulmaması halinde idari para cezası öngörülen zorunlu belgeler ve idari para cezası öngörülme de tutulmaması halinde ispat ve delil bildirme yükümlülüğünün yerine getirilememesi sebebiyle yaptırımla sonuçlanacak olan bazı gerekli belgelerin özlük dosyasında bulunması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁵.

dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği raporların, sadece memur veya müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları, anılan raporların 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 92/ son maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 59 ve 100. maddeleri kapsamında aksinin yazılı delille kanıtlanması gereken belgeler olarak kabulleri için yeterli değildir. Buna göre, özellikle, rapor veya ekli tutanaklarda imzası bulunmayanlar yönünden, söz konusu tutanakların aksinin yazılı delille kanıtlanması yükümünden söz etmek mümkün değildir. Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları ve iş müfettişi raporlarının, rapora dayanak alınan tutanaklar ile birlikte değerlendirilmesi ve ancak belirtilen nitelikteki ekli tutanakların anılan Kanun kapsamında aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge olduğunun kabulü, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 92/ son maddesinin açık hükmü karşısında zorunludur." (Yargıtay 10. HD, 6.2.2017, E. 2016/3089, K. 2017/657: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶³ Aslanköylü, (2010), 1106.

⁴⁶⁴ Uçum, M. (2007). "Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler". *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (16), 1341.

⁴⁶⁵ Uçum, (2007), 1344.

İşçi özlük dosyası, içerisinde yer alan belge ve kayıtlar sebebiyle delil niteliği kazanmaktadır. İşçi ve işveren arasında uyuşmazlık çıkması halinde bu belgelere delil olarak başvurulacaktır. Özlük dosyası içerisinde yer alan belgeler, dilekçeler, beyanlar, uyarı ve kınama cezaları, savunmalar, SGK sicil dosyası ve içerisinde yer alan bilgiler, işe giriş bildirgeleri, SGK hizmet cetveli, işçinin güvenliği konusunda eğitim alıp almadığı dair yer alan kayıtlar, iş yargılamasında açılacak davalarda iddia veya savunmayı kanıtlamak amacıyla mahkemeye ibraz edilmesi gereken delil niteliğine haiz önemli belgelerdendir⁴⁶⁶.

İşçi, ispat yükünün üzerinde olduğu durumlarda işçi özlük dosyasındaki belge ve kayıtlara delil olarak dayanmak isterse işveren dosyayı mahkemeye ibraz etmelidir (HMK m.219). Özlük dosyasının mahkemeye sunulmaması halinde, ispat yükünün işverende bulunduğu vakıalarla ilgili olarak işçi lehine bir sonuç ortaya çıkabilecektir⁴⁶⁷. Örneğin, işçi fazla çalışma yaptığını iddia ettiğinde, ispat yükü işçinin üzerindedir, ancak işveren söz konusu fazla çalışmaların ücretinin ödendiğini iddia ediyor ise bunu dosyada bulunan bordrolarla ispat etmesi gerekir⁴⁶⁸.

Eğer işveren, işçi özlük dosyasını eksiksiz, düzenli ve güncel bir şekilde tutmuşsa işçiyle arasında meydana gelen uyuşmazlıkta, işveren üzerinde ispat yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, iddiasını ispat ederken başvuracağı temel belge, işçi özlük dosyası olacaktır⁴⁶⁹. Örneğin, işverenin sözleşmeyi geçerli nedenle feshettiğine dair uyuşmazlık halinde feshin geçerli nedenle yapıldığını ispat yükü işverene aittir. İşveren, özlük dosyasında bulunan belgelerle feshin geçerli nedene dayanarak yapıldığını ispat edebilecektir. Aynı şekilde işveren, özlük dosyasında bulunan belgelerden olan işçi tarafından imzalanmış bordrolar ile ücret miktarının ispatını gerçekleştirebilecek ve yıllık ücretli izin kullandığını yine dosyada yer alan işçinin imzasının bulunduğu izin defteri ile ispat edebilecektir⁴⁷⁰.

Doktrinde işçi özlük dosyalarının işçi veya işveren açısından delil olmasıyla alakalı farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, işçi özlük dosyalarının işveren aleyhine delil teşkil

⁴⁶⁶ Bozkurt, H. A. (2009). "İş Mahkemelerinde Bilirkişilik". *Ankara Barosu Dergisi*. 67 (4), 119-120.

⁴⁶⁷ Uçum, (2007), 1353.

⁴⁶⁸ Fransız hukukunda fazla çalışmanın ispatı işçiye düşmemektedir. İşverenin çalışma saatlerini ortaya koyan belgeleri tutma zorunluluğu bulunduğundan, işçinin fazla çalışma yaptığını iddia ettiğinde işveren elindeki belgeleri delil olarak sunacaktır. Bu sebeple ispat yükü taraflardan herhangi birine yükletilmemiştir (Özdemir, (2006), 237).

⁴⁶⁹ Şık, E. (2012). *İşçinin Özlük Dosyası Düzenleme Borcu, Yüksek Lisans Tezi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 3.

⁴⁷⁰ Polat, (2011), 16.

edebileceğini savunurken⁴⁷¹; başka bir görüş, dosya içerisinde yer alan belge ve kayıtların sadece işveren aleyhine değil, işçi aleyhine de delil oluşturabileceğini ve böylece işçi ve işveren tarafın delil olarak işçi özlük dosyasına başvurabileceklerini savunmaktadır⁴⁷². Kanaatimizce özlük dosyasında yer alan belgeler gerekli şartları taşıdıkları halde işçi ve işveren aleyhine delil olarak kullanılabilir. Zira özlük dosyaları işçi ve işveren aleyhine olabilecek şekilde birçok kaydı bünyesinde barındırabilir.

Özlük dosyasının gerçek ortamda tutulma zorunluluğu bulunmayıp, dijital ortamda da tutulabilmektedir. Ancak dijital ortamda tutulan özlük dosyalarının delil gücünde değişiklik meydana gelecektir. Belgelerin dijital ortamda tutulduğu durumlarda, işverenin söz konusu belgelere dayanması tartışmalı olan bir konudur. Zira işveren ispat yükü üzerine düştüğünde, dosyada yer alan kayıtların dijital ortama aktarılması için taratıldığında aslında o belgenin fotokopi metninden farkı kalmayacaktır⁴⁷³. Bu durumda medeni yargılamada tartışılan husus olan fotokopilerin delin niteliği burada da karşımıza çıkacaktır. Ancak fotokopi metin üzerinden imzanın aidiyeti tespiti yapılamayacağı için gerçek ortamdaki bir belgeye göre delil gücünün daha düşük olduğunu kabul etmek yerinde bir karar olacaktır.

3.3.1.2.8. Yıllık izin kayıt belgeleri

Yıllık ücretli izin, işverenin işçinin ücretini peşin ödeyerek iş görme borcundan kurtardığı izin olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁴. İşçinin sosyal bir varlık olması sebebiyle sürekli çalışması olası değildir. Dinlenme hakkının kanuni gerekçesinde işçinin sağlığının bozulmaması, iş kazalarının artmasının önüne geçilmesi ve verimin artırılması için izin hakkının gerekliliği ortaya konulmuştur⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Çenberci, (1986), 953.

⁴⁷² Uçum, (2007), 1351; Polat, (2011), 16.

⁴⁷³ Şık, (2012), 41.

⁴⁷⁴ Akyiğit, E. (2011). “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. (3), 73-74; Akyiğit, E. (2011). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 8 (29), 117-140, 119; Akyiğit, E. (2000). *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 30; Akyiğit, E. (2006). *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. (2. baskı, C. II). Ankara: Seçkin Yayınları, 1631; Öksüz, Ö. (2006). “Yıllık Ücretli İzin”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 3 (11), 854; Özveri, M. (2007). “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (15), 922.

⁴⁷⁵ Gökçek Karaca, N., Günaydın, B. (2007). “Gazetecilerin Ücretli Tatil ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (15), 908; Özveri, (2007), 922; Soyer, M. P. (2002). “İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması”. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. İstanbul: Beta Yayınları, 292.

Ülkemizde her çalışanın dinlenme hakkına sahip olması başta Anayasanın 50. maddesinde belirtilmiş, yasalar ve yönetmeliklerle de daha ayrıntılı olarak incelenmiştir. Anayasa tarafından koruma altına alınan yıllık izin hakkından vazgeçilmesi de mümkün değildir⁴⁷⁶. Çalışanın yıllık izin hakkından vazgeçtiğini belirten sözleşmeler ise hükümsüzdür⁴⁷⁷. Yıllık izin hakkının vazgeçilemez ve devredilemez bir kişilik hakkı olması sebebiyle, işçi, izin kullanmayıp izin günü olarak belirlenen günlerde de çalışmayı ve ücretini almayı işverene teklif edemez. Zira kişiye tanınan bu hakkın çalışanın sağlığının korunmasını da sağlamaya yönelik olması nedeniyle, bu hakkın Alman hukukçularının da kabulüyle para karşılığı satılamayacağı düşünülmektedir⁴⁷⁸. Ancak iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda, yıllık ücretli izin hakkı artık kullanılamayacak olduğundan, iznin karşılığı olan ücretin ödenerek işverenin yükümlülüğünden kurtulması olanaklıdır⁴⁷⁹. İşçi, talebine rağmen kendisine izin kullanılmadığında ihbar gerektirmeyecek şekilde haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir ama iş sözleşmesini feshetmediği sürece izin ücreti talebinde bulunamaz⁴⁸⁰.

İş Kanunu'nun 56. ve Yıllık İzin Yönetmeliği'nin 20. maddelerine göre, işveren işçilerin yıllık izinlerini belirten, izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. İşveren bu yükümlülüğünü aynı esaslara uygun olarak düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip etme imkânına sahiptir. İşveren, işçinin yıllık izinlerini gösteren belgeleri ve işçiye ödeme yaptığı yıllık izin ücretlerini gösteren belgeleri işçinin özlük dosyasında saklamalıdır⁴⁸¹.

İş sözleşmesi feshedilen ancak yıllık ücretli izinlerinin kullanılmaması sebebiyle alacaklı olduğunu iddia eden işçinin, sadece izin ücretinin ait olduğu yılları belirtmesi yeterli olup; iznin ispatı için herhangi bir delil göstermesi gerekmez⁴⁸². Yargıtay kararlarına göre ve doktrinde, yıllık izin hakkının kullanıldığı veya buna dair ücretin ödendiğinin ispatı, yıllık ücretli izni kullandırma yükümlüğü üzerinde olan işveren

⁴⁷⁶ Süzek, (2017), 852; Akyiğit, (2006), 1634; Yargıtay HGK. 05.07.2000, 9-1079/1103 (Akyiğit, (2006), 1702); Caniklioğlu, N. (2001). "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları". *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. (C.II). İstanbul: Beta Yayınları, 1148; Akyiğit, (2000), 71-72.

⁴⁷⁷ Kayhan, N. (2010). "Ulusal ve Uluslararası Normlara Göre Türkiye'de Yıllık İzin Hakkı ve Kamuda Alt İşverenlik İzin Uygulaması". *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 1 (1), 120 (<http://dergipark.gov.tr/cider/issue/29523/316914>, E.T: 22.01.2019); Özveri, (2007), 934.

⁴⁷⁸ Özdemir, (2005), 95-120; Polat, (2011), 64.

⁴⁷⁹ Soyer, (2012), 293.

⁴⁸⁰ Günay, C. İ. (2009). *İş Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1039-1040.

⁴⁸¹ Şık, (2012), 64.

⁴⁸² Günay, (2009), 1040.

tarafından yapılacaktır⁴⁸³. 1475 sayılı Kanun döneminde, işveren ispat faaliyetini gerçekleştirirken tutmak zorunda bulunduğu yıllık izin defterleri veya buna eşdeğer delil gücüne sahip belgelerle iddiasını ispat edebiliyordu⁴⁸⁴. 4857 sayılı Kanun ile “izin kayıt belgeleri” getirilmiştir. Bu şartlarda yıllık iznin kullandırıldığı hususu, artık izin kayıt belgeleri olan izin defterleri ve yönetmeliğin izin verdiği kartoteks kayıtlarıyla veya herhangi bir kesin delille, işveren tarafından ispat edilmek zorundadır⁴⁸⁵. Örneğin, yemin delili⁴⁸⁶, geçerli ibraname⁴⁸⁷ ve bordro gibi yıllık iznin kullandırıldığına kanıt oluşturan belgeler ispatta kullanılabilir⁴⁸⁸. Doktrinde, Yargıtayın yıllık ücretli iznin kullandırıldığına ancak tutulması zorunlu belgelerle ispat edilmesi gerektiğine dair birtakım kararları eleştirilmiştir⁴⁸⁹. Her ne kadar belgelerin tutulmamasından dolayı işverenin aleyhine hüküm verilecek olması, caydırıcılık sağlayarak belgelerin düzenli tutulmasına sebep olacak olsa da, başkaca diğer belgelerle iznin kullandırıldığı ispat edilebiliyorsa, hakkaniyet kurallarını hiçe saymamak gerektiği savunulmaktadır⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Bkz: Akyiğit, (2006), 1667; Özdemir, (2006), 190; Akyiğit, (2000), 686; Melekoğlu Keser, B. (2018). *İş Hukukunda Fazla Çalışma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 700; Ürcan, (2004), 805; “...Davacının yıllık izinlerini kullandığını izin defteri ile kanıtlama görevi İş Kanunu’nu 58’e göre davalıya aittir. Davalı bu şekilde bir belge ibraz edememiştir. Bu durum karşısında yıllık izin ücreti isteği hakkında da kabul kararı vermek gerekirken reddine karar verilmesi hatalıdır.” (Yargıtay 9.HD, 11.11.2002, 6317/20819; Akyiğit, (2006), 1685).

⁴⁸⁴ Kayhan, (2010), 144; Akyiğit, (2006), 1667; Özdemir, (2006), 191; “...Davacının yıllık izinlerini kullandığı davalı işverence izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlanabilmiş değildir...Buna göre davacının kullanmadığı yıllık izinlerine ait izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.” (Yargıtay 9.HD, 01.02.2005, 7365/2740; Akyiğit, (2006), 1670).

⁴⁸⁵ Akyiğit, (2006), 1667.

⁴⁸⁶ Akyiğit, (2006), 1667; Özveri, (2007), 941; “...Davalı işveren davacının yıllık ücretli izinlerini kullandığını belirterek bu konuda davacıya yemin teklifinde bulunmuştur. Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre yıllık ücretli izin konusunda ispat yükü üzerine düşen işveren işçiye yemin teklifinde bulunabilir. Mahkemece davalının yemin teklifi hakkında gerekli usul işlemleri yapılmadan anılan alacak hakkında hüküm kurulması doğru değildir...” (Yargıtay 9.HD, 09.12.2004, 19105/27079; Akyiğit, (2006), 1670); “...Davalı cevap layihasında davacıya yıllık ücretli izinlerini kullandığı hususunda yemin teklifinde bulunduğundan bu hususta işlem yapılmadan izin ücreti alacağı isteğinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 9.HD, 29.01.2001, 16907/1381; Akyiğit, (2006), 1683).

⁴⁸⁷ Yıllık izin ücretlerin işçiye ödendiği, işveren tarafından işçinin imzasının bulunduğu ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılan ibraname ile ispat edebilecektir (Günay, (2009), 1041); Özdemir, (2006), 193.

⁴⁸⁸ Akyiğit, (2006), 1667; Özdemir, (2006), 193.

⁴⁸⁹ Aksi yönde görüşler de mevcuttur; “İzin defteri ve işyeri kayıtlarıyla işçisine ücretli izin verdiğini kanıtlayamayan işveren, bu durumda işçiye izin ücretlerini almadığı konusunda yemin teklifinden başka ispat imkânı bulunmaz.” (Günay, (2009), 1041).

⁴⁹⁰ Göksel, M. (2010). *4857 Sayılı İş Kanunu’na göre Ücretin Ödendiğinin İspatı, Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 133; İşveren tarafından düzenlenen seyahatte iznin kullanıldığı, seyahat belgeleri, otel kayıtları ve pasaport gibi belgelerle ispat edilebilirse, sadece tutulması zorunlu belgelerin tutulmaması sebebiyle hakkaniyet kuralları gereği aleyhe hükümle karşılaşmaması gerekmektedir (Özdemir, (2006), 191); “...Davacının bu beyanı doğrultusunda, 05.08.2010-16.08.2010, 14.07.2011-16.07.2011, 16.08.2011-31.08.2011 tarihleri arasında çalışıp çalışmadığı, çalışmış ise kaç gün çalıştığı yurda giriş çıkış kayıtlarına göre belirlenmeli, kayıtlara göre davacının belirtilen dönem aralıklarında yurtdışında bulunmadığı tespit edilen süreler yıllık izin hesabından mahsup edilmelidir...” (Yargıtay 22. HD, 10.4.2017, E. 2017/6494, K. 2017/8149; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yıllık izin kayıtlarının geçerli delil olarak kabul edilebilmesi için, iznin başlangıç ve bitiş tarihlerinin açıkça belirtilmiş olması ve belgede işçinin imzasının bulunması zorunludur. İşçinin imzaya itiraz etmesi halinde imza aidiyeti hakkında inceleme yapılmalıdır⁴⁹¹. İşçinin imzasının bulunduğu ve imzanın işçiye ait olduğu belirlenen yıllık izin kayıtları, iznin kullandırıldığını belgelemiş olacaktır⁴⁹². Zira işçinin imzasının bulunmaması işverenin tek taraflı olarak belge düzenlemesini gösterir ve bu belgeye dayanarak da işçi aleyhine hüküm verilmesi genel ispat kuralları çerçevesinde de düşünülemez. Nitekim yıllık ücretli izin, bu niteliğe sahip bordro, işçi izin dilekçesi ve işveren oluru gibi belgelerle ispat edilemezse dava işverenin aleyhine sonuçlanabilir⁴⁹³. Yıllık iznin kullanıldığı, yıllık izin kayıt defteri dışında başka belgelerle de ispat edilebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1993/9-958,1994/199 Karar sayılı kararına göre; “...yıllık izin defterinde bir kayıt bulunmasa da, işçinin imzası bulunan bir belge ile izin kullandığı anlaşılıyorsa, uyuşmazlık konusu yıllar için izin ücretine hükmedilemez”⁴⁹⁴. Ancak son çare olarak işveren yemin deliline başvurarak, işçiye yemin teklifinde bulunabilir⁴⁹⁵.

Yıllık iznin kullandırıldığı veya ücretinin ödendiğine dair işveren yazılı belge sunamazsa yemin deliline bulunup bulunmayacağı mahkemenin hatırlatması ve ona göre hüküm vermesi gerektiği⁴⁹⁶ hususu Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde geçerli olabileceken; Hukuk Muhakemeleri Kanunu 194. madde ile somutlaştırma yükünün gelmesi sebebiyle artık mümkün görünmemektedir⁴⁹⁷. Mahkemenin bu durumda taraflara başvurabilecekleri delilleri ayrıca hatırlatmasına gerek ve imkan yoktur. Nitekim aynı yönde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı da bulunmaktadır⁴⁹⁸.

⁴⁹¹ Özdemir, (2006), 192.

⁴⁹² “...Yıllık izinlerin kullanıldığını gösteren belgelerin işçinin imzasını taşıması durumunda bu nitelikteki belgeler ile yıllık izinlerin kullanıldığı ortaya konulacağından, fesih ile birlikte muaccel bir borç hâline gelen yıllık izin ücreti hakkı doğmayacaktır. Bu itibarla, yıllık izinlerin kullanıldığını gösteren belgeler borcu söndüren nitelikte bir belge olmayıp, hakkın doğmadığını kanıtlayan nitelikte belgelerdir...” (Yargıtay HGK, 9.5.2018, E. 2018/22-422, K. 2018/1024: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹³ Özveri, (2007), 941 ve dpn.54; “...Davalı bilirkişi raporuna karşı itiraz dilekçesinde davacının bazı izinleri kullandığına dair belgeleri eklemiştir. Mahkemece bu belgeler üzerinde durulmadan bilirkişinin hesap ettiği izin ücretinin tahsiline karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 9.HD, 24.02.2005, 13836/6309: Akyiğit, (2006), 1705).

⁴⁹⁴ Bozkurt, (2011), 412.

⁴⁹⁵ Göksel, (2010), 135.

⁴⁹⁶ Göksel, (2010), 135; Günay, (2009), 1041; Özdemir, (2006), 197.

⁴⁹⁷ Somutlaştırma yükü kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz: Yardımcı, T. E. (2017). *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. Doktora Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 3.

⁴⁹⁸ Yargıtay İBGK, 3.3.2017, E. 2015/2, K. 2017/1: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

3.3.1.2.9. Ticari defterler

Ticari defterler, ticari işletmenin faaliyetleri ve muhasebesiyle ilgili kayıtların tutulduğu defterlerdir⁴⁹⁹. Eski Türk Ticaret Kanunu'nda belirli usullere uygun olarak düzenlenen ve gerekli şartları sağlayan ticari defterlerin, sahipleri lehine kesin delil teşkil edebileceği düzenlenmekteydi⁵⁰⁰. Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 82. ile 86. maddeleri arasında düzenlenen "Ticari defterlerin ispat kuvveti" hakkındaki hükümlere yeni kanunda yer verilmemiştir. Bu sebeple yeni Türk Ticaret Kanunu ticari defterlerin delil olma şartları ve ispat gücüyle ilgili bir hüküm içermemektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde bunun sebebi şu şekilde açıklanmıştır; "*Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadırlar*"⁵⁰¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin kaldırılmasının bazı sebeplerle sakıncalı olacağı düşünüldüğünden⁵⁰², Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 222. maddesinde "Ticari Defterlerin İbrazi ve Delil Olması" başlığı altında incelenmesi uygun görülmüştür. Böylece ticari defterlerin birtakım şartları taşıdıkları halde, delil olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir.

Yapılan düzenlemenin yerinde bir karar olduğu doktrinde farklı yazarlarca savunulmuştur. Bazı yazarlar, tıpkı gerekçede belirtildiği gibi, artık hiçbir ülkenin ticaret kanununun ticari defterler ile ispat kurallarını içermediği, çünkü bu kuralların olumlu etkilerinin giderek

⁴⁹⁹ Topal, Ö. (2015). *Ticari Defterlerin Delil Niteliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 21.

⁵⁰⁰ Bahtiyar, M., Biçer, L. (2013). "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticari Defter Tutma Yükümlülüğü ve Ticari Defterlerin İspat Gücü". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 15-32.

⁵⁰¹ Yılmaz, E. (2013). "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler". *Bankacılar Dergisi*. 24 (Özel sayı), 28.

⁵⁰² "*Türk Ticaret Kanununun ticari defterlerle ispat konusunu düzenleyen 80 ilâ 86. maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu durum uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır. Çünkü senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında senetle ispat mecburiyetine ilişkin usul hükümleri muhafaza edilmiştir. Bu sebeple, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmiştir. Türk Ticaret Kanununda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin maddeler dil ve sistematik bakımdan zor anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına ilâve edilen bu hüküm, doktrin ve kazaî içtihatlarda yapılan tasnif dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının "ticari defter" kavramını değiştiren 64 ve devamındaki maddeler dikkate alınarak "tasdike tâbi olmayan defterler" kavramı metinden çıkarılmış ve "işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler" kavramı metne dâhil edilmiştir. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının yemin delili konusundaki temel tercihi göz önünde bulundurularak, tamamlayıcı yemine ilişkin düzenlemeler ticari defterlerle ispat usulünden çıkarılmıştır."*

azaldığı ayrıca bilgisayara dayalı muhasebeyle bağdaşmaz hale geleceği belirtilmiştir⁵⁰³. Bu sebeplerle ticari defterlerle ispat kurallarının ticaret kanunundan kaldırılmasının yerinde bir karar olduğunu ifade etmişlerdir⁵⁰⁴. Diğer bazı yazarlar ise defterle ispat usulünün sosyal ve ticari hayatın gereklilikleri açısından önemli olduğu belirtmiş ve ticari ilişkilerde ortaya çıkacak ispat sorunlarının daha kolay çözümlenmesi düşüncesiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda ticari defterle ispatın düzenlenmesinin daha uygun olduğunu savunmuşlardır⁵⁰⁵.

Ticari defterler, kural olarak her iki tarafın tacir olduğu ve iki tarafın da ticari defterine kaydetmesi gereken ticari işlerle alakalı olan uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılabilir⁵⁰⁶ (HMK m. 222). Başka bir ifadeyle, 222. madde hükmünün uygulanabilmesi için, tacirler arasında ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle alakalı bir uyuşmazlığın bulunması gerekir⁵⁰⁷. Aksi halde belirtilen şartların taşınmadığı durumlarda kayıtlar, ancak m. 199 kapsamında delil olarak değerlendirilebilecektir⁵⁰⁸. Bu durumda m. 222 kapsamında değerlendirilen defter kesin delil işlevi göreceken, m. 199 kapsamında değerlendirilen defter takdiri delil işlevi taşıyacaktır.

Ticari defterler, sahipleri lehine ve aleyhine delil olarak kullanılabilir. Bu iki durum için de Kanun ayrı ayrı şartlar öngörmüştür. Defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222'nin 2. ve 3. fıkralarında yer alan şartların varlığı gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222/2'ye göre; "*Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması*⁵⁰⁹ şarttır". Uyuşmazlığın çözümü ile ilgili kayıtların yer aldığı defterlerin usulüne uygun şekilde tutulmuş olması yeterlidir. Buna karşın, tacirin kanunen tutması gereken bütün defterleri tutmaması nedeniyle, uyuşmazlıkla ilgili kayıtlara dahi başvurulamayacağı düşüncesi, hakkaniyete uygun olmayacaktır⁵¹⁰. Hukuk Muhakemeleri

⁵⁰³ Tekinalp, Ü. (1997). *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu (Ticari Defterler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 27; Topal, (2015), 80.

⁵⁰⁴ Tekinalp, (1997), 28.

⁵⁰⁵ Topal, (2015), 81.

⁵⁰⁶ Yılmaz, (2013), 30; Erdönmez, (Pekcantez Usûl), 1827.

⁵⁰⁷ Yılmaz, (2013), 31.

⁵⁰⁸ Erdönmez, (Pekcantez Usûl), 1827.

⁵⁰⁹ Maddede yer alan defter kayıtlarının birbirini doğrulaması gerektiği hususu, ETTK'da yer aldığı gibi anlaşılmalı, tacirin birden fazla deftere kaydetmesi gereken hususların yani kendi kayıtlarının birbirine aykırı olmaması yorumu yapılmalıdır (Yılmaz, (2013), 35; Bahtiyar, Biçer, (2013), 28; Arkan, S. (2014). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 356).

⁵¹⁰ Bahtiyar, Biçer, (2013), 28.

Kanunu m. 222/3'e göre, defter kayıtlarının sahibi ve haleflerine delil olarak kullanılabilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi ya da defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Kanununun 2. ve 3. fıkrasında ticari defterlerle ispat için birden fazla şart belirlenmiş olmasının esas sebebi aslında ispat hukuku gereğince kişinin kendi yazdıklarının genel olarak kendi lehine delil teşkil etmeyeceğine ilişkindir⁵¹¹. Defter sahibinin kendi hazırladığı deftere, lehine olarak dayanabilmesi istisnai bir durum olacağından sıkı şartlara tabi tutulmuştur⁵¹². Maddede yer alan hiçbir kayıt bulunmaması halinde kendi defterine dayanan tarafın lehine bir duruma sebebiyet verilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Zira karşı taraf, kabul etmediği hukuki ilişkiyi defterine kaydetmeyecektir⁵¹³. Bu durumda kendi defterine dayanan tarafın Kanun'da yer alan ifade dolayısıyla iddiasını ispat ettiğini kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu sebeple maddenin yeniden düzenlenmesi daha doğru bir tercih olacaktır⁵¹⁴.

Ticari defterlerin sahibi aleyhine delil olması Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222/4'te şu şekilde düzenlemiştir; *"Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur."* Ticari defterlerin, sahibi aleyhine delil oluşturması istisna olmayan bir hükümdür. Zira kişinin kendi aleyhine düzenlemiş olduğu senet gibi belgeler de ileride aleyhine delil olarak kullanılabilir⁵¹⁵. Aynı zamanda usulüne uygun olarak tutulan defterler de sahibi aleyhine teşkil edebilecektir⁵¹⁶.

Son olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222/5'ye göre; *"Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır"*. Bu hüküm genel olarak belgelerin ibraz edilmemesini düzenleyen m. 220'den ziyade, ticari defterler için özel bir düzenleme olup, ibrazdan kaçınma halinde, karşı tarafın ticari defterine dayanan taraf lehine bir duruma sebebiyet verip, ispat

⁵¹¹ Yılmaz, (2013), 35; Bahtiyar, Biçer, (2013), 27.

⁵¹² Arkan, (2014), 354.

⁵¹³ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1830.

⁵¹⁴ HMK m.222'nin değişiklik ihtiyacı için bkz: Göksu, M. (2017). "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 8 (32), 84.

⁵¹⁵ Yılmaz, (2013), 38; Arkan, (2014), 353

⁵¹⁶ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1832.

yükünden kurtulmasını sağlanacaktır⁵¹⁷. Bu hüküm uygulanırken yalnızca defterine dayanılan tarafın tacir olması yeterli olup, deftere dayanan tarafın tacir olması zorunlu değildir⁵¹⁸.

Bir tarafın iddia ve savunmasını yalnızca karşı tarafın ticari defterlerine dayanarak ispatlamak istemesi, yani delillerini karşı tarafın defterine hasretmesi durumunda, bu defterin ibrazından kaçınılırsa, delilleri hasreden taraf iddiasını ispat etmiş kabul edilir. Doktrinde bazı yazarlarca ve Yargıtay kararlarında, münhasıran ticari deftere dayanılmayan halde, belgelerin ibraz edilmediği genel durum olan m. 220'ye gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁹. İbraz edilen belgeler usulüne uygun olarak tutulmuşsa ancak o durumda sahibi lehine delil teşkil edebileceken sahibi aleyhine delil teşkil etmesi için usulüne uygun tutulma şartı bulunmamaktadır⁵²⁰.

Ticari defterlerle ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda yer alan hükümler, ispat yükünü üzerinde taşıyan tacirin iddia ve savunmasını ticari defterlerle ve ticari defter dışında belgelerle ispat edebilmesini sağlayan bir hak olarak sunulmuştur⁵²¹. Zira ticari defterler, tarafların iddia ve savunmalarını ispat edebilmek için kolaylık sağlayacaktır. Bunun esas sebebi, ticari defterler delil olarak ileri sürüldüğünde, defterde yazan kayıtları belirten belgelerin ayrıca ibrazına gerek bulunmamasıdır⁵²². Zira defter kayıtların dayanağını oluşturan belgelerin ibrazının istenmesi halinde ticari defterlerin tutulmasının önemi bulunmazdı⁵²³. Defterleri kendi lehine delil olarak kullanacak tarafın dayanak belgeleri ibraz etmemesi, karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak gibi düşünülse de, karşı taraf defter kayıtlarının aksini ispat edebileceğinden, bu görüş doğru olmayacaktır⁵²⁴. Ancak tarafın kendi lehine olarak defterine dayandığı bazı durumlarda, defter çelişkili kayıtlar içeriyor veya yeterince açık bulunmuyorsa, mahkeme tarafından kayıtların dayanağı olan belgelerin ibraz edilmesi istenebilecektir⁵²⁵.

Kanun'daki şartlara haiz ticari defterlerin delil niteliğinin ne olacağı hususu ise tartışmalıdır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu, eski Türk Ticaret Kanunu'nun aksine, ticari defterlerin kesin delil niteliği taşıdığına dair hüküm içermemekle birlikte, delil

⁵¹⁷ Yılmaz, (2013), 39.

⁵¹⁸ Arkan, (2014), 352; Bahtiyar, Biçer, (2013), 27; Yılmaz, (2013), 39; Kuru, (2001), 2449-2450.

⁵¹⁹ Bahtiyar, Biçer, (2013), 27; Yılmaz, (2013), 38; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1834.

⁵²⁰ Bahtiyar, Biçer, (2013), 27.

⁵²¹ Yılmaz, (2013), 29; Kuru, (2001), 2441.

⁵²² Detaylı bilgi ve farklı görüşler için bkz: Yılmaz, (2013), 32; Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 1827.

⁵²³ Arkan, (2014), 356.

⁵²⁴ Bahtiyar, Biçer, (2013), 28.

⁵²⁵ Yılmaz, (2013), 32; Bahtiyar, Biçer, (2013), dpn.64, 28.

niteliğinin ne olduğu hususuna ilişkin açık bir hükme de yer vermemektedir. Doktrinde kimi yazarlar, defterlerin kesin delil niteliğine sahip olduğunu savunmaktadır⁵²⁶. Ticari defterlerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "Belge ve Senet" başlığı altında incelenmiş olması, delil olarak ileri sürülebilmeleri için sıkı şartlara tabi olması ve tam aksinin ispat edilebilmesi için kesin delil aranması gibi ifadeler defterlerin kesin delil hükmünde kabul edilebilmesine dair emareler olarak görülmektedir⁵²⁷. Özellikle maddede yer alan "aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanamamış olması" ifadesiyle m. 222/2 ve 222/3'teki şartları taşıyan ticari defterlerin delil gücünün kesin delil niteliğinde olduğu anlaşılacağından, karşı tarafın iddiasını kesin delillerle ispat etmesi gerekecek ve karşı taraf tanık deliline başvuramayacaktır⁵²⁸.

Ticari defterlerin iş yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı ise tartışılmalıdır. Tarafların iddialarını ispat için ticari defterlere başvurabilecekleri, ancak iddiasını ispat için ticari deftere başvuran taraf, defterleri lehine kullanılabilmesi için, iki tarafın da tacir ve uyuşmazlığın iki tarafında ticari işletmesiyle ilgili olması gerektiği ve sahibi aleyhine delil olabilmesi için bu şartların bulunması gerek olmadığı ifade edilmişti. Bu durumda, iş hukukunda, işçi ve işveren arasındaki ilişkide ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için gereken şartların bulunmaması sebebiyle, ticari defterler iş yargılamasında işveren lehine kesin delil olarak kullanılamayacaktır. Fakat iş yargılamasında da tıpkı genel olarak medeni yargılamadaki gibi, deliller sınırlı bir şekilde sayılmadığı için ticari defterler, defter sahibinin aleyhine delil olarak ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte sadece işvereni bağlayan ve işçinin aleyhine delil kullanılamayacak ticari defterlerin işveren açısından önemli bir delil olduğundan bahsedilemeyecektir⁵²⁹. Fakat diğer delillerle desteklendiği sürece ticari defterlerin işveren aleyhine ileri sürülmesinde sakınca görülmemektedir⁵³⁰.

3.3.1.2.10. Devamsızlık tutanakları

İşçi ve işveren arasındaki sözleşmede, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak iş görme borcunun yerine getirilmesi ve işin bizzat yapılması gibi gereklilikler dolayısıyla işçinin işe devamlılığı esastır⁵³¹. İş hukukunda devamsızlık, işçinin işyerine çalışma

⁵²⁶ Bahtiyar, Biçer, (2013), dñn.70, 29.

⁵²⁷ Bahtiyar, Biçer, (2013), dñn.70, 30.

⁵²⁸ Yılmaz, (2013), 37.

⁵²⁹ Bozkurt, (2009), 120.

⁵³⁰ Polat, (2011), 16.

⁵³¹ Sümer, H. H. (1998). "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi". *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*. Ankara: Tühis, 201.

saatleri içerisinde iş görmeye gitmemesi olarak tanımlanmaktadır⁵³². İşçinin, kanunda belirtilen ve tarafların aralarındaki sözleşmede geçerli olan çalışma saatlerine uymayarak işe gitmemesi, devamsızlık halinin ortaya çıkmasına neden olur⁵³³.

İşçinin devamsızlık yapması, haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesine veya iş sözleşmesinin askıya alınmasına sebep olabilecek bir durumdur⁵³⁴. Bu sebeple devamsızlık sebebiyle sözleşmenin feshi veya askıda kalabilmesi için hangi hallerin devamsızlık olarak kabul edileceğini belirlemek gerekir. İşçinin, işverenle arasındaki sözleşmeye rağmen gününde işe başlamamış olması, işçinin işverenin bazı davranışlarının fesih iradesi yönünde olduğu düşüncesiyle işe gitmemesi, işçinin işi terk etmesi, işe geç gelmesi ve erken ayrılması durumları devamsızlık hali olarak nitelendirilemeyecektir⁵³⁵. Aynı şekilde işçinin, işveren veya vekilinden aralarındaki sözleşme hükümlerine uygun şekilde ve izin prosedürüne uyarak izin almış olması veya haklı nedenle mazeretli olması halleri de devamsızlık kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵³⁶. Ancak işçi izin alma prosedürüne uygun davranmadığı zaman, izinli sayılmayacağından, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi söz konusu olabilecektir⁵³⁷. Ayrıca yıllık izni belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamına dâhil edildiğinden, işçinin kendiliğinden izne ayrılması söz konusu olamayacak ve işçi gelmediği günlerde izinli değil, devamsızlık halinde sayılacaktır⁵³⁸. İşçinin izin dilekçesini bırakıp işe gelmemesi işveren tarafından haklı nedenle feshe yol açabilecekken⁵³⁹, işveren veya vekilinin kusuru sebebiyle izin

⁵³² Evren, (2007), Ö. K. (2007). “İş Hukukunda Ahlak ve İyiniyete Aykırı İşe Devamsızlık Kavramı”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 2 (12), 52.

⁵³³ Evren, (2007), 53.

⁵³⁴ Sağlık nedenlerine bağlı devamsızlık halleri, zorunlu nedenle işe devamı engelleyen haller, tutukluluk hali iş sözleşmesinin feshine neden olabilirken; gebelik ve analık nedenli devamsızlık halleri, grev ve lokavta dayalı devamsızlık, ücretli iznin kullanılması sebebiyle devamsızlık gibi hallerde ise iş sözleşmesi askıdadır (Evren, (2007), 54).

⁵³⁵ Evren, (2007), 55-56.

⁵³⁶ Evren, (2007), 57-58.

⁵³⁷ Odaman, S. (Mart 2004). “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları”. *Çimento İşveren Dergisi*, 18 (2), 8.

⁵³⁸ Yargıtay 9.HD, 1.7.2008, E. 2007/21656, K. 2008/18647 (Çil, Ş. (2012). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012 Yılları)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 537).

⁵³⁹ “...Davacının iş akdi 17.11.1981 tarihinde devamsızlıktan feshedilmiştir. Fesih yazısında 1981 yılı Kasım ayının 6 ve 7'nci günlerinde gelmediği gibi, 14'üncü gününde de devam etmediği yazılıdır. 6'nci ve 7'nci günlerdeki devamsızlığı mahkemenin de kabulündedir. Böyle olunca sadece ardı ardına iki gün işe gelmemek haklı fesih sebebidir. Kaldı ki, davacının 14.11.1981 günü de işine devam etmediği anlaşılmaktadır. Gerçi o gün davacı işyerine gelmişse de, izin istemiş fakat eski devamsızlıkları da dikkate alınarak izin verilmemiştir. Davacının izin dilekçesini bırakıp gitmesi de kendisine izin verileceği anlamına gelmez. Eskiden böyle bir uygulama olsa dahi, bu husus davacıya bir hak sağlamaz. Bu bakımdan davacının bir ay içinde 3 gün işe gelmediği de sabit olmaktadır. Böyle olunca, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından bu isteklerin reddi gerekir...” (Yargıtay 9.HD, 4.4.1991, E. 1990/14393, K. 1991/7202: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

prosedürünün tamamlanamamış olması, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshine sebep oluşturamayacaktır.

İşçinin fiili devamsızlığını, devamsızlık halinin süresi yani fesih için Kanun'da belirlenen sürelerin aşıldığı iddiası, işveren tarafından ispat edilmelidir⁵⁴⁰. Buna karşın işçi işe gelmemesini izinli olmasına, kanundan kaynaklanan hakkını kullanmasına veya haklı bir mazerete dayanmasına bağlıyorsa, bu iddiasını ispat etmelidir⁵⁴¹. Ancak objektif iyiniyet kuralları gereğince işverenin işçinin işe gelmeme durumunu araştırması gerektiği hallerde, işçiye bu yük yüklenemeyecektir⁵⁴².

Devamsızlığın ispatı için tutanak dışında işçiyle aynı iş yerinde çalışanların tanıklığı, işe devam durumunu gösteren ve işçinin imzası bulunan puantaj kayıtları⁵⁴³, işe giriş çıkış sistemlerinde yer alan kayıtlar, devamsızlığa haklı mazeret sayılması için getirilen belgeler (ölüm belgeleri, evlenme ve nişanlanma belgeleri, izin alındığını gösteren belgeler, mesajlar, elektronik postalar, tanık ifadeleri) ve yemin ispat aracı olarak kullanılacaktır⁵⁴⁴. Aslında devamsızlık durumunun olmadığı ispatı, bazı durumlarda haklı nedenin olmadığını; bazı durumlarda çalışmanın ispatını gerektirecektir. İşçinin devamsızlık yaptığının öne sürüldüğü durumlarda işçi çalıştığını ispat ederse fesih haklı nedene dayanmış olmayacaktır. Yargıtayın bir kararına göre, işyeri kayıtları, işe giriş çıkışı belirten belgeler, iş yeri iç yazışmaları yazılı delil niteliğinde olup, çalışma eğer yazılı delillerle kanıtlanamazsa tanık beyanı kullanılarak ispat gerçekleştirilebilir ama bu durumda tanıklar iş yeri düzenini bilen kişiler olmak zorundadır, aksi halde tanık beyanlarının dikkate alınması mümkün olmayacaktır⁵⁴⁵.

Devamsızlığın kanıtlanmasında kullanılan, işverenin işçinin işe gelmediği fiili durumun tespitini kayda aldığı belgeye devamsızlık tutanağı adı verilmektedir. Bu tutanaklar, işveren tarafından başka delillerle desteklendiğinde hükme esas alınacaktır. Zira Yargıtay, iş sözleşmesinin başta feshedilerek sonrasında devamsızlık tutanaklarının hazırlanmış olduğu durumların uygulamada yaygın olarak görülmesi sebebiyle, önce feshin gerçekleşip sonradan tutanağın tutulmasını çelişkili görerek, işverenin haklı nedene dayanmadan iş

⁵⁴⁰ Özdemir, (2006), 309; Evren, (2007), 60; Sümer, (1998), 220; Odaman, (2004), 14.

⁵⁴¹ Evren, (2007), 60.

⁵⁴² Odaman, (2004), 13.

⁵⁴³ Sümer, (1998), 220.

⁵⁴⁴ Evren, (2007), 60-61.

⁵⁴⁵ Yargıtay HGK, 17.1.2018, E. 2015/22-1838, K. 2018/59: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sözleşmesini feshettiğini kabul etmektedir⁵⁴⁶. Fesihten sonra işverenin kendi lehine delil olma çabasıyla devamsızlık tutanağı düzenlemesi hukuken geçerli olmayacaktır⁵⁴⁷. Yargıtayın konuyla alakalı bir kararı şu şekildedir; “*Davalı tarafça 01-04.02.2008 tarihlerinde davacının gelmediğinden bahisle tutanaklar tutulmuşsa da tutanaklar, işçinin işten ayrıldığını belirttiği 01.02.2008 tarihinden sonrasına aittir. Bu durumda tutanaklara değer verilemez*”⁵⁴⁸. Bu koşullarda fesih, işveren tarafından haklı sebebe dayandırılrsa bile gerçekte feshin haklı sebeple gerçekleşmediği ortadadır.

Ayrıca devamsızlık tutanaklarının tutulduğu ve işçinin gerçekten devamsızlık yaptığı her durum fesih için haklı veya geçerli bir nedenin olduğuna kanıt oluşturmayacaktır. Nitekim işçinin görev yeri değişikliğini kabul etmesinin zorunlu olmadığı bir durumda işçi görev yerini değiştirmek istemeyip, yeni görev yerine gitmemişse, devamsızlık nedeniyle sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshedildiği ispatlanmış olmayacaktır.

Devamsızlık tutanakları işveren tarafından düzenlendiği için işçi, bunların gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği iddiasında bulunabilecektir. Bu durumda tutanakta adı geçen, işçiyle aynı yerde çalışan diğer işçi tanıkların da dinlenmesi ve tanık beyanlarıyla doğrulandığı takdirde devamsızlık tutanağının hükme esas alınması gerekmektedir. Aksi halde devamsızlık yeterli delille kanıtlanamadığı için feshin geçerli olduğu ileri sürülemeyecektir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ “...İş sözleşmesini davacının devamsızlığı sebebiyle haklı olarak feshettiğini iddia eden işveren, bu iddiasının ispatı bakımından 01.09.2009-15.09.2009 tarihleri arasında kapsayan devamsızlık tutanaklarını dosyaya sunmuş, diğer taraftan devamsızlık yapılan günlere dair davacıdan varsa haklı bir mazeretinin bildirilmesi aksi halde iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedileceğine dair 15.09.2009 tarihli ihtarnamayı ibraz etmiştir. 02.09.2009 onay tarihli sigortalı hizmet listesinde ise davacının işten ayrılış tarihi 31.08.2009 ve işten çıkış kodununun 04 kodu (belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi) olarak bildirildiği anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, davalı işveren kendi belgeleri ve savunması ile çelişkili şekilde sigortaya devamsızlık yerine haklı sebep olmaksızın işveren feshi yapıldığını bildirmiştir. Bu durumda tüm tanık beyanları ile dosya kapsamından, dava dilekçesinde de iddia edildiği gibi davacının iş sözleşmesinin 31.08.2009 tarihinde davalı işveren tarafından feshedildiği sabit olup, feshin haklı nedene dayandığı ise kanıtlanmış değildir...” (Yargıtay HGK, 24.1.2018, E. 2015/22-1778, K. 2018/108: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 9. HD, 22.10.2018, E. 2015/28678, K. 2018/18820: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁴⁷ “...Davalı işverenin saha müdürü olarak çalışan davacının işini yaparken kullanması zorunlu olan ekipmanlarını elinden almak suretiyle çalışmasını imkânsız hâle getirdiği, davacının 21.03.2011 tarihinden sonra işyerinde çalışmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığı, davalı işverenin davacının 21.03.2011 tarihinde istifa ettiğine dair savunmasına rağmen 22.03.2011 ile 23.04.2011 tarihleri arasında devamsızlık tutanakları düzenlemesinin ve Sosyal Güvenlik Kurumuna işten ayrılış kodunu " 29-İşveren tarafından işçinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı sebebiyle fesih" olarak bildirmesinin çelişki içerdiği, dolayısıyla davalı işverenin davacı işçinin istifa ederek işyerinden ayrıldığını ispat edemediği anlaşılmıştır...” (Yargıtay HGK, 19.9.2018, E. 2015/22-3097, K. 2018/1339: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 22. HD, 17.10.2018, E. 2018/11825, K. 2018/22386: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁴⁸ Yargıtay 9. HD, 28.03.2012, E. 2010/1309, K. 22012/10513 (Çil, (2012), 544).

⁵⁴⁹ Yargıtay 22.HD, 17.04.2012, E. 2011/15187, K. 2012/7727 (Çil, (2012), 542).

3.3.1.2.11. Doktor raporları

İş yargılamasında yaygın olarak kullanılan delillerden birisi de doktor raporlarıdır. Doktor raporları, iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için Yargıtay kararlarında yaygın bir delil olarak kullanılmaktadır. Ancak doktrinde doktor raporlarının delil niteliği ve iş hukukunda kullanıldığı alanlar detaylı şekilde incelenmemiştir. Bu sebeple iş hukukuna özgü delillerden bahsederken doktor raporlarını ayrı başlık bir altında incelemekte fayda bulunmaktadır. Keza iş yargılamasında özellikle haklı nedenle fesih hallerinde doktor raporlarına ispat aracı olarak sıklıkla başvurulmaktadır. İş Kanunu'nun "İşverenin haklı nedenle fesih hakkı" başlıklı 25. maddesinde yer aldığı gibi; *"İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi"* veya *"işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda"* hastalık veya engellilik hali ve hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ancak doktor raporuyla tespit edilecektir.

Aynı şekilde, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesine göre; işe giriş, iş değişikliği, iş kazası veya sağlık nedenleriyle işten ayrılma sonucu tekrar işe başlama, tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde işe başlama hallerinde ve bazı hallerde de iş ilişkisinin devamı süresince düzenli aralıklarla sağlık raporu alınacağı belirtilmiştir. Yine hükmün devamında sağlık raporlarının işyeri hekiminden alınacağı ancak elliden az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de raporun alınabileceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun "İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlıklı 24. maddesine göre sağlık sebepleri dolayısıyla işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için, işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olmalı veya işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren ya da başka bir işçiye bulaşıcı olmalı veyahut işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması gerekmektedir. Bu haller ise ancak doktor raporuyla belirlenebilecektir. Örneğin, işçi sağlık sebeplerine bağlı olarak haklı fesihte bulunduğunu doktor raporuyla ispat ederse, işveren, işçinin kıdem tazminatını ödemek zorunda kalacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu bir olayda, işçinin iş sözleşmesini sağlık nedenleriyle fesih iddiası karşısında, işçinin iddiasının doktor raporuyla ispatlanması nedeniyle, işçiye kıdem

tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁵⁰. Yine benzer şekilde, işveren iş sözleşmesini işçinin devamsızlığı dolayısıyla feshettiğinde, işçi hasta olduğu için işe gelemediği iddiasında bulunabilecek ve bu durumu doktor raporuyla ispat edilebilecektir.

İşçinin hasta olduğunun tespitinde doktor raporu ispat aracı olarak kullanıldığı gibi, işçinin hastalığının işe devamı etkileyen bir hal oluşturup oluşturmadığı da, yine doktor raporuyla ispat edilebilecektir. İspatın işçi tarafından gerçekleştirilememesi durumunda fesih haklı kabul edilemeyecektir. Nitekim Yargıtayın bir kararında da ifade edildiği gibi⁵⁵¹, işçinin doktor raporuyla ruhsal hastalığı olduğu sabit olsa bile, “davacının bu rahatsızlığının iş yerinde işin yürütümünü bozucu nitelikte veya çalışanların güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde olduğu somut delillerle kanıtlanmış olmadığı için” feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

İşverenin işçiye karşı uygulamış olduğu mobbing iddiası da doktor raporuyla ispat edilebilecektir. Zira mobbing sebebiyle kişide meydana gelen ruhsal bozukluk ancak doktor raporuyla tespit edilebilir. Ayrıca mobbing gibi ispatın aşırı güçlük içerdiği durumlarda kesin ve mutlak bir ispat aranmadığı için bu yöndeki iddialar çelişkili olmayan doktor raporları ile de ispat edilebilecektir⁵⁵².

⁵⁵⁰ “...Doktor bilirkişiden alınan rapora göre; davacının yakalandığı Viral Hepatit hastalığının A sınıfı Sağlık Bakanlığına bildirilmesi zorunlu bir hastalık olduğu, 5.5.2003 gün ve 25.100 sayılı Gıda Üretim ve Satış Yerleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre; portör muayenesinde hasta olduğu anlaşılan işçinin kesinlikle çalıştırılmaması gerektiği, akut viral Hepatit hastalığının kimi insanlarda hafif kimilerinde ise ölümcül olacak kadar ağır geçebilen önemli bir hastalık olduğu, hastanın kendisini bitkinlik düzeyinde yorgun hissedeceği, kesin tedavisinin olmadığı, hastaya dinlenmesinin önerildiği, çok çabuk ve kolay bulaşan bir hastalık olduğu, derideki bir çatlak ya da açık yara ile temas eden bir damla kan yada tükürükle bile hastalığın bulaşabildiği, Hepatit B virüsünün sigaradan sonra bilinen en yaygın kanserojen (kansere neden) olduğu, bu nedenlerle böylesine ağır ve yaşamsal risk yaratma, yeteneğine sahip olan bu hastalık nedeniyle işçinin İş Kanununun 24. maddesine göre iş akdini haklı olarak feshetme hakkının bulunduğu bildirilmiştir. Açıklanan bu durum karşısında somut olayda davacı işçinin çalıştığı yerin gıda işyeri olduğu, bu nedenle hastalığı bulaştırma riskinin çok yüksek olduğu, bu işyerinde çalışmasının, yakalandığı hastalığın niteliği de düşünüldüğünde işçi yönünden yaşamsal risk doğurabileceği anlaşılacakla, iş aktinin işçi tarafından haklı olarak feshedildiği, dolayısıyla kıdem tazminatını almaya hak kazandığı sonucuna varılmıştır...” (Yargıtay HGK, 13.2.2008, E. 2008/9-133, K. 2008/126: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵¹ Yargıtay 22.HD, 7.2.2017, E.2017/875, K.2017/1401: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁵² “...Mahkemece, davacının, davalı işyerinde, işveren tarafından sürekli ve sistematik bir biçimde aşağılandığı, kişiliğinin ve saygınlığının zedelendiği, kötü muameleye maruz kaldığı ve mobbinge uğradığı şüpheden uzak bir şekilde ispat edilemediği gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de iddia, birbirini doğrulayan ve tamamlayan davacı ve davalı şahit anlatımları, davacının aynı mahiyette olan ve aynı bulgulara işaret eden birbiriyle ve anlatılanlarla uyumlu birden fazla doktor raporu gözönüne alındığında, mobbing olgusunun açık bir şekilde ispat edildiği; kaldı ki, hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin

Bazı hallerde, doktor raporlarının ispat aracı olarak kullanılmasında, raporun nereden ve nasıl alındığının da önemli olduğu belirtilmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na tabi işyerleri, işverenler, sigortalılar, hak sahipleri ile diğer ilgili kişiler ve kuruluşlar açısından, sosyal sigorta işlemlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları kapsayan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, doktor raporlarının hangi usulde alınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu husus Yargıtay kararlarına konu olaylarda da tartışılmıştır. Yargıtay bir kararında, işçinin özel hastaneden almış olduğu raporu, yönetmelikte öngörüldüğü üzere, tam teşekküllü devlet hastanesi veya sağlık kuruluşundan alınmamış olması nedeniyle, geçerli kabul etmemiştir⁵⁵³. Buna karşın Yargıtay başka bir kararında ise, sahteliği iddia edilip ispatlanıncaya kadar özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmesi gerektiğinden bahsetmiştir⁵⁵⁴.

İşverenin, doktor raporunun nereden alınacağına dair bir tamim düzenlediği hallerde tamime uymanın zorunlu olduğu da kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay, bankada çalışan bir işçinin, işe gelmediği güne dair tamime uygun olmadan sunduğu doktor raporunu geçersiz saymıştır. Karara göre: *“işçilerin bu tamime uyarak hastalıklarını belgeleyebilecekleri sözleşmelerde açıkça ifade edilmişse işçiler buna uymak zorundadırlar”*⁵⁵⁵. Ancak kanaatimizce tamime uygun olmasa bile işçi, hastalığını doktor raporuyla ispat ettiği takdirde, devamsızlık işveren tarafından haklı nedenle feshe konu oluşturmamalıdır.

Doktor raporları çeşitli vakıaların ispat aracı olarak kullanılabilir. Fakat raporların delil niteliği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Doktor raporlarının, ispat faaliyetinde bilirkişi raporu niteliğinde takdiri bir delil gibi mi değerlendirileceği yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 204'te yer verilen, *“yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılır”*, hükmüne uygun olarak kesin delil niteliğinde mi bulunduğu değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce doktor raporları, gerekli prosedüre uygun olarak düzenlendikleri takdirde kesin delil niteliğinde değerlendirilmeli, ancak doktor raporunun bir hukuki işlemi içermeyip, fiili bir durumu ispat aracı olarak kullanılması nedeniyle, aksinin her türlü

hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır.” (Yargıtay 22. HD, 21.2.2014, E. 2014/2157, K. 2014/3434: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵³ Bkz: Sümer, (1998), 221.

⁵⁵⁴ Yargıtay 9.HD, 18.04.2012, E. 2010/1202, K. 2012/13501 (Çil, 2012, 540); Yargıtay 22.HD, 17.04.2012, E. 2011/15187, K. 2012/7727 (Çil, (2012), 542).

⁵⁵⁵ Yargıtay 9.HD, 12.6.1980, E. 1980/ 7147, K. 1980/7134 (Kutal, M. (2012). “Hizmet Sözleşmesinin Feshi ve Kıdem Tazminatı Bakımından İş Kanununun Uygulanmasından Doğan Başlıca Sorunlar”. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, (34), 126-127).

delille ispat edilebilmesi gerekir. Fakat doktrinde haklı olarak, işçinin hasta olması ve hasta olmayıp iş görür durumda olması tıbbi bilgi gerektiren hallerin, tanıkla ispat edilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁵⁶. Bir başka görüş ise, dava konusu tıbbi vakıaların aydınlanması için doktora veya sağlık kurullarına başvurulması bilirkişilik içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁵⁷.

Avrupa Adalet Divanının vermiş olduğu bir kararda, doktor raporunun aksinin güçlü delillerle ispat edilmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Ancak işçinin hileli davranışlarda bulunduğu hayatın olağan akışı içerisinde öngörülebiliyorsa bu durumda doktor raporuna değer verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Divana konu olan olayda, aynı işveren bünyesinde eşi ve çocuklarıyla çalışan işçilerin İtalya tatillerinin son gününde rapor aldıkları belirlenmiştir. İşveren ise önceki yıllarda da aynı davranışın sergilendiğini iddia etmiştir ve hayatın olağan akışına aykırı olan bu durum sebebiyle doktor raporu geçersiz sayılmıştır⁵⁵⁸.

Ülkemizdeki uygulamadan farklı olarak işçi lehine kolaylığa sebep olan bir durum Alman hukukunda bulunmaktadır. Alman hukukunda Tatil Günlerinde ve Hastalık Halinde Ücretlerin Ödenmesi Hakkındaki Kanun'un (EFZG) 5. maddesine göre, işçi hastalık halini işverene derhal bildirmek zorunda olmasına rağmen, doktor raporuna dayanmasına gerek yoktur; beyanı yeterlidir. Ancak hastalık üç günden fazla sürerse doktor raporu alınması zorunludur.

Sonuç olarak doktor raporlarının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 204'e göre yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgelerden olup, *aksi* ispatlanıncaya kadar kesin delil niteliğindedir. Ancak söz konusu raporlar, maddi bir vakıayı (hastalık) ispat aracı olarak kullanılması nedeniyle, aksinin her türlü delille ispat edilmesi mümkün olmalıdır.

3.3.1.2.12. Teminat senetleri ve açığa imza

Uygulamada işverenin işçiye işe başlarken veya iş ilişkisi devam ederken teminat senedi imzalatıldığı görülmektedir. Genellikle işin konusunun, kullanılan malzemelerin veya araçların yüksek meblağa sahip olması sebebiyle, işverenler işçilerine teminat senetleri

⁵⁵⁶ Sümer, (1998), 221.

⁵⁵⁷ Bozkurt, (2018), 553.

⁵⁵⁸ Avrupa Adalet Divanı'nın 2 Mayıs 1996 Tarihli Kararı.

imzalatırlar⁵⁵⁹. İşçi ilerde işçilik alacaklarına dair dava açtığında, işçiye imzalatılan bu senetler işveren tarafından aleyhine kullanılabilir.

İşverenin, işçiden işe başlarken aldığı senedin, teminat senedi olduğu; ancak senedin teminat amaçlı alındığının ispat edilmesiyle geçerli kabul edilebilecektir⁵⁶⁰. Ancak iş hukuku, sözleşmeler hukukundan farklı olarak sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olan işçi ve işveren arasındaki ilişkileri incelemektedir. Bu sebeple, işçiden, işe girerken teminat amaçlı alınan bu senetlerin, baskı altında alındığı şüphesi söz konusu olacaktır. Bu durumda işverenin elinde senet bulursa bile bu belgelere karşı tanık dinletme yoluna gidilebilecektir. Nitekim Yargıtay, işçiye imzalatılmış bir teminat senedi söz konusu olduğunda, işverenin bir alacağı mevcutsa bunu kanıtlayan belge ve kayıtları ibraz etmesi gerektiğini belirtmiş; tek başına gerekli inceleme yapılmadan teminat senetlerinin geçerli kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır⁵⁶¹.

İş hukukunda işverenin elinde senet bulundurup alacak davası açması sonucu, işçi senedin teminat senedi olarak alındığını iddia ettiği takdirde, işveren senedin teminat senedi değil, borç senedi olduğunu ispat etmelidir. Nitekim Yargıtay, senedin teminat senedi olup olmadığı hususunda uyuşmazlık bulunduğu, ispat yükünü işverenin taşıdığını belirtmiştir. Bu sebeple belge, fotoğraf, tanık gibi delillerin incelenerek senedin geçerliliği hakkında karar verildikten sonra, senede göre hüküm kurulması gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁵⁶².

İşverenin malvarlığını korumak ve işçiye verilen malzeme veya araçlara gelebilecek zararları teminat altına almak amacıyla işçiden aldığı senetler, ancak zararın ve zarar miktarının işveren tarafından ispat edebildiği miktar kadar geçerli olacaktır⁵⁶³. Tespit

⁵⁵⁹ “...Genellikle, şoför olarak çalışan işçilerden işe girişte veya akit devam ederken, işverene verecekleri olası zararlara karşılık teminat amacıyla senetler alınıp iş sözleşmesi sona erdikten sonra icra takibine konulabilmektedir...” (Yargıtay 9. HD, 28.3.2016, E. 2016/7446, K. 2016/7364: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶⁰ Yargıtay 9. HD, 22.11.2016, E. 2016/30181, K. 2016/20631: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁶¹ Yargıtay 9. HD, 28.06.2010, E. 2008/33373, K. 2010/20673 (Kılıçoğlu, (2011), 235-236).

⁵⁶² “...Taraflar arasında davaya konu senedin teminat senedi olup olmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren davaya konu senedi davacının sebebiyet verdiği araç hasarına karşılık verdiğini savunmuş, buna dair belgeler, fotoğraflar sunmuş ve kaza tanıklarca da doğrulanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, senedin verilen zarara karşılık olduğunu ispat yükü davalı işverene ait olup, mahkemece yapılacak iş, kazaya dair tüm evraklar getirilip meydana geldiği iddia edilen zarar ve kusur oranı saptanıp, senedin geçerliliğini buna göre belirlemekten ibarettir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 9. HD, 28.6.2018, E. 2018/5627, K. 2018/14082: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶³ “...Dava; menfi tespit ve kötüniyet tazminatı istemine ilişkindir. Ticaret Hukuku hükümlerine dayalı senetlerin, teminat kaydı içerdiğinde, poliçe, bono veya çek olsun vafını kaybettiği, geçerli olmadığı bilinmektedir. İşçi ve işverenin taraf oldukları iş ilişkisinde başlangıçta işe girerken, bazı iş kollarında

edilen zarar miktarı işçiden mahsup edildikten sonra, ispatlanamamış kalan miktar için işçinin borçlu olmadığının kabulü gerekir⁵⁶⁴. İşverenin teminat niteliğinde aldığı senetlerde zarar ispatlanamadığı takdirde ise, senet geçersiz sayılacaktır.

Teminat senetleri gibi işverenin işe girişte veya devamında aldığı diğer bir belge; açığa imza, beyaza atılan imza, boşa imza gibi adlandırılan açık bonolardır. Açık bono, bononun kısmen veya tamamen boş bırakılarak imzalanıp, lehbara verilmesi olarak tanımlanabilir⁵⁶⁵. Medeni yargılamaya göre, borçlu bononun anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu senetle ispat yükü altında bulunmaktadır⁵⁶⁶. Zira senedi imzalamış ve alacaklı kişi tarafından doldurulmasında sakınca görmemiş tarafın, gerçekte borcu olmadığına dair beyanı, yalnızca kesin bir delille kanıtlayabildiği takdirde geçerli kabul edilebilecektir.

Açığa imza atılarak düzenlenen senetler, anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu ispatlanmadıkça geçerli kabul edilir⁵⁶⁷. Açığa imza atılması halinde senedin imza sahibinin iradesi dışında farklı amaçla kullanımı mümkündür. Ancak güven üzerine verilen bu belge sebebiyle, imza sahibinin hata yaptığını öne sürüp, tanıkla iddiasını ispat etmesi mümkün değildir⁵⁶⁸. Bu şartlarda bononun anlaşmaya ayrılığı ancak senetle ispatlanabilir. Çünkü

işverenin teminat amacı ile bu tür senetler aldığı uygulama ile anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu durumun kanıtlanması halinde bu şekilde alınan senet, teminat senedi niteliğinde sayılmalıdır. Ayrıca senet malen kaydı içerdiğinde, senedin mal karşılığı düzenlenmediği davalı tarafında savunulduğunda senedin ihdas nedeni talil ettiği (sebep değiştirdiğinden) ispat yükü yer değiştireceğinden, davalı senedi talil ettiği neden karşılığı verdiğini ispat etmelidir. İşçiden teminat olarak alınan senet sebebiyle işçinin borcu, işverene verdiği zarar miktarı ile sınırlıdır. Zararı işveren ispatlamalıdır. Teminat niteliğinde alınan bu senetler işverenin zararını kanıtlanmadığı sürece geçersiz sayılmalıdır. İşçiden teminat olarak alınan senet sebebiyle işçinin ve kefilin borcu, işverene verdiği zarar miktarı ile sınırlıdır. İşçinin, işverene verdiği zarar senet bedelinden az ise senet bedelinden, zarar miktarı mahsup edilmeli kalan miktar yönünden işçinin borçlu olmadığının tespitine karar verilmelidir. Bu mahsubun yapılabilmesi için, işçinin işverene verdiği zararın tespit edilmesi gerekmektedir.” (Yargıtay 9. HD, 15.11.2017, E. 2015/24338, K. 2017/18249; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶⁴ “...Somut uyumsuzlukta, davaya konu senedin teminat senedi olduğu tartışmasızdır. Davacı işçiden teminat olarak alınan senet sebebiyle işçinin ve kefilin borcu, işverene verdiği zarar miktarı ile sınırlıdır. Hükme esas alınan 08.01.2013 tarihli bilirkişi raporunda, dosyada 07.08.2015 tarihli... adına yapılmış 150,00 Euro tutarlı alacak formuna rastlandığı, diğer zararları ispat edecek belgenin dosyada mevcut olmadığı belirtilmiş olup, bu miktar kadar zarara neden olduğuna göre, zarar mahsup edildikten sonra kalan miktardan davacıların borçlu olmadığının tespitine karar verilmesi gerekirken, davanın yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 9. HD, 1.11.2017 tarihli, E. 2017/6563, K. 2017/17139; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶⁵ Kaçak, N. (2006). *Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe, Çek*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 185.

⁵⁶⁶ Günay, E. (2018). “Açık Bono (TTK m.778/2f Göndermesiyle m.680)”. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 13 (144), 109.

⁵⁶⁷ Kaçak, (2006), 186.

⁵⁶⁸ Özkes, M. (2002). “Karar İncelemesi-İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (3), 54; Kaçak, (2006), 186; “...İmzalı boş senedin aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğuna ilişkin uyumsuzluğun çözümünde, senede karşı senetle ispat zorunluluğu bulunduğu ve Hukuk Usulünün uygun gördüğü ayırık(istisna) durumlardan herhangi biri olayda söz

senede karşı senetle ispat kuralı, açığa imza halinde de geçerli olacaktır. Aksi halde açığa imza halinde senede karşı tanıkla ispat imkanı sunulduğunda, imza sahibinin bilgisi dâhilinde düzenlenmiş diğer senetlerde de açığa imza iddiası öne sürülerek ve tanıkla ispat imkanından yararlanılacaktır⁵⁶⁹. Bu durumun kabulü ise mümkün olmayacaktır.

Açığa atılan imzanın anlaşmaya aykırı olarak doldurulması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/ç bendi kapsamı dışında tutulmuştur. Zira boş senedin imzalanarak karşı tarafa verilmesi güvene dayandığından kişinin öngörmesi gereken tehlikeyi göz ardı etmesi sonucu, mağduriyet meydana gelmesinde hata ve hile halinin öne sürülmesi kabul edilemez⁵⁷⁰. Nitekim senedi imzalayanın hileyle alınmış (bilseydi imzalamayacak olduğu) senet ile baştan itibaren boş olduğunu bildiği senede imza atmasının sonuçları farklı olacaktır. Senedin hileyle alınması durumunda tanık deliline imkan tanınırken, hile olmaksızın güvene dayanarak boşa imza halinde, tanık deliline başvurulamaması doktrin tarafından da isabetli bir karar olarak görülmüştür⁵⁷¹.

Medeni usul hukukunda açığa imza halinde geçerli kabul edilen kuralların, aynı şekilde iş yargılamasında uygulanması bazı sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Nitekim iş yargılamasında işçi tarafından, işe girerken veya iş ilişkisinin devamı sırasında yaşadığı ekonomik kaygılar sebebiyle kendisine verilen senedi çekince sunmaksızın imzalaması yaygın olarak görülmektedir. İşçiden alınan açığa imza şeklindeki senetler, ilerde taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta, istifa, ibraname⁵⁷² veya işçinin işverene borcu bulunduğu dair kanıt olarak ileri sürülebilmektedir. Bu koşullarda iddiasını yazılı delille ispatı güç olan işçi, iddiasını ispatsızlık riskiyle karşılaşacaktır. Böyle bir olayda, silahların eşitliği ilkesi gerekçe gösterilerek, işçiden iddiasını ancak kesin delille ispat etmesini beklemek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu gibi durumlarda işverenin, senede konu borç ilişkisinin kaynağını veya zarara mukabil alınan bir senet söz konusu ise zararı ve miktarını ispat etmesi gerekecektir.

3.3.1.2.13. Elektronik belgeler

Sürekli değişen, gelişen ve yenilikler içeren teknolojik araçların günlük yaşamda da sıklıkla kullanılması kişilerin iddia ve savunmalarını ispat edecek farklı ispat araçlarının

konusu olmadığından, tanık dinleme yoluyla sanığın yükümlülüğüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay HGK, 01.05.1981, 12-1272/345: Kaçak, (2006), 195).

⁵⁶⁹ Özekes, (2002), 54.

⁵⁷⁰ Özekes, (2002), 54.

⁵⁷¹ Özekes, (2002), 55.

⁵⁷² Kılıçoğlu, (2011), 263.

gelişimini de sağlamıştır. Teknolojinin gelişimiyle ortaya çıkan elektronik araçların kullanımını sonucu ortaya çıkan elektronik belgeler, birtakım vakıaların ispatında ispat aracı olarak kullanılmaya başlamıştır. Bu sebeple elektronik belgelerin delil olarak kullanılmasının hangi alanlarda mümkün olacağı, hangi tip belgelerin hangi tip vakıaların ispatı için kullanılabileceği, bu belgelerin delil niteliğinin ne olacağı ve vakıayı hangi derecede ispat edebileceği sorunlarını üzerine eğilmek önem kazanmıştır.

İş yargılamasının ispat hukuku açısından kendine özgü kurallarının olmaması sebebiyle medeni yargılama için geçerli hükümler uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.199’da belgenin tanımının teknolojik gereklere uygun yapılmasıyla birlikte sadece yazılı metinlerin değil, “fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları”nın da belge sayılması işçi ve işveren uyuşmazlıklarında da bu tip ispat vasıtalarıyla iddia ve savunmaların ispatının gerçekleştirilmesine olanak sağlamıştır. İş hukukunda da elektronik araçlarla elde edilen, kayıt altına alınan, değiştirilen ve aktarılan bilgi taşıyıcısı verilerin, iddianın konusu olan vakıayı ispata elverişli olması halinde ispat faaliyetinde delil olarak ileri sürülmeleri veya kullanılmaları elektronik delil kavramının ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁵⁷³. İş hukukunda özellikle iş yerinde tutulan kamera kayıtları, işe giriş çıkış sistemlerine ait elektronik kayıtlar, işçinin sosyal medya üzerinden yaptığı yazışmalar, fotoğraflar gibi araçlar ispat faaliyetinde delil olarak kullanılmaya başlamıştır. Özellikle delil başlangıcı kurumunda yazılılık şartının kaldırılmasıyla birlikte⁵⁷⁴, elektronik belgelerin, diğer şartları taşımaları halinde delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi⁵⁷⁵ mümkün hale gelmiştir. Her ne kadar işçi açısından senetle ispat zorunluluğunun gerektiği haller kısıtlı olsa da, işveren açısından kesin belgeyle ispatın gerektiği hallerde elektronik delillere delil başlangıcı olarak da başvurulabilmesi, elektronik belgelerin ispat faaliyetinde kullanılma oranını arttırmıştır.

İş yerinde kullanılan kamera kayıtları, özellikle feshin haklı sebebe dayandığı durumların ispatı için kullanılmaktadır. Yargıtay kararlarında, işverenin işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının ispatı için, diğer delillerle desteklenen kamera kayıtlarının feshin

⁵⁷³ Göksu, M. (2011). *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*. Ankara: Adalet Yayınevi, 29-30.

⁵⁷⁴ Göksu, (Senetle İspat), 53; Aksi görüş için bkz: Kuru, (2018), 272.

⁵⁷⁵ Göksu, M. (2011). "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler". *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu*. Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 54.

haklı sebebe dayandığı kanıtlanmasını sağlayıcı fonksiyonu olduğu görülmektedir⁵⁷⁶. Ancak kamera kayıtlarındaki görüntünün yeterince net olmaması durumunda görüntülerin bilirkişi tarafından çözümlenmesi yaptırılarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁷⁷. Kamera kayıtlarının incelenmesi sonucunda feshi haklı çıkarabilecek şüpheli yahut usulsüz olarak nitelendirilebilecek davranışlar tespit edilse bile, feshin haklılığına karar verebilmek için bu davranışların iş ilişkisinde önemli yeri olan güven duygusunu zedelediği sonucuna varılabilmelidir⁵⁷⁸.

Yine işçinin işe geç gelmesi, işini aksatması, görevinin gereklerini yerine getirmemesi veya devamsızlık yapması gibi durumlar, tutanak veya imza föyü gibi yazılı belgelerle ispat edilebileceği gibi bu hallerin tespitinde kamera kayıtları da ispat vasıtası olarak kullanılabilir⁵⁷⁹. İşçinin işyerinde çalışan diğer bir işçiye, işverene veya müşterilere

⁵⁷⁶ “...Somut olayda davalı şirketin ibraz ettiği şikayet dilekçeleri, kamera görüntü çözümüne ilişkin tutanaklar, site içi kamera kayıtları, tanık beyanları ve özellikle davacının vermiş olduğu yazılı savunmasına göre davacının güvenlik görevlisi olarak çalıştığı sitede görevli dava dışı kadın hizmetliye yönelik tedirgin edici, sıkıntı verici ve güvenliğinden kuşku duymasına yol açar nitelikte davranışlarda bulunduğu anlaşılmış olup işçinin sadakat borcu, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumayı, işverene zarar verecek ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmayı da gerektirdiği gözetildiğinde, davacının ispatlanan eylemlerinin, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olduğu ve feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 22. HD, 22.11.2018, E. 2017/17966, K. 2018/25183); “...kamera kayıtlarının incelenmesi sonucunda, davacının beraber çalıştığı iki iş arkadaşının odada bulunmadıkları sırada birinin masasının üstünden, diğerinin çekmecesinden aktivasyon kartlarını alarak kendi çekmecesine koyduğu anlaşılmaktadır...Ne varki bu eylem, sonucunda maddi menfaat temin edilmese dahi doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırıdır. Fesih haklı nedene dayandığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.” (Yargıtay 22.HD, 26.4.2018, E. 2018/2859, K. 2018/9907); Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 22. HD, 6.2.2018, E. 2017/45262, K. 2018/1926; Yargıtay 22. HD, 19.10.2017, E. 2017/39443, K. 2017/22471; Yargıtay 22. HD, 13.12.2017, E. 2015/24129, K. 2017/28572: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁷⁷ “... hükme esas alınan bilirkişi raporunda, görüntülerde iki işçinin bulunduğu tespit edilmiş olup, raporda belirtilen işçilerden hangisinin davacı olduğu belirsizdir. Dosya içeriğine göre mahkemece, davalıya CD içeriğindeki iki kişinin fotoğraf ve nüfus kayıtlarını sunmak için süre verildiği halde, bu eksikliğin tamamlanmadığı anlaşılmaktadır. Kamera kayıtlarındaki iki kişiden hangisinin davacı olduğu ve işverence feshe konu küfür eylemini gerçekleştiren kişinin davacı olup olmadığı tespit edildikten sonra, feshin haklı olup olmadığı konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 22. HD, 17.4.2018, E. 2017/12085, K. 2018/8883); “...dosyada yer alan CD'nin çözümü yaptırılıp davacının kusurlu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.” (Yargıtay 22. HD, 11.10.2017, E. 2017/40712, K. 2017/21420); “...Davalı tarafından dosyaya sunulan kamera kayıtlarını içerir CD'nin uzman bilirkişi aracılığıyla incelenip çözümü yaptırılarak taraflarca beyan edilen olay esnasında sarf edilen sözlerin içeriği belirlenerek ve tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilerek çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 22. HD, 25.6.2018, E. 2015/28830, K. 2018/15646); Yargıtay 9. HD, 30.11.2017, E. 2017/26511, K. 2017/19479: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁷⁸ Yargıtay 22. HD, 19.10.2017, E. 2017/39443, K. 2017/22471: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁷⁹ “...Dosya içeriğine göre iş yerinde tutulan tutanaklar, güvenlik kamera kayıtları ile davacı işçinin nöbet yerini sık sık terk etmek ettiği ve işini aksattığı, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez bir hal aldığı, işverence yapılan feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.” (Yargıtay 9. HD, 23.1.2018, E. 2016/36286, K. 2018/994); Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 9. HD,

sataşması, hakaret etmesi, taciz etmesi ya da hırsızlık yapması⁵⁸⁰ gibi sözleşmesel yükümlülüklerin ihlal edildiği hallerde kamera kayıtları, işçinin sözleşmeye aykırı davranışlar sergilediğini kanıtlayabilecektir⁵⁸¹. Ancak dijital delil olan kamera kayıtlarının, uygulamada sıklıkla orjinalliğinin değiştirildiğine rastlanıldığından, kamera kayıtlarının güvenilirliğinden bahsedebilmek için kayıtlara ekleme yapıldığı yönündeki itirazlar incelenerek hükme esas alınması gerekmektedir⁵⁸².

Kamera kayıtlarının delil olarak kullanılmasında göz ardı edilmemesi gereken diğer bir husus, kamera kaydının elde ediliş biçimidir. Delil, tek başına hukuka aykırı ve yasak olmasa dahi elde edilirken kullanılan yöntem hukuka aykırı ise, ispat aracı olarak kullanılamayacak ve delil değeri de bulunmayacaktır⁵⁸³. Tıpkı ceza yargılamasında da olduğu gibi hukuka uygun olmayan şekilde alınan ses ve görüntü kayıtlarının hukuka uygun delil olarak değerlendirilememesi⁵⁸⁴, medeni yargılamada Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189/2 ile hüküm altına alınmış ve “*hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller*⁵⁸⁵, *mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada hukuka aykırı yollarla delil elde edilmesini sadece usul hukuku açısından değil, maddi hukuk açısından da değerlendirmek gerekecek ve maddi hukuk bakımından hukuka aykırılık usul hukuku bakımından da aykırılık oluşmasına sebep olacaktır ve bu noktada maddi hukuk ve usul hukuku birbirinden bağımsız düşünülemez⁵⁸⁶.

İş hukukunda kamera kayıtlarının geçerli delil olarak kullanılabilmesinin ne şekilde mümkün olacağı hususu önem arz etmektedir. İşyerinde görüntü ve ses kaydı alınması işçinin kişilik haklarını ihlal ettiği sonucuna varılırsa, artık bu belgeler hukuka uygunluk sınırını aşacak ve delil olarak kullanılamayacaktır. Bu noktada işyerinde alınan ses ve

23.1.2018, E. 2016/35141, K. 2018/1065; Yargıtay 22. HD, 11.10.2017, E. 2017/38003, K. 2017/21432: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁸⁰ “...bilirkişi raporu incelendiğinde; davacının, masanın altında bulunan kasayı açtığı ve kasadan paraya benzer kağıtları aldığı, bu sırada odaya başka bir çalışanın girdiği ve davacının masanın üzerinde bulunan kağıtları düzelttiği bir kısmına kaşe yaptığı ve imzaladığı, davacının bu işlemleri yaptığı sırada sol elinde paraya benzer kağıtların olduğu daha sonrasında da bunları çantasının içerisine koyduğunun belirtildiği görülmektedir.” (Yargıtay 9. HD, 7.11.2017, E. 2016/30439, K. 2017/17586: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸¹ Yargıtay 9. HD, 25.6.2018, E. 2017/27210, K. 2018/13713; Yargıtay 9. HD, 28.5.2018, E. 2018/3030, K. 2018/11852: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁸² Arslan, Ç. (2015). Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi. *CHKD*, 3 (2), 263.

⁵⁸³ Pekcantez, H. (2009). “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”. *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 791-792.

⁵⁸⁴ Arslan, (2015), 264.

⁵⁸⁵ 6100 sayılı HMK öncesi hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin doktrin görüşleri için bkz: Pekcantez, (2009), 824-829.

⁵⁸⁶ Pekcantez, (2009), 794.

görüntü kaydının işçinin kişilik haklarını ihlal sınırının ne olduğu önem kazanacaktır. İşçinin gözetlenmesi ve dinlenmesi işveren tarafından iş yeri güvenliğini sağlamak, suç işlenmesini engellemek, teknik aksaklıkları tespit etmek, işçinin işe giriş çıkış saatlerini belirlemek, üretimin işleyişini kontrol edebilmek veya kanunda belirtilen yükümlülük sebebiyle⁵⁸⁷ iş sağlığı ve güvenliğine uygun davranılıp davranılmadığını denetlemek gibi haklı nedenlere dayanıyorsa, işçinin kişilik haklarının ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir.

Yargıtayın bir kararında yer alan, iş yerini kamerayla izleyen işverenin kendisi hakkında hakaret ettiğini duyduğu işçisinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirdiği uyuşmazlıkta, işçilerin kamera ile izlenmesinin makul gerekçeleri olabileceği belirtilmesine rağmen, konuşmalarının dinlenmesi için haklı bir sebepten söz edilemeyeceği karşı oy görüşünde belirtilmiştir⁵⁸⁸. Nitekim işçi ses ve görüntü kaydının yapıldığını bilmiyorsa elde edilen deliller işçi aleyhine ispat aracı olarak kullanılamayacaktır. Fransız Yüksek Mahkemesi'nde de işçinin bilgisi dâhilinde olmayan ses ve görüntü kayıtlarıyla elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve işçi aleyhine kullanılmayacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁹. Ayrıca Yüksek Mahkeme işçilere haber verilerek kamera kaydı yapılmasının yönetim hakkı kapsamında olduğunu ve hukuka aykırı olmayacağını kabul etmektedir⁵⁹⁰.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile işyerinde görüntü ve ses kaydı yapılması, e-maillerin incelenmesi ve araçlarda GPS kullanılarak araç takibi yapılması işçinin kişisel verisi⁵⁹¹ kapsamında değerlendirilmektedir. İşçinin elektronik olarak gözetlenmesi, amaca uygun ve somut olayın özelliklerine göre orantılıysa işçinin kişilik

⁵⁸⁷ 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4/1-b'ye göre; "İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar."

⁵⁸⁸ "...Somut olayda işyerinin niteliği dikkate alındığında işçilerin kamera ile gözetlenmesinde haklı nedenin varlığı kabul edilebilirse de, işçilerin konuşmalarının dinlenmesi için haklı bir sebepten söz edilemez. Ayrıca dosya kapsamına göre davacının konuşmalarının dinlendiğinden önceden haberdar olmadığı gibi bu konuda rızası da alınmış değildir. İşyerinin niteliği ve işçilerin önceden haberdar edilmemiş olmaları dikkate alındığında konuşmalarının dinlenmediği konusunda davacıda haklı bir mahremiyet beklentisinin doğduğu açıktır. Buna göre davalı işveren hukuka aykırı şekilde davacının konuşmalarını dinleyerek kişilik haklarını ihlal etmiştir. Her ne kadar davacı ve diğer çalışanın gizlice dinlenen konuşmalarında işverene küfür niteliği taşıyan konuşmaları bulunmakta ise de, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere göre davacıların eylemleri sabit görülemez. Bu sebeple Sayın Çoğunluğun konuşmaların içeriğinin araştırılması yönündeki bozma gerekçesine katılmak mümkün değildir..." (Yargıtay 22. HD, 25.6.2018, E. 2015/28830, K. 2018/15646: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸⁹ Tekergül, M. (2010). *İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 49.

⁵⁹⁰ Tekergül, (2010), 49.

⁵⁹¹ 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Tanımlar" başlığı altında düzenlenen 3.maddesine göre; "Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi...ifade eder."

haklarına haksız müdahaleden söz edilemeyecektir⁵⁹². Bir diğer ifadeyle, somut olayın özelliklerine göre iş yerinde kamera ve ses kayıtların tutulması haklı nedene dayanıyor sonucuna varılabilirse kayıt yapılabilir ve hukuka aykırı olmayan bu kayıtlar delil olarak sunulabilecektir.

İşçinin elektronik olarak gözetlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için işçinin rızasının alınıp alınmayacağı veya işçiye bu konuda bilgi verilmesinin yeterli olup olmayacağı sorununun da çözülmesi gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu m. 24'e göre; "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*" Benzer yönde hüküm 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre; "*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez*"⁵⁹³. Böylece gizlice yapılan kamera kayıtlarının kişilik haklarına tecavüz olduğu ve işverenlerin işçilerini gizlice kamera kaydına alması sonucu ortaya çıkan delilin geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Ancak işçilerden açıkça rıza alınmadan, işyerinin ve eklentilerinin kamera ile izlendiğinin bildirilmesi halinde susmaları kabul olarak değerlendirilemeyecek ve işverenin hukuki sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Fakat kamera kayıtları, işyerinin ve işçinin güvenliğini sağlama gibi makul amaçlara dayanıyorsa, işçinin susması kabul olarak değerlendirilebilir.

İşyerine giriş çıkışı ve ara dinlenmeleri kayıt altına alan elektronik giriş sistemleri ve işyeri yazışmaları elektronik delil kapsamındadır. Elektronik dokümanların bir şekli olarak kabul edilen fotoğraflarda, hukuki ilişkilerin belgelendirilmesinde ispat aracı olarak kullanılan elektronik belgelerden biridir⁵⁹⁵. Fotoğraflar, iddia ve savunmanın ispatı için öne sürülen bazı delillerin (bilirkişi raporu, tanık beyanı gibi) tamamlayıcısı veya bir parçası olarak da

⁵⁹² Erbaş, C. G. (2017). "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi". *Hacettepe HFD*, 7 (1), 104.

⁵⁹³ 6698 KVKK m.5/2'ye göre; "*Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.*"

⁵⁹⁴ Pekcanitez, (2009), 847 (Ancak yazar, işverenin, işyerindeki bir hırsızlık sebebiyle kamera kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesi kanısındadır).

⁵⁹⁵ Knopp, M. (2009). "İspat Aracı Olarak Dijital Fotoğraflar". (Çeviren: Tolga Akkaya), *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. (C.I). Ankara: Yetkin Yayınları, 559.

kullanılmaktadır⁵⁹⁶. Fotoğrafların üzerinde neredeyse kusursuz şekilde oynamaların yapılması sonucu iddia ve savunmaların ispatında fotoğraflara dayanabilmek için, bunlar üzerinde değişiklik yapılmadığına dair uygun gerekçelere dayanan şekilde şüpheleri ortadan kaldıracak bir kesinliğin bulunması gerekmekte, sezgiler veya ihtimallerle hareket edilmemelidir⁵⁹⁷. Doktrinde şüpheleri ortadan kaldırma durumunun fotoğrafın niteliğine göre değişeceğinden bahsedilmektedir. Fotoğraf vakıa ispatını ne ölçüde gerçekleştiriyorsa o ölçüde şüpheleri kaldıran bir kesinliğin bulunması aranacaktır⁵⁹⁸. Aksi halde güvenilirlik oranı düşük olan fotoğrafların, delil değeri ölçüsü de zayıf kabul edilecektir⁵⁹⁹. Elde edilen fotoğrafların tıpkı kamera kayıtlarında olduğu gibi özellikle haklı nedenle feshin ispatında kullanıldığı görülmektedir.

Kişilerinin gizlice dinlenmesi, konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamerayla kayda alınması, onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliğindedir⁶⁰⁰. Bu sebeple kişinin yapmış olduğu telefon görüşmesinin dinlenmesi kişilik hakkının ihlali sayılacağından Türk Medeni Kanunu'nda yer aldığı gibi kişinin rızası gerekir. Buna karşın, ticari görüşmelerin ise aksine bir gizlilik kararı alınmamışsa üçüncü kişi tarafından dinleneceğinden bahsedilmektedir. Nedeninin ise ticari hayatta tarafların delil olarak seslerinin dinlenebileceğini öngörmeleri gerektiği düşüncesidir⁶⁰¹. Ancak Alman Federal Mahkemesinin kararına göre, bu durumda dahi kişinin en azından zımnî muvafakatının alınması gerekmektedir⁶⁰². İşçi ve işveren arasındaki telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesinde ise, Federal İş Mahkemesi delilleri geçersiz sayıp, bu delillerin değerlendirilemeyeceğini belirtmiş; ayrıca telefon bağlayan sekreterin, işçi ile işveren arasında yapılan görüşmeleri dinlemesi ve stenografi ile not edip duydukları hakkında tanıklık yapmasının, delil değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir⁶⁰³.

Tüm bu hallerde, genel olarak, rızaya dayanmadan elde edilecek kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değilken, rızanın varlığı halinde elde edilen deliller ispat faaliyetinde kullanılabilir.

⁵⁹⁶ Knopp, (2009), 560.

⁵⁹⁷ Knopp, (2009), 566.

⁵⁹⁸ Knopp, (2009), 566.

⁵⁹⁹ Knopp, (2009), 570.

⁶⁰⁰ Sezgin, A. (2008). "Hukuka Aykırı Şekilde Kayda Alınan telefon Görüşmeleri İle Gizli Çekimlerin Yayımlanması Nedeniyle Tazminat Davaları Ve Konu İle İlgili Yargı Kararları". *Terazi Hukuk Dergisi*. 3 (26), 63-64.

⁶⁰¹ Pekcanitez, (2009), 846.

⁶⁰² Pekcanitez, (2009), 844.

⁶⁰³ Pekcanitez, (2009), 845 ve 848; Farklı hukuk sistemlerinde hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi için bkz: Akil, (2012), 1223.

3.3.1.2.14. Makbuzlar

Makbuz, borcun ifasıyla birlikte alacaklı tarafından imzalanarak, borçluya verilen belgedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi, "*Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteyebilir. Borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir*" şeklindedir. Böylece elinde borca dair makbuz bulunan borçlu, borcun konusunu ifa ettiğini ispat edebilecektir.

Makbuz, iş hukukunda işverenin ücret ödemelerinin ispatı için kullandığı önemli bir belgedir. İspat faaliyetinde kullanılabilmesi için makbuzda, ödenen ücretin miktarı, işverenin adı ve ödeme tarihi ve ayrıca işçinin ücreti aldığına dair imzası bulunmalıdır⁶⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 104. maddesindeki, "*dönemsel edimlerden biri için, alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş sayılır. Alacaklı anaparanın tamamı için makbuz vermişse, faizlerini de almış olduğu kabul edilir. Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır*" şeklindeki hükmün iş ilişkilerinde geçerli olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira işçinin ücreti de dönemsel edim olduğundan bu kuralın geçerli olacağı varsayılsa dahi işçinin korunmasını gibi kamusal bir görevi olan iş hukukunun zayıf olan işçi aleyhine olacak şekilde, önceki döneme ait ücretlerin ödendiğinin kabul edilmesi, iş hukukunun doğuş amacına aykırılık oluşturacaktır⁶⁰⁵. Başka bir ifadeyle, iş ilişkileri açısından m. 103 kapsamında verilen makbuz, ödenmemiş olan diğer taleplerin tekrar istenmesi açısından engel oluşturmamalıdır⁶⁰⁶.

3.3.1.2.15. Puantaj kayıtları

Fazla mesai, hafta tatili, ulusal tatil ve genel bayram alacakları hesaplanırken tutulan puantaj kayıtları çalışma günlerini ve kaç saat çalışıldığını ortaya koyan, bordroların ve diğer ödeme belgelerinin destekleyici olan kayıtlardır⁶⁰⁷.

Özellikle fazla mesai ve tatillerdeki çalışmalardan dolayı kazanılacak ücret açısından önemli olan bu kayıtlar, ispat faaliyetinde kullanılmaktadır. Ancak işveren tarafından puantaj kaydının tutulmamış olması, işçinin ispatsız kalma sorunu yaşamasına sebep

⁶⁰⁴ Günay, (2013), 413.

⁶⁰⁵ Günay, (2013), 413.

⁶⁰⁶ Kılıç, (2014), 2835.

⁶⁰⁷ Bozkurt, (2009), 121.

olmayacaktır. Zira puantaj kayıtları esasen fiili bir durum olan çalışma olgusunun ispatı için kullanılan delillerdir. Ancak çalışma olgusunun ispatı her türlü delille mümkün olduğu için, puantaj kaydının tutulmaması işçinin ispata ilişkin durumunu ağırlaştırıcı etki göstermeyecektir.

3.3.1.3. Senet dışındaki kesin deliller

3.3.1.3.1. Yemin

Yemin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda kesin yemin ve tamamlayıcı yemin olarak ikiye ayrılarak inceleniyordu. Tamamlayıcı yemin, hâkimin, takdiri delillerle ispatlanması gereken bir vakıa hakkında tam olarak bir kanaat sahip olamadığı durumlarda taraflardan birine yemin önerisinde bulunulmasıydı⁶⁰⁸. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yer alan bu yemin çeşidi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Kesin yemin ise, bu başlık altında asıl bahsedeceğimiz, ispat yükünü üzerinde taşıyan kişinin karşı tarafa yönelttiği yemindir⁶⁰⁹.

Yemin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 225. ve 339. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taraflardan birinin davanın çözümünde önemli olan çekişmeli bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenen usullere uyarak açıklamada bulunmasına denilir⁶¹⁰. Yemin, yemin eden kişinin “*namus, şeref ve kutsal saydığı inanç ve değerler üzerine*” hâkim karşısında beyanda bulunduğu kesin bir delildir⁶¹¹. Yeminin konusunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 225'te belirtildiği gibi her vakıa değil; ancak davanın çözümünde önemli olan ve taraflardan birinin kendisinden kaynaklanan ya da tarafların bildiği çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Yemin teklif edilen kişi kendisine ait vakıalarla ilgili doğrudan yemin edebilse de, kendisine ait olmayan vakıalarda ancak konuyu bilip bilmediği hususunda yemin edebilir⁶¹². Yeminin konusunu oluşturacak vakıaların ise maddi, ruhsal (içsel), müspet veya menfi özellik taşımasının önemi yoktur⁶¹³.

⁶⁰⁸ Topaloğlu, A. (2013). “ 6100 Sayılı HMK’ da Yemin ve Mahkeme Tarafından Yemin Teklif Etme Hakkının Hatırlatılması”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 8 (83), 59.

⁶⁰⁹ Tutumlu, M. A. (2007). *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 562.

⁶¹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2017), 381.

⁶¹¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, (2018), 430.

⁶¹² Yılmaz, (2012), 97-98.

⁶¹³ Akil, C. (2014). “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı Meselesi”. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 142.

Yeminin konusunu oluşturamayacak haller Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 226’da sayılmıştır. Buna göre; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı haller⁶¹⁴, işlemin geçerliliği için taraf iradelerinin yeterli görülmediği haller⁶¹⁵, yemin edecek kişinin namusuna ve onuruna etki edecek haller ve yemin edecek kimseyi ceza soruşturması veya kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar yeminin konusunu oluşturamaz. Madde 226’da belirtilenler dışında ayrıca hâkimin ve bilirkişinin ret sebepleri, icra mahkemeleri önündeki yargılamalarda da kural olarak yemin teklif olunamaz⁶¹⁶.

Yemin delili kesin delil olmasına rağmen diğer kesin deliller gibi değildir. Yemin delili, genel olarak davada ispat yükü üzerine düşen kişinin, ispat faaliyetini gerçekleştirememesinden dolayı ileri sürdüğü iddiaları doğrulamak için başvuracağı son çare olarak kullanılmaktadır. İspat yükünün üzerinde olduğunu düşünerek tarafın yemin teklifinde bulunması ve karşı tarafın yemin etmesiyle hüküm kurulamayacaktır⁶¹⁷. Çünkü yalnızca ispat yükü üzerine düşen taraf, ispat faaliyetini gerçekleştirebilmek için yemin deliline başvurabilecektir.

Yemin deliline başvurulabilmesi için dilekçede ayrıca ve açıkça belirtilmesi önem taşımaktadır. Bazı yazarlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 194. maddesinde yer alan somutlaştırma yükü kapsamında tarafların hangi vakıayı hangi delillerle ispat edeceklerinin açıkça belirtilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmişler. Bu sebeple, yeni düzenlemeyle birlikte artık dilekçe de yer alan “sair deliller”, “her türlü delil” ve bu anlama gelecek ifadelerin yemin deliline başvurulabilmesini sağlamayacağını savunmuşlardır⁶¹⁸. Diğer bazı yazarlar ise, tarafların dilekçelerindeki “sair deliller”, “vb deliller”, “her türlü delil” gibi ifadelerin yemin delilini kullanmaya olanak sağladığını belirtmişlerdir⁶¹⁹. Nitekim Yargıtayın bir kararında, “sair deliller” gibi ifadelerin yemin delilini kapsadığını savunmuştur. Bu sebeple dilekçede “sair deliller” gibi ifadeler yer aldığında, yemin deliline başvurulabileceği kabul edilmiş hatta hâkim, yemin deliline başvurulabileceğini hatırlatmamışsa bozma sebebi olacağını kabul etmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁴ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği resen araştırma ilkesinin uygulandığı haller ve ikrarın geçerli olmadığı (boşanma ve ayrılık gibi) hallerde yemin teklif olunamaz (Akil, (2014), 146).

⁶¹⁵ Bu haller de yemin teklif edilememesinin sebebi karşı tarafın yeminden kaçındığında yemin konusu vakıayı ikrar etmiş sayılmasıdır. İkrarın da her durumda caiz olmaması sebebiyle ikrara başvurulamayacak haller de yemin deliline dayanılamayacaktır (Yılmaz, (2012), 100; Akil, (2014), 147).

⁶¹⁶ Akil, (2014), 148.

⁶¹⁷ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 544.

⁶¹⁸ Erdönmez, (Pekcanıtez Usûl), 1878-1879.

⁶¹⁹ Akil, (2014), 160-161.

⁶²⁰ Yargıtay 6. HD, 24.06.2014, E. 2013/16161, K. 2014/8314: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun E. 2015/2, K.2017/1, T.3.3.2017 tarihli kararına göre; tarafların her vakianın hangi delille gösterileceğinin dilekçede belirmesi gereklidir. Bunun sorumluluğu taraflara aittir. Açıkça yemin deliline başvurulmamışsa yemin teklifi hakkının bulunmadığını, “*sair deliller*” ve “*her türlü delil*” gibi ifadelerin yemin deliline açıkça dayanılmış olduğunu göstermeyeceğini vurgulanmıştır⁶²¹.

Üzerine değinilmesi gereken bir diğer husus, yeminin kesin delil olma niteliğinin ancak taraf yeminlerinde mevcut olduğudur. Tanık ve bilirkişilerin yaptıkları yeminler ise kesin delil niteliği taşımayacaktır. Zira bu kişilerin yaptıkları yeminler, beyanlarındaki ve mütalaalarındaki bilgilerin doğru olduğunun belirtilmesiyle alakalı, kanun tarafından belirlenmiş usulî yeminlerdir.

İş yargılamasında yemin delilinin kullanılması Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki kurallarından farklı değildir. Medeni yargılama açısından yaptığımız açıklamalar büyük ölçüde iş yargılaması için de geçerlidir. Ancak iş yargılamasının özelliği gereğince resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yemin deliline başvurulamaz. Örneğin, hizmet tespit davası kamu düzenine ilişkin bir davadır. Zira bu dava türü sosyal güvenlik hakkıyla bağlantılı olması sebebiyle anayasal bir hakka ilişkindir⁶²². Belirtilen sebeplerle bu davada resen araştırma ilkesi uygulanacağı için yemin delili geçerli olmayacaktır⁶²³.

3.3.1.3.2. Kesin hüküm

Genel olarak:

Kesin hüküm, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları kesin olarak sonuca bağlayarak, uyuşmazlığın son bulması amacına aracılık eden kamu düzeniyle bağlantılı bir kavramdır⁶²⁴. Kesin hükmün, mahkemelerin ve tarafların sürekli olarak aynı uyuşmazlığın yargılama faaliyeti için meşgul edilmesini engelleyici, taraflar hakkında verilen hukuka uygun adaletli kararların değişeceği endişesini ortadan kaldıracı, hukuka olan güveni ve istikrarı arttırıcı yönü bulunmaktadır⁶²⁵. Böylelikle taraflar haklarında verilen kararların her an değişeceği endişesi içerisinde, hukuka ve devlete güven duymayan, çekişmelerin sürekli

⁶²¹ (Görgün, Toraman), Börü, Kodakoğlu, 545.

⁶²² Bozkurt, H. A. (2007). “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (8), 62.

⁶²³ Bozkurt, (2018), 691 ve 693.

⁶²⁴ Kuru, (2001), 4979.

⁶²⁵ Özbay, İ. (2003). “Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”. *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. İstanbul: Alkım Yayınevi, 281; İyilikli, A. C. (2016). *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*. Ankara: Yetkin Yayınları, 32.

devam ettiği ve hiç sonuca ulaşamadığı bir hukuk sisteminde hak arama çabalarına girmekten kurtulurlar. Dolayısıyla hukuki güvenlik, hukuki barış ve en önemlisi hukuk devletinin gereği olarak ispat hakkının sınırlandırılmasının nedeni kesin hükümdür⁶²⁶.

Kesin hüküm, şekli ve maddi kesin hüküm olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir. Şekli anlamda kesin hüküm, mahkemenin vermiş olduğu karara karşı gidilebilecek olağan kanun yollarının sona ermesine denilmektedir⁶²⁷. Şekli anlamda kesin hükümde ya başvurulacak kanun yolu kalmamıştır ya da baştan itibaren başvurulacak herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır⁶²⁸. Yani bu durumda ya ilk derece mahkemesinin verdiği nihai karar kesindir ve bu kararlara karşı başvurulacak kanun yolu bulunmamaktadır. Kanun yoluna başvurulabilecek kararlarda ise ya bu haktan feragat edilmiş ya da kanun yoluna başvuru süresi kaçırılmış yahut başvurulacak kanun yolları tamamlanmıştır⁶²⁹. Şekli anlamda kesin hüküm kavramının hukukumuzda yer almasının sebebi, bir davanın sonsuza dek sürmesinin engellenmesidir⁶³⁰. Ama bu kavramın davanın sona ermesini sağlamasına rağmen taraflar arasındaki hukuki uyumsuzluğu sona erdirici özelliği bulunmamaktadır⁶³¹.

Maddi anlamda kesin hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 303/1’de şartları belirtilerek açıklanmıştır. Hükme göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir*”. Buradan çıkaracağımız sonuç maddi anlamda kesin hüküm için davanın tarafı, sebebi ve konusunun aynı olması dışında, ön şart olarak şekli anlamda kesin bir hükmün bulunması gereklidir⁶³². Maddi anlamda kesin hüküm, hukuk devleti ilkesinin korunmasını sağlama, hukuki istikrarı koruma, mahkeme kararlarına saygı duyma ve adalet duygusunun zedelenmesine engel olma gibi amaçlarla ortaya çıkmıştır⁶³³.

⁶²⁶ Pekcanitez, (2009), 791.

⁶²⁷ Özbay, İ. (2009). *Grup Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 188; Yılmaz, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2935; Akkan, M. (2010). “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, 4-5.

⁶²⁸ Atalı, M. (2017), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2055.

⁶²⁹ Atalı, (Pekcanitez Usûl), 2056; Akkan, (2010), 4-5.

⁶³⁰ Atalı, (Pekcanitez Usûl), 2056.

⁶³¹ Kuru, (2001), 4981.

⁶³² Kuru, (2001), 4987; Akkan, (2010), 4.

⁶³³ İyilikli, (2016), 48; Akkan, (2010), 9.

Fakat en önemli amacı, şekli anlamda kesin hükmün aksine, sadece davayı sonlandırıcı etkide bulunmayıp, uyuşmazlığın tamamen sona erdirilmesini sağlamaktır⁶³⁴.

Maddi anlamda kesin hüküm şartlarının var olduğu bir durumda mahkemenin önüne getirilen dava, dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddedilmelidir⁶³⁵. Mahkeme uyuşmazlık önüne geldiğinde bu durumu resen inceleme konusu yapar ve tarafların bu konuda anlaştıklarını ileri sürmeleri hiçbir geçerlilik taşımaz⁶³⁶. Maddi anlamda kesin hükmün hakkında karara varılmış bir uyuşmazlık konusunun tekrar mahkeme önüne gelmesini engelleyen dava şartı olma özelliği bulunduğu gibi, mahkemelerin önüne getirilen başka davalarda kesin delil olma özelliği de bulunmaktadır⁶³⁷.

Kesin hüküm, kesin bir delildir. Bir davada verilen hüküm, ikinci bir davada, ilk davanın kapsamına giren vakıalar açısından kesin delil niteliğine sahip olur⁶³⁸. Bu durumda da hâkim, ilk davada değerlendirilen vakıaların ispat edildiğini kabul etmek zorunda kalır. Başka bir ifadeyle, tarafları aynı olan davada daha önce ispatlanarak kesin olarak çözüme kavuşturulan bir vakıanın, sonraki davalarda tekrar ispat edilmesi gereksiz olacağı için ilk davada kesin olarak ispatlanan vakıalar ikinci davada hükme esas alınabilecektir.

Tarafların veya dava sebeplerinin farklı olduğu bir davada ise, önceki ve sonraki dava arasındaki bağın çok kuvvetli olmaması sebebiyle, ilk davada verilen hüküm ikinci davada kesin delil niteliğini taşımamaktadır; ancak güçlü takdiri delil olarak değerlendirilebileceği savunulmaktadır⁶³⁹.

İş yargılamasında kesin hüküm:

İş yargılaması sonucu verilen hüküm, tarafların, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olduğu bir dava için kesin hüküm teşkil edecektir.

Özellikle kısmi davalarda, maddi vakıa ve sonucu hükümde belirtildiği takdirde maddi vakıalar, fazlasının talep edileceği diğer davalara için bağlayıcılık kazanacaktır. Örneğin, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilen işçi, dava açmış, sonucunda haksız fesih kararı kesinleşmişse işçinin daha sonra fazlasını talep edeceği davada feshin haklı

⁶³⁴ Kuru, (2001), 4987.

⁶³⁵ Yılmaz, (2017), 2935.

⁶³⁶ Meriç, N. (2007). "Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (7), İstanbul: Legal Yayıncılık, 380.

⁶³⁷ Meriç, (2007), 380; Akkan, (2010), 12.

⁶³⁸ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 349; Akkan, (2010), 6; Atalı, (Pekcanitez Usül), 2072.

⁶³⁹ Akkan, (2010), 18.

olup olmadığı tartışılmayacak; ilk davada verilen hüküm, kesin hüküm oluşturacaktır⁶⁴⁰. Ancak alacak miktarının hesabına ilişkin varılan sonuçlar kısmi davada bağlayıcı etkiye sebep olmayacaktır⁶⁴¹.

İşçilik alacakları için açılan davada belirlenen ücret miktarı, sigorta primine ilişkin esas ücretin belirlenmesi sebebiyle açılan davalarda, bağlayıcılık taşımayacaktır. Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bu uygulamanın gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: *“Alacak davasında, tarafların bildirdiği deliller dışında delil toplanması olanaklı değildir. Kaldı ki, Kurumun bu davalarda davalı sıfatı da bulunmamaktadır”*. Bu gerekçeyle de alacak davalarında verilen kararın hizmet tespiti ve sigorta primine esas olacak kazanç tespiti için açılan davalarda, kesin hüküm teşkil edemeyeceği ancak güçlü delil niteliğine sahip olabileceği belirtilmiştir⁶⁴².

3.3.2. Takdiri deliller

Takdiri deliller, hâkimin serbestçe takdir ettiği delillerdir. Bu delillerin şartları, hükümleri ve sonuçları kesin delillerin aksine kanun tarafından belirtilmemektedir⁶⁴³. Genellikle belli bir parasal sınırı geçmeyen hukuki işlemlerin veya hukuki fiillerin ispatında takdiri deliller kullanılmaktadır.

Takdiri deliller tanık (HMK m. 240 vd.), bilirkişi (HMK m. 266 vd.), keşif (HMK m. 228 vd.), belge ve kanunda düzenlenmemiş diğer delillerdir (HMK m. 192). Bu deliller, iddia olunan her somut olay için ayrı olarak değerlendirmeye alınır⁶⁴⁴.

3.3.2.1. Tanık

3.3.2.1.1. Genel olarak tanık

Tanık ya da şahit, uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıalar hakkında duyu organları sayesinde bilgi sahibi olan üçüncü kişiye denir⁶⁴⁵. Tanıklık ise bu bilinen veya görülen olayların mahkemeye aktarılması safhasına verilen addır. Yani davanın tarafları dışında

⁶⁴⁰ Kılıçoğlu, (2011), 331.

⁶⁴¹ Kılıçoğlu, (2011), 331.

⁶⁴² Yargıtay 21. HD, 13.2.2018, E. 2016/13411K. 2018/1149: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁴³ Kuru, (2001), 2033; Kuru, (2016), 333; Özrahit, (2017), 15.

⁶⁴⁴ Ermenek, İ. (2014). *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 264.

⁶⁴⁵ Yılmaz, (2017), 2664; Postacıoğlu, Altay, (2015), 712.

olan üçüncü kişinin dava dışında elde etmiş olduğu bilgileri, mahkemeye iletmesi işlemine tanıklık, bu işlemi gerçekleştiren üçüncü kişiye de tanık denilmektedir⁶⁴⁶.

Tanıklıkta tanık olan kişi tanık olduğu vakıaları, o vakıaları görememiş veya işitememiş olanlara aktarır⁶⁴⁷. Tanık bu bilgileri tesadüfen veya bilinçli şekilde doğrudan kendi öğrenebileceği gibi, birisinin anlatımıyla dolaylı olarak da bu bilgiye sahip olmuş olabilir. Ancak tanık, duyu organlarıyla yaptığı gözlemleri aktarma safhasında, herhangi bir yorumlama yapmadan, vakıa nasıl vuku bulmuşsa aynen anlatması gerekir⁶⁴⁸.

Tanıklığı ancak davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler yapabilir. Çünkü kimse kendi davasının tanığı sıfatına haiz olamaz⁶⁴⁹. Uyuşmazlığın taraflarının bilgisine ise tanık olarak değil, isticvap yoluyla erişilir⁶⁵⁰. Aynı husus davaya katılan ve kanuni temsilci konumundaki kişiler içinde geçerlidir⁶⁵¹. Tüzel kişiyi temsile yetkili organlarda görev alan kişiler de tüzel kişinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tanık olamazlar⁶⁵². Tarafların avukatları ise davada üçüncü kişi konumunda olacağından, tanık olarak bilgisine başvurulabilecektir⁶⁵³.

Tanıklık yapacak kişi için önemli olan husus, gördüğü ve bileceği olayları algılama yeteneğine sahip olmasıdır. Ergin olmayan kişilerin de ayırt etme gücüne sahip oldukları sürece tanıklığına başvurulmasında bir engel bulunmamaktadır⁶⁵⁴. Ayrıca algılama yeteneğine sahip olabilmek yalnızca insanlara ait bir özellik olduğundan, ancak gerçek kişiler tanıklık yapabilecektir⁶⁵⁵.

Tanık delili, takdiri bir delildir. Bu sebeple hâkim tanık beyanına bağlı değildir. Tanık beyanına dayanarak olayın ispat edilip edilmediği kararı hâkim takdir edecektir⁶⁵⁶. Gereçesini belirttiği sürece tanık beyanının aksine de hüküm verilebilir.

⁶⁴⁶ Tanrıver, (2016), 869; Karahacıoğlu, A. H., Parlar, A. (2014). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 1022; Ertanhan, M. (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 48; Çağlayan, R. (2003). "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (3-4), 196.

⁶⁴⁷ Kerdaniel, E. D. (1937). *Şahitlik ve Şahidin Psikolojisi*, (Çeviren: Rasih Yeğengil). Ankara: Hapisane Matbaası, 3.

⁶⁴⁸ Muşul, (2012), 384; Çağlayan, (2003), 196.

⁶⁴⁹ Tanrıver, (2016), 869.

⁶⁵⁰ Kuru, (2001), 2567.

⁶⁵¹ Muşul, (2012), 385.

⁶⁵² Tanrıver, (2016), 869; Kuru, (2001), 2568.

⁶⁵³ Kuru, (2001), 2568.

⁶⁵⁴ Yılmaz, (2017), 2664; Karahacıoğlu, Parlar, (2014), 1022.

⁶⁵⁵ Ertanhan, (2005), 49.

⁶⁵⁶ Muşul, (2012), 384; Ertanhan, (2005), 50; Çağlayan, (2003), 197.

Tanık delili, tanık olarak bilgisine başvurulacak kişilerin bazen bildiklerini saklaması bazen kasıtlı olarak bilmediğini ifade edip susması, yalan söyleme ihtiyacı duyması, üzerinden fazla zaman geçmiş vakıaları hatırlayamaması veya vakıaların anlatırken eklemeler yapması nedeniyle güvenilir bir delil olmadığı (çürük bir delil olduğu) düşünülmektedir⁶⁵⁷. Fakat tüm bu eleştirilere rağmen tanık deliline sıklıkla başvurulduğu inkar edilemez bir gerçektir.

Tanık delili, ispat sınırını geçmeyen belirli miktardaki hukuki işlemlerin ve hukuki fiillerin ispatında, senetle ispat kuralının ve seneden karşı senetle ispat kuralının istisnalarında uygulama alanı bulacaktır⁶⁵⁸. Tanık beyanına dayanarak ispat faaliyeti gerçekleştirilmek istendiğinde başta o vakıanın ispatının, tanık deliline başvurularak ispatlanabilecek olması gerekmektedir⁶⁵⁹.

Tanık deliline dayanmak isteyen taraflar dilekçeler aşamasında hangi vakıanın ispatı için tanık göstermek istediklerini açıkça belirtmek zorundadırlar. Tanıkların isimlerinin belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü vakıanın tanıkla ispat edilip edilemeyeceği ön sorunu ancak ön inceleme evresinde belirlilik kazanabilecektir⁶⁶⁰.

Tanık deliline başvuracak taraf, tanık dinletmek istediği vakıaları, tanık olarak dinletilecek kişilerin adını, soyadını ve tebliğe elverişli adreslerini, tanık listesiyle mahkemeye sunması gerekir. Listede adı bulunmayan kişilere daha sonra tanık olarak başvurulamaz. Bu ikinci tanık listesi verilememesinin (yasağının)⁶⁶¹ bir sonucudur (HMK m. 240/2). Aynı vakıa hakkında ikinci tanık listesi verme yasağı, yargılamanın uzamasını engelleyici olması sebebiyle kamu düzenindedir⁶⁶². Bu kural taraflarca getirilme ilkesinin olduğu uyuşmazlıklarda söz konusudur. Resen araştırma ilkesinin olduğu davalarda hâkim araştırmayı kendisi yapacağından, bu yasaktan bahsedilemez. Fakat dava hakkında tanıklık yapacak herkes ölür, tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak çekinir veya tanık olarak

⁶⁵⁷ Ertanhan, (2005), 51; Kuru, (2001), 2571; Kerdaniel, (1937), 4; Çağlayan, (2003), 197.

⁶⁵⁸ Kuru, (2001), 2571; Ertanhan, (2005), 52; Yılmaz, (2017), 2670; Postacıoğlu, Altay, (2015), 712-713.

⁶⁵⁹ Tanrıver, (2016), 872.

⁶⁶⁰ Tanrıver, (2016), 872.

⁶⁶¹ “İkinci tanık verme yasağı, yargılamaya konu olan belli bir vakıanın ispatı için, tanıkların tespit edilip bir liste ile mahkemeye verilmesinden sonra, bu listede gösterilmeyenlerin tanık olarak dinletilememesidir.” (Ertanhan, (2005), 191).

⁶⁶² Tanrıver, (2016), 872; Ertanhan, (2005), 192; Kuru, (2001), 2588; Muşul, (2012), 385-386, dpn.542; Postacıoğlu, Altay, (2015), 716; “Yargıtay 8.HD 29.04.2004 Tarihli, 2936/5204 Sayılı kararına göre; ikinci tanık listesi verme kamu düzenine ilişkindir. Yargıtay HGK’nın 15.05.1963 tarih, 5/11-16 Sayılı kararında belirtildiği üzere bu yasak yargılamanın sürüncemede bırakılmasını önlemek ve mahkemenin işini azaltmak amacıyla konulmuştur” (Yılmaz, (2017), 2675).

dinlenmeleri mümkün olmazsa, bu durumda hâkim, yeni tanık listesi oluşturulmasına izin verebilir⁶⁶³. Bu liste ikinci tanık listesi verme kapsamında değerlendirilemez.

3.3.2.1.2. İş yargılamasında tanık

İş yargılamasında asıl ispat aracının belge olmasına rağmen özellikle uygulamada kayıt dışılığın ve belge düzenleme yükümlülüğünün yeterli şekilde yapılmaması sebebiyle tanık delili özel bir konum kazanarak, yaygın bir şekilde kullanılmaktadır⁶⁶⁴. Bu da iş yargılamasında tanık beyanlarının büyük öneme sahip olmasının yolunu açmıştır⁶⁶⁵. İşverenin ekonomik olarak güçlü konumda olması, işçinin ise ekonomik kaygılar sebebiyle iradesinin sakatlanması ve bazı durumlarda işveren tarafından işçiden zorla imza alınarak belge oluşturulduğu görülmektedir. Bu şekilde işverenin lehine oluşturulan belgelerin iş hukukunda ispat aracı olarak kullanılması⁶⁶⁶, karşılığında elinde belge bulunması pek mümkün olmayan işçiden belge istenmesi, işçinin ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesini güçleştireceği için iş hukukunda özellikle tanık delili daha fazla ön plana çıkmaktadır. Ayrıca işçinin genellikle ispat edeceği vakıalar hukuki fiili ilişkin olduğundan, işçi için tanıkla ispat daha geniş yer tutacaktır.

İşçinin ihtirazi kayıt koyarak imzalamış olduğu bordroda belirtilenden daha fazla ücret aldığını kesin deliller dışında tanıkla da ispat edilebilme imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak bordrolar ihtirazi kayıt koymadan imzalanmışsa ücret miktarının ispatı için yalnızca kesin delillerin kullanılabilceğinin ifade etmektedir⁶⁶⁷. İş yerinin özelliği, emsal işçi ücreti, mesleki tecrübe ve fiilen yapılan iş sebebiyle⁶⁶⁸ işçinin bordroda

⁶⁶³ Kuru, (2001), 2590-2592.

⁶⁶⁴ Bilgili, A. (2017). *Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 7; Özdemir, (2006), 41.

⁶⁶⁵ Berberoğlu Yenipınar, F. (2018). *İş Hukukunda İşçilik Alacakları ve Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 21.

⁶⁶⁶ Bilgili, (2017), 31.

⁶⁶⁷ “...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağına daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden 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 ispatlaması gerekir. 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.” (Yargıtay 22. HD, 8.9.2014, E. 2013/14333, K. 2014/23103); “...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağına daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden 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 ispatlaması gerekir.” (Yargıtay 22. HD, 25.2.2015, E. 2013/25305, K. 2015/7205: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶⁸ Berberoğlu Yenipınar, (2018), 16-17.

belirtilen ücretinin hayatın olağan akışın aykırı düştüğü durumlarda, ücret gerçeği yansıtmıyor denilebiliyorsa, bordroların aksinin kesin delil olmaksızın, tanık beyanıyla da ispatlanabilir⁶⁶⁹. Böylece bordroların gerçek ücreti gösterdiğine dair şüphe bulunması halinde ispat için artık tanık deliline dayanılabilecektir. Kaldı ki ücret miktarının ispatı bölümünde anlatılacağı gibi hakim resen araştırma ilkesine başvurabilecektir.

İş hukukunda tanık deliline sıklıkla başvuru alan fazla çalışmanın ispatı hususudur. Fazla çalışma fiili bir olgudur ve bu olgunun ispatı her türlü delille gerçekleştirilebilecektir. Yani fazla çalışma hususu kesin delillerle olduğu gibi tanıkla da ispat edilebilecektir⁶⁷⁰. Ancak fazla çalışma iş yeri kayıtları ve işe giriş çıkışı gösteren belgeler gibi güçlü delillerle ispat edilemezse tanık anlatımları değerlendirilerek sonuca gidilecektir⁶⁷¹. Ancak ispat için kullanılacak subjektif tanık beyanlarının, inandırıcı ve gerçekçi olması, ayrıca somut olaydaki hususlarla çelişmemesi gerekmektedir. Eğer fazla çalışmanın ispatı yazılı belgelere veya kayıtlara dayanmadan sadece tanık beyanlarına dayanarak ispat edilmiş ise hâkim tarafından belirli oranda takdiri indirim yapıldığı da uygulamada sıklıkla görülmektedir⁶⁷².

Hizmet tespiti davaları da tanık delilinden yararlanan davalardandır. Hizmet tespiti iş hukukunda kamu düzenini ilgilendiren bir dava türü olduğundan, resen araştırma ilkesi

⁶⁶⁹ Bozkurt, (2018), 543; “...Çalışma hayatında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli... emsal ücret araştırması yapılmadan davacı iddiasının kabulü isabetsiz olmuştur.” (Yargıtay 22. HD, 23.2.2016, E. 2014/28674, K. 2016/4913: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷⁰ Yargıtay HGK, 4.7.2018, E. 2017/9-1774, K. 2018/1318; Yargıtay HGK, 6.6.2018, E. 2015/22-3028, K. 2018/1177; Yargıtay HGK, 27.04.2016, E.2014/22-886, K. 2016/550: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Berberoğlu Yenipınar, (2018), 21.

⁶⁷¹ “...fazla çalışmanın ispatı konusunda iş yeri kayıtları, özellikle iş yerine giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması 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.” (Yargıtay HGK, 23.10.2018, E. 2015/22-2583, K. 2018/1546); “...Fazla çalışma yapıldığı, çalışmanın ispatı noktasında işyeri kayıtları, özellikle işe giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri yazışmaları delil niteliğinde olup fazla çalışmanın bu tür belgelerle ispatlanamaması halinde tanık anlatımları üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir.” (Yargıtay 9. HD, 5.12.2018, E. 2018/9872, K. 2018/22325); Benzer yönde: Yargıtay 22. HD, 26.5.2016, E. 2016/12539, K. 2016/15201; Yargıtay 22. HD, 23.2.2016, E. 2014/28674, K. 2016/4913; Yargıtay 22. HD, 25.2.2015, E. 2013/25305, K. 2015/7205; Yargıtay 22. HD, 8.9.2014, E. 2013/14333, K. 2014/23103: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁷² Keser, (2018), 11 ve 53-54; “... iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği kabul edilmektedir.” (Yargıtay HGK, 23.10.2018, E. 2018/22-104, K. 2018/1474: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sebebiyle deliller mahkeme tarafından araştırılacaktır. Bu davada önemli olan çalışma olgusunun fiilen gerçekleştirildiğinin ispatı yalnızca işe giriş bildirgesiyle değil, aynı iş yerinde yahut komşu işyerinde çalışan tanıklar tarafınca da ispat edilebilecektir⁶⁷³. Yine kamu düzeninden olması sebebiyle yaşlılık aylığı davalarında ve sosyal güvenlik kurumuna karşı açılacak davalarda, SGK sicil dosyasındaki belgelerin aksinin kesin delille ispatı gerekmesine rağmen, fiili bir olgunun yahut imza inkarının olduğu durumlarda dikkatli şekilde incelenen tanık beyanları ispatta kullanılabilir⁶⁷⁴.

Tanık beyanı, bilirkişilerin işçilik alacağına yönelik davalarda ücret hesaplamaları için başvurduğu kaynaklardan birisidir. Mesela bilirkişi, işçilik alacaklarını hesaplarırken fazla mesai yapılan günlerin hangileri olduğu, kaç saat fazla mesai yapıldığını, işçinin gerçek ücret miktarını, yazılı belge yoksa tanık anlatımlarını dikkate alarak hesaplayacaktır.

Tüm bunlar dışında tanık beyanlarının delil olarak kullanıldığında doğruluğu dikkatli bir şekilde irdelenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Zira çalışma düzenini veya iş yerinin işleyişini bilmeyen tanığın anlatımları dikkate alınmamalıdır. Bu nedenle işçiyle aynı işyerinde veya komşu işyerinde çalışan ya da iş yerinin işleyişi ve düzeni hakkında bilgi sahibi olan yahut olabilecek olan kişiler, tanık olarak dinlenmelidir⁶⁷⁵. Tanıklarla işveren arasında husumet bulunan davalarda somut olayın özellikleri dikkate alınarak tanık beyanlarının gerçeklik değeri değerlendirilmeli, kimi zaman beyanlar değersiz sayılmalıdır⁶⁷⁶. Bu sebeple mahkeme tanık beyanlarını değerlendirirken somut olayla uyumlu ve mantıklı bulmadığı vakıaları Yargıtayın geliştirdiği “hayatın olağan akışı” ölçütünden geçirerek, gerçeğe aykırı olabilecek tanık beyanlarını esas almamalıdır⁶⁷⁷.

İşçinin başka bir davada tanıklık yapması sonucu ortaya çıkan beyanları, kendi davasında delil olarak kullanılabilir. İşçinin, aynı işveren ile farklı bir işçinin davalı olduğu uyuşmazlıkta yapmış olduğu tanıklık sonucu elde edilen beyanları, kendisinin davacı konumunda olduğu uyuşmazlık için genel olarak ikrar niteliğinde olacaktır. İşçinin bu davadaki tanık beyanları duruşma tutanağına kayda geçmiş ve bu tutanak işçi tarafından imzalanmışsa, bu belge kesin delil niteliğini taşıyacaktır⁶⁷⁸. Başka bir ifadeyle, işçinin

⁶⁷³ Bozkurt, (2018), 358; Özdemir, (2006), 42.

⁶⁷⁴ Bozkurt, (2009), 120.

⁶⁷⁵ Berberoğlu Yenipınar, (2018), 21.

⁶⁷⁶ Özdemir, (2006), 43; Bilgili, (2017), 37-38.

⁶⁷⁷ Özdemir, (2006), 43

⁶⁷⁸ “...davacı işçi, Bakırköy İş Mahkemelerinde davalı işveren aleyhine açılan davalarda işveren lehine yaptığı tanıklıklarında, işyerinde 8:30-17:30 arası 1 saat 45 dakika ara dinlenme ile çalıştığını, bu saatleri aşan çalışma yapıldığında fazla çalışma ücretinin ödendiğini, genel tatillerde çalışılmadığını açıkça beyan

başka davada tanık olarak verdiği beyanı, kendi davasında işveren tarafından, aleyhine delil olarak ileri sürülebilecektir.

İşçi daha önce tanıklık yaptığı davadaki beyanlarının kendi lehine olduğu durumlarda ikinci davada başkaca delil göstermeksizin daha önce yapmış olduğu tanık beyanına dayanarak iddiasını ispat edemeyecektir. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, “*davalı iş yerinde çalışan başka bir işçinin dava dosyasındaki tanık beyanlarının esas alınmasını istemiştir. Her davanın kendi içinde kendi delilleri ile değerlendirilmesi gerekir. Başka bir işçinin davasında dinlenen tanık beyanının ibrazı söz konusu alacakların ispatı için yeterli değildir*” şeklinde karar vermiştir⁶⁷⁹.

3.3.2.2. Bilirkişi

3.3.2.2.1. Genel olarak bilirkişi

Bilirkişi⁶⁸⁰, davada çözümü özel⁶⁸¹ ve teknik bilgi⁶⁸² gerektiren durumlarda hâkim tarafından görüşüne başvurulmuş, dalında uzman kişiye verilen addır⁶⁸³. Bilirkişiler, taraf olmayan üçüncü kişilerdir⁶⁸⁴; davanın çözümünü kolaylaştırıp, oy ve görüşlerini mahkemeye sunarak yargılamaya yardımcı olurlar.

etmiştir. Davacının mahkeme huzurundaki bu beyanları kendisini bağlayıcı niteliktedir.” (Yargıtay 9.HD, 17.12.2013, E.2011/51335, K.2013/33684: Bilgili, (2017), 44).

⁶⁷⁹ Yargıtay 9.HD, 4.5.2015, E.2014/30517, K.2015/16118: Keser, (2018), 115-117.

⁶⁸⁰ Bilirkişi, İngiliz bir hukukçunun ifadesiyle hâkimin dürbünü aracı olarak görülmektedir (Aşçıoğlu, Ç. (1991). “Yargılama Çalışmalarında Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi”. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. yılı. Afşaroğlu Matbaası, 78; Deryal, Y. (2010). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 41).

⁶⁸¹ 6100 Sayılı HMK gerekçesine göre; “...özel bilgidir, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Ancak, yer hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukukî bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, “hukuk bilimi dışında” şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.” (<http://app.e-uyar.com/gerekce/index/316c7300-1501-4419-8a76-7346709d3538>, E.T: 12.02.2019).

⁶⁸² 6100 Sayılı HMK gerekçesine göre; “Teknik bilgi ile kastedilen ise fizik, kimya, matematik gibi, pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Yine, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içerisinde yer alır.” (<http://app.e-uyar.com/gerekce/index/316c7300-1501-4419-8a76-7346709d3538>, E.T: 12.02.2019).

⁶⁸³ Göksu, M. (2018). "Bilirkişilik Kurumunun Niteliği, Gelişimi ve Uygulaması Bağlamında 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Değerlendirilmesi". *Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, Av. Cengiz Özbilgin'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 11; Köroğlu, H. (1995). *Uygulamada ve İçtihatlarda Bilirkişilik*. Ankara: Adil Yayınevi, 19; Özdemir, H. (1971). *Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik*. Şark Matbaası, 11; Özkan, H. (1996). *Hukuk Davalarında Keşif, Bilirkişilik ve Tatbikatı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 55; Farklı ülkelerdeki bilirkişi kavramının tanımı ile ilgili ayrıca bkz. Bilirkişilik, 30; Ayrıca bilirkişiliğin doktrinindeki farklı tanımlamaları için bkz: Deryal, (2010), 41-43.

⁶⁸⁴ Mülayim, Z. G. (2001). *Tarımsal Değer Bıçme ve Bilirkişilik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 209.

Bilirkişi kavramı çeşitli ülkelerin hukuklarında farklı şekillerde nitelendirilmiştir⁶⁸⁵. Roma hukukunda bilirkişiler, “tanık”, “hukuk danışmanı”, “keşif vasıtası” gibi görülmüşken⁶⁸⁶; Alman hukukunda 19. yüzyıllarda hâkim yardımcısı olduğu belirtilmiş, 20. yüzyıla gelindiğinde ise bilirkişi hem ispat vasıtası hem de hâkim yardımcısı olarak görülmüştür⁶⁸⁷. İsviçre hukukunda bilirkişiler, mesleki uzmanlığa sahip vakıa tespit eden, tecrübe kurallarını belirleyen ve bu tecrübe kurallarıyla maddi vakıaları değerlendiren kişiler olarak yer almıştır⁶⁸⁸. Amerikan hukukuna göre de özel ve teknik bilgisi olan, bu sebeple görüş ve düşüncelerine başvuru yapılan kişiler “bilirkişi tanık” olarak ifade edilmiştir⁶⁸⁹.

Benzer özellikler taşısa da⁶⁹⁰, bilirkişi delili tanık delilinden farklıdır. Tanık delilinde tanık şahit olduğu olayları olduğu gibi aktarması gerekirken, bilirkişi delilinde bilirkişinin mesleki tecrübesine ve bilgisine dayanılarak olayı değerlendirmesi önemlidir⁶⁹¹. Bilirkişi hâkim tarafından bilgisine ihtiyaç duyulan konuda teknik inceleme yapıp görüş bildirirken, tanık gördüklerini aktarır⁶⁹².

Bilirkişiler oy ve görüşlerini bildirirken tarafsız davranmalı ve yapmış olduğu açıklamalar bilimsel, açıklayıcı ve gerçeğe uygun olmalıdır⁶⁹³. Bilirkişinin yapmış olduğu açıklamalar ancak açıklayıcı ve gerçeğe uygun olduğu zaman, hâkim tarafından değerlendirmeye alınabilir⁶⁹⁴. Bilirkişinin sunduğu rapor ne kadar gerçek nitelik taşımış olsa da hâkim tarafından anlaşılamayan bir dilin, formüllerin veya karmaşık işlemlerin kullanılması bilirkişiliğe başvuruyu anlamsız kılacaktır⁶⁹⁵.

Bilirkişilerin vermiş olduğu raporlar adaletin oluşmasını ve gerçeğe ulaşılmasını sağlayıcı etkiye sahiptir. Bu sebeple bilirkişi doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır⁶⁹⁶.

⁶⁸⁵ Bilirkişi kurumunun ülkemizdeki ve mukayeseli hukuktaki yeri ve gelişimi için bkz: Göksu, (2018), 7-13.

⁶⁸⁶ Üstündağ, S., Tanrıverdi, M. (1991). “Alman Usul Hukukunda Bilirkişilik”. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*. Yargıtay'ın 125. yılı. Afşaroğlu Matbaası, 5.

⁶⁸⁷ Üstündağ, Tanrıverdi, (1991), 7-8.

⁶⁸⁸ Alangoya, Y. (1991). “İsviçre Hukukunda Bilirkişilik”. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. yılı. Afşaroğlu Matbaası, 32.

⁶⁸⁹ Özsunay, E. (1991). “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık”. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. yılı. Afşaroğlu Matbaası, 97.

⁶⁹⁰ Bkz: Göksu, (2018), 11.

⁶⁹¹ Muşul, (2012), 385; Mülayim, (2001), 209.

⁶⁹² Mülayim, (2001), 209; Köroğlu, (1995), 19; Ayrıca bilirkişilik ve tanıklık arasındaki diğer farklar için bkz. Köroğlu, (1995), 43-44.

⁶⁹³ Köroğlu, (1995), 22; Mülayim, (2001), 210-211.

⁶⁹⁴ Mülayim, (2001), 210.

⁶⁹⁵ Mülayim, (2001), 210.

⁶⁹⁶ Tanrıver, S. (2002). *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 49.

Bilirkişinin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ve kasıtlı olarak gerçeğe aykırı görüş bildirmesi Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir⁶⁹⁷.

Bilirkişi raporu takdiri bir delildir⁶⁹⁸. Bu sebeple hâkim raporları değerlendirirken herhangi bir bağlılığı bulunmadan, serbestçe değerlendirmede bulunur (HMK m.282). Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 282'nin gerekçesinde, "*Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin, raporunda yahut sözlü açıklamalarında işaret ettiği oy ve görüşünü, hâkimin, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hususu hüküm altına alınmış; bu suretle bilirkişinin belirteceği oy ve görüşünün, bir takdiri delil niteliğini taşıdığına açıkça işaret edilmiştir*" denilerek, bilirkişinin düşüncelerinin takdiri delil özelliği bir kez daha vurgulanmıştır⁶⁹⁹.

Bilirkişi oy ve düşüncelerinin hâkimi bağlamamasının sebep olduğu bir diğer durum, raporların eksik, çelişkili veya yeterli açıklıkta olmadığı hallerdir. Bu hallerde hakim, bilirkişiden ek rapor isteyebilir ya da gerekli görürse görevlendireceği yeni bilirkişiden rapor talep edebilir (HMK m. 281)⁷⁰⁰. Hatta hâkim sebebini belirterek bilirkişi raporunun aksine kararlar da verebilir⁷⁰¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 282'nin gerekçesinde, bilirkişi raporunun aksine verilen kararın, gerekçesiyle birlikte açıklanması açıkça ifade edilmiştir: "*Anılan hüküm çerçevesinde hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir*". Hâkimin rapora dayanmadığı hallerde, gerekçe göstermesi önem kazanmaktadır. Zira

⁶⁹⁷ TCK'nın "Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık" başlığına sahip 276. maddesinin, 1. fıkrasına göre: "*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*"

⁶⁹⁸ Bilirkişi oy ve görüşünü içeren raporun Ceza hukuku anlamında delil olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar delil niteliği olduğunu savunurken, bazıları bilirkişiyi delil değerlendirme aracı olarak ifade etmektedirler (Deryal, (2010), 385-386).

⁶⁹⁹ HMK madde 282'nin gerekçesi, <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/6542ef95-dc69-4f31-ae53-ffbc68031bfc> (E.T: 07.02.2019).

⁷⁰⁰ Mülayim, (2001), 211; Köroğlu, (1995), 36; Deryal, (2010), 388; Aşçıoğlu, (1991), 78; Bu konuyla ilgili karşıt bir görüşe göre: "*Bilimsel gerçekliği çok yüksek olan kan grubu vs testlerine dayanılarak verilen mesela nesep tayinine yönelik davalarda bilirkişi raporlarının mutlak bağlayıcılığı bulunmaktadır. Bu durumda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinden ve takdir yetkisinden bahsedilemeyecektir*" (Üstündağ, Tanrıverdi, (1991), 11); Fransız Temyiz Mahkemesine göre: "*Tıbbi konulardaki bilirkişi raporu diğer bilirkişi raporlarından farklı bir özellik arz etmeyeceğinden hâkimi bağlaması düşünülemez*" (Öztek, S. (1991). "Fransız Hukukunda Bilirkişilik". *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. yılı. Afşaroğlu Matbaası, 54).

⁷⁰¹ Öztek, S. (2014). "Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. (C. II). Ankara: Yetkin Yayınları, 1608.

gerekçe göstermeksizin bilirkişi raporunun aksine karar verilmesi, temyizde bozma nedeni olarak kabul edilmektedir⁷⁰².

Bilirkişi raporlarında yer alan eksiklik ve çelişkilerin düzeltilmesi için ek rapor alınması veya yeni bilirkişilere başvurulması sayı olarak sınırlandırılmamıştır⁷⁰³. Buradaki sınır, özel ve teknik bilgi gerektiren konu hakkında hakimin bir sonuca varması ve kendisinde vicdani kanaat oluşturmasıdır.

Bilirkişiye başvurulması gerekip gerekmediği hususu hâkim tarafından göz önüne alınır. Hâkim, ilk olarak davanın teknik ve özel bilgi gerektirip gerektirmediği inceler. Özel ve teknik inceleme gerektiği kanısına varıyorsa ve gereken özel ve teknik bilgiye sahip olmadığını düşünüyorsa bilirkişiye başvuracaktır⁷⁰⁴. Yargıtaya göre, hâkim bir kez bilirkişiye başvurduktan sonra ek rapor veya yeni rapor alınması gereken hallerde, uyuşmazlığın hukuki ve mesleki bilgiyle çözülebileceği, teknik ve özel bilgi gerektirmediği sonucuna varması kabul edilemeyecektir⁷⁰⁵. Ancak doktrinde bu görüş kimi yazarlar tarafından doğru bulunmamıştır. Zira hâkim, raporlarda yer alan özel ve teknik bilgiye eriştiği takdirde, karar vermesi için yeterli bilgiye sahip olursa tekrar bilirkişi raporuna veya ek rapora gitmeden karar verebilmelidir. Aksi halde bilirkişi delilinin, takdiri delil olmasının ve hâkimin serbestçe bu delili değerlendirmesinin, uygulamada sonuçsuz kalacağı savunulmuştur⁷⁰⁶. Bazı yazarlar ise, özel ve teknik bilgilerin tecrübe gerektirdiğini ve hakimin yetersiz bilgisiyle alanında uzman bilirkişilerin raporlarını yanlış olarak değerlendirebileceğini kabul edip, bilirkişi raporu değerlendirmede hakimin takdir hakkının sınırsız ve mutlak olmaması gerektiği sonucuna varmışlardır⁷⁰⁷.

Hâkim, hukuki bilgisiyle ve hayat tecrübesiyle çözebileceği konularda ise bilirkişiye başvuramaz (HMK m. 266/1)⁷⁰⁸. Ancak gerekmediği halde, kendi çözebileceği konularda

⁷⁰² Deryal, (2010), 389.

⁷⁰³ "... hakimlerin, nihai kararı verirken varılan sonucun isabetli olduğuna vicdani olarak kanaat getirmeleri, varılan sonucu isabetli bulmadıkları takdirde yeni bilirkişi incelemelerine tevessül etmeleri gerekir. İkinci ve üçüncü bilirkişi kurulu ısrarla aynı kanaatlerini muhafaza ettiklerine göre, mahkemece yapılacak iş yeni bilirkişi kurulları görevlendirilerek raporlar almak...olmalıdır..." (Öztek, (2014), 1611).

⁷⁰⁴ Tarafların bilirkişiye başvurma talebi bulunsa bile hâkimin bu isteği kabul etme zorunluluğu yoktur (Koroğlu, (1995), 24).

⁷⁰⁵ Öztek, (2014), 1608-1609.

⁷⁰⁶ Öztek, (2014), 1612.

⁷⁰⁷ Öztek, (2014), 1614.

⁷⁰⁸ "...Dava konusu olayda davalıların eyleminin BK: 49. maddesinin unsurlarına uyup uyumadığı, hakimlik mesleğinin genel ve hukuki bilgisi ile çözüme kavuşturulur. Hakim hukuki konuda bilirkişi görüşüne başvuramaz. O halde, mahkemenin usulün 275. maddesindeki emredici kuralı ve hakimlik mesleğinin ve yargılama işlevinin niteliği ve amacını göznetmeden hukuki konuda bilirkişi incelemesine giderek, bilirkişi raporunu kararına aktarması do usul ve kanuna aykırıdır." (Yargıtay HGK, 26.12.2001, E. 2001/4-1096, K. 2001/1188: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bilirkişiye başvurursa yeni bilirkişi incelemesine gerek kalmadan kendisi bilirkişi raporundaki hukuki görüşün aksine karar verebilecektir⁷⁰⁹.

Hâkimin hukuki bilgisiyle çözebileceği konularda hukukçu bilirkişilerden yardım almasının doğru olup olmayacağı doktrinde uzun süre tartışılmış ve 1981 tarihinde 2494 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na ilişkin değişiklik içeren Kanun'da, hakimin hukuki bilgisiyle çözümleyebileceği konularda bilirkişiye başvurmaması gerektiği ifade edilmiştir⁷¹⁰. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açıkça belirtilmiştir. Zira hakim, hukuki uyuşmazlıkları çözümleyecek en yetkili kişi⁷¹¹ olması sebebiyle, kendi uzman oldukları konularda yardımcı olması için başvuru alan bilirkişilerin, hakimin uzmanlığı olan hukuki konularda görüş bildirmesi⁷¹² mantıklı gözükmemektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda m. 266'ya 24.11.2016'da yapılan eklemeye, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olabilmeleri için hukuk alanı dışında farklı bir uzmanlık alanına sahip olduklarını belgelendirmeleri gerektirdiği belirtilmiştir. 6754 sayılı Kanunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hukuki meselelerde bilirkişiye başvurulamayacağı kuralının pekiştirilmesini sağlayıcı olduğu görülmektedir⁷¹³. Ayrıca Bilirkişilik Kanunu'nda yer alan m. 13/ç ve m. 3 birlikte değerlendirildiğinde özel ve teknik bilgi gerektiren hususlar dışında açıklama yapılmasının, sicilden ve listeden çıkarılmaya sebep olabileceği görülmektedir⁷¹⁴.

Uygulamada hâkimlerin sıklıkla hukukçu bilirkişilerden yardım aldığına rastlanılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre⁷¹⁵, bazı konulara ilişkin hususlarda

⁷⁰⁹ Öztek, (2014), 1613.

⁷¹⁰ Tutumlu, M. A. (2017). "Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 12 (131), 120.

⁷¹¹ 6100 Sayılı HMK gerekçesine göre; "...hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulama, zaten hâkimin işidir. Bu kural uyarınca, hukukî sorunların en yetkin bilirkişisi, hâkimin kendisidir." (<http://app.e-uyar.com/gereke/index/316c7300-1501-4419-8a76-7346709d3538>, E.T: 12.02.2019).

⁷¹² Tutumlu, (2017), 124.

⁷¹³ Toraman, B. (2017). "Yeni Bilirkişilik Kanunu". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 13 (36), 82.

⁷¹⁴ Toraman, (2017), 83.

⁷¹⁵ "... Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin uygulamasına göre haksız azli halinde avukat biten bitmeyen iş yönünden haklı azil halinde ise azil tarihinde sadece bitirilmiş işler yönünden ücrete hak kazanır. Haklı yada haksız azledilen avukatın gördüğü dava ve takip dosyalarının safahatının ancak bir bilirkişi incelemesi ortaya çıkacağı izahtan varestedir. Bu tür davalarda genellikle hukukçu bir bilirkişi tayin edilmektedir. Çünkü takip edilen işlerin aşaması ve AAÜT'deki oranlara göre belirlenecek alacağın ya da tazminatın hesabı konunun sürekli muhatabı olan uzman hukukçu ya da avukatlar tarafından yapılmaktadır... Hakimin bir hukuk kuralının yorumlanmasında maddi meselenin hukuki tavsifi veya vakiyaya uygulanacak hukukun tespiti gibi hukuki konularda bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmasının yasak olmasıdır... Avukatlık ücret sözleşmesine göre alacağın hesaplanması özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu tür davalarda hukuki yardıma konu dava ve takiplerin safahatının bir uzman bilirkişi tarafından incelenip, işin bitirilip bitirilmediğine göre alacağın hesaplanması zorunluluk arz etmektedir. Somut olayda ise Avukat bilirkişilerin haklı ve haksız azil durumuna göre tüm işleri inceleyip meblağı farklı olan iki rapor düzenlemelerinde

hukukçu bilirkişiye başvurulabileceği ve bu durumda hâkimin herhangi bir sorumluluğunun olmayacağı ifade edilmiştir⁷¹⁶. Yeni Kanunla hukuki bilirkişilerin listeye eklenemeyecek olması, liste dışındaki bilirkişi seçimlerinin denetim altında olması ve hukuki meselelerde görüş bildiren bilirkişilere yaptırım uygulanması hukuki meselelerin bilirkişi incelemesinden geçirilmesine engel olabilecektir⁷¹⁷. Aksine özel ve teknik bilgi gerektiren durumlarda ise bilirkişi görüşü bir yana itilerek, hakim genel ve hukuki bilgisiyile uyumsuzluğu sona erdiremez⁷¹⁸.

Hakim, bilirkişinin oy ve görüşlerini belirten raporu göz önüne alarak hukuki bir sonuca varabilir. Fakat hâkimin değerlendirmesi ve çözmesi gereken hukuki sorunlar hakkında bilirkişi inceleme yapıp, görüş bildiremez⁷¹⁹. Bilirkişi sadece teknik ve özel bilgiyi hâkime iletir ya da bahsedilen bilgilerle vakıaların var olup olmadığı tespitini gerçekleştirir. Bu vakılara kanun hükümlerini uygulayarak sonuç elde etmek ise hâkimin görevidir⁷²⁰.

3.3.2.2. İş yargılamasında bilirkişi

Belirttiğimiz gibi bilirkişi, hâkimde eksik olan özel ve teknik bilgiye sahip olan ve bilgisini somut vakılara uygulayarak sonuç elde eden veya vakıa tespiti yapan kişidir⁷²¹. Bilirkişi raporlarının iki yönü vardır. Raporlar, mahkeme açısından hakimin davayı aydınlatması için kullandığı bir yolken, taraflar açısından birer delildir⁷²².

İş yargılamasında tanık delili gibi sıkça başvuru alan ispat araçlarından bir diğeri de bilirkişi delilidir. Bilirkişilik iş mahkemelerinin görevli olduğu birçok alanda görülmektedir. Örneğin, iş kazaları sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında kusurun⁷²³, meslek hastalığı veya iş kazası sebebiyle açılan davalarda maluliyet oranının, ölüm sebebinin iş kazası olduğunun ya da meslek hastalığına tutulduğunun, hastalığın yapılan işten kaynaklandığının, yaşlılık aylığına hak kazanıldığının, hastalığın işe girmeden önce bulunmadığının ve iş göremezlik durumunun tespitinde;⁷²⁴ destekten yoksun kalma

hukuka aykırılık bulunmamaktadır..." (Yargıtay HGK, 18.01.2017, E. 2014/13-2465, K. 2017/10: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Tutumlu, (2017), 120-126).

⁷¹⁶ Tutumlu, (2017), 120.

⁷¹⁷ Toraman, (2017), 84.

⁷¹⁸ Öztekin, (2014), 1610.

⁷¹⁹ Köroğlu, (1995), 25.

⁷²⁰ Tanrıver, (2002), 34.

⁷²¹ Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1914-1915.

⁷²² Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1917.

⁷²³ Bozkurt, (2018), 557.

⁷²⁴ Deryal, (2010), 178-179.

tazminatının miktarının belirlenmesinde; hizmet tespiti ve iptal davalarında bilirkişiye başvurulur⁷²⁵.

Bilirkişi deliline taraflardan birinin talebiyle ya da resen mahkeme tarafından karar verilir. Ancak bazı kanun hükümleri ile bilirkişiye başvurma zorunluluğu öngörülmüştür⁷²⁶. Bazı hallerde de bilirkişiye başvurulabileceği belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 403'e göre; *“İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyusulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek... zorundadır”* hükmüyle ücrete ilişki çıkan uyuşmazlıkta bilirkişiye başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Yine İş Kanunu m. 25/II-1 hükmüne göre, işçinin, *“işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşyaları, malzemeleri”* uğrattığı hasar miktarının da bilirkişi tarafından belirlenebileceği düşünülmektedir⁷²⁷. Ayrıca doktrinde, İş Kanunu'nun m. 18/1'de belirtilen iş güvencesi şartlarının sağlanması için, otuz işçi çalıştığına tespitinin bilirkişilerce yapılmasının daha doğru olacağına dair görüşler bulunmaktadır⁷²⁸.

Bilirkişi raporları, hâkim tarafından serbestçe değerlendirilen bir takdiri delil niteliğindedir. Bu sebeple, bilirkişiye başvurulduğu takdirde, bu raporlara dayanılarak hüküm kurulabilir, başka bir bilirkişiden rapor alınabilir veya kamu düzenine aykırı görüldüğü takdirde bu raporlara değer verilmemesine de karar verilebilir⁷²⁹. Bilirkişi raporları takdiri delil olduğu için, karar verilmesinde etkindir; ancak bağlayıcı değildir⁷³⁰.

Özellikle iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin tazminat hesapları, hesap uzmanı bilirkişiler tarafından yapılmaktadır⁷³¹. İş kazası ve meslek hastalığı sonucu geçici veya sürekli iş göremezlik ödeneği alınması ya da ölüm halinde cenaze yardımı ve yıllık gelir bağlanması gibi konularda kaza, hastalık ve ölüm durumunun belirlenmesi bilirkişiler tarafından gerçekleştirilecektir⁷³². İş gücü kaybının belirlenmesi amacıyla bedensel zararın işçinin sosyal hayatını, işini ve iş gücünü ne oranda etkilediğinin tespiti de bilirkişiler aracılığıyla yapılabilecektir⁷³³.

⁷²⁵ Bozkurt, (2018), 562 ve 568.

⁷²⁶ Bkz: TMK m. 165, m. 409, m.474; Atalay, (Pekcanitez Usûl), 1917-1920.

⁷²⁷ Bozkurt, (2009), 117.

⁷²⁸ Deryal, (2010), 180.

⁷²⁹ Bozkurt, (2018), 118.

⁷³⁰ Deryal, (2010), 389.

⁷³¹ Deryal, (2010), 176.

⁷³² Deryal, (2010), 177.

⁷³³ Deryal, (2010), 177.

3.3.2.3. Keşif

Dava konusu şey hakkında hâkimin tüm duyularını kullanarak inceleme yapıp, bilgi edinmesi işlemine keşif⁷³⁴ denilmektedir⁷³⁵. Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. ve 292. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 288/1'e göre, "*Hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir.*"

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde ise keşif farklı yorumlanmaktaydı. Bu dönemde keşif, sadece uyuşmazlık konusu taşınmazların incelenmesiyle ilgili bir kavram olarak yer alıyordu⁷³⁶. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde keşif, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmalıydı. Dar anlamda keşif sadece taşınmazlar için geçerliyken; geniş anlamda keşif, niteliğine aykırı olmadığı sürece taşınmaz dışındaki şeyler içinde geçerli olmalıydı⁷³⁷. Ayrıca doktrinde bir görüş, keşfin, yalnızca gözle görülebilir ve taşınmaz eşyalar için kullanılabileceğini savunurken⁷³⁸; aksi görüş, keşfin sadece görme değil her duyu organını ile yapılan ve taşınır şeyleri de kapsar nitelikte olduğunu savunmaktaydı⁷³⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İspat ve Deliller" başlığını taşıyan dördüncü kısmın, altıncı bölümünde düzenlenen keşif, takdiri bir delildir. Ancak doktrinde, keşfin delil

⁷³⁴ Keşif, sözlük anlamı olarak "*ortaya çıkarma, meydana çıkarma*"; hukuki anlamı ise sözlükte "*bir olay veya durumun oluş nedenlerini anlayabilmek için yerinde inceleme yapma*" olarak yer almaktadır (www.tdk.gov.tr).

⁷³⁵ Köroğlu, (1995), 39; Kuru, (2001), 2827; Ayrıca keşif şu şekillerde de tanımlanmaktadır: "*Yargıcın, doğrudan görerek delil elde etmesi; bilinmeyen bir şeyi ortaya çıkarmasıdır*" (Yılmaz, (2005), 677); "*Hâkimin münazaalı şey ya da mahal ile doğrudan doğruya temas geçerek, kendi duygularıyla şahsi bilgi elde etmesidir*" (Bilge, Önen, (1978), 551); "*Mahkemenin, şahısların ve şeylerin durumları veya maddi vasıfları hakkında resmi sıfatla ve muhakeme çerçevesinde doğrudan doğruya yaptığı duyulara dayanan müşahededir*" (Üstündağ, (1984), 665); "*Hâkimin münazaalı şey veya mahal ile tarafların huzurunda veya bunların celp ve davet ettikleri bir zamanda doğrudan doğruya temas ederek şahsi bilgi ve kanaat edinmesidir*" (Postacıoğlu, (1975), 651).

⁷³⁶ HUMK döneminde keşif, "*Uyuşmazlık konusu olan şeyin, taşınmazın, meydana gelen olay yerinin, olayın inceleme biçiminin tespiti, araştırılması, o yerde inceleme ve gerektiğinde açıklama yapılması, bir şeyin alanının, ağırlık ve başka niteliklerinin, gereken hallerde hacminin ve daha birçok hususun tespiti için, hâkim nezaretinde uzman kişilerin yaptığı inceleme-araştırmadır*" (HMUK.363-366; CMUK.78 vd.) (Şener, E. (2001). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları, 444); HUMK döneminde, "*Uygulamada keşif, hâkimin kavgalı taşınmaz veya taşınır mal başında bilirkişiler aracılığıyla tarafların sundukları veya mahkemece getirilmiş bulunan tüm delilleri değerlendirmesidir*" (Özkan, (1996), 52).

⁷³⁷ Kuru, (2001), 2828; "*Hâkimin, gayrimenkul dışındaki şeyleri duyguları vasıtasıyla doğrudan doğruya muayene temsi, yoklaması, tatması, koklaması, dinlemesi suretiyle elde edeceği bilgiler, özel hüküm sebepleridir. Bu haller gayrimenkul dışındaki şeyler üzerindeki keşif halleridir*" (Kuru, (2001), 2871).

⁷³⁸ Bilge, Önen, (1978), 551.

⁷³⁹ Üstündağ, (1984), 665.

olmadığı; delil toplamaya ve incelemeye yarayan bir metot, delillere ulaşmak için bir araç olduğunu savunanlar da bulunmaktadır⁷⁴⁰.

Keşif, takdiri delillerden olduğu için her vakıanın ispatında kullanılamayacak ve hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecektir⁷⁴¹. Burada önemli olan husus, taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda, hâkim kesin delillerle bağlı olduğu halde takdiri delilleri serbestçe değerlendirirken, resen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklarda hâkim kesin delillerle dahi bağlı olmamaktadır⁷⁴². Dolayısıyla hâkimin serbestçe değerlendirme yaptığını söylememiz ancak taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar açısından geçerli olabilecektir.

Hâkim, resen veya tarafların talebiyle keşfe karar verebilir (HMK m. 288/2)⁷⁴³. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, tarafların talebi bulunmaksızın, hâkim keşfe karar verebilecektir. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise ispat yükü üzerinde bulunan taraf, keşif talebinde bulunabilecektir. Ancak bazı hallerde resen araştırma ilkesinin uygulanmadığı davalarda da hâkim resen keşif kararı verebilmektedir⁷⁴⁴.

Hakimin uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bizzat duyu organlarını kullanarak yaptığı inceleme olan keşif, iş hukukunda da sıklıkla başvurulmuş delillerden biridir⁷⁴⁵. İşin işçinin sağlığı için tehlikeli olup olmadığı, iş yerinin ve yapılan işin fazla çalışmaya uygun olup olmadığı ve çalışma koşullarındaki değişikliğin esaslı olup olmadığı gibi hallerinin belirlenmesi, muvazaa durumunun incelenmesi, iş kazası sonucu kusur tespiti yapılması amacıyla iş yerinde makine incelemesi yapılması⁷⁴⁶ gibi birçok konuda keşfe başvurulduğu görülmektedir⁷⁴⁷.

3.3.2.4. Uzman görüşü

Uzman görüşü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktaydı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda ise, "İspat ve Deliller" başlığı altında dördüncü kısmın, yedinci bölümünde düzenlenmiştir. Kanun'un 293. maddesine göre; "*Taraflar, dava*

⁷⁴⁰ Atalay, O. (2009). "Delil Kavramı Üzerine". *Haluk Konuralp'e Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 135; Aynı yönde bkz: Konuralp, 12.

⁷⁴¹ Kuru, (2001), 2868;

⁷⁴² Özmumcu, (2014), 145.

⁷⁴³ Bilge, Önen, (1978), 551.

⁷⁴⁴ Umar, B. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 795.

⁷⁴⁵ Kar, (2019), 709-710.

⁷⁴⁶ Bozkurt, (2011), 580.

⁷⁴⁷ Kar, (2019), 710-713.

*konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir*⁷⁴⁸.

Uzman görüşü, tarafların dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra iddialarını ve savunmaları desteklemek amacıyla alanında uzman kişilerden görüş almasıdır⁷⁴⁹. Doktrinde mütalaa veya özel bilirkişi⁷⁵⁰ olarak da adlandırılan uzman görüşünün delil olarak kullanılması ve delil niteliği tartışmalara sebep olmuştur. İsviçre Federal Mahkeme kararlarında uzman görüşünün bilirkişi raporları gibi ispat gücüne sahip olduğunun kabul edilemeyeceği, genellikle tarafların ileri sürdüğü bir iddia olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur⁷⁵¹.

Türk Hukukunda da bazı yazarlar, uzman görüşünün delil olamayacağı ancak tarafların ileri sürdüğü iddia veya savunmaların açıklaması olarak görülmesi gerektiğini düşünürken; diğer bazı yazarlar, uzman görüşünün kanunda düzenleniş tarzını da dikkate alarak, kanun koyucu tarafından bilirkişi delilinden farklı olan ancak basit bir taraf açıklaması olarak da görülemeyecek öneme sahip, takdiri bir delil şeklinde görülmesinin daha isabetli olacağını

⁷⁴⁸ HMK m. 293 gerekçesine göre; “*Maddede yer alan düzenlemeyle, Anglo–Sakson kökenli bir kurum olan “taraf bilirkişisi” veya “uzman tanık” kurumu hüküm altına alınmıştır. Esasında bu kural, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hükmü içermektedir. Uzman görüşüne başvurulması bilirkişilikten farklıdır. Gerekli hâllerde bilirkişiye başvurulmasına mahkeme kendiliğinden veya talep üzerine karar verebilir. Ancak, tarafların bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları da mümkündür. Böylelikle, özel ve teknik konularda da tarafların uzman görüşünden yararlanmaları ve iddia veya savunmalarını bu görüşlerle desteklemeleri mümkün olacaktır. Bu gerekçelerle birinci fıkrada, ihtiyaç duyulduğunda uzman görüşüne başvurulmasına imkân tanınmıştır. Fakat, taraflara sırf bu sebeple yeni bir süre verilemez ve yargılama ertelenemez. Hâkim dosyaya sunulan uzman görüşünü serbestçe takdir edecektir. Uzman görüşüne başvuracak tarafın bu konudaki gerekli masrafları kendisinin karşılayacağı doğaldır. Mahkemeden veya karşı taraftan bu giderlerle ilgili herhangi bir talepte bulunulamaz ve bu giderler yargılama giderleri içerisinde sayılmaz. İkinci fıkrada, görüşü alınan uzman kişinin mahkemede dinlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tarafın iddia veya savunmasını desteklemek için görüşüne başvurduğu uzman kişi, talep üzerine veya re’sen mahkemeye çağrılarak dinlenebilir. Uzman kişinin dinlendiği duruşmada hâkim veya taraflar gerekli gördükleri soruları da sorabilirler. Uzman kişinin dinlenmesi imkânının getirilmesiyle bir yandan uzmanlık gerektiren konuların daha iyi aydınlatılabilmesi, diğer yandan da çelişkili ya da eksik veya yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesi hâlinde, yargılamanın gecikmesini önlemek amacıyla hâkimin hazırlanan raporu değerlendirmeyeceği hususuna da bir vurgu yapılmıştır. Ayrıca hazırlanan raporla ilgili şüpheler ancak ilgili uzman dinlenerek giderilebileceğinden ve kendisi de gelmediğinde bu rapora dayanmak doğru olmayacağından böyle bir yaptırım düzenlenmiştir.*” (<http://app.e-uyar.com/gerekce/index/e98e2626-6b13-4b16-bf78-b9c024e2d0c2>, E.T: 07.02.2019).

⁷⁴⁹ Sarisözen, M. (2014). “Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (C. II). Ankara: Yetkin Yayınları, 1731.

⁷⁵⁰ “Mütalaa verecek uzman kişi aynı zamanda kendi konusunun bilirkişisi olacağı için bu kurum “Özel Bilirkişilik” olarak da ifade edilmektedir” (Sarisözen, (2014), 1670).

⁷⁵¹ Özbek, (2014), 1622.

ifade etmişlerdir⁷⁵². Kimi yazarlar ise hukuki konularda verilen uzman görüşünün tarafların açıklama hakkı kapsamında olduğu; maddi vakıalara ilişkin verilen uzman görüşünün ise takdiri delil niteliği taşıdığını savunmaktadırlar⁷⁵³. Katıldığımız görüşe göre, hukuki konularda verilen uzman görüşü delil niteliğine sahip değildir; ancak delillerin değerlendirilmesinde kullanılan bir araçtır⁷⁵⁴. Hukuki konularda verilen uzman görüşü, tarafların iddialarını temellendirmek amacıyla ileri sürdükleri bir beyan olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık teknik bilgi içeren uzman görüşlerinin ise takdiri delil olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağını kabul edilmesi gerekir. Zira hukuku uygulamak hakimnin görevidir ve hakim, önüne gelen olaya uygun hukuki değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Buna karşılık teknik konularda uzmanı tarafından ortaya konulan ve hakimnin genel hayat bilgisi ile ulaşamayacağı hususlar vakıaların ispatında birer araç olarak kullanılabilir.

Uzman görüşüyle ilgili hükümde, bilirkişilikte olduğu gibi “...*hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde*” vurgusunun yapılmamış olması hukuki konularda uzman görüşüne başvurulabileceğini ortaya çıkarmaktadır. Bazı yazarlar, bilirkişilik için geçerli özel ve teknik bilgi sınırlamasının uzman görüşünde de geçerli olduğunu kabul ederken; diğer bazı yazarlar, maddi vakıalar ve hukuki konularda da uzman görüşünün alınabileceğini savunmaktadır⁷⁵⁵. Nitekim uygulamada da hukuki konularda uzman görüşüne başvurulduğu sıklıkla görülmektedir.

Uzman görüşü, bilirkişi raporlarında da olduğu gibi diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirilir⁷⁵⁶. Uzman görüşü, mutlak olarak hâkimi bağlamadığı için içerdiği bilgiler hakkında değerlendirme yapmak hâkimin takdirindedir⁷⁵⁷. Hâkim özellikle özel ve teknik bilgi gerektiren konularda uzman görüşünü dikkate almaksızın veya bilirkişi raporuna karşı sunulan uzman görüşüne değer vermeksizin hüküm kuramayacaktır⁷⁵⁸.

Medeni usul hukuku çerçevesinde yapmış olduğumuz uzman görüşüne dair açıklamalar, iş hukukunda da geçerliliğini koruyacaktır. İş hukukunda da taraflar, vermiş oldukları

⁷⁵² Öztekin, (2014), 1624; Sarısözen, (2014), 1703; Uzman görüşünün, bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu savunan görüş için bkz: Kuru, (2018), 318.

⁷⁵³ Budak, Karaaslan, (2018), 264-265.

⁷⁵⁴ Göksu, (2018), 18; Atalı, M., Ermenek, İ. (2019). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 281.

⁷⁵⁵ Göksu, (2018), 18; Sarısözen, (2014), 1706-1707.

⁷⁵⁶ Sarısözen, (2014), 1727.

⁷⁵⁷ Öztekin, (2014), 1613.

⁷⁵⁸ Sarısözen, (2014), 1728.

dilekçelerdeki iddiaları güçlendirmek amacıyla özel, teknik ve hukuki konularda uzman görüşüne başvurabilecektir.

3.3.2.5. Kanunda düzenlenmemiş diğer deliller

Kanun'da bir vakıanın belirli bir delille ispatı zorunlu olmadığında, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir (HMK m.192). Bu hükmün anlamından çıkarılacak sonuç, takdiri delillerin sınırlı şekilde düzenlenmemiş olduğudur⁷⁵⁹.

Bu düzenlemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki görünümü m. 367'deydi⁷⁶⁰. Özel hüküm sebepleri olarak incelenen bu madde takdiri delillerin sınırlı olmadığından bahsetmekteydi. Ayrıca belirttiğimiz gibi doktrinde taşınmaz dışındaki şeyler için keşif olanağının kullanılabilmesi, özel hüküm sebeplerine bağlı olarak açıklanmaktaydı⁷⁶¹. Menkul malların, insan vücudunun ve kanın muayenesi m. 367 kapsamına dâhil edilebilen özel hüküm sebeplerinden sayılmaktaydı⁷⁶².

6100 sayılı Kanun'un 192. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, "özel hüküm sebepleri" kavramı terk edilmiştir⁷⁶³. Belirli delillerle ispatın öngörülmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan delillerle dahi ispat faaliyetinin gerçekleştirilebilmesine olanak tanımıştır. Böylece kanunda düzenlenmemiş diğer takdiri delillere, hakim kendiliğinden veya talep üzerine başvurulabilecektir⁷⁶⁴.

⁷⁵⁹ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, (2009), 372; " Takdiri delillerle ispatın caiz olduğu hallerde, ispat için kullanılacak araçların yani delillerin tür yönünden sayı sınırı yoktur; belli bir yerde bulunmuş saç teli dahi delil olarak hükme dayanak edinilebilir" (Umar, (2011), 557).

⁷⁶⁰ 1086 Sayılı HUMK kanununda, "Hususi esbabı hüküm" başlığında düzenlenen madde 367 şu şekildedir: "Tahkikat hakimi, senetsiz ispatı caiz olan davalarda re'sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikine da karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebeyyün edecek hale göre iktiza eden tedbirleri ittihaz eder".

⁷⁶¹ "Hâkimin, taşınmaz dışındaki konularda bizzat muayene ederek, koklayarak, tadararak, dinleyerek yani duyu organlarını kullanarak doğrudan elde edebileceği bilgiler özel hüküm sebepleri kapsamındadır." (Kuru, (2001), 2871).

⁷⁶² "İnsan vücudu muayenesi ve kan muayenesi her ne kadar HUMK m.367 kapsamında takdiri delil olsa da özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden genelde bilirkişiye yaptırılır" (Kuru, (2001), 2872-2875).

⁷⁶³ " 1086 Sayılı Kanunun 367'nci maddesine karşılık gelen bu maddeyle, kanunda düzenlenmemiş olan delillerin hukuki çerçevesi çizilmiştir. Bu düzenleme, 1086 Sayılı Kanundaki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sayarak sınırlamamaktadır. Her ne kadar tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda, akli, mantuki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında eski HUMK'nun mehzında da bulunmayan ve uygulamasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir"

⁷⁶⁴ Kuru, (2001), 2871.

İş yargılaması açısından da kanunda düzenlenmemiş diğer delillerin ispat aracı olarak kullanılması önünde engel teşkil eden bir durum bulunmamaktadır.



4. İŞ HUKUKUNDA SIKLIKLA UYUŞMAZLIK KONUSU OLUŞTURAN VAKIALARIN İSPATI

4.1. İş Sözleşmesinin ve Türünün İspatı

İş sözleşmesi, 4857 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır.

İş ilişkisinin tam olarak ne zaman doğmuş kabul edileceği ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Akit teorisine (Vertragstheorie) göre, sözleşmenin yapılması ile iş ilişkisi kurulmuş olacakken, katılma teorisine (Einliederungstheorie) göre, iş ilişkisi sözleşmenin yapılmasıyla değil, işçinin fiili olarak işyerinde işe başlamasıyla birlikte başlayacaktır⁷⁶⁵. İş hukukumuzda genel olarak iş sözleşmesinin yapılıp yürürlüğe girmesiyle birlikte iş ilişkisinin doğacağı kabul edilse de, somut olayın özelliklerine göre değişen durumlara yer verildiği görülmektedir. İşçilik alacaklarının hesabında işçinin fiili olarak işe başlamasıyla sözleşmenin yapıldığı tarih arasında fark olduğu iddiası bulunursa, işçinin sözleşmede belirtilen günde işe başlamamasından dolayı kusuru bulunmadığı belirlenirse sözleşmedeki tarih esas alınacak, aksi halde fiili olarak işe başladığı tarih esas alınacaktır⁷⁶⁶.

Bir sözleşmeye dayalı olarak iddia ve savunma yapılmak istendiğinde, sözleşmenin varlığına dair çekişme varsa, ilk olarak sözleşmenin varlığının ispatı gerekir; aksi halde iddia ve savunmalar sonuçsuz kalabilecektir⁷⁶⁷. Kira bedelinin ödenmesi için açılan davada kira sözleşmesinin varlığı, vedia olarak verdiğini geri almak isteyen kişi vedia sözleşmesinin varlığını, iş sözleşmesinin haksız olarak feshi sebebiyle açılan tazminat davalarında iş sözleşmesinin varlığı davacı tarafından ispat edilmelidir⁷⁶⁸. Sözleşmenin varlığı konusunda uyuşmazlık olması ve sözleşmenin varlığının belirlenememiş olması durumunda sözleşmenin varlığını ve türünü iddia ve savunmasına dayanak oluşturacak tarafın ispatlaması gerekecektir. Ancak ispat edilen veya taraflar arasında çekişmeli olmayan hususlardan dolayı mahkeme sözleşmenin varlığı ve türü hakkında nitelendirme yapabiliyorsa, iddia ve savunma mahkeme tarafından karara bağlanacaktır⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ Senyen Kaplan, E. T. (2015). *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 54.

⁷⁶⁶ Senyen Kaplan, (2015), 54-55.

⁷⁶⁷ Umar, Yılmaz, (1980), 106.

⁷⁶⁸ Umar, Yılmaz, (1980), 106-107.

⁷⁶⁹ Umar, Yılmaz, (1980), 282.

4.1.1. Usul Hukukunda Sözleşmenin Varlığının ve Türünün İspatı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bahsedildiği gibi belli miktarı aşan hukuki işlemlerin ispatı için senet delilinin kullanılması gerekmektedir (HMK m. 200). Hukuki işlemlerin borçlandırıcı veya tasarruf işlemi olması noktasında ayırım yapılmadan senetle ispat edilmesi gereklidir⁷⁷⁰. Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmeler hukuki işlemler olup, bazı istisnalar dışında senetle ispatı gerekmektedir. Bir miktar paranın ödünç verildiğine dair ödünç sözleşmesinin ispatı, borcun ödendiğinin, satış sözleşmesinin, kira sözleşmesinin, elden bağışlamanın, ariyet sözleşmesinin, vedia sözleşmesinin, istisna ve vekâlet sözleşmesi gibi sözleşmelerin ispatı senetle yapılabilecektir⁷⁷¹.

Yargıtayın önceki tarihli kararlarında hizmet vakiasının ispatı için tanık kullanılabileceği ve hizmet sözleşmeleri için genel kural olarak özel bir şekle tabi olmaması sebebiyle ispatının da tanıkla yapılabileceği görüşü bulunmaktadır. Ancak doktrinde bir görüşe göre, hizmet vakiasının ispatı hizmet sözleşmesinin ispatından farklı değildir ve hizmet sözleşmeleri için şekil şartının olmaması, geçerlilik olan şekille ilişkindir, ispatla alakalı bir husus değildir⁷⁷². Zira geçerlilik ve ispat şartı olarak şeklin öngörülmesinin sonuçları da farklı olacaktır. Şekil, geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü halde uyulmadığında sözleşme geçersiz olacak⁷⁷³ ve geçersiz olan sözleşmenin de senetle ispatından bahsedilemeyecektir⁷⁷⁴. Bu sebeple bazı istisnai haller ayırık kalmak şartıyla usul hukuku bakımından senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde ispat şartı olarak yazılılık zorunlu olacaktır⁷⁷⁵.

4.1.2. İş Hukukunda Sözleşmenin Varlığının ve Türünün İspatı

İş sözleşmesinin varlığını ispat yükü, İş Kanunu m. 8 gereğince işçi üzerindedir. Aksi halde işverene, işçi ile aralarında böyle bir sözleşme olmadığı gibi menfi bir durumun ispatı yüklenmesi doğru olmayacaktır⁷⁷⁶. Keza genel ispat kuralları gereğince de işçi işverenle aralarında iş sözleşmesi olduğunu iddia ederek bir hak kazanmaya çalışmaktadır. Türk Medeni Kanun'un 6. maddesi hükmüyle de hakkını dayandırdığı olguyu ispatla yükümlü tutulması iki Kanun arasında paralel bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

⁷⁷⁰ Kuru, (2001), 2205.

⁷⁷¹ Kuru, (2001), 2205-2232.

⁷⁷² Kuru, (2001), 2233.

⁷⁷³ Ermenek, (2000), 150.

⁷⁷⁴ Ürcan, (2004), 771.

⁷⁷⁵ Ürcan, (2004), 771.

⁷⁷⁶ Kılıçoğlu, (2011), 198.

Yukarıda yer alan açıklamalar, sözleşmenin türü açısından da geçerli olacaktır. Genel olarak sözleşmenin türünü iddia eden, bunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Ancak bazı hallerde sözleşmenin genel hayat tecrübelerine göre belirli türde yapılması öngörülmüşse, aksi türde yapıldığı iddiası, öne süren tarafından ispat edilmelidir. Örneğin, işe iade davalarında sözleşme türünün genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olması kabulünden dolayı, sözleşmenin belirli süreli olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir⁷⁷⁷.

4.2. Ücretin ispatı

İşçinin kendisi ve ailesinin geçimi için ücretinin tam ve zamanında ödenmiş olması büyük önem taşımaktadır. Güçsüz durumda olan işçinin bu hakkını korumak, iş hukukunun doğuş sebebi olan işçiyi koruma ilkesiyle de bağdaşmaktadır. Bu sebeple İş Kanunu ücret konusunda işçinin haklarını korumayı sağlayan geniş hükümlere yer vermiştir (İK m.32 vd.). Aynı zamanda ücretle ilgili yer alan düzenlemeler, işçilik alacaklarında çekişme yaşandığı durumlarda ispat faaliyetinin kolaylaştırılması için bazı belgelerin düzenlenmesi zorunluluğunu da getirmiştir. Her ne kadar Kanun'da bazı belgelerin düzenlenmesi zorunlu tutulsa da, uygulamada hükümlere uyulmaması ve tutulan belgelerde yer alan miktarların gerçeği yansıtmaması sebebiyle somut olaya göre belgelerin değerlendirilerek delil değerinin belirlendiği görülmektedir.

4.2.1. Ücretin Ödendiğinin İspatı

İş Kanunu'nun 8. maddesinde “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” şeklinde yapılan tanımdan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde yer alan, “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” ifadesinden, işverenin temel borcunun ücret ödemesi olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasada da belirtildiği gibi işçilere ücret ödemesi yapılmadan zorla çalıştırılması yasaklanmış⁷⁷⁸ (m. 18), ayrıca Devlete, çalışanların emeklerinin karşılığı olan ücretleri alması için gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü yüklenmiş ve ücretin emeğin karşılığı olduğu ifade edilmiştir⁷⁷⁹ (m. 55).

⁷⁷⁷ Kar, (2019), 599.

⁷⁷⁸ Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 140.

⁷⁷⁹ Kural olarak işçinin çalışmasının karşılığı ücret ödenecek olsa bile, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izin günleri, zorlayıcı sebepler gibi hallerde işçi çalışmadan da ücrete hak kazanır ve bu ücret sosyal ücret kavramıyla anılır (Senyen Kaplan, (2015), 117; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 141-142).

İşçi, ücretinin ödenmediğini iddia ediyorsa işverenin emrinde çalıştığını ve hizmet sözleşmesine göre kararlaştırılmış ücretinin ne olduğunu kanıtlaması gerekir. Her ne kadar ücretin ödendiğinin ispat yükü işverende olsa bile, ücret alacağının varlığını ispat yükü işçinin üzerindedir⁷⁸⁰. İş sözleşmesi gereğince üzerine düşen ücret ödeme borcunu yerine getiren işveren, ödemeyi ispat yükü altındadır⁷⁸¹. Zaten aksi düşünülürse, işçinin ücretinin ödenmediğini ispat etmesi gerekecektir ki, menfi durumun ispatı zor bazen imkânsız olacağından işçinin alacağına kavuşamaması gibi sorunlara sebep olabilecektir. Yargıtayın bir kararında da belirtildiği gibi, işverenin, işçinin ücretini ödediğini ispatla yükümlü olduğunu ve ispatı yazılı belgelerle gerçekleştirmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷⁸².

İşveren işçinin ücretini ödediğini ancak kesin delillerle ispat edebilecektir. Bu noktada önem taşıyan husus ücret ödemesinin hukuki bir işlem olan sözleşmenin unsurunu oluşturduğundan tanıkla ispat edilemeyecek olmasının gözden kaçırılmaması gerektiğidir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken işçi tarafından imzalanmış ödeme belgelerini kullanabileceken, tanıkla ispat yoluna başvuramayacaktır⁷⁸³.

İşçiye ücretin ödendiğinin ispatından kullanılacak en önemli belge ücret bordrolarıdır⁷⁸⁴. Ücret bordrolarının delil gücü ise, imzalı olup olmasına veya ihtirazi kayıt içerip içermemesine göre değişecektir. İmzalı olmayan ücret bordroları, işçi aleyhine delil teşkil etmeyecektir. İmzalı ücret bordroları ise kesin delil niteliğinde olacak ve bordroda gösterilen miktarın ödendiğini gösterecektir. İşçi imzalı bordrolarda yer alan imzanın kendisine ait olmadığını iddia ettiği takdirde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 208 vd. hükümlerine göre işlem yapılacaktır ve imzanın işçiye ait olmadığı tespit edildiği takdirde ücret bordrolarına değer verilmeyecektir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Yargıtay 9. HD, 26.2.2018, E. 2017/4091, K. 2018/4212: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁸¹ Özdemir, (2006), 173.

⁷⁸² Yargıtay 9.HD, 14.11.2014, E. 6401, K. 23124: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Senyen Kaplan, (2015), 124.

⁷⁸³ "...para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir." (Yargıtay 22. HD, 10.12.2018, E. 2016/21605, K. 2018/26621); Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 22. HD, 22.11.2018, E. 2017/16247, K. 2018/25092; Yargıtay 22. HD, 15.5.2018, E. 2015/32111, K. 2018/11945; Yargıtay 22. HD, 15.5.2018, E. 2015/32048, K. 2018/11941; Yargıtay 22. HD, 15.5.2018, E. 2015/32051, K. 2018/11934: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁸⁴ Senyen Kaplan, (2015), 124.

⁷⁸⁵ "...Ücretin ödendiğini ispat yükü davalı işverenin üzerinde olup, davalı işveren ücret bordrosu sunmuşsa da ücret bordrolarındaki imzaların davacının eli ürünü olmadığı Adli Tıp raporuyla anlaşılmıştır. Davacının talep dönemi içerisinde hakettiği ücretlerin ödendiği davalı işveren tarafından usulünce yazılı belge ile kanıtlanamadığından davacının noksan ödendiğini iddia ettiği 5.895,00 TL ücret alacağının bulunduğu kabulü zorunludur." (Yargıtay 9. HD, 22.11.2018, E. 2015/25124, K. 2018/21224: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Banka aracılığıyla yapılan ödemelerde ise, banka aracılığıyla yapılan işlemlere ait kayıtlar ücretin ödendiğinin ispatında kullanılabilir⁷⁸⁶. İş Kanunu m. 32/2 hükmünde; ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın özel olarak açılan bir banka hesabı dışında ödenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir. Otomatik makine (ATM) aracılığıyla yapılan ödemelerin de banka aracılığıyla yapılan ödeme olarak değerlendirilebileceği doktrinde savunulmuştur⁷⁸⁷. Nitekim Yargıtay bir kararında, ücret bordrolarında işçinin imzası olmasa bile, bankaların aracılığıyla ödeme yapıldığı ileri sürüldüğünde, bu durumun araştırılması gerektiğine karar vermiştir⁷⁸⁸. Eğer banka kayıtlarında ödeme yapıldığı anlaşılıyorsa, işverenin iddiasını ispat ettiğinin kabulü gerekecektir.

İş Kanunu'nun 37. maddesinde işverenin, iş yerinde yapılan veya banka aracılığıyla yaptığı ödemeleri gösteren imzalı veya özel işaretli ücret hesap pusulalarını işçiye vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu anılan maddenin ikinci fıkrasında da, ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit tutarın, vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrıca gösterilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Dolayısıyla işçi ücreti hakkında kesin bir bilgiye sahip olmuş olacak, işveren ise ücret ödemelerini ve eklerini yerine getirdiğine dair kanıt elde edecektir⁷⁸⁹. Bu durumda işçinin imzasını taşıyan hesap pusulaları ödemenin varlığını ispata yetecektir.

İşçilerin ücretinin yüzde usulü ödendiği iş ilişkilerinde, işveren veya işveren vekili ödemeleri kendisi aldığı anda, ücretin eksiksiz olarak işçilere dağıtıldığını belgelemek zorundadır (İK m. 51/2). İşverenin tutmuş olduğu bu belgeler, işçilerin imzasını taşıyorsa ödemeyi ispat edebilecekken, işçinin imzasını taşımayan bu tür belgelerin, işverenin kendisi tarafından düzenlenmeleri nedeniyle ispat aracı olarak kullanılamayacaktır. İşveren, işçinin imzası bulunan kayıtlar dışında, mahkeme huzurunda vermiş olduğu ifadeleri de ücretin ödendiğini ispat etmek amacıyla kullanabilir. Nitekim Yargıtayın bir kararına göre, davacının ücret ödenmediği konusu iddialarında işveren delil olarak aynı iş

⁷⁸⁶ "...Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir." (Yargıtay 22. HD, 3.12.2018, E. 2017/18502, K. 2018/25868); Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 22. HD, 22.11.2018, E. 2017/16247, K. 2018/25092: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁸⁷ Senyen Kaplan, (2015), 121;

⁷⁸⁸ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 154; "...Davacı, 2014 yılı Ocak ayına ait ücretinin ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı ise davacının, 2014 yılı Ocak ayına dair ücret alacağı bulunmadığını, davacının Ocak ayına dair 15 günlük alacağının bankaya yatırıldığını savunmuştur. Ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. Davalının banka kanalı ile 2014 yılı Ocak ayı ücretinin ödendiği savunmasının araştırılarak, ödeme yapıp yapılmadığı ve buna göre davacının ücret alacağının bulunup bulunmadığının netleştirilmesi gerekir." (Yargıtay 9. HD, 31.10.2017, E. 2015/32552, K. 2017/17089: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 155.

yerinde çalışan başka bir işçinin davasında tanık olarak dinlenen davacı işçinin beyanlarının delil olarak kullanılmasını isteyebileceği ifade edilmiştir⁷⁹⁰. Zira işçinin, kendisinin tanık olarak dinlendiği davadaki beyanı ikrar niteliği taşıyacaktır.

Ücretin ödendiğinin ispatında ispat yükü işverene ait olsa dahi Yargıtay bazı kararlarında, işçinin uzun süre ücret almadan çalışmasını hayatın olağan akışına uygun bulmayarak, işçinin isticvap yoluyla dinlenilmesi ve dilekçesinde dayanmış olması şartıyla davalı işverene re'sen yemin delilinin hatırlatılması gerektiğine karar vermektedir⁷⁹¹.

Fransız hukukunda da işverenlerin işçilere ödeme kayıtlarını gösteren belgeleri vermesinin zorunlu olduğuna dair hükümler bulunmasına rağmen teamülün varlığı gereği senetle ispattan imtina edildiği görülmektedir⁷⁹². İşçi tarafından ödemeyi gösteren belgeler imzalanmadıkça ücretin ödendiğinden bahsedilemeyecek olsa da, işveren tarafından işçiye ödemeyi gösteren belgelerin teslim edilmiş olması ve işçilerin ödememeye dair herhangi bir çekince göstermemelerinin, ücretin tam ve zamanında ödendiğine dair teamül oluşturduğu kabul edilmekte ve işverenin ödemeyi her türlü delille ispatı olanağı sunulmaktadır⁷⁹³.

4.2.2. Ücret Miktarının İspatı

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücret, *“bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”* şeklinde tanımlanmıştır. Herhangi birinin hatır⁷⁹⁴, hayır, ahlaki amaç için yapılan işler dışında, ücret almadan çalışması düşünülemez⁷⁹⁵. Zira ücret işçinin geçim kaynağı olup, hayatını sürdürmesine olanak sağlayan yaşamsal bir değerdir⁷⁹⁶.

Ücret miktarı, yapılan işe göre işçi ve işveren arasında serbestçe belirlenebilecektir. Ancak İş Kanunu 39. maddesi ile Kanun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın tüm işçiler

⁷⁹⁰ “...Ancak davacı asilin, aynı işyerinde çalışan dava dışı işçi tarafından davalı işveren aleyhine ... 2. ... Mahkemesi'nin 2013/242 esas dosyası üzerinden görülen davada tanık olarak dinlendiği ve bu sırada “...davacının ve benim içeride birer maaş alacağımız kalmıştır...” şeklinde kendisine yapılan ücret ödemesine dair beyanda bulunduğu görülmektedir. Davacının, hakim huzurunda alınan bu beyanları ile bir aylık ücret alacağı dışındaki ücret alacağının ödendiği anlaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında davacının beyanları da değerlendirilerek davaya konu ücret alacağının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 22. HD, 18.10.2018, E. 2017/15817, K. 2018/22542: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹¹ Yargıtay 9. HD, E. 2003/5608, K. 2003/18352: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁹² Yavaş, (2009), 244.

⁷⁹³ Yavaş, (2009), 244.

⁷⁹⁴ Senyen Kaplan, (2015), 53.

⁷⁹⁵ Korkusuz, M. H. (2017). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanununa Tabi İşçilere Etkisi. İstanbul: Beta Yayınları, 12.

⁷⁹⁶ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 156.

için asgari bir ücret belirleneceğinden bahsedilmiştir. Bu ücret miktarının altında iş sözleşmesi yapılamayacaktır⁷⁹⁷. Buna rağmen asgari ücret altında ücret kararlaştırılmışsa kamu düzeni gereği, asgari ücret miktarının işverence ödenmesi gerekecektir⁷⁹⁸. Böylece işçiler arasında yaşanan iş bulma rekabeti sonucu olarak, işveren tarafından çok düşük ücretlerle çalışabilecek kişilerin seçilmesi ve köleliğe benzer sistemin yaşanmaması amacıyla miktar belirleme özgürlüğüne sınır getirilmiştir.

Maddede belirtildiği gibi tarafların aralarında yaptıkları sözleşme sonucu belirlenmiş olan miktar, işveren yahut üçüncü kişiler tarafından ödenebilecektir. Zira Türk Borçlar Kanunu m. 83'te de belirtildiği gibi ücretin, işveren tarafından şahsen ifa edilmesinde işçi açısından bir yarar bulunmamaktadır. Ancak üçüncü kişi tarafından ücretin ödenebilecek olması, işvereni ücret ödeme yükümlülüğünden kurtarmayacaktır⁷⁹⁹.

İş sözleşmesinde ücret miktarının belirlenmediği hallerde ne olacağı sorunu, Türk Borçlar Kanunu m. 401'de yer almış, *“İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür”* ifadesine yer verilmiştir. Uygulamada işçinin özellikleri, niteliği, işyerindeki uygulama, aynı ve benzer işte çalışanların aldıkları ücretler, meslek adetleri gibi özellikler dikkate alınarak ücret belirlenmesi yapılmaktadır⁸⁰⁰. Bir diğer ifadeyle, ücret miktarının belirlenmesinde kanun, işçi ve işveren arasında yapılan iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmeleri ve meslekteki örf ve adet önem taşımaktadır⁸⁰¹. Zira Yargıtay bir kararında, işçinin aldığı ücretin miktarının belirlenmesinde, işçinin kıdemi, unvanı gibi unsurların da dikkate alınarak meslek kuruluşlarından emsal ücret araştırması yapılmak suretiyle sonuca gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁰². Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun bir kararında da bu husus, *“çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da bu ücretin belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş*

⁷⁹⁷ Üçüncü kişilerin bahşiş olarak yaptıkları ödemeler, iş sözleşmesinde başka bir ücret olmadan tek başına belirlenmiş olsa bile, Yargıtay işverence ödeme yapılmayan sadece müşterilerle verilen paraların ücret olarak belirlendiği durumda, bahşişlerin ücret olabileceğini ancak, toplamının asgari ücretin altında kalması koşulunda asgari ücret miktarına kadar işverenin aradaki farkı tamamlaması gerektiğini kabul etmiştir (Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 143).

⁷⁹⁸ Karademir, A., Ekinci, H. (2017). *İşçilik Alacakları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 41.

⁷⁹⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017),142.

⁸⁰⁰ Senyen Kaplan, (2015), 118; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 149-150.

⁸⁰¹ Senyen Kaplan, (2015), 118; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 149; Karademir, Ekinci, (2017), 41.

⁸⁰² Senyen Kaplan, (2015), 118.

sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez ve ücret, asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁰³.

Ücretin miktarının ve eklerinin ne kadar olduğu ve varlığı gibi hususlar konusunda ispat yükünün işçi üzerinde olduğuna dair görüşler bulunmaktadır⁸⁰⁴. İşçinin bu ispat faaliyetini her türlü delille gerçekleştirebileceği de savunulmaktadır⁸⁰⁵. Ayrıca doktrinde, işçinin imzalı ücret bordrosunda belirtilen tutarın üzerinde ücret aldığı iddiasının ispat edilemediği takdirde, işçinin ispat edememe rizikosuyla karşılaşacağı⁸⁰⁶ ve bordroda yer alan miktar kadar ücret aldığı kabul edileceği ifade edilmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, işçi ücret miktarını ispat yükünü taşısa bile getirilen belgeler hayatın olağan akışına aykırıysa ve ücret miktarı konusunda çelişkiler içeriyorsa mahkeme emsal ücret araştırması yoluna gidecektir.

Yargıtay bazı kararlarında ücret bordrolarının aksinin eş değer belgelerle ispat edilmesi gerektiğini, aksi takdirde yapılan emsal ücret araştırması ve tanık beyanlarının tek başına ücret miktarını tespitinde yeterli olmayacağını ifade etmektedir⁸⁰⁷. Yargıtay, ücret miktarına ilişkin kararlarında genellikle işçinin kıdemi, yaptığı işin niteliği, emsal ücret araştırması ve tanık beyanları dikkate alınarak sonuca varılması gerektiğine hükmetmektedir⁸⁰⁸.

Tartışılması gereken bir diğer hususta işçinin imzasını taşıyan ücret bordrosuna rağmen emsal ücret araştırması yapıp yapılamayacağı konusudur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ücret bordrosunda gösterilen miktar, işçiye yapılan ödeme miktarına ilişkin olup, söz konusu miktarın işçinin gerçek ücretini oluşturduğunun kabul edilemeyeceğidir. Nitekim Yargıtay imzalı ücret bordrolarına her halde itimat göstermemiş, ihtirazi kayıt bulunmasa bile işçinin imzaladığı ücret bordrosunda yer alan miktarın gerçek ücreti yansıtmayabileceğini ifade etmiş ve işyerinin özellikleri, işçinin kıdemi ve niteliği, benzer işlerde çalışan emsal işçilerin durumlarını göz önüne alarak tanık beyanlarıyla da ispat faaliyetini gerçekleştirebileceği kabul etmiştir⁸⁰⁹. Benzer başka bir kararında da tüm delillerin birlikte değerlendirilerek, davacının gerçek ücretinin tespiti gerektiği ifade

⁸⁰³ Korkusuz, (2017), 14.

⁸⁰⁴ Kar, (2019), 629.

⁸⁰⁵ Kar, (2019), 629.

⁸⁰⁶ Umar, Yılmaz, (1980), 118.

⁸⁰⁷ Yargıtay 21. HD, 6.12.2018, E. 2017/3982, K. 2018/9024: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁰⁸ Yargıtay 9. HD, 25.12.2017, E. 2015/24817, K. 2017/22148: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁰⁹ Bozkurt, (2018), 433.

edilmiştir⁸¹⁰. İşçinin imzasını taşıyan imzalı bordronun gerçeği yansıtmadığı şüphesi bulunduğu takdirde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan senede karşı tanıkla ispat yasağı hükmü uygulanmadığı gerekçesiyle bu yöndeki kararların doktrinde eleştirildiği de görülmektedir⁸¹¹. Ancak bu eleştirilerin yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtayın bir kararına göre, gerçek ücretin tespiti için mahkemece izlenecek yol şu şekilde belirtilmiştir;

“Mahkemece yapılacak iş, Kurumundan davacının sicil dosyası ile işyerine ilişkin dönem bordrolarını getirtmek, yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi ile işyerinin kapsam ve kapasitesini belirlemek, gerektiğinde diğer işçilerin beyanına başvurmak, işverenin yaptığı bildirimler ile çalışan işçilerin niteliklerini de karşılaştırarak, işverenin çalıştırdığı işçilerin kıdem ve pozisyonuna göre gerçek ücreti üzerinden bildirilip bildirilmediği üzerinde durmak, davacının eğitim durumunu, asgari ücret ile çalışması olağan olmayan nitelikli bir işçi olup olmadığını, nitelikli bir işte çalıştırılıp çalıştırılmadığını belirlemek, asgari ücretle çalışmasının olağan olmadığı belirlendiği takdirde, işverenin aynı pozisyondaki işçilere ödediği ücretlerin gerçeğe uygun olup olmadığını değerlendirmek, bu bildirimlerin gerçeğe uygun olduğunun belirlenmesi halinde, bu ücretleri esas almak, aksi takdirde benzer işi yapan işyerlerinden, gerektiğinde ilgili meslek odasından emsal ücret araştırması yapmak”⁸¹².

Yargıtay işçinin tecrübeli olmasını ve işin özelliğini dikkate alarak asgari ücret üzerinden gösterilen ücret bordrolarının hayatın olağan akışı içerisinde gerçeğe uygun olmadığı düşünerek, emsal ücret araştırması ile sonuca varabileceğini belirtmektedir⁸¹³.

Ücret miktarının ispatı için imzalı bordroya dayanılmış olsa bile, ücretin gerçeğe uygun olup olmadığının mahkemece resen araştırılmasının temelinde birtakım sebepler bulunmaktadır. İşverenlerin, devlete karşı olan vergi, sigorta primi gibi yükümlülüklerini azaltma⁸¹⁴ ve olası fesih durumunda işçiye ödemesi gereken miktarın düşük olmasını sağlamak için, ücreti bordroda düşük gösterip elden ödeme yapma, gerçek ücreti bordroya yansıtmama veya çift bordro düzenleme gibi⁸¹⁵ yollara başvurduğu görülmektedir. Bu sebeple, işverenler genelde belirttiğimiz sorumluluklardan kaçmak amacıyla kayıt dışılığa gitmektedir. Bu hususun iş hukukunda yaygın şekilde görülmesi sonucu Yargıtay, iş hukukunun doğuş sebebi olan işçinin korunması gerektiği ilkesinden de hareketle, somut olayın özelliklerini dikkate alarak hayatın olağan akışına uymayan bazı durumlarda imzalı

⁸¹⁰ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 150.

⁸¹¹ Karademir, Ekinci, (2017), 42.

⁸¹² Yargıtay 21. HD, 11.12.2018, E. 2017/5250, K. 2018/9141: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸¹³ Yargıtay 21. HD, 3.12.2018, E. 2017/3559, K. 2018/8926: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸¹⁴ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 150.

⁸¹⁵ Yargıtay HGK, 18.4.2018, E. 2015/22-1774, K. 2018/794: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

bordronun kesin delil gücünü soyutlayarak, gerçek ücretin her türlü delille ispatına olanak tanımış ve hatta mahkemenin de resen araştırma yaparak sonuca gidebileceğine karar vermiştir⁸¹⁶. Bu yöndeki görüşler, sonuçları bakımından doğru olsa dahi, gerekçeleri bakımından yanlış temellendirilmektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, bordroda gösterilen miktarlar işçiye yapılan ödemenin miktarını gösterdiğinden, gerçek ücretin tespiti bakımından kesin delil niteliği taşımamaktadırlar. Zira, bir ödemenin temelini oluşturan sözleşmeden doğan borç ile söz konusu ilişkiye istinaden yapılan ödemelerin birbirinden farklı olabileceği gayet açıktır. Bir alım satım sözleşmesinde satış bedelinin 10.000 TL olduğu kabul edildiğinde, alıcı tarafından imzalanmış 5.000 TL'lik bir ödeme belgesi ile söz konusu ilişkide alıcının borcunun tamamının ödendiğini kabul etmek nasıl mümkün değilse, iş sözleşmesinde işçiye imzası karşılığı yapılan bir ödeme belgesinden (bordro) de işçinin ücretinin tamamının ödendiği sonucunu çıkartmak mümkün değildir. Zira işçinin imzalamış olduğu bordro iş ilişkisinden doğan alacağının (ücretinin) miktarını değil, söz konusu ilişki nedeniyle işverence yapılan ödeme miktarını göstermektedir. Bu yönüyle Yargıtay uygulamasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ispat kuralları ile uyumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki mahkemelerin işçinin ücretini belirten belgelerle, ücret miktarı üzerindeki şüphesinin ortadan kalkmaması durumunda emsal ücret araştırmasına gitmesi hususu taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu özel hukuk ilişkisinde, resen araştırma ilkesinin uygulandığını göstermektedir. İş hukukunun kamusal yönü bulunması bu sonucun doğmasına sebebiyet vermiştir. Usul kuralları gereğince tarafların talebi olmadığı hallerde mahkemenin kendiliğinden delile başvurmaması gerekirken, iş hukukunda talep olmasa dahi emsal ücret araştırması yoluna gidildiği görülmektedir⁸¹⁷. Bunun temel sebebi işçi ücretlerinin koruma altına alınmış olmasıdır. İşçinin asgari ücret üzerinden düzenlenen bordroların aksine daha düşük miktarda ücret ödendiği hususu, resen araştırılacaktır. Zira asgari ücretin altında işçi çalıştırılmaması Kanun tarafından emredici şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca İş Kanunu m. 102'de belirtildiği üzere ücretin ve asgari ücretin ödenmemesi veya eksik ödenmesi hali yaptırıma bağlanmıştır. Ücretin ödenmemesi veya noksanlığının yaptırıma bağlanmış olması, gerçek ücret üzerinden ödeme yapılmasının emredici nitelikte olduğunu göstermektedir. Kanunun emredici hükümlerine aykırılık halinde ise resen araştırma ilkesinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim

⁸¹⁶ Ürcan, (2004), 791.

⁸¹⁷ Yargıtay HGK, 20.12.2017, E. 2015/9-2726, K. 2017/2007: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, 5510 sayılı Kanun'da prim hesabında gerçek ücretin hesap alınması gerektiği belirtilmiş (m. 80/1) ve gerçek ücret tespitini içeren davaların kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle özenle araştırılması; işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu ve emsal işçilerin aldığı ücretlerin incelenmesi gerektiği savunulmuştur⁸¹⁸.

Ücret miktarının tespitinin resen yapılması gerekliliğinin diğer bir sebebi de sosyal güvenlik hukukuna ilişkindir. Sosyal güvenlik hakkı vazgeçilmez bir hak⁸¹⁹. Ayrıca sosyal güvenlik hukukuna göre sigorta, tarafların iradesine bırakılmadan zorunludur (5510 sayılı Kanun m. 92) ve SGK'ya gerçek ücret üzerinden prim ödenmesi esastır. Aksi halde gerçek ücret üzerinden prim alınmayan hallerde Kurum zarar edebilecektir. Bu durumda toplum kazanç kaybına maruz kalacağı için bu husus kamu düzenindedir ve resen araştırılması gerekmektedir.

Kaldı ki, işçinin ücretinin miktarı bir yandan da SGK alacakları ile doğrudan doğruya ilişkili olup, işçi ve işverenin anlaşarak SGK'ya karşı gerçek ücretin altında bir ödeme bildirmeleri SGK'nın zararına sonuç doğuracağı ve muvazaa oluşturacağından, hakimin resen araştırma ilkesi gereği gerçek ücreti araştırmasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ispat kuralları bakımından da herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Ücret bordrolarında yer alan miktarın işçinin ücretinden daha düşük düzenlenmesinin yanı sıra daha yüksek düzenlendiği de görülmektedir. İşçinin bankadan kredi alabilmesi için işveren tarafından hazırlanan ve yüksek miktarda ücret aldığını gösteren belgenin ileride işçi ve işveren arasında çıkacak uyuşmazlıklarda kullanılması sorunu bulunmaktadır⁸²⁰. Bu durumlarda da Yargıtay emsal ücret araştırmasına başvurmuştur. Nitekim Yargıtay bir kararında, yüksek miktarda kredi alınması için verilen bu tür belgelere itibar edilmemesi gerektiğini savunmuş ve bahsi geçen belgenin ilgili makama hitaben yazılmasının bu belgenin kredi alınması için verildiğine ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Bu durumda belgenin aslının bankadan getirilmesi ve sonrasında emsal ücret araştırılması yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁸²¹. Ancak bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, bordrolardaki uygulamanın tersine, söz konusu belgelerde bizzat, işçinin aldığı ücretin beyan edildiğidir. İşverenin söz konusu ücret miktarının gerçek ücreti yansıtmadığı iddiası ise, taraflar arasında bir muvazaa bulunduğunu göstermektedir. Bilindiği üzere, muvazaa olgusu mahkemece resen dikkate alınmakta ve Yargıtay'ın da yukarıdaki kararında açıkça

⁸¹⁸ Yargıtay 21. HD, 13.2.2018, E. 2016/13411K. 2018/1149: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸¹⁹ Kar, (2019), 632.

⁸²⁰ Kar, (2019), 630.

⁸²¹ Karademir, Ekinci, (2017), 45-46.

belirtmese de muvazaa incelemesi nedeniyle gerçek ücret araştırması yoluna gittiğini düşünmekteyiz.

4.3. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın İspatı

İş ilişkisi içerisinde işverenin borçlarından birisi de eşit davranma borcu. Bu yükümlülük, kaynağını adalet ve hakkaniyet ilkelerinden alan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansıması olarak görülmektedir⁸²². Eşit davranma ilkesi Anayasanın 10. maddesiyle koruma altına alınmış ve ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinde de yerini almış bir prensiptir. Ancak Anayasada yer alan eşitlik kuralı dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ve bu durumların dışında kalan hallerle ilgili ayırım yapma yasağını da içine alan genel bir eşitlikten bahsederken, İş Kanunu'nda sadece ayırım yasağı hallerinden bahsedilmiştir⁸²³. Ancak İş hukukunda eşitlik ile ilgili hüküm bulunmasaydı dahi, Anayasanın 11. maddesindeki hüküm ve hukukun genel ilkelerine göre işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilebilirdi⁸²⁴.

İş hukukunda işverenin eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için; aynı işyerinde çalışan başka işçilerin bulunması⁸²⁵, eşitliğe aykırı olduğu iddia edilen durumun aynı zaman dilimi içerisinde ortaya çıkması ve birden fazla işçiyle alakalı ortak bir uygulamanın olması gerekmektedir⁸²⁶. Ancak işçiler arasındaki eşitlik, aynı veya benzer durumda olan işçilere aynı işlem, farklı durumda olan işçilere farklı işlem yapılmasını gerektirecek⁸²⁷, mutlak şekilde herkesin eşitliğine dayanan bir uygulamadan bahsedilemeyecektir⁸²⁸.

⁸²² Kılıç, E. (2011). "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(6), 211-240, 213; Yuvalı, E. (2012). *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*. Ankara: Turhan Kitabevi, 34; Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 2.

⁸²³ Süzek, (2017), 473-475; Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 8.

⁸²⁴ Süzek, (2017), 485.

⁸²⁵ Klasik genel eşitlik ilkesinde aynı işyerinde çalışan işçilere karşı işverenin eşit davranma borcu bulunduğu bahsedilirken, yönergelerde aynı iş yerinde çalışan emsal işçi bulunmadığı durumlarda farklı iş yerlerinin karşılaştırılmasında dikkate alınacağı belirtilmektedir (Alpagut, G. (2010). "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, 32).

⁸²⁶ Süzek, (2017), 475.

⁸²⁷ "Eşitlik ilkesi, insana, aynı durumda olan diğer kişilerle aynı işlem görmesi hususunda bir isteme hakkı verir" (Özbay, İ. (2004). *Hakem Kararlarının Temyizi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 238).

⁸²⁸ "... eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir...Eşitlik ilkesini düzenleyen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında " esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.). İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K)" (Yargıtay 9. HD, 10.12.2018, E. 2015/28698, K.

İşveren haklı, mantıklı, objektif ve geçerli bir neden olmadığı sürece aynı veya benzer durumda olan işçiler arasında çalışma koşulları, çalışma saatleri, dinlenme, iş sağlığı ve güvenliği gibi konularda farklı işlemlerde bulunamaz⁸²⁹. Fakat işçilerin yaptıkları iş, nitelikleri, öğrenim, tecrübeleri, bilgileri, yetenekleri, liyakat gibi objektif ve sübjektif sebepler dolayısıyla farklı işleme tabi tutulmaları olağandır⁸³⁰. Aynı şekilde eşit olan işçiler arasında İş Kanunu'nun 12. ve 13. maddelerinde belirli ve belirsiz süreli yahut kısmi ve tam süreli iş sözleşmeleri ile çalışıyor olmaları, farklı uygulamalara tabi olmalarına sebep oluşturmayacaktır.

İş hukukunda eşit davranma borcuna aykırılık halleri genellikle sendikal nedene dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Irk, renk, mezhep, cinsel tercih gibi konularda ayrımcılık yapıldığına dair iddialar daha az uyuşmazlık konusu olmaktadır. İş ilişkisi devam ederken ekonomik olarak güçsüz olan işçinin ayrımcılık sebebiyle dava açmadığı ancak fesihle ayrımcılık iddialarının gündeme geldiği görülmektedir⁸³¹.

Eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin diğer bir düzenleme, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi hükmüdür. Hükme göre; *“İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.”* Böylece eşit davranma borcunun sendikal nedenlerle ihlal edilmesi ve bu sebeplerle ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Aynı Kanun'un 26/3. maddesinde sendika ve konfederasyonların faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlü olduğu ve faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliği gözetileceği belirtilmiştir⁸³². 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da 4 ve 4/A maddeleri ile özellikle istihdama ilişkin 14. maddesinde engellilere ilişkin ayrımcılık yasakları düzenlenmiştir⁸³³.

4.3.1. Eşit Davranma Borcunda İspat

4857 sayılı Kanun ile birlikte eşit davranma borcunda ispat yükümlülüğü özel bir düzenleme bulmuştur⁸³⁴. Kanun'un 5. maddesine göre; *“20 inci madde hükümleri saklı*

2018/22722); Yargıtay 9. HD, 20.11.2018, E. 2015/23998, K. 2018/21039: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Süzek, (2017), 475.

⁸²⁹ Kılıç, (2011), 213; Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 4.

⁸³⁰ Kılıç, (2011), 213.

⁸³¹ Yuvalı, (2012), 211.

⁸³² Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 3.

⁸³³ Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 9.

⁸³⁴ Yuvalı, (2012), 207.

kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür.” İşçi bu ispat faaliyetine girişirken, kendisi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verimle çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, başka bir ifadeyle, objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla kıyaslanabilir iki veya daha fazla işçi yer almalıdır ki aykırı davranma durumunu ortaya çıkarılabilsin.

Dolayısıyla işçi, eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı iddiasındaysa bu durumu ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak Kanun maddesinde belirtildiği üzere işçinin üzerinde olan ispat yükü, 20. madde hükmüyle birlikte istisnaıyla karşılaşacaktır. İşçi, iş sözleşmesinin feshedilmesinin eşit davranma borcuna aykırılığında bahsediyorsa (örneğin cinsiyet veya dini inanış sebebiyle), 20. madde hükümleri gereğince işveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatla yükümlüdür. İşveren feshin geçerli nedene dayandığını ispat ederse, işçi feshin eşitlik ilkesine aykırı olarak feshedildiğini artık kendisi ispat etmelidir⁸³⁵.

4.3.2. İddianın Güçlü Şekilde Ortaya Konulması

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde, “*işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur*” ifadesi yer almaktadır. Burada, yabancı hukuk sistemlerinde de kabul edilen işçi lehine hafifletilmiş özel bir ispat yükü bulunduğundan söz edebilecek ve işçi eşit davranma borcuna aykırılığı tam olarak ispat edemese bile iddiasını genel olarak ortaya koyduğunda ispat yükü işverene geçecektir⁸³⁶. AB Eşitlik Direktifi’nin (2000) 10. maddesine göre, doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa uğrayan kişilerin, bu ayrımcılığa ilişkin inandırıcı kanıtlar sunması halinde, karşı taraf ayrımcılık yapmadığını ispat etmelidir. Direktife uygun şekilde düzenlenen iç hukukumuzda ispat yükünün kimin üzerinde olacağı Kanun tarafından belirlenmesine rağmen, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığının işçi tarafından ispatı kolay olamayacağından, ispat yükü bu şekilde düzenlenmiştir. Böylece işçiye iddiasını ispat edebileceği bir alan tanınmıştır. Kendi lehine hak iddia eden kişinin iddiasını ispatlaması gerektiği genel kuralına uygun olarak işçinin ispat yükünü üzerinde taşımasına rağmen, işçiye ispat kolaylığı sağlanarak Hukuk

⁸³⁵ Yuvalı, (2012), 208.

⁸³⁶ Yıldız, (2008), 300; Yuvalı, (2012), 208; Alpagut, (2010), 42.

Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı bir uygulamaya sebebiyet verildiği düşünülmektedir⁸³⁷; ancak medeni yargılamada da her durumda tam ispat aranmadığı için, tamamen farklı bir uygulama olduğundan söz edilemeyecektir.

İşçi ihlalin varlığını güçlü bir şekilde gösterebilmek için gerektiğinde genel hayat tecrübesi kurallarıyla ayrımcılık ihtimalini göstermeye çalışacak veya somut vakıalar ileri sürecek; işveren ise yaptığı işlemin eşit davranma borcuna aykırı olmayıp, hukuka uygun olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır⁸³⁸. Örneğin, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin çoğunluğunun sendikaya üye olması, eşit davranma borcunun ihlal edildiğine dair güçlü bir ihtimal olarak ileri sürülebilecektir⁸³⁹. Bir başka örneğe göre, belirli veya kısmi süreyle çalışan işçiler belirsiz veya tam süreli emsal işçilere göre farklı muameleyle karşılaştıklarını ispat edecek, işveren ise farklı muamelenin yapılmadığını veyahut durumun haklı veya makul bir sebebe dayandığını ispat edecektir⁸⁴⁰.

4.4. Mobbingin (Psikolojik Tacizin) İspatı

Mobbing, psikolojik taciz, psikolojik yıldırma, rahatsız etme, bezdirme, sıkıntı verme ve psikolojik baskı uygulama anlamlarına gelen bir kelimedir⁸⁴¹. Mobbing iş yeri, okul ve diğer topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef seçerek çalışmalarını engelleyip, huzurunu bozmaya, yıldırmaya, dışlamaya yönelik faaliyetler olarak da tanımlanmaktadır⁸⁴². Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararında, mobbingi “işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi” olarak tanımlamıştır⁸⁴³. Mobbingde önemli olan husus bu tip davranışların belirli bir süre devamlılık göstermesi gerekliliğidir⁸⁴⁴. Ayrıca belirli bir süre devam etmesi dışında işçiyi bezdirme amacı da taşıyor olması gerekir⁸⁴⁵.

⁸³⁷ Okur, Z. (2016). "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, 74, 591.

⁸³⁸ Yuvalı, (2012), 210.

⁸³⁹ Baysal, (2010), 94; Yuvalı, (2012), 210.

⁸⁴⁰ Alpagut, (2010), 42.

⁸⁴¹ Taşkın, A. (2016). "Mobbing Davalarında İspat Sorunu". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), 396.

⁸⁴² Erişim: www.tdk.gov.tr (E.T: 06.03.2019).

⁸⁴³ Yargıtay 9. HD, 11.12.2018, E. 2016/16456, K. 2018/22875: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁴⁴ “...Bir hareketin mobbing sayılabilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması gerekir. Ayrıca, bu şekilde davranışlara maruz kaldığını ispat yükü iddia edene düşer. Yani işçi mobbinge maruz kaldığını ispat etmelidir.” (Yargıtay 22. HD, 22.1.2014, E. 2013/37918, K. 2014/729: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁴⁵ Yardımcıoğlu, D. (2018). "Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar". *International Journal of Social and Humanities Sciences*, 2 (2), 151.

Mobbing, işverenin iş ilişkisi sebebiyle yükümlü olduğu işçiyi koruma, eşit davranma ve işçinin kişiliğinin korunması borcuna aykırı bir durumdur⁸⁴⁶. Türk Borçlar Kanunu 417. madde düzenlemesinde işverenin, işçinin kişiliğinin korunmakla yükümlü olduğu ve ayrıca psikolojik ve cinsel tacize uğramamalarını sağlayıcı önlemler alıp, tacize uğramış olanların da daha fazla zarar görmemelerini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir⁸⁴⁷. İşveren bu yükümlülüğü ihlal ettiğinde işçiyi koruma borcunu ihlal etmiş ve sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır⁸⁴⁸. Zira işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak ve özellikle işçilerin psikolojik veya cinsel tacize uğramamaları ya da bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşverenin işçiye onur kırıcı davranışlarda bulunması, haksız uyarı vermesi, işçinin yapamayacağı görevleri kendisinden talep etmesi, işçinin iş tanımında yer almayan görevler vermesi gibi durumların süreklilik arz etmesi halinde psikolojik tacizden bahsedilebilecektir⁸⁴⁹. İspat hukukundaki genel kural gereğince mobbing iddiasında bulunan işçi bu durumu ispat etmelidir. Mobbing durumunda Türk Borçlar Kanunu m. 417 gereğince işçi lehine getirilen herhangi bir özel ispat ölçüsü belirtilmediğinden tam ispat gerektiği düşünülse de⁸⁵⁰, ispatın zor ve güç olduğu alanlarda ilk görünüş ispatı, emare ispatı ve karinelere dayanarak yararlanma imkanı sağlanarak, tarafların adil bir şekilde yargılanması gereğince, işçiden iddiasını tam ispat ölçüsünde ispat beklenmeyip, yaklaşık ispat yeterli bulunmalıdır.

Yargıtay da özellikle işçi-işveren ilişkilerinde ispatın imkânsız veyahut çok zor olduğu hallerde “işçi lehine” ve “hayatın olağan akışı çerçevesinde” kalıplarını kullanarak, ispat yükünün kolaylaştırmakta ve tam ispat aramamaktadır⁸⁵¹. Mobbingin ispatı zor olan bir husus olmasından dolayı işçi açısından hafifletilmiş bir ispat ölçüsü olan yaklaşık ispat öngörülmüştür. Yaklaşık ispat durumunda, vakıanın ispatı için tam ispattan ziyade daha düşük ölçüde ispat faaliyeti gerekmektedir. Bu durumda işçinin dayandığı vakıaların olma ihtimali olmama ihtimaline göre daha fazla kabul edilir⁸⁵². Mobbing durumunda işçinin delil sunma imkânı kısıtlı olduğundan iş hukukunun temel ilkeleri de göz önüne alınarak

⁸⁴⁶ Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 26.

⁸⁴⁷ Kandemir, Yardımcıoğlu, (2014), 26.

⁸⁴⁸ Yardımcıoğlu, (2018), 152.

⁸⁴⁹ Şen, S. (2009). “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”. *Çimento İşveren Dergisi*, 23 (5), 64.

⁸⁵⁰ Okur, (2016), 596.

⁸⁵¹ Taşkın, (2016), 410.

⁸⁵² Taşkın, (2016), 412.

belgeler ile ispat edilemese dahi anlatılan vakıaların tutarlılığı ve hayatın olağan akışı düşünülerek hâkimde kanaat oluşturulabilecektir. Yargıtayın mobbing olayını ispata yönelik olarak, *“psikolojik tacizin genellikle tacizi uygulayan ile tacize maruz kalan arasında gerçekleşen bir olgu olması karşısında olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alınarak sonuca gidilmesinde yarar bulunmaktadır”* şeklindeki görüşü yukarıdaki iddiaları desteklemektedir⁸⁵³.

Mobbing fiili bir vakıa olup, her türlü delille ispat edilmesi mümkündür⁸⁵⁴. Fakat mobbing, işveren veya onun vekili tarafından genel olarak gizli ve sinsice yapıldığından olaya ilişkin belge ve tanık gibi deliller bulmak oldukça zordur. Ayrıca iş yerinde olaylara vakıf olan bir tanık olsa dahi, bu kişilerin çoğunlukla, işlerini kaybetme korkusuyla, tanıklıktan çekindikleri görülmektedir⁸⁵⁵. Bu hususlar göz önüne alınarak ispat ölçüsünün azaltılması iş hukukunun ilkeleriyle de bağdaşır şekilde ve isabetli bir karar olmuştur⁸⁵⁶. Bu sebeple İş Kanunu'nun 5. maddesinin psikolojik taciz durumunda da uygulanması ve işçinin bu iddiayı güçlü kanıtla ortaya koyduğunda, işverenin aksini ispat faaliyetine girişmesi gerektiği düşünülmektedir⁸⁵⁷.

Bazı hallerde mobbingin ispatı için tanık deliline başvurulması her zaman doğru bir şekilde olayı aydınlatmayabilir. Mobbingi oluşturan davranışların yalnızca işçi ve işveren arasında gerçekleştiği hallerde, olaya bizzat tanık olmayan kimselerin duyuma dayalı olarak tanıklık yaptıkları görülmektedir. Bu durumda tanık beyanlarının güvenilirliği ise tartışma konusu olacaktır. Yargıtayın bir kararına göre⁸⁵⁸, *“Tanık beyanları doğrudan görgü ve bilgiye dayalı olmayıp genel olarak davacıdan duyuma dayalıdır. Ayrıca beyanlarda sistematik bir baskı durumu da ortaya konmamıştır. Bu durumda mobbingin ispatlandığı söylenemez”* ifadesiyle salt davacı veya davalı tarafın dinlenmesi sonucu oluşan duyuma bağlı olarak yapılan tanık beyanının mobbingin ispatını gerçekleştiremeyeceği düşünülmektedir.

İşçi, mobbingin varlığını işverenin elinde bulunan kayıtlara dayandırabilir. İşçi, iş yerinde bulunan kamera, şirket içi yazışma, elektronik posta ve sms kayıtlarıyla iddiasını ispat etmek istediğinde işverenden kayıtları ibraz etmesi istenecektir. Bu durumda Hukuk

⁸⁵³ Yargıtay HGK, 4.10.2018, E. 2015/22-2274, K. 2018/1428: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁵⁴ Şen, (2009), 64.

⁸⁵⁵ Okur, (2016), 596.

⁸⁵⁶ Taşkın, (2016), 429.

⁸⁵⁷ Şen, (2009), 64.

⁸⁵⁸ Yargıtay 9. HD, 11.12.2018, E. 2016/16456, K. 2018/22875: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Muhakemeleri Kanunu m. 219 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Böylece elinde yeterince delil olmayan işçinin, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme kapsamındaki ispat hakkı kendi elindeki belgelerle sınırlandırılmamış olacaktır⁸⁵⁹.

4.5. Cinsel Tacizin İspatı

Cinsel taciz kavramsal olarak İş Kanunu'nda yer alsa bile tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini Değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EEC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (2002/73 sayılı Direktif/Direktif) ile cinsel tacizin "*cinsiyet temeline dayalı bir ayrımcılık*" olduğu ifade edilmiştir⁸⁶⁰. AB Konsey Yönetmeliği'ne göre cinsel taciz, "*Kişinin itibarını zedeleme niyeti ile yapılmış veya sonucunu doğurmuş olan, göz korkutucu, düşmanca, onur kırıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratan, cinsel içerikli istenmeyen sözel, sözel-olmayan veya fiziksel her tür davranış*" şeklinde tanımlanmıştır⁸⁶¹. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 2. maddesine göre ise taciz, "*Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış*" olarak tanımlanmış ve Kanun'un 4. maddesinde tacizin ayrımcılığın bir türü olduğu belirtilmiştir⁸⁶².

Cinsel taciz, psikolojik bir taciz olan mobbing gibi, ispatın işçi açısından oldukça zor olduğu diğer bir taciz halidir. Bu tip taciz vakıalarının sadece farklı cinsiyetler arasında gerçekleşmesi gerekmemesine rağmen, genellikle farklı cinsiyetler arasında ve özellikle kadına yönelik gerçekleştiği görülmektedir⁸⁶³. Yoğun şekilde kadına yönelik olan cinsel taciz, cinsiyet ayrımcılığı olarak da değerlendirilmektedir.

İş Kanunu'nda işçiyi korumanın ön planda olduğu hükümler içerisinde işyerinde gerçekleşebilecek cinsel taciz vakıalarının da öngörüldüğü görülmektedir. İş yerinde cinsel tacizin önlenmesi ve tacize uğrayan işçinin korunması amacıyla bazı hükümler yer almıştır. İşçinin haklı nedenle derhal iş sözleşmesini feshetmesini sağlayacak hallerden olan

⁸⁵⁹ Göksu, M. (2009). "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi". *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 5 (13), 253.

⁸⁶⁰ Yargıtay HGK, 30.5.2018, E. 2015/7-2875, K. 2018/1142: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁶¹ Toker, Y. (2016). "İşyerlerinde Cinsel Taciz: Kapsamı, Öncülleri, Sonuçları, Kurumsal Baş Etme Yöntemleri". *Türk Psikoloji Yazıları*, 19 (38), 2.

⁸⁶² Yardımcıoğlu, (2018), 149.

⁸⁶³ Özdemir, (2006), 209.

Kanun'un 24. maddesi özel düzenlemeler içermektedir⁸⁶⁴. İş Kanunu'nun 24/II-b maddesine göre; *"İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa"* ve 24/II-d maddesine göre; *"İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa"* işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Cinsel tacizle ilgili olarak Kanun'da yer alan diğer bir hüküm de, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesini sağlayabilecek olan 25/II-c hükmüdür. Hükme göre; *"İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması"*, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine sebep olabilecektir. Konuya ilişkin diğer düzenleme, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde işverenin işçileri işyerinde meydana gelebilecek psikolojik ve cinsel tacizlere karşı korumakla yükümlü olduğunu belirten hükümdür.

Kanunda, cinsel taciz hakkında işçi açısından koruyucu hükümler bulunmasına rağmen ispat yüküne dair kolaylık içeren herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır⁸⁶⁵. Bu durumda genel hükümler gereğince cinsel tacize uğradığını iddia eden işçi bunu ispatla yükümlü olmalıdır. İş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen işveren açısından ise işçinin başka bir işçiye tacizde bulunduğunu ispat etme yükü yüklenecektir⁸⁶⁶.

Ancak mobbing iddialarında olduğu gibi cinsel taciz iddialarının da işçi tarafından tam olarak ispat edilmesinin beklenmemesi ve ispatın işçi lehine hafifletilmesi gerektiği kabul edilmesi gereken bir gerçektir⁸⁶⁷. Ayrıca cinsel taciz kavramının içine sadece fiziksel hareketler girmediği ve jest, mimik, bakış, davranış gibi unsurlarında dâhil olduğu düşünüldüğünde, ispat faaliyetinin daha da zor olduğu açıktır. Dolayısıyla İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ispat kolaylığının cinsel tacizi ispatlarken de geçerli olacağını kabul etmek gerekecektir⁸⁶⁸. Başka bir ifadeyle, ayrımcılık durumunda karşılaştığımız gibi,

⁸⁶⁴ Özdemir, (2006), 210; Okur, (2016), 597.

⁸⁶⁵ Okur, (2016), 597; Özdemir, (2006), 211.

⁸⁶⁶ *"...İşçi, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunmuş ise, işverenin bu işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle, derhal ve tazminatsız fesih hakkı vardır. Öte yandan işyerinde cinsel tacize maruz kalan işçi de durumu işverene bildirmesine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almaması hâlinde iş sözleşmesini derhal ve haklı sebeple feshedebilecektir. İster işveren, ister işçi feshi söz konusu olsun, böyle bir durumda ispatlanması gereken olgu "cinsel taciz" ise de, cinsel tacizi ispat etmekle yükümlü olan taraf farklı olacaktır. Cinsel tacizde bulunduğu gerekçesiyle işçi işten çıkarıldığında, tacizin varlığını ispat, bunu iddia eden işverene düşecektir. Buna karşılık, cinsel tacize uğradığını iddia ederek sözleşmeyi haklı sebeple feshettiğini açıklayan işçinin, tacizin varlığını ortaya koyması gerekecektir."* (Yargıtay HGK, 30.5.2018, E. 2015/7-2875, K. 2018/1142: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶⁷ Okur, (2016), 597; Özdemir, (2006), 211.

⁸⁶⁸ Özdemir, E. (2006). "İş yerinde Cinsel Taciz". *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 91 (Erişim: <http://calismatoplum.org>, E.T: 9.03.2019).

işçi, cinsel tacizle alakalı bir ihlalin gerçekleştiği ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda, artık işveren, ispat yükünü üzerine alacak ve iddianın aksini ispat etmeye çalışacaktır⁸⁶⁹. Zira cinsel taciz genelde fail ve mağdur arasında gerçekleştiği için tam olarak ispat edilmesi hatta yalnızca mağdur bildiği için inandırıcı şekilde ortaya konulması dahi oldukça zor olmaktadır⁸⁷⁰. Nitekim Yargıtay kararlarında da “*sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıkları ile ispatı mümkün olmayan olaylardır*”⁸⁷¹ şeklinde genel bir kabul mevcuttur. Kaldı ki mobbinge karşılaşılan işçi çoğu zaman işini kaybetme korkusuyla veya yaşanan durumun toplumda duyulmasının yaratacağı endişe ile cinsel tacize sessiz kalmakta yahut tanıkla ispat yoluna başvurmak istediğinde olayı görenlerin tanıklık etmeyi kabul etmedikleri için cinsel taciz ispatlanamamaktadır.

Özellikle cinsel tacizin ispatında yaşanan zorluklar nedeniyle Yargıtayın birtakım emarelerin varlığı halinde, işçi lehine bir karine kabul ederek tacizin varlığı hakkında sonuca varması kanımızca medeni usul hukuku ispat kuralları bakımından da kabul edilebilir bir sonuç olarak değerlendirilmelidir.

4.6. Hizmet Tespiti Davalarında İspat

Hizmet tespiti davası, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 86/9. maddesine göre, “*aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilmeyen sigortalılar*” tarafından geçmişe yönelik çalışmalarının tespit edilmesi amacıyla açılan davalardır⁸⁷². 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun m. 4/II hükmünde yer alan, “*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir*” hükmü gereği, artık Kurum davanın tarafı olarak değil, fer’i müdahil olarak davaya katılacağı belirtilmiştir⁸⁷³. Ancak kanunlarda ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme yer almamıştır.

⁸⁶⁹ Özdemir, (Taciz), 93.

⁸⁷⁰ Özdemir, (Taciz), 93; Yargıtay HGK, 30.5.2018, E. 2015/7-3171, K. 2018/1143: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁷¹ Limoncuoğlu, S. A. (2013). "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı), 550.

⁸⁷² Yücel, M. (2016). "Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler". *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (3), 81-82.

⁸⁷³ Yücel, (2016), 86.

Doktrinde ir görüşe göre, ispat yüküne ilişkin genel kural gereğince, işçinin (sigortalı) dava konusu olan işyerinde çalışmış olduğunu ispat etmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁷⁴. Ancak alt başlıklarda inceleneceği üzere, hizmet tespit davalarında resen araştırma ilkesinin bulunması gereği olarak⁸⁷⁵, ispat yükünün işçi veya işverene ait olduğundan bahsedilmesine gerek bulunmayacaktır. Bu sebeple hizmet tespiti davalarında sunulan ve işçinin imzasını taşıyan belgelerin aksinin yine eşdeğer belgeyle kanıtlanması gerektiği görüşü de kabul edilebilir olmayacaktır⁸⁷⁶. Zira resen araştırma ilkesinin uygulandığı bir davada hakim, tarafların ileri sürdüğü belgelerle bağlı olmayacak ve vakıaları kendisi araştırıp, delilleri değerlendirecektir.

4.6.1. Hizmet Süresi Tespitinin Kamu Düzenine İlişkin Yönü

Medeni yargılamada taraflarca getirilme ilkesi hakim olmakla birlikte; kamu düzeninin yahut kamu yararının ön planda olması gerektiği bazı davalarda resen araştırma ilkesi uygulanmaktadır⁸⁷⁷. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilme yetkisinin bulunmadığı hallerde söz konusudur⁸⁷⁸.

İş yargısının, bazı uyuşmazlıklarda, sosyal güvenlik bakımından işvereni denetlemek ve işçiye yönelik davranış yahut işlemlerinin hukuka uygun olmasını kontrol etmek gibi kamusal yönü bulunduğu görülmektedir⁸⁷⁹. İş hukukunun kamusal yönü bulunmasından kaynaklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan taraflarca getirilme ilkesinin, iş yargılamasında bazı istisnaları bulunmaktadır⁸⁸⁰. Hizmet tespit davaları bu istisnanın en iyi örneklerinden biridir. Hizmet tespiti davaları, Anayasa tarafından koruma altına alınmış sosyal güvenlik hakkına ilişkindir. Sigortalı olan işçiye sağladığı vazgeçilemez ve devredilemez bir hak olması sebebiyle, kamusal olduğu ve resen araştırma ilkesinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁸¹. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal devlet olmanın bir ilkesi olarak Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla temeli sosyal güvenlik

⁸⁷⁴ Yücel, (2016), 97.

⁸⁷⁵ Erdönmez, (Pekcanitez Usûl), 806.

⁸⁷⁶ Yücel, (2016), 98.

⁸⁷⁷ 6100 Sayılı HMK'nın "Taraflarca getirilme ilkesi" başlıklı, 25.maddesinde yer alan; "(1) 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" şeklindeki ifadeyle medeni yargılamada taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu, resen araştırma ilkesinin ise istisnai olarak uygulandığı sonucu çıkarılabilmektedir.

⁸⁷⁸ Özmumcu, (2014), 146.

⁸⁷⁹ Özmumcu, (2014), 153.

⁸⁸⁰ Kar, B. (2013), "İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı), 870.

⁸⁸¹ Yücel, (2016), 75.

hakkına dayanan hizmet tespit davalarının kamu düzenine ilişkin davalar olduğu inkar edilemez bir gerçek olarak karşımıza çıkacaktır⁸⁸².

Yargıtay bazı kararlarında, iş hukukunun kamusal yönü sebebiyle bazı davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanacağını belirtmiştir. Örneğin, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında⁸⁸³; “*İş ve Sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemeler nitelikçe kural olarak kamu düzeni ile ilgili olduğundan, kusur ve hesap raporlarının alınması ve sair hususların incelenmesi ile gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın resen yerine getirilmelidir*”. Ayrıca hizmet tespiti davalarının kamusal yönünün bulunması ve resen araştırma ilkesinin uygulanması, “*hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde, resen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceğini*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁸⁴.

Hizmet tespiti davalarının kamusal yönü olması sebebiyle hakim, resen yapacağı incelemeyle işçinin yaptığı işin mahiyeti, işçinin vasfı, iş yerinin niteliği ve devamlılığını dikkate alarak detaylı ve ayrıntılı bir inceleme yaparak sonuca ulaşmalıdır⁸⁸⁵. Zira hizmet tespiti davaları kamu düzene ilişkin olduğundan ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması daha da önem kazanacağından hakime resen araştırma yetkisinin verilmesi isabetli olmuştur⁸⁸⁶. Ayrıca hak kayıplarının yaşanmaması ve Anayasa tarafından koruma altına alınmış temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkına dair korumanın sağlanması açısından, taraflarca getirilme ilkesinin yeterli olmayacağı; bu nedenle resen araştırma ilkesinin daha uygun olduğu düşünülmektedir⁸⁸⁷.

Doktrinde çalışma olgusuna ve hizmet süresine ilişkin ispatın işçi üzerinde olduğu savunulmasına rağmen, sigortalılığın zorunlu olduğu ülkemiz sosyal güvenlik sistemi içerisinde, hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin bir dava olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin

⁸⁸² Yücel, (2016), 95.

⁸⁸³ Yargıtay 21. HD, 19.07.1998, E. 1998/5182, K. 1998/5270 (Kar, (2013), 876-877).

⁸⁸⁴ Yargıtay 10. HD, 20.05.2013, E. 2012/11811, K. 2013/10817 (Kar, (2013), 877).

⁸⁸⁵ Berberoğlu Yenipınar, F. (2017). *Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları (Uygulama - Örneklerle)*. İstanbul: Legal Yayınları, 34.

⁸⁸⁶ Yücel, (2016), 95.

⁸⁸⁷ Yücel, (2016), 99.

davalardan olması nedeniyle resen araştırma ilkesinin yansımaları olarak mahkemenin delil araştırması yaptığı Yargıtay kararlarında da görülmektedir⁸⁸⁸.

4.6.2. Hizmet Süresinin Tespitinde Deliller

Hizmet tespiti davalarında, işverenin sigortalılığı Kuruma bildirmesi bir yükümlülük olmasına rağmen, uygulamada işverenlerin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemeleri, çalışma süreleriyle ilişkili olarak işçi (sigortalı) ve işveren arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu durumda çalışma süresi iddialarının ispat edilebilmesi için çeşitli delillere ihtiyaç duyulacaktır.

Yukarıda değindiğimiz üzere, hizmet tespiti davaları için kanunlarda özel bir ispat yöntemi öngörülmemesine rağmen, bu davaların kamu düzenini ilgilendiren boyutu olması sebebiyle resen araştırma ilkesinin uygulanarak özenle sonuca ulaşılması gerektiği Yargıtay kararlarında genel olarak kabul görmüştür⁸⁸⁹. Başka bir ifadeyle, hizmet tespiti davalarında deliller değerlendirilirken tarafların mahkemeye sundukları delillerle yetinilmeyip, ayrıca resen araştırma yapılarak uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılacaktır⁸⁹⁰.

Hizmet tespiti davalarının kamu düzeni yönü bulunması ve resen araştırma ilkesinin uygulanması, niteliği gereği ispat faaliyetinde bazı farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Zira resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uygulanmayacak, taraflar arasında yapılan delil sözleşmesinin önemi bulunmayacak, isticvap hükümleri uygulanmayacak ve ikrar hakimi bağlamayacaktır⁸⁹¹.

Resen araştırma ilkesinin, deliller açısından getirdiği diğer önemli bir sınır da, bu ilkenin uygulandığı davalarda yemin teklif edilememesidir⁸⁹². Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 226/I-a'ya göre; “*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar*” yemin delilinin konusunu oluşturamayacaktır. Belirttiğimiz gibi, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda yemin delili kullanılamayacaktır. Hizmet tespiti davaları da, kamu düzenine ilişkin olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakılardan oluştuğundan bu davalarda da yemin deliline başvurulamayacaktır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun’un 59. maddesinde, “*Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler,*

⁸⁸⁸ Yargıtay 21. HD, 23.03.2015, E. 2014/8915, K. 2015/5843; Yargıtay 9. HD, 20.12.2018, E. 2018/10288, K. 2018/23766: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁸⁹ Yargıtay 21. HD, 27.12.2018, E. 2018/939, K. 2018/9734: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁹⁰ Akkaya, T. (2017). *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları, 87.

⁸⁹¹ Özmumcu, (2014), 147-149.

⁸⁹² Özmumcu, (2014), 150.

yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir” hükmüyle yemin delilinin kullanılmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Hizmet tespiti davalarında, işveren veya vekili tarafından düzenlenen ya da işçinin işyerinde çalıştığı gösteren her türlü yazılı belge yahut kayıt mahkemede delil olarak kullanılabilir⁸⁹³. Ancak sadece yazılı belgeler değil, tanık ifadeleri de delil olabilecektir. Ancak burada tanıklığına başvuru olanların uyuşmazlığa konu olan dönemde çalışmış ve SGK kayıtları yapılmış sigortalılardan olması gerekmektedir⁸⁹⁴. Mahkeme komşu iş yerinde çalışanların tanıklığına başvurabilecektir⁸⁹⁵. Nitekim Yargıtayın işin mevsimlik, devamlı, kesintili olup olmadığı, çalışmanın niteliğinin ve süresinin ne olduğu, emir ve talimat verme yetkisinin kimde olduğu hususlarının belirlenmesi için bordrolarla tespit edilen davacıyla aynı dönemde çalışmış işçilerin tanık ifadelerini resen araştırma yoluna gittiği görülmektedir⁸⁹⁶. Yine davacı ile beraber çalışan iş yeri müdürü, şefi, ustabaşı gibi yetkililer de tanık olarak dinlenebilecektir⁸⁹⁷. Hizmet tespit davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle tanık ifadelerinin doğruluğunun denetlenmesi, tanıkların bilgiye nasıl sahip olduklarının araştırılması gerekmekte olup, soyut tanık beyanlarına dayanarak hüküm verilmemelidir⁸⁹⁸. Bu şekilde ispat aracı olarak kullanılacak tanık beyanları güçlü birer delil olacaktır⁸⁹⁹.

Hizmet tespit davasında esasen çalışma olgusunun tespiti gerçekleştiğinden, her türlü delille ispat gerçekleştirilebilecektir. Yargıtay işe giriş bildirgelerinin, fiili çalışma olgusunu ispat etmesi sebebiyle, aksinin her türlü delille ispatının mümkün olacağını belirttiği kararları bulunmaktadır⁹⁰⁰. Ancak Yargıtay bazı kararlarında, bordro gibi yazılı bir delil ile ispat edilmiş bir vakıanın, aksinin yine eşdeğer bir belge ile ispatlanması

⁸⁹³ Bulut, M. (2016). *(Hizmet Sözleşmesiyle Çalışanlar ve İşverenler İçin) Hizmet Tespit Davaları*. Ankara: Bilge Yayınevi, 162.

⁸⁹⁴ Bulut, (2016), 161.

⁸⁹⁵ Berberoğlu, (2017), 35.

⁸⁹⁶ Arap, (2018), 160-161.

⁸⁹⁷ Topçu, U. (2017). *Bilirkişi Raporları ve Yargıtay Kararları Işığında Hizmet Tespit Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 152.

⁸⁹⁸ Topçu, (2017), 152; “...davacı şirket ile ... arasındaki ilişkinin niteliğini belirlemek, gerçek işvereni tespit edip gerekirse davayı ona yöneltmek, işyerinin dava konusu döneme ait dönem bordrolarının tümünü getirterek ihtilaflı dönemin tamamında kayıtlı ve tarafsız tanıklar saptanarak bunların bilgilerine başvurmak ve dinlenen tanıkların hizmet cetvellerini de getirtmek suretiyle bordro tanıkları olup olmadıklarını belirlemek, gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde ortaya koyduktan sonra sonucuna göre karar vermektir...” (Yargıtay 21. HD, 27.12.2018, E. 2018/939, K. 2018/9734: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹⁹ Topçu, (2017), 153.

⁹⁰⁰ Topçu, (2017), 230.

gerektiği yönünde görüş bildirmektedir⁹⁰¹. Fakat resen araştırma ilkesinin uygulandığı hizmet tespiti davalarında da, bordroda yer almayan çalışma süreleri iddia ediliyorsa, çalışma olgusu tanık beyanlarına başvurularak da somut ve inandırıcı şekilde ortaya konulabilecektir.

Doktrinde, işçilik alacağına ilişkin davada tespit edilen hizmet süresinin, hizmet tespiti davasında kesin hüküm oluşturup, kesin delil gibi değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, işçi hizmet tespiti davası açmış ve dava sonuçlanmışsa, aynı döneme ait hizmetlerinin tekrar tespitinin istenemeyeceği savunulmaktadır⁹⁰². Diğer bazı yazarlar ise, kesin hükmün ancak tarafların aynı olduğu davalar açısından kesin hüküm teşkil edeceğini, bu sebeple davacı işçi ve davalı olan işveren arasındaki işçilik alacaklarıyla alakalı hükmün, davacısının işçi davalısının ise Kurum olduğu hizmet tespiti davaları açısından kesin hüküm teşkil edemeyeceği savunmaktadır⁹⁰³. 6552 sayılı Kanun değişikliğinden önce, Yargıtay kararlarında, işçilik alacaklarına dair verilen hüküm çalışma süresini içeriyorsa ve hüküm kesinleşmişse artık hizmet tespit davasında da kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmekteydi⁹⁰⁴. Ancak Yargıtay bir başka kararında⁹⁰⁵, “davacı

⁹⁰¹ “...Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacı adına davalı işveren tarafından düzenlenen 26.07.2005 tarihli işe giriş bildirgesinin Kuruma verildiği, davalı işveren nezdinde bir kısım çalışmalarının Kuruma bildirildiği, kesintili çalıştığı bazı dönemler ile aylık 30 gün üzerinden çalıştığı dönemlerde imzalı ücret bordrolarının sunulduğu, tanık beyanlarının alındığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, davacının, işyerindeki bir kısım çalışmaları aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. İmzalı bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde otuz günün altında geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise, eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla, yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Davalı işveren tarafından 21.02.2006 -24.02.2006, 07.04.2006-10.04.2006, 11.05.2006-12.05.2006, 24.05.2006-27.05.2006 24.05.2006-27.05.2006, 06.07.2006-09.07.2006, 12.07.2006-13.07.2006 tarihlerine dair imzalı ücret bordroları ibraz edilmiştir. Bu bordroların hepsinin imzalı olduğu görülmüştür. Davalı tarafından imzalı ücret bordrosu ibraz edilen, ancak davacı tarafından aksi yazılı delil sunulamayan bu aylardaki bildirilmeyen süreler yönünden ret kararı vermek gerekmektedir...” (Yargıtay 21. HD, 26.3.2018, E. 2016/20376, K. 2018/2813); Aynı yönde bkz: Yargıtay HGK, 16.09.1999, 1999/21-510-527; 30.06.1999, 1999/21-549-555; 5.2.2003, 2003/21-35-64; 15.10.2003, 2003/21-634-572; 3.11.2004, 2004/21-480-579-2004/21-479-578; 10.11.2004, 2004/21-538-1.12.2004, 2004/21-629 Sayılı kararları: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁰² Arap, (2018), 165.

⁹⁰³ Arap, (2018), 175-176.

⁹⁰⁴ Yücel, (2016), 103.

⁹⁰⁵ “...Öncelikle sigortalı tarafından işveren aleyhine açılıp kesinleşen işçilik haklarının tahsiline ilişkin davada verilen hüküm, o davada Kurum taraf olmadığından, Kurum için bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Başka ifade ile o davada verilen hüküm işbu tespit davasında davalı Kurum için kesin delil değil, güçlü delil niteliğindedir. Diğer taraftan dosyada mevcut ücret bordrolarından sadece 1986 yılının 1. ayına ait olanı davacının imzasını içermektedir. Bu yönde davacının imzasını içermeyen ücret bordrolarında öngörülen çalışma sürelerinin işyeri muhasebe kayıtları ile doğrulanması gerekmektedir. Bundan başka dosyaya ibraz olunan vizite kağıtlarının geçerliliği de Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan araştırılmalıdır. Yine bu döneme ilişkin olarak, davacı ile birlikte çalışanlar işyeri bordrolarından saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Giderek işe giriş bildirgesinin varlığı halinde, davacının 11.6.1985 tarihinde işe girdiğinin kabulü yerindedir. Ayrıca, işveren tarafından ibraz olunan 4 aylık sigorta prim bordrolarının Kurum kayıtlarına intikal edip etmediği primlerin ödenip

tarafından davalı işveren aleyhine sözü edilen şirketlerde çalıştığı iddia edilerek, işçilik haklarının tahsiline ilişkin olarak açılan davada verilen hüküm kesinleşmiş ise de, bu karar davacı lehine güçlü delil⁹⁰⁶ niteliği taşımakta olup, o davada davalı Sosyal Sigortalar Kurumu taraf olmadığından kendisi yönünden bağlayıcı nitelikte olamaz” şeklinde görüş bildirmiştir.

6552 sayılı Kanun’dan sonra Kurumun taraf değil, fer’i müdahil olarak davalara katılacağı belirtilmesi, iki dava açısından da tarafların aynı olması sebebiyle kesin hüküm oluşturacağını düşündürmektedir. Ancak doktrinde tarafların aynı olmasına rağmen hizmet tespit davalarının kamusal niteliği gereği resen araştırma yapılması ve tarafların davadan vazgeçmemesi gibi farklılıkların bulunması; işçilik alacaklarına ilişkin davalardaki hükmün, kesin delil olarak değil, kuvvetli delil olarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğu görüşünü benimsetmektedir⁹⁰⁷.

Kurum tarafından görevlendirilmiş denetim ve kontrol memurlarının fiilen yaptıkları denetimler veya işyeri kayıtlarındaki tespitleri sonucu tuttuğu tutanaklar da hizmet tespiti davalarında delil olarak kullanılabilir⁹⁰⁸. Bunun dışında, iş yeri dosyası, şahsi sicil dosyası, ücret bordroları, müfettiş rapor ve tutanakları⁹⁰⁹, denetim ve kontrol memurlarının tutanakları, işe giriş bildirgeleri, vizite kağıdı, tanık, bilirkişi, uzman görüşü, keşif gibi deliller de, hakimce değerlendirilebilecektir.

ödenmediği araştırılmalı ve bu çevrede Kurum’a bildirilen çalışma sürelerine ilişkin istemde hukuki yarar yokluğundan bahisle reddedilmelidir. Mahkemece, belirtilen maddi ve hukuki esaslar göz önünde tutulmadan eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” (Yargıtay 10. HD, 10.9.1996, 7554/6607; Akcan, (2004), R. (2004). "Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 18); Yargıtay 10.HD, 30.01.1996, E.1996/512, K.1996/502 (Arap, (2018), 176).

⁹⁰⁶ Yargıtay’ın kararlarında yer verdiği “güçlü delil” kavramı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde bazı yazarlar, usul hukukumuzda delillerin takdiri ve kesin olarak ikiye ayrılması sebebiyle, “güçlü delil” şeklinde üçüncü bir delil türünden bahsetmenin doğru olmayacağını, ancak ilk davada verilen hükmün üçüncü kişi açısından etkisinin güçlü delille kavramıyla açıklanması yerine, kesin hükmün üçüncü kişiye etkisi şekilde kabul etmenin daha doğru olacağını savunmaktadır (Akcan, (2004), 22; Ürcan, G. (2008). "Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (19), 999, bkz: dpn.119; Deren Yıldırım, N. (1996). *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 150); Diğer bir görüş, “güçlü delil” kavramının, kuvvetli takdiri delil anlamına geldiğini savunmaktadır (Budak, A. C. (2000). *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları, 19; Akcan, (2004), 23).

⁹⁰⁷ Yücel, (2016), 105; Akcan’a göre, “Tarafları farklı olan ve fakat dava sebebi ve konusu aynı olan veya taraf dışında yalnızca biri aynı olan davalardaki kararlar, resmi belgeler, diğer dava dosyasındaki tanık ifadeleri ve bilirkişi raporları ve belgeler güçlü delildir. Yine yargılama sırasında yalan tanıklıktan dolayı tutuklama için güçlü deliller olmalıdır. Noter tespit tutanakları, trafik kayıtları güçlü delildir” (Akcan, (2004), 21).

⁹⁰⁸ Arap, (2018), 141; Yücel, (2016), 105.

⁹⁰⁹ Yücel, (2016), 98.

4.7. Çalışma Koşullarında Değişikliğin İspatı

Çalışma koşulu, iş sözleşmesi gereğince, işçinin, işini yaparken bağlı olduğu tüm şartları ifade etmektedir⁹¹⁰. Çalışma koşulu, işin görüleceği yer, zaman, ücret, ücret ekleri, işin niteliği, çalışma süresi, yıllık izin süreleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar, işçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesi gibi durumları içine alır⁹¹¹. Çalışma koşullarının oluşumunun temel kaynağı, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklardır.

İş sözleşmesinin kurulmasından sonra bazı sebeplerle çalışma koşulları ve hükümlerinde değişiklikler yapılması olağan bir durum olarak kabul edilir⁹¹². Ancak çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olması halinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde belirtildiği gibi, işveren çalışma koşullarındaki değişikliği işçiye yazılı şekilde bildirmelidir. İşçi yazılı şekilde değişiklikleri kabul etmezse, değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır.

Çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına imkan tanınması, iş hukukunun dinamik yapısından kaynaklanmaktadır. Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi, iş sözleşmesinde bazı değişiklikler yapılması gereken durumlarda iş sözleşmesinin doğrudan feshi yerine, ultima ratio (feshin son çare olması) ilkesi göz önüne alınarak, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması yoluna gidilmektedir. Aksi halde dinamik yapıda olan iş ilişkilerinin sürdürülebilirliği azalabilecektir.

İşverenin yönetim hakkı sınırları içerisinde yaptığı değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyeceği için, madde 22'de yer alan şartları taşıması gerekmez. Yapılan değişiklik yönetim hakkı sınırlarını aşsa bile, esaslı değişiklik oluşturmadığı sürece m. 22'deki koşulları taşıması yine aranmayacaktır. İşveren, ancak sözleşmedeki şartlara uyararak ve yönetim hakkının sınırlarını kötüye kullanmayarak, çalışma koşullarında değişiklik yapabilecektir⁹¹³.

⁹¹⁰ Şen, M. (2005). *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*. Ankara: Seçkin Yayınları, 21.

⁹¹¹ Özdemir, (2006), 224-225; "...İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma şartlarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma şartları arasında yerini alır." (Yargıtay 22. HD, 26.11.2018, E. 2016/819, K. 2018/25352: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹² Demircioğlu, M. (2011). "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan: İş Dünyası ve Hukuk*, 121.

⁹¹³ Özdemir, C. S. (2011). "İş Kanunu'na Göre Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik". *ISMMMO (Eylül-Ekim)*, 222 (Erişim: archive.ismmmo.org.tr, E.T: 14.03.2019).

Esaslı değişikliğin sınırının ne olduğunun belirlenmesi, değişikliğin belirli usule tabi olup olmadığının tespit edilebilmesi açısından önem kazanacaktır. Esaslı değişiklikte kullanılan ölçüt işçinin durumunun aęırlaştırılmamasıdır⁹¹⁴. Yargıtay'a göre, yapılan değişiklik, işçinin önceki ve sonraki hali arasında menfaat dengesizliğine yol aıyorsa, esaslı değişiklik bulunduğu kabul edilecektir⁹¹⁵.

Sözleşmede ya da kanunda zorunlu olmamasına rağmen, işveren tarafından işçiye belirli aralıklarla menfaat sağlanmış olması, bir süre sonra iş yeri uygulamasına dönüşecektir. Mesela işçilere lojman, yiyecek, giyecek, ikramiye gibi hakların tanınması ve bunların belirli sürede tekrarlanması iş yeri uygulamalarına örnek verilebilir⁹¹⁶. Ancak devamlılık koşulunun oluşması için ne kadar süre tekrar etmesi konusunda belirli bir görüş bulunmamakta, somut olaya göre değerlendirme yapılmaktadır⁹¹⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında haklı olarak belirttiği üzere⁹¹⁸, işyeri uygulamasının geçerli olabilmesi için uygulamanın bütün işçiler açısından geçerli olmasına gerek yoktur, eşit konumda olan bir veya birkaç işçi açısından devam eden uygulamalar da iş yeri uygulaması olarak kabul edilebilecektir.

İş yeri uygulaması hakkında dikkat edilmesi gereken bir husus, kanundaki emredici hükümlerin dışına çıkıp işçinin aleyhine olan uygulamalar iş yeri uygulaması olarak kabul edilemeyecektir⁹¹⁹. Çalışma koşullarındaki değişikliklerin işçi lehine veya aleyhine olma durumunun somut olaya göre geniş bir çerçevede incelenmesi gerekir. Örneğin, işçinin ücretinin artırılması lehine gözükse de çalışma sürelerinin ve sorumluluğunun artmasına yol aıyorsa, esaslı değişiklik kapsamında değerlendirilecek ve Kanun'a göre yazılı şekilde kabulü gerekecektir⁹²⁰. Aynı şekilde işin niteliğinde, iş yerinde, çalışma sürelerinde işçiden katlanmasını beklenemeyen ağır şartlar oluştuğunda esaslı değişiklik olarak kabul edilmesi gerekecektir. Benzer şekilde yıllık izin kısıtlanmasına sebep olan uygulamalar ve ücretsiz izin uygulamaları çalışma koşullarının işçi aleyhine değiştirilmesi olarak kabul edilecektir.

İşçi, çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediğinde, işverenin Kanun'da belirtildiği gibi iki seçimi bulunacaktır. İşveren, çalışma koşullarında yapılan değişikliğin geçerli bir

⁹¹⁴ Kılıçoğlu, Şenocak, 206; Yargıtay 9. HD, E. 2017/14673, K. 2018/22790, T. 10.12.2018 (Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 14.03.2019).

⁹¹⁵ Alpagut, G. (2008). "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik". *Bankacılar Dergisi*, (65), 105-106 (Erişim: www.tbb.org.tr, E.T: 14.03.2019).

⁹¹⁶ Alpagut, (2008), 105.

⁹¹⁷ Alpagut, (2008), 105.

⁹¹⁸ Yargıtay HGK, 21.3.2018, E. 2015/22-1770, K. 2018/505: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹¹⁹ Yargıtay 22. HD, 15.11.2018, E. 2017/14541, K. 2018/24497: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹²⁰ Alpagut, (2008), 106.

nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayarak ve bildirim süresine uyararak, iş sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda işçi şartların sağlanması halinde kıdem ve ihbar tazminatını talep edebilecektir. İşçi ise, İş Kanunu'nun m.24/II-f "*yahut çalışma şartları uygulanmazsa*" ifadesine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatını talep edebilir.

Çalışma koşullarının tespit edilmesinden sonra asıl amacın değişiklik olmadığını ve işçi aleyhine bir duruma sebep olduğunu yine işçi ispat etmelidir⁹²¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, uygulamada yazılı şekilde yapılan iş sözleşmelerinde işçinin görevi, unvanı, alacağı ücret miktarı ve ekleri belirtilip, bunlar dışında kalan çalışma koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmediğinden, işçinin çalışma koşullarının ağırlaştırıldığını ispat etmesi zor olmaktadır⁹²². Zira çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırıldığının tespiti için önceki çalışma koşullarının ne olduğu ortaya konulmalıdır; ancak yazılı olmayan bu durumun ispatı güçlük taşıyacaktır. İş sözleşmesi veya eki niteliğindeki belgelerle yapılan değişiklikler, yazılı olduklarından ispat açısından kolay olmasına rağmen, iş yeri uygulamalarını belirlemek sorun oluşturacağından tanık ve keşif delilleriyle desteklenmesi yerinde olacaktır.

Yukarıda değinilen esaslar çerçevesinde, çalışma koşullarında yapılan değişikliğin kanunda belirtilen şekil şartına uygun olarak yapıldığını işveren ispat edecekken, değişikliğin tek taraflı ve işçi aleyhine yapıldığını ispat yükü işçi üzerindedir⁹²³.

Çalışma koşullarındaki değişiklik esaslı nitelik taşııyorsa, iş sözleşmesinde yapılmak istenen değişiklik teklifi sözlü olabilir ve kabul de zımni şekilde gerçekleşebilir⁹²⁴. Ancak çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin maddede belirtildiği üzere yazılı olarak teklifi ve kabulü gerekecektir. Aksi halde Kanun hükmüne göre çalışma koşullarındaki değişiklik şartları gerçekleşmediğinden, geçerli kabul edilemeyecektir. Ancak Kanun'da belirtilen emredici hükmün aksine, Yargıtay bazı kararlarında, işçinin sonradan öğrendiği personel yönetmeliğine veya çalışma koşullarındaki değişikliklere altı iş günü içerisinde itiraz etmezse, zımni kabulün gerçekleştiğini savunmaktadır⁹²⁵.

İşçi yazılı olarak değişiklikleri kabul etmese bile iş yerinde değişen koşullarda çalışmaya devam ediyorsa, aradan belirli bir süre geçtikten sonra açıkça rızasının bulunduğunu yazılı

⁹²¹ Özdemir, (2006), 222.

⁹²² Yargıtay HGK, 21.3.2018, E. 2015/22-1770, K. 2018/505, T. 21.3.2018: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹²³ Kar, (2019), 628.

⁹²⁴ Kılıçoğlu, M., Şenocak, K. (2008). *İş Kanunu Şerhi*. İstanbul: Legal Yayınevi, 201.

⁹²⁵ Alpagut, (2008), 105.

belgeyle beyan etmediğini ileri sürerek, şekle aykırı yapılan değişikliğin geçersiz olduğunu iddia edebilmektedir⁹²⁶. Doktrinde, ücret alacağına ilişkin değişiklikler dışındaki hallerde, geçersizliğin sonradan ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmektedir⁹²⁷. Örnek olarak, işçi, iş yerinin farklı bir yere taşınmasına rağmen, gidip görevini ifa etmiş ve karşılığında da ücretini almışsa, 6 ay sonra kendisinin yazılı şekilde çalışma koşullarında değişikliği kabul etmediğini ileri sürmesi kabul edilemeyecektir. Bu çelişkili davranışları hakkın kötüye kullanımı kapsamında değerlendirilecektir⁹²⁸. Böyle bir durumda işçinin zımni ya da sözlü şekilde çalışma değişikliğini kabul ettiği söylenebilecektir. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre;

“Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma şartlarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir”⁹²⁹.

İşçi, iş koşullarındaki değişiklik sebebiyle, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ileri sürerse, çalışma koşullarının değiştiğini ispat etmek durumunda kalacaktır. Ancak işveren tarafından çalışma koşullarının değişikliğinin kabulüne dair işçinin imzaladığı yazılı bir belge ortaya çıkar ve işçi imzaya itirazda bulunmaz veya imza itirazına rağmen imzanın işçiye ait olduğu tespit edilirse, işçinin bunun aksini yazılı delillerle ispatlayamadığı hallerde fesih sebebiyle talep ettiği alacaklarına kavuşması beklenemeyecektir⁹³⁰. Ancak

⁹²⁶ Alpagut, (2008), 108.

⁹²⁷ Alpagut, (2008), 108.

⁹²⁸ Kılıçoğlu, Şenocak, (2008), 215.

⁹²⁹ Yargıtay HGK, 21.3.2018, E. 2015/22-1770, K. 2018/505: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹³⁰ “...Dosya içerisinde bulunan işyeri değişikliği formunda, "görevlendirmeyi kabul ediyorum " şeklinde bir beyan bulunduğu ve bu beyanın altının davacı tarafından imzalandığı görülmektedir. Davacı yanın işyeri değişikliği formunun içeriğine ve formdaki imzaya karşı bir itirazı bulunmamaktadır. Şu halde, davacı görevlendirmeyi kabul etmiştir. Görevlendirmeyi kabul eden işçinin bu görevlendirme nedeniyle çalışma koşullarının ağırlaştığını öne sürerek sonradan iş akdine son vermesi haklı nedene dayalı kabul edilemez. Öte yandan, Mahkeme kabulünün aksine yapılan görevlendirme ile çalışma koşullarının ağırlaştığı da ortaya konulabilmiş değildir. Geçerli nedene dayalı olarak görev yeri değiştirildiği konusu uyumsuzluk dışıdır. İş sözleşmesi ile işçinin işin niteliği gereğince il sınırları dışında dahi görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. Davacının yeni görev yerinin eski görev yerine nazaran, 11 km uzaklaştığı ve ulaşım süresinin 21 dakika uzadığı; netice olarak görev değişikliği sonrası davacının ikameti olan Buca ile yeni görev yerinin bulunduğu ... arası mesafenin 34 km olduğu ve normal şartlarda ulaşımın yaklaşık 43 dakika sürdüğü, şehir içi bir mesafenin dahi bu kadar sürmesinin olağan olduğu, kaldı ki davacının aynı yerde daha önce 08.04.2008-01.12.2008 tarihleri arasında da çalıştığı, şu durumda çalışma koşullarının ağırlaştığından da söz edilemeyeceği, davacının iddia ettiği diğer çalışma koşulları değişikliğini ve bildirdiği diğer fesih nedenlerini ispatlayamadığının mahkemenin de kabulünde olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 22. HD, 15.11.2018, E. 2017/14541, K. 2018/24497: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yazılı bir belge yoksa tanık beyanları ve değişikliğin tespit edilmesi noktasında bilirkişilerden alınan raporlar delil olabilecektir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay burada yerinde olarak, Kanun'daki çalışma koşullarındaki değişikliğin yazılı belge ile ispatı kuralına rağmen, ücrete ilişkin değişiklikler dışında kalan konulardaki değişikliklerde işveren lehine fiili bir karinenin varlığından hareket ederek, yapılan değişikliğe uygun olarak iş görme edimini yerine getiren işçinin, daha sonra değişikliğin yazılı yapılmadığı yönündeki iddiasını kabul etmemektedir. Böylece işçinin söz konusu değişikliği kabul ettiğini yönünde bir karine yaratılmaktadır.

4.8. İş Sözleşmesinin Feshinde İspat

Fesih, karşı tarafa ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanıyla, iş sözleşmesinin derhal veya belirli süre sonra sona ermesine sebep olan yenilik doğurucu bir haktır⁹³¹. İş sözleşmesinin feshinin ispat edilmesi, feshin kim tarafından ve hangi nedenlere dayanarak yapıldığının ispat edilmesini de kapsar. Fesih, haklı nedenlere, geçerli nedenlere, sendikal nedenlere dayanabileceği gibi haksız ve kötü niyetli şekilde yapılmış da olabilir. Ayrıca iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmesinin farklı hukuki sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi gerekçesiyle, feshin kim tarafından yapıldığının veya her iki tarafın da feshettiği öne sürülen hallerde ilk önce kimin tarafından yapıldığının belirlenmesi önem kazanacaktır⁹³².

İş sözleşmesinin işveren yahut işçi tarafından feshedilmesi bazı uyuşmazlıklarda tartışma konusu olabilmektedir. İşveren, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar ödemelerinden kaçınmak istemektedir. Ancak kıdem ve ihbar tazminatının ödenmeyecek şekilde iş ilişkisinin sona ermesi hali işveren tarafından ispat edilmelidir⁹³³. Zira aksi düşünce, ispata ilişkin genel kuralların dışına çıkılmasına sebebiyet verir. İşveren tarafından kıdem ve ihbarın ödenmesinin gerekmediği şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği iddiası, kendi lehine hak ortaya çıkardığı için işveren tarafından ispat edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu işçilik alacaklarına ilişkin gelen davada⁹³⁴, *“sözleşmenin ihbar ve kıdem tazminatları ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdirdiğinin ispatının davalı işverene ait olduğu, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiği gerekçesiyle davanın*

⁹³¹ Ertürk, Ş. (2002). *İş İlişkisinde Temel Haklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 165.

⁹³² Yargıtay HGK, 19.9.2018, E. 2015/22-3097, K. 2018/1339: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹³³ Özdemir, (2006), 255.

⁹³⁴ Yargıtay HGK, 18.12.2018, E. 2015/22-2677, K. 2018/1954: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kabulüne” şeklinde karar vermiştir. Bir diğer Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında sözleşmenin feshinde ispat kolaylığına sahip olanın, ispat yükünü taşıdığı şu şekilde ifade edilmiştir⁹³⁵;

“Davacı işçi, işverenin; davalı işveren ise, işçinin sözleşmeyi feshettiğini ileri sürmeleri karşısında, konunun ispat kolaylığı bakımından ele alınmasında zorunluluk vardır. İşveren nezdinde kayıtlar tutulduğuna ve işverenin işin yürütülmesi ve gereği şekilde yapılabilmesi için her türlü imkâna sahip bulunduğuna göre ispat kolaylığına kendisinin sahip olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan iş hukukunda işçiyi koruma ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca da ispat külfetinin somut olayda davalı işverene yükletilmesi gerekeceği açıktır. Davalı savunmasında somut olayda davacı işçinin terk olgusuna dayandığından, artık bu davranışın davalı işverenin kanıtlanması zorunluluğu ortadadır. Böyle olunca kıdem ve ihbar tazminatı alamayacak şekilde hizmet sözleşmesinin davacı işçi tarafından bozulduğu kanıtlanamamış olduğundan, davanın kabulü gerekir.”

4.8.1. Fesihle Hayatın Olağan Akışı Kavramı

İş yargılamasının geneline hâkim ölçütlerden biri olan “*hayatın olağan akışı*” ölçütü, iş sözleşmelerinin feshinde de feshin kim tarafından yapıldığına dair ispatta belirleyici olarak kullanılmaktadır.

İşçinin uzun yıllardır çalıştığı iş yerinden, kıdem ve ihbar tazminatını gerektirmeyecek şekilde iş sözleşmesini feshetmesinin hayatın olağan akışına aykırılığı kabul edilerek, iş sözleşmesinin feshinin gerçek sebebini oluşturan durumlar araştırılmalı ve işçinin fesih beyanına şüpheyle yaklaşılması gerekmektedir. Yargıtay da işçilik alacaklarına ilişkin açılan davada⁹³⁶, “*davacı ve davalı tanıklarının anlatımlarından anlaşılacağı üzere, davacının mevcut kıdemi dikkate alınarak, kendiliğinden işi terk etmesi hayatın olağan akışına aykırı görüldüğünden, davalı işverenin iş akdini kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi gerektirmeyecek şekilde feshedildiğini ispatlayamadığı... gerekçesi ile davanın kabulüne*” şeklinde karar verilmiştir.

Hayatın olağan akışına uygun olmadığı düşünülen durumlarda, istifanın birbirini destekleyen tutarlı delillerle birlikte geçerli kabul edilebileceği belirtilmiştir. Nitekim bu durum bir Yargıtay kararında⁹³⁷, “*işçinin işyerinden kendisinin ayrıldığı birbirini doğrulayan tutarlı delillerle işverence ortaya konulabilmiş değildir. İşyerinde 7 yıldan fazla çalışan bir işçinin aylık 500 Amerikan Doları ücretini ve kıdemine bağlı parasal hakları da geride bırakarak kendi isteğiyle işten ayrılması hayatın olağan akışına*

⁹³⁵ Yargıtay HGK, 22.10.1997, E. 1997/9-540, K. 1997/866: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹³⁶ Yargıtay 9. HD, 13.12.2018, E. 2015/27261, K. 2018/23166: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹³⁷ Yargıtay 9. HD, 16.12.2003, E. 2003/7941, K. 2003/22005: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

aykırıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Bu gibi hallerde de esasen Yargıtay normal durumun aksinden hareket ederek, herhangi bir gerekçe olmadan işçinin bütün alacaklarını geride bırakarak iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği, böyle bir olayda iş sözleşmesinin esasen işveren tarafından feshedilmiş sayılacağı yönünde bir görüş geliştirmiştir.

4.8.2. İstifa Dilekçesi

İşçi tarafından iş sözleşmesinin feshi m. 24 hükmünde yer alan sebeplerle haklı nedene bağlı olarak feshedilebileceği gibi, m. 17’de belirtilen bildirim sürelerine uyararak da feshedilebilir; işçinin bu fesih beyanına uygulamada istifa denilmektedir. İşçi tarafından imzalı istifa dilekçesi bulunsa dahi her koşulda bu belgeye itibar edilmemektedir. Yargıtay istifanın, işçinin gerçek fesih iradesi ürünü olup olmadığını belirlemek için, işçinin istifasına neden olan sebeplerin araştırılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Uygulamada ayrıca iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden sonra istifa dilekçesi düzenlendiği de görülmektedir. Bu durumda istifa dilekçesinin gerçek bir irade beyanına dayanmadığı, olayların kronolojik sıralaması içerisinde ortaya çıkacaktır⁹³⁸.

İstifa dilekçesi olarak düzenlenen belgeler, feshin işçi tarafından yapıldığını gösteren önemli bir güçlü delil olacaktır. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, istifa dilekçesinde işçinin imzasının bulunması gereklidir. Uygulamada, işe girmeden önce boş kağıda imza alınması gibi iradenin fesada uğratılması durumlarına sık sık karşılaşılmaması nedeniyle istifa dilekçelerinin dikkatlice değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay kararlarında⁹³⁹, *“işverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez”* denilerek, istifa dilekçelerine dikkatli yaklaşılması gereği vurgulanmaktadır. Böyle durumlarda istifa dilekçesine değer verilmeyip, feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Baskı uygulanarak veya başka sebeplerle iradesinin fesada uğratıldığını iddia eden işçi, durumu ispat etmelidir. Ancak olayların akışı içerisinde

⁹³⁸ “...Mahkemece, davacı tarafından imzalı istifa dilekçesinin 25.4.2011 tarihinde tanzim edildiği, işten ayrılış bildirgesinde ise 24.4.2011 tarihinde davacının çıkışının yapıldığının anlaşılması karşısında iş sözleşmesinin istifadan önce işveren tarafından sona erdirildiği, bu bağlamda istifa dilekçesine değer verilemeyeceği, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gerekçesiyle taleplerin kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır.” (Yargıtay 22. HD, 26.5.2015, E. 2014/8570, K. 2015/18388: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹³⁹ Yargıtay 22. HD, 12.12.2018, E. 2016/1824, K. 2018/26981: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

istifa dilekçesinin aslında geçerli olmadığı ya da işçinin sözleşmeyi feshetmekte haklı bir neden bulunduğu tespit edilirse, işçi feshe bağlı haklarına kavuşabilecektir⁹⁴⁰.

İstifa dilekçelerindeki tartışmalardan birisi, uygulamada sıklıkla görülen işçiden işe girmeden önce veya iş ilişkisi sırasında boşa imza alınıp sonrasında istifa dilekçesi olarak kullanılması halidir. Bu tür bir belgenin anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğunun ne şekilde ispat edileceğinin de ortaya konulması gerekir. Kendisinden boş kağıda imza alındığını iddia eden işçi ispatla yükümlü olacaktır. Fakat ispat faaliyetinde kullanacağı delillerin neler olabileceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Hukukumuzdaki genel kabule göre, bir kimseye imzalı boş belge veren kişi, belgenin aralarında geçen anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ancak başka bir kesin delille ispatlayabilecek; tanık deliline başvuramayacaktır⁹⁴¹. Ancak iş hukukunun yapısı gereği işçiden işe girerken alınan boş belgenin istifa dilekçesi olarak kullanılması, esasen işçinin çalışma hakkından feragat oluşturacaktır ki doğmamış bir haktan feragat geçersiz olacağı için söz konusu belgenin delil niteliği de bulunmayacaktır.

Bunun dışında, işçiden baskı veya hile ile alındığı iddia olunan belgelerde ise işçinin söz konusu olguları her türlü delillerle ispat etmesi mümkün olduğundan, bu yöndeki Yargıtay kararlarının da Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile uyumlu olduğu görülmektedir.

4.9. Haklı Nedenle Fesih İspat

Haklı nedenle feshin tanımı, İş Kanunu'nda yer almamakla birlikte; Kanun'da haklı nedenle feshe konu oluşturabilecek durumlar sayılmıştır. Haklı nedenle fesih, taraflara tek taraflı bir hukuki işlemle iş sözleşmesinin sona erdirmeye yetkisi sağlayan bir haktır. Böylece taraflar belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerini derhal sona erdirebileceklerdir⁹⁴². Dürüstlük kuralı gereğince artık sözleşmenin devamının taraflardan beklenemeyeceği durumda bu olağanüstü fesih yöntemine başvurulabilir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde, “*dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen*

⁹⁴⁰ “...Somut uyuşmazlıkta, dosya içeriğine göre, davacının kendi isteğiyle ayrıldığını belirttiği istifa dilekçesi ile 31 gün bayram mesaisi ve 381 saat fazla mesai ücretlerini talep ettiği, her iki taraf tanık anlatımları birlikte değerlendirildiğinde, davacının fazla çalışma yaptığı, genel tatil günlerinde çalıştığı, nitekim davadan sonra işverenin fazla mesai açıklamasıyla davacıya 3.211,55 TL ödeme yaptığı, davacının fesih sırasında ödenmeyen fazla mesai ücret alacağı bulunduğunun tartışmasız olduğu, hak edilen fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesinin 4857 Sayılı Kanun'un 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verdiği, olayların akışına göre davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından, davacının kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 9. HD, 6.12.2018, E. 2015/26862, K. 2018/22480: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁴¹ Özkes, (2002), 54.

⁹⁴² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 793.

bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır” denilerek, haklı sebep sayılabilmesinin temelini dürüstlük kuralına dayandırdığı görülmektedir. Haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi için devam eden bir iş sözleşmesinin varlığı, haklı bir neden ve fesih beyanının bir arada bulunması gereklidir⁹⁴³.

Haklı bir nedenle iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işçi veya işveren, karşı tarafa fesih iradesini bildirmelidir. Çünkü her ne kadar haklı bir nedenle iş sözleşmesini feshetme hakkı ortaya çıkmış olsa da, fesih hakkına sahip olan işçi veya işveren iş sözleşmesinin devam etmesini isteyebilir⁹⁴⁴.

Kanunumuzda haklı nedenle feshe ilişkin iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Bunlardan biri işçi tarafından, diğeri ise işveren tarafından yapılan haklı nedenle feshe ilişkindir. Bu sebeple ispat yükünün kime ait olduğunu ve ne tür delillerin ispat faaliyetinde kullanılacağını ayrı olarak incelemek gerekecektir. Ancak genel olarak, haklı nedenle iş sözleşmesini fesheden işçi veya işveren her türlü delilden yararlanarak haklı nedenin varlığını ispat edebilecektir⁹⁴⁵.

4.9.1. İşçi Tarafından Haklı Nedenle Fesih

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı, İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'a göre, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve zorlayıcı nedenler, işçi tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde haklı neden olarak düzenlenmiştir. Kanunla gösterilen sebeplerin dışında gerçekleştiren fesih, iş ilişkisini sona erdirmesine rağmen haklı sebep sayılmayacaktır⁹⁴⁶.

4.9.1.1. Sağlık sebepleri

İş Kanunu m. 24/I'e göre, işçi, sağlık nedenlerine dayanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Bu durumda ispat yükü kendi lehine hak elde edecek olan işçiye aittir⁹⁴⁷. Maddede hastalığın bulaşıcı ve ağır bir hastalık olması halinde, hastalık tehlikesinin bulunması gerekmediğine dikkat edilmelidir⁹⁴⁸. Ayrıca bulaşıcılık ve ağır olma koşulu bir arada bulunmalıdır. Zira grip gibi bulaşıcı, ancak ciddi olmayan bir hastalık, fesih için haklı neden oluşturmayacaktır.

⁹⁴³ Tunçomağ, K., Centel, T. (2008). *İş Hukukunun Esasları*. Ankara: Beta Yayınları, 205-206.

⁹⁴⁴ Tunçomağ, Centel, (2008), 219; Mollamahmutoğlu, (2008), 595.

⁹⁴⁵ Baysal, U. (2011). *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8.

⁹⁴⁶ Günay, (2013), 546.

⁹⁴⁷ Kılıçoğlu, (2011), 200.

⁹⁴⁸ Süzek, (2017), 715.

İşçi, ispat yükünü yerine getirirken doktor raporunu delil olarak kullanabilecektir. Doktor raporlarında hastalığın tespiti yapıp, ayrıca işçinin iş yerinde çalışmasının sağlığına zarar vereceğinin de belirlenmesi lazımdır. Aksi halde işi görme edimini yerine getirmesine engel bir hastalık olmadığı durumda haklı nedenle fesih hakkı kullanılamayacaktır. Nitekim bir Yargıtay kararında da, “*Dosya içinde bulunan 14.3.1997 tarihli kulak burun boğaz mütehassısı hekim tarafından düzenlenen raporda işyerindeki çalışma düzenini sağlığa zarar verecek ve bu arada kulakta rahatsızlığa yol açacak düzeyde bulunmadığı*” doktor raporlarıyla tespit edilmiştir⁹⁴⁹. Bu konuda verilen doktor raporlarının çelişkili olması durumunda ise mahkeme tarafından belirlenecek bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti seçilerek, farklı hastanelerden alınan raporlar arasındaki çelişki giderilmeye çalışılır⁹⁵⁰.

4.9.1.2. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri

Haklı nedenle feshe ilişkin en genel kapsamlı sebep ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerdir. Zira Kanun’un 24. maddesinde sınırlı şekilde sayılmamış “ve benzerleri” denilerek, maddede sayılan durumlara nitelik olarak benzeyen hallerin de haklı nedenle feshe sebep olabileceği kabul edilmiştir⁹⁵¹.

İş Kanunu m. 24/II-a’ya göre, işveren iş sözleşmesinin kurulmasındaki görüşmelerde (culpa in contrahendo) hileli davranarak sözleşmenin esaslı noktalarıyla alakalı işçiyi yanıltırsa⁹⁵², işçi sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olur. Fakat yanılgının, işveren tarafından yahut onun bilgisi dâhilinde üçüncü kişi tarafından yapılması gerekir. İşverenin, iş sözleşmesinin yapıldığı sırada, esaslı noktalar üzerinde işçiyi yanılttığı ileri sürülürse ispat, genel ispat kuralları gereğince, işçinin üzerinde olacaktır⁹⁵³.

İş Kanunu m. 24/II-b’ye göre, işveren veya işveren vekili tarafından bentte sayılan davranışlarda bulunulması haklı nedenle feshe sebep olur. Dikkat edilmesi gereken nokta söylenen sözlerin veya yapılan fiillerin ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi gerekmediği gibi, yüzüne karşı veya gıyabında yapılmış olması fark etmez⁹⁵⁴. Bentte sayılan vakıaların gerçekleştiğini işçi ispat etmek zorundadır. İş Kanunu m. 24/II-c ve d

⁹⁴⁹ Yargıtay 9. HD, 10.2.1998, E. 1997/17738, K. 1998/1261: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁵⁰ “...*Davacı işçinin sözleşmesinin feshinin anılan maddeye uygun olup olmadığı anlaşılabilmesi için birbiriyle çelişkili raporların üç kişilik bir bilirkişi heyeti oluşturularak düşüncelerinin sorulup, alınacak olan raporda değerlendirilmek suretiyle ile hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir.*” (Yargıtay 9. HD, 10.2.1998, E. 1997/17738, K. 1998/1261: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁵¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 821.

⁹⁵² Çil, Ş. (2004). *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 456; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 821.

⁹⁵³ Özdemir, (2006), 328-329.

⁹⁵⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, (2014), 822-823.

bendinde gerçekleşen vakıaların ispatı, işçi tarafından yapılmalıdır. İş Kanunu m. 24/II-e bendinde haklı nedenle fesih oluşturan hallerde, ücretin ispatı noktasında yaptığımız açıklamalar burada geçerli olacaktır. Ücret ve eklerinin ödendiğinin ispatı işveren tarafından yapılmalıdır. İşçi, ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini feshettiğinde, işveren ücreti ödediğini ispat ederek feshin haklı nedene dayanmadığını kanıtlayabilecektir. İş Kanunu m. 24/II-f'deki, sözleşmede belirtilen çalışma koşullarının uygulanmadığı hallerde, çalışma koşullarında değişikliğe anlattığımız ispat yükü ve kullanılan deliller aynı şekilde geçerli olacaktır.

4.9.1.3. Zorlayıcı sebepler

Zorlayıcı sebepler, iş yerinde işin durmasına yol açarak işçiye haklı nedenle fesih hakkı verir⁹⁵⁵. İşletmedeki hammadde eksikliği, makine ve ekipman güçlüğü, piyasadaki talep azlığı gibi sebepler zorlayıcı sebep olarak sayılmayıp, iş yerinde yangın, su baskını, deprem gibi mücbir sebepler ile iş yerinin idari mercilere kapatılması, ithalat yasağı gibi sebepler iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep olabilecek zorlayıcı nedenlerdir⁹⁵⁶.

İşçinin işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmasını engelleyen zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda, ispat yükü işçi üzerinde olacaktır. Zorlayıcı sebep dolayısıyla feshin gerçekleştirildiği ispat edebilmek için, zorlayıcı hal her türlü delille ispat edilebilecektir⁹⁵⁷. Zira belirttiğimiz gibi zorlayıcı haller genel olarak mücbir sebepler gibi fiili duruma dayanmaktadır. Fiili durumların ispatı da her türlü delille yapılabileceğinden, zorlayıcı sebeplerin ispatının her türlü delile başvurarak gerçekleştirilebileceği söylenebilir.

Sonuç olarak, işçinin haklı nedenle fesih nedenlerinin her biri fiili davranışın ispatı niteliğinde olması nedeniyle, fesih nedenlerini işçi her türlü delille ispat edebilecektir ki, söz konusu maddi vakıaların ispatında da Yargıtayın bazı hallerde (cinsel taciz, mobbing gibi) işçi lehine fiili karinelere hareket ettiği görülmektedir. Bu yönüyle iş hukuku ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulaması arasında ispat hukuku bakımından herhangi bir çelişki bulunmamaktadır.

⁹⁵⁵ Günay, (2013), 544.

⁹⁵⁶ Günay, (2013), 545.

⁹⁵⁷ Özdemir, (2006), 330.

4.9.2. İşveren Tarafından Haklı Nedenle Fesih

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı, İş Kanunumuzun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'a göre, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller, zorlayıcı nedenler ve işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim süresini aşması, işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde haklı neden olarak düzenlenmiştir. Bu sebepler gerçekleştiği takdirde belirsiz süreli iş sözleşmeleri bildirim sürelerine uyulmadan, belirli süreli iş sözleşmeleri de süresi gelmeden derhal feshedilebilir.

İşverenin iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshettiği hallerde ispat yükü, işverene düşer⁹⁵⁸. Genel ispat kurallarımız düşünüldüğünde de, iş sözleşmesinin devamı normal durum olduğuna göre, iş akdinin haklı nedenle feshi öne sürülüyorsa fesih sebebinin ortaya çıktığını ve bu durumun iki taraf açısından katlanılamayacak olduğunu işveren ispatlamalıdır⁹⁵⁹. İşveren tarafından feshin haklı nedene dayalı olarak yapıldığı ispat edilse bile işçi haklı nedene değil, başka bir nedene dayandığını ispat ederek feshin geçersizliğine sebep olabilecektir⁹⁶⁰.

İşçi fesih hakkının kötüye kullanılması sonucu işten çıkarıldığını iddia ediyorsa iddiasını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, asıl olan iyi niyetin varlığıdır ve iyi niyetin aksini iddia eden işçinin iddiasını ispatla yükümlü olması gerekecektir⁹⁶¹. Ancak fesih hakkının kötüye kullanıldığı yahut iyiniyetle yapılmadığı iddiaları aslında işverenin niyetini ortaya çıkarmakla alakalı bir husustur. Genel kabule göre hukukumuzda ispatın en zor olduğu vakıalar iyi niyetin aksinin ispat edilmesi halleridir. İşçinin işverene göre delil elde etme güçlüğü içerisinde bulunduğu da kabul edilirse, feshin kötü niyetle yapıldığını ispat oldukça zor olacak ve davaların işçi aleyhine sonuçlanmasına sebep olacaktır. Kanun koyucu ise bazı fesih hallerinde özel düzenleme getirerek işçinin zor durumunu hafifletmek istemiştir.

4.9.2.1. Sağlık sebepleri

İşçinin, kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu nedenle doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir (İK m. 25/I-a).

⁹⁵⁸ Kılıçoğlu, (2011), 200.

⁹⁵⁹ Süzek, (2017), 740.

⁹⁶⁰ Bulut, A. (2016). *Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 165.

⁹⁶¹ Süzek, (2017), 565.

Buradaki işçinin sakatlığa veya hastalığa sebep olan olay, işçinin kusuruyla meydana gelmelidir⁹⁶².

İş Kanunu m. 25/I-b bendinde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte hastalığa tutulduğunun ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması sonucu haklı nedenle fesih yapılabilir. Bu bentte m. 25/I-a'dan farklı olarak, işçinin kusuruyla hastalığa yakalanması gerekmemektedir.

Sağlık nedenleriyle haklı nedenle fesihte fesih sebeplerini, genel kurallara uygun olarak, işveren ispat etmelidir. İşveren işçinin 25. maddenin “a” bendinde yer alan hallerde devamsızlığın varlığını ve maddede yer alan kast, içkiye düşkünlük veya derli toplu olmayan yaşayışını vakıalarının ayrıca ispatı gerekir⁹⁶³. İşveren ispat yükünü yerine getiremez ve bu vakıaları ispat edemezse, işçinin sağlığındaki problemlerin kusurundan kaynaklanamaması dolayısıyla “a” bendine dayanılamayıp, şartları varsa devamsızlıkla alakalı diğer hükümlere dayanılarak haklı nedenle fesih gerçekleştirilebilir.

4.9.2.2. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri

İş Kanunu m. 25/II'de ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller sınırlı şekilde değil⁹⁶⁴, örnekleyici olarak sayılmıştır. Maddede yer alan “ve benzerleri” ifadesiyle fesih sebepleri genişletilmiştir. Bu nedenle haklı nedenle fesih hallerinde, somut olaya göre değerlendirme yapılarak maddenin kapsamı içinde kalıp kalmadığına karar verilebilecektir⁹⁶⁵.

⁹⁶² Özcan, D. (2013). *İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 32.

⁹⁶³ Yüksel, S. R. (2013). "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde İspat". *İstanbul Barosu Dergisi*, 87 (6), 112.

⁹⁶⁴ “İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığını taşıyan 25.maddenin 2.fikrasına göre; “ *Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması. b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması. c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması. d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması. e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması. f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi. g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi. h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi. ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.”*

⁹⁶⁵ Örnek olarak, işçinin yangın tehlikesi sebebiyle sigara içmenin yasak oldu yerde kurala aykırı davranışlar sergilemesi, iş güvenliği ve sağlığı açısından alkol testinin zorunlu olmasına rağmen testi kabul etmemesi, işverenin hukuka uygun olarak kendisinin veya bir başkasının üstün yararını koruma amacıyla yapılan

İşvereni esaslı vasıflar hakkında yanılma, işveren veya aile üyelerinden birine şeref ve namusuna dokunacak sözler söylenmesi, davranışlarda bulunulması veya şeref ve haysiyet kırıcı ağır isnatlarda bulunulması, işverenin başka işçisine cinsel tacizde bulunulması, işçinin başka işçisine sataşılması, işyerine sarhoş gelinmesi, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunulması, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlenmesi, devamsızlık yapılması, görevlerinin hatırlatılmasına rağmen yapılmaması, iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi gibi haller m. 25/II'de sayılan haklı nedenle fesih halleridir. İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi dışında kalan sebepler, işçinin sadakat borcuna aykırı davranışlar olarak nitelendirilebilecektir⁹⁶⁶.

Genel olarak ispat kuralları düşünüldüğünde, haklı nedenle feshe başvuran işverenin, haklı nedenin varlığını ispat etmesi gerekecektir⁹⁶⁷. Ancak iş yargılamasında yer alan karineler, ispat faaliyetinin farklılaşmasına sebep olabilmektedir. Zira haklı nedenle feshe ilişkin her durumda işverenin ispat yükünü üzerinde taşıdığı doğru bir ön kabul olmayacaktır. Mesela, yasadışı greve katılan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde işveren grevin yasadışı olduğunu ve işçinin grevde olduğunu ispat etmesi gerekecekken, işyerinde faaliyetin tamamıyla durmasına neden olacak grevin varlığı halinde, işçi greve katılmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır⁹⁶⁸.

İşverenin haklı nedenle feshine sebep olan ahlak ve iyiniyet hallerine uyulmaması sebebiyle iş sözleşmesini feshedilmesi halinde ispat, her türlü delille gerçekleştirilebilecektir. Ancak bazı hallerde ayrıca tutanak gibi yazılı belgelerin bulunması gerekmektedir.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında yer alan, İş Kanunu m. 25/II-a'da, işçinin işvereni yanılması yalnızca aktif bir hareket olarak değerlendirilmemeli, işçinin sözleşme kurulduğu sırada esaslı noktalar hakkında söylemesi gerekeni söylememesi ve suskun kalması da madde kapsamında kabul edilmelidir⁹⁶⁹. İşçinin yaptığı işin yerine getirilmesinde önemli olan noktalar dışında sözleşme kurulurken hamileliğine veya sendika üyeliğine ilişkin sorulara doğru cevap vermemesi feshi haklı kılmaz⁹⁷⁰. Zira

müdahalelerin işçi tarafından karşı konulması halleri haklı nedenle feshe konu oluşturabilecektir (Yüksel, (İspat), 114).

⁹⁶⁶ Yüksel, (İspat), 113.

⁹⁶⁷ Yüksel, (İspat), 114.

⁹⁶⁸ Yüksel, (İspat), 114-115.

⁹⁶⁹ Özcan, (2013), 35.

⁹⁷⁰ Özcan, (2013), 35.

işverenin işin niteliğiyle alakalı olmayan bu tip soruları sormasının ayrımcılık temeline dayandığı düşünülebilir. Ancak vurgulanması gereken husus her somut olaya göre değerlendirme yapmak gerektiğidir. Zira röntgen teknisyeni olarak çalışacak bayanın hamile olduğunun bilinmesi işin niteliği gereği esaslı bir unsur olacağından işverenin yanılması haklı nedenle feshe sebep olacaktır.

İş Kanunu m. 25/II-g hükmünde, işçi çalışması gereken günlerde mazeretsiz ve izinsiz devamsızlık yaparsa işveren açısından haklı fesih sebebi oluşacaktır. Zira işverene olan iş görme ediminin yerine getirilmemesi nedeniyle, işverenin işçinin işgücünden yararlanma olanağı bulunmayacaktır⁹⁷¹. İşveren işçinin devamsızlık yaptığını ve devamsızlığın kanunda belirtilen süreleri aştığını ayrıca ispat etmelidir. Nitekim Yargıtayın, “*haklı fesih sebebini işverenin ispat etmesi gerekir. Bu konuda ispatla davacının yükümlü tutulması isabetli değildir*” şeklinde görüşü mevcuttur⁹⁷². Buna karşılık işçi, devamsızlığını izinli olmasına, zorlayıcı sebebin bulunmasına, sağlık sorunu yaşamasına veya devamsızlığın süresinin Kanun’da belirtilen süre kadar olmamasına dayanarak, feshin haklı nedene dayanmadığı ispat edebilir.

Devamsızlığın ispatı, iş hukukuna özgü belgeler kısmında bahsettiğimiz gibi devamsızlık tutanakları ve tutanak tanıklarının beyanlarına dayanarak yapılabilir⁹⁷³. Nitekim Yargıtay devamsızlığın tutanakla ispatı gerektiği düşüncesindedir⁹⁷⁴. Devamsızlık tutanaklarının feshin geçerliliğini ispat edebilmesi için, devamsızlık yapılan her güne ait olarak ayrı ayrı tutulmuş olması, fesihden sonraki bir tarihte olmaması ve üzerinde yazılan tarihin anlaşılabilir olması gerekir⁹⁷⁵. Devamsızlık ayrıca tutanak, işyeri kayıtları, işe giriş çıkış sistemleri, imza föyleri gibi delillerle de ispat edilebilecektir. Ancak bu deliller ispat vasıtası olarak kullanılmak istenildiğinde, işverenin belgeler üzerinde kontrol ve düzenleme gibi yetkilerinin olduğu göz önüne alınarak devamsızlığın ispatı için diğer delillerle de desteklenmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁷⁶. Yargıtay işçinin sağlık nedenlerine bağlı olarak devamsızlık yaptığının ispatı için hastalığın tıbbi bilgi gerektirmesi dolayısıyla doktor raporundan yararlanılması gerektiği belirtilmiş, sağlık nedenine dayalı hallerin tanık ile ispat edilemeyeceği savunulmuştur⁹⁷⁷.

⁹⁷¹ Yüksel, (İspat), 119.

⁹⁷² Yüksel, (İspat), 121.

⁹⁷³ Özcan, (2013), 42.

⁹⁷⁴ Yüksel, (İspat), 120.

⁹⁷⁵ Özcan, (2013), 42.

⁹⁷⁶ Yüksel, (İspat), 123; Özdemir, (2006), 312.

⁹⁷⁷ Yüksel, (İspat), 121-122.

İş yargılamasında sıklıkla karşılaştığımız “hayatın olağan akışı” ölçütü, devamsızlık halinin ispatında da yer alacaktır. Yüksek kıdeme sahip birinin, herhangi bir mazereti olmadan ve izinsiz olarak devamsızlık yapıp, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep olması olası görülmemektedir. Zira haklı fesih sonucunda işçilik alacaklarına hak kazanamayacaktır. Bu hallerde sunulan delillere şüpheyle yaklaşılmaması gerekecektir.

İş Kanunu m. 25/II-h’ye göre, işçinin kendisine verilen görevleri yapmaması makul gerekçelere dayanmıyorsa, bu durum haklı nedenle feshe konu olacaktır. Görevi yapmama halinin haklı feshe konu oluşturabilmesi için işçinin yapması gereken görevler sözlü, yazılı veya elektronik posta yoluyla kendisine hatırlatılmalıdır⁹⁷⁸. Ancak hatırlatma yazılı şekilde yapıldığı takdirde işveren açısından ispat kolaylığı sağlanmış olacaktır⁹⁷⁹.

İşçinin görevlerini yapmaması dolayısıyla fesih gerçekleştirildiğinde, işçinin kendisine görevinin hatırlatılmadığına dair uyuşmazlık bulunması halinde, işveren usulüne uygun olarak hatırlatma yaptığını ispat yükünü taşımakta olup, her türlü delille iddiasını ispat edebilecektir⁹⁸⁰. Ayrıca Yargıtay, “ işyerinde tutulan tutanak içeriğinden, dinlenen tanık anlatımlarından davacının ödevli bulunduğu halde hatırlatılan hangi görevleri yapmadığı somut olarak belirlenmiş değildir... Bu kadar genel ve soyut içerikli tutanağa dayanarak hizmet sözleşmesinin feshine gidilemez...” şeklindeki kararıyla, görevin açık bir şekilde ve somut olarak belirlenerek hatırlatılması gerektiğini vurgulamıştır⁹⁸¹.

İş Kanunu m. 25/II-ı’ya göre, açılacak haklı nedenle fesih davalarında, işçinin işvereni zarara uğrattığının ispatı işveren tarafından yapılacaktır. İşveren, işçinin sebep olduğu zararın otuz günlük ücretiyle ödenemeyeceğini ispat etmeli, buna karşı işçi ise kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir⁹⁸². İşçinin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti uzman teknik bilirkişilere yaptırılacaktır⁹⁸³.

4.9.2.3. Zorlayıcı sebepler

İşverenin haklı nedene dayalı olarak derhal sözleşmeyi feshetmesini sağlayan zorlayıcı nedenler, işçinin şahsıyla ilgili olup işçinin iş yerinde çalışmasını engel olan sebeplerdir⁹⁸⁴.

⁹⁷⁸ Özcan, (2013), 42.

⁹⁷⁹ Yüksel, (İspat), 123.

⁹⁸⁰ Özcan, (2013), 43; Yüksel, (İspat), 123-124.

⁹⁸¹ Yüksel, (İspat), 124.

⁹⁸² Arslan, S. (2014). "Yargıtay Kararları Işığında ‘İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması’ Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72 (2), 55.

⁹⁸³ Yüksel, (İspat), 118.

⁹⁸⁴ Günay, (2013), 564.

Örnek olarak, su baskını, kar yağışından dolayı yolların kapanması sebebiyle işçinin iş yerine gelemediği haller, işçinin şahsıyla ilgili zorlayıcı nedenler olarak görülmektedir⁹⁸⁵.

Zorlayıcı sebebin ispatında işveren işçinin devamsızlığını, işçi ise devamsızlığın zorlayıcı nedene dayandığını ispat etmelidir⁹⁸⁶.

4.9.2.4. İşçinin gözaltına alınması ve tutuklanması

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması, haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaktadır. Gözaltına alınma veya tutuklanma sebebiyle devamsızlığın aşılması halinde ispat, işveren tarafından gerçekleştirilmelidir. Bu durumda sadece devamsızlığın Kanun'da belirtilen süreleri aştığının ispatı yeterlidir⁹⁸⁷.

4.9.3. Haklı Nedenle Feshin Süresinde Yapıldığının İspatı

İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine göre, işçi veya işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih hakkının *“iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde filin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl”* içerisinde kullanılması gerekmektedir (İK m. 26). İşçinin maddi çıkar sağladığı durumlarda bir yıllık sürenin uygulanmayacağını Kanun ayrıca belirtmiştir.

İş sözleşmesinin süresinde feshedilip edilmediği mahkeme tarafından inceleme konusu yapılacaktır. Doktrinde bir görüşe göre, feshi süresinde yaptığını öne süren taraf bunu ispatla yükümlü olacaktır. Hayatın olağan akışına aykırılığı ileri süren ispat yükünü üzerinde taşısa da, işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiğinde, feshi süresinde yaptığını ispat yükü işverenin üzerinde olacaktır⁹⁸⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, işveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde, feshin süresinde yapılmaması dolayısıyla menfaat sağlayacak kişi işçi olduğundan, fesih süresinin geçirildiğini iddia eden işçi sürenin geçirildiği ispat ederek, fesih hakkının kullanılmasına engel olabilecektir⁹⁸⁹.

Kanaatimizce, iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde ispat yükünü belirlemek önem arz etmeyecektir. Zira maddede belirtilen süreler hak düşürücü sürelerdir ve bu sürelerin mahkeme tarafından resen araştırılması gerekir.

⁹⁸⁵ Günay, (2013), 564-565.

⁹⁸⁶ Yüksel, (İspat), 124.

⁹⁸⁷ Yüksel, (İspat), 125.

⁹⁸⁸ Günay, (2013), 569-570.

⁹⁸⁹ Kılıçoğlu, (2011), 204.

4.10. Sendikal Nedenle Fesihte İspat

İşçinin sendikaya üye olması, olmaması veya sendikal faaliyete katılması sebebiyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilememesi 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Kanunu ile korunmuş ve bunun ihlali yaptırıma bağlanmıştır⁹⁹⁰. İş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın işçinin sendikal ayırım yapılarak iş sözleşmesi feshedildiğinde, bir yıllık ücretinden az olmamak şartıyla işverene sendikal tazminat ödeme yükümlülüğü getirilir⁹⁹¹. Zira işçilerin sendikal özgürlükleri güvence altına alınmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m. 25/6 hükmünde, “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Örneğin, iş sözleşmesi feshedildiğinde fesih sebebini devamsızlık veya görevinin gereklerini yerine getirmemeye dayandırılması ve ispatlanmasına rağmen gerçek fesih sebebinin sendikal nedenlere dayandığını iddia eden işçi ispat yükünü üzerine alacaktır⁹⁹².

Yukarıda anılan madde gerekçesinde belirtildiği gibi, sendikal nedenin ispat edilmesi, fesih ve diğer ayrımcılık hallerinden farklı şekilde düzenlenmiştir. Sendikal fesih durumunda üzerine ispat yükü düşen işveren, feshin makul ve meşru nedenlere dayalı olduğunu ispat etmeye çalışacak yoksa feshin sendikal nedene dayanmadığı gibi ispatı zor menfi bir durumu doğrudan ispat etmesi beklenemeyecektir⁹⁹³. Ayrıca işverenin, fesih nedeninin geçerli ya da haklı nedene dayandığını ispatı etmesi zorunlu olmayıp, sadece fesih nedenini ispat etmesi yeterli kabul edilecektir⁹⁹⁴.

İşçinin sendikal nedenle fesih yapıldığı iddiası, aslında işverenin iyiniyetli olmadığı ve feshin arkasında yatan gerçek saikin doğru olmadığı anlamına gelir⁹⁹⁵. İşçinin feshin sendikal nedene dayandığını iddiası, işverenin gerçek amacının ortaya konulması anlamına geldiğinden, oldukça zor olacaktır. Zira feshin sendikal nedenle yapıldığı sadece tanık ifadelerine dayanarak ispat edilemeyeceğinden, başka delillerle iddiasını güçlendirmesi

⁹⁹⁰ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 193-194.

⁹⁹¹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 194.

⁹⁹² Bulut, (Sendikal Güvenceler), 165.

⁹⁹³ Kılıçoğlu, M. (2013). *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu*. Ankara: Bilge Yayınevi, 195.

⁹⁹⁴ Kılıçoğlu, (2013), 195.

⁹⁹⁵ Tiryaki, H. (2017). *İşe İade Davalarında Geçerli ve Geçersiz Nedenler*. Ankara: Bilge Yayınevi, 448.

gerekir⁹⁹⁶. Dolayısıyla, ispatın aşırı güç olduğu durumlara ilişkin ilkelerin burada da uygulanarak, ispat yükünün kolaylaştırılması ve sendikal nedenle feshine dair emarelerin ortaya konulması yeterli görülmekte ve sendikal fesih dışında nedenlere dayandığını ispat yükü işverene bırakılmaktadır⁹⁹⁷. Ancak feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasında, fesih ve sendikal nedenle illiyet bağı kurulması gerektiği için işçi aradaki bağlantıyı ispatla yükümlü olacaktır⁹⁹⁸.

Uygulamada ise sendikal fesih karinesi şeklinde iş hukukuna özgü fiili bir karineye dayanarak işçinin lehine ispat kolaylığı sağlanmaktadır. Sendikal fesih karinesi, “işverenin görünüşteki fesih karinesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakimin çıkardığı sonuç” olarak tanımlanmaktadır⁹⁹⁹. Örneğin, işçinin sendikaya üyelik sonrasında işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçi olayların sıralamasını ispat ettiği takdirde işveren aleyhine olarak fiili karine uygulanacaktır. Bu durumda işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁰⁰⁰. Mahkeme, “sendikal ve sendikasız işçi sayısının, işten çıkarılanların adedi ile bunlardan istifade eden olup olmadığının, istifa edenlerin işyerinde çalışmaya devam edip etmediğinin, sendikalarca yetki tespitinde bulunup bulunmadığının ve bulunmuşsa neticesinin, davacının yaptığı işe yeni işçi alınıp alınmadığını” sendikal fesih karinesi çerçevesinde değerlendirerek hüküm verilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁰¹. Bu hallerde feshin sendikal nedene dayandığına dair karinenin aksini işverenin ispat etmesi gerekecektir.

Ayrıca Yargıtay, işçinin üzerinde bulunan ispat yükünü kolaylaştırma amacıyla bazı ölçütler belirlemiştir¹⁰⁰². Buna göre:

“... sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde

⁹⁹⁶ Tiryaki, (2017), 448.

⁹⁹⁷ Baştürk, F. (2009). "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (22), 603.

⁹⁹⁸ Baştürk, (2009), 603.

⁹⁹⁹ Baştürk, (2009), 609.

¹⁰⁰⁰ Süzek, (2017), 566.

¹⁰⁰¹ Baştürk, (2009), 607.

¹⁰⁰² Ocak, U. (2013). *İşçilik Alacakları*. Ankara: Kalkan Matbaa, 1341; Yargıtay 9.H.D, 09.09.2015, E.17470, K.25124 (Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 196).

önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir”.

Sendikal sebeplerle fesihlerde, tanık ifadelerini güçlendirir nitelikte iş müfettişi raporları, iş yeri bilançosu, fesih tarihinden önce sendikalı ve sendikasız kaç işçinin çıkarıldığına dair veya yeni işçi alımına dair bilirkişi raporları, iş yerinde keşfin yapılması gibi deliller ispat faaliyetinde kullanılabilir¹⁰⁰³.

Sendikal nedenlerle fesih yapıldığının ispatı dışında, sendikal ayrımcılığın yapıldığının ispat yükü de işçidedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Kanunu'nun m. 25/7 hükmünde, *“Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur”*, ifadesine yer verilmiştir. Böylece 6356 sayılı Kanun ile birlikte fesih şeklinde sendikal fesih ve diğer sendikal ayrımcılık halleri açısından farklı ispat yükü kurallarının getirildiği söylenebilir¹⁰⁰⁴. Maddede yer alan *“güçlü biçimde gösteren”* kavramı, sendikal ayrımcılık yapıldığına dair karine bulunması hali şeklinde ifade edilebilir ve aksini ispat yükü işverene ait olur¹⁰⁰⁵.

İşverenin saikinin ortaya konulması işçi açısından oldukça zor olduğundan kanunda ispat yükü kolaylaştırılarak, İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşitlik ilkesine aykırı hallerde olduğu gibi tam ispatın aranmayıp, ilk görünüş ispatının yeterli kabul edildiği görülmektedir¹⁰⁰⁶. Başka bir ifadeyle, sendikal ayrımcılığın ispatının oldukça güç olması sebebiyle olayların ortaya konularak hakimde hayatın olağan akışında ayrımcılık sebebinin sendikal nedenlere dayandığına dair kanaatin oluşturulması yeterli kabul edilecektir¹⁰⁰⁷.

4.11. Geçerli Nedenle Fesih

Geçerli nedenle fesih, haklı neden kadar ağır olmamasına rağmen, işçinin şahsından veya işletmeden doğan sebeplerle iş görme ediminin öngörüldüğü şekilde yerine getirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan fesihtir. Bir diğer ifadeyle, haklı nedenle feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan ancak işyerinde olumsuzluklara sebep olunması ve işverenin güven

¹⁰⁰³ Baştürk, (2009), 608.

¹⁰⁰⁴ Bulut, (Sendikal Güvenceler), 228.

¹⁰⁰⁵ Kılıçoğlu, (2013), 197.

¹⁰⁰⁶ Bulut, (Sendikal Güvenceler), 228.

¹⁰⁰⁷ Bulut, (Sendikal Güvenceler), 229.

duygusunun sarsılmasına sebep olan hallerde geçerli nedenle feshе başvurulabilir¹⁰⁰⁸. Geçerli fesih sebepleri, m. 25'te yer alan sebepler kadar ağır nitelikte olmamakla birlikte işin ve iş yerinin normal seyrini etkileyen sebeplerdir¹⁰⁰⁹.

Geçerli nedenle fesih, iş güvencesine tabi işçiler için kullanılabilen bir fesih türüdür. Geçerli nedenle feshin kullanabilmesi için İş Kanunu m. 18'de yer alan, "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi" bulunması gerekir. Ayrıca maddede belirtilen şartları taşısa bile, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden, işçiyi işten çıkarma ve işe alma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesi kapsamına dahil edilmez¹⁰¹⁰.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olmasıyla alakalı uyumsuzluk bulunuyorsa ilk olarak iş güvencesi şartlarının bulunduğu ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanılması gerektiğinin ispatı gerekir. Bu durumda ispat yükünün kimin üzerinde olduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır. Birtakım yazarlar, bu durumun işçi tarafından ispat edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰¹¹. Hatta iş sözleşmesinin feshinin ispatının gerçekleştirilebilmesi için başta iş sözleşmesinin mevcut olduğu, feshе karşı koruma altında olan işyerinde çalışıldığı, fesih bildiriminde bulunulduğu, feshin geçerli sebebe dayanmadığı yahut sebep gösterilmediğini ispat yükü genel olarak işçi üzerinde olduğuna dair görüşler bulunmaktadır¹⁰¹². Aksini savunan görüş ise, işyerine 30 işçi çalışmasının ispatı, çalışan tüm işçilerin kayıtlarını tutan ve bildirimlerini yapan işverene ait olduğu düşüncesindedir¹⁰¹³. Zira işverenin hakimiyetinde bulunan belge ve kayıtlarla ispatın mümkün olduğu durumlarda, işçi ispat zorluğu çekeceğinden ispat yükünün işçi üzerinde bırakılmasının adil bir durum oluşturmayacağı savunulmaktadır¹⁰¹⁴.

Yargıtay, işe iade davalarında iş güvencesi şartlarının resen araştırılacağı görüşündedir¹⁰¹⁵. Bu durumda ispatsızlığın riskinin işçi veya işverene ait etmeyip, tüm delilleri

¹⁰⁰⁸ Özcan, (2013), 32.

¹⁰⁰⁹ Kalkan, A. (2018). "İş sözleşmesinde Fesih Halleri". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 299.

¹⁰¹⁰ Çelik, Ç. (2007). *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 34.

¹⁰¹¹ Özdemir, (2006), 293, d.pn. 963.

¹⁰¹² Özekes, M. (2004). "İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 490.

¹⁰¹³ Kar, (2005), 1007-1008.

¹⁰¹⁴ Özdemir, (2006), 293.

¹⁰¹⁵ Bkz: Aşit, R. (2017). "İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (2), 442.

değerlendirerek iş güvencesi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında kesin sonuca varılacaktır¹⁰¹⁶. Başka bir ifadeyle, feshe karşı koruma altında olan iş yeri olma koşulları mahkemece araştırılacaktır.

İş güvencesine tabi olma koşullarının resen araştırılması öngörüldükten sonra, feshin geçerli nedenle yapıldığının ispat yükünün kime ait olduğu belirlenmelidir. Geçerli nedenle fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bazı sebeplerle bildirim yapılarak sona erdirilmesidir. Normalde bildirim sürelerine uyularak belirsiz süreli iş sözleşmesi m. 17'ye göre feshedilebilecekken, m. 18'e göre iş güvencesine tabi işçilerin belirsiz süreli olan sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmaktadır. 1994 yılında imzalanan 158 sayılı ILO sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye kararında belirtilen "iş güvencesi" kavramı hukukumuzda yerini aldıktan sonra¹⁰¹⁷, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda yer alan taraflar açısından eşit olan fesih düzenlemesi, işçi lehine değiştirilmiş, sözleşmeye bağlılığın ana kural olduğu ve feshin son çare olduğu iş güvencesi sistemine geçilmiştir. Artık iş ilişkisinin devamı önemli ve makul sınırlar çerçevesinde beklenemeyecek ise fesih geçerli sayılır¹⁰¹⁸.

Geçerli neden, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından yahut işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanmalıdır. İşletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeniyle fesih, ekonomik güçlüklerin yaşanması, teknolojik ilerleme olması veya yeniden yapılanma gerekliliği sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda işveren, yeni iş gücü uyarlamasına giderek, geçerli nedenle belirsiz süreli iş sözleşmelerini feshedebilir¹⁰¹⁹. İşçinin davranışından kaynaklanan sebepten dolayı fesihte işçinin kusurunun varlığı gerekmekte ise de yetersizliğinden dolayı fesihte kusurlu olması gerekmemektedir¹⁰²⁰. Ancak Yargıtay, işçinin sık sık hastalanıp, rapor alması ve iş görme edimini yerine getirmemesi halinin işçinin yetersizliğinden dolayı geçerli feshe sebep olacağını kabul etmektedir¹⁰²¹.

İş Kanunu'nun 20/I. maddesinde belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverenin üzerindedir¹⁰²². Zira iş güvencesinde iş

¹⁰¹⁶ Özdemir, (2006), 295.

¹⁰¹⁷ Çelik, (2007), 34.

¹⁰¹⁸ Yargıtay 9. HD, 26.11.2018, E. 2018/2731, K. 2018/21462: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰¹⁹ Kalkan, (2018), d.pn.302.

¹⁰²⁰ Kalkan, (2018), 302

¹⁰²¹ Yargıtay 9. HD, 26.11.2018, E. 2018/2731, K. 2018/21462: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰²² Çelik, N. (2008). "İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü". *Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 344.

ilişkinin devamlılığı esas olduğundan, normal durumun aksini iddia ederek, geçerli nedenle feshe başvuran işveren ispat yükünü taşıyacaktır¹⁰²³. İşveren geçerli bir sebebe dayanmasını ispatın dışında, ayrıca feshin yazılı olarak yapıldığını, feshe konu vakianın işçiye yazılı olarak bildirildiğini ve işçinin savunmasının alındığını ispat etmek durumundadır¹⁰²⁴. Zira iş güvencesi hükümlerine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli olarak feshedilebilmesi için, feshin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi gerekir¹⁰²⁵ (İK m. 19). Bu sebeple, işveren ilk olarak feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, ikinci olarak içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında bu durumun istikrarlı şekilde uygulandığı görülmektedir¹⁰²⁶. İşçi feshin biçimsel koşullarına uyulmadığını iddia ettiğinde iddiasını ispatla yükümlü olmayıp, feshin şartlarının gerçekleşmiş olduğunu ileri süren işveren ispatla yükümlü tutulacaktır¹⁰²⁷.

Yukarıda anılan fıkranın ikinci cümlesinde, feshin başka sebebe dayandığını iddia eden işçinin, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Yargıtaya göre, işçi feshin başka sebep dayandığını iddia edip, ispatladığı takdirde işverenin ispat yükü ortadan kalkmayacaktır¹⁰²⁸. Doktrinde bazı görüşlerce, ilk olarak, genel ispat kurallarının aksine, işverene ispat yükü yüklenmiş, işverenin ispat yükünü yerine getirmesinden sonra genel ispat kuralına dönülerek, işçinin feshin gerçek sebebinin ne olduğunu dair ispat yükünü üzerinde taşıdığı belirtilmiştir¹⁰²⁹.

Mezkûr maddede belirtilen işveren ve işçiye ait ispat yükünün öncelik sonralık sırası taşıyıp taşımadığı hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş, öncelikle işverenin geçerli nedene dayandığını ispat etmesi gerektiğini savunurken, diğer bir görüş, ispat yükünün bütünlük oluşturması sebebiyle öncelik sonralık sıralaması yapmanın

¹⁰²³ Mazlum, İ. (2013). "Feshe İtiraz Davası". *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 265.

¹⁰²⁴ Ertekin, Ö. (2017). *İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 553; Kar, (2019), 644.

¹⁰²⁵ Savunmanın ne şekilde yapılacağına dair zorunluluk bulunmamasına rağmen, işveren tarafından öncelikle feshin öngörülen usullere uyulduğunun ispatı gerekeceğinden, işçinin savunmasının yazılı olarak alınması işveren lehine ispat kolaylığı sağlayacaktır (Çelik, (2007), 51).

¹⁰²⁶ "...İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız)" (Yargıtay 9. HD, 4.11.2015, E. 2015/29091, K. 2015/31150: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰²⁷ Aşit, (2017), 443.

¹⁰²⁸ Yargıtay 9. HD, T. 01.12.2008, E.2008/6294, K. 2008/32601 (Erişim: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 21.03.2019).

¹⁰²⁹ Çelik, (2008), 344, 347.

mümkün olamayacağını savunmaktadır¹⁰³⁰. Kanaatimizce ilk olarak işveren feshin geçerli nedene dayandığını ispat etmelidir. İşveren feshin geçerli nedenle yapıldığını ispat edemediğinde, işçinin feshin başka bir sebebe dayandığının ispat etmesi sendikal nedene dayalı olarak yapılan fesihlerde önem taşıyacaktır¹⁰³¹. Zira diğer hallerde feshin işverence ispat edilememesi veya işçinin başka nedenle feshi ispat etmesinin sonuçlarında farklılık görülmeyecektir. Ancak sendikal nedenlerle fesihte tazminat oranlarının da farklı olması farklı pratik sonuçların oluşmasına sebebiyet verecektir.

İş güvencesine sahip olma şartlarını taşıyan işçiler açısından sözleşmenin feshedilebilmesi için “işçinin yeterliliğinden¹⁰³² veya davranışlarından¹⁰³³ ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” geçerli nedenlerin ileri sürülmesi gerekmektedir. İşçinin fiziki yetersizliğinin feshe konu olabilmesi için, işyerinin işleyişini bozması ve iş görme borcunun yerine getirilmesini engellemesi gerekmektedir¹⁰³⁴. Örneğin, işçinin sık sık hastalanarak işi aksatması, iş görme edimini yerine getirmesini ve işyerinin işleyişine engel olması geçerli nedenle feshe imkan tanır¹⁰³⁵. Bu durumda işveren dayandığı sebebi ispat etmelidir. Örneğin, performans düşüklüğü sebebiyle işçi işten çıkarılmak istendiğinde işçinin performansına ilişkin ölçüm sisteminin belgelenecek mahkemeye sunulması gerekir¹⁰³⁶.

İşveren tarafından feshin geçerli nedene dayandığı veya işçi tarafından feshin başka sebebe dayandığı iddiası, hukuki bir işlem olmaması sebebiyle her türlü delille ispatı olanaklı görülmektedir¹⁰³⁷. Örnek olarak, İş Kanunu m. 18’de işverenin, “işçinin yeterliliğinden

¹⁰³⁰ Çelik, (2008), 346.

¹⁰³¹ Çelik, (2008), 347.

¹⁰³² İş Kanunu m. 18’in gerekçesine göre; “*İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.*”

¹⁰³³ İş Kanunu m. 18’in gerekçesine göre; “*İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: 26 ncı maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.*”

¹⁰³⁴ Süzek, S. (2005). “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”. *A. Can Tuncay’a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 570.

¹⁰³⁵ Süzek, (2005), 571.

¹⁰³⁶ Süzek, (2017), 637.

¹⁰³⁷ Mazlum, (2013), 265; Kar, (2005), 1014; Özkes, (2004), 491.

veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması” halinde, geçerli sebebin varlığına ilişkin vakıaların hukuki bir işlem olmaması nedeniyle bunların tanık delili kullanılarak ispatı mümkündür¹⁰³⁸.

Feshin geçersizliği ve işe iade sebebiyle açılan davalarda sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulanmadığı görülmektedir. İş hukukunun kamusal yönü bulunması sebebiyle, işe iade davalarında, iş sözleşmesinin varlığı ve feshin geçerli nedene dayandığı gibi unsurlar dışında kalan, hak düşürücü süre, altı aylık kıdem gibi hususların resen dikkate alınacağından söz edilmektedir¹⁰³⁹. Tarafların bildiriyle ya da mahkemenin toplamasıyla, SSK kayıtları, personel dosyası, giriş bildirgesi, bordro, geçerli nedenin ispatında kullanılacak tutanaklar, Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişi raporları, tanık, keşif, bilirkişi gibi deliller elde edilerek, uyuşmazlık hakkında sonuca ulaşılmaya çalışılacağı belirtilmektedir¹⁰⁴⁰. Yargıtay işçinin performans düşüklüğü sebebiyle yapılan feshin geçerliliğine dair, “...Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak; yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı, uygun ise davacının makul süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği...saptanmalı¹⁰⁴¹” şeklindeki hükmüyle, geçerli nedenle fesihle bilirkişi ve keşif delilinin kullanılacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere burada ispat yükü Kanun tarafından paylaştırılmış olup, işveren geçerli nedeni ispat edecek, işverenin iddiasının aksini iddia eden işçi ise kendi iddiasını ispat edecektir. Doktrinde farklı görüşler bulunsa da açıkladığımız gerekçelerle ispat uygulaması Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleriyle paralellik göstermektedir.

4.12. Bildirimli Feshin İspatı

Ekonomik istikrar ve devamlılığın sağlanması amacıyla belirli sürenin dolmasıyla sona ermeyen belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi imkanı tanınmıştır¹⁰⁴². İş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde hem bildirim sürelerine uyma hem de geçerli nedene dayanma koşullarının bulunmaktayken, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin belirsiz süreli sözleşmeleri ise geçerli nedene dayanmadan sadece bildirim sürelerine uyularak

¹⁰³⁸ Özekes, (2004), 492.

¹⁰³⁹ Kar, (2005), 1011-1012, 1014.

¹⁰⁴⁰ Kar, (2005), bkz: 1015-1019.

¹⁰⁴¹ Yargıtay 9.H.D., 24.06.2004, 3740/15625 (Süzek, (2005), 574).

¹⁰⁴² Tolu, H. (2017). *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*. İstanbul: Beta Yayınları, 19.

feshedilebilir¹⁰⁴³. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin İş Kanunu m. 17’de belirtilen bildirim süresine uyması ya da bildirim süresinin ücretinin işçiye verilmesi gerekir. Aksi halde fesih usulsüz kabul edilir.

İş güvencesi kapsamında olmayan belirsiz süreli iş sözleşmesine sahip işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedene dayalı olması gerekmez. İş akdi, fesih hakkı kötüye kullanılmamak şartıyla herhangi bir nedene dayanmadan feshedilebilir¹⁰⁴⁴. Başka bir ifadeyle, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin bildirimli olarak feshinde hakkın kötüye kullanılmaması, feshin haklı ve makul nedenlere dayalı olarak yapılması gerekmektedir¹⁰⁴⁵.

İş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından geçerli nedenle fesihte bulunan, fesih bildirimini yazılı yapılması ve savunmanın alınması gibi şartlar burada aranmaz. Ancak feshin yazılı yapılmaması ispat bakımından önem arz edecektir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesinde feshin kötüniyetle yapıldığının iddia edilmesi halinde ispat yükü işçi üzerinde olacaktır. İşçi feshin kötüniyetle yapıldığını ispat etmek zorundadır. Zira Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde belirtildiği gibi, asıl olan iyiniyetin varlığı olup, normal durumun aksini iddia eden işçinin kötüniyeti ispat etmesi gerekir ki bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ispat kuralları ile de uyumludur¹⁰⁴⁶.

4.13. Fazla Çalışmanın İspatı

İş hukukunda işçiyi koruma amaçlı getirilen hükümlerden biri işçinin çalışma sürelerinin sınırlandırılmasıdır¹⁰⁴⁷. İş Kanunu’nun 63. maddesinde, “çalışma süresi¹⁰⁴⁸ haftada en çok

¹⁰⁴³ İstisna olarak TBK m.430/3’de, “ Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder” yer alan ifadeyle, belirli süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirildiği görülmektedir (Tolu, (2017), 20; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, (2017), 184).

¹⁰⁴⁴ Çelik, (2007), 53

¹⁰⁴⁵ Süzek, (2005), 565.

¹⁰⁴⁶ Süzek, (2005), 567; Mazlum, (2013), 274.

¹⁰⁴⁷ Ekin, A. (2016). "İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerde Çalışmanın Hukuki Sonuçları". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*. 72 (Özel Sayı). İstanbul: Legal Yayınları, 338; Ülkenin genel yararı düşünülerek işin niteliği gereği ve üretimin artırılması gibi sebeplerle işveren tarafından işçiye fazla çalışma yaptırılabilir (Oğuz, Ö. (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Gazetecinin Fazla Çalışma Ücreti". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15 (58), 399).

¹⁰⁴⁸ İş Kanununun “Çalışma Süresinden Sayılan Haller” başlıklı 66.maddesine göre, “a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler. b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler. c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler. d) İşçinin işveren

kırk beş saat¹⁰⁴⁹”, olarak belirtilmektedir. İşçinin kanunda belirtilen normal çalışma süresini aşan çalışma ise fazla çalışma olarak adlandırılmaktadır. Nitekim İş Kanunu m. 41’de, “*Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır*” ifadesiyle, fazla çalışmanın tanımı yapılmıştır. Aynı şekilde 2004 tarihli İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerde Çalışma Yönetmeliğinin 10. maddesinde ise “*İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır.*” şeklindeki düzenlemeyle işverene çalışma sürelerini kayıt altına alma yükümlülüğü getirilmiştir. Yönetmelikte her ne kadar fazla çalışmaların kayıt altına alınması zorunluluğundan bahsedilmekte ise de söz konusu kayıtların pratik sonucunun işçilerin bütün çalışma sürelerinin kayıt altına alınması anlamına geleceği açıktır. Avrupa Adalet Divanının yakın tarihli bir kararında da, işçilerin yasal çalışma sürelerinin üzerinde çalıştırılmalarının önlenmesi amacıyla, üye ülkelerin iç hukuklarında işverenlerin çalışma sürelerini kayıt altına almakla yükümlü kılmaları gerektiğine karar verilmiştir¹⁰⁵⁰.

Fazla çalışmanın ispatında, ispat yükü bunu iddia eden işçinin üzerindedir¹⁰⁵¹. Fazla çalışma hususunda ispat yükünün kime ait olduğu noktasında, İş Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmadığı için genel hükümlerden yola çıkarak sonuca varılmıştır. Türk Medeni Kanununun 6. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190. maddesi hükümlerinden çıkarılacak sonuca göre, fazla çalışma yapıldığını iddia eden ve bu iddiasıyla kendi lehine alacak hakkı elde edecek işçi, iddiasını ispat edilmelidir¹⁰⁵². Bazı hallerde, işveren iş yerinde fazla çalışma yapıldığını kabul etmiş olsa bile, işçi fazla çalışma yapanlar arasında

tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler. e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler. f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler” çalışma süresi içerisinde değerlendirilecektir. Diğer bir ifadeyle işçinin her zaman fiilen çalışması gerekmemektedir.

¹⁰⁴⁹ 1475 Sayılı İş Kanununda, fazla çalışma sürelerinin “günlük iş süresi üstünde çalışma” olması doktrin tarafından eleştirilmişti. 4857 Sayılı İş Kanunumuzla beraber fazla çalışma süreleri işçinin haftalık çalışma süre baz alınarak hesaplanmaktadır (Günay, C. İ. (2008), “İş Sürelerinin Denkleştirilmesinde Fazla Çalışma”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan. İstanbul: Legal Yayınları, 377 ve 380).

¹⁰⁵⁰ Avrupa Adalet Divanının 14.05. 2019 tarih ve C-55/18 Sayılı kararı

¹⁰⁵¹ Ekin, (2016), 345; Kurucu, O. (1987). *Fazla Çalışma*. Ankara: Kadıoğlu Matbaası, 289; Ücrete hak kazanıldığı ve ücret miktarı işçi tarafından ispat edilmelidir. Ücret için geçerli olan bu durum, fazla çalışma ücreti açısından da geçerli olacaktır (Oğuz, (2018), 402); Çiçek, H. (2009). "Fazla Çalışma Ücreti". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 6 (21), 193.

¹⁰⁵² Bilgili, A. (2016). "Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 15 (1), 217.

kendisinin de bulunduğunu ispat etmediği sürece fazla çalışmadan doğan hakları elde edemeyecektir¹⁰⁵³.

Yargıtay fazla çalışmanın iş yerinde bulunan yazılı belgeler ile ispat edilebileceği gibi tanık deliliyle de ispatının imkân dâhilinde olduğunu; hatta herkes tarafından bilinen vakıalara dayanılarak da ispat edilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁵⁴. Zira kayıt dışılık yaygın olduğu için fazla çalışmanın genelde tanıkla ispatına başvurulmakta, ancak insan hafızasının geçmişi her zaman ayrıntılı şekilde hatırlayamaması veya gerçeği değiştirme olasılığının olması, tanık deliline olan güvenirliliği şüpheyeye düşürebilmektedir¹⁰⁵⁵. Bu sebeple fazla çalışma iddiasıyla alakalı yazılı belgeler ve tanık ifadeleri çeliştiğinde, çelişen hususlar açısından yazılı belgeye değer vermek gerekir.

Fazla çalışma iddiası fiili bir olgu olup, her türlü delille ispat edilebilecektir. Ancak tanık beyanlarının güvenilir olması açısından beyanına başvurulacak kişinin, fazla çalışmaya ilişkin bilgiye sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle, fazla çalışmanın ispatında kullanılacak tanıklar, davacı işçiyle aynı iş yerinde çalışan ya da komşu işyerinde çalışan kişiler olmalıdır¹⁰⁵⁶. Ayrıca bu tanıkların taşınması gereken diğer bir özellik de, işçi ile tanıkların aynı dönem içerisinde çalışmış olmaları gerekliliğidir. Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında, işçiyle aynı yerde çalışan tanık işçinin işçiyle aynı zaman aralığında çalıştığı dönemdeki fazla çalışma iddialarının ispatlandığını kabul ederken, tanıkla aynı döneme denk gelmeyen çalışmalarındaki fazla çalışmaların ispat edilemediğine karar vermiştir¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ Kurucu, (1987), 292.

¹⁰⁵⁴ Süzek, (2017), 831; “...Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçi imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. İmzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir” (Yargıtay 7.HD, 24.02.2014, E.2013/23202, K.2014/4379; Ekin, (2016), 346).

¹⁰⁵⁵ Bilgili, (2016), 217.

¹⁰⁵⁶ “... fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Fazla çalışma alacağının tespitinde beyanları dikkate alınan davacı tanığı davalı işyeri çalışanı olmadığından davacının çalışma saatlerini bilmesin mümkün olmayıp bu yöndeki beyanlarına itibar edilemez. Bu sebeple davacı tarafından fazla çalışma yapıldığı ispat edilemediğinden davacının fazla çalışma ücret alacağının reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup hükmün bozulması gerekmektedir...” (Yargıtay 9.HD, 20.01.2014, E.2011/50894, K.2014/496; Ekin, (2016), 347).

¹⁰⁵⁷ “...Somut uyuşmazlıkta, fazla mesai ücretinin hesaplanması bakımından, cumartesi günleri saat 21:00'e dek çalışıldığını sadece 2009 yılında bir süre çalışan tek davacı tanığı belirtmiştir. Diğer 2 davacı tanığından birinin davalı yanındaki işi 2012 yılında son bulmuştur. Diğer bir davacı tanığı ise zaten 2009 yılında çalışmamıştır, işe başladığı tarihten sonra yaşanan çalışma koşullarından bahsetmiş olması doğaldır. Bu durumda, sadece 2009 yılında kısa süre çalıştığı için 2009 yılındaki çalışma koşulları hakkında beyanda bulunan davacı tanığının beyanına göre davacının Cumartesi günleri çalıştığı kabul edilebilecek dönem, 2009 yılında çalışan davacı tanığının çalışma süresi ile sınırlı olmalıdır. Bir diğer deyişle 2009 yılında çalışan davacı tanığının çalışma tarih aralığı belirlenerek davacının bu tarih aralığında Cumartesi günleri saat 21:00'e dek çalıştığı, 2009 yılında çalışan davacı tanığının davalıda çalışmadığından bilemeyeceği

Yargıtayın tanıklıkla ilgili dikkat ettiği bir diğer husus ise, işverene karşı dava açan işçilerin birbirlerinin davasında tanıklık yapmaları halidir. Yargıtay, işçilerin işverene karşı açılan davalarda, birbirleri lehine tanıklık yapan kimselerin beyanlarına itibar edilemeyeceğine karar vermektedir. Ancak bu şekilde genel bir kararla söz konusu tanık beyanlarının reddi yerine, hak kayıplarına yol açmaması bakımından, somut olaya göre tanık beyanlarının değerlendirmesi yapılarak karar verilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız¹⁰⁵⁸.

Fazla çalışmanın yazılı delillerle değil, tanıkla ispat edilmesi durumunda Yargıtay, iş yargılamasında sıklıkla kullandığı “hayatın olağan akışı” ölçütüne başvurmaktadır. Yüksek Mahkemenin, yazılı deliller olmadan fazla çalışmanın yapıldığına dair kanaat edindiği fakat tanıkla ispatlanan fazla çalışmanın hayatın olağan akışı içerisinde makul görülmediğini düşündüğü hallerde, fazla çalışmaya dair alacaktan “*hakkaniyet indirimi*” altında indirimine gittiği görülmektedir¹⁰⁵⁹. Nitekim Yargıtay, işçinin üç yıldır her gün iki saat fazla çalışma yapmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediğini belirtmiştir¹⁰⁶⁰.

Sadece hayatın olağan akışı değil, başka bazı ölçütler de fazla çalışmanın tespitinde kullanılmaktadır. Yargıtay, fazla çalışma iddiasında, iş yerinin fazla çalışmaya uygun olup olmadığı, işçinin görev ve sorumluluğunun ne olduğu¹⁰⁶¹ ve işin niteliğinin fazla çalışmaya uygun olup olmadığı gibi prensiplere göre fazla çalışmanın tespitine yorum yaptığı da görülmektedir. Bu durumda keşif ve bilirkişi delilinden yararlanılmaktadır. İş yerinde keşif yapılarak; çalışan işçi sayısı, piyasadan gelen talep fazlalığı (işin yoğunluğu), işçilerin ve işin nitelikleri, işletmenin durumu gibi ölçütler bilirkişilerce değerlendirilir ve fazla çalışma ücretinin miktarı, ne kadar fazla çalışıldığı ve sonuç olarak fazla çalışma karşılığı alınacak ücretin hesaplanması bilirkişiler yardımıyla yapılır¹⁰⁶².

Doktrinde işçi ve işveren arasında delil sözleşmesi yapılarak, fazla çalışmanın ispatında sadece belli delillerin kararlaştırılmasının mümkün olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹⁰⁶³. Ancak işçinin fazla çalışmalarını, kendisi tarafından düzenlenmeyen ve kendi uhdesinde

dönem bakımından ise davacının Cumartesi günleri de normal mesai kabul edilen 08:00-18:00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapıp sonuca gidilmelidir.” (Yargıtay 9. HD, 13.12.2018, E. 2015/27261, K. 2018/23166: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁵⁸ Ekin, (2016), 347.

¹⁰⁵⁹ Sützek, (2017), 832.

¹⁰⁶⁰ Yargıtay 9.HD, 04.03.2014, E.2003/14817, K.2004/4141 (Oğuz, (2018), 402).

¹⁰⁶¹ Kurucu, (1987), 296.

¹⁰⁶² Kurucu, (1987), 296-297.

¹⁰⁶³ “Çalışılan sürelerin yalnızca saat kartları ve puantaj defterleri ile ispatlanabileceği sözleşilmişse, bu konuda başka delil getirilemez. Kayıtları tutmakla yükümlü taraf bu yükümünü yerine getirmemişse veya kayıtlar birbirini doğrulamıyorsa, karşı taraf diğer delillerden yararlanabilir” (Kurucu, (1987), 293).

bulunmayan belgelerle ispat zorunda bırakılmasının iş hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığını düşünüyoruz. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 193'te belirtildiği gibi, “*Taraflardan birinin ispat hakkı kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri*” geçersiz sayılacağı için, genel olarak delil sözleşmelerinin işçinin ispat faaliyetinde kullanılabilmesi için, işçinin sözleşmeyi yaparken sahip olduğu iradenin özgürlüğüne dair şüphe bulunmamalıdır.

Yukarıda değinilen esaslar çerçevesinde işçi, fazla çalışma yaptığı iddiasını her türlü delili kullanarak ispat edebilir¹⁰⁶⁴. Nitekim çalışma olgusu bir fiile dayandığından yazılı delille ispatın zorunlu olmadığı haller içinde değerlendirilip, her türlü delille ispatı yapılacağına kabul edilmesi gerekir¹⁰⁶⁵. Fazla çalışmanın karşılığı olan ücretin ödendiğine dair ispat yükü, diğer alacakların ödenmesinde olduğu gibi işverendedir¹⁰⁶⁶. İşveren, işçi ile kararlaştırdıkları ücrete fazla çalışmaların öngörülerek dahil edilmiş olduğunu ispat edebilir¹⁰⁶⁷. İşverenin, bir hukuki işlem olan ödemenin ispatını yazılı delillerle yapması gerekecektir¹⁰⁶⁸.

Bu açıdan fazla çalışmaya dair alacağın ödendiğinin en önemli delilini ise ücret bordroları oluşturmaktadır. İşçinin imzasını taşıyan ve fazla çalışma tahakkuku içeren ücret bordrosu ödeme miktarı için kesin delil olacaktır. Ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku bulunuyorsa ve bordro ihtirazi kayıtsız imzalanmışsa, işçi bordroda gösterilenden daha fazla çalışma yaptığını ancak kesin delillerle ispat edebilecektir¹⁰⁶⁹. Başka bir ifadeyle, fazla çalışma süresini imzalı bordrolarla ispatlayan işverenin iddiasının aksi, eşdeğer delillerle çürütülebilecektir. Normalde fiili durum olan fazla çalışma tanıkla ispat edilebilecekken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 201 gereğince kesin delil bulunduğundan aksinin tanıkla ispatı mümkün olamayacaktır¹⁰⁷⁰. Ancak ücret bordrolarında fazla çalışmaya ilişkin tahakkuk yer almasına rağmen ihtirazi kayıt konulmuşsa yahut fazla çalışmaya ilişkin herhangi bir kayıt içermediği anlaşılıyorsa, fazla çalışmanın yapıldığı ya da bordroda belirtilenden daha fazla çalışmanın yapıldığı hususları, her türlü delille ispat edilebilecektir.

¹⁰⁶⁴ Ekin, (2016), 346.

¹⁰⁶⁵ Süzek, (2017), 830.

¹⁰⁶⁶ “*Davali işveren, yapıldığı anlaşılan fazla çalışma ücreti alacağının ödeme gibi sebeplerle sonuçlandığını ispat durumundadır*” (Kurucu, (1987), 289); Yargıtay uygulamalarına göre, fazla çalışma yapılmadığı veya karşılığının ödendiğinin ispatlanması işveren tarafından gerçekleştirilmelidir (Oğuz, (2018), 402).

¹⁰⁶⁷ Kurucu, (1987), 290.

¹⁰⁶⁸ Bilgili, (2016), 229.

¹⁰⁶⁹ Süzek, (2017), 831; Oğuz, (2018), 403; Kurucu, (1987), 293.

¹⁰⁷⁰ “*Uygulamada zaman zaman işçiyi korumak düşüncesiyle ücret bordrolarına, sözleşme metinlerine veya yazılı belgelere rağmen tanık beyanlarının esas alındığı görülmektedir*” (Oğuz, (2018), 403).

İşyerinde bulunan puantaj kayıtları, işe giriş çıkışın denetlendiği elektronik sistem kayıtları, kamera kayıtları, nöbet çizelgeleri, iş yeri iç yazışmaları, müfettiş raporları da fazla çalışmanın ispatında delil olarak kullanılabilir¹⁰⁷¹.

Yazılı delillerden biri olan ticari defterler için yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır. İşverenin kendisi tarafından veya kendi hakimiyetinde tutulan ticari defterler, işçi aleyhine delil olarak kabul edilmeyecek¹⁰⁷² ve fazla çalışma ücretinin ödendiğine dair kanıt oluşturamayacaktır.

Görüldüğü üzere fazla çalışmanın fiili bir durum olması sebebiyle tanık deliliyle dahi ispatlanması kabul edilir. Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda ise, kamyon şoförünün güzergahı ve seyahatin başlangıç ve bitiş saatini bildirmiş olması, mahkeme tarafından fazla mesainin ispatı için yeterli görülmüştür. Bu durumda tanıkla ispata dahi gerek kalmadan işçinin ispat yükünü gerçekleştirdiği kabul edilip, aksini ispat yükü işverene yüklenmiştir¹⁰⁷³.

Görüldüğü üzere fazla mesai ve karşılığı olan ücretin ödendiği ispatı konusunda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulamalarından ayrı bir durum söz konusu değildir.

4.14. Yıllık Ücretli İzin ve Diğer Tatil Alacaklarında İspat

Yıllık ücretli izin, sosyal devlet ilkesi gereğince Anayasanın 50. maddesinin çalışanlara tanıdığı dinlenme hakkının, İş Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş halidir¹⁰⁷⁴. İş Kanunu'nun 53. maddesinde, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği, önemi sebebiyle ayrıca vurgulanmış ve yıllık ücretli izne hak kazanmanın şartı da aynı maddede belirtilmiştir¹⁰⁷⁵. Zira yıllık iznin, işçinin dinlenmesi, sağlığının korunması, iş gücünün ve veriminin artmasını sağlayıcı etkileri bulunmaktadır¹⁰⁷⁶.

Uygulamada işçilerin, kendisine yıllık ücretli izni kullandırılmadığında işini kaybetme korkusuyla dava açmadığı görülmektedir. Ancak iş sözleşmesi feshedildiğinde işçi yıllık ücretli izin alacağı için dava açmaktadır. Zira yıllık ücretli izin kullandırılmadan iş

¹⁰⁷¹ Ekin, (2016), 346.

¹⁰⁷² İşverenin tuttuğu defterler başka delillerle doğrulandığı sürece kayıtlara değer verilir (Kurucu, (1987), 294).

¹⁰⁷³ BAG (Fünfter Senat), 21.12.2016, AZR 362/16.

¹⁰⁷⁴ Çelik, N., Canikoğlu, N., Canpolat, T. (2015). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 522; Gönen, R. (2013). "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin". *İstanbul Barosu Dergisi*, 87 (3), 206; Aktay, A. N., Arıcı, K., Senyen Kaplan, E. (2013). *İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 266.

¹⁰⁷⁵ Ayrıca bkz: Bedir, G. (2015). "Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakları". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 10 (107), 48-50; Gönen, (2013), 207.

¹⁰⁷⁶ Öztürk, M. O. (2012). "Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler". *Çalışma ve Toplum Dergisi*, (35), 74.

sözleşmesinin feshedildiği halde kullanılmayan izin hakkı imkansızlık sebebiyle gerçekleştirilmeyecek olsa da izin ücreti işçiye ödenmesi zorunludur¹⁰⁷⁷.

İş Kanunu m. 56/son ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 20. maddesi uyarınca yıllık izinlerin kayıt altına alınması ve yıllık izin defteri tutulması zorunludur. Dolayısıyla işveren, işçilerin yıllık ücretli izinlerini bir belgeyle kayıt altına almalıdır¹⁰⁷⁸. İzin hakkının kullandırılması işveren için yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilen işverene ait bir yükümlülüktür¹⁰⁷⁹. Yıllık ücretli izin hakkı kullandırılmadan sözleşmesi feshedilen işçi, belirttiği tarihler içerisinde izin hakkının kullandırılmadığını iddia ettiğinde, işveren işçiye iş sözleşmesi içerisinde izinlerinin kullandırıldığını ispatla yükümlü olacaktır¹⁰⁸⁰. Kısacası, yıllık ücretli iznin kullandırıldığı veya yıllık izne hak kazanılmadığı ya da yıllık izin ücretinin fesihden sonra ödendiği hususları işveren tarafından ispat edilmek zorundadır¹⁰⁸¹. İşveren ispat faaliyetinde imzalı izin defteri veya eşdeğer bir yazılı belgeyi ispat aracı olarak kullanabileceği gibi, işçiye yemin dahi teklif edebilecektir¹⁰⁸². Başka bir ifadeyle, imzalı izin defteri veya işyeri kayıtları gibi belgelerle işçiye ücretli iznin kullandırıldığını ispat edemeyen işveren, işçiye yemin teklifi dışında başka delile dayanamayacaktır¹⁰⁸³. Nitekim Yargıtay, yıllık ücretli iznin kullandırıldığını yahut ücretlerin ödendiğinin ispatının işverenin üzerinde olduğuna ve bu vakıaları ispat için izin defteri veya benzer nitelikteki yazılı belgelerle kanıtlanması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸⁴. Yıllık ücretli izne dair ücretin ödendiği, yazılı belge olan ibranameler ile ispat edilebilir. Ancak yıllık ücretli iznin kullandırıldığı veya izne hak kazanılmadığı iddiası ile ibranamede yer alan yıllık iznin ücretlerinin ödendiği iddiası bir arada bulunursa çelişkili bir durum oluşacağından, ibranameler geçerli kabul edilemeyecektir.¹⁰⁸⁵

Yargıtayın iş yargılamasında sıklıkla kullandığı “hayatın olağan akışı” ölçütü yıllık ücretli izin hakkında da sıkça uygulanmaktadır. Yargıtay, uzun süre boyunca hiç yıllık izin kullanmadan veya tatil yapmadan işçinin çalışmasının, hayatın olağan akışına aykırı

¹⁰⁷⁷ İşçinin sözleşmesi ne sebeple ve kim tarafından feshedilirse edilsin yıllık izin ücretine hak kazanır. Ancak İş Kanunu m. 58'in yorumuyla, işçinin izin sırasında başka işte çalıştığı tespit edilirse izin ücretine hak kazanamaz (Akyiğit, (2006), 1657).

¹⁰⁷⁸ Gönen, (2013), 213.

¹⁰⁷⁹ Soyer, (2012), 293.

¹⁰⁸⁰ Günay, (2013), 675; Akyiğit, (2006), 1667.

¹⁰⁸¹ Kurucu, (1987), 289.

¹⁰⁸² Yargıtay 9. HD, 05.07.2010, E. 2008/33424, K. 2010/22100 (Kılıçoğlu, (2011), 220); Ocak, (2013), 1176, 1178; Gönen, (2013), 213.

¹⁰⁸³ Günay, (2013), 676; Akyiğit, (2006), 1667.

¹⁰⁸⁴ Yargıtay 9.HD, 18.6.2001, E. 2001/8118, K. 2001/10420 (Çelik, (2008), 349 dnp.7).

¹⁰⁸⁵ Günay, (2013), 676.

olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁸⁶. Yıllık ücretli iznin ödendiği ispat edilemediği halde ise bilirkişi aracılığıyla ücret hesaplaması yapılarak, işçiye alacağı miktar ödenmelidir. Yıllık ücretli izinlerin ispatının işveren tarafından yazılı olarak yapılması gerektiğinden, söz konusu alacaklardan fazla mesai ispatında olduğu gibi takdiri indirim yapılması mümkün olmayacaktır.

Yıllık ücretli izin halleri dışında, ulusal bayramlar ve genel tatiller de işçinin ücretli olarak dinlenme hakkı kapsamındadır¹⁰⁸⁷. Tatil günlerinde çalıştığını işçi ispat etmelidir¹⁰⁸⁸. Genel ispat kuralları uyarınca hafta tatilinde çalıştığı iddiası bulunan işçinin ispatla yükümlü olması olağan bir haldir. Çünkü işçi tatil günlerinde çalıştığını iddia ediyorsa ispata ilişkin genel kuraldaki gibi kendi lehine hak iddia ettiğinden bunu ispatla yükümlü olacaktır¹⁰⁸⁹. Hafta tatilinde çalıştığını ispat etmek için işçi, işyeri kayıtları, işe giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, puantaj kayıtları gibi ve işyerindeki çalışma düzenini bilen ve bilmesi mümkün olanların tanıkların beyanları gibi deliller kullanabilecektir¹⁰⁹⁰. Tanık deliline başvurulduğunda tanık olarak dinlenenlerin somut ifadelerine değer verilmelidir. Tanıkların, “*hafta sonları da çalışırdık*” şeklinde beyanda bulunmaları soyut olduğu için, hafta tatilinde çalışma yapıldığını ispat kuvvetine sahip olamayacaktır¹⁰⁹¹.

İş hukukunda ücretin ödendiğinin ispat yükünü işverenin taşımaktadır. Bu halde hafta tatili, genel tatil ve yıllık ücretli iznin ücretinin ödendiğini de işveren ispat etmek zorundadır¹⁰⁹². Tatil günlerinde yapılan çalışmaların karşılığı olan ücretin ödendiği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belirtilen miktarı aştığı takdirde ancak yazılı belge ile ispat

¹⁰⁸⁶ Yargıtay 9.HD, 20.11.1997, E. 1997/15366, K. 1997/19470; “... Davacının hizmet sözleşmesi 30.03.1993 tarihinde sona ermiş dava 27.9.1994 tarihinde açılmıştır. Mahkemece davalı tarafın zamanaşımı def’i dikkate alınarak davacı talebi olan yıllık ücretli iznin iki yılı değerlendirilerek hüküm altına alınmıştır. Davacının işe giriş tarihi olan 1.9.1985 tarihinden beri hiç yıllık ücretli izin kullanmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır” ifadesiyle, 8 yıl boyunca ücretli iznin kullanılmadığı mümkün kabul edilmiştir (Soyer, (2012), 291).

¹⁰⁸⁷ Kılıçoğlu, M., Kılıçoğlu Ada, İ. (2013). *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Bilge Yayınevi, 565.

¹⁰⁸⁸ Ocak, (2013), 1130; Günay, (2013), 659.

¹⁰⁸⁹ Umar, Yılmaz, (1980), 118-119.

¹⁰⁹⁰ Yargıtay 9.HD, 2.11.2010, E. 2010/10552, K. 2010/31447 (Kılıçoğlu, (2011), 218); Aksi yönde görüş için bkz: “Zaman esasına dayanmadan ve götürü şekilde yürütülen, ayrıca yapılan iş karşılığı olarak ücretle beraber prim alınan işlerde hafta tatili ücreti de talep ediliyorsa, bu çalışmaların belgelerle ispatı gerekmektedir.” (Günay, (2013), 659).

¹⁰⁹¹ Yargıtay 9.HD, 29.09.2011, E. 2009/19463, K. 2011/33868 (Ocak, (2013), 1140).

¹⁰⁹² Yargıtay 9.HD, 18.10.2006, E. 2006/76973, K. 2006/27581 (Ocak, (2013), 1136).

edilebilecektir. Bu durumda işveren imzalı bordro ve hesap pusulaları gibi yazılı belgelere dayanmadan, tanık beyanlarıyla ücretin ödendiğini ispat edemeyecektir¹⁰⁹³.

Hafta tatiline ilişkin ücretin ispatında kullanılacak en önemli yazılı belge, ücret bordroları olacaktır. Ancak daha öncesinde ücret bordroları için yaptığımız açıklamalar aynı şekilde burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla, bordroda hafta tatiline ilişkin bir bölüm yoksa bordro işçinin imzasını taşımıyorsa veya hafta tatili ücretlerinin ödenmediğine dair ihtirazi kayıt içeriyorsa, bordronun aksi her türlü delille ispat edilebilecektir. Diğer durumlarda, imzalı bordrolar aksi ispat edilinceye dek kesin delil teşkil edeceğinden, aksi yine eşdeğer nitelikteki belgeler ile ispat edilmelidir. Fakat Yargıtayın bazı kararlarında, işçinin iş sözleşmesi devam ederken ihtirazi kayıt koymadan imzaladığı ve “*hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışmadım*” şeklindeki beyanı geçerli kabul edilmeyip, hafta tatilinde çalıştığının tanıkla ispat edilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁹⁴. Yine benzer şekilde, fazla mesai, genel tatil alacağı gibi alacakların bordroda ödendiğine dair kayıt bulunmaz veya bordroda sıfır olarak gösterilirse, işçi tanıkla ispatı mümkün olan çalışma olgusunu ispat ederek alacağın doğduğunu tanıkla ispat etmiş olacaktır¹⁰⁹⁵.

İşçinin başka dosyada tanık olarak verdiği beyanlar ve iş müfettişi inceleme raporlarındaki beyanları, kendisinin davacı olduğu işçilik alacaklarına ilişkin davada ikrar niteliğinde kabul edilir. Nitekim Yargıtay¹⁰⁹⁶, “*Davacı tanık olarak dinlendiği... tarihli oturumdaki ‘...resmi ve dini bayramlarda da çalışmıyorduk’ şeklindeki beyanı mahkeme önünde ikrar olup, davacıyı bağlayacağından resmi tatil alacağı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır*” şeklinde karar vermiştir.

4.15. Muvazaanın İspatı

4.15.1. Muvazaanın İspatında İspat Yükü

Muvazaa, tarafların gerçek iradelerinin başka yönde olmasına rağmen, üçüncü kişileri aldatma maksatlı, hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüşte işlem yapmalarını¹⁰⁹⁷. Muvazaa, hukuki işlemin butlanına sebep olduğu için mahkeme tarafından resen dikkat edilmesi gereken bir husustur¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹³ Yargıtay 9.HD, 16.10.2006, E. 2006/6411, K.2006/27052 (Ocak, (2013), 1169).

¹⁰⁹⁴ Yargıtay 9.HD, 21.10.2008, E. 2007/29051, K. 2008/28165 (Ocak, (2013), 1143).

¹⁰⁹⁵ Yargıtay 9.HD, 21.02.2008, E. 2007/10432, K. 2008/1595 (Ocak, (2013), 1144).

¹⁰⁹⁶ Yargıtay 9.HD, 26.12.2011, E. 2009/37855, K. 2011/49667 (Ocak, (2013), 1162).

¹⁰⁹⁷ Süzek, (2015), 171; Özdemir, (2006), 85.

¹⁰⁹⁸ Yılmaz, (2009), 6; Alt işverenliğin muvazaalı olduğu iddiası da mahkeme tarafından resen incelenmelidir (Süzek, (2015), 172).

Muvazaa anlaşmalarının, iş hukuku uygulamalarında en sıklıkla karşılaşıldığı alan alt işverenlik ilişkileridir¹⁰⁹⁹. Alt işverenlik, bir işverenin yardımcı işleri veya asıl işin işletmenin ya da işin gereği olarak uzmanlık gerektiren işlerinin bir bölümü için diğer bir işverenle kurduğu ilişkidir (İK m. 2). Alt işverenlik ilişkisinde, işverenlerin çoğu zaman İş Kanunu'nda yer alan bazı yükümlülüklerden kaçınmak için muvazaalı işlemlere başvurduğu görülmektedir¹¹⁰⁰. Kanun'da muvazaada ispat yükünün işçi veya işveren tarafa ait olduğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için, genel ispat kuralı gereğince, taraflar iddialarını dayandırdıkları vakıaları ispat etmek zorundadırlar¹¹⁰¹. Muvazaanın ispatı için ilk olarak, görünürde olan hukuki işleme dayanarak bir hakkın varlığını öne süren kişi işlemin varlığını ispat etmeli, bu işlemin muvazaalı işlem olduğunu iddia eden taraf ise muvazaayı ispat faaliyetine girişmelidir¹¹⁰². Muvazaa iddiasının, itirazla veya davayla ileri sürülmesi ispat yükünü etkilemeyecektir¹¹⁰³. Nitekim doktrinde bazı yazarlar, muvazaanın varlığı halinde görünürdeki işlemle ilgili bir hak talebinde bulunan kişinin öncelikle hukuki işlemin varlığını ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde, taraflar arasındaki hukuki işlemin varlığı ispat edilemediğinde, muvazaanın da ispatına gerek olmayacağı savunulmaktadır¹¹⁰⁴.

Genel hükümlere göre muvazaayı iddia eden davacı ispat yükünü taşımaktadır¹¹⁰⁵. Uygulamada sıklıkla görülen alt işverenlik uygulamalarında muvazaa iddiası işçi tarafından ileri sürüleceğinden, alt işverenliğe ilişkin muvazaa iddialarında ispat yükünün işçinin üzerinde olduğu söylenebilecektir. Ancak muvazaa olgusunun ispatının oldukça zor olması sebebiyle¹¹⁰⁶, iş hukukunun işçiyi koruyan ilkelerine uyum sağlanması amacıyla 4857 sayılı Kanun ile birlikte¹¹⁰⁷, işçi için ağır olan muvazaa olgusunun ispatı, işçi lehine

¹⁰⁹⁹ Alt işverenlik ilişkisinin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirme” ve “asıl işin uzmanlık gerektiren bölümü veya yardımcı iş olma” şartlarının gerçekleştiğinin, asıl işveren tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak, alt işverenlik uygulamasının ücret ve çalışma şartlarını düşürme veya sendikal hakların kullanılmasına engel olma gibi sebeplere dayandığı iddiası varsa, işçinin ispat etmesi gerekecektir (Aykaç, H. B. (2011). *İş Hukukunda Alt İşveren*. İstanbul: Beta Yayınları, 113).

¹¹⁰⁰ Bkz: Süzek, 2015, 171.

¹¹⁰¹ Aydın, İ. (2008). *Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 269.

¹¹⁰² Demirkol, B. (2011). "Muvazaa ile Muvazaaya Benzer Kurumlar ve Senetle İspat Kurallarının Bu Kurumlardaki Uygulaması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 3059.

¹¹⁰³ Ürcan, (2008), 995.

¹¹⁰⁴ Demirkol, (2011), 3059.

¹¹⁰⁵ Yılmaz, (2009), 18.

¹¹⁰⁶ Demirkol, (2011), 3060; Yılmaz, (2009), 7.

¹¹⁰⁷ 4857 Sayılı Kanun öncesi yapılan alt işverenlik ilişkilerinde, yeni Kanun'da yer alan ispat yükündeki karine hallerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın, (2008), 270.

kolaylaştırılmaya çalışılmıştır¹¹⁰⁸. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında alt işverenlik ilişkisinde muvazaalı haline dair bir düzenleme yer almaktadır. Maddeye göre;

“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler”¹¹⁰⁹.

Anılan maddede belirtilen haller, muvazaaya ilişkin sıklıkla karşılaşılan durumlar olarak belirtildiği ve bu durumların varlığında muvazaalı işlemin bulunduğu, adi bir yasal karine olarak kabul edildiği görülmektedir¹¹¹⁰. Yasal karinenin mevcut olduğu hallerde, karine temeline oluşturan vakıaların işçi tarafından ispat edilmesi yeterli kabul edilecektir. Zira iddiasını karineye dayandıran kimse iddiası ispatlanmış kabul edilip, ispat yükünü yerine getirmiş sayılır¹¹¹¹. Örneğin, alt işverenin asıl işverenin eski işçisi olduğunun ispat edilmesi yeterli olup, ayrıca taraflar arasında muvazaalı anlaşma olduğunun ispatına gerek olmayacaktır¹¹¹².

Dikkat edilmesi gereken diğer önemli bir husus da Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrasında öngörülen haller dışında ispatın nasıl gerçekleştirileceğidir. Maddede öngörülmemeyen hallere ilişkin bir düzenleme getirilmemesi dolayısıyla, yasal karine mevcut olmadığından işçinin muvazaalı işlem yapıldığına dair iddiasını yasal karineye dayanmaksızın ispat etmesi gerekecektir¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinin gerekçesine göre; “İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukukî dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyumsuzluklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukukî sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.”

¹¹⁰⁹ 4857 Sayılı Kanunun 2.maddesinin, 7.fıkrasında yer alan, “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” şeklindeki son cümlelerin muvazaanın varlığına ilişkin yasal karine olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bazı görüşler, fıkranın bir bütün olarak yorumlanarak belirtilen üç halde muvazaalı işleme ilişkin karine olduğunu ifade ederken, bazı görüşler maddenin sistematik yapısı gereğince ifadenin son cümlede düzenlenmesi, muvazaalı yaptırımının yer aldığı iki hal içerisine giremeyeceğini savunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın, (2008), 268-269).

¹¹¹⁰ Süzek, (2015), 174.

¹¹¹¹ Aydın, (2008), 269.

¹¹¹² Ürcan, (2008), 996.

¹¹¹³ Süzek, (2015), 177.

4.15.2. Muvazaanın İspatında Kullanılacak Deliller

Muvazaa, hukuki işlemin geçersizliğine yol açan, en ağır yaptırım olan butlan örneğidir¹¹¹⁴. Butlan herkes tarafından ileri sürülebilen ve hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken bir geçersizlik hali olduğundan taraflar ve taraf olmayıp hukuki menfaati bulunan üçüncü kişiler muvazaa iddiasını öne sürebilir¹¹¹⁵.

Muvazaa anlaşmasının bir hukuki işlem olması sebebiyle, belirli miktar üzerindeki muvazaalı işlemler için senetle ispat kuralı ve bu kuralın istisnaları uygulama alanı bulacaktır¹¹¹⁶. Başka bir ifadeyle, belirli miktarı aşan hukuki işlemlerin senetle ispatı gerektiği için, alt işverenlik ilişkisindeki muvazaa iddiasının senetle ispatı gerekecektir. Ancak senetle ispat zorunluluğunun istisnalarının belirtildiği, m. 203/1-d’de, “*Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları*” tanıkla ispat edilebilir denildiğinden, muvazaa ispatında senetle zorunlu olan durumların, taraflar açısından ve üçüncü kişi olan işçi açısından ayrı değerlendirilmesi gerektiği ortadadır.

Bu sebeple, muvazaa iddiasında kullanılacak deliller, sözleşmenin tarafı olanlar ve tarafı olmayan üçüncü kişiler açısından farklı olacaktır. Sözleşmenin tarafı olanlar, muvazaa iddiasında bulunuyorlarsa bu iddialarını ancak kesin delille ispat edebilir, tanıkla ispata başvuramazlar¹¹¹⁷. Bu kural sadece hukuki işlemin tarafları için geçerlidir¹¹¹⁸. Muvazaa anlaşmasının tarafı olmayan işçi gibi üçüncü kişiler için ise, istisna hüküm gereğince takdiri delillerle ispata başvurulabilecektir¹¹¹⁹. Bunun sebebi, muvazaa anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişiler ellerinde senet bulundurma imkanından mahrum oldukları için, muvazaa iddialarının tanıkla ispatına olanak tanınarak, ispatın bu kişiler bakımından kolaylaştırılmasıdır¹¹²⁰.

Muvazaa iddiasında kullanılacak önemli delillerden birisi iş müfettişi raporlarıdır. İş Kanunu’nun 3. maddesinde, “*alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir*” hükmü yer almaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, İş Kanunu’nun 92. maddesi uyarınca iş müfettişlerinin inceleme ve

¹¹¹⁴ Öztan, (2005), 32; Ayan, M. (2011). *Medeni Hukuka Giriş*. Konya: Mimoza Yayınları, 126.

¹¹¹⁵ Aydın, (2008), 271.

¹¹¹⁶ Demirkol, (2011), 3059.

¹¹¹⁷ Kuru, (2001), 2343.

¹¹¹⁸ Kuru, (2001), 2369.

¹¹¹⁹ Demirkol, (2011), 3061; Aydın, (2008), 271.

¹¹²⁰ Kuru, (2001), 2369-2370 ve 2371.

denetim sonucunda tuttıkları raporlar, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bu sebeple 3. madde uyarınca düzenlenen raporlar, hukuki işlemin muvazaalı olup olmadığı hakkında, aksinin kesin delille ispatlanmasını gerektirecek bir delil olarak kabul edilmelidir. Ayrıca maddedeki itiraz davası sonucunda verilen hüküm, tarafların farklı olması sebebiyle işçi ve işveren arasındaki muvazaa davasında ancak kuvvetli takdiri delil olacaktır¹¹²¹.

Aydınlı'ya göre, senetle ispat zorunluluğu, muvazaalı olan hukuki işlemin yazılı olarak yapıldığı hallerde geçerlidir. Muvazaalı sözleşme yazılı şekilde yapıldığında, ispatının resmi olmasa bile, en azından adi yazılı belgelerle olması gerekir. Ancak, muvazaaya konu işlem şekle bağlı değilse, muvazaa her türlü delille ispat edilebilir¹¹²². *Demirkol*'a göre, muvazaaya konu olan görünürdeki işlem yazılı şekilde yapılmamış ve varlığı dava sırasında tanıkla ispat edilmişse, muvazaanın varlığı da tanıkla ispat edilebilir. Ancak çoğu halde görünürdeki işlem senede bağlı olarak yapıldığından, muvazaa anlaşmasının varlığı yalnızca kesin delillerle ispat edilebilir¹¹²³. *Kuru*'ya göre, görünürdeki işlemde taraf olarak gözükmeyen ancak muvazaa anlaşmasında taraf olanın, görünürdeki işlemde taraf olmaması muvazaa iddiasını kesin delille ispat etme zorunluluğunu kaldırmayacaktır¹¹²⁴. Bahsettiğimiz gibi, taraflar dışında üçüncü kişiler ise muvazaa iddialarını her türlü delille ispatlayabilecektir (HMK m. 203).

Karşılaştırmalı hukukta muvazaa iddiasının ispatı için farklı yollar benimsenmiştir. Almanya ve İsviçre'de genellikle her türlü delille ispat gerçekleştirilebilirken, Fransa'da, istisnalar dışında genel olarak kesin delille ispat yolu öngörülmüştür¹¹²⁵.

Muvazaanın varlığının takdiri delillerle ispatının öngörüldüğü hallerde, tanık delili dışında keşif ve bilirkişi deliline de başvurulabilir. Örneğin, işin dağıtımı, alt işverene bırakılan işin hangi çalışanlarla ifa edildiği, işin özellikleri gibi muvazaa olgusunu oluşturabilecek vakıalar, keşif yoluyla ortaya koyulabilir ve bilirkişi görüşüne de başvurulabilir¹¹²⁶.

¹¹²¹ Yılmaz, (2009), 21.

¹¹²² Aydınlı, (2008), 271.

¹¹²³ Demirkol, (2011), 3060-3063.

¹¹²⁴ Kuru, (2001), 2350.

¹¹²⁵ Demirkol, (2011), 3063-3064.

¹¹²⁶ Ürcan, (2008), 997-998.

4.16. İbranamelerle İspat

İbra, alacaklının alacağından vazgeçmesi ve bunun sonucu olarak borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan bir sözleşmedir¹¹²⁷. İş Kanunu'nda ibraya ilişkin özel hüküm yer almamasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu m. 420 hükmü ibranamelere yer vermiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ibranameye ilişkin düzenleme bulunmadığından, yargı içtihatları yoluyla birtakım şartlar konulmuştu. Uygulamada işverenlerin işçilerden işe girmeden imzalı boş kâğıt almaları, işçinin korunması ve ibranamelerin dar yorumlanması gerektiği gibi gerekçeler ile ibranamelerin ispat sebebiyle yazılı yapılması¹¹²⁸ ve işe girerken veya sözleşme devam ederken düzenlenmemesi gerektiği savunulmaktaydı¹¹²⁹. Özellikle, ailesinin geçimini sağlamaya çalışan işçinin emeğinin karşılığı olan haklardan vazgeçmesi "*hayatın olağan akışına*" aykırı görüldüğünden, ibra sözleşmeleri dar şekilde yorumlanmaktaydı. Ayrıca bu dönemde, Yargıtay içtihatlarıyla ibranameler miktar içerip içermemesine göre, alacak kaleminin sayılıp sayılmamasına göre ayrımlara tabi tutularak, geçerliliği incelenmekteydi. İbranameler miktar içerdiği takdirde tamamı ödenirse borcun sona ereceği, tamamı ödenmediği takdirde ödenen tutar kadar makbuz niteliği bulunacağı belirtilmekteydi. İbraname, miktar içermiyorsa alacak kalemlerinin tek tek yazılması şartı aranmaktaydı. İrade fesadı ve gabin haller gibi haller olmadığında ve alacak kalemleri ayrıca sayılmışsa ibraname geçerli kabul edilmekteydi¹¹³⁰. İbraname tarih içermeyip, fesih tarihinden sonra gerçekleştirildiği belirsiz olduğunda geçersiz sayılmaktaydı¹¹³¹.

818 sayılı Kanun'da yer almayan işçiyi koruyucu hükümler, Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilmişti¹¹³². Ancak 6098 sayılı Kanunla beraber ibraname ile işçiyi koruyucu düzenlemeler iş hukukunda yasal temele kavuşmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 420/2 hükmüne göre;

¹¹²⁷ Ermenek, İ. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*. Ankara: Adalet Yayınevi, 31; Astarlı, M. (2013). *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 42; Özcan, D., Ocak, U. (2013). *İbra Sözleşmesi (İbraname)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 9; Keser, H. (2014). "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (32), 133; Güneren, A. (2011). "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tazminat Davalarında İbraname". *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2000; Kılıç, (2014), 2830; İbranamenin farklı tanımları için bkz: Narter, S. (2015). *Çalışanlar için Tazminatlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 819-820.

¹¹²⁸ Özcan, Ocak, (2013), 10-11.

¹¹²⁹ Narter, (2015), 832.

¹¹³⁰ Keser, (2014), 148.

¹¹³¹ Keser, (2014), 139; Narter, (2015), 832.

¹¹³² Yargıtay'ın 6098 Sayılı Kanun öncesi ibranameler hakkında getirdiği bazı ölçütler için bkz: Özdemir, C. S. (2014). "İbranamenin Kendi İçinde Çelişmesi". *Yargı Dünyası Dergisi*, (220), 27.

“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür”.

Hükme göre işçi ve işveren arasında yapılacak ibranameler maddede belirtilen şartlara bağlı olarak yapıldığı takdirde geçerlilik kazanacaktır. Ayrıca ibranamenin bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşmelerde bulunması gereken tasarruf yetkisinin bulunması ve irade sakatlığı hallerinin yer almaması gerektiğine de dikkat etmek gerekir¹¹³³. Belirtilen şartlarla birlikte iş hukukunda ibraname, iş ilişkisi sona erdikten sonra, işçinin işverenden olan tüm ücret, tazminat gibi işçilik alacaklarını aldığını gösteren yazılı belge olarak karşımıza çıkacaktır¹¹³⁴.

İbra sözleşmelerinin geçerli olması için ilk olarak, ibra sözleşmesinin yapılabilmesi için doğmuş ve çekişmesiz olan bir alacağın varlığı gereklidir¹¹³⁵. Ayrıca, ibranamenin yapılabilmesi için sözleşmenin sona ermesinden sonra bir aylık süre geçmesi aranır. Söz konusu süre, işe iade davası için öngörülen bir aylık sürenin işçi tarafından kullanılabilmesi amacıyla konulmuştur. Böylece işçilerden işe girmeden önce veya iş ilişkisi devam ederken alınan ibranamelerin geçerliliği bulunmayacaktır. Ancak iş ilişkisi devam ederken belli miktar yazılarak, alacaklarının alındığının belirtilmesi halinde bu belge makbuz hükmünde kabul edilecektir¹¹³⁶. İbranamelerde alacağın türü ve miktarı açıkça yazılmalıdır. Alacak kalemlerin tek tek belirli olmadığı ibranameler dar şekilde yoruma tabi tutulacağından geçersiz sayılır¹¹³⁷. Alacak kalemlerinin belirtilmeden, tüm alacakların ödendiğini belirten ibranameler de aynı şekilde hükümsüzdür.

İş hukukunda ibranamenin geçerliliği için ödemenin eksiksiz şekilde yapılması gerektiğinden, ibranameler aslında borcun tamamen ifa edildiğinin belgesi niteliğindedir¹¹³⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 420/3 hükmüne göre, *“Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka*

¹¹³³ Keser, (2014), 140; Narter, (2015), 827; Yargıtay gerçek borç miktarı ile ibradaki ödeme arasında açık orantısızlık bulunduğu hallerin, işçi tarafının iradesinin fesada uğratıldığına dair karine oluşturduğunu kabul etmektedir (YHGK, 21.11.2001, 11-989/1071 E.K: Narter, (2015), 833).

¹¹³⁴ Keser, (2014), 138.

¹¹³⁵ Narter, (2015), 825.

¹¹³⁶ Narter, (2015), 825 ve 828.

¹¹³⁷ Keser, (2014), 148; Güneren, (2011), 2013.

¹¹³⁸ Keser, (2014), 133.

aracılığıyla yapılmış olması zorunludur". Maddenin 2. ve 3. fıkrasında yer aldığı gibi, ödeme banka aracılığıyla yapılmaz ise ibraname yine geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak banka aracı olarak kullanılmadan yapılan ödemeler, borcun kısmen veya tamamen ifa ile sona erdirilmesini sağladığından¹¹³⁹, kanaatimizce kısmi ifa hallerinde makbuz yerine geçmelidir.

İbraname, işverenle işçi arasında işçilik haklarının ödendiğinde dair çıkacak uyuşmazlıkta, işverenin ispat yükünü yerine getirmesi için önemli bir delildir. İşveren tarafından ibranamenin varlığı ileri sürülüp, ibraname ibraz edilmemiş olursa son çare olarak, işçiye yemin teklif edilebilir¹¹⁴⁰. İşçi ibraname üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığı iddiasında bulunursa imzanın işçiye ait olduğunu ispat yükünü işveren taşıdığı halde, imza incelemesi konusunda mahkeme resen uzman bilirkişiden rapor da alabilir¹¹⁴¹ (HMK m. 211).

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesiyle alakalı belirtilen hususlar, işçinin işverenden olan alacakları için düzenlenen ibranameler için geçerlidir. İşverenin işçiden olan alacakları dolayısıyla düzenlenen ibra sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m. 132 hükmüne tabi olacaktır¹¹⁴². Bu durumda işverenin işçiden alacaklı olduğu haller, herhangi bir şarta bağlı olmadan ibranameye konu olabilecektir. Örneğin, işçiden eğitim giderlerinin veya iş yerinde verdiği zararların tazmini istendiğinde, işveren ve işçi arasında yapılacak ibra sözleşmesiyle borç sona erdirilebilecektir¹¹⁴³.

İkinci bölümde açıklandığı üzere ibranamelerin geçerliliği Kanun tarafından sıkı şekil şartlarına bağlanmış olup, geçersiz bir ibranamenin herhangi bir hükmü bulunmayacaktır. Ancak Yargıtayın aksine banka dışında elden ödeme içeren bir ibranamenin, şartları taşınması halinde makbuz niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

¹¹³⁹ Özdemir, C. (2006), 26.

¹¹⁴⁰ Keser, (2014), 136.

¹¹⁴¹ Güneren, (2011), 2003.

¹¹⁴² Özcan, Ocak, (2013), 11; Narter, (2015), 824.

¹¹⁴³ Keser, (2014), 149.



5. SONUÇ VE ÖNERİLER

İş hukuku esas olarak, işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin tarafları arasında işçi aleyhine bozulan menfaatler dengesinin hakkaniyete uygun bir şekilde tekrar tesisini amaçlayan bir hukuk dalıdır. İş hukukunda yürürlüğe konulan maddi hukuk kuralları genel olarak taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal eşitsizliği gidermeye yöneliktir. Maddi hukuk bakımından mevcut olan bu eşitsizliğin söz konusu maddi hukuk kurallarının uygulanması esnasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin yargılama safhasında da ortadan kalkmayacağı, bir başka deyişle maddi hukuk bakımından korunma ihtiyacı duyan işçinin, yargılama esnasında usul hukuku bakımından da korunmaya ihtiyaç duyacağı açıktır. Bu amaçla iş yargılaması ayrı bir kanunla düzenlenerek özel iş mahkemelerine bırakılmıştır. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun ispat ve delillere ilişkin hususlarda herhangi bir düzenleme içermeyip (m. 7/2 hükmü dışında) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunması bu noktada önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

İşverenin, ilişkide ekonomik ve sosyal olarak üstün olması ve işçinin tek geçim kaynağının çoğu zaman emeği ile elde ettiği ücretinin olması nedenleri ile iş hukuku, sosyal bir hukuk dalı olarak, işverenin sözleşme özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlandırıldığı bir alandır. İş hukukun bu özellikleri kanun koyucu tarafından dikkate alınarak, ilişkide zayıf olanın koruması amacıyla iki tarafın iradesi ile dahi değiştirilemez (mutlak emredici) veya zayıf olan aleyhine değiştirilemez (nispi emredici) hükümler aracılığıyla işçi korunmaya çalışılmıştır.

Öte yandan söz konusu maddi hukuka ilişkin normların ve sözleşmelerin uygulanması esnasında da uygulayıcılar tarafından bu kanun hükümleri ve sözleşme hükümleri yorumlanırken konuluş amacına uygun olarak işçi lehine yorum ilkesi geliştirilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, işçi lehine yorum ilkesinin yalnızca maddi hukuka ilişkin herhangi bir hakkın doğup doğmadığının tespitinde kullanılacak bir yöntem olduğudur. İşçi lehine yorum ilkesi, dogmatik temelini kanunlar bakımından amaçsal yorum yönteminden; akdi kaynaklar bakımından ise, sözleşmenin onu kaleme alan aleyhine yorumlanması ilkelerinden temel aldığı düşünülür. Bunun ötesinde söz konusu ilkenin maddi vakıaların ispatında bir delil olarak kullanılması mümkün değildir. Zira ispat hukukunda (ispat yükünün dağıtılması ve ispat araçlarının belirlenmesine ilişkin ilkeler dışında) ilkeler değil, deliller esastır. Bir yorum yönteminin delil olarak kullanılması ne iş hukukunda ne de başka bir alanda mümkündür. Uygulamaya

bakıldığında Yargıtayın bazı kararlarında, maddi vakıaların ispatında da bazen işçi lehine yorum ilkesi kavramını kullanarak iddianın işçi lehine ispatlanmış olacağı yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Ancak Yargıtayın söz konusu kararları incelendiğinde, sorunun kavramın hatalı olarak kullanılmasından kaynaklandığı açıkça fark edilmektedir. Somut olaylarda Yargıtayın esasen işçi lehine fiili bir karine kabul ettiği ve işçiyi ispat külfetinden kurtardığı ancak karine yerine hatalı olarak işçi lehine yorum ilkesine dayandığı görülmektedir. Ayrıca iş yargılamasında fiili karinelere yararlanılması iş hukukuna özgü bir uygulama olmayıp, medeni usul hukuku kuralları ile paralellik göstermektedir. Söz konusu bazı ilkeler dışında ispat yükü ve delillerin ispat gücü bakımından medeni usul hukuku alanında geçerli olan temel ilkelerin iş hukukunda da geçerli olduğunu görülmektedir.

Yine aynı şekilde iş hukukunda da kanuni veya fiili bir karineye dayanan taraf ispat yükünden kurtulmuş olacaktır. İş kanunlarında çeşitli kanuni karineler öngörülmüş olup, kanuni karinenin aksinin karşı tarafça ispat edilmesi gerekir. Kanuni karinelere örnek olarak, iş sözleşmelerinin kural olarak belirsiz süreli olacağı, asıl işverenin kendi işçisi ile kurmuş olduğu alt işveren ilişkisinin muvazaalı olacağı yönündeki karineler gösterilebilir. Her hukuk alanında fiili karinelerin neler olacağının sınırlı sayıda sayılması mümkün değildir. İş hukukunun sürekli borç doğuran dinamik yapısı, ilişkinin eşitler arası bir ilişki olmayıp hiyerarşik bir ilişki olması, işçinin işini kaybetme korkusu ile işveren tarafından kendisine sunulan öneriler arasında karar verme baskısı altında bırakılmasının ahlaki olmaması, böyle bir baskı altında verilecek kararların işçinin gerçek ve sağlıklı iradesini yansıttığının her zaman kabul edilemeyeceği, işverenin her zaman tek taraflı olarak delil üretme yetkisinin bulunması gibi gerçeklerden hareketle, Yargıtay uygulamada “*hayatın olağan akışı*” ana başlığı altında işçi lehine birçok fiili karine yaratmıştır. Fiili karinelerin karine niteliği ve içeriği tartışılabilir olmakla birlikte, iş hukukunda ispat konusunda fiili karinelere sıklıkla yararlanılmasının, medeni usul hukukunda geliştirilmiş ispat yükü kurallarına aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır. Kaldı ki Yargıtayın, işçinin uzun süre ücret ödenmediği iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle, işverenin ücret ödediğini yazılı olarak ispat edememesine rağmen bu yöndeki taleplerin reddi yönünde verdiği kararlarda olduğu gibi, söz konusu “*hayatın olağan akışı*” kavramından işveren lehine de yararlandığı görülmektedir.

Kanun koyucu, işçiyi korumak konusunda, bir yandan işçiyi koruyucu hükümler koyarken öte yandan da söz konusu bu hükümlerin uygulanmasının denetlenmesi ve söz konusu

koruyucu hükümlere aykırılık hallerinin yaptırma bağlanması yolunu tercih etmiştir. Bu nedenle işçinin kanunlara aykırı sözleşmelerle çalıştırılmasının yasaklanması yanında, bu sözleşmelerden doğan alacaklarına kavuşması da güvence altına alınmak istenmiştir. Bu yönüyle iş hukukunun emredici yapısı ortaya çıkmakta ve bu yapı yargılama ilkelerini de etkilemektedir. İşçinin alacaklarının bu şekilde sıkı bir koruma altına alınmasının temelinde yatan ana düşünce işçinin korunması olmakla birlikte, iş hukukuna ilişkin düzenlemelerin kamu düzeni ile doğrudan doğruya ilgili olması niteliğinden dolayı, kamu düzeninin de korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

Öte yandan iş ilişkisinin doğal bir sonucu olarak sosyal güvenlik hukuku alanında zorunlu sigortalılık ilişkisi doğmakta olup, işçi ve işverenin ödeyeceği primlerin işçinin gerçek ücretinin esas alınarak belirlenmesi nedeniyle, Kurumun alacaklarının tam olarak tahsil edilmesinde kamu yararının öne çıktığı görülmektedir. İş hukukunun kamu düzenine ilişkin bu yönünün ispat kurallarını etkilememiş olması düşünülemeyecektir. Kanunun emredici hükümlerinin veya kamu düzenine ilişkin hükümlerinin uygulanması esnasında hakimin tarafların ileri sürdükleri delillerle yetinmeyip, resen delil araştırma faaliyetine giriştiği görülmektedir.

Temel işçi alacakları bakımından en önemli kalemlerden olan fazla mesai alacakları işçinin fazla mesai yaptığı yönünde bir maddi vakıya iddiasına dayanmakta olup, eleştirilerin aksine tanık dâhil her türlü delille ispat edilmesi mümkündür. Bu tür takdirli delillerin değerlendirilmesi hâkimin vicdani kanaatine ait bir husus olup, bu yalnızca iş hukukuna özgü değildir. Yargının çoğunlukla yalnızca tanık ifadelerine dayanarak önemli miktarda fazla mesai ücretlerine hükmettiği yönündeki eleştirilerin, mevcut ispat hukuku ilkelerini aşan bir alanda değerlendirilmesi gerekir. Zira işçinin maddi bir vakıyı tanık delilleri dışında herhangi bir yazılı belge ile ispat etmesi mümkün olmadığına göre, varsa bu yönde hakkaniyete aykırı uygulamaların ancak geliştirilecek adil birtakım hukuk politikaları ile giderilmesi gerekir. Hukukumuzda yönetmelikle zayıf bir yükümlülük olarak düzenlenmiş bulunan işverenin fazla mesai belgelendirme yükümlülüğünün, Avrupa Adalet Divanı'nın çok yeni kararında belirttiği gibi, çalışma sürelerinin merkezi ve denetlenebilir bir kayıt sistemi kurma yükümlülüğüne dönüştürülmesi ile bu yöndeki eleştirilerin giderilebileceği kanaatindeyiz.

İş hukukunda eleştirilen bir diğer husus işçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarına rağmen mahkemelerin işçinin ücretinin belirlenmesi yönünde emsal ücret araştırması yoluna gittiği

yönündedir. Gerçekten de işçinin imzasını taşıyan ve işçiye ait olduğu aya ilişkin ücretinin ödendiğini gösteren belgelere rağmen işçinin gerçek ücretinin bordrolarda gösterilenden daha fazla olduğu iddiası karşısında mahkemeler resen ücret araştırması yoluna giderek sonuca varmaktadırlar. Eleştiriler işçinin, kendi imzasını taşıyan bordroda gösterilen ücretten daha fazla bir ücret aldığı iddiasının yine ancak kesin delil ile ispat edilmesi gerektiği yönündedir. Bu yönüyle iş hukukuna ilişkin ispat uygulamasının medeni usul hukukundan ayrıştığı iddia edilmektedir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bordrolar işçiye o ay ödenen fiili ücreti göstermekte olup, temel iş ilişkisinde işçinin ücretinin miktarını göstermemektedir. İşçi imzası ile yalnızca bordroda gösterilen miktarın kendisine ödenmiş olduğunu kabul etmektedir. Bunun dışında bordrolar, işçinin gerçek ücretinin bordroda gösterilen miktar olduğu yönündeki iradesini içermemektedir. Diğer yandan işverenlerin SGK primlerini düşük miktar üzerinden ödemek, işçinin ücrete bağlı diğer haklarını daha düşük miktarda göstermek (kıdem tazminatı vb.) gibi amaçlarla bu yola başvurduklarının yüzlerce kararla sabit olduğu bir sistemde, bordrodaki ücretin gerçek ücretin altında olduğu iddiası, belirtildiği üzere kamu düzenindedir ve hakim tarafından resen araştırılması gereklidir.

İşçinin imzasını taşıyan ve işçilik haklarının tamamının veya bir kısmının işçiye ödendiğini gösteren ibranamelerin geçerliliği Türk Borçlar Kanunu m. 420’de özel şartlara bağlanmış olduğundan, kanunda belirtilen şartları taşımayan bir belgenin işçi aleyhine yazılı delil olarak kullanılamayacağı da açıktır. İbranamelerin geçerliliği için, sözleşmenin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Ancak Yargıtayın, Kanun’daki banka aracılığıyla ödeme şartını taşımadığı için geçersiz kabul edilen ibranameye dayanarak, işveren tarafından işçiye yapılan ödemeleri içeren ve işçinin imzasını taşıyan bir belgenin makbuz olarak dahi kabul edilmeyeceği yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira hukuki işlem geçersiz olsa da, işçi söz konusu meblağı aldığını imza altına alarak kendisi aleyhine kesin bir belge oluşturmuştur. Bu durumda ibranamenin makbuz niteliğinde görülmesi yerinde olacaktır.

İşveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen yazılı belgelerin işçi aleyhine kesin delil olarak kullanılması mümkün değildir. Özellikle haklı nedenle fesihlerde işveren tarafından tutulan devamsızlık tutanakları ve işçiye yıllık izin kullandırıldığını gösteren belgeler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Devamsızlık tutanakları bakımından tutanakta imzası

bulunanların tanıklıklarına başvurularak takdiri delil olarak değerlendirilirken, yıllık izin konusunda tutulan tutanaklarda imzası bulunan kimselerin tanık olarak dinlenilmesi dahi mümkün değildir. Zira yıllık izinlerin kullanılması bakımından, Kanun işverene yıllık izinlere ilişkin kayıt tutma zorunluluğu getirmiş olduğundan, işçiye yıllık izinlerini kullandığını işveren ispat etmek zorundadır. İşveren işçiye yıllık izinlerini kullandığını ancak işçinin imzasını taşıyan yazılı belge veya merkezi kayıt sistemi ile ispat edebilecektir.

Uygulamada işverenin işçiye işe başlarken veya iş ilişkisi devam ederken teminat senedi imzalatıldığına rastlanılmaktadır. Genellikle işçiye verilen malzemelerin, araçların veya işin konusunun yüksek meblağa sahip olması sebebiyle işverene verebilecekleri olası zararlar için teminat olarak bu tür senetler alınırken, iş ilişkisini sonunda işçiyi alacaklarından mahrum etmek amacıyla da bu tür senetlerin alındığı görülmektedir. İş ilişkisinin sonunda işçinin işveren karşı alacak davası açarak elde ettiği hakları talep etmesi halinde, işverenlerin de ellerinde bulunan bu senetleri işçi aleyhine icra takibine koyarak, işçileri söz konusu bazı alacaklardan mahrum etmeye çalıştıkları görülmektedir. Yargıtay yerinde olarak bu tür senetlerin geçerli olmayacağını, bu durumda işverenin senede konu temel ilişkiyi veya belli bir zarar tehlikesine karşı alınmış ise, işçinin işverene vermiş olduğu zararları ispat etmek zorunda olduğunu kabul etmektedir.

İşçinin rızası ve bilgisi dışında elektronik kayıt cihazları ile elde edilen delillerin iş yargılamasında da kullanılamayacağı açıktır. Ancak işçinin rızasını taşıyan veya bazı durumlarda açık rıza olmamasına rağmen işçinin bilgisi dahilinde elde edilen elektronik kayıtların işçi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi mümkündür.

İş hukukunda işçi alacağı bulunduğunu (çalıştığını), işveren ise söz konusu çalışmalar karşılığı ücretini ödediğini ispat etmekle yükümlüdür. İşçinin çalıştığı iddiası maddi bir vakıa olması nedeniyle, işçi bu iddiasını her türlü delille ispat edebilecekken, işveren ücreti ödediğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen senetle ispat zorunluluğu kapsamında ancak yazılı delil ile ispat edebilecektir.

İş Kanunu'nda bazı vakıaların ispatı bakımından, vakıanın bu vakıayı iddia eden işçi tarafından ispat edilmesi genel kural olmakla birlikte, söz konusu vakıaların güçlü bir şekilde ortaya konulması halinde, kanun koyucu ispat yükünü değiştirmiş ve bu vakıaların gerçek olmadığının ispatını işverene yüklemiştir. Bu kapsamda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, "*işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu*

ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur” hükmü örnek olarak gösterilebilecektir. Bunun gibi İş Kanunu cinsel taciz ve mobbing konusunda da benzer ispat kolaylıkları sağlandığı görülmektedir. Kendi lehine hak iddia eden kişinin iddiasını ispatlaması gerektiği genel kuralına uygun olarak işçinin ispat yükünü üzerinde taşımasına rağmen, işçiye ispat kolaylığı sağlanarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı bir uygulamaya sebebiyet verildiği düşünülse de medeni yargılamada da bazı durumlarda iddianın yaklaşık olarak öne sürülmesi ispat için yeterli kabul edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere iş hukukunun kamu düzenine ilişkin düzenlemelerinin ön planda olduğu davalarda resen araştırma ilkesi uygulanmakta ve hakim kendisi delil araştırması yoluna gidebilmektedir. Bu ilkenin en yoğun olarak uygulandığı davalardan birisi de hizmet tespiti davalarıdır. Hizmet tespit davasında esasen çalışma olgusunun tespiti gerçekleştiğinden, her türlü delille ispat gerçekleştirilebilecektir. Bu davalar, Anayasa tarafından koruma altına alınmış sosyal güvenlik hakkının, sigortalı olan işçiye sağladığı vazgeçilemez ve devredilemez bir hakka ilişkin olması nedeniyle kamusal olduğu ve resen araştırma ilkesinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal devlet olmanın bir ilkesi olarak Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla bu davalarda resen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulacağı da açıktır.

Sonuç olarak, iddia olunduğunun aksine iş hukuku uygulamasındaki ispat kuralları ile medeni usul hukuku alanında geçerli olan ispat kurallarının farklı olduğu, işçi lehine medeni usul hukuku ispat kurallarının görmezden gelindiği veya zayıflatıldığı yönündeki iddia ve inanışların gerçekliği yansıtmadığı, yakından bir inceleme ile esasen usul hukukunda geçerli ispat kurallarının iş hukukunun yapısına uygun olarak yorumlanmak suretiyle uygulandığı, ancak hukuki güvenlik, şeffaflık ve hukukta içtihat birliğinin sağlanması bakımından ispat kurallarına ilişkin geliştirilen ilke ve esasların İş Mahkemeleri Kanunu’nda, iş hukukunun niteliğine uygun olarak ayrıca düzenlenmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- Acar, A. E. (2013). *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Akcan, R. (2004). "Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1-2), 7-24.
- Akın, P. (2014). "Kamu Düzeni Kavramı Ve İş Hukukundaki Yansımaları". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 11 (43), 57-98.
- Akil, C. (2008). "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 1-32.
- Akil, C. (2012). “ Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (4), 1223-1270.
- Akil, C. (2014). “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu Ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılmayacağı Meselesi”. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 139-161.
- Akkan, M. (2010). “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , C.11, 3-61.
- Akkaya, T. (2017). *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aktay, A. N., Arıcı, K., Senyen Kaplan, E. (2013). *İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Akyılmaz, G. (2015). *Siyasi Tarih*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyiğit, E. (2011). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”. *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 8 (29), 117-140.
- Akyiğit, E. (2011). “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”. *Çalışma Ve Toplum Dergisi*, (3), 73-92.
- Akyiğit, E. (2000). *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyiğit, E. (2006). *İçtihatlı Ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Akyiğit, E. (2018). *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Alangoya, H., Yıldırım, M. K., Deren Yıldırım, N. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Alangoya, Y. (1991). “İsviçre Hukukunda Bilirkişilik”. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları*. Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı. Afşaroğlu Matbaası, 31-44.
- Alangoya, Y. (2004), “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 521-531.

- Albayrak, H. (2012). Yaklaşık İspat. Doktora Tezi . Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Albayrak, H., Yuvalı, E. (2012). "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9 (34), 71-112.
- Alp, N. S., Korkmaz, F. (2016). *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Alpagut, G. (2010). "Belirli Ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı Ve Oransallık İlkesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, 25-44.
- Alpagut, G. (2008). "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi Ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik". *Bankacılar Dergisi*, (65), 89-110.
- Ansay, S. Ş. (1957). *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arap, E. (2018). *Hizmet Tespiti Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arkan, S. (2014). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arslan, A. (2013). "6100 Sayılı Hmk Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli Ve Yetkili Mahkeme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), 241-254.
- Arslan, Ç. (2015). Dijital Delil Ve İletişimin Denetlenmesi. *Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2), 253-266.
- Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası E. (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arslan, S. (2014). "Yargıtay Kararları Işığı Altında 'İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi Veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması' Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72 (2), 47-58.
- Aslanköylü, R. (2010). *Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi(Bağ-Kur Kanunu İle Karşılaştırmalı)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Astarlı, M. (2013). *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Aşçıoğlu, Ç. (1991). "Yargılama Çalışmalarında Nitelendirme Ve Bilirkişinin Görevi", *Mükayeseli Hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları*, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı. Afşaroğlu Matbaası, 77-95.
- Aşit, R. (2017). "İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (2), 423-466.
- Atalay, O. (2001). *Oğuz Atalay, Menfi Vakıaların İspatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- Atalay, O. (2009). "Delil Kavramı Üzerine". *Haluk Konuralp'e Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 129-138.
- Atalay, O. (2017). *Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku*. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, (Atalay-Pekcanitez Usûl).

- Atalı, M. (2017), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Atalı, M., Ermenek, İ. (2019). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E. (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ayan, M. (2011). *Medeni Hukuka Giriş*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Aydınlı, İ. (2008). *Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Aykaç, H. B. (2011). *İş Hukukunda Alt İşveren*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Bağdatlı, S. (2010). *Hukuk Sözlüğü*. İstanbul: Derin Yayınları.
- Bahtiyar, M., Biçer, L. (2013). "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defter Tutma Yükümlülüğü Ve Ticari Defterlerin İspat Gücü". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 15-32.
- Başözen, A. (2012). "Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları". *Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 1-49.
- Başözen, A. (2010). *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Baştürk, F. (2009). "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi Ve İspat Sorunları". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (22),567-640.
- Bayram, F. (2006). "Sendikal Fesih Karinesi". *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 3 (12), 1221-1249.
- Baysal, U. (2010). "İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (25), 59-99.
- Baysal, U. (2011). *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bedir, G. (2015). "Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakları". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 10 (107), 48-50.
- Belgesay, M. R. (1939). *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. İstanbul: Tan Basımevi.
- Berberoğlu Yenipınar, F. (2018). *İş Hukukunda İşçilik Alacakları Ve Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Berberoğlu Yenipınar, F. (2017). *Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları (Uygulama-Örneklerle)*. İstanbul: Legal Yayınları.
- Berkin, N. M. (1946). "İspat Hukukunda Senet Delili Ve Yazılı Şekil". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12 (4), 1175-1192.
- Bilge, N. (1965). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Ajans Türk Matbaası.
- Bilge, N., Önen, E. (1978). *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. (3.Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası.

- Bilgili, A. (2016). "Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan*, 15 (1), 217-248.
- Bilgili, A. (2017). *Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Birben, E., Öktem, S. (2001). "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 1076-1143.
- Bolayır, N. (2014). Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı Ve İspat Hakkının Sınırları. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 555-577.
- Bozkurt, H. A. (2007). "İş Mahkemeleri Ve Yargılama Yöntemi". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (8), 55-65.
- Bozkurt, H. A. (2009). "İş Mahkemelerinde Bilirkişilik". *Ankara Barosu Dergisi*. 67 (4), 117-125.
- Bozkurt, H. (2011). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bozkurt, H. (2018). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Budak, A. C. (2005). "Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır". *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 511-521.
- Budak, A. C. (2000). *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Budak, A. C., Karaaslan V. (2018). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bulut, A. (2016). *Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler*. Ankara: Turhan Kitabevi. (Sendikal Güvenceler).
- Bulut, M. (2016). *(Hizmet Sözleşmesiyle Çalışanlar Ve İşverenler İçin) Hizmet Tespit Davaları*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Caniklioğlu, N. (2001). "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı Ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları". *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. İstanbul: Beta Yayınları, 1144-1174.
- Canpolat, F. (2012). "Hukuki İşlemlerde 'Amaç'". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 61-77.
- Centel, T. (1986). *İş Hukukunda Ücret*. İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Yayınevi.
- Çağlayan, R. (2003). "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (3-4), 195-206.
- Çankaya, O. G., Çil, Ş. (2009). *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Çelik, Ç. (2007). *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi Ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çelik, N. (2014). "İş Yeri Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatı Ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü- Karar İncelemesi". *Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24 (2), 21-30.

- Çelik, N. (2008). "İş Sözleşmesinin Geçersizliği Ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü". *Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 343-349.
- Çelik, N., Canikoğlu, N., Canpolat, T. (2015). *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Çenberci, M. (1969). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.
- Çiçek, H. (2009). "Fazla Çalışma Ücreti". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 6 (21), 187-202.
- Çiftçi, P. (2018). *İspat Hakkı Ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Çil, Ş. (2011). "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği". *Sicil Dergisi*, 6 (21), 66-85.
- Çil, Ş. (2014). "6100 Sayılı Hmk'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü Ve Deliller". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72 (2), 87-102.
- Çil, Ş. (2004). *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Çil, Ş. (2012). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012 Yılları)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Çil, Ş. (2014). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Deliduman, S. (2000). "Medeni Usul Hukukunda Senet Ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 413-435.
- Demircioğlu, M. (2011). "Çalışma Koşullarında Değişiklik Ve İş Sözleşmesinin Feshi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan: İş Dünyası Ve Hukuk*, 121-140.
- Demirkol, B. (2011). "Muvazaa İle Muvazaaya Benzer Kurumlar Ve Senetle İspat Kurallarının Bu Kurumlardaki Uygulaması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 3011-3078.
- Deren Yıldırım, N. (1996). *Türk, İsviçre Ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları*. İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- Deryal, Y. (2010). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Doğan Yenisey, K. (2014). *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ekin, A. (2016). "İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerde Çalışmanın Hukuki Sonuçları". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*. 72 (Özel Sayı). İstanbul: Legal Yayınları, 337-370.
- Erbaş, C. G. (2017). "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), 97-108.
- Erdönmez, G. (2017), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Baskı), İstanbul: On İki Leva Yayıncılık, (Pekcanitez Usûl).
- Ermeneç, İ. (2014). *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi Ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Ermemek, İ. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ermemek, İ. (2000). "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 142-180.
- Ertanhan, M. (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık Ve Tanıklık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ertekin, Ö. (2017). *İş Güvencesi Hukuku Ve İşe İade Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erturgut, M. (2004). *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ertürk, Ş. (2002). *İş İlişkisinde Temel Haklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Evren, Ö. K. (2007). "İş Hukukunda Ahlak Ve İyiniyete Aykırı İşe Devamsızlık Kavramı". *Terazi Hukuk Dergisi*. 2 (12), 51-62.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Gökçek Karaca, N., Günaydın, B. (2007). "Gazetecilerin Ücretli Tatil Ve Yıllık Ücretli İzin Hakkı". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (15), 907-919.
- Gökler, A. M. (2010). *Senetle İspat Ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralı İle Bu Kuralın İstisnaları*, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Göksel, M. (2010). *4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Ücretin Ödendiğinin İspatı*, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Göksu, M. (2009). "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi". *Legal Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 5 (13), 251-282.
- Göksu, M. (2009). "(Hukuk Yargılamasında) Vakıa Ve Hukuk", Haluk Konuralp'e Armağan. Ankara: Yetkin Yayınları, 323-350.
- Göksu, M. (2011). "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları Ve Bunların İstisnaları". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 53-65. (Senetle İspat).
- Göksu, M. (2011). "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle İspat Ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler". *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ve Borçlar Kanunu Sempozyumu*. Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 49-64.
- Göksu, M. (2017). "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı Ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 8 (32), 61-93.
- Göksu, M. (2018). "Bilirkişilik Kurumunun Niteliği, Gelişimi Ve Uygulaması Bağlamında 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Değerlendirilmesi". *Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu*, Av. Cengiz Özbilgin'e Armağan. İstanbul: Beta Yayınları, 7-29.
- Göksu, M. (2011). *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Gönen, R. (2013). "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin". *İstanbul Barosu Dergisi*, 87 (3), 206-213.
- Görgün, L., Börü, L., Toraman, B., Kodakoğlu, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Görkem, Z. E. (2015). "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz Ve İkamesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6 (21), 659-691.
- Günay, C. İ. (2009). *İş Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günay, C. İ. (2013). *İş Hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günay, C. İ. (2015). *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günay, C. İ. (2000). *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Günay, C. İ. (2008). "İş Sürelerinin Denkleştirilmesinde Fazla Çalışma". *Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayınları, 377-397.
- Günay, E. (2018). "Açık Bono (Ttk M.778/2f Göndermesiyle M.680)". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 13 (144), 108-112.
- Güneren, A. (2011). "İş Kazası Ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tazminat Davalarında İbraname". *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 1999-2014.
- Hanağası, E. (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Işıқтаç, Y. (1997). *Hukukun Kaynağı Olarak Örf Ve Adet Hukuku*. İstanbul: Alkım Yayınevi.
- İnternet: <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/91216b06-c6f5-42b2-a68f-82c87d608602>, (E. T: 27.05.2018).
- İnternet: <http://dergipark.gov.tr>.
- İnternet: <http://www.tbb.org.tr>.
- İnternet: <http://www.tdk.gov.tr>.
- İnternet: www.kazanci.com.
- İnternet:<http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=TIBBİMÜDAHALEDENKAYNAKLANANTAZMİNATDAVALARINDAİSPATSORUNLARI&kimlik=694870117&url=makaleler/abasozen-6.pdf>, (E.T: 19.05.2018).
- İyilikli, A. C. (2016). *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kaçak, N. (2006). *Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe, Çek*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kale, S., Keser, S. (2015). "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 (2), 701-726.
- Kalkan, A. (2018). "İş Sözleşmesinde Fesih Halleri". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 281- 314.

- Kandemir, M., Yardımcıoğlu, D. (2014). "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (30-31), 1-44.
- Kar, B. (2005). "İş Güvencesinde İspat Yükü Ve Deliller". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2 (7), 1005-1053.
- Kar, B. (2013). "İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı), 869-882.
- Kar, B. (2019). *İş Yargılaması Usulü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karaaslan, V. (2016). "Banka Dekontu Ve Havale Makbuzunun Delil Değeri". *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2 (15), 611-634.
- Karademir, A., Ekinci, H. (2017). *İşçilik Alacakları*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Karahacıoğlu, A. H., Parlar, A. (2014). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Karahacıoğlu, A. H., Parlar, A. (2014). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat Ve Deliller*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Karakaş, F. T. (2013). "Karine Kavramı, Kanuni Karineler Ve Varsayımlar". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62 (3), 729-760.
- Kayhan, N. (2010). "Ulusal Ve Uluslararası Normlara Göre Türkiye'de Yıllık İzin Hakkı Ve Kamuda Alt İşverenlik İzin Uygulaması". *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 1 (1), 119-149.
- Kerdaniel, E. D. (1937). *Şahitlik Ve Şahidin Psikolojisi*, (Çeviren: Rasih Yeğengil). Ankara: Hapisane Matbaası.
- Keser, H. (2014). "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (32), 133-151.
- Kılıç, E. (2011). "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (6), 211-240.
- Kılıç, Ş. (2014). "İş Sözleşmelerinde İbraname Ve Cezai Şartın Tbk Açısından Değerlendirilmesi". *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 2829-2865.
- Kılıçoğlu, M. (2012). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*. İstanbul: Legal Kitabevi.
- Kılıçoğlu, M. (2005). *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması*. İstanbul: Ayhan Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, M. (2011). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Uyarlı İş Yargılamaları Usulü*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, M. (2013). *6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Kılıçoğlu, M. (2015). *Şerhli İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Bilge Yayınevi.

- Kılıçoğlu, M., Kılıçoğlu Ada, İ. (2013). *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Kılıçoğlu, M., Şenocak, K. (2008). *İş Kanunu Şerhi*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Kılıçoğlu, M., Şenocak, K. (2013). *İş Kanunu Şerhi*. (3. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kiraz, T. Ö. (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Knopp, M. (2009). "İspat Aracı Olarak Dijital Fotoğraflar". (Çeviren: Tolga Akkaya), *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 559-571).
- Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Konuralp, H. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*. Ankara: Yetkin Yayınları. (Delil Başlangıcı).
- Korkusuz, M. H. (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları Ve 4857 Sayılı İş Kanununa Tabi İşçilere Etkisi*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Köroğlu, H. (1995). *Uygulamada Ve İçtihatlarda Bilirkişilik*. Ankara: Adil Yayınevi.
- Kurt Konca, N. (2012). "İş Kanunu' Nun 6111 Sayılı Kanun İle Değişik 91. Ve 92. Maddelerinin Medeni Usul Ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Türkiye Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku Ve İktisat Dergisi*, 24 (1-2), 67-85.
- Kuru, B. (2014). "Yazılı Delil Başlangıcı (Hmk M. 202)", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir Demir Yayınları.
- Kuru, B. (2016). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Kuru, B. (2018). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2011). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kurucu, O. (1987). *Fazla Çalışma*. Ankara: Kadıoğlu Matbaası.
- Kutal, M. (2012). "Hizmet Sözleşmesinin Feshi Ve Kıdem Tazminatı Bakımından İş Kanununun Uygulanmasından Doğan Başlıca Sorunlar". *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, (34), 111-146.
- Küçükgüngör, E. (1998). Roma Özel Hukukunda Delil Ve İspat. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 477-497.
- Limoncuoğlu, S. A. (2013). "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı), 547-571.
- Mazlum, İ. (2013). "Feshe İtiraz Davası". *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 249-276.

- Mazlum, İ. (2012). *Medeni Usul Hukukunda Belge Ve Senet Ayrımı*, Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Melekoğlu Keser, B. (2018). *İş Hukukunda Fazla Çalışma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meriç, N. (2007). “Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”. *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (7), İstanbul: Legal Yayıncılık. 377-434.
- Mollamahmutoğlu, H. (2008). *İş Hukuku*. (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U. (2014). *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Muşul, T. (2012). “*Medeni Usul Hukuku*”. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Mülayim, Z. G. (2001). *Tarımsal Değer Biçme Ve Bilirkişilik*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Nart, S. (2007). “Alman Ve Türk Hukukunda Senetle İspat”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 207-232.
- Narter, S. (2015). *Çalışanlar İçin Tazminatlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ocak, U. (2013). *İşçilik Alacakları*. Ankara: Kalkan Matbaa.
- Odaman, S. (2004). “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması Ve Hukuki Sonuçları”. *Çimento İşveren Dergisi*, 18 (2), 4-15.
- Oğuz, Ö. (2018). "Anayasa Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Gazetecinin Fazla Çalışma Ücreti". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15 (58), 395-417.
- Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2009). “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Okumuş, N. (2010). *Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller)*, Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Okur, Z. (2016). "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, 74, 587-600.
- Olgaç, S., Çenberci, M. (1964). *Hukuk Davalarında İkrar*. İstanbul: Bereket Matbaası.
- Onaran Yüksel, M. (2000). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Öksüz, Ö. (2006). “Yıllık Ücretli İzin”. *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 3 (11), 853-865.
- Özbay İ., Çelik F. (2018). “Boşanma Davalarında İspat Yükü Ve Karineler”. *Yargıtay Dergisi*, 44 (1), 15-60.
- Özbay, İ. (2003). “Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”. *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. İstanbul: Alkim Yayınevi, 281-304.
- Özbay, İ. (2009). *Grup Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbay, İ. (2004). *Hakem Kararlarının Temyizi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Özcan, D. (2013). *İş Hukukunda Fesih Ve İş Güvencesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özcan, D., Ocak, U. (2013). *İbra Sözleşmesi (İbraname)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özdemir, C. S. (2014). "İbramenin Kendi İçinde Çelişmesi". *Yargı Dünyası Dergisi* (220), 23-30.
- Özdemir, C. S. (2011). "İş Kanunu'na Göre Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik". *İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası*, 219-226.
- Özdemir, E. (2005). "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54 (3), 95-120.
- Özdemir, E. (2006). *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü Ve Araçları*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Özdemir, E. (2006). "İş Yerinde Cinsel Taciz". *Çalışma Ve Toplum Dergisi*, (4), 83-96 (Taciz).
- Özdemir, H. (1971). *Ceza Davaları İle Trafik Kazalarında Keşif Ve Bilirkişilik*. Şark Matbaası.
- Özekes, M. (2002). "Karar İncelemesi-İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (3), 51-64.
- Özekes, M. (2004). "İş Kanunu'nun 20. Ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 479-514.
- Özkan, H. (1996). *Hukuk Davalarında Keşif, Bilirkişilik Ve Tatbikatı*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özmumcu, S. (2014). "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi". *Mihir Özel Sayı, Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-Xıhmk Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 145-171.
- Özmumcu, S. (2013). "1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, (101), 42-66.
- Özrahit, T. (2017). *Türk, İngiliz, Kktc Medeni Usul Hukuklarında Deliller Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar İle Güncel Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Özsunay, E. (1991). "Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık". *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı. Afşaroğlu Matbaası, 97-104.
- Öztan, B. (2005). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztek, S. (2014). "Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1607-1627.

- Öztek, S. (1991). "Fransız Hukukunda Bilirkişilik". *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı. Afşaroğlu Matbaası, 45-56.
- Öztürk, M. O. (2012). "Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler". *Çalışma Ve Toplum Dergisi*, (35), 73-98.
- Özveri, M. (2007). "Yıllık Ücretli İzin Hakkı Ve Yargı Kararları". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (15), 921-942.
- Paslı, A. (2009). "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan Oy'un Hukuki Niteliği". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 67(1-2), 167-182.
- Pekcanitez, H. (2009). "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi". *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 783-850.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2009). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pekcanitez, H. (1992). *Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Peksöz, V. (2014). "*Hukuk Muhakemeleri Kapsamında Karineler Ve Faturanın Hukuki Niteliği*". Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Polat, Y. (2011). *4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçi Özlük Dosyası*, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Postacıoğlu, E. İ. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Postacıoğlu, İ. E. (1964). *Şehadetle İspat Memnuiyeti Ve Hudutları*. İstanbul: Baha Matbaası.
- Postacıoğlu, İ. E., Altay, S. (2015). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Sarisözen, M. (2014). "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1699-1737.
- Senyen Kaplan, E. T. (2015). *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Senyen Kaplan, E. T. (2017). *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Sever, R. (2012). "İşverenin Eşit Davranma Borcu". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9 (34), 30-72.
- Sezgin, A. (2008). "Hukuka Aykırı Şekilde Kayda Alınan Telefon Görüşmeleri İle Gizli Çekimlerin Yayımlanması Nedeniyle Tazminat Davaları Ve Konu İle İlgili Yargı Kararları". *Terazi Hukuk Dergisi*, 3 (26), 53-64.
- Soner, L. F. (1975). "Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi Ve Tanık Dinletilmesi". *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 656-664.

- Soyer, M. P. (2002). "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması". *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. İstanbul: Beta Yayınları, 291-299.
- Sümer, H. H. (1998). "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi". *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*. Ankara: Tühis, 201-232.
- Sümer, H. H. (2011). "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi". *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 1623-1664.
- Sümer, H. H. (2018). *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Süzek, S. (1976). *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. Ankara,: Kazancı Yayınları.
- Süzek, S. (2017). *İş Hukuku*.(14. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Süzek, S. (2005). "İşçinin Yetersizliği Veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih". A. *Can Tuncay'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 565-586.
- Şen, M. (2005). *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Şen, S. (2009). "Psikolojik Taciz Ve İş Kanunu Boyutu". *Çimento İşveren Dergisi*, 23 (5), 46-68.
- Şener, E. (2001). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Şık, E. (2012). *İşçinin Özlük Dosyası Düzenleme Borcu, Yüksek Lisans Tezi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Şişli, Z. (2012). "Bireysel İş Uyuşmazlıkları Ve Yargısal Çözüm". *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 45-67.
- Tanrıver, S. (2006). "Türk Medeni Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (65), 368-377.
- Tanrıver, S. (2002). *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri Ve Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tanrıver, S. (2016). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Taşkın, A. (2016). "Mobbing Davalarında İspat Sorunu". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2), 391-437.
- Taşpınar Ayvaz, S. (2012). "Türk Borçlar Kanunu Ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 321-349.
- Taşpınar, S. (1996). "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1-4), 533-572.
- Taşpınar, S. (2001). *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Tekergül, M. (2010). *İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tekinalp, Ü. (1997). *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu (Ticari Defterler)*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tiryaki, H. (2017). *İşe İade Davalarında Geçerli Ve Geçersiz Nedenler*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Tok, O. (2016). *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Tok, O., Koltaş, H. (2016). "Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (3), 2665-2691.
- Toker, Y. (2016). "İşyerlerinde Cinsel Taciz: Kapsamı, Öncülleri, Sonuçları, Kurumsal Baş Etme Yöntemleri". *Türk Psikoloji Yazıları*, 19 (38), 1-19.
- Tolu, H. (2017). *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Topal, Ö. (2015). *Ticari Defterlerin Delil Niteliği*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Topaloğlu, A. (2013). "6100 Sayılı Hmk' Da Yemin Ve Mahkeme Tarafından Yemin Teklif Etme Hakkının Hatırlatılması". *Terazi Hukuk Dergisi*, 8 (83), 56-63.
- Topçu, U. (2017). *Bilirkişi Raporları Ve Yargıtay Kararları Işığında Hizmet Tespit Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Topuz, G. (2012). *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Toraman, B. (2014). "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, 1483-1523.
- Toraman, B. (2017). "Yeni Bilirkişilik Kanunu". *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 13 (36), 51-85.
- Tunç Yücel, M. (2013). "Hmk M. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar". *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 9 (25), 115-140.
- Tunçomağ, K., Centel, T. (2008). *İş Hukukunun Esasları*. Ankara: Beta Yayınları.
- Tutumlu, M. A. (1989). "Hukuk Yargılamasında Delil İkametinin Kapsamı, Şekli, Zamanı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (6), 924-934.
- Tutumlu, M. A. (2015). "Havale Yoluyla Yapılan Ödemede İspatın Konusu". *Terazi Hukuk Dergisi*, 10 (108), 126-130.
- Tutumlu, M. A. (2017). "Hukuki Konularda Hukukçu Bilirkişi Atanması Sorunu". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 12 (131), 120-129.
- Tutumlu, M. A. (2007). *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*. (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Türktekin, S. (2010). "Senetle İspat Zorunluluğu Ve Sınırları", *Yüksek Lisans Tezi*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Uçum, M. (2007). "Personel Özlük Dosyası Ve İşverenin İş İlişkinde Temin Etmesi Gereken Belgeler". *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (16), 1341-1357.
- Umar, B. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Umar, B., Yılmaz, E. (1980). *İsbat Yükü*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Uzun, P. (Nisan 2013). "Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Işığında İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname) Ve İspat Gücü". *Terazi Hukuk Dergisi*, 8 (80), 34-41.
- Ünal, N. (2004). "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53 (1), 173-184.
- Ürcan, G. (2004). "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat". *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı. Tbb*. Ankara: Şen Matbaa, 767-815.
- Ürcan, G. (2008). "Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkinin Tespiti Ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (19), 959-1004.
- Üstündağ, S. (1984). *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul,: Formül Matbaası.
- Üstündağ, S. (1992). *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Yaylacık Matbaası.
- Üstündağ, S., Tanrıverdi, M. (1991). "Alman Usul Hukukunda Bilirkişilik". *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik Ve Sorunları*. Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı. Afşaroğlu Matbaası, 5-29.
- Velidedeoğlu, H. V. (1960). *Türk Medeni Hukuku Umumi Esasları*. İstanbul: Nurgök Matbaası.
- Yardımcı, T. E. (2017). *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. Doktora Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yardımcıoğlu, D. (2018). "Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet Ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar". *International Journal Of Social And Humanities Sciences*, 2 (2), 144-160.
- Yavaş, M. (2015). "Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı", *Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(2), 741-762.
- Yavaş, M. (2009). "Senetle İspat Ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları Ve Bu Kuralların İstisnaları". Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yavuz, N. (1974). "Hukuk Davalarında İkrar". *Ankara Barosu Dergisi*. Ankara: Saim Toraman Matbaası, (4), 679-688.
- Yıldırım, M. K. (2011). *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yıldırım, M. K., Tok, O. (2016). "İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), 241-250.
- Yıldız, G. B. (2008). *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Yılmaz, E. (2009). "Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası". *Çimento İşveren Dergisi*, 23 (1), 4-21.
- Yılmaz, E. (2007). "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (8), 5-12.
- Yılmaz, E. (2013). "Ticari Defterlerin Delil Olması (Hmk M.222) Ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler". *Bankacılar Dergisi*. 24 (Özel Sayı), 28-41.
- Yılmaz, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, E. (2005). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, E. (2012). *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, E. (2008). Usul Ekonomisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 243-274.
- Yılmaz, Z. (2016). *İspat Ve Deliller Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yuvalı, E. (2012). *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yücel, M. (2016). "Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler". *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (3), 75-111.
- Yüksel, S. R. (2013). "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi". *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 10 (39), 37-80 (Eşit Davranma).
- Yüksel, S. R. (2013). "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde İspat". *İstanbul Barosu Dergisi*, 87 (6), 111-127 (İspat).

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Kemer, Nurten
Uyruğu : T.C.
Doğum tarihi ve yeri : 1992, Ankara
Medeni hali : -
Telefon : -
Faks : -
e-mail : nurten.kemer@hbv.edu.tr

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Lisans	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2016
Lise	Ankara Atatürk Lisesi	2012

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2018-	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi	Araştırma Görevlisi
2018	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi	Araştırma Görevlisi
2017	Ankara Barosu	Avukat

Yabancı Dil

İngilizce (orta), İspanyolca (başlangıç), Almanca (başlangıç)

Yayınlar

-

Hobiler

-



