



**İŞ YARGILAMASINDA
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Engin Deniz ERGİN

Eskişehir 2021

**İŞ YARGILAMASINDA
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ**

Engin Deniz ERGİN



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Barış TORAMAN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2021

ÖZET

İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Engin Deniz ERGİN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2021

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Barış TORAMAN

Bu çalışmada, medeni usul hukukunun, sınırları ve uygulaması bakımından en çok tartışılan delili olan bilirkişi incelemesi, iş yargılaması bakımından incelenmiştir. Çok tartışılmasına karşın bilim ve teknikteki gelişmelerden dolayı bilirkişiye başvurulmuş dava sayısı sürekli artmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde genel olarak bilirkişilik kavramı ve iş yargılamasında temelleri incelenmiştir. İkinci bölümde ise uygulamada yoğun biçimde davalara konu olan tazminatlar, işçilik alacakları, işe iade davalarındaki teknik konular ve iş kazası sonucu açılan davalarda yargılama konusu olan kusur konusu bakımından bilirkişi incelemesi ele alınmıştır. Aynı zamanda iş yargılaması bakımından bilirkişi incelemesine başvuru zamanı konusuna da değinilmiştir. Tüm alanlarda tartışmaya yol açan hukuki mesele – maddi mesele ayrımına iş yargılaması bakımından değinilmiş ve gerek doktrin gerekse Yargıtay uygulaması bakımından konu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, Bilirkişi incelemesi, İş yargılaması, Kusur, Nitelikli hesaplama.

ABSTRACT

JUDICIAL EXPERTISE IN THE LABOUR COURT PROCEEDINGS

Engin Deniz ERGİN

Department Of Private Law

Anadolu University, Graduate School Of Social Sciences, September 2021

Advisor: Asst. Prof. Dr. Barış TORAMAN

In this study, the judicial expertise, which is the most discussed evidence in terms of the limits and application of the civil procedure law, has been examined in terms of labour court proceedings. Despite being discussed a lot, the number of cases in which experts are consulted is constantly increasing due to the developments in science and technique. In the first part of the study, the concept of the judicial expertise and its foundations in labour court proceedings were examined. In the second part, the judicial expertise is discussed in terms of compensations, labor claims, technical issues in reemployment lawsuits, and fault which is the subject of judgment in lawsuits filed as a result of work accidents. At the same time, in terms of labour court proceedings, the time to apply for the judicial expertise is also mentioned. The distinction between legal issue and material issue, which leads to debate in all fields, is addressed in terms of labour court proceedings and the issue is discussed in terms of both doctrine and application of the Supreme Court.

Keywords: Civil procedure law, Judicial expertise, Labour court proceedings, Fault, Qualified calculation.

....../....../20....

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

.....
(İmza)

.....
(Öğrencinin Adı Soyadı)

....../....../20....

STATEMENT OF COMPLIANCE WITH ETHICAL PRINCIPLES AND RULES

I hereby truthfully declare that this thesis is an original work prepared by me; that I have behaved in accordance with the scientific ethical principles and rules throughout the stages of preparation, data collection, analysis and presentation of my work; that I have cited the sources of all the data and information that could be obtained within the scope of this study, and included these sources in the references section; and that this study has been scanned for plagiarism with “scientific plagiarism detection program” used by Anadolu University, and that “it does not have any plagiarism” whatsoever. I also declare that, if a case contrary to my declaration is detected in my work at any time, I hereby express my consent to all the ethical and legal consequences that are involved.

.....

(Signature)

.....

(Name and Surname of the Student)

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	v
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN TEMELLERİ.....	3
1. BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI	3
2. İŞ YARGILAMASINDAKİ YERİ ÇERÇEVESİNDE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE İLİŞKİN BAZI TEMEL MESELELER.....	9
2.1. Genel Olarak.....	9
2.2. Bilirkişinin Görevlendirilmesi Bakımından	11
2.2.1. HUMK dönemi listesiz (eski) sistem	12
2.2.2. HMK sonrası listeli (yeni) sistem	14
2.3. Maddi Mesele İle Hukuki Mesele Ayrımı Bakımından	18
2.3.1. Hukuki konuda bilirkişi incelemesine başvuru ve görüş verme yasağı..	18
2.3.2. İş yargılamasında hesap bilirkişiliğinin özel durumu	23
2.4. Bilirkişi İncelemesine Başvuru Zamanı ve Bilirkişinin Görevlendirilmesi ..	32
2.4.1. Genel olarak.....	32
2.4.2. Bilirkişi incelemesine talep üzerine başvurulması.....	34
2.4.3. İlk derece aşamasında bilirkişi incelemesi	35
2.4.4. Üst derece (istinaf ve temyiz) aşamalarında bilirkişi incelemesi.....	38
2.4.5. İş yargılamasında bilirkişi incelemesine başvuru zamanı ve bilirkişinin görevlendirilmesi bakımından ayırt edici hususlar	41
İKİNCİ BÖLÜM.....	43

İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	43
1. İŞÇİLİK ALACAKLARI BAKIMINDAN BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	43
1.1. İş Sözleşmesi Devam Ederken Doğan İşçilik Alacakları ve Bilirkişilik	44
1.1.1. Ücret ve bilirkişilik	44
1.1.2. Fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve hafta tatili alacakları ve bilirkişilik	51
1.1.2.1. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma	52
1.1.2.2. Hafta tatili çalışması	57
1.1.2.3. Ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışması	58
1.1.2.4. Fazla çalışmanın, hafta tatili çalışmasının ve UBGT çalışmalarının ispatı	59
1.1.2.5. Fazla çalışmanın, hafta tatili ve UBGT çalışmalarının bilirkişi incelemesine elverişliliği	65
1.2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı İşçilik Alacakları	71
1.2.1. Kıdem tazminatı ve bilirkişilik	71
1.2.1.1. Kıdem tazminatı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği	79
1.2.2. İhbar tazminatı ve bilirkişilik	81
1.2.2.1. İhbar tazminatı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği	88
1.2.3. Yıllık ücretli izin alacağı ve bilirkişilik	90
1.2.3.1. Yıllık ücretli izin alacağı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği	93
2. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ (İŞE İADE) DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	94
2.1. Boşta Geçen Süre Ücreti, İşe Başlatmama Tazminatı ve Sendikal Tazminat	94
2.2. Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Fesih Sebebine Dayanak Gösterilen Konular ve Bilirkişi İncelemesi	101

3. HUKUKİ MESELEDE BİLİRKİŞİYE BAŞVURU: “KUSUR” BİLİRKİŞİLİĞİ	
.....	112
3.1. İş Yargılamasında Kusur Kavramı	112
3.2. Kusurun Tespiti ve Bilirkişi İncelemesine Elverişliliği Sorunu	118
4. İŞ KAZASI SEBEPLİ MADDİ TAZMİNAT VE DESTEKTEN YOKSUN	
KALMA TAZMİNATI TALEPLİ DAVALARDA BİLİRKİŞİLİK	129
SONUÇ	142
KAYNAKÇA	146



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.k.	: Adı geçen kaynak
aşa.	: Aşağıda
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BilK	: Bilirkişilik Kanunu
BilY	: Bilirkişilik Yönetmeliği
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇT	: Çalışma ve Toplum Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
Karş.	: Karşılaştırınız
KTk	: Karayolları Trafik Kanunu

m.	: Madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
PMF-1931	: Population Masculine et Feminine
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
Tal.	: Talimat
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİS	: Toplu iş sözleşmesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TRH-2010	: Ulusal Mortalite Tablosu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Bilirkişi incelemesi, teknolojinin sürekli geliştiği dünyada tekniğin ve teknik bilginin her alanda artmasıyla, hemen her dava konusu uyuşmazlığın tekniğe dokunmasıyla, mahkemelerce sıklıkla başvurulmuş bir müessese olmuştur. Her geçen gün bilirkişi incelemesine başvurulmuş dava sayısı artmakla, bilirkişilik kurumunun kendisinin de tartışmaya açıldığı görülmektedir. Hem doktrinden hem uygulayıcılardan, sıklıkla bilirkişiye başvurulmasından, hukuki konularda bilirkişi raporu alındığı yönünde eleştirilere kadar çeşitli tartışmalar bilirkişilik özelinde artarak devam etmektedir. Hatta medeni usul hukukunun en tartışmalı kurumunun bilirkişilik kurumu olduğunu söylemek, Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) düzenlenen delillerden en tartışılmasının bilirkişi incelemesi olduğunu söylemek mümkündür. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde hukuki konuda bilirkişiye başvurulamayacağı düzenlenmesinin açıkça kanuna eklenmesi elbette bu tartışmalardan bağımsız olmamıştır. Devam eden dönemde HMK’da da ilgili düzenleme korunmuştur. 2016 yılında Bilirkişilik Kanunu (BilK) ve akabinde Bilirkişilik Yönetmeliğinin (BilY) yürürlüğe girmesiyle bilirkişilikte yeni bir dönemin başladığı söylenebilir. Bilirkişilik artık kurumsal bir yapıya kavuşmuş, bilirkişiliğe kabulden disipline kadar yetkiler bilirkişilik bölge kurullarında toplanmıştır. Bilirkişilerin uzmanlıkları, eğitimi, seçilmesi, denetlenmesi gibi konularda kıstas getirilmesi, bu şekilde yöneltilecek eleştirilerin karşılanması amaçlanmıştır.

İş yargılaması bu süreçte bilirkişilik tartışmalarının en yoğun yaşandığı alanlardan biri olmuştur. Pek çok davada bilirkişiye başvurulması gerek bu başvurunun gerekliliği ya da gereksizliği noktasında gerekse de bilirkişilerin kanuna aykırı olarak hukuki değerlendirme yapması konusunda tartışmalar gündeme gelmiştir. Esasen tartışmaların başlaması sebepsiz değildir. Uygulamada gerçekten de hem bilirkişiye başvurulmuş konularda hukuki konulara yer verildiği, hem de bilirkişilerin raporlarında hukuki değerlendirmeler yaptıkları; bazen de görevlendirme konusunun hukuki konu olmamasına karşın raporlarda hukuki değerlendirme olan konulara girdikleri ve davanın esası hakkında görüş bildirdikleri görülmektedir. Bu çalışmada iş davalarında genel olarak gündeme gelen konuların büyük bölümü özelinde bilirkişiye başvurulmuş konular

ve bu konuların bilirkişi incelemeğine elverişliliği, doktrinin bu konudaki görüşleri ve süregelen tartışmalar Yargıtay içtihatları da dâhil olmak üzere ele alınmıştır.

İş yargılaması özelinde, sıklıkla yargıda görülen dava türleri değerlendirilip, konunun esası hakkında da temel bilgiler verilerek, hangi konunun özel veya teknik bilgi içeren konu olabileceği, hangi konunun ise vakıalardaki özel ve teknik bilgileri ortaya koyma sınırını aşp hukuki değerlendirme kısmına girdiği tartışılacaktır. Tüm bu değerlendirmeler yapılırken usul ekonomisi ve yargının iş yükü de gözetilerek, uygulamanın gerçekleri ve imkânları göz önünde bulundurulacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde bilirkişilik kavramı ele alınacak, bilirkişinin görevlendirilmesi ve bilirkişi incelemeğine başvuruda temel konulara değinilerek bunların iş yargılaması bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise iş yargılamasında bilirkişi incelemeğinin görünüm biçimleri, uygulamada sık karşılaşılan dava konuları özelinde ele alınıp, dava konuları kapsamında bilirkişi incelemeğine elverişlilik, hukuki konu-özel ve teknik bilgi ayrımı gözetilerek tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN TEMELLERİ

1. BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI

Hukukumuzda, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtildiği gibi herkes, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına yani hak arama hürriyetine sahiptir. Bu hakkın kural olarak özel hukuktan doğan haklarla ilgili olarak hukuk yargılaması çerçevesinde pratik olarak uygulanması ise medeni usul hukuku ile gerçekleşir¹. İşte medeni usul hukukunda bu hakkın görünüm şekli ise “dava hakkı” olarak ortaya çıkmaktadır, diğer bir deyişle bir sübjektif hakka dayalı olarak mahkemeden hukuki koruma istenmesi yetkisi ancak “*dava hakkı*”nın kullanımı ile mümkündür².

Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrası ise mahkemelerin davaya bakma zorunluluğunu düzenlemektedir: “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*” Anayasa hükmünün ışığında mahkemenin davaya bakma zorunluluğu, HMK m. 46/1-e’de hâkimin hukuki sorumluluğu başlığı altında düzenlenmiştir:

“Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

...

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.”

¹Detaylı bilgi için bkz. H. Pekcanitez (2017). *Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler*: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özkes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 12 vd; R. Arslan, E. Yılmaz, S. Taşpınar Ayvaz ve E. Hanağası (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 51; M. Atalı, İ. Ermenek, ve E. Erdoğan (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 6.

²B. Kuru, B. Aydın (2021). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin, s. 104; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 115.

Düzenlemeye göre hakkın yerine getirilmekten kaçınılmış olması, hâkimin hukuki sorumluluğunu doğurur. Mülga HUMK döneminde bu kurum ihkak-ı haktan istinkâf olarak m. 573/6 ile düzenlemişti:

“Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

...

6 – İhkakı haktan istinkaf olunması,”

Özetle hukukumuzda Anayasa ve kanuni düzenlemeler gereği, kanundaki şekil şartlarını sağlayan ve dava şartlarını haiz bir dava, hâkim tarafından görülmek zorundadır³.

Medeni usul hukukunda yargılama, üç aşamadan oluşmaktadır. Bunların ilki, maddi vakıaların belirlenmesi ve bunlara ilişkin delillerin toplanması; ikinci aşama olaya uygulanacak hukukun tespiti; üçüncü aşama ise maddi vakıaların ve toplanan delillerin hukuk kurallarının unsurları ile karşılaştırılarak buna göre hüküm verilmesidir⁴.

Yargılama sürecinde, taraflarca hazırlama ilkesine uygun olarak getirilen maddi vakıalar ile bunları ispat için sunulan veya yeri bildirilen deliller adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak eksiksiz toplanmalıdır⁵. Ancak uygulanacak hukukun tespiti hâkime aittir⁶. Bir başka söyleyişle hukuk kuralları kural olarak ispat faaliyetinin konusunu oluşturmaz (bkz. HMK m. 33). Delillerin toplanmasının ardından hâkim, bunları incelemeli ve deliller ile ileri sürülen maddi vakıaların ispat edilip edilmediği konusunda yine ispat hukuku bağlamında kanaate varmalıdır. İşte bu aşamada ileri

³E. Belgesay (1955). Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti, *AÜHFD S:3 (12)*, s. 295; B. Kuru (1980). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 1151; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 338; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 379.

⁴Y. Alangoya (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 7.

⁵H. Pekcanitez (2000). Hukukî Dinlenilme Hakkı, *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi*, s. 78 vd; M. Özkes (2003). *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin, s. 248.

⁶Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 167; S. Tanrıver (2016). *Medeni Yargıda Bilirkişilik*, Ankara: Yetkin, s. 61.

sürülen maddi vakıalar ile deliller, hâkimin uzmanlık alanı olan hukuktan başka disiplinleri ilgilendirebilir. Hatta bazı durumlarda tamamen hukuka yabancı alanlardan teknik bilgi gerektirebilir. Bu durumda da yukarıda anlatılan ilkeler gereği, yargılamanın yargısal temel hak ve ilkelere uygun şekilde yürütülmesi ve usul hukukunun amacı olan akla uygun rasyonel bir kararla sübjektif hakkın himayesi için bu vakıalar ile delillerin eksiksiz incelenmesi zorunludur⁷.

Bilimin gelişmesi, tekniğin ilerlemesi meslek dallarının ve uzmanlık alanlarının günümüz dünyasında oldukça çeşitlenmesine sebep olmuştur. Yargılamada yalnız hukuki vasıflandırma ve yalın hukuki bilgi kullanılmamakta, hukuki bilgi ile vasıflandırma aşamasına geçilmesi için teknik bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır⁸. Hukuki bilgisi dolayısıyla hâkimlik görevine kabul edilen ve hukukun bilirkişisi varsayılan hâkimin doğası gereği bu konularda uzman olması veya bu konuları öğrenmesi kendisinden beklenemez⁹. Bu sebeple gelişen dünyada farklı uzmanlık alanlarına ilişkin meseleler yargılama sırasında ortaya çıktığında, bu kişilerin uzmanlığına başvurmak gerekliliği ortaya çıkmıştır¹⁰. Yargılama sırasında bazı vakıaların ve uyuşmazlıkların çözülebilmesi için özel ve teknik bilgiye ulaşmak, bilimsel dayanaklara ulaşmak gerekmektedir. Bir mahkeme kararı, gerektiğinde bu bilimsel veya teknik bilgiye doğru (olması gerektiği) şekilde dayandığında yargısal gerçek olarak tarif edilen hüküm, bilimsel gerçeğe uygun hâle gelir¹¹.

⁷H. Pekcanitez, O. Atalay ve M. Özkes (2021). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin, s. 9; L. Ş. Görgün, L. Börü, B. Toraman ve M. Kodakoğlu (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, s. 55.

⁸Y. Alangoya, M. K. Yıldırım ve N. Deren-Yıldırım (2011). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul: Beta, s. 358; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, a.g.k., 2021, s. 417; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 527.

⁹Tanrıver, *Medeni Yargıda Bilirkişilik*, 2016, s. 61.

¹⁰Detaylı bilgi için bkz. B. Toraman (2017). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Ankara: Yetkin, s. 42 vd.

¹¹Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 55.

İşte bir davada çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşüne başvurulana bağımsız, tarafsız ve objektif üçüncü kişi bilirkişidir¹². Doktrinde bilirkişinin niteliği de tartışmalıdır. Kanunun tanımlamada detay vermeme tutumu karşısında bilirkişinin yargılama kapsamında salt bir üçüncü kişi olduğu söylenebilir¹³. Bilirkişi hukuki nitelik olarak; Alman Hukukunda hâkim yardımcısı olarak; Roma Hukuk çevrelerinde taraf delili olarak sayılsa da günümüz Kıta Avrupası Hukukunda güncel olarak hâkim yardımcısı olduğu görüşü baskındır¹⁴. Türk Doktrininde kimi yazarlar bilirkişinin açıkça hâkim yardımcısı olduğunu belirtmektedirler¹⁵. Buna karşın bilirkişi, hâkim yardımcısı kavramını kullanılmadan, hâkime yardım eden kişi olarak da tanımlanmaktadır¹⁶.

Yargısal süreçte hâkim karar verme yetkisine sahiptir ancak özel ve teknik bilgi ile karşılaştığı durumda görüş almak için bir uzmana başvurmak durumunda kalmaktadır¹⁷. Bu uzman, bilirkişi sıfatıyla kendisine başvurulana kişi olup; özel ve teknik bilgiye sahip olmakla birlikte karar verme yetkisine sahip değildir¹⁸. Uzman, kendisinden istenen bilgileri mahkemeye sunarak hâkime karar verme konusunda özel ve teknik bilgiyi sağlamak suretiyle yardımcı olan kişidir¹⁹. BilK m.2/1-b hükmü ise

¹²S. Tanrıver (2017). *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Ankara: Yetkin, s. 25; Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 313; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 456; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 526.

¹³İ. E. Postacıoğlu (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri, s. 652; S. Tanrıver (2002). *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, s. 29 vd; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, s. 25.

¹⁴M. K. Yıldırım (2004). *Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*: 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Ed: H. Pekcanitez), Ankara: TBB Yayınları, s. 835; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, a.g.k., 2011, s. 358.

¹⁵Yıldırım, a.g.k., 2004, s. 841; O. Atalay (2017). *Deliller: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 1917; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 527.

¹⁶Kuru, *Usul C. II*, 1980, s. 1801.

¹⁷Postacıoğlu, a.g.k., 1975, s. 652; Kuru, *Usul C. II*, 1980, s. 1804; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 457; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 529.

¹⁸Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2017, s. 26.

¹⁹Kuru, *Usul C. II*, 1980, s. 1820; Toraman, a.g.k., 2017, s. 78; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 561.

bilirkişiyi genel olarak çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş kişi olarak tanımlamaktadır. Bilirkişi incelemesi ise çözümü hukuk dışında kalan, uzmanlık bilgisi, özel ve teknik bilgi gerektiren bir vakıa ile karşılaşıldığında mahkemece veya taraflarca seçilen bilirkişinin teknik bilgi verme amacıyla gerçekleştireceği bir inceleme yöntemidir²⁰. Tekniğin ve bilimin ilerlemesinin doğal bir sonucu olan bilirkişi incelemesi, her ne kadar hukukumuzda çok tartışılan bir delil olsa da tekniğin ileri seviyede hayatımızda olduğu modern dünyanın ispat aracıdır²¹.

Hukuk yargısı bakımından deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikili bir ayırım altında ele alınmaktadır²². Kesin deliller, varlığı hallerinde hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldıran; şartları, hükümleri ve sonuçları kanun tarafından belirlenen delillerdir²³. HMK’da düzenlenen kesin deliller senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kanunda deliller arasında ayrıca yer verilmemekle birlikte kesin delil vasfı genel olarak kabul edilen kesin hükümdür²⁴ (HMK m. 303). Takdiri deliller ise hâkimin vicdani kanaati doğrultusunda serbestçe değerlendirdiği; şartları ve hükümleri kanun tarafından tayin edilmemiş delillerdir²⁵. HMK’da düzenlenen takdiri deliller tanık beyanı (HMK m. 240-265), keşif incelemesi (HMK m. 288-294) ve bilirkişi incelemesidir (HMK m. 266-287). Hâkim, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda, ispat aracı niteliğinde her şeyi delil olarak kabul edip, serbestçe takdir edebilir (HMK m. 192).

²⁰Kuru, *Usul C. II*, 1980, s. 1876; Toraman, a.g.k., 2017, s. 68; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 560; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 528.

²¹Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 561.

²²Delil türleri ve delil sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 473; Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 238 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 400; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, a.g.k., 2021, s. 372 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 486 vd.

²³Pekcanitez, Atalay ve Özekes, a.g.k., 2021, s. 373; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 487; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 474.

²⁴Yargıtay HGK 20.1.1988 tarihli, 1987/10-517 E., 1988/37 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.3.2020). Doktrinde kesin hüküm yerine ilam kavramının kullanılmasının tercih edildiği de görülmektedir: Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 487.

²⁵Pekcanitez, Atalay ve Özekes, a.g.k., 2021, s. 374; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 474.

Çalışmanın ana eksenini oluşturan bilirkişi incelemesi, görüleceği üzere kanunun sistematığı içinde bir takdiri delil olarak düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre bilirkişi incelemesi tek başına bir delil olmaktan çok bir delil ikame yöntemi olarak görünmektedir, zira genellikle konusunu bir veya birkaç delil oluşturmaktadır²⁶. Bilirkişi incelemesinin konusunun delil incelemesi olması ile bilirkişinin delil değerlendirmesi yaparak kanaat bildirmesi farklı konulardır. Bilirkişi incelemesinin konusunun delil olmasına örnek olarak iş mahkemesinde görülmekte olan bir davada tanık anlatımları gözetilerek rapor hazırlanması verilebilir. Bu noktada bilirkişinin delil hakkında kanaat bildirerek dolaylı hüküm vermesi doğru değildir²⁷. İnce bir çizgi olan delil değerlendirerek rapor hazırlama ile delil hakkında kanaat bildirme konularında dikkatli olunması adına, maddi vakıaların elbette değerlendirilmesi ve hakkında görüş bildirilmesi gerekmekte; ancak çelişkili hususlarda kesin kanaat bildirmek yerine aşağıda iş yargılaması özelinde anlatılacak konularda değinileceği gibi, seçenekli rapor düzenleyerek (örneğin çelişken iki delilden hâkim hangisini hükme esas alacaksa her iki duruma göre kanaat belirtmek gibi) hüküm verme derecesinde kanaat bildirmemesi gerekmektedir.

Bilirkişi incelemesinin niteliği hakkında bir başka görüşe bilirkişi bir hâkim yardımcısı iken, hazırladığı rapor veya sunduğu oy ve görüş bir takdiri delildir²⁸. Doktrinde genel olarak bilirkişinin kendisinin değil ancak sunduğu raporun veya oy ve görüşünün bir takdiri delil olduğu konusunda görüşler öne çıkmaktadır²⁹.

²⁶Doktrinde Toraman'a göre bilirkişi incelemesi veya tek başına bilirkişinin oy ve görüşü delil olmaktan çok tahkikat kapsamında başvurulmuş bir inceleme ve delil ikame yöntemi olarak kabul edilmelidir. Yazarın katıldığı görüşüne göre çoğunlukla bilirkişi incelemesi yargılamada tek başına delil olarak var olmamakta, bilirkişi incelemesinin konusunu bir veya birkaç delil oluşturmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Toraman, a.g.k., 2017, s. 95 vd. Aynı yönde bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 528.

²⁷Kuru, *Usul C. II*, 1980, s. 1876; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, a.g.k., 2011, s. 360.

²⁸Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1917.

²⁹Postacıoğlu, a.g.k., 1975, s. 655; Tanrıver, *Medeni Yargıda Bilirkişilik*, 2016, s. 100; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2017, s. 120; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 526.

2. İŞ YARGILAMASINDAKİ YERİ ÇERÇEVESİNDE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE İLİŞKİN BAZI TEMEL MESELELER

2.1. Genel Olarak

İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 5 düzenlemesine göre 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 6098 sayılı TBK’da düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları ile 5510 sayılı Kanun’dan doğan Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu’nun taraf olduğu davalar (istisnaları yine maddede sayılmıştır) ve diğer kanunlarda belirtilen uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevlidir. İşte bir uzmanlık mahkemesi³⁰ olan ve asliye mahkemesi statüsünde olan³¹ iş mahkemeleri, ilk olarak 5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulmuştur³². Başta bir toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemelerinde mülga 5521 sayılı Kanun m. 2 uyarınca “İş mahkemeleri bu iş için görevlendirilen yargıcın başkanlığında bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilcisinden teşekkül eder.” düzenlemesiyle faaliyete geçmiştir. Buna göre meslekten hâkim yanında işçi ve işveren temsilcileri yer almaktaydı. AYM’nin maddenin “bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilcisinden” kısmını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş olup, bu karardan sonra iş mahkemeleri tek hâkimli olarak faaliyetine devam etmiştir³³. İş mahkemelerinin toplu mahkeme niteliği Fransız³⁴, Alman ve İsviçre³⁵ hukuk düzenlerinde hâlâ mevcuttur³⁶.

³⁰Uzmanlık mahkemeleri hakkında bkz. B. Kuru (1979). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.I*, Ankara:Sevinç Matbaası, s. 48-49; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 82; M. Akkan (2017). *Mahkemeler: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özkes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 135 vd; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 137.

³¹Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 758; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 90; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 148.

³²İş mahkemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Akkan, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 168 vd.; B. Kar (2019). *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin, s. 127 vd.

³³AYM 13/4/1971 tarih ve E. 1970/63, K.1971/38 sayılı kararı (RG: 16/11/1971 tarihli 14017 sayılı).

³⁴Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 91.

³⁵F. Şahlanan (1976). *İş Yargılaması, İÜHFM C:42 S: 1-4*, s. 380.

Yine İMK m. 7’de iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacağı düzenlenmiştir³⁷. Özel kanunda buna ilişkin başkaca husus olmayıp, HMK’nın m. 316 ve devamındaki maddeler iş mahkemelerinde yapılan yargılamalara uygulanmaktadır³⁸. İMK’da, kanun yollarına ilişkin özel düzenlemeler de yapılmıştır³⁹.

İş uyuşmazlıkları niteliği gereği kapsamına giren birçok konuda özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir. Bu, iş kazası sebebiyle işçide oluşan bedensel zarardan (maluliyet veya engellilikten doğan), buna bağlı maddi tazminat miktarlarının ne şekilde hesaplanacağına, belli bazı tazminat veya alacak hesabına kadar kendisini çok farklı noktalarda gösterebilmektedir. Bilirkişi incelemesi bakımından İMK’da özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple HMK’nın bilirkişi incelemesine ilişkin hükümleri iş yargılamasında da uygulanmaktadır. Hiç şüphe yok ki iş yargılaması bakımından bilirkişi incelemesine ilişkin problemler bilirkişi incelemesi konusunda tartışılan genel hususlardan bağımsız değildir. Bunlar arasında ön plana çıkan meselelerden biri, kusurun dağılımı konusunda bilirkişi incelemesine başvurulup başvurulamayacağıdır. Diğer meseleler ise belli başlı işçilik alacaklarının ve tazminatların hesabında bilirkişi incelemesine başvurulması ile ilgilidir. Bunun yanında işe iade davaları olarak anılan fesih gerekçelerinin incelendiği, feshin geçersizliğinin tespiti davalarının da bilirkişi incelemesine uygun olup olmadığı bu çalışmada incelenecektir.

HMK’nın 266/1 maddesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi gereken konularda bilirkişiye başvurulamayacağını, ancak çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiye dayanan konularda bilirkişiye başvurulacağını açıkça düzenlemiştir. İş yargılaması açısından ise bu durum, yargılamada karşılaşılan konuların genel ve hukuki bilgi sınırları içerisinde kalıp

³⁶ İş Mahkemelerinin tarihçesi ve karşılaştırmalı hukukta görünümü için bkz. O. Turgut (2021). *İş Yargılaması Usul Hükümleri*, Ankara: Yetkin, s. 22 vd.

³⁷ İş mahkemelerindeki yargılama usulü hakkında detaylı bilgi ve tarihçe için bkz. Turgut, a.g.k., 2021, s. 79 vd.

³⁸ Basit yargılama usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Atalı (2017). *Basit Yargılama Usulü: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 2089 vd.; B. Kar (2019). *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin, s. 127 vd. Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 607 vd.

³⁹ Detaylı bilgi için bkz. Kar, a.g.k., 2019, s. 708 vd.

kalmadığı açısından tartışılmaktadır. Çalışmanın geri kalanında detaylıca inceleneceği üzere, iş yargılaması açısından bazı konular uyuşmazlık konusuna (somut olaya) göre değerlendirilebilir olup, bunlar açısından kesin bir kanaate ulaşmak genellikle güç olmaktadır⁴⁰. Bu sebeple çalışmamızda ilgili konular bunların sadece genel veya hukuki bilgi içerisinde yer alıp almadığı değil, usul ekonomisi ilkesi açısından da değerlendirilecektir.

İş yargılaması bakımından, yargılamaların büyük çoğunluğunda bilirkişi incelemesine başvurulduğu, doktrinde vurgulandığı üzere ise iş mahkemelerinin bilirkişi incelemesine en çok başvuran mahkeme olduğu görülmektedir⁴¹. Bu durum, üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı bilirkişilik müessesesinin iş yargılaması bakımından özel olarak tartışılmasına sebep olmaktadır. Çalışmamızın genelinde aktarmaya çalıştığımız üzere iş mahkemeleri uygulamasında özel ve teknik bilginin sınırı veya bir konunun hukuki ve genel bilgi içerisinde olup olmadığı ilgili konuda bilirkişi incelemesine başvuruyu elverişli kılacak şekilde geniş yorumlanmaktadır⁴².

Aşağıda inceleneceği üzere iş mahkemelerinde görülen davaların neredeyse tümünde bilirkişi incelemesine başvurulduğu görülmektedir. Davanın türünden bağımsız şekilde; özellikle bir hesaplama gerektiren davalarda, kusur oranının tespitini gerektiren davalarda, bu çalışmada ayrıntılı şekilde incelenmiş olmamakla birlikte sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin davalarda bilirkişi incelemesine yoğun şekilde başvurulmaktadır⁴³. Yukarıda kısaca bahsedildiği üzere iş mahkemelerinde yargılama usulü HMK hükümlerine tabidir. Çalışmanın ikinci bölümünde, iş mahkemelerinde görülen davaların HMK'daki genel nitelikli düzenlemeler karşısında bilirkişi incelemesine elverişliliği tartışılacaktır.

2.2. Bilirkişinin Görevlendirilmesi Bakımından

Bilirkişinin görevlendirilmesi bakımından mevzuattaki genel hükümler iş yargılaması bakımından da geçerlidir. Bu noktada HMK'nın 266 ve devamındaki

⁴⁰Bkz. aşağıda birinci bölüm 2.3 numaralı başlık ve ikinci bölüm.

⁴¹H. A. Bozkurt (2009). İş Mahkemelerinde Bilirkişilik, *ABD Y:67 S:4*, s. 117.

⁴²Bkz. aşağıda birinci bölüm 2.3.1 numaralı başlık.

⁴³H. A. Bozkurt (2018). *İş Yargılaması Usul Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 568.

maddeleri ile BilK ve BilY'nin ilgili hükümleri önem taşımaktadır. HMK m. 266: *“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.”* düzenlemesini içermektedir. Buna göre mahkeme, vakıaları çözümlerken özel ve teknik bilgiyi gerektiren hali tespit ettiği halde taraflardan birinin talebi olmasa dahi bilirkişi incelemesine başvuracaktır⁴⁴.

Bilirkişiliğin genel teorisinde bilirkişinin seçimi (nereden görevlendirileceği) konusunda iki farklı anlayış hâkimdir. Bunlardan ilkinde, bilirkişinin kim olduğu önceden belirli bir usulle belirlenmemektedir. Bu anlamda bilirkişiler herhangi bir ön seçime tabi tutulmamaktadır. Bu sistem hâkime ve belli hallerde taraflara bilirkişinin seçimi konusunda önemli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. İkinci sistemde ise bilirkişi olabilecek kişilerin bilgisi daha önceden bir ön denetime tabi tutularak; bilirkişiler bir ön seçimden geçirilmektedir. Bu usulde bilirkişi listeleri oluşturulmakta ve bilirkişiler bu listelerden mahkemelerce görevlendirilmektedir. Bu anlayışlardan ilki daha eski zamanlara dayanmaktayken, ikinci anlayış daha modern ve günümüz gelişim düzeyine uygundur⁴⁵. Türk hukukunda HMK öncesi dönemde ilk anlayış egemenken, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle liste usulü benimsenmiş, bu usul BilK ile getirilen yenilikler ile birlikte bugünkü görünümünü almıştır.

2.2.1. HUMK dönemi listesiz (eski) sistem

Bilirkişiliğin “ehlivukuf” başlığı altında düzenlendiği 1086 sayılı mülga HUMK döneminde, tarafların ve mahkemenin takdir yetkisine öncelik veren, herhangi bir resmi bilirkişi listesinin bulunmadığı bir sistem mevcuttu. Bu dönemde kimlerin bilirkişi olarak seçilebileceğine dair özel bir düzenleme olmamakla beraber HUMK'un 275. maddesinde çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulabileceği belirtilerek, bilirkişinin özel ve teknik bilgi konusunda uzmanlığına üstü kapalı değinilmiştir: *“Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi*

⁴⁴Postacıoğlu, a.g.k., 1975, s. 652; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 529.

⁴⁵Toraman, a.g.k., 2017, s. 372.

dinlenemez.” Kanuni düzeyde herhangi bir seçim kriteri konmamış olması, bu dönemde Yargıtay kararları ile bilirkişinin seçimi ölçütlerinin şekillendirilmesine sebep olmuştur⁴⁶.

Bu dönemde bilirkişide aranacak şartlar konusunda da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Resmi bilirkişilere ise kanunun 276. maddesinde *hükümet tarafından müntahap ehli-vukuf* ifadesiyle değinilmiş ve seçimde bunlara öncelik verileceği düzenlenmiştir.

Kanunun 276. maddesi bilirkişinin seçiminde iradeyi öncelikle taraflara bırakmıştır. Tarafların anlaşılamaması durumunda ise bu yetki mahkemeye bırakılmıştır. Taraflara ve mahkemeye tanınan bu takdir yetkisi, kanun tarafından herhangi bir somut sınırlamaya tabi tutulmadığından bu dönemde bilirkişilerin uzmanlığı önceden denetlenebilir olmamıştır⁴⁷.

1086 sayılı Kanun döneminde bilirkişinin yeterliliğinin objektif olarak belirlenememesi karşısında Yargıtay kararlarında bilirkişinin uzman olması gerekliliğine çokça vurgu yapılmış, aslında HMK döneminde hukukumuzda giren liste uygulamasına gidilen yol ve bu ihtiyaç kendisini göstermeye başlamıştır. Aslında Yargıtay bu kararlarıyla genel bir liste bulunmamasındaki eksiklikleri kapatmaya hizmet etmiştir⁴⁸. Yargıtay, *mesleki yeterliğin varlığına* ve *bunun belgelendirilmiş olmasına* önem vermiştir⁴⁹. Aynı zamanda Yargıtay kararlarına yansıyan bir ölçüt de

⁴⁶“*Tapu fen memuru bulunmayan yerlerde, taşınmaz malın ölçülmesi, harita yahut eb’atlı krokisinin yapılması işlerinin gördürüleceği kimsenin, tarla üzerinde o atrlayı ölçebilecek ve onun düzenli bir haritasını veya fenne uygun olarak eb’atlı krokisini yapabilecek yetenekte kimse olup olmadığının resmi yerlerden sorulması ve bu konudaki yetenekleri resmi karşılıkla (cevapla) belli olduktan sonra onlara bu işlerin gördürülmesi, 5519 sayılı Yasanın 2. maddesine uygun olur. Mahkemece, ... ilçesine çok yakın olan ... ilinden bir tapu fen memuru getirtilmeyerek resim öğretmeninin fen ehli olarak seçilmesi ve kroki düzenlettirilmesi bu bakımdan doğru değildir.*” (ABD 1970/4 s. 684-685’ten aktaran Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1854.)

⁴⁷Toraman, a.g.k., 2017, s. 374.

⁴⁸Toraman, a.g.k., 2017, s. 377.

⁴⁹“*...Uzmanlık alanları ve sıfatları dosyadan anlaşılamayan bilirkişiler kurulunca davalının endüstriyel tasarımı konusunda bir görüş ve tespit belirtilmediği halde, kararın gerekçesinde tescile konu bu endüstriyel tasarımın buluş niteliği taşıdığına yer verilmiştir. Bu nedenle, davacılar vekilinin anılan endüstriyel tasarım tesciline yönelik itirazları üzerinde durularak 554 s.KHK.nin 53. maddesi hükmü*

*bilirkişinin uzmanlığıyla uyuşmazlık konusunun örtüşmesi*⁵⁰ olup, bu düzlemde Yargıtay'ın ölçütleri çeşitlendirilebilir⁵¹. Ancak bir listenin bulunmaması, bilirkişilerin yeterliliğinin ve yetkinliğinin önceden ölçülememesinin yarattığı eksiklikler, her ne kadar Yargıtay'ın getirdiği ölçütlerle azaltılmışsa da tamamen yok edilememiştir. Bu durum da yeni kanun döneminde liste usulüne geçişi kaçınılmaz kılmıştır.

2.2.2. HMK sonrası listeli (yeni) sistem

HMK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber, ikinci sistem olarak anlatılan, bilirkişinin bir ön seçime tabi tutulduğu liste usulü hukukumuzda girmiştir. HMK ile bilirkişinin seçiminde liste usulü ve listelerin hâkim için bağlayıcılığı hukuk yargısına ilk kez girmiş olup, bilirkişi incelemesi bakımından düzenlemede en önemli değişiklik bu olmuştur⁵². HMK'nın yürürlüğünden sonra ilk olarak HMK m. 268/3 hükmü uyarınca Adalet Bakanlığınca hazırlanan Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik 8.4.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, bu yönetmelik uyarınca bilirkişi listeleri düzenlemiş; daha sonra 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun (BilK) yürürlüğe girmesiyle bu usul, bu sefer çok daha detaylı ve kapsamlı bir düzenlemeye kavuşmuştur.

BilK'nın 18. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığınca hazırlanan Bilirkişilik Yönetmeliği (BilY) 3.8.2017 tarih ve 30143 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik ve Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik yürürlükten

çerçevesinde değerlendirme yapıp gerektiğinde bu konuda uzman bilirkişi görüşüne de başvurularak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi zorunlu görüldüğünden ...” Yargıtay 11. HD 5.12.2000 tarihli, 2000/7676 E., 2000/9696 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.2.2020).

⁵⁰ “...Davacının tedavi giderlerinin bu konuda uzman doktor bilirkişiye tespit ettirilmesi mümkündür. Sayıştay uzman deneticisi olan bilirkişi bu konuda mahkemenin zarar belirlemesine yardımcı olamaz. ...” Yargıtay 4. HD 2.6.194 tarihli, 1994/1898 E., 1994/5093 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 20.1.2021).

⁵¹Y. Deryal (2017). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, s. 55 vd.

⁵²Toraman, a.g.k., 2017, s. 379.

kaldırılmıştır. BilY m. 2’de yönetmeliğin kapsamında adli ve idari yargı alanında yürütülen her türlü bilirkişilik faaliyetinin söz konusu yönetmeliğe göre düzenleneceği belirtilmiştir.

Yeni sistemle birlikte bilirkişilik görevi yapmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler bir ön seçime tabi tutulmaya başlanmıştır. Liste usulüyle özetle, öncesinde uzmanlık dallarına ilişkin tutulan listelere, bilirkişilik yapmak isteyen kişilerin mevzuattaki koşulları sağlamak koşuluyla kaydolmasını ve yargı mercilerinin bu listelerden ön seçime tabi tutulmuş, bir nevi uzmanlığı tescil edilmiş kişiler arasından bilirkişi seçimini yapması amaçlanır⁵³. Ön seçim sayesinde geçici nitelikte bir hâkim yardımcısı görevini yerine getirecek, uzman sıfatı taşıyan kişinin nitelikleri, henüz görev kendisine tevdi edilmeden kontrol edilebilmektedir⁵⁴.

BilK m. 7’de bilirkişilik bölge kurulları düzenlenmiştir. Maddeye göre her bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerde bir bilirkişilik bölge kurulu oluşturulmuştur⁵⁵. Aynı kanunun 8. maddesinde ise bilirkişilik bölge kurullarının görevleri düzenlenmiştir. Buna göre bilirkişilik bölge kurullarının görevleri; bilirkişilik hizmetlerinin mevzuata uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, bilirkişiliğe kabule ve bilirkişilerin sicile ve listeye kaydedilmesine karar vermek, sicile kayıtlı bilirkişilerin temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişi listelerini oluşturmak, bilirkişilerin sicil ve listeden çıkarılmasına karar vermek, ilgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimlerini yapmak ve performansını ölçmek, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına izin vermek, izinlerini iptal etmek, bilirkişiliğe ilişkin faaliyet ve raporlarını denetlemek ve kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak şeklinde sayılmıştır. Buna göre mahkemenin bilirkişi seçiminde kural olarak kullanacağı listeler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından tutulmaktadır. Bu listelere kaydolabilecek kişiler hakkındaki şartlar, kimisi mesleki yeterliliğine kimisi şahsına ilişkin şartlar olmak üzere, BilK m. 10 ve BilY m. 38’de açıkça sayılmıştır. Bu düzenlemelerle bilirkişilik

⁵³Toraman, a.g.k., 2017, s. 380.

⁵⁴Toraman, a.g.k., 2017, s. 380.

⁵⁵Bilirkişilik bölge kurullarının yapısı hakkında detaylı bilgi için bkz. Toraman, a.g.k., 2017, s. 64; Deryal, a.g.k., 2017, s. 103 vd. Ayrıca doktrinde Tanrıver, mevcut adalet komisyonları yerine yeni kurumlar ihdas edilmesini eleştirmiştir: S. Tanrıver (2015). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi* S: 119, s. 228.

yapmak isteyen kişinin henüz daha mahkemece görev verilme aşamasına geçmeden denetlenmesi, belli bir süzgeçten geçirilmesi ve bu şekilde liste usulünde gözetilen amaca ulaşılabilmesi amaçlanmıştır.

BilK m. 11/4'te bilirkişiliğe kabul edilenlerin sicile üç yıl süreyle kaydedileceği düzenlenmiş, buna uygun olarak BilY m. 43/2'de bilirkişiliğe bölge kurulu tarafından kabul edilen kişilere üç yıl süre ile geçerli olmak üzere bilirkişilik yetki belgesi verileceği düzenlenmiştir. BilK m. 13'te ise bilirkişilik bölge kuruluna, belirli koşulların varlığı halinde bilirkişilere uyarma, geçici olarak veya sürekli olarak listeden ve sicilden çıkarma yetkileri verilmiştir⁵⁶. Böylelikle gerekli nitelikleri başta taşıdığı halde daha sonradan taşımadığı tespit edilen kişilerin mahkemelerce görevlendirilmesinin önüne geçilebilecek, bu sayede liste usulüyle güdülen amaca katkı sunulacaktır.

BilK m. 14'te denetime ve incelemeye tabi tutulmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Maddeye göre bilirkişiler bölge kurullarınca resen veya başvuru üzerine veya görevlendiren hâkim ya da Cumhuriyet savcısının bildirimiyle; göreviyle ilgili tutum ve davranışı ile hazırladıkları raporun mevzuata uygunluğu bakımından denetlenebilecektir. Maddenin 3. ve 4. fıkralarında bilirkişi raporunun özel veya teknik bilgi yönünden denetlenemeyeceği, bu hususta yapılan başvuruların incelenmeden reddedileceği belirtilmiştir. Hükümet tasarısında yer almayan bu fıkralardan 3 nolu fıkra TBMM Adalet Komisyonu görüşmelerinde, 4 nolu fıkra ise TBMM Genel Kurul görüşmelerinde maddeye eklenmiştir⁵⁷. Kanun düzenlemesinde detaylandırmayan ve

⁵⁶ Bilirkişilerin disiplin sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2017, s. 155 vd.

⁵⁷BilK m. 13/1(d)'de bölge kurulu tarafından yapılacak performans değerlendirmeleri sonucunda bilirkişinin yeterli bulunmaması, sicilden ve listeden geçici veya sürekli çıkarma ya da uyarma yaptırımı uygulanması sonucuna bağlanmıştır. Ancak komisyon görüşmelerinde bu fıkranın muğlaklığı, performans değerlendirmesinin kriterlerinin ne olacağı hususlarının belli olmaması, denetleyecek kişilerin özel ve teknik bilgiye sahip olmaması hususları eleştiri konusu olmuş, komisyon raporunda muhalefet şerhlerine konu olmuştur. Hükümet tasarısında yer almayan bu fıkraların eklenmesi bu görüşmeler neticesinde olmuştur. Kanımızca bilirkişinin özel ve teknik bilgisi bakımından performans değerlendirmesine tabi tutulmayacak olması, görevini yaparken bağımsızlığının ve tarafsızlığının teminatı niteliğinde olup yerinde olmuştur. (Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu, 26. Yasama Dönemi, 1. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 388, s. 55 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss388.pdf> Erişim: 1.6.2021)

soyut olarak açıklanan performans denetiminin kapsamı, Bilirkişilik Yönetmeliği m. 59 vd. maddeleri ile somutlaştırılmıştır.

Bilirkişinin listeye seçilmesinden, listede kalabilmesi adına yapılacak denetimlerin, yani yukarıda kısaca bahsedilen düzenlemelerin tümü, bilirkişinin belli bir standardın altında kalmaması, bilirkişinin kişisel nitelikleri konusunda belirli bir düzeyin tutturulması konularında olumlu düzenlemelerdir. Bilirkişilik mevzuatı liste usulünün gözettiği amacın gerçekleştirilmesinde yalnız listeye yazılma konusunda değil, listeye kaydılduktan sonra da başta olan veya hata veya hile ile var olduğu sanılan niteliklerin sağlanıp sağlanmadığı konusunda denetimler yapılmaya devam edilecektir. Bu denetimler etkin yapıldığı, mevzuatta getirilen düzenlemeler gerektiği gibi uygulandığı takdirde uygulamada çok şikâyet edilen bilirkişinin raporunu zamanında hazırlamaması, mevzuata aykırı rapor hazırlanması, hukuki görüş bildirilmesi gibi konulara çözüm olabilecektir.

HMK m. 268, BilK m. 10 vd maddeleri ile buna bağlı olarak çıkarılan BilY maddelerinde bilirkişinin seçimi konusunda mahkemenin bağlı olduğu hususlar açıklıkla ortaya konmuştur. HMK m. 268'e göre bilirkişiler bölge adliye mahkemeleri yargı çevreleri esas alınmak üzere bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan bilirkişiler arasından seçilecektir. Görüldüğü üzere yeni sistemde mahkemenin yargı çevresinde bulunduğu bölge adliye mahkemesi esaslı bir yaklaşım benimsenmiştir. Ancak HMK'nın 268. Maddesinin 1. fıkrasına 6754 sayılı kanunun 50. maddesi ile eklenen ikinci cümle, kendi bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bilirkişi bulunmasına rağmen mahkemenin başka bölge adliye mahkemesi yargı çevresinden bilirkişi görevlendirebilmesi adına bir istisna getirmiştir. Buna göre mahkeme, kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden görevlendirme yapabilecektir. Uygulamada Kocaeli ilinin Gebze ilçesinin Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresinde bulunmasına rağmen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'ne daha yakın mesafede bulunması, bu hükmün yürürlüğe girmesinden sonra Gebze İş Mahkemelerinin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bilirkişi listesinde bulunup İstanbul Anadolu yakasında mukim bilirkişilerden görevlendirme yapmaya başlamalarını sağlamıştır.

HMK m. 268/2 ise liste dışından bilirkişi görevlendirilmesini, yani kanuni çerçevede kural olarak benimsenen liste usulünün istisnasını düzenlemektedir. Buna göre herhangi bir bölge kurulunun listesinde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması halinde BilK m. 10 hükmündeki şartları sağlamak kaydıyla liste dışından bilirkişi görevlendirilebilecektir. Ancak bu görevlendirme, görevlendirmeyi yapan merciin yargı çevresinde bulunduğu Bölge Adliye Mahkemesi bilirkişilik bölge kuruluna bildirilecektir. Düzenlemeden anlaşıldığı üzere HMK m. 268/2 hükmü liste dışından bilirkişi tayin edilmesini, yalnız o ya da bir diğer yargı çevresinde kayıtlı bir bilirkişinin bulunmaması şartına bağlamıştır. Kanuni düzenlemelerden görüldüğü üzere kanunun yürürlüğe girmesiyle liste usulü uygulanacak yegâne usul olmuştur⁵⁸. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile BilK ile bu kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelikler arasında bir vakit olsa da, söz konusu düzenlemeler arasında işin temel felsefesi bakımından bir fark olmayıp, HMK'dan sonra yürürlüğe giren tüm düzenlemeler aslında liste usulünün yerleşmesi, daha sistematik ve kurumsal olarak uygulanabilmesine hizmet etmiştir⁵⁹.

Sonuç olarak liste usulünün güncel olarak hukukumuzda uygulanan sistem olmasının birtakım avantajları olmaktadır. Bunlar, bilirkişilerin sahip olduğu uzmanlığının önceden doğrulanması, mahkemelerin yararlanacağı uzmanlık bilgisinin kategorize edilen listelerle standardize edilmesi ve buna bağlı olarak uzmanlık ayrımlarının belirli olması ile belirli sınırlar çerçevesinde uzmanlık bilgisi sınanmış bilirkişilerin denetiminin sağlanmasıdır⁶⁰.

2.3. Maddi Mesele İle Hukuki Mesele Ayrımı Bakımından

2.3.1. Hukuki konuda bilirkişi incelemesine başvuru ve görüş verme yasağı

Hukuk yargılamasında ve bu kapsamda iş yargısında bilirkişiye başvurunun ve bilirkişi incelemesinin kapsamı bakımından temel kanun olan HMK'nın 266. maddesinde açıkça çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde

⁵⁸Toraman, a.g.k., 2017, s. 387.

⁵⁹Toraman, a.g.k., 2017, s. 388.

⁶⁰Toraman, a.g.k., 2017, s. 392.

bilirkişiye başvurulabileceği düzenlenmiştir. Yine HMK m. 294/4'te bilirkişinin raporunda ve sözlü açıklamalarında hukuki değerlendirmede bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. HMK'ya paralel olarak BilK m. 3/3'te genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı, aynı kanunun 3/6. maddesinde çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden ve inceleme yapılacak konunun kapsamı ile sınırları açıkça gösterilmeden bilirkişi görevlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Aslında BilK m. 3/6 açıkça bu başlık altında inceleyeceğimiz maddi mesele konusuna işaret etmekte, bilirkişiye incelenmesi istenen maddi meselenin de açıkça belirtilmesi istenmektedir. Yine BilY'nin temel ilkeler kenar başlıklı 5. maddesinde de aynı hususlar tekrarlanmıştır.

Doktrinde hâkim görüş, hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı yönündedir⁶¹. Bir başka görüşe sahip Umar ise, bu konuda bu kadar katı kurallar konulmasını eleştirmiş, TMK m. 1 kapsamında hâkimin bilimsel içtihatları gözeterek karar vereceği hükmüne değinerek, bir hâkimin hukukun her alanında, özellikle yeni ihdas edilmiş alanlarında tamamıyla bilgi sahibi olamayabileceğini söyleyerek, bu konularda dahi bilimsel içtihat sormasının engellenmemesi gerektiğini, uyuşmazlığı çözmek bakımından değil ancak uyuşmazlık içerisinde ortaya çıkan ve yeterince bilgi sahibi olmadığı hukuki konular hakkında hukukçulardan yorumlayabilmek adına görüş alabilmesi gerektiğini savunmuştur⁶². Doktrinde Atalı da benzer görüşleri savunmuştur⁶³. Yazarların görüşlerine, mevcut kanuni düzenlemeler karşısında, böyle bir yaklaşımın sonucunda tüm konularda hukukçu bilirkişiye başvurulması yolunun açılmasına sebebiyet verebileceğini de gözeterek katılamıyoruz.

⁶¹Postacıoğlu, a.g.k., 1975, s. 652; Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1807; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, a.g.k., 2011, s. 358; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2017, s. 37; Atalay, *Pekcanıtez Usul*, 2017, s. 1925 vd; Toraman, a.g.k., 2017, s. 177 vd; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 458.

⁶²B. Umar (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, s. 793-794. Umar'ın görüşünün değerlendirilmesi ve bir çözüm olarak *amicus curiae* müessesesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Toraman, a.g.k., 2017, s. 198 vd.

⁶³M. Atalı (2016). 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, *AÜHFD C:65 S:4*, s. 3278-3279.

Aşağıda başlıklar halinde detaylıca değinilecek konulara kısaca değinmek gerekirse, uygulamada tüm hukuk yargılamalarında yaygın şekilde olduğu gibi, iş yargılamasında da bilirkişi incelemesine başvuruda hukuki değerlendirme ve hukuki konu ayrımının yeterince yapılamadığı, mevzuat gereği başvurulmaması gereken hukuki konularda bilirkişi incelemesine başvurulduğu görülmektedir. Hukuki konuda hüküm verme yetkisinin münhasıran hâkimde olduğu gözetildiğinde, bu hatalı uygulamanın Anayasa'nın 9. ve 138. maddelerine aykırılık teşkil edeceği, yani yargı yetkisinin devri anlamına gelebileceği söylenebilir⁶⁴. Bilirkişi incelemesinin konusu, yargılama sırasında hukuki bir altlama faaliyeti yapılabilmesi, hukuki bir sonuca varılabilmesi için çözülmesi gereken özel ve teknik hususların çözümlemesinin yapılıp, bunları herkesin anlayabileceği bir şekilde hâkimin ve tarafların denetimine sunmaktır. Bu noktada trafik kazasından doğan tazminat gibi başka yargılama konularında da gündeme gelen ancak bir o kadar da iş yargılamasında gündeme gelen “kusur” konusuna özel önem vermek gerekmektedir. Kusur, hukuka aykırı sonuç doğuran davranışın veya davranışsızlığın hukuk düzenince kınanması olarak tanımlanabilir. Yani hukuk düzenince kınanabilir davranışlar kusurlu davranış olarak addedilebilir⁶⁵.

Kusurun gündeme geldiği davalarda genelde maddi vakıalar ile bundan çıkarılacak hukuki sonuçlar birbirinden ayrılması zor bir çerçevede bulunur. Ancak dava konusu vakıaların sonucu olarak kusurun varlığı ya da yokluğu, varsa derecesi veya ölçüsünün belirlenmesi, belirtildiği gibi vakıa değerlendirmesi olduğundan, hukuki bir meseledir. Gerek hâkimin kusur tespiti veya kusurlu davranışın varlığı ya da yokluğu veya kusurun asli mi tali mi olduğu gibi konularda bilirkişiye başvurusu yürürlükteki mevzuat bakımından hukuka aykırıdır⁶⁶. Bilirkişinin de kendisine böyle bir konuda rapor talebi geldiği zaman hukuki nitelemede bulunmama yükümlülüğü

⁶⁴Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2017, s. 38. Karşı görüş: Atalı, *Hukuki Konularda Bilirkişilik*, 2016, s. 3277.

⁶⁵Konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşağı. ikinci bölüm 3 numaralı başlık.

⁶⁶E. Erdoğan, B. Toraman ve İ. Başara (2017). *Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı*, (Ed: T. Canbolat). s. 102-103.

(<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020142300temelegitimkaynak.pdf>

Erişim: 31.8.2021).

vardır⁶⁷. Örneğin iş kazasından kaynaklı uyuşmazlıkta, hâkimin bilirkişiye başvuracağı hususlar kazanın meydana geldiği işyerinin özel ve teknik bilgiye dayanan özelliklerinin gözetilerek alınması gereken hususların saptanması ve önlemlerin alınıp alınmadığının denetimi, eğitimlerin teknik olarak işyerinde verilmesi gereken eğitimleri karşılayıp karşılamadığı; kazaya etki eden, özel ve teknik bilgi içeren faktörlerin açıklanması, kimden kaynaklandığının, denetiminin kime ait olduğunun ve önlenebilir olup olmadığının ortaya konulup herkesin anlayacağı dile indirgenerek mahkemeye sunulmasıdır. Uygulamada bundan sonra ya taraflara asli veya tali kusur atfedilmekte ya da daha yaygın biçimde oransal kusur dağılımı yapılmaktaysa da, aşağıda⁶⁸ detaylıca açıklanacağı üzere bu uygulama hukuka aykırıdır ve uzunca süredir dile getirilmesine rağmen belli oranlarda aşılamamıştır. Tüm bu değerlendirmeler yanında belirtilmelidir ki, Adalet Bakanlığınca BilK m. 6 uyarınca belirlenen “*Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar*” listesinin 27. maddesinde de açıkça kusurun tespitinin sadece hâkimin yetkisinde olduğu, bilirkişinin asli tali veya yüzdelik olarak herhangi bir şekilde kusur tespiti yapamayacağı belirlenmiştir⁶⁹.

Bunun yanında Yargıtay’ın da farklı konularda hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasına ilişkin kanımızca hatalı kararları vardır. Örneğin bir kararda bankacılık mevzuatına aykırı davranış iddiasında bulunulan fesih için, bankacı bilirkişi görevlendirilmesi yönünde karar verilmiştir⁷⁰. Hâlbuki bankacılık mevzuatı salt hukuki

⁶⁷BilK sistematüğinde hem yargı merciine hukuki konuda bilirkişiye başvurmama yükümlülüğü getirilmiş, hem de bilirkişiye hukuki değerlendirmede bulunma yasağı getirilmiştir. BilK m. 3: “(2) *Bilirkişi, raporunda çözümünü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz. (3) Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*”

⁶⁸Bkz. aşı. ikinci bölüm 3 numaralı başlık.

⁶⁹Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar (<https://bilirkişilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2632021121309%C4%B0LKELER%20VE%20STANDARTLAR.pdf> Erişim: 31.8.2021).

⁷⁰“*Davacı davalıya ait bankada Operasyon Yönetmeni olarak görev yaptığı sırada bankacılık mevzuatına aykırı davranışlarından dolayı sözleşmesine son verilmiştir. Mahkemece mütalaasına başvuru hukukçu bilirkişi raporunda davacının isnat edilen iş ve eylemleri bizzat yapmak durumunda olmadığı*

bir konudur. Mevzuat değerlendirmesi ise hukuki yorumdur. Bunun için bilirkişiye başvurmak, zaten işçiye atfedilen işlemlerinin “hukuki” olup olmadığı yani davanın esasını etkileyen hukuki yorum için bilirkişiye başvurmaktır ve hukuka aykırıdır.

Yargıtay’ın örnek olarak verilen bir içtihadında ise bilirkişi heyetinde açıkça akademisyen hukukçu olması gerektiği belirtilerek temyize konu karar bozulmuştur⁷¹. Tekrarlamak gerekir ki, bir hukukçunun hukukçu sıfatıyla bilirkişi olarak görevlendirilmesi kanuna aykırı olup, böyle bir görevlendirme ancak onun hukuk dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olması ve görevlendirmenin de bu uzmanlık bilgisinin konusunu oluşturması kaydıyla mümkün olabilir. Örneğin nitelikli hesap uzmanı bilirkişi, aynı zamanda bir hukukçu (avukat, emekli hâkim, akademisyen) olabilir. Ancak bu görevlendirme onun hukukçu kimliği sebebiyle değil, hesap uzmanı olmasından ötürü yapılır. 70 numaralı dipnotta aktarılan kararda ise açıkça hukukçu kimliğinden dolayı bilirkişi ataması yapılması istenmiş olup, heyette hukukçu olduğu için atanan bilirkişinin yapabileceği tek değerlendirme hukuki değerlendirmedir ve hukuka aykırıdır.

bunları denetlemekle görevli olduğu belirtilerek olaylardan sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılmıştır, davalı işveren banka, ayrıntılı ve somut biçimde anılan rapora karşı itirazlarda bulunmuştur. Konunun uzmanlığı gerektirdiği açıktır. Bu itibarla bankacı bilirkişi marifetiyle eylemler değerlendirilip önceki rapor ve buna karşı yapılan itirazlar da dikkate alınıp incelenerek düzenlenecek rapor ayrıca inceleme ve değerlendirme konusu yapılmak sureti ile hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir.” Yargıtay 9. HD 19.3.2001 tarihli, 2001/1233 E., 2001/4143 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019).

⁷¹“... Öncelikle davacının görev tanımına ilişkin tüm belge ve işyeri kayıtları getirtilerek görev tanımı belirlenmeli, fesih nedeni yapılan eylemlerin görevi kapsamına girip girmediği tespit edildikten sonra şirketin zarara uğrattığına dair davacıya isnat edilen eylemler tek tek irdelenmek suretiyle davacının kusurlu olup olmadığı açığa kavuşturulmalıdır. Tüm bu hususların tespiti amacıyla davalının faaliyet gösterdiği alanda uzman bir bilirkişi, mali müşavir-muhasebeci ve akademisyen hukukçudan oluşan üçlü bilirkişi heyetinden ayrıntılı ve denetime elverişli bir bilirkişi raporu alındıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir.” Yargıtay 22. HD 7.2.2014 tarihli, 2013/35879 E., 2014/1708 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 27.12.2019).

Yargıtay’ın bazı içtihatlarında, varılan sonuç bakımından davada verilen karar esas bakımından doğru ise yerel mahkemelerin hukuki konuda bilirkişiye başvurusu eleştirilmiş ancak bozma nedeni yapılmamıştır⁷².

2.3.2. İş yargılamasında hesap bilirkişiliğinin özel durumu

İş yargılamasında bilirkişi incelemesine sıklıkla belli bir hesabın yapılması amacıyla başvurulmakta olup, bilirkişiliğin bu görünümü hesap bilirkişiliği şeklinde ifade edilmektedir. Hesap bilirkişiliği, gerek tipik işçilik alacaklarının hesaplanması bağlamında iş mahkemesi (veya davaya bu sıfatla bakan asliye hukuk mahkemesi) tarafından, gerek haciz yoluyla takip veya iflâs tasfiyesi özelinde söz konusu olan kayıt kabul (sıra cetveline itiraz) davası özelinde diğer mahkemeler (örneğin tasfiye sırasında asliye ticaret mahkemesi) tarafından başvuru bir yöntemdir.

BilK ve BilY’nin yürürlüğe girmesinden sonra açıklanan ilk temel ve alt uzmanlık alanları tablosunda “nitelikli hesaplamalar” temel uzmanlık alanı yer bulamamıştır. Bilirkişi listeleri nitelikli hesaplamalar olmaksızın oluşturulup, eksikliği uygulama içinde hissedilip davaların yürütümü aksayınca, uygulamadan gelen bir talep olarak ikinci dönem bilirkişilik başvuruları açılarak ekindeki alanlar tablosu güncellenmiş ve “nitelikli hesaplamalar” temel alanı belirlenmiştir⁷³.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Bilirkişilik Daire Başkanlığınca BilK m. 6/2 ve BilY m. 19 uyarınca açıklanan bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanları listesinde, 65 ana kodu ile “nitelikli hesaplamalar” adlı temel

⁷²“Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle Hukuk Uulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde belirtildiği gibi, mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurabilir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Somut uyuşmazlıkta geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi konusunda mahkemece dosya üzerinden hukukçu bilirkişi raporu alınmış ise de, sonuç itibari ile feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetli olduğundan, bozma nedeni yapılmamıştır.” Yargıtay 9. HD 18.12.2006 tarihli, 2006/33155 E., 2006/33156 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019). Aynı yönde: Yargıtay 9. HD 22.1.2007 tarihli, 2006/27672 E., 2007/116 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019).

⁷³Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığınca açıklanan 09/03/2018 tarihli 2018 Yılı 2. Dönem Bilirkişilik Başvurularına İlişkin Duyuru Ekinde yer alan temel ve alt uzmanlık alanları.

uzmanlık alanı belirtilmiştir. Bu uzmanlık alanının altında ise çeşitli hukuk dallarından nitelikli hesaplama alanları düzenlenmiştir. Bunlardan aktüerya (iş göremezlik veya destekten yoksun kalma) (65.01 kodu), iş mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.02 kodu), sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.03 kodu), sendikalar ve toplu iş sözleşmesi mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.04 kodu), çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren başlıklardır. Belirtmek gerekir ki nitelikli hesaplamalar sadece iş yargılamasına özgü değildir⁷⁴. Zaman zaman iş yargılamasında alınan hesap raporlarına benzer raporlar başka mahkemelerde başka tür davalarda da (özellikle bedensel zarardan kaynaklı olan davalarda) alınmaktadır.

Görülebileceği üzere iş davalarında, gerekse diğer mahkemelerce karşılaşılan hesaplama konuları yeni bilirkişilik mevzuatıyla kurumsallaşan liste usulü içinde, uygulamanın talebiyle sonradan uzmanlık alanı olarak yer bulmuştur. Yani, iş mevzuatından kaynaklanan, aktüerya, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan, sendikalar ve toplu iş sözleşmesi mevzuatından kaynaklanan hesaplamalar birer özel ve teknik bilgi konusu olarak değerlendirilmiştir.

İş yargısında alınan bilirkişi raporları, iş kazası konulu davalardaki (aslında hukuki meseleye ilişkin olan) kusur raporları bir yana bırakılırsa, esasen hesap raporu şeklindedir⁷⁵. Bu raporlarda tarafların iddiaları ve talepleri ile dosya kapsamında sunulan deliller gözetilerek, hukuki nitelendirme hâkime bırakılarak davanın kabulü halinde hükmedilebilecek miktarlar hesaplanır.

İş davalarında yargılama konusu olan tazminat ve alacakların hesabı genellikle karmaşık bir boyut alabilmektedir. Bundan dolayı “hesaplamanın” *özel ve teknik bilgiyi*

⁷⁴Yukarıda belirtilen dört alt uzmanlık alanı yanında icra ve iflas mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.05 kodu), aile ve miras mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.06), kooperatifler mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.07), kat mülkiyeti mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.08), tüketici mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.09), borçlar mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.10), ticaret mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.11), bankacılık mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.12), sigorta mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.13), avukatlık vekâlet ücreti alacağından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.14), kamu ihale mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar (65.15), feraiz hesaplamaları (65.16) olmak üzere toplam on altı alt uzmanlık alanı bulunmaktadır.

⁷⁵Kar, a.g.k., 2019, s. 703.

gerektiren bir husus olarak kabul edilmesi gerekebilir⁷⁶. Gerçekten de UYAP sistemine yüklenen ve mahkeme hâkimi ile mahkeme memurları tarafından kullanılabilen hesap yazılımı ise çok basit bazı hesapları yapabilmekte; işçinin sadece ücret aldığı, işyerinde yol ve yemek gibi hiçbir ek menfaatin sağlanmadığı, aralıklı çalışmanın bulunmadığı durumlarda yalnız kıdem ve ihbar tazminatlarını hesaplayabilmektedir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatının ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca kıdem ve ihbar tazminatları belirlenirken ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün olan ek menfaatler de hesaba dâhil edilir. Aynı zamanda düzenlilik arz eden ikramiye, prim harçlık, harcırah, yakacak parası, yol ücreti, yemek ücreti, bayram ücreti, eğitim yardımı, çocuk yardımı ve bu şekilde sayılabilecek çeşitli para olarak verilen ya da parayla ölçülebilen yardımların 365'te biri günlük ücrete eklenir ve tazminat hesapları buna göre yapılır⁷⁷. Bunların ihtilaflı olduğu durumda bu ücret eklerinin süreklilik arz edip etmediği veya sürekli olmak kaydıyla uygulanmaya başlanıp başlanmadığı, hesaba eklenip eklenmeyeceği bilirkişi tarafından belirlenmekte, gerekirse seçenekli hesap yapılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde düzenleme alanı bulan fazla çalışma ücretleri hesapları ise oldukça teknik olup, hesap sırasında birçok hususun değerlendirilmesi, dönemsel ücretin saptanmasını gerektirir. Alacaklarla ve tazminatlarla ilgili detaylara aşağıda yer verileceğinden bu başlık altında detaya girilmeyecek olup, konuya örnek verebilmek açısından burada yer verilmiştir.

Örnek olarak verilen ve çalışma kapsamında detayı daha iyi anlaşılacak bu hususlar nedeniyle *iş mevzuatından kaynaklanan nitelikli hesaplamalar* başlığıyla bir bilirkişilik uzmanlık alanı oluşturulduğu açıktır. Şunu söylemek gerekir, her türlü eleştiriye karşın, uygulamada yanlış uygulamaların ve nitelikli hesaplama olmayan dosyaların da bilirkişiye verilmesi yanlış bir kenara bırakılırsa, iş yargılamasında yapılan hesaplamaların çoğu kez dört işlemden ibaret olduğunu söylemek zordur. Bu sebeple nitelikli hesaplamalar için bilirkişi incelemesine başvurulmasının yargılama yetkisinin bilirkişiye devri anlamına geldiğini savunmak kanımızca doğru değildir. Zira hesaplama için bilirkişi görevlendirmek, davanın esası hakkında ya da hukuki nitelikle için bilirkişi görevlendirmek olarak yorumlanamaz. Salt ihtimal dâhilinde talep edilen

⁷⁶Bkz. ve karş. Kar, a.g.k., 2019, s. 704.

⁷⁷Kar, a.g.k., 2019, s. 705.

alacak kalemlerinin miktarlarının hesaplanması ile hukuki nitelendirme yapıldığını söylemek mümkün değildir.

Bu anlamda hesaplamanın nitelikli olup olmadığı yanında, somut olay bakımından iş mahkemesi hâkiminin nitelikli hesaplama konusunda bilgi sahibi olup olmadığı ve yine usul ekonomisi ilkesi de önem kazanmaktadır. Şöyle ki, hâkim mevcut düzenlemelerle salt hukuki bilgisi ile hâkimlik yapmaktadır. İhtisas mahkemesine de atansa, bu alana ilişkin özel bir eğitim almamaktadır. Bu sebeple hâkimin nitelikli hesaplamalar konusunda uzman olması kendisinden beklenemeyecek olsa da, uzman olması da pek tabii mümkündür. Bu durumda hâkimin kendisi hesaplama yapması da olasıdır. Özel ve teknik bilgiyle karşılaşıldığında bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğunun⁷⁸, nitelikli hesaplamalarla ayrılan kısmı esas olarak budur. Yargıtay⁷⁹ ve BAM⁸⁰ kararlarında özellikle ek rapor gerektiren hususlarda hâkimlerin dosyadaki

⁷⁸Doktrinde genel olarak hâkimin kendi özel ve teknik bilgisini kanun hükmünün emrediciliği karşısında kullanamayacağı kabul edilmektedir: Postacıoğlu, a.g.k., 1975, s. 652; Toraman, a.g.k., 2017, s. 303. Buna karşın doktrinde bir kısım yazarlar, buna açık kapı bırakmaktadır: Umar, a.g.k., 2014, s. 798; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, s. 44; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 458.

⁷⁹Bkz. 209 nolu dipnotta yer alan Yargıtay 9. HD 24.2.2016 tarihli, 2014/30839 E., 2016/3851 sayılı kararı.

⁸⁰“Somut olayda davacının 24 saat esasına göre 5,5 gün çalıştığı, 1,5 gün hafta tatili yaptırıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.6.2009 tarih, 2009/9-190 Esas, 2009/233 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi, 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme şeklinde çalışmalarda işçinin mesai süresi 14 saat kabul edilip buna göre hesaplama yapılması gerekir. Mahkemece de bu esas benimsenmiş ise de “..günlük sekiz saati aşan 6 saat için davacının fazla mesai yaptığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.” Günlük çalışmanın sınırı 11 saat ve gece çalışmalarında ise 7,5 saattir. Bu saatlerin üzerinde çalışma yapılması yasak çalışmadır ve haftalık 45 saat aşılmaya da fazla çalışma sayılır. Mahkemece gece çalışmalarına özgü gece 7,5 saati aşan 6,5 saat formülü uygulanmış ise de anılan kural Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nden kaynaklanan ve yarısından fazlası gece çalışması olan çalışmalara özgü olup 24 saat çalışmada yasal 10 saatlik gece çalışması 14 saatlik gündüzden fazla olamayacağından burada uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki ara dinlenme süresi 10 saat indirildiğinde yasal 7,5 saati aşan bir kısım da kalmamaktadır. Bu durumda işçinin çalışmasının 11 saati aşan 3 saatlik kısmının esas alınması ya da haftalık çalışma hesabı ile 14 saatlik sürelerin ve cumartesi yarım günlük çalışma süresinin toplamı esas alınmalıdır. İşçi lehine olan sürelerin toplanması olmakla işçi haftada 5 gün 14 saat çalışacağından 5x14=70 saat ve cumartesi günü 5 saat çalışıp 30 dakika ara dinlenme süresi indirildiğinde 4,5 saat çalışacağından toplamda

74,5 saat çalışacak, $74,5-45=29,5$ saat fazla çalışma yapmış olacaktır. Mahkemenin 8 saati aşan 6 saatlik fazla çalışma hesabıyla 30 saat fazla çalışma alacağına hükmetmesi hatalıdır. Nitekim Yargıtay 9.HD. 2018/8148 E. 2018/19164 K. sayılı ilamında da aynı esas benimsenmiştir. Bu nedenle hesaplama Dairemizce yapılacaktır.

Buna göre: Davacının çalıştığı dönemde 3 saatlik fazla çalışmalarının karşılığını aldığı açıktır. Davacıya toplamda 3 saat karşılığı 24.824,62 TL ödeme yapılmıştır. Hesaplanan bu rakam 3 saat karşılığı ödenen miktar olup ödenmeyen kısmın bulunması için hiç ödeme yokmuş gibi 29,5 saat üzerinden tablolama kullanılacaktır. Hesaplanan rakamdan ödenen miktar düşülerek sonuca gidilecektir.

Davacı dava dilekçesine ve ıslah dilekçesine karşı da 26.03.2019 tarihinde zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Islah tarihi 13.03.2019 olduğundan 13.03.2014 öncesi zamanaşımına uğrayacaktır. Mahkemece kabul edilen alacaklar bakımından zamanaşımı defî dikkate alınmadan ve bu hususta değerlendirme de yapılmadan hüküm kurulması da hatalıdır. Hesaplamalarda bilirkişi raporunda çalışılan gün takvim hesaplamaları dikkate alınmıştır.

Buna göre:

Zamanaşımı olmadan hesaplanan miktar:

DÖNEM Ücret 75% Gün Hafta FÇS Toplam

19.08.2011 14.11.2011 69,2 16,15 57 8 29,5 3811,40
15.05.2012 30.06.2012 72,28 16,87 30 4 29,5 1990,66
1.07.2012 14.11.2012 74,45 17,37 104 15 29,5 7686,23
15.05.2013 30.07.2013 76,3 17,8 60 9 29,5 4725,90
31.07.2013 14.11.2013 82,48 19,25 88 13 29,5 7382,38
15.05.2014 30.06.2014 85,95 20,06 30 4 29,5 2367,08
1.07.2014 14.11.2014 90,85 21,2 118 17 29,5 10631,80
15.05.2015 14.08.2015 90,85 21,2 60 9 29,5 5628,60
15.08.2015 14.11.2015 102,15 23,84 76 11 29,5 7736,08
15.05.2016 30.06.2016 106,21 24,78 30 4 29,5 2924,04
1.07.2016 14.07.2016 110,07 25,68 14 2 29,5 1515,12
56399,28
24824,62

Bakiye 31574,66

Zamanaşımı sonrası hesaplanması gereken miktar ise:

DÖNEM Ücret 75% Gün Hafta FÇS Toplam

15.05.2014 30.06.2014 85,95 20,06 30 4 29,5 2367,08
1.07.2014 14.11.2014 90,85 21,2 118 17 29,5 10631,80
15.05.2015 14.08.2015 90,85 21,2 60 9 29,5 5628,60
15.08.2015 14.11.2015 102,15 23,84 76 11 29,5 7736,08
15.05.2016 30.06.2016 106,21 24,78 30 4 29,5 2924,04

hesaplamaları kendilerinin düzelterek karara bağladığı görülmekte olup, bu da hâkimin ihtisas mahkemesindeki tecrübesi doğrultusunda nitelikli hesaplamalarda uzman olmasıyla kanımızca bağlantılıdır. Ancak bu aşamada mahkeme hâkiminin hesaplamaları özellikle ilk derece aşamasında hem de hiç rapor almaksızın (ek rapor yerine geçmek üzere değil) kendisinin yapabilmesi, usul ekonomisi ve iş yükü bağlamında da değerlendirilmelidir. Yargıtay'ın bazı kararlarında ise bozma kararı verirken doğrudan hesap bilirkişisini işaret ettiği görülmektedir⁸¹. Yani Yargıtay,

1.07.2016 14.07.2016 110,07 25,68 14 2 29,5 1515,12

26363,56

Ödenen 13338,70

Bakiye 13024,86

13/03/2014 öncesi dava dilekçesindeki 3000 TL lik (dava 19/08/2016 da açıldığından 5 yıl geriye gidildiğinde 19/08/2011 öncesi) kısım hariç zamanaşımına uğradığından davacıya 3 saat karşılığı yapılan ödemeler bilirkişi raporundan ödenen sütunundan aynen alınarak toplandığında 2014 sonrası ödemeler:

=541,62+541,62+577,42+1144,8+1144,8+1144,8+572,4+572,4+572,4+1144,8+1287,36+1287,36
+1072,8+371,7+669,06+693,36=13338,70 TL edecektir.

Davacının hak kazandığı 26363,56-13338,70 TL(ödenen)=13024,86 TL bakiye zamanaşımına uğramayan alacak mevcuttur.

2014 öncesi 56399,28-24824,62 (ödenen)=31574,66 TL kalan miktar olduğundan bu rakam da zamanaşımına uğramayan bakiye 13024,86 TL daha indirildiğinde dava dilekçesi ile talep edilen 3000 TL'nin üzerindedir. Dava dilekçesindeki zamanaşımından etkilenmeyen 3.000,00 TL 29,5 saatlik fazla çalışma karşılığı ödemeler mahsup edildikten sonra kalan bakiye 13.024,86 TL'ye eklendiğinde hükmedilebilecek miktar 16.024,86 TL olacaktır. Hesaplanan bu miktar Dairemizce hüküm altına alınacaktır.

Ulusal bayram genel tatil ücreti bakımından ise yine aynı şekilde zamanaşımı dikkate alınacaktır.

13.03.2014 öncesi dava dilekçesindeki 250,00 TL lik kısım hariç zamanaşımına uğradığından =69,20+138,40+74,45 toplamda 282,05 TL etmekle 32,05 TL'si zamanaşımına uğramıştır.

Zamanaşımı 2014 sonrası 90,85+102,15+212,42=405,42 TL daha alacağa hak kazanılmıştır.

Toplamda hüküm altına alınabilecek miktar 250+405,42=655,42 TL'dir." İzmir BAM 19. HD 12.4.2019 tarihli, 2018/2946 E., 2019/1186 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 31.8.2021).

⁸¹ "... Bu nedenle dosyaya sunulan bordro asıllar getirtilerek ve gerekirse işyeri kayıtları üzerinde hesap uzmanı aracılığı ile inceleme yaptırılarak davaya konu edilen alacakların davacıya ödenip ödenmediği belirlenmesi gerekirken bu belgelerde davacının imzasının yer almadığı gerekçesiyle bordrolara değer verilmemesi isabetsizdir." Yargıtay 9. HD 25.1.2012 tarihli, 2009/36361 E., 2012/1770 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 27.12.2019).

hâkimin hesaplamaları kendisinin düzeltmesine cevaz verdiği gibi, hâkimin hesap yapmayarak bilirkişi incelemesine başvurmasını da hukuka aykırı bulmamaktadır.

Bilindiği üzere usul ekonomisi temel olarak AY m. 141/4'te yer bulan "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" düzenlemesine dayanmaktadır. İlke, HMK m. 30'da ise "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Usul ekonomisi en yalın haliyle yargılamanın en az emekle en makul sürede yürütülmesini ve sonuca bağlanmasını ifade eder⁸². Çalışmanın kapsamı bakımından usul ekonomisi hakkında detaylı bilgi için önceki dipnotta belirtilen eserlere bakılmalıdır. Usul ekonomisi yargılamanın salt en hızlı şekilde bitmesi değil, yargılamanın özellikleri gözetilerek en makul sürede bitirilmesini ifade eder⁸³.

Yargılama giderine sebep olmayacağı açık olduğundan, mahkeme hâkiminin hesaplamaları kendisinin yapması olumlu olacakken, iş mahkemelerinin mevcut iş yükü karşısında, hesaplamaların da epey zaman ve emek isteyen bir iş olduğu gözetildiğinde, yürürlükteki mahkeme çalışma düzeniyle (bu konuda hâkime yardımcı olabilecek personel olmayışı) bunun olabileceğini söylemek güçtür. Yargılama giderleri bakımından usul ekonomisi yararına görünse de, yargılamanın makul sürede bitirilmesi hususu gözetildiğinde olumsuz olacağı açıktır.

Buna ilişkin çalışmanın ilerleyen bölümlerinde alacak ve tazminat kalemlerine ilişkin ayrı ayrı değerlendirmeler yapılacaktır.

Uygulamada bir sorun da nitelikli hesap uzmanı bilirkişilerin kim olacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. İş yargılaması sırasında mahkemece ihtiyaç duyulan hesaplamaların yapılışı iş mevzuatına hâkimiyet gerektirmektedir⁸⁴. Gerek HMK, gerekse BilK ve BilY hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olmasına bir engel

⁸²Usul ekonomisi ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuru, *Usul C. II*, s. 1332 vd.; Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 226-227; G. Erdönmez (2017). *Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler*: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 886 vd; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 127 vd; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 355; Turgut, a.g.k., 2021, s. 76-77.

⁸³Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 889.

⁸⁴Kar, a.g.k., 2019, s. 704.

koymamakta, yalnız başka bir alanda uzman olması şartını getirmektedir. BilK m. 10/4: *“Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.”* düzenlemesiyle açıkça hukuk öğrenimi görmüş kişilerin başka alanda uzman olması şartını hükme bağlamıştır.

Bu durumda iş mevzuatında nitelikli hesaplamalar alanında uzmanlığını kanıtlamış ve bu konuda bilirkişilik listesine yazılmış avukat, mali müşavir (iş mevzuatına hâkimiyeti bulunması şartıyla), iş müfettişi, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında öğretim üyesi kişilerin iş davalarında bilirkişi olarak seçilmesi yargılamanın gereksiz uzamaması ve raporun hâkimce hükme esas alınabilmesi bakımından doğru olacaktır, zira iş mevzuatını bilmeyen kişilerin mevzuattan doğan alacak ve tazminatları hesaplaması mümkün değildir⁸⁵. Doktrinde isabetle vurgulandığı üzere iş mevzuatını bilen ve aynı zamanda nitelikli hesaplamalarda uzman olan bilirkişilere iş yargısında ihtiyaç vardır⁸⁶. Yine iş mahkemelerinde görevli hâkimlerin nitelikli hesaplamalar konusunda uzman olması kendisinden beklenmemekte, nitelikli hesaplamalar hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi içinde mütalaa edilmemektedir. Kanunun yapısından da yola çıkılırsa, hâkim yalnız hukuk alanında öğrenimiyle hâkimlik yapmaktadır. Eğer hukuk öğrenimi iş mevzuatından kaynaklı nitelikli hesaplamalar alanında uzman olmaya yetiyorsa, hukukçuların başka bir uzmanlık alanı olduğunu belgelendirmesi şartının aranması da bu uygulamayla çelişirdi. Ayrıca bu konularda mahkemeler bünyesinde hâkim yardımcısı veya başka sıfatlarla çalışanlar bulunmamakta olup mevcut iş yükü altında bir de nitelikli hesaplamalarda hâkimlere uzmanlık kazandırıp hesaplamaların hâkimlere yaptırılması işlevsel olmayacaktır⁸⁷. Bu hususta kamuoyuna açıklanıp daha sonra 30.4.2021 tarihli resmi gazetede yayımlanan 2021/9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesine konu olan İnsan Hakları Eylem Planında⁸⁸ yer alan müesseselerden hâkim yardımcılığı ve çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkimlere yardımcı olmak üzere mahkeme uzmanı

⁸⁵Kar, a.g.k., 2019, s. 704.

⁸⁶Kar, a.g.k., 2019, s. 704.

⁸⁷Kar, a.g.k., 2019, s. 703.

⁸⁸Bkz. İnsan Hakları Eylem Planı s. 52 54:

<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3042021071917%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Eylem%20Plan%C4%B1%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf> (Erişim: 31.8.2021)

görevlendirilmesi hususunda çalışmalar yapılacağı ilan edilmiştir. Yine aynı eylem planında ihtisas mahkemelerinde ilk kez görevlendirilecek hâkimlere eğitim verileceğine de yer verilmiştir. Bu müesseseler içerisinde nitelikli hesaplamalar konusu için çözümler düşünülmesi uygulama açısından yararlı olabilecektir. Örneğin mahkeme uzmanı kadrosunda iş mahkemelerine nitelikli hesaplamalarda uzman memurlar görevlendirilip, ihtisas mahkemeleri alanında eğitim almış (örneğin iş mahkemesine görevlendirilip nitelikli hesaplama eğitimi almış) hâkimin denetiminde hesaplamaları yapması bir çözüm olarak düşünülebilir. Aynı şekilde mahkemede görevlendirilecek hâkim yardımcıları da bu konuda görev alabilir. Ancak bu tip çözümler olmaksızın tüm hesaplamaları hâkimlerin yapması yönünde görüş bildirmek uygulamanın gerçekleri karşısında, hâkime gerekli uzmanlık eğitimi verilse dahi, hesaplamanın da zaman ve emek alan bir iş olduğu gözetildiğinde gerçekçi olmayacaktır.

BilK m. 3/8 hükmü *“Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz.”* şeklindedir. Emredici olarak kaleme alınan kanun maddesi karşısında ise UYAP sistemine entegre yazılımla hesaplama yapılabilecek derecede basit uyuşmazlıklarda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir.

Uygulamada iş davaları genellikle kısmi dava veya şartları varsa belirsiz alacak davası şeklinde açılmaktadır. Uygulamada hesaplamanın bilirkişi tarafından yapılması, hesap hatalarının yargılama bitmeden itirazlar ve bunun üzerine alınan ek veya yeni raporlarla karşılanması; daha sonra talebin ıslah veya talep artırım yoluyla tamamlanarak aynı yargılamada tüm talepler görülmektedir. Hesaplamalar hâkim veya mahkeme memurları tarafından UYAP yazılımı ile yapıldığında yargılama bitmeden taraflara hesabın verilmesi doktrinde katıldığımız görüşe göre ihsası rey oluşturacağından⁸⁹ karar kısmi dava üzerinden verilecek ve kararda tüm hesap gösterilecektir⁹⁰. Bu da ek davalar açılmasına ve dava yükünün artmasına sebep olacaktır. Usul ekonomisi yararına değil, zararına sonuç doğacaktır.

⁸⁹A. E. Manav (2015). Alman ve Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması, *TBB Dergisi S: 119*, s. 484.

⁹⁰Kar, a.g.k., 2019, s. 705.

Görüldüğü üzere hesap bilirkişiliği konusunda ayırt edici husus hesabın nitelikli veya basit olması noktasındadır. Ayrıca değerlendirme yapılırken salt hesabın nitelikli olup olmaması üzerinden değil, usul ekonomisi çerçevesinden de inceleme yapmak gerekmektedir. Ancak her ne olursa olsun, bilirkişi raporunu düzenlerken davanın esası hakkında hukuki değerlendirmelere girmemelidir⁹¹. Hesaplamaya etki eden ihtilaflı hususlarda aşağıdaki bölümlerde Yargıtay uygulamasına yansıyan örneklerle de açıklanacağı üzere seçenekli hesaplama yoluna gidilmeli, dolaylı hukuki görüş verme anlamına gelecek şekilde ihtilaf çözerek hesaplama yapılmamalıdır⁹². Zira bu husus bilirkişilik mevzuatında açıkça yasaklanmıştır. Bu konuda AYM önüne gelen bir başvuruda, salt hukuki nitelendirme hususunda bilirkişi raporu alınması ve rapor ücretinin yargılama gideri olarak tarafa yükletilmesinin mülkiyet hakkı ihlali olduğunu karara bağlamış ve hak ihlali kararı vermiştir⁹³.

2.4. Bilirkişi İncelemesine Başvuru Zamanı ve Bilirkişinin Görevlendirilmesi

2.4.1. Genel olarak

Somutlaştırma yükü⁹⁴, HMK m. 194’te düzenlenmiş bir müessesedir. Maddeye göre:

“(1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.

(2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakının ispata için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.”

Maddeye göre somutlaştırma yükü taraflarca yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Taraflar, vakıalarını veya savunmalarını delilleriyle ilişkilendirmeli,

⁹¹Kar, a.g.k., 2019, s. 704. Ayrıca hukuki nitelendirme konusunda bkz. yuk. 2.3.1 nolu bölüm ve oradaki atıflar.

⁹²Atalay’a göre bilirkişinin hukuki görüş vermesi aynı zamanda hâkimin farklı görüşte olması ihtimalinde ek rapor veya yeni rapor alınmasına sebep olacak ve usul ekonomisine de aykırı olacak bir uygulamadır: Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1929.

⁹³AYM A.D Başvurusu, B. No: 2015/10393, 9.1.2019 tarihli karar. (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

⁹⁴Somutlaştırma yükü hakkında detaylı bilgi için bkz. T. E. Yardımcı (2017). *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, İstanbul: Seçkin, s. 3 vd; F. Karamercan (2021). *Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları – Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Seçkin, s. 357 vd.

ispata elverişli şekilde soyut değil, somut olarak yer, zaman, kişi, oluş şekli gibi hususları da açıkça belirterek somut şekilde ortaya koymalıdır⁹⁵. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesiyle vakıa, değerlendirilebilir hale gelir⁹⁶. Maddi hukuk kuralının olaya uygulanabilmesi, maddi hukuk kuralındaki koşul unsurları karşılayan vakıaların somut biçimde iddia edilmesine yani hem somutlaştırma hem iddia yükünün yerine getirilmesine bağlıdır⁹⁷.

HMK m. 194'ün düzenlediği somutlaştırma yükü, bilirkişi incelemesi bakımından da geçerlidir⁹⁸. Madde göz önünde bulundurulduğunda; meselenin hâkimin, davayı aydınlatma ödevi bir yana, kural olarak tarafların ileri sürdüğü veya dosya kapsamında yer alan vakıalarla bağlı olmasıyla ilişkili olduğu açıktır⁹⁹. İspata elverişli bir şekilde somutlaştırılmamış vakıa hakkında mahkeme, bilirkişi incelemesine başvurmamalıdır¹⁰⁰.

Sübjektif ve usuli bir yük olan iddia ve somutlaştırma yükü, bilirkişi incelemesi bakımından da varlığı aranan, vakıa iddiasında bulunan tarafın bu iddiasını açıkça ortaya koyması gerekliliğinin ifadesidir¹⁰¹. Bilirkişi bir davada çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, oy ve görüşüne başvurulana tarafsız, bağımsız ve objektif üçüncü kişidir¹⁰². Bilirkişi incelemesi, HMK m. 266'da belirtildiği gibi çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde başvurulana bir takdiri delildir.

⁹⁵Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1681; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 327; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 471.

⁹⁶Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 470; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 474.

⁹⁷O. Atalay (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 58 vd; L. Börü (2016). *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Yetkin, s. 77; Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1675.

⁹⁸Toraman, a.g.k., 2017, s. 259.

⁹⁹Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 801; Toraman, a.g.k., 2017, s. 259.

¹⁰⁰Toraman, a.g.k., 2017, s. 259.

¹⁰¹Atalay, *Menfi Vakıalar*, 2001, s. 31; Toraman, a.g.k., 2017, s. 259.

¹⁰²Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 313. Bkz. yuk. 1 nolu başlık ve oradaki açıklamalar.

Somutlaştırma yükünün ve delillerin ileri sürülmesinin bilirkişi incelemesi bakımından önemi şudur: Bir taraf, somutlaştırma yükü bakımından üzerine düşeni yapmazsa bu açığının bilirkişi incelemesi yoluyla kapatılmasını talep edemez. Zira usuli bir yükü yerine getirmeyen taraf, bunun sonuçlarına katlanacaktır¹⁰³. Hukukumuzda da HMK'nın buna yaklaşımı bellidir, deliller kural olarak dilekçeler aşamasında, şartları varsa ön incelemede, istisna olarak tahkikatta ileri sürülebilir¹⁰⁴. Yine hukukumuzda, kanunun öngördüğü usul çerçevesinde maddi vakıa ispatı için herhangi bir delil ikame edilmemiş veya bir malzeme davaya ithal edilmemişse, taraf delil ikame yükünü yerine getirmemiştir. Her ne kadar bilirkişi incelemesi, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren bir vakıa söz konusu olduğunda re'sen mümkün olsa da; incelemeye konu olacak vakıa konusu delillerin bu çerçevede ileri sürülmemesi durumunda, yani somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde bilirkişi incelemesinden kaçınılmalıdır. Hâkim, bu hususa dikkat ederek bilirkişi incelemesine başvurmalıdır¹⁰⁵.

Bu başlık altında genel olarak yargılama aşamalarına göre bilirkişi incelemesine başvuru zamanı konusu incelenecek, son alt başlıkta ise iş yargılaması bakımından özelliklere değinilecektir.

2.4.2. Bilirkişi incelemesine talep üzerine başvurulması

Bilirkişi incelemesi, taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olduğu davalarda dahi re'sen başvurulabilen bir delildir¹⁰⁶. Bu bakımdan, talep edilmesi için davanın dilekçeler aşaması veya ön inceleme gibi belli bir kesitiyle doğası gereği sınırlanamaz. Kanunda da açık bir sınırlama yapılmamıştır. Bilirkişi incelemesine elverişli her aşamada taraflarca vakıalarının ispatı için, çözümü özel veya teknik bilgi ihtiva ettiği müddetçe, talep edilebileceği gibi; hâkimin gerekli görmesi halinde başvurabileceği bir delildir¹⁰⁷.

¹⁰³C. Akil (2012). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü, *MÜHFD, C:11 S:1*, s. 86 vd. Bu husus, Fransız Medeni Usul Kanununda da düzenlenmiştir (Art. 146, C. Pr. Civ.'den aktaran Toraman, a.g.k., 2017, s. 261).

¹⁰⁴Toraman, a.g.k., 2017, s. 261.

¹⁰⁵Toraman, a.g.k., 2017, s. 262.

¹⁰⁶Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1815.

¹⁰⁷Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1803; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, a.g.k., 2011, s. 362; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 459.

Burada önemli olan, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir hususun ortaya çıkmasıdır. Özel ve teknik bilgiyle çözülebilecek bir vakıayla karşılaşıldığında, bilirkişi incelemesine başvurmak zaruridir¹⁰⁸.

Bilirkişi incelemesi, bir tarafça talep edilebilir. Taraf, iddia veya savunmasının ispatı için, hangi vakıa hakkında istediğini açıkça belirtmek kaydıyla bilirkişi incelemesi talep edebilir¹⁰⁹. Bu noktada hâkim, bilirkişi incelemesi istenen hususun hukuki konu mu olduğunu yoksa çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir konu olduğunu takdir eder¹¹⁰. Hâkimin bu noktada takdir yetkisi sınırsız olmayıp, asıl hükümle beraber kanun yolu denetimine tabidir¹¹¹.

Bilirkişi incelemesi tarafça talep edilebildiği gibi, hâkimin re'sen de başvurabileceği bir ispat aracıdır¹¹². Gerek taraflarca hazırlama ilkesinin gerek re'sen araştırma ilkesinin egemen olduğu davalarda hâkim bilirkişi incelemesine tarafların talep etmesini beklemeksizin, özel ve teknik bilgiyle çözülebilecek bir vakıaya rastlaması koşuluyla başvurabilir.

2.4.3. İlk derece aşamasında bilirkişi incelemesi

Dilekçeler aşaması, tarafların karşılıklı olarak iddia ve savunmalarıyla bunlara ilişkin delillerini ortaya koyduğu aşamadır. Taraflar, dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaların ispatı için bilirkişi incelemesi talep edebilecekken, aşamanın doğası gereği burada bilirkişi incelemesi yapılamayacaktır¹¹³.

Ön inceleme aşaması, taraflar arasında çekişmeli olan vakıaların tespitine, ilk itirazlar ve dava şartlarının incelenmesine, tarafların sulhe ve arabuluculuğa teşvikine

¹⁰⁸Postacıoğlu, a.g.k., s. 652; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 529. Doktrinde hakim kendi özel ve teknik bilgisiyle davada karar verebileceği görüşü için bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 458.

¹⁰⁹Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1815; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 459.

¹¹⁰Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1816; Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 314.

¹¹¹Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1816.

¹¹²Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1817; Atalay, *Pekcantez Usul*, 2017, s. 1930.

¹¹³Toraman, a.g.k., 2017, s. 246.

hizmet eder¹¹⁴. Bu bakımdan kural olarak bilirkişi incelemesine elverişli değildir. Ancak ön inceleme aşamasında istisnaen de olsa, yapılan inceleme bakımından bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulabilir. Örneğin dava şartlarının ön inceleme aşamasında incelenecek öncelikli husus olduğunu göz önünde bulundurursak, bir tarafın dava ehliyeti bu aşamada tartışma konusu edildiğinde hâkimin ön sorun olarak bunu çözmesi gerekmektedir. Bu ön sorun ise çözümü özel veya teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesine gidilmesini gerektirir. Hâkim, akıl sağlığı tartışma konusu edildiğinde bilirkişi incelemesine başvurmak zorundadır¹¹⁵.

İstisna haller bir kenara bırakılırsa, bilirkişi incelemesi asıl olarak tahkikat aşamasında mümkün olacaktır. Çünkü bilirkişi incelemesi ancak ve ancak tarafların dilekçeler aşamasında karşılıklı olarak ileri sürdükleri iddia, savunma ve ispat araçları çerçevesinde yapılan bir incelemeden sonra mümkün olacaktır¹¹⁶. Farklı bir söyleyişle, bilirkişi incelemesi hâkimin dava dosyasının tümünü genel bir incelemeye tabi tuttuktan, dosyaya hâkim olup çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren tüm hususları tespit etmesinden sonra başvurulabilecek bir yöntemdir¹¹⁷. Tahkikat aşamasının iddiaların ve savunmaların incelendiği aşama olması, delillerin değerlendirildiği aşama olması hâkimin özel veya teknik bilgi gerektiren meseleyle kural olarak karşılaştığı aşama olmasına yol açmıştır. Doktrinde Toraman'a göre bu aşamanın bilirkişi incelemesi bakımından asıl aşama olduğuna ilişkin tereddüt yoktur¹¹⁸.

Konu usul ekonomisi açısından da incelenmelidir. Bu durumda varılacak sonuç, hâkimin çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir konuyla karşılaşır karşılaşmaz bilirkişi incelemesine başvurmak yerine öncelikle dava dosyasının tümüne egemen olması gerektiği; maddi sorunlarla hukuki sorunları ayırarak maddi sorunlardan özel veya teknik bilgi gerektirenlerin tümünü tespit ederek, tespit ettiği vakıalar hakkında çözümünü istediği tüm soruları belirleyerek başvurması gerektiğidir. Aksi halde

¹¹⁴Ön inceleme hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Özkes (2017). *Ön İnceleme: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özkes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 1271 vd.; Kuru, Aydın a.g.k., 2021, s. 209 vd.

¹¹⁵Toraman, a.g.k., 2017, s. 306; Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 314.

¹¹⁶Toraman, a.g.k., 2017, s. 249.

¹¹⁷Toraman, a.g.k., 2017, s. 250.

¹¹⁸Toraman, a.g.k., 2017, s. 250.

tahkikatın devamı sırasında ikinci kere bilirkişi incelemesine başvuru gündeme gelebilecek, bu da yargılamayı gereksiz yere uzatacaktır. Nitekim hâkim HMK'ya göre de bilirkişinin cevaplandırması gereken soruları görevlendirme kararında belirtmelidir¹¹⁹. HMK m. 273 gerekçesinde de bu hususlara vurgu yapılmış, hâkimin dava dosyasının tümüne egemen olması gerekliliği vurgulanmıştır¹²⁰. Bu husus, bilirkişi incelemesinin yargılamada zaman kaybına yol açmasının önüne geçecek, bir kerede tüm soruların yanıtının alınmasını sağlayabilecek, bilirkişiye soru listesi verilmekle de bilirkişinin dosyanın geneliyle uğraşmak yerine çözümü gereken konulara yoğunlaşması sağlanabilecektir. Bu her şeyden önce usul ekonomisine ve davaların hızlı ve adaletli çözümüne de katkı sağlar. Sözgelimi hem BilK m. 3/6 gereği hem HMK m. 273 gereği, bilirkişinin cevaplandırması gereken hususlar açıkça belirlenmelidir. Uygulamada sıkça karşılaşılan, *“ tarafların iddia ve savunmaları karşısında bilirkişinin görüşünün alınmasına ”* gibi ifadelerle bilirkişi görevlendirilmesi yanlıştır¹²¹. Yine hâkim, kural olarak diğer ispat araçlarını elde ettikten sonra bilirkişi incelemesine başvurmalıdır ki, dava dosyasının tümüne egemen olup maddi ve hukuki sorunları kesin olarak ayırmış olsun¹²². Aksi takdirde hukuki sorunlar değerlendirip kanuna aykırı şekilde kanaat bildiren raporlarla karşılaşılması kaçınılmaz olur.

Sözlü yargılama aşaması bakımından bilirkişi incelemesi niteliği bakımından uygun düşmeyecektir. Sözlü yargılama, tahkikatın tümü hakkında tarafların açıklamalarının alınıp, tahkikatın devamı için gerekli bir hususun kalmadığının hâkim tarafından tespiti halinde, taraflara tahkikatın bitiminin tefhim edilip geçilen bir aşamadır. Tahkikatın bitiminden anlaşılması gereken şey davanın yeter derecede aydınlatılmış olmasıdır¹²³. Bu durumda sözlü yargılamaya geçilip taraflara son sözlerinin sorulması mümkündür. Taraflara son sözlerinin sorulacağı bu aşamada kural olarak bilirkişi incelemesinin yeri yoktur, tahkikat bitmiş olup bir inceleme yapılmayacaktır. Ancak yazılı yargılama usulüne tabi bir davada tahkikatın bitimiyle

¹¹⁹Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 318-319; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 566; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 533.

¹²⁰Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 319.

¹²¹Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 566.

¹²²Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 566.

¹²³Toraman, a.g.k., 2017, s. 247.

sözlü yargılamanın yapılacağının bildirildiği celse arası incelemeye değer bir konu ortaya çıkarsa ne yapılacağı konusu, burada önem teşkil etmektedir. Çok istisnai de olsa böyle bir durumun ortaya çıkması mümkündür. Bilirkişi incelemesinin ne zaman yapılacağı HMK’da açıkça gösterilmemiştir. Ancak keşif icrasına ilişkin hükümler, doktrinde vurgulandığı üzere bu konuda bilirkişi incelemesine niteliği gereği kıyasen uygulanabilir görünmektedir¹²⁴. HMK’ya göre keşif, sözlü yargılamaya kadar yapılabilir. Yani HMK başka hususlarda¹²⁵ “*tahkikatın sonuna kadar*” derken, burada “*sözlü yargılamaya kadar*” demiştir. O halde burada “*sözlü yargılamaya kadar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulunca sorun çözülecektir. Yine doktrinde Toraman’a göre sözlü yargılamanın başlayacağı duruşmaya kadar, sözlü yargılama başlamamış olacağından tahkikat aşaması bitmiş olsa da HMK’nın açık düzenlemesi karşısında bilirkişi incelemesi mümkün olacaktır¹²⁶.

Hüküm aşamasında ise niteliği gereği bilirkişi incelemesine başvurulamaz. Bu aşama taraflara hüküm sonucunun tefhimi ile dosyadan el çekilecek aşama olduğundan bilirkişi incelemesi gündeme gelmeyecektir.

2.4.4. Üst derece (istinaf ve temyiz) aşamalarında bilirkişi incelemesi

İstinaf kanun yolu, bilirkişi incelemesi açısından önemli bir aşamadır. Bu aşamada ilk olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen bilirkişi incelemesine başvuru kararının yerindeliği, ayrıca bu incelemenin niteliği ve buna mahkemece atfedilen değer denetlenir. İkinci olarak ise bölge adliye mahkemesinin gerçekleştireceği tahkikat kapsamında bilirkişi incelemesine başvurması söz konusu olabilecektir¹²⁷. İstinaf kanun yolunun niteliği göz önünde bulundurulduğu zaman, bu kanun yolunun ham kararın gözden geçirilmesine hem de gerekirse tahkikat işlemlerinin yeniden yapılmasına

¹²⁴Toraman, a.g.k., 2017, s. 247.

¹²⁵Bkz. *İslah (m. 177), davanın ihbarı (m. 61), fer’i müdahale (m. 66)*.

¹²⁶Toraman, a.g.k., 2017, s. 248.

¹²⁷M. Özekes (2017). *Kanun Yolları: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. (Ed: H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz), İstanbul: On İki Levha, s. 2245; Toraman, a.g.k., 2017, s. 253.

olanak tanıdığı görülecektir¹²⁸. Bir istinaf incelemesi vakıaları yeniden ele alıyorsa, kural olarak bilirkişi incelemesi de hem yapılmış incelemelerin denetimi hem de yeni inceleme bakımından mümkün olacaktır¹²⁹.

Türk hukuku bakımından istinaf incelemesinde belli koşullar dâhilinde diğer ispat araçları ve bilirkişi incelemesi mümkündür. İlk olarak ilk derece mahkemesinin özel veya teknik bilgiyi gerektiren maddi meselenin varlığına rağmen bilirkişi incelemesine gitmemiş olması veya başvurmakla birlikte gerek nitelik gerek içerik açısından hükme esas alınmak için yetersiz bilirkişi raporuna dayanması, ek rapor veya yeni rapor yönünde talepleri reddetmiş olması faraziyesi üzerinde durulmalıdır. Çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren bir vakıanın varlığına rağmen bilirkişi incelemesine gidilmemiş olması, HMK m. 189’da düzenlenmiş olan ispat hakkının ihlali anlamına gelir¹³⁰. Böyle bir durumda istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/1-a-6 uyarınca delillerin önemli ölçüde toplanmamış, değerlendirilmemiş olduğundan bahisle kararı bozacak ve yeniden tahkikat yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderecektir¹³¹. Görüldüğü üzere bölge adliye mahkemesi, hâkimin bilirkişi incelemesine başvuru konusunda takdir yetkisini incelemekte ve yerinde görmezse belli durumlarda dosyayı ilk derece mahkemesine dahi gönderebilmektedir. Başka bir faraziyede, bilirkişi incelemesine gidilmiş ancak hükme esas alınmayacak nitelikte bir rapora dayanarak karar verilmiş, ek rapor veya yeni rapor yoluna gidilmemiş veyahut iki çelişkili bilirkişi raporu arasında çelişki giderilmeden karar verilmiş olabilir. Bu durumlarda da bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bilirkişi raporunu hükme esas alma yönünde takdirini denetleyecek, ek raporu veya yeni rapor talebini ret kararlarını inceleyecektir. Söz konusu durumlarda tahkikat yaparak kendisi bilirkişi raporu alıp eksikleri gidermesi, söz konusu vakıalar hakkında bir karara varması

¹²⁸Kuru, Aydın, a.g.k., 2021, s. 507; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 649; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, a.g.k., 2020, s. 621; Toraman, a.g.k., 2017, s. 253.

¹²⁹T. Akkaya (2009). *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Ankara: Yetkin, s. 286; Toraman, a.g.k., 2017, s. 253.

¹³⁰Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 563.

¹³¹M. Özkes (2008). *Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, Ankara: TBB Yayınları, s. 64.

mümkündür¹³². Doktrindeki katıldığımız görüşe göre bir iş uyuşmazlığında deliller toplanmış ve bilirkişi raporu alınmaksızın karar verilmiş ise veya ek rapor gerekmedikçe ek veya yeni rapor alınmaksızın karar verilmiş ise usul ekonomisi gözetilerek dosyanın ilk derece mahkemesine iade edilmemesi, istinaf mahkemesince dosyada bilirkişi incelemesine başvurulması gerekmektedir¹³³

İstinaf kanun yolunda bilirkişi incelemesi bakımından kilit nokta, incelemenin yeni vakıalara hasredilemeyecek olmasıdır¹³⁴. İstinaf kanun yolunda yeni vakıalar ileri sürülemeyeceği gibi, bilirkişi incelemesi bu anlamda ancak ilk derece aşamasında usulüne uygun şekilde ileri sürülen ancak yargılamada tartışılan ya da tartışılmayan bir vakıanın yeniden ele alınması sırasında gündeme gelebilecektir¹³⁵. Bu noktada da en önemli husus, istinaf mahkemesinin kamu düzeni hariç, istinaf sebepleriyle bağlı olması olup; istinaf sebebi yapılmayan bir vakıyla ilgili, vakıa kamu düzeninden değilse¹³⁶, istinaf incelemesinin kapsamı dışında kalacağından bilirkişi incelemesi de gündeme gelmeyecektir¹³⁷. Doktrinde Toraman’a göre, her ne kadar ilk derece yargılaması bakımından Yargıtay’ın aşağıda inceleneceği üzere¹³⁸ üçüncü raporla ilk iki raporlara değerlendirme isteme görüşü isabetsizse de, istinaf incelemesinde alınan bilirkişi raporunun ilk derece yargılamasında alınan raporların niteliğini değerlendirmesi mümkündür¹³⁹. Bunun yanında istinaf incelemesinde alınacak bilirkişi raporu ile ilk derece aşamasında alınan raporun aksine karar verilmesi mümkündür¹⁴⁰.

Bu konuda son olarak bölge adliye mahkemesinin re’sen bilirkişi incelemesine başvurabilirliği üzerinde durulacaktır. Bu konuda bölge adliye mahkemesinin de re’sen bilirkişi incelemesine başvurabileceği konusunda kuşku olmamakla birlikte, tek şart

¹³²Toraman, a.g.k., 2017, s. 256.

¹³³Kar, a.g.k., 2019, s. 795.

¹³⁴Akkaya, a.g.k., 2009, s. 287.

¹³⁵Toraman, a.g.k., 2017, s. 257.

¹³⁶Kamu düzenine aykırılıkların istinafta re’sen incelenmesi ve kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Akkaya, a.g.k., 2009, s. 262 vd.

¹³⁷Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 2241-2243; Akkaya, a.g.k., 2009, s. 262.

¹³⁸Bkz. aşa. ikinci bölüm 3 nolu başlık.

¹³⁹Toraman, a.g.k., 2017, s. 257.

¹⁴⁰Akkaya, a.g.k., 2009, s. 271.

yukarıda belirtildiği gibi, istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme kuralı karşısında söz konusu vakıanın istinaf incelemesine konu edilmiş olması ya da vakıanın kamu düzeninden olmasıdır¹⁴¹. Kamu düzenine ilişkin davalarda, örneğin bir babalık davasında ise bölge adliye mahkemesi kuşkusuz re'sen istinaf incelemesi sırasında bilirkişi incelemesine başvurabilecektir.

Temyiz kanun yolu bakımından, bilirkişi incelemesi elverişsizdir. Temyiz aşamasında Yargıtay'ın işlevi derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hukuki denetimidir. Vakıalar yeniden ele alınmaz, kararın yürürlükteki hukuka uygunluğu denetlenir¹⁴². Maddi meselelerin ele alınmayacağı, vakıaların içeriğine girilmeyeceği, vakıa tespitlerinin denetlenmeyeceği bir aşamada bilirkişi incelemesine yer yoktur¹⁴³.

2.4.5. İş yargılamasında bilirkişi incelemesine başvuru zamanı ve bilirkişinin görevlendirilmesi bakımından ayırt edici hususlar

İş yargılamasının özel durumları gözetilerek, bu çalışmada anlatılan hususlarla beraber değerlendirildiğinde öncelikle banka kayıtları, SGK kayıtları, işyeri kayıtları, özlük dosyası, bordrolar, emsal ücret araştırmaları gibi delillerin dosyaya ibrazına ilişkin işlemler tamamlanmalıdır. Bunu takiben tanık beyanları da, bilirkişi incelemesinin konusunu ilgilendirmesi kaydıyla alınmış olmalıdır. İşte deliller bu şekilde toplandıktan sonra bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğini söylemek mümkündür.

Örneğin uygulamada iş kazasından doğan maddi tazminat davasında, kusura etki eden teknik hususlar ve maddi tazminat hesabı açısından aktüerya raporu olmak üzere kural olarak iki ayrı uzmanlık konusunda rapor alınması söz konusu olmaktadır. İlki bakımından kusura etki eden hususlar arasından hangi önlemlerin alınıp alınmadığı konusunda dosyada yeterli bilgi ve belgenin olabilmesi için, gerek iş kazasına ilişkin tutulan tutanaklar, gerek SGK müfettiş raporları, hastane kayıtları gibi deliller dosyaya celp edilmiş ve olaya ilişkin tanık beyanları da alınmış olmalıdır. İkinci rapor olan

¹⁴¹Akkaya, a.g.k., 2009, s. 184.

¹⁴²Kuru, Aydın a.g.k., 2021, s. 512; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 697 vd.

¹⁴³Toraman, a.g.k., 2017, s. 251.

aktüer hesaplamalar konusunda ise işçi ücretinin tespiti doğrudan tazminatı etkileyeceğinden buna ilişkin bir uyuşmazlık varsa tanık beyanları ve emsal ücret araştırma sonuçlarının, aynı zamanda banka kayıtlarının dosyaya celp edilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde eksik delille inceleme yapılması durumunda tekrar bilirkişi incelemesine başvurulması ya da bilirkişinin bu hususta HMK m. 275/2 uyarınca talepte bulunması gerekebilecek, her halükarda iş yükü ortaya çıkacak ve usul ekonomisine aykırı davranılmış olacaktır.

Bilirkişinin görevlendirilmesi ise kural olarak yürürlükteki mevzuat gereği, yukarıda anlatıldığı üzere listeden yapılacaktır. Yukarıda anlatıldığı için bu bölümde detaylı açıklama yapılmayacaktır. Ancak özetle kural olarak, mahkemenin bulunduğu bölge adliye mahkemesi nezdinde bulunan bilirkişi listelerinden başvurulacak konu gözetilerek bilirkişinin uzmanlık alanında bulunduğu listeden seçilmesi gerekmektedir. Liste dışı görevlendirmeler ve listeler hakkında yukarıda detaylıca anlatılan hususlar iş yargılaması açısından kuşkusuz geçerlidir¹⁴⁴. Örneğin İstanbul Anadolu adliyesinde bir iş mahkemesi fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından bilirkişi incelemesine başvuracaksa, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde tutulan listeden “iş mevzuatından kaynaklanan nitelikli hesaplamalar” uzmanı bir bilirkişi görevlendirmelidir.

İş yargılamasında da yukarıda anlatıldığı üzere, davanın görülmesi esnasında bir vakıanın özel ve teknik bilgiyle çözümlenebileceği yönünde hâkimde kanaat oluşması durumunda hâkim bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verir. Bu hususta HMK'daki genel hükümler iş yargılaması bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hâkim taraflardan birinin talebi üzerine karar verebileceği gibi, tarafların talebi olmaksızın re'sen de bilirkişi incelemesine karar verebilir.

¹⁴⁴Bkz. yuk. birinci bölüm 2.2 nolu başlık.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

1. İŞÇİLİK ALACAKLARI BAKIMINDAN BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

İş sözleşmesi, İş Kanunu m. 8/1'e göre bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir¹⁴⁵. İş sözleşmesinin, sözleşme sürerken ve sözleşmenin sona ermesinden sonra ortaya çıkan sonuçları vardır. Çalışmanın konusunu oluşturanlarla sınırlı olarak yapılacak incelemede bu sonuçlar, iş sözleşmesi devam ederken doğan işçilik alacakları yani feshe bağlı olmayan işçilik alacakları ve iş sözleşmesinin sona ermesi ile doğan işçilik alacakları yani feshe bağlı işçilik alacakları olarak gruplandırılabilir¹⁴⁶.

Çalışmanın bu kısmında; iş yargılamasında bilirkişi incelemesi işçilik alacak ve tazminatları bakımından incelenirken, fesih dışı sona ermeyi de kapsamak bakımından, bu gruplandırmalarda iş sözleşmesi devam ederken doğan işçilik alacakları ve iş sözleşmesinin sona ermesi ile doğan işçilik alacakları başlıkları kullanılacaktır.

İş sözleşmesi devam ederken doğan işçilik alacakları olarak, iş sözleşmesinde farklı isimler ve farklı alacaklar belirlenebileceğinden sınırlı olmamak kaydıyla en çok rastlanan ve yargıda gündeme gelenler olarak ücret, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, primler, ikramiyeler, yol ve yemek ücretleri sayılabilir. Buna karşın iş sözleşmesinin sona ermesi ile doğan işçilik alacakları olarak ise temelde kıdem ve ihbar tazminatlarından bahsedilebileceği gibi, işçi tarafından kullanılmayan yıllık izinlerin ücret olarak karşılığı, işe iade davaları sonunda verilen

¹⁴⁵İş sözleşmesinin daha detaylı incelemesi ve unsurları için bkz. S. Süzek (2019). *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, s. 223 vd; M. K. Oğuzman (1987). *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri C.1*, İstanbul, s. 4 vd; Ö. Eyrenci, S. Taşkent, D. Ulucan (2019). *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, s. 59 vd; A. M. Demircioğlu (2014). *Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası*, İstanbul: Beta, s. 49 vd; N. Çelik, N. Caniklioğlu, T. Canbolat (2016). *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, s. 113 vd.

¹⁴⁶T. Canbolat (2016). Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi, *İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı C.1, C:LXXIV*, s. 264.

hükümlere bağlı olarak ortaya çıkan alacaklar ile sendikal sebepli fesihlerde hükmedilen sendikal tazminat sayılabilir.

1.1. İş Sözleşmesi Devam Ederken Doğan İşçilik Alacakları ve Bilirkişilik

1.1.1. Ücret ve bilirkişilik

İş sözleşmesine taraf olan işverenin başlıca borcu ücret ödeme borcudur¹⁴⁷. İş Kanunu m. 32/1 düzenlemesinde “*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*” hükmüyle işverenin iş karşılığında ücret ödeme borcu düzenleme altına alınmıştır. Ücretin hukukumuzda temel güvencesi Anayasa m. 18 hükmüdür. Anayasa hükmünde “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*” düzenlemesi getirilerek, angarya yani ücret verilmeksizin çalıştırma yasaklanmıştır¹⁴⁸. Ücretin ödenme zamanı ise İş Kanunu m. 32/5 hükmünde düzenlenmiş olup, düzenlemeye göre ücret en geç ayda bir ödenmelidir ve iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesi (TİS) ile bu süre bir haftaya kadar indirilebilir. Düzenlemeden anlaşılabileceği üzere ücret, çalışıldıktan sonra en geç bir ay içinde ödenmediğinde muaccel olmaktadır. Yani iş sözleşmesinin devamı sırasında muaccel olan ve gerektiğinde iş sözleşmesinin devamı sırasında dava yolu ile talep edilebilecek bir işçilik alacağıdır. Buradan çıkan uyuşmazlık ise ücret talepli bir eda davası olmaktadır.

İspat yükü konusundaki genel kural (HMK m. 190/1) gereği ileri sürülen bir vakıa iddiasından kendi lehine hukuki sonuç çıkaran taraf ispat yükü altındadır¹⁴⁹. Nitekim işçi – işveren arasındaki ilişki içerisinde işveren ücret ödeme borcu altındadır. Bu edimin ifasını ispat yükü de pek tabii ki işveren üzerindedir. Nitekim Yargıtay’ın da bu

¹⁴⁷Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 252; C. Yavuz, F. Acar ve B. Özen (2014). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul: Beta, s. 497.

¹⁴⁸Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük’te (sozluk.gov.tr) angarya: “*Bir kimseye veya bir topluluğa zorla, ücret vermeden yaptırılan iş, yükleni.*” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁴⁹İspat yükü hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuru, *Usul C. II*, s. 1358 vd.; Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1692 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, a.g.k., 2020, s. 389; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, a.g.k., 2020, s. 460 vd.

konudaki görüşü istikrarlıdır¹⁵⁰. Ücretin ödendiğinin ispatı ancak yazılı delille mümkündür¹⁵¹.

Kayıtsızlığın yoğun olduğu ülkemiz çalışma yaşamında¹⁵², işçi ile işveren arasında belirlenen gerçek ücret, kayıtlardaki ücretten farklı (SGK primlerini ve gelir vergisini az ödemek amacıyla) olabilmekte, bordroya yansıtılamayabilmekte ya da çift bordro düzenlenebilmektedir¹⁵³. Bu durumda işçi ile işveren arasında belirlenen ve kayıtsız yollarla ödenen ücret görünüşteki ücretten farklı olmaktadır¹⁵⁴. Kayıtlardaki ücret asgari ücret veya yine işçinin nitelikleriyle uyuşmayacak düzeyde olabilir. Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 401. maddesine göre “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemek zorundadır.” Emsal ücret kavramının kanuni dayanağı bu hüküm olmakla beraber, yukarıda bahsedildiği ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında sıkça vurgulandığı üzere sözleşmede de başka sebeplerle ücret hayatın akışına uymayacak düzeyde düşük gösterilebilmektedir. Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2019 tarihli bir kararında işçinin mesleği, kıdemi, yaptığı iş, emsal işçilere ödenen ücret gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçek ücreti göstermediği, yani bordroda ücretin düşük gösterildiği şüphesi ortaya çıktığında tanık beyanları da gözetilerek emsal ücret araştırması yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁵. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016 tarihli bir diğer

¹⁵⁰Yargıtay 22. HD 25.2.2014 tarihli, 2014/2177 E., 2014/3788 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.3.2021).

¹⁵¹“Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.” Yargıtay 9. HD 15.5.2008 tarihli, 2008/9324 E., 2008/12367 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 11.3.2021).

¹⁵²Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) 2020 istatistiklerine göre Türkiye’de kayıt dışı istihdam oranı %30,59’dur.(http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/calisan/kayitdisi_istihdam/kayitdisi_istihdam_oranlari/kayitdisi_istihdam_orani), Erişim: 1.5.2021)

¹⁵³Yargıtay 9. HD 4.10.2007 tarihli, 2007/1743 E., 2007/29030 sayılı kararı (M. Ekonomi (2009). İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 41.).

¹⁵⁴ Süzek, a.g.k., 2019, s. 360.

¹⁵⁵“Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer

kararında ise emsal ücret araştırmasının detaylı yapılması gerektiğini, asgari seviyeden bildirilmiş olsa da hayatın olağan akışı uyarınca işçinin işyerinde yaptığı iş gözetildiğinde asgari ücretle çalışmasının mümkün olmadığı durumlarda başka kurumlardan da araştırma yapılarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁶. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise iş kazası sonrası maluliyetten kaynaklı maddi ve manevi tazminat konulu bir kararında ücretin saptanmasının tazminat miktarında etkili olması sebebiyle, gerçek ücret miktarında ihtilaf olması halinde, ihtilafın giderilmesi için

alan ücretin dahi gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.” Yargıtay 9. HD 7.10.2019 tarihli, 2016/7804 E., 2019/17489 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.3.2020).

¹⁵⁶“Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, davacı ciğerci ustasıdır, davalı nezdindeki hizmet süresi 10 yıldır. Emsal ücret araştırması ise asgari seviyeden ücret miktarı bildirmiştir. Davalı tanıkları davacının asgari ücret aldığını beyan ederken, davacı tanığı, “Davacının net olarak aldığı ücreti bilemiyorum ancak usta olduğu için asgari ücretten fazla alması gerekiyor” yönünde beyanda bulunmuştur. Bununla birlikte davacı tanığı davalı işverenlikte çalışmamaktadır. Mahkeme, davacının asgari ücret aldığını kabul etmiştir. Davacının davalı işyerindeki kıdemi ve yaptığı iş gözetildiğinde davacının asgari ücret aldığının mevcut dosya kapsamı ile sübut bulduğu söylenemez. Davacının işi, meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler ve süre gibi ücret miktarını etkileyecek faktörler bildirilerek, davalı işyerinde ya da başka işyerlerinde emsal işçilere ödenen ücretler var ise sair ilgili kurum ve kuruluşlardan araştırılmalı, ayrıca, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan “Kazanç bilgisi sorgulama” ekranından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve toplanacak bütün deliller değerlendirildikten sonra tespit edilecek ücrete göre alacakların belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 26.5.2016 tarihli 2015/2338 E. 2016/12521 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.3.2020).

hayatın olağan akışı ve genel tecrübe kurallarından yola çıkılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁷.

Ücretin ve ücretin miktarının önem taşıdığı geniş anlamda ücret kabul edilen fazla çalışma ücreti, ulusal bayram genel tatil ücreti gibi alacakların talep edildiği davalarda, hatta ücret esaslı belirlenen kıdem ve ihbar tazminat talepli davalarda, iş güvencesinden kaynaklı tazminatta ve boşta geçen süre ücretinin belirlenmesinde; ücretin miktarı taraflar arasında ihtilaflı ise bunun da mahkemece çözüme kavuşturulması gerekmektedir¹⁵⁸. Her ne kadar HMK m. 201 senede karşı tanıkla ispat yasağı getirmişse de, Yargıtay içtihatlarında, çalışma yaşamının güncel durumu ve özellikleri gözetilerek iş sözleşmeleri, imzalı ücret bordroları gibi belgelerin varlığında dahi bu hüküm uygulanmamaktadır¹⁵⁹.

Doktrinde yukarıdaki paragrafta örneklenen Yargıtay içtihatlarıyla aynı doğrultuda, Tuncay da gerçek ücretinin bordroda yer alan ücretten yüksek olduğunu iddia eden işçinin senede karşı senetle ispata mecbur bırakılmaması görüşündedir¹⁶⁰. Çalışmada örnek verilen kararlardan ve doktrin görüşünden de görüleceği üzere, bordroda gösterilen ücretin gerçek ücreti yansıtmadığı hususunda ciddi kuşkular bulunduğu, ücretin hayatın olağan akışına aykırı derecede düşük gösterildiği durumlarda gerçek ücret her türlü delille ispatlanabilir. Bu noktada özellikle mahkeme

¹⁵⁷ “Uyuşmazlık maddi zararın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Zararlandırıci sigorta olayına maruz kalan sigortalının maddi zararının hesabında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Her ne kadar işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordroları mevcut ise de nitelikli ve tecrübeli bir işçinin, yaptığı işin özelliğine göre asgari ücret üzerinden ücret alması, hayatın olağan akışına aykırıdır.” Yargıtay 21. HD 27.9.2016 tarihli 2015/21771 E., 2016/11771 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.3.2020).

¹⁵⁸ Süzek, a.g.k., 2019, s.360.

¹⁵⁹ “Somut uyuşmazlıkta, davacı işyerinde yaklaşık 6 senedir muhasebe departmanında çalışmaktadır. Bordroların imzalı olması, emsal ücret araştırmasına engel değildir. Davacının kıdemi, mesleği belirtilerek ilgili işçi veya işveren meslek odasında fesih tarihi itibarıyla alabileceği ücret araştırılmalı ve belirlenen ücret üzerinden tazminat ve alacaklar hesaplanmalıdır. Hesaplamalara esas ücretin eksik araştırma ile belirlenmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 26.10.2017 tarihli, 2015/14520 E., 2017/16807 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.4.2021).

¹⁶⁰ A. C. Tuncay (2013). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 59.

yerleşik kararlar uyarınca emsal ücret araştırması yapılmalıdır¹⁶¹. İlgili araştırmanın nereden yapılacağı konusunda ise Yargıtay; sendikalar, işçi ile işveren kuruluşları ve Türkiye İstatistik Kurumu'nu (TÜİK) işaret etmektedir¹⁶². Emsal ücret araştırması yapılmaksızın yalnız tanık beyanı ile ücretin saptanması ise Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmaktadır¹⁶³.

Konusu ücret alacağı olan veya ücret miktarının diğer alacak ve tazminatın miktarının saptanmasında önem arz ettiği davalarda yukarıdaki gibi ücret ihtilafı olması durumunda, yapılan araştırma sonucu toplanan delillerin takdiri delil niteliğinde olduğu ve hâkim tarafından değerlendirilip gerçek ücretin tespit edilmesi gerekliliği açıktır¹⁶⁴. Ancak dosyanın hesap bilirkişisine verildiği durumlarda, hâkimin ara kararla ücreti tespit etmesi mevcut kanuni düzenlemelerle ihsas-ı rey olacağından mümkün değildir¹⁶⁵. Bu sebeple herhangi bir özel kanun hükmü ihdas edilmeyecekse en makul çözüm, usul ekonomisine ve yargılamanın uzamasına da sebebiyet vermeyecek bir çözüm olacağından bilirkişinin seçenekli hesap yapma yoluna gitmesidir¹⁶⁶. Emsal ücret

¹⁶¹ “İş sözleşmesinin tarafları arasında ücret miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür. Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir. Ücretin mevcut delillerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi mümkün bulunmayan kimi durumlarda, yapılan iş, hizmet süresi ve diğer belirleyici özellikler belirtilmek suretiyle ilgili meslek örgütlerinden sorulmak suretiyle de belirlenebilir.” Yargıtay HGK 25.9.2013 tarihli 2013/9-160 E., 2013/1390 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 18.7.2020).

¹⁶²Yargıtay 22. HD 11.11.2019 tarihli 2016/23321 E., 2019/20721 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 18.7.2020); Yargıtay 9. HD 12.9.2019 tarihli 2019/5507 E., 2019/15787 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 18.7.2020); Yargıtay 9. HD 4.3.2010 tarihli 2008/20960 E., 2010/5929 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 18.7.2020). Süzek'in TÜİK kazanç bilgisi sorgulama ekranının yetersiz olduğuna ilişkin görüşü için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 361.

¹⁶³Yargıtay 21. HD 13.7.2017 tarihli 2016/83 E., 2017/5994 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.8.2020).

¹⁶⁴Kar, a.g.k., 2019, s. 631.

¹⁶⁵Manav, a.g.k., 2015, s. 484.

¹⁶⁶Bir Yargıtay kararında, kıdem tazminatı talepli davada ücretin ihtilaflı olmasından hareketle bilirkişi seçenekli hesaplama yapmıştır. Yargıtay bozma ilamında, hukuken mahkemenin yanlış değerlendirme yaptığından hareketle kararı bozarken, aynı raporun diğer seçeneğine göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yani bilirkişinin hukuki değerlendirme olan ihtilaflı konuda kendi görüşünü yansıtmayarak seçenekli hesap yapması sayesinde dosya bozma sonrası ek rapor için bilirkişi

araştırmalarının ortalama sonucu davacının ücret iddiasını aşıyorsa, bir seçenek olarak davacının ücret iddiasına göre; ikinci seçenek olarak kayıtlardaki ücrete veya davalının cevabı kayıtlardaki ücretten yüksek ise buna göre hesap yapılmalı, takdir mahkemeye bırakılmalıdır. Eğer davacının ücret iddiası emsal ücret araştırması sonuçlarının ortalamasını aşıyorsa, üçüncü seçenek olarak bu iddiaya göre de hesaplama yapılması gerekmektedir. Çünkü emsal ücret araştırması mahkemece bilirkişi incelemesinden sonra da yeniden yapılabilir, farklı kurumlardan emsaller dosyaya girebilir. Bu durumda iddiayı destekler bir araştırma yapılırsa dosyanın ek rapor için bilirkişiye verilmeksizin karar verilebilmesi usul ekonomisine uygun düşecektir. Böylelikle bilirkişi oldukça fazla seçenekli hesap yaparak, üzeri örtülü biçimde hukuki görüş bildirmiş olmayacaktır. Emsal ücret araştırmaları netice itibariyle delildir. Bilirkişi elbette yerine göre delilleri de raporunda değerlendirebilir. Ancak bu hususta hukuki görüş bildirme sınırına dikkat edilmelidir. Bilirkişinin ihtilaflı hususlar varken bunları kendisi çözümleyip salt kendi çözümüne, bu örnekte araştırma sonuçlarına göre kendi saptayacağı ücrete, göre hesap yapması aslında hukuki sorunları üzeri örtülü olarak kendisinin çözmesi anlamına gelir; bu da bilirkişinin görevleri konusundaki emredici düzenlemelere aykırılık oluşturacaktır zira ücretin gerçek miktarı hususundaki uyuşmazlık bir hukuki ihtilaftır¹⁶⁷.

Salt ücret talepli davalarda banka hesap hareketlerinin, ödeme makbuzlarının ve işçi özlük dosyasının celbi genel olarak hüküm vermek için yeterlidir. Deliller

incelemesine gitmek durumunda kalmamış, bu sayede uygulama usul ekonomisi açısından yararlı olmuştur: “Davacının ücret miktarı taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Somut olayda; davacı aylık 1.500 TL net ücret aldığı iddia etmiştir. Davalı işveren ise davacının asgari ücret ile çalıştığını savunmuştur. Dinlenen davalı tanıklarının davacının ücreti konusunda ki beyanlarının, açık ve net olmadığı görülmüştür. Dosyada mübrez bilirkişi raporunda, iki seçenekli hesap yapılarak 1. seçenekte sigortalı hizmet cetvelindeki aylık 1.100 TL brüt ücret üzerinden ve 2. seçenekte ise davacı iddiası aylık 1.500 TL net ve 2.093,51 TL brüt ücret üzerinden hesaplama yapıldığı görülmektedir. Davacı tanık deliline dayanmadığı gibi, iddia ettiği ücret miktarını ispata yarar herhangi bir delili de dosyaya sunmamıştır. Davacının iddia ettiği ücret miktarı ispatlanmadığından, bilirkişi raporunda 1. seçenek üzerinden yapılan hesaplama doğrultusunda alacakların hüküm altına alınması gerekirken, iddia edilen ücret miktarı üzerinden yapılan hesaplamanın kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 12.11.2015 tarihli, 2014/17198 E., 2015/32183 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 12.1.2020).

¹⁶⁷Canbolat, *Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi*, 2016, s. 265.

toplandıktan sonra karar verilebilecek olup, dosyanın özelliğine göre hesap bilirkişisi incelemesine gerek olup olmadığı öncelikle belirlenmelidir. Kanımızca salt ücret talepli davalarda bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek yoktur. Zira ücret talebi ve davalı tarafça sunulan ödeme belgeleri değerlendirilip ödenmeyen ücretin tespiti hususu nitelikli hesabı gerektirmemektedir, basit hesap bilgisi ile çözülebilecek bir husustur. Ücretin ihtilafı olduğu davalarda da toplanan deliller ve yapılan emsal ücret araştırması sonucunda bu delilleri değerlendirip ücretin miktarını hâkimin belirlemesi gerektiğinden, yine aynı çıkarıma ulaşmak mümkündür¹⁶⁸.

Prim, ikramiye, yol ve yemek ücreti gibi Yargıtay'ın geniş anlamda ücret başlığı altında değerlendirdiği hususlarda ise bu alacakların kolayca tespit edilip edilemediği hususu göz önünde bulundurularak bilirkişi incelemesine gerek olup olmadığı değerlendirilebilir. Uygulamada bazen prim ve ikramiyenin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde belirli bir yüzde veya ücret katı olarak belirlendiğini; kimi zaman da işyeri uygulaması olarak ödendiği görülebilmektedir. Hatta bazen bunlar tıpkı ücretin kayıtlara yansıtılmama sebeplerine benzer sebeplerle elden ödenmektedir. Bu durumda hukuki tartışmalar yargılamanın gündemine gelmekte, işçinin iddia ettiği prim veya ikramiye alacağının ödenip ödenmediği değil, örneğin işyeri uygulaması veya iş koşulu haline gelip gelmediği yani varlığı hukuki ihtilafın konusu olmaktadır¹⁶⁹. Burada

¹⁶⁸Canbolat, *Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi*, 2016, s. 265.

¹⁶⁹Yargıtay'a göre "iş koşulu haline gelmiş" yani işyerinde ödenmesi uygulama haline gelmiş veya sözleşme ile kararlaştırılmış "ikramiye"nin işverence kaldırılabilmesi salt işçinin yazılı onayı ile mümkün olacaktır. İşte bu ve bunun gibi itilafalarda, ihtilafın her aşaması; ikramiyenin iş koşulu haline gelip gelmediği, gelmişse kaldırılmasında kanuni bir yazılı rıza olup olmadığı değerlendirmeleri tamamen hukuki değerlendirme olup bu konularda bilirkişiden görüş istenemez. Bu ücret eklerinin varlığının tespiti diğer alacak kalemlerinin hesaplarına etki etmekteyse bilirkişinin örtülü hukuki görüş beyan etmemek adına seçenekli hesap yapması doğru olacaktır. İkramiyenin "iş koşulu" haline gelip gelmediği konusunda Yargıtay içtihadı için bkz.: "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 62. Maddesi uyarınca "Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz". Aynı kanunun 22/1 maddesine göre ise "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 işgünü içinde

alacağın varlığı veya yokluğu konusunda verilecek karar tamamen hukuki bir karar olup, özel veya teknik bilgi gerektirmemektedir. Bu yüzden örneğin işyerinde düzenli bir prim ödemesi olup olmadığı, işverenin bu anlamda işçiye prim ödeme borcu olup olmadığı; bu var ise bunun ödenmiş olup olmadığı konularında maddi hukuk ve usul hukuku kurallarını somut olaya uygulayıp karar vermek hâkimin görevidir. Yine bir örnekle açıklamak gerekirse, işçi işyerinde işyeri uygulaması gereği süreklilik kazanmış bir ikramiye ödemesi olduğunu ve son iki yıldır bunun ödenmediğini iddia ederek eda davası açmışsa, işveren de böyle bir işyeri uygulaması olmadığını savunmakta ise bu davada “ikramiye ödemesinin süreklilik kazanıp kazanmadığı” gibi bir konuda bilirkişi incelemesine başvurulması durumunda bu, hukuki konuda bilirkişi görevlendirmesi olacağından mümkün değildir. Bu anlamda maddi hukuk kuralları ve Yargıtay içtihatları uyarınca uyuşmazlığı tamamen hâkim değerlendirmelidir.

1.1.2. Fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve hafta tatili alacakları ve bilirkişilik

İş sözleşmelerinde işverenin belirlenen temel ücreti ödeme borcunun yanında, şartları oluşmuşsa fazla çalışmaların, ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan

yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz”. Aynı maddenin son fıkrasında da “Tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği” belirtilmiştir. Ücretten indirim yapılması esaslı değişiklik olduğu gibi işçinin rızası yok ise 62. maddenin emredici düzenlemesi karşısında mümkün değildir. İşçinin rızası ise yazılı muvafakati, iş sözleşmesi veya sendika üyesi ise üyesi olduğu sendikanın Toplu İş Sözleşmesi imzalaması ile gerçekleşir. Diğer taraftan ücretin sözleşmede kararlaştırılan ücret üzerinden eksik ödenmesi veya öngörülen zammın eksik uygulanması halinde, işçinin muvafakati olmadığı veya açıkça vazgeçmediği sürece, gerçekleşen fark ücret alacağı hakkını ortadan kaldırmaz. Dosya içeriğine göre; davacıya 2010 yılına kadar ikramiye ödenirken daha sonra davalı işverence ekonomik gerekçelerle bu ödemeye son verildiği sabittir. Nitekim bu olgu Mahkemenin de kabulündedir. Ancak yerel Mahkemece ikramiye ödemesine ekonomik sebeplerle son verildiği ve davacının bu uygulamaya itiraz etmeyip fesih tarihi olan 31.05.2014 tarihine kadar çalışması sebebiyle bu durumun işyeri kuralı haline geldiğinden bahisle ikramiye talebinin reddine karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesindeki prosedüre uyulmadan ve işçinin yazılı muvafakati olmadan ücret ve diğer haklarda indirime gidilmesi mümkün değildir. Bu sebeple davacının ikramiye alacağı talebinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 22.5.2018 tarihli, 2015/32556 E., 2018/11448 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 1.9.2020).

çalışmaların ve hafta tatillerinde yapılan çalışmalarının karşılığını ödeme borcu, yine İş Kanunu'nun aşağıdaki başlıklarında aktarılacak maddelerinde düzenlenmiştir. Yargıtay da sayılan bu işçilik alacaklarını, kararlarında “*geniş anlamda ücret*” olarak değerlendirmiş, iş akdinin işçi açısından haklı nedenle tek taraflı feshi sebebi olarak İş Kanunu m. 24/II-e’de “*İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse*” şeklindeki düzenleme kapsamında ücret kavramına, fazla çalışma ücretinin, ulusal bayram ve genel tatil ücretinin ve hafta tatili ücretinin ödenmemesini de dâhil saymıştır¹⁷⁰.

Çalışmanın bu bölümünde bu başlık altında öncelikle sayılan işçilik alacaklarının temel özellikleri ayrı alt başlıklarda sayılacak, sonrasında ortak alt başlık altında benzer özellikleri olan ispat konusuna değinilecek, en son alt başlıkta da çalışmanın ana konusunu oluşturan bilirkişi incelemesine elverişlilik konusu her üç işçilik alacağı için birlikte değerlendirilecektir.

1.1.2.1. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma

İş Kanunu, kanuni istisnaları bulunmak ve işçi lehine nispi emredici olmak üzere çalışma sürelerini düzenlemiştir. Kanunun 63. maddesinde “*Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir*” şeklinde, yine kanunda bazı özellik gösteren işler ayrıca düzenlenmekle ve taraflarca daha kısa çalışma süresi belirlenebilmesine imkân tanıyacak şekilde genel çalışma süresi düzenlenmiştir. Bunun yanında bu süreyi aşan çalışma yapılması tamamen yasaklanmamış, belli sınırlar çerçevesinde düzenleme altına alınmıştır. İş Kanunu, normal çalışma süresini aşan çalışmaları 41.-43. maddelerinde, Borçlar Kanunu ise 398. ve 402. maddelerinde düzenleme altına almıştır.

¹⁷⁰ “4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, primi, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir.” Yargıtay 9. HD 17.6.2008 tarihli, 2007/22062 E., 2008/16398 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 21.8.2021). Aynı yönde: Yargıtay 9. HD 25.1.2010 tarihli, 2009/20221 E., 2010/1112 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 21.8.2021); Yargıtay 9. HD 11.2.2010 tarihli, 2008/16815 E., 2010/3221 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 21.8.2021); Yargıtay 9. HD 21.1.2014 tarihli, 2011/51562 E., 2014/762 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 21.8.2021).

İş Kanunu m. 41'e göre fazla çalışma, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır: *"Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. ..."*. TBK'da ise belirli bir saat belirtilmeksizin ilgili kanunlarda belirtilen sürelerden fazla çalışılması fazla çalışma olarak düzenlenmiştir: *"Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. ..."*. Fazla sürelerle çalışma ise iş sözleşmesinin tarafları arasında veya toplu iş sözleşmesinde haftalık kırk beş saatin altında haftalık çalışma süresi belirlenmesi halinde, bu süreyi aşan ancak kırk beş saate kadar olan çalışmaları ifade etmektedir. İş Kanunu m. 41'de bu husus, fazla çalışma kavramından farklı ve özel olarak düzenleme altına alınmıştır: *"Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır."*. Yine İş Kanunu uyarınca çıkarılan "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği" de bu kavramları paralel şekilde düzenlemekle beraber uygulanmasına dair detaylı düzenlemeler getirmiştir¹⁷¹. Kanun hükmünün nispi emrediciliği karşısında Yargıtay bir içtihadında fazla çalışmayı günlük çalışma süresi üzerinden belirleyen toplu iş sözleşmesi hükmünün geçerliliğine ilişkin karar vermiştir¹⁷².

İş Kanunu'nun 63/2. maddesinde tarafların anlaşması ile çalışma süresi bakımından denkleştirme esasının uygulanabilmesine imkân tanınmıştır:

¹⁷¹RG: 06.04.2004, 25425 sayılı.

¹⁷²Yargıtay 9. HD 22.9.2004 tarihli 2004/24180 E., 2004/19649 sayılı kararında toplu iş sözleşmesinde fazla çalışmanın günlük çalışma süresi üzerinden belirlenmesine ilişkin TİS hükmünün geçerli olup olmadığına dair uyuşmazlıkta, TİS hükmünün 4857 sayılı Kanun döneminde bağitlanmış olsa idi geçersiz olacağına ancak 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bağitlanmış olduğundan geçerli olduğuna dair karar vermiştir. Şahlanan ise karar incelemesinde kararın netice itibariyle doğru olduğunu ancak Yargıtay'ın 4857 sayılı Kanun döneminde bağitlansa idi geçersiz olacağına dair katılmayacağını belirterek, fazla çalışmalara ilişkin hükmün nispi emrediciliği karşısında günlük olarak fazla çalışma belirlenmesinin hukuka uygun olacağını belirtmiştir (F. Şahlanan (2007). Karar İncelemesi: Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi, ÇT 2007/2 S:13, s.168.).

“Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.”

Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde İş Kanunu m. 41/1-2 uyarınca denkleştirme uygulanacak süre zarfında ortalama haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşmadıkça fazla çalışma gündeme gelmeyecektir.

İş Kanunu m. 41/1-2: “63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.”.

Yine aynı şekilde fazla sürelerle çalışma bakımından da tarafların anlaşması ile denkleştirme esası uygulanabilecektir¹⁷³.

İş Kanunu m. 41/7 hükmü uyarınca ve TBK m. 398 hükmü gereğince işçinin fazla çalışmaya ilişkin onayının alınması gereklidir. Onay hususunda detaylı düzenleme İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.9’da yapılmıştır. Hükme göre:

“Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.”

Görüldüğü üzere onay, zorunlu nedenle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla ve fazla sürelerle çalışmalarda aranmamıştır¹⁷⁴. Bunun yanında yönetmeliğin anılan maddesi uyarınca onayın iş sözleşmesini yapılması sırasında ya da ihtiyaç anında

¹⁷³Süzek, a.g.k., 2019, s. 789.

¹⁷⁴Zorunlu nedenle ve olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. G. Baycık (2011). *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin, s. 356 vd; Süzek, a.g.k., 2019, s. 804 vd.

alınmasına da cevaz verilmiş olup, her fazla çalışma için ayrı ayrı onay alınmasına gerek bulunmamaktadır.

İş Kanunu m. 41/8’de fazla çalışmanın sınırı emredici olarak düzenlenmiştir: “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.”. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 5/1’de de aynı yönde düzenleme yapılmıştır: “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir.”. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, işçinin yılda toplam yapabileceği fazla çalışmanın iki yüz yetmiş saatle sınırlandırıldığı görülmektedir. Sınırlamanın amacı işçi sağlığının korunmasıdır¹⁷⁵. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği¹⁷⁶ m. 4/3’te günlük çalışma süresinin ne olursa olsun on bir saati aşamayacağı düzenlenmiştir: “Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz.”. Emredici nitelikte bu düzenleme karşısında fazla çalışma dâhil çalışma süresinin on bir saati aşamayacağı açıktır¹⁷⁷. Bunun yanında yukarıda anlatılan İş Kanunu m. 63 uyarınca denkleştirme esasının uygulandığı hallerde dahi, çalışma süresinin on bir saati aşmayacak şekilde günlere dağıtılabileceği yine aynı maddede düzenlenmiştir. Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde haftalık ortalama çalışma süresi kırk beş saati aşmasa dahi günlük çalışma süresinin on bir saati aştığı durumlarda

¹⁷⁵Süzek, a.g.k., 2019, s. 792.

¹⁷⁶RG: 6/4/2004 tarih ve 25425 sayılı.

¹⁷⁷Ö. Eyrenci (2003). 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, *Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen Yeni İş Yasası Konulu Seminer*, İstanbul, s. 162; Ö. Eyrenci (2004). 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, *İHSGHD 1 Ocak-Mart 2004*, s. 44; Süzek, a.g.k., 2019, s. 792; M. Ekonomi (2004). 4867 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, *Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu İş C:7 S:3*, s. 163; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 555; M. P. Soyer (2004). Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, *İHSGHD 3 Temmuz-Eylül 2004*, s. 805; E. Akyiğit (2013). *İş Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 223; M. Kandemir (2011). Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, *İHSGHD S:29*, s. 22; A. N. Aktay, K. Arıcı ve E. T. Senyen Kaplan (2013). *İş Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 253 vd; S. Öktem Songu (2007). *Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 358.

on bir saati aşan bu çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır¹⁷⁸. Yine bunun gibi yıllık iki yüz yetmiş saat sınırına uyulmadığı durumlarda da aşan çalışmalar fazla çalışma gibi değerlendirilir¹⁷⁹.

Yine İş Kanunu m. 41 ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 7 ve 8’de fazla çalışma yapılamayacak işler düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler emredici niteliktedir¹⁸⁰. Fazla çalışma yasaklarına ilişkin düzenlemeler iş sağlığı ve güvenliği ile ilgilidir¹⁸¹. Yine azami fazla çalışma süresinin aşılmasında olduğu gibi fazla çalışma yasaklarının bulunduğu hallerde buna uyulmaması durumunda ilgili çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır¹⁸².

İş Kanunu m. 41’e göre fazla çalışma ücreti her saat için saat ücretinin yüzde elli yükseltilmesi ile hesaplanır; aynı düzenlemeye göre fazla sürelerle çalışma ücreti ise her saat için saat ücretinin yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile hesaplanır:

“Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. ... Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.”

Fazla çalışmanın ve fazla sürelerle çalışmanın ücretine ilişkin düzenlemeler işçi lehine nispi emredici olup, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile daha yüksek bir oran belirlenebilir¹⁸³.

¹⁷⁸Ekonomi, *Fazla Çalışma*, 2004, s. 162 vd; Öktem Songu, a.g.k., 2007, s. 184, Soyer, a.g.k., 2004, s. 798 vd; Süzek, a.g.k., 2019, s. 792; B. O. Mülâyim (2016). *İş Hukukunda Gece Çalışması*, Ankara: Adalet, s. 172. Aynı yönde: Yargıtay HGK 14.6.2006 tarihli, 2006/9-374 E., 2006/382 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 30.12.2020).

¹⁷⁹Ekonomi, *Fazla Çalışma*, 2004, s. 162; Süzek, *İş Güvenliği*, 1985, s. 181; Öktem Songu, a.g.k., 2007, s. 360.

¹⁸⁰Fazla çalışma yasaklarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 793.

¹⁸¹Süzek, a.g.k., 2019, s. 795.

¹⁸²Süzek, a.g.k., 2019, s. 795.

¹⁸³Kar, a.g.k., 2019, s. 613.

1.1.2.2. Hafta tatili çalışması

İş Kanunu m. 46'ya göre İş Kanunu m. 63 uyarınca belirlenen iş günlerinde çalışan işçilere yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz yirmi dört saatlik dinlenme (hafta tatili) verilir:

İş Kanunu m. 63: “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir. Çalışma sürelerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

Yine kanun gereği işçiye hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir¹⁸⁴. Yine TBK m. 421'e göre işveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür. Bu düzenleme de İş Kanunu düzenlemesine paralel olarak hafta tatilini düzenlemektedir. Hafta tatilinde işçiye iş karşılığı olmaksızın ödenecek ücrete ilişkin İş Kanunu m. 50'de getirilen düzenlemeye göre, bu ücret işçinin temel ücretidir:

“Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz.”.

İş Kanunu m. 45'e göre hafta tatiline ilişkin düzenlemeler nispi emredici niteliktedir. Kanuni düzenlemeye göre sözleşme veya TİS ile kanunla tanınan haklara aykırı anlaşma yapılamayacağı gibi, yine aynı maddenin devam eden fıkrasına göre;

¹⁸⁴Hafta tatili hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 809 vd; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 571 vd.

sözleşme, TİS veya gelenekten doğan haklar ile daha işçi lehine düzenleme yapılması mümkündür.

Hafta tatilinde işçinin çalışması durumunda bu çalışma karşılığında serbest zaman verilmesi, kanunda böyle bir düzenleme olmadığından, serbest zamanın sadece şartları varsa fazla çalışmalar için düzenlendiğinden, mümkün değildir¹⁸⁵.

Hafta tatilinde çalışılması durumunda işçiye haftalık çalışma süresini doldurduğu ve kesintisiz yirmi dört saatlik dinlenme hakkında çalıştığı gözetilerek, hafta tatilinde çalışmadan hak kazandığı ücretinin yanı sıra dönem ücretinin yüzde elli zamlısı olarak çalışma saatlerine karşılık ücret ödenir¹⁸⁶.

1.1.2.3. Ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışması

Ulusal bayram ve genel tatil günleri 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir¹⁸⁷. Kanuna göre m. 1'de 28 Ekim saat 13.00'ten 29 Ekim gün sonuna kadar Cumhuriyet Bayramı Ulusal Bayram olarak, bunun dışında Kanun m. 2'de sayılan Resmi Bayramlar (23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı, 30 Ağustos Zafer Bayramı), Dini Bayramlar (Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramları sırasıyla arefe günü dâhil 3,5 ve 4,5 gün), 1 Ocak yılbaşı tatili, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü, 15 Temmuz Demokrasi ve Milli Birlik günü genel tatillerdir. Ulusal bayram ve genel tatil günleri de hafta tatili gibi tatil günleridir ve işçiye iş karşılığı olmaksızın ücreti ödenir¹⁸⁸. Bu günlerde çalışma yapılması halinde iş karşılığı ödenen ücretin yanında zamsız olarak çalışma saati kadar ücret ödenir¹⁸⁹. Yine hafta tatili gününde olduğu gibi

¹⁸⁵Kar, a.g.k., 2019, s. 626. Aynı yönde: "4857 sayılı İş Kanunu'nda serbest zaman, fazla mesai çalışması için öngörülmüştür. İşçi tatil günleri çalışmış ise bunun karşılığı ücretin ödenmesi gerekir. Bu çalışma sonrası karşılığında izin kullandırılması, tatil ücretine hak kazanamayacağını göstermez. Zira tatil çalışmaları karşılığı serbest zaman veya izin verilmesi yasaya uygun değildir." Yargıtay 9. HD 15.1.2018 tarihli, 2015/26859 E., 2018/84 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 5.4.2021).

¹⁸⁶Kar, a.g.k., 2019, s. 626.

¹⁸⁷RG: 19/03/1981 Sayı: 17284.

¹⁸⁸Ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin detaylı bilgi için Bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 811 vd; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 575 vd.

¹⁸⁹Kar, a.g.k., 2019, s. 626.

kanuni düzenlemesi yalnız fazla çalışma için olduğundan, ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışmalara karşılık işçiye serbest zaman kullandırılması mümkün değildir¹⁹⁰.

1.1.2.4. Fazla çalışmanın, hafta tatili çalışmasının ve UBGY çalışmasının ispatı

Fazla çalışmanın, fazla sürelerle çalışmanın, ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışmanın ispatı, genel ispat hukuku kurallarına tabidir¹⁹¹. Genel olarak çalışma olgusu, bir hukuki işlem olmayıp, hukuki fiildir yani bir fiili olgudur, günlük hayatta gerçekleşen fiili bir durumdur. TMK m. 6 hükmü ve bununla uyumlu HMK m. 190 hükmü birlikte değerlendirildiğinde ispat yükünün, çalışma olgusunu yani fazla (sürelerle) çalışıldığını iddia eden ve bundan dolayı alacak iddiasında bulunan işçi üzerinde olduğu tartışmasızdır. Bu noktada fazla (sürelerle), ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışma yapıldığı iddiası fiili bir olgu olduğundan kural olarak her türlü delille ispat olunabileceği, senetle ispat kuralına tabi olmadığı da açıktır¹⁹². İlgili çalışmaların ispatında Yargıtay'ın ilke kararları yol göstericidir. Yargıtay özetle fazla çalışmanın (başlık konusu diğer işçilik alacaklarının ispatı bakımından da aynı ilke kararı geçerli olmakla) ispatında:

“Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile

¹⁹⁰Yargıtay 9. HD 15.1.2018 tarihli, 2015/26859 E., 2018/84 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 6.4.2021).

¹⁹¹Kar, a.g.k., 2019, s. 604.

¹⁹²“Gerek mülga 1475 Sayılı İş Kanunu, gerekse hâlen yürürlükte bulunan 4857 Sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı, genel hükümlere tabidir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. ”Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını, hafta tatilleri ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını, hafta tatillerinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilir. Bu kapsamda, iş davalarında sıklıkla başvurulacak delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir; hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır.” Yargıtay HGK 15.11.2018 tarihli, 2015/22-2576 E., 2018/1710 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.11.2020).

sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.”¹⁹³.

şeklinde kararlarında yer verdiği bir ispat kuralı benimsemiştir. Bu kurala göre öncelikle belge delillerinin değerlendirilmesi, bunların olmaması durumunda tanık beyanlarıyla sonuca gidilmesi gerekmektedir. Uygulamada fazla (sürelerle), ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışma gibi olgusal bir olayda tanık beyanları büyük önem taşımaktadır. Tanıkların işyerinde çalışma düzenini bilen ve çalışma yapıldığı iddia olunan dönemde davacı ile beraber çalışan kişilerden olması gerekmektedir¹⁹⁴. Yargıtay işyerinin çalışma düzenini bilen komşu işyeri çalışanlarının da tanıklığına başvurulabileceğini kabul etmektedir¹⁹⁵. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, imzalı puantaj kayıtlarının yani yazılı ve imzalı bir belge delilinin varlığı halinde kural olarak aksi tanıkla ispat edilemeyecekse de bunların gerçeği yansıtmadığının başka delillerle ortaya konulması halinde bu iddiaların araştırılması gerekmektedir¹⁹⁶. Elektronik puantaj kayıtlarının yani imzalı giriş çıkış dökümlerinin varlığı halinde ise bunların

¹⁹³Yargıtay 9. HD 4.11.2010 tarihli, 2009/38709 E., 2010/31550 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.10.2020).

¹⁹⁴Kar, a.g.k., 2019, s. 610.

¹⁹⁵Yargıtay 9. HD 6.10.2020 tarihli, 2017/16708 E., 2020/10786 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.10.2020).

¹⁹⁶“Somut olayda, davacı davalı şirkete ait benzin istasyonunda pompacı olarak çalışmış olup dava dilekçesinde tüm hafta tatilleri ile ulusal bayram genel tatil günlerinde ve günde 12 saat çalıştığını iddia etmiş, davalı yanca dosya içerisine davacının çalışma gün ve saatlerini içeren imzalı puantaj kayıtları sunulmuş olup davacı taraf bu puantaj kayıtlarının gerçeği yansıtmadığını, daha sonradan toplu olarak imzalatılan belgeler olduğunu beyan etmiş ayrıca dosya içerisine davalı tarafça benzin istasyonundan yakıt alan araçları, yakıt türünü, miktarını ve hangi pompacı tarafından hangi gün ve saatte işlem yapıldığını gösterir satış kart kayıtları (otomasyon kayıtları) dosyaya ibraz edilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda satış kart kayıtları incelendiğinde puantaj kayıtlarının çalışma saat aralıkları olarak gerçeği yansıtmadığı tespit edilmiş olup varılan bu tespit dosya içeriğine göre isabetli olmuş ise de aynı gerekçeyle hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları yönünden de satış kart kayıtlarına göre çalışılan dönemler varsa tespit edilerek hesaplama yapılması gerekirken sadece puantaj kayıtlarının dikkate alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD 13.1.2020 tarihli, 2017/26706 E., 2020/97 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.10.2020).

imza taşımadığı değerlendirildiğinde gerçeği yansıtmadığı veya değişiklik yapıldığı yönündeki iddialar teknik olarak incelenmelidir¹⁹⁷.

Ücret bordroları imzalıysa ve imzalı bordrolarda fazla çalışma tahakkuku bulunuyorsa, ihtirazı kayıt da konulmamış olması halinde Yargıtay uygulamasında bordrodaki tahakkuktan daha fazla çalışma yapıldığı iddiasının ispatında yazılı delil aranmaktadır¹⁹⁸. Ücret bordrolarının imzasız olması ancak fazla çalışma (ulusal bayram ve genel tatil çalışması ile hafta tatili çalışması) tahakkuku içermesi durumunda bordrolarla uyumlu miktarların bankadan ödenmesi durumunda ise önceleri Yargıtay işçinin ödemelere ihtirazı kayıt öne sürmemiş olmaması durumunda imzalı ücret bordrosuyla aynı sonucu doğuracağı yönünde karar vermektedir¹⁹⁹. Daha sonraları bu içtihattan dönülmüş ve banka yolu ile ödemede ihtirazı kayıt konulamayacağından bahisle bu ödemelerin mahsubuyla, bordroda görünenen fazla çalışmanın her türlü delille ispatlanabileceğine karar verilmiştir²⁰⁰. Belirtmek gerekir ki imzalı bordronun, daha fazla çalışma yapıldığını ispat için yazılı delil aranması şartını ortaya çıkarması sadece bordronun ait olduğu aya ilişkin olacaktır, ilgili ay yapılan fazla çalışma (ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde çalışma) süresi dışında herhangi bir etki

¹⁹⁷ “Dosyaya sunulan puantaj kayıtlarının geçerli olup olmadığı belirlenmeli, gerekirse kayıtlar üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığı da araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Puantaj kayıtlarının geçerli olması durumunda dahi kayıt sunulmayan dönemler için tanık beyanlarına göre hesaplama gidilmelidir.” Yargıtay 9. HD 21.10.2014 tarihli, 2012/39476 E., 2014/30406 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 25.10.2020).

¹⁹⁸ Yargıtay 9. HD 5.2.2010 tarihli, 2008/14590 E., 2010/2297 sayılı kararı (ÇT 2010/4 S:27).

¹⁹⁹ “Her ne kadar bordrolar imzasız ise de dosya içeriğine göre aylık ücretin banka aracılığı ile ödendiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle öncelikle banka hesap ekstresi getirtilerek bordrolarda tahakkuku yapılmış olan ücretin ödenip ödenmediği araştırılmalı, şayet ödenmiş ise ve davacı bu ödeme sırasında ihtirazi kayıta bulunmamışsa bu aylar için istekler red edilmelidir.” Yargıtay 9. HD 3.2.2005 tarihli, 2004/27767 E., 2005/3061 sayılı kararı (ÇT 2005/2 S:5).

²⁰⁰ “Bordrolarda tahakkuk bulunmasına rağmen bordroların imzasız olması halinde ise, varsa ilgili dönem banka ve tüm ödeme kayıtları celp edilmeli ve ödendiği tespit edilen miktarlar yapılan hesaplama mahsup edilmelidir. Somut olayda; dosyadaki ücret bordroları imzasız olup, fazla çalışma tahakkuku içeren dönemlerin dışlanması isabetli olmamıştır. Davacının fazla çalışma alacağı şimdiki gibi hesaplanmalı ve bordrolar ile banka kayıtları karşılaştırılarak, tahakkuk ettirilen miktarların ödendiğinin tespiti halinde ödenen miktarlar hesaplanan alaktan mahsup edilmelidir.” Yargıtay 22. HD 19.1.2016 tarihli, 2014/26998 E., 2016/1091 sayılı kararı (ÇT 2016/4 S:51).

doğurmayacaktır²⁰¹. Yine yukarıda anlatıldığı üzere bordroda ücretin gerçek ücretten daha düşük gösterildiği durumlarda²⁰² imzalı bordroda fazla çalışma (ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde çalışma) tahakkuku bulunması yalnız fazla çalışma saati (aynı zamanda ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde çalışma saati) bakımından bağlayıcı olacak, miktar eksik ücretten hesaplandığı için ödenmiş olsa dahi eksik ödendiği kabul edilecektir. Yargıtay’ın bordrolarda bulunan tahakkukların altında imzaların bulunmasına ilişkin kararlarının kötünietli kullanımı, yani bordro hilesi gibi davranışlar saptandığında, imzalı dahi olsa bordrolar bağlayıcı olmayacaktır; özellikle sembolik tahakkukların her ay yansıtıldığının ispatlanması durumunda bu bordroların imzalı olmasına ispat hukuku bakımından değeri verilmeyerek fazlasının tanıkla ispatı mümkün olacaktır²⁰³.

Fazla çalışmanın, fazla sürelerle çalışmanın, ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışmalarda Yargıtay tarafından iş hukukuna özel kavramlar nezdinde somutlaştırılan ve kararlara bağlanan ispat hukuku kurallarının medeni usul hukuku bağlamında değeriendirilmesinin yapılması gerekirse, yukarıda da açıklandığı üzere temel kural olarak, fazla çalışma vakıaları (aynı zamanda ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde çalışma) olgusal bir husustur. Yani çalışma süresinin ispatı iddia eden bakımından “*hukuki filin*” ispatıdır. Bu sebeple tanık ile ispata da genel ispat hukuku kuralları gereği elverişlidir²⁰⁴. Yargıtay’ın yerleşik kararlarında yine yukarıda anlatılan imzalı bordro karşısında, bordroda görünen ücret miktarı dışında saat tahakkuku bakımından fazla çalışma süresinin imza ile bağlayıcı hale gelmesi ve yine imzalı

²⁰¹Kar, a.g.k., 2019, s. 609.

²⁰²Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

²⁰³“İş Hukuku, işçi haklarının korunması noktasında sürekli ileriye dönük ve gelişimci bir karaktere sahiptir. Değişen çalışma koşulları ve ekonomik göstergelere göre yeni kurallara ihtiyaç duyulsa ve esnekleşme çabaları İş Hukukunun diğer bir yönü olsa da, işçinin korunması temel amaç olarak varlığını hissettirir. Yasal bir hakkın kötüye kullanımının dahi korunmadığı bir hukuk düzeninde, içtihat birliğinin sağlanması temel amacına yönelik olarak Dairemizce ilkeye bağlanan hususların kötüye kullanılamayacağı açıktır. İşçinin çalışmaları karşılığı tam olarak bordroda gösterilmediği halde tahakkuk belgesinde imzası alınmak suretiyle haklarının ortadan kaldırılması kabul edilebilir bir durum değildir.” Yargıtay 9. HD 31.03.2009 tarihli, 2008/12950 E., 2009/8944 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 1.5.2021).

²⁰⁴Kuru, *Usul C.II*, 1980, 1601 vd.

puantaj kayıtlarının varlığında daha fazla çalışmanın tanıkla ispatlanamaması ise ilgili kararlarda ispat hukuku bakımından ilgili hususlar açıklanmadan gerekçelendirilmiştir. Hâlbuki HMK'nın senede karşı tanıkla ispat yasağını düzenleyen 201. maddesi kapsamını “*hukuki işlemler*” ile sınırlı tutmuştur:

“Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.”.

Yani “*hukuki fiiller*” için senede karşı tanıkla ispat yasağı yoktur²⁰⁵. Bu durumda çalışma gün ve saatlerinin ispatı bakımından tanıkla ispatı engelleyen usul kuralı da bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bordro ve puantaja imza atılması sonrası; ilgili belgeleri senet olarak değerlendirdiği ve bu belgelere “*hukuki işlem*” değeri atfederek artık çalışma gün ve saatlerini ispat faaliyetini bu belgelere karşı girişilen bir ispat faaliyeti olarak değerlendirdiği varsayımında ise bunun ispat hukuku bakımından temellendirilmiş bir gerekçe olacağı söylenebilir. Ancak bu gerekçenin yine yerleşik içtihatlarla çelişkilerinden söz edilebilecektir. Örneğin Yargıtay'ın iş ve sosyal güvenlik hukuku davalarının temyiz incelemelerini yapan tüm dairelerinin yerleşik içtihatları uyarınca; bordro imzalı da olsa bordroda görünen ücret bakımından elden ödeme iddiası öne sürülebilirken, yani imza ücret miktarı bakımından, ülkedeki yaygın uygulama gerekçesiyle aynı kurala tabi olmazken, fazla çalışma süresi bakımından da aynı gerekçelerle bu sürelerin kâğıt üzerinde eksik gösterilerek işçiden imza alınmasının aynı şekilde mümkün olduğu söylenebilir. Doktrinde bir görüşe göre iş yargılamasında tarafların eşitsiz durumu, tüm belgelerin bir tarafta olması, iş mevzuatındaki özel düzenlemeler (İş Kanunu m. 32 ve 37 ile TBK m. 401) gözetildiğinde; bordroya sırf imzalandı diye HMK uyarınca senet vasfı addedilemez²⁰⁶. Bu sebeple içtihadı kesin bir kural haline getirmemek gerektiği, dosyadaki tüm deliller ve tanık beyanları gözetilerek işyerinin durumunun, kural dışılıkların ne derece yoğun olduğunun gözetilmesi gerektiği öne sürülebilir. İmzanın bağlayıcı olup olmayacağı hususunda özellikle tanık beyanlarının birbirleriyle tutarlı olması ve imzalanan puantaj ve bordrodan çok farklı

²⁰⁵Kuru, *Usul C.II*, 1980, 1674.

²⁰⁶Kar, a.g.k., 2019, s. 678-679.

olması durumlarına göre mahkeme tarafından takdir ve tayini her somut olaya göre yapılmalıdır²⁰⁷.

Günlük çalışma süreleri bakımından özel kanun olan İş Kanunu'nun iş ilişkisinin taraflarına yüklediği yükümlülükler de ispat yükü açısından belirleyici kanun hükümleridir. İş Kanunu m. 67 işverene günlük çalışma süreleri konusunda kayıt tutma yükümlülüğü getirmiştir: *“Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur. İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir”*. Doktrinde vurgulandığı üzere kanun hükmü, fazla çalışma yapıldığına veya ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışmaya dair ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmasa da işverenin imzalı kayıt sunamaması durumunda; işverenin kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle, işçi ve işveren tanıkları çalışma süreleri bakımından çeliştiğinde işçi tanıklarının beyanına göre fazla çalışma (aynı zamanda ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde çalışma) yapılıp yapılmadığı değerlendirilecektir²⁰⁸. Burada işçinin tanıklarıyla iddiasını ispat etmesi noktasında, işverenin fazla (aynı zamanda ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatilinde) çalışma hususunda ispat yükü üzerinde olmamasına karşın kayıtlarını sunması veya tanık dinletmesi karşı ispat faaliyetidir. Özel kanunla sözleşmenin bir tarafına yükümlülük getirilmiş olduğu gözetildiğinde yükümlülüğün doğal sonucu olarak, uyuşmazlık çıktığında kanuni yükümlülüğüne aykırı davranan taraf aleyhine ispat değerlendirilmesi yapılarak kanuni yükümlülük çerçevesinde karşı ispat faaliyeti beklenmesi kanımızca yerindedir.

²⁰⁷Kar, a.g.k., 2019, s. 616.

²⁰⁸Ş. Çil (2018). İş Hukukunda Çalışma ve Dinlenme Süreleri Tebliği, *Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri*, İstanbul, s. 55; Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, 2020, s. 149. Aynı yönde: *“Yargıtay kararlarında da belirtilmiş olduğu gibi, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir.”* Yargıtay 22. HD 30.10.2017 tarihli, 2017/8927 E., 2017/23475 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 18.3.2021).

1.1.2.5. Fazla çalışmanın, hafta tatili ve UBGY çalışmalarının bilirkişi incelemesine elverişliliği

Fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının karşılığının hesaplanması, iş davalarındaki hesaplamalar arasında en karmaşık olan hesaplamalardır. Fazla çalışma ücretinin hesaplanabilmesi için, tüm bordrolar tek tek incelenerek dönem ücretinin tespiti, sadece son ücret tespit edilebilmişse (işverenin kayıt tutma yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu) asgari ücrete oranı üzerinden hesaplama yapılacak dönemlerin ücretine ulaşmak, her dönem için saat ücretini tespit etmek, yıllık 270 saat fazla mesainin ücrete dâhil olduğu iş sözleşmesi hükmü mevcutsa fazla mesai ücretinden arındırılmış aylık ücreti tespit etmek, bordro ve banka kayıtları ile tespit edilen ödemelerin ve dönemlerin dışlanması, talebin net ücret olması halinde kademeli gelir vergisi, damga vergisi ve tavan dikkate alınarak SGK primi, işsizlik sigortası primi kesintisi yapmak gibi uzun ve meşakkatli bir süreç gerekmektedir. Aynı şey benzer nitelikteki hafta tatili ücreti ve UBGY ücreti alacakları için de geçerlidir.

Fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının karşılığının hesaplanması bir yandan uzun süre dosya ve deliller üzerinde çalışmayı gerektirmekte, bir yandan da bu hesaplamalar için teknik bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Hâkimlerin iş yükü, derdest dosyaların önemli bir bölümünü dava yığılması şeklinde açılan birden çok alacak talepli davalarının oluşturması ve fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti taleplerini de içermesi karşısında fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının talep edildiği tüm davalarda bilirkişiye başvurulmaktadır.

Fazla çalışmanın nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının hesaplanması için bilirkişiye başvurma'nın gerekli olduğunu, bu hesabın teknik bilgi gerektirdiği görüşünü güçlendirmektedir²⁰⁹. Bu konuda yukarıdaki açıklamalarımızı

²⁰⁹ “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının fesih tarihindeki aylık net ücretinin 1.050 TL, çıplak brüt ücretinin 1.466,69 TL ve giydirilmiş brüt ücretinin 1.677,69 TL olduğu belirtilmiştir. Ücrete dair yapılan bu tespit isabetlidir.

Ancak bilirkişi raporunda, fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili ücretleri, hak kazanılan dönemlere ait aylık net asgari ücret üzerinden, saat ücreti güncellenmeden (katsayı ile çarpılmadan) hesaplanmıştır ki hatalıdır.

Çünkü, davacının fesih tarihindeki ücreti bilinmekle birlikte, dosyada davacının geçmiş dönem ücretlerini gösterir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili ücretleri fesih tarihindeki ücret üzerinden değil, hak kazanılan döneme ait çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanır. Bu durumda, fesih tarihindeki çıplak brüt ücret yine fesih tarihindeki brüt asgari ücrete oranlanmalı (bölünmeli) ve bir kat sayı tespit edilmeli, hak kazanılan dönemlere ait brüt asgari ücret 225'e bölünerek, davacının saat ücreti belirlenmeli, bulunan bu saat ücreti ile kat sayı çarpılarak dönem ücretleri güncellenmelidir.

Konuyu bir örnekle izaha çalışalım, fesih tarihinin 01/01/2012 olduğunu, işçinin fesih tarihindeki çıplak brüt ücretinin 1.500 TL olduğunu, davacının geçmiş dönem ücretlerinin bilinmediğini, davacının haftada 6 saat fazla çalışma yaptığını kabul edelim. 01/12/2010-31/12/2010 tarihleri arası bir aylık dönem için fazla çalışma ücretinin hesaplandığını varsayalım.

Fesih tarihindeki aylık brüt asgari ücret 886,50 TL'dir. Buna göre, fesih tarihindeki çıplak brüt ücret, yine fesih tarihindeki brüt asgari ücretin $(1.500 \text{ TL} / 886,50 \text{ TL} =) 1,6920$ katıdır (katsayı).

01/12/2010-31/12/2010 tarihleri arası bir aylık dönem için hesaplamaya esas brüt asgari ücret 760,50 TL'dir. Bu dönemde davacının saat ücreti $(760,50 \text{ TL} / 225 =) 3,38 \text{ TL}$ 'dir.

Dönemin saat ücretini kat sayı ile güncellediğimizde; $3,38 \text{ TL} \times 1,6920 = 5,7189 \text{ TL}$ bulunur ki bu davacının güncellenmiş dönem saat ücretidir. (Güncellenmiş saat ücreti için formül: Saat ücreti = Dönemin aylık brüt asgari ücreti / sabit sayı (225) x katsayı)

[Sabit sayı (225) şöyle bulunur: Kural olarak bir işçi günlük 7,5 saat çalışmaktadır. Bir ay 30 gün olduğuna göre $= 30 \times 7,5 = 225$...Çıplak brüt ücretin 225'e bölünmesi demek, çıplak brüt ücretin önce 30'a sonra ise 7,5'a bölünmesi demektir.]

01/12/2010-31/12/2010 tarihleri arasında, 31 gün çalışıldığına göre, bu dönemde çalışılan hafta sayısı $(31 / 7 =) 4,42$ 'dir.

Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir hükmü gereği;

Fazla çalışma ücreti = güncellenmiş saat ücreti x 1,5 x çalışılan hafta sayısı x haftalık fazla çalışma süresi

[Not; Formüldeki 1,5 sayısı $= \% 50 = 50/100 = 0,5$ (normal saat ücretinin yarısı)

Bir saatlik fazla çalışma ücreti = Normal saat ücreti + Normal saat ücretinin yarısı

Normal saat ücreti örneğin 6 TL ise bunun yarısı 3 TL'dir. İşçi bir saat fazla çalışma yaptığında $= 6 \text{ TL} + 3 \text{ TL} = 9 \text{ TL}$ 'na hak kazanır. Bu 9 TL matematiksel olarak, normal saat ücretinin 1,5 ile çarpımı sonucu da bulunabilir. Buna göre; $6 \text{ TL} \times 1,5 = 9 \text{ TL}$...Onun için formülde, 1,5 sayısı vardır]

Fazla çalışma ücreti = $5,7189 \text{ TL} \times 1,5 \times 4,42 \times 6 \text{ saat} = \text{Brüt} = 227,49 \text{ TL}$ 'dir.

Davacı fazla çalışma ücretini net miktar olarak talep etmiş ise, yukarıda hesaplanan brüt 227,49 TL fazla çalışma ücretinden önce % 14 oranında SGK işçi payı ve %1 oranında işsizlik sigortası primi

tekrarla esasen ihtisas alanında tecrübeli ve eğitimli bir hâkimin bu hesabı yapabileceği, ancak usul ekonomisi açısından değerlendirildiğinde bunun zorunlu tutulamayacağı yönündeki değerlendirme kanımızca somut gerçekliğe uygun düşmektedir²¹⁰. Nitekim Yargıtay da kararlarında hesap hatalarının düzeltilmesi için “yeniden bilirkişi raporu alınması” şeklinde bozma kararları vermektedir²¹¹.

kesintisi yapılarak gelir vergisi matrahı bulunur, bulunan matrah üzerinden % 15 oranında gelir vergisi kesintisi yapılır ayrıca brüt 227,49 TL üzerinden (hesaplama tarihi itibarıyla) binde 7,59 oranında damga vergisi kesintisi yapılır, tüm kesintiler toplanır ve 227,49 TL'den çıkartılarak net rakama ulaşılır.Buna göre;

SGK işçi payı (% 14) = 227,49 TL x 14/100 = 31,84 TL

İşsizlik sigortası primi (% 1) = 227,49 x 1/100 =2,27 TL

Gelir vergisi matrahı = 227,49 TL – 34,11 = 193,38 TL

Gelir vergisi (% 15) = 193,38 x 15/100 = 29 TL

Damga vergisi (binde 7,59) = 227,49 TL x 7,59 /1000 = 1,72 TL

Kesintiler Toplamı = 64,83 TL

Net fazla çalışma ücreti = 227,49 TL – 64,83 TL = 162,66 TL...

Bu tespitler kapsamında, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili ücretlerinin hatalı hesaplandığı anlaşılmış olup hatalı bu rapora itibarla hüküm kurulması isabetsizdir.” Yargıtay 9. HD 24.2.2016 tarihli, 2014/30839 E., 2016/3851 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 20.5.2021).

²¹⁰Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

²¹¹“Mahkemece, hükme esas alınan hesap uzmanı bilirkişi raporunda, yıllık ikiyüzyetmiş saat fazla mesainin ücrete dahil olduğu kabul edilerek ve bozma ilamı uyarınca tahakkuk bulunan aylar dışlanmak suretiyle hesaplama yapılmış ise de, fazla mesai hesabında puantaj kayıtları esas alınarak belirlenen çalışma saatlerinde ara dinlenmeler düşülmemiştir. Ayrıca bodrolarda düzenli olarak tahakkuk ettirilen ve dosya kapsamından ödendiği anlaşılan nöbet ücretlerinin varlığına rağmen, nöbet tutulan saatlerin fazla mesai hesabında yeniden değerlendirilmesi hatalıdır. Mahkemece, bilirkişiden belirtilen hususlar gözönüne alınarak yeniden rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.” Yargıtay 22. HD 26.1.2016 tarihli, 2015/35051 E., 2016/2067 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 27.12.2019); “Davacıya ait çalışma çizelgeleri getirtildikten sonra tüm deliller yeniden değerlendirmeye tabi tutularak gerekirse yeniden bilirkişi aracılığıyla davacının fazla mesai alacağına hak kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir.” Yargıtay 22. HD 23.3.2015 tarihli, 2014/25516 E., 2015/11114 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 27.12.2019); “Mahkemece yapılacak iş PDKS kayıtlarında, toplam haftalık ... süresinin haftalık 45 saatin altında olan dönemler için şimdiki gibi gece ... miktarı esas alınarak fazla ... hesaplattırılmalı, toplam haftalık ... süresinin haftalık 45 saatin üstünde olduğu dönemler yönünden ise, davacının lehine olacak şekilde fazla miktarlı olan hangisi ise ona göre gece veya haftalık ... esasına göre hesaplama yaptırılıp, usuli kazanılmış haklarda

HMK m. 266'daki ve BilK m. 3'teki düzenleme açısından değerlendirildiğinde de adı geçen işçilik alacaklarının UYAP'a entegre sistem yardımıyla da çözülmesi mümkün olmadığından; nitelikli hesaplamada uzman bir memur da olmadığından; fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının hesaplanması için bilirkişiye başvurulması makul bir uygulama olmakla birlikte; bordrolarda, ücrette, serbest zaman ve denkleştirmede ihtilaf olduğu durumlarda bilirkişilerin ücret miktarını tespit edip tek bir hesap yapması üzeri örtülü hukuki görüş bildirmek anlamına gelebileceğinden her zaman doğru değildir. Farklı şekilde yorumlanabilecek deliller varsa, elbette bilirkişi de rapor hazırlarken delil değerlendirmesi yapmak durumunda kalacağından, diğer yorumların da gelebileceğini gözetmeli ve belli başlı ihtimalleri gözeterek gerekirse seçenekli hesaplamalar yapmalıdır²¹². Örneğin bir tanığın aynı işçilik alacağıyla ilgili aynı davalıya karşı derdest davasının olması durumunda, bu tanığın beyanlarını esas alarak hüküm kurulup kurulmayacağı hukuki bir değerlendirmedir ve hâkimin yapması gereken bir altlama faaliyetidir. Bu örnekte

gözetilerek oluşacak sonuca göre karar vermektir.” Yargıtay 9. HD 2.7.2018 tarihli, 2016/33057 E., 2018/14292 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.12.2019); *“Mahkemece yapılacak iş 3 numaralı bozma kararı doğrultusunda hesaplamayı yeniden yaptırmak, % 30 oranında takdiri indirim uygulayarak faize yönelik 1 numaralı bentteki açıklama gözden kaçırılmadan, davalının usuli kazanılmış hakları gözetilerek yeniden bir karar vermektir.”* Yargıtay 9. HD 2.10.2019 tarihli, 2017/12068 E., 2019/17185 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.12.2019).

²¹²Yargıtay'ın bir ilamına yansıyan kararda, ulusal bayram ve genel tatil ücretinin ödenip ödenmediği hususunda ihtilaf olup, bilirkişi tarafından bordroların niteliğine ilişkin hukuki değerlendirmeye girilmeyerek seçenekli hesaplama yapılmıştır. Yargıtay bozma ilamında mahkemenin hükme esas aldığı seçeneğe değil diğer seçeneğe göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu sayede bozma sonrası ek rapor alınmasına gerek kalmamış, bilirkişinin seçenekli hesaplama yapması usul ekonomisine hizmet etmiştir: *“Davacı ulusal bayram ve genel tatillerde çalıştığını ancak bunun karşılığının ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı ise davacının ulusal bayram ve genel tatillerde çalışması durumunda ücretinin ödendiğini savunmuş ve dosyaya bir kısım bordrolar ile ödemelerin banka yoluyla yapıldığına ilişkin belgeler sunmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu alacağın hiç ödenmediği şeklinde ve bu alacağın ödendiğinin görüldüğü aylar dışlanmak suretiyle iki seçenekli hesap yapılmış mahkemece ilk seçeneğe göre karar verilmiştir. Dosyaya sunulan bordrolar imzasız olmakla birlikte ödemelerin banka yoluyla yapıldığı bu nedenle davacıya adı geçen alacağın tahakkuk ettirildiği dönemler dışlanmak suretiyle yapılan hesaba itibar edilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.”* Yargıtay 9. HD 13.1.2016 tarihli, 2014/26819 E., 2016/571 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 12.1.2020).

bilirkişinin örtülü de olsa kendi yorumunu dayatmamak adına seçenekli hesaplama yapması doğrudur. Bu durumda en uygun çözüm yukarıda anlatılanla da uyumlu olmak üzere alacak kalemlerini taraf iddia ve taleplerini de gözeterek seçenekli olarak hesaplamak ve takdiri hâkime bırakmaktır²¹³.

Hukuki görüş bildirme yasağının uygulamada Yargıtay içtihatlarına yansıyan tipik bir örneği karineye dayalı indirimde yaşanmaktadır. Fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarında, bu alacakların uzun süreler için hesaplanması, ortalama tanık beyanlarına göre hesaplanması ve miktarının yüksek çıkması halinde, bu konuda kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen hakkaniyet gözetilerek Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği; işçinin çalışma dönemi boyunca saptanan ortama sürelerde her zaman çalışmadığı, kimi zaman mazeret izni kullanabileceği, kimi zaman ise örneğin fazla çalışmaya katılmamış olabileceği yönünde karine kabul edilerek, karineye dayalı indirim yapılmaktadır²¹⁴. Hukuk Genel

²¹³Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

²¹⁴“Hemen belirtelim ki, fazla çalışma alacağından indirim yapılması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu uygulama Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile benimsenmiştir. Yargıtay kararlarında istikrarlı olarak işçinin uzun süre aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı, işçinin izinli, mazeretli ve tatil günlerinde dinlenme hakkını kullanmadan yıllarca sürekli çalıştığının düşünülmemeyeceği göz önüne alınarak hüküm altına alınan fazla çalışma alacağından dosya içeriğine uygun bir indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Aksine bir kabul yani “takdiri indirim” adı altında indirim oranının tamamen mahkemece takdir edilmesi gerektiği düşüncesi, uygulama ile varılmak istenen amaç ile bağdaşmayacağı gibi işçinin hakkına ulaşamaması tehlikesine de yol açabilecektir. İşçinin, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izinli, mazeret izinli vs. sebeple çalışmadığı günler yılın yaklaşık olarak 1/3'üne tekabül ettiğinden kural olarak yapılacak indirimde bu oranın esas alınması isabetli olacaktır. Ancak işçinin hesaplanan fazla çalışma ve tatil çalışmalarında yıllık izin, mazeret izni ve tatil günleri dikkate alınmış ise indirimin daha az oranda yapılması gerekecektir. Açıklanan nedenlerle fazla çalışma alacağından yapılacak indirimin “hakkaniyet indirimi” ya da “takdiri indirim” olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. İndirim, işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı karinesine dayalı olduğundan “karineye dayalı makul bir indirim” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır. Hukuk Genel Kurulunun 06.12.2017 gün ve 2015/9-2698 E.-2017/1557 K., 17.01.2018 gün ve 2015/9 (7)-907 E.-2018/23 K. ve 07.02.2018 gün ve 2015/9-3555 E.-2018/84 K. sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir. O hâlde fazla çalışmaların yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delillere değil, tanık anlatımına dayalı olması durumunda mahkemece, indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırıldığına ilişkin kabulün hayatın olağan akışına ve

Kurulu'nun anılan kararında, fazla çalışma alacağından yapılacak indirimin uygulamada zaman zaman rastlandığı üzere “*hakkanîyet indirimi*” ya da “*takdiri indirim*” olarak nitelendirilmesi doğru olmayacağı, indirimin, işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı karinesine dayalı olduğundan “*karineye dayalı makul bir indirim*” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı sonucuna varıldığı belirtilmiştir. Yargıtay’a göre bir kısım araç sistem kayıt verileri bulunduğu, fazla çalışmanın yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilemez²¹⁵.

Uygulamada, hâkimlik mesleğinin gereği olan takdiri bir konu olmasına karşın karineye dayalı indirimin dahi bilirkişilerce hesaplandığı raporlara rastlanmaktadır.

insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, doğum, ölüm, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği, iş yerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılamayacağı; işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığının düşünülmemeyeceği karinesi göz önünde tutularak, hesaplanan tatil ve fazla çalışma alacaklarından makul bir indirim yapılması gerektiği hususu değerlendirilmelidir. Nitekim fazla çalışma iddiasının takdiri delil ile kanıtlanması durumunda indirim yapılması gerekeceği hususu Hukuk Genel Kurulunun 04.02.2009 gün ve 2009/9-2 E.- 2009/48 K.; 04.11.2009 gün ve 2009/9-419 E.- 2009/475 K.; 05.05.2010 gün ve 2010/9-239 E.- 2010/247 K.; 06.04.2011 gün ve 2010/9-748 E.- 2011/60 K.; 27.04.2011 gün ve 2011/9-41 E.- 2011/237 K.; 14.11.2012 gün ve 2012/9-844 E.- 2012/794 K.; 19.06.2013 gün ve 2012/9-1685 E.- 2013/852 K.; 30.10.2013 gün ve 2013/9-254 E.- 2013/1504 K. ve 29.01.2016 gün ve 2015/22-1616 E.- 2016/28 K. sayılı kararlarında da aynen benimsenmiştir.

...

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanıkları ile davalı tanığının beyanı doğrultusunda davacının haftanın altı günü 07.30-22.00 saatleri arasında günlük birbuçuk saat ara dinlenme kullanmak sureti ile çalıştığı ve haftalık yirmiyedi (27) saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek 01.01.2003-21.07.2012 tarihleri arasındaki dönem için fazla çalışma ücreti hesaplanmış, Mahkemece 1/4 oranında karineye dayalı indirim yapılarak alacak hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, hesap döneminin uzunluğu, ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının ve yıllık izin günlerinin dışlanmamış olması dikkate alındığında, yukarıda belirtilen emsal Hukuk Genel Kurulu kararları doğrultusunda fazla çalışma ücretinden 1/3'ünden az olmamak üzere karineye dayalı indirim yapılması gerekir.” Yargıtay HGK 12.12.2018 tarihli, 2015/22-2360 E., 2018/1904 sayılı kararı (<https://calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-5876-85ef4503.pdf> Erişim: 20.5.2021).

²¹⁵Yargıtay 22. HD 06.03.2017 tarihli, 2017/5961 E., 2017/4647 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 20.5.2021).

Doktrinde hâkimlik mesleğinin gereği ve bizzat hâkimin görevi olan konularda bilirkişi raporu alınması eleştirilmektedir²¹⁶. Yargıtay da hâkimin kendi takdirinde olan takdiri indirimi bilirkişinin uygulamasının hatalı olduğunu belirtmiştir²¹⁷. Bu da uygulamada bazı bilirkişilerin ilgili alacak kalemleri bakımından hukuki nitelenmeye girdiği tipik bir örnektir.

1.2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı İşçilik Alacakları

1.2.1. Kıdem tazminatı ve bilirkişilik

İş akdinin sona ermesi ile gündeme gelebilecek işçilik alacaklarının bir kısmı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıdır.

Kıdem tazminatı, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesi ile düzenlenen, kanunda belirtilen nedenlerle işçinin iş akdinin son bulması halinde yine kanunda belirtilen asgari çalışma süresinin işçi tarafından yerine getirilmiş olması halinde, işçinin kıdemi ve ücreti göz önünde bulundurularak kendisine veya mirasçılarına işverence ödenen bir miktar parayı ifade eder²¹⁸. Belirtildiği gibi kıdem tazminatı iş akdinin her sona erme halinde değil, kanunda belirtilen durumlarda ve yine kanunda belirtilen kıdeme sahip olan işçilere, kıdemleri ve son ücretleri gözetilerek ödenir²¹⁹.

Kıdem tazminatının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar bunun ileriye bırakılmış ücret olduğunu, kimi yazarlar ikramiye veya tazminat olduğunu savunmaktadır; kimi yazarlar ise işçinin işyerine bağlılığının bir karşılığı olduğunu ileri

²¹⁶Canbolat, *Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi*, 2016, s. 265,266.

²¹⁷“Öncelikle bilirkişinin hakim takdirinde olan takdiri indirimi kendisinin uygulaması hatalıdır. Takdiri indirimi hakim kendisi hesaplamalıdır.” Yargıtay 9. HD 14.12.2017 tarihli, 2017/7330 E., 2017/21382 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 20.5.2021). Aynı yönde: Yargıtay 9. HD 2.10.2019 tarihli, 2017/12068 E., 2019/17185 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.12.2019).

²¹⁸Ü. Narmanlıoğlu (1973). *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 4; E. Akyiğit (2010). *Kıdem Tazminatı*, Ankara: Seçkin, s. 27.

²¹⁹Süzek, a.g.k., 2019, s. 726.

sürmektedir²²⁰. Kimi yazarlar ise kıdem tazminatının sayılan bu kategorilerden hiçbirine tam olarak uymadığını, kanundan doğan kendine özgü bir kurum olduğunu savunmaktadır²²¹. Kanunun ilgili maddesinin çokça değişikliğe uğramış olması ve değişiklik gerekçelerinin birbiriyle tutarsız gerekçeler içermesi, hukuki niteleme konusunda bir kategoriye doğrudan dâhil edememe yönündeki görüşe haklılık kazandırmaktadır²²².

Kıdem tazminatına hak kazanmanın ilk koşulu işyerinde bir yıllık kıdeme sahip olmaktır. İşçilerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Ancak bu hükümden işçinin faydalanabilmesi için her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanır şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir²²³. Asgari bir yıllık kıdem süresi nispi emredici bir hüküm olmakla, işçi lehine olmak kaydıyla bu süre iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle kısaltılabilir²²⁴. Kıdem tazminatına hak kazanmanın diğer koşulları temel olarak mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesinde sayılan nedenlerle iş akdinin sona

²²⁰Kıdem tazminatının niteliği konusunda detaylı bilgi için bkz . F. H. Saymen (1954). *Türk İş Hukuku*, İstanbul: Hak Kitabevi, s. 590-592; M. Ekonomi (1987). *İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku*, İstanbul: İTÜ, s. 229-231; T. Esener (1978). *İş Hukuku*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 244-246; K. Tunçomağ, T. Centel (2013). *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul: Beta, s. 232; B. Ergin (1989). *Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar*, İstanbul: Filiz, s. 29; H. Mollamahmutoğlu, M. Astarlı, U. Baysal (2014). *İş Hukuku*, Ankara: Turhan, s. 1100.

²²¹Süzek, a.g.k., 2019, s. 727; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 491-492; M. Çenberci (1978). *İş Kanunu Şerhi*, Ankara: Olgaç Matbaası, s. 382; Narmanlıoğlu, *Kıdem Tazminatı*, 1973, s. 337; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 2010, s. 33; S. Başterzi (1995). *Kıdem Tazminatı-İşsizlik Sigortası İlişkisi*, AÜHFD, 44, s. 315-321; S. Başterzi (1996). *İşsizlik Sigortası*, Ankara: AÜHF Yayınları, s. 208.

²²²Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 491-492.

²²³Yargıtay 22. HD 20.1.2020 tarihli 2016/28518 E., 2020/650 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 6.5.2020).

²²⁴“Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma koşulu, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, toplu ya da bireysel iş sözleşmeleriyle, en az bir yıl çalışma süresi işçi lehine azaltılabilecektir.” Yargıtay 9. HD 24.2.2016 tarihli 2014/30839 E., 2016/3851 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 6.5.2020).

ermiş olmasıdır²²⁵. İşçinin ölümü halinde de iş akdi kıdem tazminatına hak kazanılarak sona ermiş olur. İkale ve infisah durumlarında kıdem tazminatına hak kazanılmaz²²⁶. İş akdinin işveren tarafından feshi hallerinde, İş Kanunu m. 25/II yani işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışı olarak sayılanlar dışındaki sebeplerle fesih gerçekleştirildiğinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Bunun yanında işçinin emeklilik için gerekli prim gün sayısını doldurması sebebiyle, muvazzaf askerliği sebebiyle, kadın işçinin evlilikten itibaren bir yıl içinde evliliği sebebiyle ve işçinin İş Kanunu m. 24 uyarınca haklı feshinde kıdem tazminatına hak kazanılır. İşçi istifa etmesi durumunda, bu durum kanunda kıdem tazminatına hak kazandıran sebep olarak sayılmadığından, kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Kıdem tazminatını düzenleyen kanun hükmü nispi emredici bir nitelik taşıdığından işçi lehine olmak kaydıyla iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle kazanma şartları değiştirilebilir, normalde kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir fesih hali kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih hali olarak kararlaştırılabilir²²⁷.

Kıdem tazminatının hesabı yapılırken, işyerinde geçirilen kıdem süresi, işçinin ücreti, ücrete ek olarak ayni ve nakdi olarak yapılan sosyal yardım ve diğer süreklilik arz eden ödemeler yani kanunda geçen deyimle “işçiye sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de” ve ayrıca kıdem tazminatı tavanı dikkate alınacaktır²²⁸:

²²⁵Kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, *Kıdem Tazminatı*, 1973, s. 4 vd; Akyiğit, *Kıdem Tazminatı*, 2010, s. 27 vd.

²²⁶Süzek, a.g.k., 2019, s. 728.

²²⁷Süzek, a.g.k., 2019, s. 729.

²²⁸Yargıtay’a göre tavan uygulaması mutlak emredici hükümdür, aksi bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmaz: “Dairemizce de kıdem tazminatı tavanının yasa da emredici şekilde düzenlendiği ve işçi yararına olsa da tavanı arttıran ya da tümüyle ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır.” Yargıtay 7. HD 13.2.2014 tarihli, 2013/16781 E., 2014/3765 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 6.5.2020). Aynı yönde: Yargıtay 9. HD 16.3.2011 tarihli, 2010/32411 E., 2011/7248 sayılı kararı (ÇT 2011/4 S:31). Doktrindeki görüş de Yargıtay’ın anılan görüşüne paraleldir: E. Akyiğit (2008). *İş Kanunu Şerhi C.2*, Ankara: Seçkin, s.2486; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 316; F. Şahlanan (2008). Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, *Sicil Dergisi*, 12, s. 44.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan m. 14/13: "... kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26 ncı maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur."

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan m. 14/15: "Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez."

Yine kanuna göre işçi lehine nispi emredici bir hüküm olmak üzere (Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan m. 14/14: "Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir."), aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış ise işyerinde geçirdiği her yıl için 30 günlük ücret tutarında ücret işçiye kıdem tazminatı olarak ödenir. Bir yıldan artan süreler için oranlamak suretiyle ödeme yapılacağı da aynı maddede düzenleme altına alınmıştır. Yine kanuni düzenleme uyarınca kıdem tazminatı işçinin son ücreti üzerinden hesaplanır ve yukarıda bahsedilen kıdem tazminatı tavanı burada dikkate alınır. Ücretin parça başı, akort, götürü usulü veya yüzde şeklinde ödendiği durumlarda son bir yıl içinde ödenen ücretin o yıl çalışılan günlere bölünmesi suretiyle son ücret bulunur:

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan m. 14/11: "Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur."

İşçinin ücretine son bir yıl içinde zam yapılmışsa yalnız son zam yapılan dönemde alınan toplam ücret o dönem çalışılan güne bölünerek işçinin son ücreti saptanır:

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan m. 14/12: "Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır."

Yukarıda belirtildiği üzere kanun uyarınca kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında temel ücrete "işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün olan

akdi be kanundan doğan menfaatler de” ekleneceğinden, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamasından doğan²²⁹ prim, ikramiye, çocuk yardımı, eğitim yardımı, aile yardımı, giyim yardımı²³⁰, yakacak yardımı, konut yardımı, yol ve yemek yardımları gibi her ne adla olursa olsun yapılan para ve parayla ölçülebilecek tüm yardımların bir günlük tutarı bulunarak bir günlük temel ücrete eklenir. İşyerinde prim uygulaması olması durumunda, prim ödemelerinin süreklilik arz etmesi halinde²³¹ son bir yılda alınan primlerin 365’e bölünmek suretiyle günlük miktarının bulunarak hesaba dâhil edilmesi gerekir²³². Kıdem süresi bakımından ise kanunun aynı maddesinde düzenleme bulunmaktadır:

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan m. 14/3: *“İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı*

²²⁹Yargıtay, sözleşmede olmasa da işyeri uygulaması ile bu tür hakların doğabileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay 22. HD 28.5.2019 tarihli, 2016/13967 E., 2019/11943 sayılı kararı (Kazancı. Erişim:7.5.2020); Yargıtay 22. HD 9.12.2019 tarihli, 2017/25836 E., 2019/22761 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 7.5.2020).

²³⁰İşçiye iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı uyarınca sağlanan iş elbisesi, iş ayakkabısı, maske, eldiven gibi yardımlar bu kapsamda sayılmaz. Yalnız sosyal yardım kapsamında olan giyim yardımları bu kapsamdadır. (Ekonomi, *İş Hukuku*, 1987, s.236; M. Cuhruk (1978). *Kıdem Tazminatı ve Uygulaması*, Ankara: Yarıaçık Cezaevi Matbaası, s. 61.) Aynı yönde: Yargıtay HGK 3.3.2004 tarihli, 2004/9-86 E., 2004/124 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 8.5.2020).

²³¹“Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde iş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır, işçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.” Yargıtay 9. HD 15.6.2010 tarihli, 2008/32256 E., 2010/19009 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.5.2020); Aynı yönde: E. Güven, U. Aydın (2020). *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir ve İstanbul: Nisan, s. 399.

²³²“Somut olayda, her ay ödenen prim miktarı değişiklik göstermektedir. Bu durumda son bir yıl içerisinde ödenen toplam prim miktarı 365 e bölünerek bir güne isabet eden miktarı giydirilmiş ücrete yansıtılarak ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanması gerekirken, ödenen yüksek miktarlı son prim esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesaplayan bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9.HD 28.5.2009 tarihli, 2008/1635 E., 2009/14798 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 2.2.2021).

işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur.”

İşyeri devri halinde kıdem süresinin devir olgusundan öncesi ve sonrası birleştirilerek hesaplanacağı açıktır. İş akdinin bir işverenin aynı ya da farklı işyerlerinde aralıksız ya da fasılalarla devam etmesi durumunda da kanun uyarınca bunlar toplanarak işçinin kıdemi hesaplanır. Ancak bu düzenlemede bazı hususlar içtihatlarla şekillenmiştir. Yargıtay’a göre işçinin bir işverenin aynı ya da farklı işyerlerindeki çalışmalarının kıdem süresi hesabında birleştirilebilmesi için, birleştirilecek hizmet sürelerinin kıdem tazminatına hak kazanmayacak biçimde sona ermiş olmaması, örneğin İş Kanunu m. 25/II veya işçinin istifası sonucu sona ermemesi gerekmektedir²³³. Esasen kanunda bu hususta açıkça düzenleme olmamasına rağmen

²³³Yargıtay’a göre İş Kanunu m. 25/II uyarınca sona eren bir çalışma döneminin aynı işyerinde sonraki çalışma dönemiyle süre itibarıyla birleştirilebilmesi için işçinin açıkça affedilmiş olması gerekmektedir. “Davacı işyerinde çalışmakta iken verilen inzabati ceza nedeniyle işine son verilmiş bu ceza davalı işveren tarafından açıkça affedilmeden davacı ikinci kez işe alınmıştır. İnzabati ceza verilmesi nedeni ile işine son verilen davacıya bu cezanın verilmesinden önceki çalışması nedeniyle, açık bir af söz konusu olmadığından kıdem tazminatı verilemez. (Ancak inzabati ceza sebebiyle işten çıkarılmadan sonra) yeniden işe alınma tarihinden sonra hizmet karşılığı kıdem tazminatı istenebilir. Mahkemece bu esasa aykırı olarak inzabati ceza ile işten çıkarılmadan önceki ve sonraki hizmet süresini kapsar şekilde kıdem tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.” Yargıtay HGK 15.6.1977 tarihli, 1976/9-1939 E., 1977/610 sayılı kararı. (Kazancı. Erişim: 20.1.2020). Yargıtay, işçinin İş Kanunu m. 25/II uyarınca işten çıkarıldıktan sonra açtığı dava sürerken davasından feragati karşılığında işe geri alınmasını işçinin affi kapsamında değerlendirmiştir: “30.04.1987 tarihinde ... Belediyesinde şoför olarak çalışmaya başlayan davacının hizmet akdinin, 30.12.1992’de kullandığı treylerin üzerindeki paletli yükleyiciyi düşürerek hasar vermesi nedeniyle 1475 sayılı İş Yasasının 17/2 maddesi ve TİS nazara alınarak, bir disiplin kurulu kararı olmadan belediye başkanı tarafından feshedildiği, davacının Ankara ... İş Mahkemesinin .../... esasında kayıtlı, kıdem, ihbar tazminatına ilişkin dava açmasından sonra; 18.03.1993 tarihinde davalı belediyeye nakli sağlanırsa bu davadan vazgeçmeyi taahhüt ettiği ve vazgeçmesi üzerine 30.12.1992 tarihinde ... Belediyesinden ayrıldığına ve 01.04.1993 tarihinde davalı belediyede işe başladığına dair nakil ilmuhaberi düzenlendiği dosyadaki davalı belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu delil durumu karşısında önceki fesih işlemine rağmen kısa süre sonra yeniden işe alınarak davacının affedildiği

Yargıtay içtihatlarıyla durum bu şekilde karara bağlanmıştır. Önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatına hak kazanır biçimde sona ermiş ise kıdem tazminatına esas çalışma süresinin hesabına katılır²³⁴. Ancak önceki dönem feshinde kıdem tazminatı tam olarak

anlaşıldığından bu tarihten önceki sürenin de kıdem tazminatı hesabında nazara alınması gerekir.” Yargıtay 9. HD 11.3.2004 tarihli, 2003/15480 E., 2004/4782 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 20.1.2020). Yukarıda zikredildiği üzere Yargıtay istifa halinde ilgili sürenin kıdem tazminatı hesabına dâhil edilmesini doğru bulmamaktadır: *“Davacı, Almanya’ya gideceğinden bahisle 11.12.1970 tarihli dilekçe ile ihbar öneli vermek suretiyle 17.2.1971 tarihinde işyerinden ayrılmıştır. Bundan 2 yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra, yeniden Sağlık Kurulu raporu alınmak suretiyle 19.2.1973 tarihinde tekrar işe girmiştir. Bu durum, iş aktinin haklı bir sebep olmaksızın davacı tarafından bozulduğunu gösterir. İşveren tarafından yurt dışına çıkış izni verilmediği şeklinde ileri sürülen sebep, isteği haklı kılmaz. Böyle olunca 15.8.1963-17.1971 tarihleri arasındaki sürenin kıdem tazminatında nazara alınması doğru olmaz. Mahkemenin yazılı şekilde bu süreyi kıdem tazminatına dahil etmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 9. HD 8.5.1986 tarihli, 1986/3630 E., 1986/4822 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 23.6.2020). Aynı yönde: *“Davacı, 1984 yılında Libya’ya gitmek üzere işinden ayrılmış iki yıl geçtikten sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlamıştır. Davacının davalı tarafça tekrar işe alınmış olması önceki çalışma döneminin istifa ile son bulduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle önceki dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınarak fark kıdem tazminatının hüküm altına alınması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 9. HD 17.1.1996 tarihli, 1995/26770 E., 1996/152 sayılı kararı (Hukuki.net. Erişim: 23.6.2020).

²³⁴ *“Davacı işçi, davalı işyerinde 12.7.1984-31.12.1995 ve 23.3.1996-30.12.1998 tarihleri arasında olmak üzere iki dönem halinde çalıştırıldığını belirterek toplam çalışma süresi üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirterek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Davalı işverence davacı tarafından belirtilen bu çalışma süresine itiraz edilmediği gibi, önceki dönem çalışmasının kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdiği de ileri sürülmüş olmadığına davacının gerçekte anılan çalışma dönemlerinde çalıştığının kanıtlanması halinde toplam süre üzerinden kıdem tazminatının hesaplanarak fark kıdem tazminatının ortaya çıkarılması ve hüküm altına alınması gerekir.”* Yargıtay 9. HD 8.2.2000 tarihli, 1999/20026 E., 2000/1196 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 2.2.2020). Aynı yönde: *“Somut olayda, davacının iş akti, işyeri ile ilgili olmayan bir suçtan dolayı tutuklanması üzerine, 1977 yılında feshedilmiştir. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, bu fesih İş Kanununun 17/III. maddesindeki işçinin şahsına bağlı zorunlu nedene dayalı ve kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesihtir. Davacı, 1978 yılında tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlamış ve 1994 yılında da emekli olmak suretiyle işten ayrılmıştır. Bu durumda, davacının İş Kanununun 14/2. maddesi uyarınca yeniden aktedilen bir akte dayanarak çalışmış olması, hizmet sürelerinin birleşmesini engellemez. Söz konusu hizmet birleştirilmelerinde, önceki dönem çalışması yönünden zamanaşımı işlemez. Böyle olunca, gerçekleştirilecek kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken, yerleşmiş içtihatların aksine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bozmayı*

ödenmiş ise bu dönem tasfiye edilmiş sayılır ve kıdem tazminatı hesabına katılmaz, yine aynı şekilde iki çalışma dönemi arasında zamanaşımı dolmuşsa ve işverence davada def'i olarak ileri sürölmüşse, önceki dönem hesaba katılmaz²³⁵. Yine fasılalı çalışma durumunda, önceki çalışma dönemi kıdem tazminatına hak kazanır şekilde sona ermiş

gerektirir.” Yargıtay 9. HD 21.2.1995 tarihli, 1994/16560 E., 1995/5227 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 20.1.2020).

²³⁵ “1475 Sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağılı olarak bir ya da değışik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değışik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı def'inin ileri sürölmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.” Yargıtay 22. HD 20.1.2020 tarihli, 2016/28518 E., 2020/650 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 14.8.2020). Ancak önceki dönem kıdem tazminatı tam olarak ödenmemiş ise tasfiye edilmemeli, fark kıdem tazminatı hesaplanmalıdır: “Mahkemece ilk dönem çalışmasının tasfiye edildiğı kabul edilip, ikinci dönem çalışmasına göre alacaklar hüküm altına alınmıştır. Dosya içeriğine göre ilk dönem çalışmasının tasfiye edildiğinin kabulü yerinde ise de; davacıya ilk dönem çalışması için aylık 685,00 TL. ücret üzerinden 9.984,50 TL. kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Davacı hesaplama esas alınan ücret miktarına itiraz etmiş, gerçek ücretinin 1.220,00 TL. net olduğunu iddia etmiştir. Yargılama safhasında alınan ek hesap raporunda iddia edilen ücrete göre ilk dönem çalışması için bakiye 717,59 TL. net kıdem tazminatı alacağı belirlenmiştir. Bu durumda, davacının ilk dönem çalışmasına dair son aylık ücret miktarı taraflar arasında ihtilaflıdır. Davalı işyerinde 01.10.1991-30.05.2006 tarihleri arasında 14 yıl 8 ay muhasebeci olarak çalışan davacının iddia ettiğı aylık ücretin miktarının doğru olabileceğı izlenimi edinilmekle birlikte Mahkemenin bu konuda bir değılendirme yapmaksızın, sadece ilk dönem alacağının bulunmadığından bahsedip gerekçesiz olarak bu döneme hasren fark tazminat alacağının reddedilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 9. HD 20.3.2018 tarihli, 2015/19413 E., 2018/5800 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 14.8.2020).

ancak son çalışma dönemi kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde sona ermiş ise; işçinin önceki çalışma döneminden doğan tazminat haklarına hâlel gelmez²³⁶.

1.2.1.1. Kıdem tazminatı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği

Kıdem tazminatı hesabına esas unsurlar yukarıdaki başlıkta kısaca özetlenmiş olup, çalışmanın konusu bakımından bu hesaplamanın bilirkişi incelemesine elverişli olup olmadığına değinmek gerekmektedir. Davada ücretin gerçek miktarı üzerinde ihtilaf var ise öncelikle bu ihtilafın çözülmesi gerekmektedir. Bu hususta ilgili bölümde²³⁷ yapılan açıklamalardaki yol ve yöntem izlendikten sonra veya zaten ücrette ihtilaf olmaması durumunda yukarıdaki kıdem süresinin SGK kayıtları ve tanık beyanları ile sunulan diğer belgelerle saptanması, kıdem tazminatı hesabına esas alınacak diğer kazançların da yine tanık beyanları, işyeri kayıtları ve banka kayıtları gibi ispat araçları ile saptanması gerekmektedir. Kıdem tazminatı hesabının hesaplamaya etki eden birçok unsuru olduğu gözetildiğinde, dosyanın içeriğine göre yukarıda anlatılan anlamda nitelikli hesaplama olabileceği kuşkusuzdur²³⁸. Bu anlamda hesabın birçok kanuni ve içtihadî unsuru olduğundan dolayı hukukî bilgiye de sahip bir hesap uzmanı tarafından yapılması gerekliliği açıktır. Esasen bu hesaplama hâkim tarafından da yapılabilecek bir hesaplama değildir. Kıdem süresinin kesintisiz olduğu ve ücrete ek bir kazanç olmadığı durumlarda UYAP’a entegre hesaplama aracı ile zaten kıdem tazminatı hesaplanabilmektedir. Ancak çok çeşitli karışık unsurların olaya dâhil olduğu kıdem

²³⁶“Davacı işçi, davalıya ait işyerinde 1.2.1998-14.3.2001 tarihleri arası ile 9.4.2001-5.8.2002 tarihleri arası iki dönem çalışmıştır. Mahkemece, davacı iş sözleşmesini 5.8.2002 tarihinde haklı bir neden olmadan feshettiği gerekçesiyle tüm hizmet süresi itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatı istemi reddedilmiştir. Oysa sonraki dönem çalışmanın tazminatı gerektirmeyecek şekilde sona ermiş olması, tazminatı gerektirecek şekilde sona ermiş önceki çalışma döneminden doğmuş olan hakları ortadan kaldırmaz. Somut olayda davacının ilk çalışma döneminin tazminatı gerektirecek şekilde işverenin haksız feshi ile sona erdiği mahkemenin de kabulünde olup delillerin bu yönde değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davacının tazminatı gerektirecek şekilde sona ermiş olan ilk çalışma dönemine ait ihbar ve kıdem tazminatına hükmolunması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 19.9.2008 tarihli, 2007/26413 E., 2008/24096 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.8.2020).

²³⁷Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

²³⁸Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

tazminatı hesaplarının hâkim tarafından yapılabilmesi, hâkimin salt bilgisi ile işin içinden çıkabileceği bir husus olsa da, oldukça zaman gerektirdiği de hayatın akışında tartışılmayacak bir gerçektir. Burada da günümüzde yargının iş yükü akla gelmektedir. UYAP sistemi aracılığıyla yapılabilecek basit bir hesap bu anlamda iş yüküne daha da etkili olmayacaktır. Ancak karışık bir hesap için hâkimin saatlerce uğraşması, iş yükünün orantısız olarak daha da artmasına sebebiyet verebilecektir. Bu noktada esasen, hâkimin dosya içeriğine göre hesabın basit bir hesap mı nitelikli bir hesap mı olduğuna karar vererek yol haritasını çizmesi, kendi bulunduğu yargı çevresine göre bir değerlendirme yaparak dosyanın hesap bilirkişisine mi tevdi edileceğini ya da hesabı kendisinin mi yapacağına karar vermesi gerekmektedir. Bu kararı verirken usul ekonomisi ilkesini gözetmek hâkimin kanuni ödevidir. Dosyada talep edilen alacak kalemlerinden diğerlerinden biri nitelikli hesaplama kapsamındaysa bu konuda bir tartışma yürütmeye gerek olmaksızın bilirkişiden tüm alacak kalemlerinin hesabının yapılması istenmelidir.

Dosyanın hesap için uzman bilirkişiye verilmesi durumunda bilirkişinin kanuni zorunluluklarını gözetmesi gerekmektedir. Kıdem tazminatına etki eden, yukarıda anlatılan hususlardan her biri, taraflar arasında varlığı-yokluğu-miktarı yönünden uyuşmazlık içeriyorsa hukuki ihtilaf mahiyetindedir. Bu gibi durumların varlığında bilirkişinin yapması gereken, hukuki ihtilaflar konusunda görüş ve yargı bildirmeksizin, ek rapora sebebiyet vermeyecek şekilde; hukuki ihtilaflarda hâkimin verebileceği her türlü kararı gözeterek seçenekli hesap yapmaktır²³⁹. Sonuç olarak kıdem tazminatının

²³⁹Yargıtay'ın bozma ilamına konu olan kararda kıdem tazminatı miktarını doğrudan etkileyen hizmet süresi bilirkişi tarafından seçenekli hesaplanmış, Yargıtay mahkemece karar verilmeyen diğer seçeneğe göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bilirkişinin seçenekli hesaplama yapması usul ekonomisine uygun düşmüş olup, aynı zamanda hukuki ihtilaf olan hizmet süresi bakımından değerlendirme yapmaması sebebiyle de doğrudur: *"Hükme esas raporu hazırlayan bilirkişi tarafından hizmet süresi yönünden seçenekli hesap yapılmış, mahkemece davacının talebi gibi 01.04.1999-23.09.2013 tarihleri arasındaki çalışmaya göre yapılan hesaplama esas alınarak karar verilmiş ise de, bu tercihin nedeni gerekçeli kararda tartışılıp değerlendirilmemiştir. Mahkemece 01.04.1999-01.05.2005 tarihleri arası dönemde davacının davalılar nezdinde çalışma yapıp yapmadığı ortaya konup çıkan sonuca göre hizmet süresinin belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile hizmet süresinin yazılı şekilde kabulü isabetsizdir."* Yargıtay 9. HD 11.3.2019 tarihli, 2015/32108 E., 2019/5191 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 12.1.2019). Başka bir kararda ise bilirkişi hesaplama

bilirkişi incelemesine elverişliliği konusunda yukarıda anlatılan hususlar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz, elbette iş mahkemesinde tecrübeli bir hâkim salt kıdem tazminatı talepli bir davada, bu hesaplamayı tüm unsurlarıyla kolaylıkla yapabilecektir²⁴⁰. Ancak bu noktada belirtildiği üzere usul ekonomisi öne çıkmaktadır. Çoğu zaman kıdem tazminatı ile birlikte başkaca işçilik alacakları da talep edildiğinden, dosyalarda hesap bilirkişisi görevlendirilmekte olup, bu uygulama da kanımızca günümüz sisteminde somut gerçekliğe uygundur.

1.2.2. İhbar tazminatı ve bilirkişilik

İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sonlanmasına ilişkin olarak akdi fesheden tarafın uyması gereken nispi emredici nitelikte bildirim süreleri vardır. Bu süreler, fesihte uyulması gereken usulün bir parçasıdır. Belirsiz süreli iş akdinin taraflardan biri tarafından bildirim süresi ya da diğer adıyla ihbar öneli verilmeksizin ya da eksik verilerek feshedilmesi veya bildirim süresine uyulmamasına rağmen peşin ödemenin yapılmaması durumlarında usule aykırı fesih ortaya çıkar²⁴¹. İşte İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasında bu sürelere uyulmamasının yaptırımı düzenlenmiş olup maddede “*Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin*

yaparken, tasfiye edilip edilmediği hususunda ihtilaf olan çalışma dönemi olmasına rağmen kendisi kanaate vararak tek seçenek hesaplama yapmıştır. Bozma ilamında Yargıtay, bu tespitin yanlış olduğunu vurgulamıştır. Bozma sonrası ek rapor ya da yeni rapor alınmasına sebebiyet veren bu uygulama hem ihtilaflı hususta hukuki görüş bildirme anlamına geldiğinden hem de usul ekonomisine aykırılık sebebiyle hukuka aykırıdır: “*Somut uyuşmazlıkta, davacı davalı asıl işverenin dava dışı alt işverenlerinde çalışırken iş akdi 30.10.1990 tarihinde feshedilmiş ve aynı tarih itibarıyla davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmıştır. Davacı 12.11.1990 tarihinde asıl işverenin başka bir işyerinde çalışmaya devam etmiş ise de aradaki boşluk gözetildiğinde 12.11.1990 tarihinde başlayan çalışması yeni bir iş sözleşmesi yapılması niteliğinde olup davacının 12.11.1990 tarihinden önceki çalışmasının tasfiye edildiği kabul edilerek davacının 12.11.1990 ve 06.10.2005 tarihleri arasındaki çalışması için hak kazandığı kıdem tazminatı hesaplanarak fesih sırasında ödendiği anlaşılan brüt 5063.72 TL kıdem tazminatı düşüldükten sonra varsa bakiyesinin hüküm altına alınması gerekirken tasfiye edildiği anlaşılan dönemin de kıdem tazminatı hesabına dahil edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 9. HD 9.9.2019 tarihli, 2016/9408 E., 2019/15319 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 26.12.2019).

²⁴⁰Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

²⁴¹Süzek, a.g.k., 2019, s. 520.

ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır” düzenlemesi yapılmıştır. Bu tazminata ihbar tazminatı denilmektedir. İş Kanunu m. 10/2 uyarınca ihbar tazminatı yalnızca sürekli iş sözleşmelerinde uygulanır. Yine giriş cümlesinde belirtildiği üzere belirli süreli iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu m. 17’nin özellikle “belirsiz süreli” şeklinde belirterek madde metnine giriş yapması karşısında ihbar tazminatının uygulanabilirliği söz konusu değildir²⁴².

İhbar tazminatı ise isminden anlaşılabileceği üzere hukuki nitelik olarak bir tazminattır. Ancak doktrinde belirtildiği üzere miktarı kanunca saptanmış (İş Kanunu m. 17/4: “*Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.*”) bir *götürü tazminattır*²⁴³. Kanunun düzenlemesinden anlaşılabileceği üzere borçlar hukukundaki klasik tazminat kavramından farklı olarak zararın tazmin edecek bir miktar değil, iş akdinin mevcut durumuna göre değişen bir miktardır. Bunun sonucu olarak ihbar tazminatı talep edilen davalarda borçlar hukukunun genel maddi tazminat davaları gibi *zararın ispatı şartı* aranmaz. Sadece bildirim sürelerine uyulmadan fesih yapılması ve bu feshin tür olarak bildirim şartının arandığı bir fesih olması yani geçerli fesih olması, tazminata hükmedilmesi için yeterlidir²⁴⁴. Hatta işçinin derhal yeni bir iş bulmak yoluyla zarara uğramadığı veya bildirim süresinde kazanacağı ücretten daha az zarara uğradığı işverence davada ispatlansa dahi yani işçinin zararı olmasa dahi bu tazminata talep halinde hükmedilir²⁴⁵.

²⁴²Yargıtay 9. HD 26.4.2005 tarihli, 2004/16908 E., 2005/14606 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 2.2.2020); Yargıtay 9. HD 26.12.2007 tarihli, 2007/30238 E., 2007/39560 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 2.2.2020).

²⁴³M. K. Oğuzman (1955). *Türk Borçlar Kanununa Göre ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 276; Ü. Narmanlıoğlu (2014). *İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri*, İstanbul: Beta, s. 388; Süzek, a.g.k., 2019, s. 521.

²⁴⁴Süzek, a.g.k., 2019, s. 521.

²⁴⁵“*Davacının, davalı şirkette çalışması devam ederken, çalıştığı makinanın dava dışı şirkete satılması üzerine, davalı işveren kıdem tazminatını ödiyerek sözleşmesini fesh etmiştir. Davacı işçinin feshi müteakip, tezgahı devralan şirkette çalışmaya başlaması fesih gerçeğini ortadan kaldırmıyacağı gibi, hemen iş bulmuş olmasında hak kazanılan ihbar tazminatını talep etmeye engel olmaz. Gerçekten 1475 sayılı İş Kanununun 13.maddesinde hangi koşullarda ihbar tazminatı istenebileceği açıkça düzenlenmiş olup, bu maddede işsiz kalıp kalmama koşuluna yer verilmiş değildir. Bu durumda, ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı*

Aynı şekilde İş Kanunu m. 17/4'te "*bildirim koşullarına uymayan taraf*"tan söz edildiği için, işçinin usule aykırı feshi dolayısıyla işverenin de diğer koşullar mümkünse işçiden bu *götürü tazminatı* talep hakkı doğar. Yine aynı şekilde işçinin işten bildirimsiz ayrılması sebebiyle işverenin zarara uğramadığı ispatlanmış olsa dahi tam olarak talep edilebilir²⁴⁶.

İhbar tazminatına hak kazanmanın ilk koşulu olarak yukarıda anlatıldığı üzere, sürekli ve belirsiz süreli bir iş akdinin usule aykırı bir fesih işleminin varlığıdır. İş Kanunu'nda düzenlenen bildirimsiz fesih halleri ayırık kalmak üzere uyulması gereken bildirim sürelerine uyulmamış olması, bildirim süresinin hiç verilmemiş olması veya bildirim süresinin bölünmesi yani eksik verilmesi durumlarında²⁴⁷ ihbar tazminatı

gerektirmiştir. " Yargıtay 9. HD 2.12.1997 tarihli, 1997/18410 E., 1997/20006 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 20.1.2020).

²⁴⁶Oğuzman, *İş Akdinin Feshi*, 1955, s. 276; Esener, a.g.k., 1978, s. 229; T. Centel (1994). *İş Hukuku C.1 Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, s. 191; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 365.

²⁴⁷Süzek, a.g.k., 2019, s. 518'de belirtildiği üzere aksi halde işverenin keyfi uygulamalarının önü açılmış olur ve İş Kanunu m. 17 ile bağdaşmayan uygulamalar gelişir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: "*Davalı işveren davacıya 28.7.1989 tarihli yazı ile iş akdini ihbar öneli vermek suretiyle feshetmek istemiş, fakat hizmet süresine göre gerçekleşen önel sonunu beklemeden 27.8.1989 tarihinde işine son vermiş, bakiye süre içinde ihbar tazminatı olarak kısmi ödemede bulunmuştur. İhbar öneli bütünlük arzeder. Bölünerek uygulama yapılamaz.*" Yargıtay 9. HD 7.2.1991 tarihli, 1990/9563 E., 1991/1348 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020). Aynı yönde: "*Tarafların iddia ve savunmalarına ve dosyadaki belge ve bilgilere göre; işyerinin kapatılması nedeniyle davacı işçinin hizmet akdi 28.7.1989 tarihli bildirimle otuz gün önel vermek suretiyle 27.8.1989 tarihinde feshedilmiştir. Fesih bildirimi, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, muhatabına ulaştığı anda sonuç doğurur. Sözleşmenin önel vermek suretiyle feshedileceği bir kez bildirildikten sonra, artık bu bildirimden dönülerek daha önceki bir tarihte sözleşmenin feshedildiği ve o tarihe kadarki ücretinin ödendiği ileri sürülerek bakiye süre için ihbar tazminatı ödeme olanağı yoktur. Gerek uygulamada ve gerekse öğretide; 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin (A) bendinde öngörülen önellerin bütünlük arzettiği bu nedenle bunların bölünerek uygulanamayacağı görüşü tartışmasız kabul edilmektedir. Gerçekten ihbar önelleri kamu düzeni ile ilgili olup, buyurucu niteliktedir.*" Yargıtay HGK 25.9.1991 tarihli, 1991/9-338 E., 1991/426 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020). Aynı yönde: "*Somut uyumsuzlukta, davacı işçiye 13 gün ihbar süresi kullandırıldığı, buna göre 15 gün kullandırılmayan ihbar süresi kaldığı gerekçesi ile 15 günlük ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalı olup, ihbar önelinin tamamına hükmedilmelidir.*" Yargıtay 9. HD 16.3.2017 tarihli, 2017/3847 E., 2017/4142 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020). Aynı yönde: "*Davalı işçi 12.11.1998 tarihinde davacı*

gündeme gelir. Bunun yanında her ne sebeple olursa olsun iş akdini kendisi fesheden taraf diğer taraftan ihbar tazminatı talep edemez²⁴⁸. İş akdini haklı neden bildirmeksizin fesheden işçiden işvereni tarafından bildirim süresince çalışmasının istenmediği durumda, daha sonra aynı işçiden bu durum sebebiyle ihbar tazminatı istenemez²⁴⁹.

işverene yazılı fesih bildiriminde bulunmuş ve 16.11.1998 tarihinde fiilen iş yerinden ayrılmıştır. Gerek 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesine gerek işyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşme Hükümlerine göre ihbar öneli altı haftadır. Bu süre içinde ihbar tazminatının hesaplanması gerekirken dört günlük eksik süre üzerinden hesaplanması hatalıdır. Gerçekten ihbar tazminatı bölünemez. Bildirimden birkaç gün sonra işyerinden ayrılmış olmanın sonuca etkisi yoktur.” Yargıtay 9. HD 16.4.2001 tarihli, 2001/3201 E., 2001/6424 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020). Yargıtay’a göre eksik verilen bildirim süresi, bildirim süresinin hiç verilmemesi ile eşdeğerdir: “Ayrıca ihbar öneli bölünemeyeceğinden yapılan fesih önelsiz bir nitelik taşımaktadır. O halde, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 25.12.1996 tarihli, 1996/17132 E., 1996/24194 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020).

²⁴⁸ “İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. maddelerinde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmesi ve yasanın 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmaması halinde ihbar tazminatı ödenmelidir. Yine haklı fesih nedeni bulunmakla birlikte, işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih yoluna gitmeleri durumunda, karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar. İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.” Yargıtay 9. HD 17.2.2020 tarihli, 2016/12990 E., 2020/2336 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 16.4.2020). Aynı yönde: “İhbar tazminatı ise, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğundan, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Bu durumda dosya kapsamına göre haklı sebeple iş sözleşmesini feshettiği anlaşılan davacının ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü isabetsizdir.” Yargıtay 9. HD 25.4.2017 tarihli, 2015/18746 E., 2017/7247 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 16.4.2020).

²⁴⁹ “Somut olayda; davalı işçinin 03.07.2003 tarihinde istifa ederek işyerinden ayrıldığı; müştekisi davacı banka olan ve davalının da adının bulunduğu 128 kişi hakkında toplu olarak istifa ettikleri gerekçesiyle Şişli C.Başsavcılığı tarafından 2003/27401 sayılı soruşturma bir suç unsuruna rastlanmadığından takipsizlik kararı verildiği; yine 7.7.2003 tarihli davalının da adının bulunduğu ve davacı bankadan istifa suretiyle ayrılanların isimlerinin yer aldığı listedeki kişilerin genel müdürün

İhbar tazminatının hesabına etki eden iki husus vardır. Bunlardan ilki, İş Kanunu m. 17/2’de belirtilen bildirim süreleridir:

İş Kanunu m. 17/2: “İş sözleşmeleri;

- a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,
- b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,
- c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,
- d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Feshedilmiş sayılır.”

Zira İş Kanunu m. 17/4’te ihbar tazminatının *bildirim süresine ilişkin ücret tutarında* olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre ihbar tazminatına etki eden bu bildirim süreleri nispi emredici olup, sözleşmeler ile artırılabilir. Ancak kanunda bu artırımın sınırı belirtilmediğinden Yargıtay’ın kararları, bunun hâkim tarafından somut olaya göre takdir edilmesi gerektiği²⁵⁰ ancak takdir

onayı olmadan işyerine (banka katlarına)girişlerinin yasaklandığı; ayrıca davalının da adının yazılı olduğu 14 kişilik listede yer alan avukatların, 31.07.2003 tarihinde noter aracılığıyla davacı banka tarafından azledildikleri dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ayrıca davalı tanıkları özetle, davacı banka tarafından istifa edenlerin ihbar önellerine uymaları istenmediği gibi, bu durumun işyeri şartı haline geldiğini, ayrıca istifa edenlere ihbar önellerine uymaları gerektiğinin de bildirilmediğini beyan ve ifade etmişlerdir. Dosya kapsamından, davacı bankanın kendi tutum ve davranışları ile davalı işçinin ihbar öneli süresince işyerinde çalışmasını istemediği anlaşılmaktadır.” Yargıtay HGK 6.6.2012 tarihli, 2012/9-116 E., 2012/349 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 16.4.2020).

²⁵⁰ “Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde ihbar önellerinin arttırılmasına dair bir üst sınır olmaması, bu artışın sınırsız, olarak yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine düşünce tarzı, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelinin 10 yıl olarak belirlenmesine ve uygulanmasına da imkan verebilir. Yine, işverence kötüniyete dayanan bir fesih durumunda hesaplanması gereken kötüniyet tazminatının tutarı da dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinde fahiş şekilde belirlenen ihbar önellerine hakim müdahalesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi, zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalara göre, ihbar önellerinin arttırılmasını öngören 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde bir üst sınır belirlenmemiş olması, kanunda bu yönde bir boşluk bulunduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Kanunlarımızda boşluk bulunan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 1. maddesine göre hakim, örf ve adete bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı

edilecek sürenin de en çok ihbar ve kötünîyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği yönündedir²⁵¹. Bildirim süresi artırılmaksızın, ihbar tazminatı miktarının artırılması ise Yargıtay’a göre, doktrinde eleştirilse de²⁵² mümkün değildir²⁵³.

Bildirim süresinin hesabı yapılırken, işçinin aynı işyerinde fasıllı çalışması varsa bu sürelerin toplamına göre sürenin belirlenmesi gerekmektedir²⁵⁴. Doktrindeki görüşe

nasıl kural koyacak ise ona göre bir karar vermek durumundadır. Aynı maddenin son fıkrasında, hakimin yasalarda boşluk bulunan hallerde uygulanması gereken kuralı belirlemekte, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanılması gerektiği de açıklanmıştır. Bu durumda, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırını, hakim tayin etmek durumundadır.” Yargıtay 9. HD 21.3.2006 tarihli, 2006/109 E., 2006/7052 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 15.4.2020).

²⁵¹“Üst sınırın en çok ihbar ve kötünîyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir” Yargıtay 9. HD 24.5.2011 tarihli, 2011/10510 E., 2011/1206 sayılı kararı (ÇT 2012/1 S:32, s. 368-372).

²⁵²Ekonomi, *İş Hukuku*, 1987, s. 184; M. Kılıçoğlu, K. Şenocak (2013). *İş Kanunu Şerhi*, İstanbul: Legal, s.236; Centel, a.g.k., 1994, s. 191; Süzek, a.g.k., 2019, s. 522; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 367; E. Akyiğit (2015). *Toplu İş Hukuku*, Ankara: Seçkin, s. 508.

²⁵³“Süresi belirli olmayan sürekli hizmet akitlerinin bildirim şartına uyulmadan feshi hallerinde, şarta uymamış olan tarafın diğer tarafa ödemek zorunda olduğu ihbar tazminatının miktarı İş Yasasının 13. maddesinde, işçinin hizmet süresine göre değişken biçimde belirtilmiştir. Madde hükmü kamu düzeniyle ilgilidir. Sözleşmelerle artırılmasına cevaz verilen husus sadece özel sürelerine ilişkindir. Söz konusu tazminatın miktarı da önel sürelerinin artırılması ile kabul olabilir. Yapılmak istenen artırımlar ancak tenkîsat nedenine dayalı olarak işten çıkarmalarda, ihbar tazminatının % 20 oranında zamlı olarak ödeneceğini öngören toplu iş sözleşmesi hükmü 13. maddedeki düzenleme karşısında geçersizdir. ihbar tazminatı sözü edilen toplu iş sözleşmesi hükmüne göre % 20 zamlı olanak hesap eden bilirkişi raporunun hükme dayanak yapılması isabetsizdir.” Yargıtay 9. HD 12.1.1981 tarihli, 1980/15645 E., 1981/63 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 21.4.2020).

²⁵⁴“Somut olayda davacının davalı işyerinde 26.07.1991 - 11.01.2005 tarihleri arasında; 26.07.1991 - 15.03.1992 tarihleri arasında 7 ay 19 gün, 10.05.1993 - 30.09.1994 tarihleri arasında 1 yıl 4 ay 20 gün, 05.11.1998 - 30.6.2000 tarihleri arasında 1 yıl 7 ay 25 gün ve 29.06.2004 - 11.01.2005 tarihleri arasında 6 ay 12 gün olmak üzere, toplam 4 yıl 2 ay 16 gün çalışması vardır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ihbar tazminatı "ihbar tazminatının hesaplanmasında hizmet dönemlerinin birleştirileceğine dair bir yasal düzenleme bulunmadığından, ihbar tazminatı davacının son hizmet dönemi dikkate alınacaktır." gerekçesi ile dört haftalık ücret üzerinden hesaplanmıştır. Oysa yukarıdaki ilkeler ve tarihlerden de görüleceği üzere, davacı davalı işyerinde aralıklı çalışmış, daha önceki tarihlerde bir fesih olgusu olmamıştır. Bu sebeple ihbar tazminatı davacının toplam çalışma süresi üzerinden 8 haftalık ücret tutarında hesaplanmalıdır.” Yargıtay 9. HD 31.1.2011 tarihli,

göre, iş akdinin askıda kaldığı süreler dahi, bildirim süresinin hesabında dikkate alınmalıdır²⁵⁵. İhbar tazminatının hesabında gözetilecek ikinci husus ise işçinin ücretidir. Bu anlamda İş Kanunu m. 17/7'ye göre ihbar tazminatının hesabında “*ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur*”. Bu anlamda yapılacak açıklamalar kıdem tazminatı başlığında yapılan açıklamalarla paralellik gösterecektir. Bu sebeple tekrara sebebiyet vermemek bakımından aynı hususlar tekrar açıklanmayacaktır²⁵⁶. Her iki tazminatın hesabında ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para işe ölçülmesi mümkün menfaatler ile süreklilik arz eden diğer ödemeler dikkate alınacaktır²⁵⁷. Buna

2009/1551 E., 2011/1493 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 21.4.2020). Aksi yönde: Çil, kıdem tazminatında fasılların birleşmesine ilişkin kanuni düzenleme olması, ihbar tazminatında buna ilişkin kanuni düzenleme olmaması karşısında her fesih dönemi için ayrı ayrı ihbar tazminatı hesaplanması gerektiğini savunmaktadır: Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, 2020, s.77.

²⁵⁵Süzek, a.g.k., 2019, s. 521. Süzek'in savunduğu görüşe doğum ve gebelik hallerinde askıda kalmayla değinen bir karar için bkz.: “4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde “... işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar... ” şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurululan bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur. Diğer yandan, aynı Kanunu'nun “Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan İzinler” başlığını taşıyan 55.maddenin (b) bendinde kadın işçilerin 74.madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğinden 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 17.9.2007 tarihli, 2007/29103 E., 2007/26743 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 21.4.2020).

²⁵⁶Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.2.1 nolu başlık.

²⁵⁷“Gerçekten; ihbar ve kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret kavramına, iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arazi olmayan her türlü ödemeler ile prim veya yıllık ikramiyelerin dahil olduğu 15/05/1957 günlü ve 13/10 sayılı Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararı ile hükme bağlanmıştır.” Yargıtay 9. HD 12.5.1976 tarihli, 1976/10296 E., 1976/13518 sayılı kararı. (Kazancı. Erişim: 23.4.2020) Kararda belirtilen içtihadı birleştirme kararının sonuç bölümü ise şöyledir: “İşçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş

göre bulunan kıdem tazminatı hesabına da esas alınan geniş anlamda bir günlük ücret ile işçinin kıdemine göre belirlenen fesih bildirim süresinin gün karşılığının çarpımı ile ihbar tazminatı bulunur²⁵⁸. Kıdem tazminatından farklı olarak ihbar tazminatında tavan uygulaması da bulunmamaktadır²⁵⁹.

1.2.2.1. İhbar tazminatı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği

İhbar tazminatı hesabına esas unsurlar yukarıda kısaca özetlenmiş olup, çalışmanın konusu bakımından bu hesaplamanın bilirkişi incelemesine elverişli olup olmadığına değinmek gerekmektedir. Esasen yukarıda anlatıldığı üzere özellikle hesaba esas alınacak ücret bakımından kıdem tazminatıyla benzer olan ihbar tazminatı açısından bu bölümde yapılacak açıklamalar da benzerlik gösterecektir. Yine ihbar tazminatında da davada ücretin gerçek miktarı üzerinde ihtilaf var ise öncelikle bu ihtilafın çözülmesi gerekmektedir. Bu hususta ilgili bölümde yapılan açıklamalardaki yol ve yöntem izlendikten sonra veya zaten ücrette ihtilaf olmaması durumunda yukarıdaki kıdem süresinin SGK kayıtları ve tanık beyanları ile sunulan diğer belgelerle saptanması, kıdem tazminatı hesabına esas alınacak diğer kazançların da yine tanık beyanları, işyeri kayıtları ve banka kayıtları gibi ispat araçları ile saptanması gerekmektedir²⁶⁰. İhbar tazminatı hesabının hesaplama etki eden birçok unsuru olduğu gözetildiğinde, dosyanın içeriğine göre anlatılan anlamda nitelikli hesaplama

karşılığında para veya ayın olarak yapılan ve arızı olmayan her türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmetin karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin İş Kanunu'nun 13. maddesine göre hükmedilecek kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret mefhumuna dahil bulunduğuna ve Ticaret Dairesi'nin bu yoldaki son içtihadının kanuna uygun bulunduğuna 15.5.1957 tarihinde ittifakla karar verildi.” Yargıtay İBGK 15.5.1957 tarihli, 1956/13 E., 1957/10 sayılı içtihadı birleştirme kararı (Kazancı. Erişim: 23.4.2020).

²⁵⁸“İş Kanunu'nun 13. maddesinde öngörüldüğü gibi 3 yıldan fazla hizmeti olan işçi için ihbar öneli 8 haftadır. Bu 56 gün yapar. İhbar tazminatının hesabında 56 gün ile davacının kıdem tazminatına esas tutulan günlük yevmiyesi ile çarpılması gerekir. İhbar tazminatı yönünden bu esasa aykırı hesap yapılması yanlıştır.” Yargıtay 9. HD 15.9.1987 tarihli, 1987/8223 E., 1987/7862 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 23.4.2020).

²⁵⁹Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, 2020, s.75.

²⁶⁰Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

olabileceği kuşkusuzdur²⁶¹. Bu anlamda hesabın birçok kanuni ve içtihadî unsuru olduğundan dolayı hukukî bilgiye de sahip bir hesap uzmanı tarafından yapılması gerekliliği açıktır. Esasen bu hesaplama hâkim tarafından da yapılabilecek bir hesaplama değildir. İşçinin kıdem süresinin kesintisiz olduğu ve ücrete ek bir kazanç olmadığı durumlarda UYAP'a entegre hesaplama aracı ile zaten ihbar tazminatı hesaplanabilmektedir. Ancak çok çeşitli karışık unsurların olaya dâhil olduğu, örneğin işçinin işyerinde üç farklı fasılda çalışmasının olduğu veya ücrete ek olarak ödemelerin yoğun olduğu TİS uygulanan işyerlerinde ihbar tazminatı hesaplarının hâkim tarafından yapılabilmesi, hâkimin salt bilgisi ile işin içinden çıkabileceği bir husus olsa da, oldukça zaman gerektirdiği, mahkemelerde bu konuda bir uzman çalışmadığı, hâkimin bunlarla tek başına uğraşmasının da çok mümkün olmadığı, hayatın olağan akışında tartışılmayacak bir gerçektir. Burada yine kıdem tazminatı hesabında²⁶² ve nitelikli hesaplamalar başlığında²⁶³ bahsedildiği gibi günümüzde yargının iş yükü akla gelmektedir. UYAP sistemi aracılığıyla yapılabilecek basit bir hesap bu anlamda iş yüküne daha da etkili olmayacaktır. Ancak karışık bir hesap için hâkimin saatlerce uğraşması, iş yükünün orantısız olarak daha da artmasına sebebiyet verebilecektir. Bu noktada esasen, hâkimin dosya içeriğine göre hesabın basit bir hesap mı nitelikli bir hesap mı olduğuna karar vererek yol haritasını çizmesi, hâkimi olduğu mahkemenin iş yüküne göre bir değerlendirme yaparak dosyanın hesap bilirkişisine mi tevdi edileceğini ya da hesabı kendisinin mi yapacağına karar vermesi gerekmektedir. Bu kararı verirken usul ekonomisi ilkesini gözetmek hâkimin kanuni ödevidir. Dosyada talep edilen alacak kalemlerinden diğerlerinden biri nitelikli hesaplama kapsamındaysa bu konuda bir tartışma yürütmeye gerek olmaksızın bilirkişiden tüm alacak kalemlerinin hesabının yapılması istenmelidir.

Dosyanın hesap için uzman bilirkişiye verilmesi durumunda bilirkişinin kanuni zorunluluklarını gözetmesi gerekmektedir. İhbar tazminatına etki eden, yukarıda anlatılan hususlardan her biri, taraflar arasında varlığı-yokluğu-miktarı yönünden uyuşmazlık içeriyorsa hukukî ihtilaf mahiyetindedir. Bu gibi durumların varlığında bilirkişinin yapması gereken, hukukî ihtilaflar konusunda görüş ve yargı bildirmeksizin,

²⁶¹Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

²⁶²Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.2.1.1 nolu başlık.

²⁶³Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

ek rapora sebebiyet vermeyecek şekilde; hukuki ihtilaflarda hâkimin verebileceği her türlü kararı gözeterek seçenekli hesap yapmaktır. Bu konuda kıdem tazminatının bilirkişi incelemesine elverişliliği başlığında yapılan açıklamalar da geçerlidir²⁶⁴.

Sonuç olarak ihbar tazminatının bilirkişi incelemesine elverişliliği konusunda yukarıda anlatılan hususlar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz, elbette iş mahkemesinde tecrübeli bir hâkim salt kıdem tazminatı talepli bir davada, bu hesaplamayı tüm unsurlarıyla kolaylıkla yapabilecektir²⁶⁵. Ancak bu noktada belirtildiği üzere usul ekonomisi öne çıkmaktadır. Çoğu zaman ihbar tazminatı ile birlikte başkaca işçilik alacakları da talep edildiğinden, dosyalarda hesap bilirkişisi görevlendirilmekte olup, bu uygulama da kanımızca günümüz sisteminde somut gerçekliğe uygundur.

1.2.3. Yıllık ücretli izin alacağı ve bilirkişilik

Yıllık ücretli izin, işçinin dinlenme hakkı gereği, bir yılı dolduran işçilere her doldurduğu yıl için tanınan, çalışılmadan ücrete hak kazanılan izindir²⁶⁶. İş akdinin devamı sırasında izin olarak kullanılması Anayasal (Anayasa m. 50/3: “*Dinlenmek çalışanların hakkıdır.*”) ve kanunen zorunlu olan (TBK m. 422: “*İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.*” İş Kanunu m. 53/1: “*İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.*”) ve bu Anayasal ve kanuni sebeplerle işçinin talebiyle de olsa paraya çevrilemeyen (TBK m. 425/2: “*İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez.*” İş Kanunu m. 53/2: “*Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez.*”)²⁶⁷ hak edilmiş yıllık ücretli izin

²⁶⁴Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.2.1.1 nolu başlık.

²⁶⁵Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

²⁶⁶Yıllık ücretli izin hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 819; Güven, Aydın, a.g.k., s. 465. Hizmet sözleşmeleri bakımından yıllık izin için bkz. Yavuz, Acar ve Özen, a.g.k., 2014, s. 514.

²⁶⁷Bu yönde içtihat: “*Dairemizin içtihatlarına göre işçinin çalışmasına devam ettiği sürece izin hakkını kullanmaksızın bundan mütevellit izin ücretini istemeye hakkı yoktur.*” Yargıtay 9. HD 7.2.2000 tarihli, 1999/18910 E., 2000/1062 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 23.6.2020).

haklarının, iş akdinin sona ermesinde kullanılması imkânsız hale geldiğinden; iş akdi ne şekilde son bulmuş olursa olsun işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenmesi gerekmektedir²⁶⁸.

İş Kanunu m. 59 ve TBK m. 425/3 paralel düzenleme içermektedir. İş Kanunu m. 59: “İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir.” şeklinde kaleme alınmıştır. TBK m. 425/3 ise: “Hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir.” şeklindedir. Kanuni düzenlemeler açık ve net olup, iş akdinin herhangi bir sona erme şeklinde kullanılmayan yıllık izinlerin sürelerine ait ücretlerin iş akdinin tarafı işçiye veya iş sözleşmesinin fesih dışı örneğin ölüm gibi sebeplerle sona ermesi halinde mirasçılara ödeneceği düzenleme altına alınmıştır.

Yıllık iznin şartları ve süreleri İş Kanunu m. 53 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmanın esas konusu olmadığından kısaca değinmek gerekirse işyerinde en az bir yıl çalışmış işçiye çalıştığı her bir yıl için Anayasal dinlenme hakkı kapsamında yıllık ücretli izin hakkı verilidir. Süreleri kanunda belirlenmiş haliyle işçinin yaşına ve işyerindeki kıdemine göre değişmekte olup, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, gelenekten doğan kazanılmış haklar ile işçi lehine olmak kaydıyla artırılabilir²⁶⁹. İş Kanunu m. 45’te açıkça belirtildiği üzere bu hüküm nispi emredici bir hükümdür.

Yukarıda özetlenen kanuni düzenlemelere göre iş akdinin sona ermesi durumunda iş ilişkisi içinde işçinin hak kazandığı ancak kullanmadığı tüm yıllık ücretli izin süresine

²⁶⁸Süzek, a.g.k., 2019, s.832.

²⁶⁹“Yıllık ücretli izin süresinin 30 gün olarak mahkemece kabul edilmesinin gerekçesi kararda gösterilmemiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 49. maddesinde, hizmet süresine göre yıllık ücretli izin süreleri belirlenmiştir. Buna göre hizmet süresi 5 yıla kadar olanlara 12 gün, 5 yıldan fazla olanlara da yine kademeli olarak izin süreleri belirtilmiştir. Bu kuralın, ferdi ve toplu iş sözleşmesinde özel bir düzenleme olmadığı takdirde uygulanması gerekir. Bundan başka işyerinde süre gelen ve iş koşulu halinde bir uygulama varsa, onunda dikkate alınması gerekir. Somut olayda böyle ayrık bir durumun bulunup bulunmadığı anlaşılamamıştır.” Yargıtay 9. HD 4.4.2001 tarihli, 2001/2036 E., 2001/5526 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 1.5.2021).

ilişkin ücret, sözleşmenin sona erdiği tarihteki işçinin son ücreti üzerinden kendisine veya ölümü durumunda mirasçılara ödenir. Aynı maddenin ikinci fıkrası, iş arama izni ve fesih bildirim süreleri ile yıllık izin hakkının mahsubunu engellemektedir: “İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 17 nci maddede belirtilen bildirim süresiyle, 27 nci madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez.”. Ancak bu hüküm feshin yalnız işveren tarafından gerçekleştirildiği hallerde ilgili yasağı koymakla, işçinin iş akdini feshi halinde bildirim süresi içinde yıllık izinlerini kullanma talebi kanuni düzenlemeye göre mümkündür²⁷⁰.

Kanun gereği yıllık izne hak kazanan işçinin iznini kullanmadığı ve fesihden sonra ücretinin de ödenmediği iddiasıyla açtığı davada, yıllık izinlerin kullanıldığının ispat yükü işveren üzerindedir²⁷¹. Bu hususta yargı kararlarının temel dayanağı işverenin kayıt tutma yükümlülüğü ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği²⁷² m. 6/8 ve m. 20/1’dir: 6/8: “İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır.” 20/1: “İşveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği bu Yönetmeliğe ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır.” Yargıtay’ın bir kararında isabetle vurgulandığı üzere yıllık iznin kullanıldığı hususu tanıkla ispatlanamaz²⁷³.

²⁷⁰Ekonomi, *İş Hukuku*, 1987, s.356; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, a.g.k., 2019, s.357.

²⁷¹“Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.” Yargıtay 9. HD 18.12.2019 tarihli, 2017/13135 E., 2019/22629 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.8.2020).

²⁷²RG:25391 03.03.2004.

²⁷³“Mahkemece davacı tanıklarının davacının yıllık izinlerini kullandığını beyan etmeleri nedeniyle yıllık izin ücreti isteğinin reddine karar verilmiştir. Yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı veya ücretlerinin ödendiği davalı işveren tarafından davacının imzasını taşıyan yıllık izin defteri, izin formları, bordro vb eş değer yazılı belgelerle ispatlanması gerekir. Dosya içerisinde işverence sunulmuş bir belge mevcut değildir. Bu nedenle davacının yıllık izin ücreti alacağının hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 6.3.2006 tarihli, 2005/26400 E., 2006/5331 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.8.2020).

1.2.3.1. Yıllık ücretli izin alacağı hesabının bilirkişi incelemesine elverişliliği

Yıllık iznin miktarının hesabında varsa iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış hakların da mahkemece göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bundan sonrasında kanun gereği feshe kadar kazanılmış tüm yıllık izinlerin son ücret üzerinden karşılığının ödenmesi gerekir.

Davada ücretin gerçek miktarı üzerinde ihtilaf var ise öncelikle bu ihtilafın çözülmesi gerekmektedir. Bu hususta ilgili bölümde yapılan açıklamalardaki yol ve yöntem izlendikten sonra²⁷⁴ veya zaten ücrette ihtilaf olmaması durumunda tek yapılması gereken işçinin kıdeminin işyeri ve SGK kayıtları ve tanık beyanları ile saptanıp, hak ettiği izin sürelerinin hesaplanıp işverence sunulan evraklarla karşılaştırılması ve bakiye izin süresi var ise son ücret üzerinden hesaplama yapılmasıdır. Yıllık izin ücretinin tek başına talep edildiği davalarda yapılacak hesaplar nitelikli bir hesaplama değildir. İşçinin günlük ücretini bulmak ve bunu bakiye izin süresi ile çarpmak basit bir hesaptır. İzin süresi hesaplamak da uzman olmayan kişilerce de yapılabilecektir. Yani basit bir dört işlem hesabıdır.

Tek başına yıllık izin ücreti talep edilen davalarda iş yükü gerekçesiyle dosyanın bilirkişiye verilmesi usul ekonomisine aykırılık oluşturur, yargılamanın uzamasına ve gereksiz masrafa sebebiyet verir. Ancak bu talebin nitelikli hesaplama olabilecek başka bir işçilik alacağı kalemiyle veya kalemleriyle beraber talep edilmesi halinde bilirkişinin tüm alacak kalemleri yönünden hesap yapması, yıllık izin ücretini de tüm işyeri kayıtlarını incelemişken hesaplaması yargılamanın daha sağlıklı yürümesini sağlayacağından ve usul ekonomisine hizmet edeceğinden tercih edilmelidir.

²⁷⁴Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

2. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ (İŞE İADE) DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

2.1. Boşta Geçen Süre Ücreti, İşe Başlatmama Tazminatı ve Sendikal Tazminat

İş Kanunu m. 18 ile iş sözleşmeleri bakımından “iş güvencesi” kavramı düzenlenmiştir:

“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.”

Kanunun işçi ve işyeri bakımından aradığı koşulların sağlandığı durumlarda işçiler iş güvencesi kapsamına alınmıştır²⁷⁵. Yine kanunun devam eden maddelerinde fesihte uyulması gereken usul kuralları da iş güvencesi altında düzenleme altına alınmıştır:

İş Kanunu m. 19: “- İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.”.

İş Kanununun takip eden maddesinde ise iş güvencesi kapsamında işçinin, fesih bildirimine ne şekilde itiraz edebileceği düzenlenmiş olup, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda bunun sonuçlarının ne olacağı yani iş güvencesinin getirdiği korumanın sonucu ise İş Kanunu m. 21’de belirtilmiştir:

İş Kanunu m. 20: “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş

²⁷⁵İş güvencesi hakkında detaylı bilgi için bkz. T. Centel (2020). *İş Güvencesi*, İstanbul: Legal, s. 11 vd; B. Kar (2017). *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Ankara: Yetkin, s. 23 vd.

mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir.”

İş Kanunu m. 21: “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkra da düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkra da düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.”

Düzenlemenin ilk halinde sadece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin boşta geçen süreye ait dört aya kadar ücretini ve diğer haklarını alabileceği ve bunun yanında feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçiyi başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmayan işverenin dört ila sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödeyeceği düzenlenmişken; 7036 sayılı İMK ile eklenen fıkra ile bunların mahkeme veya özel hakemce feshin geçersizliğinin tespitinin yanında dava tarihindeki ücret esas alınarak belirlenmesi kuralı getirilmiştir²⁷⁶.

Kanuni düzenleme gereği şayet davanın sonunda dava kabul edilecek ve feshin geçersizliğinin tespiti yapılacak ise bunun yanında işe iadenin mali sonuçları olarak da adlandırılan boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatının da miktar olarak tespiti gerekmektedir²⁷⁷.

²⁷⁶7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, kabul tarihi 12/10/2017, RG: 25/10/2017 Sayı:30221.

²⁷⁷Güven, Aydın, a.g.k., 2020, s. 312; S. Bozok (2019). *İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası*, İstanbul: On İki Levha, s. 181.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu²⁷⁸ m. 25'in ilk üç fıkrasında “*Sendika Özgürlüğünün Güvencesi*” başlığı altında işçilerin işe alınmasında, çalışma koşullarında, işten çıkarmada ve benzer işyeri uygulamasına bağlı prim vs. hususlarda, toplu iş sözleşmesi hükümleri ayrık kalmak kaydıyla işçiler arasında ayrımcılık yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştır²⁷⁹:

Sendikalar ve TİS Kanunu m. 25: “ (1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. (2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. (3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.”

Sonraki fıkralarda ise işverenin bu maddede düzenlenen güvenceye aykırı davranışlarının yaptırımını ve açılacak dava ile ispat hukuku bakımından özel düzenlemelere yer verilmiştir:

Sendikalar ve TİS Kanunu m. 25: “(4) İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. (5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. (6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal

²⁷⁸6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, kabul tarihi 18/10/2012, RG: 07/11/2012 S: 28460.

²⁷⁹Sendikal özgürlüğün güvencesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ö. Ekmekçi (2019). *Toplu İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: On İki Levha, s. 115 vd.; E. Özkara (2013). 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, *ÇT* 2013/3 S:38, s. 174 vd.

nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. (7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur. (8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. (9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”

İşverence düzenlemelerde belirtilen güvenceye aykırı hareket edilmesi halinde işçi lehine bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödenmesi hususunda kanuni düzenleme de işbu madde ile getirilmiştir. Bunun yanında devam eden fıkra da, sendikal ayrımcılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde, İş Kanunu m. 18'deki işyeri ve işçinin kıdemi hakkındaki dava şartları söz konusu olmaksızın²⁸⁰ işe iade talepli tespit davası ile birlikte sendikal tazminat talep edilebileceği, ancak mahkemece sendikal tazminata hükmedildiği halde işe başlatmama tazminatına hükmedilmeyeceği düzenleme altına alınmıştır²⁸¹. Yukarıda işe iade talepli tespit davasının mali sonuçları hakkında söylenenle aynı şekilde, sendikal ayrımcılık iddiasıyla açılan davada da bu sefer işe başlatmama tazminatı yerine sendikal tazminatın da İş Kanunu m. 21/4 gereği miktar olarak hüküm altına alınması gerekmektedir²⁸².

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeler gereği, yani 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerinin yürürlüğe girmesinden sonra açılan feshin geçersizliğinin tespiti talepli işe iade davalarında²⁸³ boşa geçen süre ücreti ve diğer haklarının, işe başlatmama tazminatının veya sendikal tazminatın dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi gerekmektedir. 7036 sayılı Kanun öncesi

²⁸⁰Madde içerisinde geçen “18” ibaresi AYM'nin 22/10/2014 tarihli ve 2013/1 E., 2014/161 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, bu iptal ile işçilerin İş Kanunu m. 18 ile bağlı kalmaksızın sendikal sebepli fesihlerde sendikal sebep ileri sürüp, sendikal tazminata karar verilmesini isteyerek feshin geçersizliğinin tespiti talepli işe iade davası açmasının yolu açılmıştır (AYM Kararlar Bilgi Bankası. Erişim: 1.5.2021).

²⁸¹Süzek, a.g.k., 2019, s.629.

²⁸²Kar, *İş Güvencesi*, 2017, s.512; Ş. Çil (2018). *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, s.71; M. Astarlı (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Sicil Dergisi*, S:38, s. 48.

²⁸³“İşe iade davası” adıyla anılan davanın esasen “feshin geçersizliğinin tespiti davası” olduğuna dair bkz. Bozok, a.g.k., 2019, s. 54 vd; E. Karabacak (2017). *İşe İade Kararları ve İcra Edilebilirliği*, TAAD,Y:7 S:29, s. 257.

gündemde olmayan, işe iade davalarında hesap bilirkişisi incelemesine başvurulması uygulaması ise kanunun yürürlüğüyle iş mahkemelerinde uygulanmaya başlamıştır.

Esasen yukarıda nitelikli hesaplama ve basit hesaplama ayrımı hakkındaki açıklamalara atıfla, bu dava türü bakımından hesaplanacak maddi sonuçlar hakkında bilgi verilmekle, bunların niteliği de tartışılacaktır.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarından anlaşılması gereken, işçinin temel ücreti ve bunun yanında Yargıtay kararları uyarınca fiili çalışmasıyla ortaya çıkabilecek fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil ücretleri, satış primi gibi ödemeler dışında yer alan; yol ve yemek ücretleri, ikramiye, gıda yardımı, bayram yardımı, yakacak yardımı gibi parayla ölçülebilen tüm değerlerin işyerinde çalışıyormuş gibi hesaba katılmasıdır²⁸⁴. İşe başlatmama tazminatı ise dört ila sekiz ay arasında belirlenmekle, işçinin ücreti tutarında olup, İş Kanunu sistematığında ücrete ek menfaatlerin dâhil edilmesi gerektiği belirtilmediğinden, temel ücret esas alınarak hesaplanır²⁸⁵. İşe başlatmama tazminatı her ne kadar takdirenden dört ila sekiz aylık ücret tutarı arasında bir miktar üzerinden belirtilecekse de, Yargıtay uygulamasıyla bu takdir yetkisi yıllık ücretli izin sürelerinden yola çıkılarak kıdem süresine endeksli olarak belirlenmekte, yalnız sekiz aylık tazminat için fesih sebebine göre belirleme yapılmaktadır²⁸⁶.

²⁸⁴ “Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arizi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.” Yargıtay 9. HD 18.11.2008 tarihli, 2007/32727 E., 2008/31214 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 2.5.2021).

²⁸⁵ Süzek, a.g.k., 2019, s.621.

²⁸⁶ “Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenlerle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (08.04.2008 gün ve 2007/27773 Esas, 2008/7819 Karar sayılı ilamımız). Dairemiz yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15

Yargıtay'ın ölçütleri her ne kadar kıdem sürelerine göre en fazla altı aya kadar belirleme hususunda kesin sınırlar belirtmişse de bu uygulama doktrinde eleştirilmiş, gerek altı aya kadar olan tazminatlar için, gerekse de sekiz aya kadar tazminata hükmedilmesi için hâkimin olayın somut koşullarına göre tazminat belirleyebilmesinin gerekliliğine isabetle işaret edilmiştir²⁸⁷. Sendikal tazminat ise Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/4 uyarınca bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere hesaplanmaktadır.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar ücret niteliğini haiz olduğundan ve aksi kanunda belirtilmediğinden, ücret olarak gerek vergiye gerekse SGK primine ve işsizlik sigortası primine tabidir. İşe başlatmama tazminatı ise Gelir Vergisi Kanunu m. 25/1 uyarınca vergiden istisna olarak belirtildiğinden gelir vergisine tabi değildir. Ücret niteliğinde olmadığından SGK ve işsizlik sigortası primi de söz konusu olmayacaktır. Sendikal tazminat ise kanun ile vergiden istisna tutulmadığından vergiye tabi olup, yine tazminat niteliğinde olduğundan SGK ve işsizlik sigortası primi söz konusu olmayacaktır.

Davada ücret ihtilafı ortaya çıkması durumunda yani yukarıda anlatıldığı gibi kayıtlardaki ücret ile gerçek ücretin farklı olduğu noktasında iddia ortaya çıktığında bu davada da boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatı veya sendikal tazminatın hesaplanmasında doğru sonuca ulaşılabilmesi açısından ücret ihtilafının da yargılamayla giderilmesi gerekmektedir. Bu konuda yukarıdaki açıklamalar bu konu için de geçerlidir²⁸⁸.

* * * *

yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatın belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır. İşletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir.” Yargıtay 9. HD 18.3.2013 tarihli, 2013/3199 E., 2013/9270 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 1.5.2021).

²⁸⁷Süzek, a.g.k., 2019, s.622; A. Güzel (2012). İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 245.

²⁸⁸Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatı ve sendikal tazminat hakkında temel bilgiler yukarıdaki başlıkta kısaca özetlenmiş olup, çalışmanın konusu bakımından bu hesaplamanın bilirkşi incelemesine elverişli olup olmadığına değinmek de gerekmektedir. Davada ücretin gerçek miktarı üzerinde ihtilaf var ise öncelikle yukarıda belirtildiği gibi, söz edilen alacak ve tazminat hesaplarına muhakkak etkili olacağından bu ihtilafın çözülmesi gerekmektedir²⁸⁹. Sendikal tazminat ve işe başlatmama tazminatı hesaplamalarının nitelikli hesaplama olmadığı açıklıkla söylenebilir. Sendikal tazminat kanun gereği bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere belirleneceğinden yani hâkimin doktrin ve içtihadın ışığında takdir edeceği bir ücret katı olarak belirleneceğinden hesaplamasının bir basit hesaplama olduğunu söylemek mümkündür.

İşe başlatmama tazminatı için de aynı durum söz konusudur. Kanun gereği dört ila sekiz aylık ücret tutarında belirleneceği düzenleme altına alınan bu tazminatın kaç aylık ücret üzerinden belirleneceği hâkimin takdirinde olduğundan hâkim dosya kapsamından saptayacağı ücret ile belirlediği ay miktarını çarparak basit bir hesaplama ile sonuca ulaşabilecektir.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarında ise önceki iki tazminata göre daha karışık olduğu söylenebilirse de bu alacağın belirlenmesi işleminin de nitelikli hesaplama olduğunu söylemek zordur. Şöyle ki bu alacağın işe başlatmama tazminatının belirlenmesinden tek farkı, ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülebilir diğer menfaat ve hakların da göz önünde bulundurulması gerekmesidir. Buna ilişkin anlatım yukarıda yapılmıştır. Bunların bordrodan, ihtilaflı ise tanık beyanlarından, işyerinde TİS uygulanıyorsa TİS üzerinden tespit edilmesi nitelikli bir hesaplama değildir. Yol, yemek, erzak kolisi gibi ayni yardımların olması durumunda bunların nakdi karşılığının belirlenerek hesaplama dâhil edilmesi de nitelikli hesaplama oluşturabilecek bir husus değildir. Bunlar hakkında belgeler işverence sunulmalıdır. Sunulmadığı durumda yol servis olarak sağlanıyorsa yol ücreti için mahalde bulunan servisçiler odasından veya ticaret odasından bilgi alınabileceği gibi, belediyeden bilgi alınarak toplu taşıma ücretleri üzerinden de belirlenme yoluna gidilebilir. Yemeğin işyerinde sağlanması durumunda işverence belge sunulmaması

²⁸⁹Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

halinde yemek ücretinin nakdi karşılığı da bu şekilde vergi dairesinin günlük yemek istisna bedeli üzerinden belirlenebilir. Erzak kolisi gibi yardımlarda ise yaklaşık değeri tanıklara sorularak belirlenmesi veya içeriği sorularak yine piyasa araştırmasıyla değerinin belirlenmesi mümkündür. Sırf bunların aynı olarak sağlanması hesaplamayı nitelikli hale getirmeyecektir. Zaten uygulamada dosyanın bu hesaplamalar için bilirkişiye verildiği durumlar da bilirkişiler bu anlatıldığı şekilde saptama yoluna gitmekte, başkaca uzmanlık gerektiren bir araştırma yapmamaktadır.

İşyerinde TİS uygulandığı ve işçinin TİS'ten yararlandığı durumlarda ise TİS'te nakdi karşılığı belirlenen yardımların ve ödemelerin dava tarihi itibarıyla değerinin yine TİS uyarınca belirlenmesi, TİS'te aynı olarak belirtilip nakdi karşılığı belirtilmeyen yardımların ise yine yukarıda anlatıldığı gibi belirlenmesi mümkündür. Bu sebeple bunların hesaplamaları özel bir hesap uzmanlığı veya başkaca teknik bilgi gerektirmediklerinden hâkim tarafından yapılabilir. Usul ekonomisi ve bilirkişilik hakkında HMK ve BilK emredici hükümleri gözetildiğinde uygulamada yaygın olarak feshin geçersizliğinin tespiti davalarında mali sonuçlar hakkında bilirkişi incelemesi yapılması kanımızca hukuka aykırıdır. Uygulamada bu hususlarda bilirkişi incelemesine başvurulmasında iş yükünün etkili olduğu düşünülmektedir. Ancak feshin geçersizliğinin tespiti davasında yapılacak mali sonuçlara ilişkin tespitler, yukarıdaki diğer alacak kalemleri gibi nitelikli hesaplama olarak düşünülemez. Bu sebeple iş yükü gerekçesiyle dahi olsa bilirkişi incelemesine başvurulması hukuka aykırıdır.

2.2. Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarında Fesih Sebebine Dayanak Gösterilen Konular ve Bilirkişi İncelemesi

Fesih, İş Kanunu sistematığında öncelikle geçerli fesih ve haklı fesih olarak ayrılmıştır²⁹⁰. Geçerli fesih halleri ise işçiden kaynaklanan ve işyerinden kaynaklanan, bunun yanında işyeri dışından kaynaklanan sebepler olarak ayrılmaktadır²⁹¹.

²⁹⁰Fesih hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, *İş Akdinin Feshi*, 1955, s. 41 vd; Süzek, a.g.k., 2019, s.

503. Yenilik doğuran hak olması dolayısıyla bir yenilik doğuran hak olarak fesihle ilgili detaylı bilgi için bkz. V. Buz (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin, s. 55.

²⁹¹ Fesih sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 504 vd ve 665.

Feshin geçersizliğinin tespiti talepli davalarda işverenin ileri sürdüğü fesih sebebinin denetlenmesi yani tahkikat aşamasında feshin geçerli mi geçersiz mi olacağına dair değerlendirme, fesihte kanunun aradığı usuli ve diğer hukuki konular ayrık tutulduğunda, özel ve teknik bilgi gerektirebilir. Örneğin uygulamada işyerinden kaynaklanan ve işyeri dışından kaynaklanan sebepler olarak sayılabilecek üretim azalmasından veya ekonomik sebeplerden doğan istihdam fazlası iddialarının, performans değerlendirmesine dayalı fesih iddialarının²⁹², işyerinin yeniden yapılanma (reorganizasyon) iddialarının, üretim sürecinde teknolojik değişimler iddialarının, genel anlamda işverenin yönetim hakkı kapsamında işletmesel karar²⁹³ olarak işçinin iş akdinin feshine karar verildiği yönündeki iddialarının; istisnai olarak işçiden kaynaklanan sebeplerden de sık rapor olarak işin yürütümünün aksatıldığı iddialarının, haklı veya geçerli sebep olduğu gözetilmeksizin teknolojik veya özel bilgi gerektiren bir fesih sebebi ileri sürülmesi (teknik olarak bir işin hatalı yapıldığı iddiası, sahte belge iddiası, mali kayıtlarla ilgili iddialar gibi teknolojik uzmanlık ile ancak denetlenebilecek

²⁹² “Somut olayda, davacının performansının düşük olduğundan bahisle, savunması alınmak suretiyle iş sözleşmenin feshedildiği, davacının, savunmasında, performans düşüklüğü sorununun çözümü için ilgili eksikliklerin çalışanlara bildirilerek ortak çözüm yöntemlerinin araştırılması gerektiğini beyan ettiği görülmektedir. Mahkemece, dava dosyası bilirkişilere tevdi edilerek, performans yönünden araştırma yapılması talep olunmuşsa da, ibraz edilen bilirkişi raporlarında, davacının savunmasında belirttiği hususlara değinilmediği gibi davalı işveren tarafından oluşturulan performans değerlendirme sisteminin genel, objektif, çözüm sağlama amacına yönelik, çalışanlar ve işveren arasındaki işbirliği esasına dönük olup olmadığı yönünde bir açıklama da içermediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, dava dosyası yeniden bilirkişiye tevdi edilerek, performans değerlendirme sisteminin yukarıda belirtilen hususlar ile davacı açısından kişisel gelişim hedefi belirleyip belirlemediği tespit olunarak, oluşacak kanaate göre karar verilmesi gerekirken, eksik ve denetime elverişli olmayan bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD 27.4.2009 tarihli, 2008/27863 E., 2009/11775 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 31.8.2021).

²⁹³ İşletmesel karar kavramı kanunda düzenlenmemiş olup, Yargıtay kararlarıyla yerleşmiş bir kavramdır: “4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.” Yargıtay 9. HD 6.10.2008 tarihli, 2008/30274 E., 2008/25209 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.4.2021).

sebepler) durumunda çoğu zaman özel ve teknik bilgi ile denetlenebileceği söylenebilir. Fesih sebebinin denetlenmesi için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulduğu durumlarda bilirkişi incelemesine başvurulması HMK uyarınca yerine getirilmesi gereken bir aşamadır.

İş hukukunun iş güvencesi düzenlemeleri kapsamında açıkça düzenlenmemiş olsa da gerek kanun gerekçesinde yer alması²⁹⁴, gerekse Yargıtay içtihatlarıyla kabul görmesi²⁹⁵ karşısında feshin son çare ilkesi, tüm kanuni şartların yanında gözetilmektedir. Feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio), fesih için gerekli şartların bulunmasının yanında, fesihten önce başvurulabilecek daha hafif önlemler varsa bunlara başvurulmasının gerektiren ilkedir²⁹⁶. Doktrinde savunulan görüşe göre son çare ilkesi TMK m. 2’de düzenlenen, özel hukukun temel maddelerinden olan dürüstlük kuralına dayanmaktadır zira iş sözleşmesinin devamlılığı için her iki tarafın da yükümlülükleri vardır ve sözleşmesel ilişkinin devamı için farklı seçeneklerin denenmesi de dürüstlük kuralının gereğidir²⁹⁷. İş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme olması²⁹⁸ yani ani edimli sözleşmelerden farklı olarak edim sonucunun, alacaklının menfaatinin zaman içinde tekrarlanarak gerçekleştiği bir sözleşme olması gözetildiğinde, dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin devamı için çaba gösterilmesi gerektiği, yani feshin son çare olması gerekliliği açıktır²⁹⁹. Yargıtay’ın bu konuda gözettiği ölçütlere değinmek gerekirse, öncelikle işyerinde örneğin istihdam fazlası öne sürülürken fazla çalışma yapıp yapılmadığının denetlenmesi gerekmektedir, zira bu

²⁹⁴İş Kanunu m. 18 gerekçesi: “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

²⁹⁵Yargıtay 9. HD 6.10.2008 tarihli, 2008/30274 E., 2008/25209 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.4.2021).

²⁹⁶Feshin son çare olması ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. P. Turgut (2011). *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 44 vd.

²⁹⁷Süzek, a.g.k., 2019, s. 581.

²⁹⁸Süzek, a.g.k., 2019, s. 232.

²⁹⁹“İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.” Yargıtay 9. HD 6.10.2008 tarihli, 2008/30274 E., 2008/25209 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 30.4.2021).

durumda istihdam fazlasından söz etmeden önce fazla çalışma yaptırılma uygulaması durdurulmalı, buna rağmen istihdam fazlası var ise feshe başvurulmalıdır³⁰⁰. Bu husus denetlenirken fesih işlemine tabi tutulan işçinin çalışabileceği departmanlar gözetilerek değerlendirme yapılmalıdır³⁰¹. Bundan başka işçinin işyerinde çalışabileceği başka bir bölüm veya başka bir iş pozisyonu olup olmadığı değerlendirilmelidir³⁰². İşverenin başka bir işyeri varsa, aynı işkolunda olup olmadığına bakılmaksızın işçiye teklif edilebilecek bir iş olup olmadığı değerlendirilmeli ve varsa öncelikle bu işe geçmesi teklif edilmelidir³⁰³. İşyerinde üretim sürecinde yeni teknolojiler uygulanacak

³⁰⁰“İşletmesel 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.” Yargıtay 9. HD 16.12.2004 tarihli, 2004/27003 E., 2004/27998 sayılı kararı (A. Güzel (2005). Karar İncelemesi, ÇT 2005/1 S:4, s.159-182.).

³⁰¹F. Şahlanan (2005). Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 100; M. P. Soyer (2005). İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, *İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı*, s. 55.

³⁰²“Davacının toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalıştığı tartışmasızdır. Genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz. Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevinin gerektirdiği nitelikleri taşınamaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse işyerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.” Yargıtay 9. HD 12.6.2007 tarihli, 2007/8740 E., 2007/18743 sayılı kararı (T. Canbolat (2008). Karar İncelemesi, Sicil Dergisi, S:9, s. 62-76.).

³⁰³“Yukarda yapılan açıklamalar doğrultusunda, özellikle Genel Merkez işyerinde başka bir firmaya yaptırılan organizasyon şemasının tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, toplu işçi çıkarma kararı öncesi ve sonrası Genel Merkez dahil davalı vakfın diğer işletmelerine yeni işçi alınıp alınmadığı, ilgili kurumlardan kayıtlar getirtilerek incelenmeli, Genel Merkez işyerinden diğer işletmelere nakledilen işçi olup olmadığı, feshin son çare olması ilkesi kapsamında davacının davalı vakfın diğer işletmelerinde çalıştırılıp çalıştırılmayacağı araştırılmalı, gerekirse işyerinde insan

olmasından dolayı üretim organizasyonunda değişiklik yapılacağından bahisle işçinin iş akdini feshettiği durumlarda, işçiye meslek içi eğitim verilerek fesihten kaçınma olanağı olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir³⁰⁴.

Yargıtay'ın yukarıda açıklandığı üzere “işletmesel karar” olarak adlandırdığı, feshin işverence işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapıldığı ileri sürüldüğü durumlarda yerleşik uygulamaları gereğince; öncelikle “işletmesel karar”ın aranması (gizli-örtülü olduğu da değerlendirilebilir), işverenin kararında iş sözleşmesinin devamını engelleyen hususun araştırılması, işletmesel kararlar gerçekten istihdam fazlasının meydana gelip gelmediğinin, alınan işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucunda feshin kaçınılmaz olup olmadığı, bir başka deyişle ölçülülük denetimi (feshin son çare olması ilkesi yönünden denetim) yargılama esnasında mahkemece gözetilmelidir³⁰⁵.

kaynaklarından ve istihdam konusunda uzman bir bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak bu olgulara açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 4.6.2007 tarihli, 2007/7926 E., 2007/17965 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 2.5.2021).

³⁰⁴“Bu nedenle, bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; davalı şirketin yukarıda belirtilen kriterlere göre ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, istihdam fazlalığı doğup doğmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, fesihten önce ve sonra davacı ile aynı nitelikte veya davacının kısa süreli bir eğitimle yapabileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 14.12.2009 tarihli, 2009/11733 E., 2009/34774 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 2.5.2021).

³⁰⁵“İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu’nun 18’nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu’nun 18’nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir

başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arzeder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı(kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetmelik karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci),

üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

...

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı(keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu

Tüm bu anlatılan hususların özel ve teknik bilgiler ile çözümlenebileceği açıktır. Gerek teknolojik sebeplerle üretim organizasyonunda değişiklik yapıldığı iddiası, gerekse buna bağlı olarak işçinin meslek içi eğitimle işe devam edip edemeyeceğinin denetlenmesi şüphesiz işyerinin üretim alanıyla alakalı mühendislik bilgisi gerektirmektedir. Bunun gibi, ekonomik sebeplerle sipariş ve üretim azalması gibi sebeplerin irdelenmesi gerek iktisadi gerekse insan kaynakları ve endüstri mühendisliği alanında uzmanlık gerektirmektedir. Yine işçiye teklif edilebilecek bir işin olup olmadığı yine o işin uzmanı olan mühendislik ve insan kaynakları uzmanlığı ile çözülebilir. Bu hususlarla ilgili atıf yapılan Yargıtay kararlarında da gerek keşif yapılarak bilirkişi incelemesi yapılması, gerekse işyeri kayıtlarının çeşitli bilirkişilerce incelenmesi yönünde yerleşik içtihatlar oluşmuştur. İşletmesel kararın uygulanması noktasında Yargıtay'ın aradığı, yukarıda verilen ölçütlere uyulup uyulmadığının denetlenmesi de özel ve teknik bilgilerin hâkimin önüne getirilmesi ile çözülebilecektir. Örneğin istihdam ihtiyacının azaldığı ileri sürüldüğünde gerek üretim ve işyerinin ekonomik durumu bakımından gerekse işyerinin tüm departmanlarıyla çalışma koşullarının, fazla mesai yapılıp yapılmadığının, yeni işçi alınıp alınmadığının ve benzeri tüm hususların işyeri kayıtları üzerinde özel ve teknik bilgi kullanılarak inceleme yapılması ve bunların hâkimin önüne getirilmesi ile çözülebileceği ve

feshin kaçınılmaz olup olmadığı(ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.” Yargıtay 9. HD 6.10.2008 tarihli, 2008/30274 E., 2008/25209 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 4.5.2021).

denetlenebileceği kuşkusuzdur³⁰⁶. İşte tüm bu özel ve teknik bilgi içeren hususların tüm işyeri kayıtları ile incelenbilmesi ancak bilirkişi incelemesi ile mümkündür. Yargıtay da yerleşik içtihadında bu konularda bilirkişiye detaylı inceleme yaptırılarak işletmesel kararın tüm yönleriyle denetlenmesi gerektiğini belirtmektedir³⁰⁷.

³⁰⁶ “Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansıması ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelir-gider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Tüm bu durumlarda yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniversitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yapılarak ve şirket mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi ve öz varlıkları, borçları-alacakları, satış ve üretim değerleri, kısaca mali bilançosu ve defterleri incelenerek bir sonuca varılabilir.” Yargıtay 9. HD 14.12.2009 tarihli, 2009/11733 E., 2009/34774 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 6.5.2021).

³⁰⁷ “Mahkemece dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmıştır. Dosya üzerindeki inceleme ile karar verilmesi, yukarda belirtilen yargısal denetimi karşılamadığından, eksik kalmıştır. İşveren yeniden yapılanma kararı aldığını, bazı bölümleri kaldırdığını, bazı bölümlerde ise işçi azaltılmasına gittiğini savunmuş ve buna ilişkin organizasyon şeması ve kararlar sunmuş olup, bu doğrultuda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde önce gönüllük, sonra emekliliği gelenleri, daha sonra ise karı koca işçilerden biri gibi kriterleri uyguladığı ve davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Alınan bu işletmesel kararlar sonrası kapatılan ve kadrosu lağvedilen bölümler ile istihdam azaltılmasına karar verilen bölümlerde istihdam fazlalığı meydana gelecektir. Davalı işveren bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamış ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan kurala uymuş ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde kendisini bağlayan kurala uyup uymadığı yönünden somut olarak araştırma yapılmalıdır. Bunun içinde işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihden önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri getirilmeli,

Kısaca anlatılmaya çalışılan “işletmesel karar” olgusunun, esasen hukuk dışındaki alanlarla ilgili kayıtlar, genel olarak mali kayıtlar ile üretimle ilgili teknik hususlar, incelenerek çözülebileceği, detaylı özel ve teknik bilgi içerdiği şüphesizdir. Hem işyeri kayıtları üzerinde işçi giriş-çıkış ve özlük kayıtları üzerinde insan kaynakları uzmanlığı ile yapılacak inceleme, hem üretim süreçleri ile ilgili ve işçinin işyerinde başka hangi işi yapıp yapamayacağı veya işverenin başka işyerinde yapabileceği bir iş olup olmadığı ve departmanlarda bu hususta ihtiyaç olup olmadığı gibi konularda yapılacak mühendislik incelemesi ileri derece özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. İşverence sunulan kayıtlar ve ileri sürülen iddiaların özel ve teknik bilgili uzmanlarca denetlenmeden sadece şeklen denetlenmesi, bunların baştan doğru kabul edilmesi ve aslında sorgulanmaması sonucunu doğurur. Bu sebeple Yargıtay yerleşik kararlarında muhakkak detaylı inceleme yapılması, bu teknik verilerin kararda muhakkak göz önünde bulundurulması gerektiğine vurgu yapmaktadır³⁰⁸.

İşletmeden kaynaklı sebeplere dayalı fesihlerin incelenmesi yanında, kimi zaman da işçiden kaynaklanan sebeplere dayalı fesihlerde de incelenmesi özel ve teknik bilgi gerektiren hususlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin sık rapor alarak verimsizliğe düşme, işin yürütümünün aksamasına sebebiyet verme gibi bir gerekçe ileri sürüldüğünde mahkemenin soyut olarak tahmini ölçütlerle raporların gün sayısına bakarak raporun sık mı seyrek mi olduğuna kanaat getirmesi esasen fesih sebebini Yargıtay’ın ölçütlerinden uzak olarak yüzeysel bir inceleme olacaktır. Bu sebeple yine

işyerinden keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yapılmalı ve feshin yukarda belirtilen ilkelere göre geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD 6.10.2008 tarihli, 2008/30274 E., 2008/25209 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 6.5.2021).

³⁰⁸ “Davalı şirketin ortaklar kurulunca 28.1.2008 tarihinde ekonomik kriz nedeniyle oluşan durumdan dolayı işçi azaltılmasına karar verilmiştir.

Mahkemece yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporunda davacının çalıştığı bölümün faal olduğu, işten çıkartılanların sayısından fazla yeni işçi alındığı, bunun fesih nedeni ile çelişen bir uygulama olduğu ve sonuç itibarıyla feshin geçerli nedene dayanmadığı belirtilmiştir. Bilirkişi raporunda işe alınanların yaptıkları işler de belirtilmiştir. Davalı işverenin fesihten önce ve sonra davacının değerlendirilebileceği işler için çok sayıda yeni işçi almış olması feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığını göstermektedir.” Yargıtay 9. HD 21.6.2010 tarihli, 2009/23010 E., 2010/19946 sayılı kararı (Kişisel arşiv).

işin yürütümünün aksayıp aksamadığı sübjektif tanık beyanlarıyla da değerlendirilemeyeceğinden, işyeri kayıtları temin edilmek suretiyle üretim süreçlerinde özel ve teknik bilgiyi haiz bilirkişiye inceleme yaptırılarak, departmandaki tüm işçilerin ortalama devamsızlıkları ile feshe tabi tutulan işçinin devamsızlıkları karşılaştırılarak hem hâkime eşit işlem borcunu denetlemek üzere somut veri sunulmalı, hem de üretim süreci ve departman yapısı uzmanına incelettirilerek işin yürütümünün somut olaya göre aksayıp aksamadığının değerlendirilebilmesi için hâkime teknik bilgiler sadeleştirilerek sunulmalıdır. Yine işçinin performansı gerekçe gösterilerek fesih gerçekleştirilmiş ise davada, öncelikle Yargıtay'ın aradığı kriterler tahtında³⁰⁹ usule uygun olarak

³⁰⁹ “İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiye doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.” Yargıtay 9. HD 18.9.2014 tarihli 2014/10675 E., 2014/27237 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 7.5.2021).

performans değerlendirmeleri işverence yapılmış ve dosyaya sunulmuşsa bunların esastan incelenebilmesi için elbette ki özel ve teknik bilgi gerekeceğinden dosyanın bu konuda uzman bilirkişiye verilerek hâkimin hukuki değerlendirmeyi detayıyla yapabilmesi sağlanmalıdır³¹⁰.

3. HUKUKİ MESELEDE BİLİRKİŞİYE BAŞVURU: “KUSUR” BİLİRKİŞİLİĞİ

3.1. İş Yargılamasında Kusur Kavramı

İş kazalarından kaynaklı maddi ve manevi tazminat davalarında, mevzuatta iş kazalarında kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmediğinden, kusur sorumluluğu uygulanmaktadır. Dolayısıyla, işverenin sorumluluğunun sınırları kusuru oranında belirlenmektedir. Kusur, sözlük anlamıyla “*Bilerek veya bilmeyerek bir işi gereği gibi*

³¹⁰ “... davalı bankanın önceden belirlemiş olduğu kriterlerin davacıya tebliğ edilip edilmediği yönünde bilgi ve belgelerin dosyaya getirilmesi, davalı bilirkişi deliline dayanmakla bu belgelerin getirilmesinden sonra gerektiğinde performans bilirkişi incelemesi yaptırılması, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmemesi halinde bunun gerekçelendirilmesinden sonra karar verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince davalı tarafa usulüne uygun kesin süre verilmeksizin tüm deliller toplanmadan, bilirkişi incelemesi yaptırılmadan dosya karara bağlanmıştır.

İlk derece mahkemesince, cevap dilekçesi ekinde yazılı delillerin hukuki dinlenme, adil yargılama doğrultusunda sunulması için davalı tarafa uygun bir kesin süre verilmesi, delillerin toplanmasından sonra performans raporları, formları vb. bilgi ve belgelerin incelenmesi, işçiye tebliğ edilip edilmediğine ilişkin belgelerin incelenmesinden sonra dosyaya yarar sağlayacaksa bilirkişi incelemesi yaptırılarak, gerekmezse bu konu gerekçelendirilerek karar verilmesi gerekmektedir.” İstanbul BAM 29. HD 12.4.2017 tarihli, 2017/975 E., 2017/543 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 23.4.2021). Ayrıca Yargıtay’ın “performans”ın özel ve teknik değerlendirme gerektirdiğine dair kararı: “Mahkemece yapılacak iş, davalı iş yerinde davaya konu olan zammın yapıldığı tarihte iş yerinde sürücü olarak çalışan tüm işçilerin ücret belgelerini, bordrolarını ve performans belgelerini getirtmek suretiyle bir mali müşavir, bir endüstri mühendisi ve bir insan kaynakları uzmanı olmak üzere üçlü bir bilirkişi heyeti oluşturarak; ücret artışı yapılan ve yapılmayan sürücü olarak çalışan işçilerin performansları karşılaştırılarak bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve performanslar belirlenerek gerçekten ücret artışı yapılan sürücü olarak çalışan işçilerin performanslarının davacıdan ve ücret artışı yapılmayan diğer sürücü işçilerden daha yüksek olduğunun anlaşılması halinde fark alacak talepleri ile şimdiki gibi ayrımcılık tazminatı isteminin reddine, karar vermektir.” Yargıtay 7. HD 30.10.2014 tarihli, 2014/12859 E., 2014/19854 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 23.4.2021).

yapmama” olarak tanımlanabilir³¹¹. Kanunlarda kusurun tanımı yapılmamıştır³¹². Kusurun insan iradesiyle ortaya çıkan bir davranış olduğu söylenebilir³¹³. Hukuki anlamda kusur, bir fiilin ya da bir fiili yapmama şeklindeki pasif davranışın hukuk düzenince kınanması şeklinde açıklanabilir, yani hukuka uygun olmayan sonuca sebep olan davranış ya da davranışsızlıktır³¹⁴.

Esasen işverenin iş kazalarından sorumluluğunun esas doktrinde tartışmalıdır³¹⁵. Yazarların bir kısmı işverenin kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır, bunu da kimisi kanuni boşluğu doldurma³¹⁶, kimisi

³¹¹TDK Güncel Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr). Yine aynı kaynakta “Eksiklik, noksan; özür; elverişsiz durum” olarak da tanımlanmaktadır.

³¹²“Diğer taraftan uyuşmazlığın çözümünde Anayasa’nın 129/5.maddesinde yer alan “yetkilerini kullanırken işledikleri kusur” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada “kusur” ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır.

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.” Yargıtay HGK 19.6.2015 tarihli, 2014/77 E., 2015/1712 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 20.4.2021).

³¹³H. Oğuz (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur, *TAAD Yıl:7 S:28*, s. 276.

³¹⁴Schwarz (1948). *Borçlar Hukuku Dersleri* (Çev. B. Davran), İstanbul: İÜHF, s. 106-108’den aktaran S. Reisoğlu (2013). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta, s. 171; F. Eren (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin, s. 569.

³¹⁵S. Süzek (1985). *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara: Savaş, s. 210.

³¹⁶İ. Ulsan (1990). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Kazancı, s. 71: “İş Hukuku mevzuatında işverenin gözetim borcu düzenlenirken, bunun ihlali halinde doğan tazmin borcu düzenlenmemiştir. Tazminat esaslarını öngören Türk Borçlar Kanunu m. 112 (96,332) ise iş hukukunun niteliğine ve amacına uygun sonuçlar doğurmamaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan yasa boşluğu, Medeni Kanun m.1 uyarınca hakim tarafından doldurulmalıdır.” Aynı yönde Süzek, a.g.k., 2019, s. 401; F. Eren (1974). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara: AÜHF, s. 89 vd.; Ulsan, a.g.k., 1990, s. 125: “İş Kanununda (şimdiki İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu) işverenin gözetim borcunu ihlal etmesi durumunda zararın tazmini konusunda düzenleme olmadığından, genel kanun olan Borçlar Kanunu’na bakılmalıdır. Ancak Borçlar Kanununun kusur sorumluluğu esaslı BK 96 ve 332 (şimdiki TBK 112) maddeler, iş hukukunun işçiyi

hakkaniyet esasına³¹⁷, kimisi ise tehlike yaratma ilkesine³¹⁸ dayandırmıştır. İş kazalarında sorumluluğun kusur sorumluluğu esaslı olduğunu savunanlar ve baskın görüşte olanlar ise, hukukumuzda kusur sorumluluğunun asıl, kusursuz sorumluluğun ise istisna olmasına³¹⁹ ve bu konuda istisnaya ilişkin açık bir kanuni düzenleme olmaması karşısında istisnanın uygulanamayacağı noktasında görüş bildirmektedirler³²⁰. Yargıtay önceki kararlarında işverenin risk esasına dayalı kusursuz sorumluluğunu

koruyucu sosyal amacına uygun olmadığından söz konusu hükümler işverenin sorumluluğuna uygulanamayacağından kanun boşluğu, MK m. 1 uyarınca hakim tarafından işçiyi daha çok koruyan tehlike esaslı kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü ile doldurulmalıdır.”

³¹⁷Çenberci, a.g.k., 1978, s. 807’de ifade edilen görüşe göre hakkaniyet esası, alınması gerekli önlemler açısından değil, işverenin sorumluluğu açısından getirilmiştir. M. Kılıçoğlu (2012). *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, İstanbul: Bilge, s. 28 vd; T. Centel (2011). Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *Sicil Dergisi* S:24, s. 16: Yazarlara göre ise kanundaki iş sağlığı ve güvenliği konusundaki her önlemin noksansız alınması zorunluluğu şeklindeki hükümlerin yorumu kusursuz sorumluluğu işaret etmektedir.

³¹⁸A. İzveren (1970). *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, İstanbul: Doğu Matbaacılık, s. 166: Görüşe göre “işyeri rizikosu” kabul edilmelidir ve bu kavram kusur sorumluluğuna istisna getirmeye yeterlidir.

³¹⁹Reisoğlu, a.g.k., 2013, s. 179; A. Sevimli (2013). Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *ÇT* 2013/1 S:36, s.128.

³²⁰Süzek, *İş Güvenliği*, 1985, s. 209; N. Gerek (1998). *Türkiye’de İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği*, Ankara: Türk Metal, s. 93 vd; Süzek, a.g.k., 2019, s. 402; G. Baycık (2006). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri*, Ankara: Yetkin, s. 159. Bu görüşü savunan yazarlardan Süzek’e göre özel kanunlarda işverenin hukuki sorumluluğunu düzenleyen bir düzenleme yer almamakta, yalnız sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca sonuçlar yer almaktadır. Bu sebeple işçinin Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmayan zararının tazmini konusunda genel kanun olan TBK’nın 112 vd. maddelerinde düzenlenen genel hükümlerine başvurulmalıdır. Söz konusu hükümler ise kural olarak kusur sorumluluğu esasına dayanır. Kusur sorumluluğu esas olandır. Ancak yasanın öngördüğü istisna hallerde bertaraf edilebilir. Kanunda önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden doğan zararların özellikle düzenleme ile kusursuz sorumluluk kapsamına alınması da bu anlamda iş kazalarında esas olanın kusur sorumluluğu olduğunu doğrulamaktadır. Yazar, kusursuz sorumluluk ilkesini savunan yazarların görüşlerine de yanıt olarak; işverenin her türlü önlemi alması düzenlemesinin kusursuz sorumluluğu işaret etmediğini, işverenin özen yükümlülüğünün derecesini gösterdiğini, mevzuattaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirmeyerek kusurlu davrandığının kabul edileceğini savunmaktadır.

kabul etmiştir³²¹. Daha sonraları ise Yargıtay, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde özel bir düzenleme olmadıkça kusur sorumluluğunun uygulanacağını da vurgulayarak işverenin iş kazasından kusuruyla sorumlu olacağını kabul etmiştir³²².

³²¹ “19. yüz yıl başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan mesuliyet hükümleri, zararı meydana getirenin kusurlu olması esasına dayanmakta idi yani bir kimsenin isteyerek yahut önleyebileceği bir zararı önlemek için dikkatli davranmamış olması yüzünden meydana getirdiği bir zararın karşılığını tazmin etmesi kabul edilmekte idi, diğer tabirle iradesini gereği gibi kullanmayan kimse, iradesini kullanıştaki bozukluktan dolayı mesul tutuluyordu. Lakin o yüz yılın ortalarına doğru tatbik sahasına giren yeni keşifler ve bu arada sanayi ve ziraatın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadi hayata hakim olan makineleşme hareketi, insanlar arasındaki münasebetleri eskisine göre çok sıklaştırdığı gibi tehlike ihtimallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mesuliyet sistemi ile zararların karşılanmasına bir çok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesuliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir. Nitekim, Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası, 56. maddesinin birinci fıkrası, 58. maddesinin birinci fıkrası hükümleriyle Medeni Kanunun 320. maddesi hükmü, kusursuz mesuliyet hükümlerindendir. Borçlar Kanununun haksız fiile ait hükümlerinin yazılışına esas olan sıraya göre dahi kusursuz mesuliyet hükümleri arasına konulmuş bulunan bu 55. madde hükmünü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat içtimai tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden saymak, iktisadi ilerleme yolunda bulunan ve bu bakımdan gerek sanayi sahasına, gerekse makineleşmek üzere olan ziraat sahasında fertler için bir çok zarar tehlikesi ihtimalleri beliren memleketimiz bakımından da içtimai ihtiyaçlara tamamiyle uygun düşücektir ve böylece, kanunun lafzına dayanan tefsiri, onun ruhuna da uygun neticeler verecek demektir.” Yargıtay İBGK 27.3.1957 tarihli 1957/1 E., 1957/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Kazancı. Erişim: 10.11.2020). Aynı yönde: “Zira, davalı Mehmet ölen işçinin işverenidir. Adam çalıştırılan işçi arasında işin yürütümü için çalıştırma ve bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Zarar hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşmuş olup, hukuka aykırı eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu nedenle işveren, kendisinin yada kullandığı adamın kusuru olmasa bile istihdam eden sıfatıyla tazminattan sorumludur. 1475 sayılı Kanunun 73, 4857 sayılı Kanunun 77. maddesi ve işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğü hükümlerine göre işyerinde gerekli güvenlik tedbirlerini almayan işveren, bu tedbirlere riayet etmediği oranda sorumlu olacağı gibi, diğer işçisinin kusurundan da istihdam eden sıfatıyla sorumludur. Ancak, bu sorumluluk kuralları dışında bir de bu konuda sanayi gelişmesiyle toplumsal düşünceden kaynaklanan tehlike (risk) sorumluluğu teorisine dayalı sorumluluk hali vardır. Gerek öğretide gerekse uygulamada ve özellikle İş Hukuku alanında benimsenen ve 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında biçimlenen bu sorumluluğun esası; zararlandırıcı olay işyerinde işverenin yada çalıştırdığı adamın tedbir konusunda gerekli özeni göstermesine, 3. kişi ile işçinin de herhangi bir kusurlarının

Yargıtay'ın görüşü, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yapılan temel değişiklikler, İş Kanunu'nun ilgili bölümlerinin kaldırılarak bu konuda müstakil bir kanun olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlarda netlik kazanmış, hukuki temele oturmuş ve istikrar kazanmıştır. Buna göre Yargıtay, 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bir kararda, kanunun ve kanuna dayanarak çıkarılan yönetmeliklerin işverenin yükümlülüklerini objektifleştiren kriterler getirdiğini, mevzuatta yer alan teknik güvenlik kurallarına uyulmamasının işverenin kusuru olarak kabulünün gerektiğini; bu sorumluluğun yazılı kurallarla sınırlı olmadığını, teknolojik

bulunmamasına rağmen işçi için bir zarar doğurmuşsa, bunun sonucunda hak ve nesafet kuralları içinde işçinin işinden yararlanan işverenin sorumlu tutulmasıdır. 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi; 19. yüzyılın başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri zararı meydana getirenin kusurlu olması esasına dayanmakta idi. Ne var ki, daha sonraları yeni keşifler ve bu arada sanayiinin ve tarımın gösterdiği olağan üstü gelişmeler ve ekonomik hayata hakim olan makinalaşma hareketi insanlar arasındaki ilişkileri sıklaştırdığı gibi tehlike olasılıklarını da eskisine göre pek çok arttırdığından kusura dayanan sorumluluk sistemi ile zararların karşılanmasına birçok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden kanunlarla sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım sorumluluk hükümleri konulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bunlara kusursuz sorumluluk hükümleri yahut tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluk hükümleri denilmektedir. Borçlar kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası, 56. maddesinin birinci fıkrası 58. maddesinin birinci fıkrası hükümleriyle yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanunun 320. (4721 sayılı Kanun 369.) maddesi hükmü kusursuz sorumluluk hükümlerindendir. Görüldüğü gibi, Borçlar Kanununun 55. maddesi kusursuz sorumluluk arasına konulmuştur. Bu nedenle 55. madde hükmü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat sosyal tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden sayılmaktadır.” Yargıtay HGK 12.11.2003 tarihli 2003/21-673 E., 2003/641 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.11.2020).

³²² “Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihtimal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir.” Yargıtay HGK 3.2.2010 tarihli 2010/21-36 E., 2010/67 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.11.2020). İlgili kararda özel daire kararı yönünde karar verilmiş olup, özel daire kararında şu görüşe yer verilmiştir: “İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi'nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” Yargıtay 21. HD 3.3.2009 tarihli 2008/20034 E., 2009/3026 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 10.11.2020).

imkânlar gereği alınması gerekli önlemlerin alınmadığı durumda işverenin mevzuat gereği kusurlu olacağını kabul etmiş, objektifleştirilen bir kusur sorumluluğuyla kusursuz sorumluluğa yaklaşan bir sorumluluk olsa da bunun kusursuz sorumluluk olmadığını vurgulamıştır³²³. Anılan kararla Yargıtay, işverenin sorumluluğunu ilgili mevzuat ve Anayasanın yorumu ile geniş tutmuş, objektifleştirilmiş yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenin sırf mevzuata uymadığından kusurlu olacağını vurgulayarak iş kazalarından kaynaklı davalarda doktrindeki ve yargı kararlarındaki hukuki niteleme tartışmalarında, güncel mevzuatı da değerlendirerek net bir görüş ortaya koymuştur.

³²³ “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay’ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 77. maddesi ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. ve 5. maddeleri ile bunu uygun olarak çıkarılan iş güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş güvenliği kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak, işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır. Öte yandan, objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez. Çünkü, bu halde dahi işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Kusurun objektifleştirilmesi kriterinin yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu’nun 417/2. maddesinin, Anayasa hükümleri ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında yorumlanması da işverenin sorumluluğunu oldukça genişletecektir. Yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda; işvereni zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluk halinden kurtaracak olan durum iş sağlığı ve güvenliği alanındaki ihmalleri ile oluşan zarar arasındaki uygun nedensellik bağının kesildiğini ispat etmekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulu’nun 20.03.2013 tarih 2012/21-1121 E. 2013/386 sayılı kararında da belirtildiği üzere uygun nedensellik bağı üç durumda kesilebilir. Bunlar mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur. Bu hallerden birinin varlığı halinde işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.” Yargıtay 21. HD 22.4.2014 tarihli, 2014/1282 E., 2014/8662 sayılı kararı (ÇT, 2015/1, S:44, s.513 vd.).

3.2. Kusurun Tespiti ve Bilirkişi İncelemesine Elverişliliği Sorunu

Bir olayda kusurun tespit edilebilmesinin iki aşaması vardır. Birinci aşamada olayda kusur durumuna etki edebilecek teknik faktörlerin saptanması gerekmektedir³²⁴. İş kazası özelinde bu duruma, kazanın meydana geliş şeklinin irdelenerek örneğin bir makineden kaynaklıysa bu makinenin çalışma prensibinden, makine özelinde alınması gerekli iş güvenliği tedbirlerine kadar (makinenin neresine ne tür koruyucu aparatlar takılabileceği-takılması gerektiği gibi, sensör sistemlerinden yararlanılarak belli bir durumda makinenin çalışmasının otomatik olarak durup örneğin işçinin elini, parmağını kesmesinin engellenip engellenmemesinin teknik olarak mümkün olup olmadığı gibi veya tehlikeli durumlarda makinenin çalışmasını durduracak işçinin kullanabileceği düğmelerin kaza anında çalışır olup olmadığı gibi) tüm hususlar teknik saptamalardır. Bu teknik saptamalar teknik konularda uzman bilirkişilerce belirlenerek hâkimin uyuşmazlık konusu vakıaların esası hakkında hukuki sonuca varabilecek bilgiye ulaşması sağlanır. Bunlardan yola çıkarak, kazanın meydana gelmesindeki nedensellik bağlarının ortaya konulması da teknik saptamalar aşamasına dâhildir³²⁵. İkinci aşamada ise kusurun dağılımının yapılması, oran olarak kazaya karışan kişilere ve iş güvenliği önlemlerinden sorumlu işverene dağıtılması gelmektedir. Yani ortaya konan teknik saptamaların hukuk süzgecinden geçirilerek, zarara sebebiyet veren haksız fiilde kimin ne oranda kusurlu olduğunun saptamasının yapılması gerekmektedir.

İş kazasından kaynaklı maddi ve manevi tazminat talepli davalarda tartışma yaratan bir husus, kusur oranlarının mahkemelerce dosyanın kusur bilirkişisine tevdi ile belirleniyor olmasıdır. Yani uygulamada, verilecek örneklerden de görüleceği üzere, yukarıda bahsedilen ilk aşama olan teknik saptamaların yapılması için dosyanın tevdi edildiği bilirkişilerce, ki bunlar genelde kazanın türüne göre belirlenen mühendisler ve iş güvenliği uzmanları ile bazen heyet içerisine dâhil edilen hukukçu bilirkişiler olmaktadır, teknik saptamalar yapıldıktan sonra oransal kusur dağılımı yapılmakta yani hâkime ait olan ikinci aşama da yapılmaktadır. Halbuki kime hangi etkene göre ne kadar kusur verileceğinin belirlenmesi, hukuki bilgiyle ulaşabilecek bir husustur, yani

³²⁴Özveri, a.g.k., 2015, s. 192.

³²⁵Özveri, a.g.k., 2015, s. 192.

kusurun tespiti teknik değil hukuki nitelemeye dâhildir³²⁶. Kusur sorumluluğu esaslı sorumluluk hallerinde TBK m. 49 “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” düzenlemesine göre zararla illiyet bağı olan haksız fiilin kusurlu olması esastır. Bu da kusurun hukuki bir değerlendirme olduğunu destekler niteliktedir. Doktrinde vurgulandığı üzere bazı hususlarda vakıa ve hukuk ayrımı zorlaşmaktadır³²⁷, kusur da bunlardan biridir. Ancak kusurun çerçevesi hukuk tarafından çizilmektedir³²⁸. Konu özelinde kusur, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında alınması gerekli önlemleri almamak, yapılması gerekli davranışları yapmamakla, yapılmaması gereken davranışları yapmakla meydana gelmektedir. Teknik hususlar ortaya konulduktan sonra bunların haksız fiille bağlantısının kurulması ve kusur oranının takdir edilmesi, hukuki değerlendirme yapıp altlama faaliyetiyle sonuca ulaşmaktır ve bu hâkimin görevidir³²⁹.

İş kazalarından kaynaklı tazminat talepli davalarda, kazaya sebebiyet verilen teknik hususların saptanmasının gerekliliği açıktır. Çünkü hâkimin olayın iş kazası olup olmadığından, iş kazasıysa tam olarak nasıl gerçekleştiğini, kimin kusuruyla gerçekleştiğini, hangi unsurların kusura etki ettiğini saptaması için tüm teknik verileri hukuk süzgecinden geçirmek üzere edinmesi gerekmektedir. Bunun yanında bu teknik verilerle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan, yukarıda detaylı anlatılan objektifleştirilmiş yükümlülükler hususunda da değerlendirme yapılarak kusur oranı saptaması yapıp, tazminat hususunda bu kusura göre karar vermesi gerekmektedir. Ancak uygulamada ve Yargıtay uygulamasında genel olarak dosya teknik hususlar hakkında bilgi sahibi bilirkişi heyetine tevdi edilmekte, bilirkişi heyeti olayın meydana gelişinden başlamakta, tüm dosyayı tetkik etmekte, kimi zaman hâkimle keşfe katılmakta, daha sonra teknik hususları ortaya koyup sonuç kısmında ise işçiye ve

³²⁶Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1812; Toraman, a.g.k., 2017, s. 176; Özveri, a.g.k., 2015, s. 193.

³²⁷Toraman, a.g.k., 2017, s. 169.

³²⁸Toraman, a.g.k., 2017, s. 170: Toraman bu konuda sorunun vakıalarla bunun çerçevesini çizen hukuki kavramların bir arada kullanılmasından ileri geldiğini savunmakla, HMK’nın bilirkişi incelemesini düzenleyen maddelerinden hareketle bilirkişinin bu durumda doğrudan veya dolaylı biçimde hukuki yorumda bulunmaması gerektiğini belirtmektedir. Görüş çalışma özelinde yorumlandığında, bilirkişinin teknik eksiklerden bahsederken kusura etki edecek hususları saymasına ancak sonucunda bir tarafın kusurlu olduğu yorumuna varmaması gerektiğine ulaşılmaktadır.

³²⁹Toraman, a.g.k., 2017, s. 176.

işverene yüzdesel kusur dağılımı yapmaktadır. Örnek raporlar üzerinden göstermek gerekirse;

“1-Olay 5510 sayılı Kanun 13. maddesine göre iş kazasıdır.

2- Raporda belirtilen nedenlerden dolayı iş kazası olayında;

A-Davalı işveren %90 oranında kusurlu olduğu (ceza davasında hüküm giyenler hakkında verilen kararın kesinleşme şerhi ile kesinleşmesi halinde her bir kişi %1 oranında kusurlu sayılabilir, geri kalan kusur davalı işverene ait kusur olabileceği)

B- Kazalı işçi %10 oranında kusurlu olduğu,

Kanaatimizi belirtir rapordur. Sayın mahkemenizin takdirlerine saygı ile sunulur

330 .”

“1) Olayın 5510 sayılı kanunun 13. maddesi kapsamında bir iş kazası olduğuna,

2) Kazanın oluşumunda kasıt unsuru bulunmadığına; ancak kazanın öngörülebilir ve alınacak önlemlerle önlenabilir nitelikte bir kaza olduğuna,

3) Raporda yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı olayda;

a. Davalının %95 oranında kusurlu olduğuna,

b. Davacının %5 oranında kusurlu olduğuna,

Olayda başkaca kusuru bulunan olmadığına dair kanaatimizi belirtir rapordur.

Sayın Mahkemenizin takdirlerine saygı ile sunulur³³¹.”

Yukarıda verilen örneklerdeki gibi bilirkişinin kusuru tespit etmesi veya kusur dağılımında bulunması hukukî görüş ve değerlendirmede bulunulması anlamına geldiğinden eleştirilmektedir. Bu hususta farklı görüşler de dile getirilmektedir.

Bir görüşe göre bilirkişinin burada yaptığı, teknik kusur oranı izafe etmekten ibarettir. Teknik kusur hâkimi bağlayan bir husus değildir zira hukuku bilmekle mükellef olan hâkim, bu teknik kusur oranlarını hukuk süzgecinden geçirip hukuki kusur oranını belirleyebilir³³². Bir başka görüşe göre ise bilirkişinin teknik kusur adı altında dahi olsa taraflar arasında oransal olarak kusur dağılımı yapması, hukuki görüş

³³⁰İstanbul Anadolu 6. İş Mahkemesi 2015/155 Tal. sayılı dosyasına (Bandırma 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 2013/435 E. sayılı dosyasına sunulmak üzere) sunulmuş rapor.

³³¹İstanbul Anadolu 12. İş Mahkemesi 2018/25 E. sayılı dosyasına sunulmuş rapor.

³³²V. Seber (2014). İş Kazalarında Bilirkişiden Beklenen Tespitler (Teknik Konu – Hukuki Konu), *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 73 vd.

bildirmeye gireceğinden yapılmamalıdır³³³. Bilirkişi, yalnız teknik hususları saptamalı ve raporunda iş kazasına etki eden faktörleri sıralayıp, kimin neyi eksik yaptığına işaret etmelidir. Bundan sonra olayı hukuk süzgecinden geçirip kusur oranı dağıtma işi, hüküm aşamasında hâkime bırakılmalıdır³³⁴. İkinci görüşü destekleyen yazarlara göre kusura etki eden teknik hususların ortaya konulmasından sonraki aşama yani bilirkişinin oransal kusur dağılımı yapması hiçbir bilimsel veriye dayanmamaktadır³³⁵. İkinci görüşün yargılama pratiği içinde daha tutarlı olacağı açıktır. Çünkü uygulamada yukarıda anlatılan bilirkişi incelemesi süreci sonrası rapor taraflara tebliğ edilmekte, taraflar itirazlarını mahkemeye bildirmektedir. Bundan sonra genellikle kusur raporu adı altında alınan raporlara itirazlar değerlendirilmek üzere dosya ya ek rapora gönderilmekte ya da yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmaktadır. İkinci aşamada ek raporda ya da yeni raporda aynı oranlar belirtilirse bu rapor üzerinden maddi tazminat hesabı yapılmak üzere dosya aktüerya hesap bilirkişisine tevdi edilmektedir. Raporlar arasında kusur oranlarında çelişki oluşmuşsa dosya çelişkinin giderilmesi için tekrar yeni bir bilirkişi heyetine verilmektedir³³⁶. Bu raporda yeni heyet hem dosyayı hem alınan raporları değerlendirerek yeni oranlar vermekte ya da önceki oranlardan birini tekrarlamaktadır³³⁷. Bu noktada hâkimin devreye girerek, kendisine sunulan teknik hususları değerlendirerek kusur oranlarını kendisinin takdir etmesi ise Yargıtay kararlarında genel olarak kabul görmemektedir³³⁸. Bu içtihatlar, esasen kusur

³³³T. Canbolat (2014). İş Mahkemelerinde Bilirkişi Raporu Alınan Konular ve Hukuki-Teknik Konu Ayrımı, *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 12 vd.

³³⁴Canbolat, *Bilirkişi Raporu Alınan Konular*, 2014, s. 13.

³³⁵Canbolat, *Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi*, 2016, s. 266.

³³⁶Canbolat, *Bilirkişi Raporu Alınan Konular*, 2014, s. 13; B. Aras (2014). İş Kazalarında Bilirkişiden Beklenen Tespitler (Teknik Konu – Hukuki Konu), *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 151.

³³⁷Canbolat, *Bilirkişi Raporu Alınan Konular*, 2014, s. 13.

³³⁸“Mahkeme, kusur bakımından yaptırdığı incelemede, bilirkişinin kusurun tamamen davalıya ait olduğunu bildirmesine rağmen, mahkeme re’sen, ölenin de %50 nisbetinde kusurlu olduğunu kabul ederek hüküm tesis etmiştir. Hâkim bilirkişi mütalaası ile bağlı değilse de, çözümlenmesi özel bilgiyi gerektiren işlerde bilirkişinin rey ve mütalaasını almaya karar verdikten sonra, ya bunun mütalaasına göre karar vermesi veya yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırması icap ederken, kendiliğinden kusur

oranını değiştirerek tazminat miktarını bulması usule ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 9. HD 17.4.1967 tarihli, 1967/2885 E., 1967/3379 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019); “Halli özel bilgiyi gerektiren bu hususta mahkeme, bilirkişi rey ve mütalaasına başvurmuştur. İlk bilirkişi raporunda kusurun %100’ünün davalı İdareye ait olduğu tespit olunmuştur. Davalı tarafın bu rapora itirazı üzerine ikinci bir bilirkişi incelemesi yapılmış, bu raporda da kusurun %60’ının davalıya %40’ının davacıya ait olduğu gösterilmiştir. Son rapora karşı taraflar itiraz etmişlerdir. O halde, bu raporlar arasındaki aykırılığın giderilmesi için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği halde, ilk bilirkişi raporuna dayanarak hüküm tesis olunması usule ve yasaya aykırıdır” Yargıtay 9. HD 15.2.1968 tarihli, 1967/13345 E., 1968/1833 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019); “ 14/03/1964 tarihli raporunda, davalı müteahhit’in %18, ... Belediyesinin %25, davalı ...’ın %15, ...’ın %15, ... şirketinin %25 nisbetinde kusurlu oldukları yazılıdır. Öte yandan buna aykırı bir görüşü ihtiva eden bir bilirkişi raporu alınmamıştır. HYUK’un 275. maddesi, çözümlenmesi özel bilgiyi gerektiren işlerde hâkimin bilirkişi mütalaası almasını öngörmüştür. Anılan Yasanın sonraki maddeleri ise, bilirkişi raporunu kâfi görmeyen mahkemenin özel bilgiye ihtiyaç gösteren teknik bir meselede, mevcut raporu yeterli görmemesi halinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırıp varacağı sonuca göre karar vermesi gerekli iken, ilamda yazılı sebep ve düşüncelerle hüküm tesis etmiş olması, usule ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 9. HD 20.5.1968 tarihli, 1968/1874 E., 1968/7688 sayılı kararı (Kazancı. Erişim: 5.9.2019); “Eldeki davada, alınan raporunda işverenin %70, sigortalının ise %30 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği görülmekle, davacı vekilinin mahkemeye sunmuş olduğu ıslah dilekçesiyle %70 kusur oranını esas alarak dava miktarını arttırdıktan sonra davanın kabulüyle %55 oranında kusur oranına göre hüküm verilmesi ve gerekçeye dayanak kılınan kusur raporunun da dosya içinde bulunmamasına göre çelişkili hüküm kurulduğu anlaşılmıştır. Mahkemece hükme esas alınan kusur oranı hakkındaki çelişki giderilmeksizin, eksik inceleme ve yanılığın değerlendirme sonucu, karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 10. HD 20.6.2019 tarihli, 2019/3529 E., 2019/5313 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.1.2021); “Ceza dosyasında yapılan yargılamada; “meydana gelen iş kazasında davalının kusurunun olmadığı beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması” gerekçesiyle ilk derece mahkeme kararının temyiz dairesi tarafından bozulduğu anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunda, davalının %20 kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Ceza dosyasında yapılan kusur değerlendirmesi ile dosyadan alınan kusur raporundaki kusur tespiti arasında çelişki oluşmuştur. Kusur tespitleri arasındaki çelişki giderilmeksizin karar verilmiştir. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ile iş kazasının vuku bulduğu iş kolunda uzman bilirkişi heyetinden; kusur oran ve aidyeti konusunda yeniden rapor alınarak, raporlar arasındaki çelişki giderilmeli, ceza dosyasında mahkum olanlarla ilgili bir miktar kusur verilmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.” Yargıtay 10. HD 16.4.2018 tarihli, 2016/1021 E., 2018/3575 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.1.2021); “Eldeki davada, alınan kusur raporunda, işveren %30, kazalı işçi ise %70 oranında kusurlu kabul edildikleri rapor edilmiş ve bu kusur oranlarına göre de mahkemece hüküm tesis edilmiştir. Ancak yapılan incelemede, meydana gelen kaza nedeniyle Kurum müfettişince düzenlenen 21/08/2014 tarihli inceleme raporunda işveren % 80, kazalı işçi ise %20

konusunun hukuki konu olarak değil, teknik bir konu olarak görülmesi yanılığısıyla oluşmuş içtihatlar olup; kusur hukuki değerlendirme olmadığından, bilirkişi tarafından hatalı olarak değerlendirme yapılmış olsa dahi hâkimin müdahalesiyle kusuru kendisi belirlemesi hususu bozma sebebi yapılmamalıydı³³⁹. Sonuç olarak aslında takdiri bir delil olan bilirkişi raporu, içerik teknik olduğu için dolaylı olarak hâkimi bağlayıcı, kesin delil haline gelmektedir. Hâkimin karar verirken hukuki bir konu olan kusur hususunda altlama yapması bilirkişi tarafından üstlenilerek hukuki yoruma girilmektedir³⁴⁰. Yani raporun takdiri delil olmasının sınırı, raporun aksini ortaya koyan

oranında kusurlu olduğunun rapor edildiği anlaşılmıştır. Mahkemece yapılacak iş; 04/11/2015 tarihli kusur raporu ile Kurum müfettişince düzenlenen 21/08/2014 tarihli inceleme raporunda verilen kusur raporu arasındaki, kusur oranlarında çelişki bulunduğu gözetilip, yukarıdaki açıklamalar ışığında işçi sağlığı ve iş güvenliği ile iş kazasının vuku bulduğu iş kolunda uzman başka bir bilirkişi heyetinden; kusur oran ve aidiyeti konusunda yeniden rapor alınarak, iki rapor arasındaki çelişki de giderilerek hasil olacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.” Yargıtay 10. HD 28.2.2019 tarihli, 2016/12395 E., 2019/1818 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.1.2021); “Dosya kapsamından, sigortalı hak sahipleri tarafından açılmış tazminat davası bulunup bulunmadığının araştırılmadığı ve bu davada alınan 09.09.2013 tarihli kusur raporu ile olay nedeni yapılan tahkikat aşamasında alınan 27.10.2011 tarihli ve ceza dosyasından alınan 08.03.2013 tarihli kusur raporları arasında çelişki bulunduğu görülmekle, çelişki giderilmeden hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında mahkemece, ilgili tazminat ve ceza dosyaları celp edilmeli, kesinleşmesi halinde tazminat davasında verilen kararın güçlü delil oluşturduğu hususu ile ceza davasında belirlenen maddi olguların bağlayıcı olacağı hususu gözetilmek suretiyle davalılar ve dava dışı kişilerin kusur oran ve aidiyetleri; iş kazasının gerçekleştiği iş kolu ile iş güvenliği alanında uzman kişilerden seçilecek bilirkişi kurulundan kusur raporu aldırılmak suretiyle ceza ve tazminat davasındaki kusur oranları da irdelenerek maddi oluşturma ve kanuna uygun olarak belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 10. HD 22.11.2018 tarihli, 2018/6516 E., 2018/9806 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.1.2021).

³³⁹Umar, a.g.k., 2014, s. 823-824’te her ne kadar hâkimin bilirkişi raporundaki teknik bilgiden yararlanarak, özel ve teknik bilgi eksikliğini kapatarak bilirkişiden farklı sonuca gerekçesiyle ulaşması görüşüne karşı çıkmışsa da, doktrindeki bu görüş kusur konusunda bu çalışmada öne sürdüğümüz görüşlerle çelişmemektedir. Zira çalışmadaki görüş, kusurun hukuki bir konu olduğu, özel ve teknik bilgi olmadığı, öncelikle raporda kusur izafesine yer verilmemesi gerektiği, bu sebeple hâkimin her halde rapordakinden farklı bir kusur oranına ulaşmasının mümkün olduğu yönündedir.

³⁴⁰T. Canbolat (2014). Sonuç Bildirisi Taslağının Görüşülmesi, *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 164.

başka bir bilirkişi raporu alınmasıyla çizilmektedir³⁴¹. Bu durumda hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirmesi ilkesi zedelenmektedir³⁴². Bu uygulama kanımızca hatalıdır. Hatalı Yargıtay uygulaması sebebiyle hükmü doğrudan etkileyen bir bilirkişi görüşü ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar ilk bakışta teknik gibi görünse de kusur oranı takdiriyle bilirkişi hukuki bir sonuç bildirmiş olmaktadır³⁴³. Bu durumun ortaya çıkmaması adına, teknik hususları ortaya koymakla görevlendirilen bilirkişi(ler)nin kusur oranı izafe etmemesi görüşü HMK'nın ruhuna daha uygun düşmektedir. Raporda teknik hususların ortaya konulup, kimin hangi hususta eksik veya hatalı davranışının olduğunun ortaya konulmasıyla yetinilmesi, hâkimin bunları değerlendirerek hüküm aşamasında kusur oranının belirlenmesi hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini de zedelemeyecektir. Ayrıca uzun süren kusur raporu sürecinin sonrasında maddi tazminat hesabının da bu oranlar üzerinden yapılması, yargılamayı oldukça uzatmaktadır³⁴⁴. Bunun bertaraf edilecek olması ve teknik hususlara ilişkin bilirkişi incelemesi yapılmadan dahi yüzde yüz kusur üzerinden maddi tazminat hesabı yapılabilecek olması, hâkimin hüküm esnasında takdir edeceği kusur oranları üzerinden müterafik kusur indirimiyle karar verebilecek olması ikinci görüşün usul ekonomisine de uygun düştüğünü göstermektedir³⁴⁵.

Esasen kusur oranının teknik hususlarda uzman olan bilirkişilerce belirlenmesi ve hâkimin bunlara bağlı kalmakla hüküm vermesi hususu, iş kazalarına özgü bir durum olmayıp, Yargıtay uygulamasında özellikle trafik kazalarında da bu soruna rastlanmaktadır. Doktrinde bu durum da aynı şekilde ve aynı görüşlerle eleştirilmektedir. Daha geniş örnekle anlatılırsa, bir trafik kazasında meydana gelen kazaya sebep olan unsurlar, örneğin sürücü alkollüye bunun kazaya etkisi olup

³⁴¹Doktrinde bu uygulamanın esasen hâkimin bilirkişiden rapor aldıktan sonra teknik hususlar hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen bunları yorumlayarak sonuca gitmesi önünde engel oluşturarak birden fazla rapora ve raporlardaki görüşlerle bağlayarak bilirkişiyi hâkim yerine geçirdiğine yönelik haklı eleştiri için bkz. C. Akil (2011). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, *AÜHFD* S:60 (3), s.719 vd.

³⁴²Kuru, *Usul C.II*, 1980, s. 1806-1807; Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1943 vd.

³⁴³Canbolat, *Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi*, 2016, s.266.

³⁴⁴Canbolat, *Bilirkişi Raporu Alınan Konular*, 2014, s.13.

³⁴⁵Canbolat, *Sonuç Bildirisi*, 2014, s.162.

olmadığı, kaza mahallinde yol ve tabela hataları, fren izlerinin incelenmesi, kaza fotoğraflarından teknik çıkarımlar yapılması gibi hususlar vakıaların özel ve teknik bilgi bakımından incelenmesine girmekte ve teknik hususlarda uzman bilirkişilerce incelenmeye uygundur. Ancak bunlardan çıkarım yapmak, kazada kusurlu tarafı belirlemek ise hukuki alana dâhil olup hâkimin görevidir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi yeni tarihli bir kararında bugüne kadar süregelen Yargıtay uygulaması³⁴⁶ dışında bir içtihat oluşturarak, kusur oranı belirlemenin teknik değil hukuki bir konu olduğu, hukuk hâkiminin bu konuda tam bağımsız kılındığı şeklindeki gerekçesiyle, kusur oranı konusunda bilirkişi raporu aldırılmasını doğru bulmamış ve hâkimin dosyadaki delilleri yorumlayarak kusur oranlarını kendisinin tayin etmesi gerektiği yönünde bozma kararı vermiştir³⁴⁷. Yargıtay’ın ilgili dairesinin sonraki içtihatlarında daha detaylıca görüşünü

³⁴⁶ “HUMK.nun 275. ve devamı maddeleri gereğince çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilir, hükmüne yer verilmiştir. Trafik kazalarında kusur oranının belirlenmesi de uzmanlık gerektiren konulardandır. Somut olayda, mahkemece talimat yazısı ile makine mühendisi bilirkişiden hasar raporu alınması için yazı yazılmış, bilirkişi tarafından kusur oranlarının belirlenmesi yönünde bir değerlendirme yapılmamıştır. Mahkemece davalının duruşmalara katılmamış ve savunma yapmamış olması inkar niteliğinde olduğu gözetilerek, kaza tespit tutanağı, araçların hasarlı bölümleri, yol ve araçların seyir yönleri dikkate alınarak kusur oranlarının belirlenmesi için bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 17. HD 22.3.2011 tarihli, 2010/10469 E., 2011/2568 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 12.5.2021). Aynı yönde: “Hükmüne uyulan bozma ilamında özetle; davacının sigortalısının projeye aykırı imalat yapmasının ağır kusur teşkil etmesi halinde davalının sorumluluktan kurtulması söz konusu olabileceğinden mahkemece anılan durumun ağır kusur teşkil edip etmediği hususunda bilirkişilerden ek rapor alınması, ağır kusur teşkil etmiyorsa bunun ancak müterafik kusur teşkil edeceği kabul edilerek buna ilişkin kusur oranının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gereğine değinilmiştir.” Yargıtay 17. HD 27.4.2017 tarihli, 2014/23267 E., 2017/4717 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 13.5.2021).

³⁴⁷ “BK.53.(TBK.74) maddesinde haksız eylemin “kusur” ögesi konusunda hukuk hakimine tanınan yetkiler iki bölüm olup, birincisi “kusur bulunup bulunmadığına”, öteki “kusurun derecesini ve zararın tutarını belirlemeye” ilişkindir. Maddenin ilk cümlesine göre “kusurun varlığını” araştırmada yetkileri sınırlı olan hukuk hakimi, maddenin ikinci cümlesine göre “kusurun derecesini ve zarar tutarını belirlemede” tam bağımsız kılınmıştır.

HMK 266 madde (HUMK 275 md.) hükmüne göre kusur oranlarının belirlenmesi teknik değil hukuki bir konudur. Elde edilen teknik bulgulara göre hakim bu oranı belirlemede ihlal edilen kuralları gözönüne almalıdır.

tekrarladığı da görülmektedir³⁴⁸. Buna rağmen Yargıtay'ın yakın tarihlerde eski uygulama lehine kararları da devam etmekte, dosyaların kusur bilirkişisine tevdi

Haksız fiilden dolayı sorumlu olabilmek için kusurun bulunması şarttır.

Davalıya sigortalı aracın sürücüsü kollukta alınan ifadesinde; önu sıra gitmekte olan motosikletin(davacının) araçları sollayarak geçtiğini gördüğünü, motosikletin arkasında ayrıca bir çocuk olduğunu, kavşağa geldikleri sırada sol şeritten giderken yolun sağında bir halk otobüsünün yolcu almış ve hareket haline geçmiş olduğunu, kendisinin de otobüse yaklaşımadan önce motosikletliyi(davacıyı) geçtiğini, bu sırada tahminince motosiklet sürücüsünün otobüsün hareket etmesi ile otobüse çarpmamak için sola kırmış olacak ki kendisinin kullandığı aracın arka tekerine çarpmasını dikiz aynasından gördüğünü beyan etmiştir.

Davalının bu beyanları dikkate alındığında kazanın ani ve birden gelişen bir olay neticesinde gerçekleşmediği, davalıya sigortalı aracın sürücüsünün trafik akışı içerisindeki olayları gözlemleyebilme ve görebilme imkanı olduğu, trafiğin sıkıştığını ve davacının trafik akışı içindeki seyrini görme imkanı olduğu, ani ve birden gelişen bir olay olmaması karşısında davalının da kazanın gerçekleşmemesi için alabileceği önlemler olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre davalının da meskun mahal içinde ön ilerisinde görüş alanı içinde sağ şerit üzerinde sıkışan trafik sebebi ile daha dikkatli ve tedbirli davranması, gerektiğinde trafik sıkışıklığının düzelmesi için daha yavaşlaması, ön ilerisinde sıkışan trafik içindeki davacı motosikletliyi geçmek yerine yolun daha genişlediği uygun zamanı beklemesi, trafik emniyeti açısından kontrollü takiple seyretmesi gerekirken gerekli tedbirleri almayarak seyrine devam etmesi nedeni ile meydana gelen kazada kusurlu olduğu kanaati hasıl olmuştur.

Buna göre mahkemece kusur konusunda rapor aldırılmasına gerek bulunmayıp dosya kapsamında bulunan delillere göre, davalıya sigortalı araç sürücüsünün de kusurlu olduğu kabul edilerek davalının kusurunun derecesi mahkemece belirlenerek hasıl olacak sonuca göre işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 17. HD 9.7.2020 tarihli, 2018/6414 E., 2020/4591 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.5.2021).

³⁴⁸ “6100 sayılı HMK'nın 266/1. maddesinde "Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz." hükmüne yer verilmiştir. Trafik kazasına etki eden ve tarafların kusur durumlarının belirlenmesinde rol oynayabilecek olan araç hızlarının tespiti, aracın teknik özelliklerine göre kazanın oluş şeklinin belirlenmesinde zorunluluk bulunması vs. gibi bir durum yoksa, kazadaki kusur oranlarını belirlemenin teknik bilgiyi gerektiren bir yönü bulunmamaktadır. Somut olayın özelliğine göre kusur tespiti, hukuki bir konu olup hakimnin genel hukuk bilgisi ile sonuca bağlayabileceği bir durumdur.

Somut olaya bakıldığında; ceza yargılaması aşamasında tanık ... ve ...'nün ifadelerine göre davacı ...'nün araçlara yeşil ışık yanarken kontrolsüzce karşıdan karşıya geçmek üzere yaya geçidine indiği ve bu esnada davalı sürücüsünün sevk ve idaresindeki aracın kendisine çarptığı sabittir. Davalı sürücü

yönünde içtihatları sürmektedir³⁴⁹. Bölge adliye mahkemeleri de aynı eski uygulama lehine kararlar vermektedir³⁵⁰.

... ise 28.01.2015 tarihli ifadesinde, kırmızı ışıktaki beklediğini, kendisine yeşil ışık yanınca hareket etmeden önce önündeki başka bir aracın sağa dönüş yapacağını anladığını ve biraz beklediğini, önündeki ford connect tipi aracın sağa dönmesi üzerine hareket ettiğini, önünde başka araçların da bulunduğunu, şerit değiştirmek için arkasını kontrol ettikten sonra 20-30 metre ilerideki yaya geçidinde yayaları fark ettiğini, yayaların sağdan sola doğru yürüyor olduklarını, yayaları fark edince direksiyonu sola kırdığını, bir yayanın sola kaçtığını, bunun üzerine kendisinin direksiyonu tekrar sağa kırdığını, yayanın da sağa dönmesi ile aracıyla bu şahsa çarptığını beyan etmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 52/1-a maddesinde sürücülerin "Kavşaklara yaklaşırken, dönemeçlere girerken, tepe üstlerine yaklaşırken, dönemeçli yollarda ilerlerken, yaya geçitlerine, hemzemin geçitlere, tünellere, dar köprü ve menfezlere yaklaşırken, yapım ve onarım alanlarına girerken, hızlarını azaltmak" zorunda olduğu düzenlenmiş olup davalının savunması esas alındığında yaya geçidine yaklaştığı ve yayaların yaya geçidi üzerinde geçişini gördüğü halde hızını azaltmadığı anlaşılmakla davalının da gerçekleşen kazada bir miktar kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda kaza tespit tutanağı, ekli kroki, ceza yargılaması aşamasında alınan tanık beyanları, davacının iddiası ve davalının savunmaları ile tüm dosya kapsamı birlikte göz önünde bulundurularak; davalının da gerçekleşen kazada kusurlu olduğunun kabulüyle HMK'nın 266 md. hükmüne göre kusuru belirlemenin hukuki bir husus olduğu gözönüne alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu davacının gerçekleşen kazada % 100 oranında kusurlu olduğunun kabulüyle davanın tümüyle reddine karar verilmesi ve Bölge Adliye Mahkemesince davacılar vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." Yargıtay 17. HD 26.10.2020 tarihli, 2019/1324 E., 2020/6160 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.5.2021).

³⁴⁹ "O halde mahkemece, yerine yapılacak keşif incelemesiyle konusunda uzman makine mühendisi bilirkişiden soruşturma dosyası ve tüm dosya kapsamında, davacının itirazlarında gözönüne alınarak inceleme, irdeleme ve değerlendirme yapılarak yayanın ve sürücünün kazanın oluşumundaki kusur durumlarının tespiti ile denetime elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamıştır." Yargıtay 17. HD 17.11.2020 tarihli, 2019/3236 E., 2020/7165 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.5.2021). Aynı yönde: "... özellikle oluşa uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre ..." Yargıtay 17. HD 11.11.2020 tarihli, 2019/274 E., 2020/6865 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.5.2021).

³⁵⁰ "...kazanın oluşumunda taraf kusurlarının ne olduğuna ilişkin olarak görüşüne başvurulmuş kusur bilirkişisi raporunun dosyaya oluşa uygun denetlenebilir gerekçeler içermesi karşısında hükme esas alınmasında bir yanılğı bulunmamasına, ayrıca hükme esas alınan kusur bilirkişisi raporunda kazanın oluşumunda davacı yayanın kusursuz olduğu belirlendiğinden, teselsül hükümlerine

Yargıtay'ın iş kazaları ile ilgili davalarının temyiz incelemesini yapan 10. Hukuk Dairesi halen kusur raporundaki kusur tespitlerini hatalı görmesi durumunda dahi bozma ilamında yeni bir bilirkişi heyetinden yeni bir rapor alınması yönünde içtihat oluşturmakta, 17. Hukuk Dairesi'nin esasen HMK ve BilK sistematığına uyan, hâkimin kusur oranını kendisinin takdir etmesi yönündeki içtihadı ile çelişen kararlar vermektedir³⁵¹. Gerçekten de yukarıda detaylı incelendiği üzere, kusura etki eden özel

dayanılarak açılan bir davada kazaya neden olan araç sürücülerinin hangi oranda kusurlu oldukları hususunun da davacı tarafı ilgilendiren bir durum teşkil etmemesine” İstanbul BAM 8. HD 17.3.2021 tarihli, 2020/2149 E., 2021/470 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 15.5.2021)

³⁵¹ “Rücu davaları, kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, iş kazasında kusuru olanlar davacı Kurumun rücu alacağından kusurları karşılığında sorumludur. Kusurun belirlenmesinde ise; zararlandırıcı sigorta olayının ne şekilde oluştuğunun, dosya içeriğindeki tüm deliller taktir olunarak belirlenmesi ve kabul edilen maddi olgular doğrultusunda, konusunda uzman sayılacak kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetinden, aynı olay nedeni ile daha önce açılmış ve kesinleşmiş tazminat ve ceza davaları varsa, bu davalardaki kusur raporları ile çelişki oluşturmayacak şekilde kusur oran ve aidiyeti konusunda rapor alınması gereklidir. Kusur durumu saptanırken, iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerektiğinin, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığını ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığının, 5510 sayılı Kanunun 21. maddesi, 4857 sayılı Kanunun 77. maddesi, İşçi sağlığı ve iş Güvenliği Tüzüğü hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek belirlenmesi gerekir.

Eldeki davada, davalıya ait mermer ocağı işyerinde çalışmakta olan sigortalının, 05.12.2009 günü saat 18:20 sıralarında 41 nolu ocak olarak tabir edilen ocakta alt kesim makinasını çalıştırmadan önce makine telinin kenarında herhangi bir malzeme olup olmadığını kontrol etmek ve makinenin suyunu açmak istemesi üzerine, yağın yağmur nedeniyle yerlerin kaygan olması ve kademelerin üstündeki projektörün gözünü alması ile kademenin kenarına geldiğini fark etmemesi sonucu, çamurlu su birikintisinin üzerinden atlayarak karşıya geçmek isterken 13 metre yükseklikten aşağıya düşmesi sonucu, meslekte kazanma gücünü %45 oranında kaybedecek şekilde kazalandığı iş kazası nedeniyle Mahkemece hükmü esas alınan kusur raporunda, davalı şirketin %40, kazalının %60 oranında kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Ancak, yapılan kusur incelemesi ile belirlenen kusur oran ve aidiyetleri oluşa uygun değildir. Dosya kapsamı ile olayın tarih ve saati gözönünde bulundurulduğunda aydınlatmanın yetersiz olduğu, alt kesme makinesinin konulduğu yerin riskli olduğu, düşmeyi önleyecek bariyer bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosyada alınan kusur raporlarından ikisinin birbirini teyit ettiği ancak 18.08.2015 tarihli bilirkişi raporunda farklı oranlara yer verilmekle birlikte benzer gerekçelere dayanıldığı, alınan raporların oluşa uygun olmadığı anlaşıldığından, olayın oluş şekline göre, olayın gerçekleştiği iş kolunda iş güvenliği bakımından uzman kişilerden oluşan bilirkişi heyetinden usule uygun yeni bir kusur raporu alınmalı, varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir.” Yargıtay 10. HD 31.12.2020

ve teknik bilgi gerektiren hususların hâkimin yorumlayacağı şekilde izah edilmesi ve dosyaya sunulması için elbette bilirkişi incelemesine gerek olmakla, kusur oranı belirlemek yani taraflara kusur izafe etmek teknik değil hukuki bir konu olduğundan, Yargıtay'ın eski uygulamayı terk ederek yukarıda anılan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi görüşünde içtihat oluşturması ve hâkimlerin kusur oranlarını bilirkişilere tespit ettirmemesi, kusurun hukuki bir mesele olarak ele alınarak dosyaların karara bağlanması, HMK ve BilK emredici hükümlerine uygun düşecektir.

4. İŞ KAZASI SEBEPLİ MADDİ TAZMİNAT VE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI TALEPLİ DAVALARDA BİLİRKİŞİLİK

İş ilişkisinin işverene yüklediği yükümlülüklerden biri, işçiyi koruma ve gözetme borcudur³⁵². İşçiyi koruma ve gözetme borcu işin yürütümü sırasında işçinin kişiliğinin, yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğünün korunması için gerekli önlemleri alma gibi yükümlülükleri içinde barındırır³⁵³. Buna bağlı olarak işverenin bu yükümlülükleri yerine getirmesi için en başta, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması gerekmektedir³⁵⁴. İşçinin işçiyi koruma ve gözetme borcu, hem kanundan hem de iş sözleşmesinden³⁵⁵ kaynaklanmaktadır³⁵⁶. İşverenin kısaca anlatılmaya çalışılan işçiyi

tarhli, 2019/6779 E., 2020/7972 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.5.2021). Aynı yönde: Yargıtay 10. HD 23.12.2020 tarihli, 2019/1927 E., 2020/7526 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.5.2021), Yargıtay 10. HD 31.12.2020 tarihli, 2019/5123 E., 2020/7973 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.5.2021).

³⁵²İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Süzek, a.g.k., 2019, s. 386 vd; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, a.g.k., 2016, s. 280 vd.

³⁵³İ. Taşkın (2020). *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması*, Ankara: Seçkin, s. 51.

³⁵⁴Taşkın, a.g.k., 2020, s. 51.

³⁵⁵“Somut olayda işçi ile tazmin sorumlusu işveren arasında hizmet akdi ilişkisi vardır. Davalı işveren suç sayılır eylemi ile İşçi Sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuata aykırı hareketi ile davacı işçinin yaralanmasına neden olmuştur.Bu davranışlar Borçlar Kanunu'nun 332/1 maddesinde belirtilen akte aykırı durumları oluşturur. 1.1.1957 gün ve 6773 sayılı Kanunun 41/F maddesiyle eklenen ikinci fıkra gereğince, işverenin bu davranışı nedeniyle açılacak tazminat davaları dahi, akte aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkında hükümlere tabidir. Borçlar Kanununun 125.maddesindeki on yıllık akdi zamanaşımına tabidir.” Yargıtay HGK 18.12.2002 tarihli, 2002/21-1103 E., 2002/1067 sayılı kararı (http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2002_21_1103.php Erişim: 10.5.2021).

³⁵⁶Özveri, a.g.k., 2015, s. 124.

koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışı hem sözleşmeye aykırı davranış hem de haksız fiil oluşturacaktır³⁵⁷.

TBK'nın 53, 54 ve 55. maddelerinde düzenlendiği üzere işverenin bahsedilen koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışı sonucu bedensel zarara uğrayan işçi maddi zararının tazmini (*tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*³⁵⁸) talep edebilecektir³⁵⁹. Ayrıca maddi tazminat işçinin, iş kazasından dolayı ortaya çıkan ruhsal ve psikolojik zararlarını da kapsar³⁶⁰. Bunun yanında yine işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılığı sonucu ölen işçinin desteğinden yoksun kalanlar, bu sebeple uğradıkları ve uğrayacakları maddi zararları talep edebileceklerdir³⁶¹. Destekten yoksun kalma tazminatı ise üçüncü kişilerin, kural olarak iş kazası sonucu ölen işçinin kazancıyla destek olduğu ve olacağı farz edilen kişilerin, işverenden ölen işçinin ölümü sebebiyle uğradıkları ve uğrayacakları maddi kaybın, yani desteğin muhtemel olarak davacılar ölmeseydi sağlayacağı tahmini maddi kazancının tazminini talep etmesidir³⁶².

³⁵⁷M. K. Oğuzman (1969). İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, *İÜHF M C:XXXIV S.1-4*, s. 339; Süzek, *İş Güvenliği*, 1985, s. 238; Süzek, a.g.k., 2019, s. 408; E. T. Kaplan (1992). *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Kadioğlu Matbaası, s. 96; L. Akın (2011). *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara: Yetkin, s. 94.

³⁵⁸Sayılan unsurlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Özveri, a.g.k., 2015, s. 126.

³⁵⁹Süzek, a.g.k., 2019, s. 414.

³⁶⁰Detaylı bilgi için bkz. Eren, a.g.k., 2012, s. 750; L. Akın (2012). Eski ve Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Karşısında İşveren ve İşveren Vekili Sorumlulukları, *Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen Çalışma Mevzuatı Semineri*, İstanbul, s. 20.

³⁶¹Süzek, a.g.k., 2019, s. 414; G. Sarıbay Öztürk (2015). *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, İstanbul: Beta, s. 208.

³⁶²"Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya zarar görenin tazminat isteyebileceğine dair kuralın istisnasıdır. Bu hüküm ile olaydan dolayı olarak zarar görene de tazminat istemek hakkı tanınmıştır. Bu istem Borçlar Kanununun 41, 45/1, 47, 48, 49, 55, 56, 58 ve diğer maddelerinde düzenlenen tazminat istemleri ile eş değerde olmadığı gibi eylemin karşılığı olan bir ceza da değildir. Ölümün sonucu olarak, ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek, yaşamının, desteğinin ölümünden önceki, düzeyinde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde ve kendine özgü

Maddi tazminatın ve destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında kaza geçiren işçinin meslekte kazanma gücü kaybı, tahmini yaşam süresi ve iş görebilme çağı, ücreti, tarafların kusur durumu etkili olan başlıca unsurlardır³⁶³. İşçinin ücretinin saptanması hususunda gerçek ücretin tespitine yukarıda yapılan açıklamalar bu başlık için de geçerlidir³⁶⁴. Kusur hususu da yukarıdaki başlıkta açıklanmıştır. İşçinin meslekte kazanma gücü kaybı Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine³⁶⁵ göre hesaplanır. Tahmini yaşam süresi ise Yargıtay'ın aşağıda detaylı anlatılacak hesaplama esas alınmak üzere kabul ettiği yaşam tablolarına göre belirlenmektedir.

Maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı dönemlere ayrılmak suretiyle belirlenmektedir³⁶⁶. İşlemiş zararın ve işleyecek zararın tespiti iki ana aşama olmaktadır. İşlemiş zarar bilinen döneme aittir, kaza ile karar tarihi arasındaki dönemdir³⁶⁷. İşleyecek zarar dönemi ise bilinen dönemden bilinmeyen dönemin hesaplanması şeklinde tespit edilmektedir ve kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Karar tarihi ile işçinin iş görebileceği dönemin sonuna kadar olan dönem işleyecek aktif dönem, bu dönemden sonra başlayıp ömür sonuna kadar sürecektir dönem ise işleyecek pasif dönem olarak adlandırılmaktadır³⁶⁸. Bu dönemlerin toplamında işçinin toplam kazancı, brüt kazancını oluşturacaktır; bu brüt kazançtan SGK primleri işçi payları, gelir vergisi, işsizlik sigortası primi işçi payları, damga vergisi düşülür ve netleştirilir³⁶⁹. Sonrasında ise bu miktardan belirli sırayla indirimler yapılır³⁷⁰. İndirimlerin sebebi işçinin gerçek kazancına ulaşma amacıdır, zira maddi tazminat zenginleşme aracı değil

bir tazminat biçimidir.” Yargıtay İBGK 6.3.1978 tarihli, 1978/1 E., 1978/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı (Lexpera. Erişim: 21.5.2021); Özveri, a.g.k., 2015, s. 132.

³⁶³Süzek, a.g.k., 2019, s. 416 vd.

³⁶⁴Bkz. yuk. ikinci bölüm 1.1.1 nolu başlık.

³⁶⁵RG: 11.10.2008, 27021 sayılı.

³⁶⁶Taşkın, a.g.k., 2020, s. 145 vd.

³⁶⁷Süzek, a.g.k., 2019, s. 421.

³⁶⁸Süzek, a.g.k., 2019, s. 422.

³⁶⁹Süzek, a.g.k., 2019, s. 423.

³⁷⁰M. Balcı (2018). *İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması*, Ankara: Yetkin, s. 876 vd.

tazmin aracıdır³⁷¹. Öncelikle yapılan brüt hesaplamadan işçinin meslekte kazanma gücü kaybı oranında olan kısmı alınarak, gerisi tazminattan indirilir³⁷². Sonrasında hâkim eğer davacının da kusurlu olduğuna karar kılmışsa kusur oranında TBK m. 52 uyarınca indirim yapar:

TBK m. 52: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

Maddi tazminatın hesaplanmasında son olarak işçiye SGK’dan bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin işveren kusuruna isabet eden kısmı tazminattan indirilir³⁷³.

³⁷¹Kılıçoğlu, Tazminat, 2012, s. 82 vd.

³⁷²“Maddi tazminat davası bakımından yapılan incelemede; sigortalının iş kazası nedeniyle maruz kaldığı beden gücü kayıplarından kaynaklanan maddi tazminat davalarda esas olan onun tıbben ortaya konulan maluliyet oranı gözetilerek hesap yapılmasıdır. Somut olayda yargılama konusu olan 26.07.2012 tarihli iş kazasında davacının %31,20 oranında sürekli iş göremezliğe uğradığı tartışma konusu değildir. O halde davacının maddi zararının %31,20 oranındaki maluliyet gözetilerek yapılması gerekirken Kurumun sigortalıya bağlayacağı gelire esas olmak üzere birleştirdiği maluliyetinin 26.07.2012 tarihi kazaya sirayeti olan %26,97 oranındaki maluliyete göre yapılmasının hatalı olduğu açıktır.

Buna göre maddi tazminat davası bakımından yapılacak iş; davacı sigortalının 26.07.2012 tarihli iş kazası nedeniyle oluşan %31,20 oranında sürekli iş göremezlik oranını gözeterek maddi zararını hesaplatmak, hesaplanan bu zarardan 31.07.2012 tarihli ibranameye konu maddi tazminat karşılığı ödeme ile Kurum tahsislerinin rücuyla tabi kısmını düşerek neticesine göre karar vermekten ibarettir.” Yargıtay 21. HD 23.2.2016 tarihli, 2015/16522 E., 2016/2692 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 24.5.2021).

³⁷³“Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerlerinin B.K’nun 55.maddesi de gözetilerek rücuyla tabi kısmının hesaplanan tazminattan tenzili gerekir. Mahkemece 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 55.maddesine göre Kurum tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerlerinin B.K’nun 55.maddesi de gözetilerek rücuyla tabi kısmının hesaplanan tazminattan tenzili gerekirken tüm peşin sermaye değerinin tenzili doğru değildir.” Yargıtay 21. HD 19.9.2013 tarihli, 2013/14711 tarihli, 2013/16202 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 24.5.2021).

İşlemiş ve işleyecek zarar hesabı teknik bilgi gerektiren bir husus olup aktüerya bilgisi ile çözümlenebilecek bir bilirkişilik alt uzmanlık alanıdır. Yukarıda anlatıldığı üzere bilirkişilik uzmanlık alanları listesinde “*nitelikli hesaplamalar*” temel uzmanlık alanı altında 65.01 kodu ile aktüerya alanı düzenlenmiştir³⁷⁴. Aktüeryanın üniversitelerde bölümü olan bir alan olduğu da gözetildiğinde özel ve teknik bilgi gerektiren bir alan olduğu ve bu başlıkta anlatılan hesaplamaların da aktüerya bilgisi gerektirmesi sebebiyle nitelikli hesaplama olup aktüerya bilirkişisinden rapor alınarak çözümlenmesi gerektiği açıktır.

İşlemiş ve işleyecek zararın hesaplamasında temel olarak Yargıtay’ın esas aldığı ve bu konuda çelişkili kararlarda yer bulan iki temel yaşam tablosu vardır. PMF-1931 (Population Masculine et Feminine) Fransa kökenli yaşam tablosu olup 1931 yılına dayanmaktadır³⁷⁵. TRH-2010 ise Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin ortak çalışmalarıyla “Ulusal Mortalite Tablosu” olarak hazırlanmış olup 2010 yılında Türkiye’de hazırlanmıştır³⁷⁶. PMF tablosuna göre 60,60 yıl olarak³⁷⁷, TRH tablosuna göre ise 71,93 yıl olarak esas alınmaktadır³⁷⁸. Yargıtay’ın ilgili tür davalarına bakan dairelerden, SGK’nın rücu davalarına bakmakla görevli olan 10. Hukuk Dairesi kararlarında istikrarlı olarak TRH-2010 tablosunun kullanılmasını, SGK’nın 2012/32 sayılı genelgesiyle de kurum içinde uygulamaya koymasını da gerekçe göstererek uygulamaktaydı³⁷⁹. 21. Hukuk Dairesi ise kapanıp 10. Hukuk

³⁷⁴Bkz. yuk. birinci bölüm 2.3.2 nolu başlık.

³⁷⁵Yargıtay 10. HD 21.1.2016 tarihli, 2014/21957 E., 2016/443 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 25.5.2021).

³⁷⁶Yargıtay 10. HD 21.1.2016 tarihli, 2014/21957 E., 2016/443 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 25.5.2021).

³⁷⁷Ç. A. Çelik, *PMF (Yaşam Tablosu 1931)*, <https://www.tazminathukuku.com/tablolari/6-p-m-f-yasam-tablosu-1931.htm> (Erişim: 25.5.2021).

³⁷⁸Ç. A. Çelik, *TRH – 2010 Yaşam Tablosu*, <https://www.tazminathukuku.com/tablolari/7-trh-2010-yasam-tablosu.htm> (Erişim: 25.5.2021).

³⁷⁹“Gerçek zarar miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Sigortalı veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa’dan alınan 1931 tarihli “PMF” cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin çalışmalarıyla “TRH 2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı

Dairesi'ne katılana kadar iş kazasından doğan maddi tazminatlarla ilgili davalarda istikrarlı olarak PMF tablosunun uygulamıştır³⁸⁰. 23 Temmuz 2016'da Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6723 sayılı Kanun gerekçe gösterilerek Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'ni kapatarak görevli olduğu dosyalarda 10. Hukuk Dairesi'ni görevlendirdikten sonra iş kazasından doğan tazminat davalarında istikrarlı kararların aksine, maddi tazminat hesabında TRH-2010 yerine PMF kullanılmasını bozma nedeni olarak gösteren kararlar çıkmaya başlamıştır³⁸¹.

Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosunun bakiye ömrün belirlenmesinde esas alınması gerekecektir.” Yargıtay 10. HD 21.1.2016 tarihli, 2014/21957 E., 2016/443 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 10.4.2021).

³⁸⁰ “Kaldı ki; hükme esas alınan ikinci raporda kullanılan TRH 2010 yaşam tablosu Dairemizce itibar görmemektedir.” Yargıtay 21. HD 7.12.2015 tarihli, 2015/6487 E., 2015/21927 sayılı kararı (Lexpera); “Ayrıca, davacıların maddi zararlarının tespitinde PMF yaşam tablosu yerine Dairemizce kabul görmeyen TRH-2010 yaşam tablosunun hesaplama esas alınması doğru bulunmamış ise de, bu husus temyize konu edilmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” Yargıtay 21. HD 5.4.2016 tarihli, 2015/12861 E., 2016/5995 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 4.5.2021).

³⁸¹ “Uygulamada, (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesinin kabulüne göre de; sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürlerinin tespiti noktasında 1931 tarihli “PMF (Population Masculine et Feminine)” Fransız yaşam tablosundan yararlanılmakta ise de; Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin ortak çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir.

Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Dairemizin kurum tarafından açılan rücu davalarında da istikrarlı bir şekilde uyguladığı üzere, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren, “TRH 2010” tablosunun iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı maddi tazminat davalarında da bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınması gerektiği açıktır.

Eldeki davada, hükme esas alınan ve davacının ıslah dilekçesinin dayanağını oluşturan 22.01.2018 tarihli hesap raporunda yukarıda açıklamaların aksine bakiye ömrün tespitinde “TRH 2010” tablosu yerine, “PMF 1931” tablosu uygulanması hatalı olmuştur.

Bu açıklamalar doğrultusunda mahkemece yapılacak iş, davacının maddi tazminatının hesabı noktasında hükme esas alınan ve davacının ıslahının dayanağını oluşturan 22.01.2018 tarihli hesap raporunda bakiye ömür tablosu olarak TRH 2010 tablosunu esas alarak davacının bakiye ömrünü belirlemek, bu hesap raporunda esas alınan bilinen (işlemiş) dönem sonu tarihini ve bakiye ömür

Zikredilen karar dört üyeye karşı bir üyenin muhalefet şerhi ile verilmiştir³⁸². Muhalefet şerhinde 384 nolu dipnotta belirtilen PMF tablosuyla TRH tablosunun bakiye ömür ve uygulaması bakımından muhalefet gerekçelerinin haksız olduğunu söylemek güçtür.

tespiti haricindeki diğer verileri gözetmek, bu tarihten sonra yürürlüğe giren asgari ücretteki değişiklikleri rapora yansıtılmamak suretiyle davacının maddi tazminat alacağını belirletmek, davacının talebini de gözeterek maddi tazminat istemi hakkında bir karar vermekten ibarettir.”

Yargıtay 10. HD 23.2.2021 tarihli, 2020/9717 E., 2021/2003 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 5.5.2021).

³⁸²“Somut olay bakımından, sigortalı ve hak sahipleri açısından açılan ve SGK tarafından giderilmeyen zararın işveren ve iş kazasının gerçekleşmesinde kusuru bulunanlardan tazminine yönelik davada SGK’nın taraf olmadığı dikkate alındığında, SGK’nun 2011/58 ve 2012/32 sayılı genelgeleri ile uygulanmasını zorunlu hale getirdiği “TRH 2010” isimli tablonun davamız kapsamında uygulanma zorunluluğunun bulunmadığı açıktır.

Yasal düzenlemeler bu şekilde olmakla beraber son tarihli Yargıtay daire içtihatları da değerlendirildiğinde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 08.12.2020 tarih 2019/5969 E - 2020/7461 K, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 15.01.2020 tarih 2018/2651 E, 2020/70 K, Yargıtay11. Hukuk Dairesi’nin 09.09.2019 tarih 2018/3706 E, 2019/5177 K, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 10.02.2020 tarih 2018/4934 E - 2020/921 K, sayılı kararlarında maddi tazminat hesabında bakiye ömür tablosu olarak “PMF 1931” isimli bakiye ömür tablosunu uygulamaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle “TRH 2010” tablosunun iş kazası ve meslek hastalığı tazminat davaları için uygulanmaya başlaması, tazminat davalarının tamamında aynı tablonun uygulanmasını temin açısından Yargıtay Daireleri arasındaki içtihat farklılığını gidermeyecektir.

Öte yandan, PMF (Population Masculine et Feminine) tablosunun Fransız kökenli olup, 1931 tarihli olması, aradan geçen süre nedeniyle bakiye ömür sürelerinde değişikliklerin olduğu, TRH 2010 tablosunun ise Türkiye’deki yaşam süreleri dikkate alınarak hazırlandığı yönünde öğretide ve uygulamada eleştiriler ileri sürülmekte ise de; TRH 2010 tablosunun yayınlandığı günden kararın verildiği bu tarihe kadar 11 yıllık sürenin geçtiği ve uygulanmaya devam edilmesi halinde de bu sürenin daha da artacağı dikkate alındığında, TRH 2010 tablosu için de aynı eleştirilerin geçerli olduğunu dikkate almak gerekmektedir. Ayrıca TRH 2010 tablosunun güncellenmesine yönelik çalışmaların hali hazırda devam etmekte olduğu; güncel bir bakiye ömür tablosunun yayınlanması halinde bu tablonun TRH 2010 tablosu üzerinden karara bağlanmış dosyalara uygulanması yönünden verilecek başka bir kararın taraflar arasında oluşan hak dengesini bozucu olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. (Bkz: TRH 2010 tablosunun güncellenmesine dair: Sevilay Açıkalın, Türkiye 2010 - 2020 Yılları Arası Erkek Hayat Ve Hayat Annüite Tablolarının Hazırlanması Ve Net Tek Prime Geçiş, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sigortacılık Ve Risk Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, 2016)” Yargıtay 10. HD 23.2.2021 tarihli, 2020/9717 E., 2021/2003 sayılı kararı muhalefet şerhinden (Lexpera. Erişim: 25.5.2021).

Yargıtay’ın tazminat davalarına bakan daireleri arasında bakiye ömür konusunda bu kadar farklılıklar olması içtihat birliği açısından sorunlu bir durumdur. Kaldı ki TRH tablosunun uygulanmasında sigorta genel şartlarına gönderme yaparak Karayolları Trafik Kanunundan (KTK) doğan davalarda zorunlu hale getiren düzenlemenin AYM tarafından iptal edildiğine de dayanılmış olup, mevzuatta TRH tablosunu zorunlu kılan bir düzenlemenin iptal edilmiş olmasıyla; KTK hükümleri uyarınca açılacak davalarda da TBK genel hükümlere göre PMF tablosunun da kullanılabileceğine, zira TBK’nın herhangi bir belirleme yapmadığına da değinilmiştir³⁸³. Muhalefet şerhinde esasa ilişkin hükümler yanında, asıl olarak yıllardır istikrarlı olarak verilen kararların yine o kararlar döneminde mahkemece o kararlara dayanılarak verilen hükmün, daha sonra daire değişmesi sebebiyle eski içtihatlar hiç gözetilmeksizin bozulmasının hukuki güvenlik ilkesi ve sürpriz karar yasağı kapsamında değerlendirmelerine daha ağırlık verildiği görülmektedir³⁸⁴. Muhalefet şerhindeki özellikle sürpriz karar yasağına ilişkin

³⁸³ “Anayasa Mahkemesinin 09.10.2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 17.07.2020 tarihli ve 2019/40 sayılı kararıyla Karayolları Trafik Kanunu’nun Zorunlu Trafik Sigortasına ilişkin 90 ve 92. maddelerinde yer alan “Trafik Sigortası Genel Şartları” ifadeleri iptal edilmiş bu iptal kararı ile sigorta genel şartlarında yer alan TRH 2010 isimli bakiye ömür tablosunun uygulanmasına dair zorunluluk da ortadan kalkmıştır.” Yargıtay 10. HD 23.2.2021 tarihli, 2020/9717 E., 2021/2003 sayılı kararı muhalefet şerhinden (Lexpera. Erişim: 20.5.2021).

³⁸⁴ “Bununla birlikte hukuki güvenlik ilkesi belirliliği de gerektirir. “Belirlilik İlkesi” yükümlülüğün hem kişiler, hem idare, hem de kanun kurallarını somut hukuk uyumsuzluklara uygulayan yargı mercileri yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.

Bilindiği üzere Adli Yargı alanında İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerince verilen kararların temyiz incelemesini yapan Yargıtay’ın, davalara uygulanması gereken kuralların yorumu konusunda yeknesaklığı ve bu yorum doğrultusunda oluşturduğu içtihatlar arasında birliği sağlayarak “hukuki güvenlik ilkesini” teminle yetkili ve görevli olduğu görülmektedir.

4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 15.maddesinin 2. fıkrasına göre, Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları, içtihatların birleştirilmesi yoluyla, sırasıyla hukuk dairelerinin ve cezadairelerinin kararları arasında ortaya çıkabilecek çelişkileri nihai olarak gidermekle görevlidir. Aynı Kanunun 16. maddesinin 5. fıkrasına göre, aşağıda belirtilen kararlar arasında meydana gelebilecek çelişkilerin nihai olarak giderilmesi, Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun görevidir.

...

Aynı Kanunun 45. maddesi, Yargıtay içtihatlarının birleştirilmesi için izlenecek usul kurallarını düzenlemiştir. Bu maddeye göre :“İçtihatların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurusu halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur. Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvuruları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir. İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır.

Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı garanti altına alan ve kamuoyunun mahkemelere olan güvenine katkıda bulunan hukuki güvenlik ilkesidir. Toplumun yargısal sisteme olan güveni hukuk devletinin esaslı unsurlarından biri olmasına rağmen birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir (Bkz: Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

Anayasa Mahkemesinin 25/12/2018 tarihli 2017/29896 başvuru sayılı, bireysel başvuru kararında da “Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (Türkan Bal [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015).” Gereğesine işaretlerle hukuki güvenlik hakkıyla doğrudan irtibatlı hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine vurgu yapılarak Yüksek mahkeme kararlarının yani içtihatların birbirine zıt nitelikte olmamasına işaret edilmiştir.

İçtihat değişikliğinin Sürpriz Karar yasağı çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekir. Sürpriz karar, ilgilinin yargılamanın o ana kadarki seyrine göre, haklı olarak beklemediği, umulmadık bir kararla karşılaşmasıdır. Sürpriz karar yasağı ise, yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi durumunda tarafların öngöremedikleri bir kararla karşılaşmamalarını ifade eder. Sürpriz karar yasağı, hukukun gelişimine ve yeni şartlara uyarlanmasına engel olacak mutlak bir yasak olarak anlaşılmamalıdır. Şüphesiz mahkemeler yeni içtihatlar geliştirebilirler, önceki içtihatlardan farklı bir karar verilebilir, hatta yeni ve özellikle somut olayda ortaya çıkan hukuki durum bunu gerekli kılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesi gereğince hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması söz konusu olduğunda sürpriz karar yasağının ihlalinin söz edilemez. Bununla birlikte mevcut içtihatlar dışında yeni bir görüş benimsenecekse, öncelikle tarafların bu konuda bilgilendirmesi gerekir (ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 185 vd.).

Öte yandan, sürpriz kararların giderilmesi yönünden yukarıda işaret edilen içtihadı birleştirme prosedürlerinin mümkün olduğu kadar kısa sürede verilebilmesi ve bu sayede çelişkili kararların uygulamada yarattığı tereddüt ve güvensizlik ortamının ortadan kaldırılması gerekmektedir. Çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi her şeyden önemlidir.

...

Üçüncü olarak Yargıtay'ın bir dairesinin yerleşik içtihadından dönmek istemesi halinde içtihadı birleştirme yoluna başvurulmalıdır (Yargıtay Kanunu m. 15/2-c). Özellikle bu sonuncu sebeple içtihadı birleştirme yoluna son yıllarda pek başvurulmamaktadır. Bu tutum hem Yargıtay Kanunu'na aykırılık oluşturmakta, hem de sürpriz karar verme yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay dairelerinin kendi içinde çelişik kararlar vermesi sürpriz karar verme yasağına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay'ın bir dairesi yerleşik içtihadından dönmek isterse, farklı bir karar verilmesinin gerekçeleriyle birlikte, Yargıtay Birinci Başkanı'ndan içtihatların birleştirilmesini istemek zorundadır. (PEKCANITEZ, Hakan, Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, TBB Dergisi 2019- 144. Sayı) Anlatılanlara ek olarak Yargıtay hukuk dairelerinden birisi yerleşik içtihatlarından dönmek isterse; bir Yargıtay hukuk dairesi benzer olaylarda (aynı hukuki sorun hakkında) birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa içtihatların birleştirilmesine Hukuk Genel Kurulu karar verecektir. (ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYYAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 95)

Davacı tarafından açılan dava, iş kazası hukuksal sebebine dayalı sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesine ilişkin olup, bu davaların önceden beri temyiz incelemesini (Kapatılan) Yargıtay 21. Hukuk Dairesi yapmakta ve anılan daire içtihatlarında maddi tazminatın hesabı noktasında öteden beri istikrarlı bir şekilde bakiye ömür tablosu olarak "PMF 1931" isimli bakiye ömür tablosu esas alınmaktaydı. (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi'nin "PMF 1931" isimli bakiye ömür tablosunun hesapta esas alınmasına ilişkin kararlarından başlıcaları (22/06/2020 tarih 2020/440 E-2020/2579 K, 24/02/2020 tarih 2019/5821 E- 2020/1041 K, 13/05/2019 tarih 2018/6363 E-2019/3695 K, 16/10/2018 tarih 2017/3933 E- 2018/7427 K, 13/11/2017 tarih 2016/6805 E2017/9218 K, 28/12/2016 tarih, 2015/20499 E- 2016/15704 K, 08/03/2016 tarih 2015/8807 E-2016/3789 K, 03/11/2015 tarih 2015/6114 E- 2015/19412 K, 09/06/2014 tarih 2014/5008 E2014/12966 K, 30/09/2013 tarih 2013/11481 E- 2013/17674 K, 24/09/2012 tarih 2011/5829 E2012/15379 K, 11/03/2010 tarih 2009/2406 E- 2010/2693 K, 29/01/2006 tarih 2006/12307E2007/790 K.) şeklinde belirtilebilir.

O halde, bakiye ömür tablosu konusundaki köklü içtihattan dönülmesi için Yargıtay Hukuk Genel Kurulu veya Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen bir karara ihtiyaç duyulduğu, aksi durumun kökleşmiş içtihatla taraflar lehine doğan hukuki güvenlik hakkını ihlal edeceği açıktır.

Bu durumun aksinin kabulü halinde ise; bilinen durum var iken, varsayıma dayalı olarak hesap yapılmayacağına dair ilkeden hareketle, öncelikle aktif dönem hesap sonu ve pasif dönem başlangıç tarihi olarak, her bir dava açısından bir ayrıma gidilmesi, 506 sayılı Kanuna tabi sigortalılar için bu kanunda öngörülmüş olan emeklilik yaşı ile gelirin bağlanmasına esas bakiye ömür süresinin, 5510

değerlendirmeler göz önüne alındığında muhalefet gerekçesinin haksız olduğunu söylemek güçtür. Zira henüz ilgili konuya bakan dairenin dosyaları yeni denilebilecek bir sürede diğer daireye devredilmiştir ve belirtildiği üzere 21. Hukuk Dairesinin konudaki PMF tablosuna ilişkin uygulaması çok uzun yıllara dayanmaktadır. Salt 10. Hukuk dairesinin kurumca açılan rücu davalarında zaten TRH tablosunu uyguluyor olması, maddi tazminat davalarında da içtihat birliği gözeterek içtihat değişikliğine gidilebileceğini göstermez.

Esasen maddi tazminata ilişkin istikrarlı kararlar 21. Hukuk Dairesince verilmiştir. Bu sebeple, muhalefet şerhinin bu durumun dairenin kendi kökleşmiş içtihadını değiştirmesi olduğu ve bunun HGK nezdinde içtihadı birleştirme kararı gerektirdiğine yönelik değerlendirmesine katılmak mümkündür. Bunun yanında ilgili

sayılı Kanuna tabi sigortalılar yönünden ise bu kanunda öngörülmüş olan emeklilik yaşı ile gelirin bağlanmasına esas bakiye ömür süresinin dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, iş kazası ve meslek hastalığı hukuksal sebebine dayalı SGK tarafından açılan rücu davaları için temyiz inceleme mercii olan Yargıtay 10. Hukuk Dairesince uygulanmakta olan “TRH 2010” adlı bakiye ömür tablosunun sigortalı ve hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarına da uygulanacağını kabulü halinde ise, bu bakiye ömür tablosu içerisinde yer alan “TRHA 2010” ve “TRSH 2010” sütunlarının bakiye ömür hesabında neden dikkate alınamayacağını kararda açıklanarak açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Hukuki güvenlik açısından tazminat hesabında baz alınacak yaşam tablosu değişikliğinde Yargıtay Kanunu’nun madde 15/2-c hükmü uygulanmaksızın görüş değişikliğine gidilecekse 21. Hukuk dairesinin 10.Hukuk Dairesi ile birleştiği 02.09.2020 tarihinin de verilecek bozma kararları açısından milat olarak kabul edilerek, en azından bu birleşme tarihinden sonra açılacak davalar için hukuki güvenlik hakkı kapsamında “TRH 2010” bakiye ömür tablosunun uygulanması gerektiğine işaretle karar verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Belirtilen bütün bu açıklamalar doğrultusunda, somut olayda davacı sigortalının iş kazasına uğraması nedeniyle, PMF 1931 tablosuna göre yapılan hesapta hatanın bulunmadığı, anılan tablonun (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesinin kökleşmiş içtihatları ile geçmişten günümüze kadar istikrarlı şekilde uygulandığı, görülmektedir. Yaşam tablosunda PMF 1931 yerine TRH 2010 tablosunun uygulanması noktasında yukarıda izah edildiği gibi Yargıtay Kanununun öngördüğü prosedür izlenmeden Sosyal Güvenlik Kurumu’nun genelgelerle uyguladığı yaşam tablosunun baz alınması yerinde bulunmadığından TRH 2010 tablosunun maddi tazminatın hesabı noktasında uygulanması gereken tablo olduğunu belirten sayın çoğunluk tarafından verilen bozma kararına katılamıyorum.” Yargıtay 10. HD 23.2.2021 tarihli, 2020/9717 E., 2021/2003 sayılı kararı muhalefet şerhinden (Lexpera. Erişim: 20.5.2021).

husus gözetilmese dahi iki dairenin birleşme kararının gözetildiği, sürpriz karar yasağına ilişkin bir belirleme yapılması mümkünken bunun yapılmadığına yönelik muhalefet şerhi değerlendirmesinin haklı olduğu da kanımızca söylenebilir. Yine Yargıtay'ın 21. Hukuk Dairesince bakılan işlerinin 10. Hukuk Dairesine devrildiği tarih sonrası, dairenin başkan vekilince başkanlık yapılan ve üstteki kararın muhalif üyesinin de heyete dâhil olduğu ancak ondan başka tüm üyelerin farklı olduğu bir temyiz dilekçesinde, açıkça TRH-2010 yerine PMF tablosunun uygulanmasının temyiz nedeni yapıldığının belirtildiği kararda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ilgili temyiz itirazını reddedilen temyiz itirazları arasında sayılmıştır³⁸⁵. Bu karar esasen dairenin, 21. Hukuk Dairesinin dosyaları kendisine devrolduktan sonraki süreçte dahi kendi içinde aynı tür davada yani maddi tazminat hesabında çelişkili karar verdiğini göstermektedir.

Tüm bu değerlendirmeler karşısında hem içtihat birliğinin kanunun aradığı şartlar sağlanarak, hem de adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler gözetilerek sağlanması; bunun yanında günün şartlarına en iyi şekilde uyacak ve teknik bakımdan da günün ve tazminat hukukunun tüm gereklerini karşılayabilecek bir yaşam tablosu oluşturulmasında yarar olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak iş kazası sebepli maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı talepli davalardaki aktüerya hesaplamalarının nitelikli hesaplama olduğu ve

³⁸⁵ “Davacı Tarafın Özetle Temyiz Nedenleri;

...

PMF tablosunun kullanılmasından vazgeçilmesi gerektiğini,

... belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması talep edilmiştir.

...

Temyiz edenin sıfatına, dosyadaki temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan şekilde davacının yaptığı iş tereddütsüz şekilde tespit edilmek sureti ile bu doğrultuda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TÜİK ve ilgili meslek odalarından; davacının sendika üyesi işçi olması halinde ise bağlı bulunduğu sendikadan yapmış olduğu iş ile ilgili alabileceği ücreti araştırmak, işçinin emsallerinin aldığı ücrete göre hesaplamanın yapıldığı yeni bir rapor almak ve fakat hükme esas alınan 20/11/2018 tarihli rapordaki ücret dışındaki diğer doneler dikkate alınarak, işlemiş dönem ileri çekilmeksizin ve taraflar lehine oluşan usulü kazanılmış haklara riayet edilerek rapor neticesine göre bir karar vermekten ibarettir.” Yargıtay 10. HD 8.10.2020 tarihli, 2020/6894 E., 2020/5738 sayılı kararı (Lexpera. Erişim: 21.5.2021).

aktüerya bilirkişisi tarafından çözümlenmesi gerektiği açıktır³⁸⁶. Yukarıda anlatıldığı üzere aktüerya, üniversiteler bünyesinde bölümü olan ve öğrenci alan bir alandır. Ayrı bir disiplin olduğu, bir eğitimi gerektirdiği ve uzmanlık konusu olduğu hususunda şüphe yoktur. Bu sebeple bahsedilen davalarda hâkim, aktüerya hesabının özel ve teknik bilgi gerektirdiğini gözeterek bilirkişi görevlendirmesi yapmalıdır. Ancak bilirkişi raporunu hazırlarken, bu başlıkta özetlenen hesaplama unsurlarına dikkat etmelidir. Zira her ne kadar uzmanlık alanı olsa da, raporu hazırlarken bilirkişinin uyması gereken kurallar olup, çalışma boyunca anlatıldığı üzere bilirkişi, raporunda hukuki değerlendirmelerde bulunamaz. Başlıkta anlatılan yaşam tablolarından hangisine göre karar verileceği esasen hukuki bir tercihtir. Bu sebeple hesaplama unsurlarında Yargıtay içtihatlarında dahi birlik olmadığından bilirkişi, hâkimin takdirine müdahale etmemek adına kanımızca bilirkişi raporunda uyulması gereken asli kurallar bir yana, en azından içtihat birliği tekrar sağlanana dek çelişkili hususlarda hukuki değerlendirme yapmış olmamak adına seçenekli hesaplama yapmalıdır.

³⁸⁶ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 2017, s. 1923.

SONUÇ

Bilirkişi incelemesi bu çalışmada özel olarak iş yargılamasındaki görünüm biçimleri gözetilerek ele alınmaya çalışılmıştır. Çalışmanın bütününde görüldüğü üzere iş yargılaması, bilirkişilik kurumuna yöneltilen eleştirilerden en fazla payını alan yargılama alanlarından biridir. Bunun sebebi de çalışma boyunca açıklandığı üzere hesaplamalardan kusur tespitine kadar birçok alanda bilirkişi incelemesine başvurulmasıdır.

Elbette anlatıldığı üzere, basit hesaplamalar bakımından bilirkişi incelemesine başvurulması doğru değildir. Bu hem bilirkişili incelemesinin hesaplamalarda salt nitelikli hesaplamalar için başvurulabilecek bir inceleme metodu olması yani basit dört işlem olarak ifade edilebilecek hususlarda bilirkişi incelemesine başvurulamayacak olması, hem de usul ekonomisi açısından hatalıdır. Ancak çalışma boyunca değinildiği üzere iş yargılamasında hesaplamalar pek çok kere nitelikli hesaplama olabilmektedir. Yani salt bir hukukçu olmakla bilinmesi zorunlu olmayan, dört işlemden ibaret olmayan hususlar davalarda ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada hukuk yargılamasının birçok alanından ayrılan şekilde iş yargılamasında nitelikli hesaplama olarak tarif edilen konular, hukukçu olan hâkim tarafından bilinmesi zorunlu olmamakla, kesinlikle özel ve teknik bilgi olarak mütalaa edilip bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğu olan hususlar olarak değerlendirilemez. İş yargılaması bakımından tecrübeli olup nitelikli hesaplamaları yapabilen bir hâkim, usul ekonomisi bakımından ve yargının iş yükü gözetildiğinde imkân oluyor ise elbette bilirkişi görevlendirmeden de hesaplamaları yapabilecektir.

İş yargılamasında da sıkça karşılaşılan kusur konusu başlı başına tartışmalara yol açan bir husustur. Uygulamada kusur tespiti bakımından yani kusurun varlığı-yokluğu ya da hangi tarafta ne oranda olduğu konularında sıklıkla bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Kanuni düzenlemeler karşısında, kusura etki eden teknik faktörler bir yana bırakıldığında, kusur izafe etme faaliyetinin salt bir hukuki değerlendirme olması hususu göz önünde bulundurulduğunda, kusurun taraflara dağıtılması için bilirkişi görevlendirilmesinin hatalı olduğu açıktır. Nitekim güncel dönemde bazı Yargıtay kararlarında kusura etki eden teknik hususların bilirkişiye saptamasının yaptırılıp, kusur değerlendirmesinin hâkime bırakılması yönünde içtihatlar oluşmakla, uygulamada

yanlıştın terk edileceği yönünde beklenti doğmaktadır. Ancak bu aşamada henüz uygulama birliği oluştüğunu veya içtihatların net olarak yerleştüğini söylemek zordur.

İşe iade davaları ise İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğüyle birlikte hem hesaba ilişkin konuları, hem fesih sebebi bakımından teknik konuları içerisinde barındırmaktadır. Hesap bakımından yukarıda anlatıldığı üzere nitelikli bir hesaplama söz konusu olmadıkça işe iade davalarında da hesap bilirkişisine başvurulmamalıdır. Ancak fesih sebebi bakımından çoğu kez özel ve teknik bilgi gerekebilmektedir. Bu durumda elbette bilirkişiden davanın esası hakkında görüş verilmeksizin, hâkimin altlama faaliyetini hukuka uygun yapabilmesi açısından teknik konularda bilgi sahibi olması için rapor alınması, hem kararın esasa ilişkin olarak hukuka uygunluğu açısından hem de usul hukuku açısından doğru olacaktır.

Görüldüğü üzere aslında çok tartışmalara yol açan iş yargılamasında bilirkişilik uygulamaları esasen hukuki mesele-maddi mesele ayrımının sınırlarına, özellikle bilirkişiye başvurulurken ve bilirkişiye sorulacak soruların belirlenmesi aşamasında dikkat edildiğinde, gündeme geldiği karışık ve tartışmalı olmamaktadır. Bu konuda kesin ve kati değerlendirmeler ile dava türü bakımından genel kanılara varmak zor olmakla esasen mevzuata uygun olarak bilirkişiye başvurmak ya da başvurmamak hususunda uygulamacının dosya bazında değerlendirmeleri hatalı uygulamalar oluşmaması veya önceki hatalı uygulamaların devam etmemesi adına en önemli nokta olmaktadır.

Değerlendirmenin bu kısmında 30.4.2021 tarihli 31470 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2021/9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi’nin konusu olan İnsan Hakları Eylem Planında yer bulan birtakım kavramlar üzerinden de düşünmek yararlı olacaktır. İlgili eylem planının 52. sayfasında hâkim yardımcılığı müessesinin ihdas edileceği, 54. sayfasında çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkimlere yardımcı olmak üzere mahkeme uzmanı istihdam edileceği, yine aynı sayfada ilk defa ihtisas mahkemesine atanacak hâkimlere ihtisas alanıyla ilgili eğitim verileceğine yer verilmiştir. Özellikle çalışmada üzerinde durulan hesaplamalar ile ilgili konularda bu müesseseler ve çalışmaların yararlı olacağı söylenebilecektir. Nitelikli hesaplama olarak değerlendirilen hususlarda uzmanlık için ihtisas alanıyla ilgili eğitim bağlamında düşünüldüğünde, örneğin iş mahkemelerine ilk kez atanacak hâkimlere nitelikli hesaplamalar eğitimi verilmesi, sıklıkla bilirkişiye başvurulmasını ve yargılama

giderlerini azaltarak usul ekonomisine katkı sağlamak açısından bir çözüm olarak düşünülebilir. Yargının iş yükü düşünüldüğünde yine hâkimin hesaplamalarla uğraşmasının olumsuz olacağı değerlendirmesi yapılması durumunda, istihdam edilecek mahkeme uzmanı kişilerin bu alanda uzman olması, hâkimin de ihtisas eğitimi sayesinde bu hesaplamaları kontrol etmesi de bir çözüm olarak düşünülebilir. Yine hâkim yardımcılardan iş mahkemesine atanacaklara ilgili eğitim verilerek ya hesaplamalar konusunda hâkimlerin iş yükünü almaları ya da mahkeme uzmanlarını denetlemeleri bir çözüm önerisi olarak sunulabilir.

Sonuç olarak, öncelikle çalışmanın içeriğinde de ifade edildiği üzere kusur izafe etmek hukuki altlama faaliyeti olup, davanın esasına ilişkin olduğundan yargılamada kusur tespiti gündeme geldiğinde elbette kusura etki eden teknik faktörler için bilirkişi incelemesi yapılması gerekli olmakla, taraflara kusur dağılımı yapılması hukuki değerlendirmeye gireceğinden yapılmamalıdır. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında yer alan yaklaşım tüm uygulayıcılar bakımından benimsenmeli, kusurun taraflara dağılımı (yani kimin ne oranda kusurlu olduğu veya asli-tali kusurlu ayrımı) bakımından bilirkişi incelemesine başvurulmamalıdır. Gerekirse yukarıda bahsedilen ihtisas eğitiminin konularına kusurun teknik oranlarının saptanması sonrası taraflara dağılımı konusunda dersler eklenmelidir. İşe iade davalarında özel ve teknik fesih sebepleri hususunda bilirkişi incelemesi yapılması konusunda, bilirkişi tarafından feshin geçerli-geçersiz olduğu konularında değerlendirme yapılmadıkça hukuka aykırı bir yan yoktur. Ancak işe iade davalarında yapılan hesaplamaların yine somut dava bazında değerlendirmesini yapmak gerekli olup, çoğunlukla nitelikli hesaplama olmadığını söylemek mümkündür. İş yargılamasında gündeme gelen işçilik alacak ve tazminatları bakımından ise elbette somut davanın durumuna göre değerlendirmeler yapılmalıdır. Ancak kanımızca yöneltilen eleştiriler kadar kesin olmamak gereklidir. Birtakım eleştirilerde hesaplama konusunda bilirkişiye başvurmanın davanın esasını etkilediği yönünde saptamalar olsa da bunlara katılamıyoruz. Davanın esası hakkında görüş bildirilmeden salt alacak kalemleri, esasa etki eden ihtilaflı hususlarda seçenekli değerlendirmeler yapılarak hâkimin her ihtimalde karar verebileceği şekilde yapılabilmektedir. Hesaplamalar noktasında yukarıda vurguladığımız gibi davanın esası bakımından hesaplamanın öncelikle nitelikli bir hesaplama olup olmadığı bilirkişiye başvuru hususu gündeme geldiğinde titizlikle değerlendirilmeli, daha sonra hâkim kendi bilgi ve tecrübesi ile iş

yükünü düşünerek, usul ekonomisini gözeterek dosyada bilirkişi incelemesine gerek olup olmadığını saptamalıdır. Hesaplamaya konu olan davalarda gündeme gelecek bir hususun nitelikli hesaplama olup olmayacağını soyut olarak kategorize etmek gerçeklerle uyuşmamaktadır. Çokça eleştiri konusu olan nitelikli hesaplama bilirkişiliğinin geleceği, uygulamanın titiz davranması ile yakından bağlantılıdır. Çalışma kapsamındaki değerlendirmeler ışığında, her mahkemenin kendi dosyasını özel durumunu (iş yükü gibi) gözettiği takdirde, uygulamada yapılan hataların da minimuma ineceğini, usul ekonomisi ve yargılamanın makul sürede bitmesi hususlarında ilerleme de kaydedileceğini düşünüyoruz.



KAYNAKÇA

- Akın, L. (2011). *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara: Yetkin.
- Akın, L. (2012). Eski ve Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Karşısında İşveren ve İşveren Vekili Sorumlulukları, *Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen Çalışma Mevzuatı Semineri*, İstanbul, s. 13-24.
- Akil, C. (2011). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, *AÜHFD S:60 (3)*, s. 693-731.
- Akil, C. (2012). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü, *MÜHFD, C:11 S:1*, s. 85-93..
- Akkan, M. (2017). Mahkemeler. H. Pekcanıtez, M. Özkes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 110-339). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanıtez Usul*)
- Akkaya, T. (2009). *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Ankara: Yetkin.
- Aktay, A.N., Arıcı K. ve Senyen Kaplan E.T. (2013). *İş Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, E. (2008). *İş Kanunu Şerhi C.2*, Ankara: Seçkin. (Anılış: *Şerh*)
- Akyiğit, E. (2010). *Kıdem Tazminatı*, Ankara: Seçkin. (Anılış: *Kıdem Tazminatı*)
- Akyiğit, E. (2013). *İş Hukuku*, Ankara: Seçkin. (Anılış: *İş Hukuku*)
- Akyiğit, E. (2015). *Toplu İş Hukuku*, Ankara: Seçkin.
- Alangoya, Y., Yıldırım, M.K. ve Deren-Yıldırım, N. (2011). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul: Beta.
- Alangoya, Y. (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Aras, B. (2014). İş Kazalarında Bilirkişiden Beklenen Tespitler (Teknik Konu – Hukuki Konu), *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda*

Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında), İstanbul, s. 143-152.

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin.

Astarlı, M. (2017). 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Sicil Dergisi*, S:38, s. 40-53.

Atalay, O. (2017). İspat. H. Pekcanitez, M. Özokes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 1585-1764). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)

Atalay, O. (2017). Deliller. H. Pekcanitez, M. Özokes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 1765-1967). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)

Atalay, O. (2001). *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi. (Anılış: *Menfi Vakıalar*)

Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin.

Atalı, M. (2016). 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, *AÜHFD C:65 S:4*, s. 3271-3282. (Anılış: *Hukuki Konularda Bilirkişilik*)

Atalı, M. (2017). Basit Yargılama Usulü. H. Pekcanitez, M. Özokes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 2089-2107). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)

Balcı, M. (2018). *İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması*, Ankara: Yetkin.

Başterzi, S.(1995). Kıdem Tazminatı-İşsizlik Sigortası İlişkisi, *AÜHFD*, 44, s. 313-334.

Başterzi, S. (1996). *İşsizlik Sigortası*, Ankara: AÜHF Yayınları.

Baycık, G. (2006). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri*, Ankara: Yetkin.

- Baycık, G. (2011). *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin.
- Belgesay, E. (1955). Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti, *AÜHFD S:3 (12)*, s. 247-320.
- Bozkurt, H.A. (2009). İş Mahkemelerinde Bilirkişilik, *ABD Y:67 S:4*, s. 117-125.
- Bozkurt, H.A. (2018). *İş Yargılaması Usul Hukuku*, Ankara: Seçkin.
- Bozok, S. (2019). *İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası*, İstanbul: On İki Levha.
- Börü, L. (2016). *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Yetkin.
- Buz, V. (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin.
- Canbolat, T. (2008). Karar İncelemesi, *Sicil Dergisi*, S:9, s. 62-76.
- Canbolat, T. (2014). İş Mahkemelerinde Bilirkişi Raporu Alınan Konular ve Hukuki-Teknik Konu Ayrımı, *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 8-14. (Anılış: Bilirkişi Raporu Alınan Konular)
- Canbolat, T. (2014). Sonuç Bildirisi Taslağının Görüşülmesi, *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 156-193.
- Canbolat, T. (2016). Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi, *İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı C.1, C:LXXIV*, s. 251-268. (Anılış: Bilirkişilik Kanun Taslağı Değerlendirmesi)
- Centel, T. (1994). *İş Hukuku C.1 Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta.
- Centel, T. (2011). Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *Sicil Dergisi S:24*.
- Centel, T. (2020). *İş Güvencesi*, İstanbul: Legal.

- Cuhruk, M. (1978). *Kıdem Tazminatı ve Uygulaması*, Ankara: Yarıaçık Cezaevi Matbaası, s.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T. (2016). *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta.
- Çenberci, M. (1978). *İş Kanunu Şerhi*, Ankara: Olgaç Matbaası.
- Çil, Ş. (2018). *İş Hukukunda Çalışma ve Dinlenme Süreleri Tebliği, Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri*, İstanbul.
- Çil, Ş. (2018). *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin.
- Çil, Ş. (2020). *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*, Ankara: Yetkin. (Anılış: *Yargıtay Uygulamaları*)
- Demircioğlu, A.M. (2014). *Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası*, İstanbul: Beta.
- Deryal, Y. (2017). *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet.
- Ekmekçi, Ö. (2019). *Toplu İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: On İki Levha.
- Ekonomi, M. (1987). *İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku*, İstanbul: İTÜ. (Anılış: *İş Hukuku*)
- Ekonomi, M. (2004). 4867 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, *Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu İş C:7 S:3*, s. 159-172. (Anılış: *Fazla Çalışma*)
- Ekonomi, M. (2009). İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 1-64. (Anılış: *Değerlendirme*)
- Eren, F. (1974). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara: AÜHF.
- Eren, F. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin.
- Erdoğan, E., Toraman, B. ve Başara İ. (2017). *Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı*. T. Canbolat (Editör).

(<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020142300temelegitimkaynak.pdf>) Erişim: 31.8.2021.

- Erdönmez, G. (2017). Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler. H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 781-923). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)
- Ergin, B. (1989). *Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar*, İstanbul: Filiz.
- Esener, T. (1978). *İş Hukuku*, Ankara: AÜHF Yayınları.
- Eyrenci, Ö., Taşkent S., Ulucan D. (2019). *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta.
- Eyrenci, Ö. (2003). 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, *Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen Yeni İş Yasası Konulu Seminer*, İstanbul, s. 152-164. (Anılış: *Ücret ve İşin Düzenlenmesi*)
- Eyrenci, Ö. (2004). 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, *İHSGHD 1 Ocak-Mart 2004*, s. 15-56. (Anılış: *Yeni Düzenlemeler*)
- Gerek, N. (1998). *Türkiye 'de İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği*, Ankara: Türk Metal.
- Görgün, L.Ş., Börü, L., Toraman, B. ve Kodakoğlu, M. (2020). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin.
- Güven, E., Aydın, U. (2020). *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir ve İstanbul: Nisan.
- Güzel, A. (2005). Karar İncelemesi, *ÇT 2005/1 S:4*, s.159-182.
- Güzel, A. (2012). İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 131-284.
- İzveren, A. (1970). *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, İstanbul: Doğuş Matbaacılık.
- Kandemir, M. (2011). Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, *İHSGHD S:29*, s. 11-42.

- Kaplan, E.T. (1992). *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Kadioğlu Matbaası.
- Kar, B. (2017). *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Ankara: Yetkin. (Anılış: *İş Güvencesi*)
- Kar, B. (2019). *İş Yargılaması Usulü*, Ankara: Yetkin.
- Karabacak, E. (2017). İşe İade Kararları ve İcra Edilebilirliği, *TAAD*, Y:7 S:29, s. 255-360.
- Karamercan, F. (2021). *Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları – Somutlaştırma Yükü*, Ankara: Seçkin.
- Kılıçoğlu, M., Şenocak K. (2013). *İş Kanunu Şerhi*, İstanbul: Legal.
- Kılıçoğlu, M. (2012). *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, İstanbul: Bilge.
- Kuru, B., Aydın, B. (2021). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin.
- Kuru, B. (1979). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.I*, Ankara: Sevinç Matbaası. (Anılış: *Usul C.I*)
- Kuru, B. (1980). *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II*, Ankara: Sevinç Matbaası. (Anılış: *Usul C.II*)
- Manav, A.E. (2015). Alman ve Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması, *TBB Dergisi S: 119*, s. 457-502.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı M., Baysal U. (2014). *İş Hukuku*, Ankara: Turhan.
- Mülayim, B.O. (2016). *İş Hukukunda Gece Çalışması*, Ankara: Adalet.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1973). *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası. (Anılış: *Kıdem Tazminatı*)
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014). *İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri*, İstanbul: Beta. (Anılış: *Ferdi İş İlişkileri*)
- Oğuz, H. (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur, *TAAD Yıl:7 S:28*.

- Oğuzman, M.K. (1955). *Türk Borçlar Kanununa Göre ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası. (Anılış: *İş Akdinin Feshi*)
- Oğuzman, M.K. (1969). İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, *İÜHFM C:XXXIV S.1-4*, s. 322-342. (Anılış: *İşverenin Sorumluluğu*)
- Oğuzman, M.K. (1987). *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri C.1*, İstanbul.
- Öktem, Songu S. (2007). *Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özekes, M. (2003). *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin.
- Özekes, M. (2008). *Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinâf ve Temyiz)*, Ankara: TBB Yayınları.
- Özekes, M. (2017). Ön İnceleme. H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 1271-1331). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)
- Özekes, M. (2017). Kanun Yolları. H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 2150-2347). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)
- Özkaraca, E. (2013). 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, *ÇT 2013/3 S:38*, s. 173-216.
- Özveri, M. (2015). *İşçi Sağlığı, İş Güvenliği ve İş Cinayetleri*, İstanbul: Birleşik Metal-İş.
- Pekcanitez, H. (2017). Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler. H. Pekcanitez, M. Özekes, M. Akkan ve H. Taş Korkmaz (Editörler), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* içinde (s. 8-78). İstanbul: On İki Levha. (Anılış: *Pekcanitez Usul*)
- Pekcanitez, H., Atalay, O., ve Özekes, M. (2021). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin.

- Pekcanıtez, H. (2000). Hukukî Dinlenilme Hakkı, *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi*, s. 753-788.
- Postacıoğlu, İ. E. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri.
- Reisoğlu, S. (2013). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta.
- Sarıbay Öztürk, G. (2015). *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, İstanbul: Beta.
- Saymen, F.H. (1954). *Türk İş Hukuku*, İstanbul: Hak Kitabevi.
- Schwarz (1948). Borçlar Hukuku Dersleri (Çev. B. Davran), İstanbul: İÜHF, s. 106-108'den aktaran S. Reisoğlu (2013). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta.
- Seber, V. (2014). İş Kazalarında Bilirkişiden Beklenen Tespitler (Teknik Konu – Hukuki Konu), *İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu (Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi Kapsamında)*, İstanbul, s. 68-75.
- Sevimli, A. (2013). Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *ÇT 2013/1 S:36*, s.107-147.
- Soyer, M.P. (2004). Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, *İHSGHD 3 Temmuz-Eylü 2004*, s. 797-808.
- Soyer, M.P. (2005). İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, *İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı*, s. 27-69.
- Süzek, S. (1985). *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara: Savaş. (Anılış: İş Güvenliği)
- Süzek, S. (2019). *İş Hukuku*, İstanbul: Beta.
- Şahlanan, F. (1976). İş Yargılaması, *İÜHFM C:42 S: 1-4*, s. 377-421.

- Şahlanan, F. (2005). Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 87-123.
- Şahlanan, F. (2007). Karar İncelemesi: Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi, *ÇT 2007/2 S:13*, s.161-168.
- Şahlanan, F. (2008). Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, *Sicil Dergisi*, S: 12, s. 44-46. (Anılış: *Kıdem Tazminatı Tavanı*)
- Tanrıver, S. (2002). *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin.
- Tanrıver, S. (2015). Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi* S: 119, s. 227-240.
- Tanrıver, S. (2017). *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Ankara: Yetkin. (Anılış: *Hukukumuzda Bilirkişilik*)
- Tanrıver, S. (2016). *Medeni Yargıda Bilirkişilik*, Ankara: Yetkin. (Anılış: *Medeni Yargıda Bilirkişilik*)
- Taşkın, İ. (2020). *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması*, Ankara: Seçkin.
- Toraman, B. (2017). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Ankara: Yetkin.
- Tuncay, A.C. (2013). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, s. 1-98.
- Tunçomağ, K., Centel, T. (2013). *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul: Beta.
- Turgut, O. (2021). *İş Yargılaması Usul Hükümleri*, Ankara: Yetkin.
- Turgut, P. (2011). *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Uluslan, İ. (1990). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Kazancı.

Umar, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin.

Yardımcı, T.E. (2017). *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, İstanbul: Seçkin.

Yıldırım, M.K. (2004). Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu. H. Pekcanıtez (Editör), *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı* içinde (s. 833-842), Ankara: TBB Yayınları.

Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2014). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul: Beta.

İnternet Kaynakları

AYM Kararlar Bilgi Bankası (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>)

Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu, 26. Yasama Dönemi, 1. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 388, s. 55 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss388.pdf> Erişim: 1.6.2021).

Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar (<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2632021121309%C4%B0LKELELER%20VE%20STANDARTLAR.pdf> Erişim: 31.8.2021).

Çalışma ve Toplum Dergisi İnternet Sitesi (<http://www.calismatoplum.org>)

Çelik Ç.A., *TRH – 2010 Yaşam Tablosu*, <https://www.tazminathukuku.com/tablolari/7-trh-2010-yasam-tablosu.htm> (Erişim: 25.5.2021).

Çelik Ç.A., *PMF (Yaşam Tablosu 1931)*, <https://www.tazminathukuku.com/tablolari/6-p-m-f-yasam-tablosu-1931.htm> (Erişim: 25.5.2021).

www.hukuki.net

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (www.lexpera.com.tr)

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr)

Sosyal Güvenlik Kurumu (www.sgk.gov.tr)

TBB Dergisi (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>)

TDK Güncel Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr)

