

## İŞ HUKUKUNDA DELİL TESPİTİ YOLUYLA TANIK DİNLETİLMESİ \*

### CALLING WITNESSES THROUGH PERPETUATION OF EVIDENCE IN LABOR LAW

Nevzer Sebla DEMİRTAŞ\*\*

ÖZ

Çalışma hayatında karşılaşılan uyuşmazlıkların çözümünde tanık delili büyük bir yere sahip olup, çalışma düzenine yönelik yazılı olmayan kuralların ispatında, tarafların davranışlarının tespitinde uygulamada başvurulan temel delil tanıktır. Yine çalışma düzenine ve ilişkisine yönelik belge ve kayıtların işverenin kontrolünde olduğu, işçi tarafından belge ve kayıtlara erişilebilmesinin çoğu zaman mümkün olmadığı gözetildiğinde işçinin başvurduğu en önemli delil de tanık beyanlarıdır. Her ne kadar tanık delili, takdiri delil olsa da iş yargılaması açısından işçinin birçok vakianın varlığının ispatı açısından önem arz etmektedir. Ancak bazı hallerde işçinin dinletmek istediği tanıkların beyanlarına ulaşması ve davasında ileri sürdüğü veya süreceği vakiaları ispatlamasına yönelik bu beyanlara ulaşabilme açısından zorluk yaşaması söz konusu olabilmektedir. Yargılama hukukumuzda delil tespiti ile tanık dinletilmesi düzenlenmiş olup, yargılamada henüz tanıkların dinletilmesi aşamasında gelmeden önce ve yargılamaya başlamadan önce delil tespiti ile tanık dinletilmesi düzenlenmiştir. Bu çalışmada delil tespiti kurumunu iş yargılaması açısından değerlendirerek, gerek dava açılmadan önce gerekse de dava açıldıktan sonra delil tespiti ile tanık dinletilmesi talebi işçi açısından değerlendirilecektir.

*Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, İş Mahkemesi, Delil Tespiti, Tanık*

#### ABSTRACT

The evidence given by witnesses has a major role in the settlement of disputes encountered in professional life, and the main evidence, to which generally reference is made in practice for the proof of unwritten rules regarding the working order and to establish the facts of the actions of the parties. Also, given the fact that the documents and records related to the working order and the employment relation are controlled by the employer and it is mostly not possible for the employee to access such documents and records, the key evidence, to which the employee can refer, is the witness statements. Even though the evidence given by a witness constitutes discretionary evidence, it poses importance for the proof by the employee of numerous facts in respect of labor procedure. However; in certain cases, the employee could experience difficulties in accessing the statements of the witnesses, whom s/he would like to call, with a view to prove the facts, which s/he alleges or intends allege as a part of her/his case. The matter of calling of witnesses through perpetuation of evidence is regulated within Turkish procedural law, which framework provides for witnesses to be called through perpetuation of evidence before the calling of witnesses through the course of the procedure and prior to the commencement of the procedure. This study addresses and discusses the institution of the perpetuation of evidence from the perspective of labor procedure, and further addresses and discusses the calling of witnesses through perpetuation of evidence both before and after the filing of the legal action from the employee perspective.

*Keywords: Labor Law, Labor Court, Perpetuation of Evidence, Witness*

\*Makale Gönderim tarihi: 23.04.2019; Makale Kabul Tarihi: 24.06.2019

\*\*Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

## 1. GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 316/I-d hükmüne göre iş ilişkisinden doğan davalarda basit yargılama usulü uygulanmakta olup, kural olarak basit yargılama usulünde de ispat faaliyeti ve delillere yönelik olan düzenlemeler HMK dördüncü kısımda (m.187-m.293) yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

İş yargılamalarında esas olan taraflarca getirme ilkesidir. HMK m.25'te taraflarca getirme ilkesi düzenlenmiş olup, düzenlemeye göre kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamamakta ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamamaktadır. Kanunla belirtilen durumlar dışında hâkim, kendiliğinden delil toplayamamaktadır. Dava malzemesinin taraflarca getirme ilkesine göre mahkemece karar verilirken sadece tarafların getirdiği vakıaları ve vakıalara ilişkin delilleri dikkate alabilmektedir.

Başta ihtiyati tedbir ve delil tespiti olmak üzere geçici hukuki korumaların düzenlendiği HMK onuncu kısmında yer alan hükümlerden iş yargılamasında da taraflarca yararlanılabileceği şüphesizdir. İş yargılamasında özellikle işçi açısından iddia ettiği vakıaların ispatı için delillere ulaşabilmek önem arz etmektedir. Zira işçinin iddia ettiği vakıalara ilişkin elinde belge, senet bulunması ihtimali yüksek olmadığından, işçi için tanık delili bir açıdan hak aramada temel delil özelliği taşımaktadır. Bu nedenle çalışmanın konusunu oluşturan delil tespiti hususunda özellikle işçinin, yargılamada ileri sürecekleri vakıalara yönelik delillerin yok olacağı, ulaşılamayacağı gibi gerekçelerle delil tespiti talep etmesi mümkündür.

Çalışmamızda, iş yargılamasında taraflarca en sık başvuru olan tanık delilinin, geçici hukuki koruma olan delil tespiti ile elde edilmesi ve değerlendirilmesine yönelik esaslar incelenecektir.

## 2.DELİL TESPİTİ KAVRAMI

Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış bir davada ile ilgili delillerin, belirli kurallar çerçevesinde zamanından önce toplanıp güvence

altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir geçici hukuki korumadır (Kuru: 2015, s. 513; Özekes: 2017 s. 2562). Delil tespiti, bazı yönleri ile ihtiyati tedbire benzetilmekte olup, ihtiyati tedbirde dava konusu olan bir malın veya hakkın emniyet altına alınması için genellikle o mal veya hak üzerine tedbir konurken, delil tespitinde davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak, kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır. Buradaki amaç, yargılamada ispat faaliyetini sağlıklı bir şekilde gerçekleştirmektir (Özekes: 2017, s. 2563). Zira yargılamaların temeli, maddi gerçeğin ispat faaliyetiyle ortaya çıkartılması olup, ispat faaliyeti de deliller ile sağlanmaktadır.

HMK m. 400/I'de taraflardan her birinin, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede delil tespiti talep edilebilmesinde, hukuki yararın bulunması gerektiği de belirtilmiştir. Delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı ya da ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali bulunuyorsa hukuki yarar var sayılmaktadır (HMK m. 400/II). Açılmış veya açılacak bir davada tanıkla ispat edilmesi gereken bir hususun varlığında, tanığa bazı nedenlerle bir daha ulaşılamama ihtimalinin bulunması gibi gerekçeler gösterilmek suretiyle, tanığın dinletilmesinin delil tespiti ile yapılması mümkündür. Zira tanığın dinletilmemiş olmasının, ileride tanığın dinletilemeyeceği ya da dinletilmesinin çok zor olacağını gösterilmiş olması halinde, delil tespiti talebinde hukuki yararın bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir (Ertanhan: 2005, s. 157).

Delil tespiti talebi, dava açılmadan önce veya dava devam ederken söz konusu olabilmektedir. Dava açılmadan önce delil tespiti talebi halinde bu talep, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu ya da tanık olarak dinletilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenmektedir (HMK m. 401/I). Dava açıldıktan sonra delil tespiti talep edilmesi halinde ise sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme görevli ve yetkilidir (HMK m. 401/IV).

### 3. İŞ YARGILAMASINDA TANIK DELİLİNİN ÖNEMİ

HMK m.316/1-d hükmüne göre iş ilişkisinden doğan davalarda basit yargılama usulü uygulanmaktadır. HMK m.318 düzenlemesine göre taraflar, dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakının delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır. Görüleceği üzere bu yargılama usulünde tüm delillerin davanın başında verilmesi ve toplanması katı bir şekilde düzenlenmiş olup, dava malzemeleri de sınırlandırılarak yargılamanın daha hızlı sonuçlandırılması amaçlanmıştır (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: 2018, s. 58).

Uygulamada açılan davalarda kıdem tazminatı, fazla çalışma alacağı, hafta tatili alacağı gibi aynı davada birden fazla talep bulunmakta olup, bu şekilde davaların yığılması halinde her bir talebe ilişkin vakıalar bakımından ispat yükü ve deliller ayrı ayrı değerlendirilir (Süzek: 2018, s.116). Basit yargılama usulünde de ispat faaliyeti ve delillere yönelik olan düzenlemeler HMK dördüncü kısımda (m.187-m.293) yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

HMK m.187/1 düzenlemesine göre ispatın konusunu "tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar" oluşturur. İspat faaliyetindeki amaç, hâkimin dışında ve davadan önce gerçekleşen uyuşmazlığa ilişkin vakıaların gerçekliği ve doğruluğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmadır (Atalay: 2017, s.1627; Karslı: 2014, s.479, Karahacıoğlu, Parlar :2014, s.23). Türk Medeni Kanunu (TMK) m.6'da aksine bir düzenleme bulunmadıkça taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür olarak düzenlenen ispat yükü, HMK m.190/1'de "Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkarana aittir" şeklinde düzenlenmiştir.

Tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıaların ispatı için başvuru vasıtalarına delil denir (HMK m.187/1). Deliller, uyuşmazlık konusunu oluşturan ve davanın sonucu üzerinde etki meydana getiren vakıaların

ispatına yarayan araçlardır (Postacıoğlu, Altay: 2015, s. 608).

Deliller de kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller yargılama hukukunda sınırlı olup, ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm olmak üzere dört ayrı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Kesin delillerin hakimi bağlayıcı gücüne karşılık, takdiri deliller hakim tarafından serbestçe takdir edilir. HMK'nda düzenlenen takdiri deliller ise tanık, bilirkişi incelemesi, keşif, uzman görüşü ile kanununda düzenlenmemiş delillerdir.

Tanıklık, davada taraf olmayan kişilerin, dava ile ilgili olaylar ve duyular hakkında dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgi veya görgüyü mahkemeye bildirmeleridir (Karahacıoğlu, Parlar: 2014, s.355) Tanık, taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte meydana gelen olaylar ve durumlarla ilgili sahip olduğu bilgi ve algıları mahkemeye aktaran kişidir (Atalay: 2017, s.1739 ve, s.1887.).

İş yargılamasında işçinin konumu gözetildiğinde ikrar, belge, senet gibi kesin delillere ulaşabilmesinin işveren karşısında daha güç olması nedeniyle tanık delili, vakıaların ispatı açısından önemli bir yere sahiptir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshinde özellikle belge, senet ile ispatın pek mümkün olmadığı davranışa dayalı fesih halleri olan işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışlarda bulunması, sataşmada bulunması, gözdağı vermesi, işçiyi kanuna karşı davranışa özendirmesi, kışkırtması, sürüklemesi, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunması, işçiyi cinsel tacizde bulunması hallerinde, yine işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi, ödenmemesi hallerinde başvuru ilk delil tanık olmaktadır.

Fazla çalışmanın, fazla sürelerle çalışmanın, hafta tatilinde ve Ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmanın, hatta hizmet süresinin de ispatına yönelik olarak çalışma düzenini gösterir işyeri kayıtlarının bulunmaması veya gerçeğe aykırı işyeri kayıtlarına karşı işçi tarafından başvuru ilk delil de tanık delilidir.

İşveren tarafından işçinin ücretinin eksik ödenmesi, elden ödenmesi hallerinde, yine temel ücretin dışında ikramiye, prim, yol ve yemek ücretleri gibi elden ödenen nakdi yardımlar veya servis sağlanması, işyerinde yemek verilmesi, ramazan, yılbaşı paketleri, kıyafet yardımı gibi aynı yapılan yardımların ispatında da işçi tarafından sıklıkla ve öncelikle tanık deliline başvurulmaktadır.

Gerçekten de işverenin sosyal ve ekonomik yönden güçlü, organize oluşu karşısında, işçinin sosyal ve ekonomik planda zayıf olması, sendikal güvencesinin de olmaması halinde tek başına olacağı gözetildiğinde, işvereni ile doğabilecek uyuşmazlıkta tek ve en önemli dayanağı tanık delilidir (Bozkurt: 2012, s.439). İşçinin hak ve alacaklarına kavuşabilmesi açısından elinde her zaman yazılı delil bulunamayacağı gözetildiğinde, takdiri delil niteliğinde olan tanık delili, iş yargılamasında başvuru öncelikli delildir.

#### 4. DELİL TESPİTİ İLE TANIK DİNLENMESİ

##### 4.1 Genel Olarak

Delil tespiti için iki temel şart bulunmaktadır. Birinci şart, henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitinin istenebilmesi olup; delil tespiti talep edenin hukuki yararının bulunması da ikinci şarttır (Kuru: 2015, s. 513 vd.; Özkes: 2017 s. 2563, Karlı: 2014, s. 689). HMK m.400/II düzenlenmesi gereği kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılmaktadır. Yargılama sürecinde vakıaların ispatında tanık deliline başvurmak istenildiğinde, tanık olarak dinletilmek istenen kişinin zamanla tanıklık yapmaktan karşı tarafın etkisi altında kalarak vazgeçmesinin veya etki altında kalabileceği ihtimalinin bulunması (Postacıoğlu, Altay: 2015, s. 1019, ayrıca bkz. Özrahit: 2017, s.41), tanığa ulaşamayacak olunması, tanığın uzun süreli yurtdışına çalışmaya gitmesi, yurtdışına yerleşmesi, askere gitmesi, ölümcül hastalığının bulunması gibi hâllerle karşılaşılabileceği mümkündür. Usul ekonomisi ilkesi de gözetildiğinde, bu durumlar meydana gelmeden önce işçi, ileride yapılacak yargılamada dinletmek istediği tanığın anlatımlarına önceden başvurulması için delil tespiti için hukuki yararının olduğu kabul

edilebilmektedir.

Delil tespitinde usule de kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Öncelikle delil tespiti davadan önce ve dava sırasında ayrı bir dilekçe ile istenmektedir; ancak davacının davasını açarken dava dilekçesi ile birlikte delil tespitinde bulunulabilmesi de mümkündür. Dilekçe içeriğinde mahkemenin adı, tarafların kimlik ve adresleri ile delil tespiti ile istenen vakıalara yönelik olarak tanıklara sorulması istenen sorular ile delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebeplerin bildirilmesi, yani hukuki yarara ilişkin açıklamaların da yer alması gerekmektedir (HMK m.402/I). Davadan önce delil tespitine başvurulması halinde tanık delilinin hemen tespit edilmemesi ihtimalinde ileride tanığa ulaşılmasının zorlaşacağı (Özkes: 2017, s. 2565), diğer yandan da dinletilmek istenen tanığın ileride açılacak dava ile ilgili bağlantı olup olmadığının belirlenebilmesi için ileride açılması düşünülen davanın da taleple birlikte belirlenmesi gerekmektedir (Kuru: 2015, s. 514).

HMK m.402/II gereği delil tespiti talebinde bulunulduğunda harçlar kanunu gereği alınması gereken maktu harç ile birlikte mahkemece belirlenecek tespit giderlerinin de avans olarak yatırılması zorunludur.

Görevli ve yetkili mahkeme ise, esasa bakacak olan iş mahkemesi (iş mahkemesinin bulunmadığı yerde iş mahkemelerine bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi) veya tanık olarak dinletilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesidir (HMK m.401/I). Esas mahkemece tespiti istenen tanık delilinin, başka bir mahkemenin yargı çevresinde bulunması halinde tanık deliline istinabe sureti ile başvurulacaktır. Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevli olup, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya tanık olarak dinletilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenmektedir (HMK m.401). Tanık dinletilmesine yönelik delil tespiti talebi değerlendirilirken, öncelikle delil tespitine yönelik şartların bulunup bulunmadığı mahkemece incelenmektedir. Delil tespiti, geçici hukuki koruma niteliğinde olduğundan yaklaşık ispat yeterlidir (Özkes: 2017, s. 2567).

HMK m.402/III gereği delil tespiti talebinin mahkemece haklı bulunması halinde karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilmekte olup, kararda ayrıca delil tespitine konu tanık veya tanıkların dinletileceği zaman, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave sorularının bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

HMK m. 404 hükmü “Tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde düzenlenmiş olup, bu bağlamda HMK m.265’e göre mahkeme tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye göre, kaybettiği zaman ile orantılı olarak mahkemece takdir edilen bir ücretin de verilmesi gerekmektedir. Tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleri ile tanıklığa çağrıldığı yerdeki konaklama ve beslenme giderleri de karşılanır. (27.12.2018 tarihli 30638 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2019 Yılı Tanıklık Ücret Tarifesine göre tanığa, tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanla orantılı olarak günlük 20,00 ilâ 40,00 Türk Lirasına kadar ücret ödeneceği olarak belirlenmiştir).

Tanıklık, mahkemenin tanıklık yapmak konusundaki çağrısı üzerine doğan kamusal bir yükümlülük olup (Atalay: 2017, s.1897.) , kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükümlenir. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır (HMK m. 240/III).

Delil tespiti yoluyla tanık dinletilmesi konusunda dava açmadan önce ve dava açtıktan sonraki durum ayrı ayrı incelenecektir.

#### 4.2. Dava Açılmadan Önce

Delil tespitine uygulamada sıklıkla dava açılmadan önce başvurulmaktadır. İş yargılaması açısından bakıldığında da delil tespiti ile tanık dinletilmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum değildir. Ancak bazı hallerde vakıaların

ispatında tanık deliline başvurmak istenildiğinde, tanık olarak dinletilmek istenen kişinin zamanla tanıklık yapmaktan karşı tarafın etkisi altında kalarak vazgeçmesi ihtimalinin bulunması, ulaşılamayacak olması, uzun süreli yurtdışına çalışmaya gitmesi, yurtdışına yerleşmesi, askere gitmesi, hastalığının bulunması gibi hallerde bu durumlar meydana gelmeden önce ileride yapılacak yargılamada dinletmek istediği tanığın anlatımlarına başvurulması için delil tespiti yoluna başvurusu kanunen mümkündür.

İşçinin dava açmadan önce delil tespiti talep edebilmesi için dilekçesinde, hangi nedene bağlı olarak delil tespiti ile tanık dinletmesi gerektiğini somutlaştırmalıdır. Somutlaştırması halinde de hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir. Zira delil tespitini düzenleyen hükümler incelendiğinde, kanunun delil tespitinde hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için delillerin ileride kaybolması veya sunulmasında zorluk oluşması olasılığını aradığı görülmektedir (Postacıoğlu, Altay: 2015, s. 1018). Delil tespitinde yaklaşık ispat söz konusu olduğundan, mahkemece delil tespiti yoluyla tanık dinletilmesi için gerekli koşulların oluştuğu hususunda kanaat getirilmesi yeterli olmaktadır (Ertanhan: 2005, s. 158).

İşçinin dava açmadan önce tanık dinletmesi için delil tespiti talebinde bulunurken, tanığın hangi konuda dinletmesi gerektiğini, ayrıca tanığa sorulmasını istediği soruları da dilekçesinde açık olarak belirtmesi gerekmektedir. Örneğin işçi, ileride açacağı iş davasında kullanmak üzere tanığın genel olarak çalışma koşullarına ilişkin beyanlarının alınmasını talep etmemelidir. İşçinin çalışma koşullarına ilişkin olarak, ispatlamak istediği vakıayı açık olarak dilekçesinde belirtmesi gerekmektedir. Aksi halde delil tespiti talebiyle yargılamamın esasına girilmiş olunacaktır.

Henüz dava açılmadan önce tanık olarak dinletilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden de delil tespiti talep edilebileceği hususu gözetildiğinde, tanığa sorulması istenen sorular önemli bir yere sahiptir. Bu çerçevede, sorunun belirliliği, sorunun basitliği ve sorunun doğru anlaşılabilirliği ilkeleri de gözetilerek tanığa sorulacak soruların yanlış anlaşılmaya yer vermeyecek şekilde, basit ve kolay anlaşılabilir olması önem arz etmektedir (Akkan : 2015, s.576 vd.). Sulh hukuk mahkemesinin iş

yargılamasında görevli olmadığı hususu da gözetildiğinde, tanıklara sorulması istenilen sorularda örneğin, işyerinde fazla mesai yapılır mı sorusunun yerine işyerinde çalışma sabah saat kaçta başlar? Çalışma saat kaçta sona erer? Haftanın hangi günleri çalışma yapılır? Ara dinlenmesi kaç kere, saat kaçta kullanılır? şeklinde somutlaştırmaya yönelik basit, belirli ve anlaşılabilir soruların sorulması delil tespiti ile tanık dinletilmesinde hedeflenen amaca daha uygun düşecektir.

### 4.3. Dava Açıldıktan Sonra

Görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş delilin tespitine, hukuki bir yararın bulunması halinde başvurulması mümkündür (Özkes: 2017, s. 2564). Delil tespiti ile tanık dinletilmesi dava dilekçesiyle veya dava devam ederken henüz tanık dinletme aşamasına gelinmediği süreç içerisinde de talep edilebilir. Diğer bir ifade ile delil tespitinin dava dilekçesi ile birlikte esas mahkemesinden istenilmesi zorunluluğu bulunmamakta olup, dava devam ederken dinletmemiş tanık için koşullar oluştuğunda delil tespiti talep edilebilecektir. Örneğin, davacı işçi tarafından mahkemeye tanık listesi sunulmuş ancak listede belirtilen tanıklardan birinin uzun süreli yurtdışına çalışmaya gitmesi söz konusu olması halinde, davacı işçi tarafından tanığın, ulaştırılmasında güçlük yaşanacağı gerekçesi ile celse arasında delil tespiti yoluyla bu tanığın dinletilmesi talep edilebilir.

Belirtmek gerekir ki, esas mahkemece dinlenen tanığın delil tespiti yoluyla tekrardan dinletilmesi mümkün değildir. Zira delil tespiti, delil oluşturma veya delili tamamlama amacına hizmet eden bir kurum değildir. Kaldı ki delil tespiti yoluyla tanık dinletilmesi açısından hakkın kötüye kullanılmasına izin verilmemesi gerekmele birlikte, bu yolla delil oluşturma çabasının da hukuk düzeni tarafından korunmaması gerekmektedir (Ertanhan: 2005, s. 161). Konuya ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2011/13423 Esas 2012/26545 Karar ve 05.07.2012 tarihli kararında “..Somut olayda mahkemece ihtirazi kayıtsız imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkuku olduğu halde, başka bir mahkemenin değişik iş dosyasında yapılan tespitte daha fazla çalışması olduğu anlaşıldığından anılan alacağına hükmedilmiştir. Açılmış ve sürmekte olan bir dava varken davacı taraf başka bir mahkemeye

verdiği dilekçeyle işyerinde tespit yaptırıp bilirkişi raporu aldırıştır. Ancak söz konusu tespit HUMK.nun 370.maddesi uyarınca delil olarak hükme esas alınabilecek nitelikte değildir. Zira devam eden bir dava varken ayrıca bir başka mahkemenin delil tespitine gitmesi yetkisiz ve görevsiz mahkemece yapılmış bir işlem olup delil niteliğini haiz değildir.” (www.kazanci.com) denilmek suretiyle, dava açıldıktan sonra başka mahkemeden yaptırılan delil tespitinin delil olarak hükme esas alınmayacağını belirtmiştir. Bu karara bakıldığında davacının delil oluşturmaya izin verilmediği anlaşılmaktadır.

### 4.4. Acele Hallerde Karşı Tarafa Tebligat Yapılmaksızın Tanık Dinletilmesi

HMK m. 403'e göre talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede acele hallerde tespit ile tanığın anlatıma başvurulması halinde, öncelikli olarak zorunluluk haline yönelik olarak detaylıca ve mümkünse zorunluluk halini gösterir belgeleri ile başvuruda bulunulması yerinde olacaktır. Örneğin, tanığa uzun süreli olarak ulaşılamamasına neden olan askerlik, yurtdışına çıkma gibi durumlarda acele hallerde tanık dinletilmesi usul ekonomisi ile birlikte değerlendirildiğinde mümkün görülmelidir. Bu şekilde tespit yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilir (HMK m. 403).

### 4.5. Delil Tespitine İtiraz

İş mahkemesince veya dava açılmadan önce tanığın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesince delil tespiti talebi mahkemece haklı bulunursa mahkemenin kararı, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespit in icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği başvuru dilekçesiyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekir (HMK m. 402/III). Acele hallerde tespit halinde de tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa tanık anlatımının bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ edilmektedir.

Karşı tarafça delil tespitine kararına ve delil tespiti işlemine bir haftalık sürede itiraz edilebilir (HMK m. 402/III, m. 403). Bir haftalık itiraz süresi hak düşürücü süre olup, itiraz edilmemesi halinde delil tespiti kararı ve delil tespiti işlemi kesinleşmiş olmaktadır (Özkes: 2017, s. 2571). Delil tespitine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Delil tespiti davaları, temyizi mümkün olmayan ve HMK m.403 uyarınca ancak itiraz yolu açık çekişmesiz yargı davalarındandır. Temyizi mümkün olmayan bir karara karşı karar düzeltme yoluna da gidilemez (Yargıtay 4. HD., 2014/5676 E. 2014/9003 K., Postacıoğlu, Altay: 2015, s. 1023).

#### 4.6. Delil Tespitinin Asıl Davaya Etkisi

Taraflar asıl davada, iddia ve savunmalarının ispatı için delil tespiti dosyasına dayanabilir. HMK m. 405 gerekçesinde de belirtildiği üzere sadece delil tespitini isteyen taraf değil, asıl davanın taraflarından her biri, iddia veya savunmasının ispatı için bu tutanak ve raporlara dayanabilir. Üçüncü bir kişiye karşı açılacak davada bu delil tespitine dayanılması mümkün değildir.

Tanık, takdiri delil niteliğinde olduğundan dava içerisinde değerlendirilmesi de bu çerçevede gerçekleştirilir. Asıl davada, tanık delilinin ispat gücü taraflarca tartışma konusu yapılabilir, itirazlar ve karşı deliller ileri sürülebilir (Kuru: 2015, s. 518).

Delil tespiti karşı tarafa tebliğ edilmiş olup, karşı tarafın bir haftalık itiraz süresi içerisinde delil tespiti kararına itiraz etmemiş veya itirazı reddedilmiş ise, delil tespiti dosyası ile talep eden taraf iddiasını ispat edebilir (Kuru: 2015, s. 517). Süresi içerisinde delil tespitine itiraz edilmemesi halinde delil tespiti kararı kesinleşir. İtiraz edilmemekle delil tespitinin yapılmasını gerektiren şartların mevcut olduğu kesinleşir. Tanık anlatımının ispat gücünün hiç olmadığı söylenemez (Özkes: 2017, s. 2575).

Hukuki dinlenme hakkının gereği olarak, karşı tarafın yokluğunda tanık dinletilmesi halinde mahkemece delil tespiti karar ve tanık anlatımlarının karşı tarafa tebliğ edilmesi zorunludur (HMK m. 402, m. 403). Aksi halde delil tespitinin taraflar yönünden delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (Kuru:

2015, s. 516; HGK 2010/13 E. 2010/26-73 K. 10.02.2010; Yargıtay 1. HD. 2012/13665 E. 2013/1671 K. 11.02.2013). Doktrindeki karşı görüşe göre ise, karşı tarafın yokluğunda yapılan delil tespiti tutanağı karşı tarafa tebliğ edilmemişse delil tespitinin asıl davada hiçbir etkisinin olmayacağı, delil tespitinin hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı söylenemez. Delil tespiti aşamasında hukuki dinlenme hakkı sağlanmamış olsa da, davada delillerin tartışılması sırasında, karşı tarafın bu konuda bilgi sahibi olması ve gerekli itiraz ve açıklamalarını yapabilmesi mümkündür. Bu nedenle de karşı tarafa delil tespiti hakkında hukuki dinlenilme hakkı tanımak koşuluyla hakim, tespit edilen delili serbestçe takdir edebilmelidir (Özkes: 2017, s. 2574).

Delil tespitine itiraz edilmiş olması da tespit ile toplanan delilin davada değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Bir başka deyişle delil tespitine itiraz edilmiş ve itirazın reddedilmiş veya asıl davada değerlendirilmesine karar verilmiş olması, delilin ispat kuvvetini doğrudan azaltmaz (Özkes: 2017, s. 2576). Tanık delili, bilindiği üzere takdiri delil olup, yargılama aşamasında mahkemece delil tespiti ile elde edilen tanık anlatımı serbestçe takdir edilmelidir.

Dava açılmadan önce delil tespiti ile tanığın sulh hukuk mahkemesince dinleneceği ve yazılı olarak bildirilecek sorulara yanıt verilmesi gerektiği, dava açıldıktan sonra görülmekte olan davada dinletilecek tanığın cevaplarının sözlü olması, tanığın tutum ve davranışları ve sözlü cevaplarının tanıklığın değeri konusunda hakime fikir verebileceği gözetildiğinde, yargılama esnasında elde edilecek tanık anlatımının, dava açılmadan önce elde edilecek tanık anlatımından ispat açısından daha güçlü olabileceğinden bahsetmek mümkündür (Sarısozen: 2016, s.143 vd.).

İspat hakkının gerçek anlamda sağlanabilmesi için tanıkların dinleneceği duruşmaya tarafların da katılmış olması veya bu konuda karşı tarafın önceden bilgilendirilmeleri gerekir. Tarafların kendi aleyhine olabilecek tanık ifadelerinin alındığı duruşmada bulunmaması, tarafın ispat hakkını ihlal edebileceği gibi adil yargılanma hakkını da zedeleyeceğinden bahsetmek mümkündür. Karşı tarafın tanıklara soru yöneltme hakkının bulunması, tanıkların dinlenmesinde yargılanma hakkının eşit silahlarla sağlamaktadır (Çiftçi: 2018, s. 202).

Bu açıklamalar ışığında, acele hallerde karşı taraf dinlenilmeksizin veya tanığa sorulmasını isteyebileceği sorular öğrenilmeksizin gerçekleştirilecek delil tespiti ile tanık anlatımı sonucu elde edilecek delilinin tek başına hükme esas alınmayacağından bahsedilebilecektir. Bu yolla elde edilen tanık anlatımlarına, asıl davaya bakan mahkeme tarafından ihtiyatlı bakılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, delil tespiti dosyası, açılmış veya açılacak davaya bağlı bir işlem olduğundan asıl dava dosyasının eki sayılır, onunla birleştirilir. Delil tespiti giderleri de asıl davanın yargılama giderlerine dahildir (HMK m.323/ç).

#### **4.7. İkinci Tanık Listesi Yasağına Aykırı Olup Olmayacağı Sorunu**

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 274 hükmünde olduğu gibi 6100 Sayılı HMK m. 240/II-son'da "Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez." hükmü ile de tarafların ikinci tanık listesi sunmaları yasaklanmıştır. Madde gerekçesine göre davaların makul sürede bitirilebilmesi açısından usul ekonomisine hizmet eden bu kesin kural, kamu düzeninden olup, mahkemece resen gözetilmesi zorunludur.

Taraflarca, tanık listesinin ıslah yolu ile değiştirilmesi veya tanık listesine ek tanık listesi verme hakkını açıkça saklı tutulması ya da tanık listesine eklenen "vesaire" gibi kelimeler ile sonradan ek tanık listesi verilmesi mümkün değildir (Kuru: 2015, s. 302. ; Atalay: 2017, s. 1888 vd). İkinci tanık listesi verme yasağı, kamu düzenine ilişkin olduğundan karşı taraf ikinci tanık listesi verilmesine muvafakat etse bile, hâkim ikinci tanık listesindeki tanıkları dinleyemez (Kuru: 2015, s. 302.; Atalay: 2017, s.1889). HMK m. 400/1' de de henüz inceleme sırası gelmemiş vakıanın tespiti amacıyla tanık ifadelerinin alınması işleminin yapılmasını talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ikinci tanık listesi yasağının kamu düzenine ilişkin olduğu hususu gözetildiğinde kanaatimizce, devam

eden yargılamada usulüne uygun olarak tanık dinletildikten sonra delil tespiti ile başkaca tanığın dinletilmesi, tanık dinletilmiş olsa da tanığın anlatımlarının, delil tespitine itiraz olmaması halinde bile hükme esas alınması da mümkün görülmemelidir. Taraflardan birinin tanık deliline dayanmaması veya usul hükümleri çerçevesinde tanığını dinletmemesi halinde delil tespiti ile tanık dinletmesi, usul kurallarının dolanılması niteliğinde olacağından, bu haliyle delil tespiti elde edilen tanık delili, tanık dinletilmiş olsa da tanığın anlatımlarının, delil tespitine itiraz olmaması halinde dahi hükme esas alınması mümkün görülmemelidir.

İkinci tanık listesi verme yasağı, sadece tanık listesinde gösterilen tanıklarla ispat edilmek istenen belirli bir vakia için söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, taraflardan birinin ispat etmek istediği başka bir vakia hakkında iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı sınırları içinde, taraflarca tam veya kısmi ıslah yolu ile yeni vakıalar ileri sürülmesi halinde yeni tanık gösterilmesi mümkündür ( Kuru: 2015, s. 302-303. ; Atalay: 2017, s.1889. ; Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2015/21030 E. 2015//6532 K, 3.4.2015). Bu çerçevede de taraflarca tam veya kısmi ıslah yolu ile yeni vakıalar ileri sürülmüş ise, bu yeni vakıaların ispatı için yeni tanık gösterilebilmesi mümkündür. Bu haliyle de yeni vakıaların ispatına yönelik olarak, hukuki yararın varlığı halinde delil tespiti ile tanık deliline başvurulması mümkün görülmelidir.

#### **4.8. Yargılamada Tanık Dinletilmemesi Hallerinde Delil Tespiti ile Tanık Dinletilebilir mi?**

HMK 119. ve 129. maddeleri ile 318. maddesinde delillerin ileri sürülme zamanı hakkında düzenlemelere yer verilmiş olup, maddi vakıanın ispatı için tanık deliline dayanıldığından da taraflarca dava ve cevap dilekçeleri ile mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir.

Tarafın delil listelerinde tanık deliline dayanmaması halinde, dayanılmayan delilin bildirilmesi için ön inceleme aşamasında delillerinin bildirilmesi için verilen süre sonuç doğurmayacak ve süresinde bildirmediği tanıklarının beyanları dikkate alınmayacaktır.



Tanık deliline dayanan taraf, tanık dinletmek istediği vakıyı ve dinletilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunması gerekmektedir (HMK m. 240/II). Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilecektir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinletilmesinden vazgeçilmiş sayılacaktır (HMK md.240/III).

Tarafların tanık delilinden yararlanabilmeleri için delil listesinde tanık deliline dayanmaları gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, HMK m. 243/I üçüncü cümlede de belirtildiği üzere taraflara, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıkların dinlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler ışığında, tanık deliline dayanılmaması halinde, ulaşılamayan tanığın dinletilmesinden vazgeçilmesine karar verilmesi halinde ve tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâlde, tanık listesinin kesin süreden sonra sunulması ve tanığın da duruşmada hazır edilmemesi hallerinde, delil tespiti ile de tanık deliline başvurulması mümkün görülmemelidir. Zira görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş tanığın delil tespiti yoluyla dinletilmesi mümkündür. Yukarıda bahsettiğimiz hallerde ise taraflarca usul hükümleri çerçevesinde tanık dinletmeleri mümkün olmayıp, delil tespiti istemi ile tanık dinletme talepleri de hakkın kötüye kullanımı niteliğinde kabul edilmelidir.

## 5. SONUÇ

İş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca en sık başvuru delil, tanık anlatımlarıdır. İşverenin sosyal ve ekonomik yönden güçlü, organize oluşu karşısında, işçinin sosyal ve ekonomik planda zayıf olması, sendikal güvencesinin de olmaması halinde yargılamalarda tek başına olacağı gözetildiğinde, işçinin doğabilecek uyuşmazlıkta tek ve en önemli dayanağı tanık delilidir. Medeni yargılamanın temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması faaliyetinde geçici hukuki

koruma olarak hizmet eden delil tespitinde tanık anlatımlarına başvurulması düzenlenmiştir. Uygulamada tanığın anlatımlarının, tanıklığın zaman yönünden sınırlı olarak değerlendirildiği gözetildiğinde, uyuşmazlığın çözümüne hizmet edebilecek tanıklara ulaşılmasının da zorluğundan bahsedilmesi mümkündür. Bununla beraber yargılamaların uzunluğu gözetildiğinde zaman içerisinde görgüye dayalı hususların hatırlanamayabileceği ayrıca tanığın işverenin etkisi altında kalabileceği, tanığa uzun süreli ulaşılamayacak olması, ağır hastalığı hallerinde tanık anlatımlarına kısa zamanda ulaşabilmesinin uyuşmazlığın çözümüne esaslı bir etki sağlayabileceği şüphesidir. Uyuşmazlığın çözümüne etkileri bakımından, dava açılmadan önce başvurulacak delil tespitinde tarafların tanıklara sorulması istenen soruların basit, belirli ve anlaşılabilir sorular olmasına taraflarca ayrıca önem verilmesi gerekmektedir. Bu durumun, görevli olan sulh hukuk mahkemesinin görevini tam anlamıyla gerçekleştirmesine de fayda sağlayacağı şüphesizdir. Yargılanmada eşit silahların eşitliği ilkesi gözetildiğinde, karşı tarafın yokluğunda delil tespiti ile elde edilecek tanık anlatımına ihtiyatlı yaklaşılması da gerekmektedir.

Tüm bu çerçevede, iş yargılaması açısından işçinin temel denilebilecek delilini oluşturan tanığın, belirli koşullar dahilinde anlatımlarına delil tespiti yoluyla gerek dava açmadan önce gerekse de dava açtıktan sonra başvurulması mümkündür.



## KAYNAKÇA

Akkan, M. (2015). “Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı 2014, s. 555-609

Bozkurt, H.A. (2012). İş Yargılaması Usul Hukuku Ankara: Seçkin Yayıncılık

Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2018). İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık

Çiftçi, P. (2018). Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara: Adalet Yayınevi

Ertanhan, M. (2005). Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Karahacıoğlu, A.H., Parlar M.(2014). İspat ve Deliller, Ankara: Bilge Yayınevi.

Karşlı, A. (2014). Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul: Alternatif Yayıncılık

Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)

Kuru, B. (2015). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul: Legal Yayınevi

Özrahit, T. (2017). Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanması İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar, İstanbul: Oniki levha Yayıncılık

Pekcanitez, H., Özkes M., Akkan M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). Medeni Usul Hukuku, İstanbul: Oniki levha Yayıncılık. (Pekcanitez Usul)

Postacıoğlu, İ., Altay, S. (2015). Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Sarısozen, S. (2016). Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu, Ankara: Yetkin Yayınları

Süzek, S., (2018). İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık

Yargıtay 1.HD, 2012 / 13665

Yargıtay 2.HD, 2015 / 21030

Yargıtay 4.HD, 2014 / 5676