

## PAPER DETAILS

TITLE: 6100 SAYILI HMK'YA GÖRE İS YARGISINDA İSPAT YÜKÜ VE DELİLLER

AUTHORS: Sahin Çil

PAGES: 87-102

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97919>

# 6100 SAYILI HMK'YA GÖRE İŞ YARGISINDA İSPAT YÜKÜ VE DELİLLER

Şahin Çil\*

## I – İŞ YARGISINDA İSPAT HAKKI VE YÜKÜ

### A- GENEL OLARAK

İspat yükü, maddi hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesidir. HMK sisteminde ispat sadece bir yük olarak ele alınmamış, 189. maddedeki düzenlemeye göre tarafların kanunda belirtilen süre ve usule göre ispat haklarının olduğu vurgulanmıştır.

İspat yükü ise HMK'nun 190. maddesinde Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesine paralel şekilde düzenlenmiş olup, “*iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan lehine hak elde eden taraf*” ispatla yükümlüdür. Ancak maddede aksinin özel kanunlarda öngörülmüş olabileceğini belirtmiştir.

HMK 194. maddede vakıaları somutlaştırma yükü getirilmiştir. Gerekçe, genel geçer ifadelerle, somut vakıalara dayanmadan dava açılıp yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin davacının uzun süre işyerinde çalıştığı ve yasal haklarının ödenmediği belirtilerek, feshin kim tarafından ve ne şekilde yapıldığı açıklanmaksızın kıdem, ihbar, izin, fazla çalışma vs işçilik alacaklarının talebi yasaya uygun değildir. Böyle bir durumda hakimin HMK 31. madde kapsamında davayı aydınlatması gerekir.

İş davalarında, işçinin işe giriş ve varsa ara verme ve fesih tarihleri, unvanı, aldığı ücret ve varsa ekleri açıklanmalı, iş sözleşmesi feshedilmişse kim tarafından hangi nedenle feshedildiği belirtilmeli, çalışma düzenine dair somut açıklamalara yer verilmeli, uyuşmazlıkta önemli ise çalışma koşulları açıklanmalıdır. Talep kısmında ise davaya konu tazminat ve alacaklar isimlendirilerek miktarlar gösterilmelidir. Örneğin işçinin çalışılan dönemde sürekli fazla çalışma yaptığı şeklindeki beyan yeterli görülmemelidir. Günlük, haftalık veya aylık olarak fazla çalışma süreleri açıklanmalıdır. En azından günde 3 saat fazla çalışma yaptığı şekilde bir talepte bulunulmalıdır.

HMK 194. maddesinin 2. fıkrasına göre, ayrıca tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delili hangi vakıanın ispatı için gösterdiklerini açıklaması gerekir. Delillerin gösterilmesi ve deliller ile ispatı gereken vakıalar arasında bağ kurulması somutlaştırma yükümünün gereğidir. Örneğin aylık ücretin ispatı konusunda banka kayıtlarına dayanılacağı, işe giriş tarihinin tanıkla ispatlanacağı, fazla çalışma yönünden puantaj kayıtlarına tutunulacağı vb belirtilmelidir.

İş mevzuatında ispat yüküne ilişkin yasal düzenlemelerin yanında bir de Yargıtay'ın uzun yıllardır iş uyuşmazlıklarında ispat yükü ve araçlarına ilişkin belirlediği ilke ve esaslar vardır. Bu çalışmada, yasal düzenlemeler ve Yargıtay ilke kararları çerçevesinde ispat yükü ve ispat araçları üzerinde durulacaktır.

---

\* Şahin Çil: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetik Hakimi.

## B- KARİNELER

Karine, belli bir olaydan, belli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur. Karineler ispat yükünün bir istisnasını oluşturur. Lehine karine olan taraf ispat yükünden kısmen veya tamamen kurtulur.

Karineler ikiye ayrılır:

### 1- Yasal Karineler

Kanunlarda yer alan belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için sonuç çıkarılması yasal karine olarak adlandırılır. Yasal karine ispat yükünün gerçek istisnasını oluşturur. Lehine yasal karine olan tarafın ispat yükü bulunmamaktadır. Yargıtay 10.Hukuk Dairesine göre; “...işçi sağlığıyla ilgili mevzuat hükümleri, bu konuda yapılmış uzun bilimsel incelemelerin ve süregelen deneyimlerin bir sonucu olarak konulmuştur ve bu hükümlere uyulması durumunda işçinin ya hiç bedensel zarara uğramayacağı yada uğrasa bile bu zararın azaltılmış bulunacağı bir tıbbi esas olarak öngörülmüştür. Bu bakımdan sözü edilen hükümlerle konulmuş yükümler, teknik anlamda bir çeşit yasal belirti niteliğindedir. Bu nedenle de, bunun tersinin kanıtlanmasına izin verilmez ” Yasal karinenin aksinin ileri dahi sürülememesinde kesin yasal karineden söz edilir.

Ancak lehin yasal karine olan tarafın ispat yükü olmasa dahi diğer tarafın yasal karinenin aksini ispatlamasına izin verildiği hallerde adi yasal karinenin varlığı kabul edilir.

Adi yasal karinelere İş Hukuku bakımından verilebilecek örnek, İş Kanunu’nun 92. maddesinde yer alır. İş müfettişliği ile işçi şikayetlerini inceleyen bölge çalışma müdürlüğü memurlarının düzenledikleri tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olduğu yasada düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu’nun 2. maddesinde, asıl işveren işçisinin alt işveren işçisi olarak hakları kısıtlanarak çalışmaya devam etmeleri ve daha önce asıl işverende çalışan kişi ile alt işverenlik ilişkisi kurulması halleri muvazaa kriteri olarak öngörülmüştür. Hatta yasal düzenlemeye göre aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaaya dayandığı kabul edilir. Ancak öğretide<sup>1</sup> ve Yargıtay kararlarında<sup>2</sup> yasada getirilen her iki kriterin de adi kanuni karine olduğu, aksinin ispatlanabileceği kabul edilmiştir.

### 2- Fiili Karineler

Hayat tecrübesi kurallarına göre bir delilin değeri noktasında hakim in kanaat oluşturmaya yarayan yargılar, fiili karineler olarak değerlendirilir. İspat noktasında “hayatın olağan akışı” ölçütü önemli uygulama alanına sahiptir.

İş kazası sonucu ölüm halinde, ölen kişi sağ olsaydı kendilerine yardım ve destekte bulunacağı noktasında ispat yükü davacılar da olsa da, genel yaşam deneyimlerine göre böyle bir destek ve yardım varsayılır ve delil gösterme yükü aksini ileri süren karşı tarafa geçer<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. Görüşler ve tartışmalar için Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Ankara 2011, 3 Baskı, s. 36 vd.

<sup>2</sup> Yargıtay 9. HD. 2.12.2010 gün 2009/ 37817 E, 2010/ 36060 K.

<sup>3</sup> Bilge Umar / Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2. bası, İstanbul 1980, s. 165 vd.

Ülkemizde 2001 yılında büyük bir ekonomik krizin varlığı herkes tarafından bilinmektedir. Bu yüzden belirtilen dönem için krizin varlığının ispatına gerek yoktur. Ancak bazı sektörlerin krizden faydalandıkları ve ekonomik dalgalma dönemlerinde daha fazla büyüdükleri ileri sürüldüğünde bu durumun yararlanacak olan tarafça ispatı gerekir.

Uzun süre çalışan vasıflı bir işçinin aylık ücretinin asgari ücretin üzerinde olacağı genel olarak Yargı kararlarında kabul görmektedir. Yargıtay önüne gelen bir örnekte yerel mahkeme 10 yıllık kıdeme sahip mali müşavir olarak çalışan davacının asgari ücret almasını hayatın olağan akışına aykırı bularak bu fiili duruma hukuki sonuç bağlamıştır<sup>4</sup>.

Yine tır şoförünün asgari ücretle çalışmayacağı Yargıtay'ca kabul edilmiştir ve asgari ücretten imza içeren bordrolara değer verilmemiştir<sup>5</sup>.

Yargıtay'ın cinsel tacize ilişkin kararlarında, "*cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır*" denilerek olayın tam olarak kanıtlanamaması durumunda dahi "**hayatın** olağan akışı" ya da "ilk görünüş ispatı" ölçütlerinin kullanıldığı görülmektedir. İşçinin diğer bir işçi ile tartışması ve hakaret olayının, ortada herhangi bir neden olmadan çıkmasının mümkün olmadığı belirtilerek öncesinde cinsel tacizin varlığı kabul edilmiştir<sup>6</sup>.

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, bir kadın işçinin namus ve iffetini etkileyebilecek şekilde nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır<sup>7</sup>.

Yargıtay'a göre uzun kıdeme sahip işçinin yasal tazminat haklarını geride bırakarak işyerinden nedensiz yere ayrılması da hayatın olağan akışına aykırıdır<sup>8</sup>.

Ancak Yargıtay, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin nedensiz yere ayrılmasının hayatın olağan akışına uymadığı şeklindeki değerlendirmenin

<sup>4</sup> Yargıtay 9. HD. 05.05.2011 gün 2009/ 12953 E, 2011/ 14447 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 35.

<sup>5</sup> Yargıtay 9. HD. 07.10.2010 gün 2008/ 33315 E, 2010/ 27905 K. "...tır şoförünün asgari ücret ile çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Mahkemece davacı işçinin alabileceği ücretin belirlenmesi amacı ile meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından fesih tarihindeki emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, belirlenen ücrete göre hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatından ödenen miktarlar çıkartıldıktan sonra varsa bakiye meblağın hüküm altına alınması gerekirken..."

<sup>6</sup> Yargıtay 9. HD., 12.10.2009 gün, 2009/115 E., 2009/24348 K. "Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. Nitekim olay tutanağını düzenleyen tanıklar, davacı ve diğer bayan işçiyi tartışırken ve karşılıklı birbirlerine hakaret ederken gördüklerini, daha öncesini bilmediklerini belirtmişlerdir. Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır. Olayın mağduru diğer bayan işçi, depoda yemek pişirme sırasında davacı işçinin kendisine arkadan sarılması üzerine bağırıldığını, ancak davacının kendisini tuttuğunu ve boğazını sıktığını beyan etmiştir".

<sup>7</sup> Yargıtay 9. HD. 28.01.2010 gün 2008/ 14529 E, 2010/ 1463 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 439.

<sup>8</sup> Yargıtay 9. HD. 04.10.2010 gün 2008/ 35469 E, 2010/ 26731 K. "Yaklaşık beş yıldır aynı işyerinde çalışan bir işçinin kazanımlarını yok sayarak işini terk etmesi ve hemen on gün kadar sonra da dava açması hayatın olağan akışına aykırıdır".

doğru olmadığını, işverence tutulan devamsızlık tutanaklarının geçerli sayılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>9</sup>.

Yargıtay'a göre çok uzun süre işçin ücret almadan çalışması iddiası hayatın olağan akışına uymaz. Mahkemece resen yemin teklif edilmelidir<sup>10</sup>. Hem men belirtelim ki HMK sisteminde resen yemin yoktur. Bu durumda hakim in kendiliğinden yemin teklifi HMK uygulamasında mümkün değildir.

Yargıtay'a göre işçinin her gün normal mesaisinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumda fazla çalışma ücretinden indirim e gidilmektedir<sup>11</sup>.

İşçinin çalışma süresi içinde bütün hafta tatillerinde çalışması da hayatın olağan akışına aykırı kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre indirim e gidilmelidir<sup>12</sup>.

İşçinin yıllık izin kullandığını ispat yükü işverende olmakla birlikte Yargıtay kararlarında uzun süre (örnekte 14 yıl) hiç izin kullanmadan çalışmak hayatın olağan akışına aykırı olup işverence yemin hakkının hatırlatılması gerekir<sup>13</sup>.

Benzer bir fiili karine ibranamede kendisini hissettirir. Yargıtay'a göre *"İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır"*<sup>14</sup>.

Yargıtay'a göre *"işçinin bozma sözleşmesi (ikale) yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez"*<sup>15</sup>. Ancak sözleşmeyi yapmada makul bir yararı varsa ikale sözleşmesi geçerli sayılmalıdır.

<sup>9</sup> Yargıtay 9. HD., 24.12.2009 gün, 2009/46212 E., 2009/36906 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 489.

<sup>10</sup> Yargıtay 9. HD. 06.07.2011 gün 2009/ 18259 E, 2011/ 22330 K. "Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakimce resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmektedir(Yargıtay 9.HD. 18.10.2004 gün 2004/7006 E. 2004/23275 K ".

<sup>11</sup> Yargıtay 9. HD. 12.11.2010 gün 2009/ 4612 E, 2010/ 33812 K. "Fazla çalışma ücretinden indirim i öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer".

<sup>12</sup> Yargıtay 9. HD. 15.07.2010 gün 2010/ 17225 E, 2010/ 23719 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 710.

<sup>13</sup> Yargıtay 9. HD. 04.07.2011 gün 2011/ 1043 E, 2011/ 21777 K. "14 yıllık izin kullanmadan çalışmak hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, cevap dilekçesinde de her türlü delile dayanıldığından, bu ibare yemin delilini de içerdüğinden davalıya yemin hakkı hatırlatılmadan sonuca gidilmesi..." gerekir.

<sup>14</sup> Yargıtay 9. HGK. 21.10.2009 gün 2009/ 9- 396 E, 2009/ 441 K.

<sup>15</sup> Yargıtay 9. HD. 10.12.2010 gün 2009/ 39907 E, 2010/ 37193 K.

İşçinin hiç ara vermeden günde 11.5 saat çalışması hayatın olağan akışına aykırı sayılmış ve Yargıtay'ca 1.5 saat ara dinlenmesi süresi düşülmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>16</sup>.

### **C- İŞ YARGISINDA İSPAT YÜKÜ VE DELİLER**

#### **1- İş Sözleşmesinin Varlığının ve Türünün İspatı**

İş sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin türü kural olarak işçi tarafından ispatlanmalıdır. Bu konuda yazılı iş sözleşmesi veya diğer yazılı deliller yoksa tanık delili ile iş ilişkisinin varlığı kanıtlanmalıdır. İş sözleşmesinin unsurları olan iş görme, ücret ve bağımlılık kriterlerinin kural olarak her birinin ayrı ayrı işçi tarafından ispatı gerekir. Ancak düşüncemize göre iş ilişkisinin unsurlarından biri ya da birkaçını kanıtladığında, davalı taraf ilişkinin başka bir sözleşmeye (örneğin vekalet aktine) dayandığını ileri sürüyorsa ispat yükü işverene geçer.

Sözleşmenin belirli süreli olup olmadığı noktasında ispat yükü davanın türüne göre değişebilir. İşçinin bakiye süre ücreti talep ettiği davada, ispat yükü işçidedir. Ancak işe iade davasında iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu konusunda ispat yükü işverende sayılabilir. Zira asıl olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. HMK 190. maddeye göre işveren iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan yararlanacaktır.

Sözleşmenin kısmi süreli olduğu hususu da bir savunma olarak getirildiğinde ispat yükünün işverende olduğu kabul edilmelidir.

#### **2- Hizmet Süresinin İspatı**

İşyerinde işe başlama süresi ile işten ayrılma süresinin yine aralıklı çalışma olup olmadığına dair ispat yükü, işçi üzerindedir. İşe giriş bildirgesi, Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtları, işyeri şahsi sicil dosyasındaki deliller, işçinin banka hesabına yapılan ödemeleri gösteren kayıtlar işe giriş ve çalışma süreleri yönlerinden önemli delillerdir. Yazılı delil olmaması durumunda işyerinde o dönemde çalışmış olanların tanıklıkları ile de hizmet süreleri ispatlanabilir.

İşçinin aralıklı çalışıp çalışmadığı noktasında yapılan işin özeliği de etkili olabilir. Bu noktada fiili karinelere de yararlanılır. Orman yangın işçilerinin veya karla mücadele için çalışan işçilerin yılın belli aylarında çalışmalarının olmadığı açıktır. Yine yüksek rakımlı yerlerde mevsimler koşullara bağlı olarak yol yapımı ve inşaat işlerinin yılın tamamında yapılması hayatın olağan akışına aykırıdır.

İş sözleşmesinin varlığının ve hizmet süresinin ispatı kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakimın resen araştırma yükümünden söz edilebilir. Bu yönde bir tartışmada taraflar talep etmemiş olsalar dahi, işyeri şahsi sicil dosyası, SGK dosyası getirilmeli ve gerekirse kayıtlarda görünen işverenlerin kim olduğu ve davalı işverenle bağlantıları resen araştırılmalıdır.

#### **3- İşçinin Ücretinin İspatı**

İş görme borcu işçi tarafından kanıtlanmalıdır. Ücretin miktarını ispat yükü de işçi üzerindedir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesi, ücret hesap pusulası

<sup>16</sup> Yargıtay 9. HD. 03.03.2011 gün 2009/ 5204 E, 2011/ 5925 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 1092.

lası, ücret bordrosu, bankaya işçi adına ödemeyi gösteren kayıtlar yazılı delil niteliğindedir.

Bu noktada HMK 199. maddesi değerlendirilmelidir. Madde “belge” başlıklı olup, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü ve ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve benzeri bilgi taşıyıcıları belge niteliğinde sayılmıştır. Görüldüğü üzere senetten çok daha kapsamlı bir tanım yapılmış ve örnek kabilinden ispat araçları sayılmıştır.

Yapılan düzenlemelerin işçinin ücretinin belirlenmesi noktasında işverence düzenlenen ve işçinin imzasını taşıyan bordroların delil değerini arttırdığı tartışılabilir ise de, çalışma yaşamındaki kayıtdışılık ve denetim eksiklikleri en aza indirilmeden salt yasal düzenleme ile gerçeğe ulaşmanın mümkün olmadığı yönündedir.

İşçiye kredi alması için verilen ücret bilgisini, içeren yazıların delil değerinin olduğu açıktır<sup>17</sup>. İşverence düzenlenen ve bankaya sunulacak olan belgede işçinin kredi almasını kolaylaştırmak için gerçeğe aykırı bilgilerin yazılması da uygulamada rastlanan bir durumdur<sup>18</sup>. Sözü edilen belge ile ücret bordroların çelişmesi halinde, yargılama sırasında yapılması gereken gerçek durumun araştırılması olmalıdır. Yargıtay’a göre ortaya çıkan tereddüdün giderilmesinde meslek örgütünden yapılacak ücret araştırması faydalı olacaktır<sup>19</sup>.

Ücretin ispatı ile ilgili en temel sorun, işveren kayıtlarında ücretin düşük gösterilmesi iddiasına dayalı ispat yükü üzerindedir. Bu noktada işçinin imzasını içeren iş sözleşmesi, ücret bordroları hatta banka kayıtlarının gerçeği yansıtmaması ihtimal dahilindedir. Yazılı delille ortaya konulan bir vakıanın aksinin tanık beyanları ya da meslek örgütünden ücret araştırması gibi delillerle kanıtlanması, medeni usul hukuku ilkelerine uygun değildir. Ancak konu çok sayıda Yargıtay kararında açıklandığı üzere “*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 kıdem, 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*”<sup>20</sup>. Aynı kararda, yazılı iş sözleşmesi hükmüne rağmen iç karışıklıkların yaşandığı Kuzey Irak’ta çalışmak üzere yurt dışına giden işçinin aylık 400, 00USD ücretle çalışması hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay’ın, ücret konusunun tartışmalı ve taraf delillerinin eşdeğer olduğu durumlarda ilgili meslek kuruluşunda ücret araştırması yapıldıktan sonra tüm delillerin yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönünde çok sayıda

<sup>17</sup> Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 69.

<sup>18</sup> Bkz. Terzi/Kılıç: Ücretin Ödenmesi, İspatı, Gününde Ödenmemesi ve Sonuçları, Legal İSGHD, 2009/23, s. 1051.

<sup>19</sup> Yargıtay 9. HD., 04.03.2010 gün, 2008/20960 E., 2010/5929 K.

<sup>20</sup> Yargıtay 9. HD., 7.12.2009 gün, 2008/11830 E., 2009/33853 K.

kararı vardır<sup>21</sup>. Şu hale göre meslek örgütlerinin bildirdiği ücretler taktiri delil niteliğindedir. Mahkeme diğer yazılı ve sözlü delilleri de değerlendirmeli ve gerçek ücreti belirlemelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, meslek örgütü deyiminden sadece işverenlerin kurduğu mesleki birlikler anlaşılmalıdır. Gerekğinde işçi meslek oluşumları ile sendikalardan da ücret araştırmasına gidilmelidir<sup>22</sup>. Mahkemelerin bu yönde yapacakları araştırmanın yasal dayanağı Borçlar Kanunun 323. maddesinin 2. fıkrasıdır. Yazılı delil bulunmayan ya da yazılı delillerin çelişkili ve inandırıcı olmadığı hallerde mahkeme, adet olan ücreti tespit için meslek örgütlerinden araştırma yapmalıdır.

Yargıtay, ücret araştırması öncesinde işçinin işyerindeki görevi ve konumuyla ilgili tartışmaların değerlendirilmesi ve gerçek durumun tereddütsüz biçimde ortaya konulmasını gerekli görmüştür<sup>23</sup>. Aksi halde meslek örgütü ya da sendikalardan alınacak olan ücret bilgisi çok fazla yol gösterici olmayacaktır.

İşçi ücretinin yabancı para üzerinden belirlenmesi mümkündür. Yargıtay, ücretin yabancı para olduğunun ispatında hizmet sözleşmesi, bordro gibi yazılı delil aramaktadır. Bu konuda tanık beyanları yeterli görülmemektedir<sup>24</sup>.

Ancak düşüncemize göre, teamülün o iş için yabancı para üzeninden ücret ödenmesi şeklinde olması, işçinin yurtdışında çalışması, işçinin yabancı olması gibi hallerde yabancı para üzerinden ücret ödendiğinin tanık beyanları dahil her türlü delille kanıtlanabileceği kabul edilmelidir<sup>25</sup>.

Bir başka nokta da, işçinin sadece bir dönem ücretinin bilinmesi halinde bilinmeyen dönem ücretinin asgari ücrete oran yöntemiyle belirlenebilmesidir<sup>26</sup>. Ancak bunun için işçinin ücretinin bilindiği ve bilinmediği her iki dönemde aynı unvanla aynı işini yapmış olması gerekir. Hemen belirtelim ki, bu yöntem ücretin belli bir dönem için belirlenememiş olması halinde geçerlidir.

İşçinin gerçek ücretinin tespiti, özellikle sigortalılık hakkı bakımından kamu düzenini ilgilendirir. Zira sigortalılık hakkından vazgeçilemediğine göre düşük ücretten sigorta primi ödenmesinin işçi tarafından kabulü de geçerli değildir. Aynı zamanda gerçek ücretin tespiti Devletin vergi alacakları bakımından önemlidir. Bu itibarla işçinin gerçek ücretinin kayıtlara yansıtılması konusunda gereken hassasiyet gösterilmeli ve gerektiğinde hakim tarafından resen araştırma ilkesi devreye girmelidir.

#### 4- Çalışma Koşullarında Değişiklikte İspat

İşçinin işyerindeki çalışma koşullarının, bu koşullarda değişiklik yapıldığının, değişikliğin tek taraflı ve esaslı nitelikte olduğunun, en nihayet değişikliğin işçi aleyhine olarak yapıldığının ispat yükü kural olarak işçi üzerindedir.

<sup>21</sup> Yargıtay 9.HD. 12.2.2009 gün, 2007/ 34495 E, 2009/ 2359 K. Yargıtay 9.HD. 10.4.2006 gün 2005 / 29688 E. 2006/8901 K. ve Yargıtay 9.HD. 5.5.2003 gün 2002/24400 E. 2003/7635 K.

<sup>22</sup> Yargıtay 9. HD., 29.3.2010 gün, 2008/23092 E., 2010/8547 K. Yargıtay 9. HD., 21.1.2010 gün, 2009/46222 E., 2010/602 K.

<sup>23</sup> Yargıtay 9. HD., 6.5.2010 gün, 2008/25562 E., 2010/12339 K.

<sup>24</sup> Yargıtay 9.HD. 7.2.2005 gün 2004 / 13525 E. 2005/3183 K.

<sup>25</sup> Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 71.

<sup>26</sup> Bkz. Yargıtay 9.HD. 13.6.2006 gün, 2006/ 12934 E, 2006/ 17329 K.

Yargıtay ilke kararlarında, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanması gerektiği kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

Ancak yine Yargıtay'ca, iş sözleşmesinin işverene tanındığı nakil yetkisinin işverence iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanıldığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle işçi yararına sonuca gidilmiştir<sup>28</sup>.

Yine çalışma koşullarında esaslı değişikliğin işçinin rızasıyla yapıldığı işverence kanıtlanmalıdır.

### 5- Eşit Davranma Borcunda ispat

İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasına göre, işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı noktasında ispat yükü işçidedir. Ancak aynı düzenlemeye göre ayrımcılık nedenine dayalı işveren feshinde ispat yükü İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca işveren üzerindedir. Bundan başka işçi tarafından ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürüldüğünde aksinin işverence kanıtlanması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>29</sup>. Örneğin işyerinde şoför olarak çalışan iki işçiden birinin düşük ücret alması halinde düşük ücret alana işçinin bu durumu belgelemesi yeterlidir. Bundan sonra ayrımı haklı kılan nedeni işveren kanıtlamalıdır.

### 6- Sendikal Nedenle Ayrımcılıkta İspat

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre sendikal nedenle ayrımcılıkta ispat yükü iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler yönünden işverencedir. Bu durumda sendikal nedenle ayrımcılık iddialarında, ayrımcılık olmadığı veya bu davranışta sendikal nedene dayanmadığı işverence kanıtlanmalıdır. Ancak iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından sendikal neden işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

Maddenin son fıkrasına göre ise Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu kapsamında kalan çalışmalarda ispat yükü işveren üzerindedir. Yargıtay kararlarında gemiadamının sendikal neden iddiasında ispat yükünün işverende olduğu açıklanmıştır<sup>30</sup>.

Yargıtay sendikal nedenle fesihte ispat noktasında *“işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki*

<sup>27</sup> Yargıtay 9. HGK. 04.11.2009 gün 2009/ 9-416 E, 2009/ 474 K.

<sup>28</sup> Yargıtay 9. HD. 06.07.2011 gün 2009/ 18297 E, 2011/ 22337 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 415.

<sup>29</sup> Yargıtay 9. HD. 23.09.2010 gün 2008/ 34788 E, 2010/ 25328 K. “Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır”.

<sup>30</sup> Yargıtay 9. HD. 12.10.2010 gün 2010/ 26835 E, 2010/ 28652 K. “Mahkemece, sendikal nedeni ispat yükünün davacı işçide olduğu gerekçesiyle sonuca gidilmişse de, yukarıda açıklandığı üzere ispat yükü davalı işverende olup, mahkemece bu yönde deliller yeniden değerlendirilmeli ve sonucuna göre sendikal tazminat isteği hakkında bir karar verilmelidir”.

*dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi ” hususların araştırılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>31</sup>.*

### 7- Fazla Çalışmada İspat

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları (puantaj, gaybubet), işyeri iç yazışmaları(mesai saatlerinin 8.00-18.00 saatleri arasında olduğunu gösteren, Cumartesi günü çalışma yapılacağını bildiren duyurular vs) delil niteliğindedir.

Fazla çalışmaların ispatı konusunda yazılı delil bulunmadığında tanık beyanları ile sonuca gidilir. Filli karineler de fazla çalışmanın ispatı noktasında sıkça devreye girebilir. Örneğin yüz daireli bir konutun temizlik ve servis işlerini yapan ve kaloriferden de sorumlu olan bir kapıcının fazla çalışması kuvvetle muhtemeldir. Yargıtay, sulama birliği çalışanlarının tarım ürünlerinin sulandığı mevsimde fazla çalışma yapacağını kabul etmiştir<sup>32</sup>.

Yargıtay kararlarına göre uluslar arası alanda çalışan tır şoförünün fazla çalışma yapmayacağı da fiili karine olarak kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku yer almaktaysa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi haline yazılı delil aranmaktadır. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.

Yargıtay'a göre işçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır<sup>34</sup>.

Öğretide Yargıtay'ın anılan uygulaması eleştirilmiş ve ihtirazi kayıt belirtmeden bir miktar fazla çalışma ücreti alan işçinin, önceki aylarda yaptığı fazla çalışma karşılıklarını almış olduğunun ve önceye ait aynı nitelikteki haklardan vazgeçmiş sayılmasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>35</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ca imzalı bir bordronun önceki dönemlerle ilgili hakkı ortadan kaldırdığı kabul edilmiş değildir. İmzalı ve ihtirazi kayıt içermeyen bordro sadece ait olduğu ay ya da dönem için hüküm ifade eder. Bir başka anlatımla, imzalı ve ihtirazi kayıtsız bordro öncesindeki fazla çalışma ücretlerinin istenmesi mümkündür. Yine imzalı bordronun ait olduğu dönemde de tahakkuk ettirilenden daha fazla çalışmanın yapıldığı, yazılı delille kanıtlanabilmektedir.

<sup>31</sup> Yargıtay 9. HD. 01.10.2010 gün 2008/ 34805 E, 2010/ 26647 K.

<sup>32</sup> Yargıtay 16.5.2006 gün 2006/ 3631 E, 2006/ 14863 K.

<sup>33</sup> Yargıtay 9. HD. 07.07.2011 gün 2009/ 17833 E, 2011/ 23205 K. "...davacının tır şoförü olması çalışma koşullarını kendinin belirlemesi ve trafik yasalarına göre günde yasal sınırlamalar haricinde fazla çalışmasının mümkün olmaması nedeniyle fazla çalışma ücreti alacağının reddi gerekirken..."

<sup>34</sup> Yargıtay 9.HD. 04.11.2010 gün, 2009/ 38709 E, 2010/ 31550 K.

<sup>35</sup> Bkz. Başbuğ, Aydın: Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK.133'e Göre Sona Erer mi?, Tühis.Kasım 2002-Şubat 2003, s.57.

Yargıtay'ın bahsi geçen ilke kararı, işverenlerin bazı olumsuz uygulamalarına dayanak oluşturmıştır. İşçinin ücretinin değişik miktarlarda ödendiği örneklerde, sonradan düzenlenen ücret bordroları ile ödemenin bir kısmı ücrete kalan kısmının da fazla çalışma ve benzeri tahakkukları gösterir şekilde belirtildiği görülmektedir. İş hukuku dinamik bir alandır. Bordroların fazla çalışmaların tahakkuklarını da içerir şekilde geriye dönük olarak düzenlendiği kanıtlandığında Yargıtay'ın kötünietli uygulamayı korumayacağı söylenebilir.

Yargıtay daha yeni kararlarında ise, gerçekte daha fazla çalışma yapıldığı halde, işverence her ay 1-2 saat fazla çalışma tahakkuku yapılarak karşılığının ödenmesi halinde Yargıtay uygulamasının kötüye kullanımına işaret etmiş ve tahakkuku aşan çalışmaların tanıkla ispatının mümkün olduğunu kabul etmiştir<sup>36</sup>.

Uygulamada ortaya çıkan bir diğer ispat sorunu da üst düzey yöneticilerin fazla çalışmaları ile ilgilidir. Yargıtay'ca, işçinin, işyerinde mesaisini kendisinin belirlediği en üst düzeyde bir çalışan olması halinde fazla çalışma alacağına hak kazanamayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay çeşitli kararlarında, genel müdürün<sup>37</sup>, bölge müdürünün<sup>38</sup>, mağaza müdürünün<sup>39</sup>, saha müdürünün<sup>40</sup> ve müfettişin<sup>41</sup> fazla çalışma ücreti isteyemeyeceği sonucuna varmıştır. Bahsi geçen kararlarda öne çıkan husus, işçinin görevi veya bulunduğu yer itibarıyla en yüksek konumda çalışması ve kendi mesaisini kendisinin belirleyebilecek durumda olmasıdır. Yine işçinin almakta olduğu ücretin yüksek oluşu ve harcırah pırim ve benzeri ilave ödemeler alması da bu konuda belirleyici olmaktadır. Gerçekten işçinin işyerinde en üst düzey çalışan konumunda olmasına rağmen asgari ücret ya da ona çok yakın bir ücret alması halinde, işçiye ödenen ücretin, görevi ile ilgili olarak yapması gereken tüm işleri ve bu arada fazla çalışmayı kapsadığından söz edilemez. Ya da işçinin genel müdür konumunda olmasına rağmen, aynı yerde bulunan yönetim kurulu başkan veya üyeleri ile birlikte görev ifa etmesi ve tüm yetkilerin birlikte kullanımı halinde işçinin kendi mesaisini kendisinin belirlediğinin kabulü doğru olmaz. Nitekim Yargıtay, bölge müdürünün bulunduğu yerde finans koordinatörüne bağlı olarak görev yapması halinde, en yetkili konumda çalışmadığını ve fazla çalışma ücretine hak kazanılabileceğini kabul etmiştir<sup>42</sup>. Yine işyerinde gece

<sup>36</sup> Yargıtay 9.HD. 31.03.2009 gün 2008/ 12950 E, 2009/ 8944 K. "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".

<sup>37</sup> Yargıtay 9.HD. 6.9.1996 gün 1995/35202 E, 1996/1476 K.

<sup>38</sup> Yargıtay 9.HD. 4.4.2005 gün 2004/ 22721 E, 2005/ 11958 K. Ve 6.12.2005 gün 2005/24436 E, 2005/ 38707 K.

<sup>39</sup> Yargıtay 9.HD. 8.3.2005 gün 2004/ 13366 E, 2005/ 7692 K. Ve 3.3.2005 gün 2004/ 17353 E, 2005/ 7225 K.

<sup>40</sup> Yargıtay 9.HD. 2.2.2006 gün 2005/ 38748 E, 2006/ 2076 K.

<sup>41</sup> Yargıtay 9.HD. 28.12.2004 gün 2004/ 9692 E, 2004/ 29823 K.

<sup>42</sup> Yargıtay 9.HD. 19.4.2005 gün 2004/ 19511 E, 2005/ 13763 K.

müdürü<sup>43</sup>, muhasebe müdürü<sup>44</sup> ve genel sekreter yardımcısı<sup>45</sup> olarak çalışan işçilerin fazla çalışma ücreti talep edebilecekleri sonucuna varmıştır.

O halde işçinin çalışma düzenini kendisinin belirlediği ve üst düzey yönetici olduğunu ispat eden işveren fazla çalışma ödeme yükümünden kurtulur. Bu noktada ispat yükü, HMK 190. maddesine göre vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran işveren üzerindedir.

Burada fazla çalışma ücretinin, periyodik olarak ödenen genel anlamda ücretin içinde olduğuna dair sözleşme hükümlerinin de değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay kararlarında yılda 270 saatlik fazla çalışmanın sabit aylık ücret içinde ödenebileceği belirtilmiştir<sup>46</sup>. Fazla çalışmanın aylık sabit ücret içinde ödendiği işverence kanıtlanmalıdır. Bu konuda yazılı iş sözleşmesinde hüküm olmalıdır. Tanıkla ispatı mümkün değildir.

Çoğunlukla işyerinde çalışmış tanıkların beyanlarına göre fazla çalışma konusunda bir tespit yapılmaktadır. İşçinin dinlettiği tanıkların davacı ile aynı dönemlerde çalışmış olmaları gerekir. Zira aynı dönemde ve aynı işyerinde çalışması olmayan bir tanığın işyerindeki çalışma düzenini bilmesi çoğunlukla mümkün olmaz. Ancak Yargıtay, işyerinde çalışma şeklini gözlemleme imkanı olan komşu işyeri sahibi ve çalışanları gibi tanıkların beyanlarına geçerlilik tanımıştır<sup>47</sup>.

Salt işverene karşı dava açan tanık beyanları ile sonuca gidilmesi ise, Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir<sup>48</sup>. İşçilerin birbirlerine tanıklık yapmak suretiyle menfaat birliği içine girmeleri halinde bu beyanların fazla çalışma tespitinde dikkate alınması yerinde olmaz. Yine de işverence sistemli bir biçimde tüm işçilerin hakları ödenmeksizin işten çıkarılmaları halinde tüm işçilerin yasal yollara başvurusu ortaya çıkabilecek bir olgudur. Böyle bir durumda tanık beyanları, yine işyerinin özelliği ve işin niteliği gibi diğer taktiri delillerle birlikte değerlendirmeye alınabilir.

İşyerinde çalışmakta olan tanıkların yeminsiz dinlenmesi gibi bir uygulama yapılmaktaydı. HMK da yeminsiz dinlenecek kişiler 257. maddede yazılı olup, işyerinde çalışma bu kapsamda değildir. O halde işyerinde çalışmakta olan tanıkların da yeminli olarak dinlenmeleri gerekir. Ancak çalışmakta olan işçinin tanıklığının ardından işini kaybetmesi riski vardır. Bu nedenle, HMK 248. maddede öngörüldüğü üzere doğrudan maddi bir zarar ihtimaline göre tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilir. Ancak yine HMK 251. maddesinin a bendine göre tutanak tanığı tanıklıktan çekinemez.

Günde 3 vardiya çalışılan işyerlerinde kural olarak fazla çalışmadan söz edilemez. Yargıtay kararları bu yönde istikrar kazanmıştır<sup>49</sup>. Ancak, işyerinde

<sup>43</sup> Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/ 26348 E, 2005/14833 K.

<sup>44</sup> Yargıtay 9.H.D: 25.3.1999 gün 1999/4699 E, 1999/6658 K.

<sup>45</sup> Yargıtay 9.HD. 27.4.2005 gün 2004/ 22691 E, 2005/ 14697 K.

<sup>46</sup> Yargıtay 9. HD. 13.7.2011 gün 2009/ 46218 E, 2011/ 23975 K. "İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir".

<sup>47</sup> Yargıtay 9.HD. 26.1.2006 gün 2005/11607 E, 2006/1465 K.

<sup>48</sup> Yargıtay 9.HD. 26.1.2006 gün 2005/ 11607 E, 2006/1465 K.

<sup>49</sup> Yargıtay 9.HD. 1.5.2006 gün 2005/ 32128 E, 2006/ 11926 K. ve Yargıtay 9.HD. 8.2.2005 gün 2004/ 9286 E, 2005/3640 K.

günde 3 vardiya çalışılmasına rağmen zaman zaman her iki vardiya çalışanlarının birlikte iş gördükleri yönünde iddiaların varlığı halinde Yargıtay bu konunun keşif yapmak suretiyle araştırılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>50</sup>.

Yine Yargıtay, otel işyerinde kaloriferci olarak çalışan tanığın fazla çalışmasının olup olmadığı noktasında keşif yapılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>51</sup>.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapmayacağı, mesailerini kendilerinin belirleyecekleri şeklinde varsayım Yargıtay'ca kabul edilmemektedir. Yargıtay, işverence hazırlanan günlük, haftalık ya da aylık faaliyet programına göre çalışan bir satış temsilcisinin öngörülen faaliyet programının ne kadar sürede tamamlanabileceğinin konunun uzmanı bir bilirkişi tarafından değerlendirilmesi gereğine işaret etmiştir<sup>52</sup>.

Bilirkişi konusunda HMK 266. maddesinde, çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiden görüş alınabileceği belirtilmiştir. Gerekçede de hukuki konularda bilirkişi raporu anılamayacağına işaret edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, hukukçu bilirkişiden rapor alınıp alınmayacağı bir tartışma konusudur. Düşüncemize göre yasa hukukçu bilirkişiden rapor alınamayacağını açıkça öngörmemiştir. Ayrıca iş yargılamasında alınan bilirkişi raporları genelde hesap raporu şeklindedir. Ülkemizde mahkemeler bünyesinde, hakim yardımcılığı ve benzeri sıfatlarla hakime yardımcı olan hukukçular çalışmadığı için mevcut iş yükü altında iş hakimlerinin işçilik alacaklarının hesabını yapmaları nerdeyse imkansızdır. Öte yandan işçilik tazminat ve alacaklarının hesabının karmaşıklığı da yasanın aradığı anlamda özel bilgiyi gerektirebilir. İşçilik alacakları hesabı konusunda belli bir uzmanlık derecesine varmış olan avukat, mali müşavir, iş müfettişinden hesap raporu alınmasında yasaya aykırı bir yön olmadığı düşüncesindeyiz.

Hatta bazen çözümü teknik bilgiyi gerektiren hallerde dahi, teknik uzmanların arasında hukukçu bilirkişinin varlığı bilgilerin uyumsuzluğun çözümüne uygun biçimde şekillenmesi için faydalı olmaktadır.

HMK, uzman görüşü adı altında özel bilirkişi raporu alınmasına imkan tanımıştır. HMK 293. maddedeki yasal düzenlemede, hukuki konularda da uzman görüşü alınması yasaklanmış değildir. Hakim uzmanın duruşmaya celbi ile dinlenmesine de karar verebilir.

Yargıtay'a göre yapılan işin özelliklerine göre mevsime bağlı olarak çalışma süreleri değişebileceğinden mevsim esas alınarak fazla çalışma sürelerinin farklı şekilde belirlenmesi gerekir. Soğuk meşrubat tüketimi işinde çalışan bir işçinin yaz ve kış ayrımı yapılmaksızın yılın tamamında aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı kabul edilmiştir<sup>53</sup>.

Yargıtay'ın fazla çalışmanın ispatı noktasında kamu kurumları lehine sonuca gittiği daha yeni kararları da vardır. Tanık beyanları yerine kurum kayıtlarına değer verilmesi gerektiği ve hatta imzasız da olsa resmi kurumun dü-

<sup>50</sup> Yargıtay 9.HD. 9.11.2004 gün 2004/26472 E, 2004/25227 K.

<sup>51</sup> Yargıtay 9.HD. 22.10.2010 gün, 2008/ 37742 E, 2010/ 30220 K.

<sup>52</sup> Yargıtay 9. HD. 28.09.2010 gün 2008/ 34353 E, 2010/ 26081 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 662.

<sup>53</sup> Yargıtay 9. HD. 21.10.2010 gün 2008/ 41115 E, 2010/ 30136 K.

zenlediğı puantaj kayıtlarının HUMK 290. maddesine göre resmi belge olarak kabulü Yargıtay'ca benimsenmiştir<sup>54</sup>.

Fazla çalışmaların karşılığının ödendiğini ispatı ise işveren üzerindedir. Bu konuda yazılı delil gereklidir. İşverenin ödeme olgusunu tanıkla ispatı mümkün değildir. Yargıtay, davacı işçinin dinlettiğı tanıkların “ fazla çalışma yapıldığında ödenirdi” şeklindeki genel nitelikteki beyanlarını da ispat noktasında yeterli görmemiştir.

## **8- İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Yüğü**

### **a- Sözleşmenin Hangi Tarafça Feshedildiğinin İspatı**

İş sözleşmesini fesheden tarafın belirlenmesi, ispat yükünün kimde olduğunun tespiti noktasında çok önemlidir. Gerçekten, çoğu zaman, işçi tarafı, iş sözleşmesinin işverence nedensiz ve bildirimsiz olarak feshedildiğini iddia ederken, işveren tarafıysa işçinin istifa ederek veya iş yerini terk ederek iş sözleşmesi kendisinin feshettiğini ileri sürebilmektedir. Yargıtay bu gibi durumlarda, tarafların karşılıklı olarak birbirlerine gönderdikleri ihtarnameler, tutanak ve fesih yazıları, tanık beyanları, Bölge Çalışma müdürlüklerine yapılan şikayet ve yapılan soruşturma evrakı gibi delillere göre iş sözleşmesini fesheden tarafın kim olduğunu belirlemektedir<sup>55</sup>.

Zaman zaman da kıdemli bir işçinin, işsizliğin yaygın olduğu dönemde nedensiz yere işyerini terk etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu var sayımına göre kararlar verilmektedir<sup>56</sup>.

Yargıtay kararlarında işverenin “ekonomik ve sosyal üstünlüğünden” söz edilerek tazminatların ödeneceğı ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi alınmasının mümkün olduğu ve bu tür belgelerin geçerli olmadığı, baskı ile alınan istifa dilekçesinde feshin işverence gerçekleştirilmiş sayılması gerektiğı kabul edilmiştir<sup>57</sup>.

### **b- Geçerli Fesihte İspat**

İş Kanunu'nun 18. ve 20. maddelerindeki düzenlemeye göre geçerli fesihte ispat yükü işveren üzerindedir.

30 işçi sayısı ve 6 aylık kıdem koşulunun varlığı ise işçi tarafından kanıtlanmalıdır. Ancak işveren vekili veya yardımcısı olmama yönündeki olumsuz koşulun varlığı işverence ispat edilmelidir. Zira ispat yükü, HMK 190. maddesine göre vakiya bağlanan hukuki sonuçtan menfaat çıkaran tarafa aittir.

İş Kanunu'nun 20. maddesinin son fıkrasına göre işçi feshin başka bir nedene (örneğin sendikal nedene) dayandığını ileri sürerse ispat yükü işçi üzerindedir.

<sup>54</sup> Yargıtay 9. HD. 12.11.2010 gün 2009/ 4612 E, 2010/ 33812 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 635.

<sup>55</sup> Yargıtay 9. HD. 11.11.2010 gün 2008/ 43820 E, 2010/ 33694 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 497.

<sup>56</sup> Yargıtay 9. HD. 04.10.2010 gün 2008/ 35469 E, 2010/ 26731 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 501.

<sup>57</sup> Yargıtay 9.HD. 16.03.2009 gün, 2008/ 16987 E, 2009/ 6809 K.

### c- Haklı Fesihte İspat

İş sözleşmesinin işverence feshinde ispat yükü işveren üzerindedir. Feshin sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ve benzerlerine dayanması ispat yükünü değiştirmez. İşveren aynı zamanda fesih hakkını yasal süresi içinde kullandığını varsa disiplin kurulu şartı ve benzeri sınırlamalara uyduğunu da kanıtlamalıdır.

İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı feshinde ispat yükü fesih nedenine göre değişebilir. Ücret, ücretin ekleri ve fazla çalışma vs. ödeme borcunun yerine getirilmediği iddiasına dayanan fesihte ücretin ödendiği işverence kanıtlanmalıdır. Bunun dışında kalan haklı fesih halleri işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

### d- Bildirimli Fesihte İspat

Bildirimli fesihte ispat yükü, fesheden üzerindedir. İhbar önelinin usulüne uygun olarak verildiği ve iş arama izinlerinin kullandırıldığı yazılı delille kanıtlanmalıdır.

### 9- Yıllık İzinde İspat

İşçinin yıllık izinlerinin kullandırıldığının ispatı işveren üzerindedir. İşverence yıllık izin kesin delillerle kanıtlanmalıdır. İşçinin imzasını taşıyan yıllık izin defteri veya başkaca izin belgesi ispat için gereklidir. Tanıkla yıllık izin kullandırıldığının ispatı mümkün değildir.

Yargıtay'ın kamu kurumları yönünden işçinin imzasını taşımasa dahi yıllık izin kullanma zamanını gösteren resmi belgelere değer verdiği kararları da vardır<sup>58</sup>.

İspat yükü üzerinde olan işverenin işçiye yemin teklif edebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre 14 yıl hiç izin kullanmadan çalışma hayatın olağan akışına aykırı olup cevap dilekçesinde her türlü delile dayanan işverene yemin teklifi hakkının hatırlatılması gerekir<sup>59</sup>.

Bu yönde kararlar HUMK döneminde verilmiş olup, HMK sisteminde “her türlü delil” ibaresinin yemini de kapsadığı yönünde değerlendirme yapılması mümkün değildir. Zira HMK 194'e göre taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmak durumundadırlar. Ardından dayandığı delilleri ve hangi delili hangi vakıanın ispatı için gösterdiğini belirtmek zorundadır. O halde delil listesinde belirtilen “sair deliller” ifadesi, yemin deliline dayanıldığı anlamında değerlendirilmemelidir. Yine HMK'ya göre hakimin yemin delilini hatırlatma yükümü yoktur. Yemin deliline dayanan ve ispat yükü üzerine düşen taraf, tahkikat aşamasında yemin teklifinde bulunmalıdır.

Yemin delili yönünden HMK'nın getirdiği bir yenilik, HMK 227/2. göre yeminden başka delile de dayan taraf, yemin teklif ettiği karşı taraf yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra bu teklifinden vazgeçerek diğer delil-

<sup>58</sup> Yargıtay 9.H.D., 22.11.2005 gün, 2005/23715 E., 2005/36883 K. “Bu durumda davacı işçinin imzasını taşımasa dahi resmi nitelikteki izin formlarına değer verilmelidir”. Yargıtay 9.H.D., 22.11.2005 gün, 2005/23716 E., 2005/36834 K. “Davacı işçinin imzasını taşımasa dahi resmi nitelikteki izin formlarına değer verilmelidir”.

<sup>59</sup> Yargıtay 9. HD. 04.07.2011 gün 2011/ 1043 E, 2011/ 21777 K. Çil Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara 2011, 4 baskı s. 753.

lere dayanamaz. Hakim tarafından resen yemin usulünün HMK'ya alınmadığını bir kez daha vurgulamak gerekir.

### 10- İbranamede İspat

İbraname borcun tatmin edilemeyen sona erme nedenlerinden biridir<sup>60</sup>. İş Hukukunda ibranamenin delil değeri sınırlıdır. İbraname yazılı delil niteliğinde olsa da, işe girerken ya da çalışılan bir sırada işçiye baskıyla imzalatıldığı, hatta fesih sonrasında hakların ödenmesi için imzalanmasının şart koşulduğu örneklerle rastlanmaktadır. Bu şekilde elde edilen ibranameye değer verilemeyeceği açıktır.

İbranamenin delil değeri borcu sona erdiren etkisi Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde açıkça düzenlenmiş olup bu yönde HMK hükümlerinden çok Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem öncesinde imzalanan ibranamelerde genel ibra ilkelerinin uygulanacağı Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir<sup>61</sup>.

Ancak Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra imzalanan ibranamelerde sorunu ikiye ayırmak gerekir; işveren tarafından işçinin ibrasında herhangi bir sınırlama olmaksızın ibra sözleşmesi düzenlenebilecektir. Zira yasal düzenlemedeki tüm sınırlamalar işçinin işvereni ibrasında geçerlidir. Bu durumda işçinin cezai şart, fazla ödenene ücret, ihbar tazminatı, eğitim gideri, rekabet yasağına aykırılık tazminatı gibi nedenlere dayalı borçlarının işverence, herhangi bir koşula ve şekle tabi olmaksızın Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesine göre ibrası mümkündür.

Ancak Türk Borçlar Kanunu sistemine göre işçinin işverenin ibra etmesi mümkün değildir. Yasa, ibra yerine ifayı başka bir ifadeyle tam olarak ödemeyi düzenlemiş olmakla, Türk Borçlar Kanunu uygulamasına göre işverenin borcunu ödemediği borçtan işçinin ibrası yoluyla kurtulması mümkün değildir. Ödeme tam olarak banka kanalıyla yapılmadığı sürece işverenin işçiye olan borcu sona ermez.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından düzenlenen ibranameler bakımından miktar içeren ibranamenin ifa noktasında geçerliliği ayrı bir tartışma konusu olabilecektir. Zira 420. maddeye göre miktar içeren ibranamede de ödemenin bankaya yapılması zorunludur. Konuyla ilgili görüşümüz, 420 maddede yer alan düzenlemeye göre işçinin ibra yoluyla işvereni kısmen veya tamamen borçtan kurtarması mümkün olmadığına göre, ifa için bankaya ödemenin zorunluluk olmadığı yönündedir. Başka bir anlatımla, miktar yazılı olan ancak ödemenin bankaya yapılmadığı ibra belgesi, ifaya eşdeğer olacağı-

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007.

<sup>61</sup> Yargıtay 9.HD. 12.07.2011 gün, 2011/ 7595 E, 2011/ 23566 K. "Sözü edilen hüküm 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olup belirtilen tarihten sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Başka bir anlatımla 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmedikleri dönem için ibranamenin geçerliliği sorunu, Dairemizin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Feshi izleyen bir aylık süre içinde ibraname düzenlenememesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılması zorunluluğu 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenecek ibra sözleşmeleri için geçerlidir".

dan bankaya ödeme koşulu geçersizlik halini oluşturmayacaktır. Yine de belgeye karşı genel irade fesadı itirazları ileri sürülebilecektir.

#### **D- SONUÇ**

HMK hükümlerinin, ispat yükü ve deliller noktasında iş yargısına derin etkilerinin olacağı açıktır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükte olsa da sözü edilen Yasa, kapsam, görev ve yetki hükümlerinden ibarettir. Anayasa mahkemesinin iptalleri ve son olarak öngördüğü ve iş hukukunun gereklerine son derece uygun olan özel yargılama (sözlü yargılama) yolunun 6100 sayılı HMK ile yürürlükten kaldırılmış olması sebebiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, iş yargısına gereken katkıyı vermekten çok uzaktır.

Örneğin işçiden işe girerken teminat amaçlı alınan senetlerin iptali isteğinin HMK hükümlerine göre çözümü oldukça güçtür. Yine ücret konusunda yazılı delile (bordro) rağmen aksinin tanıkla ispatı yönündeki iş yargılaması uygulaması, HMK sistemiyle uyumlu değildir. İş Hukukunun gereklerine uygun olarak bu ve benzeri konuların düzenlendiği, hızlı ve insana yakın bir yargılamayı amaçlayan iş yargılama usulü yasasının çıkarılması dileğimizdir.