

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ PROGRAMI**

İŞ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA İSPAT YÜKÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EMRAH ÇETİN

AĞUSTOS - 2011

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ PROGRAMI**

İŞ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA İSPAT YÜKÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Emrah ÇETİN

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

AĞUSTOS – 2011

TRABZON

ONAY

Emrah ÇETİN tarafından hazırlanan *İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü* adlı bu çalışma 18/08/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda *oybirliği* ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından *Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim* dalında **yüksek lisans tezi** olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU (Danışman/Başkan)

Yrd. Doç. Dr. Mustafa CİN

Yrd. Doç. Dr. Levent Yahya ESER

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylarım. 22/08/2011

Doç. Dr. Yusuf ŞAHİN

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

Emrah ÇETİN

22/08/2011

ÖNSÖZ

Bu tez çalışması süresince maddi ve manevi yardımlarını esirgemeyen Sayın danışmanım Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu'na ve Bölüm Başkanım Sayın Prof. Dr. Celalettin Vatandaş'a; bu tez konusunu seçmem konusunda beni yönlendiren Sayın Doç. Dr. Halil İbrahim Sarıoğlu'na ve bu tezin iyi bir şekilde biteceğine inanmış olan Sayın Prof. Dr. Osman Pehlivan'a teşekkürü bir borç bilirim.

Ayrıca bu tezin yazım aşamasında bana her zaman destek olduklarını gördüğüm ve tezin şekillenmesinde önemli katkısı olan bilhassa meslektaşım Arş. Gör. Oğuzhan Arslantürk ve Arş. Gör. Emrah Firidin'e ve adını sayamadığım diğer bölümümüz akademisyenlerine de teşekkür ediyorum.

Son olarak, maddi olarak kendileriyle birlikte olamasam da kalben bana destek olan aileme de minnettarlıklarımı sunar, özellikle kardeşime teze olan katkısından dolayı teşekkür ederim.

Ağustos 2011

Emrah ÇETİN

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V-IX
ÖZET	X
ABSTRACT	XI
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XII
GİRİŞ	1-2

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSPAT HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI.....	3-25
1.1. İspat Kavramı.....	3
1.1.1. İspat Kavramının Tanımı ve Önemi.....	3
1.1.2. İspat Türleri.....	4
1.1.2.1. Asıl İspat-Karşı İspat.....	5
1.2. İspat Yüğü.....	7
1.2.1. İspat Yüğü Kavramı.....	7
1.2.2. İspat Yüğünün Paylaştırılması.....	8
1.2.2.1. Genel Kural.....	8
1.2.2.2. Genel Kuralın İstisnaları.....	10

1.2.2.2.1. Normal Durumun Aksinin İspatı.....	11
1.2.2.2.2. İspat Yükünün Kanunla Paylaştırılması.....	15
1.2.2.2.3. Karineler.....	15
1.2.2.2.4. İspat Yükü Sözleşmeleri.....	19
1.2.3. Delil İkame Yükü (Sübjektif İspat Yükü).....	19
1.2.4. İddia ve Somutlaştırma Yükü.....	21
1.2.5. İspat Araçları (Deliller).....	23

İKİNCİ BÖLÜM

2. İŞ YARGILAMASINA HAKİM OLAN İLKELER.....26-42

2.1. İş Yargılamasının Özellikleri.....	26
2.2. Yargılamanın Sözlülüğü İlkesi.....	27
2.3. İş Yargılamasında Çabukluk İlkesi.....	29
2.3.1. Uzlaştırma (Sulh).....	30
2.3.2. Seri Yargılama Usulü.....	31
2.4. İş Yargılamasında Tasarruf İlkesi.....	32
2.5. Taraflarca Getirilme İlkesi.....	33
2.6. İş Yargılamasında Teksif İlkesi.....	35
2.6.1. İddia ve Savunmaların Teksifi.....	35
2.6.2. Delillerin Teksifi.....	36
2.7. İş Yargılamasında Deliller ve İspat Yükü.....	37
2.7.1. İş Yargılamasında Kullanılan Belgelerin Özellikleri.....	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İŞ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA İSPAT

SORUNLARI..... 42-149

3.1. İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları.....	42
3.1.1. İş Sözleşmesinin Varlığının İspatı ve İspat Yüğü.....	42
3.1.1.1. İspat Araçları.....	46
3.1.2. Sözleşmenin İş Sözleşmesi Olup Olmadığının İspatı ve İspat Yüğü.....	49
3.1.3. İş Sözleşmesinin Başlangıç Zamanının İspatı ve İspat Yüğü.....	52
3.1.3.1. İspat Araçları.....	52
3.1.4. İş Sözleşmesi Türlerinin İspatı.....	56
3.1.4.1. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İspatı.....	56
3.1.4.2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin İspatı.....	59
3.1.4.3. Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin İspatı.....	60
3.1.4.4. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin İspatı.....	61
3.1.4.5. Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin İspatı.....	62
3.2. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları.....	65
3.2.1. Ücretin Miktarının İspatı.....	65
3.2.1.1. Ücret Miktarının Tespitinde Kullanılan İspat Araçları.....	68
3.2.1.1.1. Ücret Miktarının Tespitinde İşçinin Kullanabileceği Deliller.....	68
3.2.1.1.2. Ücret Miktarının Tespitinde İşverenin Kullanabileceği Deliller.....	70
3.2.2. İş Sözleşmesindeki Özel Hükümlerin İspatı.....	74
3.2.2.1. İş Sözleşmesinde Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Hükümlerin İspatı.....	75
3.2.2.2. İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şartın İspatı.....	77
3.2.3. İş Sözleşmesinin İçeriğinin Değiştirilmesine İlişkin İspat Sorunları.....	79
3.3. İş Sözleşmesinin İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları	82
3.3.1. İşverenin Borçlarının İfası ve İspat.....	82
3.3.1.1. Ücret Ödeme Borcu.....	82
3.3.1.1.1. Ücretin Ödendiğinin İspatı.....	83
3.3.1.1.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı.....	85

3.3.1.1.2.1. İspat Yüğü.....	85
3.3.1.1.2.2. İşvereninin Delilleri.....	86
3.3.1.1.2.2.1. Ücret Bordrosu.....	86
3.3.1.1.2.2.2. Ücret Hesap Pusulası.....	89
3.3.1.1.2.2.3. İbraname.....	91
3.3.1.1.2.2.4. Yemin.....	94
3.3.1.1.3. Yıllık Ücretli İzin Kullanıldığıının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı.....	95
3.3.1.2. Eşit Davranma Borcunun İspatı.....	98
3.3.2. İşçinin Borçlarının İfası ve İspatı.....	100
3.3.2.1. İş Görme Borcunun İfasının İspatı.....	101
3.3.2.2. Fazla Çalışma Yapıldığıının İspatı.....	101
3.3.2.3. İşçinin Sadakat Borcu ve İspatı.....	105
3.4. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları..	107
3.4.1. Süreli Fesih Bildirimi İle İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde İspat.....	107
3.4.1.1. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın Belirlenmesi ve İspat Yüğü.....	108
3.4.1.2. İspat Yöntem ve Araçları.....	108
3.4.1.2.1. İşçinin Yazılı Fesih Bildirimi (İstifa Dilekçesi).....	109
3.4.1.2.2. İşçinin Yazılı Fesih Bildiriminde Bulunmaması Durumu.....	110
3.4.2. İş Güvencesi ve İspat.....	111
3.4.2.1. Geçerli Nedenin Varlığını İspat Yüğü.....	112
3.4.2.2. İş Güvencesi Kapsamına Giren Uyuşmazlıklarda İspat Yüğü.....	113
3.4.2.3. Feshin Geçerliliğinin Usuli Koşullar Bakımından İspatı.....	114
3.4.2.4. Feshin Esas Bakımından İspatı.....	115
3.4.3. Süresiz Fesih Bildirimi İle Fesihte İspat Yüğü.....	118
3.4.3.1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde İspat Yüğü.....	118
3.4.3.1.1. Devamsızlığın İspatı.....	118
3.4.3.1.2. Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Hatırlatıldığı Halde Yapılmamasının İspatı.....	121
3.4.3.1.3. Sözleşmenin İhlalinin İspatı.....	123
3.4.3.1.4. Sözleşmenin İfasını İmkansız Kılan veya Güçleştiren Sebeplerin İspatı.....	126
3.4.3.2. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshinde İspat Yüğü.....	127
3.4.3.2.1. Sözleşmenin İfa Edilmemesi Durumunda İspat.....	127

3.4.3.2.2. Sözleşmenin İhlalinin İspatı.....	129
3.4.3.2.3. Sözleşmenin İfasını İmkansız Kılan veya Güçleştiren Sebeplerin İspatı.....	130
3.4.3.3. Bildirimsiz Fesih Hakkının Süresinde Kullandığının İspatı.....	132
3.5. İbranameler ve İspat Gücü.....	133
3.5.1. Miktar İçeren İbranameler ve İspat Gücü.....	133
3.5.1.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacağı Dışında Kalan Alacaklar Bakımından.....	134
3.5.1.2. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından.....	136
3.5.2. Miktar İçermeyen İbranameler ve İspat Gücü.....	139
3.5.2.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacağı Dışında Kalan Alacaklar Bakımından.....	139
3.5.2.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından.....	141
3.5.3. İbranamenin Genel Geçerlilik Koşulları.....	142
3.5.3.1. Genel Olarak.....	142
3.5.3.2. Matbu İbranamelerin Geçerliliği.....	143
3.5.3.3. İbranamede İrade Sakatlıkları.....	143
3.5.3.4. İbranamenin Dar Yorumlanması.....	145
3.5.3.5. İbranamenin Çelişkili Olmaması.....	145
SONUÇ ve ÖNERİLER.....	149-155
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	156-171
ÖZGEÇMİŞ	

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat sorunlarının ne şekilde çözümlendiğini tespit etmektir.

İspat yükü, hakimin aleyhte kararıyla karşılaşma tehlikesinin dava taraflarından hangisi üzerinde olduğunu ifade eder. Bir davayı kazanmak veya kaybetmek açısından ispat yükünün hangi tarafta olduğu ve uyuşmazlığın hangi ispat araçlarıyla çözüleceği son derece önemlidir. Türkiye’de, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda işçi kesiminin işverene kıyasla zayıf durumda olduğu bilinen bir gerçektir. Bu bakımdan taraflar arasında iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat yükünün hangi tarafa düştüğü daha da önemli hale gelmektedir.

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda 4857 sayılı İş Kanunu’nun bazı maddelerinde ispat yükünün hangi tarafta olduğu açıkça belirlenmiştir. Ancak mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda genellikle ispat yükünün hangi tarafta olduğu belli değildir. Bu durumda Yargıtay’ın iş hukukunun kendine özgü yapısını dikkate alarak ispat kurallarını işlettiği görülmektedir.

Bu çalışmada, usul hukukunun konusuna giren ispat ve ispat yükü kavramları, iş yargılamasına hakim olan ilkeler, iş sözleşmesinin kurulması, ifası ve sona ermesi durumunda işçi ve işveren arasında ortaya çıkan ispat sorunları incelenmiştir. Özellikle iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, içinde çok çeşitli ispat sorunları barındırması nedeniyle doktrin ve yargı kararları ile birlikte açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İspat, İspat Yükü, İş Yargılaması, İş Sözleşmesi, İş Uyuşmazlıkları.

ABSTRACT

The aim of the study, the problems of proof in disputes arising from labor contract between the employee and the employer is to determine how resolved.

‘Burden of proof’ as a term signifies, which party is responsible from the proof in the case of an against decision. In a case, it is of rather significance to be defined the party that will shoulder the burden of proof and its means with regard to gain or fail in the lawsuit. It is a well-known fact that, the employee party in our country, Turkey, is generally in a disadvantageous status compared to employer party in terms of the conflicts relating to labor law. Thus, the definition of the responsible party from the burden of proof becomes more important in the disputes arising from the employment contract.

Thorough the some articles of Labor Law 4857, the party that undertakes the burden of proof is clearly assigned. In the disputes come down to the courts however, the undertaking party is usually undefined. In such cases, it is observed that Supreme Court of Appeals practises the rules of proof by taking the special structure of labor law into the consideration.

In this work, the terms proof and burden of proof relating to adjective law, principle of labor judgment, settlement of the labor contract, its fulfilment and the proof problems between the employee and employer in the case of termination. Especially, the conflicts arising from labor contract are tried to examined by doctrins and juristic verdicts due to its various proof problems.

Key words: Proof, Burden of proof, Labor Judgment, Labor contract, Labor disputes.

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Çalışma ve Toplum	: Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi
Çimento İşveren	: Çimento Müstahsilleri Sendikası Yayın Organı
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İş K.	: İş Kanunu

Kamu-İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
K.	: Karar
Legal İHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
MERCEK	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayını
MK.	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
Sen. K.	: Sendikalar Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tekstil İşveren	: Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
Y.	: Yargıtay
Y. HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y. İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İş hukukunun kendine özgü yapısı dikkate alındığında işçi ile işveren arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda ispat hukuku kurallarının açıklığa kavuşturulması çok önemlidir. Çünkü bir davanın kazanılması veya kaybedilmesi bir tarafın davasına dayanak yapmış olduğu vakıanın gerçekleşmiş olduğunu veya karşı tarafın vakıasının gerçekleşmediğini ispatlaması ile mümkündür. Bu yüzden bir kimse açmış olduğu davada ne kadar haklı olsa da ispat hukukunun gereklerini yerine getirmediği takdirde davayı kaybedecektir. İspat yükü dediğimiz bu kural, hakimin aleyhte kararıyla karşılaşma tehlikesinin dava taraflarının hangisinin üzerine düştüğünü ifade etmektedir.

İspat yükü konusu her ne kadar usul hukukunu ilgilendiren bir konu olsa da, maddi hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. İspat yükünün bu özelliği dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nda da ispat hukuku ile ilgili belli bir takım düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma borcunun ihlali durumunda ispat yükü düzenlenmiştir. Aynı kanunun 20. maddesinde ise feshin geçerli bir nedene dayandığı konusunda ispat yükünün kime düştüğü belirtilmiştir. Ancak İş Kanunu'nun özellikle iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin düzenlemelerde açık bir şekilde ispat hukuku kurallarına rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat hukuku kurallarına ilişkin ilke ve esaslar öncelikle HUMK uyarınca Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar çerçevesinde incelenmektedir.

Bu tezde ulaşılmaya çalışılan amaç; iş sözleşmesinin kurulması, ifası ve sona ermesi ile işçi ve işveren arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda ispat yükünün hangi tarafa yüklendiğini ve bu uyuşmazlıkların ne şekilde ispat edilebileceğini tespit etmektir.

Çalışmanın birinci bölümünde öncelikle usul hukukunun inceleme alanına giren ispat hukukuna ilişkin kavramlar incelenmektedir. Daha sonra ispat yükünün paylaştırılması, ispat yükünün paylaştırılmasında genel kural ve istisnaları, ispat yükünün

kanunla paylaştırılması, karineler, ispat yükü sözleşmeleri, delil ikame yükü, iddia ve somutlaştırma yükü ve ispat araçları konuları incelenmektedir.

İkinci bölümünde ise, iş yargılamasına hakim olan ilkeler, iş yargılamasının göstermiş olduğu özellikler bilhassa yargılamanın sözlülüğü ilkesi, çabukluk ilkesi, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi inceleme konusu yapılmaktadır.

Çalışmanın son kısmı olan üçüncü bölümünde ise inceleme konumuzun temelini oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan ispat sorunları üzerinde durulmaktadır. Son bölüm üç kısma ayrılarak incelenmeye çalışılmıştır. Öncelikle iş sözleşmesinin yapılması sırasında iş sözleşmesinin varlığının ispatı, ispat yükünün kime düştüğü ve bunun hangi ispat araçları ile yapılabileceği incelenmektedir. Daha sonra iş sözleşmesinin içeriğinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat sorunları konusunda özellikle ücret miktarının ispatı ve ispat araçları, işverenin ücret ödeme borcunun ispatı ve ispat araçları doktrin ve yargı kararları dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Son olarak, iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan ispat sorunları ve ibranamenin ispat gücü üzerinde durulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSPAT HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

Hukukumuzda ispat hukukunun genel çerçevesi İsviçre (Neuchatel) sistemine göre çizilmiştir¹. Hukuki işlemlerin ispatı açısından ise ispat hukuku, Alman hukukundan etkilenerek Fransız sistemine göre düzenlenmiştir².

1.1. İspat Kavramı

Bir davanın kazanılması veya kaybedilmesi, dava taraflarından birinin dayandığı vakıaların doğru olduğunun veya karşı tarafın dayandığı vakıaların gerçekleşmediğinin ispatlanmasına bağlıdır. Bu kurala bağlı olarak, bir kimse açmış olduğu davada ne kadar haklı olursa olsun haklı olduğu vakıa konusunda kendisine düşen ispat şartını gerçekleştiremezse davayı kaybeder. Yani, ispat edilmemiş olan bir vakıa ile gerçekleşmemiş bir vakıa arasında mahkeme önünde herhangi bir fark bulunmamaktadır³.

Türk mevzuatında, yargısal içtihatlar ve Yargıtay kararlarında ispat kavramının tanımına rastlanılmamaktadır. Bunun nedeni ispat kavramının bilinen bir kavram olduğu varsayılarak mevzuatta, yargısal içtihat ve Yargıtay kararlarında tanımının yapılmasının gerekli görülmediği söylenebilir. Ancak ispat kavramının tanımının bu kaynaklarda yapılmamış olması, ispat kavramının tanımlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira ispatın tanımı konusunda doktrinde pek çok tanım yapılmıştır.

1.1.1. İspat Kavramının Tanımı ve Önemi

İspat kavramı kelime olarak, tespit etme, belirleme, sabitleme, belirli hale getirme, bir konunun doğruluğunu delillerle ortaya koyma ve bir hususun doğruluğunu veya

¹ Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s.15 vd.

² Seyithan Deliduman, “İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri”, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDspat%20Sistemimizin%20Mevcut%20Durumu%20ve%20Elektronik%20DDmzan%FDn%20Bu%20Sistemdeki%20Yeri&kimlik=15258466&url=makaleler/sdeliduman-1.htm> (20.02.2011).

³ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s.613; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.375.

yanlışlığını kanıtlama gibi anlamlara gelmektedir⁴. Hukuki anlamda ispat ise, bir yargılama aşamasında taraflarca iddia edilen talebin konusu ile ilgili olarak uygulanacak bir hukuk normunun koşul (öge) vakıalarını⁵ karşılamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkime veya mahkemeye kanaat uyandırmak için girişilen inandırma faaliyetidir⁶.

Bir diğer deyişle dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir⁷.

İspatın konusunu dava ile ilgili vakıalar ve bu vakıaların gerçek olup olmadığına yönelik hakimi inandırmaya yönelik faaliyetler ve deliller oluşturmaktadır⁸. Buna karşılık kural olarak hukuk kurallarının ispatı gerekmez ve hakim hukuk kurallarını kendiliğinden araştırır ve uygular (HUMK m.76). İstisnai durumlarda hukuk kurallarının varlığının da ispatı gerekebilir⁹.

Taraflar vakıaların gerçek durumunu ispat ile yükümlüdürler; ancak taraflarca ileri sürülen bütün vakıaların ispatına gerek yoktur. Sadece mevcudiyet ve yokluğunda ihtilaf edilen vakıaların ispatı gereklidir¹⁰.

Bundan başka HUMK m.238’de belirtildiği üzere, maruf ve meşhur vakıalar ile ihtilaf konusu olan ve taraflarca ileri sürülen vakılardan da, hükme tesir etmeyecek

⁴ Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s.400; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.579.

⁵ Koşul vakıalar bir hukuk kuralının dayanağı olan ve uygulanması için bir araya gelmesi gereken vakılardır. Pekcanıtez ve diğerleri, , s.399.

⁶ Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980, s.2; Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s.5; Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1978, s.49; Nevzat Erol, **Hukukta Deliller Ve İkamesi**, Ankara: Doğu Matbaacılık, 1969, s.13; Pekcanıtez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.400; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s.579;

⁷ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.375;

⁸ Pekcanıtez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.400; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.376; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.19.

⁹ Jale Akipek, **Türk Medeni Hukuku**, I.Cilt, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s.209; Pekcanıtez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.400; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.491; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.376.

¹⁰ Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.491.

olanların ispatına gerek yoktur¹¹. Yani ispatı gereken vakıaların taraflar arasında çekişmeli olmalısı şarttır.

1.1.2. İspat Türleri

İspatın türlerinin kendi içinde pek çok ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz. Bunlar arasında asıl ispat-karşı ispat, doğrudan ispat-dolaylı ispat ayrımları karşımıza çıkmaktadır.

1.1.2.1. Asıl İspat-Karşı İspat

Somut vakıa iddiasında bulunanca yapılan ispata asıl ispat¹² denir. Yani asıl ispat, istemin konusu ile ilgili hukuki sonucu öngören hukuk kuralındaki koşul vakıaların gerçekleştiği konusunda hakimde kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemidir¹³. Kural olarak iddia edilen vakıa için ispat yükünü taşıyan tarafça yapılması gereken ve uygulanacak normun koşul vakıasını karşılayan somut vakıaların ispatına yönelik bu ispat faaliyetinden sonra¹⁴ hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak veya çürütmek için karşı tarafça yapılan ispat faaliyetine ise karşı ispat¹⁵ denir. 6100 sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁶ 191'inci maddesinde ilk defa karşı ispat ile ilgili hüküm getirilmiştir. Buna göre, *“Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz.”*

Karşı ispat genellikle ikiye ayrılmaktadır. Bunlar doğrudan karşı ispat ve dolaylı karşı ispattır.

Doğrudan karşı ispatta karşı taraf, doğrudan asıl ispatın konusunu oluşturan vakıalara yönelerek, bu vakıa iddiasının doğru olmadığını ispata çalışır. Başka bir deyişle

¹¹ Y. HGK. 17.4.1968 1968/408-258: “...Hadise taraflar arasında ihtilaflı olmayıp, bir ihtilaf sebebi de teşkil etmeyen hususlar ve mahsusun hilafı resen bozma sebebi sayılamaz.”; Bkz. Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.492; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.376; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.415.

¹² Atalay, **a.g.e.**, s.6.

¹³ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.2.

¹⁴ Karşı delil ikame ederek karşı ispat faaliyetinde bulunmak için mutlaka asıl ispat sonucunun beklenmesi zorunlu değildir (HUMK. m.239). İspat yükünü taşımayan taraf daha önce davranarak, vakıa iddiasının doğru olamayacağını ispata çalışabilir. Ancak her halükarda bu karşı ispatın bir anlam ifade edebilmesi için mutlaka asıl ispat faaliyetinin yapılmış olması gerekir. Bkz. Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.2; Atalay, **a.g.e.**, s.6.

¹⁵ Atalay, **a.g.e.**, s.6; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.2, dn. 5; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s.651.

¹⁶ RG, 04.02.2011, S. 27836.

hakimde asıl ispat faaliyeti sonucu oluşan geçici kanaati sarsmak için baştaki belirsizlik halinin ortadan kaldırılmasına çalışır¹⁷.

Dolaylı karşı ispatta ise karşı taraf hakimde oluşan geçici kanaati sarsmak için, asıl ispatın konusunu oluşturan vakıalar için değil, dayanılan hukuk kuralının koşul vakıasına yabancı olan, asıl ispat sonucunu sarsacak bir sonuç çıkarmaya elverişli olan yeni vakıa iddialarını ispata çalışır¹⁸.

Asıl ispat ile karşı ispat fonksiyonel açıdan birbirinden farklıdır. Mesela, asıl ispatta hakimde iddia olunan vakıaların gerçekleştiği veya gerçekleşmediği hakkında bir kanaat uyandırma faaliyeti varken, karşı ispatta ise hakimde ispat yükünü taşıyan tarafça oluşturulan kanaatin sarsılması ve karşı taraf iddialarının doğruluğu hakkında şüphe uyandırılması faaliyeti vardır¹⁹.

Bundan başka karşı ispat ile karıştırılan başka bir ispat türü ise aksini ispat kavramıdır. Aksini ispat, asıl ispat konusunu oluşturan vakıanın ispat edilmiş sayılmasından sonra karşı tarafın, o vakıanın aksini ispata çalışmasıdır²⁰. Yani ispat edilmiş sayılan vakıanın tam tersinin ispat edilmesi²¹ için girişilen faaliyete aksini ispat denir. Aksini ispat kural olarak kanuni karinelerin çürütülmesinde kullanılan ispat türüdür. Aksini ispat ile karşı ispat kavramları hukukumuzda kavram olarak net bir şekilde birbirinden ayırt edilebilmiş değildir. Halbuki iki kavram da yukarıda açıklandığı üzere birbirinden oldukça farklıdır. Örneğin HUMK m. 239’da kanun koyucu, karşı ispat yerine yanlış bir şekilde “hilafını ispat” ibaresini kullanmıştır²². İş Kanununun 92. maddesinin son fıkrasında ise “çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.” denerek söz konusu tutanakların çürütülmesine yönelik ispatın, aksini ispat anlamında doğru bir şekilde kullanıldığı görülmektedir.²³

¹⁷ Atalay, **a.g.e.**, s.6.

¹⁸ Atalay, **a.g.e.**, s.6.

¹⁹ Atalay, **a.g.e.**, s.7.

²⁰ Atalay, **a.g.e.**, s. 7.

²¹ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.2, dn. 5.

²² Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.508; Atalay, **a.g.e.**, s.7.

²³ Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006, s. 7.

1.2. İspat Yüğü

İki taraftan herhangi birinin istemine hak veren hukuk normlarından hiçbirini uygulanamayacak ise, vakıalar bakımından bir belirsizlik durumu ortaya çıkar. Ortaya çıkan bu durum taraflardan birinin aleyhine olacak, yani o taraf istemini elde edemeyecektir. İşte bu istemini elde edemeyecek tarafı belirleyen ispat yükü kurallarıdır²⁴.

1.2.1. İspat Yüğü Kavramı

İspat yükü, belli somut bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılamaması, yani vakıanın belirsizlik halinde veya ispatsız kalması durumunda hakim aleyhte bir kararı ile karşılaşma tehlikesi olarak tanımlanabilir²⁵. Tanımda kullanılan “hakimin aleyhte bir kararı ile karşılaşma tehlikesi” ibaresi, “davayı kaybetmek tehlikesi” anlamına gelmemektedir. Çünkü ispat bir mükellefiyet (yükümlülük) değil, külfettir (yüktür). İspat yükü kendisine düşen taraf, ispatı gereken vakıayı ispat edemezse, karşı taraf veya mahkeme tarafından o vakıayı mutlaka ispat etmesini isteyemez. Bu durumda kendisine ispat yükü düşen taraf, o vakıayı ispat edememiş sayılır ve dava bu nedenle reddedilir²⁶.

İspat yükü konusunda hakim bir karar vermesi, ancak ispatın konusunu oluşturan somut vakıaların iddia edildiği gibi gerçekleşmiş olduğu yönünde hakimde karar vermeye yetecek ölçüde bir kanaat oluşmadığı durumlarda²⁷ ve kural olarak delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra gerçekleşecektir²⁸. Hakim, ispat faaliyetinin sonucu ne olursa olsun davayı bir hükümle sonuçlandırmak zorundadır. Hakim bu sorunu ise ispat yükü kurallarını dikkate alarak çözecektir. İspat yükü kimin üzerinde ise, belirsizliğin

²⁴ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.2.

²⁵ Mustafa Reşit Belgesay, **İspat Külfeti**, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No. 1, Üniversite Kitabevi, İstanbul, tarihsiz, s.3 vd.; Bilge Umar, **İspat Yüğü**, İstanbul: Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları No.7, Fakülteler Matbaası, 1968, s.2; Mehmet Akif Tutumlu, **Medeni Usul Hukuku Sorunları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.171; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.3; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 613; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.498; Atalay, **a.g.e.**, s.9; Pekcanıtez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.422.

²⁶ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.377; Pekcanıtez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.422.

²⁷ Buna karşılık, her iki taraf da ispat yükünün kime düştüğüne bakmaksızın delillerini mahkemeye sunmuşlar ve tarafların sunmuş olduğu bu deliller davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıaları aydınlatıyorsa, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmaya gerek yoktur. (Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.377)

²⁸ Atalay, **a.g.e.**, s. 10.

riskine de bu taraf katlanmak zorunda kalacak ve karar bu tarafın aleyhine sonuçlanacaktır²⁹.

İspat yükü, objektif ve sübjektif ispat yükü olarak ikiye ayrılmakta olup, objektif (maddi) ispat yükü ispatın konusunu oluşturan vakıaların ispat edilmemesi durumunda belirsizliğin riskine hangi tarafın katlanacağını ifade eder³⁰. Sübjektif (şekli) ispat yükü (delil ikame yükü) ise çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil ikame edeceğinin belirlenmesinde önem arz eder³¹.

1.2.2. İspat Yükünün Paylaştırılması

İspat yükünün bazı yazarlara göre maddi hukuka, bazılarına göre ise usul hukukuna ait olduğu söylenece de³² ağırlıklı görüş maddi hukuka ait olduğu yönündedir. Çünkü ispat konusu koşul vakıayı ve bu vakıaya bağlanan hukuki sonucu düzenleyen kurallar, maddi hukuk kurallarıdır. İspat yükü ise, bu kurallardaki koşul vakıaların ispat edilmemesi riskinden ibaret olduğundan maddi hukukun sahasına girmektedir. Zira somut vakıaların ortaya konulması için önce maddi hukuk kuralı çerçevesinde temel koşul vakıaların bilinmesi ve bunların her birinin kimin lehinde olduğunun tespiti gereklidir³³.

İspat yükünün paylaştırılması dendiğinde “*vakıaların ispatsız kalması nedeniyle hakim aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesinin, hangi vakıa bakımından kimin üzerinde bulunduğu belirlenmesi*” şeklinde tanımlayabiliriz³⁴.

²⁹ Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, s.309; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara: S Yayınları, 1990, s.249; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 422; Üstündağ, **a.g.e.**, s.613; Atalay, **a.g.e.**, s.10.

³⁰ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.422; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.309. Objektif ispat yükü, taraflarca getirilme ilkesinin ve re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda karşımıza çıkmaktadır. İspat yükü kurallarını usul hukuku değil maddi hukuk kuralları yani objektif hukuk kuralları belirler. Bu nedenle ispat yükü kavramına “objektif ispat yükü” de denir. Biz de çalışmamızda ispat yükünden bahsederken objektif ispat yükünü kastetmekteyiz.

³¹ Sübjektif ispat yükü sadece taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda mümkündür; çünkü bu davalarda hükmün temelini oluşturan vakıaları taraflar mahkemeye getirmektedir. (Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 422; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.309).

³² Tartışmalar için bkz. Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.7 vd.

³³ Mehmet Akif Tutumlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.29 vd.; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 422-423; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.310.

³⁴ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.5, 49.

1.2.2.1. Genel Kural

İspat yükünün kime düştüğü konusu usul hukukunda son derece önemlidir. Çünkü hakim, vakıanın ispat edilememiş olması halinde, ispat yükü kuralına dayanarak, ispat yükü kendisine düşen tarafın aleyhine karar verecektir. Zira belirsiz kalan vakıa, gerçekleşmemiş sayılır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda bu konuda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yeni kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ispat yükü ile ilgili açık bir hüküm getirilmiştir. İspat yükü kuralı, HMK m.190/I’e göre, “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” demek suretiyle hükme bağlanmıştır. Usul hukukunda son derece önemli bir konu olan ispat yükünün daha önceden HUMK’da düzenlenmemiş olması eleştirilmekteydi. Bu yüzden ispat yükünün belirlenmesi noktasında genel bir düzenleme bulunmadığından Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesine başvurulmaktaydı.

Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesine göre, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” denilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu’ndan alınan bu hüküm, İsviçre Medeni Kanunu’na da Fransız Medeni Kanunu’ndan geçmiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesindeki genel kural, ispat yükü sorununu çözmede tek başına yeterli değildir. Zira bu madde, ispat yükü kuralını bütünüyle karşılayacak şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu maddeyi kaynak kanundaki gibi, “*ileri sürdüğü bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran kimse, iddia ettiği vakıaları ispat etmelidir*” şeklinde anlaşılması gerekir³⁵. Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere, HMK 190/I’ de ispat yükünün paylaştırılmasına ilişkin getirilen genel hüküm, uygun bir şekilde, doktrinde MK 6. maddesinin “*ileri sürdüğü bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran kimse, iddia ettiği vakıaları ispat etmelidir*” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilen kuralla özdeş hale getirilmiştir.

Türk Hukuku’nda ispat yükünün paylaştırılmasına yönelik genel kural mehz İsviçre’yi takiben eski metin MK. 6’da ilk olarak “*Kanun hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur*” şeklinde yer almıştır. Daha sonra 4721

³⁵ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 423-424.

sayılı MK m.6'da "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" ifadesiyle mehzaz İsviçre MK m.8'in "*Kanun başka bir hal tarzı belirlemiş olmadıkça iddia edilen bir vakıanın varlığını, bundan kendi lehine haklar çıkaran kimse ispat etmelidir*" şeklindeki ifadesine yaklaşmıştır³⁶. En son 6100 sayılı HMK 190. maddesinde yapılan ispat yükünün paylaştırılmasına yönelik düzenleme ile de mehzaz İsviçre MK 8. maddesi ile aynı anlama getirilmiştir.

İspat yükünün kural olarak ilk önce davacıda olduğu yani davacının davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁷. Ancak, kendi lehine hak çıkaran tarafın genellikle talepte bulunan davacı olması her davada ispat yükünün davacıda olacağı anlamına gelmez. Bu yüzden, ispat yükü, tarafların davada davacı veya davalı olarak adlandırılmalarına göre değil, ileri sürdükleri vakıalara göre değerlendirilen bir kavramdır³⁸. Hatta bazen vakıayı iddia eden ile o vakıanın ispat yükünü taşıyan davanın farklı tarafları olabilir. Mesela, işçi ücretinin ödenmediğini iddia ederek talepte bulunursa, ücretin ödendiği hususunda ispat yükü işverendedir. Dolayısıyla, çoğu kez bilhassa uygulamada belirtildiği üzere eski tabirle "müddei iddiasını ispatla mükelleftir" sözü medeni yargılamada ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü belirlemesi açısından yetersiz kalmaktadır³⁹.

Gerek HMK 190. madde gerekse MK 6. madde hükümleri bu içeriğiyle hangi vakıaların taraflardan hangisinin lehine olduğu konusunda bize bir çözüm sunmamaktadır. Bu yüzden bu sorunu çözmede yol gösterici olan maddi hukuk kuralları olacaktır⁴⁰.

1.2.2.2. Genel Kuralın İstisnaları

Genel kuralı düzenleyen HMK m.190/I'de "kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça" ve MK. m.6'da "kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" deyimleriyle, ispat

³⁶ Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.311.

³⁷ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.378.

³⁸ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 378; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.424.

³⁹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.424.

⁴⁰ Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 311.

yükünün birtakım istisnaları bulunduğunu belirtmiştir. Bu durumlarda, ispat yükü istisna olarak, hakkını bir vakıya dayandıran tarafa değil, o vakıya aleyhine olan tarafa düşer⁴¹.

1.2.2.2.1. Normal Durumun Aksinin İspatı

İspat yükünün paylaşılması konusunda, bugüne kadar pek çok teori ortaya atılmış ancak Rosenborg tarafından ispat külfetinin paylaşılması bakımından savulan Norm Teorisi⁴² en çok taraftar bulan ve ilkeleri kabul edilen teori olmuştur.

Norm teorisine göre, normlar ilk olarak kendi kendine yeten, bağımsız olarak uygulanabilen normlardan oluşmaktadır. Norm teorisinde bunlara “asıl normlar” denir. İkinci olarak, asıl normlara istisnalar getiren veya bunları sınırlayan normlara ise “karşı normlar” olarak adlandırılır. Karşı normlar da kendi arasında üç alt başlıkta incelenir. Bunlar hakkın doğumuna engel olan normlar, hakkı düşüren normlar ve hakkın kullanılmasına engel olan normlar şeklinde ayrılmaktadır⁴³.

Buna göre bir hukuk normuna dayanarak hak iddia eden kişi, o hukuk normunun dayandığı vakıaları ispat yükünü taşıyacak; buna karşılık bu hakkın doğumuna engel olan, bu hakkı düşüren veya bu hakkın kullanılmasına engel olan normlara dayanan taraf, bu normların dayandığı vakıa açısından ispat yükünü taşıyacaktır⁴⁴.

İş yargılamasında, Yargıtay, ispat yükünü belirlerken, hayatın olağan akışı ölçütünü kullanmaktadır⁴⁵. Normal bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını ispat etmesi

⁴¹ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.379.

⁴² Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.51 vd.; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.311; Atalay, **a.g.e.**, s.110.

⁴³ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.51-54, 89; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.311; Atalay, **a.g.e.**, s.110.

⁴⁴ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.51-54; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.311.

⁴⁵ “...Fazla çalışmanın yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delille değil, tanık anlatımına dayalı olması durumunda, mahkemece; fazla çalışma yapılan süreler tespit edilirken; işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırılmasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği, işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş görüldüğünün varsayılamayacağı, işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, ulusal ve bayram gibi genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığının düşünülmemeyeceği göz önünde tutularak, belirlenen fazla çalışma süresinden hakkaniyet indirimi yapılması gerekmediği değerlendirilmelidir...” (Y. HGK. 04.02.2009, E. 2009/9-2, K. 2009/48); “...Öte yandan, on bir yıl çalışan bir işçinin işyerinden ayrılmasını gerektirecek herhangi bir neden yokken, beklenmedik şekilde iş sözleşmesini feshetmesi ve bu feshin tazminatlarından vazgeçecek şekilde işten kendi isteği ile ayrılma (istifa) şeklinde gerçekleşmesi de, hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.” Y. HGK. 10.02.2010, E. 2010/39, K. 2010/71, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (24.02.2011). Benzer bir karar için bkz. Y.HGK., 03/02/2010 E.2010/36, K.2010/67; ayrıca “Hayatın Olağan Akışı” kavramı için bkz. Yavuz Alangoya, “Senede Karşı

gerekmediğini, başka bir ifadeyle olağan hale uygun düşen bir vakıayı ileri süren kimsenin bunu ispatla yükümlü olmadığını, bilakis bu normal durumun aksini iddia edenin bunu ispatla yükümlü olduğunu⁴⁶ kabul etmektedir. Doktrinde de benimsenen bu ölçütün⁴⁷, norm teorisine aykırı olmadığı kabul edilmektedir⁴⁸.

Yargıtay'ın iş yargılamasında kullandığı bir diğer ölçüt de normal durumun aksini ispat ölçütüdür. Yargıtay'ın bir kararına göre; aylıkların bankamatik yoluyla kim tarafından çekildiğine ilişkin somut bir delilin bulunamadığı durumlar nedeniyle açılan davalar sonucunda verilen kararların temyiz incelemesi üzerine oluşturulan Yargıtay içtihatlarında, *"Doğal olarak bankamatik kartının hayatta iken sigortalının yanında bulunması, öldükten sonra da birlikte oturan mirasçılarının eline geçmesi asıldır. Bu durumda davada ispat yükünün davalılara ait olduğunun kabulü..."* gerekir görüşlerine yer verilmiştir. Gerçekten de, olağan bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını kanıtlama yükümlülüğü altında olmadığı, ispat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı fiili karine lehine olan tarafın, ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlama yükümünün bunu iddia edenin üzerinde olduğu, yargılama hukukunun temel ilkelerindendir⁴⁹.

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre hayatın olağan akışı ile ilgili şöyle bir karar verilmiştir: *"...Davalının (işçinin) raporla verilen dinlenme süresi içinde işyerinden ücret aldığı, hüküm yerinde de kabul edilmiştir. İş hayatında kural olarak lütuf ve ihsan*

Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.521 vd.

⁴⁶ "...Kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını ispatla yükümlüdür. (MK. 6) Ancak iddialar karşılaştığında kimin ispat yükü altında bulunduğu tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarda bir takım ölçülere yer verilmiştir: a) Hemen bütün bilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında da kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer...b) İleri sürdüğü bir vakıadan lehine haklar çıkaran kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir...c) İspat yükü, daha kolay başarıya düşer..." Y. 2. HD, 20.6.1974, E. 1974/3351, K. 1974/3983, **Ankara Barosu Dergisi**, 1974/5, s.951-952; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 616; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁷ Belgesay'a göre; "...Normal, yani, tabii ve muttarit kanunların, hayat tecrübelerinin icap ve delaleti olarak umumiyetle bilinen vakıa ve münasebetlere istinat eden taraf ispat ile mükellef tutulmayıp bunların tersini iddia eden ispat ile mükellef tutulmak lazımdır. Tabii olmayan bir vaziyeti ispat ile mükellef olmasından daha tabii bir şey olamaz... Demek, aslın hilafını iddia eden iddiasını ispat edecektir." Belgesay, **İspat Külfeti**, s.6; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.503.

⁴⁸ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.60-61, 68.

⁴⁹ Y.10.HD, 20.10.2009, E.2009/8955, K.2009/15860, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (24.02.2011).

değil, belli çıkar söz konusudur. Bir başka söyleyişle, işverenin ücreti lütuf ve ihsan değil, yapılmış bir işin karşılığı şeklinde ödenmiş bulunduğunu kabul etmek, iş hayatının gereklerine uygun düşer. Bu durumda davalının raporlu bulunduğu süre içinde dinlenmeyerek çalışmış olduğu sonucuna varmak normal ve tabii bir düşünüş olur. Hayatın olağan yürüyüşüne dayanan tarafın iddiasını ispatla yükümlü bulunmadığı ispat hükmünün başlıca esaslarındandır. Böyle durumda ispat yükü yer değiştirir ve olağan yürüyüşün aksini iddia eden taraf ispatla yükümlü tutulur”⁵⁰.

Aynı şekilde, ispat yükünün genel ilkelerinden olan ispat yükünün daha kolay başarana düşeceği şeklinde ifade edebileceğimiz⁵¹ ve doktrinde de istisnai durumlarda kabul edilmesi önerilen bu ölçüt⁵² iş yargılamasında da uygulanmaktadır. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu yönde verdiği bir karara göre; “... 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 imkana 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 kanıtlaması zorunluluğu ortadadır. Böyle olunca kıdem ve ihbar tazminatı alamayacak şekilde hizmet sözleşmesinin davacı işçi tarafından bozulduğu kanıtlanamamış olduğundan, davanın kabulü gerekir” denerek sözleşmenin sona ermesinin işçinin istifası ile gerçekleştiğini ispat yükünün her türlü imkana sahip olan işverene düştüğü sonucuna varmıştır⁵³.

⁵⁰ Y.9. HD, 9.5.1967, 4404/3965, Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.62.

⁵¹ Belgesay’ın belirttiği gibi “ Bazen hukuki bir netice husule getiren vakıa ve münasebetlerin delilini tedarik, bir taraf için çok kolay olduğu halde diğer taraf için imkansız veya çok zor olabilir. Bu hallerde ispat külfetini, delil tedarikine kolaylıkla muktedit olana yükletmek makul ve mantıkidir. Çünkü bu halde, delil tedarik edilmemesi normal olarak vaziyetin kendi aleyhinde olmasını istilzam eder (delillere iktidar teorisi).” Belgesay, İspat Külfeti, s. 15; Aynı yönde, Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.502. Nihat Yavuz, Karar İncelemesi, **Ankara Barosu Dergisi**, 1977/1, s.162.

⁵² İspat yükünün, delilleri daha kolay elde edebilen tarafa yükletilmesi iyiniyet, hakseverlik (hakkaniyet) kuralına bağlanmaktadır. H. Argun Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2003, s.326; Üstündağ, **a.g.e.**, s.619; Bilge ve Önen; **a.g.e.**, s.502; Umar ve Yılmaz delil gösterme yükünün ters çevrilebileceği durumların çok istisnai durumlar olduğunu, temel kuralın ispatın zorluğunun, ispat yükünü taşıyan tarafı bu yükten kurtarmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini söylemektedir. Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.63-67.

⁵³ Y. HGK., 22.10.1997, E.1997/9-540, K.1997/866, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (24.02.2011).

4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nda bildirimli veya bildirimsiz fesihte bulunan işveren fesih nedenini belirtmek zorunda değildi. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu işverene, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek yükümlülüğü getirmiştir. Böylece İş Kanunu 19. maddede getirilen bu düzenleme ile iş güvencesi kapsamında olan işçilere mahkeme önünde ispat kolaylığı da sağlanmıştır⁵⁴.

Özdemir, ispat yükünün dağılımında kullanılan bir diğer ölçütün de ceza hukukunda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinde olduğu gibi iş yargılamasında da “şüpheden işçi yararlanır” ilkesinin geçerli olabileceğini ileri sürmüştür⁵⁵.

İspat yüküne ilişkin ileri sürülen bu esas Yargıtay kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Yargıtay'ın bir kararında; “...Bu olgulara göre davalı işverenin 23-24 ve 25.11.1998 tarihlerinde gelmediğine ilişkin tutanak tanzim etmesi ile davacının ihtarı üzerine karşı ihtarname çekmesi uygun bir davranış olmadığı gibi, 15 yıllık hizmeti olan bir işçinin tüm kıdem haklarını bertaraf ederek kendi isteği ile işten ayrılması hayatın doğal akışına aykırıdır. Kaldı ki davalı işveren bu yönde fesih hakkını kullanmadığı halde devamsızlık dışında birtakım nedenler ileri sürerek çelişkiye düşmektedir. Olayların gelişme seyrine göre davacı işçinin kendisinin hizmet akdini feshettiğini kabul etmek doğru değildir. Delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği durumlarda "işçinin korunması" ve "işçi lehine yorum" iş ilkelerinden hareket edilmelidir”⁵⁶ ifadelerine yer verilerek bu ilkenin kabul edildiği görülmektedir.

Özdemir'in de haklı olarak belirttiği gibi, “şüpheden işçi yararlanır” ilkesinin Yargıtay kararlarında da bahsedildiği üzere, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği durumlarda kullanılması gerekmektedir.

⁵⁴ Murat Demircioğlu, **Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu**, İstanbul: İTO Yayını, 2007, s.160.

⁵⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s. 12.

⁵⁶ Y. 9.HD, 13.4.2000, E.2000/1676, K.2000/5561, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (24.02.2011).

1.2.2.2.2. İspat Yükünün Kanunla Paylaştırılması

Genel kuraldan ayrı olarak, bazı hallerde kanunla, ispat yükünün kime ait olduğu açıkça belirlenmiş olabilir. Böyle bir durumda kanunla belirtilmiş olan tarafa ispat yükü düşecektir⁵⁷.

İspat yükünün özel kanun hükümleriyle belirlendiği pek çok kanun maddesi bulunmaktadır. Ancak bizim incelediğimiz konu itibarıyla iş hukukunda ispat yüküne ilişkin göze çarpan ilk düzenleme İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Buna 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”* demek suretiyle eşit davranma borcunun ihlali durumunda ispat yükünün kime düşeceğini belirlemiş bulunmaktadır.

İspat yükünün iş hukukunda özel kanun hükmüyle belirlendiği bir diğer önemli düzenleme ise İş K. m.20/II. fıkrasıdır. Bu maddeye göre, *“Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”* şeklindeki düzenleme ile feshin geçerli bir sebebe dayandığı konusunda ispat yükünün açık olarak işverenin üzerinde olduğu belirtilmiştir. Yine işveren uyuşmazlık durumunda, işçiye yıllık ücretli izin verildiğini, izin defteri ya da diğer geçerli delillerle ispatla yükümlüdür⁵⁸.

1.2.2.2.3. Karineler

Karine, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan bilinmeyen bir diğer olayın, bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kurallardır⁵⁹. Karineler bu kuralların kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre

⁵⁷ Yani, ispat yükünün özel kanun hükmü ile paylaştırılması halinde, genel kurala göre ispat yükünün kime düşüp düşmediğine bakılmayacaktır. Zira, Medeni Kanun md. 6’da bu durum “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça” ve HMK md. 190’da “kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça” demek suretiyle bu hallerin saklı tutulduğunu belirtmiştir. (Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.425; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 313-314; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 380).

⁵⁸ Y. 9. HD, 21.10.1983, E. 6231, K. 8484, Bozkurt, **a.g.e.**, s.328.

⁵⁹ Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **AÜHFD**, 1996, C.45, S.1-4, s.534; Osman Kiper, **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara: Adil Yayınevi, 1995, s.18-19; Ejder Yılmaz, **Hukuk**

genellikle kanuni ve fiili karineler olarak ikiye ayrılır. Bunlar kanuni karine ve fiili karinelerdir.

Kanuni karine belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Kanuni karineler ispat yükünün gerçek bir istisnasını oluştururlar. Çünkü lehinde kanuni karine olan tarafın bu durumu ispatlaması gerekmez⁶⁰. Bu karineler ise genel olarak aksi ispatlanabilen (kesin olmayan) veya aksi ispatlanamayan (kesin) kanuni karineler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Aksi ispatlanabilen kanuni karineler kanunda kabul edilen sonuç aleyhine olan tarafın bu durumun böyle olmadığını ispat ederek çürütebileceği karinelerdir⁶¹. Örneğin TMK m. 3'teki iyiniyet karinesine göre, bir hakkın doğumu için kanunun iyiniyeti gerekli kıldığı hallerde, karine olarak bu iyiniyetin mevcut olduğu varsayılır. Hakkın kendi lehine olduğunu iddia eden taraf iyiniyetini ispatla yükümlü değildir. Aksine o kimsenin iyiniyetli olmadığı karşı tarafça ispat edilmelidir⁶². Aynı şekilde TMK m.7'ye göre resmi sicil ve senetler içeriklerinin doğru olmadığı ispatlanıncaya kadar belgeledikleri vakıaların doğru olduğu kabul edilir.

Aksi ispatlanamayan kanuni karineler de hakimın takdir yetkisi olamayan ve aksinin ispat edilemediği karinelerdir. Buna göre, kesin kanuni karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez. Örneğin TMK m. 1020/II' ye göre kimse tapu sicilinde kayıtlı bir durumun kendisince bilmediği yolunda bir iddia ileri süremez. Keza rızası fesada uğramış olan bir kişi, bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini bildirmez veya verdiğini geri istemezse, sözleşmeye icazet vermiş sayılır (BK. m.31). Bir yıl geçtikten sonra aksini ispat edemez⁶³. Aynı şekilde İş Kanunu 92. maddenin son fıkrasına göre, çalışma hayatını izleme denetleme ve teftiş yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olması, ispat yükünün bu

Sözlüğü, s. 649; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.165; Kuru ve diğerleri, 1990, s.251; Belgesay, **a.g.e.**, s.8-9; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.505; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 314; Pekcanitez ve diğerleri., **a.g.e.**, s.415-417;

⁶⁰ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.417; Bozkurt, **a.g.e.**, s.335.

⁶¹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.416-417; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.168-170; Atalay, **a.g.e.**, s.47; Taşpınar, **a.g.m.**, s.534;

⁶² Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 418;

⁶³ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 418.

tutanakların aksini iddia edene düştüğünü, yani bu belgelerin adi kanuni karine teşkil ettiğini ifade eder⁶⁴.

Fiili karineler bir hukuk kuralı ile alakası olmayan, tarafların iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilirliği hakkında hakimın kanaat edinmesine yarayan, hayat tecrübesi kurallarının ortaya koyduğu değer yargılarıdır⁶⁵. Yani fiili karineler, hayat tecrübeleri kurallarından yola çıkarak hakimın kanaat edinmesini sağlayan karinelerdir⁶⁶. Örneğin, senedin alacaklı tarafından borçluya iade edilmesi borcun ödendiğine dair karine teşkil eder⁶⁷.

Fiili karine lehine olan taraf, o hususu (vakıayı) ispat etmiş sayılır. Yani lehine fiili karine olan tarafı ispat yükünden kurtarır. Ancak kural olarak, fiili karinenin aksini karşı taraf ispat edebilir⁶⁸.

Fiili karineler, kanuni karinelerde olduğu gibi ispat yükünün bir istisnasını teşkil etmezler⁶⁹. Üstündağ'a göre de fiili karineler ispat yükünü değiştirmez. Ancak bunlar çok defa genel kurallara göre ispat edilmesi gerekecek olan vakıalar yerine bir başka, daha kolay ispat edilebilir vakıalar koymak suretiyle ispatın konusunu değiştirirler⁷⁰.

⁶⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s. 15.

⁶⁵ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 416; Bozkurt, **a.g.e.**, s. 330; Kiper, **a.g.e.**, s. 18-19; *Taşpınar* fiili karinelerin kanuni karine kavramıyla karışmaması için pek çok yazarın fiili karine yerine beşeri karine, tecrübe kuralları, doğal karine, yargısal karine, tecrübe karinesi, yaşam karinesi, yaşam deneyi kuralları, gerçek olmayan karine ifadelerini kullandığından bahsetmektedir (*Taşpınar*, **a.g.m.**, s. 536).

⁶⁶ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 416.

⁶⁷ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 416.

⁶⁸ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 381.

⁶⁹ Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s. 505; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 381; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 417; Kiper, **a.g.e.**, s. 19; Nihat Yavuz, Adli İspat, **Adalet Dergisi**, 1977 Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, S.5-6, s.394; Belgesay, **a.g.e.**, s. 11; Umar ve Yılmaz'a göre, fiili karinelerin hukukla bir ilgisi yoktur; bunlar ancak dolaylı olarak ve sadece delil değerlendirme serbestisi kuralının geçerli olduğu alanda (HUMK. m.240) dikkate alınabilirler. Bu alanda da fiili karinelerin iki tür işlevi vardır: Birincisi hakim gösterilmiş delillerin güvenilirlik derecesini yani ispat gücünü, yaşam deneyi kurallarına göre belirler. İkincisi ise hakim hakkında delil gösterilmemiş bir iddianın doğruluğunu, fiili karinelere yani yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul eder. Bu durumda delil ikame etme yükü, o vakıanın aksini ileri süren tarafa geçer. Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 381, dn.5.

⁷⁰ Üstündağ, **a.g.e.**, s.621.

Mahkeme içtihatlarına baktığımızda ise fiili karineler için hayatın olağan akışına yani normal duruma dayanan tarafın bu durumu ispatla zorunlu olmadığı kabul edildiği ekseriyetle görülmektedir⁷¹.

Fiili karineler, iş yargılamasında özellikle “hayatın olağan akışı” ölçütü ve “genel hayat tecrübeleri” kavramı çerçevesinde çok geniş bir uygulama alanı bulmaktadır⁷². Örneğin Yargıtay, iş sözleşmesini fesheden tarafın hangisi olduğu konusunda çıkan iş uyuşmazlıklarında “hayatın olağan akışı” ölçütüne sıklıkla başvurmaktadır⁷³.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bir başka karara göre, işyerinde uzun yıllardır çalışmış olan bir işçinin, geçerli bir neden olmadan işi terk etmesi hayatın olağan akışına aykırı bulunmaktadır⁷⁴.

⁷¹ “...M.K. 'nın 6. maddesi hükmünce kural olarak ispat yükü bu davalarda da davacıya düşer. Çünkü, desteğin bakım gücüne sahip olduğu ya da ilerde bu güce kavuşacağı beklenir bulunduğu ve davacının da bakım ihtiyacı içinde olduğu gerçekleşmeli (sabit olmalı) dır ki, destekten yoksun kaldığından söz edilebilir; zira, kural olarak, yetişmiş çocukların, elverişli ekonomik durumda olsalar bile, ana babalarına bakma ödevleri yoktur. MK m.315 ile, nafakanın ödemesi gerek ve koşulları ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Öyle ise, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu tür davalarda davacılar, kendilerinin sosyal ve ekonomik durumlarını, ölenin sağ olması halinde kendilerine düzenli bir şekilde yardım ve muavenette bulunacağını ispatla yükümlüdürler. Ne var ki, genel yaşam deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Bilindiği gibi bu kurallar, yani eylemli (ya da beşeri) karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hâkimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir... Delil değerlendirme serbestisinin yürüdüğü durumlarda (HUMK. m.240) bu değer hükümleri dolaylı olarak hâkim tarafından göz önünde tutulurlar. Bu karinenin iki işlevinden en önemli olan bir tanesi şudur. Hâkim, hatta hakkında delil gösterilmemiş olan olay iddiasının doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer. Nitekim Yargıtay emsal nitelikteki birçok kararlarında, aynı ilkeyi benimsemiş, genel kural uyarınca zararın, zarara uğrayan davacılar tarafından ispatı gerektiğini vurguladıktan sonra, (genel yaşam deneyimlerine ve çevre telâkkilerine göre) birçok davada desteklik durumunu, ispat edilmeden sabit saymıştır... Davacı, farazi desteğinin desteğinden yoksun kaldığını ileri sürerek maddi tazminat isteğine göre, ilke olarak (bakım gücü) ve (bakım ihtiyacı) 'nı kanıtlaması, yani bu olguların gerçekleşmesi gerekir. Ancak gerek bilimsel ve gerekse yargısal görüşlere göre, eylemli destek durumunda olmayan çocukların ileride destek olmaları beklenebilir ise ya da yukarıda açıklandığı gibi ölen çocuğun, gelecekte ana-babasına bakacağı yaşamın ve olayların normal akışı içinde beklenebiliyorsa, çocuk onlar için destektir.” (Y. HGK. 21.4.1982, E. 1979 / 4-1528, K. 1982/412, İstanbul Barosu Bilgi Bankası www.hukukturk.com.tr (25.02.2011); diğer Yargıtay kararları için bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s.567-569.

⁷² Özdemir, **a.g.e.**, s. 15; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.312, dn. 44.

⁷³ “...10 yılı aşkın bir süre ile çalışan bir kişinin tazminatından vazgeçecek şekilde hizmet akdini feshetmesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu hukuki ve maddi olgulara göre, mahkemece hizmet akdinin davacı işçi tarafından iş bırakılmak suretiyle feshetmesi şeklindeki değerlendirme dosya içeriğine uygun değildir...” Y. 9.HD, 29.5.2001, E.2001/6493, K.2001/9025; Yargıtay’ın benzer yönde kararı için bkz. Y. 9.HD, 16.12.2003, E.2003/8175, K.2003/21996; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (25.02.2011).

⁷⁴ “...yıllarca çalışmış emektar bir işçinin neden yokken devamsızlık etmeyeceğine hükmederken işçinin 12 yıllık olmasına fiili bir karine biçmiştir. Anılan içtihada göre, iş akdini devamsızlık nedeni ile bildirimsiz ve tazminatsız fesheden işverenin, davanın açıldığı tarihten sonra düzenlediği tutanak ve ihtarname inandırıcı bir kanıt olarak kabul edilemez. Esasen 12 yıl işyerinde çalışan işçinin geçerli bir neden yokken işi terk etmesi

1.2.2.2.4. İspat Yüğü Sözleşmeleri

Taraflar aralarında anlaşarak bir vakıanın ispat yükünün kime düşeceğini belirleyebilirler. Buna ispat yüğü sözleşmeleri⁷⁵ denir. Taraflar ispat yüğü sözleşmeleri bakımından bazı durumların tartışmasız kabul edileceğini önceden kararlaştırabilirler. Ancak bunun için bazı sınırlamalar getirilmiştir. Tarafların sözleşme yaptıkları konu üzerinde tasarruf serbestliğinin bulunması, sözleşme yaptıkları konunun kanunun emredici hükümlerini ortadan kaldırmaması, sözleşmenin objektif iyiniyet kuralına uygun olması ve genel olarak sözleşme hukukuna uygun olması⁷⁶ ispat yüğü sözleşmelerinin geçerliliği için aranan şartlardır.

Taraflar, ispat yüğü sözleşmeleri yapabilecekleri konularda sözleşmeyle karineler koyabilirler. Ortaya konan bu karineler taraflar arasında aynen kanuni karineler gibi değerlendirilir⁷⁷.

1.2.3. Delil İkame Yüğü (Sübjektif İspat Yüğü)

Delil ikamesi, bir davada tarafların kendi iddialarının doğru olduğu veya karşı taraf iddialarının asılsız olduğu hususunda ispat sonucuna ulaşabilmek ve kendi lehine karar verilmesini sağlamak amacıyla çekişmeli vakıalar hakkında delillere (ispat araçları) dayanarak gerçekleştirdikleri usuli bir faaliyettir⁷⁸.

Delil ikame yüğü kavramını ise hakimın aleyhte karar verme tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla, taraflardan birine düşen, delil ikamesi faaliyetiyle belli bir vakıa hakkında kendi iddiasının doğruluğu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığı hakkında hakimde bir kanaat oluşturma yüğü olarak tanımlayabiliriz⁷⁹. Bu tanımdan yola çıkarak delil ikame etmemenin veya bu faaliyetin başarısız kalmasının yaptırımı, ulaşmak istenen usuli amaca ulaşamamak ya da hakim tarafından öngörülen ve davaya ilişkin aleyhte sonuçlara katlanmaktır. Buna göre delil ikame yüğü taraflara yüklenen gerçek bir usuli

hayatın olağan akışına aykırıdır.” Y. 9.HD, 20.10.1994, E.1994/10510, K.1994/14468, (Bozkurt, **a.g.e.**, s.334).

⁷⁵ Üstündağ, **a.g.e.**, s.614; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 426; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s.579.

⁷⁶ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.15; Üstündağ, **a.g.e.**, s.614; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.426.

⁷⁷ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.15, 170.

⁷⁸ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.426; Atalay, **a.g.e.**, s.16; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.32.

⁷⁹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.426; Atalay, **a.g.e.**, s.16; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.34.

yüktür⁸⁰.İspat yükü ile delil ikame yükü birbirinden farklı kavramlardır. Maddi hukuka ilişkin bir kurum olan ispat yükü, olayın ispat edilmeme riskinin kime ait olduğunu gösterirken; usul hukukuna ilişkin bir kurum olan delil ikame yükü ise, ispat yükünün yerine getirilmesinin biçimi veya yöntemini düzenler⁸¹.

Örneğin, ispat yükünün davacıya düştüğü bir durumda, davacı bu ispat yükünü deliller ileri sürerek yerine getirmek zorundadır. Yani bu delillerin ikamesi faaliyeti hususundaki yük, delil ikame yükünü bize anlatır.

Delil ikame yükü soyut ve somut olarak ikiye ayrılır. Soyut delil ikame yükü, görülmekte olan bir davanın gidişatına bakılmaksızın, taraflardan birinin aleyhte bir kararla karşılaşma tehlikesini bertaraf etmek için belli bir vakıanın unsuru hakkında delil ikame etme yüküdür. Soyut delil ikame yükü kural olarak objektif ispat yükü kurallarına göre dağıtılır. Somut delil ikame yükü ise delillerin değerlendirilmesi faaliyeti ile ilgili bir kavram olup hakimin vakıalar hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olduğu bir davanın, delillerin ikame edilme durumu dikkate alınarak taraflardan hangisinin delil ikame etmeye davet olunacağı ile ilgili yüküdür⁸². Yani bu tanıma göre somut delil ikame yükünün ispat kuralları ile bir ilgisi yoktur.

Genellikle ispat yükünü taşıyan taraf, delil ikame yükünü de taşır; ancak her zaman bu kural geçerli değildir. Örneğin, dayandığı hukuk kuralında iyiniyetin varlığını da ispat etmesi gereken taraf, Medeni Kanunun 3. maddesindeki özel kural sayesinde iyiniyeti ispatlanmış sayılır ve iyiniyetin yokluğu hakkında delil ikame yükü karşı tarafa geçer⁸³. Dolayısıyla, ispat yükü sabit olmasına rağmen delil ikame yükü duruma göre taraf değiştirebilir.

Soyut delil ikame yükü kural olarak daima ispat yüküne bağlı olarak değerlendirilir. Yani, ispat yükünü taşıyan tarafın davanın başında aynı zamanda, iddia ettiği vakıalar hakkında delil ikame yükünü de üzerinde taşıdığı kabul edilir⁸⁴.

⁸⁰ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s 426-427; Atalay, **a.g.e.**, s.17.

⁸¹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.426; Atalay, **a.g.e.**, s.17.

⁸² Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.427; Atalay, **a.g.e.**, s.18.

⁸³ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.34; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 427; Atalay, **a.g.e.**, s.19.

⁸⁴ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 428. Atalay, delil ikame yükü ile ispat yükünün bu benzerlikten yola çıkarak aynı kavramlar olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır (Atalay, **a.g.e.**, s.19).

Bir hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak gerçekleştiği konusunda kendi lehine hak çıkaran kişi, bunu ispat etmek durumunda olup, soyut delil ikame yükünü taşır. Ancak hakim ortaya çıkan duruma göre, somut delil ikame yükünü ispat yükünden bağımsız olarak diğer tarafa yükleyebilir. Bu anlamda somut delil ikame yükü duruma göre yer değiştirebilmektedir⁸⁵. Ancak bu durum doktrinde⁸⁶ ve Yargıtay kararlarında⁸⁷ sübjektif delil ikame yükünün yer değiştirmesi şeklinde anlaşılması gerekirken, ispat yükünün yer değiştirmesi şeklinde ifade edilmiştir. Bu ise yanlış bir nitelendirmedir⁸⁸. İspat yükünü ifade eden objektif ispat yükü yer değiştirmez, ancak delil ikame yükünü ifade eden sübjektif somut ispat yükünün yer değiştirmesi mümkündür. Bunun için uygulamada ve Yargıtay kararlarında maddi hukuka ilişkin bir kurum olan ispat yükü yer değiştirmesinden bahsediliyorsa bunun usul hukukuna ilişkin bir kurum olan delil ikame yükünün yer değiştirmesi olarak anlamak daha doğru olur.

1.2.4. İddia ve Somutlaştırma Yükü

İddia yükü, davadaki maddi meseleye ait olan bir hukuk normunun koşul vakıasına ilişkin somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme, ileri sürme konusundaki ödevlere denir. Yani mahkemenin objektif-soyut hukuk kuralını, sübjektif-somut şekle dönüştürüp, kanundaki hukuki sonuca göre somut bir karar verebilmesi, kanunda belirtilen koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaların mahkeme önüne getirilmesine bağlıdır⁸⁹.

⁸⁵ Tutumlu, Delillerin İleri Sürülmesi, s. 29; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.428; Atalay, **a.g.e.**, s.18-20; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.34-37;

⁸⁶ Üstündağ, delil ikame yükünün yer değiştirmesi durumunu, ispat yükünün yer değiştirmesi olarak ifade etmektedir (Üstündağ, **a.g.e.**, s.624). Aynı şekilde Bilge ve Önen ise ispat yükünün ters çevrilmesinden bahsederek delil ikame yükü ile ispat yükü arasında herhangi bir ayrım yapmamaktadır (Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.502).

⁸⁷ "...Somut bu maddi olgulara göre, işverenle ilgili belirtilen kurumlardan kayıtlar getirtilmeli, ekonomik nedenin olup olmadığı bu belgeler incelenerek belirlenmeli, varlığı halinde bu olgunun geçici olup olmadığı, feshi zorunlu kılıp kılmayacağı irdelenmeli, fesih işlemi ile çelişen uygulama olan yeni işçi alıp almadığı ve ayrıca çıkarılan işçilerine seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde ve ispat yükü ters çevrilerek ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." Y. 9.HD, 11.12.2006, E.2006/25167, K.2006/32359, www.hukukturk.com.tr, (25.02.2011).

⁸⁸ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.428; Atalay, **a.g.e.**, s.19; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.36-37.

⁸⁹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.429; Atalay, **a.g.e.**, s.24.

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda hakim, HUMK m.75 uyarınca taraflarca beyan edilmeyen maddi meseleye ilişkin vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz⁹⁰.

İddia yükü kavramı da ispat yükü gibi objektif ve sübjektif iddia yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif iddia yükü, bir davada tarafların, gerekli vakıa iddialarını ileri sürmemiş olmaları durumunda aleyhte sonuçlara katlanma yükü olarak tanımlanabilir⁹¹. Diğer bir deyişle objektif iddia yükü, hakimin, kendisine yeterli vakıa iddiaları getirilmemiş olması durumunda nasıl bir karar vereceğini ifade eder. Objektif iddia yükü, hem taraflarca getirilme hem de re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olmakla birlikte, koşul vakıaların gerçekleşmiş olduğunu iddia yükü, ilk önce ispat yükünü taşıyan taraftadır. Sübjektif iddia yükü ise taraflarca getirilme ilkesine tabi olan davalarda uygulanıp, davada hangi tarafın olumsuz bir sonuçla karşılaşmamak için, asgari düzeyde neyi iddia etmesi gerektiğini ifade eder. Sübjektif iddia yükü de sübjektif (delil ikame) ispat yükü gibi soyut ve somut iddia yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif soyut iddia yükü, davanın başından sonuna kadar sabit kalan ve davacının davasını dayandırdığı vakıaları, davalının ise itiraz ve def'ilerini iddia etme yükü olarak tanımlanabilir. Sübjektif somut iddia yükü ise davanın belli bir aşamasında taraflardan birini, karşı tarafın hakimin önüne getirdiği somut vakıa iddialarına karşı daha detaylı ya da yeni vakıa iddialarında bulunmaya zorlayan ve taraflar arasında duruma göre değişebilen bir usuli yük olarak tanımlanabilir⁹².

Objektif iddia yükü ve sübjektif soyut iddia yükü, daima ispat yükü ile aynı doğrultuda olduğundan, bu yükün dağılımı da ispat yükü kurallarına göre yapılacaktır. Ancak sübjektif somut iddia yükü davadaki duruma göre değişiklik gösterdiğinden, ispat yükü kendisinde olmayan tarafın iddia yükünün söz konusu olduğu yerlerde sübjektif somut iddia yükünden bahsedilir⁹³.

⁹⁰ 6100 sayılı HMK m.25'te bu durum aynen muhafaza edilerek "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz." denmektedir.

⁹¹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.429; Atalay, **a.g.e.**, s.24.

⁹² Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.429-430.

⁹³ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.430; Atalay, **a.g.e.**, s.28-29.

Somutlaştırma yükü, tarafların vakıa iddia ve savunma sebeplerini, ispat ve delil ikame faaliyetine esas olacak şekilde, münferit vakıaların bildirilmesi yoluyla kanunun veya usul kurallarının gerekli kıldığı ölçüde somutlaştırılması konusunda usuli yük olarak tanımlanabilir. Somutlaştırma yükü, ispat yükünün dağılımına bağlı olmayıp, davadaki duruma göre taraflar arasında yer değiştirebilen bir yükür⁹⁴.

6100 sayılı HMK m.194'te "Somutlaştırma Yükü ve Delillerin Gösterilmesi" başlığı altında somutlaştırma yüküne ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddeye göre, "*Taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır*" hükmüne yer verilmiştir. Somutlaştırma yükünün kapsamının ne olduğu konusunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, davacı iddiasında, uygulanacak hukuk normunun koşul vakıasını karşılayan tüm unsurları somut bir biçimde bildirmelidir⁹⁵. Diğer görüş ise, davacının vakıa unsurlarını eksiksiz olarak değil de, talebinin dayandığı maddi vakıaların diğerlerinden ayrılmasına imkan verecek ölçüde olan unsurlarını bildirmesi yeterlidir⁹⁶.

1.2.5. İspat Araçları (Deliller)

İspat hukukunun en önemli kavramlarından biri sayılan delil, usul hukukunda uyuşmazlık konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hakimde bir kanaat oluşturmaya yarayan ispat araçlarıdır⁹⁷. Deliller konusunda doktrinde bazı ayrımlar yapılmış olmakla birlikte⁹⁸ en yaygın olanı kesin ve takdiri delil şeklinde yapılan ayrımdır.

Kesin deliller⁹⁹; senet¹⁰⁰ yemin ve kesin hükümden oluşur. Kesin deliller, şartlarını ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların bulunması halinde hakim bunlarla bağlı

⁹⁴ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.430; Atalay, **a.g.e.**, s.32-33.

⁹⁵ Atalay, **a.g.e.**, s.33 dn. 163'teki yazarlar.

⁹⁶ Atalay, **a.g.e.**, s.33 dn. 161'deki yazarlar.

⁹⁷ Üstündağ, **a.g.e.**, s.621; Tutumlu, Delillerin İleri Sürülmesi, s.27; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, s. 263; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.444; Leyla Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s.8.

⁹⁸ Üstündağ, delillerin ayrımında resen müracaat edilebilen ve resen müracaat edilemeyen deliller şeklinde farklı bir tasniften bahsetmektedir (Üstündağ, **a.g.e.**, s.623).

⁹⁹ Kesin delil kavramına bazı yazarlar kanuni delil de demektedir. Ancak Tutumlu, kesin delillerin kanuni delil şeklinde kullanılmasının yanlış anlaşılabilceğini, yani kanuni deliller takdiri deliller şeklinde bir ayrımda takdiri delillerin sanki kanuni olmadığı şeklinde yorumlanabileceğini söylemektedir (Tutumlu, **Delillerin İleri Sürülmesi**, s.28).

¹⁰⁰ Hukukumuzda senet en önemli kesin delildir. Çünkü kesin delil (senet) ile ispatı gereken (zorunlu olan HUMK m.288, m.290) hukuki işlemlerin uygulama alanı çok geniştir. Kesin delil ile ispat zorunluluğu olan

olup takdir yetkisinin bulunmadığı delillerdir. Bir vakıanın ispatında kanun kesin delili aramışsa, hakim başka bir delil inceleyemez ve o vakıanın ispatı için kesin delil gösterilip o vakıa ispat edildiği takdirde hakim bu vakıanın doğruluğunu kabul ederek karar vermek zorundadır¹⁰¹. Burada bahsedilen kesin delillerin hakimi bağlaması ve hakimin bu delilleri takdir yetkisinin bulunmaması kuralı, ancak taraflarca getirilme ilkesinin¹⁰² uygulandığı davalarda geçerlidir¹⁰³. Buna karşılık, kendiliğinden araştırma ilkesinin¹⁰⁴ uygulandığı davalarda ise hakim kesin delillerle bağlı olmayacaktır¹⁰⁵.

Takdiri deliler ise tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden oluşmaktadır. Takdiri deliller, şartlarını ve sonuçlarını kanunun belirlemediği, hakimi bağlamayıp HUMK m.240'a göre hakimin serbestçe takdir ettiği delillerdir¹⁰⁶. Takdiri delillerle ispatı mümkün olan vakılarda hakim, her türlü şeyi delil olarak kabul edebilmektedir. Takdiri delillerle ispat Türk hukukunda HUMK m.292 ve 293'te bahsedilen senetle ispat kuralının istisnaları ile belli bir değerin altındaki hukuki işlemler haricinde kabul edilmemiştir¹⁰⁷.

Delillerle ilgili olarak katı delil sistemi ve serbest delil sistemi olmak üzere iki sistemden bahsedilmektedir¹⁰⁸. Bunlardan birincisi, yargılamada kullanılabilecek delillerin tek tek belirtildiği katı delil sistemidir. Bu sistemde kanunda belirtilen deliller dışında başka bir delilin kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰⁹. Türk hukukunda geçerli olan serbest

hallerde, senet dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkün olsa bile ikrar ve yemin karşı tarafın iradesine bağlıdır ve kesin hüküm delili de genellikle başka kesin delillere dayanmaktadır. (Seyithan Deliduman, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", **AÜEHFD**, 2000, C.IV, S.1-2, s.419-420).

¹⁰¹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.453; Tutumlu, **Delillerin İleri Sürülmesi**, s.28; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 317; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 386-387; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s. 493.

¹⁰² Taraflarca getirilme ilkesi, mahkemenin sadece taraflarca getirilen ve taraflarca getirilen ispat araçları ile ispatlanan vakıaları hükmüne temel yapmasını ifade eder. (Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979, s.9).

¹⁰³ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 386; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 454.

¹⁰⁴ Kendiliğinden araştırma ilkesine göre mahkeme taraflardan bağımsız olarak davanın maddi temelini tamamen aydınlatacak ve bunun için gerekli bütün maddi vakıaları ve ispat araçlarını mahkemeye getirip inceleyecektir. (Alangoya, **a.g.e.**, s.9).

¹⁰⁵ Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s.386; Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.454.

¹⁰⁶ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 454; Tutumlu, **Delillerin İleri Sürülmesi**, s. 28; Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 317; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.**, s. 386-387; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.493-494.

¹⁰⁷ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.** s.454; Kuru ve diğerleri, **a.g.e.** s. 386; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.494; Üstündağ, **a.g.e.**, s.731.

¹⁰⁸ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.452.

¹⁰⁹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.452.

delil sisteminde ise kanunda deliller belirtilmiş olsa da, deliller konusunda sınırlama yapılmamıştır; yani ispat aracı olabilecek her şey delil olarak kabul edilmiştir¹¹⁰.

Hakimin kabul edilen delil sistemine göre delilleri ne şekilde değerlendireceği de büyük bir öneme sahiptir. Bu konuda da iki sistem kabul edilmiştir. Hakimin delilleri değerlendirme serbestisine sahip olduğu delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi ve hakimin kanunda delillerin değerlendirilmesine ilişkin getirilen sınırlamalara bağlı olarak karar verdiği kanuni delil sistemi. Hukukumuzda geçerli olan sistem hakimin kesin delillerle bağlı olduğu kanuni delil sistemidir. Buna göre, hakim belli miktarı geçen hukuki işlemler için kesin delille ispat zorunluluğuna uymakla yükümlü iken, kanunda belirtilen istisnalar dışında kural olarak delilleri serbestçe takdir edecektir¹¹¹.

¹¹⁰ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.452.

¹¹¹ Pekcanitez ve diğerleri, **a.g.e.**, s.452.

İKİNCİ BÖLÜM

2. İŞ YARGILAMASINA HAKİM OLAN İLKELER

İş yargılaması, yargılama usulü açısından hukuk yargılaması ve ceza yargılamasından ayrılan bir çok özelliğe sahiptir. İş yargılaması usulüne hakim olan bu ilkeler aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2.1. İş Yargılamasının Özellikleri

İlk kez 1950 yılında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulan iş mahkemeleri, işçiler ile işverenler arasında çıkacak hak uyuşmazlıklarının çözümünde görevlendirilmişlerdir. Genel yargılama kuralları dışında özel bir iş yargılaması ve bu yargılamayı gerçekleştirecek özel iş mahkemelerinin kuruluşunun amacı İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliğinden kaynaklanmaktadır¹¹².

İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinin örgütlenmesi ve yargılama usulünü düzenlemektedir. Bu kanunun 1. maddesinde, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme dayanarak iş davalarının yoğun olduğu illerde bir veya daha çok iş mahkemeleri kurulmuştur. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerdeki bu davalarına o yerde görevlendirilecek asliye hukuk mahkemeleri iş mahkemesi sıfatıyla ve iş yargılamasına göre bakar (İMK m.1/3). İş mahkemelerinden verilen kararları Yargıtay'ın 9., 10. ve 21. Hukuk Daireleri temyizen incelemekle görevlidir.

¹¹² A. Can Tuncay, "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerine Düşünceler", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.62, S.4-5-6, 1988, s.221.

2.2. Yargılamanın Sözlülüğü İlkesi

İş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü, 5521 sayılı İMK m. 7’de düzenlenmiştir. Buna göre, iş mahkemelerinde çözümlenecek uyuşmazlıklarda sözlü yargılama usulü uygulanır. İMK m.15’te ise bu kanunda açıklık olmayan hallerde HUMK maddelerinin uygulanacağını belirttiğinden sözlü yargılamaya ilişkin hüküm olmaması durumunda yazılı yargılama yöntemi uygulanacaktır¹¹³. Bu noktada iş yargılamasında uygulanması gereken ilk kural, 5521 sayılı İMK’da hüküm varsa bu kanunun hükmünün uygulanmasıdır. Daha sonra HUMK’da düzenlenen m.473-491 arasında düzenlenmiş olan sözlü yargılama usulünün kuralları burada hüküm yoksa yazılı yargılama usulü kurallarının uygulanmasıdır¹¹⁴.

Sözlü yargılama usulünde dava, davacı tarafından açılabileceği gibi, davacı ve davalının mahkemeye birlikte başvurmaları yoluyla da açılabilir. İMK’da davanın sözlü olarak da, yani mahkemeye dava dilekçesi vermeksizin de açılabileceğini belirtmektedir. Fakat ilgili kanunda sözlü olarak dava açılabilir, taraflarca hazırlanan bir dava tutanağının mahkemeye verilmesi yükümlülüğü getirildiğinden, dava yine yazılı başvuru ile açılmış olmaktadır¹¹⁵.

Sözlü yargılama usulünde, usul işlemleri bakımından sözlülük özel öneme sahip olmakla birlikte medeni yargılama hukukuna hakim olan tasarruf, taraflarca getirilme, teksif, aleniyet, doğrudanlık, adil yargılanma, dürüstlük kuralı gibi ilkeler sözlü usulde de geçerlidir. Ancak yargılama, sözlü usulde özellikle tarafların duruşmadaki sözlü iddia ve savunmaları ile şekillenmekte, dolayısıyla, ilk itirazlar, hadiseler, ispat sebepleri sözlü olarak ileri sürülebilmektedir¹¹⁶.

Sözlü yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünde olduğu gibi taraflar arasında verilecek dilekçeler aşaması bulunmamaktadır. Buna göre davalının cevap dilekçesi, davacının replik ve davalının düplik dilekçeleri vermeleri gerekmez. Aksine derhal bir

¹¹³ H. Argun Bozkurt, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, s.60.

¹¹⁴ Baki Kuru, “İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi)”, **Makaleler**, İstanbul: Arıkan Basım Yayın Dağıtım, 2006, s.456

¹¹⁵ Bozkurt, **a.g.e.**, s.42.

¹¹⁶ Halil Yılmaz, “İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Haziran 2010, s.71.

oturum günü saptanarak taraflar çağrılır ve bu ilk oturumda davalı varsa ilk itirazlarını, daha sonra savunmaya ilişkin itirazlarını toptan ve sözlü olarak bildirir. Davalı bu oturumda karşılık dava da açabilir.

Yargılamanın devamı sırasında davaya ilişkin olarak ortaya çıkan ara sorunlar sözlü olarak bildirilir. Bu ara sorunlar derhal ve sözlü olarak incelenir. Mahkeme ara sorunun aydınlanması için kanıt gösterilmesi de gerekli görebilir. İstenilen kanıtın hemen gösterilememesi halinde, yargılama incelemenin tamamlanması amacıyla başka bir tarihe ertelenebilir. Ara sorunun çözümü üzerinde verilecek karar tutanak katibine yazdırılır veya hakim kısa bir süre içinde kendisi yazarak mahkeme kalemine verir.

Soruşturma aşamasında taraflar, ispat edici belgelerini göstermeye çağrılır. Gerekirse taraflara bunun için önel verilebilir. Bu belgeleri inceleyen hakim, bunların kabulüne veya reddine karar verir. Geçerli kabul edilen kanıtlar hemen incelenir veya getirilen kanıtları yeterli görmeyen hakim, gerekli gördüğü yeni kanıtların gösterilmesini taraflardan isteyebilir. Gösterilen kanıtların karşı tarafa bildirilmesi gerekmez. Mahkemece değerlendirilen taraf anlatımları, tanık beyanları, bilirkişi raporları, keşif işlemleri ve benzeri bütün ispat edici belgeler özet olarak tutanağa yazılır.

Soruşturma aşaması sonunda, sözlü yargılama aşamasına geçerken, hakim davasını vekil ile takip eden taraftan kısa bir süre içinde istem sonuçlarını gösteren bir dilekçe vermesini isteyebilir. Bundan sonra hakim, sözlü yargılama aşamasına girer ve ikişer kez taraflara söz vererek son sözlerini dinler. Taraflar isterse hakimın sözlü yargılama yapmadan hüküm vermesini de isteyebilirler. Son olarak sözlü yargılamanın yapıldığı oturumda kararın gerekçeli olarak verilecek, eğer bu mümkün değilse karar gerekçeli olarak tespit edilecek başka bir oturumda sözlü olarak bildirilecektir¹¹⁷.

Sözlü yargılama usulünde cevap ve ilk itirazlar ilk duruşmaya kadar verilmelidir. İlk duruşmadan itibaren iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı başlar. Ayrıca zamanaşımı def'i gibi def'iler de ilk duruşmaya kadar verilmelidir. Daha sonra ileri sürülecek zamanaşımı def'i davacının muvafakatine bağlıdır¹¹⁸.

¹¹⁷ Bozkurt, **a.g.e.**, s.44-45..

¹¹⁸ Bozkurt, **Yargılama Yöntemi**, s.60.

Ancak her ne kadar iş mahkemelerinde sözlü yargılama uygulanması hükmü getirilmiş olsa da, uygulamada esas olan sözlülük ilkesi değil yazılılık ilkesidir¹¹⁹.

2.3. İş Yargılamasında Çabukluk İlkesi

İş yargılamasında çabukluk ilkesi, İMK 7. ve 8. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Yargılamanın şifahi yapılması, uzlaştırma (sulh) işleminden bahsedilmesi, temyiz süresinin kısalığı ve karar düzeltme yolunun kapalı tutulması iş davalarının çabuk çözümlenmesinin amaçlandığını göstermektedir¹²⁰.

Kanun yollarında çabukluk ilkesi ise İMK. 8. maddesinin ilk fıkrasında açıklandığı üzere, karar tefhim tarihinden itibaren temyiz yoluna başvurma süresinin olan sekiz gün olduğunu belirtmektedir. Kanun koyucu, iş davalarının daha çabuk bir şekilde sonuçlanması amacıyla temyiz yoluna başvuru süresini kısa tutmuştur. Aynı şekilde İMK 8/II ile Yargıtay'ın temyiz inceleme süresinin iki ay içinde tamamlanıp karara bağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Getirilen bu süre sınırlamaları iş yargılamalarında çabukluk ilkesini gerçekleştirmeye yönelik düzenlemelerdir.

02.03.2005 kabul tarihli, 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle 5521 sayılı Kanunun 8. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre temyizi düzenleyen 5521 sayılı Kanunun 8. maddesinin son hali,

“İş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihai kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

¹¹⁹ Erhan Birben ve Sezgi Öktem, “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.1113.

¹²⁰ Ömer Güner Sazak, **Bireysel Hak İlişkilerinden Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda İş Mahkemelerinin ve İş Yargılamasının Önemi ve Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s.27.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beş bin lirayı geçen davalar hakkındaki nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvurulmuş kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’ca iki ay içinde karara bağlanır.” şeklinde değişikliğe uğramıştır.

İş yargısında katılma yoluyla temyiz yoktur. Yani kararı temyiz edecek taraf karşı tarafın kararı temyiz etmesine bakmamalıdır. Karşı tarafın temyiz etmesi diğer tarafa yazılı yargılama usulünde olduğu gibi 15 günlük ya da iş yargısında olduğu gibi 8 günlük ek bir temyiz süresi vermeyecektir. İş yargısında karar düzeltme yolu da bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından onanan kararlar kesinleşir. Ancak, maddi hataların düzeltilmesi yolu açıktır. Ayrıca Yargıtay hükmünün açıklanması da istenebilir.

2.3.1. Uzlaştırma (Sulh)

İMK m.7/I’de mahkemenin ilk duruşmada tarafları sulhe teşvik edeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu iş uyuşmazlıklarının öncelikle sulh yoluyla çözümlenmesini amaçlaması iş yargılamasının çabukluk ilkesinin benimsenmesinden kaynaklanmaktadır. Çabukluk ilkesi çerçevesinde sulh olma, daha davanın başında işçi ile işveren arasında uyuşmazlığın sona erdirilmesini amaçlamaktadır. Böylece davanın gereksiz şekilde uzaması da engellenecektir.

İşçi ile işveren arasında çıkan uyuşmazlıklarda uzlaştırma yoluna gidilmesi hem iş barışına hizmet edecek hem de iş davalarının gereksiz yere uzamasını engelleyecektir. Ancak uygulamada hakimlerin hiçbir zaman tarafları sulhe teşvik ettiklerine rastlanmamaktadır. *Yılmaz* tarafından hakimlerin böyle bir yola başvurmamasının nedenleri arasında, öncelikle mahkemelerin aşırı iş yükü nedeniyle sulh yapmaya zaman bulamamaları, hakimlerin uzlaştırmaya vardırma konusunda eğitilmemiş olmalarından

kaynaklanan bilgi ve deneyim eksiklikleri ve sulhe teşvik etmeleri durumunda ihsası reyde bulunma durumuna düşme tedirginliği sayılmaktadır¹²¹.

2.3.2. Seri Yargılama Usulü

İMK 7. maddesinde iş mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulünün sözlü olduğu belirtmiştir. Buna karşılık İş Kanunu'nun 20. maddesinde, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde açacağı davanın seri muhakeme usulüne göre görülerek iki ay içinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile kanun koyucu davanın seri yargılama usulü ile daha çabuk çözüleceğini öngörmüştür¹²².

Bugün için sözlü yargılama usulü yalnızca iş mahkemelerinde uygulanmakta ise de, bütün iş davalarında bu usulün uygulandığını söylemek mümkün değildir. Örneğin; işe iade davaları (İş K. m.18-21; Sen.K. m.30), Sendikalar Kanunu m.17/3'te sendika ve konfederasyonların toplantıya çağırılması ile ilgili davalar ve 2822 sayılı Kanunda düzenlenen resmi arabulucu ataması bu yargılama usulünün kapsamı dışındadır. Özellikle işe iade davaları uygulamada en yoğun uyuşmazlığın görüldüğü davalardır. İş Kanunu işe iade davalarında açıkça seri yargılama usulünün uygulanacağını hükme bağlamıştır. Bu yargılama usulü ise yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmasından ibarettir. Aralarındaki fark, cevap süresinin yazılı usulde on gün, seri yargılamada yedi gün olması, replik ve düplik sürelerinin ise beş günü geçmemesidir. Taraflara delillerini göstermeleri için yalnız bir kez süre verilmesi ve hakim açısından yargılamanın en yakın bir gününe erteleme yükümlülüğü getirilmesi ise seri yargılama usulünün yazılı yargılama usulünden ayrılan diğer özellikleridir¹²³.

¹²¹ Ejder Yılmaz, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, s.7.

¹²² Yılmaz'a göre, seri yargılama usulü, asliye mahkemelerinde uygulanan yazılı (genel/adi) yargılama usulüne kıyasla cevap süresinin on gün değil yedi gün, replik düplik sürelerinin on gün değil beş gün olduğu ve hakim duruşmayı en kısa süreye erteleyeceği ümit edilen istisnai düzenlemeler dışında yazılı yargılama usulünün tekrarı niteliğinde bir usul olduğu söylenerek eleştirilmiştir. Ejder Yılmaz, **İş Mahkemeleri Kanunu**, s.8.

¹²³ Halil Yılmaz, **İş Yargılaması**, s.70.

İş K. 20. maddesinde işe iade davalarının en kısa sürede çözümlenmesi amacıyla iki ay içerisinde sonuçlaması belirtilmiş olmasına karşın, uygulamada bu sürenin aşıldığı görülmektedir.

2.4. İş Yargılamasında Tasarruf İlkesi

Tasarruf ilkesi, tarafların dava üzerinde bağımsız olarak hareket edebileceklerini, yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini diledikleri gibi belirleyebilmesini ifade etmektedir¹²⁴. Kural olarak tasarruf ilkesi iş yargılamasında da geçerli olup mahkemenin yargılamanın içeriğini ve gidişatını belirleme yetkisi yoktur¹²⁵. Bu durum HUMK 72. maddeye göre; hakim tarafından birinin talebi olmadan re'sen bir davayı tetkik edemeyeceği şeklinde ifade edilmiştir¹²⁶.

Tasarruf ilkesinin iş yargılamasında da geçerli olan bir diğer sonucu, HUMK m.74'te ifadesini bulan "taleple bağıllık" kuralıdır. Özellikle birçok iş davasında hakim taleple bağıllı olduğu kuralı karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, Yargıtay, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi belirsiz süreli kabul edildikten sonra davacının bir ıslahı da olmadığı halde, bakiye süre ücretine ilişkin tazminat isteminin re'sen ihbar tazminatı olarak değerlendirilerek karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur¹²⁷. Bir diğer kararında ise Yargıtay, dava dilekçesinde davacının belirttiği tazminat isteminin aşılarak karar verilmesini taleple bağıllık kuralına aykırı bulmuştur. Buna göre "...Hüküm altına alınan alacak kalemleri için ayrı ayrı, onar bin lira istekte bulunduğu halde, bilirkişi raporundaki rakamlara itibar edilerek hüküm kurulması HUMK'nun 74. Maddesinde yer alan taleple bağıllık ilkesine aykırı olup bu sebepten de karar bozulmalıdır"¹²⁸.

İş yargılamasında taleple bağıllık kuralı, özellikle kıdem tazminatı ve faiz istemlerine ilişkin davalarda sıklıkla gündeme gelmektedir. Davacı faize ilişkin belli bir

¹²⁴ Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.296;

¹²⁵ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1086.

¹²⁶ HMK m.24/I'de ise tasarruf ilkesi ile ilgili daha açık bir düzenlemeye gidilerek "*Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

¹²⁷ Y. 9.HD, 28.09.2010, E. 2008/37553, K. 2010/26242, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/2, s.518.

¹²⁸ Y. 9.HD, 21.10.1997, E.1997/13962, K.1997/18007, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (26.02.2011).

oran belirtmişse, bu oranın üzerinde bir rakama hükmedilmesi Yargıtay’a göre taleple bağıllık kuralına aykırılık oluşturmaktadır¹²⁹.

Taleple bağıllık kuralı, kıdemin yanında tazminatın hesabında temel unsur olan ücrete ilişkin beyanlarda da sıkı sıkıya uygulanmaktadır. Nitekim, davacı işçi, ücret ve eklerine ilişkin bir beyanda bulunmuş ise, bu beyanın üzerinde daha yüksek bir hesaplama yapılarak hüküm kurulmasını Yargıtay bozma sebebi saymıştır¹³⁰.

Mahkemelerin iş davalarında taleple bağıllık kuralını sıkı sıkıya uygulamaları bazı sıkıntılara yol açmaktadır. Özellikle kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin davalar açısından bu daha da önemli hale gelmektedir. Gerçekten kıdem ve ihbar tazminatlarının giydirilmiş ücret üzerinden hesap edilmesi gerektiğinden uygulamada birçok işyerinde ücret eklerinin bordrolara yansıtılmadığı bilinen bir gerçektir. Böyle bir durumda da işçiler ücret eklerini tanık delili ile ispatlamaya çalışmaktadır. İşçi sadece çıplak ücretine ilişkin bir beyanda bulunmuş olsa ve ücret eklerine ilişkin herhangi bir bilgi vermemiş olsa daha sonradan ücret ekleri tespit olunsu bile mahkeme tarafından bunlar hesaplamada dikkate alınmayacaktır¹³¹. Bu yüzden uygulamada iş hukuku davalarında dava dilekçelerinde sosyal yardım kalemlerinin hesaba katılabilmesi için giydirilmiş ücretlerin sonuna “...ve diğer sosyal haklar mevcuttur” gibi ifadelerin eklendiği görülmektedir.

2.5. Taraflarca Getirilme İlkesi

Taraflarca getirilme ilkesine göre, mahkeme sadece taraflarca getirilen ispat araçları ile ispatlanan vakıaları hükmüne temel yapabilir¹³². Yani medeni yargılamada kural olarak vakıaların toplanmasından dava ile ilgili malzemelerin mahkemeye sunulmasından davanın tarafları sorumludur.

¹²⁹ “...Davacı kıdem tazminatı talep ederken %80 reeskont faizi talep etmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesinde düzenlenen taleple bağıllık kuralı gereğince kıdem tazminatına fesih tarihinden en yüksek banka mevduat faizini geçmemek üzere %80 reeskont faizinin uygulanması gerekir. Davacının talebi dikkate alınmadan kıdem tazminatına en yüksek mevduat faizinin uygulanması hatalıdır.” Y. 9.HD, 05.06.2001, E.2001/7013, K.2001/9575, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (26.02.2011).

¹³⁰ Y. 9.HD, 26.12.1996, E.1997/17261, K.1997/24331, Özdemir, **a.g.e.**, s.54-55.

¹³¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.56-57.

¹³² Alangoya, **a.g.e.**, s.9; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, 293.

İş mahkemelerinde de uygulanan yargılama sistemi genel itibariyle taraflarca getirilme ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle, işçi ve işveren kesimi yargılamanın her bir aşamasında tasarruf sahibi olduğundan uyuşmazlık konusunun somutlaştırılmasına yarayan vakıaları ileri sürmelidir. Mahkeme de işçi ve işveren tarafının davaya ilişkin açıklamaları ile bağlı olacak ve taraflarca getirilen ispat araçları ile ispatlanmış vakıaları hükmüne temel alacaktır¹³³. Dava malzemesinin toplanması açısından iş mahkemelerinin herhangi bir yetkisi yoktur. Eğer dava konusu uyuşmazlık tamamen aydınlanmamışsa ispat yükümlülüğüne ilişkin genel kurallar uygulanacak ve mahkeme dava ile ilgili varsayımların veya tarafların uyuşmazlık içinde olmadığı durumların araştırılması ile uğraşmayacaktır¹³⁴.

İş yargılamasında genel ilke taraflarca getirilme ilkesi olmakla birlikte bazı durumlarda re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı da görülmektedir. Re'sen araştırma ilkesi, dava malzemesinin hazırlanmasında tarafların yanında hakimin de görevli olması, taraflarca ileri sürülmeyen vakıaların mahkemece nazara alınması ve delillerin toplanmasının mahkemece re'sen emredilebilmesini ifade eder¹³⁵. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim, davanın ispatı için gerekli olan bütün delillere kendiliğinden başvuracak ve taraflar da duruşma bitinceye kadar delil gösterebileceklerdir¹³⁶.

İş mahkemesinde de, işçi ve işveren tarafının getirmiş olduğu dava malzemesine göre karar vermekle birlikte mahkemece araştırılması gereken bir husus olduğunda re'sen araştırma ilkesi uygulamaya girecektir¹³⁷.

İş davalarında re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı dava türlerinin başında hizmet tespit davaları gelmektedir. Yargıtay'a göre bu davalar kamu düzenindendir; zira sigortalılık hakkı temel bir haktır ve bundan vazgeçilemez. Bu yüzden, Yargıtay

¹³³ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1098.

¹³⁴ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1099.

¹³⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s.9; Üstündağ, **a.g.e.**, s.238; Bilge ve Önen, **a.g.e.**, s.294.

¹³⁶ Bektaş Kar, "İş Güvencesinde İspat Yüğü ve Deliller", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/7, s.1011.

¹³⁷ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1101.

kararlarında bu davaların büyük bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁸.

Aynı şekilde iş yargılamasında re'sen araştırma ilkesinin, işçinin gerçek ücretinin tespit edilmesine yönelik uyuşmazlıklarda uygulandığı görülmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın, işçinin ücretinin miktarına ilişkin herhangi bir delil sunulmaması durumunda, gerçek ücretin tespitinin meslek odalarından araştırılması gerektiği yönünde pek çok kararı bulunmaktadır¹³⁹.

İş güvencesi kurumunun hukukumuzda kabul edilmesiyle birlikte, hem açılan işe iade davaları hem de işyeri ve işçinin niteliğine yönelik şartların tespiti bakımından re'sen araştırma ilkesine başvurulduğu görülmektedir¹⁴⁰.

2.6. İş Yargılamasında Teksif İlkesi

İş yargılamasında sözlü yargılama usulünün uygulanması, teksif ilkesi¹⁴¹ açısından bazı farklılıkları da beraberinde getirmektedir. Bu farklılıklar ise iş yargılamasının çeşitli safhalarında ortaya çıkmaktadır.

2.6.1. İddia ve Savunmaların Teksifi

Kanunun “itirazi iptidaiye” dediği ilk itirazlar, dava şartları gibi mahkemenin davayı esastan incelemesine engel oluşturmaktadır. Bu nedenle, mahkemenin kendiliğinden inceleyemediği ilk itirazları, ancak taraflardan biri davanın başında ileri sürebilir. İş yargılamasında da sözlü yargılama usulü geçerli olduğundan davalı ilk itirazlarını HUMK m.478 gereğince ilk oturumda esasa girmeden önce ve sözlü olarak yapabilir. Ayrıca davalı ilk oturumdan önce yapmış olduğu ilk itirazlarını tamamlayabilir.

¹³⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.59.

¹³⁹ Y. 9.HD, 05.06.2007, E.2006/33700, K.2007/18007, **İBD**, C.82 , 2008/3, s.1582.

¹⁴⁰ Yargıtay Hakimlerinden Kar, re'sen araştırma ilkesinin işe iade davalarında hakim olduğunu, şöyle ifade etmektedir: "... iş hukukunun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, işe iade davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülür. Gerçekten, genel kural kapsamında iş sözleşmesi ile çalışma ve yasa ile işverene yüklenen feshin haklı ve geçerli nedenle gerçekleşmesi gibi, taraflarca hazırlama ilkesi kapsamında kalan olgular dışında, genelde kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur." Kar, **İspat Yüğü ve Deliller**, s.1011-1012.

¹⁴¹ Teksif ilkesine, yargılama malzemesinin birden arzı ve usul muamelelerinde birlik ve topluluk da denmektedir.

HUMK m.478’de belirtilen süreler kesin ve hak düşürücü sürelerdir. Bu yüzden uzatılması mümkün değildir; hakim tarafından re’sen gözetilir¹⁴².

İlk itirazlar tahdidi olarak HUMK m.187’de sayılmıştır. İMK. m.15 gereğince, HUMK’da sayılan ilk itirazlar iş yargılaması için de geçerlidir.

İş Mahkemeleri Kanununda def’ilerin ileri sürülme zamanı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden zamanaşımı def’i ilk itirazlardan olmamakla birlikte, iş yargılamasında ilk oturumda esasa girmeden önce ileri sürülmelidir. İtirazlar ise davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır.

2.6.2. Delillerin Teksifi

Delillerin teksifi bakımından HUMK 479. maddesinde tarafların delilleri mahkemeye sunacakları zaman belirtilmiştir. HUMK 180. maddesi gereğince davacı dava açarken delillerini sunmalı ve getirilmesini istediği deliller için gerekli giderleri yatırmalıdır. Kanun koyucunun yargılamayı hızlandırmak için öngördüğü bu madde uyarınca 10 günlük kesin süreden sonra başka delil ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Ancak HUMK m.75/3’te hakimin davanın her safhasında iki tarafın iddiaları doğrultusunda gerekli olan yeni delillerin ibraz ve ikamesini isteyebilmesi, HUMK m.217’de gösterilen delillerin incelenmesinden sonra açıklığa kavuşmayan hususlarda yeni delil gösterilmesi ve HUMK m.378’de iki tarafın hakim huzurunda dermeyan ettikleri hususların yeni delillerle ispatlanması hükümleri HUMK m. 180 ile birlikte değerlendirildiğinde tahkikatın bitiminden sonra da yeni delil ileri sürülebilir. Bu husus iş yargılaması açısından da geçerlidir¹⁴³. Tahkikatın bitiminden sonra yeni delil sunulması için ayrıca başka şartların aranması da gereklidir. Delil sunacak taraf iyiniyetli ise, delilin geciktirilmesinde kusuru yoksa veya yargılama aşamasında ortaya yeni vakıalara karşı delil ileri sürülme zorunluluğu varsa bu yeni delil reddedilmemelidir.

Yukarıda belirtilen hususlar iş yargılamasında bakımından da İMK m.15 gereği aynen geçerlidir. Yeter ki, sırf duruşmayı uzatmak için delil ibraz edilmemiş olsun.

¹⁴² Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1119-1120.

¹⁴³ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1127-1128.

2.7. İş Yargılamasında Deliller ve İspat Yüğü

İşverenin işçisine karşı bazı yükümlölükleri bulunmaktadır. İşveren, işçiye ödeme yaparken işçinin imzasını almalıdır, duyuruları yazılı yapmalıdır. Hesap pusulası düzenlemeli, bordrolar işçinin imzasını taşımalıdır. Her işçinin şahsi sicil dosyası (özlük dosyası) vardır. Ayrıca her işçinin SSK tarafından tutulan ve saklanan, işçinin iş kolunu, çalışmasının nasıl olduğunu, prime esas kazancını gösteren sigorta sicil dosyası vardır.

İşçinin şahsi sicil dosyasının, ücret bordrolarının, vizite kâğıtlarının, varsa iş güvenliğinin anlatıldığına dair tutanaklar, yıllık ücretli izin defterleri¹⁴⁴ puantaj kayıtları¹⁴⁵, çalışma müfettişlerinin tutanakları, tanık bilirkişi incelemesi iş yargılamasında oldukça önemli deliller arasındadır. Bu delillerin gerekirse celbi istenmelidir.

İşçi, iddialarını, işverenin aksine, her türlü kanıtla ispatlayabilir. Ancak mahkeme kural olarak re'sen araştırma yetkisi bulunan durumlar haricinde gösterilen delillerle sınırlı inceleme yapar. Mahkeme HUMK 74 ve 75'inci maddeleri gereğince, iddia ve taleplerle bağlıdır.

Çalışma sürelerine ilişkin olarak işçinin sigortaya geç bildirilmiş olması ihtimali de dikkate alınarak, işe giriş bildirgesinin aksi tanık beyanlarıyla ispat edilebilir. Ancak Yargıtay'a göre, hizmet tespiti davalarında ya da sosyal güvenlik kurumuna karşı açılmış sair davalarda, sigortalının imzasının olmasını önemsemektedir. İmzası inkâr edilmemişse veya inkâr edilmiş olmasına rağmen sigortalıya ait olduğu anlaşılan bildirge ve bordrolardaki imzaların aksine bir iddiada bulunuluyorsa, davacı bu iddiasını eş değer delil ile kanıtlamak zorundadır. Müfettiş belgelerinin aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir. İşveren bu raporları ihtirazı kayıtsız imzalamışsa işvereni bağlar.

Kamu düzeninden olan davalara örnek olarak, sosyal güvenlik kurumuna karşı açılan davaları örnek olarak gösterebiliriz. Bu davalarda sulh, ibra, feragat, kabul, mahkeme dışı ikrar veya mahkeme içi ikrarın hukuki bir değeri yoktur. Hâkim resen delil

¹⁴⁴ İşveren, işçinin izin kullandığını ancak yıllık izin defterinde imzası olması koşuluyla ispat edebilir.

¹⁴⁵ İşçinin fazla mesai alacağı çalışmasından az hesaplanmışsa işçi, ihtirazı kayıt koyarak imzalamalıdır.

toplar ve gerekli hususlarda incelemeyi derinleştirebilir. Bu davalarda, delil bildirme yönünde taraflara kesin süre de verilemez.

Kamu düzeninden sayılmasa da, örneğin bir kıdem tazminatı davasında ise mahkeme itiraz edilen hususlarda SSK kayıtları, toplu iş sözleşmesi, noter belgeleri gibi gerekli gördüğü belgeleri getirtmekle yükümlüdür.

İş güvencesi kurumunun hukukumuzda girmesiyle birlikte işverenlere ispat konusunda bazı yükümlülükler getirilmiştir. Öncelikle fesih yazılı olmalı ve fesih gerekçesi belirtilmelidir. Davranışı veya verimsizliği nedeniyle işten çıkarılacak olan işçinin savunması mutlaka alınacaktır. Ayrıca bu davada ispat yükü de işverendedir. İşveren işçinin haksız işten çıkartılmadığını veya geçerli neden olduğunu ispat etmek zorundadır.

İş davalarında hızlı bir yargılama için sigorta veya alacak davası açıldığında şu belgeler getirtilmelidir: İşçinin sigorta dosyası, işverendeki işçinin özlük dosyası, ücret bordroları, fazla mesai bordroları, çizelgeler varsa toplu iş sözleşmesi, varsa Hizmet iş sözleşmesi, işyerinin SGK ve Çalışma Bakanlığı'ndaki kayıtları, işyerinde yapılan müfettiş denetimleri ile ilgili belgeler, SGK dönem bordroları ve emsal ve ilgili mahkeme dosyaları. Ayrıca dava sırasında tanıklar dinlenir, bilirkişi incelemesi yapılır, gerektiğinde keşif yapılır ve mahkeme gerek gördüğünde başkaca delillerin celbine de karar verebilir¹⁴⁶.

2.7.1. İş Yargılamasında Kullanılan Belgelerin Özellikleri

İş yargılaması içinde bordrolar, yıllık izin defteri, özlük dosyası, sigortalıya ait SGK sicil dosyası, ödeme makbuzları, ibranameler, tanık beyanları, müfettiş tutanakları, puantaj kayıtları, işyeri sicil dosyası, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri büyük öneme sahiptir. Bunlar iş yargısının temel kayıtlarıdır. Bu belgelere kısa olarak aşağıda değineceğiz.

Özlük dosyası, iş yargılamalarının genellikle çoğunda celbi gereken önemli belgelerdendir. Özlük dosyası içinde bulunan beyan, dilekçe ve belgeler doğru

¹⁴⁶ H. Argun Bozkurt, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, 2010/2, s.200-201.

değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, sigortalıya ait SGK sicil dosyası ve içeriği, işe giriş bildireleri, SGK hizmet cetveli, sigortalının SGK' ya yaptığı başvurular, sigortalının giriş ve çıkışlarını gösterir kayıtlar ve prime esas kazanç bilgileri hesaplama verileridir¹⁴⁷.

Özlük dosyaları içinde yer alan, uyarı, ceza ve savunmalar kimi zaman iş sözleşmenin haklı nedenle fesih ediliş edilişmediği yönünde ışık tutar. İş sözleşmesinin feshine ilişkin tutanaklar, yapılan fesih bildirimi, işçinin iş güvenliği önlemleri konusunda eğitiliş eğitilmediğine dair kayıt ve tebellüğ tutanakları da özlük dosyası içinde yer alması gereken belgelerdendir¹⁴⁸.

İş kazasına uğrayan bir işçinin, kusur durumu tayin edilirken işçiye eğitim veriliş verilmediği, iş güvenliği malzemelerinin veriliş verilmediği hep özlük dosyası içindeki belgelerden anlaşılacaktır. Bu hususta bilirkişinin, işçinin imzasını araması gereklidir. İşçiye tebliğ edilmeyen, işçinin imzasını taşımayan belgeler ise şüphe ile karşılanmalıdır¹⁴⁹.

Kamu düzeninden sayılan hizmet tespiti davaları, yaşlılık aylığı davaları ve benzeri sosyal güvenlik kurumuna karşı açılacak davalarda SSK sicil dosyası içindeki belgelerdeki imza inkar edilmiyorsa ve imza araştırma sonucunda da sigortalıya ait çıkmış ise, bu takdirde SSK belgelerinin aksi ancak yazılı belge ile ispat edilebilir. Bu anlamda tanık beyanları, belgeler karşısında ihtiyatla karşılanmalıdır¹⁵⁰.

Aynı şekilde kamu düzeninden sayılan ve re'sen araştırma yönteminin geçerli olduğu bu tür davalarda, ücret bordrolarındaki imzalar da işçiye bağlamaktadır. Bordrolardaki imzalar işçiye ait ise bordroda yazılı ücretin üzerinde çalışma vakıası yine eşdeğer delil olan yazılı imzalı belge ile kanıtlanabilir¹⁵¹.

Ticari defterler, iş yargısı içinde büyük önem taşımazlar. İşvereni bağlayan ancak işçiye karşı delil niteliği taşımayan ticari defter kayıtları ile işçi aleyhine kullanılamaz. Ticari defterlerdeki ödeme kayıtları, işçinin imzasıyla ikrar ettiği belge veya makbuzlara

¹⁴⁷ H. Argun Bozkurt, "İş Mahkemelerinde Bilirkişilik", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, 2009/4, s.120.

¹⁴⁸ H. Argun Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2011, s.486.

¹⁴⁹ Bozkurt, **Bilirkişilik**, s.120.

¹⁵⁰ Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s.487.

¹⁵¹ Bozkurt, **Bilirkişilik**, s.120.

dayalı değil ise, tacirin defterlerindeki ödeme kaydı işçi yönünden bağlayıcı değildir. İşçi ile işveren arasında yapılan delil sözleşmelerinin de işçiye bağlamaması gerekir. İşçi ile işveren arasında yapılan bu tip anlaşmalar, işçinin müzayaka altında imzalamak zorunda kaldığı belgeler olarak değerlendirilmelidir.

Bordrolardaki imzalar işçinin bordroda yazılı parayı aldığını ortaya koyar. Bordrolarda tahakkuk ettirilmeyen hafta tatili, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil alacakları tanık dahil her tür delil ile ispatlanabilir. Yargıtay içtihatları, işveren kayıtlarının aksini iddia eden işçinin bunu ispat etmesini şart koşmaktadır¹⁵². Bu konuda ilerde daha ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, Yargıtay'ın ispat yüküne ilişkin işçilerin lehine tanımış olduğu bazı ispat kolaylıkları bulunmaktadır. Burada ihtirazi kayıt konmamış bordrolar açısından şunu ifade etmeliyiz ki; işçinin dinleteceği tanıklarla, belirtilen alacak kalemleri bordroda ödeme şeklinde yer almıyorsa, işçi bu hakkını ispat etmiş sayılacaktır. Ancak Yargıtay'ın bordroda tahakkuk ettirilip ödenen işçilik alacaklarının bulunması durumunda, işçinin, bordrodaki bu kaydın aksini tanık beyanlarıyla çürütemeyeceğine ve özellikle daha fazla hafta tatili, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil alacakları olduğunu iddia ediyorsa bunu eşdeğer belge ile kanıtlayabileceğine ilişkin pek çok kararına da rastlamak mümkündür.

Puantaj kayıtları da iş yargılamasında, bordroları ve diğer ödeme belgelerini destekleyen deliller arasında yer alır. Fazla mesai, hafta tatili alacağı ya da ulusal bayram ve genel tatil alacakları hesaplanırken puantaj tutulmuş ise bu kayıtlar çalışma günlerini ve saatlerini ortaya koyar. Hesap bilirkişisi raporunu bu belgelere dayandırmak, tanık beyanları, iddia ve savunma ile bordroları birlikte değerlendirerek hesaba ulaşmak zorundadır. Ancak bu alanda fazla ödemeye hak kazanılıp kazanılmamasının ispatı için ya da bir diğer deyişle işçinin fazla mesai ve/veya hafta tatili zamlı ücretine hak kazandığını kanıtlayabilmesi için mutlaka puantaj kayıtları, devam çizelgelerini aramaya da gerek yoktur. Puantaj kayıtları tutulmamış, böyle bir belge olmaması, işçinin fazla çalışma veya zamlı ücret alacağı olmadığı anlamına gelmez. Diğer deliller de kanıt açısından elverişlidir¹⁵³.

¹⁵² Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s.487.

¹⁵³ Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s.487.

Tanık beyanları iş yargılamasında özellikle işçinin kullandığı en önemli deliller arasında yer almaktadır. Bilirkişiler aracılığıyla çoğu zaman tanık beyanlarına bakılarak işçinin alacak kalemleri hesaplanmaktadır. Tanıkların beyanının haftada 45 saat üzerinde bir çalışmayı işaret etmesi halinde fazla mesai alacağı hesaplanmaktadır. Yine, ücretin tutarından işe giriş tarihine kadar pek çok önemli hususta tanık beyanları belirleyici olmaktadır. Dava açan davacının hafta tatili kullanmadığı, hafta tatillerinde çalışma olduğu gibi durumların tespiti genellikle tanık beyanları ile ortaya konmaktadır. Bu yüzden tanık beyanları işçi açısından en çok müracaat edilen deliller arasında yer alırken, işveren açısından uygulamada tanık beyanlarına aynı şekilde değer verildiğini söylemek mümkün değildir. İşveren daha çok kanunun tutmasını emrettiği belge ve kayıtlar ile hak ve hukukunu savunabilir. İşveren tanık beyanları ile işçisine yıllık izin kullandığını, fazla mesai dahil her tür ödemesini tam yaptığını ispat edemez. İşveren bordro, hesap pusulası, yıllık izin defteri gibi kanuni belgelerle ödeme, kullandırma, verme gibi karşı edimlerini ispat edebilir¹⁵⁴.

Müfettiş tutanaklarının da delil değeri açısından iş yargısı içinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklar aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan güçlü delil kapsamında değerlendirilmektedir. Çıkan uyuşmazlık sırasında yapılmış bir iş ya da sigorta müfettişi tahkikatı varsa bu kayıtlar dikkatle incelenmeli, gereken önem verilmelidir. Gerek 5510 sayılı Kanunun 59. Maddesi, gerekse 4857 sayılı İş Kanununun 92. maddesi ve HUMK 295/1 maddeleri yetkili memurların tuttukları kayıtların ve tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduklarını belirtmektedir. Müfettiş tutanaklarının aksi ancak güçlü delillerle çürütülebilir. Örneğin, müfettiş raporlarını soyut tanık beyanlarıyla çürütmek mümkün değildir. Aynı şekilde, davacı işçinin müfettişe verdiği beyanlar açtığı davada kendisini bağlayacaktır¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s.489-490.

¹⁵⁵ Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s. 490.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İŞ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA İSPAT SORUNLARI

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar üç kategori halinde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar iş sözleşmesinin kurulması, iş sözleşmesinin ifası ve iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklardır.

3.1. İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin kurulması aşamasında bazı uyuşmazlıklar çıkabilir. İncelemeye çalıştığımız konu kapsamında, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin ispat sorunları açısından karşımıza iş sözleşmesinin varlığının ispatı, sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının ispatı, iş sözleşmesinin başlangıç zamanının ispatı ve iş sözleşmesinin türlerinin ispatı konuları çıkmaktadır. İş sözleşmesinin yapılması sırasında ispat noktasında çıkan bu uyuşmazlıkları başlıklar halinde ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

3.1.1. İş Sözleşmesinin Varlığının İspatı ve İspat Yükü

2011 yılında kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁵⁶ 393. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. 4857 sayılı İş Kanunu 8. maddesinde ise iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷.

¹⁵⁶ RG, 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵⁷ Tanımlarda dikkat çeken nokta, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun “İş Sözleşmesi” terimini tercih etmesine karşın, 2011 yılında kabul edilen 6098 sayılı TBK’da “Hizmet Sözleşmesi” teriminin tercih edilmiş olmasıdır. Bu husus doktrin tarafından da eleştirilerek Türk Borçlar Kanunu Tasarısı

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin yapılması taraflar arasında bir iş ilişkisinin varlığını zorunlu kılmaktadır. İş sözleşmesinin kurulmasının amacı da bu iş ilişkisinin düzenlenmesi ve bu ilişkisinin hüküm ve sonuçlarını belirli hale getirilmesidir¹⁵⁸. Özellikle burada iş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramlarının üzerinde durulması, sözleşmenin varlığının ne şekilde ispat edileceği konusunda büyük öneme sahiptir.

4857 sayılı İş Kanunu iş sözleşmesi kavramından önce, bu sözleşmeye taraf olan kişilerin aralarındaki iş ilişkisine değinmiş ve iş ilişkisini şu şekilde tanımlamıştır: “...işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir” (İş K. m.2/I). Maddenin gerekçesinde de işçi ile işveren arasında hukuki bağı ifade eden “iş sözleşmesi” ve/veya “iş ilişkisi” kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı belirtilmiştir¹⁵⁹. Her ne kadar madde gerekçesinde iş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramlarının özdeş olduğu ifade edilmiş olsa bile, kural olarak işçi ile işveren arasındaki hukuki bağı kaynağı kabul edilen iş sözleşmesinin iş ilişkisinden ayrı olarak incelenmesinin hem teorik hem de pratik anlamda konumuz açısından büyük önemi ve yararı vardır¹⁶⁰.

İş ilişkisi, işçi veya işvereni birbirine karşı eda ile yükümlü tutan hukuki bağ¹⁶¹ olarak tanımlanabileceği gibi işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki olarak da tanımlanmaktadır¹⁶². İş sözleşmesi ile iş ilişkisi kavramları arasındaki farka hukukumuzda ayrıntılı bir şekilde değinilmemiştir. Alman Hukukunda ayrıntılı olarak incelenen iş ilişkisi kavramı çok farklı biçimlerde ele alınıp incelenmiştir¹⁶³. İş sözleşmesi

döneminde “Hizmet Sözleşmesi” yerine “İş Sözleşmesi” teriminin kullanılması terim birliğini sağlamak açısından önerilmiştir (Serkan Ayan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.54, S.4, 2005, s.432).

¹⁵⁸ Gülümden Ürcan, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat” **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s.781.

¹⁵⁹ Avrupa Birliği müktesebatında işçi ve işveren arasındaki hukuki bağı açıklamak üzere “iş sözleşmesi” ve/veya “iş ilişkisi” deyimleri kullanılmaktadır. Birlik hukuk kaynaklarında, söz gelimi yönergelerinin başlıklarında dahi (örneğin 91/533, 91/383, 99/70 sayılı Yönergeler) birlikte görülen “iş sözleşmesi” ve “iş ilişkisi” deyimleri özdeş olup, iş ilişkisi deyimini iş sözleşmesi dışında başka aktitleri de içeren ve hedef alan bir ilişkiyi, dolayısıyla işçi kavramının genişletilmiş biçimi olduğunu belirtmemektedir. Tasarıda da Avrupa Birliği müktesebatına uygun şekilde, işçi ile işveren niteliğinin kazanılmasında iş sözleşmesine göre çalışmanın varlığına bakılacağı vurgulanmış, ayrıca kurulan hukuki bağı “iş ilişkisi” olarak isimlendirileceği de birinci fıkrasında düzenlenmiştir. (Mehmet Uçum ve Ramazan Çakmakçı, **İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s.27).

¹⁶⁰ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.70.

¹⁶¹ Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s.141.

¹⁶² Çelik, bu tanımlardan yola çıkarak iş sözleşmesini, iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işverenin hizmetine girme yükümünü yükleyen bir anlaşma olarak nitelendirmektedir (Çelik, **a.g.e.**, s.70).

¹⁶³ Ali Güzel, **İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987, s.117 vd.; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2007, s.53; Çelik, **a.g.e.**, s.70.

ile iş ilişkisinin açıklanmasına dair doktrinde iki teori kabul edilmektedir. Bunlardan sözleşme teorisine göre, hukuki bir ilişki olan iş ilişkisinin kurulabilmesi için iş sözleşmesinin yapılması gerekli ve yeterlidir. Katılma teorisine göre ise sözleşmenin yapılması yeterli olmayıp işçinin işyerinde fiilen işe başlaması gerekir¹⁶⁴. Ancak özellikle Alman hukukunda görülen bu ayrımın, iş hukukunda meydana gelen uyuşmazlığın niteliğine göre, bu teorilerden olaya uygun olanın tercih edilmesinin daha doğru olacağı ileri sürülmüştür¹⁶⁵.

İş Hukuku açısından konuya baktığımızda, iş ilişkisinin iş sözleşmesinin yapılıp yürürlüğe girmesiyle başlayacağı kabul edilmektedir. Buna karşın İş Kanununa baktığımızda bazı sürelerin işlemlerini işçinin fiilen işe başlamış olmasına bağladığını görmekteyiz¹⁶⁶. Örneğin, işçinin kıdem tazminatındaki kıdem süresinin işçinin işe başladığı tarihten itibaren hesaplanacağı kanunda açıkça belirtilmiştir (1475 sayılı İş K. m.14/I). Aynı şekilde yıllık ücretli izin hakkının elde edilmesinde de gerekli olan bir yıllık sürenin işçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren hesaplanacağı hükme bağlanmıştır (İş K. m.53/I). Bu örneklerle baktığımız zaman İş Kanunu katılma teorisini destekler nitelikte düzenlemelere de yer vermiştir. Yargıtay kararlarında da işçilik haklarının hesabında işçinin fiilen işe başladığı günün esas alınacağı kabul edilmektedir¹⁶⁷. Bu konuda çözüm yolu olarak işçinin sözleşmede kararlaştırılan günde işe başlamamasının işçinin kendi kusur ve iradesiyle gerçekleşmesi durumunda, çalıştığı sürelerin hesabında fiilen işe başlama gününün, kusuru olmadığı veya işverenin işçiye işyeri ile ilgili bir nedenle sözleşmede kararlaştırılan günde iş vermekten kaçındığı durumlarda ise sözleşmede kararlaştırılan günün esas alınması kabul edilmektedir¹⁶⁸.

Katılma teorisinin en önemli tarafı, iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz veya hükümsüz sayılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu teoriye göre, iş ilişkisi, iş sözleşmesine bağlı olarak yapılmadığından, sözleşme geçersiz bile olsa, iş ilişkisi

¹⁶⁴ Çelik, **a.g.e.**, s.70-71; Esener, **a.g.e.**, s.141-142; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.53; Ürcan, **a.g.m.**, s.781.

¹⁶⁵ Çelik, **a.g.e.**, s.71.

¹⁶⁶ Çelik, **a.g.e.**, s.71; Esener, **a.g.e.**, s.144.

¹⁶⁷ "...Taraflar arasında yapılan sözleşme 19.8.1979 tarihini taşımakta ise de davacının fiilen işe başlama tarihi 1.10.1979'dur. Nitekim kıdem tazminatı hesabından 1.10.1979 tarihi başlangıç olarak alınmıştır. Şu durumda diğer işçilik haklarının hesabında da 1.10.1979 tarihi başlangıç olarak alınması gerekir. Daha önceki sözleşme tarihin başlangıç alınması yanlıştır." Y. 9.HD, 5.2.1988, E.1987/11973, K.1988/743, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (26.02.2011).

¹⁶⁸ Çelik, **a.g.e.**, s.71.

nedeniyle geçerli bir sözleşme gibi hükümsüzlük ileriye etkili olarak hukuki sonuçlarını doğuracaktır¹⁶⁹.

İş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarının talep edilebilmesi için ilk önce ortada bir iş sözleşmesinin olması şarttır. İş sözleşmesinin varlığını iddia eden tarafın daima işçilik alacaklarını talep eden işçi olacağı doğal olarak kabul edilmektedir. Ancak iş sözleşmesinin varlığı konusunda uyuşmazlık iki noktadan kaynaklanabilir. İlk olarak işçi ile işveren arasında bir sözleşmenin mevcudiyeti noktasında bir uyuşmazlık söz konusu olabilir. İkinci olarak ise uyuşmazlık bir sözleşmenin mevcudiyeti noktasında değil de bu sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı noktasında çıkabilir¹⁷⁰.

Yargılamada bir sözleşmeye dayanılarak ileri sürülen bütün talep ve savunmalarda, ilk başta o sözleşmenin varlığının ispat edilmesi gerekir. Eğer bu ispat gerçekleştirilemezse, istenilen talebe hükmedilemez ve savunma da dikkate alınamaz¹⁷¹. Aynı şekilde işçilik alacakları ile ilgili taleplere hükmedilebilmesi için her şeyden önce taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığı ispat edilmelidir. İş sözleşmesinin varlığı konusunda ispat yükü davacıdadır¹⁷². Yargıtay’a göre de, iş sözleşmesinin varlığını ispat yükü işçinin üzerindedir. Buna göre, “...*Hizmet akdinden doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin varlığı ispat işçiye; ücretin ödenmiş bulunduğunu ispat ise, işverene düşer*”¹⁷³.

¹⁶⁹ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s.82; Ürcan, **a.g.m.** s.782; Çelik, **a.g.e.**, s.71-72. Ayrıca bu konuda Y. İBK 18.6.1958 tarih ve E.20, K.9 sayılı kararında bu konuya ilişkin olarak “...İş Kanunlarının ...kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belli işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (VeleVKi hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçiliğin sağladığı hak ve salâhiyetlerden... istifade etmesini İş Kanunu...kabul ediliş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lâzım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi bâtil olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur.” (RG No: 10020, RG Tarih:30.09.1958)

¹⁷⁰ Erdem Özdemir, “Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları” **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 98 (Seminer).

¹⁷¹ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.106.

¹⁷² Ürcan, **a.g.m.**, s.783, Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.107.

¹⁷³ Y. 9.HD, 25.5.1967, E.1967/5024, K.1967/4546, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (27.02.2011).

3.1.1.1. İspat Araçları

İş sözleşmesinin varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını öncelikle yazılı delillerle ispat edebilir. Nitekim işçi ve işverenin imzasını taşıyan yazılı bir sözleşme güçlü delil olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴. Ancak, 4857 sayılı İş K. m.8/I'e baktığımızda, aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin yazılı biçimde düzenlenme zorunluluğu olmadığından bahsetmektedir. Kural olarak iş sözleşmesi için kanunda öngörülmüş bir şekil şartı yoktur ve şekil serbestisi ilkesi iş sözleşmesi açısından da geçerlidir¹⁷⁵. Aynı şekilde İş K. m.9/I'de "Taraflar iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler." şeklinde belirtilmiş olan hükümle iş sözleşmelerinin özel bir şekle tabi olmadığını vurgulamıştır. 4857 sayılı İş Kanununda yazılı şekilde yapılması zorunlu olan sözleşmelerin belirli süreli sözleşmeler ile süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeler olduğunu görmekteyiz¹⁷⁶.

Yazılı bir iş sözleşmesinin yapılmaması uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Bu durumda iş sözleşmesinin varlığının ispatının ne şekilde yapılacağı tartışma konusudur. Doktrinde bu konuda farklı görüşler karşımıza çıkmaktadır. *Kuru* tarafından savunulan görüşe göre; "hizmet vakiasının ispatı, aynı zamanda hizmet sözleşmesinin de ispatı demek olduğundan, hukuki işlem olduğu şüphesiz bulunan iş sözleşmesinin de HUMK m.288'e göre senetle ispat edilmesi gerekir. Aksi halde her hukuki işlem bir vakıaya dayanacağından, vakianın tanıkla ispatlanması bahanesi ile HUMK m.288'deki ana kural işlemez hale getirilebilir"¹⁷⁷. Aynı görüşü paylaşan *Ürcan*'a göre, bir işçinin işvereni yazılı iş sözleşmesi yapmaya zorlaması pek mümkün olmamakla birlikte, kanun koyucu, işçinin iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını kesin delillerden sayılan senetle ispat etmesine yarayacak çeşitli kanuni düzenlemelere de yer vermiştir. Nitekim İş Kanunlarında bu tür hükümlerin bulunması usulün senetle ispat zorunluluğunun iş

¹⁷⁴ Özdemir, *Seminer*, s.98.

¹⁷⁵ Tankut Centel, *İş Hukuku, Cilt-I, Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., 1992, s.110; Faruk Andaç, *İş Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.66; Tunçomağ ve Centel, *a.g.e.*, s.81; Bekir Uzun, *Yeni İş Yasası Semineri*, İstanbul: İTO Yayını, 2004, s.38; Gülsevil Alpogut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, İstanbul: TÜHİS, 1998, s.18; Ahmet Sevimli, "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", *Çimento İşveren Dergisi*, C.17, S.2, Mayıs, 2004, s.14;

¹⁷⁶ Centel, *Bireysel İş Hukuku*, s.111.

¹⁷⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt-II, 5. Baskı, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1991, s.2233-2235; Bu kural HMK m.200'de şöyle ifadesini bulmaktadır: "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*"

sözleşmesinin ispatı bakımından da geçerli olacağından hareketle işçiyi koruyucu bir yaklaşımın göstergesidir. İspat kurallarında iş sözleşmesi için herhangi bir istisna tanınmadığına göre ve Yargıtay'ın gerek iş sözleşmesinin gerekse vedia, kira, eser sözleşmesi gibi diğer sözleşmelerin varlığını kanuna uygun şekilde, kesin delille ispat kuralı çerçevesinde ele alan içtihatlarının beraberce değerlendirilmesinden, iş sözleşmesinin de senetle (kesin delille) ispat kuralına tabi olduğu sonucuna ulaşmak gereklidir¹⁷⁸.

Bizim de katılmış olduğumuz *Özdemir*'in görüşüne göre, iş sözleşmesinin ispatının ancak senet delili ile ispatlanabileceğini savunan görüşler, iş sözleşmesi açısından çok önemli olan iki hususu göz ardı ettiği için yanlış bir sonuca ulaşmaktadır. Öncelikle iş sözleşmesi tarafları eşit konumda olmadıkları gibi, özel hukuk alanında bir tarafın diğer tarafa üstünlüğünün en bariz şekilde ortaya çıktığı sözleşme, iş sözleşmesidir. Dolayısıyla, işverene karşı bağımlı durumda olan işçinin, işverenden yazılı bir belge düzenlemesi konusunda baskı yapabilmesi mümkün değildir. İkinci olarak göz ardı edilen husus ise, iş sözleşmesinin ifasının zamana yayılan bir sözleşme olması ve işçinin iş görme borcunun eylemsel olarak gerçekleştirilmesi hususudur. Buna göre, çoğu zaman bir iş sözleşmesinin varlığını iddia edecek olan işçinin hâkimi inandıracağı şey, sadece çalışma vakasından ibaret olacaktır¹⁷⁹.

Yargıtay, hizmet tespit davalarında, işçinin hizmet varlığını, kural olarak tanık delili dahil her türlü delille ispatlayabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, sadece işe giriş bildirgesi ve imzalı ücret bordrolarını, hizmetin kesintiye uğradığının bir karinesi olarak nitelendirmekte ve ancak bu durumda işçiden eşdeğer bir belge ile iddiasını ispatlamasını istemektedir¹⁸⁰. Özellikle Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, hizmet tespit

¹⁷⁸ Ürcan, **a.g.m.** s.783-785.

¹⁷⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.69-70; Ayrıca, *Özdemir*, iş sözleşmesinin varlığının kesin delillerle ispat edileceği görüşünü ileri süren *Ürcan*'ın hizmet tespitine ilişkin atıf yaptığı Yargıtay kararlarının da yazarın görüşlerine dayanak olabilecek nitelikte olmayıp tartışmaya açık kararlar olduğunu ve yazarca isabetsiz biçimde değerlendirildiğini söylemektedir (Özdemir, **a.g.e.**, s.70-71).

¹⁸⁰ Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararda da şöyle belirtmiştir: "...Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde, bu tür hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkin olup, kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Gerektiğinde mahkemece soruşturma genişletilerek yeterli delillerin toplanması gerekir. Kimi ayrık durumlar dışında; resmi belge veya yazılı delillerin bulunması, sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olurlar. Ne var ki, bu tür kanıtların bulunmaması, salt, bu nedene dayalı istemin reddine neden olmaz. Somut bilgilere dayanması, inandırıcı olmaları koşuluyla, Kuruma bildirilen dönem bordroları, tanıkları veya iş ilişkisini bilen veya bilmesi gereken işverenler tarafından Kuruma bildirilen komşu işyerleri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen kimi diğer kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür..." 21.HD,

davalarında, 1987 yılından beri sürdürdüğü içtihatlarında, işverene ve SSK'ya bildirilen kayıtlara tanındığı üstünlük nedeniyle fiili karineleri tanık beyanları aleyhine yorumlamaktadır¹⁸¹.

İş sözleşmesinin senetle ispat kuralına tabi olması gerektiğini söyleyen görüşlerin, iş yargılamasında uygulanabilir olması, ülkemiz gerçekleri açısından dikkate alındığında da mümkün gözükmemektedir. Çünkü kaçak işçi sayısının milyonları bulduğu ülkemizde, bu işçileri istihdam eden işverenler, kendi aleyhlerine delil olabilecek her türlü yazılı belgeyi de düzenlemekten kaçınacaklardır. Yani, kaçak bir işçi için bordro, ücret pusulası veya yazılı delil niteliğinde sayılabilecek herhangi bir belgeyi elde etmesi imkansızdır¹⁸². Bu yüzden iş sözleşmesinin senetle ispat edilmesini ileri sürmek hem fiilen ispatı çok zor olduğu gibi hem de hukuken adaletsiz sonuçlara sebebiyet verecektir.

İş sözleşmesinin uygulamada yazılı olarak yapılması yaygın bir durum değildir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin ispatı açısından senetle ispat kuralının istisnasını düzenleyen HMK m.203/I fıkrasında belirtilen “*İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler*”¹⁸³ olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır¹⁸⁴.

İş sözleşmesinin varlığının ispatının yazılı delil koşuluna bağlanmadığı, mukayeseli hukukta da kabul edilmektedir. Fransız Hukukunda, 800 Euro'dan fazla olan işlemlerin senetle ispatlanması genel usul kuralıdır. Bu yüzden iş sözleşmesinin de senetle ispatlanması gerekmektedir. Ancak senetle ispat kuralına uyulmaması durumunda, Fransız

13.3.2008, E.2007/6213, K.2008/4090; 21.HD, 28.10.2008, E.2007/23321, K.2008/16717; 21.HD, 27.6.2007, E.2007/10336, K.2007/10411; 21.HD, 14.6.2007, E.2006/13689, K.2007/9068; 21.HD, 1.6.2006, E.2006/3518, K.2006/5644; 21.HD, 5.7.2005, E.2005/3030, K.2005/7161; 21.HD, 7.4.2003, E.2003/2200, K.2003/3011, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁸¹ Bozkurt, **a.g.e.**, s.330; “...Gerçekten davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgesine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kurum 'a kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan, işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili 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 bu doğrultudadır. Yapılacak iş, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak bildirge ve bordrolardan davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolarda geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de işyerinin bordrolarında kayıtlı ve tespiti konu sürede her ay itibarıyla çalışması bulunan tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir...” Y. 10.HD, 10.9.1996, E.1996/6811, K.1996/6606, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁸² Özdemir, **a.g.e.** s.71-72.

¹⁸³ HUMK m.293/IV' de bu durum; “*Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler*” şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁸⁴ Özdemir, **Seminer**, s. 99-100. Keser, **a.g.m.** s.674-675; Sevimli, **Yazılı Şekil Şartı**, s.16-17.

Hukukunda bu kural işçi ve işverene göre farklı şekillerde değerlendirilmektedir. İş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması durumunda, sözleşmenin varlığını iddia eden işveren için genel kurallar geçerli olacak ve işveren sözleşmenin varlığını yazılı delillerle ispat edecektir. İşçi açısından ise durum farklı olarak değerlendirilmekte ve işçi iş sözleşmesinin varlığını iddia ettiğinde bunu her türlü delille ispat edebilecektir¹⁸⁵.

Sonuç olarak, iş sözleşmesinin varlığının ispatının, hukukumuz açısından yukarıda da belirttiğimiz sebepler doğrultusunda senetle ispat kuralına bağlanması uygun değildir. İş sözleşmesinin varlığının tanık delili dahil her türlü delille ispatı mümkün olabilmelidir. Özellikle tanık beyanlarında işçinin fiili çalışma olgusunun ortaya konduğu durumlarda, iş sözleşmesinin varlığının ispat edildiği kabul edilmelidir¹⁸⁶. Aynı şekilde tanık beyanları dışında hakimde kanaat oluşturabilecek diğer deliller de tanık beyanları ile birlikte yorumlanıp iş sözleşmesinin varlığının ispatında kullanılabilir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, resmi makamlar tarafından verilmiş olan kimlik kartının, iş sözleşmesinin varlığı konusunda delil olduğunu kabul ederek davacı personelin iş sözleşmesi ile çalıştığı sonucuna varmıştır¹⁸⁷.

3.1.2. Sözleşmenin İş Sözleşmesi Olup Olmadığının İspatı ve İspat Yükü

Uyuşmazlık bir sözleşmenin mevcudiyeti noktasında değil de, bu sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı noktasında çıkması halinde, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümünde ispat yükünün belirlenmesi de farklı şekilde olmaktadır¹⁸⁸. Uyuşmazlık sözleşmenin varlığı noktasında olmayıp sözleşmenin nitelendirilmesinden kaynaklanıyorsa, ispat yükü, daima o sözleşmeden hak çıkarmaya çalışan tarafın üzerindedir¹⁸⁹. Örneğin taraflar arasında bir ödünç sözleşmesi olup olmadığı konusunda ispat yükü, bu istem ve savunmayı öne süren taraftadır. Çünkü sözleşmenin bu niteliği

¹⁸⁵ Özdemir, **Seminer**, s.100.

¹⁸⁶ Y. 9.HD, 24.4.2001, E.2004/1330, K.2004/6710, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁸⁷ Y. 9.HD, 17.2.1999, E.1999/1103, K.2004/2620, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁸⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s. 90.

¹⁸⁹ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.282.

saptanmadıkça, istem ve savunma temeli belirsiz kalacak ve sonuçta bu istem ve savunma reddedilecektir¹⁹⁰.

İş sözleşmesinde uyumsuzluk, sözleşmenin nitelendirilmesinden kaynaklanırsa *Özdemir*'in belirttiği üzere Fransız Hukuku'nda kabul edilen görüşlerin hukukumuz açısından da uygulanması yerinde olacaktır. Buna göre, uyumsuzluk hukuki işlemin vasıflandırılması noktasında yoğunlaştığından ispat yükünün tam anlamıyla taraflara düştüğünden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, böyle bir durumda kabul edilen görüş, belirli olguların var olduğunun ortaya konulması ve hukuki işlem ve fiillerin yorumlanması olacaktır. Ancak ispatsızlığın riski işçi veya işverenin üzerine düşmeyecektir¹⁹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre hakim, irade beyanını yorumlarken tarafların kullandığı sözcüklere bağlı kalmaksızın güven prensibi ve mevcut koşullara göre, iyiniyetli dürüst bir insanın vereceği anlama göre sözleşmenin bütününe dikkate alarak çözecektir¹⁹².

İş sözleşmesinin dışında, taraflar arasında imzalanan başka bir sözleşme mahkemeye delil olarak sunulsa bile, hakim bu ilişkinin gerçekte iş sözleşmesi olup olmadığını araştırmalıdır¹⁹³. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu yönde vermiş olduğu bir kararında, davacının önce site inşaatı sırasında müteahhit tarafından işe alındığını daha sonra inşaat bittiğinde tanık beyanlarını dikkate alarak davacının fiilen kapıcılık görevini ifa ettiğini kabul ederek site yönetimi ile kapıcı arasında örtülü bir iş

¹⁹⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.90; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.282. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda bu hususu şöyle belirtmiştir: "...Davalı savunmasında gerekçeli inkarda bulunmuştur...Bu gerekçeli inkar karşısında davacının davada ileri sürdüğü taraflar arasındaki alım satım sözleşmesini ispat yükü davacıya düşer. Çünkü davalı savunmasında davacı ile aralarında bir alım satım sözleşmesi bulunduğu ilkesini benimsemiş değildir. O halde, davacıdan Usulün 288. maddesi hükmünce kanuni delil istenmek, gösterilmemesi halinde and yöneltmeye hakkı bulunduğu esası benimsenerek sonucuna göre karar vermek gerektir...Çünkü davalı ispat yükünü üzerine almış değildir. Buna rağmen onun gösterdiği ve usulce dinlenmesi mümkün olmayan deliller ile yetinilerek karar verilemez. Davacının ileri sürdüğü olayları ispat konusunda az önce açıklanan ilkelere uygun delil aramak icap eder." Y. 4.HD, 9.3.1965, E. 964/3127, K. 1316, (**İBD**, 1965 Cildi Eki, s.14).

¹⁹¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.90.

¹⁹² Sefa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 2010, s.78-79.

¹⁹³ Özdemir, **Seminer**, s.102.

ilişkisinin olduğu sonucuna varmıştır¹⁹⁴. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davacının kiracı olarak çalıştığını kabul eden Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün tespitine rağmen, tanık ifadelerini dikkate alarak davacının fiilen işçi olarak iş sözleşmesi ile çalıştığına karar vermiştir¹⁹⁵. Aynı şekilde Yargıtay, "istisna akdi" başlıklı sözleşme ile çalışan kişinin ücret karşılığında işverene bağımlı olarak çalışması durumunda iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmesine hükmetmiştir¹⁹⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.10.2005 tarihli bir kararında ise, davalı tarafından davacının kendi işyerinde çalışmayıp hizmet akdi bulunmadığını iddia etmesi karşısında, Yüksek Mahkeme, işyeri şahsi dosyası, ücret bordrosu ve SSK sicil dosyasının celp edilerek hizmet akdinin tespitine karar vermiştir¹⁹⁷. Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında da, çalışma olgusunun varlığının şüpheye mahal vermeyecek şekilde kanıtlanabilmesi açısından, kurum kayıtlarına geçmiş komşu işyeri kayıtlarının belirlenip dinlenmesi ve davacının imzasının bulunması kuvvetle muhtemel fatura, irsaliye, tutanak, tebligat gibi belgelerin incelenmesi sonucuna ulaşmıştır¹⁹⁸.

Yargıtay'ın yukarıda örneklerini verdiğimiz içtihatlarını son derece yerinde bulmaktayız. Özellikle uyuşmazlık konusu sözleşmenin nitelendirilmesinde, mahkemenin tarafların isimlendirmeleri ile bağlı kalmayıp bütün delilleri dikkate alarak fiili duruma göre karar vermesi yerinde olacaktır.

¹⁹⁴ Y. 9.HD, 8.2.2001, E.2001/1338, K.2001/1978, Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2003, s.2.

¹⁹⁵ Y. HGK, 23.6.1999, E.1999/9-525, K.1999/535, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁹⁶ Y. 10.HD, 14.3.1995, E.1995/2008, K.1995/2571, Özdemir'in incelemiş olduğu bizim de katıldığımız bu karar incelemesinde şu sonuca ulaşmaktadır: "Yargıtay, davacı ile kurum arasındaki gerçek hukuki ilişkinin ortaya çıkarılmasını, belirlenmesini istemekte elbette haklıdır. Çünkü taraflar arasındaki sözleşme için her ne kadar "istisna akdi" denilse de gerçek durum bunu yansıtmıyorsa, örneğin ortada bir hizmet akdi varsa, yargı kararı olarak buna hükmedilmesi gerekir. Tarafların akit türü hakkında kendi nitelendirmelerinin yargı kararlarını bağlayıcılığı yoktur. Bir başka ifadeyle, unsurlarını taşımadığı halde sırf taraflar kabul ve beyan etmişlerdir diye bir sözleşmenin istisna veya hizmet akdi şeklinde nitelendirilmesi mahkemeyi bağlamaz. Nitekim bu konu, irade serbestisi kuralının çok daha geniş ve katı olarak uygulandığı İngiliz hukukunda dahi bu şekilde sonuca ulaştırılmaktadır." (Burhan Özdemir, Karar İncelemesi, **Çimento İşveren Dergisi**, C.12, S.3, Mayıs, 1998, s.16-22; Çelik, **a.g.e.**, s.76).

¹⁹⁷ Y. 9.HD, 17.10.2005, E.2005/30426, K.2005/33669, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

¹⁹⁸ Y. HGK, 27.1.2010, E.2009/578, K.2010/37, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

3.1.3. İş Sözleşmesinin Başlangıç Zamanının İspatı ve İspat Yükü

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar içinde iş mahkemelerinde en çok karşılaşılan durumlardan biri, iş sözleşmesinin yapıldığı ve yürürlüğe girdiği tarihin belirlenmesidir. Çünkü uygulamada işçilik alacaklarının başında gelen kıdem ve ihbar tazminatlarının belirlenmesinde işçinin işe giriş tarihi ile iş sözleşmesinin feshedildiği tarih dikkate alınmaktadır¹⁹⁹.

İşçinin hizmet süresinin belirlenmesi konusunda, ülkemizde işçilerin kayıt dışı çalıştırılmasının çok büyük boyutlara ulaşmasından dolayı mahkemeler tarafından dikkate alınacak resmi belgelerin de sorgulanmasına sebep olmaktadır. Ülkemizde kayıt dışı çalışma gerçeğini, özellikle işçinin kıdemini tespitine yönelik uyuşmazlıklarda göz önünde tutan mahkemeler, hangi delillere ne ölçüde değer vereceği konusunda çok gelişmiş içtihat birikimine sahiptir.

Bir sözleşmenin varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatlamak zorunda olduğu gibi aynı şekilde, iş sözleşmesinin başlangıç tarihi iddiası, bu sözleşmenin belirli zaman sürecinde olduğunu iddia etmek anlamına geldiğinden, talepte bulunan kimse tarafından ispat edilmelidir²⁰⁰. Yargıtay bu konuda iş sözleşmesinin başlangıç tarihinin ispat yükünün, kıdem süresinin tespitinde buna dayanarak talepte bulunan işçide olduğuna karar vermiştir²⁰¹.

3.1.3.1. İspat Araçları

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁰² 8. maddesinde, işveren sigortalı sayılan kişileri sigortalılık başlangıç tarihinden önce, işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmek yükümlüdür²⁰³. İşçinin hizmet süresinin belirlenmesi noktasında

¹⁹⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.94.

²⁰⁰ Kuru ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.106; Özdemir, **a.g.e.**, s.95.

²⁰¹ Yargıtay bir kararında bu konuda net bir şekilde “...İş Hukukunda çalışma süresinin ispat yükümlülüğü işçiye aittir” demektedir. Y. 9.HD, 16.10.1997, E.1997/13592, K.1997/17750, (Münir Ekonomi, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Emsal Kararları**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1999, s.91).

²⁰² RG, 16.06.2006, S.26200.

²⁰³ 5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değişik 8. maddesine göre; “İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Ancak işveren tarafından sigortalı işe giriş bildirgesi;
a) İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar için, en geç çalışmaya başlatıldığı gün,

mahkemeler tarafından dikkate alınan ispat araçları arasında resmi kayıtlar, SSK sicil kaydı dosyası, SSK hizmet cetveli ile işe giriş bildirgeleri yer almaktadır²⁰⁴. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, işe giriş tarihinin belirlenmesi açısından tanık anlatımlarının yeterli olmadığı, işyeri sicil dosyası, SSK hizmet cetveli ve diğer kayıtların getirtilerek işçinin işyerinde işe başlama tarihinin tespit edilmesi sonucuna varmıştır²⁰⁵.

Özellikle SSK belgeleri arasında yer alan işe giriş bildirgesi, işçinin işe giriş tarihini gösteren güçlü bir delil niteliğindedir. Çünkü işe giriş bildirgesi işçinin imzasını taşımaktadır²⁰⁶. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda işçinin imzasını taşıyan işe giriş bildirgesi dikkate alarak²⁰⁷ işe giriş bildirgesinde bulunan imzanın kendisine ait olmadığını iddia eden işçinin bunu ispat edememesi durumunda, bu belgenin kendisini bağlayacağını ve resmi kayıtlara itibar edeceği sonucuna varmıştır²⁰⁸.

İşe giriş bildirgesini işçinin işyerinde çalıştığının karinesi sayan Yargıtay, bunları imzalı bordrolarla birlikte değerlendirerek, işçi aleyhinde sayarak çalışmanın kesintili geçtiğini kabul etmektedir. Buna örnek olarak bir kararında, işçinin hizmet süresinin SSK kayıtlarında kesintili olarak görünmesi, ancak, işçinin sürekli olarak çalıştığını iddia etmesi durumunda, işe giriş bildirgesi ve imzalı bordrolar işyerindeki çalışmanın kesintili geçtiğinin karinesi olarak değerlendirilmekte ve bu belgelerin aksinin eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanıp tanık beyanlarıyla ispatlanamayacağı sonucuna varmıştır²⁰⁹.

b) Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayan sigortalılar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar,

c) Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde,

Kuruma verilmesi halinde, sigortalılık başlangıcından önce bildirilmiş sayılır (f.1).

Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez (f.2).”

²⁰⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s.96.

²⁰⁵ Y. 9.HD, 20.09.2004, E.2004/4564, K.2004/19436, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

²⁰⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.96.

²⁰⁷ Y. 9.HD, 20.10.1999, E.1999/13209, K.1999/16111, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

²⁰⁸ Y. 9.HD, 20.04.1999, E.1999/6603, K.1999/7562, Özdemir, **a.g.e.**, s.96-97.

²⁰⁹ Y. 10.HD, 10.09.1996, E.1996/6811, K.1996/6606, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (30.03.2011).

Her ne kadar işe giriş bildirgesi ve SSK kayıtları hizmet süresinin tespitinde güçlü delil olarak kabul edilse de, bu delilin aksinin ispatı da mümkündür. SSK kayıtlarını aksinin ispat yükü, genel ispat kuralları gereği, bu kayıtların gerçeği yansıtmadığını ileri süren ve çoğu zaman resmi kayıtlar dışında da çalışması olduğunu iddia eden işçi tarafında olacaktır²¹⁰.

Yargıtay hizmet süresinin tespitinde “bordro tanığı” olarak da nitelendirilen, davacı ile aynı dönemde birlikte çalışmış ve işyeri kayıtlarında gözüken işçilerin beyanlarını dikkate almaktadır²¹¹. Bunun dışında Yüksek Mahkeme komşu işyerlerinde çalışan işçilerin tanıklıklarına da itibar etmektedir. Ancak bu tanıkların işverenle arasında husumet olması gibi durumları dikkate alan mahkemenin, bu beyanlara itibar etmediğini ortaya koyan kararlarına da rastlamak mümkündür²¹². Yargıtay, özellikle tanık beyanlarını dikkate alırken bunların açıklık ve kesinlik taşımasını aramaktadır. Bu konuya ilişkin bir kararında *“tespiti istenilen süreler çok öncelere ilişkin bulunduğundan tanıkların bu sürelerle ilgili bilgileri bu güne değin eksiksiz olarak hafızalarında korumaları da hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmez.”* sonucuna varmıştır²¹³.

Hizmet süresinin tespitinde, SSK kayıtlarının işveren tarafından sunulan diğer delillerle çelişmesi durumunda, SSK kayıtlarının aksinin Yargıtay tarafından kabul edildiği görülmektedir. Örneğin SSK kayıtlarında gösterilen işe giriş bildirgesi ile bordrolarda belirtilen tarihler arasında bir farklılık olması durumunda, mahkeme işçinin bordrolarda mevcut olan tarihlerdeki çalışma olgusunu dikkate alarak karar vermektedir²¹⁴.

Hizmet tespitinin belirlenmesinde önemli bir nokta da, işverenin bu kayıtların tutulmasında gösterdiği özendir. Kayıtların işveren tarafından düzgün bir şekilde tutulması halinde, bu durum uyumsuzluklarda işverenin savunmasını güçlendiren bir olgu olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karara göre *“...işe giriş bildirgesi 16.12.1987 tarihinde verildiği gibi, bu tarihten önce çalıştırılan işçilere ait işverence*

²¹⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.99.

²¹¹ Y. 10.HD, 23.02.1999, E.1999/1270, K.1999/1293, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (31.03.2011).

²¹² Y. 9.HD, 19.03.2002, E.2001/18841, K.2002/4416, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (31.03.2011).

²¹³ Y. HGK, 29.06.2005, E.2005/21-409, K.2005/413, İstanbul Barosu Bilgi Bankası www.hukuturk.com.tr , (31.03.2011).

²¹⁴ Y. 9.HD, 23.03.1999, E.1999/1214, K.1999/5831, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (31.03.2011).

*verilen ve gayet intizamlı ve düzgün bir şekilde tanzim edilen bordolarda davacının adına rastlanmamıştır. Kuşkusuzdur ki davacının çalışması gerçek olmuş olsaydı diğer işçilerin isimlerini bildiren ve primlerini ödeyen işverenin davacının primlerini ödememesi için bir neden bulunmamaktadır*²¹⁵. Aynı şekilde Yargıtay, işverenin kamu kurumu olması halinde, tanık beyanlarını dikkate almayıp resmi kayıtlara dayanarak sonuca gitmektedir²¹⁶.

İş sözleşmesinin başlangıç zamanının ispatında tanık beyanları ve resmi kayıtlar dışında, diğer deliller de mahkeme kararlarında belirleyici olmaktadır. Buna göre, işçinin işe giriş tarihine ilişkin iddiası işveren tarafından da ikrar edildiği zaman mahkemenin bu beyanı dikkate alarak sonuca gitmesi gerekir. Ancak Yargıtay 16.03.1998 tarihli bir kararında, işverenin, davacı işçinin işe giriş tarihine dair beyanına herhangi bir cevap vermemesini “zımni kabul” olarak değerlendirerek işe giriş bildirgesinde yer alan tarihi dikkate almamıştır²¹⁷. Yargıtay’ın işverenin susmasını ikrar olarak değerlendirmesi yanlıştır. Halbuki mahkemece davacı işçinin belirttiği işe giriş tarihine cevap verilmemesinin işverence zımnen kabulü olarak yorumlanması yerine, işçi tarafından bunun aksinin inandırıcı delillerle ispatlanmadığı sürece resmi kayıtlara itibar etmesi daha doğru olacaktır²¹⁸.

Bununla birlikte, iş sözleşmesinin başlangıç tarihinin ispatında taraflardan biri yazılı belge ileri sürmüştse, aksini iddia eden taraf, HMK m.201 uyarınca, aynı kuvvette delillerle karşı iddiayı çürütmesi gerekecektir²¹⁹. Özellikle taraflar, kendi aralarında yapmış olduğu iş sözleşmesine dayanılabilecektir. Ancak, iş sözleşmesinin işçinin fiilen işe başlamasından önce ya da sonra yapılmış olabileceği göz önünde tutulmalıdır. Yani, yazılı bir iş sözleşmesi, işçinin işe başladığı konusunda kesin delil olarak kabul edilmemeli, dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir²²⁰. Ancak,

²¹⁵ Y. 10.HD, 13.11.1995, E.1995/9485, K.1995/9508, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²¹⁶ “Davacı işçi kamu kurumu lojmanında kaloriferci olarak çalışmış olup, sigorta giriş bildirgesinde işe giriş tarihi 15.11.1987 tarihi gösterilmiştir. Davalının kamu kurumu olması ve resmi giriş bildirgesinde de işe başlanılan tarihin açıkça gösterilmesi karşısında dava tanıkları anlatımlarına dayanılarak daha önceki bir tarihte işe giriş yapıldığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatlarına karar verilmesi hatalıdır” Y. 9.HD, 14.01.1997, E. 1996/17445, K.1997/119, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²¹⁷ Y. 9.HD, 16.02.2005, E.2004/13375, K.2005/4441, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/2, s.198).

²¹⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.103.

²¹⁹ Hakan Keser, “4857 Sayılı İK ve 2821 SK’nın 31 inci Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri” **Sosyal Siyaset Konferansları 50. Kitap**, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş’a Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 2007, s.675.

²²⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.103-104.

mahkemeye her iki tarafça da yazılı belge ibraz edilemiyorsa, iddiaların takdiri deliller dahil, her türlü delille ispatlanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır²²¹.

İşverenin, işçinin işe giriş tarihine yönelik iddiasını çürütmek için SSK kayıtları dışında başka resmi kayıtlara da dayanabilecektir. Mahkeme kararlarında bu ispat araçları şirket kuruluşuna ait ticaret sicil gazeteleri²²², vergi meslek oda kayıtları²²³, işyerinde tutulan puantaj kayıtları ve devam çizelgeleri²²⁴ diğer ispat araçları ile de desteklenmek şartıyla işçinin çalışmasının belirlenmesinde kullanılmaktadır.

3.1.4. İş Sözleşmesi Türlerinin İspatı

Bir sözleşmesinin iş sözleşmesi olduğunun tespit edilmesinden sonra tespit edilen iş sözleşmesinin, İş Kanunu'nda belirtilen sözleşme türlerinden hangisine girdiğinin ispatı gerekmektedir. Aşağıda, iş sözleşmesi türlerinin ispatı ayrı ayrı incelenmektedir.

3.1.4.1. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İspatı

4857 sayılı İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmesini tanımlamıştır. Kanununun 11. maddesine göre, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.” Bu hükümde tanımından çok, belirli süreli iş sözleşmesinin koşulları düzenlenmiştir²²⁵. Bu maddeye göre belirli süreli iş sözleşmelerinin süresine bakmaksızın yazılı olacağı ifade edilmektedir. Oysa İş Kanunu 8. maddesinde ise belirli süresi bir yıl ya da daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı olacağı hükme bağlanmıştır. Burada öngörülen yazılı şekil şartının, geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır²²⁶. Doktrindeki hakim

²²¹ Keser, **a.g.m.**, s.675.

²²² Y. 9.HD, 13.02.2002, E.2001/17433, K.2001/2701, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²²³ Y. 10.HD, 05.07.1999, E.1999/5070, K.1999/5254, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²²⁴ Y. 9.HD, 29.01.2004, E.2003/23985, K.2004/1374, (**Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2004/4, s.1052).

²²⁵ Çelik, **a.g.e.** s.81; Mikdat Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/5, s.30; Ayan, **a.g.m.**, s.433.

²²⁶ Ayan, **a.g.m.** s.454.

görüş, yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğunu savunmaktadır²²⁷. Ancak kanunda belirtilen yazılı şekil şartını, iş sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak değil de, ispat şartı olarak kabul etmek ve belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı yazılı şekilde ispatlanmadıkça, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak değerlendirmek gerekir²²⁸. Eğer yazılı şekil geçerlilik şartı olarak kabul edilecek olursa, bu geçersizliğin geçmişe değil de ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilse bile, iş sözleşmesi fesihle sona ermediğinden, işçi bazı haklardan mahrum kalacaktır²²⁹. Belirli süreli iş sözleşmenin şekle uyulmaması nedeniyle geçersiz sayılması ise işçiyi koruma ilkesi ile bağdaşmaz.

Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmasını ispat şartı olarak değerlendirilmekte ve bu sözleşmenin yazılı bir delille ispatlanamaması halinde belirsiz süreli olacağına hükmetmektedir²³⁰.

İş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu konusunda çıkacak uyuşmazlıkta; ispat yükünün, söz konusu sözleşmenin belirli süreli olduğunu ileri süren tarafta olması gerekir. Çünkü çalışma hayatında asıl olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır²³¹. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda; “...iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl

²²⁷ Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 3. Bası, İzmir, 1998, s. 154-155; Hamdi Mollamahmutoğlu, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.4, 2004, s.8; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.84; Ayan, **a.g.m.**, s.454; Çil’e göre ise; İşK. 8. madde ve 11. maddenin birlikte yorumundan yola çıkarak, bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu, ancak da az süreli iş sözleşmeleri açısından yazılı şeklin ispat şartı olduğunu ifade etmektedir. Şahin Çil, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ankara, 2010, s.37.

²²⁸ Fevzi Demir, **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri**, Türkiye Haber İş Sendikası Yayınları, Yayın No:24, İzmir, 2003, s.41; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Legal Yayınevi, Kasım 2010, s.66; Gülsevil Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **MERCEK**, Ocak 2004, s.86-87; Alpagut, **a.g.e.**, s.23; Özdemir, **a.g.e.**, s.108; Sevimli, **Yazılı Şekil Şartı**, s.17; Keser, **a.g.m.**, s.677.

²²⁹ Alpagut, **a.g.e.**, s.22; Alpagut, **4857 Sayılı Yasa**, s.87; Keser, **a.g.m.**, s.677.

²³⁰ Y. 9.HD, 18.10.1999, E.1999/13238, K.1999/15919; “...İş Kanununun 9. maddede sözü edilen yazılı şart bir geçerlilik şartı değil ispat koşuludur...” Y. 9.HD, 28.05.1985, E.1985/2971, K.1985/5867; Y. HGK, 19.03.1986, E.1984/9-555, K.1986/251; “...Taraflar arasında süresi belirli bir hizmet akdinin varlığını gösteren belge ve bilgiye dosyada rastlanılmadığı halde ihbar tazminatının reddedilmesi hatalıdır...” Y. 9.HD, 11.09.2001, E.2001/9660, K.2001/13257, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²³¹ Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.84; “...Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun yerleşmiş içtihatlarına göre çalışma hayatında asıl olan belirsiz süreli hizmet akitleridir. Bu nedenle, işverenin yasanın belirsiz süreli hizmet akitlerine tanıdığı haklardan kaçınmak için yaptığı sözleşme görünüşte belirli süreli olup, yapılan iş özelliği ve niteliği itibarıyla gerçekte belirsiz süreli bir sözleşmedir...” Y. 9.HD, 10.04.1995, E.1995/11476, K.1995/12308, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.” denerek bu görüşü desteklemektedir²³².

İş sözleşmesinde süre gösterilmemiş olmakla birlikte yapılacak olan işin niteliğinden, belli bir işin tamamlanmasının öngörülmüş olmasından ya da objektif belli bir olgunun ortaya çıkmasından yapılacak işin belli bir süreye tabi olduğu anlaşıyorsa, bu durumda belli süreli iş sözleşmesinin varlığı da kabul edilebilir. Doktrinde BK.338/I maddesi gereğince bu sonucu kabul eden görüşler bulunmaktadır²³³.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçiyi koruyucu özelliklerinin, belirsiz süreli iş sözleşmesine oranla daha az olması nedeniyle genellikle işveren tarafından sözleşmelerin belirli süreli olarak yapıldığı iddia edilmektedir. Bu yüzden yazılı sözleşmede açıkça bir süre öngörülmediği hallerde, sözleşmenin belirli süreli olduğunu iddia eden işveren, bunu ispatla yükümlüdür. Bu noktada ispat açısından karşı tarafın ikrarına ve kesin delillere ihtiyaç vardır²³⁴. Ancak işçi belirli süreli iş sözleşmelerinin işverenin zorlaması ile yapıldığını, amacının kendisini kıdem tazminatından yoksun bırakmak olduğunu, ortada belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı gerektirecek bir durumun olmadığını ileri sürebilir. Burada zincirleme iş sözleşmesi noktasında uyumsuzluk olduğu kabul edilerek işçinin bu iddiasını ispatlaması gerekir. Çünkü yıllarca devam eden belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğünü işçi ispatlamalıdır²³⁵.

İş Kanununun 8. ve 11. maddesinde belirtilen yazılı şekil şartının, HMK m. 200/I’de belirtilen senetle ispat zorunluluğu olarak kabul edilmesi durumunda, yazılı şekilde yapılmayan belirli süreli iş sözleşmesinin varlığının ispatının ne şekilde yapılacağı uygulamada önemli bir sorundur. Bu durumda genel ispat kuralları gereği böyle bir sözleşme bulunmadığını iddia eden tarafa yemin teklif etmek ya da bu kişinin ikrarını beklemek sorunun çözümü açısından bir çıkış yoludur. Çünkü burada takdiri delil ileri sürülemeyecektir²³⁶. Ancak HMK m. 202’de getirilen yeni düzenleme ile senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı bulunursa, tanık dinlenebileceği

²³² Yarg. 9.HD, 18.02.2008, E.2007/24530, K.2008/171, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (01.04.2011).

²³³ Çil, **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, s. 45-46; Süzek, **İş Hukuku**, s.200; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2007, s.139.

²³⁴ Çil, **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, s.46.

²³⁵ Bozkurt, **a.g.e.**, s.356.

²³⁶ Keser, **a.g.m.**, s.677.

belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise 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 belge*” olarak tanımlanmıştır²³⁷. HMK’nın getirmiş olduğu yeni düzenlemeye göre ise belirli süreli iş sözleşmesinin senetle ispatı zorunlu kabul edilse dahi delil başlangıcı bulunması durumunda tanık dinlenerek sözleşmenin varlığı ispat edilebilecektir²³⁸.

3.1.4.2. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin İspatı

1475 sayılı İş Kanunu döneminde kısmi süreli iş sözleşmesinin işçi yararına yorum ilkesi dikkate alınarak düzenlenmesi dile getirilmekteydi²³⁹. 4857 sayılı İş Kanunu ile ilk kez kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı ve koşulları düzenlenmiştir. Buna göre İş K. m.13/I uyarınca, kısmi süreli iş sözleşmesi “*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi*” durumunda ortaya çıkan sözleşme olarak tanımlanmıştır²⁴⁰. Bu tanıma göre, kısmi süreli çalışma, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre kısa belirlendiği çalışma biçimidir²⁴¹. Kanunda belirtilen emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az çalışma, Çalışma Süreleri Yönetmeliği²⁴² m.6’ya göre işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma olarak belirtilmiştir²⁴³.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, sırf iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan

²³⁷ Alangoya ve diğerleri, **a.g.e.**, s.327.

²³⁸ Bozkurt’a göre ise HUMK sistemi dikkate alındığında İş K. 11 ve 12. maddedeki kurala rağmen iş sözleşmesinin bir yıldan fazla süreli olduğu konusunda tanıkla ispat yoluna gidilemeyecektir. Şekil zorunluluğu, işçiyi koruma amacıyla konulmuş ve işvereni ispat yükümlülüğü altına sokan bir düzenlemeye gidilmiştir. (H. Argun Bozkurt, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2011, s.384).

²³⁹ Cahit Evcil ve Bekir Geçer, Kısmi (Part-Time) İstihdam-I, Yaklaşım Dergisi, Ekim, 2001, <http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2001102788.htm> (01.04.2011).

²⁴⁰ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, **İş Hukuku**, 14.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s.83;

²⁴¹ Aysel Kuşaksız, “Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışmayı Tercih Etme Gerekçeleri”, **Yönetim ve Ekonomi Celal Bayar Üniversitesi İİBF Dergisi**, 2006, C.13, S.2, s.21.

²⁴² RG No: 25425, RG Tarih: 10.04.2004.

²⁴³ Can Şafak, 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part Time) Çalışma, http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/kismi_calisma.pdf (01.04.2011).

işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye göre orantılı olarak ödenir (İş K.m.13/II)²⁴⁴.

Uygulamada part-time iş sözleşmesi olarak da bilinen kısmi süreli iş sözleşmesi, ülkemizde de çalışma koşullarının değişmesi ve gelişmesine paralel olarak yaygınlık kazanması ile birlikte özel olarak düzenleme gereği duyulmuştur²⁴⁵. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi kaçınılmaz bir şekilde yaygınlaşmış olsa bile, çalışma hayatında asıl olan tam ve belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Bu yüzden normal durumun aksini ispat kuralı gereğince, sözleşmenin kısmi süreli (part-time) olduğunu iddia eden taraf bunu ispat yükü altındadır²⁴⁶.

İş sözleşmesinin kısmi süreli olduğunu iddia eden, bunu her türlü delille kanıtlayabilecektir. Bu deliller arasında işyerindeki giriş çıkış kartları ve kayıtları, imza föyleri, bordrolar, SSK kayıtları ve tanık dinletilmesi sayılabilir²⁴⁷.

3.1.4.3. Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin İspatı

4857 sayılı İş Kanununda, uygulamada giderek yaygınlaşan, özellikle otel ve eğlence yerlerinde “ekstra işçi” adı altında istihdam edilen²⁴⁸ işçilerin oluşturduğu bir esnek çalışma biçimi olan çağrı üzerine çalışmaya yer verilmiştir²⁴⁹. İşçiyi koruyucu bazı önlemlerin öngörüldüğü 14. maddede, niteliği itibarıyla kısmi süreli iş sözleşmesi sayılan çağrı üzerine çalışma tanımlanmış ve koşulları düzenlenmiştir²⁵⁰. İş K. m. 14/I’e göre *“yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesidir.”*

Çağrı üzerine çalışma kavramının İş K. m.14/I’deki tanımında *“yazılı sözleşme ile...”* denilerek sözleşmenin şekil şartının yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre,

²⁴⁴ Müjdat Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, 8.Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, Ekim 2009, s.67-68; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.66.

²⁴⁵ Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s. 38 (Seminer Notları).

²⁴⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.109.

²⁴⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s. 110.

²⁴⁸ Öner Eyrenci, “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, Mayıs 2001-Ağustos 2001, s.4.

²⁴⁹ Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.72.

²⁵⁰ Çelik, **a.g.e.**, s.90;

çağrı üzerine çalışmaya dayalı bir iş ilişkisinin varlığı yazılı bir iş sözleşmesi ile belirlenebilecektir. Ancak bu şekil şartı, sözleşmenin varlığı açısından geçerlilik değil, ispat şartıdır²⁵¹. Doktrinde, çağrı üzerine çalışmanın, yazılı bir sözleşme ile ispatlanmadığı hallerde, işçinin iş görme borcunu, işverenin çağrısı üzerinde değil normal bir kısmi süreli iş sözleşmesi uyarınca yerine getirmeyi üstelendiği belirtilmektedir²⁵². Çağrı üzerine çalışan işçi, sözleşmenin varlığını ispatlayamazsa İş K. m.14'te işçi lehine düzenlenen yirmi saatlik garanti süresine ve ücretine hak kazanamayacaktır. Yani işçiyi korumak amacıyla getirilen şekil şartı işçinin aleyhine işletilecektir²⁵³.

3.1.4.4. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin İspatı

4857 sayılı İş Kanunu 15. maddesinde deneme süreli iş sözleşmelerinin şekline ilişkin herhangi bir şekil şartı kabul edilmemiştir. Deneme süreli iş ilişkisi, işçi ile işveren arasında, her iki tarafın da birbirine kesin olarak bağlanmadığı bir hukuki ilişkiyi gösterir. Bu ilişkinin diğer iş ilişkilerinden farkı, sözleşmeden doğan borçların, sadece deneme süreli olarak yerine getirilmesine rağmen, gerçek anlamda bir iş ilişkisinin varlığından dolayı, deneme süresi boyunca tam olarak geçerli olması ve tarafların sözleşmeden kolayca dönebilmeleridir²⁵⁴.

Deneme süreli iş sözleşmesinde taraflar, deneme süresi içinde iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilirler. Deneme süresinin toplu iş sözleşmesiyle tespit edildiği hallerde, toplu iş sözleşmesi yazılı olacağından ispat konusunda herhangi bir sorun olmayacaktır. Ancak deneme süresinin iş sözleşmesi ile kararlaştırıldığı durumlarda sözleşme yazılı yapılmamışsa ispat konusunda sorun çıkacaktır. Bu yüzden kanunda deneme süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı

²⁵¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.717; Demircioğlu, **a.g.e.**, s.77.

²⁵² Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 3.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s.223; Yargıtay bir kararında bu konuda ile ilgili olarak davacı işçi tam süreli olarak çalıştığını belirttiği halde davalı ve davacı tanıklarının beyanlarından işçinin, işveren çağırıldıkça geldiği anlaşılmakta olup dosyada yer alan ve işçinin tam süreli olarak çalıştığını gösteren belge bulunmadığından çağrı üzerine çalışmanın olduğuna karar vermiştir. Y. 9.HD, 21.02.2000, E.1999/10077, K.2000/1808.

²⁵³ Uçum, **Seminer Notları**, s.40; Çiğdem Yeşilyurt, **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.25-26.

²⁵⁴ Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.91.

öngörülmüş olmasa da deneme süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması ispat şartı olarak değerlendirilebilir²⁵⁵.

İş sözleşmesinin deneme süresi içerdiğini iddia eden taraf bu iddiasını yazılı belge ile ispatlamak zorundadır. Bunu ispatlayamadığı takdirde, sözleşmenin deneme süresi içermeyen kısmı belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecek ve genel ispat kuralları gereği, iddiasını karşı tarafın ikrarı veya karşı tarafa yemin teklif etmek suretiyle ispat edebilecektir²⁵⁶.

Deneme süreli iş sözleşmelerinde uygulamada uyuşmazlık konusu olan bir diğer nokta da, işverene sözleşme yükümlülüklerinden daha kolay kurtulma olanağı veren bu sözleşmenin kötüye kullanılmasında söz konusu olmaktadır. Örneğin, daha önce işyerinde çalışmış olup iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin bir nedenle veya böyle bir neden olmaksızın aynı işyerinde işe başlamak isteyen işçiyle deneme süreli iş sözleşmesi yapılmak istenmesi dürüstlük kuralına (MK. m.2) aykırılık teşkil edecektir²⁵⁷. Bu durumda deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında işçi işverenin iyiniyetli olmadığını tanık delili dahil her türlü delille ispat ederek sözleşmenin deneme süresi içeren kısmını iptal ettirebilecektir²⁵⁸.

3.1.4.5. Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin İspatı

İşK. m.7’de düzenlenmiş olan geçici iş ilişkisi şu şekilde tanımlanmaktadır. *“İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.”*

Bu hükümden yola çıkarak geçici iş ilişkisinin kurulabilmesinin ilk şartı, işçinin rızasının alınmasıdır. İşçinin rızasının alınacağı zaman ise, maddede belirtildiği üzere, devir esnasındadır. Bu yüzden, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçinin

²⁵⁵ Keser, **a.g.m.** s.680.

²⁵⁶ Keser, **a.g.m.** s.680.

²⁵⁷ Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.93.

²⁵⁸ Keser, **a.g.m.** s.681.

önceden rızasının alınmasının hukuken bir bağlayıcılığı olmayacaktır²⁵⁹. Geçici iş ilişkisinin kurulmasının yazılı şekil şartına bağlı olarak yapılmasının ve işçinin rızasının yazılı olarak alınmasının geçerlilik şartı olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, geçici iş ilişkisini kuran sözleşmenin yazılı olmasının ve işçinin devir esnasında rızasının yazılı olarak alınmasının geçerlilik şartı olduğu ifade edilmiştir²⁶⁰. Burada yazılı şekil ile kastedilen adi yazılı şekildir. Yani sözlü olarak işçinin rızasının alınması halinde geçici iş ilişkisi kurulmuş sayılmayacaktır.

Doktrinde bir başka görüş ise geçici iş ilişkisinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre geçici iş ilişkisi üç taraflı bir hukuki ilişki olduğundan, yazılı olmayan hallerde ispatın çok esaslı delillere dayandırılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁶¹. Buna göre, özellikle işçinin rızasının yazılı olarak alınmadığı durumlarda, rızanın var olduğu ancak ikrar ile ispat edilebilir. Geçici iş ilişkisi yazılı olarak yapılmamışsa, bu durumun ne şekilde ispat edileceği konusunda her üç tarafın da beyanları dikkate alınmalı ve bir taraf aleyhine önemli sonuçlar ortaya çıkması halinde deliller çok dikkatli bir şekilde incelenmelidir²⁶². Bu görüşü uygulayan Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda geçici iş ilişkisinin kurulmasında yazılı bir irade beyanının olması sorununa değinmemiştir²⁶³.

Geçici iş ilişkisinin kurulmasında işçinin rızasının daha önceden veya işe girerken iş sözleşmesinde alınıp alınamayacağı da tartışmalıdır. Bir görüş, burada işverenler arasında yapılan sözleşmenin işçi açısından hangi sonuçları doğuracağını kendisi tarafından bilinmesi durumunda, işçinin rızasının daha önceden alınmak suretiyle işlem yapılabileceğini ileri sürmektedir²⁶⁴. Ancak hakim görüş, işçinin rızasının kanun koyucunun amacını da dikkate alarak mutlaka iş sözleşmesinin yapılmasından sonra ve

²⁵⁹ Fevzi Şahlanan, “Yeni İş Yasası Neler Getiriyor?”, **TİSK**, Yayın No: 235, Ağustos, 2003, s.37; Uçum, Seminer Notları, s.45.

²⁶⁰ Mehmet Anıl Arslanoğlu, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.60; Dolayısıyla geçerlilik şartı sadece yazılı irade beyanının alınmasında değil bu irade beyanının geçici iş ilişkisinin kurulması yönünde ve bağımsız olarak devir esnasında alınmasında da aranacaktır.

²⁶¹ Şahin Çil, **4857 Sayılı İş Hukuku Şerhi**, 1. Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s.106.

²⁶² Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara: 2006, s.145.

²⁶³ Y. 9 HD, 14.11.2005, E.2005/32448, K.2005/3582.

²⁶⁴ Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.219.

bağımsız olarak alınmasını ve işçinin geçici iş ilişkisinin kurulmasına yönelik iradesinin önceden alınmasının sağlıklı olmayacağını belirtmiştir²⁶⁵.

İş Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasında ise, geçici iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacağı ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere geçici iş ilişkisinin kesintisiz olarak en fazla geçici iş ilişkisi toplam olarak aynı işçi ile en fazla on sekiz ay yapılabilecektir. Buna göre kanuni sınırlar içinde yenilecek her geçici iş ilişkisinde işçinin aynı şekilde rızasının alınmasının şart olduğu kabul edilmelidir²⁶⁶. Her ne kadar Kanun'da sözleşmenin yenilenmesi için işçinin yazılı rızasının alınacağı yönünde bir düzenleme bulunmasa dahi bu dönemle ilgili karşılaşılabilecek hukuksal sorunlarla ilgili ispat sorunu yaşamamak için yenileme dönemlerinde de işçinin yazılı rızasının alınması uygun bir çözüm yolu olacaktır²⁶⁷.

Geçici iş ilişkisinin varlığını iddia eden işverenin, İş K. 7. madde çerçevesinde işçinin rızasının alınmış olduğunu ancak yazılı sözleşme ile ispat edecektir. Bu sözleşmede devreden işveren, devralan işveren ve işçinin rızasını beyan eden imzasının olması gerekmektedir. Aksi takdirde, çalıştırdığı işçinin kendi işçisi olmadığını, söz konusu işçiyi geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırdığını iddia eden işveren, yazılı sözleşme ile bunu ispat edemezse, işçinin bir işverene bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilmelidir²⁶⁸. Yani, burada olağan durumun işçinin bir işverene bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması kabul edildiğinden, ispat yükü de bunun aksini iddia edene düşmelidir²⁶⁹.

Uygulamada geçici iş ilişkisinin varlığına yönelik karşılaşılan ispat sorunlarından biri de, geçici iş ilişkisi kurulması için gereken şartların bulunmamasına rağmen geçici işçi çalıştırılarak bu kurumun kötüye kullanılmasıdır. Bu kötüye kullanım ise daha çok işverenin kendi işçilerini geçici iş ilişkisi adı altında çalıştırması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada “bordro şirketi” de denen ve açıkça işçi kiralaması dışında bir

²⁶⁵ Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş ilişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2004/2, s.371; Uçum, **Seminer Notları**, s.45; Arslanoğlu, **a.g.e.**, s.61.

²⁶⁶ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s.60-63; Demir, **a.g.e.**, s.55.

²⁶⁷ Ekmekçi, **a.g.m.**, s.371; Arzu Zengin, **Geçici (Ödünç) İş İlişkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s.52.

²⁶⁸ Keser, **a.g.m.**, s.682.

²⁶⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.112.

işleri olmayan bazı şirketler İş Kanununun işçiyi koruyucu emredici nitelikteki kurallarını ihlal etmek suretiyle işçi kiralama işlemlerini geçici iş ilişkisi olarak göstermektedir²⁷⁰.

Geçici iş ilişkisi süresi sonunda kendiliğinden sona ermesine rağmen işçinin rızası ile bir uzatma söz konusu ise, uzatma süresinin bitiminde sona erecektir. Nitekim üçüncü altı aylık dönemin sona ermesine rağmen işçinin çalışmaya devam etmesi ve ödünç alan işveren ile ödünç veren işverenin buna ses çıkarmaması halinde, geçici işçi çalıştıran asıl işveren, doğrudan doğruya asıl işveren sıfatını kazanacak ve sözleşme artık geçici olmaktan çıkıp belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir²⁷¹.

3.2. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları

İşçi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmesi hükümleri zamanla değişebilmekte ve buna bağlı olarak taraflar arasında uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkların başında ise ülkemiz ekonomik koşulları da dikkate alındığında ücret miktarının belirlenmesi gelmektedir.

3.2.1. Ücretin Miktarının İspatı

Ücret ödeme borcu, işverenin iş sözleşmesinden doğan en temel borcunu oluşturmaktadır. İşçi ve ailesi için çok büyük öneme sahip olan işverenin ücret ödeme yükümlülüğü, İş Kanunu üçüncü bölümünde ücret ana başlığı altında düzenlenmiştir.

İş Kanunu 32. maddesinde genel anlamda ücreti, “bir kimsenin bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” şeklinde tanımlamaktadır.

Ücret, işverenin iş sözleşmesi ile işçiye ödemekle yükümlü olduğu edimlerin başında gelmektedir. Edimin cinsi ve kapsamı konusunda çıkan uyuşmazlıklarda ispat yükü, istemde bulunan taraftadır²⁷². Çünkü istemde bulunanın iddia ettiği cins ve

²⁷⁰ Devrim Ulucan, Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2004/3, s.151-152; Murat Engin, A Tipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma), Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2002, s.127-128.

²⁷¹ Fevzi Demir, Ali Nazım Sözer ve Haluk Hadi Sümer, **Eğitim Semineri Notları**, Türkiye Haber İş Sendikası Yayınları, Yayın No:25, Ankara, 2005, s.22; Murat Engin, “Üçlü İş İlişkileri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.25; Demir, **a.g.e.**, s.57.

²⁷² Bozkurt, **a.g.e.**, s.356.

kapsamda bir edimin borçlanılmış olduğu onun dava temelinin koşullarındandır²⁷³. Buna göre, işçi işçilik alacaklarının hesaplanmasını istediği ücret miktarını mahkemeye ispat etmek durumundadır²⁷⁴. Ayrıca geniş anlamda ücret kapsamında değerlendirilen ücret ekleri²⁷⁵ ve ücretin ödenmesinde esas alınan para birimi de işçi tarafından ispat edilecektir²⁷⁶. Aynı şekilde işçi, ücretine zam yapıldığını iddia ediyor ve işçilik alacaklarının bu zamlı ücret üzerinden hesaplanmasını mahkemeden talep ediyorsa, işçinin bu zammın varlığı hususunda mahkemeye delil sunması gerekmektedir²⁷⁷.

Ücret miktarının belirlenmesi, uygulamada en çok karşılaşılan iş uyuşmazlıklarının başında gelmektedir. Bunun en büyük sebebi ise ülkemizde kayıt dışı işçi çalıştırmanın çok yaygın olmasıdır. İşverenlerin bir kısmı kayıt dışı ücret ödemeleri yapmaktadırlar. Bu yüzden bu şekilde yapılan ödemelerin ispatı da zor olmaktadır. Resmi kayıtlara gerçek durumu yansıtılmayan bu işçiler, hem hizmet süresinin hem de ücretin tespiti bakımından ispat yükü altındadır²⁷⁸.

Ülkemizde ücret ödenmesi uygulamasında işverenlerin bir kısmı işçilerine, piyasa şartlarına göre oluşan bir ücret ödedikleri halde, sosyal sigorta primini ve vergisini asgari ücrete göre veya gerçek ücretin altında hesaplayıp yatırmakta böylece işçiye bir miktar kayıt dışı olarak açıktan ödemede bulunmaktadır²⁷⁹. İşçinin ücretinin bordroya gerçek olarak yansıtılmaması durumunda işçi ile işveren arasında işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlık çıkması durumunda da ispat konusunda zorluklarla karşılaşılmaktadır. Böyle

²⁷³ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s. 284-285.

²⁷⁴ “Davacı davalı yanında günlük 50 TL ile çalıştığını, davalı işverenin iki bordro tanzim eylediğini, bir bordroda yevmiyenin 20, diğerinde 50 TL yazıldığını ve kendine günlük 20 TL ödendiğini bildirerek aradaki farkın tahsilini istemiştir. Bu durumda ücretin bordroda gösterilenin üstünde olduğunun ispatı işçinin üzerindedir.” (9.HD, 27.10.1964, 8230/10293, Bozkurt, **a.g.e.**, s.356).

²⁷⁵ Yargıtay da bu durumu vermiş olduğu bir kararda açıkça belirtmiştir. “...Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir...” Y. 9.HD, 19.11.2008, E.2007/32418, K.2008/31380 (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/2, s.256). Yargıtay ücret ekleri ile ilgili vermiş olduğu bir kararda da bu durumu şöyle belirtmiştir: “...Davacı işçi, erzak yardımı ve yakacak yardımı alacaklarını talep etmiş ve mahkemece istekler hüküm altına alınmıştır. Dosya içerisinde, işyerinde erzak yardımı yapıldığını gösteren bilgi ve belge bulunmadığı gibi, yakacak, yardımının da ödendiği anlaşılmaktadır. Mahkemece mütalaasına başvuru bilirkşi de bu alacakların mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Anılan isteklerin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” Y. 9.HD, 27.10.1999, E.1999/13305, K.1999/16348, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

²⁷⁶ Özdemir, **Seminer**, s.112.

²⁷⁷ Y. HGK, 21.1.2004, E.2004/9-14, K.2004/2, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

²⁷⁸ Ezgi Yavuz, “Ücret Ödenmesi, İspatı, Gününde Ödenmemesi ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı**, Eylül 2007, s.190; Özdemir, **Seminer**, s.112.

²⁷⁹ Polat Soyer, “Ferdî İş İlişkilerinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, 1999, s.29; E. Yavuz, **a.g.m.**, s.190.

bir durumda, işçi bordrodaki ücretin gerçek olmadığını, ücretinin bordroda gösterilenin daha üzerinde olduğunu iddia ediyorsa kendisi ispat yükü altındadır. Özellikle işçinin imzasının bulunduğu ücret bordrosu, ücretin ödendiğinin ispatı konusunda güçlü bir delil niteliği kazanmaktadır. Ücretin kendi imzasını taşıyan bordroda gösterilenden daha fazla olduğunu iddia eden işçi, bunu ispat yükü altındadır. Bu nedenle işçi, ücretinin bordroda gösterilen miktardan daha fazla olduğunu ileri sürmesi durumunda ispatsızlığın riskini de üzerine almış bulunmaktadır²⁸⁰. Nitekim Yargıtay ücret bordrolarının her zaman gerçeği yansıtmadığı görüşünden hareketle işyerinin niteliği, yapılan işin mahiyeti, tecrübesi, ehliyeti, işçinin işyerindeki kıdemi ve kalifiye eleman olması gibi nitelikleri birlikte değerlendirerek işçinin asgari ücretle çalıştığının hayatın olağan akışına ve gerçeklerine aykırı düştüğü sonucuna ulaşmaktadır²⁸¹. Aynı şekilde ücret işin niteliği, işçinin kıdemi gibi özellikler karşısında gerçek ücreti yansıtmıyorsa hakim resen araştırma ilkesini uygulayarak tanık delili dahil diğer ispat araçlarına başvurabilmelidir²⁸².

Doktrinde, işçinin belirtilen ücreti gerçeği yansıtmıyorsa, hakimın gerçek ücreti belirlemesinin önünde herhangi bir engel olmayıp bilakis bunun bir zaruret olduğu belirtilmiştir²⁸³. Bu konuda diğer bir görüş ise imzalı ücret bordrosunun ücretin tutarına değil sadece belirtilen kısmının tahsil edilmiş olduğuna dair delil teşkil ettiği ifade edilmiştir²⁸⁴. Birben ve Öktem'e göre, ücretin bordroda gösterilen kısmını aşan miktarı için, işçi her türlü delile başvurabilir. Çünkü bordroda gösterilen miktarı aşan ücret kısmı için senet düzenlenmesi adet olan bir durum olmadığı gibi işin niteliği de bunu gerektirmemektedir²⁸⁵.

Yargıtay bazı kararlarında ücret miktarının işçi tarafından ispat edilmesi karşısında re'sen araştırma ilkesini uygulayarak ücret miktarının tespiti konusunda ücret bordrosu ve ödeme belgesi bulunmadığı gibi işçinin ücret miktarını tanık beyanları ile

²⁸⁰ Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi:9, 1988, s.401; Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.118; Bozkurt, **a.g.e.**, s.433;

²⁸¹ Y. 9.HD, 04.05.1993, E.1993/559, K.1993/7462; Y. 9.HD, 18.04.2005, E. 2004/24571, K.2005/13555; Y. 9.HD, 03.05.2004, E.2004/22907, K.2004/10458; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011); Y. 9.HD, 19.02.2003, E.2002/14232, K.2003/1868, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları** 2000-2005, s.321-322.

²⁸² Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1107; Bozkurt, **a.g.e.**, s.435; Keser, **a.g.m.**, s.688.

²⁸³ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.237;

²⁸⁴ Soyer, Değerlendirme 1997, s.30.

²⁸⁵ Birben ve Öktem, **a.g.m.**, s.1107

ispatlayamamasına rağmen mahkemenin durumu araştırarak meslek kuruluşlarından ücretin sorulması gerektiğine karar vermiştir²⁸⁶.

3.2.1.1. Ücret Miktarının Tespitinde Kullanılan İspat Araçları

Ücret miktarına ilişkin uyuşmazlık söz konusu olduğunda tarafların dayandığı delillere baktığımız zaman, genel olarak güçlü konumda olan işverenin ücret bordroları gibi, senet niteliği taşıyan belgelere dayandığını, buna karşılık işçinin ise daha çok tanık beyanları olmak üzere takdiri delillere başvurduğunu görmekteyiz.

3.2.1.1.1. Ücret Miktarının Tespitinde İşçinin Kullanabileceği Deliller

İşçinin edimin cinsi ve kapsamı konusunda ispat yükünü taşıdığını aynı şekilde iş sözleşmesinde belirtilen ücret miktarını da mahkemeye ispatlamak durumunda olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu noktada işçinin iş sözleşmesinde belirlenen ücret miktarını ne tür delillerle ispat edebileceği tartışılması gereken ilk husustur.

Ücret miktarının işçi tarafından yazılı delillerle ispat edebileceği kabul edildiğinde, mahkemeye sunulacak bu deliller arasında öncelikle yazılı bir iş sözleşmesi gelecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrasında *“Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur”* denilmek suretiyle açıkça işverene işçinin ücret ve eklerini gösteren yazılı belgeyi en geç iki ay içinde verme zorunluluğu getirmiştir. Bu madde hükmüne aykırı davranan işverenlere İş K. m.99'da belirtilen idari para cezası uygulanacaktır. Ayrıca işçi kendisine bu belgeyi vermeyen işverene karşı mahkemeye yoluyla bunu talep edebilecektir. Ancak burada şunu ifade etmek gerekir ki, uygulamada işçinin bu yolu kullanarak işverenden böyle bir belgeyi talep etmesi hiç de kolay gözükmemektedir.

²⁸⁶ Y. 9.HD, 03.02.1999, E.1999/1450, K.1999/1334, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

İşçi tarafından yazılı delil kapsamında ikinci olarak ücret hesap pusulalarının mahkemeye sunulabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim İş K. 37. maddesinde ücret hesap pusulalarına ilişkin birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre, işverene işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme zorunluluğu hüküm altına alınmıştır (m.37/I). Maddenin devamında ise bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (m.37/II). Yargıtay'da İş K. m.8 ve 37'de düzenlenmiş olan bu tür belgelerin işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğinde olduğunu belirtmiştir²⁸⁷.

Ücret pusulası verme zorunluluğu getirilen bu madde ile işçinin kendisine yapılan birtakım ödemeler ve kesintiler hakkında bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Bu madde hükmüne aykırı davranan işverenlere İş K. m.102'de belirtilen idari para cezası yaptırım uygulanacaktır. Yargıtay da, çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olması karşısında yaptırıma bağlanmasının bu belgelerin ispat gücünü arttırdığı sonucuna varmıştır²⁸⁸. Ancak işverenin işçiye ücret ve eklerini gösteren yazılı belgeyi vermesinde olduğu gibi ücret pusulasının verilmesi kuralına da uygulamada pek riayet edildiği söylenemez. Dolayısıyla, ücret pusulalarının da işçi tarafından mahkemeye yazılı delil olarak sunulması pek mümkün değildir²⁸⁹.

İş Kanunumuzda yazılı bir iş sözleşmesi yapılmasının zorunlu olarak kabul edilmediği, çalışma koşullarını gösteren belgenin ve ücret pusulası verilmesinin işverenin tasarrufunda olduğu böyle bir yapıda, işçiden ispat yükümlülüğünü yazılı belgelerle gerçekleştirmesini beklemek son derece güç görünmektedir²⁹⁰. Buna rağmen Yargıtay, bazı kararlarında ücretin yabancı para ile ödenmesinin ancak iş sözleşmesi, bordro gibi yazılı belgeler ile kanıtlanabileceğine hükmetmiştir²⁹¹. Ancak bu konuda Yargıtay'ın birbiriyle

²⁸⁷ Y. 9.HD, 19.06.2008, E.2007/22865, K.2008/16537, (Lebib Yalkın Mevzuat Programı, www.mevbank.com (06.04.2011)).

²⁸⁸ Y. 9.HD, 12.05.2008, E.2007/18954, K.2008/12201, (Lebib Yalkın Mevzuat Programı, www.mevbank.com (06.04.2011)).

²⁸⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.120-121.

²⁹⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.122.

²⁹¹ “ 1475 sayılı İş Yasası'nın 26/2 maddesi gereğince işçinin ücreti Türk parası olarak ödenmesi esastır. Davacının yabancı para üzerinden ödeme yapıldığını Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre yazılı belgelerle kanıtlaması gerekir. Bu yolda sözleşme veya ödeme belgesi gibi bir kanıt sunulmamıştır.” Y. 9.HD,

çelişen kararlarına da rastlanmak mümkündür. Örneğin Yargıtay 23.01.2001 tarihli bir kararında²⁹² ücretin yabancı para borcu olarak kararlaştırıldığı iddiasının tanıkla ispat edilebileceği sonucuna ulaşmıştır.

Buna karşılık uygulamada istisnai olarak işçilerin de yazılı belgelere dayanarak ücret miktarını ispat etmeye çalıştığı görülmektedir. Özellikle son yıllarda kredi kartı alınması amacıyla işverence düzenlenen ve ücret miktarını gösteren belgelerin işçiler tarafından mahkemelere delil olarak sunulduğu görülmektedir²⁹³. Ancak bankaya verilen bu belgelerin yüksek kredi limiti elde etmek amacıyla yapıldığı bilinen bir gerçek olduğundan, muvazaalı uygulamaların önüne geçmek için Yargıtay, bizim de katıldığımız bu görüşünde, sadece bu belgelere dayanarak hüküm kurulamayacağı sonucuna varmıştır²⁹⁴.

Sonuç olarak işçinin ücret miktarını yazılı belgelere dayanarak ispatlaması istisnai bir durumdur. İşçinin elinde genellikle ücret miktarını gösteren yazılı deliller de bulunmamaktadır. Bu yüzden işçinin takdiri delillerle ve özellikle de tanık beyanları ile ücretin miktarını ispat edip edemeyeceği, davalı işverenin karşı delilleri ve savunması dikkate alınarak değerlendirilmelidir²⁹⁵.

3.2.1.1.2. Ücret Miktarının Tespitinde İşverenin Kullanabileceği Deliller

Ücret miktarının tespitinde işverenin kullanabileceği yazılı delillerin başında ücret bordroları gelmektedir. İşverence düzenlenen ücret bordroları, uygulamada genellikle işçilere ödenen gerçek ücret yerine asgari ücretten düzenlendiği ve fiilen gerçek ücretini elde eden işçilerin de bordoda yazılı olan miktarı önemsemeden imzaladıkları için ücret

01.11.2001, E.2001/12919, K.2001/16880, (Şahin Çil, “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.15, Eylül 2009, s.84.); Yargıtay’ın benzer yönde kararı için bkz. Y. 9.HD, 07.02.2005, E.13525, K.3183, Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, C.2, 2006, s.1335.

²⁹² Y. 9.HD, 23.01.2001, E.2000/15310, K.2001/771, Özdemir, **a.g.e.**, s.122, dn.393.

²⁹³ “...Davalı işveren asgari ücretten düzenlenmiş olan ve bir kısmında davacı işçinin imzası bulunan ücret bordrolarına dayanmış, davacı işçi ise kredi kartı alınması için işverence verildiği anlaşılan ve ücretin 600.000.000.-TL net olduğunu gösteren belgeyi ibraz etmiştir. Tanık beyanlarında da aylık ücretin miktarı konusunda bir açıklama bulunmamaktadır. Davacı işçinin şikayeti üzerine işyerinde inceleme yapan iş müfettişi tarafından düzenlenen tutanak ve inceleme raporu dosyada bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle anılan belgeler getirtilerek bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.” Y. 9.HD, 28.06.2005, E.2004/28282, K.2005/22952, (Lebib Yalkın Mevzuat Programı, www.mevbank.com (06.04.2011)).

²⁹⁴ Y. 9.HD, 01.05.2003, E.2002/23577, K.2003/7451; Yarg. 9.HD, 24.02.2004, E.2003/11432, K.2004/3116; Y. 9.HD, 08.02.2005, E.2004/9287, K.2006/3641, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.232-233).

²⁹⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.126.

uyuşmazlıklarında işverenin en çok kullandığı yazılı belgeler arasındadır. İşçinin imzasını taşıyan bordro, senet niteliğini taşıdığı varsayımında ücretin miktarına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması durumunda çözümü oldukça zor usul hukuku sorunları karşımıza çıkmaktadır²⁹⁶.

Yargıtay bu konuda değişik dönemlerde vermiş olduğu kararlarında, imzalı bordroları kesin delil olarak kabul etmiş ve yazılı belgenin aksini iddia eden işçinin senede karşı senetle ispat zorunluluğu gereğince işçinin imzasını taşıyan bordrodaki ücretten daha yüksek ücretle çalıştığını tanıkla ispat edemeyeceğine hükmetmiştir²⁹⁷.

Ancak Yargıtay, bu konuda görüşünü zamanla değiştirmiştir. Yargıtay, olayın özelliklerine göre imzalı bordroyu kesin delil olarak görmeyip, işçiye gerçek ücretini her türlü delille ispatlama olanağı tanırken, hakimin de işçinin gerçek ücretini araştırması gerektiğini belirtmektedir. *Akyiğit*'e göre, ücretin tespitinde yalnızca tanık ifadelerine veya gerçeği yansıttığı şüpheli olan bordrolara itibar edilmemeli, ancak işçinin bizzat imzaladığı bordro ile iş müfettişi tutanaklarında gösterilen ücretin ayniyet taşıması halinde kural olarak farklı ücrete hükmedilmemesi gerektiğini ifade etmektedir²⁹⁸. Yargıtay bu kararlarında işçinin kıdemi, vasıflı işçi olup olmaması, gördüğü işin niteliği, benzer işlere verilen ücretler, genel hayat tecrübeleri karşısında işçinin asgari ücretle çalışmasının mümkün olmaması gibi durumları dikkate alarak yazılı belgelerin aksinin kabul edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır²⁹⁹.

Yargıtay bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, dairenin kararlılık kazanan uygulamasına göre beş yıldır mobilya ustası olarak çalışan bir kişinin nitelik ve tecrübe

²⁹⁶ Ürcan, **a.g.m.**, s.791.

²⁹⁷ "...bordrolarda davacının da imzası bulunmaktadır. Davacı sonradan bu belgelerin gerçek durumu yansıtmadığını ileri süremez çünkü bu yazılı delil eşdeğer bir delille çürütülememiştir..." Y. 9.HD, 17.04.1996, E.1995/35990, K.1996/8379; "İş sözleşmesi ve imzalı bordrolar varken, işçinin ücretinin belirlenmesinde bunların yerine tanık anlatımlarına itibar edilemez" Y. 9.HD, 05.11.1998, E.13251, K.15668, aynı yönde kararlar için bkz. Y. 9.HD, 24.06.1996, E.1996/2521, K.1996/14229, (**Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim 1996, s.17-18); Y. 9.HD, 27.10.1969, E.1969/8230, K.1969/10293, (Ürcan, **a.g.m.**, s.791, dn. 66).

²⁹⁸ Akyiğit, **Şerh**, s.1312.

²⁹⁹ Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "...asgari ücretin çok üstünde bir ücret aldığı dinlenen tanık sözlerinden anlaşıldığından bahisle, davacı işçinin ücret bordrolarını ihtirazi kayıt ileri sürmeden imzalamış bulunması, davacıya ödenen gerçek ücretin bu bordroda gösterilen ücret olduğunu kabule yeterli görülemez. Nitekim ...dinlenen tanık sözlerinden de davacıya asgari ücretin çok üstünde bir ücret ödendiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş, gerekirse işyerinde inceleme yapılarak, davacının yaptığı işin niteliği, hizmet süresi ve işteki tecrübesi ile işyerinin özellikleri, aynı veya benzer işlerde çalışan işçilere ödenen ücretler nazara alınarak ve tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle davacının gerçek ücretinin tespitinden ibarettir" Y. 9.HD, 14.03.1988, E.1988/873, K.1988/2968, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

gerektiren bir iş olması gerekçesiyle asgari ücretle çalıştığının kabulünün hayatın olağan akışına aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır³⁰⁰. Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, kıdemli ve nitelikli bir işçinin bordroda imzası olsa bile asgari ücretle çalışmasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve emsal ücret araştırması yapılması gerektiğine karar vermiştir³⁰¹.

Yargıtay bordroların geçerliliği hususunda tecrübe kuralları ışığında, işçinin kıdemi, yaptığı iş, vasıflı işçi olup olmaması gibi durumları dikkate alarak sonuca ulaşmaktadır. Örneğin, uzun yıllardan beri usta olarak çalışan bir kimsenin asgari ücretle çalıştığını gerçekçi bulmayan Yargıtay, gerçek ücretin açıklığa kavuşması için bunun ilgili meslek kuruluşundan sorulmasına karar vermiştir³⁰². Bir başka kararında ise Yargıtay, nitelikli/vasıflı işçinin asgari ücretle çalıştığını gösteren imzalı ücret bordrolarına itibar edilemeyeceğine ve bu nedenle meslek kuruluşundan emsal ücretinin sorularak gerçek ücretinin tespit edilmesine karar vermiştir³⁰³. Buna karşılık, Yargıtay, vasıfsız/nitelikli olmayan işçiler bakımından, imzalı ücret bordrolarının bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir. Bu konuya ilişkin verdiği bir kararda Yargıtay, imzalı ücret bordrolarının sadece nitelikli olmayan/vasıfsız işçiler açısından bağlayıcı olabileceğini, ancak işçinin nitelikli, kıdemli bir işçi olması durumunda bordroların aksinin tanıkla ispat edilebileceğini belirtmiştir³⁰⁴.

Yargıtay'ın ispat hukukunun ilkelerini zorlayarak işçinin niteliği ve kıdemi dikkate alarak yazılı delil niteliğinde bir belgenin aksinin kabul edilebileceği şeklinde görüşünün isabetle karşılanması gerekmektedir. Çünkü ücretin kayıtlara doğru yansıtılmaması ve ülkemizde bu durumun son derece yaygınlık kazandığı göz önüne getirildiğinde işçilerin hak kayıplarının önüne geçilmesinin başka bir yolu yoktur³⁰⁵. Ancak senede karşı senetle ispat kuralı karşısında işçinin imzalamış olduğu bordroların ne şekilde ispat edilebileceği doktrinde tartışmalı bir konudur. *Soyer*'e göre, imzalı ücret bordrosunun

³⁰⁰ Y. 9.HD, 07.02.2002, E.2001/16915, K.2002/2457, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

³⁰¹ Y. 9.HD, 10.03.2008, E.2007/11996, K.2008/3964, Seracettin Göktaş, "Ücret, Fazla Çalışma Ücreti ve İş Görmekten Kaçınmaya İlişkin Yargıtay Kararları", **İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s.126-127.

³⁰² Y. 9.HD, 18.04.2005, E.2004/24751, 2005/13555, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/3, s.245-246).

³⁰³ "...davacı tanıkları davacının iddiasını doğrulamış ise de dosyaya sunulan ücret bordrolarında davacının asgari ücret aldığı davacının imzasıyla doğrulanmış bulunmaktadır. Ancak davacının konfeksiyon işyerinde makastar olarak çalıştığı, kalifiye eleman olduğu anlaşılmaktadır. Ücret bordrolarıyla tanık anlatımları arasındaki çelişkinin giderilmesi için davacının yaptığı iş ve kıdemi belirtilerek dava konusu dönem açıklanmak suretiyle meslek odasından alabileceği ücret sorulmalıdır..." Y. 9.HD, 12.12.2005, E.2005/13620, K.2005/38991, Göktaş, **İlke Kararları**, s.126.

³⁰⁴ Y. 9.HD, 03.10.2000, E.2000/8614, K.2000/13106, (**Çimento İşveren Dergisi**, Ocak, 2001, s.51).

³⁰⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.130.

ücretin tutarına değil sadece belirtilen kısmının tahsil edilmiş olduğuna dair bir belge olarak kabul edilmelidir³⁰⁶. Aynı görüşte olan *Akyiğit* de, işçinin imzasını taşıyan bordronun usul hukuk kuralları çerçevesinde her türlü delille ispat edilebileceğinin ve bordronun da sadece işçiye o miktarda ödeme yapıldığının kabul edilebileceğini belirtmiştir³⁰⁷. Ücretin bordroda belirtilen kısmını aşan miktarın ispatı için, işçi her türlü delile başvurabilecek ve böylece ispat konusunda yaşanan güçlük de ortadan kalkacaktır. *Şahlanan*'a göre ise, nitelikli ve kıdemli işçi açısından, bu işçinin ücretinin asgari ücret olmadığı, daha yüksek olduğu şeklinde bir fiili karineden bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla mahkeme ücretin tespitinde meslek odalarından veya tanık beyanlarından yararlanabilecektir³⁰⁸. *Birben* ve *Öktem*'e göre ise, bordroda gösterilen miktarı aşan ücret kısmı için senet düzenlenmesi adetten değildir ve işin niteliği gereği de zaten bunu gerektirmemektedir. Zira çoğu zaman zarf ile yapılan bu ödemeler ile başta vergi ve sigorta primleri olmak üzere çeşitli yasal kesinti tutarlarının azaltılması amaçlanmaktadır. Öyleyse bordroda gösterilen tutarı aşan ücret kısmı için işçi tanık deliline başvurabilir. İşveren işçinin imzaladığı bordroya dayanarak buradaki manevi imkansızlığın varlığını ileri süremez³⁰⁹.

İmzalı ücret bordroları asgari ücretin üzerinde düzenlenmesi halinde, bunların gerçek ücreti yansıtmadığı ancak güçlü delillerin varlığı halinde kabul edilmelidir. Yargıtay bu konuda asgari ücret düzeyinde belirlenen imzalı ücret bordrolarının aksine asgari ücretin üzerinde belirlenen imzalı ücret bordrolarını güçlü bir delil olarak değerlendirmektedir³¹⁰. Bir başka kararında ise Yargıtay, imzalı bordrolarını dikkate alarak sonuca ulaşmıştır³¹¹.

³⁰⁶ Soyer, *Değerlendirme 1997*, s.28-30.

³⁰⁷ Akyiğit, *Şerh*, s.1312, dn.19.

³⁰⁸ Şahlanan, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997*, Genel Görüşme, İstanbul: Mess, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1999, s.61-62.

³⁰⁹ Birben ve Öktem, *a.g.m.* s.1107.

³¹⁰ Centel, *Ücret*, s.401; "...Davacının imzasını içeren bordrolara göre son aylık ücreti otuz milyon net olduğuna göre; imzasız ve menşei anlaşılamayan, davacı tarafından ibraz edilen makbuzlara istinaden son aylık net ücretinin seksen milyon olduğunun kabulü hatalıdır. Bordrolarda gösterilen aylık net ücret o tarihlerde yürürlükte olan asgari ücretin de çok üzerinde olduğu dikkate alınınca bordro içeriğinin gerçeğe uygun olduğunun kabulü doğru olur. Bu durumda bilirkişi raporu hesaplama kısmında birinci şıkka göre, istekler hüküm altına alınmalıdır." Yarg. 9.HD, 25.05.1999, E.8186, K.9381.

³¹¹ "Davacı tarafından itiraz edilmeyen imzalı ücret bordrosunda davacının ücreti 150.000.000 TL. brüt olarak yer aldığı gibi davacı yanca ibraz edilen delil listesi ekindeki sigorta prim bordrosunda da aynı ücret miktarı yer almaktadır. Bu yazılı kayıtlara rağmen duyguya dayalı bilgi veren davacının komsusu ile diğeri de kardeşi olan tanık beyanlarına göre ücret kabulü hatalı olup bozma nedenidir. Mahkemece yapılacak iş bilirkişinin bordroya göre yapılan hesaplamasına değer vererek hüküm kurmaktan ibarettir" Y. 9.HD,

İşverenlerin elindeki yazılı belgelerin başında gelen ücret bordrolarının işvereni lehine delil teşkil edebilmesi için bunların işçinin imzasını taşıması şarttır. Yargıtay da imzasız ücret bordrolarının ispat değeri olmadığını pek çok kararında³¹² ortaya koymuştur.

Ücret bordrolarının mahkemeye sunulmamış olması ya da bordroda işçinin imzasının bulunmaması, ispat açısından işçinin lehinde bir durum olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay karşısına gelen buna benzer olaylarda ücret miktarının tespiti açısından, tanık beyanlarına dayanarak veya bunların yeterli olmadığına kanaat getirdiği durumlarda da meslek kuruluşlarından talep ettiği bilgilerle sonuca ulaşmaktadır³¹³.

3.2.2. İş Sözleşmesindeki Özel Hükümlerin İspatı

Bir sözleşmede özel koşulların kararlaştırılmış olup olmadığı noktasında uyumsuzluk çıkması durumunda ispat yükü, bunun varlığını iddia eden yani istem ve savunmasını bu koşullara dayandıran tarafın üzerindedir³¹⁴. Aksi takdirde bu koşulların kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı belirsiz kalacağından, istemde bulunan kişinin istem ve savunması da kabul edilemeyecektir. Bu yüzden ispat yükü açısından temel alınan bu ölçütün, iş sözleşmesinde yer alan özel hükümlerin çözümünde de kullanılması gerekir.

21.05.2003, E.2002/26754, K.2003/8865, (Tankut Centel "Bordro Dışında Ücret Ödendiğinin İspatı", Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.293, Mayıs 2004,) <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mayis/hukuk.html> (10.05.2011); Kararı inceleyen Centel,"... Herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin, sözelimi saklı (ihtirazi) kayıt koymaksızın, yani fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmaksızın ücret bordrosunu imzalamış bulunan bir işçi, bunun aksini yine yazılı delille kanıtlamak zorunda kalacaktır. Bu nedenledir ki; inceleme konusu kararında Yüksek Mahkeme, "mahkemece yapılacak iş bilirkişinin bordroya göre yapılan hesaplamasına değer vererek hüküm kurmaktan ibarettir" anlatımına yer vermek suretiyle, "davacı tarafından itiraz edilmeyen imzalı ücret bordrosu" nun temel alınması gerektiğini belirtmektedir" değerlendirmesinde bulunmuştur.

³¹² Y. 9.HD, 18.05.1967, E.4769, K.4322; Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, IV. Bası, Ankara: Olguç Matbaası, 1978, s.751; Y. 9.HD, 05.02.2007, E.2006/17584, K.2007/2047; Yarg. 9.HD, 11.04.2005, E.2004/21124, K.2005/12929; Yarg. 9.HD, 23.10.1997, E.13896, K.18035, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (05.04.2011).

³¹³ Y. 9.HD, 20.10.2008, E.2007/29446, K.2008/27965, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/2, s. 225-227); Yarg. 9.HD, 28.03.2008, E.2007/14392, K.2008/6663, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, s.259-260); Yarg. 9.HD, 01.06.2006, E.2005/36455, K.2006/15939, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, s.241-242); Y. 9.HD, 17.03.1997, E.1996/21937, K.1997/5133; Y. 9.HD, 01.03.2005, E.2004/12091, K.2005/6438; Y. 9.HD, 24.02.2005, E.2004/15515, K.2005/6275; Y. 9. HD, 14.03.2005, E.2004/14162, K.2005/4198; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukuturk.com.tr (07.04.2011).

³¹⁴ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.286.

3.2.2.1. İş Sözleşmesinde Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Hükümlerin İspatı

Çalışma koşullarının işverence değiştirilmesi, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yönetim hakkı ise işverene, işçinin hangi işi, nerede, ne zaman yapacağını belirleme konusunda talimatlar vererek çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi tanımaktadır. Ancak yönetim hakkı, çalışma koşullarında değişiklik açısından hukuki referans olarak sonlarda yer almaktadır. Bu nedenle, işveren yönetim hakkına dayanarak çalışma koşullarında düzenleme yapabilmesi için iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde veya kanunda herhangi bir sınırlama bulunmaması gerekir. İşveren, işin türü, içeriği ve kapsamı konusunda belirttiğimiz hukuki kaynaklarda herhangi bir düzenleme olduğu takdirde yönetim hakkına dayanarak çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapamaz³¹⁵. İşveren iş sözleşmesinin hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapmak istemesi halinde bunu tek taraflı olarak değiştirmesi mümkün olmadığından işçinin rızasını almak zorundadır³¹⁶. Belirtilen bu durum İş Kanununda açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, taraflar anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir (m.22/son). Ancak taraflar daha sonra gerçekleştirebilecek değişiklik koşullarını sözleşmenin kurulması esnasında önceden düşünerek işverene bu konuda değişiklik yetkisi veren özel bir hüküm³¹⁷ getirebilirler. Ancak uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde genellikle işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir³¹⁸. Bu durumda çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi veren hükümlerin mevcut olduğunu iddia eden taraf, yani bu hükümlerden yararlanmak isteyen işveren olacağından, böyle bir hükmün varlığının ispatı da kendisine düşecektir³¹⁹. Çalışma koşullarında

³¹⁵ Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, (Karar İnceleme), **Çimento İşveren Dergisi**, C.18, S.5, Eylül, 2004, s.56; Kübra Doğan Yenisey, “İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul, 2001, s.1177-1178; Mustafa Kılıçoğlu, **İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar**, Ankara: Turhan Kitabevi, Eylül, 2009, s.417; Soyer, **Değerlendirme 1997**, s.24; Süzek, **İş Hukuku**, s.269.

³¹⁶ Alpagut, **Esaslı Şartlarda Değişiklik**, s.53.

³¹⁷ Doğan Yenisey, **Tek Taraflı Değişiklik**, s.1178.

³¹⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.415.

³¹⁹ Özdemir, **Seminer**, s.124.

değişiklik yetkisi veren hükümlerin ispatı ise iş sözleşmesi, personel yönetmeliği veya iç yönetmelik³²⁰ ile ispat edilebilir.

Yargıtay tarafından 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, çalışma koşullarında değişiklik yetkisi tanıyan kayıtların kural olarak geçerli sayıldığı³²¹ ancak bu kayıtların geçerliliğinin de belli şartları taşıması gerektiği belirtilmiştir.

Nitekim Yargıtay, sözleşmede yer alan ve işyeri değişikliği konusunda yetki veren kayıtları; iş, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından işçi aleyhine olmamak şartıyla geçerli kabul etmiştir³²².

İşverene çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren hükümlerin uygulanması bakımından dürüstlük kuralına uygun davranma ve hakkını kötüye kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü de getirmektedir³²³.

Çalışma koşullarında değiştirme konusunda yetki veren sözleşme hükümlerinin, sözleşme yapıldıktan çok uzun bir süre sonra yürürlüğe konulması ya da bu değişikliklerin uygulanma amacının, işçiyi cezalandırma veyahut iş sözleşmesini feshetmeye zorlama olduğu anlaşılan durumlar hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilecektir³²⁴. Ancak işverenin böyle bir niyet ile hakkın kötüye kullanıldığını ispat yükü işçinin üzerindedir.

³²⁰ Özdemir'e göre çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren bir düzenlemenin kaynağı iş sözleşmesi olmalıdır. İç yönetmelik her ne kadar iş sözleşmesinin bir parçası sayılsa da, çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren bir düzenlemeye kaynaklık etmesi çağın iş hukuku anlayışına aykırıdır. Bu yüzden işverenler iç yönetmeliğin muhtevasını istedikleri gibi belirleyebilmektedir. İşçi ise işe girerken bu iç yönetmelik hükümlerine itiraz edebilecek konumda olmadığı için bunları mecburen kabul etmek zorunda kalmaktadır. Erdem Özdemir, “ İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.31-32.

³²¹ Y. 9.HD, 21.04.2005, E.2004/24670, K.2005/14022, (Legal İHSGHD, 2005/7, s.1322).

³²² Özdemir, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, s.31-32; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s.56-57; “...Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde her ne kadar nakil serbestisi var ise de, davacının önce işyerinden 35 km. uzaklıkta bir işyerine kendi ücretinden fedakarlık yaparak yol parasını karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla iş sözleşmesinin esaslı bir unsurunda değişiklik olmuştur. İş koşulları zorlaşmıştır. Davacının Pınarbaşı'na yol ücreti verilmediğinden iş şartlarında ağırlaşma olduğu kabulü gerekir. Bu durumda davacının iş akdinin 1475 sayılı İş Yasasının 16/II-e maddesi uyarınca feshi nedeniyle kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir.” Y. 9.HD, 17.05.2005, E.2004/27850, K.2005/18819, (Legal İHSGHD, 2005/7, s.1251).

³²³ Doğan Yenisey, **Tek Taraflı Değişiklik**, s.1192; Özdemir, **Seminer**, s.124.

³²⁴ Özdemir, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, s.35-36.

Aynı şekilde Yargıtay, işçi aleyhine yapılan çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin ispat yükünün işçinin üzerinde olduğuna karar vermiştir³²⁵.

3.2.2.2. İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şartın İspatı

Cezai şart, borçlunun asıl borcunu ilerde hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya karşı önceden taahhüt ettiği edim³²⁶ olarak tanımlanabilir. Cezai şartın sebebi asıl borcun garanti altına alınması olduğundan, alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullandığı bir baskı vasıtasıdır.

İş sözleşmesi taraflarının işçi veya işveren olarak sözleşmede cezai şart öngörmeleri mümkündür. Uygulamada cezai şart genellikle, işçinin iş sözleşmesini belirli bir tarihten önce, haklı bir neden olmaksızın feshetmesi durumunda cezai şart ödeyeceğini öngören sözleşme kayıtları, işverenden çok işçinin fesih hakkını sınırlamaya ve işverenin menfaatlerinin korumaya yönelik olarak düzenlenmektedir³²⁷. İş sözleşmesinde özellikle işçinin ekonomik ve sosyal olarak işverene bağımlı olması ve tarafların tam olarak eşitliğinden söz edilememesi, cezai şartın işçi açısından geçerliliğini tartışmalı bir hale getirmiştir³²⁸.

Cezai şartta işçi açısından tartışılması gereken ilk husus, tazminat hukuku ilkelerinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı noktasındadır. İşverenin sözleşmede cezai şart kararlaştırarak herhangi bir zarara uğradığını veya zararın miktarını ispatlamak zorunda kalmaksızın cezai şartta belirlenen tutarı talep edebilmektedir. Cezai şartın zararın gerçekleşmediği halde talep edilebilmesi işveren açısından bir zenginleşme meydana getirecek ve böyle bir durum da tazminat hukukunda zararın denkleştirmesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Aynı şekilde, zararın karşılanmasını talep eden işveren, tazminat

³²⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.415; "...Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır." (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/2, s.161-162).

³²⁶ Sefa Reisoğlu, **a.g.e.**, s.439; Kadir Arıcı, "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 1997, s.32; Mustafa Reşit Karahasan, "Para Borçlarında Cezai Şart", **İBD**, C.XL, S.10, 1966, s.483.

³²⁷ Sebahattin Yürekli, "Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınevi, C.II, İstanbul: 2001, s. 1099-1100;

³²⁸ Gülsevil Alpagut, "İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, s.18.

hukuku bağlamında zarar ve miktarı ispat etmek zorunda iken, cezai şart talep edilmesi halinde işçi borca aykırı davranışın bulunmadığını ispatla yükümlü olacaktır. Yani bu durumda ispat yükünün işçi aleyhine yer değiştirmesi söz konusudur³²⁹.

Hukukumuzda kural olarak iş sözleşmesinde cezai şartın yer alması geçerli olarak kabul edilmekle birlikte, Yargıtay kararlarında, cezai şartın işçi ve işveren açısından karşılıklı olup olmamasını noktasından hareket ederek, tek taraflı işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işçiyi bağlamayacağı sonucuna varmaktadır³³⁰. Buna mukabil, karşılıklı olarak öngörülen cezai şartı geçerli kabul etmektedir³³¹. Ancak Yüksek Mahkemenin kararlarında açıklamış olduğu tek yanlı ve işçi aleyhine olan cezai şartın geçersiz sayılması görüşü, açık olarak temellendirilmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir³³². Bu yüzden doktrinde, iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin işveren karşısında ekonomik olarak zayıf olması karşısında işçinin pazarlık gücünü ve özgür iradesini engellediğinden cezai şartın geçerliliği öncelikle karşılıklı olarak yapılmasına bağlanmıştır³³³. Buna göre, Yargıtay'ın görüşünü Borçlar Kanunu 340. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak tarafların cezai şart konusunda işçi aleyhine tek taraflı bağlayıcı düzenlemenin geçersiz sayılabileceği görüşü belirtilmekteydi³³⁴. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise cezai şarta yönelik açık hüküm getirilmiştir. Buna göre, ceza ve ibra başlığı altında TBK m. 420/I fıkrasında cezai şarta ilişkin, "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" hükmü yer almaktadır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda cezai şarta ilişkin getirilen bu açık düzenleme ile Yargıtay, bundan sonra işçi aleyhine ve tek taraflı düzenlenen cezai şart düzenlemelerini bu maddeye dayanarak geçersiz sayabilecektir.

³²⁹ Alpagut, Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, s.18.

³³⁰ Y. 9. HD, 17, 17.11.1992, E. 1992/8777, K.1992/12603; Y. 9.HD, 03.06.1997, E.1997/7529, K.1997/10660, YKD, Eylül 1997, s.1427-1428; Y. 9.HD, 08.04.1997, E.1997/1090, K.1997/7099, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ağustos 1997, s.15-16; Y. 9.HD, 26.03.1997, E. 1996/22876, K.1997/6102, **Tekstil İşveren Dergisi**, Kasım 1997, s.15; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/1, s.146.

³³¹ "...Taraflar arasında akdedilen 22.1.2001 tarihli bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesinin bitiminden sonra feshedilmemesi nedeniyle sürenin bir yıl daha uzadığı taraflar arasında ihtilaf konusu değildir. Sözleşme gereğince taraflardan birisinin iş sözleşmesini haklı bir sebep olmadan feshetmesi halinde öngörülen 3000 USD'nin cezai şart olduğu belirtilmiştir. Mahkeme iddiayı yerinde görerek 3000 USD'ye hükmetmiştir. BK.nun 161/son maddesine göre hükmedilen miktar fahiş olup bir indirimle gidilmemesi hatalıdır" Y. 9.HD, 14.02.2005, E.2004/14528, K.2005/4135, (**Legal İHSGHD**, 2005/6, s.705).

³³² Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, s.409-410.

³³³ Süzek, **İş Hukuku**, s.547; Süzek, 2001 Yılı Kararları, s.18 vd.; Çelik, **a.g.e.**, s.181; Aksi görüş için bkz. Veli Karagöz, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.96 vd.;

³³⁴ Özdemir, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, s.42.

Bununla birlikte, cezai şartın eğitim gideri karşılığı olarak belirlendiği durumlar daha farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Eğitim karşılığı olarak öngörülen cezai şart, tek yanlı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmaması doktrinde³³⁵ ve Yargıtay kararlarında³³⁶ kabul edilmektedir. Yargıtay, eğitim karşılığı cezai şartları bir takım sınırlandırmalara tabi tutarak, bunun geçerli sayılabilmesi için işçiye verilen eğitim ile işçinin ödemesi gereken miktar arasında bir dengenin olmasını aramaktadır³³⁷. Yani, işveren işçiye yaptığı eğitim harcamalarının üzerinde bir miktarı işçiden talep edemeyecektir. Nitekim, Yargıtay, işverenin fiilen yapmış olduğu masrafları kanıtlamakla yükümlü olduğunu belirttiği bir kararında³³⁸ eğitim harcamalarına ilişkin ispat yükünün işverene düştüğünü açık bir şekilde ifade etmiştir. Ayrıca Yargıtay bu konuda vermiş olduğu başka bir kararında, işçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masrafların o işçiye özgü olmak şartıyla ancak yazılı delile ispat edilebileceğine hükmetmiştir³³⁹.

3.2.3. İş Sözleşmesinin İçeriğinin Değiştirilmesine İlişkin İspat Sorunları

İşçi ile yazılı bir iş sözleşmesi yapılması veya işçiye çalışma koşullarını gösteren bir belgenin verilmesi, işçinin hak ve borçlarını öğrenmesini sağlayacak ve işçiye belirli bir güvence sağlayacaktır. Böylece işçi, işverenden sözleşme koşullarını uymasını isteyebilecektir³⁴⁰.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin çıkacak uyuşmazlıklarda, bahsedilen usullerin takip edilmesi çözümü kolaylaştıracaktır. Ancak işverenin böyle bir belgeyi işçiye vermemesi durumunda, iş sözleşmesinin kapsamının belirlenmesi de bir o kadar zorlaşacaktır. Bu durumda, edimin cinsi ve kapsamı konusunda ispat yükünün, istemde bulunan tarafta olacağı kabul edilmelidir. Yani, iş sözleşmesinin değiştirildiği

³³⁵ Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, 1999, Genel görüşmede Şahin, Uçum ve Şahlanan'ın görüşleri, s.160-161; Çelik, a.g.e., 182.

³³⁶ Y. 9.HD, 10.03.2004, E.2003/14720, K.2004/4609, (Legal İHSGHD, 2004/3, s. 1019).

³³⁷ Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s.148 vd.

³³⁸ "... Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yaralanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir" Y. 9.HD, 10.03.2004, E.2003/14720, K.2004/4609, (Legal İHSGHD, 2004/3, s. 1019).

³³⁹ Y. 9.HD, 14.05.2009, E.2008/1781, K.2009/13520, TÜHİS İş ve İktisat Dergisi, C.22, S.4-5, Kasım 2009-Şubat 2010, s.112.

³⁴⁰ Özdemir, a.g.e., s.164.

iddiasında ispat yükü, norm teorisi uyarınca, sözleşmenin değiştirildiğini ileri sürerek bundan hak çıkarmaya çalışan tarafta olacaktır³⁴¹. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, iş sözleşmesindeki ücretin işçinin rızasıyla düşürüldüğü ve iş sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün sonradan değiştirilmiş olduğunu iddia eden işverenin, bunu kanıtlaması gerektiği belirtilmiştir³⁴². Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararında ise, işçi ücretine zam yapıldığını iddia ediyor ve işçilik alacaklarının bu zamlı ücret üzerinden hesaplanmasını istiyorsa, söz konusu zammın varlığını ortaya koymalıdır³⁴³.

1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay isabetli olarak, çalışma koşullarının değiştirilmesi durumunda, işçinin değişikliği kabul etmiş sayılıp sayılmayacağı konusunda ispat yükünün, yapılan değişikliğin işçi tarafından kabul edildiği vakiasını ortaya koymak şartıyla, işverende olduğunu kabul etmiştir³⁴⁴. Ancak, 1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay, birçok kararında işçinin değişikliğe uzun süre itirazda bulunmamasını, değişikliğin kabulü şeklinde değerlendirerek sonuca gitmiştir³⁴⁵.

4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, Yargıtay'ın geçmişte vermiş olduğu kararlarının geçerliliği ise tartışmaya açıktır. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu 22. maddesine göre, *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz”*. Bu madde hükmü uyarınca, işverenin sözleşme koşullarındaki bir değişikliği ancak işçinin açık rızasıyla yapabileceğini söylememiz

³⁴¹ Bozkurt, **a.g.e.**, s.354.

³⁴² Y. 9.HD, 03.02.1969, E.14026, K.1100, Bozkurt, **a.g.e.**, s.354-355.

³⁴³ Y. HGK, 21.01.2004, E.2004/9-14, K.2004/2, Akyiğit, **Şerh**, S.1351-1352.

³⁴⁴ “...İşverenin davacının çalışma şartlarını tek yanlı değiştirdiğini ve buna dair memorandumu davacıya tebliğ etmek istediği, tebellüğ etmeyince hizmet akdini 1475 sayılı Yasanın 17/II. maddesine göre feshettiği anlaşılmaktadır. İşveren çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak işçinin kabulü ile yapabilir. İşçinin somut olayda böyle bir kabulünün varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Davacının iş şartlarındaki esaslı değişiklikle ilgili memorandumu tebellüğ etmek istememesi işverene iş sözleşmesini 1475 sayılı Yasanın 17/II. maddesi gereğince fesih hakkı vermez. Bu nedenlerle davacının ihbar ve kıdem tazminatları isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Y. 9.HD, 15.09.2003, E.2003/1959, K.2003/14524, (Lebib Yalkın Mevzuat Programı, www.mevbank.com (06.04.2011)).

³⁴⁵ “...Davacı, uzun süre işverenin ücret uygulamasına karşı çıkmamış ve ihtirazı kayıt dermayan etmeden işyeri uygulamasına rıza göstermiştir. Bu durumda tarafların yeni ücret ödemesi konusunda anlaşmalarının kabul edilmesi gerekir. Uzun süre bu uygulamayı kabul eden davacının akdin feshinden sonra niza çıkarması objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Bu sebeplerle davacının fark ücret ve fark ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Y. 9.HD, 06.06.2005, E.2004/29638, K.2005/20207, **Legal İHSGHD**2005/8, s.1703-1704.

gerekmektedir. Yani altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı belirtildiğinden uzun süre sessiz kalan işçinin de çalışma koşullarını kabul etmediği böylece açıklığa kavuşturulmuştur³⁴⁶. Bu maddede belirtilen usule göre, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişiklik ancak durumun işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin bunu kabulü ile gerçekleşecektir. Burada işçiye bildirimden söz edildiğinden, işveren tarafından yapılacak değişiklik önerisinin işçilere genel bir duyuru şeklinde değil, her bir işçiye ayrı ayrı yapılması gerekecektir³⁴⁷. Dolayısıyla çalışma koşullarında değişikliği, işçinin kabul ettiğini ortaya koymak suretiyle işveren ispat etmek durumundadır. Bu durumu ise işveren, işçinin yazılı beyanı ile ispat edebilecektir. İşçinin yazılı beyanı dışında işverenin esaslı değişikliği başka bir belge ile ispat etme imkanı yoktur. Ancak bu hükmün katı bir şekilde uygulanması tartışma konusudur³⁴⁸.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükünün işçiye düştüğü Yargıtay tarafından belirtilmektedir³⁴⁹.

İş K. 22. maddesi uyarınca, işçi değişiklik önerisini altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak şartıyla iş sözleşmesini feshedebilecektir. Böyle bir durumda işçi İş K. 17 ila 21. madde hükümlerine göre işe iade davası açabilecektir. Ancak işverenin de sözleşmede değişiklik yapmasının arkasındaki nedeni ya da başka bir nedeni gerekçe göstererek sözleşmeyi feshediyorsa, bunun İş Kanunu anlamında “geçerli neden” olduğunu ispatlaması gerekecektir. Örneğin, işyerinde yeni teknolojilerin kullanımı neticesinde işçinin görevinde değişiklik yapma

³⁴⁶ Doğan’a göre, maddede getirilen açık hüküm karşısında, esaslı değişikliklerin yazılı olarak yapılması, ispat şartı değil geçerlilik şartı kabul edildiğinden, bu şarta uygun olmayan bir kabul iradesinin açıklanması, kural olarak hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 128-129; Çelik, **a.g.e.**, s.218; Özdemir, **a.g.e.**, s.167-168.

³⁴⁷ Çelik, **a.g.e.**, s.218; Özdemir, **a.g.e.**, s.168.

³⁴⁸ Eğer işyeri veya diğer çalışma koşullarında değişiklik ile ilgili olarak işçi, işveren tarafından açıkça bilgilendirilmişse ve işçi de bu duruma hiç itiraz etmeden iş görme edimini yeni çalışma koşullarına göre uzun bir süre devam ettiriyorsa, işçinin daha sonra şekle aykırılık nedeniyle sözleşmedeki değişikliklerin kendisini bağlamayacağı iddiasında bulunması, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Doğan Yenisey, **Çalışma Koşullarında Değişiklik**, s.130.

³⁴⁹ “...Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.” Y. 9.HD, 17.09.2009, E.2008/6460, K.2009/23305, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, s.340 vd.

zorunluluğu ortaya çıkmış ve işçi bu değişikliği kabul etmemişse, sözleşmeyi fesheden işverenin, değişikliği gerektiren ekonomik ve teknolojik nedenlerin, İş K. m.18 anlamında işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden olduğunu kanıtlaması gerekecektir. Aksi takdirde işçinin işe iade talebi yerinde görülecektir³⁵⁰.

3.3. İş Sözleşmesinin İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları

İşçi ile işveren arasında uyuşmazlıklara sebep olan bir diğer husus, iş sözleşmesinin ifa edilmesi aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkların ispatı açısından konu, işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları ve işçinin iş sözleşmesinden doğan borçları olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

3.3.1. İşverenin Borçlarının İfası ve İspat

İşverenin iş sözleşmesinden doğan başlıca borcu işçisine ödemekle yükümlü olduğu ücreti ödemesidir. Ücret ödeme borcunun yanında işverenin işçiyi gözetme, işçiye eşit işlem yapma gibi borçları da bulunmaktadır. İşverenin bu borçların ifasının ispatının ne şekilde gerçekleşeceğinin, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde sistematik şekilde başlıklar halinde incelenmesi, konunun anlaşılması açısından daha faydalı olacaktır.

3.3.1.1. Ücret Ödeme Borcu

Ücret ödeme borcu, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcunu oluşturur. Ücret, iş sözleşmesinin kurucu unsuru olduğundan, ücret olmaksızın iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir³⁵¹. İşçiler açısından taşıdığı önem nedeniyle ücret, Anayasa'nın 55. maddesinde; *“Ücret emeğin karşılığıdır Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.”* hükmüyle güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde İş K. 32. maddesinde ise ücret *“genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve parayla ödenen tutardır”* şeklinde tanımlanmıştır.

³⁵⁰ Doğan Yenisey, **Çalışma Koşullarında Değişiklik**, s.130-131, Özdemir, **a.g.e.**, s.169.

³⁵¹ Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2010, s.69; Süzek, **İş Hukuku**, s.279;

3.3.1.1.1.Ücretin Ödendiğinin İspatı

İspat hukukundaki esaslar, ücret ödeme borcunun ifası açısından değerlendirildiğinde, bu borcun ifa edildiğini iddia eden işverenin bu borcun sona ermesi sonucunu meydana getiren vakıayı ispat etmesi gerekmektedir³⁵². Aynı şekilde Yargıtay da, pek çok kararında³⁵³ ücret ödeme borcunun yerine getirildiği konusunda ispat yükünün işveren tarafına düştüğünü belirtmiştir.

İşverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için, sadece ücret edimini yerine getirdiğini değil, aynı zamanda ücret ödeme borcuna uygun biçimde ve ödeme kastı ile hareket ettiğini de ispatlamalıdır³⁵⁴.

Ücret ödendiği konusunda ispat yükü, kural olarak işverenin üzerinde ise de, bazen ispat yükü yer değiştirir ve işçiye geçer³⁵⁵. Örneğin işçi, ihtirazi kayıt koymaksızın ücreti kabul etmiş, ama sonradan ücretin tam olarak ödenmediğini ileri sürmüştü, artık ücret konusunda ispat yükü yer değiştirip işçiye geçecektir³⁵⁶.

İş Kanununda ücretin ödendiğinin hangi yolla ispat edileceği yönünde herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda da bu konuda herhangi bir hükme yer verilmemekle beraber, bu kanunda açıklık bulunmayan hallerde HUMK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir (m.15). Bu konuda sadece ücret hesap pusulası ile ilgili bir hükme yer verilmiştir³⁵⁷. Ücret ödenmesinin tespitine yönelik olarak İş Kanununun 37. maddesinde, *“İşverene işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek*

³⁵² Centel, **Ücret**, s.387; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.119; Süzek, **İş Hukuku**, s.297.

³⁵³ “...İş davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda, ispat hukukunun genel esaslarına uygun olarak, iş sözleşmesinin haklı olarak bozulduğunun ve bir emek karşılığı olmayan hafta ve genel tatil ücretlerinin ödenmiş bulunduğu ispat yükü işverene düşer.” Y. 9.HD, 09.06.1967, E.1967/5448, K.1967/5342, Çenberci, **Şerh**, s.527, md. 26); Y. 9.HD, 03.11.1972, E.6107, K.30506, **İBD**, C.47, 1973/3-4, s.494; “...İşyerinde 01/09/1994 günü çalışmaya başlayan işçinin Eylül ayı ücretine hak kazandığı kabul edilir ve bu ücretin ödendiğinin işverence ispatı gerekir”, Y. 9.HD, 08.12.1997, E.1997/16460, K.1997/20408, Ercan Erdiner, **Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi**, Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2004, s.150; “...Ücretin ödendiğinin ispatı davalı işverene düşer. İşverenin ibraz ettiği ücret bordrolarının bir kısmında davacı işçinin imzası bulunmasının üzerinde durulması gerekir”, Y. 9.HD, 30.01.2000, 16453/1392, Akyiğit, **Şerh**, s.1353-1354; bu yönde benzer bir kararlar için bkz. Y. 9.HD, 05.11.2009, E.2008/11367, K.2009/30493, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2008-2009**, Ankara: Başbakanlık Basımevi, Kamu-İş, 2010, s.689; Y. 9.HD, 18.10.2004, E.2004/7006, K.2004/23275, **Legal İHSGHD**, 2005/5, s.298-299.

³⁵⁴ Centel, **Ücret**, s. 387; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.119.

³⁵⁵ Centel, **Ücret**, s.387; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.119.

³⁵⁶ Centel, **Ücret**, s.388; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.119.

³⁵⁷ Süzek, **İş Hukuku**, s.297.

zorundadır. Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mektubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir” hükmü getirilmiştir. Bu yüzden, ücret ödendiğinin ispatı konusunda, HUMK’nun genel esasları uygulanacaktır. Yargıtay da ücretin ödenmesinin ispatı ile ilgili vermiş kararlarda HUMK’da öngörülen delillerle ispata gidileceği sonucuna ulaşmaktadır³⁵⁸. Buna göre, HUMK’un 288. maddesinde 400 YTL’nin³⁵⁹ üstündeki ücretlerin ödendiği iddiası, kural olarak, ancak senetle ispat olunabilecektir.

HUMK’da belirtilen senet niteliğindeki belgelere ek olarak iş yargılamasında ücretin ödendiğini belgeleyen birtakım araçlar da mevcuttur. Bunlar uygulamada makbuz, ibraname, ücret hesap pusulası ve defteri ile ücret bordroları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca günümüzde ücret ödemesinin çok yaygın olan banka aracılığı ile yapılmasından dolayı banka kayıtları da ispat aracı açısından senet olarak değerlendirilebilir. Böylece ücretin ödendiğini belgeleyen bu araçlardan ücretin ödendiğini ispat açısından da yararlanılmaktadır³⁶⁰.

İşverenin ücret ödediğinin ispatı konusunda sahip olduğu en güçlü delil, makbuzdur³⁶¹. Makbuz borçlanılmış edimin alındığını gösteren ve işçi tarafından imzalanan bir belgedir³⁶². Buna göre, makbuzda ödenen ücret miktarı ile ödeyen işverenin adı ve ödemenin yapıldığı tarih belirtilecek ve makbuzun altı, işçi tarafından imzalanacaktır.

İşveren, ücret ödeme borcunu kural olarak yazılı delil ile ispat etmek zorundadır. Ancak istisnai durumlarda elinde yazılı belge olmayan işveren işçinin ikrarı veya işçiye yemin teklif etmesi ve işçinin de yeminden kaçınması durumunda iddiasını ispat etmiş sayılacaktır. Örneğin ücretin ödendiği makbuz, ibraname, ücret hesap pusulası veya defteri,

³⁵⁸ “...Genelde, ödeme savunması, HUMK’un öngördüğü delillerle ispatlanmalıdır”, Y. 9.HD, 05.11.1971, 17600/22169, Çenberci **Şerh**, s.754.

³⁵⁹ “Senede Karşı Tanıkla İspat Yasağı” başlığı altında düzenlenen 6100 sayılı HMK’nın 201/I. fıkrasında bu miktar 2500 TL olarak belirtilmiştir.

³⁶⁰ Centel, Ücret, s.390.

³⁶¹ Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.120.

³⁶² Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.120.

ücret bordrosu yüzde defteri gibi ücretin ödendiğini belgeleyen araçlardan biriyle ispat edilmeye çalışıldığında, ücret borcunun yerine getirilmediğinin ispatı işçiye düşecektir³⁶³.

3.3.1.1.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Uygulamada işçi ile işveren arasında en çok uyuşmazlık çıkan konulardan biri de fazla çalışma ücretlerinin ödenmesi konusudur. Çünkü ülkemizde genellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş mahkemesine dava açılmakta ve geçmiş yıllara ait fazla çalışma iddiaları ileri sürülmektedir. Bu yüzden, fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispat edilip edilmemesi sorunu son derece önem kazanmaktadır³⁶⁴.

3.3.1.1.2.1. İspat Yüğü

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlü olmakla birlikte, diğer ücret alacaklarında olduğu gibi, fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatı da işverene düşmektedir³⁶⁵. Buna göre, fazla çalışma ücretinin ödendiği işveren tarafından ispat edilemezse, mahkeme fazla çalışma ücreti alacağına karar verecektir.

Fazla çalışma yapıldığının tanık delili dahil her türlü delille ispatı mümkün iken, fazla çalışma ücreti ödendiğinin ispatı ancak yazılı delil ile mümkündür³⁶⁶. Gerçekten, işçinin normal çalışma saatlerinin üzerinde çalışması hukuki bir fiil niteliğinde iken, buna karşılık fazla çalışma ücretinin ödenmesi, hukuki bir işlemdir. Bu yüzden fazla çalışma ücretinin ödenmesi hukuki işlem olmasından dolayı HUMK'da belirtilen esaslara göre senetle ispat edilmek zorundadır. Yargıtay'ın da yerleşik içtihatları³⁶⁷ fazla mesai alacaklarının ödendiğinin yazılı belgelerle kanıtlanması gerektiği yönündedir.

³⁶³ Tankut Centel, "Ayrı Sütun Açılmış Bordrolarda Ücretin Ödendiğinin İspatı", (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, S.268, Nisan 2002, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/nisan/34.html> (10.05.2011).

³⁶⁴ Keser, **a.g.m.**, s.696.

³⁶⁵ Şahin Çil, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3, s.75-76.

³⁶⁶ Y. 9.HD, 26.04.1993, E.1992/5786, K.1993/6779, **Çimento İşveren Dergisi**, Temmuz 1993, s.23; Y. 9.HD, 09.10.2003, E.2003/14692, K.2003/16717, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, Şubat 2004, s.68.

³⁶⁷ Y. 9.HD, 09.05.2002, E.2002/291, K.2002/7370, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (08.04.2011).

3.3.1.1.2.2. İşverenin Delilleri

İşveren, fazla çalışma ücretinin ödendiğini ücret bordrosu, ücret hesap pusulası, ibraname ve yemin delilleri ile ispat edebilir. Bu noktada işveren fazla çalışma ücretini ödediğini tanık delili ile ispatlaması mümkün değildir. Çünkü burada hukuki işlem söz konusu olduğu için işveren kesin delil ile ispat yükümlülüğü altındadır. İşverenin fazla çalışma ücretinin ödendiğini hangi ispat araçları ile ispat edebileceği aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.3.1.1.2.2.1. Ücret Bordrosu

Fazla çalışma ücretinin ödenip ödenmediğinin tespiti konusunda yazılı belgelerin başında herhangi bir şekle tabi olmayan³⁶⁸, işçilerin imzasının bulunduğu ücret bordroları gelmektedir. Fazla çalışma ücretin ödendiğinin ispatı açısından ücret bordrosunun güçlü bir delil olmasını sağlayan ücret bordrosunda işçinin imzasını taşımasıdır³⁶⁹. Yargıtay'ın kararlarında da belirttiği üzere imzalı bordo işçiyi bağlamaktadır³⁷⁰. Bu yüzden bordroda imzası bulunan işçi, ücret bordrosunda fazla çalışma ücretinin gösterilen miktardan fazla olduğunu iddia ettiğinde bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.

Yargıtay, bordrolarda fazla mesai sütununun doldurulmuş olup olmaması ile ihtirazi kayıt olup olmaması veya bordroların imzalı olup olmaması gibi durumları değerlendirerek fazla çalışma ücretlerinin ispatına ilişkin esasları belirlemektedir.

Yargıtay'a göre, fazla mesai sütunu bulunmasına rağmen, o ay için fazla mesai tahakkuk ettirilmemiş ücret bordrosu, ihtirazi kayıt ileri sürülmeden işçi tarafından imzalanmış olsa bile, işçinin o ay fazla çalışma yapmadığını anlamına gelmez³⁷¹. Yargıtay'ın bu kararı aynı şekilde Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir. Bu karara göre; *“...bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunup da bu sütünün boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez ve böyle*

³⁶⁸ Centel ve Tunçomağ, **a.g.e.**, s.123.

³⁶⁹ Centel, **Ücret**, s.401; Centel ve Tunçomağ, **a.g.e.**, s.123.

³⁷⁰ Y. 9.HD, 16.11.2006, E.2006/9741, K.2006/30253; **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2, s.285-286.

³⁷¹ Ayhan Gençler, **Sosyal Politika Açısından İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Ders Notları)**, 1. Baskı, İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, 1999, s.100; “...Bordrolarda fazla çalışma genel tatil günler ve hafta tatil günlerindeki çalışmalar için herhangi bir ödemenin gösterilmemiş olması durumunda bu bordroları kayıt koymadan imzalayan davacının bu haklarını aldığı anlamı çıkarılamaz”, Y. 9.HD, 15.10.1996, 9637/19560, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (08.04.2011).

bir bordronun işçi tarafından ön koşulsuz (ihtirazi kayıtsız) imzalanmış bulunması da bu haktan feragat edildiği anlamında yorumlanamaz. Çünkü bilindiği gibi, önkoşul (ihtirazi kayıt), belli hakları kullanmak konusunda serbestisini muhafaza etmek isteyen tarafın bu konuda vaki beyanıdır. O halde, bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, işçi tarafından imzalanan belgede ayrı bir sütun bulunmasına rağmen, hiçbir işçiye fazla saat ücreti tahakkuk ettirilmemiş ise bu takdirde bordroyu imzalayan işçilerin ayrıca ön koşul ileri sürmesi gerekmez”³⁷². Bu görüş Yüksek Mahkemenin fazla çalışmanın ödenmesine ilişkin birçok kararında belirtilmiştir³⁷³.

Yargıtay, fazla mesai sütununda ödemelerin yapıldığını gösteren bordroların ihtirazi kayıt ileri sürülmeden imzalanması durumunda işveren lehine güçlü bir delil olacağına karar vermektedir³⁷⁴. Aynı şekilde Yargıtay, ücret bordrolarında işçinin ne kadar fazla mesai yaptığı açık ve kesin bir şekilde gösterilmiş ancak imzalı olan bu bordrolarda işçinin ihtirazi kayıta bulunmaması durumunda, aynı aylara ait fazla çalışma ücreti talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir³⁷⁵. Bu yüzden, fazla mesai yapmış olduğu halde, asıl ücret ve ekleriyle birlikte fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçi, ücret bordrosunu ihtirazi kayıt ileri sürerek imzalamalıdır³⁷⁶. Aksi halde fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılan bordroda daha fazla çalışma yaptığı iddiasının işçi tarafından ileri sürülmesi halinde, bunun mutlaka yazılı delille ispatlanması gerekmektedir³⁷⁷. Yargıtay, buna benzer vermiş olduğu başka kararlarında, ücret bordrosunda fazla mesai sütunu açılmış ve ücreti tahakkuku ettirilmiş ise, bunun üzerinde bir fazla mesai yapıldığı iddiasının eşdeğer bir belge ile ispat edilmedikçe, fazla mesai ücretinin istenemeyeceğine karar vermiştir³⁷⁸.

³⁷² Y.HGK, 27.04.1983, E.1980/9-2386, K.1983/422, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (05.05.2011).

³⁷³ Tankut Centel, “Ayrı Sütun Açılmış Bordrolarda Ücretin Ödendiğinin İspatı”, Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.268, Nisan 2002, , <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/nisan/34.html> (10.05.2011); Süzek, **2001 Yılı Kararları**, s.52.

³⁷⁴ “...fazla mesai ödemelerini gösteren ücret bordrolarının ihtirazi kayıtsız imza edilmesi halinde, artık ödenenin üstünde fazla mesai yapıldığı iddiasıyla istekte bulunulamaz. Davacı ihtirazi kayıt da ileri sürmemiştir. Bu nedenlerden dolayı fazla mesai ücretine ilişkin reddine karar vermek gerekir”, Y. 9.HD, 12.02.1991, E.1990/11596, K. 1991/2306, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (05.05.2011).

³⁷⁵ Y. 9.HD, 21.01.2002, E.2001/19801, K.2002/353, **İBD**, C.76, 2002/2, s.574; Y. 9.HD, 28.11.2002, E.2002/8449, K.2002/22972, Akyiğit, **Şerh**, s.1553-1554; Y. 9.HD, 21.01.2002, E.2001/19801, K.2002/353, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/ayrinti.asp?id=87> (10.05.2011).

³⁷⁶ Soyer, **Değerlendirme 1997**, s.41; Centel, **Ücret**, s.402.

³⁷⁷ Y. 9.HD, 25.09.2007, E.2007/20426, K.2007/28106, **İBD**, C.81, 2007/6, s.2735; Y. 9.HD, 20.11.2007, E.2007/26287, K.2007/34662, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/2, s.294-296.

³⁷⁸ “...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre ücret bordrosunda fazla mesai sütunu açılmış ve yapılan ödeme gösterilmiş ise, bunun üzerine bir fazla mesai yapıldığı eşdeğer bir belge ile isbat edilmedikçe talep edilemez. Puantaj kayıtları ile ücret bordrolarında gösterilen fazla mesai süresi birbirine eşit olması ve

Yargıtay, kural olarak, fazla mesai ücreti tahakkuk ettirilmiş imzalı ücret bordrolarına güçlü birer ispat aracı olarak bakmaktadır³⁷⁹.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlarda tam bir tutarlılık olduğu söylenemez. Zira Yargıtay, bazı kararlarında ücret bordrosunda fazla mesai sütunu açılmış ve ödemenin tahakkuk ettirilmiş olması durumunda, bunun üzerinde bir çalışma yapıldığı iddiasının ancak eşdeğer bir belge ile ispatlanabileceğini kabul etmektedir³⁸⁰. Bazı kararlarında ise, fazla mesai ücretinin tahakkuk ettirilmiş imzalı ücret bordrolarını mutlak anlamda geçerli kabul etmektedir³⁸¹. Bu yüzden işçi tarafından, ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin bordro imzalanmış olsa bile, bordroda tahakkuku yapılmış olan fazla çalışma ücretinin üzerinde bir çalışma yapıldığı iddiası, her türlü delille ispat edilebilmelidir³⁸². Çünkü işçinin yazılı belge ile bordroda tahakkuku yapılanın daha üzerinde fazla çalışma yaptığını ispat etmesi olasılığı varsa da bunun uygulamada tatbikatı pek mümkün görülmemektedir.

Ücret bordrolarında fazla mesai sütunu olmasına rağmen, herhangi bir tahakkuk yapılmamışsa, işveren buna dayanarak fazla çalışma yapılmadığı iddiasını ileri süremez. Çünkü fazla çalışma sütununun boş olması, işçinin lehine bir durumdur ve fazla çalışma

ücret bordrolarının imzalı olması karşısında bu dönemler için fazla mesai ücreti istenemez. Bu nedenle fazla mesai sütunu bulunup ücreti ihtirazi kayıt konulmaksızın davacı tarafından kabul edilen aylar dışarıda bırakılmak sureti ile bazı aylara ait imzasız ücret bordroları ile ilgili kısım için fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması gerekirken tüm süre için davanın kabulü hatalıdır.” Y. 9.HD, 11.03.1998, E.1998/2323, K.1998/1483, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (10.05.2011); “...Ücret bordrolarında fazla çalışma ve hafta tatili ücreti tahakkuk ettirildiği takdirde bordroları ihtirazi kayıtsız olarak imzalayan işçi daha fazla çalışma yaptığını eşdeğer yazılı belgeyle ispatlayamadığı takdirde başkaca bir alacak isteyemez.” Y. 9.HD, 31.01.2005, 12507/2707, Akyiğit, **Şerh**, s.1537.

³⁷⁹ Centel, “Ayrı Sütun Açılmış Bordrolarda Ücretin Ödendiğinin İspatı”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S.268, Nisan 2002, , <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/nisan/34.html> (10.05.2011).

³⁸⁰ Y. 9.HD, 26.05.2005, E.2005/19836, K.2005/14492, **Legal İHSGHD**, 2005/7, s.1298; Y. 9.HD, 12.02.1991, E.1990/11596, K.1991/2306, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (10.05.2011).

³⁸¹ Y. 9.HD, 17.05.2001, E.2001/5424, K.2001/8578, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, (10.05.2011).

³⁸² Ancak Yargıtay belirttiğimiz görüşün aksi yönünde kararlar vermektedir. “...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenen 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 kanıtlaması 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.” Y. 9.HD, 25.02.2010, E.2008/22509, K.2010/4902, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/4, s.242.

yapıldığı tanıkla ispatlanabilir³⁸³. Aynı şekilde fazla mesai tahakkuku ücret bordrolarının bazılarında yapılmışken, bazı aylarda bordrolarda yapılmamış olması durumunda, tahakkukun yapılmadığı aylara ilişkin fazla mesai yapıldığı iddiası kabul edilecek³⁸⁴ ve burada da tanıkla ispat yoluna gidilebilecektir³⁸⁵. Yargıtay, tahakkuk yapılmış aylara ilişkin fazla mesai alacaklarında ise bunların hesaba katılamayacağına³⁸⁶ ve ihtirazi kayıt konmaksızın işçi tarafından imzalanması durumunda, bu miktarın üzerinde çalışma yapıldığının tanıkla ispatının mümkün olamayacağına karar vermiştir³⁸⁷.

Sonuç olarak, fazla mesai iddialarının ispatı konusunda, fazla mesai tahakkuku yapılmış, ihtirazi kayıt konmaksızın imzalanmış ücret bordrolarında, Yargıtay'ın soyut tanık beyanlarına itibar etmeyerek fazla çalışma ücreti taleplerini reddetmesini hayatın olağan akışına uygunluk açısından yerinde buluyoruz. Ayrıca, Yargıtay'ın tahakkuk yapılan aylarda yapılan fazla mesai ücretlerinin hesaba katılmayacağı, ancak tahakkuk yapılmayan dönemlere ilişkin tanık deliline başvurularak fazla mesai ücretlerinin tespit edilebileceği yönünde vermiş olduğu kararlara da katılmaktayız.

3.3.1.1.2.2. Ücret Hesap Pusulası

Fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatı açısından ücret hesap pusulasının da önemli bir rolü bulunmaktadır³⁸⁸. İş Kanunu m.37/I'de, işverenin işyerinde veya banka yoluyla yaptığı ödemeleri gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusulayı işçiye vermek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ücret bordrosunda olduğu gibi herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ücret hesap pusulasının İş Kanununda işveren tarafından düzenlenmesinin zorunlu hale getirilmesi, bu getirilen düzenlemenin kamu düzenini ilgilendirdiğini ve emredici olduğunu göstermektedir³⁸⁹.

İş Kanunu m.37/II. fıkrasında ise ücret hesap pusulasında yer alacak kayıtları ayrı ayrı saymak suretiyle ileride işçi ile işveren arasında çıkacak uyuşmazlıkları önlemeyi amaçlamıştır³⁹⁰. Buna göre, pusulada ödemenin günü, ilişkin olduğu dönem ile fazla

³⁸³ Y. 9.HD, 20.06.2006, E.2006/38666, K.2006/18231, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, s.190-191.

³⁸⁴ Y. 9.HD, 24.05.1977, E.3270, K.8712, Çenberci, **Şerh**, s.1239-1240.

³⁸⁵ Y. 9.HD, 09.05.2002, E.2001/20815, K.2002/7377, **İBD**, C.76, 2002/3, s.828-829.

³⁸⁶ Y. 9.HD, 26.04.2005, E.19836, K.14492, Akyiğit, **Şerh**, s.1564.

³⁸⁷ Y. 9.HD, 04.05.2004, E.2004/3141, K.2004/10519, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/1, s.227-228.

³⁸⁸ Centel, **Ücret**, s.397.

³⁸⁹ Centel, **Ücret**, s.398.

³⁹⁰ Esener, **a.g.e.**, s.180.

çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her türlü eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her türlü kesintilerin gösterilmesi gerekir (İş K. m.37/II).

İşçi, ücret hesap pusulasında fazla çalışma ücretinin ödendiğine ilişkin bir kaydın aksini iddia ettiğinde, ispat yükü kendisinde olacaktır. İşveren böyle bir kaydın olmadığını veya kaydın başka türlü olduğunu ileri sürdüğünde, bu iddiasını ispat yükü kendisine düşecektir³⁹¹.

Ücret hesap pusulasının ücretin ödenip ödenmediği konusunda ispat hukuku açısından delil değeri doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ücret hesap pusulası başka delillerle tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, ücret hesap pusulası, işçiyi ücretinden hangi kesintilerin yapıldığı konusunda bilgilendiren yazılı delil başlangıcı (HUMK m.292/II) kapsamında değerlendirilen bir belgedir ve ücretin ödendiğinin ispatı açısından, tam delil niteliğini taşımaktan uzaktır. Bu yüzden tek başına ücretin ödendiğini ispat etmede yeterli değildir³⁹². Diğer bir görüş ise, işçinin ücret hesap pusulasını ibraz edememesinin, işçi aleyhine sonuç doğurmaması gerektiğini belirtmektedir³⁹³. Ancak işverenin ücretin ödendiğinin ispatı açısından dayandığı bu belgenin aksinin tanıkla ispatına da imkan yoktur. Ücret pusulasında ödeme günü ile yapılan kesintileri ve ücret gösteren ücret hesap pusulasının işçiye verilmesi ile işçinin buna itiraz etmemesi durumunda, işverenin imza ve özel işaretini taşıyan bu belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür³⁹⁴. Ücret bordrosu ile ücret hesap pusulası birbirinden farklı olması durumunda kural olarak ücret hesap pusulasına itibar edilmesi yerinde olacaktır³⁹⁵.

³⁹¹ Centel, **Ücret**, s.398.

³⁹² Ücret hesap pusulasına dayanan işçi ise, bunun HUMK. m.292/II'ye göre yazılı delil başlangıcı sayılması, işverenin ücret hesap pusulasına dayanması durumunda, ücretin ödendiğini ispat bakımından bu belgeyi tam bir delil olarak kabul edilmemesi gerektiği ancak aksinin tanıkla ispatının geçerli kabul edileceği ifade edilmiştir. Centel, **Ücret**, s.399-400; Akyiğit, **Şerh**, s.1448-1449

³⁹³ Çenberci, **Şerh**, s. 771-772; Centel, **Ücret**, s.399.

³⁹⁴ Ücret hesap pusulasına dayanan işçi ise, bunun HUMK. m.292/II'ye göre yazılı delil başlangıcı sayılması, işverenin ücret hesap pusulasına dayanması durumunda, ücretin ödendiğini ispat bakımından bu belgeyi tam bir delil olarak kabul edilmemesi gerektiği ancak aksinin tanıkla ispatının geçerli kabul edileceği ifade edilmiştir. Centel, **Ücret**, s.399-400; Akyiğit, **Şerh**, s.1448-1449.

³⁹⁵ Çenberci, **Şerh**, 772; Centel, **Ücret**, s.400; Akyiğit, **Şerh**, s.1449.

3.3.1.1.2.2.3. İbraname

İbraname, alacakların alındığını ve işverene karşı hiçbir alacağının kalmadığına ilişkin, işten ayrılan işçiye imzalatılan yazılı belgeye (ibra senedi) denir³⁹⁶. İş Kanunu’nda ibraname düzenlenmemesine rağmen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin 2. fıkrasında ilk defa ibraname ile ilgili bir düzenleme getirilmiştir. 6098 sayılı TBK 420. maddenin 2. fıkrasına 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”*.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 132. maddesine göre *“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca bir şekle tabi tutulmuş olsa bile borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”* hükmü ile ibra sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı belirtilmiştir. Ancak 6098 sayılı BK 420. maddesine baktığımızda, ibranamenin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu’nda iş sözleşmelerinin bir yıl ve daha fazla süreli sözleşmelerin yazılı yapılması şeklindeki kuralın geçerlilik şartı olmadığı kabul edildiğinden bu noktada ibra sözleşmesinin yazılı yapılması geçerlilik şartı olarak düzenlendiğinden ortada çelişkili bir durum karşımıza çıkmaktadır.

İbranamenin geçerliliği konusunda genellikle herhangi bir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak ibranamenin yazılı yapılmasının geçerlilik şartı olmadığı kabul edilse bile, sözleşmenin ispatı açısından yazılı olması gerekir³⁹⁷.

Yargıtay’ın fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatına yönelik düzenlenen ibranameler hakkında vermiş olduğu pek çok karar bulunmaktadır. Yargıtay’ın ibranameler hakkında vermiş olduğu bu kararlarına bakarsak, hangi ölçütleri kabul ettiğini daha kolay anlayabiliriz.

³⁹⁶ Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.196; Çelik, **a.g.e.**, s.253; Süzek, **İş Hukuku**, s.599.

³⁹⁷ Erdem Özdemir, “İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.5, Mart 2007, s.39; Şahin Çil, “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.3, 2004, s.139; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.122.

Yargıtay, bazı kararlarında farklı görüşler belirtmesine rağmen, ibranamenin geçmişte doğan bir veya birden çok alacak için düzenlenebileceği ihtimalinden yola çıkarak işçinin ibra ettiği alacakların tek tek sayılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır³⁹⁸. İşçi ile işveren arasında ibraname düzenlenebilmesi için öncelikle bir alacak borç ilişkisi olmalıdır³⁹⁹. Bu yüzden iş sözleşmesinin feshinden önce düzenlenen ve uygulamada genellikle maktu formlar şeklinde işçi tarafından imzalanan ibranamelerin herhangi bir geçerliliği yoktur⁴⁰⁰. Yargıtay, fesihten sonra düzenlenen ve davacının imzasını taşıyan ve fazla çalışma ücretlerinin tam olarak ödendiği başkaca alacağın kalmadığı belirtilen ibranameye itibar etmiştir⁴⁰¹.

İş hukuku uygulamasında ibranamenin işe girerken beyaza imza veya matbu şekilde imzalanıp verilmiş olması geçerliliğini etkileyecektir. Böyle bir durumda işçi, ibranamenin fesihten önce alındığını iddia ediyorsa, ispat yükü kendisine düşmekte ve bu iddiasını işyeri kayıtları ya da tanık delili ile ispatlayabilecektir⁴⁰².

Yargıtay, fazla çalışma ücretinin ödendiği hususunda, “hiçbir alacağım kalmadı” şeklinde genel ifadeleri geçerli saymamakta ve hakkı ortadan kaldırıcı nitelikte olan ibranamenin açık ve kesin şekilde düzenlenmiş olmasını aramaktadır⁴⁰³. İbramenin içeriğinin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay,

³⁹⁸ “...Dosya içinde bulunan ve davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra 3.6.2004- 31.5.2006 tarihleri arasındaki çalışmalarıyla ilgili olarak düzenlenen ibranamede davacının yıllık izinlerini kullandığı, fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerini aldığı belirtilmiş ve işveren ibra edilmiştir. İbramede davacının imzası bulunmakta olup, irade fesadı da ileri sürülmemiştir. Anılan istekler yönünde ibranameye değer verilmelidir. Böyle olunca 3.6.2004-31.5.2006 tarihleri arasında kalan dönem için izin ücreti, hafta tatili ve bayram genel tatil ücretlerin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olmuştur.” Y. 9.HD, 25.09.2007, E.2007/13961, K.2007/27954, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/1, s.266; benzer yönde Y. 9.HD, 16.02.2005, E.2004/13375, K.2005/4441, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.199; Y. 9.HD, 01.02.2005, E.8761, K.2729, Akyiğit, **Şerh**, s.1551-1552.

³⁹⁹ Çil, **İbra Sözleşmesi**, s.135.

⁴⁰⁰ “...iş sözleşmesi devam etmekte olup, sözleşme devam ederken alınan ibranamenin geçerliliğinden söz edilemez” Y. 9.HD, 08.12.2003, E.2003/8998, K.2003/20326, **Legal İHSGHD**, 2004/2, s. 659-660; “...Öte yandan hizmet sözleşmesi 15.5.2002 de sona etmiştir. İbraname ise 31.3.2002 tarihlidir. İşçiden çalışırken alınan ibraname geçersizdir.” Y. 9.HD, 03.03.2005, E.2004/17310, K.2005/7218, **Legal İHSGHD**, 2005/8, s.1767-1768; Süzek, **İş Hukuku**, s.599; Çil, iş akdinin devamı sırasında da feshe bağlı olan ihbar, kıdem tazminatları dışında kalan fazla mesai, hafta tatili gibi alacakların fesihten önce ibraname ile düzenlenebileceğini belirtmektedir, Çil, **İbra Sözleşmesi**, s.138.

⁴⁰¹ Y. 9.HD, 28.12.2004, E.4977, K.29756, Akyiğit, **Şerh**, s.1548.

⁴⁰² Şahin Çil, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.21, Mart 2011, s.68; Çil, **İbra Sözleşmesi**, s.138; Tunçomağ, ve Centel, **a.g.e.**, s.122.

⁴⁰³ Süzek, **İş Hukuku**, s.601; Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.40; Y. 9.HD, 25.09.2003, E.2003/2690, K.2003/15379, **Legal İHSGHD**, 2004/1, s.210-211.

ibraname içeriği ile işverenin çelişkili savunması karşısında fazla çalışma ücretlerinin ödendiği yönünden ibranameye dayanılamayacağına hükmetmiştir⁴⁰⁴.

Yargıtay, miktar içeren ibranameleri, üzerinde yazılı miktarla sınırlı bir makbuz olarak kabul ederken, miktar içermeyen ibranameleri işçinin alacak hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak görmektedir⁴⁰⁵. Ancak son vermiş olduğu kararlarda, Yargıtay miktar içermeyen ibranameler konusunda görüşünü değiştirmiştir. Daha önceden Yargıtay'ın 27.10.2004 tarihli kararı miktar içeren ve içermeyen ibranameler konusunda görüşünü açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bahsettiğimiz bu karara göre; *“...Mahkemece davacının ibraname ve feragatname imzaladığı gerekçesiyle davacının fark ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin istekleri reddedilmiştir. İbranamenin altında hangi alacakların ödendiği ve miktarı ayrı ayrı belirtilmiş bulunmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre böyle durumlarda ibraname miktar içeren alacaklar yönünden makbuz niteliğinde olup fark oluştuğu takdirde bu alacaklar hüküm altına alınmalı, miktar içermeyen diğer alacaklar yönünden ise ibraname olarak geçerli kabul edilmelidir.*⁴⁰⁶.” Daha sonra miktar içermeyen ibranameler ile ilgili vermiş olduğu kararlarda ise işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı gerekçesiyle, miktar içermeyen ve savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranamenin geçersiz olduğunu belirtmiştir⁴⁰⁷. Yargıtay'ın miktar içermeyen ibraname ile ilgili vermiş olduğu bu kararda, İş Hukukunun işçi lehine yorum ilkesinden yola çıkarak ibranamelerin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Özellikle Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinin dikkate alınarak miktar içermeyen ibranamenin geçersiz kabul edilmesi Yargıtay'ın içtihat değişikliğinin en önemli dayanağı olarak kabul edilebilir. Zira,

⁴⁰⁴ Erdem Özdemir, “Yargıtay Kararları Işığında İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, **İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı**, Eylül 2007, s.541; Yarg. 9.HD, 01.02.2005, E.2005/8761, K.2005/2729, Akyiğit, Şerh, s.1564.

⁴⁰⁵ Çağlar Özel, “İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.19, S.4, Temmuz 2005, s.10-11; Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.36; Çil, **İbra Sözleşmesi**, s.153-155.

⁴⁰⁶ Y. 9.HD, 27.10.2004, E.2004/7559, K.2004/24429, Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.37.

⁴⁰⁷ Y. 9.HD, 21.03.2008, E.2007/13059, K.2008/5588, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, C.21, S.4, Mayıs 2008, s.111-114.

Yargıtay'ın yakın tarihli miktar içermeyen ibranameler ile ilgili vermiş olduğu kararlarda da bu gerekçeyi kabul ettiğini görmekteyiz⁴⁰⁸.

Miktar içeren ibranamenin makbuz olarak değerlendirilmesi gerektiği Yargıtay'ın kararlarında istikrar kazanmıştır⁴⁰⁹. Miktar içeren ibraname makbuz niteliğinde işçiye kısmi ödeme yapılmış olarak kabul edilmekle birlikte, işçinin bunun dışında kalan haklarını veya eksik ödemelerini talep etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3.3.1.1.2.2.4. Yemin

Yemin delili, bir vakıayı ispat yükü kendisine düşen tarafın başka delillerle ispat edememesi durumunda diğer tarafa yemin teklif etmesi ile gerçekleşir. Kendisine yemin teklif edilen tarafın yemin etmesi ile o vakıa ispat edilmiş sayılır. Yemin deliline dayanan taraf yemin teklif etmekle iddiasını artık başka delillerle ispat etme hakkını kaybeder⁴¹⁰. Bu yüzden yemin delili tarafların son çare olarak başvuracağı bir kesin delil türüdür.

İşveren fazla çalışma ödendiğine dair yazılı delillerle bu iddiasını ispat edemezse işçiye yemin teklif edebilir. Yargıtay, bir kararında davalı işverenin dayandığı yemin delilinin değerlendirilmeden hüküm verilmesini bozma nedeni saymıştır⁴¹¹.

Yemin deliline işveren dışında işçi de başvurabilir. Fazla çalışma yapıldığını ispatı işçinin üzerindedir. İşçi bu iddiasını her türlü delille ispat edebileceği gibi işverene yemin teklifinde de bulunabilir⁴¹².

⁴⁰⁸ Y. 9.HD, 15.07.2010, E.2008/21686, K.2010/24117; Y. 9.HD, 25.01.2010, E.2009/21164, K.2010/1029; Y. 9.HD, 15.03.2010, E.2008/21802, K.2010/6801; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (10.05.2011).

⁴⁰⁹ Y. HGK, 27.04.1983, 1980/9-3055, K.1983/427; **Yargıtay Kararları Dergisi**, Kasım 1983, s.1581-1583; Y. 9.HD, 21.11.2006, E.2006/29467, K.2006/30663, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2, s.262-263.

⁴¹⁰ Alangoya ve diğerleri, s.344 vd.

⁴¹¹ "...Davalı işçi tanık anlatımları ile işyerinde fazla çalışma yapıldığını kanıtlamıştır. Yapılan fazla mesai ücretinin ödendiğinin ispat yükü davalı işveren üzerindedir, işveren ödemeyi ispatlayan herhangi bir delil sunmamıştır. Ancak, delil listesinde yemin deliline dayanmıştır. Davalı yemin teklif ettiği halde mahkemece gerekçe dahi gösterilmeden yemin yaptırılmadan bu alacak hakkında da karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 9.HD, 17.09.2009, E.2008/9372, K.2009/23312, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, s.570.

⁴¹² Y. 9.HD, 03.03.2005, E.15406, K.6840, Akyiğit, **Şerh**, s.1559-1560.

3.3.1.1.3. Yıllık Ücretli İzin Kullanıldığının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Yıllık ücretli izin hakkı, terimin kendisinden de anlaşılacağı üzere iki unsuru içinde barındırmaktadır. Bunlardan birincisi, işçiye yıllık ücretli izin kullandırılması, bir diğeri ise izin süresi boyunca işçinin ücretinden herhangi bir şekilde kesinti yapılmaması, yani ücret borcunun devam etmesidir⁴¹³. Genel usul hukuku bakımından, yıllık izin ücretinin ödenmesi bir hukuki işlem olarak senetle ispat kuralına tabi iken, buna karşılık işçiye fiilen yıllık izin kullandırılması ilk bakışta hukuki bir fiil gibi görünmektedir. Bu yüzden senetle ispat kuralının uygulanmayacağı söylene de, İş Kanunu 56. maddesinin son fıkrasında “İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesini tutmak zorundadır” hükmüne yer verilmesi ile işverenin yıllık izni fiilen kullandığının belgelenmesi amaçlandığından yıllık izin kullandırılması da ancak senetle ispat edilebilecektir⁴¹⁴.

Yıllık ücretli iznin kullandırılması işveren tarafından yerine getirilmesi gereken bir borçtur⁴¹⁵. Bu nedenle yıllık ücretli izinlerin kullanıldığının gerektiği gibi yerine getirildiğini ispat yükü işverenin üzerindedir⁴¹⁶. Ayrıca İş Kanunumuz izin için gerekli kayıt ve defterleri düzenleme görevini de işverene yüklemiştir. Yıllık izin kullandırıldığını usulüne uygun bir belge ile ispat edemeyen işveren, yıllık izin ücretinden de sorumlu olacaktır. Bu yüzden yıllık izin kullanıldığı iddiasını ileri süren işveren, bunu tanık beyanları ile ispat edemeyecek ancak yazılı delil ile ispat edebilecektir⁴¹⁷.

Yargıtay, yıllık ücretli izinlerin kullanıldığının izin defteri veya eşdeğer bir belge ile ispatlanabileceğini yerleşmiş içtihatlarında belirtmektedir⁴¹⁸. Yargıtay, ispat yükü

⁴¹³ Ürcan, **a.g.m.**, s.804.

⁴¹⁴ Ürcan, **a.g.m.**, s.804-805; Özdemir, **a.g.e.**, s.191.

⁴¹⁵ Mehmet Okan Alp, **Yıllık Ücretli İzin**, Yayınlanmamış Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.101.

⁴¹⁶ Ercan Akyiğit, **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s.308; Ömer Öksüz, “Yıllık Ücretli İzin”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2006/11, s.864; Ercan Akyiğit, “Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.13, S.5, Eylül 1999, s.16.

⁴¹⁷ “...İşçinin yıllık iznini kullandığı, izin defteri veya yazılı bir belge ile kanıtlanabilir. Bu konunun tanık sözleriyle ispatlanması mümkün değildir. Bu nedenle davacının yıllık izin ücreti konusunda gerekli inceleme yapılarak, gerçekleşecek miktara hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır.”, Y. 9.HD, 16.03.1993, E.1992/8957, K.1993/4325, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (10.05.2011); Y. 9.HD, 01.02.2005, E.2004/7365, K.2005/2740, Akyiğit, **Şerh**, s.1669-1670; Öksüz, **a.g.m.**, s.864; Keser, **a.g.m.**, s.700.

⁴¹⁸ Ahmet Sevimli, “Yıllık Ücretli İznin Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Haziran 2010, s.40; “...Yıllık ücretli izin kullandırıldığı davalı işverence izin

üzerinde olan işverene, işçiye yemin teklif ederek de yıllık iznin kullanıldığı konusunda ispat imkanı tanımaktadır⁴¹⁹.

Yıllık izinlerin kullanıldığının, yıllık izin kayıt belgesi, yıllık izin defteri, kartoteks kayıtları, izin formları, imzalı bordro veya eşdeğer bir belge ile ispatlanabileceği uygulamada kabul edilmektedir⁴²⁰. Ancak bunlar dışında herhangi bir kanuni delil ile de yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı ispat edilebilir⁴²¹.

Yıllık izin defteri veya çizelgesinin delil olarak kullanılabilmesi için mutlaka işçi tarafından imzalanmış olması gerekir. Yargıtay da yıllık izin defterinde işçinin izne ayrıldığı ve izinden döndüğü tarihlerin açıklanmamasını işveren aleyhine geçersiz kabul etmiş ve akdin feshine yakın bir tarihte işçiye imzalatıldığı anlaşılan izin izleme defterine itibar edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁴²². Ancak Yargıtay, sonradan düzenlenerek imzalatılan izin defterinin işçi tarafından ispatlanması gerektiğine ve izin defterinin kronolojik sıraya göre düzenlenmemesinin işçinin lehine bir durum olmadığına karar vermiştir⁴²³.

Yıllık iznin kullanıldığını gösteren ispat araçlarının başında yıllık izin defterleri gelmekle birlikte, uygulamada işveren diğer ispat araçlarına da başvurarak yıllık iznin kullanıldığını ispat etmektedir. Örneğin, Yargıtay, yıllık izin defterinde herhangi bir kayıt olmayan ancak işçinin iznini kullandığını gösteren imzalı başka bir belgenin bulunması

defteri veya buna eşdeğer yazılı belgelerle kanıtlanması gerekir” Y. 9.HD, 24.04.2005, E.2005/31174, K.2006/10989, Özkan Ertekin, **Açıklamalı-İçtihatlı İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005, s. 355-356; Y. 9.HD, 25.01.2006, E.2005/17935, K.2006/1299, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2006/10, s.703; Y. 9.HD, 19.11.2002, 9589/21713, Akyiğit, **Şerh**, s.1685.

⁴¹⁹ “...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.” Y. 9.HD, 29.01.2001, 16907/1381, Akyiğit, **Şerh**, s.1683; Y. 9.HD, 30.03.2009, E.2007/39615, K.2009/8219, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.661.

⁴²⁰ Akyiğit, **Şerh**, s.1667; Ürcan, **a.g.m.**, s.804-805; Keser, **a.g.m.**, s.700;

⁴²¹ Y. 9.HD, 03.04.2006, E.2005/29411, K.2006/8284, Ertekin, **a.g.e.**, s.356.

⁴²² Y. 9.HD, 07.02.2005, E.2004/13529, K.2005/3151, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/6, s.716.

⁴²³ “...Davacı işçinin imzasını taşıyan yıllık ücretli izin defteri dosyaya sunulmuştur. Davacı, defterin sonradan düzenlendiği ve tüm işçilere imzalatıldığı, gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştü de, mahkemece dinlenen davacı tanıkları işverene karşı aynı isteklerle dava açan işçiler olup, her yıl 15 gün izin kullandırıldığını belirtmişler, buna göre davacının iddiasını doğrulamamışlardır. Kaldı ki; aynı mahkemede seri halde yargılaması yapılan diğer dosyalarda anılan izin defterine itibar edilmiş ve izin isteklerinin reddine karar verilmiştir. Gerçekten izin defterinde davacı işçinin izinlerini kullandığı imzasıyla bellidir. İzin defterinin kronolojik sıraya göre düzenlenmemesi sonuca etkili olamaz. Bu nedenle izin defterine değer verilerek sonuca gidilmelidir”, Y. 9.HD, 08.05.2001, E.2001/3780, K.2001/7975, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (30.04.2011).

halinde işverenin yıllık izin ücretinden sorumlu olmayacağına hükmetmiştir⁴²⁴. Ayrıca iznin kullanıldığını gösteren ücret bordroları da ispat açısından kabul edilmektedir⁴²⁵. Hatta yıllık iznin kullanıldığı konusunda geçerli bir ibraname de ispat aracı olarak kabul edilmektedir.

Yıllık izin ücretinin ödendiğinin ispatı da yine yıllık iznin kullanılmasında olduğu gibi işveren tarafından yazılı bir belge ile yapılabilecektir. Ancak işçiye yıllık izin kullanılmış olduğunun ispatı, kendisine izin ücretinin de ödendiği anlamına gelmeyecektir. Bu nedenle işçi izin kullandığını kabul etmekle birlikte, izin ücretinin ödenmediğini iddia ediyorsa, ücretin ödendiğini işveren ancak yazılı bir belge ile ispat etmelidir⁴²⁶. Ancak izin ücreti sütunu içermeyen kayıtlarda işçinin imzası bulunsun da, bunlar yıllık izin ücretinin ödendiğine dair işçi aleyhine kesin delil teşkil etmezler⁴²⁷.

Yıllık izin ücretinin ödendiğinin ispatı açısından, ücret bordrosunda yıllık izin sütunu ve ücret tahakkuku varsa, böyle bir bordronun işçinin imzasını taşıması halinde işveren lehine ücret bordrosu senet olarak kabul edilmektedir⁴²⁸. Aynı şekilde tesadüfi senet niteliğinde olan, işçinin yıllık izin ücretini aldığını gösteren bir mektup da kesin delil sayılmakta ve işveren iddiasını bu delillere dayanarak ispat edebilmektedir⁴²⁹.

Yıllık izne ait ücretin alındığını iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenmiş ve işçinin imzasını taşıyan ibraname ile de işveren ispat edebilmektedir⁴³⁰. Ancak Yargıtay yıllık izin ücretinin ödendiği konusunda ibranamenin geçerli sayılabilmesi için açık ve kesin bir şekilde düzenlenmiş olmasını, soyut ifade içeren ibranamenin yıllık izin ücretini kapsayan bir ibraname olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir⁴³¹.

⁴²⁴Y. HGK, 06.04.1994, E.1993/9-985, K.1994/199, Bozkurt, **a.g.e.**, s.349; Y. 9.HD, 20.06.2005, E.2004/31944, K.2005/21997, Ertekin, **a.g.e.**, s.374.

⁴²⁵ Y. 9.HD, 14.11.2002, 6867/21405, Akyiğit, **Şerh**, s.1685.

⁴²⁶ Ürcan, **a.g.m.** s.805, Keser, **a.g.m.**, s.701.

⁴²⁷ Çenberci, **Şerh**, s.655-656.

⁴²⁸ Ürcan, **a.g.m.**, s.805.

⁴²⁹ Yarg, 9.HD, 30.09.2003, E.2003/2771, K.2003/15686, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (06.05.2011); Özdemir, **a.g.e.**, s.196.

⁴³⁰ Y. 9.HD, 03.06.1997, 7572/10644, Akyiğit, **Şerh**, s.1690; Y. 9.HD, 03.07.1996, E.1996/3739, K.1996/15303, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (06.05.2011).

⁴³¹ Y. 9.HD, 01.03.1999, 2427/3759, Akyiğit, **Şerh**, s.1698; Yargıtay, hizmet akdi devam ederken yıllık izin ücreti alacağı ile ilgili ibraname alınması durumunda bu belgeye ibraname olarak değer vermemektedir. (Yarg, 9.HD, 09.03.2005, 16669/7777, Akyiğit, **Şerh**, s.1705).

Ayrıca yıllık iznin ispatında işverenin izin defteri veya eşdeğer bir belge mahkemeye ibraz edememesi halinde son çare olarak yemin teklifine başvurabilmesi de mümkündür⁴³².

3.3.1.2. Eşit Davranma Borcunun İspatı

Hukukumuzda işverenin eşit davranma borcunun pozitif dayanağı ilk olarak Anayasa'nın 10. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın belirttiğimiz bu maddesine göre, *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”*

4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinde ise eşit davranma ilkesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, *“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır. 20. 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”* (İş K. m.5).

İş Kanunu 5. maddesinde, ayrımcılığın ispatı konusunda ayrı bir düzenlemeye gidilmesinin nedeni, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere⁴³³, Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamaktır. Özellikle dolaylı ayrımcılık açısından işçilerin karşılaştığı

⁴³² Özdemir, a.g.e., s.197.

⁴³³ Uçum ve Çakmakçı, a.g.e., s.34-35.

ispat güçlüklerini dikkate alarak Divan, açık bir ayrımcılığın mağduru olan işçileri ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlayacak ispat araçlarından mahrum etmemek için gerekiyorsa ispat yükünün hafifleyeceğini kabul etmiştir⁴³⁴. Divanın eşitlik ilkesinin uygulanmasına yönelik vermiş olduğu içtihat daha sonra 15 Aralık 1997’de “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Halinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin 97/80 sayılı Yönerge”ye konu olmuş ve bu yönerge 13 Temmuz 1998’de 98/52/CE sayılı Yönergeyle değiştirilmiştir. Yönergenin 4. maddesine göre, üye devletlerin ulusal usul hukuku sistemlerinde ayrımcılığa uğradığını düşünen bir işçinin, mahkemede veya diğer bir yetkili merci önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın mevcut olduğu kanaatini uyandıracak vakıaları sunması halinde, cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın olmadığını iddia eden tarafın iddiasını ispatlaması için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır⁴³⁵. Aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu da işçi ayrımcılığının mevcut olduğu ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işverenin böyle bir ayrımcılığın olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağını hükme bağlaması, ispat yükünün işçi lehine hafifletilmesine yönelik Divan içtihadı ve yukarıda bahsettiğimiz Yönergelerle paralellik göstermektedir⁴³⁶.

İş Kanunu’na göre işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı kural olarak işçi tarafından ispatlanmak zorundadır (İş K. m.5/son). Ancak bu konudaki ispat zorluğunu dikkate alan kanun koyucu bu kuralı işçi lehine esnetme gereği duymuş ve iki durumda ispat yükünün işverende olduğunu hüküm altına almıştır. İlk olarak eşit davranma ilkesine aykırılık işverenin geçerli olmayan bir nedenle iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanıyorsa ve bu hususta işe iade davası açmışsa İş K. m.20/2 gereğince ispat yükü işverenin üzerindedir. Bir diğer durum ise işçi işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edememekle birlikte bu ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde ortaya koyduğu takdirde işveren böyle bir ihlalin var olmadığını ispatla yükümlü olacaktır⁴³⁷.

⁴³⁴ Kübra, Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan, C:6, S:4, 2002, s.66. (Kadın-Erkek Eşitliği).

⁴³⁵ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s.67; Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, 1.Baskı, Ankara: Belediye-İş Yayınları, Mart 2008, s.119.

⁴³⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.219.

⁴³⁷ Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.93-94; A. Can Tuncay, “Eşit Davranma ve Eşitlik İlkesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.35, Sarper Süzek,

Yargıtay'ın eşit davranma borcuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından vermiş olduğu kararlara baktığımızda genel olarak isabetli değerlendirmelerde bulunduğunu görmekteyiz. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında objektif ve haklı olmayan sebeplerle işçilere farklı işlem yapılamayacağına hükmetmiştir⁴³⁸. Bunun gibi Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandırmaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁴³⁹. Aynı şekilde, işverenin işyerinde çalışan işçilere seyyanen yapılan ücret zammından yararlandırmaması eşitlik ilkesine bağdaşmaz⁴⁴⁰.

Buna karşılık, Yargıtay'ın objektif niteliklerin dikkate alınarak uygulandığı durumlarda işçiler arasında ücret zammında ayırım yapılabileceğine hükmettiği kararlar da bulunmaktadır⁴⁴¹. Bunun gibi işverenin bazı özellikleri dikkate anlık suretiyle ikramiye veya sosyal yardımların ödenmesinde belli gruplandırmalara gidebilir. Ancak işveren bu konuda serbest ise de, bu grupların oluşturulmasında keyfi davranamaz ve haklı nedenler olmadıkça aynı gruptaki işçiler arasında farklı işlem yapamaz⁴⁴².

3.3.2. İşçinin Borçlarının İfası ve İspat

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcunu iş görme borcu oluşturmaktadır. Bu nedenle iş görme borcu iş sözleşmesinin asli unsurlarındandır. İşçi, iş görme borcunu kanun ve sözleşme hükümlerine ve işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak yerine getirir. İşçinin iş görme borcunu yerine getirdiğinden bahsedebilmek için işçinin mutlaka fiilen çalışması gerekmez. Nitekim, işçinin işyerinde ve her an iş görme borcunu ifaya

“İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, s.36; Eyrenci ve diğerleri, **a.g.e.**, s.143; Keser, **a.g.m.**, s.702.

⁴³⁸ Y. 9.HD, 03.04.2000, E.2000/1034, K.2000/4713, Çil, **Şerh**, s.89-90.

⁴³⁹ Y. 9.HD, 18.02.2003, E.2002/13208, K.2003/1836, **Legal İHSGHD**, 2004/3, s.1075-1076; Y. 9.HD, 08.04.2004, E.2003/18893, K.2004/7996, **Legal İHSGHD**, 2005/5, s.364-365; Y. 9.HD, 05.04.2005, E.2005/9518, K.2005/12140, **Legal İHSGHD**, 2005/8, s.1746-1748.

⁴⁴⁰ Süzek, **İşverenin Eşit Davranma Borcu**, s.28; Eyrenci ve diğerleri, **a.g.e.**, s.143; Çelik, **a.g.e.**, s.166; Karar incelemesi için Bkz. Erdem Özdemir, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/5, s.252 vd.

⁴⁴¹ “...Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliği ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararı ile ücretlerinin yükseltildiği görülmüştür. Böylece davalı belediye elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektedir.” Y. 9.HD, 30.03.1973, E.1973/37337, K.1973/8164, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (06.05.2011).

⁴⁴² Kübra Doğan Yenisey, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/7, s.997; Süzek, **İşverenin Eşit Davranma Borcu**, s.29.

hazır halde bulunmakla birlikte çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek geçireceği süre içerisinde işçi iş görme borcundan kurtulur⁴⁴³.

3.3.2.1. İş Görme Borcunun İfasının İspatı

İş görme borcu, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan iş sözleşmesinin işçiye yüklediği en önemli ve başlıca borcunu oluşturmaktadır⁴⁴⁴. Edimin (ifanın) ispat yükü borçluya aittir. Çünkü edim hak düşüren bir olaydır. Borçlunun davacı veya davalı konumunda olmasının önemi yoktur⁴⁴⁵. İş sözleşmesi taraflarından işçinin çalışması karşılığında işverenden ücret talep edebilmesi için talep ettiği ücret karşılığını oluşturan çalışma vakiasını kanıtlaması gerekmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında ücretin çalışma karşılığında olduğunu belirterek, işçinin ücret talebinde bulunabilmesinin işçi tarafından ispat edilmesine bağlı olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁴⁶.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan başlıca borcu ise ücret ödeme borcudur. İşverenin bu borcu hukuki bir işlem niteliğinde olduğundan, bu borcun yerine getirildiğinin ispatı, HUMK m.288 gereğince ancak senetle mümkündür. Buna karşılık, işçinin ücret ödenme borcunun karşılığı olan iş görme borcu, hukuki bir fiil niteliğinde olduğundan işçi tarafından bu borcun yerine getirildiği her türlü delille ispat edilebilecektir. Dolayısıyla iş yargılamasında işçi bakımından senetle ispat zorunluluğu kuralının işverene nazaran daha sınırlı bir uygulama alanı olacaktır⁴⁴⁷.

3.3.2.2. Fazla Çalışma Yapıldığının İspatı

İş görme borcunun ispatı uygulamada daha çok fazla mesai istekleri açısından karşımıza çıkmaktadır. Fazla mesai ücretlerinin ödendiğini ispat yükü işverene ait olmakla birlikte, fazla çalışma yapıldığının ispat yükü de işçinin üzerindedir⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Sümer, **a.g.e.**, s.61.

⁴⁴⁴ Çelik, **a.g.e.**, s.119; Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.117; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.85.

⁴⁴⁵ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.290.

⁴⁴⁶ “...İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir” Y. 9.HD, 13.07.2010, E.2008/33562, K.2010/23192, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (06.05.2011).

⁴⁴⁷ Ücran, **a.g.m.**, s.779-780; Özdemir, **a.g.e.**, s.230.

⁴⁴⁸ Çelik, **a.g.e.**, s.305; Süzek, **İş Hukuku**, s.630; Süzek, **2001 Yılı Kararları**, s.49; Şakar, **a.g.e.**, s.96; Soyer, **Değerlendirme 1997**, s.37; Ercan Akyiğit, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, C.19, S.4, Mayıs 2005, s.14.

İşçi fazla çalışma yaptığını her türlü delil ile ispat edebilir. Bahsettiğimiz üzere, işçinin fazla mesai ücreti talebini dayandırdığı çalışma olgusu hukuki bir fiil olduğundan bunun tanık delili dahil her türlü delille ispatlanması mümkündür⁴⁴⁹. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda fazla mesai iddialarının her türlü delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir⁴⁵⁰. İşçi tarafından fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konusunda uygulamada genellikle tanık deliline başvurulmaktadır. Fazla çalışma yapıldığının tanık beyanlarıyla kanıtlanması birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Çoğu zaman özellikle davacı tanıklarının mahkemede beyan ettikleri ölçsüz ve abartılı anlatımlar hayatın gerçeklerine tamamen aykırı olabilmektedir⁴⁵¹. Burada önemli olan kullanılan delillerin işçinin fazla çalışma yaptığı olgusunu somut ve inandırıcı olarak ortaya koymasıdır.

Fazla çalışma yapıldığı konusunda ilk başta ücret hesap pusulaları ve bordrolar olmak üzere, işçinin fazla çalışma yaptığını gösteren her türlü yazılı belge, satış raporları, servis kayıt formları, işyeri iç yazışmaları, müfettiş raporları ve puantaj kayıtları ispat aracı olarak kullanılmaktadır⁴⁵².

Fazla çalışma tahakkuku yapılmış bordronun ihtirazi kayıt ileri sürülmeden imzalanması durumunda, o dönemde bordroda belirtilenden daha fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin, bunu ancak yazılı delil ile ispat edilebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁴⁵³. Yargıtay, ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılmış ve ihtirazi kayıt konmaksızın işçi tarafından imzalanmışsa, bu bordroların gösterdikleri dönemler için belirtilen miktarın üzerinde fazla çalışma yapıldığının tanıkla ispatının mümkün olmadığına karar vermektedir⁴⁵⁴. Yargıtay'ın yeni tarihli vermiş olduğu bir kararında ise, "...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının 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

⁴⁴⁹ Ürcan, **a.g.m.**, s.780; Soyer, **Değerlendirme 1997**, s.37.

⁴⁵⁰ Y. 9.HD, 09.07.2003, E.2003/6965, K.2003/13060, Ertekin, **a.g.e.**, s.366-367.

⁴⁵¹ Erdem Özdemir, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, s.81.

⁴⁵² Y. 9.HD, 0104.2008, E.2007/15191, K.2008/7266, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/3, s.228; Y. 9.HD, 05.05.2005, E.2004/26434, K.2005/15777, Ertekin, **a.g.e.**, s.401.

⁴⁵³ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.507.

⁴⁵⁴ Y. 9.HD, 04.05.2004, E.2004/3141, K.2004/10519, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/1, s.227.

kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemlerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır...⁴⁵⁵.

Başka bir olayda Yargıtay, ücret bordrosunda fazla çalışma sütunu açılmış ve yapılan ödeme gösterilmiş ise, bunun üzerinde fazla çalışma yapıldığının ancak eşdeğer bir belge ile ispat edilebileceği sonucuna ulaşmıştır⁴⁵⁶.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde Yargıtay, işyerinde gerçekleştirilen faaliyetin özelliklerini, işin ve işyerinin fazla çalışma yapmaya uygun olmasını, dönemsel yoğunlaşmanın olup olmadığını dikkate almaktadır⁴⁵⁷.

Davaların fazla çalışma yapılmasından uzun süre sonra açılmış olması, yapılan fazla çalışmaların tam olarak tespitini güçleştirmektedir. Uygulamada genelde fazla çalışmanın tanık beyanları ile ispatı yoluna gidilmesi nedeniyle, normalin üzerinde, yıllarca gece gündüz sürekli olarak fazla çalışma yapıldığı şeklinde ölçüsüz ve abartılı fazla çalışma iddiaları ile karşılaşilmektedir. Bu yüzden Yargıtay bu gerçek dışı iddiaların önüne geçebilmek için fazla çalışmaların ispatı açısından bazı ölçütler getirmiştir⁴⁵⁸. Yargıtay'ın fazla çalışma yapıldığı hususunda birçok kararında kullandığı önemli bir ölçüt "hayatın olağan akışına uygunluk" ölçütüdür⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Y. 9.HD, 23.03.2009, E.2008/25283, K.2009/7597, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.621-622; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 9.HD, 25.01.2010, 2008/14913, K.2010/1276, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/3, s.408.

⁴⁵⁶ "...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre ücret bordrosunda fazla mesai sütununu açılmış ve yapılan ödeme gösterilmiş ise, bunun üzerine bir fazla mesai yapıldığı eşdeğer bir belge ile ispat edilmedikçe talep edilemez. Puantaj kayıtları ile ücret bordrolarında gösterilen fazla mesai süresi birbirine eşit olması ve ücret bordrolarının imzalı olması karşısında bu dönemler için fazla mesai ücreti istenemez. Bu nedenle fazla mesai sütunu bulunup ücreti ihtirazi kayıt konulmaksızın davacı tarafından kabul edilen aylar dışarıda bırakılmak sureti ile bazı aylara ait imzasız ücret bordroları ile ilgili kısım için fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması gerekirken tüm süre için davanın kabulü hatalıdır." Y. 9.HD, 11.03.1998, E.1998/2325, K.1998/4683, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (07.05.2011).

⁴⁵⁷ Özdemir, **a.g.e.**,

⁴⁵⁸ Hatice Karacan, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.88.

⁴⁵⁹ "...Davacı işçinin üç yılı aşkın bir süre çalıştığı ve her iş günü 1.5 saat fazla mesai yaptığı kabul olunarak fazla çalışma alacağı hesaplanmıştır. Bir işçinin her gün fazla mesai yaptığı kabulü hayatın olağan akışına uymaz." Y. 9.HD, 04.03.2004, E.2003/14817, K.2004/4141, **Çimento İşveren Dergisi**, C.18, S.3, Mayıs 2004, s.55; "...Dosya içindeki bilgi ve belgelere özellikle iki taraf tanıklarının anlatımına göre, işyerinde bazı hukuki sorunlar sebebiyle belli dönemlerde çalışma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin bu dönemde fazla çalışma yapması ve hafta tatillerinde çalışması yine milli bayram ve genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır." Y. 9.HD, 29.06.2004, E.2004/20445, K.2004/16188, **Legal İHSGHD**, 2005/5, s.313; Aynı yönde kararlar için Bkz., Y. 9.HD, 20.11.2003, E.2003/8682, K.2003/19629,

Yargıtay’a göre bir işçinin son üç yıllık süre içinde iki buçuk saat ve haftada on beş saat fazla çalışma yapması ve son dört yıl için bayram ve genel tatillerin tamamında çalışma yapması⁴⁶⁰, haftanın altı günü fazla mesai yaparak her gün günde iki saat fazla çalışma alacağının kabulü⁴⁶¹, yaklaşık üç buçuk yıl süre ile haftada beş gün günde üç saat fazla mesai yaptığı ve Cumartesi günü de sekiz saat fazla çalıştığının kabulü⁴⁶² hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle Yargıtay, hayatın olağan akışına aykırı gördüğü fazla çalışma iddialarından “hakkaniyet indirimi”⁴⁶³ veya “takdiri indirim”⁴⁶⁴ adı altında indirim yapılması gerektiğine karar vermektedir. Buna göre Yargıtay, işçinin izin, hastalık, mazeret nedeni ile işe gidememesi, işin mevsim ya da siparişe göre azalması veya yoğunlaşması gibi nedenlerden dolayı uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapmasını hayatın olağan akışına aykırı sayarak, fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine karar vermektedir⁴⁶⁵. Yargıtay bir başka kararında ise yedi yılın üzerinde haftada on iki saat fazla mesai ile bütün milli bayram ve genel tatillerde çalışıldığını insan yaratılışı ve hayatın olağan akışına aykırı bularak bunlardan hakkaniyet indirimi yapılması sonucuna varmıştır⁴⁶⁶.

Yargıtay’ın normal olmayan fazla çalışma iddialarına bir sınır çekmek⁴⁶⁷ amacıyla hakkaniyet indirimine yönelik içtihatları isabetli görülmele birlikte, doktrinde bazı açılardan eleştirilmektedir. Buna göre, Yargıtay’ın bu içtihadı gerçek dışı fazla çalışma iddialarını önlemeye yaradığı ölçüde isabetlidir. Ancak Yargıtay’ın formül gerekçe ile

Legal İHSGHD, 2004/2, s.672-673; Y. 9.HD, 06.12.2003, E.2003/6546, K.2003/18736, **Legal İHSGHD**, 2004/4, s.1425.

⁴⁶⁰ Y. 9.HD, 15.05.2006, E.2006/12907, K.2006/13961, **İBD, İş Hukuku Özel Sayısı**, s.372.

⁴⁶¹ Y. 9.HD, 24.01.2005, 34013/1280, Akyiğit, **Şerh**, s.1548-1549.

⁴⁶² Y. 9.HD, 03.02.2005, 27767/3061, Akyiğit, **Şerh**, s.1552-1553.

⁴⁶³ “...Fazla çalışma ücretlerinden yapılan %30 oranındaki hakkaniyet indirimi, yıllık izin dışında verilen ve mazerete dayanan izinleri kapsamaktadır. Bu nedenle davacının yıllık iznini kullandığı dönemlerin fazla çalışma ücreti hesabında dikkate alınması doğru değildir.” Y. 9.HD, 11.01.2005, E.2004/14117, K.2005/458, **Legal İHSGHD**, 2005/6, s.721-722; aynı yönde; Y. 9.HD, 27.10.2004, E.2004/8455, K.2004/24242, Akyiğit, **Şerh**, s.1337.

⁴⁶⁴ “...Hayatın olağan gelişimine göre bir insanın beş yıl gibi uzun bir süre haftada 33 saat fazla mesai yapması mümkün olmadığı gibi tanık beyanlarına göre de haftanın 7 günü 7.30-18 arası çalışması göz önüne alındığında ara dinlenmesi ile birlikte haftalık fazla mesaisinin 33 saat olması da mümkün değildir. Mahkemece fazla mesai süresinin hesaplanması yönünden bilirkişiden ek rapor alınmalı, netice de izinli, mazeretli, raporlu olduğu günler düşünülerek uygun bir takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” Y. 9.HD, 27.11.2006, E.2006/12190, K.2006/31035, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/2, s.240.

⁴⁶⁵ Yarg. HGK, 24.12.2008, E.2008/9-774, K.2008/785, Kılıçoğlu, , s.628-629; Aynı yönde Y. 9.HD, 17.09.2009, E.2008/9372, K.2009/23312, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, s.569.

⁴⁶⁶ Y. 9.HD, 30.05.2005, E.2004/29239, K.2005/19735, **Legal İHSGHD**, 2005/8, s.1716-1717.

⁴⁶⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.236.

reddettiği bu içtihadı her durumda geçerli kabul edilmemeli ve bu iddiaların somut olayın özelliğine bu uygun düşüp düşmediği araştırılmalıdır⁴⁶⁸.

Fazla çalışma yapıldığının ispatı konusunda bir diğer önemli ayrım da işçinin görevi ve çalışma biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay, işçinin çalışma saatlerini kendisinin serbestçe düzenleme yetkisine sahip olmasını dikkate alarak fazla çalışma iddialarını değerlendirmektedir.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşlerine göre, genel müdür, işletme müdürü gibi üst düzey yönetici durumunda çalışanlar, mesai saatlerini kendileri istedikleri gibi düzenleme yetkisine sahip oldukları için kural olarak fazla çalışma yaptıklarını ileri sürerek alacak talebinde bulunmayacaklardır⁴⁶⁹.

Yargıtay, işyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda fazla çalışma ücretini talep edemeyecektir. Ancak bu işçiyle birlikte üst düzey yönetici konumunda olan bir kimsenin işçiye görev ve talimat veren kendisinden daha üstte bir yönetici veya şirket ortağı olması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlemediği sonucuna ulaşarak kanuni sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep edebileceğine hükmetmiştir⁴⁷⁰. Ancak Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlarda açık bir gerekçeye yer vermediği görülmektedir. Böyle bir yola başvurulma sebebinin ise ispat noktasında yaşanan güçlük olduğu söylenebilir⁴⁷¹.

3.3.2.3. İşçinin Sadakat Borcu ve İspatı

İşçinin sadakat borcuna aykırı davranışı, özen borcunda olduğu gibi “sözleşmenin müsbet ihlali”nin bir örneğini oluşturur ve sözleşmenin ihlal edildiğin, ispat yükü alacaklının, yani işverenin üzerindedir⁴⁷². Buna göre, sadakat borcuna aykırı davranışı nedeniyle işçiden tazminat isteyen işveren, ilk olarak işçinin sadakat borcuna aykırı

⁴⁶⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s.632; Süzek, **2001 Yılı Kararları**, s.49; Soyer, **Değerlendirme 1997**, s.38-39;

⁴⁶⁹ Y. 9.HD, 24.03.2005, 18860/9549, Akyiğit, **Şerh**, s.1563; İlyas Topçuoğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu İşığında Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, TÜHİS Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Yayın No:58, Ankara, 2009, s.137 ve dn. 455.

⁴⁷⁰ Y. 9.HD, 25.05.2010, E.2008/27740, K.2010/14718, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, s.428; Aynı yönde Y. 9.HD, 29.12.2009, E.2009/19722, K.2009/38425, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, s.383.

⁴⁷¹ Hatice Duygu Özer, “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?” Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3, s.149.

⁴⁷² Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.300; Özdemir, **a.g.e.**, s.243.

davranışını, daha sonra ise uğradığı zararı ispat etmelidir. İşverenin ayrıca işçinin kusurunu ispat etmesine gerek yoktur⁴⁷³. İşveren, işçinin sözleşmeyi ihlalinden dolayı kendisini zarara uğrattığı eylemi ve uğradığı zararı ortaya koyduğunda, davalı konumunda olan işçi, kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

İşçinin sadakat borcunun kapsamı bir yere kadar sözleşme ile belirlenebilir. Ancak sadakat borcunu bütünü ile düzenlemek mümkün değildir. Bu nedenle, sadakat borcu kapsamında, işçiden iş ilişkisi süresince işverenin çıkarlarını koruması, onun mesleki sırlarını açıklamaması, işyerinde ortaya çıkan veya çıkabilecek her türlü olumsuzluğu işverene bildirmesi beklenir. Bunların yanında, işverene zarar verecek iş ile ilgili veyahut işyerinde iş ile ilgili olmayan konularda eylem ve işlemlerden kaçınma yükümlülüğü de sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁷⁴. Yargıtay’a göre; işçinin sadakat borcu, işverenin işi veya işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumayı, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmayı gerektirir⁴⁷⁵.

İş K. madde 25/II-e fıkrasında belirtilen, “işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmak” da sadakat borcuna aykırılık sayılmaktadır. Bu madde uyarınca işçi, işi gereği bir şekilde öğrenmiş olduğu sırlarını, işverenin mesleki veya ticari sırlarını saklamak ve başkalarına açıklamamakla yükümlüdür⁴⁷⁶.

İş sözleşmesinin devamı süresince, sadakat borcu kapsamında yer alan ve işçinin yapmama yükümlülüğü altında bulunduğu önemli borçlarından birisi de rekabet etmeme borcudur. Nitekim, işçinin, iş sözleşmesi devam ederken rekabet sayılacak davranışları, İş

⁴⁷³ Sözleşmeye dayanan sorumlulukta, haksız fiile dayanan sorumlulukta kusurun ispatı açısından fark vardır. Haksız fiilde, kural olarak, davacı davalının kusurunu ispat etmek zorunda olmasına karşılık, sözleşmeye dayanan sorumlulukta, davalının kusurunu davacı değil; kendi kusursuzluğunu davalı, yani sözleşmeyi ihlal eden ispat etmelidir. Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.264.

⁴⁷⁴ Eyrenci ve diğerleri, **a.g.e.**, s.108; Çelik, **a.g.e.**, s.124.

⁴⁷⁵ Y. 9.HD, 04.04.2005, E.2005/4880, K.2005/12110, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.323, Aralık 2006, Hukuk Eki-8, s.5; Y. 9.HD, 02.05.2005, E.2004/25130, K.2005/15369, **Legal İHSGHD**, 2005/7, s.1278.

⁴⁷⁶ Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.137; Eyrenci ve diğerleri, **a.g.e.**, s.109. Ancak işçinin öğrendiği bilgilerin niteliği de bu noktada sadakat borcunun ihlalini belirleyecektir. Örneğin, işverenin vergi kaçırması, insan sağlığına zarar veren uygulamalarının bulunması, suç niteliğinde işlemler yapması ya da çevreye zarar vermesi gibi hallerde işçinin bunları açıklaması sadakat borcuna aykırı davranış olduğu anlamına gelmeyecektir. Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.89.

K. m.25/II-e fıkrasında belirtilen “doğruluk ve bağlılığa” uymayan davranışlar olarak işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih nedenidir⁴⁷⁷.

İş sözleşmesi sonrasında rekabet yasağı ise anacak taraflar arasında bir anlaşma yapılmış olması halinde geçerlidir. Eğer taraflar arasında böyle bir sözleşme mevcutsa, rekabet yasağı sözleşmesini ihlal eden işçi, işverene verdiği zararı tazmin etmek zorundadır (BK m. 351/I). Zira, burada da tazminat hukukuna ilişkin genel esaslar uygulanacak ve davacı işveren, yasağa aykırı davranıldığını, uğradığı zararı ve bunun miktarını ve yasağa aykırı davranış ile uğradığı zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispatlamak durumunda olacaktır. Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle tazminat talebinde, borçlunun kusurlu olduğu varsayıldığından, işçi ancak ispat zorluğu olmasına rağmen kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir⁴⁷⁸.

3.4. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları

İş sözleşmesinin sona ermesi çok değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin fesih dışında tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi her zaman mümkündür. Ancak tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir fesih olarak nitelendirilemez. Çünkü fesih tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁷⁹. İş sözleşmesini sona erdiren bir diğer durum ise, özellikle belirli süreli iş sözleşmelerinde karşımıza çıkan belli sürenin geçmesi ile sona ermesidir. Bu durumda da sözleşme feshedilmeyip kendiliğinden sona erdiğinden feshe ilişkin hukuki sonuçlar doğmayacaktır. Bu yüzden çalışmamızın son kısmında iş sözleşmesinin fesih ile sona ermesi durumunda karşımıza çıkacak ispat sorunlarını inceleyeceğiz.

3.4.1. Süreli Fesih Bildirimi İle İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde İspat

Feshi ihbar suretiyle iş sözleşmesinin feshi, taraflardan birinin, sözleşmeyi sona erdireceğini karşı tarafa bildirmesi ile meydana gelir. Yani, iş sözleşmesi belirli bir sürenin (bildirim öneli) geçmesiyle sona erer. Bildirimli fesih İş K. 17/I fıkrasında belirtildiği

⁴⁷⁷ Sümer, **a.g.e.**, s.68; Çelik, **a.g.e.**, 125; Süzek, **İş Hukuku**, s.277; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.89.

⁴⁷⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.244.

⁴⁷⁹ Süzek, **İş Hukuku**, s.395.

üzere, belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmelerinde başvurulabilen ve sözleşmeyi belirli bir süre geçtikten sonra sona erdiren irade beyanıdır.

3.4.1.1. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın Belirlenmesi ve İspat Yükü

İş sözleşmesini fesheden tarafın belirlenmesi, iş yargılamasında sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlıkların başında gelmektedir. İşçi kesimi genellikle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini iddia ederken, işveren kesimi ise işçinin istifa ettiği veya işyerini terk ederek iş sözleşmesini kendisinin feshettiğini iddia etmektedir⁴⁸⁰. Yargıtay bu gibi uyuşmazlıklarda, sözleşmenin ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdirdiğinin ispatının davalı işverene düşeceğini⁴⁸¹ yerleşmiş içtihatlarında kabul etmektedir. Aynı şekilde Hukuk Genel Kurulu'nun, sözleşmenin işçi tarafından sona erdirildiğinin işverence ispatlanması gerektiğini gerekçeleriyle birlikte belirten isabetli bir kararı da bulunmaktadır⁴⁸².

Yargıtay'ın sözleşmenin ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinin ispatının işverene yüklenmesi yönündeki görüşünün isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

3.4.1.2. İspat Yöntem ve Araçları

İş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesinde karşımıza ispat yöntem ve araçları açısından belli bazı durumlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle işçinin yazılı fesih bildirimi ile iş sözleşmesini feshettiğini bildirmesi uygulamada sıklıkla

⁴⁸⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.255.

⁴⁸¹ “İş akdinin kıdem ve ihbar tazminatını gerektirmeyecek şekilde işveren tarafından haklı nedenlerle feshedildiği hususunun işveren tarafından kanıtlanması gerekir. Bu konuda ispat yükü davalı işverene aittir.” Y. 9.HD. 05.07.2010, E.2008/33696, K.2010/22101, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, s.521-523; Aynı yönde Y. 9.HD. 13.06.2007, E.2006/31732, K.2007/18798, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/1, s.304-305; Y. 9. HD, 04.11.1996, E.1996/9883, K.1996/20492, Çil, **Şerh**, s.244.

⁴⁸² “Öncelikle belirtmek gerekir ki, iddia savunma ve dosya içeriğine göre; taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin sona erdiği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. 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 bulunduğu 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 kanıtlaması zorunluluğu ortadadır. Böyle olunca kıdem ve ihbar tazminatı alamayacak şekilde hizmet sözleşmesinin davacı işçi tarafından bozulduğu kanıtlanamamış olduğundan, davanın kabulü gerekir.” Y. HGK, 22.10.1997, E.1997/9-540, K.1997/866, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.05.2011).

karşılaşılan bir durumdur. İstifa dilekçesi olarak adlandırılan bu belgenin feshin işçi tarafından yapıldığını göstermesi bakımından ayrı bir öneme sahip olduğu bir gerçektir. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, işçinin yazılı fesih bildiriminde bulunmaması durumunda ispat kuralları açısından nasıl bir çözüme kavuşturulacaktır.

3.4.1.2.1. İşçinin Yazılı Fesih Bildirimi (İstifa Dilekçesi)

İşveren, istifa olgusunu yazılı belgelerle kanıtlayabilmekte ve işçi tarafından verilen istifa dilekçesi, feshin işçi tarafından yapıldığını gösteren güçlü bir delil niteliğinde kabul edilmektedir. İşçinin istifa ettiği olgusu, işverene yönelik işçinin yazmış olduğu bir dilekçe ile ortaya konulabileceği gibi, işçinin imzasını taşıyan başka yazılı belgelerle de ispatlanabilecektir⁴⁸³. Yargıtay da, işçinin imzasının bulunduğu ve sözleşmeyi kendisinin feshettiğini belirten ibranameyi, işçinin sözleşmeyi kendisinin feshettiğini gösteren bir delil olarak kabul etmektedir⁴⁸⁴. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, istifa dilekçesinin güçlü bir delil olarak kabul edilebilmesi için işçinin imzasını taşıması şarttır. Yargıtay bu konuda işçinin sözlü olarak istifa ettiğine ilişkin tutanaklara itibar etmeyip bunu istifa dilekçesi olarak kabul etmemektedir⁴⁸⁵.

İşçinin imzasını taşıyan istifa dilekçesi, sözleşmenin işçi tarafından feshi açısından işveren lehinde güçlü bir delil oluşturmaktadır. Ancak Yargıtay, istifa dilekçesinin işçinin gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığını çok çeşitli açılardan denetime tabi tutmaktadır⁴⁸⁶.

İşçinin imzasını taşıyan ve istifa iradesini gösteren istifa dilekçesinin hükme esas alınmaması, öncelikle işçinin irade bozukluğunu ortaya koyması ile sağlanabilir. Ancak, bahsettiğimiz istifa dilekçesinin hata, hile veya tehdit ile alındığını ispat yükü genel ispat

⁴⁸³ Özdemir, **a.g.e.**, s.258.

⁴⁸⁴ “Davalı vekili tarafından verilen 6.1.2003 tarihli dilekçe ekinde sunulan belgede, davacının 31.12.1994 tarihinde istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığı ve tüm hak ve alacaklarının ödendiği yazılıdır. Davacı tarafın bu belgedeki imzaya itirazı olmamış, miktar içermemesi ve el yazısı ile düzenlenmediği gerekçesiyle itiraz etmiştir. Belgenin geçerli bir istifa niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre ilk dönem çalışması istifa ile sonlanan davacı işçinin bu çalışmaları ile ilgili olarak ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır.” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.232-233.

⁴⁸⁵ Y. 9.HD, 21.04.2005, E.2005/10927, K.2005/14177, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/3, s.238-239.

⁴⁸⁶ Erdem Özdemir, **İstifa ve İkale İşçinin Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerinin Geçerliliği**, Birinci Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s.14.

kuralları uyarınca, bunu iddia eden veyahut bundan kendi lehine hak çıkaran işçiye düşmektedir⁴⁸⁷.

İstifa dilekçesinin geçersiz sayılması, bunun ancak ciddi bir baskı veya tehdit altında alınması halinde söz konusu olabileceği Yargıtay'ın önüne gelen olaylarda kabul edilmektedir⁴⁸⁸.

Ayrıca istifa dilekçesinin geçerliliği açısından bir diğer önemli husus da, işçinin fesih iradesini açık bir biçimde ortaya koyması gerekliliğidir. Bu bakımdan istifa dilekçesi, bir bütünlük içinde değerlendirilerek çelişkiye mahal vermeksizin ve işçinin nedensiz biçimde iş sözleşmesini sona erdirdiğini açıkça ortaya koymalıdır⁴⁸⁹.

Yargıtay, istifa dilekçesi üzerinde düzeltmeler olması, işçinin uzun süreli bir kıdeminin olması ve sözleşmeyi feshetme niyetinin olmadığını gösteren güçlü emareler ortaya çıkması halinde işçinin sözleşmeyi nedensiz biçimde sona erdirmesinin söz konusu olmayacağına hükmetmiştir⁴⁹⁰.

3.4.1.2.2. İşçinin Yazılı Fesih Bildiriminde Bulunmaması Durumu

İşçi iş sözleşmesini açık bir fesih bildirimi ile sona erdirebileceği gibi sözlü bir şekilde fesih iradesini açıklayabilir veya işyerini terk ederek sözleşmeyi sona erdirebilir. Böyle bir durumda işçi ve işveren tarafları sözleşmenin hangi şekilde sona erdiği konusunda bir belirsizlik olduğundan kendi lehlerine olan vakıaların gerçekleştiğini iddia edeceklerdir. İş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiğinin belirlenmesi konusunda belirsizliğin çözümü, ispat yükü esaslarına göre belirlenecektir⁴⁹¹.

İşçinin işyerini terk etmesi ile sözleşmeyi sona erdirdiğinin ispatının işveren tarafından yerine getirileceği Hukuk Genel Kurulu kararında⁴⁹² açıkça belirtilmiştir. İşveren, işçinin sözlü fesih bildirimini veya işyerini terk ederek iş sözleşmesini

⁴⁸⁷ Özdemir, **İstifa ve İkale**, s.15.

⁴⁸⁸ "...Her ne kadar istifa dilekçesinin işverenin baskısı sonucu verildiği iddia edilmiş isede, davacı dinlettiği tanıklarla bunu kanıtlayamamıştır..." Y. HGK, 29.06.1994, E.1994/9-171, K.1994/487, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.05.2011).

⁴⁸⁹ Y. 9.HD, 20.12.2004, 2004/19145, K.2004/28987, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.05.2011).

⁴⁹⁰ Y. 9.HD, 14.10.2010, E.2008/40996, K.2010/30125, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/2, s.365-368.

⁴⁹¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.273.

⁴⁹² Y. HGK, 22.10.1997, E.1997/9-540, K.1997/866, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.05.2011).

feshetmesini tanık beyanları ile ispat edebilecektir. Ancak Yargıtay tanık beyanlarını birtakım delillerle desteklenmesi koşuluyla geçerli kabul etmektedir. Nitekim, Yargıtay karşısına gelen bir olayda işverenin işçinin işyerini terk ettiği veya istifa ettiği yönündeki savunmaları karşısında devamsızlık tutanaklarının mevcut olmasını aramaktadır⁴⁹³.

Yargıtay istifa dilekçesinde olduğu gibi terk olgusuna dayanarak işçinin kıdem ve ihbar tazminatını hak etmediği yönünde savunmada bulunan işverenin bu iddiasının kendi içinde çelişmemesini aramaktadır⁴⁹⁴. Ayrıca işyerini terk nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda da işçinin işyerini terk etmekte haklı bir nedeni olup olmadığı⁴⁹⁵ veya işverenin işçiyi işten çıkarmasına neden olabilecek bir olayın var olup olmadığı Yargıtay tarafından aranmaktadır⁴⁹⁶.

Özellikle işçinin işyerini terk etmesi işverenin bir davranışı veya işçiye söylemiş olduğu bir söz üzerine gerçekleşmişse, işverenin bu hareketinin bir fesih bildirimi olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla işveren işçiyi uyarmak amacıyla bu şekilde bir davranışta bulunmuş ve işçi de işyerini terk etmişse iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabul edilecektir⁴⁹⁷.

3.4.2. İş Güvencesi ve İspat

Eskiden işçinin yaptığı iş sadece maddi açıdan ele alındığından iş sözleşmesinin feshinde taraflara tam bir serbestlik verilmişti. Ancak günümüzde yapılan iş, işçinin ve ailesinin hayatı ve onun kişiliği açısından değerlendirildiğinden tarafların iş sözleşmesini fesih hakkı belli bir takım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur⁴⁹⁸.

⁴⁹³ “Dosya içindeki bilgi ve belgelerden davacının işyerini kendisinin terk ettiğine dair davalı hiçbir yazılı kanıt ibraz etmemiştir. Davalının ise devam etmeyen işçisi için devamsızlık tutanağı tutması ve bunu kanıtlaması gerekirken bu yola gitmemiştir. Öte yandan İş Müfettişi raporunda da iş akdinin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerektiği belirtilirken işverenin bunun aksini gösterir hiçbir delil sunmadığı vurgulanmıştır...” Y. 9.HD, 21.11.2001, E.2001/14307, K.2001/18285, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.05.2011).

⁴⁹⁴ Y. 9.HD, 30.04.2002, E.2001/20081, K.2002/6787, İBD, C.76, s.572.

⁴⁹⁵ Y. 9.HD, 05.04.2005, E.2005/9518, K.2005/12140, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/3, s.290.

⁴⁹⁶ Y. 9.HD, 09.11.2005, E.2005/5187, K.2005/35381, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/2, s.233.

⁴⁹⁷ Özdemir, a.g.e., s.279.

⁴⁹⁸ Nuri Çelik, “İşçinin Feshe Karşı Korunması”, Ord. Prof. Dr. Reşat Kaynar’a Armağan, İstanbul: İİTİA Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1981, s.43-44.

İş güvencesi kavramı, mevcut bir işin korunması, o işçinin işinin güvence altına alınmasını ifade etmektedir⁴⁹⁹. İş güvencesi dar ve geniş anlamda iş güvencesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işten çıkarılmasını güçleştiren önlemler ile işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı hafifletmeyi öngören tüm önlemlere denir⁵⁰⁰. Dar anlamda iş güvencesi ise “işçinin feshe karşı korunması” anlamını taşıyan ve işverenin bu hakkını kullanırken geçerli bir nedene dayanması, bir uyuşmazlık durumunda bunun işveren tarafından ispat edilme yükümlülüğü ve bunun sonucu olarak da ya işçinin işe iadesi ya da mahkeme tarafından uygun bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir⁵⁰¹.

Tarafların ispat yükü açısından konuyu, dar anlamda iş güvencesi çerçevesinde inceleyeceğiz.

3.4.2.1. Geçerli Nedenin Varlığını İspat Yükü

4857 sayılı İş Kanunu’nda işçinin feshe karşı korunması bakımından iş güvencesini düzenleyen hükümler getirilmiştir. İş K. m.18’e göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine aynı Kanunun 20. maddesinde ise iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği ve feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olacağı, ancak işçi, feshin geçerli başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlü olacağı belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedilmesinde ispat yükü işverenin üzerindedir. Kanunda açık bir şekilde ispat yükü işverene yüklendiğinden bu konuda ayrıca

⁴⁹⁹ Fevzi Şahlanan, “Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.143-144.

⁵⁰⁰ Metin Kutal, “İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.16; Bektaş Kar, “İş Güvencesi Kavramı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/6, s.560

⁵⁰¹ Kutal, a.g.m., s.16.

bir tespit yapılmasına gerek yoktur⁵⁰². Yargıtay da kararlarında bu hususu açıkça belirtmiştir⁵⁰³.

Süzek, İş K. m.20/II. fıkrasında belirtilen işverenin geçerli nedenin varlığını ispatla yükümlü olmasını “*ispat yükünün yer değiştirmesi*” olarak kabul etmektedir. Daha sonra yaptığı açıklamasında, fesih bildirim hakkının kullanılabilmesin geçerli nedenlere bağlayan iş güvencesi sisteminde asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli bir nedenin oluştuğunu yani normal durumun aksini iddia edenin işveren olmasından ispat yükünü üzerine almış olduğunu ifade etmiştir⁵⁰⁴. Ancak *Süzek*’in yukarıda ispat yükünün paylaştırılmasına ilişkin belirttiğimiz görüşüne katılmamız mümkün değildir. *Özdemir*⁵⁰⁵’in de bahsetmiş olduğu üzere, iş güvencesi hükümlerinde ispat yüküne ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş olsa bile genel kural olan hem MK. m.6 hem de 6100 sayılı HMK m.190 gereğince ispat yükü işçide değil işverende olacaktı. Çünkü ispat yükü kanunda özel bir düzenleme olmadığı takdirde iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan hak çıkaranın üzerindedir ve her iddia sahibi iddiasını ispatla mükelleftir.

İspat yükünün iş güvencesi sisteminde işverene yükletilmesi ayrıca mukayeseli hukukta kabul edilen esaslara da uygun düşmektedir. *Alpagut*’un bu konuda vermiş olduğu bilgiye göre⁵⁰⁶ Almanya, İtalya, İsveç, İrlanda, Belçika, Portekiz, İngiltere gibi AB’ne üye ülkelerde ve 158 sayılı ILO sözleşmesinde işçinin feshe karşı korunması çerçevesinde feshin geçerli nedene dayanmasına ilişkin ispat yükünün işverende olduğu belirtilmektedir.

3.4.2.2. İş Güvencesi Kapsamına Giren Uyuşmazlıklarda İspat Yükü

4857 sayılı İş K. 18. maddenin ilk fıkrası ile son fıkrasında iş güvencesinin kapsamına ilişkin belli bir takım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta ilk önce bu düzenlemelerde belirtilen hususların var olup olmadığını inceleyecektir.

⁵⁰² Bektaş Kar, “Feshin Geçersizliği ve İşe İadeye İlişkin Yargıtay İlke Kararları”, **İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s.61.

⁵⁰³ Y. 9.HD, 13.01.2005, E. 2004/16336, K. 2005/1006, , İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (15.05.2011).

⁵⁰⁴ *Süzek*, **İş Hukuku**, s.477.

⁵⁰⁵ *Özdemir*, **a.g.e.**, s.292, dn.958.

⁵⁰⁶ Gülsevil Alpagut, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.100.

Bir iş sözleşmesinin var olduğunu, kendisinin feshe karşı koruma kapsamında bir işyerinde çalıştığını, işverenin bir fesih bildiriminde bulunduğunu ve feshin geçerli sebebe dayanmadığını veyahut herhangi bir sebep gösterilmediğini iddia yükü işçiye aittir. Zira, bu iddialar işçinin lehine hak çıkardığını gösteren kanunda düzenlenmiş koşul vakıalardır. Ancak iddia yükü altında olduğu bu vakıaların tümünde ispat yükü işçiye yüklenmemiştir. İşverenin inkarı halinde, bu vakıalardan aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğunu işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ayrıca işverenin feshe karşı koruma kapsamında bir işyeri olduğunun belirlenmesi de ispat güçlüğü arz edemeyecektir⁵⁰⁷.

İş Kanunu'nun 20. maddesinde, feshin varlığını işçi ispatlamalıdır. Kanunda dava açma süresi fesih bildirimının tebliğine bağlandığı için tebliğ bildirimini elinde bulunan işçi yazılı bir şekilde bunu ispat edebilecektir. Bunun dışında işçinin feshin geçersiz bir sebebe dayandığını ispat yükü altında değildir⁵⁰⁸.

3.4.2.3. Feshin Geçerliliğinin Usuli Koşullar Bakımından İspatı

4857 sayılı İş Kanunu iş sözleşmesinin feshini belli bir takım usuli koşullara bağlamıştır. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (m.19/I). Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez (m.19/II).

Yukarıda sözleşmenin feshine ilişkin öngörülen maddelerden anlaşılacağı üzere, işçinin işe iade talebiyle açmış olduğu bir davada, mahkeme ilk önce bu usul kurallarının var olup olmadığını inceleyecektir.

Feshin geçerli nedene dayanması durumunda dahi, feshe ilişkin usuli koşulların ihlalinin feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Nitekim, Yargıtay da pek çok kararında feshin yazılı olarak yapılması gerektiği aksi halde feshi geçersiz kılacağı

⁵⁰⁷ Muhammet Özkes, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **75. Yaş Günü İçin Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004, s.491; Muhammet Özkes, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, s.145.

⁵⁰⁸ Özkes, **2005 Yılı Toplantısı**, s.134.

sonucuna ulaşmıştır⁵⁰⁹. Burada feshin yazılı yapılması geçerlilik şartı olup buna aykırılık feshin geçersizliği sonucunu doğurur. Aynı şekilde salt sebebin fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş olması da feshi geçersiz kılacaktır⁵¹⁰.

İş Kanunu 109. maddesine göre; *“Bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan bu kişi bunu imzalamazsa, bu durum o yerde tutanakla tespit edilir.”* demek suretiyle İş K. 19/I maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, açıklanan neden hakkında tam bir bilgi sahibi olunması imkanı ile açılacak işe iade davasında feshin geçerli sayılıp sayılmayacağının derhal belirlenmesi açısından ispat kolaylığı sağlanmıştır. Ayrıca işverenin fesih nedeninin ileride değiştirilmesinin de önüne geçilmiştir⁵¹¹.

İşveren, İş K. 19/II maddesine göre işçinin savunmasını almak zorundadır. İşveren işçinin savunmasını aldığı ispat etmek durumundadır. Savunma aldığı ilişkin belgeleri mahkemeye sunamaması durumunda feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine hükmedilecektir⁵¹².

3.4.2.4. Feshin Esas Bakımından İspatı

Feshin geçerliliği bakımından mahkeme tarafından inceleme konusunu ilk olarak usuli koşullar oluşturmaktadır. Bu usuli koşullar incelendikten sonra mahkeme, feshin esas bakımından da geçerli olup olmadığını inceleyecektir. 4857 sayılı İş Kanunu, işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğunu hüküm altına almıştır. Aynı Kanunun 20. maddesinin II. fıkrasında ise işverenin geçerli fesih iddiasını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

İş Kanununun 18. maddesine göre, işveren işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler ileri sürerek iş sözleşmesini geçerli nedene dayanarak feshedebilir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az

⁵⁰⁹ Y. 9.HD, 11.09.2003, E.2003/14676, K.2003/14287; Y. 9.HD, 27.09.2004, E.2004/5522, K.2004/19993, Erol Akı, Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivancılar, **Uygulamada İş Güvencesi**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Temmuz 2005, s.127-129.

⁵¹⁰ Şefik Çalık, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2005, s.185.

⁵¹¹ Akı ve diğerleri, **a.g.e.**, s.123.

⁵¹² Y. 9. HD, 06.09.2004, E.2004/623, K.2004/420, Akı ve diğerleri, **a.g.e.**, s.130.

verimli çalışma, gösterdiği niteliklerde beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendisini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gereği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yeterliliğinin azlığı gibi haller sayılabilir⁵¹³.

İşveren verimlilik ya da işçinin yeterlilik nedenine dayanarak iş sözleşmesini feshetmeye kalktığında bunu ispat yükü altındadır. Yargıtay kararlarında sadece işverenin mahkemeye sunduğu delillere itibar etmeyip, işverenin dayandığı olguların doğru olup olmadığını teknik bilirkişiler vasıtası ile objektif bir şekilde incelemeyerek sonuca gitmektedir⁵¹⁴.

İş Kanununun 18. maddesine göre işveren işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, İş Kanununun 25. maddesinde 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 tedirginliği yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, 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 iş yerinde dolaşmak gibi haller sayılabilir⁵¹⁵.

İşçinin yeterlilik nedenine dayalı olarak geçerli nedenle işverenin iş sözleşmesini feshetmesinde ispat yükü işverenin üzerinde olduğu gibi işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte de ispat yükü işverendedir. Burada işçinin davranışlarının feshi gerektirecek bir olumsuzlukta olup olmadığının belirlenmesinde tanık beyanlarının büyük bir etkisi bulunmaktadır.

İşletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin İş K. 18. maddesinin gerekçesinde örneklerle açıklandığını görmekteyiz. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede

⁵¹³ Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.148; Uçum ve Çakmakçı, **a.g.e.**, s.50.

⁵¹⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s.301.

⁵¹⁵ Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.148; Uçum ve Çakmakçı, **a.g.e.**, s.50.

yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi gibi sebepler sayılabilir. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir⁵¹⁶. Madde gerekçesinde ayrıca, bu uygulamaya giderken işverenden beklenenin feshe en son çare olarak bakması ve bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağı olup olmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır⁵¹⁷.

İş sözleşmesinin bu nedene dayanılarak yapılan feshinde de ispat yükü işverenedir. İşverenin işyeri dışındaki sebeplerin varlığını her türlü delille ispat edebileceği kabul edilebilir. İşveren, ülkede veya kendi sektöründe yaşanan ekonomik krizi, durgunluğu, talep ve sipariş azalmasını; Devlet İstatistik Enstitüsü, Merkez Bankası, Ticaret Odaları gibi kurumların verileriyle ispat yoluna gidebilecektir. Ancak Yargıtay’a göre, ülkede ve sektörde yaşanan ekonomik sorunların ortaya konulmasını yeterli görülmemekte; bu sorunların işletmeye etkisinin somut bir şekilde ortaya konularak kanıtlanması gerekmektedir⁵¹⁸. Nitekim Yargıtay, bir kararında bahsettiğimiz gerekçe çerçevesinde isabetli olarak, turizm sektöründe faaliyet gösteren bir işletmenin, ekonomik kriz ve Irak savaşı nedeni ile kadro azaltılması yoluna gidildiği şeklindeki gerekçeyi yeterli görmemiş, davacı işçi dışında işçi çıkarılıp çıkarılmadığı, işyerinde daha sonra işçinin çalıştığı departmana işçi alınıp alınmadığının SSK sicil kayıtları getirilerek araştırma yapılması ve gerekirse işyerinde bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak işyeri kayıtlarının incelenmesi gerektiğini belirterek, bunun sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmesini ilk derece mahkemesinden talep etmiştir⁵¹⁹.

Feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde, feshin son çare olma ilkesi⁵²⁰ Yargıtay kararlarında sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak feshin son çare olup

⁵¹⁶ Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.151; Uçum ve Çakmakçı, **a.g.e.**, s.51

⁵¹⁷ Uçum ve Çakmakçı, **a.g.e.**, s.51; Özdemir, **a.g.e.**, s.302.

⁵¹⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.303.

⁵¹⁹ Y. 9. HD, 17.05.2004, E.2004/837, K.2004/12071, Akı ve diğerleri, **a.g.e.**, s.99-100.

⁵²⁰ “...işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.” Y. 9.HD, 16.12.2004, E.2004/27003, K.2004/27998, Akı ve diğerleri, **a.g.e.**, s.89.

olmadığı konusunda Yargıtay'ın koymuş olduğu ölçütler genel olarak isabetli görülse de her somut olay bakımından aynı şekilde uygulanabilirliği tartışmalıdır.

3.4.3. Süresiz Fesih Bildirimi İle Fesihte İspat Yükü

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, İş Kanununun 24. ve 25. maddesinde, feshin işçi ve işveren tarafından yapılmasına göre ayrı olarak düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ispat yükünün, geçerli nedenle fesihte olduğu gibi sözleşmeyi fesheden tarafa ait olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Bu yüzden iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ispat yüküne ilişkin esasların işçi ve işveren açısından iki başlık halinde incelenmesi konunun anlaşılması açısından daha uygun olacaktır.

3.4.3.1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde İspat Yükü

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan en temel borcu olarak kabul edilen iş görme borcunu ifa etmemesi, uygulamada sıklıkla işçinin işine devam etmemesi şeklinde gerçekleşmektedir. Sözleşmenin ifa edildiğinin ispatı ise kural olarak borçlunun üzerindedir. Buna göre iş görme borcunun ifa edildiğinin ispatının da işçi tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu söylenebilir. Ancak iş hukukunda bu konu daha farklı bir şekilde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, genel ispat kurallarının aksine, işçinin işyerine geldiğinin ve iş görme borcunu iş sözleşmesine uygun şekilde ifa edildiğinin ispat yükü işverenin üzerindedir.

Sözleşmenin işverence derhal fesih bildiriminde ispat yükünün İş Kanunu'nun 25. Maddesinde belirtilen hususlar uygulamada en sık karşılaşılanlar dikkate alınarak aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

3.4.3.1.1. Devamsızlığın İspatı

4857 sayılı Kanun'un 25/II maddesinin (g) bendine göre, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi durumunda işverene sözleşmeyi bildirimsiz olarak fesih hakkı vermektedir. İşveren kesiminin uygulamada en çok başvurduğu süresiz fesih nedenlerinden biri olan bu

hüküm, ispat açısından önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Nitekim, işveren tarafı sözlü beyanla işçiyi işten çıkarıp, daha sonra gerçeğe aykırı şekilde devamsızlık tutanağı düzenleyerek işçinin iş sözleşmesini İş K. m.25/II. fıkrasının (g) bendine dayanarak devamsızlık yaptığı gerekçesiyle feshetmektedir. Sıklıkla karşılaşılan bu sorun, varlığı iddia edilen devamsızlığın gerçek olup olmadığı ve hakim in uyuşmazlık konusu olay açısından bir fesih mi yoksa bir devamsızlık mı söz konusu olduğu noktasında çözülmesi gereken hususlardır⁵²¹.

İşçinin devamsızlığına dayanarak işçiyi süresiz fesih bildirimi ile işten çıkarmak isteyen işveren, bu konuda mahkemeye işçinin devamsızlığını ispat etmek zorundadır. Burada işverenin işçinin hem işyerine gelmediğini, hem de devamsızlığın kanunda belirtilen sürelerin üzerinde olduğunu ispat etmesi gerekir. Yargıtay da devamsızlık konusunda ispat yükünün açıkça işverenin üzerinde olduğunu pek çok kararında belirtmektedir⁵²².

Devamsızlığın kanıtlanması konusunda işveren, devamsızlığa ilişkin tutmuş olduğu ve işçinin işe gelmediği günleri gösteren tutanakları mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Devamsızlık tutanakları, işçinin işe devam etmediğini gösteren başlıca belgeler olmakla birlikte, bu tutanaklar işverenin diğer delilleriyle desteklenmediği takdirde hükme esas teşkil etmeyecektir⁵²³.

Yargıtay, isabetli olarak, devamsızlığın bir tutanağa bağlanıp da bu tutanakta yer verilen tanıkların tamamının dinlenerek devamsızlık olgusunun hiçbir tereddüde mahal

⁵²¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.308.

⁵²² "...Davacının işyerini sebepsiz terk ettiğini savunan davalı işverenin devamsızlık tutanaklarına ve tanık deliline dayandığı ancak tutanak tanıklarının devamsızlığa ilişkin kesin ve inandırıcı beyan ve açıklamalarının olmadığı gibi devamsızlık tutanaklarını imzalayan tanık H.B'nin davacı ile aynı bölümde çalışmadığı, davacının devamsızlık yaptığını savunan ve ispat yükü üzerinde olan davalı işverenin savunmasını kesin ve inandırıcı biçimde kanıtlayamadığı, işyerinde 5 yıla yakın çalışan davacının tazminat haklarını ortadan kaldıracak şekilde işyerini terk etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu anlaşılmakla davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi hatalı olmuştur" Y. 9.HD, 15.03.2010, E.2008/21993, K. 2010/6810, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/4, s.204-205).

⁵²³ "...Davacının iş aktinin işe devamsızlığı sözlerini içeren 21.4.1987 tarihli tutanağa "feshi uygundur" şerhi verilerek feshedildiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen tutanakta davacının hangi günlerde işe devam etmediği yazılı değildir. İşverenin noterlikten gönderdiği 27.4.1987 tarihli feshi teyid eden ikinci fesih yazısında ise, davacının 26.3.1987, 1.4.1987 ve 20.4.1987 tarihlerinde işe gelmediği yazılıdır. Böylece bir ay içinde 3 gün işe devam etmemesi fesih sebebi olarak gösterilmiştir. O günlerdeki devamsızlığın ispatı davalı işverene aittir. Davalı bu konuda sözü edilen tutanak dışında bir belge ibraz etmemiştir. Dinlettiği tanık ifadeleriyle de bir ay içinde üç gün devam etmediğini ispat edebilmiş değildir. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır." Y. 9.HD, 02.04.1992, E.1991/15678, K.1992/3882, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.06.2011).

vermeyecek şekilde belirlenmesi gerektiğini kararlarında belirtmektedir⁵²⁴. Aynı zamanda Yargıtay kararlarında, işverence tek taraflı tanzim edilen devamsızlık tutanaklarının geçerliliği bu tutanaklarda belirtilen tanıkların beyanları ile desteklenmesi durumunda kabul edilmektedir⁵²⁵. Bunun yanında işverenin işçinin işe devamsızlığını gösteren bu tutanakların diğer belgelerle çelişmemesi de Yargıtay kararlarında⁵²⁶ dikkate alınan bir diğer husustur.

İşverenin işe devamsızlığı önlemek açısından işyerine giriş ve çıkışları denetleyen bir mekanizma kurması da mümkündür. Böylece işyerinde işçilerin işe giriş ve çıkışları, manyetik bir sistemle veya defter ya da imza föyüne imza atılması gibi uygulamalarla denetlenebilir. Bu durumda, söz konusu belgeler, işçinin devamsızlığını gösteren en önemli deliller olarak mahkemeye sunulacaktır. Ancak bu delillerin işverenin kontrolü altında olduğu dikkate alındığında diğer delillerle desteklenmesi şartıyla, işçinin işe devamsızlığını ispatlamaya yeterli olduğu kabul edilmelidir⁵²⁷.

İşçinin devamsızlığının İş K. m.25/II-g’de belirtilen sürelerle ulaşması sebebiyle süresiz olarak feshinde ispat yükü işverende olmakla birlikte, bu devamsızlığın nedenini, işe gelmemesinin haklı bir nedene veya işverenin iznine dayandığını işçi ispatlamak

⁵²⁴ “...Davalı işveren ise, savunmasında davacının iş adinin 15.07.2003 tarihinde devamsızlık nedeni ile feshedildiğini belirterek taleplerin reddini istemiştir. Dinlenen taraf tanıkları, davacının tansiyon hastası olduğunu, işyerinde rahatsızlanıp evine göturdüklerini, daha önceleri de rahatsızlandığını ve işverenin rızası ile bazı günler gelmediğini söylemişlerdir. Dosyada mübrez devamsızlık tutanaklarında davacının 23, 24 ve 25 Haziran 2001 tarihlerinde gelmediği belirtilmiştir. Davalı işveren davacının 15.07.2003 tarihinden sonra devamsızlık yaptığına dair bir belge ve delil gösterememiştir. Dinlenen tanıklar da, davacının bu tarihten sonra işe gelmediğine dair bir beyanda bulunmamışlardır. Davalı, davacının haklı bir neden olmadan belirtilen tarihten itibaren devamsızlık yaptığını kanıtlayamamıştır. İbraz ettiği tutanaklar ise daha önceki tarihlere aittir. Bu durumda davacının iş akdinin 15.07.2003 tarihinde işverence haklı bir neden olmadan feshedildiği kabul edilmelidir. O halde davacının ihbar ve kıdem tazminatlarının bu tarihe göre hesap edilerek hüküm altına alınması gerekir.” Y. 9.HD, 30.11.2005, E.2005/10278, K.2005/37636, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.06.2011); Bu konuda benzer bir karar için bkz. Y. 9. HD, 17.04.2007, E.2007/2106, K.2007/11120, **İBD, İş Hukuku Özel Sayısı**, s.387-388.

⁵²⁵ Y. 9.HD, 08.12.2005, E.2005/12153, K.2005/38893, Y. 9.HD, 01.12.2003, E.2003/8554, K.2003/19839; Y. 9.HD, 20.06.2005, E.2005/17460, K.2005/21876; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.06.2011).

⁵²⁶ Y. 9.HD, 05.10.2005, E.2005/2195, K.2005/32509, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/2, s.252-253); Y. 9.HD, 16.09.2008, E.2007/27186, K.2008/23893, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/2, s.187-189).

⁵²⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.311-312; Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda bu hususa dikkat çekerek “...Davacının hizmet akti, raporunun bitiminden itibaren 1.11.1990 tarihinden başlayarak 5.11.1990 tarihine kadar izinsiz ve mazeretsiz işe gelmemesi nedeniyle işveren tarafından İş Kanunu’nun 17/II-F maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacının söz konusu tarihler arasında işe gelmediği, düzenlenen tutanak, işyerinde tutulan puantaj kayıtları ve bu belgeleri doğrulayan davalı tanığının beyanı ile sabit olmuştur. Mahkemece bu belge ve deliller gözetilmeden sadece davacı tanıklarının beyanlarına dayanılarak davanın kabulüne karar verilmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” sonucuna ulaşmıştır (Y. 9.HD, 06.05.1992, E.1992/96, K.1992/5041, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.06.2011)).

zorunda olacaktır⁵²⁸. Yargıtay da, devamsızlığın varlığının işveren tarafından ispat edilmesi durumunda, bunun haklı bir nedene ya da işverenin iznine dayandığını ispat edecek tarafın işçi olduğunu kabul etmektedir⁵²⁹.

İşçinin devamsızlığının haklı bir mazerete dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde ise, işçinin soyut bir takım beyanlarına bakılmayıp, bunların devamsızlığı haklı kılacak gerekçeler olması gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay, nişanlandığı için, karısının doğum yapması üzerine, kendisinin hastalanması nedeniyle, annesinin, eşinin, kardeşinin ya da çocuğunun hastalanıp bazı sağlık sorunları bulunması gerekçesiyle işe gelemeyen işçinin iş sözleşmesinin İş K. m.25/II-g uyarınca süresiz fesih bildirimi ile feshinin kanuna aykırı olduğunu ve bu durumların haklı fesih sebebi olamayacağını ifade etmektedir⁵³⁰.

3.4.3.1.2. Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Hatırlatıldığı Halde Yapılmamasının İspatı

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) fıkrasına göre, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi iş görme borcunun ihlalidir ve haklı fesih nedenidir. İşverenin işçiye hatırlatmada bulunduğunu ortaya koyması, haklılığını ispat etmesi açısından çok önemli olmakla birlikte, işçiye görevini hatırlattığını işveren ispat etmelidir. Bu nedenle işverenin işçiye ödevli bulunduğu görevleri yazılı olarak hatırlatmasında ispat kolaylığı açısından yarar vardır⁵³¹.

Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu kararlara baktığımızda, işverenin sadece işçiye bir talimat vermesi ve buna işçinin uymaması haklı fesih olarak değerlendirilmemektedir⁵³². Aynı şekilde işçiye yapmakla yükümlü olduğu görevlerin

⁵²⁸ Serkan Odaman, “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.18, S.2, Mart, 2004, s.14; Özdemir, **a.g.e.**, s.313.

⁵²⁹ Y. 9.HD, 01.06.1989, E.1989/2381, K.1989/5076; Y. 9.HD, 06.02.2002, E.2001/17196, K.2002/2375, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.06.2011).

⁵³⁰ Bu kararlar için bkz. Odaman, **a.g.m.**, s.10.

⁵³¹ Serkan Odaman, “ 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004, s.82; Sümer, **a.g.e.**, s.108; Eyrenci ve diğerleri, **a.g.e.**, s.193; Süzek, **İş Hukuku**, s.513; Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.191; Şakar, **a.g.e.**, s.142.

⁵³² “...1475 sayılı İş Kanununda işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmaması haklı fesih nedeni olarak sayılmış ve işçinin bu anlık durumu yeterli görülüşken, 4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin bu görevi yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardın da sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir. İşverenin fesih öncesinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevlerini

hangi görevler olduğunun somut bir şekilde hatırlatılması⁵³³, ancak bu hatırlatmaya rağmen işçinin buna uymaması durumunda haklı nedenle iş sözleşmesi fesih edilebilecektir⁵³⁴.

İş K. m.25/II-h uyarınca iş sözleşmesinin işverence haklı feshi için, işverenin uyarısına rağmen işçinin yerine getirmemekte ısrar etmesi, işçinin görevi kapsamına giren bir iş olması gerekmektedir. İşçinin görevi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan bir işin yapılması için işveren tarafından bir hatırlatma olsa bile, işveren bu hatırlatmaya uyulmadığı gerekçesiyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez⁵³⁵. Nitekim, Yargıtay da, işyerinde makineci olarak çalışan işçinin işverence boyacı olarak işini yürütmesi istenince, görevi içine girmediği için davacı işçi tarafından yapılmaması üzerine iş sözleşmesinin feshinin haklı olmadığına hükmetmiştir⁵³⁶.

İşçi, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya örf ve adet gereğince kendisine yüklenmiş olan herhangi bir işi yapmaması üzerine işverence, söz konusu işin yerine getirilmesi hususunda uyarılmış olabilir. Buna rağmen işçinin yükümlü olduğu işi yapmadığını, bunun üzerine yapması gerektiği hususunun kendisine hatırlatıldığını, ancak yine işçi tarafından yapılmadığını işveren ispat etmekle yükümlüdür⁵³⁷. Bu noktada hatırlatmanın sözlü yapılabileceği göz önüne alındığında, işverenin işçiye yaptığı bu hatırlatmayı tanıkla da ispatı mümkündür⁵³⁸. Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere, hem ispat kolaylığı açısından hem de Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlara baktığımızda, işçiye yapılan sözlü hatırlatmanın yanında bazı koşulların gerçekleşmesi açısından hatırlatmanın yazılı yapılmasında büyük yarar vardır.

hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın sözlü olarak ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür. Bu konuda ispat yükü de işverendedir.” Y. 9.HD, 05.07.2010, E.2008/33696, K.2010/22101, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, s.521-523).

⁵³³ Y. 9. HD, 27.10.2004, E.2004/7539, K.2004/24421, (**Legal İHSGHD**, 2004/5, s.291-292); Y. 9.HD, 30.06.1997, E.1997/10212, K.1997/13230, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (22.06.2011).

⁵³⁴ Y. 9.HD, 05.04.2004, E.2003/ 18645, K.2004/7256, Çil, **Şerh**, s.516-517; Odaman, “Yapmakla Ödevli Olduğu Görevler”, s.83.

⁵³⁵ Odaman, “Yapmakla Ödevli Olduğu Görevler”, s.84.

⁵³⁶ Y. 9.HD, 16.09.1996, E.1996/6046, K.1996/16955, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (22.06.2011).

⁵³⁷ Odaman, “Yapmakla Ödevli Olduğu Görevler”, s.85; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.179.

⁵³⁸ Süzek, **İş Hukuku**, s.513, Özdemir, **a.g.e.**, s.317.

3.4.3.1.3. Sözleşmenin İhlalinin İspatı

İş sözleşmesinden doğan borçların ihlali, iş sözleşmesinin işverence haklı fesih nedenleri olarak İş K. m.25/II’de düzenlenmektedir. Özen borcunun ihlali düzenleyen İş K. 25/II. bendinin (1) fıkrasına göre “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 ücreti tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” iş sözleşmesinin haklı nedenle, tazminatsız fesih nedenidir. Bu maddede bildirilen durum, işçinin özen borcuna aykırı biçimde davranması yani sözleşmenin müsbet ihlali olduğundan bu ihlalin varlığının ispatı işverenin üzerindedir⁵³⁹. Bu maddeye göre, doğan zararın işçinin 30 günlük ücret tutarı ile ödenemeyeceğini ispat yükü işverende⁵⁴⁰ iken, zarar verici olayın meydana gelmesinde kusuru olmadığını ispat yükü ise işçinin üzerindedir.

Feshin genel esasları bakımından, işçinin özen borcunu ihlali duruma göre haklı veya geçerli fesih nedeni olabileceği gibi, nispeten hafif ihlaller fesih nedeni sayılmaz. Özen borcunu ihlalin İş K. 25/II’ye göre haklı fesih nedeni olabilmesi için taraflar arasındaki güven ilişkisini bütünüyle bertaraf edecek ağırlıkta olması ve iş sözleşmesini devam ettirmenin objektif iyiniyet kurallarına göre işveren bakımından çekilmez hale gelmesi aranmaktadır⁵⁴¹.

İş Kanununun 25. maddesinde, işçinin sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirebilecek belli birtakım haller sayılarak bunların gerçekleşmesi durumunda, işverenin sözleşmeyi haklı olarak feshedeceği belirtilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin 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 (m.25/II/a); işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması (m.25/II/b); işçinin işverenin başka

⁵³⁹ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.300.

⁵⁴⁰ Y. 9. HD, 14.07.2008, E.2008/24490, K.2008/20203, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Sayı 36, Haziran 2009, s.5.

⁵⁴¹ Murat Engin, “İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.168.

bir işçisine cinsel tacizde bulunması (m.25/II/c); işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya işçinin işyerinde alkol veya uyuşturucu kullanması (m.25/II/d); işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması (m.25/II/e); işçinin, işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi (m.25/II/f) sadakat borcuna aykırılık oluşturan durumlardır.

İş K. m.25/II'de, işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bu davranışları, özen borcunda belirtildiği üzere, sözleşmenin müsbet ihlali sayıldığından sözleşmenin ihlal edildiğini ispat yükü işverenin üzerindedir⁵⁴². Burada belirtilen sebepler hukuki fiil olarak değerlendirildiğinden, ispat vasıtası olarak tanık deliline başvurulabilecektir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlık, iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak feshedilmesi durumunda, tarafların dayandıkları fesih sebebinin ispatı noktasında çıkmaktadır. Zira, bu sebeple yapılan bir süresiz fesihte, feshi yapanın işveren olması durumunda, işçi hiçbir tazminata hak kazanamamakta iken feshi yapanın işçi olması durumunda ise kıdem tazminatına hak kazanmaktadır⁵⁴³.

İşverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunduğunu ispat yükü altında olan işveren, bu sayılan hallerin ispatını tanık beyanları⁵⁴⁴ veya diğer ispat araçları ile kanıtlayabilecektir. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda, davacı işçinin şoför olarak çalışmakta iken, şehirlerarası yollarda fazladan akaryakıt faturası alarak işverene ibraz edip parasını aldığıının soruşturma sonucunda tespit edilmesini doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul etmiştir⁵⁴⁵. Başka bir kararında ise Yargıtay,

⁵⁴² Y. 9.HD, 12.02.2004, E.2003/12715, K.2004/2005, Çil, **Şerh**, s.521.

⁵⁴³ Keser, a.g.m., s.713.

⁵⁴⁴ "...Dosya kapsamında ifadelerine başvurulmuş davalı tanıklarının görgüye dayalı ifadeleri, olay sonrası tutulan tutanak içeri, davacının tevil yollu anlatımı nazara alındığında, işyerinde şoför olarak çalışan ve uçağa girme yetkisi olmayan davacının uçak içerisinden şirkete ait bir kısım malzemeyi alarak apron trafik görevlisine verdiği, bu davranışın ise doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliği taşıdığı ve işveren bakımından haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır." Y.9.HD, 02.12.2010, E.2009/37243, K.2010/35468, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (23.06.2011).

⁵⁴⁵ Y. 9.HD, 27.11.2006, E.2006/31538, K.2006/31235, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, s.289-290).

işçinin feshe neden olan davranışı ile ilgili olarak işyerinde tutanak tutulmuş olmasını aramakta; aksi halde bunun işverenin aleyhine delil olacağını belirtmektedir⁵⁴⁶.

İşçinin doğruluk ve bağlılık kurallarına uymayan davranışların aynı zamanda ceza davasının konusu içine girmesi durumunda, ceza mahkemesinin verdiği beraat kararının iş mahkemesi hakimini bağlamayacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁷. Buna karşılık, işçinin sadakat borcuna aykırı nitelik taşıyan davranışının ceza mahkemesi hakimisi tarafından verilen mahkumiyet kararı ve bu davada belirlenen maddi olgular bağlayıcı kabul edilecektir⁵⁴⁸.

Sadakat borcuna aykırılık oluşturan davranış nedeniyle, işverenin işçiden tazminat isteyebilmesi için zararın oluşmasına gerek olmadığı gibi, haklı nedenle fesih bakımından işverenin zararını ispat etmesi de gerekmemektedir. Yargıtay bu konuda bir zararın doğmuş olmasının zorunlu olmadığını kabul etmiştir⁵⁴⁹. Yargıtay, gerekçe olarak ise, işçinin davranışı, maddi bir zarara yol açmamış olsa bile, iş ilişkisi işverenle karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olduğundan, bu güvenin sarsıldığı durumlarda işverenden bu ilişkiyi sürdürmesini beklemek imkanı olmadığını belirtmektedir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ "...işyerine sarhoş gelmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranış olduğu açıktır. Sarhoş gelme koşulu gerçekleştiği takdirde aynı kanunun 17/II-ç maddesi uyarınca işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Bunun için sarhoş gelmenin kanıtlanması icabeder. Olayda bu koşul gerçekleşmiş değildir. Zira taraf şahitlerinin anlatımları bu koşulun gerçekleştiğini göstermekten uzaktır. Bundan başka tutulmuş bir sarhoşluk tutanağı veya eşdeğer bir belge de yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, davacı işçinin işini yapmadığı da kanıtlanamamıştır. Bu durumda feshin haksız olduğu kabul edilmeli ve ihbar ve kıdem tazminatı istekleri kabul edilmelidir." Y.9.HD, 24.09.2001, E.2001/10238, K.2001/14273, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (23.06.2011).

⁵⁴⁷ A. Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınevi, C.II, İstanbul: 2001, s.1076-1077; Centel, Centel, **Bireysel İş Hukuku**, s.189; Çelik, **a.g.e.**, s.229; Süzek, **İş Hukuku**, s.511; Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.214-215; Bu konuda verilmiş Yargıtay kararları için bkz. Y. 9.HD. 14.01.1997, E.1996/17431, K.1997/123, (**Tekstil İşveren Dergisi**, Eylül, 1997, s.13); Y. 9.HD. 04.04.2000, E.2000/2465, K.2000/4716, (**İşveren Dergisi**, Ekim 2000, s.16); Y. 9.HD, 15.02.2001, E.2000/19076, K.2001/2751, (**Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs, 2001, s.47).

⁵⁴⁸ Y. HGK. 04.06.1975, E.1975/627, K.1975/724; Y.9.HD, 06.06.1994, E.1994/3809, K.1994/8607; İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (23.06.2011).

⁵⁴⁹ "...Dosyadaki bilgi ve belgelere ve özellikle banka müfettişi tarafından hazırlanan soruşturma evraklarına ve bilirkişilerce düzenlenen rapordaki açıklamalara göre; davacının bankada görevli ... bulunmadığı sırada 3.kişilere karşılıksız provizyon verdiği ve böylece bankacılık işlemlerine aykırı biçimde işverenin güvenliğini sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu işlemlerden zarar doğmadığı ileri sürülmüş ise de bu durum İş Kanunu'nun 17/II. maddesi çerçevesinde oluşan haklı fesih nedenini ortadan kaldırmaz. Böyle olunca, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." Y. 9.HD, 05.12.1994, E.1994/13192, K.1994/17177, (**Çimento İşveren Dergisi**, Ocak, 1995, s.45-46).

⁵⁵⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.325, Tuncay, "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", s.1077.

3.4.3.1.4. Sözleşmenin İfasını İmkansız Kılan veya Güçleştiren Sebeplerin

İspatı

İş Kanunu'nun 25. maddesinin I. bendi ile III. ve IV. bentlerinde sözleşmenin ifasını imkansız kılacak veya güçleştirecek sebepler sayılmıştır. Buna göre, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda (25/I/a); işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda (25/I/b) ve (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17'nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74'üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez (25/I/c). İşçi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması (25/III) ve İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması işverene sözleşmeyi süresiz fesih yoluyla sona erdirmeye hakkı vermektedir.

Yukarıda belirttiğimiz fesih sebeplerini işverenin ispatlaması gerekmektedir. İşveren, 25. madde'nin I. bendinde belirtilen sağlık sebeplerinden, işçinin kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürdüğünü iddia ediyorsa, bu durumda hem devamsızlığın varlığını hem de "işçinin kast, içkiye düşkünlük ve derli toplu olmayan yaşayış" vakıalarını ispatlamalıdır⁵⁵¹.

Uygulamada İş Kanunu'nun taraflara tanıdığı süresiz fesih hallerinden sayılan sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebeplerinin iddia eden tarafından ispatı konusunda pek fazla sorun çıkmamaktadır. Çünkü, sayılan bu hallerin ispatı, diğer haklı nedenle fesih nedenlerine kıyasla daha kolay yapılabilmektedir. Özellikle bu hallere dayanılarak yapılan fesihlerde işçinin kıdem

⁵⁵¹ Özdemir, a.g.e., s.327.

tazminatına hak kazanıyor olması da, taraflar arasında uyuşmazlık çıkmasını engelleyen bir diğer faktördür⁵⁵².

3.4.3.2. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshinde İspat Yükü

İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu maddede, işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanınan haller üç başlık hainde sayılmıştır. Buna göre, işçi iş sözleşmesini, sağlık sebepleri (24/I), ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri (24/II) ve zorlayıcı sebeplerle (24/III) bildirimsiz olarak feshedebilecektir.

Bu madde içeriğine baktığımızda, işçiye derhal fesih hakkı veren bu sebepler için ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü kesin olarak belirlememiz mümkün değildir. Çünkü bu maddede sayılan nedenler, işverenin sözleşmeyi ifa etmemesi, sözleşmenin müsbet ihlali ve sözleşmenin ifasını imkansız kılan veya zorlaştıran hususları düzenlemekte ve içerisinde farklı ispat sorunlarını içermektedir. Bu yüzden, her bir hususun ayrıca incelenmesi, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün belirlenmesi açısından daha uygun olacaktır.

3.4.3.2.1. Sözleşmenin İfa Edilmemesi Durumunda İspat

İspat yüküne ilişkin esaslar, ücret ödeme borcunun ifası açısından değerlendirildiğinde, bu borcun yerine getirildiğini iddia eden işveren, borcun sona ermesi sonucunu doğuran ödeme olayını ispat etmek zorundadır. Ancak, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmiş sayılması için, sadece ücret edimini yerine getirdiğini değil, bunun yanı sıra ücret ödeme borcuna uygun bir şekilde ve ödeme amacıyla hareket ettiğini de ispatlaması gerekmektedir⁵⁵³. Bu maddeye göre işçi iş sözleşmesini ücretlerinin ödenmemesine dayanarak haklı nedenle feshetmesi halinde, aksinin olduğu yönünde ispat yükü işverenin üzerindedir⁵⁵⁴.

⁵⁵² Keser, **a.g.m.**, s.712-713.

⁵⁵³ Tunçomağ ve Centel, **a.g.e.**, s.117; Özdemir, **a.g.e.**, s.328.

⁵⁵⁴ "...Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanmış olması gerekir. 4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir, ikramiye, primi, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkânı verir. İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güclüğü nedeniyle ödenmemiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur, işçinin ücretinin bir kısmını İş Kanununun 33. maddesinde öngörülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz..." Y. 9.HD, 22.12.2008, E.2008/43146, K.2008/34328, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/2, s.289-291); Benzer bir karar için bkz.

Yargıtay, yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında, işçinin ücretinin ödenmemesi iddiasıyla, özellikle ekonomik kriz içerisinde bulunan işyerlerinde işçi fesihlerini değerlendirirken farklı bazı hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, söz konusu Yargıtay kararındaki olayda, davacı işçi 04.01.1999'da davalı işyerinde çalışmaya başladığını fakat ücretlerinin düzenli bir şekilde ödenmediğini, son olarak Nisan ayının bir kısım ücreti ile Mayıs ayı ücretinin ödenmemesi nedeni ile 16.06.2005'te iş sözleşmesini feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, izin ücreti fazla mesai ve vergi iadesi alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işyeri tarafından cevap dilekçesi verilmemiştir. Yerel mahkeme, davacının ücretinin ödenmemesi ve mevcut iş yerinde yaşanan ekonomik kriz nedeni ile ücret ödemelerinde görülen gecikmeden ötürü davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini kabul ederek davacının isteğini kısmen hüküm altına almıştır. Yerel mahkeme kararının temyizi üzerine Yargıtay; uyuşmazlığın davacı tarafından yapılan feshin haklı fesih olup olmamasından kaynaklandığını ifade etmiştir. Bozma kararının gerekçesinde, davalı işyerinde ücretlerin ödemesinin her ayın 20. günü olduğunun toplu iş sözleşmesi ile sabit olduğunu, davacının iş sözleşmesini Nisan – Mayıs aylarına ait ücretlerinin işverence ödenmemesinden dolayı feshettiğini, yapılan yargılamada Nisan ayı ücretinin imzalı bordro ile ödendiğini, Mayıs ayına ilişkin ücretin vadesi gelmeden sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğini, ücret ödemelerinde herhangi bir düzensizliğin ispat edilemediğini belirterek, işçinin yaptığı haklı fesih işleminin geçersiz olduğunu tespit etmiştir. Yargılama aşamasında ise; işçinin ücretinin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu hususun tanık beyanları ile ispatı mümkün olmamaktadır. İşveren işçinin imzasını taşıyan ödeme belgesi sunmalıdır. Çünkü işverenler bünyesinde çalıştırdığı işçilere ait belgeleri tutma yükümlülüğü altındadır. Böyle bir anlaşmazlıkta en önemli deliller işverenin kayıtlarında yer alması gereken imzalı bordrolar veya banka kayıtları olacaktır⁵⁵⁵.

İş K. m.24/II (f) fıkrasında da, ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden kararlaştırıldığı iş sözleşmelerinde, işveren işçiye yapabileceği sayı veya tutardan az iş verdiği veya aradaki ücret farkını karşılamadığı yahut çalışma koşullarını uygulamadığı

Y. 9.HD, 10.11.2004, E.2004/10295, K.2004/25574, (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/5, s.275).

⁵⁵⁵ Y. 9.HD, 07.10.2008, E.2007/27649, K.2008/25967, Yargıtay kararının incelemesi için bakınız http://www.ishukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=119 (01.07.2011).

takdirde, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmünde iki halin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, işçinin parça başı ya da iş tutarı üzerinden çalışarak ücret almamasını, ikincisi ise, uygulamada daha sık uyuşmazlık konusu olan işverence kararlaştırılan iş şartlarının uygulanmamasını düzenlemektedir.

1475 sayılı İş K. m.16/II. bendinin ilgili fıkrasında iş şartları “esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır” veya uygulanmazsa işçinin sözleşmeyi derhal feshedebileceği hükme bağlanmıştı. 4857 sayılı İş K. m.22’de ise, işverence çalışma koşullarının esaslı bir tarzda değiştirilmesi iş güvencesi kapsamında değişiklik feshi şeklinde düzenlendiğinden, İş K. m.24/II (f)’de bu ibareye isabetli bir şekilde yer verilmemiştir⁵⁵⁶.

3.4.3.2.2. Sözleşmenin İhlalinin İspatı

İş Kanunu 24. maddesinde sadece ücret ödeme borcunun yerine getirilmesi gibi sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle değil, aynı zamanda sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle de işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin müsbet ihlali dediğimiz bu durumda, uğradığı zararı ileri süren alacaklı, edimi istememekte veya edimin yapılmamasından dolayı bir istemde bulunmamaktadır. Yani, edimin yapılıp yapılmadığının bu madde kapsamında herhangi bir önemi yoktur. Bu yüzden, edimin yapıldığının borçlu tarafından iddia ve ispat edilmesi gerekli değildir. Aksine, alacaklının istemine dayanak yapılan sözleşmenin ifasına ilişkin bir davranışla onun zararına neden olduğunun, yani sözleşmenin ihlal edildiğinin ispatı gereklidir. Bu madde açısından ise sözleşmenin ihlal edildiğinin ispat yükü haliyle alacaklı üzerindedir⁵⁵⁷.

Yukarıda açıkladığımız üzere İş K. m.24/II bendinin ilgili fıkralarına göz attığımızda; işverenin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiye yanlış (a); işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunması (b); işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada

⁵⁵⁶ Süzek, **İş Hukuku**, s.521.

⁵⁵⁷ Umar ve Yılmaz, **a.g.e.**, s.300; Özdemir, **a.g.e.**, s.328.

bulunur veya gözdağı vermesi, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunması (c) durumunda, bu vakıaların gerçekleştiği hususunda ispat yükü işçidedir.

Yargıtay, şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar nedeniyle iş sözleşmesini işçi tarafından süresiz feshine ilişkin vermiş olduğu bir kararında, bu fiilin işveren veya işveren vekili tarafından gerçekleştirilmesinin önemli olmadığından bahisle, bu eylemin Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmesinin de şart olmadığını belirtmiştir. Davacı işçinin, işyeri müdürünün yaptığı toplantılarda baskı ve hakaret içeren konuşmaları ve bordroya yansıtılmayan ücret tekliflerinin tanık beyanlarıyla ispat etmesi üzerine, sözleşmenin davacı tarafından İş K. m.24/II-b uyarınca haklı olarak feshedildiğine hükmetmiştir⁵⁵⁸.

İş K. m.24/II bendinin (d) fıkrasında, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması durumunda da, burada belirtilen hususları ispat yükü işçinin üzerindedir⁵⁵⁹.

3.4.3.2.3. Sözleşmenin İfasını İmkansız Kılan veya Güçleştiren Sebeplerin İspatı

İş Kanununun 24. maddesinin I. bendinin göre, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması (a) veya işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması durumunda, belirtilen bu hususları haklı nedenle fesheden işçinin ispatlaması gerekmektedir. Bu sebeplerin ispatı konusunda özellikle tıp alanında uzman bilirkişilere başvurulduğu görülmektedir. Yargıtay'ın bu madde bağlamında vermiş olduğu bir kararında da belirttiği üzere; “...*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının sunmuş*

⁵⁵⁸ Y. 9.HD, 16.12.2008, E.2007/26159, K.2008733763, (Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/2, s.276-277).

⁵⁵⁹ Y. 9. HD, 18.01.2001, E.2000/15504, K.2001/456, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (01.07.2011).

olduğu kan tahlili sonucuna göre HBsAg-Pozitif olduğu görünmektedir. Tabip bilirkişisince verilen raporda Hepatit-B hastalığı hakkında bilgi verilmiştir. 4857 Sayılı kanun 24/1 maddesinde işçinin sağlık nedenleri ile haklı fesih sebepleri belirtilmiştir. Buna göre: a)İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması, b)İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması durumunda işçi iş akdini tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptir. Maddenin (a) bendinde aranan, işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumu olayımızda söz konusu değildir. Maddenin (b) bendinde ise işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığa veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığı tutulması gerekir. Burada işçinin kendisinin değil, başka işçinin veya işverenin hastalık durumu önemlidir. Somut olayda ise davacı işçinin kendisinin hastalığını iler sürerek işverenin fesih hakkını kullanmasını istemesi, bunun işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini feshetmesi söz konusudur. Yasaya göre akdi fesih hakkı bulunmayan davacının iş sözleşmesini feshi haklı değildir. Bu durumda kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır”⁵⁶⁰.

Yargıtay, bu madde kapsamında vermiş olduğu kararlarda, işçinin hastalığının kendisine fesih hakkı verip vermediğinin tıp alanında uzman bilirkişinin görüşü veya sağlık kurulu raporu⁵⁶¹ ile ispat edilmesini aramaktadır.

İş Kanununun 24. Maddesinin III. bendinde belirtilen, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkması durumunda sözleşmeyi bildirimsiz fesih yoluyla feshetmek isteyen işçinin, bu sebeplerin varlığını ispat etmesi gerekecektir. İşçinin böyle bir durumda sözleşmeyi feshedebilmesi için, işin işyerinden kaynaklanan zorlayıcı bir nedenle durması ve bunun da bir haftadan

⁵⁶⁰ Ancak kararda yer alan karşı oy yazısında, Y. 9.HD, 16.05.2007, E.2006/27796, K.2007/15292, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/4, s.234-237).

⁵⁶¹ “Davacı istifa dilekçesi vermek suretiyle işinden ayrılmışsa da, bu istifasının işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması nedenine dayandığının kabulü gerekir. Zira dosyadaki sağlık kurulu raporunda davacının kronik şizofreni hastalığına masup olduğu, bu haliyle çalışmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu durum, 1475 sayılı İ.K.'nın 16. maddesinin sağlık sebepleri başlığını taşıyan (b) fıkrasındaki işçiye bildirimsiz fesih hakkı tanıyan hali oluşturur. Böyle olunca ihbar tazminatı gerekmez ise de, davacı kıdem tazminatına hak kazanır. O halde, kıdem tazminatına karar vermek gerekir.” Y. 9.HD, 31.01.1992, E.1991/12816, K.1992/824, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (02.07.2011).

fazla sürmüş olması gerekir. Zorlayıcı nedenden anlaşılması gereken, kaçınılması mümkün olmayan, önceden öngörülemeyen, dıştan gelen bir vakıanın gerçekleşmiş olmasıdır. Bunlara örnek olarak, işyerinde yangın çıkması, deprem, işyerini su basması, makinelerin hükümetçe işyerine el konulması gibi vakıalar gösterilebilir. İşçi bu gibi zorlayıcı sebeplerin varlığını, her türlü delille ispat edebilecektir⁵⁶².

3.4.3.3. Bildirimsiz Fesih Hakkının Süresinde Kullandığının İspatı

İş Kanunu 26. maddesine göre, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz”. Bahsedilen maddede sadece İş K. 24/II ve 25/II’de belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanılarak yapılan fesihler için hak düşürücü süre düzenlendiğinden diğer bentlerde belirtilen sağlık nedenleri ve zorlayıcı nedenlerle yapılan fesihlerde bu hak düşürücü süre uygulanmaz.

Yukarıda bahsi geçen maddenin uygulanmasında, altı günlük sürenin başlangıç tarihi fiilin gerçekleştiği tarih değil, haklı fesih sebebinin öğrenildiği tarihtir. Temadi eden olaylarda, haklı fesih hakkının da devam ettiği kabul edilmektedir⁵⁶³. Eğer haklı nedenin varlığı ve tespiti bir soruşturmayı gerektiriyorsa, bu altı günlük hak düşürücü sürenin, Yargıtay’a göre, iş sözleşmesini son vermeye yetkili kişinin veya makamın soruşturma sonucunu öğrendiği günden itibaren hesaplanacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁴.

Altı gün ya da bir yıllık sürelerin geçtiği ve dolayısıyla feshin haksız olduğu, davacı tarafından ileri sürülebilecektir. Bu durumda bahsedilen sürelerin geçtiğini ispat yükü, bunu ileri süren tarafta olması gerekir⁵⁶⁵. Nitekim Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda da, altı iş günlük sürenin geçtiğinin, bu iddiayı ileri süren tarafından ispat edilmesi

⁵⁶² Süzek, **İş Hukuku**, s.525; Güven ve Aydın, **a.g.e.**, s.172; Özdemir, **a.g.e.**, s.330.

⁵⁶³ “...İşveren, davacı işçinin işe devamsızlığı nedeniyle iş akdini feshetmiştir. Mahkeme 6 iş günlük hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu ve feshin usulsüz olduğunu belirleyip istekleri kabul etse de, devamsızlık temadi ettiği için 6 iş gününün geçtiğini ileri sürmek mümkün olmadığından, feshin süresi içinde olduğunun kabulü gereklidir.” Y. 9.HD, 19.06.2001, E.2001/8148, K.2001/10626, Erdiner, **a.g.e.**, s.130.

⁵⁶⁴ Y. 9.HD, 30.04.1973, 24456/14208, , Erdiner, **a.g.e.**, s.128.

⁵⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.332.

gerektiğine hükmetmiş ve haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin bu durumu ispat edememiş olmasını dikkate alarak hak düşürücü sürenin geçirilmemiş olmasına göre mahkemenin inceleme yapması gerektiğini belirtmiştir⁵⁶⁶.

3.5. İbranameler ve İspat Gücü

İbra sözleşmesi, iş yargılamasında maddi hukuku etkilediği gibi usul hukukunu da etkilemektedir. Özellikle ispat hukuku açısından iş hukukunda ibranamelerin çok önemli bir yeri olduğu kaçınılmaz bir gerçektir.

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra uygulamada çok yaygın bir şekilde, işçiye imzalatılan ve işçinin alacaklarının tamamını aldığını ve hiçbir alacağı kalmadığını gösteren ibranameler iş hukukunda tartışmalı bir konudur⁵⁶⁷. İbraname uygulamasının tartışmalı olmasının nedenleri arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemesi ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da ibra sözleşmesi ile ilgili açık bir düzenlemeye gitmemesi sayılabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise ibraname ile ilgili özel hükümler getirilmekle birlikte, bunların uygulamayı ne şekilde etkileyeceği bilinmemektedir. Bu yüzden ibranamelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar, çalışmamızın genel çerçevesini çizmesi açısından bize yardımcı olacaktır.

Yargıtay, ibranamede yer alan alacak kalemlerin karşılığını oluşturan ödemelerin ibranamede yer alıp almamasına, yani ibranamenin miktar içerip içermemesine göre bir ayrıma giderek ibranameleri nitelendirme yoluna gitmektedir.

3.5.1. Miktar İçeren İbranameler ve İspat Gücü

Miktar içeren ibranameleri kendi içinde ikiye ayırarak incelemek konunun anlaşılması açısından daha yerinde olacaktır. Nitekim, kıdem, ihbar tazminatı ve fazla mesai alacakları gibi alacaklar ile iş kazası sonucunda söz konusu olan maddi ve manevi

⁵⁶⁶ Y. 9.HD, 09.11.1999, 12749/16914.

⁵⁶⁷ Yörük Kabalak, "Yargıtay Kararlarına Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.64, S.10-11-12, 1990, s.944 vd.; Funda Peker, "Türk İş Hukukunda İbraname", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmua**, Ankara, 2008, s.129 vd; Dursun Faruk Öztürk, "Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", **Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi**, C.1, S.1, 2009, s.39 vd.

tazminat alacakları bakımından, ibranamenin geçerliliği konusunda Yargıtay'ın koymuş olduğu ölçütler farklılaşmaktadır⁵⁶⁸.

3.5.1.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacağı Dışında Kalan Alacaklar Bakımından

Maddi ve manevi tazminat alacağı dışındaki alacaklar bakımından Yargıtay uzun yıllar yerleşmiş içtihadıyla, miktar içeren ibranameleri makbuz olarak kabul etmektedir⁵⁶⁹. Yargıtay, miktar içeren ibranameyi, üzerinde yazılı olan miktarın ödendiğini gösteren bir belge olarak değerlendirmektedir⁵⁷⁰. Yargıtay'a göre, bu durumda işçinin hak ettiği alacak kalemlerinin tespit edilip, ibraname ile bunlar arasında fark oranında hüküm tesis edilmelidir⁵⁷¹. Yargıtay, ibranameye ekli tahakkuk belgelerine yer verilmesi durumunda da, ibranameyi bu belgelerde görülen ödemelerle sınırlı bir makbuz olarak nitelendirmiştir⁵⁷².

İbranamede yer alan bazı ifadelerin işçinin bu konudaki fark alacak taleplerini engelleyip engellemeyeceği hususu da tartışılan konulardandır. Uygulamada, işverenlerce düzenlenen ibranamelerde işçinin dava hakkından feragat ettiği şeklinde ifadelere rastlanmaktadır. Bu ifadeler ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.04.1997 tarihli kararında, ibranamede dava hakkından vazgeçtiğinin açık ve kesin bir şekilde beyan eden davacı işçinin, bu belgenin makbuz niteliğinde olduğunu iddia etmesinin mümkün olamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁵⁷³. Aynı şekilde Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında da miktar içeren ibranamenin davadan feragat gibi bir hüküm içermemesini dikkate alarak, bunun ancak makbuz hükmünde geçerli sayılacağı belirtilmiştir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Özdemir, **İbraname**, s.514.

⁵⁶⁹ Y. 9.HD, 13.05.1997, E.1996/3755, K.1997/8805, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.07.2011).

⁵⁷⁰ Y. 9.HD, 16.02.2005, E.2004/13375, K.2005/4441, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.198).

⁵⁷¹ Y. 9.HD, 24.02.2005, E.1997/21450, K.1998/2486, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.07.2011).

⁵⁷² "...Dosyaya davalı işverence sunulan ibraname ekinde, ihbar ve kıdem tazminatı tahakkuk bordosu bulunmaktadır. Davalı işverence anılan belgede 212.605,556 TL kıdem tazminatı, 55.141,333 TL, ihbar tazminatı hesaplandığı görülmektedir. İbranamede geçen ödemenin ihbar ve kıdem tazminatı yönünden bu miktarla sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Dairemizce, ibranamede miktar yazılı olması veya ibraname ekinde bu tür tahakkuk belgelerine yer verilmesi durumunda, ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir." Y. 9. HD, 05.10.2004, 23719/22044, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.07.2011).

⁵⁷³ Y. HGK, 16.04.1997, E.1997/9-86, K.1998/339, (**Tekstil İşveren Dergisi**, Kasım, 1998, s.17-18).

⁵⁷⁴ Y. 9.HD, 13.05.1997, E.1996/3755, K.1997/8805, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (20.07.2011).

Buna karşılık, dava hakkından vazgeçme, sulh ve feragate yönelik ifadelerin bağlayıcı kabul edilmediği yargı kararlarına da rastlanılmaktadır. Yargıtay bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, işçinin hiçbir hak ve alacağının kalmadığı; dava ve talep hakkından feragat ettiği yönünde ibraname imzalamasına rağmen, ihbar tazminatının ödenmediğini belirten iş müfettişliği raporunu ve tutanağını gerekçe göstererek, ibranamede yer alan ifadeleri bağlayıcı kabul etmemiş ve işçinin ödenmediği anlaşılan ihbar tazminatını talep edebileceğine karar vermiştir⁵⁷⁵. Yargıtay, “600.000 TL, iş kazası tazminatını nakden ve tamamen almış olduğumdan dolayı mezkur şirketin zimmetini ibra eder, bu kaza ile ilgili ilerde ve şimdiki halde hiçbir dava ikame etmeyeceğimi ve her türlü dava haklarımdan gayri kabili rücu olmak kayıt ve şartı ile feragat eylediğimi beyan ve ikrar ederim.” şeklinde, işçinin dava açmaktan feragatini içeren bir ibranamenin geçerliliğini denetlerken, sadece açık oransızlık ölçütü üzerinde durmuş, davadan feragate ilişkin ifadeyi bağlayıcı bulmamıştır⁵⁷⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 30.06.2004 tarihli kararında, işçinin dava hakkından feragatine ilişkin ibarelerin bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtayca haklı bulunan 9. Hukuk Dairesi, kararında; “...Dosyada mevcut davacı imzasını taşıyan ibranamede ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının miktar belirtilmek suretiyle ödendiğinin belirtildiği görülmektedir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasında miktar bildirilen ibranamelerin makbuz niteliği taşıdığı ve yapılacak hesaplama daha fazla miktar çıktığı takdirde fazlaya ilişkin alacağın hüküm altına alınması gerektiği kabul edilmektedir. Her ne kadar mahkemece feragatten söz edilmekteyse de, ibranamenin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekeceğinden, söz konusu ibranamede de fazlaya ilişkin haklardan feragat edilmediği, henüz doğmayan dava haklarından feragat edildiği, böyle bir feragatinse geçerli olmadığı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.” sonucuna ulaşmıştır. Yerel Mahkemenin kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu oybirliği ile Yargıtay özel dairesine hak vererek direnme kararının bozulması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Y. 9.HD, 15.05.2001, 5601/8442, Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.33.

⁵⁷⁶ Y. 9.HD, 05.10.1993, E.19^72285, K.1993/14105, Özdemir, **İbraname**, s.518.

⁵⁷⁷ Y. HGK, 30.06.2004, E.2004/9-380, K.2004/401, Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.33-34.

Yukarıda Yargıtay’ın ibranamede yer alan bu gibi ifadeler ile ilgili vermiş olduğu kararlara baktığımızda, bu ifadeleri geçerli saymadığını görmekteyiz. Çünkü ibranamelerin içeriğinde bulunan bu gibi ifadelerin, ibranamenin nitelendirmesinde etkisinin olmaması gerekir.

3.5.1.2. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından

İş kazalarına ilişkin tazminat alacaklarında miktar içeren ibranamelerin geçerliliği Yargıtay kararlarında “açık oransızlık” ölçütü dikkate alınarak değerlendirilmektedir⁵⁷⁸. Yargıtay, iş kazalarına ilişkin vermiş olduğu pek çok kararında, yapılan ödeme ile zarar arasında açık oransızlık bulunması durumunda, ibranameyi üzerinde yazılı miktar ile sınırlı makbuz olarak kabul etmekte, bu oransızlığın bulunmaması halinde ödemeyi ibra olarak kabul ederek ve işçinin gerçek zararı ile ibranamede yazılı miktar arasındaki farkı isteyemeyeceğini belirtmektedir⁵⁷⁹.

İbraname ile zarar arasında açık oransızlık olması ve ibranamenin kısmi ifaya ilişkin bir makbuz olarak nitelendirilmesi durumunda, Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, işverenin sorumlu olduğu miktarın ne şekilde hesaplanacağını belirtmektedir. Örnek Yargıtay kararına göre “...Olayın iş kazası olduğu olgusunun ve sürekli iş göremezlik oranının yukarda açıklanan şekilde kesin olarak belirlenmesinden sonra kusur incelemesi yaptırılarak kusurun aidiyet ve oranını belirlemek, davacıya ödenen 10.000 YTL paranın maddi ve manevi tazminat türüne aidiyetine ilişkin miktarı davacıya açıklattırmak suretiyle açıklığa kavuşturulduktan sonra, ödemenin yapıldığı tarihteki veriler esas alınarak gerçek zarar bilirkişiye hesaplattırmak, böylece tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek, açık oransızlığın

⁵⁷⁸ Yargıtay eski tarihli kararlarında ibranamenin makbuz niteliğine kabul edilebilmesi için maddi zarar ile ibranamede gösterilen tutar arasında açık oransızlığın bulunması gerektiğini kabul etmekteydi. Daha sonra Yargıtay bu kararlarından dönmüş ve farkın büyük olup olmadığı dikkate alınmadan ibraname üzerinde yazılan miktarla sınırlı makbuz niteliğinde kabul etmiştir. Ancak 1993 yılı kararlarından sonra vermiş olduğu kararlarda yine “açık oransızlık” ölçütünü dikkate almaya başlamıştır. Bkz. Çelik, **a.g.e.**, s.255; Özdemir, **a.g.e.**, s.365 dn. 1164.

⁵⁷⁹ “...işverence yapılan ödemenin makbuz mu (kısmi ifa), ibramı olduğu saptanmalıdır. Ödeme tarihinde bilinen ücretlere göre yapılacak zarar hesabı sonucu belirlenecek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunmaması durumunda ödeme ibra niteliğindedir. Açık oransızlık bulunması halinde ise yapılan ödeme makbuz niteliğinde olacağından ödeme tarihindeki zarar miktarına göre hangi oranda ödeme yapıldığı belirlenmeli ve hüküm tarihine en yakın tarihe kadar ücret artışları göz önünde tutularak belirlenecek zarar miktarından aynı oranda indirim yapılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik araştırma ve incelemeye dayalı bilirkişi raporu ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y. 21.HD, 29.04.2002, E.2001/3135, K.2002/3614, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.07.2011).

bulunması durumunda maddi tazminata ilişkin ödemeyi "kısmi ifayı içeren makbuz" niteliğinde kabul etmek ve yapılan ödemenin ödeme tarihindeki gerçek zarar hangi oranda karşıladığını saptamak, son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından yasal indirimler yapılmak suretiyle belirlenecek gerçek zarardan davalı tarafın ödeme yapılan tarihe göre zararın karşılandığı oranda indirim yapmak, daha sonra kalan miktara hükmetmek gerekir. Açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde ise davacının maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermek gerekir”⁵⁸⁰.

Yargıtay tazminat alacakları açısından ibra söz konusu olduğunda, istikrar kazanmış kararlarında, ibranamenin kural olarak işçiye ve hak sahiplerine yapılmış ödeme ile sınırlı olmak üzere bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan tutar arasında açık oransızlık bulunmamalıdır⁵⁸¹.

İş kazası sonrasında yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalinin dolaylı işverenden manevi tazminat talep edilebilir. Burada istenen manevi tazminat, işçinin zarara uğraması üzerine işçinin ya da ölümü halinde destekten yoksun kalan mirasçıların manevi acı ve elemi karşılamak üzere işverenden talep ettiği bir karşılıktır. Yargıtay’a göre işçinin iş kazası sonrasında işverence hem maddi hem de manevi tazminat alacağını karşılamak üzere ödeme yapılmış ve her iki kaleme ilişkin olarak rakam belirtilmek suretiyle ibraname alınmış ise, bu ibranamede yer alan maddi tazminat alacağının geçerliliği “açık oransızlık” ölçütüne göre belirlenecek ancak manevi tazminat alacağının geçerliliği bakımından ödenen tutar ne olursa olsun ibraname geçerli sayılacaktır⁵⁸².

Yukarıda bahsettiğimiz üzere maddi ya da manevi tazminatın miktarının belli olmadığı durumlarda ibranameye nasıl bir hukuki değer verilecektir? Örneğin, maddi ya da manevi tazminatın birisi miktar olarak belli iken diğeri belirli olmayabilir. İbranamelerin

⁵⁸⁰ Y. 21.HD, 19.03.2007, E.2006/16566, K.2007/4784, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/1, s.351); benzer bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 21.HD, 03.05.2007, E.2006/18008, K.2007/7460, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/2, s.398-399).

⁵⁸¹ Halil Yılmaz, “İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Alacaklarında İbra-II”, **Çimento İşveren Dergisi**, , C.24, S.2, Mart, 2010, s.16.

⁵⁸² Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.35.

karma nitelik taşıması halinde Yargıtay, miktarı belli alacaklar açısından ibranamenin makbuz hükmünde olduğuna karar vermektedir⁵⁸³.

İbranamede manevi tazminat miktarı belirli, maddi tazminat miktarı belirli değilse, manevi tazminat alacağının ibra yoluyla ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Maddi tazminat miktarı belirli olmadığı için buna ilişkin ibra geçerli değildir. Bunun tersi bir durumda, yani maddi tazminat miktarı belirli manevi tazminat miktarı belirli değilse, manevi tazminat açısından ibra geçerli değildir. Bazı durumlarda ise, “maddi ve manevi alacaklarım karşılık 10.000 TL aldım ve borçluyu ibra ettim” şeklinde ifadeler içeren ibranamelerle karşılaşılmaktadır. Bu şekilde bir ibranamede tazminatın miktarı ve hangi kalemlerden oluştuğu belirli, ancak bu miktarın ne kadarının maddi ne kadarının manevi tazminat olduğu belirli değildir. Yargıtay buna benzer bir kararında, ibraname birden fazla alacaklı tarafından velayeten imzalandığı için her bir alacaklı için ayrı ayrı bu hususun açıklattırılmasını istemiştir⁵⁸⁴.

Yargıtay’a göre ibranamede manevi tazminata açıkça değinilmemesi ve miktar belirtilmemesi halinde manevi tazminatın istisnai niteliği gereği bundan vazgeçildiği açıkça ortaya konulmadığından manevi tazminat alacağı ibra edilmiş sayılmaz⁵⁸⁵. Bu durumda manevi tazminat talep edilebilecektir. İbranamede maddi ve manevi tazminat için tek bir miktarın belirtilmiş ise ödenen miktarın davacının tüm maddi ve manevi zararının ne kadarını karşıladığı⁵⁸⁶ tespit edilmelidir. Açık oransızlığın belirlenmesi halinde davacı ek maddi tazminat talep edebileceği gibi ayrıca manevi tazminat da talep edebilecektir⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Y. 9. HD, 25.04.2005, E.2004/5400, K.2005/14264, Halil Yılmaz, **Tazminat Alacaklarında İbra-II**, s.18 dn.32.

⁵⁸⁴ “...Öte yandan dosya kapsamından anlaşılacağı üzere, davacının kendi adına asaleten çocukları adına velayeten davalı ile "maddi, manevi ve destekten yoksun kalma hak ve alacaklara karşılık" toplam 10,000.- YTL karşılığında düzenlenmiş ibraname mevcuttur. Öncelikle ibranamede belirtilen miktarın, ne kadarının maddi, ne kadarının manevi tazminat olduğu hususunun her bir davacı için açıklattırılması gerekir. Açıklama sonrası belirlenen manevi tazminat bedeli haricinde, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince yeniden manevi tazminata hükmedilmeyeceği hususunun da göz önünde bulundurulması gerekir.” Y. 21.HD, 29.06.2006, E.2006/4889, K.2006/7175, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.07.2011); Halil Yılmaz, **a.g.m.**, s.18.

⁵⁸⁵ Y. 21. HD, 29.04.2002, E.2002/3135, K.2002/3614, Halil Yılmaz, **a.g.m.**, s.23; aynı karar için bkz. Özdemir, **a.g.e.**, s.370.

⁵⁸⁶ “...maddi ve manevi tazminat karşılığı olmak üzere 7.000.000.000 TL. ödendiğinin anlaşılmasına göre yapılan harici ödemenin ibraname içeriğinin gerçek olduğunun saptanması halinde maddi tazminat kısımlarının ayrıştırılıp...gerçek zarardan düşülmesi gerektiği...” Y. 9.HD, 06.07.2004, 2004/4769, K.2004/6486, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.07.2011).

⁵⁸⁷ Y. HGK, 12.02.2004, E.2003/11333, K.2004/1027, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (21.07.2011); Halil Yılmaz, **Tazminat Alacaklarında İbra-II**, s.23.

3.5.2. Miktar İçermeyen İbranameler ve İspat Gücü

İbranamede yer alan alacak kalemleri miktar içermeksizin işverene teslim edilmiş olabilir. Örneğin çalışma hayatında özellikle ibranamede “kıdem tazminatını aldım” veya “ ihbar tazminatını aldım” şeklinde ifadeler yer almakta ancak bunun karşılığında işverence ne kadar ödeme yapıldığına dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ibranamelerin geçerliliği ve ispat gücünü, Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları doğrultusunda ikiye ayırarak incelemek konunun anlaşılması açısından daha yerinde olacaktır. İlk olarak maddi ve manevi tazminat alacakları dışında alacaklar bakımından; ikinci olarak da, maddi ve manevi tazminat alacakları bakımından ibranamelerin geçerliliği ve ispat gücü incelenecektir⁵⁸⁸.

3.5.2.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacağı Dışında Kalan Alacaklar Bakımından

Yargıtay, miktar içeren ibranameleri, üzerinde yazılı miktarla sınırlı makbuz niteliğinde kabul ederken, miktar içermeyen ibranameleri ise işçinin alacak hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak kabul etmektedir. Yargıtay’ın bu doğrultuda vermiş olduğu pek çok karar bulunmaktadır. Yargıtay’a göre, ibranamede miktarın gösterilmemesi onun geçersiz olduğunu göstermemekte ve miktar gösterilmesi durumunda da bunun makbuz niteliğinde kabul edildiği istikrar kazanmış görüşü olarak belirtilmektedir⁵⁸⁹.

Yargıtay’ın 27.10.2004 tarihli kararında miktar içeren ve içermeyen ibranameler arasındaki farkı tespit etmektedir. Bu karara göre; “...Mahkemece davacının ibraname ve feragatname imzaladığı gerekçesiyle davacının fark ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücreti, fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin istemleri reddedilmiştir. İbranamenin altında hangi alacakların ödendiği ve miktarı ayrı ayrı belirtilmiş bulunmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre böyle durumlarda ibraname miktar içeren alacaklar yönünden makbuz niteliğinde olup fark oluştuğu takdirde bu alacaklar hüküm altına alınmalı, miktar içermeyen diğer alacaklar yönünden ise ibraname olarak geçerli kabul edilmelidir. Bu nedenle miktar içeren tazminat ve alacaklar yönünden

⁵⁸⁸ Özdemir, **İbraname**, s.526.

⁵⁸⁹ Y. 9.HD, 11.11.1997, E.1997/14340, K.1997/18894, **Çimento İşveren Dergisi**, C.12, S.1, Ocak, 1998, s.63.

dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında hesaplama yapılarak varsa farkı hüküm altına alınmalıdır”⁵⁹⁰.

Yargıtay’ın ibranameye ilişkin kararlarına baktığımızda, miktar içermese de bunların geçerliliği sadece açıkça sayılan alacak kalemleri bakımından kabul edilmektedir⁵⁹¹. Bunun yanı sıra Yargıtay, ibranamenin işçinin alacak hakkını ortadan kaldırması için ibranamede işçiye ödeme yapıldığının mutlaka belirtilmiş olması şartını aramaktadır⁵⁹². Buna göre, “...ibranameye itibar edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş ise de anılan ibranamede bu tazminatların davacıya ödendiğine dair bir kayda yer verilmemiştir. İbraname gibi hakkı ortadan kaldıran bir belgenin İş Hukuku uygulamasında yorumlanırken özen gösterilmesi gerekir. Bu nedenle bir alacak ya da tazminatın ödenmesi söz konusu ise bunun metin bölümünde kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklanması gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından zorunludur. Dosyadaki belge bu niteliği taşımadığından hükme esas alınamaz.” Bu yüzden işçiye ödeme yapıldığı konusu ibranamede belirtilmiş ise Yargıtay aksini ispat külfetini işçiye yüklemiştir.

İşçinin ibranameyi imzalarken bazı alacaklarına ilişkin ihtirazi kayıt koyması durumunda Yargıtay’a göre⁵⁹³ ibra iradesinin aksini uyandıracak kayıtlar ibranameyi geçersiz kılacaktır⁵⁹⁴. İbramede ihtirazi kaydın bulunması halinde, çekince konulan haklar açısından ibra belgesi dikkate alınmayacak ve mahkemece söz konusu hakların gerçekte işçiye ödenip ödenmediği araştırılıp varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Eğer ibranamenin tümüne yönelik bir ihtirazi kayıt olması durumunda ise, işçinin sonradan talepleriyle ilgili olarak, ibraname hüküm ifade etmeyecek, mahkeme işin esasına girerek işçinin taleplerinin yerinde olup olmadığını araştıracaktır⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ Y. 9.HD, 27.10.2004, E.2004/7559, K.2004/24429, **İBD**, C.79, 2005/2, s.585.

⁵⁹¹ Y. 9.HD, 25.09.2003, E.2003/2690, K.2003/15379, (**Legal İHSGHD**, 2004/1, s.211); Y. 9.HD, 16.02.2005, E.2004/13375, K.2005/4441, (**Legal İHSGHD**, 2005/6, s.696).

⁵⁹² Y. 9.HD, 26.02.2001, E.2000/19872, K.2001/3451, **İşveren Dergisi**, Nisan 2001, s.15.

⁵⁹³ “...Davacı işçinin hizmet akti feshedilirken kendisinden ibraname alındığı, bu ibraname ile işçilik alacaklarını aldığı sadece kıdem ve ihbar tazminatı bakımından ihtirazi kayıt koyduğu anlaşıldığında fazla mesai alacağının ibraname karşısında reddi yerine kabulü hatalıdır...” Y. 9.HD, 24.04.2001, E.2001/3951, K.2001/6881, Özdemir, İbraname, dn. 41 s.529.

⁵⁹⁴ Tuğba Öz, **Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamaları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.75.

⁵⁹⁵ Y. HGK, 27.12.1961, 4-61/307, Y. 9.HD, 18.02.1976, 33727/6447, Çenberci, **Şerh**, s.519.

İbranamenin alacak kalemleri belirtilmeden “hiçbir alacağım kalmamıştır” şeklinde genel ifade taşıması Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmektedir⁵⁹⁶.

3.5.2.1. Maddi ve Manevi Tazminat Alacakları Bakımından

Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, ibranameler genellikle herhangi bir miktar içermemektedir. Yargıtay maddi ve manevi tazminat alacakları bakımından miktar içermeyen ibranamelerin dar yorumlanması gerektiğini belirtmekte ve hiçbir şekilde bunlara hukuki geçerlilik tanımamaktadır. Ancak ibraname miktar içermemekle birlikte işveren ödeme yaptığı iddiasında ise, bunun araştırılması daha açıkçası ödemenin ispat edilmesini aramaktadır.

Ödeme yapıldığının ispat edilmesi ve maddi tazminatta ödenen ile gerçek zarar arasında açık oransızlık bulunmaması halinde taraflar arasında yapılmış bir ibra sözleşmesinden söz edilebilir. Ödeme yapıldığı diğer belgelerle ispat edildiği takdirde, gerçek zararla ödendiği ispat edilen miktar arasında açık oransızlık bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Açık oransızlık olması halinde belge ibraname niteliğinde değildir. Bu yüzden, miktar içermeyen ödemeye ilişkin belgelere, ödemenin başka delillerle ispatı halinde değer verilmelidir. İddia edildiği gibi ödenen miktar ile gerçek zarar arasında işçi yararına bir farkın olduğu anlaşıldığında, farkın işverenden tahsil edilmesi gerekir⁵⁹⁷. Bunun için işçiye ödeme yapılıp yapılmadığı konusunda senetle ispatı gereken bir rakamla ilgili olarak, ödemeye ilişkin belgeler ya da işyeri resmi defterlerinin araştırılması gerekir. Yargıtay’ın işçilik alacakları bakımından bunun aksine, ödemenin ayrıca makbuz ile ispatlanmasına gerek olmadığını, ibranamenin geçerli olduğunu belirten kararları da rastlamak mümkündür⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ “Hakkı ortadan kaldırıcı nitelikte olan ibranın açık ve kesin şekilde düzenlenmiş olması gerekir. Alacaklar tek tek sayılmayıp “hiçbir alacağım kalmadı” şeklinde genel ve soyut bir açıklamanın bulunduğu belgeden hareketle bazı işçilik haklarının reddine karar verilmesi doğru değildir. Deliller toplanıp değerlendirilmeye tabi tutularak sonuca gidilirken yıllık ücretli izin alacağı konusunda İŞ K.58’de öngörülen izin defteri üzerine de durulmalıdır.” Y. 9.HD, 01.03.1999, E.1999/2427, K.1999/3759, (Çimento İşveren Dergisi, Mayıs, 1999, s.45).

⁵⁹⁷ Y. 9.HD, 28.5.1996, E.1995/38219, K.1996/12005, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (22.07.2011).

⁵⁹⁸ İbranamenin ödeme belgesi ile doğrulanmamış olmasına rağmen Yargıtay ibranamenin geçerliliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Y. 9. HD, 20.12.2005, E.2005/17276, K.2005/40174; Halil Yılmaz, **Tazminat Alacaklarında İbra-II**, s.17 dn.28.

3.5.3. İbranamenin Genel Geçerlilik Koşulları

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 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”* demek suretiyle ibra sözleşmesinin geçerlilik şartları hükme bağlanmıştır.

3.5.3.1. Genel Olarak

Borçlar Hukukunda yer alan irade sakatlığının olmaması, tasarruf ehliyeti gibi her sözleşme için söz konusu olabilecek genel geçerlilik koşulları yanında Yargıtay İş Hukukunda ibranamelere ilişkin özel bir takım geçerlilik koşulları da kabul etmiştir.

İbra sözleşmesinin şekle bağlı olarak düzenlenmesi zorunlu değilse de, bu sözleşmenin ispat hukuku açısından HUMK 288-290 maddeleri anlamında ispatı açısından yazılı olarak yapılması gerekir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 420. maddesi gereğince, ibra sözleşmeleri yazılı olarak düzenlenmeli, alacağın türü ve miktarı açıkça belirtilmelidir. İş sözleşmesi devam ederken imzalanan ibranameler Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere geçersiz kabul edilirken iş sözleşmesinin sona ermesinden başlayarak bir ay süre geçmeden işçi aleyhine ibra sözleşmesi yapılamayacaktır.

İşçi tarafından imzalanmış ve yazılı olan bir ibraname senet hükmünde kabul edildiğinden imzalı ibranamelerin geçerliliği pek çok Yargıtay kararına konu olmaktadır. Bu konuda Yargıtay görme özürlü işçiye imzalatılan ibranamenin geçersiz olduğuna karar vermiştir⁵⁹⁹. Yargıtay bir diğer kararında, imza ya da parmak izi içermeyen ibra belgelerinin geçersiz olduğunu ve usulen onanmış parmak izi taşımayan ibranamenin tanıkla ispat edilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Yargıtay görme özürlü kimselere imzalatılan ibranamelerin okunarak ve mümkün olduğunca üçüncü kişi yanında imzalanmasına aksi halde ibranamenin geçersiz olacağına karar vermektedir. Y.9.HD, 04.04.2005, E.2004/22169, K.2005/11994, (Legal İHSGHD, 2005/7, s.1753).

⁶⁰⁰ Y. 9. HD, 15.02.1973, 14413/2233, Çenberci, Şerh, s.1236.

İbranamelerin noterde düzenlenmesi, özellikle bunun düzenleme zamanına ilişkin uyumsuzluklarla ve bu belgelerin daha önceden işçinin elinden baskı ile alındığı iddialarını ortadan kaldırmaktadır. Yargıtay, kıdem tazminatının tamamını aldığını noterlikten verdiği ibranamede bildiren işçinin daha sonradan ibranamenin kıdem tazminatını içermediği savunmasını geçerli kabul etmemiştir⁶⁰¹.

3.5.3.2. Matbu İbranamelerin Geçerliliği

Matbu olarak düzenlenen ve boşlukları sonradan doldurulan ibranamelerin, Yargıtay tarafından geçersiz kabul edildiği görülmektedir. Bu yönde bir Yargıtay kararında⁶⁰² konusu matbu ibraname olan ve tanık beyanından ibranamenin önceden alındığı ve işveren tarafından bir uygulama yapıldığı anlaşıldığından ibraname geçersiz kabul edilmiştir. Yakın tarihli bir kararında⁶⁰³ ise Yargıtay, ibranamenin davacı tarafından imzalı boş bir kağıda içeriğinin sonradan doldurulduğu iddiası karşısında, HUMK m.75/3 gereğince mahkemenin olayı aydınlatması için ibranamenin geçerliliği konusunda tanık dinletilmesine hükmetmiştir.

Ancak *Özdemir*'e göre ibranamenin matbu olması, kategorik olarak ibranamenin geçersizliğine yol açmamalıdır. Böyle bir durumda işyerinde işçiye çıkışları sırasında matbu formlar kullanılarak işçiye alacakları ödendikten sonra bunlar imzalatırılabilir. Bu nedenle, ibranamenin matbu olması tek başına ibranameyi geçersiz kılan bir sebep olarak görülmemeli, işçinin bu belgenin elinden daha önceden alındığını ispatlaması koşuluyla geçersizlik söz konusu olabilmelidir⁶⁰⁴.

3.5.3.3. İbramede İrade Sakatlıkları

Mahkemede delil olarak kullanılabilen ibranameler uygulamada sıklıkla işçinin elinden iş sözleşmesi sona ermeden önce veya işe girişte alınmaktadır. İşçinin işçilik alacakları ödenmeden bunların alındığını ifade eden ibranamelerin geçerli sayılabileceği

⁶⁰¹ Y. 9.HD, 08.02.1988, E.1987/12017, K.1988/834, (*Tekstil İşveren Dergisi*, Şubat 1989, s.16).

⁶⁰² "...Mahkemece "ibraname" başlıklı belgede davacının fazla mesai yapmadığı, hafta tatili ve genel tatillerde çalışmadığı yolundaki beyanlarına dayanılarak bu isteklerin reddine karar verilmiştir. Ne var ki ibraname matbu olarak düzenlenmiş olup bırakılan boşlukların sonradan doldurulduğu görülmektedir. Dinlenen ve ibranamede imzası bulunan tanık ibranamenin önceden alındığını ve işverenin bir uygulama yapmakta olduğunu bildirmiştir. Bu durumda ibranamenin geçerli olduğu kabul edilemez." Y. 9.HD, 28.1.1993, E.1992/6412, K.1993/999, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr (23.07.2011).

⁶⁰³ Y. 9.HD, 24.05.2010, E.2008/26040, K.2010/14420, (*Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/1, s.419);

⁶⁰⁴ Özdemir, *İbraname*, s.535-536.

göz önüne getirildiğinde, bu belgelerin hangi şartlarda geçerli olacağı önem kazanmaktadır. Yargıtay da bu hususu dikkate alarak vermiş olduğu kararlarında, ibranamelerin düzenlenme tarihini dikkate alarak iş sözleşmesinin sona ermesinden önce düzenlenen ibranameleri geçersiz saymaktadır⁶⁰⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 420. maddesinde de iş sözleşmesi devam ederken imzalanan ibranameler geçersiz kabul edilmiştir. İbranamenin, işçilik alacakları ödenmeden düzenlendiğini ispat yükü işçinin üzerindedir. Yani işçinin böyle bir belgeyi işinden çıkarılmak korkusu ile baskı altında imzaladığını ispat etmelidir⁶⁰⁶. İspat, tanık delili ile de yapılabilir. Ancak Yargıtay bir kararında davalı ile aynı işten çıkarılan işçilerin tanık beyanlarına, tarafsız olmadıkları gerekçesiyle itibar etmemiştir⁶⁰⁷. Bir başka kararında ise Yargıtay ibranamenin işçinin işe girerken alındığını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁰⁸.

İşçi ibranamenin işten çıkarılmadan önce alındığını her türlü delile dayanarak ispat edebilir. Özellikle işçinin irade sakatlığı hallerinden sayılan hata, hile, gabin, cebir ve ikrah gibi bir nedenle ibranameyi imzaladığını tanıkla ispat edebilecektir⁶⁰⁹.

Yargıtay, ibranamenin işçinin elinden baskı ile önceden alındığı iddialarına karşı, “hayatın olağan akışı” ölçütüne başvurarak, genel yaşam tecrübelerine göre, işçinin elinden zorla böyle bir belgenin alınıp alınmayacağını tespit etmektedir⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ “...Öte yandan hizmet sözleşmesi 15.5.2002 de sona ermiştir. İbraname ise 31.3.2002 tarihli. İşçiden çalışırken alınan ibraname geçersizdir. Hal böyle olunca davacı isteklerinin bir değerlendirmeye tabi tutularak gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre hüküm altına alınması gerekirken davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9.HD, 03.03.2005, E.2004/17310, K.2005/7218, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.183-184); Y. 9HD, 08.12.2003, E.2003/8998, K.2003/20326, (**Legal İHSGHD**, 2004/2, s.659-660).

⁶⁰⁶ Ürcan, **a.g.m.**, s.808.

⁶⁰⁷ “...davacı, ibranameyi davalının baskısı ile imzalamak zorunda kaldığını, imzalamaması halinde kendisine ödeme yapılamayacağını bildirdiğini, bu hususları da tanıklarca kanıtlayacağını ileri sürmüş ve mahkemece de bu tanıklar dinlenmiş ise de, dinlenen tanıklar davacı gibi iş akdi feshedilen ve aynı durumda bulunan işçiler olup tarafsız değildir. Bu bakımdan yazılı belge karşısında bu tanık anlatımlarına itibar edilemez. Talimatla dinlenen tanık ise baskı yapıldığı konusunda açıklamada bulunmuş değildir.” Y. 9 HD, 17.01.1996, E.1995/24631, K.1996/144, (**Tekstil İşveren Dergisi**, Kasım 1996, s.13).

⁶⁰⁸ Y. 9.HD, 03.05.2004, E.2003/23754, K.2004/10467, Özdemir, **İbraname Uygulamaları**, s.40.

⁶⁰⁹ Ürcan, **a.g.m.**, s.808-809.

⁶¹⁰ “...İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.” Y. 9.HD, 17.03.2009, E.2007/38031, K.2009/7181, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/1, s.250-252).

3.5.3.4. İbranamenin Dar Yorumlanması

Yargıtay, ibranamelerin geçerli olabilmesi için bütün kapsamı ile şüphe ve tereddüitten uzak açıklık ve kesinlikte düzenlenmesi gerektiğini ve işçilerin mağduriyetlerini önlemek amacıyla ibranamelerin dar yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. “İbranamenin dar yorumlanması” olarak ifade edilen bu ölçüt, özellikle ibraname konusu alacakların hesabında temel alınan işçi ücretinin ihtilaflı olması durumunda önem kazanmaktadır.

Uygulamada işçiler işveren tarafından yapılan hesaplamalara itibar ederek ibraname imzalamakta ve daha sonrasında alacağının daha fazla olduğu iddiası fark alacak talebinde bulunmaktadırlar. Yargıtay’ın bu konuda farklı kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin bir kararında, işçinin ibranamenin düzenlendiği tarihte işçilik alacaklarının kendisine verilmesi gereken ücretin altında hesaplandığını iddia etmesi karşısında, Yargıtay işçinin bu iddiasının haklı olup olmadığının araştırılarak haklı bulunduğu takdirde ibranamenin ancak düzenlenmesi aşamasında esas alınan ücret düzeyi bakımından geçerli olabileceğini belirtmiştir⁶¹¹. Bir başka kararında ise Yargıtay, gerçekte daha yüksek ücret almasına karşın, iş sözleşmesinin feshi sonrasında alacaklarının asgari ücret üzerinden hesaplandığını iddia ederek fark alacak iddiasında bulunan işçinin talebini ibranamede yer alan “...ihbar ve kıdem tazminatlarımı tam ve eksiksiz olarak aldım. Hiçbir hak ve alacağım kalmadığından... ibra ederim” ifadelerine dayanarak reddetmiştir⁶¹².

3.5.3.5. İbranamenin Çelişkili Olmaması

İbranamenin geçerli olabilmesi için gerekli olan bir diğer husus da, ibranamenin çelişkili olmamasıdır. Yani ibraname içeriğinin kendi içinde veya işverenin savunması ile tutarlı olması demektir. İbranamede işçinin iş sözleşmesini kendisinin feshettiği aynı

⁶¹¹ Y. 9.HD, 13.05.1997, E.1996/3755, K.1997/8805, Özdemir, **İbraname**, s.539.

⁶¹² Y. 9.HD, 14.04.1999, E.1999/5826, K.1999/7314, Özdemir, **İbraname**, s.539-540; Çil’e göre, ibranamede gerçekten işçinin kıdem tazminatını tam olarak aldığı belirtildiği halde işveren işçinin ücretinin asgari ücret olduğunu savunurken, işçi ise daha fazla ödendiğini ileri sürdüğünde bu iddiasını kanıtlamasına imkan tanınmalıdır. Zira işverenin ibra savunması, ödendiğini ileri sürdüğü ücret üzerinden yapılan hesap ile ilgilidir. Kıdem tazminatının hesaplanmasında asgari ücretin dikkate alındığı kabul edilmelidir. İşçinin gerçek ücretinin daha yüksek olduğunu ispat etmesi durumunda miktar içermeyen ibraname savunma ile çelişmediği noktada sınırlı bir etkiye sahiptir. Yani, işverenin asgari ücret üzerinden yapılan hesaba göre kıdem tazminatını ödediği, bu bakımdan miktar içermese de ibranamenin makbuz niteliğinde kabul edilerek sonuca varılmalıdır. (Çil, **İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği**, s.75).

zamanda kıdem ve ihbar tazminatı aldığı yönünde ifadeler yer alabilmektedir. Bu şekilde ibranameler kendi içinde çeliştiğinden Yargıtay tarafından geçerli kabul edilmemektedir⁶¹³.

Yargıtay, ibranamenin işverenin savunmasıyla çelişmesi durumunda da geçerli kabul etmemektedir⁶¹⁴. İbranamenin geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinin feshinden sonra düzenlenmiş olması ve işverenin savunmasıyla çelişmemesi gerekir. Yargılamaya konu olan işçilik alacaklarının gerçekleşmediği bu nedenle ödemesinin gerekmediği savunması ile birlikte ibra edildiğinin ileri sürülmesi çelişkili bir durumdur. Bu durum uygulamada birçok Yargıtay kararına konu olmaktadır. Örneğin bir Yargıtay kararında, işçilik alacağının gerçekleşmediğini ve ödemesinin gerekmeyeceği ileri sürülürken, diğer taraftan ibraname ile birlikte söz konusu alacağın ödenmiş olduğu savunması, ibranameyi geçersiz hale getirmektedir⁶¹⁵.

İşveren tarafından bir taraftan işçinin alacağının hiç doğmadığı ileri sürülürken diğer taraftan borcun ibraname ile son bulduğunun belirtilmesi, ibranamenin çelişkili olduğu kısımları geçersiz kılmaktadır. Örneğin işyerinde fazla çalışma yapılmadığı dolayısıyla bu alacağın doğmadığı ileri sürülürken, ibranamede fazla çalışma ücretlerinin ödendiği ve işverenin ibra edildiği şeklinde bir açıklama, sadece fazla çalışmaya yönelik borcun sona ermediğinin kabul edilmesini gerektirir. Aynı ibranamede çelişkili savunmanın bulunmadığı diğer alacak kalemleri bakımından ibranamenin geçerli olduğu kabul edilmeli, aynı şekilde ibranamede miktar içeren alacak kalemleri bakımından da makbuz niteliğinde sayılmalıdır⁶¹⁶.

⁶¹³ Y. 9.HD, 10.12.1996, E.1996/14576, K.1996/22643, (**Tekstil İşveren Dergisi**, Şubat 1997, s.16-17).

⁶¹⁴ "...Dosyada bulunan imzasız ibranameye ekli ihbar tazminatı bordrosunda davacının imzası vardır. İşveren de cevap dilekçesinde açıkça ihbar tazminatının ödendiğini, kıdem tazminatının ödenmediğini kabul etmiştir. Böyle olunca savunma ile çelişen ve davacı imzası da bulunmayan ibranameye değer verilerek davanın reddi hatalıdır." Y. 9.HD, 31.01.2007, E.2006/16729, K.2007/1416, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3, s.234).

⁶¹⁵ Y. 9.HD, 30.01.2003, E.2002/12610, K.2003/942, Özdemir, **İbraname**, s.541.

⁶¹⁶ "...Davacı, belirtilen tarihler arasında, davalıya ait işyerinde çalışmış olup, iş akdinin 31.01.2002 tarihinde işverence feshedilmesi üzerinde ibraname imzalamıştır. Anılan ibranamede; fazla çalışma ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik hak ve alacaklarının tamamen ödendiği yazılı olmasına karşın, dosyaya sunulan 05.02.2002 tarihli ödeme belgesinde fazla çalışma ücretine yer verilmeyip, sadece kıdem, ihbar tazminatı ile izin ücretinin davacıya ödenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca, davalı işveren, davacının fazla çalışma ve ücret alacağının bulunmadığını belirtmiş ise de, ibranamede fazla çalışma ücretinin de ödendiğine dair beyana yer verilmiş olması karşısında; ibraname ile savunma arasında çelişki meydana gelmiştir. Savunma ile çelişkili ibranameye değer izafe edilemez. Hukuk Genel Kurulunun 19.09.2007 gün ve 2007/9-645-596 sayılı Kararında bu hususlara yer verilmiştir. Belirtilen nedenlerle, anılan alacak kalemleri yönünden ibranamenin geçersiz olduğu yönündeki yerel mahkemenin direnme gerekçesi yerindedir." Y. HGK, 26.03.2008, E.2008/9-270, K.2008/281, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.561; Çil, **İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği**, s.74.

İbranamenin işverenin savunması ile çelişmesi ibranameyi geçersiz kılmakta ise de, bu durumun ispat yükü üzerinde etkilerinin ne olduğu üzerinde durulmalıdır. Yargıtay’a göre hak kazanılmadığı savunması yanında ibranameye dayanılarak borcun sona erdiğinin ileri sürülmesi ibrayı geçersiz kılmakta, ancak alacaklı olduğunu iddia eden tarafın alacağın varlığını ispat yükümlülüğü değişmemektedir. Bu durumda, işçinin ispat yükünü taşıdığı alacak haklarına ilişkin ispat yükü, örneğin fazla çalışma yapıldığının ispat yükü, yine işçiye düşmektedir⁶¹⁷.

İbraname dosya içerisindeki diğer belgelerle de çelişebilir. Özellikle davalı işverence mahkemeye sunulan ücret bordroları, tediye belgeleri gibi işçilik alacaklarının ödendiğini gösteren belgelerle ibraname arasında bir tutarsızlık olabilir. Bu durumda ibranamenin geçerliliğinin dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Yargıtay da bir kararında dosya içerisinde mevcut olan ihbar ve kıdem tazminatları makbuzları çelişen ibranameyi geçersiz kabul etmiştir⁶¹⁸. Yargıtay daha sonra vermiş olduğu bir kararında, ibranamede yer alan bir alacağın ibraname ile aynı tarihte düzenlenen tediye belgesinde yer almamasını, bu alacağın daha önceden ödenmiş olabileceği ihtimalini dikkate alarak çelişkili olan ibranamenin bu alacağın ödenmediğini gösteren bir neden olarak kabul etmemiştir⁶¹⁹.

Bir Yargıtay kararında⁶²⁰ dava konusu ibraname içeriği ile çelişkili olmamakla birlikte işverenin eyleminin çelişkili olması durumunda bu ibranameye itibar edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karara göre “Davacının imzasını taşıyan 5.4.2002 tarihli ibranamede kıdem tazminatı olarak 8.537.473.973 TL. İhbar tazminatı olarak 5.659.148.432 TL. ve izin ücreti olarak da 11.939.546.640 TL. ödendiği belirtilmiştir. Bu tarihten 12 gün sonra davacının banka hesabına “tazminat avansı” açıklamasıyla 12.600.000.000 TL. yatırıldığı da dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. 5.4.2002 tarihli ibranameye rağmen davacıya yapılan bu ödemenin nedeni anlaşılamamıştır.... İbramede her türlü hakların ödendiği yazılı olmasına rağmen sonradan yapılan ödeme çelişkili bir

⁶¹⁷ Çil, **İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği**, s.74; bu konuyla ilgili Yargıtay kararı için bkz. Y. 9.HD, 01.02.2005, E.2004/8761, K.2005/2719, (**Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/2, s.274-275).

⁶¹⁸ Y. 9.HD, 25.05.1993, E.1992/14058, K.1993/8969, Özdemir, **İbraname**, s.543.

⁶¹⁹ Y. 9.HD, 01.02.2001, E.2000/17474, K.2001/1646,

⁶²⁰ Y.9.HD, 15.06.2004, E.2003/19557, K.2004/14884, (**Legal İHSGHD**, 2005/5, s.328-329).

durum oluşturmaktadır. Bu noktada salt ibranameye değer verilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz.”

Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, özellikle iş kazalarında işverenin borcu olmadığı halde yardım düşüncesiyle ya da daha sonradan uyuşmazlık çıkmaması amacıyla işçiye bazı ödemeler yaptığı ve bununla ilgili ibra belgesi aldığı bilinmektedir. Böyle bir durumda ibraname ile savunma arasında çelişkiden bahsedilemeyeceğinden kanaatimce işveren ibranameye dayanabilecektir⁶²¹.

İbraname ile işverenin savunmasının çelişkili olması durumunda Yargıtay’ın bu ibranameleri geçersiz kabul etmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, işveren veya işveren vekilinin başka bir savunma yapmaksızın sadece ibranameye dayanması, işçinin alacaklarını aldığını göstermektedir. Buna karşılık, çelişkili savunma ile ibranamenin geçersiz kabul edilmesi doğru olmayıp çelişkili savunma yapılması her zaman ibranamenin sahte olduğu anlamına gelmemelidir⁶²².

⁶²¹ Öz, **a.g.t.**, s.122.

⁶²² Özdemir, **İbraname**, s.545.

SONUÇ VE ÖNERİLER

İş ilişkisinin özelliği gereği, işçinin işverene kıyasla zayıf durumda olması iş uyuşmazlıklarında da kendini göstermektedir. Taraflar arasında iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, iş hukukunun kendine ait bu özellikleri dikkate alınarak çözüm yoluna gidilmesi daha adil kararların ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu noktadan hareketle Yargıtay, işçi ile işveren arasında iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları çözerken tabiri caizse ispat hukukunun kurallarını zorlayarak iş hukukuna özgü bir yargılama usulü ortaya koymuştur.

Yargıtay iş yargılamasında tarafların konumunu dikkate alarak ispat faaliyetini şekillendirmeye çalışsa da her zaman istenilen netice ortaya çıkmamaktadır. İş sözleşmelerinden kaynaklanan ispat sorunlarına ilişkin tarafların karşılaştığı ilk uyuşmazlık, iş sözleşmesinin mevcudiyeti noktasında çıkmaktadır. Böyle bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinin varlığını iddia eden iddiasını yazılı delillerle ispat edebilir. Ancak iş sözleşmesi için kanunda önceden belirlenen bir şekil şartı olmadığından iş sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı tartışma konusu olmaktadır. Doktrinde iş sözleşmesinin varlığının senetle ispatlanması gerektiği yönünde görüş bildirenler olsa da Yargıtay, işçinin özellikle hizmet tespit davalarında tanık delili dahil her türlü delille bu hususu ispat edebileceğine karar vermektedir. Özellikle 10. Hukuk Dairesinin hizmet tespit davalarında ülkemizin gerçeklerini dikkate alarak işçi lehine ispat kurallarını yumuşatması son derece yerindedir.

İşçi ile işveren arasında sözleşmesinin varlığı hususunda bir sorun olmamakla birlikte uygulamada sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı hususunda uyuşmazlıklara rastlanmaktadır. Taraflar arasında bu şekilde bir uyuşmazlık çıkması durumunda ise Yargıtay, işyeri şahsi dosyası, ücret bordrosu ve SSK sicil dosyasının celp edilerek iş sözleşmesinin tespitine karar vermektedir. Yargıtay bu gibi uyuşmazlıklarda sözleşmenin tarafların isimlendirmesi ile bağlı kalmayıp bütün delilleri dikkate alarak fiili duruma göre karar vermesi, taraflar bakımından da daha adil bir sonucun doğmasını sağlayacaktır.

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar içinde iş mahkemelerinde en çok karşılaşılan durumlardan biri de, iş sözleşmesinin yapıldığı ve yürürlüğe girdiği tarihin belirlenmesidir. Yargıtay bu konuda iş sözleşmesinin başlangıç tarihinin ispat yükünün, kıdem süresinin tespitinde buna dayanarak talepte bulunan işçide olduğuna karar vermektedir. Özellikle SSK belgeleri arasında yer alan işe giriş bildirgeleri, işçinin işe giriş tarihini gösteren güçlü delil niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak iş sözleşmesinin başlangıç zamanının ispatında tanık beyanları ve resmi kayıtlar dışında diğer deliller de mahkeme kararlarında etkili olmaktadır. Taraflardan biri iş sözleşmesinin başlangıç tarihinin ispatında yazılı delil ileri sürmüştse, aksini iddia eden taraf, karşı iddiayı aynı kuvvette delillerle çürütmesi gerekmektedir. Bu durumda taraflar genellikle kendi aralarında yapmış oldukları iş sözleşmesine dayanabileceklerdir. Ancak, yazılı iş sözleşmesi işçinin işe başladığı konusunda kesin delil olarak kabul edilmemeli, mahkemeye sunulan diğer delillerle birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir.

İş davalarında işçi ile işveren arasında ücret konusunda uyuşmazlıklara sıklıkla rastlanmaktadır. Yargıtay bu konuda işyeri kayıtlarının düzgün tutulması halinde işverenlerin lehine kararlar vermektedir. Ancak kayıtların düzgün tutulmadığı bir işyerinde, tanık beyanlarına da itibar edilemeyeceğinden, ücret miktarının ihtilafında Yargıtay, ücretin meslek odalarından sorulması yöntemini yaygın bir şekilde uygulamaktadır. Bu çözüm yolu tam olarak uyuşmazlıkları çözmede yeterli olmasa da ülkemiz koşulları dikkate alındığında yerinde görülebilir.

Ücret miktarının tespitinde ise, işçinin bu durumu yazılı belgelere dayanarak ispat etmesini beklemek istisnai bir durum olarak görülmelidir. Zira, işçinin elinde ücret miktarını gösteren yazılı delillerin bulunması oldukça zordur. Bu yüzden işçinin takdirli delillerle ve özellikle de tanık beyanları ile ücret miktarını ispat edip edemeyeceği, davalı işverenin karşı delilleri ve savunması dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yargıtay, ücret miktarının tespitinde işverenin kullandığı deliller arasında imzalı ücret bordrolarını kesin delil olarak kabul etmekte ve yazılı belgenin aksini iddia eden işçinin senede karşı senetle ispat zorunluluğu gereğince işçinin imzasını taşıyan bordrodaki ücretten fazla olduğunu tanıkla ispat edemeyeceğine karar vermektedir. Daha sonra isabetli bir şekilde bu

görüşünü değiştiren Yargıtay, olayın özelliklerine göre imzalı bordroyu kesin delil olarak kabul etmeyip, işçiye gerçek ücretini her türlü delille ispatlama olanağını tanımıştır.

İş sözleşmesinde yer alan cezai şartın geçerliliği konusunda Yargıtay tarafından, işçi ve işveren açısından karşılıklı olup olmaması noktasından hareket ederek, tek taraflı işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işçiyi bağlamayacağı yerinde bir şekilde uygulanmaktadır. Bununla birlikte eğitim karşılığı cezai şartın doktrinde ve Yargıtay kararlarında tek taraflı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Burada Yargıtay kararlarında geçerliliğin ölçütü, işçiye verilen eğitim ile işçinin ödemesi gereken miktar arasında bir dengenin olması şeklinde belirtilmektedir.

İş sözleşmesinin ifasına ilişkin uyuşmazlıklarda en önemli ispat sorunu, işverenin ücret ödendiğinin ispatı noktasında karşımıza çıkmaktadır. İşveren ücret ödeme borcunu kural olarak yazılı delil ile ispat etmek zorundadır. Ücretin ödendiği makbuz, ibraname, ücret hesap pusulası veya defteri, ücret bordrosu yüzde defteri gibi ücretin ödendiğini belgeleyen araçlardan biriyle ispat edilmeye çalışıldığında, ücret borcunun yerine getirilmediğinin ispatı işçiye düşecektir.

İş yargılamasında iş sözleşmesinin ifasına ilişkin uyuşmazlıklarda en çok karşılaşılan bir diğer uyuşmazlık da, fazla çalışma ücretinin ödendiği hususunda karşımıza çıkmaktadır. Fazla çalışma yapıldığının tanık delili dahil her türlü delille ispatı mümkün iken, fazla çalışma ücreti ödendiğinin ispatı işveren tarafından yazılı belgelerle ispat edilmek zorundadır. İşverenin bu borcunu yerine getirdiğini ücret bordrosu, ücret hesap pusulası, ibraname ve yemin delili gibi ispat araçları ile ispatlama imkanı bulunmaktadır.

Eşit davranma borcunun ispatı hususunda İş Kanunu 5. maddesinde, söz konusu hükümlere aykırı davrandığının işçinin ispat edeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyması durumunda, işverenin böyle bir ihlalin olmadığının ispat etmekle yükümlü olacağı belirtilerek ispat yükünün işçi lehine hafifletilmesi yoluna gidilmiştir. Bu düzenleme ise Avrupa Birliği normlarına ve Divan içtihadına uygundur.

İşçinin iş görme borcunun ifası kapsamında fazla çalışma yapıldığının ispatı konusunda Yargıtay, normal olmayan fazla çalışma iddialarına bir sınır çekmek için hakkaniyet indirimine gitmektedir. Bu durum doktrinde eleştirilmekle birlikte, Yargıtay'ın formül gerekçe ile reddettiği bu içtihadı her durumda geçerli kabul edilmemeli ve bu iddiaların somut olayın özelliğine uygun olup olmadığı araştırılmalıdır.

İş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat sorunları ise öncelikle süreli fesih bildiriminde iş sözleşmesini fesheden tarafın belirlenmesi açısından değerlendirilmektedir. Yargıtay bu tür uyuşmazlıklarda sözleşmenin ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinin ispatının davalı işverene düşeceğini yerleşik içtihatlarında kabul etmektedir. İşveren, işçinin istifa olgusunu yazılı belgelerle kanıtlayabilecektir. Yargıtay istifa dilekçesinde olduğu gibi terk olgusuna dayanarak işçinin kıdem ve ihbar tazminatını hak etmediği yönünde savunmada bulunan işverenin, bu iddiasının kendi içinde çelişmemesini aramaktadır. Ayrıca Yargıtay'ın işyerini terk nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda da işçinin işyerini terk etmekte haklı bir nedeni olup olmadığının araştırılması veya işverenin işçiyi işten çıkarmasına neden olabilecek bir olayın var olup olmadığının belirlenmesi konusundaki içtihadını yerinde görmekteyiz.

İş Kanunu 20. maddesinde iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedilmesinde ispat yükünün işverenin üzerinde olduğu belirtilmiştir. İspat yükünün iş güvencesi sisteminde işverene yükletilmesi ayrıca mukayeseli hukukta da kabul edilen esaslara uygun düşmektedir.

İş Kanunu 19. maddesinde iş sözleşmesinin feshini belli bir takım usuli koşullara bağlamıştır. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yargıtay da pek çok kararında feshin yazılı olarak yapılması gerektiğini aksi halde feshi geçersiz olacağını belirtmektedir.

İşveren, verimlilik ya da işçinin yeterlilik veya verimlilik nedenine dayanarak iş sözleşmesini feshetmeye kalktığında bunu ispat yükü altındadır. Yargıtay'ın işçinin yeterlilik ve verimlilik ile ilgili vermiş olduğu kararlarda sadece işverenin mahkemeye sunduğu delillere itibar etmeyip, işverenin dayandığı olguların doğru olup olmadığını

teknik bilirkişiler vasıtası ile objektif bir şekilde inceleyerek sonuca gitmesini son derece isabetli buluyoruz.

Feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde, feshin son çare olma ilkesi, Yargıtay kararlarında sıklıkla kullanılmaktadır. Bu ölçütün her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

Sonuç olarak, iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda İş Kanunu'nun bazı maddelerinde ispat yüküne ilişkin belli bir takım düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin eşitlik ilkesine aykırı davranılmasını düzenleyen İş K. 5. maddesi ispat hukukuna ilişkin son derece yerinde bir düzenlemedir. Aynı şekilde İş K. m. 20'de iş güvencesi kapsamında ispat yükünün işverenin üzerinde olması İş Kanununun ispat yüküne ilişkin yerinde düzenlemeleridir.

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshin ispat yükünün hangi tarafta olduğu, geçerli nedenle fesihte olduğu gibi sözleşmeyi fesheden tarafa ait olduğunu söylemek mümkün değildir. Sözleşmenin ifa edildiğinin ispatı kural olarak borçlunun üzerinde olmasına rağmen haklı nedenle fesih sebebi olan işçinin işyerine geldiğinin ispatı genel ispat kurallarının aksine işverenin üzerindedir. Uygulamada sıklıkla işverenlerin işçilerin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshettiği görülmektedir. Bu konuda işverenin işçinin hem işe gelmediğini hem de devamsızlığın kanunda belirtilen sürelerin üzerinde olduğunu ispat etmesi gerekir. Yargıtay da kararlarında açık bir şekilde devamsızlık konusunda ispat yükünün işverenin üzerinde olduğunu vurgulamaktadır. Ancak devamsızlığın ne şekilde ispat edileceği çözümü güç meselelerdendir. Yargıtay, isabetli olarak devamsızlığın bir tutanağa bağlı olarak yapılması durumunda tutanakta belirtilen tanıkların tamamının dinlenerek devamsızlık olgusunun hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanması gerektiğini ifade etmektedir.

İşçinin devamsızlığında ispat yükü açısından, devamsızlığın nedeni ve işe gelmemesinin haklı bir nedene veya işverenin iznine dayandığını işçi ispatlamak zorundadır. Yerleşik içtihatlar da devamsızlığın işverence ispat edilmesinin ardından bunun haklı bir nedene ya da işvereni iznine dayandığını ispat edecek tarafın işçi olduğunu belirtmektedir. Devamsızlığın haklı bir mazerete dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde

ise işçinin soyut beyanlarına bakılmayıp, bu devamsızlığı haklı kılacak gerekçeler olmalıdır.

İş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak feshedilmesi durumunda, tarafların dayandıkları fesih sebebinin ispatı önem kazanmaktadır. Çünkü bu sebeple yapılan fesihlerde feshi yapanın işveren olması durumunda, işçi hiçbir tazminata hak kazanamamaktadır. İşverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunduğunu ispat yükü altında olan işveren, bu sayılan hallerin ispatını tanık beyanları veya diğer ispat araçları ile kanıtlayabilecektir.

İş Kanunu'nun taraflara tanımış olduğu süresiz fesih hallerinden sayılan sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebeplerinin iddia eden tarafından ispatı konusunda uygulamada pek fazla sorunla karşılaşmamaktadır. Çünkü sayılan bu hallerin ispatı, diğer haklı nedenle fesih nedenlerine kıyasla daha kolay yapılabilmektedir. Özellikle bu hallere dayanılarak yapılan fesihlerde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıyor olması da, taraflar arasında uyuşmazlık çıkmasını engellemektedir.

İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi durumunda da İş K. m.24'te sayılan nedenlerden dolayı ispat yükünün işçi ya da işverenin üzerinde olduğunu söylemek oldukça güçtür. Çünkü bu maddede sayılan nedenler, işverenin sözleşmeyi ifa etmemesi, sözleşmenin müsbet ihlali ve sözleşmenin ifasını imkansız kılan veya zorlaştıran hususları düzenlemektedir.

Ücret ödeme borcunun ifası açısından değerlendirildiğinde, bu borcun yerine getirildiğini iddia eden işveren, borcun sona ermesi sonucunu doğuran ödeme olayını ispat etmek zorundadır. İşçi iş sözleşmesini ücretlerinin ödenmemesine dayanarak haklı nedenle feshetmesi halinde, aksinin olduğu yönünde ispat yükü işverenin üzerindedir. Ücretin ödendiğinin tanık beyanları ile ispatı mümkün değildir. İşveren işçinin imzasını taşıyan ödeme belgesi sunmalıdır. Çünkü işverenler bünyesinde çalıştırdığı işçilere ait belgeleri tutma yükümlülüğü altındadır. Böyle bir anlaşmazlıkta en önemli deliller, işverenin kayıtlarında yer alması gereken imzalı bordrolar veya banka kayıtlarıdır.

İş K. m.24/II bendinin ilgili fıkralarında işçinin haklı nedenle feshini öngören düzenlemeler sözleşmenin müsbet ihlalidir. Bu anlamda, sözleşmenin ihlal edildiğinin ispatı gerektiğinden ispat yükü işçinin üzerindedir. Yargıtay, şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar nedeniyle iş sözleşmesini işçi tarafından süresiz feshine ilişkin vermiş olduğu bir kararında bu eylemin Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmesinin önemli olmadığından bahisle, tanık beyanları ile bu durumu ispat etmesi üzerine işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğine hükmetmiştir.

İbranamelerin iş uyuşmazlıklarında ispat hukuku anlamında etkisi yadsınmaz bir gerçektir. İşçi ibranamenin işten çıkarılmadan önce alındığını her türlü delile dayanarak ispat edebilir. Özellikle işçinin irade sakatlığı hallerinden sayılan hata, hile, gabin, cebir ve ikrah gibi bir nedenle ibranameyi imzaladığını tanıkla ispat edebilecektir. Yargıtay, ibranamenin işçinin elinden baskı ile önceden alındığı iddialarına karşı, “hayatın olağan akışı” ölçütüne başvurarak, genel yaşam tecrübelerine göre, işçinin elinden zorla böyle bir belgenin alınıp alınmayacağını tespit etmektedir.

İbramenin işverenin savunması ile çelişmesi ibranameyi geçersiz kılmakta ise de, bu durumun ispat yükü üzerinde belli birtakım etkiler doğurmaktadır. Yargıtay'a göre hak kazanılmadığı savunması yanında ibranameye dayanılarak borcun sona erdiğinin ileri sürülmesi ibrayı geçersiz kılmakta, ancak alacaklı olduğunu iddia eden tarafın alacağın varlığını ispat yükümlülüğü değişmemektedir. Bu durumda, işçi ispat yükünü taşımaya devam edecektir.

Sonuç olarak iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat yükünün belirlenmesinde, iş hukukunda işçi ve işveren tarafının durumu dikkate alınmaktadır. Yargıtay ispat yükü konusunda işçi kesiminin işverene kıyasla daha zayıf konumda olmasından hareketle uyuşmazlıkları, kendi geliştirmiş olduğu zengin içtihatları ile çözüme kavuşturmaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akı, Erol, Altıntaş, Olcay ve Bahçivancılar, İbrahim, **Uygulamada İş Güvencesi**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Temmuz 2005.

Akipek, Jale, **Türk Medeni Hukuku**, I.Cilt, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

Akyiğit, Ercan, “Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.13, S.5, Eylül 1999.

_____, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, C.19, S.4, Mayıs 2005, 1-26.

_____, **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

_____, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, C.2, 2006.

Akyol, Leyla, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

Alangoya, Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

_____, “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, 521-531.

Alangoya, Yavuz, Yıldırım, M. Kamil ve Yıldırım, Nevhis Deren, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.

Alp, Mehmet Okan, **Yıllık Ücretli İzin**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Alpagut, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul: TÜHİS, 1998.

_____, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 79-117.

_____, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **MERCEK**, Ocak 2004, 73-91.

_____, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, (Karar İnceleme) **Çimento İşveren Dergisi**, C.18, S.5, Eylül, 2004, 52-62.

_____, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, 13-21.

Andaç, Faruk, **İş Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

Arıcı, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 1997, 31-44.

Arslandoğlu, Mehmet Anıl, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005,

Atalay, Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.

Ayan, Serkan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.54, S.4, 2005, 431-487.

Belgesay, Mustafa Reşit, **İsbat Külfeti**, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No. 1, Üniversite Kitabevi, İstanbul, tarihsiz, 1-16.

Bilge, Necip ve Önen, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1978.

Birben, Erhan ve Öktem, Sezgi, “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, 1076-1143.

Bozkurt, H. Argun, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

_____, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, 55-65. (Yargılama Yöntemi)

_____, “İş Mahkemelerinde Bilirkişilik”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, 2009/4, 118-125. (Bilirkişilik)

_____, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, 2010/2, 191-206.

_____, **İş Yargılaması Usul Hukuku**, , Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2011. (İş Yargılaması Usul Hukuku 2011)

Centel, Tankut, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi:9, 1988.

_____, **İş Hukuku, Cilt-I, Bireysel İş Hukuku**, İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayii A.Ş., 1992.

_____, “Ayrı Sütun Açılmış Bordrolarda Ücretin Ödendiğinin İspatı”, Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.268, Nisan 2002, , <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/nisan/34.html> (10.05.2011).

_____, “Bordro Dışında Ücret Ödendiğinin İspatı”, Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.293, Mayıs 2004, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mayis/hukuk.html> (10.05.2011).

Çalık, Şefik, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2005.

Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2008-2009, Ankara: Başbakanlık Basımevi, Kamu-İş, 2010.

Çankaya, Osman Güven ve Çil, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Çelik, Nuri, “İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Ord. Prof. Dr. Reşat Kaynar’a Armağan**, İstanbul: İİTİA Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1981, 43-62.

_____, **İş Hukuku Dersleri**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.

Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, IV. Bası, Ankara: Olgaç Matbaası, 1978. (Şerh)

Çil, Şahin, **4857 Sayılı İş Hukuku Şerhi**, 1.Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

_____, “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.3, 2004, 129-157. (İbra Sözleşmesi)

_____, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3, 57-79.

_____, “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.15, Eylül 2009, 70-88.

_____, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ankara, 2010, 33-65.

_____, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.21, Mart 2011, 66-85. (İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği)

Deliduman, Seyithan, “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, **AÜEHFD**, 2000, C.IV, S.1-2, 413-435.

_____, “İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri”, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%DDspat%20Sistemi%20mizin%20Mevcut%20Durumu%20ve%20Elektronik%20%DDmzan%FDn%20Bu%20Sistemdeki%20Yeri&kimlik=15258466&url=makaleler/sdeliduman-1.htm> (20.02.2011).

Demir, Fevzi, **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri**, İzmir: Türkiye Haber İş Sendikası Yayınları, Yayın No:24, 2003.

Demir, Fevzi, Sözer, Ali Nazım ve Sümer, Haluk Hadi, **Eğitim Semineri Notları**, Türkiye Haber İş Sendikası Yayınları, Yayın No:25, Ankara, 2005.

Demircioğlu, Murat, **Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu**, İstanbul: İTO Yayını, 2007.

Demircioğlu Murat ve Centel, Tankut, **İş Hukuku**, 14.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

Doğan Yenisey, Kübra, “İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul, 2001, 1175-1198. (Tek Taraflı Değişiklik)

_____, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan, C:6, S:4, 2002, 31-72. (Kadın-Erkek Eşitliği)

_____, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/7, 974-1003. (Metodoloji ve Orantılılık)

_____, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 104-131. (Çalışma Koşullarında Değişiklik)

Ekmekçi, Ömer, “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş ilişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2004/2, 367-382.

Ekonomi, Münir, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Emsal Kararları**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1999.

Engin, Murat, “A Tipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2002, 117-147.

_____, “Üçlü İş İlişkileri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 12-26.

_____, “İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul: **İstanbul Barosu Yayınları**, 2007, 163-183.

Erdiner, Ercan, **Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi**, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2004.

Erol, Nevzat, **Hukukta Deliller Ve İkamesi**, Ankara: Doğu Matbaacılık, 1969.

Ertekin, Özkan, **Açıklamalı-İçtihatlı İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları**, Ankara: Kartal Yayınevi, 2005.

Ertürk, Şükran, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, 1.Baskı, Ankara: Belediye-İş Yayınları, Mart 2008.

Esener, Turhan, **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.

Evcil, Cahit ve Geçer, Bekir, Kısmi (Part-Time) İstihdam-I, Yaklaşım Dergisi, Ekim, 2001, <http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2001102788.htm> (01.04.2011).

Eyrenci, Öner, “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, Mayıs 2001-Ağustos 2001, 1-12.

Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş ve Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Legal Yayınevi, Kasım 2010.

Gençler, Ayhan, **Sosyal Politika Açısından İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Ders Notları)**, 1. Baskı, İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, 1999.

Göktaş, Seracettin, “Ücret, Fazla Çalışma Ücreti ve İş Görmekten Kaçınmaya İlişkin Yargıtay Kararları”, **İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, 124-167.

Güler, Mikdat, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/5, 28-82.

Günay, Cevdet İlhan, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Güven, Ercan ve Aydın, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2007.

Güzel, Ali, **İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1987.

İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.hukukturk.com.tr

Kabalak, Yörük, “Yargıtay Kararlarına Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.64, S.10-11-12, 1990, 944-950.

Kar, Bektaş, “İş Güvencesi Kavramı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/6, 559-567.

_____, “İş Güvencesinde İspat Yüğü ve Deliller”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/7, 1006-1053. (İspat Yüğü ve Deliller)

_____, “Feshin Geçersizliği ve İşe İadeye İlişkin Yargıtay İlke Kararları”, **İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009, 9-80.

Karacan, Hatice, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Karagöz, Veli, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Karahasan, Mustafa Reşit, “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İBD**, C.XL, S.10, 1966, 469-494.

Keser, Hakan, “4857 Sayılı İK ve 2821 SK’nın 31 inci Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri”, **Sosyal Siyaset Konferansları 50. Kitap**, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş’a Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 2007, 661-734.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Şenocak, Kemal, **İş Güvencesi Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2007.

Kılıçoğlu, Mustafa, **İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar**, Ankara: Turhan Kitabevi, Eylül, 2009.

Kiper, Osman, **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara: Adil Yayınevi, 1995.

Konuralp, Haluk, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999.

Kuru, Baki, Arslan, Ramazan ve Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara: S Yayınları, 1990.

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt-II, 5. Baskı, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1991.

_____ , “İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi)”, **Makaleler**, İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2006, 429-463.

Kuru, Baki, Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Kuşaksız, Aysel, “Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışmayı Tercih Etme Gerekçeleri”, **Yönetim ve Ekonomi Celal Bayar Üniversitesi İİBF Dergisi**, 2006, C.13, S.2, 19-29.

Kutal, Metin, “İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 15-32.

Lebib Yalkın Mevzuat Programı, www.mevbank.com

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

_____, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.4, 2004, 1-37.

Narmanlıoğlu, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 3. Bası, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998.

Odaman, Serkan, “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.18, S.2, Mart, 2004, 4-15.

_____, “ 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004, 81-93.

Öksüz, Ömer, “Yıllık Ücretli İzin”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2006/11, 853-865.

Öz, Tuğba, **Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamaları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Özdemir, Burhan, Karar İncelemesi, **Çimento İşveren Dergisi**, C.12, S.3, Mayıs, 1998, 16-22.

Özdemir, Erdem, “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/1, 143-156.

_____, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/5, 252-263.

_____, “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, 409-410.

.

_____, “ İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.31-32.

_____, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.

_____, “İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.5, Mart 2007, 31-46. (İbraname Uygulamaları)

_____, “Sözleşmenin Yapılması, Muhtevası ve İfasına İlişkin Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları” **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, 94-161. (Seminer)

_____, “Yargıtay Kararları Işığında İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, **İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı**, Eylül 2007, 511-564. (İbraname)

_____, “Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, 80-95.

.

_____, **İstifa ve İkale İşçinin Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerinin Geçerliliği**, Birinci Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2009.

Özekes, Muhammet, “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **75. Yaş Günü İçin Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004, 479-514.

_____, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 131-180.

Özel, Çağlar, “İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay’ın İbra Sözleşmelerine Bakışı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.19, S.4, Temmuz 2005, 1-13.

Özer, Hatice Duygu, “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?” Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/3, 143-155.

Öztürk, Dursun Faruk, “Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, **Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi**, C.1, S.1, 2009, 39-58.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Peker, Funda, “Türk İş Hukukunda İbraname”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmua**, Ankara, 2008, 129-143.

Reisoğlu, Sefa, **Borçlar Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

Sazak, Ömer Güner, **Bireysel Hak İlişkilerinden Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda İş Mahkemelerinin ve İş Yargılamasının Önemi ve**

Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.

Sevimli, Ahmet, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.2, Mayıs, 2004, 4-22. (Yazılı Şekil Şartı)

_____, “Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Haziran 2010, 40-47.

Soyer, Polat, “Ferdî İş İlişkilerinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, 1999, 9-55.

Sümer, Haluk Hadi, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2010.

Süzek, Sarper “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2003, 1-57.

_____, **İş Hukuku**, 3.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.

_____, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, 24-38.

Şafak, Can, 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part Time) Çalışma, http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/kismi_calisma.pdf (01.04.2011).

Şahlanan, Fevzi, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, Genel Görüşme, İstanbul: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1999, 61-62.

_____, “Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 143-159.

_____, “Yeni İş Yasası Neler Getiriyor?”, **TİSK**, Yayın No: 235, Ağustos, 2003.

Şakar, Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması**, 8.Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, Ekim 2009.

Taşpınar, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **AÜHFD**, 1996, C.45, S.1-4, 532-572.

Topçuoğlu, İlyas, **4857 Sayılı İş Kanunu Işığında Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, Ankara: TÜHİS Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Yayın No:58, 2009.

Tuncay, A. Can, “İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.62, S.4-5-6, 1988, 221-235.

_____, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınevi, C.II, İstanbul: 2001, 1043-1085.

_____, “Eşit Davranma ve Eşitlik İlkesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, 21-45.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.

Tutumlu, Mehmet Akif, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

_____, **Medeni Usul Hukuku Sorunları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Uçum, Mehmet, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003 (Seminer Notları).

Uçum Mehmet ve Çakmakçı, Ramazan, **İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.

Ulucan, Devrim, Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2004/3, 145-152.

Umar, Bilge, **İsbat Yükü**, İstanbul: Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları No.7, Fakülteler Matbaası, 1968.

Umar, Bilge ve Yılmaz, Ejder, **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980.

Uzun, Bekir, **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul: İTO Yayını, 2004.

Ürcan, Gülümnden, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat” **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, 767-815.

Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

Yavuz, Ezgi, “Ücret Ödenmesi, İspatı, Gününde Ödenmemesi ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi İş Hukuku Özel Sayısı**, Eylül 2007, 179-198.

Yavuz, Nihat, Karar İncelemesi, **Ankara Barosu Dergisi**, 1977/1, 158-166.

_____, Adli İspat, **Adalet Dergisi**, 1977 Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, S.5-6, 381-399.

Yeşilyurt, Çiğdem, **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

_____, “İş Mahkemeleri Kanunu’nun Değiştirilmesi İhtiyacı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, Aralık 2007, 5-12.

Yılmaz, Halil, “İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Alacaklarında İbra-II”, **Çimento İşveren Dergisi**, , C.24, S.2, Mart, 2010, 13-28. (Tazminat Alacaklarında İbra-II)

_____, “İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Haziran 2010, 70-85. (İş Yargılaması)

Yürekli, Sebahattin, “Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınevi, C.II, İstanbul: 2001, 1087-1104.

Zengin, Arzu, **Geçici (Ödünç) İş İlişkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

Emrah ÇETİN, 07.02.1984 tarihinde Gaziantep ilinin İslâhiye ilçesinde doğdu. İlk ve orta öğrenimini Gaziantep'te tamamladı. Lise öğrenimini ise 1998-2002 yılları arasında Antalya Metin-Nuran Çakallıklı Anadolu Lisesi'nde tamamladı. 2002-2003 öğretim yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrenimine başladı. 2006-2007 öğretim yılında lisans öğrenimini tamamladı. 2008-2009 öğretim yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Anabilim Dalı'nda yüksek lisans öğrenimine başladı. 2009 yılında Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi Bölümü'nde Araştırma Görevlisi olarak göreve başladı. Aynı yıl yüksek lisans öğrenimini de Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı'na geçirdi. Daha sonra 2010 yılında Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Araştırma Görevlisi olarak atandı ve halen aynı görevinde devam etmektedir.

ÇETİN, İngilizce bilmektedir.