

## 4857 SAYILI İK. VE 2821 SAYILI SK'NUN 31 İNCİ MADDESİ KAPSAMINDA İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA TARAFLARIN İSPAT YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hakan KESER\*

### ÖZET

Tüm hukuki uyuşmazlıklarda olduğu gibi, iş uyuşmazlıklarında da tarafların iddialarını ispat edebilmeleri tarafların birbirlerine karşı açacakları davaları kazanabilmelerinin temel koşuludur. Bu yüzden tüm hukuk dallarında olduğu gibi iş hukukunda da ispat konusu büyük önem taşımaktadır. İş hukukunda mevcut kanuni düzenlemeler göz önüne alındığında, genel ispat kurallarının yanında 4857sayılı İK.'da ve 2821 sayılı SK'da özel ispat kurallarının da olduğu görülmektedir

4857 sayılı İK. ve 2821 sayılı SK. m.31 genel olarak, herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu prensibinden hareket etmekte ancak, bazı özel hallerde doğrudan doğruya ispat yükünü işçiye ya da işverene yüklemektedir.

Çalışmamızda 4857 sayılı İK ve 2821 sayılı SK. m.31 kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat yükünün kimde olacağı ve hangi ispat vasıtaları ile bunun yapabileceği konuları açıklanmaya çalışılmıştır.

### ABSTRACT

In Labour conflicts, just like any other legal conflicts, the duty of a party in a lawsuit is to present enough facts to prove the allegations of the case. This is why burden of proof is very important in Labour law as

it is in all other branches of law. In Labour law, when you take legal arrangements into consideration, besides general proof rules, overall, İK # 4857 and SK # 2821/31 contain private proof rules as well İK # 4857 and SK # 2821/ 31 are both based on the principal that every person is under the burden of proof, however in special circumstances, this burden is placed on the employee or the employer.

The subject matters of this study are "which side the burden of proof should be placed on and what tools for proof can be used for conflicts subsuming under İK # 4857 and SK # 2821 / 31.

### GİRİŞ

Çalışma hayatında sıkça karşılaştığımız iş uyuşmazlıkları taraflarca mahkemeye götürüldüğünde, genel hukuk prensipleri uyarınca her zaman haklı olan tarafın değil, ama iddiasını kanunların belirttiği şekilde ispat eden tarafın davayı kazandığı ifade edilebilecektir. Bir uyuşmazlıkta taraflar arasındaki çekişmeli olayın kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği kural olarak HUMK uyarınca tespit edilebilecek ancak, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin özel bir kanunda bu konuya ilişkin özel bir düzenleme varsa, bu özel düzenleme dikkate alınacaktır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan iş uyuşmazlıklarında da tarafların ispat yükümlülüklerine ilişkin olarak öncelikle HUMK'daki esaslar göz önünde tutulacaktır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, İK ve SK'da tarafların ispat yüküne ilişkin bir düzenleme yer alıyorsa, artık doğrudan bu özel düzenlemeler genel esasların yerini alacaktır.

Bu anlamda çalışmamızda öncelikle ispat, ispat yükü ve ispat vasıtalarının değerlendirilmesi kavramları genel hükümler çerçevesinde incelenmiştir. Bunu takiben ise, 4857 sayılı İK kapsamında çıkabilecek uyuşmazlıklar, iş sözleşmesinin yapılması aşamasından başlanarak, çalışma süresi içerisinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve iş sözleşmesinin feshedilmesi aşamalarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar olarak sınıflandırılarak, söz konusu bu uyuşmazlıklarda iş sözleşmesinin hangi tarafının ispat yükü altında olacağı açıklanmaya çalışılmıştır. Bunu takiben de son olarak 2821 sayılı SK. m. 31 kapsamında ortaya çıkabilecek sendikal sebeple işçiler arasında ayırım

\*Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İ.İ.B.F., Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü.

yapılması ve iş sözleşmesinin feshi halleri ele alınarak söz konusu durumlarda taraflara düşen ispat yükü üzerinde durulmuştur.

## I - İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA İSPAT, İSPAT YÜKÜ VE İSPAT VASITALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ KAVRAMLARI

### A - İş Uyuşmazlıklarında İspat ve İspat Yükü Kavramları

#### a - İş Uyuşmazlıklarında İspat Kavramı

4857 sayılı İK m.2/1'de "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi ile işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olan işveren, arasında kurulan ilişki" olarak tanımlanan iş ilişkisi süresince, taraflar arasında bir çok konuda uyuşmazlıklar çıkmakta ve bu uyuşmazlıklar yargıya intikal ettiklerinde, İş Mahkemelerince ve bir çok kez de Yargıtay'ca İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesi göz önüne alınarak çözümlenmektedirler.

Bilindiği üzere, taraflar arası bir uyuşmazlığın ortaya çıkması ve bunun sonucu olarak da dava açılması durumunda, dava konusu yapılan bir hakkın ya da bir iddianın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı olayların doğru olup olmadığını tespit etmesi sonucunda mümkün olabilmektedir. Nitekim, genellikle hukuk sistemleri, belirli bir eylem sonucu bir hakkın ortaya çıkmasını ya da bazı hallerde bu hakkın ortadan kalkmasını; belirli olayların varolması ya da gerçekleşmesi koşuluna bağlamışlardır. Bu anlamda, iddia konusu olan olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek ve ortaya çıkan durumun hukuki niteliğini belirleyerek ilgili kanun maddelerini uygulamak hakim görev ve yetki alanına girmektedir. İşte bu şekilde dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı olayların var olup olmadığı ya da bir başka deyişle, doğru olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denilmektedir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2003, 340). Söz konusu tanımlama iş hukuku açısından da geçerli olup, iş uyuşmazlığının ortaya çıkması durumunda uyuşmazlık konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı olayların var olup olmadığı konusunda mahkemeye kanaat verilmesi işlemine iş uyuşmazlıklarında ispat denilecektir.

### b - İş Uyuşmazlıklarında İspat Yükü Kavramı

Bir uyuşmazlıkta taraflar arasındaki çekişmeli olayın kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğine ispat yükü denilmektedir. Buna göre, kural olarak uyuşmazlık söz konusu olduğunda taraflardan her biri kendi iddiasını ispatla yükümlüdür yani, ilk önce iddiasını ispat davacıya düşecektir. Bunun gibi bazı durumlarda ispat yükü davalıya da düşebilecektir. Nitekim yine genel kurala göre, bir olaydan kendi lehine haklar çıkararak taraf o olayı ispat etmelidir. Bu durumdaki kişi davacı olabileceği gibi davalı da olabilecektir. Bir uyuşmazlıkta ispat yükünün kimde olduğu, özellikle hakime gösterilen delillerin bu uyuşmazlığa ilişkin olarak karar vermek için yeterli olmadığı hallerde önem taşıyacak ve hakim ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tespit ederek o taraftan uyuşmazlık konusu olayı ispat etmesini isteyecektir.<sup>1</sup> İş uyuşmazlıklarında da aynı kural geçerli olacak ve tarafların gösterdikleri deliller ile dava konusu uyuşmazlık tamamen aydınlanmamışsa ispat yükümlüğüne ilişkin genel kurallar uygulanacaktır<sup>2</sup>. (BİRBEN/ÖKTEM 2001, s. 1099-1100). Nitekim ceza yargılamasının aksine, medeni usul hukukunda davalının delil yetersizliğinden beraat ettirilmesine benzer bir esas bulunmamaktadır (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2003, 342).

İspat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispat edemez ise, ispat yükü kendisine düşmeyen tarafın artık bir şey ispat etmesine gerek olmayacak, söz konusu olay ispat yükü olmayan taraf lehine ispat edilmiş sayılacaktır. Ancak ispat yükü kendisinde olmayan taraf dilerse, ispat yükü kendisinde olan tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden, onun iddiasının aksini ispat için delil gösterebilecek, fakat bu durumda da ispat yükü kendisinde olmayan taraf, ispat yükünü üzerine almış olmayacaktır. Örneğin, aşağıda belirtileceği üzere, iş uyuşmazlıklarında, ispat hukukunun genel esaslarına uygun olarak, iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğinin ve bir emek karşılığı olmayan hafta ve genel tatil

<sup>1</sup> Buna karşılık, eğer söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak, uyuşmazlığın her iki tarafı da ispat yükünün kime düştüğüne bakmaksızın delil gösterdi ise ya da taraflardan birinin veya her ikisinin gösterdiği deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli noktalar aydınlanmış ise, halen ispat yükünün uyuşmazlığın hangi tarafına düştüğünü araştırmakta bir fayda olmayacak ve hakim taraflarca gösterilen tüm delilleri incelemekle yükümlü olacaktır

<sup>2</sup> Bununla beraber bir tarafça ileri sürülen ve diğer tarafça inkar edilmeyen vakıalar mahkemece doğru olarak kabul edilecektir

ücretlerinin ödenmiş bulunduğu ispatı yükü işverene düşmektedir. Ancak şüphe yok ki, işçinin de aynı konuda delil gösterme ve sunma hakkı vardır ve davacı işçi HUMK.m.239 da belirtildiği üzere, bu konuda delil göstermesi ile ispat yükünü üzerine almış olmayacak ve bu yolla sadece kendisi bakımından karşı tarafın iddiasını çürütmeye çalışıp, diğer tarafın iddiasını ispat etmesini güçleştirecektir.

Bununla birlikte kendisine ispat yükü düşen taraf davacı taraf ise ve söz konusu olayı ispat edememiş ise, davalıya yemin teklif etme hakkına da sahip olacaktır. Yani bir başka anlatımla, ispat yükü kendisine düşen davacı, dava konusu uyuşmazlığa temel teşkil eden olayı ispat edememiş ise, davası hemen reddedilmeden önce hakim davacının davalıya yemin teklif etmesine izin verecektir(HUMK. m. 344-354). Buna karşın, kendisine ispat yükü düşen taraf davalı ise ve yine iddiasını ispat edemezse davayı kaybedecektir.

HUMK uyarınca, ispat yüküne ilişkin genel kuralların istisnaları da mevcuttur. Bunlardan ilki, normal bir duruma dayanan kimsenin iddiasını ispat yükümünde olmaması, buna karşın normal durumun aksini iddia eden tarafın ispat yükü altında olmasıdır. Örneğin bir hakkın doğumu için iyi niyetin asıl olduğu hallerde, asıl olanın iyi niyetin varlığı olması sebebiyle, kişi iyi niyetli olduğunu ispat yükü altında değildir, aksine o kişinin kötü niyetli olduğunu iddia eden taraf, bunu ispat etme yükümü altında olacaktır. İspat yüküne ilişkin genel kuralın diğer bir istisnası ise, kanuni karinelerdir. Bilindiği üzere, karine belli bir olaydan, belli olmayan bir olaya ilişkin olarak kanun tarafından çıkarılan sonuçtur (AKI, 2003, s.211) Kanuni karineler ispat yükünün önemli istisnalarındandır zira, kanuni karine kendi lehine olan taraf o olayı ispat etmekle yükümlü değildir. Kanuni Karineler ikiye ayrılır. Bunların bir kısmı kesin karinelerdir bunların aksi taraflarca ispat edilemez. Bazıları ise, adi kanuni karinelerdir ki bunların aksi ispat edilebilir. İspat yüküne ilişkin genel kuralın son istisnası ise, bazı hallerde bir olayı kimin ispat etmesi gerektiğinin yani, ispat yükünün özel bir kanun hükmü ile belirlendiği hallerdir. Söz konusu bu hallerde artık ispat yükünün kimde olduğunun araştırılmasına gerek bulunmamakta, ispat yükü doğrudan doğruya özel kanun hükümlerinde yazılı olan kimselere düşmektedir. 4857 sayılı İK'da<sup>3</sup> ve

<sup>3</sup> örn; İK.m.5/son" ...20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. İK.m.20/2

2821 sayılı SK<sup>4</sup> da ispat yükünün kanun gereği taraflara yüklendiği düzenlemeler yer almaktadır.

### B - İş Uyuşmazlıklarında İspat Vasıtalarının Değerlendirilmesi Kavramı

Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı olayların var olup olmadığı ya da doğru olup olmadığı konusunda, mahkemeye kanaat verecek belirli bir olayın ya da iddianın ispat edilmesi için mahkemeye sunulan ispat vasıtalarına delil denmektedir. Bu anlamda, tarafların göstereceği deliller, mahkemeye söz konusu olayların var olduğuna yada gerçekleştiğine dair kanaat verecek nitelikte olma özelliğini taşıyacaklardır

Bilindiği üzere HUMK. uyarınca, deliller kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller ikrar (HUMK.m.236), kesin hüküm (HUMK.m.237), senet (HUMK.m.286) ve yemin (HUMK.m.377) olmak üzere dört tanedir. Takdiri deliller ise tanık HUMK.m.245), bilirkişi (HUMK.m.275), keşif(HUMK.m.363) ve özel hüküm sebepleridir HUMK. m.367). (Delil türlerine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. UMAR,/ YILMAZ, E., 1980; 183 vd.; ALANGOYA, 2003, s.291 vd. ; ÜSTÜNDAĞ, 2000, s.580 vd.; KURU, 2001 s.1987 vd. KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2003, 340 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2001, s.310 ) Kesin deliller hakimi bağlayıcı niteliktedir Bu yüzden hakim kesin delil ile ispat edilmiş bir olayı doğru olarak kabul etmek zorundadır. Bir başka deyişle hakimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur. Oysa, takdiri delilleri hakim serbestçe takdir edebilecek, bu deliller hakimi yüzde yüz bağlamayacaktır. Yani, hakim HUMK. m.240 uyarınca, kanunun tayin ettiği haller istisna olmak üzere, ikame olunan delilleri serbestçe takdir edecek, kesin delillerle ispatı zorunlu olan hususlar dışında, uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak kendisine sunulan ispat vasıtalarını değerlendirecektir.

"Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür."

<sup>4</sup> SK.m.31/7 "sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet sözleşmesinin feshi dolayısı ile açılan davada işverenin ispat yükü ile yükümlü olması" 4773 sayılı Kanun ile değişik

521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun<sup>5</sup> 7 nci maddesine göre, iş mahkemelerinde şifahi(sözlü) yargılama usulü uygulanacaktır. Yine aynı Kanunun 15 inci maddesi uyarınca da, bu Kanunda düzenleme olmayan hallerde HUMK hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, iş yargılamasında da, taraflar iddia ve savunma ile ilgili delillerini davanın başlangıcında bildirecekler ve daha sonra yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır(HUMK. m.479). (SİTTİ, 1991, s.56). Taraflar delillerini birinci oturumda göstermezlerse, hakim taraflara delillerini göstermeleri için bir süre verebilecek ancak bu süre yazılı yargılama usulünde olduğu gibi 10 gün olmayıp, hakim takdirine göre belirlenecektir. Yine HUMK 482 uyarınca, iki taraf da iddialarını kanıtlamak amacı ile tahkikatın sonuna kadar yeni delil gösterebileceklerdir.

Nitekim doktrinde de, HUMK 180'de yer alan davacının dava açarken delilleri sunma ve aynı maddede belirtilen 10 günlük kesin süreden sonra başka delil gösterilemeyeceğine ilişkin kuralın; HUMK.m. 75/3'de sözü edilen "hakimin davanın her safhasında iki tarafın iddiaları çerçevesinde lazım olan yeni delillerin ibraz ve ikamesini emredebilmesi", HUMK. m.217'de yer alan "davanın ispatı için yeni delil ikamesi lazımsa hakimin taraflara süre verebilmesi", HUMK.m. 244 de yer alan "gösterilen delillerin incelenmesinden sonra açıklığa kavuşmayan hususlarda yeni delil gösterilmesi" ve m.378'de yer alan "iki tarafın hakim huzurunda dermeyan ettikleri hususların yeni delillerle ispatlanması" ilkeleri karşısında kesin anlam ifade etmediği belirtilmektedir (BİRBEN/ÖKTEM, 2001 s.1128). Bununla beraber Yargıtay aksi görüşte<sup>6</sup> olsa da, yine doktrinde, taraf iyi niyetli ise, delilin geç getirilmesinde kusuru yok ise ve yargılama aşamasında ortaya çıkan yeni olaylara karşı yeni delil ileri sürülmesi gerekirse, bu yeni delilin tahkikat aşamasından sonra da reddedilememesi gerektiği ifade edilmektedir (BİRBEN/ÖKTEM, 2001, s. 1128 ).

İş uyuşmazlıklarında da delillerin toplanması kural olarak taraflara ait bir iştir. Yani, hakim kural olarak, taraflarca bildirilmeyen olayları da kendiliğinden göz önüne alamaz, kendisi delil toplayamaz ve re'sen istediği her delile başvuramaz.(KARAFAKİH, 1952, s.74-75;

<sup>5</sup> R.G. 04/02/1950 t. No: 7424

<sup>6</sup> "Tahkikat sona erdikten sonra ise yeni delil sunulamayacaktır" Yarg. 7. HD. 13.06.1978t. E.1978/9396 K.1978/ 8792 UYGUR, 1980, s.483

ÜSTÜNDAĞ, 2000, s.241; ALANGOYA, 2003, s.4; BOZKURT, 1999; s.306 BECKER-EBERHARD, E., 1999, s.18) Ancak hakim sadece, şüpheli ve çelişkili olarak gördüğü durumlar hakkında taraflardan açıklama isteyebilir. Buna karşın hakim keşfe, bilirkişiye ve isticvaba kendiliğinden başvurabilecek ve doğal olarak davanın her safhasında iki tarafı da kendi iddiaları çerçevesinde dinleyerek iddialarını ispatlamalarını isteyebilecektir.

Ancak, yargılama sürecinde bazı durumlarda, her ne kadar İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan sınırlı düzenlemeler içerisinde hakime dava ile ilgili re'sen araştırma görev ve yetkisi verilmiş olmamasına rağmen; hakimin, taraflarca bildirilmeyen olayları kendiliğinden göz önüne alamaması, kendisinin delil toplayamaması ve re'sen istediği her delile başvuramaması genel kuralına aykırı<sup>7</sup>, kanuni bir temeli bulunmayan bazı uygulamalara rastlanabilmektedir (ÇENBERCİ, 1969, s.8 ).

Bilindiği üzere, iş mahkemelerinde yapılan yargılama esas itibariyle taraflarca getirilme ilkesine dayanmaktadır. Yani, iş uyuşmazlıkları, çekişmeli yargı içerisinde yer aldığı için, hakim ancak talep üzerine bir davaya bakabilecek, kendiliğinden re'sen harekete geçme imkanına sahip olamayacaktır<sup>8</sup>. Bu anlamda, iş yargılanmasında da, iddianın ve savunmanın dayanağı olan olayları ve bunların delillerini, taraflar hazırlayarak mahkemeye bildirecekler ve hakim incelemesini kendisine bildirilmiş olan olaylar ve deliller üzerinden yapabilecek, buna karşın, tarafların bildirmediği olayları kendiliğinden

<sup>7</sup> HUMK. m.752 "kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini resen dikkate alamaz ve onlara hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz"

<sup>8</sup> Ancak bilindiği üzere İMK'nun 10 uncu maddesi uyarınca; İş Kanununun uygulanması ile görevli olan idari merciler, kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan neticelendiremedikleri ve iş mahkemelerinin görevi içinde gördükleri takdirde bu hususa dair olan evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemesine tevdi edeceklerdir. İş yargılamasında basitlik ilkesi çerçevesinde yerini bulan ve İş Mahkemeleri Kanununda yerini bulan İdareye yapılan başvurunun davaya dönüştürülmesi ilkesi; dava açmanın güçlüğü, delillerin kaybolmasının önlenmesi ve zamanaşımına yol açan durumların ortadan kaldırılması amacıyla getirilmiştir(SARISÖZEN, 1981, 224) Ancak bu durum doktrinde, idarenin sorunu resen mahkemeye nakletmesinin işinin iradesi dışında dava açması sonucunu doğurduğu ve asıl amacın yanında istem dışı ve zarar verici başka hususları da içerdiği gerekçesi ile eleştirilmektedir. (KURU, 1971, s.19-20; SARISÖZEN, 1981, s.225)

inceleyemeyecek ve onları hatırlatacak uyarılarda dahi bulunamayacaktır (HUMK. m.75). Mahkeme tarafların dava ile ilgili açıklamaları ile bağlı olarak, taraflarca getirilen ispat araçları ile ispatlanmış olayları hükmüne temel alacaktır.

Ancak iş mahkemelerinde yapılan yargılama esas itibariyle taraflarca getirilme ilkesine dayanmaktaysa da, yukarıda da sözü edildiği üzere, işçilerin vazgeçilemez nitelikteki hakları bakımından, hakimlerin resen araştırma yapabileceği Yargıtay'ca ve doktrinde bir çok yazarca (ÇENBERCİ, 1969, s.115; SARISÖZEN, 1981, s.225; KURU, 1997, s.19; KUTAL, 1973, s.181; GÜNAY, 2000, s.306) kabul edilmektedir. Yani bir başka anlatımla, iş mahkemesi taraflarca getirilen malzemelere göre karar vermekle beraber, mahkemece araştırılması gereken bir husus olduğuna kanaat getirildiğinde, yargılamada resen araştırma ilkesi geçerli olabilmektedir. Bu anlamda, doktrinde mahkemenin, taraflardan bağımsız olarak davanın aydınlanması için gerekli maddi vakıaları ve ispat araçlarını yargılamaya dahil edebileceği ancak bu durumun istisnai bir durum olduğu ifade edilmektedir. (ALAGONYA, 1979, s.9)

Resen araştırma ilkesinin uygulanması ile ilgili olarak Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemelerin nitelikçe kamu düzeniyle ilgili olduğu ve hakim in gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakmaksızın resen araştırmasını yerine getirmesi gerektiği hususlarını açıkça vurgulamıştır<sup>9</sup>. Yargıtay kararlarında özellikle, ücret alacaklarına ilişkin davalarda<sup>10</sup>, fazla çalışma taleplerine ilişkin davalarda<sup>11</sup>; alt iş veren asıl işveren ilişkilerine ilişkin davalarda<sup>12</sup> ve özellikle kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79 uncu

<sup>9</sup> Yarg. 21.HD. 09.07.1999 t. E.1998/5182 K.1999/5270 YKD. Ocak 1999, s.90

<sup>10</sup> Yarg. 9. HD. 24.11.1998 t. E.1998/13630 K.1998/16619, BİRBEN/ÖKTEM,2001, s.1108, dn.139; Yarg. 9. HD.14.05.1987 E.1987/4304 K.1987/4879, Tekstil İşveren dergisi, Eylül 1988, s.18 ; Yarg. 9.HD. 14.03.1988 t. E.1988/873 K.1988/2968, YKD. Şubat 1989, s.223

<sup>11</sup> Yarg. 9.HD. 05.05.1998 t. E.1998/5866 K.1988/8297 Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1998, s.23; Yarg. 9. HD. 30.09.1996 t. E. 1996/67 K.1996/18236 Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1996 s.28; Yarg. 9.HD. 20.09.1996 t. E.1996/5829 K.1996/15570 Tekstil İşveren D. Kasım 1996, s.18)

<sup>12</sup> Yarg. 9.HD. 08.05.1998 t. E.1997/5893 K.1998/8560, BİRBEN/ÖKTEM, 2001 s.1110, dn.146; Yarg. 4. HD. 08.08.1959 t. E.1959/8984 K.1959/6068, BAŞARI,O. / TEZMEN, N .1961, s.243

maddesinin 8 inci fıkrasında düzenlenen hizmet tespiti davalarında<sup>13</sup> hakim in resen araştırma ilkesini uygulayarak delilleri resen toplaması gerektiği istikrarlı bir biçimde ifade edilmiştir.

Bu durumda mahkeme, ileri sürülen vakılardan bazılarının gerçekliliği hususunda taraflar anlaşmış olsalar bile bununla yetinmeyerek ileri sürülmüş dava malzemelerinden anlaşılan hususları dikkate almasının yanında gerekli gördüğünde dava ile ilgili yeni vakıaları da araştırabilmektedir.. Böylece kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğunun kabulü, mahkemenin tarafların ikrarı, delil sözleşmesi ve inkar edilmeyen vakıalar ile bağlı olmamasını da beraberinde getirecektir (BİRBEN/ ÖKTEM, 2001, s.1101)

Mahkemelerce iş uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda, resen araştırma ilkesinin zaman zaman uygulanabileceği yönündeki doktrin görüşü, hukuk muhakemeleri usulünün ispat hukukuna ilişkin genel hükümlerinin iş hukuku alanında yeterli olmayacağı gerekçesiyle dile getirilmektedir. (ÇENBERCİ, 1969, s.115; SARISÖZEN, 1981, s.225; KURU, 1997, s.19; KUTAL, 1973, s.181; GÜNAY, 2000, s.306) Bu anlamda sosyal ve toplumsal düzende iş barışının tesisine yönelik olarak bu çeşit uyuşmazlıklarda geniş bir yorumla taraflarca hazırlama ilkesinin yerine re'sen araştırma prensibinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir (ÇENBERCİ, 1969, 234-235). Ancak diğer yandan, iş hukukunun kendine özgü esasları ve uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak çözümlenmeye gidilirken, hukuk yargılaması usulünün genel ilkeleri ve ispat kurallarının da ihlal edilmemesi gerektiği de doktrinde yerinde olarak ifade edilmiştir (URCAN, 2004, s.767)

Mahkemece delillerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olarak doktrinde ifade edilen diğer bir görüş de, HUMK'da düzenlenmemiş olsa da hakim in kanaate ulaşmasına yardımcı olan ilk görünüş ispatı

<sup>13</sup> Yarg.10.HD.26.04.1993t.E.1992/12364 K.1993/4880, Yarg.9.HD. 24.06.1997 t. E.1997/4564 K.1997/4880; Yarg.10. HD. 17.11.1997t. E.1997/8222 K.1997/8073; Yarg.10.HD. 25.11.1997 t. E.1997/8522 K.1997/8324; Yarg.10.HD.08.07.1997 t.E.1997/5350 K.1997/5279, Yarg. 10.HD.29.05.1997t. E.1997/4209 K.1997/4152; Yarg.21.HD. 16.02.1998t. E.1998/487 K.1998/903 ERTÜRK, 1999, s.554-568-569-570-582-583; Yarg.21.HD. 22.02.1997t. E.1997/ 4209 K.1997/4152, Yarg.21.HD.04.02.1999t. E.1999/ 9189 K.1999/258; Yarg. 10.HD. 21.09.1999t. E.1999/6536 K.1999/5868; Yarg. 21.HD.01.02.1999t. E.1999/50 K.1999/39 BİRBEN/ÖKTEN, 2001, s.1105, dn.129 - s.1106, dn.130-131

kurumundan yararlanılabileceğidir (KESER, 2001, s.231 vd.). Özellikle ispat güçlüğü veya belirsizlik durumlarında işlev görecektir olan kurum, delillerin değerlendirilmesinin ön safhası olarak ifade edilmektedir. Yani hakim somut uyuşmazlıkta ilk önce ilk görünüş ispatını, daha sonra diğer delilleri takdir edecektir. Buna göre ilk görünüş ispatı, hakim tarafından olayın ilk görünüş şekline bakılarak, delillerin değerlendirilebileceği, mevcut olan fiili olaylardan, yaşam deneylerine göre kural olarak bu olaylarla bağlantılı olan, diğer bir olay için çıkarım yapılabileceği esasına dayanmaktadır. Bir başka deyişle, hakim mevcut olan fiili olaylardan, yaşam deneylerine göre kural olarak bu olaylarla bağlantılı olan diğer bir olay için çıkarım yapabilecektir (KESER, 2001, 232 vd.). İlk görünüş ispatı delillerin değerlendirilmesine ait bir ilkedir. Buna göre, ilk görünüş ispatı teknik anlamda bir delil değildir, aksine delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde, değerlendirmeye yaşam tecrübelerinin tatbik edilerek, hakimin tam kanaati sonucuna ulaşmasını sağlayan bir vasıta. (KESER, 2001, s.234). Burada hakim sadece olayı tespit etmekle ve kendi gözlemlerine dayanarak hüküm vermekle yetinmemekte, aksine kendisi tarafından tespit edilen olaylar arasındaki hayat tecrübelerine uygun bağlantılara da dikkat çekmektedir. (KESER, 2001, 236). Nitekim, her bir tecrübe kuralının esasını mukayese edilebilir koşullar altında daha önceleri de benzer sonuçları doğuran, belirli koşullar altında tekrarlanan ve bu yüzden gelecekte de devam edecek olan tecrübeler oluşturmaktadır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, her tecrübe kuralından ilk görünüş ispatı olarak istifade edilemeyeceğidir. Bir başka anlatımla ancak, sürekli olarak tekrarlanan (tipik) bir hayat olayından doğmuş olma, yeni durumlara uyarlanabilir olma, açık ve her zaman kontrol edilebilir bir şekilde formüle edilmiş olma özelliklerine sahip tecrübe kuralları hakimin kanaatini verirken yararlanılabileceği tecrübe kurallarından olacaktır. (KESER, 2001, 236) Bu tecrübe kuralları mutlaka bilimsel gözlem niteliğini taşıması gerekmeyecek aksine günlük yaşamdan da kaynaklanabileceklerdir (KESER, 2001, s. 236). Delillerin takdirinde ilk görünüş ispatından yararlanılabilmesi için söz konusu olayın, ilk görünüş ispatının temelinde yer alan tecrübe kuralına uyması ve tipik hayat olayının açıklanması ve gerekirse ispat edilmesi gerekecektir. Bu durumda hasım taraf dikkate alınan tipik hayat olayından başka diğer bir alternatif olayın da aynı şekilde mümkün olabileceğini, tam olarak olmasa da, gerçeğe yakın ispat ederse, fiili olayın ilk görünüş ispatının temelinde

yer alan tecrübe kurallarına uygunluğu konusunda veya tecrübe kuralının tek başına kanaate ulaştıracağı konusunda ilk görünüş ispatını engellemiş olacaktır. Ancak kendisinden alternatif hayat olayının türetildiği olayın ise tam olarak ispatı gerekecektir. (KESER, 2001, s.233).

İş uyuşmazlığı açısından ilk görünüş ispatı kurumunun uygulanması düşünüldüğünde, hakimin karşısına çıkan uyuşmazlıkta ilk bakışta hayat tecrübelerine göre, işçinin ne tür tipik bir hareket tarzında bulunduğunu, işverenin de böyle bir durumda nasıl bir davranışta bulunmuş olabileceğini göz önüne alarak delilleri değerlendirmeye başlayabileceği ifade edilebilecektir. Bu durumda bu değerlendirmeden aleyhine sonuç çıkacak olan taraf da, dikkate alınan tipik hayat olayından başka diğer bir alternatif olayın da aynı şekilde mümkün olabileceğini, tam olarak olmasa da, gerçeğe yakın ispatlayarak ilk görünüş ispatını çürütebilecektir.

## II - 4857 SAYILI İK. KAPSAMINDA İŞ İLİŞKİLERİNDE TARAF LARIN İSPAT YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### 1.1 A - Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ispat yükümlülüğü kural olarak davacıya düşmektedir. Yani, herkes açmış olduğu davada iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak yine yukarıda belirttiğimiz üzere, bu genel kuralın istisnalarından biri bazı hallerde bir olayı kimin ispat etmesi gerektiğinin (yani ispat yükünün) özel bir kanun hükmü ile belirlenmesidir. Söz konusu bu hallerde, artık ispat yükünün kimde olduğunun araştırılmasına gerek bulunmamakta, ispat yükü doğrudan doğruya özel kanun hükümlerinde yazılı olan kimselere düşmektedir. İspat yüküne ilişkin genel kural 4857 sayılı İK uygulaması açısından da geçerli olmakla beraber, 4857 sayılı İK. sözünü ettiğimiz bu istisnalara da yer vermiş ve bazen işçi lehine, bazen de işveren lehine olmak üzere kanun hükümlerinde ispat yükümlülüğünü doğrudan taraflara yüklemiş bulunmaktadır. Buna göre, 4857 sayılı İK'nun açıkça düzenlemiş olduğu durumlarda davacının kim olduğuna bakılmaksızın ispat yükü Kanunda belirtilen tarafta olacaktır.

4857 sayılı İK'da yer alan mevcut düzenlemeler incelendiğinde, ispat konusunun önem taşıdığı birçok durum karşımıza çıkmaktadır. Kanun uygulamasında ispat konusunun önem taşıdığı durumlar ana

hatları ile; iş sözleşmesinin varlığının, işverenin eşit işlem borcu ve ücret ödeme borcunu yerine getirip getirmediğinin, işçinin iş görme borcuna uygun hareket edip etmediğinin ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli ya da haklı sebeplerin olup olmadığının tespiti halleri olarak sıralanabilecektir. Bu durumların bazılarında, ispat yüküne ilişkin genel kurala uygun olarak davacı taraf iddiasını ispatla yükümlü olacak, bazılarında ise ispat yükünün kimde olduğu İK'da getirilen esasa göre tespit edilecektir.

## B – İş Sözleşmesinin Varlığının İspatı

### a - Genel Olarak

Herhangi bir iş uyuşmazlığı ortaya çıkıp bu durum mahkemeye intikal ettiğinde, her şeyden önce taraflar arası bir iş sözleşmesinin varlığının ispatı gerekecektir. Zira ortada bir iş sözleşmesinin var olduğunun tespit edilememesi durumunda, iş sözleşmesinden doğan taraf haklarının talebi söz konusu olamayacaktır. Bu durumda söz konusu iş sözleşmesinin varlığının ispatı konusu önem taşıyacaktır. Ortada her hangi bir yazılı iş sözleşmesinin olmadığı hallerde bu durum özellikle sorun yaratabilecektir. İş sözleşmesinin varlığını ispat yükü davacıdadır (UMAR/YILMAZ, 1980, s. 106-107)

4857 sayılı İK m.8/1 uyarınca, iş sözleşmesi Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi olmayacaktır. Buna göre, belirsiz süreli iş sözleşmeleri her hangi bir şekil şartına tabi değildirler. Ancak, kanun aynı maddenin 3 üncü fıkrasında ise, uygulamada ispat konusunda karşılaşılan sorunları bir ölçüde çözümlenmek amacıyla, yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, işverene, işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge verme yükümü getirmiştir<sup>14</sup>. Bununla beraber, Kanununun 99 uncu maddesinin b bendinde de, bu belgeyi vermeyen işveren için işçi başına para cezası öngörülmüştür . Bu düzenlemeden sonra doktrinde artık, ister belirli ister belirsiz olsun,

<sup>14</sup> Belgenin içeriği ve verilme süresi bakımından Avrupa Birliğinin 91/533 sayılı Yönergesi göz önünde tutulmuştur. Bkz 4857 sy. İK. .8 inci madde gerekçesi. [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

ispat bakımından tüm iş sözleşmelerinin iki ay içinde yazılı hale dönüşecekleri bu durumun da ispat külfetine yardımcı olacağı ifade edilmiştir. (DEMİR, 2003, s.24). Ancak burada sözü edilen belgenin tarafların imzasını taşıyan bir iş sözleşmesi değil, aksine işçi ve işveren arasında yapılmış olan bir iş sözleşmesinin varlığına, işçinin ücretine, ücret ödeme dönemlerine, genel ve özel iş şartlarına ilişkin ve tek taraflı olarak işverenin imzasını taşıyan bir belge olduğu noktası gözden kaçmamalıdır (URCAN, 2004, s.775). İşverence ortada bir iş sözleşmesi olmadığı iddia edildiği takdirde bu belgenin yazılı delil başlangıcı<sup>15</sup> olması niteliğinden söz edilebilecektir.

İK. m.8/3 de, iş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesini zorunlu tutmuş ve böylece yine işçiye iş sözleşmesinin varlığını ispat edebilmesi için bir belge sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu bu yükümlülüklerin işverence ısrarla yerine getirilmemesi durumunda ise, iş sözleşmesinin varlığının, ücret karşılığı iş görme ediminin gerçekleştirildiğinin her türlü delille ispat edilmesi mümkün olabilecektir. Buna karşın doktrinde, süresi belirli olsun, olmasın, iş sözleşmesindeki ücret tutarının HUMK m.288'deki sınırı (400 YTL) aşması halinde, sözleşmenin ancak yazılı belgeyle ispatlanabileceği görüşü ileri sürülmektedir. (KURU 2001, s. 2232-2236; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2001, S.411) Zira bilindiği üzere, HUMK uyarınca, 400 YTL'nı aşan hukuki işlemler yalnız yazılı belge ile ispat edilecek, bu durumlarda tanık dinlenmesi kural olarak mümkün olmayacaktır<sup>16</sup>. Ancak HUMK m.288'deki kuralın istisnalarının<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Yazılı delil başlangıcı, iddianın tamamen ispatına yetmemekle beraber, yazılı, hukuki işlemin olduğuna delalet eden, ve aleyhine ileri sürülen kişi tarafından verilmiş olan belgelerdir.

<sup>16</sup> Hukuki işlemin senetle ispat zorunluluğunun alt sınırı göz önüne alınır iken, hukuki işlemin yapıldığı tarihteki miktarı ve değeri dikkate alınacaktır. Bu anlamda hukuki işlemin yapıldığı tarihteki bedel limit bedelden az ise, davanın açıldığı tarihteki bedel limit bedelden fazla bile olsa artık o hukuki işlem tanıkla ispat olunabilecektir. KURU,2001, s.376

<sup>17</sup> Belirli bir değer üzerinde hukuki işlemlerin mutlaka yazılı belge ile ispatı gerektiği kuralının istisnaları HUMK'da belirtilmiştir. Buna göre, yakın hısımlar arasındaki hukuki işlemler (m.293/1) haksız fiilden doğan tazminat alacakları (m.293/2), senede bağlanması yaygın(gelenek) olmayan hukuki işlemler (m.293/4), sözleşmelerdeki hata hile gabin ve ikrah iddiaları (295/5), yazılı belgenin mücbir sebeple ya da resmi dairede kaybolması hallerinde ve yazılı delil başlangıcı olduğu

arasında, her ne kadar İş Hukuku alanındaki uyuşmazlıklar sayılmamışsa da, iş uyuşmazlıklarının kendine özgü nitelikleri göz önüne alındığında, kuralın katı bir biçimde uygulanmasının adaletli olmayacağı doktrinde ifade edilmiştir.. (SEVİMLİ, 2003, s. 16-17). Diğer yandan HUMK. m.292/1 uyarınca; yazılı bir belge ile ispatı gereken bir hukuki işlem, buna ilişkin bir yazılı delil başlangıcı varsa, tanıkla ispat edilebilecektir(HUMK. m. 292/I). Buna göre, ortada yazılı bir iş sözleşmesinin olmadığı hallerde, bir iş sözleşmesinin varlığına delalet eden ve iş sözleşmesinin olmadığını iddia eden kişi tarafından verilmiş olan belgeler söz konusu ise, iş sözleşmesinin varlığı tanıkla ispat edilebilecektir.

Bununla birlikte, iş sözleşmesinin ispatında taraflardan biri yazılı belge / sözleşme ibraz etmişse, aksini iddia eden tarafın Usul Hukuku bakımından aynı kuvvette delillerle karşı iddiayı çürütmesi gerekecektir (HUMK m.290). Zira yazılı senede<sup>18</sup> karşı olan iddialar, ancak yazılı belge ile ispat olunabilecektir. Ancak, mahkemeye, her iki tarafça da yazılı belge ibraz edilemiyorsa, iddiaların takdiri deliller dahil, her türlü delille ispatlanması yolunda bir engel bulunmadığı ifade edilebilecektir. Yargıtay ise, bazı kararlarında iş sözleşmesinin HUMK. m.288 gereğince kesin delille ispatının gerektiğini kabul etmekte<sup>19</sup> ; bazı kararlarında ise, iş sözleşmesinin tanıkla yani takdiri delillerle ispatlanmasını mümkün görmektedir<sup>20</sup>.

İş sözleşmesine ilişkin olarak toplu iş sözleşmesiyle şekil şartı getirildiği durumlarda ise, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükmün, işçiyi koruma amacıyla getirilmiş ispat şartı olduğunun kabulü yerinde olacaktır. (ÇELİK, 2003, s.443; TUNCAY, 2000, s.124, Ayrıca Bkz. EKMEKÇİ, 1996, s.84) Bununla beraber, doktrinde toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmeleri için kararlaştırılan şekil şartının, iş sözleşmesi kurulduktan sonra bunun yazılı hale getirilmesi konusunda

hallerde işlemin parasal tutarı belli tutarı aşır olsa bile tanıkla ispat söz konusu olabilecektir

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.URCAN, 2004, s.767-815

<sup>19</sup> Yarg. 10.HD. 19.06.2001 t. E.2001/4473, K.2001/4791; Yarg. 21. HD. 13.11.2000 t. E.2000/7136 K.2000/ 7831, URCAN, 2004, s.785, dn.45; Yarg. 9.HD. 14.10.2002 ti E.2002/5151 K.2002/19177 GÜNAY, 2003, s.340)

<sup>20</sup> Yarg. 9.HD., 18.10.1999 t. E.1999/13238, K.1999/15919, YKD, Cilt.26, Sayı:11, Kasım 2000, s.1696 ; Yarg. HGK. 23.12.1964 t. E.1964/9-1252 K.1964/751, Adalet dergisi, Eylül 1965, s.1095

taraflara talep hakkı sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir. (EKMEKÇİ, 1996, s. 84)

### **b - Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İspatı**

İK'da belirtilmediği sürece iş sözleşmelerinin yapılmasında, şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu söylenebilecektir. Şekil serbestisinin olmadığı ve tarafların belirli bir şekle dayanarak iş sözleşmesi yapmak zorunda oldukları haller İK'da açıkça belirtilmiştir. Şekil serbestisinin geçerli olmadığı iş sözleşmesi türlerinden ilki, belirli süreli iş sözleşmeleridir. Nitekim, 4857 sayılı İK. m.8/2 uyarınca, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

İş Kanununa tabi belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan sürekli iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil şartının niteliği konusunda, eskiden beri doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar bunun geçerlilik şartı olduğunu(SAYMEN, 1954, s.474 ; ESENER, 1978, s.150; NARMANLIOĞLU, 1998, s.152-153; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 1999 s.77; CENTEL, 1991 s.119 dn.76; EKONOMİ, 1987, s.92 dn.80; TUNÇOMAĞ, 1986, s.147-148 ; TUĞ, 1979, s.28; ELBİR, 1987, s. 70; ÇELİK, 2003, s.98 dn.23-s.100); bizim de katıldığımız bazı yazarlar, ispat şartı olduğunu (KUTAL, 1987, s.8-9; ÇENBERCİ, 1984, 258 ; ULUCAN, 1986, s.34; ALPAGUT, 1998, s.23 ; ALPAGUT 2004, 86 ÇELİK, 2000, 98 dn.23a ; DEMİR, 2003, s.24); bazı yazarlar ise bunun ne geçerlilik, ne de ispat şartı olarak kabul edilebileceği; bunun işverene yüklenen bir tür yükümlülük ve işçinin durumunu açıklığa kavuşturmak amacıyla alınmış kendine özgü bir şekil şartı olduğunu savunmaktadırlar (OĞUZMAN, 1988, s.51-52; OĞUZMAN, 1966, s.867-868 dn.23; ÇENBERCİ, 1984, s.259; TUNCAY, 1989, s. 44)<sup>21</sup> Yargıtay tarafından benimsenen görüş ise, söz konusu yazılı şekil şartının ispat şartı olduğudur<sup>22</sup>.

Kanımızca kanunda öngörülen şekil şartına uyulmaması durumunda, sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması çoğu zaman adil olmayan sonuçlara sebebiyet vereceğinden, şekil eksikliği nedeniyle

<sup>21</sup> Görüşler ile ilgili Ayrıntılı bilgi için bkz. SEVİMLİ,2003, s.15-16

<sup>22</sup> "...hizmet akdinin yazılı yapılması geçerlilik şartı olmadığından..." Yarg. 9.HD.18.10.1999 T., 1999/13238 E., 1999/15919 K., YKD Cilt:26 Kasım 2000 Sayı:11, s.1696 ; Yarg. 9.HD. 28.05.1985 t. E. 1985/2971 K.1985/5867, TÜHİS, Ocak 1986, s.15-16 ; Yarg. HGK. 19.03.1986 t. E. 1984/9-555 K. 1986/ 251, YKD.Ocak 1988, s.11-12



kanunda belirtilen niteliği kazanamayan bir sözleşme, benzer amaca yönelmiş başka bir sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıması koşuluyla, bu sözleşmeye tahvil edilebilecektir(OĞUZMAN/ÖZ,2000,s.124-125; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,1993, s.110-112). Bu anlamda da, İş Kanununa tabi belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan süreli iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil şartının geçerlilik değil, ispat şartı olduğu kabul edilebilecek ve yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılan iş sözleşmeleri geçerli sayılacak ancak, yazılı belgeyle ispatlanamayan bir yıl ve daha uzun süreli belirli süreli sözleşmeler, belirsiz süreli olarak kabul edilebilecektir<sup>23</sup> (ALPAGUT,1998, s.21,23; ALPAGUT, 2004, s.87 AKYİĞİT, 1990, s.18-19; NARMANLIOĞLU, 1998 s.9; Aksi görüş için bkz. ESENER,1973 s.159 ve dn.65; AKYİĞİT, 1990, 119 dn.89). Zira geçerlilik şartı olduğu kabul edildiğinde ve bunun geçmişe değil ileriye yönelik olduğu dikkate alındığında dahi, bu durumda iş sözleşmesi fesihle sona ermediğinden, işçi kıdem tazminatı gibi bir takım korumalardan mahrum kalabilecek(ALPAGUT, 1998, s.22, ALPAGUT, 2004, s.87) ve işçi büyük bir olasılıkla, işsiz kalacaktır. Bu da iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine aykırı olacaktır (DEMİR, 2003, s.24)

Öngörülen yazılı şekil şartının HUMK m.287/I, 288 anlamında ispat şartı olduğunun kabulü durumunda, yazılı şekilde yapılmayan sözleşmenin varlığının ispatı için tek çare, böyle bir sözleşme bulunmadığını iddia eden tarafa yemin teklif etmek ya da ikrarını beklemek olacaktır. Bu durumda takdiri delil ileri sürülemez; örneğin tanık dinletilemeyecektir (OĞUZMAN, 1988, s.52; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2003, s.443-476; ALANGOYA, 2003 s.337-342;). Yani bir başka anlatımla, şekil şartına uyulmadığı takdirde sözleşme geçersiz sayılmayacak ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı iddia edildiğinde, sözleşmenin varlığı sadece kanunda belirtilen şekilde yazılı belge (senet) veya diğer kanuni deliller (ikrar, yemin) ile ispatlanabilecektir (OĞUZMAN/ÖZ, 2000, s.116; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993 s.101; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2003,s. 443 vd; ALAGONYA, 2003,s.334). Zira HUMK uyarınca, yazılı belge ile yani kesin delille ispatı gereken bir hukuki işlemi yazılı belge ile ispat edemeyen taraf, iddiasını karşı

tarafın ikrarı<sup>24</sup> ya da karşı tarafa yemin teklif etmek<sup>25</sup> suretiyle ispat edebilecektir. Karşı taraf yemin ederse iddia eden iddiasını ispat edememiş olacak, yeminden kaçınırsa ise iddia eden taraf iddiasını ispat etmiş olacaktır.

Diğer yandan, 4857 sayılı İK'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında da belirli süreli iş sözleşmeleri tanımlanırken, bu

<sup>24</sup> İkrar bir tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakianın doğru olduğunu bildirmesidir. Davalı davacının ileri sürdüğü olayları ikrar edebileceği gibi, davacı da davalının ileri sürdüğü olayları ikrar edebilir. İkrar eden, kural olarak ikrarından dönemez yani ikrarı ile bağlı olur.Ancak ikrar eden, ikrar konusu olayın gerçeğe uygun olmadığını ve ikrarın maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilecektir. (HUMK.m.236,II). İkrar, ikrarda bulunan taraf aleyhine kesin delil teşkil eder.

<sup>25</sup> Yemin taraflardan birinin, bir olayın, iddianın doğru olup olmadığı hakkında Allah'ı tanık gösterip, namusu ile teyit ederek beyanda bulunması olarak tanımlanabilecektir (KURU/ ARSLAN/YILMAZ, 2003, s.390). Taraflardan birinin bir olayın olup olmadığına, bir iddianın doğru olup olmadığına ilişkin olarak yemin etmesi halinde, artık o konu ile ilgili başka bir delil gösterilmesine gerek kalmayacak ve konu kesin olarak ispat edilmiş sayılacaktır.(HUMK. m.337-362). HUMK'da düzenlenen yeminin iki türü vardır. Bunlardan biri taraf yemini diğeri ise, hakim tarafından teklif olunan yemindir. Davanın çözümlenmesine etkisi olan bir olayın ispatı için, ispat yükü kendisine düşen tarafın, diğer tarafa teklif ettiği yemine taraf yemini denmektedir(HUMK. m.344-354). Burada yemin teklifi ispat yükü kendisine düşmeyen tarafa yapılmaktadır. Kesin delil ile ispatı zorunlu olan bir vakia, kesin delil ile ispat edilemez ise, ispat yükü kendisine düşen taraf takdiri delil gösteremeyecek sadece karşı tarafa yemin teklif etme hakkına sahip olacaktır. Buna karşın, kesin delil ile ispat yükümlülüğü bulunmayan hallerde, ispat yükü kendisine düşen taraf olayı her türlü delille ispat etmeye çalışacak ve buna rağmen ispat edemez ise, o zaman karşı tarafa yemin teklif edebilecektir. Diğer yandan ispat yükü kendisine düşmeyen tarafa belli bir vakia hakkında yemin teklif edebilmek için, olayın konunun kendi şahsına ilişkin olması gerekmektedir. Yani olay karşı tarafın kendisine ilişkin değilse karşı tarafa yemin teklife edilemez. Bir kimsenin bir şeyi bilmesi, onun kendisine ilişkin bir olay sayılır yani o kimseye o vakıayı bilip bilmediği hakkında yemin teklif edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU/ ARSLAN/YILMAZ, 2003, s.390-394). Buna karşın ikinci tür yemin olan hakim tarafından resen teklif edilen yemin ise, iddia edilen konunun kesin delillerle ispat edilmemiş olması ve iddia olunan hususu ispat için gösterilen takdiri deliller ile iddia edilen olay gerçeğe yakın bir şekilde ispat edilmiş ise de, bunun hakimde hüküm verecek derecede kanaat hasıl etmemiş olması halinde, hakimin kanaatini güçlendirmek amacıyla taraflardan birine yapacağı yemin teklifidir (HUMK.m.355). Ancak hakim tarafından yapılabilecek bu resen yemin teklifi sadece olayın takdiri deliller ile tespitinin mümkün olduğu hallerde, olayı takdiri delil ile ispat etmiş olan tarafa hakimin kanaatini güçlendirmesi amacıyla yapılabilecektir.

<sup>23</sup> Yarg.9.HD. 10.04.2000 t. E.2000/1247 K.2000/4994, GÜNAY, 2001, s.404

sözleşmelerin yazılı olarak yapılmalarından söz edilmektedir. Madde hükmüne göre, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasındaki yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi olacaktır. Bu düzenleme de dikkate alındığında belirli süreli iş sözleşmelerinin şekline ilişkin olarak Kanunda iki çelişkili hükmün olduğu ilk bakışta düşünülebilecektir.

Konuya ilişkin doktrinde yapılan yorumlara bakıldığında bir kısım yazar, “objektif koşullar olmadan ” veya “esaslı bir neden olmadan” yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin, bir yıl ya da daha uzun süreli iseler yazılı olmak mecburiyetinde olduğu, aksi halde iş sözleşmesinin geçerli olacağını ancak niteliği itibariyle süresi belirsiz iş sözleşmesi sayılacağını ; buna karşın ; “objektif koşullara bağlı olarak” veya “esaslı bir nedene dayanarak” yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin ise, kanunda ifade edildiği üzere yazılı olarak yapılacaklarını ancak yazılı yapılmasalar bile belirli süreli olma özelliklerini kaybetmeyeceklerini (DEMİR, 2003, s.29,Bkz. ÇELİK, 2003, s.81)zira objektif bir koşul veya esaslı bir nedenden dolayı işin niteliği gereği zaten “belirli süreli” olduğundan, sözleşmenin yazılı yapılması da yapılmaması da onun belirli süreli olma niteliğini değiştirmeyeceğini, bu anlamda madde hükmünde yer alan yazılı yapılma şartının emredici değil yol gösterici nitelikte olduğunu ifade etmektedirler.(DEMİR, 2003, s.29). Buna karşın bir kısım yazar ise, 4857 sayılı İK. m. 11’in amacının objektif nedenler olmaksızın süresinin bitiminde kendiliğinden sona eren belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının engellenmesi olduğu esastan hareketle, 11 inci madde de tanıda yer alan genel olarak yazılı olma esasını, 8 inci maddedeki yazılı şekil, yazılı belge ve yazılı bilgi vermeyi kapsayan bir ifade olarak yorumlamaktadırlar(ÇELİK, 2003, s.81 ; ULUCAN, 2003, s.46-47; TUNCAY, 2003, s.131, ALAGUT, 2004, s.86)

Kanımızca, belirli süreli bir işe ilişkin veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasındaki yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesinin varlığı iddia edildiğinde öncelikle işin belirli süreye ilişkin olduğu ya da ortada belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların var olduğunun ispatlanması gerekecektir. Bu hususların ispatlanması durumunda

süresi bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı yazılı sözleşme olmasa bile ispatlanmış olacaktır. Buna karşılık, belirli süreli bir işe ilişkin veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasındaki yapılan bir iş sözleşmesinin süresinin bir yılı geçmesi durumunda ise, İK.m. 8/2 deki kesin ifade karşısında iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu ve bu tür belirli süreli bir sözleşmenin varlığını iddia eden tarafın bunu ancak yazılı sözleşme ile ya da yemin ve ikrarla ispat edebileceği söylenebilecektir<sup>26</sup>. Aksi durumda bu sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır.

#### c - Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Çağrı Üzerine Çalışma Sözleşmesinin İspatı

4857 sayılı İK'nun 15 inci maddesinde düzenlenen deneme süreli iş sözleşmelerinin şekline ilişkin olarak kanun maddesinde her hangi bir şekil öngörülmemiştir. Bilindiği üzere, deneme süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebileceklerdir. Yani bir başka deyişle, böyle bir sözleşmenin varlığına kanun ciddi sonuçlar bağlamıştır. Deneme süresinin toplu iş sözleşmesi ile tespit edildiği hallerde, her hangi bir sorun olmayacak zira, toplu iş sözleşmesi yazılı olduğundan her hangi bir ispat problemi ile karşılaşmak söz konusu olmayacaktır. Buna karşın deneme süresinin iş sözleşmesi ile kararlaştırıldığı hallerde sözleşme eğer yazılı değilse sorun çıkabilecektir. Bu yüzden kanunda belirtilmemekle beraber kanımızca deneme süreli iş sözleşmelerinin de ispat şartı olarak yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Bu anlamda bir sözleşmenin deneme süresi içerdiğini iddia eden taraf bunu mutlaka yazılı bir belge ile ispatlamak zorunda olmalıdır. Bunu ispatlayamadığı takdirde de, sözleşmenin deneme kaydı içermeyen süresi belirsiz iş sözleşmesi olduğu ifade edilebilecektir. Ancak bununla beraber yazılı bir belge ile sözleşmenin deneme süreli iş sözleşmesi olduğunu ispatlayamayan taraf genel hükümler uyarınca, iddiasını karşı tarafın ikrarı ya da karşı tarafa yemin teklif etmek suretiyle ispat edebilecektir. Karşı taraf yemin ederse sözleşmenin deneme süreli olduğunu iddia

<sup>26</sup> Diğer yandan Kanun gereği yazılı ve belirli süreli yapılması gereken sözleşmelerdeki yazılı olma şartı geçerlilik şartı olacaktır.Örn. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu uyarınca müdür, diğer yöneticiler ve öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. (ÖÖKK m.32/I)

eden taraf ispat edememiş olacak, yeminden kaçınırsa ise sözleşmenin deneme süreli olduğunu iddia eden taraf iddiasını ispat etmiş olacaktır.

Deneme süreli iş sözleşmelerine bir başka noktadan bakıldığında, uyumsuzluk çıkacak diğer bir nokta da işverenin hakkını kötüye kullanması durumunda söz konusu olabilecektir. Zira bilindiği üzere, Kanunun getirmiş olduğu iş sözleşmesine deneme süresi konulabilmesi imkanının iyi niyetle kullanılması gerekmektedir. Bu anlamada, örn. işçi daha önce çalıştığı işyerine aynı iş için tekrar girdiğinde bunu gerektirecek haklı bir neden olmadıkça tekrar deneme koşulu ile iş sözleşmesi yapılması iyiniyet kurallarına uygun olmayacaktır. Buna göre deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında işçi işverenin iyiniyetli olmadığını yani işverenin kötü niyetli olduğunu her türlü delille ( tanık, önceki iş sözleşmesi gibi) ispat ederek sözleşmenin deneme kaydını iptal ettirebileceği de söylenebilecektir.

Diğer yandan İK. m. 14'de düzenlenen çağrı üzerine çalışma sözleşmesinin ise, yazılı olarak yapılması gerektiği Kanunda açık olarak belirtilmiştir. Buna göre, taraflar arasında kurulan iş ilişkisinin çağrı üzerine çalışma ilişkisi olduğu yazılı bir sözleşme ile kanıtlanamayan hallerde, hukuki ilişkinin iş görme ediminin işverenin çağrısı ile olmayıp, farklı şekilde kararlaştırılmamışsa, haftalık çalışma süresinin yirmi saat belirlenmiş sayıldığı normal bir kısmi süreli ilişki olduğunun kabulü gerekecektir.(EYRENCİ,2003, s. 27).Ancak burada da sözleşmenin çağrı üzerine çalışma sözleşmesi olduğunu yazılı belge ile ispatlayamayan taraf genel hükümler uyarınca, iddiasını karşı tarafın ikrarı ya da karşı tarafa yemin teklif etmek suretiyle ispatlayabilecektir.

#### d - Ödünç(geçici) İş Sözleşmesinin İspatı

4857 sayılı İK'nun 7 nci maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisinde, işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi kendisi ile arasında olan iş sözleşmesi sona ermez; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredebilecektir. Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacak, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilecektir. Söz konusu bu uzatmaların da yazılı rıza alınması suretiyle yapılmasının yerinde

olacağı doktrinde ifade edilmektedir.(DEMİR, 2003, s.38-39; Bkz. ÇELİK, 2003, s.88 vd. )

4857 sayılı İK ile iş hukuku uygulamasına resmen giren geçici iş ilişkisinin varlığını iddia eden işverenin, bu ilişkiyi Kanunun 7 nci maddesinde sözü edilen işçinin de onayının alınmış bulunduğu yazılı sözleşme ile ispat etmesi mümkün olacaktır.Bu sözleşmede geçici iş ilişkisi kuran iki işverenin ve de işçinin onayını bildiren imzasının bulunması gerekecektir. Aksi halde çalıştırdığı işçinin kendi işçisi olmadığını, söz konusu işçiyi geçici iş ilişkisi uyarınca çalıştırdığını iddia eden işveren yazılı sözleşme ile ( ya da yine ikrar ve yemin teklifi ile) bunu ispat edemezse, işçiyi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırdığı sonucuna ulaşılabilecektir.Bu durumda işçiyi geçici olarak devralan işveren hukuki yükümlülüklerden tek başına sorumlu olabilecektir. Zira böyle bir sözleşmenin yasa ancak yazılı bir şekilde ve işçinin onayı ile yapılabileceğini açıkça belirtmiştir.Nitekim, uzatma yapılan üçüncü altı aylık dönemin sona ermesine rağmen işçinin çalışmaya devam etmesi ve ödünç alan işveren ile ödünç veren işverenin buna ses çıkarmaması halinde de, artık yazılı sözleşmenin etkisinin sona ereceği ve sözleşmenin "geçici" statüden çıkıp ödünç alana işverenle işçi arasında "belirsiz süreli iş sözleşmesine" dönüştüğü doktrinde ifade edilmektedir(DEMİR 2003, s.41)

#### e - Takım Sözleşmesinin İspatı

İK.m.16 da düzenlenen, birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denmektedir. İK uyarınca takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekmektedir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, maddede belirtilen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğu yönündedir (CENTEL, 1994, s.100 dn.148; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 1999 s.72-76-77; TUNÇOMAĞ,1981 s.136; EKONOMİ, 1984, s.92 dn.80; ÇENBERCİ, 1984 s.273 dn.14; TUĞ, 1979 s.29; Farklı görüş için bkz. ÇENBERCİ, 1984, s.272-273, ALPAGUT,1998, s. 20 ).Yargıtay da bu görüştedir<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Yarg.HGK. 9.2.2000 T., 2000/13-77 E., 2000/63 K. GÜNAY, s.397-398

Buna göre yazılı olarak yapılmayan takım sözleşmesinin hukuken geçersiz olduğu söylenebilecek, takım sözleşmesinin varlığını iddia eden tarafın bunu mutlaka yazılı olarak yapılmış takım sözleşmesi ile ispatı mümkün olabilecektir.

#### f - İş Sözleşmesine İlişkin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İspatı

İşçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme, itaat ve sadakat borçlarının aksine, taraflarca ayrıca kararlaştırılmadığı takdirde, söz konusu olmayacak olan rekabet etmeme borcunun doğabilmesi için tarafların bu hususu iş sözleşmesinde ya da ayrıca yapacakları rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırmaları gerekmektedir. Bu anlamda işçinin rekabet etmeme borcunu doğuran sözleşme “yazılı” yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Ayrıca, bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfus etme imkanının bulunması, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin varlığı ile belirli bir iş, yer ve süre ile sınırlandırılmış olması ve sınırlamanın işçinin iktisadi geleceğini, hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmaması gerekecektir.(BK.m.348-349-350).(Bkz. SOYER; 1994, s.39 vd.) Aksi durumun işçi tarafından ispat edilmesi ve sözleşmenin yürürlük süresi içinde işverence haklı neden olmaksızın feshedilmesi ya da işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmesi hallerinde rekabet yasağının bir hükmü kalmayacaktır.Bunun gibi rekabet etmeme borcunun işçi tarafından yerine getirilmesinde “işverenin gerçek bir yararı bulunmuyorsa” da bu borç ortadan kalkacak ancak, bu durumu ispat etme yükümü yine işçide olacaktır.

Buna göre, işçi için, iş sözleşmesinden sonraki sürede, eski işvereniyle rekabet etmeme borcu doğuran rekabet yasağı sözleşmesinin<sup>28</sup> geçerli olması için, diğer şartların yanında, yazılı şekilde yapılmış olması gerektiği (BK m.350) (SOYER, 1994 s.41; ÇELİK, 2003, s.121; CENTEL, 1994 s.143) ve bunun da geçerlilik şartı olacağı ifade edilebilecektir (CENTEL, 1994, s.100,dn.148;TUNÇOMAĞ/CENTEL, 1999, s.72-76-77; TUNÇOMAĞ, 1981 s.136; EKONOMİ, 1984, s.92 dn.80;

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. . SOYER, M. P., Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m.348-352), Ankara 1994, 39 vd. ÇELİK, 108-109; EKMEKÇİ, Ömer, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 71-74

ÇENBERCİ, 1984, s.273 dn.14; TUĞ,1979, s.29; Farklı görüş için bkz. ÇENBERCİ, 1984, s.272-273, ALPAGUT, 1998, s.20). Yani işçi ile arasında rekabet yasağı sözleşmesi olduğunu iddia eden işveren, bunu ancak genel koşulları içeren yazılı olarak yapılmış bir rekabet yasağı sözleşmesi ile ispat edebilecektir.

#### C - İşverenin Ücret Ödeme Yükümlülüğünü Yerine Getirdiğinin İspatı

##### a - Genel Olarak Ücretin Ödendiğinin İspatı

İş sözleşmesinin temel unsurlarından olan ve işçi ve ailesi için büyük önem taşıyan işverenin ücret ödeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, İK'nun ücret ana başlıklı üçüncü bölümünde yer almıştır. İK.m.32/4 uyarınca en geç ayda bir ödenmesi gereken ücret alacağı, yine aynı maddenin 5 inci fıkrası uyarınca, her halde iş sözleşmelerinin sona ermesinde, sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerle birlikte tam olarak ödenmek zorundadır.

Yargıtayın yerleşmiş istikrarlı içtihadına göre, ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir<sup>29</sup> İşveren işçinin imzasını taşıyan bordro ve diğer belgelerle ödemenin yapıldığını gerektiğinde ispatlamak durumundadır<sup>30</sup>. Buna karşın, ücret hesap pusulaları ise, bordrolardan farklı olarak, işçinin imzasını taşımadıklarından ve bilgi amaçlı olduklarından işveren tarafından ücretin ödendiğinin ispatında senet olarak işçi aleyhine kullanılamayacaktır (URCAN, 2004, s.799, AKYİĞİT, 2002, s.1153; CENTEL, 1994, s.399; Aksi görüş, İNCE, 1990, s. 225).Bunun gibi, bordroda işçinin imzasının olmadığı, sadece parafının olduğu hallerde ise, paraf imza olmadığından, içi tarafından paraflanmış bir bordro ancak yazılı delil başlangıcı olabilecek, bunun sonucu olarak da

<sup>29</sup> Yarg. 9.HD. 13.04.1990 t. E.1990/1590 K.1990/4963, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1990, s.16-17; Yarg. 9.HD. 22.06.1993 t. E.1993/15087 K.1993/10838, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 1994, Kararlar Eki; Yarg. ).HD. 17.10.1995 t. E. 1995/21361 K.1995/31703, YKD. Ocak 1996, s.35

<sup>30</sup> Ancak, genel olarak işverene düşen ücrete ilişkin ispat yükü, bazı durumlarda yer değiştirip, işçiye geçebilmektedir. Bu anlamda, ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin ödenecek ücretin kabul edilmesi, ispat yükünü işçiye geçirmektedir. Nitekim, işçi önce ihtirazi kayıt belirtmeden önerilen ücret ödemesini kabul etmiş, ama daha sonra buna itiraz etmişse; ücret konusundaki ispat yükü, artık işçiye aittir.

konuya ilişkin olarak tanık dinlenebilecektir<sup>31</sup>. İşverenin ücret ödeme yükümünü yazılı bir belge ile ispatlaması kuralının az da istisnaları olabilecektir. Nitekim ödeme işveren tarafından, olağanüstü bir durumda örneğin hastanede, yangın ve deprem sonrası gibi, bir belge alınması mümkün olmayan ya da çok zor olan hallerde yapılmış ise veya yapılan ödemeye ilişkin bir yazılı delil başlangıcı var ise, bu durumda ödeme tanıkla ispat edilebilecektir. Bunun gibi, ödeme yapıldığını gösteren belgelerin kaybolmuş, yanmış olması gibi bir durum söz konusu ise, ve bu durumlar ispatlanabiliyorsa işlem yine tanıkla ispat edilebilecektir. Ancak bu istisnai hallerin söz konusu olmadığı durumlarda elinde yazılı bir belgesi olmayan işveren sadece işçinin ikrarı ya da işçiye yemin teklif etmesi ve işçinin de yeminden kaçınması suretiyle iddiasını ispat edebilecektir. Öte yandan, ücretin ödendiği; makbuz, ibraname, ücret defteri, ücret bordrosu, yüzde defteri gibi ücretin ödendiğini belgeleyen araçlardan biri yoluyla ispat edilmek istendiğinde, ücret borcunun yerine getirilmediğinin ispatı ise işçiye düşecektir.<sup>32</sup> Bilindiği üzere tarafların hiçbiri, karşı tarafın davayı kazanması için kendi aleyhine ve karşı tarafın lehine bir delil göstermekle yükümlü tutulamayacaktır. Ancak her iki taraf için müşterek bir işlem veya menfaatlere ilişkin olarak düzenlenen belgelerin istek halinde HUMK. m.326/2 uyarınca mahkemeye verilmesi zorunludur. Bir belge ona dayanan tarafın elinde ise, bu belgeyi o tarafın kendisinin mahkemeye vermesi gerekmektedir, vermez ise belge elinde bulunan taraf iddiasını ispat edememiş sayılır. Karşı taraf o belgenin mahkemeye verilmesini istemedikçe, belgenin mahkemeye verilmesi söz konusu olmaz. Buna karşın bir tarafın dayandığı ve mahkemeye verilmesini istediği belge karşı tarafın elinde ise, belirli şartların gerçekleşmesi halinde karşı tarafın bu belgeyi mahkemeye vermesi zorunludur. Buradaki koşul hakim mahkemeye verilmesi istenen belgenin davanın ispatı için gerekli olduğuna karar vermesidir. Karşı taraf istenen belgenin elinde olduğunu ikrar eder ancak, kendisine tanınan süre içerisinde belgeyi mahkemeye vermez ve bunun sebebinin de mücbir sebebe dayandığını ispat edemez ise, mahkeme diğer tarafın

<sup>31</sup> Hakim ayrıca tanık beyanıyla yetinmeyip re'sen yemin de teklif edebilecektir.(URCAN, 2004, s.801)

<sup>32</sup> 21.01.2002 tarihli Yargıtay kararına ilişkin Tankut CENTEL İncelemesi Tekstil İşveren Dergisi Sayı:268 NİSAN 2002, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/nisan/34.html>

belgenin içeriği hakkındaki sözleri doğru kabul edebilecektir (HUMK.m.332). Söz konusu bu genel hükümlerdeki esaslar ücret ödemesi konusundaki uyuşmazlıklarda da geçerli olacak işçi ve işveren gerektiğinde birbirlerinin elinde bulunan belgelere de dayanarak iddialarını ispat yoluna gidebileceklerdir<sup>33</sup>.

Son yıllarda özellikle uygulamada, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün ücretin işçinin banka hesabına yatırılması suretiyle yerine getirilmesi, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bilindiği üzere, son yıllarda işçilerin de rızasıyla, ücretlerin bankaların otomatik vezne makinelerinde ödenmesi uygulamaları yaygınlaşmıştır. (Bkz. SÜZEK, 2002, s.309-310; ÇELİK, 2003, s.132 vd.; BAŞBUĞ, 1993,209 vd.; AKIN, 1996, 340-363). Ücretlerin banka ATM kartları ile ödenmesinin işçi tarafından kabul edilmesi, BK.m.73'e uygun olarak tarafların bu yönde anlaşması anlamına gelmekte ve bu durumda da işveren tarafından işçiye ödenmek üzere banka hesabına para yatırılması ücret borcunun ifası sayılmaktadır. (SÜZEK, 2002, 310). Nitekim 4857 sayılı İK'da bu uygulamayı göz önünde tutarak 37 inci maddesinde işverence bankaya yapılan ödemelerden bahsetmiş ve bu ödemelere ilişkin olarak da işverene işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek yükümlülüğünü getirmiştir. Buna karşın işçiye imzalatılan ücret bordroları ve diğer belgeler işverende kalmakta, gerektiğinde işverenin bu borcunu yerine getirdiğine delil teşkil etmektedir. Burada ortaya çıkabilecek sorun, ücretin banka hesabına yatırılmış olması halinde işçinin ücret bordrosunda imzasının bulunmadığı hallerde söz konusu olabilmektedir. Bu konudaki doktrin. (SÜZEK, 2002, 312-313; NARMANLIOĞLU,1998 236; AKI 1999, s.35, URCAN, 2004, 802) ve Yargıtay görüşü<sup>34</sup>, işçinin bordroda imzasının

<sup>33</sup> Mahkemenin karşı taraftan yazılı belgeyi mahkemeye vermesini istemesi üzerine, karşı taraf istenen belgenin elinde olduğunu inkar ederse, yazılı belgenin mahkemeye verilmesini isteyen taraf, karşı tarafa "böyle bir belgenin elinde bulunmadığına ve özenle aradığı halde bulamadığına, bunu talep eden tarafın kullanmasını engellemek amacıyla ortadan kaldırmadığına, yok etmediğine ve belgenin nerede ve kimin elinde olduğunu bilmediğine dair yemin teklif edebilecektir. Yine bu durumda da karşı taraf yemin ederse artık senedi mahkemeye verme yükümü ortadan kalkacaktır. Yemin etmez ise, mahkeme belgenin verilmesini isteyen tarafın belgenin içeriği hakkındaki sözlerini gerçek kabul edebilecektir. (KURU,2001, s.373)

<sup>34</sup> dosyada mevcut bordrolarda, ikramiye alacağıının ödendiği görülmekte ise de, davacının imzası bulunmamaktadır. Uygulamada banka aracılığı ile ödemelerin

bulunmaması her zaman özellikle de ücretin banka hesabına yatırıldığı hallerde ücretin ödenmediği anlamına gelmeyeceği yönündedir. Yargıtaya göre, böyle durumlarda ücretin bankaya yatırılıp yatırılmadığının araştırılması gerekmektedir<sup>35</sup>. Bu şekilde otomatik para makinesi ile ücret ödemesi yapılması durumunda makinelerin imza içermeyen çıktıları senet olarak kabul edilemeyecek(AKIN, 1996, s. 349 vd.) buna karşın, banka şubesinden mahkemece istenilecek hesap hareketleri dökümü gibi onaylı bir belge ispatı sağlamaya yeterli olacaktır. (URCAN, 2004, 803). Bununla beraber böyle bir belgeye karşın işçi yapılan ödemenin başka bir hukuki işleme dayandığını iddia ederse, işveren bu kez de ödemenin ücret borcunu ödemeye yönelik olduğunu ispatlamak zorunda kalacaktır. (URCAN, 2004, 803)

İşçilere ilişkin tüm kayıtların düzenli bir şekilde tutulmasını sağlamak üzere İK. 75 inci maddesinde, işverene çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenleme ve bu dosyada işçinin kimlik bilgileri yanında, bu Kanun ve diğer Kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her tür belge ve kayıtları saklama ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunluluğu getirmiştir. Yine İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde, işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula (bordro örneği) da vermek zorundadır. Kanun gereği, bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Bunun gibi, işçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekmektedir.

Kanunda getirilen bu yükümlülüğü şeklen yerine getiren işverenlerin, uygulamada işçilerine rayiç ücreti fiilen ödemelerine karşılık, vergi, sigorta primi gibi yasal yükümlülüklerini asgari ücret

üzerinden yerine getirdikleri görülmektedir. Doktrinde bir kısım yazarlar böyle bir durumda, ücretin kendi imzasını taşıyan bordroda yazılı olandan daha fazla olduğunu iddia eden işçinin bunu ispatla yükümlü olduğunu ifade etmektedirler (UMAR/YILMAZ,1980 s.118 ; BOZKURT, 1999, s.268). Buna karşın bazı yazarlar ise, ücret işin niteliği, işçinin kıdemi gibi unsurlar karşısında gerçekçi görünmüyorsa hakimin, tanık dahil diğer ispat araçlarına başvurabileceği yani yukarıda değindiğimiz üzere resen araştırma ilkesini uygulayabileceği ifade edilmektedir.(ŞAHLANAN; 1995, 12 vd).

Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, işçinin bordroyu imzalaması sadece o miktar kadar ücretin tahsil edildiğine ilişkin bir belge olup sadece o miktar için bir senet teşkil edecektir. (SOYER, 1999, 30) . Bu anlamda ücretinin bordroda gösterilen kısmını aşan miktarın ispatı için, işçi her türlü delile başvurabilecektir. Buna gerekçe olarak da bordroda gösterilen miktarı aşan ücret kısmı için senet düzenlenmesinin adetten olmaması ve çoğu zaman zarf ile yapılan bu tür ödemeler ile vergi ve sigorta primleri olmak üzere çeşitli yasal kesinti tutarlarının azaltılması amaçlandığı gösterilebilecektir. Bu durumda da bordroda gösterilen tutarı aşan ücret kısmı bakımından miktarı ne olursa olsun işçi tanık deliline başvurabilecektir. (HUMK.293/4) (BİRBEN/ÖKTEN, 2001, s.1107, dn.135.) Sonuç olarak, kararlaştırılan veya ödenmekte olan ücretin bordrodakinden daha yüksek olduğunu iddia eden işçiyi, senede karşı senetle ispat yükümlülüğü altında tutmamak gerekecek (ŞAHLANAN, 1997, s.62) diğer delillerin, ücret bordrosu karşısındaki değeri takdir edilecektir (SOYER, 1997, s.30) Nitekim uygulamada HUMK'da senetle ispat kuralına ilişkin olarak öngörülen miktar sınırlamasının ücretin tespitinde uygulanmadığı da belirtilmektedir. (SERİM, 1999, 62).

Yargıtay da bu konuda zaman zaman aksi kararlar<sup>36</sup> vermekteyse de, olayların özelliklerine göre, imzalı bordroyu kesin delil saymadığı ve işçiye gerçek ücretini her türlü delil ile ispat imkanını verdiği kararlar<sup>37</sup> da vermektedir. Yargıtay imzalı bordroyu kesin delil saymadığı kararlarında, işçinin ücret bordrosunu kayıtsız şartsız imzalamasının

yapıldığı bilinen bir gerçektir. Bu itibarla uyuşmazlık konusu dönemde davacıya ait ikramiye ve giyim yardımı gibi ödemelerin bankaya yatırılıp yatırılmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.; Yarg. 9.HD. 29.12.1995 t. E.1995/34994 K.1995/36853, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1996, s.29)

<sup>35</sup> Yarg. 9.HD. 22.12.1999 t. E.1999/16749 K.1999/19950, EKONOMİ,1999 yılı Yargıtayın Emsal Kararlar, s.239 vd. ; Yarg. 9.HD. 24.03.1998 t. E.1998/6460 K.1999/5644, İşveren Dergisi, Ağustos 1998, C.XXXVI, S.11, s.15 .

<sup>36</sup> Yarg. 9.HD. 05.11.1998 t. E.1998/13251 K.1998/15668, İBD. Temmuz 2000, S.3, s.102 ; Yarg. 9.HD. 15.03.1997 t. E.1997/2053 K.1997/7490, YASA, Ekim 1997, s.1354

<sup>37</sup> Yarg. 9.HD. 01.06.2000 t. E.2000/5756 K.2000/7776, YASA, Ekim 2000, s.1414; Yarg. 9.HD. 01.10.2001 t. E.2001/11388 K.2001/15206, KILIÇOĞLU, s.610

ödenen gerçek ücretin bu kadar olduğunu göstermeyeceğini, mahkemece işyerinde inceleme yapılmasını, davacının yaptığı işin niteliği, hizmet süresi ve iş tecrübesi ile işyerinin özellikleri, aynı veya benzer işlerde çalışan işçilere ödenen ücretlerin de dikkate alınmasını ve davacının gerçek ücretinin tespit edilmesini gerekli görmekte<sup>38</sup> ve bu yönde istikrarlı kararlar vermektedir<sup>39</sup> Yine Yargıtay, 4857 sayılı İK öncesi dönemde verdiği kararlarında, sigorta prim bordrolarının işverence hazırlanması nedeni ile bu belgede yer alan ücrete itibar edilemeyeceğini, bu durumda işverenin mensup olduğu meslek teşekkülünden sorularak davacı gibi bir işçinin ne kadar ücret alabileceğinin mahkemece araştırılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir<sup>40</sup>.

Nitekim 4857 sayılı İK'nun hazırlandığı dönemde, yasa koyucu da Yargıtayın bu görüşünden esinlenerek "emsal işçi kavramını" m.12/3 de düzenlemiş, emsal işçinin işyerinde bulunmadığı hallerde, o işkolunda kurulu "işverenin mensup olduğu meslek teşekkülünden" belirsiz süreli emsal işçinin menfaatlerinin sorularak "işçilik haklarının buna göre hesaplanması" yoluna gidilmesini amaçlamıştır. Bu anlamda, Yargıtayın bu kararlarının işçinin belirli ya da belirsiz, kısmi veya tam süreli iş sözleşmesiyle çalışmasına bakılmaksızın tüm işçileri kapsayacağına, aynı işkolundaki şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen emsal işçi uygulamasının, yeni Kanun hükümlerine de uygun

<sup>38</sup> Doktrinde işçinin işyeri kayıtlarında görünen ücretine ilişkin olarak aksi yönde bir iddiası yoksa, hakimin bordrodaki ücretin gerçek olup olmadığını kendiliğinden araştırmasının söz konusu olmaması gerektiği ifade edilmiştir. URCAN, 2004, 793

<sup>39</sup> Yarg. 9.HD. 05.10.1999 t. E.1999/12511 K.1999/15540, BİR BEN/ÖKTEM,1108, dn.138 Yarg. 9.HD. 14.03.1988 t. E.1988/873 K.1988/2968, 1989-1993 Yıllarına Ait Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Kararları, 191

<sup>40</sup> Yarg. HGK. 25.12.1987 t. E. 1987/9-523 K.1987/1106, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1988, s.18 Yarg. 17.09.1987 t. E. 1987/7164 K.1987/8103, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1987, s.16 ; Yarg. 9. HD.14.05.1987 E.1987/4304 K.1987/4879, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1988, s.18 Yarg. 9.HD. 14.03.1988 t. E.1988/873 K.1988/2968, YKD. Şubat 1989, s.223 Yarg. 9.HD. 18.05.1989 t. E. 1989/2049 K.1989/4583, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1989, s.18 ;Yarg. 9.HD. 24.11.1998 E.1998/13630 K.1998/16619, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 1999, s.16; Yarg. 9.HD. 20.02.2002 t. E. 2002/17618 K.2002/3006, İşveren Dergisi Haziran 2002, s.17-18; Yarg. 9.HD.18.02.2002 t. E. 2002 101 K.2002/2797, İşveren Dergisi, Nisan 2002 s.17)

olarak devam ettirileceği düşüncesi doktrinde ifade edilmektedir (DEMİR, 2003, s.168)

Buna karşın işçinin talebi ile, örneğin bankadan kredi talebi için ücretin muvazaalı olarak yüksek gösterilmesi halinde, çıkan uyuşmazlıkta işçi bu belgeyi delil olarak kullanmak isterse, muvazaa iddiasını ileri süren işveren iddiasını senetle ispat zorunda olacaktır (URCAN, 2004, s.794)

Diğer yandan bilindiği üzere ücret, işveren veya işveren vekili ile üçüncü kişiler tarafından ödenebilecektir (m.32/1). Ücretin üçüncü kişilerce ödenmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 51 ve 52 nci maddeler uyarınca, otel, lokanta, restoran, gazino gibi yerlerde "servis ücreti" ve/veya bahşiş ödeyen müşterilerden toplanan servis veya bahşiş paraları sadece serviste çalışanlara değil, işverence işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödenmek zorundadır. Ayrıca, işveren sözü edilen paraların kendisi tarafından alındığında, eksiksiz olarak işçilere dağıtıldığını belgelemekle ve her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işçilerin bir temsilcisine vermek zorundadır. Bu şekilde yüzdelerin gösterildiği bu belge, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen şekle uymadan düzenlenmiş olsa bile, işveren aleyhine delil teşkil edecektir (ÇENBERCİ,1984, s.632 ; AKYİĞİT, 2002, s.1309, URCAN, 2004, s.778). Ancak yüzdelerin eksiksiz ödendiği kanuna ve sözleşmeye uygun tutulmayan kayıtlarla ispatlanamayacak ve bu konuda tanık da dinletilemeyecektir (URCAN,2004, s.778)

Uygulamada, işverenlerin özellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra kendilerini güvence altına almak amacıyla işçilerden aldıkları ibranameler vasıtasıyla ücret ve diğer parasal yükümlülüklerini yerine getirdiklerini ispatlamaya çalıştıkları görülmektedir. Bilindiği üzere, ibraname işçinin alacaklarını aldığını ve her hangi bir alacağı kalmadığını gösteren bir belgedir<sup>41</sup>. Bu belge yazılıp, işçi tarafından imzalandıktan sonra işverene verilmektedir. Bu anlamda ibraname o tarihe kadar gerçekleşen hakları ortadan kaldıran, bu yüzden işçilerin aleyhine etkisi olan bir hukuki araçtır. İş hukukunun işçiyi koruma ilkesi de göz önünde tutularak, ibranamelerin ancak işverenin işçinin hakları konusunda gerekli özeni göstermiş olduğu hallerde geçerli sayılması ve ibraname adı altında düzenlenen belgelerin dar

<sup>41</sup> İbraname konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİL, 2004, 129-159

yorumlanması gerektiği doktrinde (SÜZEK,2002,605; CENTEL,1994 s.203; EYRENCİ, 1985, s.,157-158; Ayr. Bkz.ÇİL, 2004, s.147) ve Yargıtay kararlarında<sup>42</sup> ifade edilmektedir.

İbranamenin geçerli olmasının ön şartı ise, iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında veya sonrasında imzalanmış olmalarıdır. Bu anlamda iş sözleşmesinin yapılması sırasında veya yürürlük süresi içinde düzenlenen ve imzalanan ibranameler geçerli sayılmayacaktır<sup>43</sup> (ÇELİK, 2003,s.247 vd.; SAYMEN,1954 s.613; OĞUZMAN,1955, s.287; CENTEL, 1994, s.203). Bunun gibi, ibra sözleşmesinin ispatı da şekle bağlı olacak ve bu noktada HUMK.m.288 ve 290 uyarınca çözüme ulaşmak gerekecektir. (TUNÇOMAĞ/CENTEL, 1999 s.117; CENTEL, 1994, s.202)

Ayrıca ibranamenin reşit ve temyiz gücüne sahip işçiler tarafından verilmesi gerekmektedir. Bu yüzden 18 yaşından küçük işçilerin yasal temsilcilerinin rızası olmadan verdikleri ibranameler de geçersiz sayılacaktır. (DEMİRCİOĞLU, 1998 207, DEMİR, 2003, s.170). İbranamenin geçerli bir ispat vasıtası sayılabilmesi için ibra edilen tüm alacakların tek tek ve ibra edilen miktarlarıyla birlikte ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Yani bir başka ifadeyle, ücret, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri, yıllık izin ücreti, ikramiye ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı gibi bütün kalemler tek tek miktarları ile birlikte ibranamede gösterilmelidir<sup>44</sup>. Bununla birlikte, Yargıtay yeni kararlarında iş sözleşmesinin feshini müteakip verdiği, ihtirazi kayıt koymadan kendi el yazısı ile yazdığı ve imzaladığı ibranamede, işçinin rakam zikretmeksizin ayrı ayrı sayarak aldığını ifade ettiği alacaklara itibar edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>45</sup>. Buna karşın, sadece “bütün alacaklarımı aldım, başka hiçbir alacağım kalmadığından işverenden her hangi bir alacak talebim yoktur”

<sup>42</sup> Yarg. 9.HD.21.04.1998 t. E.1998/ 3170 K.1998/7549, Tekstil İşveren dergisi, Mart 1999, s.18-19 ; Yarg. HGK. 27.04.1983 t. E.1983/9-3055 K.1983/427, YKD. Kasım 1983, 1581-1583

<sup>43</sup> Yarg. 9.Hd. 25.02.1977 t. E.1977/2119 K.1977/3817, İHU, İK.m.26, No:5 ;

<sup>44</sup> Yarg. 9.HD. 27.03.1995 t. E.1995/18648 K.1995/9774, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1995

<sup>45</sup> Yarg. 9.HD. 19.12.2002 t. E.2002/8475 K.2002/24475, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2003, s.47

şeklindeki ibranamelerin de geçerliliği olmayacaktır<sup>46</sup>. Bunun gibi, matbu olarak bastırılıp boşlukları sonradan doldurulan ibranameler<sup>47</sup> ile çelişkili ifadeler içeren (örn. Sözleşmeyi hem işçinin feshettiğini, hem de ihbar ver kıdem tazminatı aldığına dair ifadeler içeren) ibranameler de dikkate alınmayacaktır<sup>48</sup>. (ÇELİK,2003, s.248-249, DEMİR,2003, s.170) . Ancak uygulama ve doktrindeki genel görüş bu olmakla beraber miktarın kesin olarak belirtilmediği durumlarda, iş hukukunda ibraname özel olarak düzenlenmediği için, ibranamelerin genel hükümlere göre değerlendirileceği ve böyle olunca da, işçiden alınan ve işçinin de açıkça işvereni ibra ettiği ibranamelerin geçersiz sayılarak yok kabul edilmelerinin genel hukuk prensiplerine aykırı düşebileceği de ifade edilebilecektir. (KESER, 1999, 107-108) .Nitekim Yargıtayın bu yönde kararları da mevcuttur<sup>49</sup>.

Hukuken geçerli bir ibraname önemli bir ispat aracı sayılır. Buna göre, ibranamelerin dar yorumlanması gereği, özellikle işçinin kendisine yapılan ifa dışında, işvereni borcundan kurtarmak gibi bir amaç gütmeye, olayların akışından anlaşıldığı hallerde, tarafların bu yönde iradelerinin oluşmadığı sonucuna varılarak, söz konusu belgenin sözleşme anlamında bir ibraname değil, alelade bir makbuz niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gereği doktrinde ifade edilmektedir. (SÜZEK, 2002, 605) Görüşün gerekçesinde de BK.m.87 uyarınca borcunu ödeyen borçlunun ispat aracı olarak alacaklıdan bir makbuz isteme hakkına olduğu, belirli ödemeler için bir makbuz verilmesinin, diğer taleplerin yani ödenmeyen hakların ileri sürülmesine engel olmayacağı belirtilmektedir. (EYRENCİ,1985 s.158-159; SÜZEK,2002, 605). Yargıtay, ibranameleri işçiye yapılmış olan ödemelerin miktarı ile sınırlı bir makbuz olarak kabul etmekte<sup>50</sup> ancak zaman zaman vermiş olduğu

<sup>46</sup> (Yarg. 9.HD. 01.03.1999 t. E.1999/2427 K.1999/3759, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1999, s.45 ; Yarg. 9.HD. 06.02.2001 t. E.2001/19872 K.2001/ 3451, İşveren Dergisi, Nisan 2001, 215.

<sup>47</sup> Yarg. 9.HD.28.01.1993 t. E.1993/6412 K.1993/999, İHD Ocak Mart 1993, s.129

<sup>48</sup> Yarg. 9.HD.10.12.1996 t. E.1996/14576 K.1996/22463, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1997, s.16

<sup>49</sup> “...ibranamede miktarın belirlenmemiş olması onun geçersizliğini göstermez. Yarg. 9.HD. 18.11.1999 t. E.1999/15210 K.1999/17604, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2000, s.29

<sup>50</sup> (Yarg. 9.HD. 27.04.1983 t. E.1980/9-3055 K.1983/427, YKD, Kasım 1983, s.1581; Yarg. 9.HD. 02.07.1982 E.1982/5687 K.1982/6349, İHU, İK.m.26, No:10; Yarg. 9.HD. 10.12.1981 t. E.1981/12255 K.1981/14651, N.ÇELİK İncelemesi, İHU, İK.m.26, No:8)



kararlarında bu görüşünü dayandırdığı gerekçede istikrarlı olmamaktadır. Nitekim, Yargıtay önceleri ibranamede yer alan miktarla gerçekte hak edilen miktar (örn. iş kazasında gerçek maddi zarar) arasında ancak büyük bir farkın veya açık bir oransızlığın bulunması halinde ibranamenin makbuz niteliğini taşıyacağını kabul etmekteyken<sup>51</sup> daha sonraları içtihadını değiştirmiş ve aradaki farkın büyük olması üzerinde durmamıştır<sup>52</sup>. Yargıtay böylece geniş bir takdire yer veren “büyük fark” veya “açık oransızlık” ölçütlerini kaldırarak işçilerin uğrayabilecekleri hak kayıplarını gidermeyi amaçlamıştır (ÇELİK, 2003, 248; SÜZEK, 2002, 606) Ancak Yargıtay daha sonra verdiği bir kararda eski görüşüne geri dönerek ibranamenin “makbuz” niteliğinde sayılabilmesi için, gerçekleşen zarar ile ibranamedeki miktar arasında açık bir oransızlığın mevcut olmasını aramıştır<sup>53</sup>. Buna karşın, Yargıtay kararlarında özellikle ibranamede “fazlaya dair haklardan feragat edildiği” şeklinde bir ifade olması halinde artık makbuz niteliğinin ortadan kalkarak, belgenin ibra niteliğinin artacağını ifade etmektedir<sup>54</sup>.

İşverence hukuken geçerli bir ibraname ileri sürüldüğünde, artık işçi ibranamede yazılı miktarı almış kabul edilecek ve işçi bu parayı almadığını ancak eşdeğer bir yazılı delil ile ispatlamak zorunda kalacaktır. Bununla beraber, işçinin ibraname dışında kalan haklarını ve bu arada bir noksan ödeme varsa bunu istemesine bir engel bulunmayacaktır. Ancak, asıl alacak ibra edildiğinde, ferisini oluşturan faizden de vazgeçilmiş sayılacağından<sup>55</sup>, işçi işverenden herhangi bir

<sup>51</sup> Esasen açık oransızlık bulunan durumlarda davalının bu belgeye dayanarak, davanın reddini istemesi, MK.m.2’de öngörülen evrensel nitelikteki iyi niyet ilkeleriyle de bağdaşmaz ve içerdiği miktarın üstünde hukuksal bir değer taşımaz (Yarg. 9.HD. 24.02.1978 t. E.1978/1260 K.1978/1283, UYGUR, s.767-768 Yarg. 9.HD. 09.11.1970 t. E.1970/9612 K.1970/12060; Yarg. 9.HD. 16.04.1973 t. E.1973/ 696 K.1973/22365, Yarg. 10.HD. 22.06.1976 t. E.1976/54 K.1976/4961; Yarg. 10.HD. 18.01.1977 t. E.1977/9472 K.1972/55 ÇENBERCİ, 736-737; Yarg. 10.HD. 24.01.1978 t. E.1978/1250 K.1978/1293, UYGUR, s.767-768

<sup>52</sup> Yarg. HGK. 27.04.1983 t. E.1983/9-3055 K.1983/427, YKD. Kasım 1983, s.1581-1583; Yarg. 9.HD. 10.12.1981 t. E.1981/ 12255 K.1981/14651 İHU, İK.m.26, No:8, ÇELİK İncelemesi; Yarg. 9.HD. 02.07.1982 t. E.1982/5687 K.1982/63469, İHU, İK.m.26, No:10 Çelik İncelemesi).

<sup>53</sup> Yarg. 9.HD. 05.10.1993 t. E.1993/2285 K.1993/14105, Tekstil İşveren Dergisi, Mart Nisan 1994, s.17

<sup>54</sup> Yarg. 9.HD. 03.05.2001 t. E.2001/5118 K.2001/7737, ÇİL, 2004, s.151, dn.107

<sup>55</sup> Yarg.9.HD. 11.10.2000 t. E. 2000/8951 K.2000/13651, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2001, s.56.

alacağı olduğunu ya da kaldığını düşünüyorsa ibranameyi imzalamamalı ya da ihtirazi kayıt koyarak imzalamalıdır. Bu durumda koyulan ihtirazi kayıt kapsamında ibraname her hangi bir hüküm ifade etmeyecektir. (GÜVEN/ AYDIN, 1998, s.107). Bu anlamda, ibranamede ihbar ve kıdem tazminatını aldığını, başkaca bir hak talep etmeyeceğini beyan eden işçinin anılan tazminatların geç ödendiği nedeniyle geçmiş günler faizi talep etme hakkı olmayacaktır<sup>56</sup>. Buna karşın, tüm yasal haklarını saklı tutuyorum ihtirazi kaydını içeren ibranamenin, gecikmeye ilişkin faiz alacağını da içerdiği kabul edilmiştir<sup>57</sup>.

İbramenin iş sözleşmesi sona erdiği anda ya da daha sonra verildiği hallerde de geçersiz olması söz konusu olabilecektir. Zira ne zaman düzenlenirse düzenlensin hata<sup>58</sup> hile<sup>59</sup> ya da ikrah yoluyla oluşacak ibranamelerin iptali, BK.m.31 uyarınca istenebilecek ve ibra konusu alacağın tamamı talep edilebilecektir (KAPLAN, 1987, s.283; CENTEL, 1994, 204, ODAMAN, 2003 s.283) Fakat ibranamenin okunmadan imzalanması bir geçersizlik nedeni teşkil etmeyecek, aksi takdirde şuurlu bilgisizlik, hata ile bir tutulmuş olacaktır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1968, s.33; URCAN, 2004, s.809) İşverence ibraname konusunda yapılabilecek hile konusu geniş anlamda yorumlanacak ve işverenin işçiyi imzaladığı belgenin önemi konusunda uyarılmaması durumu bile, hile için yeterli sayılacaktır. (CENTEL, 1994, s.204; DÖNMEZ, 1998, s.364, ODAMAN, 2003, s. 283). Ancak bu durumun varlığının bir yıl içinde ileri sürülüp işçi tarafından ispat edilmesi gerekecektir.(SAYMEN, 1954, s.614, OĞUZMAN, 1955, s. 287; CENTEL,1994, s.204; EYRENCİ, 1985, s.158; SÜZEK, 2002, s.607) İbranamelerde hata, hile, gabin ve ikrah olduğu iddiaları tanıkla ispat

<sup>56</sup> Yarg. 9.HD. 09.05.1996 t. E.1996/8694, K.1996/9984, T.Maden İş Dergisi, Temmuz 1996, s.34. Yarg. 9.HD. 08.02.1988 t. E.1988/ 12017 K.1988/834, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1989, s.16 Yarg. 9.HD. 23.03.1998 t.E.1998/2326 K1998/5614, T.Maden-İş s.77-78

<sup>57</sup> Yarg. 9.HD. 30.05.1996 t. E.1996/295, K.1996/12201, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 1996, s.15; Yarg. 9.HD. 01.04.1997 t. E.1997/22750 K.1997/6465, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 1997, s.17

<sup>58</sup> Hata halinde, işçi ibranamenin niteliği veya kapsamında yanılmaktadır. Örneğin işçi ibranameyi ödenmiş ücretlere ilişkin bir makbuz zannederek ya da başka alacağı kalmadığını zannederek imzalamış olabilecektir.

<sup>59</sup> Hile halinde ise, işveren ibranamenin niteliği veya kapsamında işçiyi bilerek kasten aldatmaktadır.

olunabilecektir<sup>60</sup>. Ancak ibranameye karşı ileri sürülecek hata (BK.m.24) iddiasının tanıkla ispat edilmesinde çok titiz davranmak gerekecek zira, her hata iddiasının tanıkla ispatı yoluna gidilmesi durumunda, senede karşı senetle ispat kuralı kolayca ihlal edilebilecektir. Bu yüzden burada öncelikle hatanın varlığını makul gösteren objektif sebepler öncelikle ortaya konulmalı, ondan sonra hatanın ispatı için tanık dinlenmesine izin verilmelidir. Bu anlamda işçi geçersizliği tanıkla ispat edebileceği gibi, işverenin ticari defter ve kayıtlarının incelenmesini de isteyebilecektir. (DEMİRCİOĞLU,1998 s.109, DEMİR, 2003, s.171). Ancak işçinin bu yöndeki iddialarını ispat edememesi durumunda ibraname geçerli sayılacaktır<sup>61</sup>. Buna karşın boş kağıda imza durumunda, senedin aykırı doldurulduğunu tanıkla ispat söz konusu olamayacaktır (KURU, 2001, s.387-388).

Söz konusu bu esaslar dışında, 4857 sayılı İK. yeni bir düzenleme olarak, ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir sebep dışında ücreti ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceğini ve bunun toplu bir harekete dönüşmesi halinde de grev sayılmayacağı esasını da getirmiştir(m.34/2). Bu durumda, uyuşmazlık çıkması durumunda ödememenin mücbir bir sebebe dayandığı iddia ediliyorsa, bu olay işverence her türlü delil ile ispat edilebilecektir. Zira Kanuna göre, 20 günlük bir süre ile sınırlandırılmış bulunan “ücretin ödenmemesi” hali, “mücbir nedenler” dışında, işçilere “iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını tanımaktadır. Klasik mücbir sebepler arasında sayılan deprem, su baskını, yangın ve doğal afetler yanında, hastalık halinde de sayılabileceği bu sebeplere uygulamada mahkeme kararları ile açıklık getirileceği doktrinde ifade edilmektedir.(DEMİR, 2003, 79). Demek ki işçi daha sonra haksız duruma düşmemek için, ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde ücretin ödenmemesinin sebebini araştırarak, sonradan işverenin mücbir bir sebebin varlığını ispat etme imkanı olmadığı takdirde, kanunun getirdiği

<sup>60</sup> Buna karşılık, yazılı bir sözleşmenin tarafları, bu sözleşmeye ilişkin muvazaa iddialarını ancak kesin delil ile (yazılı belge ile) ispat edebileceklerdir.

<sup>61</sup> Yarg. 9.HD. 25.12.1989 t. E.1989/7737 K.1989711393, TÜHİS, Şubat 1990, s.18

işi bırakma hakkını kullanabilecektir. Zira aksi takdirde, sonradan işverence ücretin ödenmemesi sebebinin mücbir bir sebebe dayandığı ispat edilirse, işçinin işi bırakması kanuni dayanağını kaybetmiş olacaktır. Bu anlamda ispat hukuku açısından düşünüldüğünde, işçinin böyle bir gecikme durumunda işverenden yazılı olarak bu gecikmenin nedenini sorabileceği, işçinin alacağı yazılı cevaba göre işi bırakma hakkını kullanabileceği ve yine bu belgeyi işçinin sonradan ispat vasıtası olarak elinde bulundurabileceği ifade edilebilecektir.

### b- Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Uygulamada en çok uyuşmazlık çıkan sorunlardan biri de fazla çalışma ücretlerine ilişkindir. Nitekim genellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş mahkemesine dava açılmakta ve geçmiş yıllara ilişkin fazla çalışma iddiaları ileri sürülmektedir. Bu durumda da fazla çalışmanın ve fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispatı konusu önem kazanmaktadır.

Fazla çalışma iddiasının işçi, ücretinin ödendiği yolundaki iddianın da işveren tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Kural olarak, işçinin yaptığı fazla çalışmayı tanıkla ispatlaması mümkün olduğu halde, işverenin fazla çalışma ücretini ödemediğini tanıkla değil yazılı belge ile ispatlaması gerekir<sup>62</sup>. Zira, yazılı belge ile yani bir başka deyişle, kesin delil ile ispat yükümü sadece hukuki işlemler yani belli bir hukuki sonuç meydana getirmeye yönelmiş tek ya da çok taraflı irade beyanları için geçerlidir. Buna karşın; hukuki fiiller yani hukuk sisteminin sonuçlar bağlamış olduğu eylemler tanıkla ispat edilebilecektir. Bu anlamda, bir işçinin fazla mesai yaptığı, bayram ve Pazar günleri de çalıştığı olayı tanık ile ispat edilebilecektir (KURU, 1997, s.384). Fazla çalışmanın tanıkla ispat edildiği hallerde tanık sözlerinin değerlendirilmesinde, yapılan işin fazla çalışmaya elverişli olup olmadığının ve fazla çalışma iddiasının “hayatın olağan akışına aykırı” olup olmadığının<sup>63</sup>; fazla çalışma iddiasının, insani takat ve

<sup>62</sup> Yarg. 9.HD. 26.04.1993 t. E.1993/5786 K.1993/6779, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1993, s.23; Yarg. 9.Hd. 09.05.1984 E.1984/4549 K.1984/5176 Tekstil İşveren dergisi, Mayıs 1985, s.20

<sup>63</sup> Yarg. 9.HD. 12.07.1973 t. E.1973/36667 K.1973/25462, İHU, Münir Ekonomi İncelemesi,1975, İK.m.35, No: 1; Yarg. 9.HD. 20.12.1988 t. E. 1988/11817

doğal zaruretlele bağdaşıp bağdaşmadığının<sup>64</sup>; fazla çalışmanın işin niteliği ve mevsim koşullarının gereğine uygun olup olmadığının<sup>65</sup> incelenmesi ve göz önüne alınması gerekmektedir.

Gerçekten de, Yargıtay fazla çalışma ücreti taleplerinde “hayat tecrübelerine uygunluk, hayatın olağan akışına ve insan tahammülüne aykırılık” gibi kıstaslardan hareket etmekte ve iddiaların gerçeğe yaklaştırılması gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay fazla çalışma süresinin tespit edilememesi halinde ise, ortalama iki saat fazla çalışma yapıldığının kabul edilmesine karar vermektedir<sup>66</sup>. Doktrinde işçinin fazla çalışma yaptığını gösteren kayıtların işverence ortadan kaldırılmasının tespit edilmesi durumunda, bunun işveren aleyhine bir emare olarak kabul edilebileceği (ATALAY, 1999, s.157) ; buna karşın iş hukuku işçiyi koruma amacına yönelmiş olsa da, bir alacak davası niteliğini taşıyan bu davalarda ispat imkansızlığı ileri sürülerek resen araştırma ilkesinin uygulanmasının usul hukuku kurallarının zorlanması niteliğini taşıyacağı ifade edilmektedir (ATALAY, 1999,s.153)

İşverenin verdiği bordrolarda “fazla çalışma” ve “tatil” sütunlarının boş bırakılmış olması ve işçinin böyle bir bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalamış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olamayacak ve işçinin bu haktan vazgeçtiği anlamında

K.1988/12263, YKD. Temmuz 1989, s.966; Yarg. 9.HD. 22.12.1994 t. E.1994/14003 K.1994/18354, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1995, s.21 ; Yarg. 9.HD. 20.09.1996 t. E.1996/5829 K.1996/17570, Tekstil İşveren Dergisi Kasım 1996, s.18 ; Yarg. 9.HD. 30.09.1996 t. E.1996/6867 K.1996/18326, Çimento işveren dergisi, Kasım 199, s.28 ; Yarg. 9.HD. 31.03.1997 t. E. 1997/22749 K.1997/6449, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1997, s.18 ; Yarg. 9.HD. 15.09.1997 t. E.1997/12598 K.1997/15284, GÜNAY,s.1615 ; Yarg. 9.HD.16.01.2001 t. E.2001/236 K.2001/161, Madenci dergisi, Temmuz 2001, s.46 ; Yarg. 9.HD. 03.04.2000 t. E.2000/ K.2000 Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2000, s.17 ; Yarg. 9.HD. 12.09.2000 t. E.2000/7316 K.2000/11278, YASA Dergisi, Kasım 2000, s.1545) Yarg.9. HD. 30.11.2003 t. E. 2003/5611 K. 2003/18355, Kazancı Mevzuat ve İctihat Bankası

<sup>64</sup> Yarg. 9.HD. 19.12.1985 t. E.1985/11894 K.1985/2225, Tekstil işveren Dergisi, Haziran 1986, s.20; Yarg. 9.HD.23.12.1975 t. E.1975/24121 K.1975/25872, İHU, Münir EKONOMİ İncelemesi, 1976, İK.m.35, No:3 ; Yarg. 9.HD. 04.05.1972 t. E.1972/28185 K.1978/11894, OĞUZMAN, Olaylar-Kararlar, s.298.

<sup>65</sup> Yarg. 9.HD.04.07.1994 t. E.1994/5307 K.1994/10486, YKD. Şubat 1995, 221

<sup>66</sup> Yarg. 9.HD. 05.05.1998 t. E.1998/5866 K.1988/8297 Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1998, s.23; Yarg. 9. HD. 30.09.1996 t. E. 1996/67 K.1996/18236 Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1996 s.28 ; Yarg. 9.HD. 20.09.1996 t. E.1996/5829 K.1996/15570 Tekstil İşveren D. Kasım 1996, s.18

yorumlanamayacaktır<sup>67</sup>. Buna karşılık, üzerinde “fazla çalışma sütunu” bulunan ve “ayın bazı günleri” fazla çalışma yapıldığı görülen bordroları ihtirazi kayıt koymadan imzalayan işçi, sonradan diğer günlerde de fazla çalışma yaptığı iddiasıyla fazla çalışma ücreti talep edemeyecektir<sup>68</sup>

Asıl borca bağlı gecikme faizi ve cezai şart gibi ferî borçların ya da eksik ödenen fazla çalışma ücreti gibi alacakların istenebilmesi için, ödeme esnasında üzerinde “fazla çalışma sütunu” bulunan ve “ayın bazı günleri” fazla çalışma yapıldığı görülen bordrolara ihtirazi kayıt konulması koşulunu arayan Yargıtay görüşünün yanında, uygulamada bir kısım yazarca, ATM makineleri ile yapılan ödemelerde böyle bir kaydın konulmasının mümkün olmadığı ve bu durumun da söz konusu alacakların talep edilmesini imkansız hale getirdiği ifade edilmekte (BAŞBUĞ, 1993,216 vd.; AKIN, 1996,353 vd.; CENTEL, 1994,158), buna karşın bir kısım yazarca da ücret ödemesi otomatik makine ile yapılırsa da, her ücret ödemesinde işverence İK.m.37 uyarınca ücret hesabını gösteren hesap pusulası verilmesi gerektiği ve bu pusula da verilirken işçiye imzalatırılması gereken bordroya veya belgeye, işçinin söz konusu alacakları konusunda ihtirazi kayıt koymasının mümkün

<sup>67</sup> Yarg. HGK. 27.04.1983 t. E.1980/9-2386 K.1983/422, YKD. Kasım 1983, s.1579-1583; Yarg. 9.HD. 07.11.1989 t. E.1989/6473 K.1989/9596, Kamu-İş, Ocak 1990, s.8-9; Yarg. 9.HD. 15.10.1996 t. E.1996/9637 K.1996/19560, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1996, s.18

<sup>68</sup> (Yarg. HGK. 30.09.1979 t. E.1978/9-699 K.1979/357, OĞUZMAN, Olaylar-Kararlar, s.319 ; Yarg HGK. 02.11.1983 t. E.1980/9-2386 K.1983/422, YASA Dergisi, Ocak 1984, s.112 ; Yarg. 9.HD. 05.02.1988 t. E.1 988/ 11973 K.1988/743, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1989, 15 ; Yarg. 9.HD. 29.11.1988 t. E.1988/8987 K.1988/11366, YKD., Ocak 1990, s.48 ; Yarg. 9.HD. 12.04.1989 t. E.1989/436 K.1989/3420, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 1989, s.19 ; yarg. 9.Hd.22.02.1991 t. E. 1991/11496 K.1991/2306, Tekstil İşveren dergisi,s.14 ; Yarg. 9.HD. 24.03.1992 t. E.1992/3315 K.1992/3416, Türk Kamu Sen., Mart 1992, s.33 ; Yarg. 9. HD. 01.02.1996 t. E. 1996/24760 K.1996/1080, TÜHİS, Şubat 1996, s.28; Yarg. 9.HD. 24.12.1996 t. E.1996/22551 K.1996/24075 YKD: Mayıs 1997, s.717; Yarg. 9.HD. 05.03.1997 t. E.1997/21155 K.1997/5512, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1997, s.14; Yarg. 9.HD.11.03.1998 t. E.1998/2325 K.1998/1483, İşveren Dergisi, Haziran 1998, s.17, Yarg. 9.HD. 05.02.2001 t. E.2001/1488 K.1988/1692, İşveren Dergisi, Mart 2001, s.15; Yarg. 9.HD. 16.01.2002 t. E. 2002/15476 K.2002/261, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2002, s.38; Yarg. 9.HD.15.01.2002 t. E.2002/14044 K.2002/204, İşveren Dergisi, Haziran 2002, s.16 )

olabileceği (SÜZEK, 2002, 310; ÇELİK, 2000 s.121, dn.35a, NARMANLIOĞLU, 1998 236) ifade edilmektedir.

c- Hafta Tatili ve Diğer Tatil Günlerinde Çalışıldığının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı

İK.m. 46 uyarınca ; Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere kanunun ilgili maddesine göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilecektir.Çalışılmayan hafta tatili günü için, işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenecektir. Yine bunun gibi, bu kez İK.m.47 uyarınca da Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için ek bir günlük ücreti ödenecektir.

Söz konusu bu günlerde çalışılması durumunda yine ispat sorunu ile karşılaşılabilir. Bu konudaki Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, hafta tatilinde çalışıldığının ispat külfeti işçiye ait olacak ve işçi bu çalışmasını tanıkla ispat edebilecektir.<sup>69</sup>Buna karşın, hafta içinde bir gün izin verildiğinin ve ücretinin ödendiğinin ispat külfeti ise işverene aittir<sup>70</sup>. Diğer yandan, hafta tatili ve genel tatil günleri ile ilgili olarak iş hayatını teftişe yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklarda yer alan kayıtların aksi de tanıkla ispat edilebilecektir<sup>71</sup>.

d - Yıllık Ücretli İznin Kullanıldığının ve Ücretinin Ödendiğinin İspatı

İK. m.57 uyarınca, işveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır. Diğer yandan, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde ise, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir. (m.59)

<sup>69</sup> Yarg. 9.HD.14.04.1997 t. E.1997/1674 K.1997/7413, GÜNAY,2000 s.1708).

<sup>70</sup> Yarg. 9.HD. 18.12.1996 t. E.1996/14576 K.1996/22643, GÜNAY,2000 s.1710)

<sup>71</sup> Yarg. 9.HD.02.03.1982 t E.1982/2235 K.1982/2201, BOZKURT, 1999,s.297

Bilindiği üzere, İK uyarınca, izin hakkının kazanıldığı tarihi takip eden bir yıllık süre içinde mutlaka ve fakat işletmenin gerekleri göz önünde tutularak işverenin belirleyeceği tarihlerde kullanılacak yıllık izinler, işveren tarafından tutulacak bir izin kayıt belgesinde veya yıllık izin defterinde gösterilmek zorundadır(İK.m.56/6,60, YİYön.m.15).

Yıllık ücretli iznin kullanıldığının ispat yükü işverene aittir. Aksi halde yıllık iznin kullanıldığını “usulüne uygun bir kayıtla” ispat edemeyen işveren, yıllık izin ücretinden sorumlu tutulacaktır. Bu anlamda, yıllık ücretli iznin kullanıldığının ispatı “işverene düştüğü” gibi, iznin kullanıldığı tanık sözleriyle ispatlanamayacak ancak usulüne uygun tutulmuş yazılı belge ile ispatlanabilecektir<sup>72</sup>. Buna karşılık, Yargıtayca işin düzenlenmesi ve defterlerin tutulması sorumluluğu kendi uhdesinde bulunan “genel müdür” gibi bir üst yöneticinin, tanıkların izin kullandığı yolundaki açık beyanları karşısında, “izinlerinin defterde gösterilmemesi” ne rağmen yıllık ücretli iznini kullanmış olduğu kabul edilmiştir<sup>73</sup>. Yani bir başka deyişle yıllık izin defterinde yazmamasına rağmen, söz konusu olan işçi bu defterlerin tutulmasından sorumlu kişi olduğunda, iznin kullanıldığının tanıkla ispatına imkan tanımıştır. Karar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. (URCAN, 2004, 805-806)

Yıllık izin defteri veya çizelgesi ya da işçiden alınan imzalı bir belge iznin kullanıldığını ispata yarayacak belgelerdendir. Bu tür bir belge ile izin kullanıldığı iddia ediliyorsa, tanıkların aksi yöndeki ifadelerine rağmen iznin kullanıldığı kabul edilecektir<sup>74</sup>. Burada önemli olan işçiden alınan yazılı belgenin onu vücuda getiren işçinin imzasını, mührünü ve ya elle yapılmış bir işaretini taşımasıdır. Resmi bir makam

<sup>72</sup> Yarg. 9.HD. 16.03.1993 t. E.1993/8957 K.1993/4325, Tekstil İşveren dergisi, Ekim 1993, s.20 ; Yarg. 9.HD. 12.06.1996 t. E.1996/436 K.1996/13561, Çimento İşveren Dergisi, Haziran 1996, s.35 ; Yarg. 9.HD. 12.01.1997 t. E.1997/18247 K.1997/1161 ve Yarg. 9.HD. 12.05.1997 t. E.1997/3746 K.1997/8791, GÜNAY, 1805 - 1806; Yarg. 9.HD. 11.05.1999, E.1999/4981 K.1999/8748, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1999,s.32

<sup>73</sup> Yarg. 9. HD. 06.02.1996 t. E.1996/ 35202 K.1996/1476, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 1996, s.15)

<sup>74</sup> (Yarg. HGK. 06.04.1994 t. E.1993/9-958, K.1994/199, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 1995, s.18; Yarg. 9. HD. 26.06.1996 t. E.1996/3645 K.1996/14404, YKD. Ocak 1997, s.42; Yarg. 9.HD. 12.06.1996 E.1996/436 K.1996/13561, T.Maden İş Dergisi, Eylül 1996, s.116 ; Yarg. 9.HD. 17.05.1999 t. E.1999/7706 K.1999/9044, YKD, Ocak 2000, s.50)

veya memurun katılması olmaksızın düzenlenen böyle bir belge, altında imzası bulunan kendisine karşı delil teşkil edecek olan kimse tarafından mahkeme huzurunda ikrar edilirse, artık kesin delil teşkil edecektir. (HUMK .296/II).

Yıllık izin süresine ilişkin ücretin ödenmesinin ispatı ise, yine işveren tarafından<sup>75</sup> yazılı belge ile yapılabilecektir. İşçiye izin verilmiş olmasının ispatlanması, işçiye izin ücretinin de verildiği anlamına gelmeyecektir. Bu yüzden işçi iznin kullanıldığını kabul etmekle beraber ücretin ödenmediğini iddia ediyorsa, ücretin ödendiği işverence yazılı belge ispat edilmelidir<sup>76</sup>. Bu anlamda, izin ücreti sütunu içermeyen kayıtlarda işçinin imzası bulunsa bile bunlar izin ücretinin ödendiğine dair işçi aleyhine kesin delil teşkil etmezler. (ÇENBERCİ,1984 s. 655-656). Buna karşın, ücret bordrolarında yıllık izin sütunu ve ücret tahakkuku varsa ya da işçi tarafından yazılmış ve izin ücretinin alındığı kaydını içeren bir mektup söz konusu ise işveren bunları iddiasını ispatta kesin delil olarak<sup>77</sup> kullanabilecektir<sup>78</sup>.

### D -İşverenin Eşit İşlem Borcunu Yerine Getirmediğinin İspatı

4857 sayılı İK.'nın 5 inci maddesi, işverenin iş ilişkisinin her aşamasında eşit işlem borcunu düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca; işverenin eşit davranma borcu, sadece ücret ödemedede değil, sözleşmenin yapılmasından sona ermesine kadar iş ilişkisinin yürürlükte kaldığı her aşamada varlığını sürdürecektir. Bu anlamda işveren, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet, gebelik veya her hangi bir sebepten dolayı dolaylı ya da doğrudan farklı bir işlem yapamayacağı gibi, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli

<sup>75</sup> Yarg. 13.01.1997 t. E.1996/21897 K.1997/19, AKYİĞİT,2000 s.695

<sup>76</sup> Yarg. 9.HD. 31.10.1995 t. E.1995/21900 K.1995/33185, AKYİĞİT, 2000, s.696

<sup>77</sup> Diğer yandan genel hükümler uyarınca işveren iddiasını işçinin ikrarı ya da işçiye yemin teklifi suretiyle de ispat edebilecektir.

<sup>78</sup> Yarg. HGK. 06.04.1994 t. E. 1993/9-985 K.1994/199, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 1995, s.15 ; Yarg. 9.HD. 31.12.1968 t. E.1968/10739 K.1968/17041, ÇENBERCİ, 1984, s.655

çalışan işçiye farklı işlem yapamayacaktır. Bunun gibi, aynı veya eşit değerde bir iş için, cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacaktır.

Kanunda belirtilen dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere yönelik "ayırım yasağı" "iş sözleşmesine" değil, iş ilişkisine ilişkin getirildiğinden, doktrinde sözleşme yapılmadan önce kurulan "iş ilişkisinde" de bu yasağın uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir (DEMİR, 2003, s.87 )

Eşit davranma yükümlülüğüne uymayan işverence ödenecek Kanunda getirilen dört aya kadar işçinin ücreti tutarındaki tazminatın söz konusu olabilmesi için, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığının işçi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, burada ispat yükü kanun gereği işçiye ait olacak, işçi her türlü delil ile bu iddiasını ispat edebilecektir.(Bkz. ÇELİK, 2003, s.158) Ancak tanık delilinin takdiri bakımından, ispatın sadece işverenle husumet içindeki tanıkların beyanları ile zincirleme olarak yapılan tanıklığa dayandırılması kabul edilmeyecektir<sup>79</sup>. Bunun dışında, İK.m.5/7'ye göre, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Bu anlamda işçi ayrımcılığı tam olarak ispat edemese de, yukarıda belirttiğimiz üzere, genel hayat tecrübelerine göre söz konusu durumun gerçekliğine ilişkin emarelerin varlığı konusunda hakimi ikna edebilirse, ispat yükü yer değiştirecek ve işveren böyle bir ayrımcılığın olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Söz konusu bu düzenleme Avrupa Birliği yönergeleri esas alınarak yapılmıştır. Konuya ilişkin önümüzdeki dönemde verilecek Yargıtay kararları uygulamaya ışık tutacaktır.

### E - İşyerinde Boş Yer Olmadığının İşverence İspatı

4857 sayılı İK. m.30/8 uyarınca; işyerinden "malulen" yani sakatlandığı için ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler sonradan maluliyetlerinin ortadan kalkması durumunda, eski işyerlerine alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işlerine veya benzeri işlere boş yer varsa derhal yoksa boşalacak ilk işe o

<sup>79</sup> YHGK. 01.04.1970 t. E.1968/9-806 K.1970/163 Uygur, Dönmez, Kars,1974, 90

andaki şartlarla başka isteklilere tercih ederek almak zorundadır. Aksi halde aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeye işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye “altı aylık ücret tutarında” tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

Bunun gibi, İK.m.31/son uyarınca da; herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren yine bunları da eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aksi halde aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeye işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye “üç aylık ücret tutarında” tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

Görüldüğü gibi, işverenin bu tür tazminat talepleriyle karşılaşmaması için, işyerinde boş yer olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim boş yer olmadığında işe alma yükümlülüğünün olmadığı kanun metninden çok açık olarak anlaşılmaktadır. Kanun metninden buradaki ispat yükünün kimde olduğu anlaşılmamakla beraber, genel hayat tecrübelerine göre, işçinin işyerinde boş yer olduğunu ispat etmesinin beklenemeyeceği ancak, buna karşın işverenin işyerinde boş yer olmadığını her türlü işyeri kayıtları ve ücret bordroları ile ispat edebileceği ifade edilebilecektir. Mahkeme burada karar verirken işveren tarafından sunulan uzun dönemde işyerinde çalıştırılan işçi sayısını gösterir listelerle, SSK bildirimlerini göz önüne alarak işyerinde gerçekten işçi alınabilecek boş bir yer olup olmadığına karar verecektir. Ancak bu durumun tespiti kanımızca gerçekten kolay olmayabilecek ve işverence işyerinin kapasitesinin ekonomik sebeplerle düşürüldüğü iddiası sıkça ileri sürülebilecektir.

F- İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Fesih Bildiriminin, Fesih Bildirimi Hakkının Kötüye Kullanıldığının ve Geçerli Sebeplerin Varlığının İspatı

#### 1 - İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Fesih Bildiriminin İspatı

4857 sayılı İK. m.109 uyarınca, İK'da öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığı yapılması gerekmektedir. Bildirim yapılan kişi imzalamaktan kaçınırsa durum o yerde tutanakla tespit edilecektir. Ancak 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan

Kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Söz konusu bu hükmün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu düzenleme ispat açısından kolaylık sağlanması amacıyla getirilmiştir. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenlemeden İK. kapsamındaki iş sözleşmelerinin her iki tarafının birbirlerine, ihbar oneli vererek ya da derhal yapacağı fesih bildirimleri ve bunlar dışındaki, tüm bildirimleri yazılı olarak yapmaları gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>80</sup> (AKYİĞİT, 2001, s.233, 235; GÜNAY, 2000 s.370; EKONOMİ, 1987 s.168; SEVİMLİ, 2003, s.21) Ancak bununla beraber kanunda özel bir şekil öngörülen hallerde ya da 7201 sayılı Tebligat Kanunu kapsamına giren tebligatlar da<sup>81</sup> ilgili Kanun hükmüne göre yapılacaktır (SELÇUKİ, 1972 s.170; AKYİĞİT, 2001, s.235).

Bildirimler konusunda öngörülmüş olan şekil şartının, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerine ilişkin olarak adi yazılı şekil<sup>82</sup> olduğu (AKYİĞİT, 2001,s.235); bunun ispat şartı olarak kabul edildiği doktrinde ağırlıklı olarak ifade edilmiştir. (TUNÇOMAĞ/CENTEL 1999, s.184; EKONOMİ, 1987, s.168, dn. 366; ÇELİK, 2000, s.160, dn.17; ÇELİK, 2003, s. 172; GÜNAY, 2000, s.371; AKYİĞİT, 2001, s.236). Yargıtay da zaman zaman eski bazı kararlarında<sup>83</sup> aksi görüş bildirirse de günümüzde söz konusu şekil şartının ispat şartı olduğunu kabul etmektedir<sup>84</sup>.

Söz konusu yazılı şekil şartının ispat şartı olarak kabul edilmesinin yanında doktrinde yerinde olarak her iki tarafın da yazılı belge

<sup>80</sup> Bildirimin, posta ile yapılabilecek mektubun taahhütlü gönderilmesi ve zarfın üstünde içeriğinin belirtilmesi gerekecektir. Mektubun alındığına ilişkin belgeye atılacak imza ve ilgilinin mektubu almaktan kaçınması halinde, posta görevlisinin belgeye koyacağı açıklama da tutanak olarak kabul edilmelidir. (OĞUZMAN, 176,dn.39; SELÇUKİ,1972, s. 167; SEVİMLİ, 2003, s.22)

<sup>81</sup> İşveren konumundaki, kazai mercilerin, genel ve katma bütçeli dairelerin, belediyelerin, köy hükmi şahsiyetlerin, baroların ve noterlerin çalıştırdıkları işçilere yapacakları bildirimler için Tebligat Kanunu hükümleri uygulanacaktır (7201 sK.m.1)

<sup>82</sup> Yazılı belgenin kesin delil teşkil edebilmesi açısından resmi senet(yazılı belge) ile imzası ikrar edilmiş adi senet arasında bir fark yoktur(KURU,s.385)

<sup>83</sup> Yarg. HGK, 14.3.1962 t, E.1962/4/25,K.1962/27; Yarg.9. HD. 5.6.1964 t,E.1964/3330 ,K.1964/3682.; Yarg.9. HD. 7.7.1964 T.E.1964/4300,K.1964/4424 SELÇUKİ, 175-176

<sup>84</sup> 82 Yarg. HGK. 10.1.1962t.E.1962 4/31,K.1962/1 (SELÇUKİ, 175); Yarg.9. HD. 24.1.1991t. E.1991/9602., K.1991/ 512 ; Yarg.9.HD. 18.4.1995 t.E.1995/35752 ,K.1995/ 9178 AKYİĞİT,2001,s.238-239; Yarg. İBK,18.2.1959 t., E.1958/28, K.1959/17 RG.23.6.1959, No.10234)

sunamadığı durumlarda<sup>85</sup>, bildirim yapıldığının, zamanının ve içeriğinin tanık dinletilmesi gibi takdiri delillerle de ispatlanmasının mümkün olabileceği ifade edilmiştir<sup>86</sup>. (OĞUZMAN, 1955, s.179 dn.51; AKYİĞİT,2001,s.303). Zira, yazılı şekil şartının HUMK m.287/I, 288 anlamında ispat şartı olduğu kabul edildiğinde<sup>87</sup>, feshin hangi tarihte yapıldığının takdiri delillerle ispatı mümkün olmayacak, bu da bazı adaletsizliklere sebebiyet verebilecektir. Bu anlamda bildirimlerin yazılı yapılmasına ilişkin kuralın, HUMK m. 287/I, 288 anlamında katı şekilde yorumlanması zaman zaman işçi aleyhine de hak kayıplarına sebebiyet verebilecektir. Bu yüzden, kanunda öngörülen yazılı şekil şartının, salt Özel Hukuk ölçütleriyle değerlendirilmemesi; söz konusu değerlendirme yapılırken, İş Hukukunun kendine özgü temel ilkelerinin gözardı edilmemesi gerektiği, kanunda öngörülen sözleşmeler ve bildirimler konusunda şekil şartı için, ispat şartı tanımlaması yapılması halinde dahi, özellikle tarafların yazılı belge sunamadıkları durumlarda hukuki işlemin takdiri delillerle ispatına da engel olmayan hükümler olarak algılanmasının uygun olacağı doktrinde yerinde olarak ifade edilmiştir (SEVİMLİ, 2003, s.22 ). Nitekim Yargıtay da zaman zaman bu yönde kararlar verebilmektedir<sup>88</sup>.

Buna karşın iş güvencesi kapsamına giren, İK m.19 uyarınca, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri işverenleri için “altı aydan fazla kıdemi olan işçilerin” belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde getirilen “yazılı bildirim şartının” ispat şartı olmayıp geçerlilik şartı olduğu doktrinde ifade edilmektedir.(DEMİR, 2003, s.128; ÇELİK, 2003, s.203; SEVİMLİ, 2003, 23-24; Aksi Görüş, EKONOMİ, 2003, 13). Zira eğer bu kapsamdaki bir işveren iş sözleşmesini feshederken aslen geçerli bir sebebe dayanmış olsa dahi, kanunda belirtilen yazılı bildirim şartına

<sup>85</sup> senede karşı senedi olmayan taraf iddiasını tanıkla ispat edemeyecek ancak buna karşın diğer kesin delillerle yani ikrar ve karşı tarafa yemin teklif etmek suretiyle bu iddiasını ispat edebilecektir. Senede karşı yapılan iddia hukuki işlem değil de bir hukuki fiil ise bu kez senetle ispat yükümlülüğü olmayıp doğrudan tanıkla ispat mümkün olabilecektir.KURU/ARSLAN/YILAZ, 2003, s.184

<sup>86</sup> OĞUZMAN, bu sonuca HUMK.m.293 / bent:4 yardımıyla ulaşılabileceğini ifade etmektedir.

<sup>87</sup> Yarg. 4.HD 26.01.1970 t. E. 1970/11279 K.1970/604 URCAN, 2004, dn.51

<sup>88</sup> Yarg.9. HD. 22.6.2000 t.,E.2000/6537,K.2000/8988;Yarg.9. HD. 20.6.2000 t.,E.2000/6172, K.2000/8785, GÜNAY,2000,s. 474-475); Yarg.9. HD. 8.2.1999 t.,E. 1999/280, K.1999/1720,GÜNAY,2000, s. 1969

uymadığı takdirde, işçi açacağı işe iade davasını kazanacak ve işverenin yaptığı feshin geçersizliğine karar verilebilecektir. Bu yüzden işverenin geçersiz bir fesihle karşılaşmaması için mutlaka Kanunda öngörüldüğü şekilde yazılı bildirim kuralına uyması gerekecek sonradan başka bir delille böyle bir bildirimde bulunduğunu ispat yoluna gidemeyecektir.

## 2 - İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Fesih Bildirimi Hakkının Kötüye Kullanıldığının İspatı

4857 sayılı İK'daki düzenleme uyarınca; iş güvencesi kapsamı dışında kalan, otuzdan az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler veya otuzdan fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışmakla beraber altı aydan az kıdemi olan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile işletmenin bütününe sevk ve idare eden (genel müdür, müdür) işveren vekilleri ve işyerinin bütününe sevk ve idare eden aynı zamanda işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleriyle sınırlı olarak, iş sözleşmesini fesih hakkının işverence kötüye kullanıldığı hallerde “kötü niyet tazminatı” söz konusu olacaktır<sup>89</sup>. Yeni düzenleme uyarınca artık, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin ise, kötü niyet tazminatı talep etme hakları söz konusu olmayacaktır.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren bütün durumlarda kötüniyet tazminatı söz konusu olacaktır. Ancak işverenin hangi nedenle olursa olsun fesih hakkını kötüye kullandığını “ispat yükü” işçiye ait olacak ve kötü niyet iddiası somut olaylarla ortaya konup işçi tarafından ispat edilmedikçe kabul edilmeyecektir<sup>90</sup>. Görüldüğü üzere, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran

<sup>89</sup> İK. m. 17'de her ne kadar sadece İK.m.18/1 uyarınca iş güvencesi kapsamı dışında kalanların kötüniyet tazminatı isteyebileceği ifade edilmekteyse de ; kanımızca m.18/son da iş güvencesi kapsamı dışında kalacağı düzenlenmiş olan işveren vekilleri de kötüniyet tazminatı isteyebilecektir.

<sup>90</sup> Yarg. 9.HD. 26.04.1984 t. E.1984/3864, K.1988/4693, YASA Dergisi,Ağustos 1984, s.1118 ; Yarg. 9.HD. 15.10.1985 t. E.1985/7070 K.1985/9454, YKD. Nisan 1986, s.573 ; Yarg. HGK. 28.11.1990 t. E.1990/9-464 K.1990/592, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1991, s.16 ; Yarg. 9.HD. 10.06.1993 t. E.1993/ 14714 K.1993/10074, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 1994, s.18 ; Yarg. 9.HD. 04.03.1996 t. E.1996/34155 K.1996/3778, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1996, s.32 ; Yarg. 9.HD. 07.04.1997 t. E.19977621 K.1997/6829, Tekstil İşveren dergisi, Aralık 1997, s.13 ; 9.HD. 21.05.1997 t. E.1997/8368 K.1997/9628, YKD. Haziran 1998, 858-859;Yarg. 9.HD. 16.06.1997 t. E.1997/10452 K.1997/11738, GÜNAY, s.405 ; Yarg. 9.HD.16.09.1998 t. E.1998/13719 K.1998/13092,

işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işverene yüklenen ispat külfeti, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler bakımından geçerli olmamakta; ispat yükü "aslolan iyiniyettir, birinin kötünüyetli olduğunu iddia eden kimse bunu ispat etmelidir" genel hukuk prensibinden hareketle işçi üzerinde bırakılmıştır<sup>91</sup>. Gerçekten de kişilerde iyi niyetin varlığı asıl olduğuna göre, fesih bildirim hakkını kullanan işverenin kural olarak iyi niyetli olduğu kabul edilecek, aksinin ispatlanması işçiden istenecektir.(SÜZEK, 2003, 468)

İşçi burada her şeyden önce işverenin kötünüyetli olduğunu gösterdiğini iddia ettiği olayın varlığını ispat edecektir<sup>92</sup>. İşçinin işverenin fesih hakkını kötü niyetle kullandığını ispatlaması gerçekten oldukça güçtür, zira burada işverenin iyiniyetli olup olmadığı yani, işverenin saikinin ispatlanması gerekmektedir<sup>93</sup>. Bu yüzden, doktrinde

Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1998, s.22-23 Yarg. 9.HD. 27.01.1999 t. E.1999/19528 K.1999/1646, İşveren Dergisi, Mart 1999, s.17

<sup>91</sup> İşçinin ispat yükü altında bulunmasının MK.m.6'da öngörülen ve Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" kuralına dayandığı ileri sürülebilecek ancak öğretide, haklı olarak belirtildiği gibi, bu hüküm ispat yükünün dağıtım sorununu gerektirdiği gibi çözümlemeyemediği, maddenin taraflardan her birinin karşılıklı iddialarının doğruluğunu ispatlamak zorunda bulunduğunu yolundaki açık ifadesi karşısında, bu hükme dayanarak ispat yükünün kimin taşıdığı konusunu yanıtlamanın mümkün olmayacağı ifade edilebilecektir.(SÜZEK, 2002, 467, POSTACIOĞLU 1975, s.536)

<sup>92</sup> İşvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet eden işçinin bir gün sonra işten çıkarılmasının kötünüyetli feshi göstermeye yeterli olduğu kabul edilmiştir. Yarg. 9.HD. 25.12.1984 t. E.1984/10083 K.1984/11948 ,EKONOMİ İncelemesi, İHU,İK.m.13, No:24 ; Yarg. 9.HD.05.05.1994 t. E.1994/6983 K.1994/6918 ve Yarg. 9.HD.11.06.1997 t. E.1997/ 7577 K.1997/11538, GÜNAY, s.358, dn.99 ve s.405 ; Evli kadının sırf hamişle kalması ve rapor alması üzerine işten çıkarılması kötünüyetli fesih sayılmıştır. Yarg. 9.HD. 27.03.1997 t. E.1997/22900 K.1997/6115, GÜNAY, 362 ;İşyerinden çok sayıda işçi çıkarılıp yine yerine çok sayıda işçi alınması kötünüyetli fesih sayılmıştır Yarg. 9.HD. 11.09.1991 t. E.1991/9229 K.1991/9809, Tekstil İşveren Dergisi,Nisan 1991, s.18

<sup>93</sup> "Sigortalı hizmet tespiti davası nedeniyle işverenin kendisini işten çıkardığını belirterek kıdem ve kötünüyet tazminatları talebinde bulunmuştur. İşveren 6 ay süreyle dava açıldığını bilerek davacıyı çalıştırmaya devam etmiştir. Açılan dava nedeniyle akdin feshedildiği hususu iddiadan öteye gitmemektedir. İşverenin belirtildiği nedenle akdi feshettiği davacı tarafca kanıtlanamamıştır. Bu durumda karar gerekçesinde nedenleri gösterilmeden kötünüyet tazminatına hükmedilmesi hatalıdır" Yarg. 9.HD. 06.10.2003 t. E. 2003/2888 K 2003/16273, Çimento İşveren Dergisi Kasım 2003 S: 6 Cilt 17

işçinin gösterdiği olayların varlığı feshin kötünüyetle yapıldığı ihtimalini arttırıyorsa, bir fiili karinenin ortaya çıkacağı, ispat yükünün yer değiştirerek, bu durumda işverenin feshin meşru bir nedene dayandığını ispat etmesinin gerekeceği ifade edilmektedir. (OĞUZMAN,1955, 284; SÜZEK, Ekonomik Zorunluluk Nedeniyle Fesih ve Sendikal Tazminat, İHU, Sen.K.m.19, No:9; ÇELİK, 2003, s.185). Bunun gibi, mevcut deliller olayların mantıki akışı içinde değerlendirildiğinde, kötünüyetin varlığını göstermekteyse de ispat yükü yumuşatılabilecektir<sup>94</sup>. (SÜZEK,2002,469)

Yani bir başka deyişle başlangıçta, işveren bu şekilde fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddiası karşısında kalırsa, mahkemede iyi niyetini, bir başka ifadeyle dürüst ve makul bir işveren gibi davrandığını ispatla yükümlü olmamakla beraber, meşru bir fesih nedenini ileri sürmek zorunda kalacak, bu anlamda işveren kötünüyetli olmadığını feshin işçinin iddia ettiği gibi kötünüyetle yapılmadığını, aksine feshin makul, işyerinin ekonomik, mali veya teknik gereklerinden kaynaklandığını ifade edebilecektir. (SÜZEK, 2002, 456-457). Ancak, işverenin kötünüyetle davranmış olabileceği ihtimalini güçlü gösteren bir maddi olay ispatlandığı takdirde, işverenin kendi savunmasının dayanaklarını ispatlaması zorunlu hale gelecektir.

İşçi iddiasını tanık dahil her türlü delil ile ispat yoluna gidebilecektir. Ancak bununla birlikte, davacı işçinin dinlettiği tanıklar da iş sözleşmelerinin feshi dolayısı ile işveren aleyhine dava açmışlarsa, bunların tanıklığı işverenin tanıklarının beyanlarına tercih edilerek, hükme dayanak yapılamayacaktır.<sup>95</sup> (SÜZEK, 2002, 468 ) Zaten takdiri delillerden olan tanık delili hakimi bağlayıcı nitelikte olmadığından, hakim bu beyanları serbestçe takdir edebilecek ancak hükmünde tanığın ifadesinin neden kabul edildiğini ya da edilmediğini açıklayacaktır<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Yarg. 9.HD. 20.10.1972 t. E.1972720997 K.1972/993, Selçuki, 339-340; Yarg. 9.HD.25.02.1977 t. E.1977/2119 K.1977/3817, YASA Dergisi,Ocak 1978, s.119

<sup>95</sup> Yarg. HGK. 13.12.1972 t. E.1972/9-192 K.1972/1356, İKİD, Mayıs 1973, s.1999; Yarg. 9.HD. 06.04.1971 t. E.19071/7047 K.1971/6817, İHD. Kasım Aralık 1970, s.15

<sup>96</sup> Taraflardan her biri de, davada hukuki yararı bulunduğu gibi bir nedenle doğru söylemediğini iddia ve ispat edebilecektir. Zaten ,tanıklık delili gerçek olmama ihtimalinin de bulunması sebebiyle çok güçlü bir delil değildir.Bu yüzden tanık delili sadece küçük kuşaklar, senede bağlanması imkansız olan hukuki işlemler ve hukuki fiiller için geçerlidir ve yalancı tanıklık TCK 286 uyarınca suçtur.



### 3 - İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebeplerin Varlığının İspatı

4857 sayılı İK. m. 18 uyarınca, 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. İşveren ayrıca geçerli sebebe dayanan fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Zira uyumsuzluk yargıya intikal ettiğinde işveren bildirim yazılı yapıldığını ve fesih sebebini açık ve kesin biçimde ispatlamakla yükümlü olacaktır.

Bilindiği üzere, İK'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri uyarınca "geçerli" sebeplerin "işçinin yeterliliği veya davranışları" ile "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerden olması gerekmektedir(m.18). Bu anlamda, işveren geçerli sebeple işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını kullanırken, genel hükümlere göre dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun davranması ve işçinin işten çıkarılmasını "en son çare olarak" düşünmesi gerekmektedir. Kanunda bu sebeplerin varlığını ispat yükü de işverene yüklenmiştir(m.20). Ancak, işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır..

Sonradan açılacak bir işe iade davasında işverenin yapmış olduğu fesihte geçerli bir sebebe dayandığını, ve feshi en son çare(bkz. ÇELİK, 2003, s.198) olarak düşündüğünü ispatlaması gerekeceğinden, doktrinde Kanunda bir koşul olarak sayılmamakla beraber, işverenin, işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle, işyeri verimini olumsuz etkileyen "geçerli bir sebebini" ortaya çıktığı durumlarda, bunu fırsat bilerek işçiyi hemen işten çıkarmak yerine, "en son çare olarak" işçiyi işten çıkarmak zorunda kaldığını belgelemesi amacıyla işçiye öncelikle yazılı ihtarla bulunabileceği ifade edilmektedir.(DEMİR, 2003, s.131) Bu anlamda işveren, kendine yüklenen ispat yükünü yerine getirirken bu yazılı ihtarları delil olarak kullanabilecektir.

Bunun gibi, işçinin verilen işi yerine getiremeyecek durumda olduğu veya verilen işe yatkın olmadığı hallerde, yine işverence kendisine yazılı olarak başka bir iş önerilerek de feshi en son çare olarak

bakıldığı işverence ispatlanabilecek (DEMİR, 2003,s.132) bu amaçla verilecek ihtar yazısında işçiye kendisini geliştirmesi gerektiği, beceri ve uyum yetersizliğini gidermek amacıyla teklif edilen eğitimi kabul etmediği veya yetersizliğini gidermediği veya önerilen başka bir işi de reddettiği durumlarda iş sözleşmesinin feshedileceği açıkça belirtilebilecektir (DEMİR, 2003, s.132; ÇELİK, 2003, s.198).

Diğer yandan İK'nun iş güvencesi kapsamına giren işçilere yönelik olarak getirdiği işçinin verimini olumsuz etkileyen yeterliliği ve davranışı sebebiyle iş sözleşmesini fesihten önce savunmasının alınması zorunluluğuna (m.19) işverence uyulmaması durumunda, sonradan açılacak bir işe iade davasında, işveren fesih usulüne uymaması sebebiyle davayı kaybedebileceğinden, bu yükümlülüğü yerine getirdiğini de ispatlamak durumundadır. Bu anlamda işveren öncelikle işçiyi yazılı olarak savunmaya çağırarak, işçi savunmaya davet yazısını almaz ise veya alıp da savunmaya belirtilen gün ve saatte haklı bir mazereti olmaksızın gelmez ise, kendisine daha önce ihtar verildiği sırada yapıldığı gibi, bunu bir tutanakla tespit etmek zorunda olacaktır. (m.109) . Tüm bu belgeleri açılacak işe iade davasında geçerli sebebini ispatında delil olarak kullanabilecektir.

### G- İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshinde Fesih Bildiriminin ve Haklı Sebeplerin Varlığının İspatı

#### 1- İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshinde Fesih Bildiriminin İspatı

4857 sayılı İK. m.24 ve 25'de işçi ve işveren için bildirimsiz haklı sebeple fesih hakkı tanıyan haller düzenlenmiştir. Buna göre, işçi sağlık sebeplerine, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine ve zorlayıcı sebeplere dayanarak iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedebilecektir. İşveren de, sağlık sebeplerine, ahlak ve iyiniyet hallerine uymayan haller ve benzerlerine, zorlayıcı sebeplere ve işçinin göz altına alınması veya tutuklanması sebeplerine kanunun öngördüğü çerçevede dayanarak iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedebilecektir.

Haklı sebeple fesih hallerinden ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinde, işverenin sözleşmeyi feshinde işçiden savunma alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak savunma alınmasına gerek bulunmamakla beraber, taraflarca, bildirimli fesih hakkı veren sebebin öğrenildiği tarihten itibaren bu hakkın 6 işgünü içinde ve her halde 1 yıl içinde kullanılması ve İK.m.109 uyarınca<sup>97</sup> iş sözleşmesinin diğer tarafına feshin yazılı olarak bildirimi gerekmektedir<sup>98</sup>. Buradaki yazılı bildirim şartının geçerlilik şartı olduğu ifade edilebilecek zira, taraflar dava sırasında karşı tarafın 6 işgünlük ve her halde bir yıllık fesih süresine<sup>99</sup> uymadığını iddia ettiğinde, ilgili taraf bu süreye uyduğunu ispat edemezse -ki bunu ancak yazılı bir bildirim ile ispat edebilecektir- fesih usulüne uygun yapılmamış bildirimli feshi dönüşecek ve tarafların hak kayıplarına sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan, işverence ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak yapılan bir bildirimli fesihte altı iş günlük sürenin geçtiğinin ispatı ise işçiye ait olacaktır<sup>100</sup>.

## 2 - İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Haklı Sebeplerin Varlığının İspatı

Bildirimli fesih hakkını kullanacak taraf, mutlaka bir haklı nedene dayanmak zorunda olacak ancak, bildirimli fesih hakkını kullanırken fesih nedenini bildirmek zorunda olmayacaktır. Buna karşın, uyuşmazlık halinde iş sözleşmesini fesheden taraf, fesih nedenini açıklamak ve fesih anındaki haklı nedenin varlığını her türlü delille ispat etmek zorunda kalacaktır. (OĞUZMAN, 1955, s.121; NARMANLIOĞLU, 1998, s.318, CENTEL, 1994, s.175, SÜZEK, 2002, 517,

<sup>97</sup> İK.m.109. "Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır".

<sup>98</sup> 4857 sayılı İK'dan önceki dönemde, işverene yazılı bildirim yükümü getirilmemesi, fesih sırasında dayanılan sebeplerin dava sırasında ileri sürülen sebeplerle aynı olup olmadığını denetlemeyi güçleştirmekte hatta bazen hiç sebep gösterilmeden fesihler yapılmasına rağmen dava sırasında bir dizi sebep gösterilip tanık beyanları ile bunlar desteklenince ispat yükü yer değiştirebilmekteydi..

<sup>99</sup> 4857 sayılı İK. m.26 işçinin olayda maddi çıkar sağlaması durumunda bir yıllık sürenin uygulanmayacağı esasını getirmiştir.

<sup>100</sup> Yarg. 9.HD. 09.11.1999 t. E.1999/12749 K.1999/16914, İşveren Dergisi, Kasım 1999, s.16-17

ÇENBERCİ, 1986, 223, UMAR./YILMAZ, 1980, 108) Fakat, sözleşmeyi fesheden taraf ister fesih anında, isterse de sonradan karşı tarafa fesih nedenini bildirmiş ise, artık bu nedenle bağlı olacak, daha sonra başka bir neden ileri sürmesi ve bunu ispatlaması mümkün olmayacaktır<sup>101</sup>. Bilindiği üzere, genel hükümler uyarınca bir davada taraflar ispat yükünü dikkate almadan delil gösterebilecekler ve bu delillerle dava sonuçlandırılabilir ise ispat yükü söz konusu olmayacaktır. Ancak deliller mahkemeye bir kanaat vermiyorsa ispatı gereken husus konusunda ispat yükü gündeme gelebilecektir. Bu anlamda haklı sebeple bildirimli fesihte, haklı sebep olduğunu iddia eden taraf da, diğer taraf da, başlangıçta delillerini mahkemeye sunabilecek ancak hakim bir kanaate varamazsa bu kez Yargıtay<sup>102</sup> ve doktrin görüşü uyarınca, haklı sebep olduğunu iddia eden taraf ispat yükü altında olacaktır (SÜMER, 1993, NARMANLIOĞLU,1998, s.382, MOLLAMAHMUTOĞLU,1995 s. 203, dn.32 ; KAPLAN, 1987, s.170 ; KURU, ARSLAN, YILMAZ, 2003 s.338-339). Nitekim bu görüş uyarınca ; iş sözleşmesinin bildirimli feshinde, ispat yükü iş ilişkisinin normal bir biçimde devam ettiğini iddia eden tarafa değil, aksine istisnai durumu yani, karşı tarafın haklı bir sebep yarattığını, iş ilişkisinin devamını çekilmez bir hale getirdiğini ileri süren tarafa ait olacaktır<sup>103</sup>. Zira usul hukuku ilkelerine göre, normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmemekte buna karşılık, normal durumun aksini iddia eden tarafın iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. (KURU,1997, s.418, POSTACIOĞLU,1970,537, SÜZEK, 2002,517).

İK'nun taraflara tanıdığı bildirimli fesih hallerinden özellikle sağlık sebepleri, zorlayıcı haller ve işçinin göz altına alınması veya tutuklanması sebeplerinin, iddia edince ispatı konusunda uygulamada pek fazla sorun yaşanmamakta zira, söz konusu hallerin ispatı nispeten taraflarca daha kolay yapılabilmektedir. Ayrıca, özellikle bu gibi fesih

<sup>101</sup> Yarg.9.HD.06.11.1970 t. E.1970/7068 K.1970/11985, İşveren Dergisi,Ocak 1971, s.21-22 ; Yarg. 9.HD. 29.04.1974 t. E.1974/22703 K.1973/18487, İş ve Hukuk, Mart Nisan 1975

<sup>102</sup> Yarg. 9.HD. 13.03.1996 t. E.1996/11376 K.1996/13766, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1996, s.34-35 ; Yarg. 9.HD. 02.11.1998 t. E.1 998/13711 K.1998/15477, İşveren Dergisi, Mayıs 1999, s.17-18.

<sup>103</sup> (Yarg. 9.HD. 02.11.1998 t. E.1998/13711 K.1998/15477, İşveren Dergisi, Mayıs 1999, s.17-18 ; Yarg. 9.HD. 08.04.1991 t. E.1991/14037 K.1991/7293, Yarg. 9.HD. 14.03.1991 t. E.1991/ 12308 K.1991/5865, Tekstil İşveren Dergisi,Ocak Mart 1992, s.7-8)

hallerinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıyor olması sebebiyle, bu hallerde uygulamada çok fazla uyumsuzlığa rastlanmamaktadır.

Buna karşın uygulamada en çok uyumsuzluk, iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak feshedilmesi hallerinde, tarafların dayandıkları fesih sebebinin ispatlanması konusunda çıkmaktadır. Nitekim bu sebeple yapılan bir bildirimsiz fesihte feshi yapan işverence, işçi hiçbir tazminata hak kazanamamakta ,eğer feshi yapan işçi ise kıdem tazminatına hak kazanmaktadır.

İş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak bildirimsiz olarak feshinde ortaya çıkacak uyumsuzlukta ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılığın var olup olmadığı konusunda karar verecek olan hakimdir. Hakim bunu yaparken gerekli ölçüyü, toplumsal yaşamın doğurduğu davranış kurallarının "iyi" olanlarında bulacaktır. Hakimin uygulayacağı pozitif hukuk kuralı belli olmakla birlikte, bu hukuk kuralının atıfta bulunduğu "ahlaki değer yargısının" ne olduğu aynı pozitif düzenleme içinde yer almayacağından; hakim bu durumda uygulayacağı ahlaki değer yargısını, Türkiye'nin de taraf olduğu uluslar arası anlaşma ve sözleşmelerde yer alan evrensel insan hakları idealine bağlı kalarak tespit edebilecektir (ODAMAN,2003, 62- 63) Bununla birlikte, hakimin somut olayın çözümünde dikkate alacağı değer yargısının Türk pozitif hukukunun temel ilkeleriyle de çelişmemesi gerekecektir. Kanımızca, burada hakim kendisinininkinden çok yaşadığı toplum içerisinde çoğunluğun benimsediği ahlak kurallarını, ahlaki değerleri dikkate almak durumunda kalacaktır(Aynı yönde, OĞUZOĞLU, 1963, s.296; Karş. HATEMİ,1976,s.89) İyiniyet kurallarına aykırılık ise, MK.m.2'de düzenlenen doğruluk ve güven ilkesi yani, herkesin haklarını ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü ve yine MK.m.2' de düzenlenen hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde tespit edilebilecektir. (ODAMAN, 2003, 80). Bu anlamda, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılığın olup olmadığı hususunun, her somut olayın özelliğine göre belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, doktrinde yapılan tespit uyarınca, "hakim belli ve kesin sınırlı bir ölçüden hareket etmemeli, iş hayatının gereklerini ve çevrenin geleneklerini göz önüne almalı, iş ilişkisinin temelde karşılıklı güven esasına dayanan bir ilişki olduğundan hareketle, davranışın işverenin

güvenini sarsıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmalı ve nihayet işçinin o işte çalışma süresini, işletme içindeki pozisyonunu, işverenin uğradığı zararı da dikkate almalıdır. Tüm bunlardan sonra, yapılan hareketin iş ilişkisini çekilmez ve sürdürülemez hale getirdiği kanaatine varırsa<sup>104</sup>, hakim bu davranışı haklı fesih sebebi olarak kabul etmelidir"(KAPLAN, 1987, s.147; NARMANLIOĞLU,1998 362-363 ; MOLLAMAHMUTOĞLU, 1987, s.225 ; ODAMAN, 2002, s.86)

Uygulama ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanılarak yapılan bildirimsiz fesihlerde en çok uyumsuzluk çıkan haller, iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığına dayanılarak işverence bildirimsiz feshi; işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi veya işçinin kastı ya da savsaması yüzünden işvereni 30 günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyeceği bir zarara sokması halinde işverence iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi ve işçilere yöneltilen hırsızlık suçlamaları sonucunda işverence iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi halleridir.

İşçinin iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığının Kanunda belirtilen süreye ulaşması sebebiyle bildirimsiz olarak feshinde, devamsızlığın ispatı yükü işverene aittir<sup>105</sup>. İşveren devamsızlığı tutanak, tanık veya işyeri kayıtları ile ispatlayabilecektir<sup>106</sup>. Ancak tanık anlatımları bakımından tanıkların, işyeriyle ilgili ve bilgi sahibi kişiler olmaları önem taşımaktadır<sup>107</sup>. Bilindiği üzere, tanıklık davanın taraflarının dışında üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir olay hakkında,

<sup>104</sup> "mahkemece dinlenen tanık anlatımlarının özetlendiği, ve ayrıca istekler bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın hesaplama ile yetinilen bir bilirkişi raporuna dayanılarak sonuca ulaşılması gerçek duruma uygun düşmez. Bu anlamda benzeri olaylarda, somut ve inandırıcı deliller mevcutken, soyut anlatımlara dayanan davacı tanıklarına itibar edilmesi doğru değildir." Yarg. 9.HD. 18.05.1999 t. E.1999/5785 K.1999/9080, Tekstil İşveren dergisi, Temmuz 1999, s.20-21

<sup>105</sup> Yarg. 9.HD.02.04.1992 t. E.1992/15678 K.1992/3882, T.Maden-İş Dergisi, Temmuz 1992, s.58

<sup>106</sup> ".. tutanak, tanık veya işyeri kayıtları ile kanıtlanan devamsızlık, sadece işçi tanıklarının beyanlarıyla yok sayılamaz."Yarg. 9.HD. 06.05.1992 t. E.1992/96 K.1992/5041 Tekstil İşveren Dergisi, Eylül Ekim 1992, s.41 ; Yarg. 9.HD.02.12.1994 t. E.1992/ 12325 K.1994/17134, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1995, s.45 Yarg. 9.HD. 01.12.1994 t. E.1994/ 12046 K.1994/17044, Tekstil İşveren dergisi, Ağustos 1995, s.21

<sup>107</sup>"tanıklar işyeriyle ilgili ve bilgi sahibi olabilecek kişiler de değildir" Yarg. 9. HD.,1.2.1993 t E.1992/7032 K.1992/1056,İşveren Dergisi XXXI, Mart 1993

dava dışında bizzat edindikleri bir bilgiyi mahkemeye bildirmeleridir.(KURU,2001,s.400)Kural olarak herkes Türk yargısına tabi olmak şartı ile tanıklık etmek zorundadır(HUMK. m.401).Bu anlamda tanık gösterilen kişi yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeye, tanıklık etmeye ve yemin etmeye mecburdur. Aksi halde, meşru bir mazereti olmadan duruşmaya gelmeyen tanığa para cezası ve duruşmanın ertelenmesinden doğan yargılama giderleri tutarı kadar bir meblağa mahkumiyet cezası verilebilecek, bunun yanında tanığın zorla getirilmesine dahi karar verilebilecektir . Ancak HUMK uyarınca takdiri delil olarak kabul edilen, tanık olarak gösterilecek kişilerin ifadelerinin hakim tarafından dikkate alınabilmesi için, bu kişilerin gerçekten tanık gösterildikleri olayla ilgili ve bilgi sahibi olmaları gerekecektir. Bu durumun aksi hakim tarafından tespit edilmesi durumunda, hakimce bu tanıkların ifadelerine dayanılarak hüküm tesis edilemeyecektir.

İşveren bu durumda hem işçinin işe devamsızlıkta bulunduğunu, hem de devamsızlığın kanunda öngörülen sürelerin üzerinde olduğunu ispatlamak durumundadır. (SÜMER, 1998, s.220). İşçi ise, işverenin devamsızlığı ispatlaması karşısında izinli olduğuna ya da devamsızlığının haklı sebebe dayandığına dair iddiasını ispatlamak durumundadır<sup>108</sup>. (SÜMER,1998, s.221; ODAMAN, 2004.). Buna karşın devamsızlığın varlığı konusunda her hangi bir şüphe yoksa, durum çok açıksa artık devamsızlığın belgelendirilmesine gerek yoktur<sup>109</sup>.

İş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde sıkça uyuşmazlıkların ortaya çıktığı işçinin iş görme borcunun işçi tarafından yerine getirilmemesi durumuna gelince ; bilindiği üzere işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından olan iş görme borcunun ihtara rağmen işçi tarafından yerine getirilmemesi, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle tazminatsız ve bildirimsiz fesih hakkını vermektedir. Kanunda özel bir düzenleme olmadığından, bu iddiada bulunan işveren, iddiasını

<sup>108</sup> Yarg. 9.HD. 06.02.2002 t. E.2001/17196 K.2002/2375, İşveren Dergisi, Ağustos 2002, s.15 Yarg. 9.HD. 19.09.1996 t. E.1996/5733 K.1996/17157, EKONOMİ, 1998, 158 Yarg. 9.HD. 25.03.1997 t. E.1996/22670 K.1997/5940, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1997, s.17; Yarg. 9.HD. 09.04.1991 t. E.1990/14256 K.18991/7381, YKD. Ekim 1991, s.1504-1505 Yarg. 9.HD. 01.02.1993 t. E.1992/7032 K.1993/1056, İşveren Dergisi, Mart 1993, 18 ; Yarg. 9.HD. 19.12.1995 t. E.1995/30176 K.1995/35836, YKD. Nisan 1996, s.554-555

<sup>109</sup>Şöför olarak çalışan işçinin alkollü olması nedeniyle kaza yaptığı ve bir daha işe gelmediği tanıklarla doğrulanmış ise, artık devamsızlığın belgelendirilmesine gerek yoktur(Yarg. 9.HD. 18.10.1995 t. E.1995/12835 K.1995/31810, Kamu-İş s.315)

ispatlamakla yükümlü olacaktır. Yani bir başka deyişle, işçinin işini savsakladığı yolundaki iddianın ispat yükünün işverene ait olduğu söylenebilecektir. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir<sup>110</sup>.İşveren bu iddiasını kanuni ve takdiri deliller olarak her türlü delil ile ispat edebilecektir.

Ancak işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde, işverence iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde, her şeyden önce işveren lehine bildirimsiz fesih hakkının doğması için, işçiye önce ihtar verilmesi gerekmektedir. Haklı sebebin doğabilmesi için işçiye yapılacak uyarıların yani, ihtarın zorunlu olmamakla yani tanıkla ispatı mümkün olmakla beraber, yazılı yapılması, çıkacak uyuşmazlıkta ispat kolaylığı sağlaması bakımından önem taşıyacaktır (NARMANLIOĞLU, 1998, s.374; MOLLAMAHMUTOĞLU, 1995, s.231; DEMİR, 2003, s.160, KAPLAN, 1987, s.160, ODAMAN,2003, s.175, AKYİĞİT, 2001, s.183; İhtarın yazılı olması gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz.URCAN, 2004, s.787 ). Burada üzerinde durulan nokta, ispatı gereken olgunun sadece işçinin görevli olduğu işi yapmaması olgusu olmaması, bunun dışında kanunda öngörülen hatırlatma olgusunun da ispatlanması gerektiğidir URCAN, 2004, 789) Zira işveren Kanunda öngörülen ihtar yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edemediği takdirde, artık işçinin verilen işi yapmaması dahi haklı sebeple bildirimsiz fesih sebebi olmayacaktır. Bu anlamda Yargıtay işyerinde çok önceki tarihlerde yayınlanan genel mahiyetteki bir tamimi, bu madde anlamında ihtar olarak kabul etmemiştir<sup>111</sup>. Ancak buna karşılık, Yargıtay da yazılı ihtar ile tutanak dışında, açık ve seçik tanık beyanlarıyla da işçinin yapmakla ödevli bulunduğu işleri uyarılara rağmen yapmadığının ve işleri aksattığının ispatlanabileceğini<sup>112</sup> kabul etmiştir. Bu anlamda vermiş olduğu bir kararında, işlerine son verilen arkadaşları işe alınca kadar danışma müdürlüğü önünde toplanarak eylemlerini sürdüren işçilerin “noter” ve “mahkeme tespit tutanakları” ile ispat edilen

<sup>110</sup>Yarg. 9.HD. 27.05.1987 t. E.1987/4904 K.1987/5324, YKD. Mayıs 1988, s.647- 648 ; Yarg. 9.HD. 17.01.1996 t. E.1996/24526 K.1996/186, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 1996, s.14-15)

<sup>111</sup> Yarg. 9.HD. 04.11.1999 t. E.1999/13723 K.1999/16728, GÜNAY, 1860)

<sup>112</sup> Yarg. 9.HD.30.04.1993 t. E.1993/11655 K.1993/7375, Tekstil İşveren Dergisi, Mart Nisan 1994, s.18

davranışlarını; yapmakla ödevli buldukları görevleri kendilerine hatırlatıldığı halde yapmama olarak değerlendirmiştir<sup>113</sup>.

İşçinin kasdı veya savsaması yüzünden işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı, araç ve gereci veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücreti üzerinde bir zarara uğratması halinde işverenin sahip olacağı bildirimsiz fesih hakkında ise, doğan zararın 30 günlük<sup>114</sup> ücret tutarı ile ödenemeyeceğinin ispat yükümlülüğü işverene aittir<sup>115</sup>. Ancak zararın miktarı tanık sözleri değil, bilirkişi marifetiyle tespit edilecektir<sup>116</sup>.

Uyuşmazlıkların çıktığı diğer bir durum olan işçilere yöneltilen hırsızlık suçlamaları sonucunda işverence iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi durumunda ise, işçinin bu eylemi gerçekleştirdiğinin ya suçüstü yakalanması sonucu tutulacak tutanakla<sup>117</sup> ya da, işçinin ikrarı<sup>118</sup> gibi maddi bir delille ispatlanması gerekecektir.

Son olarak doktrinde ODAMAN, 2003, s.263 vd.) uygulamada sıkça karşılaşılan bir hal olarak dikkat çekilen diğer bir durum da, işverenin işçinin işini terk ettiği iddiasında bulunmasıdır. Bu durumda işçi işverene ait işyerinde çalışırken haklı sebep olmaksızın işten çıkarıldığını iddia etmekte, işverence buna karşılık işçinin işini kendiliğinden terk ettiğini yani, istifa ettiğini iddia etmektedir. Yargıtay bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona erdirildiğinin yani, iş sözleşmesinin işçi

<sup>113</sup> Yarg. 9.HD. 21.01.1997 t. E.1997/21517 K.1997/740, Çimento İşveren dergisi, Mart 1997, s.34 ; Yarg. 9.HD. 16.02.2000 t. E.2000/2154 K.2000/1674, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.57

<sup>114</sup> 1475 sayılı İK döneminde 10 gün idi. Ancak kanunun düzenleniş tarzı aynı olduğu için o döneme ilişkin Yargıtay kararları geçerliliklerini koruyacaklardır.

<sup>115</sup> Yarg. 9.HD. 22.12.1986 t. E.1986/10336 K.1986/11452, Çimento İşveren Dergisi, mart-Nisan 1998, s.16 ; Yarg. 9.HD. 25.01.1999 t. E.1999/18896 K.1999/248, GÜNAY, s.1907

<sup>116</sup> Yarg. 9.HD. 07.07.1997 t. E.1997/10289 K.1997/13491 ; Yarg. 9.HD. 26.01.1998 t. E.1998/20372, K.1998/532; Yarg. 9. HD. 30.12.1999 t. E.1999/18058 K.1999/20472, GÜNAY, 1913-1915

<sup>117</sup> Yarg. 9.HD. 09.11.1987 t. E.1987/9505 K.1987/9958, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1989, s.17 ; Yarg. 9.HD. 01.06.1995 t. E.1995/2822 K.1995/19575, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1996, s.13 ; Yarg. 9.HD. 07.05.1997 t. E.1997/ 4185 K.1997/8292, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1998, s.15 Yarg. 9.HD. 27.12.1988 t. E.1988/10085 K.1988/12554, Tez-Koop İş ,s.58-59

<sup>118</sup>Yarg. 9.HD. 17.01.2000 t. E.1999/17566 K.2000/101, İşveren dergisi, Mart 2000, s.18

tarafından işi terk suretiyle feshedildiğinin işverence ispatlanması gerektiği görüşünü ifade etmektedir<sup>119</sup>. Yargıtay tarafların delillerinin fesih olgusunu yeterli şekilde ispata elverişli olmadığı hallerde de, 7- 8 sene gibi uzun süre çalışan bir işçinin, hayatın olağan akışına göre işten ayrılmayacağı kabulünün düşünülebileceği sonucuna varmaktadır<sup>120</sup>. Bu anlamda işveren fesih olgusunu tanık dahil her türlü delil ile ispat yoluna gidebilecektir.

## H - İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlandığının İspatı

4857 sayılı İK.m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü olacaktırlar. Buna ek olarak, işverenler ayrıca işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar.

İK uyarınca, işçi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşılaşması durumunda, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna<sup>121</sup> başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda da Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verip durumu tutanakla tespit edecek ve kararı da işçiye yazılı olarak bildirecektir. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde ise bu talep, işveren veya

<sup>119</sup> Yarg. 9.HD. 18.02.2002 t. E.2001/17550 K.2002/2807, İşveren Dergisi, Haziran 2002, s.18; Yarg. 9.HD. 18.04.1991 t. E.1990/14037 K.1991/7293, Kamu-İş, s.276; Yarg. 9.HD. 10.02.1994 t. E.1993/13907 K.1994/ 2098, Kamu-İş, s.297-298)

<sup>120</sup> Yarg. 9.HD. 12.05.1999 t. E.1999/7611 K.1999/8845, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1991, s.19-20

<sup>121</sup>4857 sy. İK. m.80 "Bu Kanuna göre sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür.İşverenler iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlüdürler."

işveren vekiline yapılacak, işçi tespiti yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilecektir. İşveren veya vekili ise böyle bir talebe yazılı cevap vermek zorunda olacaktır.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yaptığı başvuru sonucunda Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecek ve işçinin çalışmaktan kaçındığı dönem için de ücreti ve diğer hakları saklı olacaktır. Buna ek olarak iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini derhal feshedebileceklerdir.

Kanundaki düzenlemeden anlaşıldığı üzere, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunan işyerlerinde işçinin sözü edilen haklarını kullanabilmesi için, her hangi bir ispat yükü altında bulunmadığı söylenebilecektir. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun işçinin talebi doğrultusunda karar vermesi halinde işçi açısından iddia edilen, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunduğu iddiası en azından Kurul tarafından kabul edilmiş olacak ve işçi 83 üncü maddenin kendisine tanıdığı, işverence tedbirlerin alınmasına<sup>122</sup> kadar çalışmama ya da altı iş günü içinde<sup>123</sup> sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilecektir. Kurulun vermiş olduğu yazılı karar metni de işçinin çıkabilecek bir uyuşmazlıkta kullanabileceği delil niteliğini taşıyacaktır. Böyle bir durumda ancak işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kararına itiraz edip, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin olmadığını ispatlayarak, işçinin söz konusu haklarını kullanmasını engelleyebileceği söylenebilecektir. Bununla beraber, doktrinde yerinde olarak, iş görmekten kaçınma hakkının kural olarak en son başvurulması gereken bir yol olması gerektiği de ifade edilmektedir(SOYER, 2003, s.35).

<sup>122</sup>İşverenler iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlüdürler. m.80/2

<sup>123</sup> Buradaki altı iş gününün başlama tarihinde bir açıklık yoktur. Zira, tedbirler alınmadığı sürece altı işgünlük süre işlemeye başlamayacaktır.Bkz. ŞARDAN, 2004, s.9

Buna karşın iş sağlığı ve güvenliği kurullarının olmadığı işyerlerinde, işçinin talebini doğrudan işveren veya işveren vekiline yapması ve buradan alacağı cevabın işyerindeki fiili olumsuz durumu yansıtmaması durumunda; işçinin yine yukarıda sözü edilen haklarını kullanabilecektir. Ancak sonradan işveren tarafından açılacak bir davada, bu haklarını yerinde kullandığını ispat edebilmesi açısından, iddia edildiği gibi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunduğu işçi tarafından ispat edilebilir olması gerekecektir. Bu anlamda doktrinde işveren veya vekilinin işçinin talebine cevap vermemesi veya olumsuz cevap vermesi durumunda işçinin durumu iş müfettişliği aracılığı ile tespit ettirebileceği ifade edilmiştir. (DEMİR, 2003, s.90). ksi halde madde de sözü edilen hakları kullanan işçi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin bulunduğu sonradan ispat edemeyecek ve işveren karşısında zor durumda kalabilecek hatta özellikle tazminat haklarını kaybedebilecektir<sup>124</sup>.

Diğer yandan iş güvenliği önlemlerini almayan işverenin sorumluluğuna gelince, doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, iş güvenliği önlemlerini almayan işveren iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcunu yerine getirmemiş olduğundan, sözleşmeye aykırı davranmış sayılacak ve bu konuda işverenin sorumluluğu sözleşmeden doğan bir sorumluluk olacaktır. Bunun dışında, işverenin iş güvenliği önlemlerini almamasından doğan zararın tazmini davasının haksız fiil sorumluluğuna (BK.m.41 vd) dayandırılması da yine söz konusu olabilecektir. Nitekim Kanunlarla getirilen esasların uygulanmaması haksız fiil olarak ifade edilebilecektir.(SÜZEK, 2002.348). Bu anlamda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması sonucu bir zarar doğması halinde, işçi zararın tazmini için ister sözleşmeden doğan sorumluluğa, isterse de haksız fiil sorumluluğuna dayanabilecektir..

<sup>124</sup> Nitekim İK.m.96 uyarınca da işçilerin çalıştıkları veya ayrıldıkları işyerleriyle işverenleri hakkında gerçeğe uygun olmayan haberler vererek gereksiz işlemlerle uğraştırılmaları veya işverenleri haksız yere kötü duruma düşürmeye kalkışmaları ve iş müfettişlerinde kendilerinden sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötü niyetli davranışlarda bulunmaları yasaktır.

(SÜZEK, 2002,348; OĞUZMAN 1969,s.339; ÇELİK,2003,s.152-153; SÜZEK, 1985, 238 vd. ; AKIN, 2001, 94 vd.).

Ancak burada işçi tarafından dayanılacak sorumluluk türüne bağlı olarak ispat yükü konusunda bir fark bulunmaktadır. Buna göre, işçi haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açtığı takdirde işverenin kusurunu ispat etmekle yükümlü olacaktır. (BK.m.41) Buna karşın sözleşmeden doğan sorumluluğa dayandığı takdirde ise BK.m.96 uyarınca kusursuzluğunu ispat yükü işverene düşecektir. Bu yüzden doktrinde sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmaktan açık bir feragat olmadıkça, bu tür bir davanın açılmasında hakim tarafından bu davanın sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanan bir tazminat davası sayılmasının menfaatler durumuna ve işçinin korunması esasına uygun düşeceği ifade edilmektedir.(SÜZEK, 2002, s.348). Yargıtay<sup>125</sup> ve doktrinde Yargıtayın görüşüne katılan bazı yazarlar(ÇENBERCİ, 1986, s.710 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 1999, s.123 ; Ayr. Bkz. ÇELİK, 2003, s.153, dn.96 daki yazarlar) ise, İK'daki zararın giderilmesi yönünden beliren düzenleme boşluğunun BK. 96 maddesindeki kusurlu sorumluluk esasıyla doldurulmasının düşünülemeyeceğini ve bu boşluğun kusursuz sorumluluğa dayanan bir anlayış çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

### III - 2821 SAYILI SK'NUN 31 İNCİ MADDESİ KAPSAMINDA İŞ İLİŞKİLERİNDE TARAFLARIN İSPAT YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### A - İşçinin İş Sözleşmesinin "Sendika Üyeliği" Veya "Sendikal Faaliyete Katılma" Nedeniyle Feshedilmesi Durumunda İspat Yükümü

##### 1 - Genel Olarak

2821 sayılı SK. m.31 uyarınca işveren, "işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve çalıştırmaya son verilmesinde" sendikalı sendikasız işçi ayrımı yapamayacak, aksi halde

işçinin "en az bir yıllık ücreti tutarında" bir tazminata mahkum edilecektir.(SK.m.31/3;6 İK.m.5/6)

Bu durumda işverenin bu yükümlülüğe uygun davranıp davranmadığının ispatı, ortada yüklü bir tazminatın bulunması sebebiyle uygulamada büyük önem taşımaktadır. Sendikal ayrımcılığın söz konusu olduğu uyuşmazlıklar iki ayrı grupta toplanabilecektir. Bunlardan ilk grup, sendikal nedenle iş ilişkisinin sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklardır. İkinci grup uyuşmazlıklar ise, işin sevk ve dağıtımına ilişkin sendikal nedenle yapılan ayrımcılık iddialarıdır.Bu iki tür uyuşmazlık halinde ispat yükü farklılık göstermektedir.

#### 2 - İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçilerin İş Sözleşmesinin "Sendika Üyeliği" Veya "Sendikal Faaliyete Katılma" Nedeniyle Feshedilmesi Durumunda İspat Yükümü

Sendikal ayrımcılık sebebiyle yapılan fesihlerde uygulamada 4773 sayılı Kanun ile SK'da yapılan değişikliği takiben 4857 sayılı İK'nun da yürürlüğe girmesi ile ispat konusunda iş güvencesi kapsamına giren işçilerle girmeyen işçiler arasında önemli bir farklılık ortaya çıkmıştır.

Bilindiği üzere 2821 sayılı SK'nun 31 inci maddesine 9/8/2002 tarihinde 4773 sayılı Kanununun 10 md maddesi ile yapılan ek ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır.

Yani bu hüküm uyarınca iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerce işverence sendikal nedenle feshin yapıldığının iddia edildiği hallerde, işçinin iş sözleşmesinin "sendika üyeliği" veya "sendikal faaliyete katılma" nedeniyle feshedilmediğinin ispat yükü işverende olacaktır. Bu değişiklik yapılmadan önce, böyle bir durumda tüm işçiler için ispat yükü işçi üzerindeydi. Ancak bu dönemde olayların kronolojik sırası ya da işçi tarafından ileri sürülen bazı karineler feshin sendikal sebeple yapıldığı ihtimalini arttırıyorsa ispat yükünün yer

<sup>125</sup> Yarg. 9:HD. 09.10.1984 t. E.1984/7290, K.1984/8685, TÜTİS, Ocak 1985, Yarg. 9:HD. 04.07.1985 t. E.1985/4294 K.1985/7382, YKD, Eylül 1986, s.1329-1382 ; YHGK. 28.10.1983 t. E.1981-9-110, K.1983/1044, YKD. Mart 1984, s.347-349

değiştirerek işverene yüklenmesi gerektiği savunulmaktaydı (ŞAHLANAN, 1993, 119 ; KUTAL, 1989, s.705, Ayr. Bkz. TUNCAY, 1975, s.78-79.) Yeni düzenlemeden sonra, doktrinde, Sendikalar Kanununda yapılan değişiklikle en azından sadece iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri kapsasa da işçilerin büyük zorluklarla karşılaştığı “feshin bildirimının” sendikal nedenlerle yapıldığına ilişkin ispat külfetinin işverene yüklenmesinin, ileri demokratik ülkelerdeki temel iş hukuku ilkesine uygun düştüğü ifade edilmektedir. (DEMİR, 2003, s.240). Bu durumda işveren, işçi tarafından açılan ve iş sözleşmesinin “sendika üyeliği” veya “sendikal faaliyete katılma” gibi bir sebeple feshedildiğine ilişkin bir davada, mahkemece sendikal tazminata mahkum olmamak için feshin “sendika üyeliğine” ya da “sendikal faaliyete katılma” gibi bir nedenle yapılmadığını her türlü delil ile ispat yoluna gidebilecektir. İşveren uygulamada bu gibi hallerde ileri sürebileceği bir haklı sebep olmaması durumunda, genellikle işyerinin ekonomik durumuna dayanmakta, söz konusu feshin ekonomik sebeplerle zorunlu olarak yapıldığını iddia etmekte, bu iddiasını mevcut toplu iş sözleşmelerini ve şirket bilançolarını mahkemeye sunarak ispat yoluna gitmektedir. Yargıtay da prensip olarak iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine ilişkin olarak açılmış davalarda, ekonomik sıkıntı içine düşen işverenin, toplu iş sözleşmesi yükünü azaltmak amacıyla tazminatlarını ödeyerek sendikal işçileri işten çıkarabileceğine ve bunun da, sendikal nedenle feshe konu oluşturmayacağına karar vermekte ve bu durumda işyerinin bilançosunun gelir ve giderlerinin araştırılmasının zorunluluğuna dikkat çekmektedir.<sup>126</sup> Yargıtay bu anlamda, işveren tarafından işten çıkarmanın sebebi olarak ekonomik sıkıntı, talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebepler ileri sürüldüğünde, işyerinden işçi çıkarmadan önce fazla çalışmaların kaldırılıp, kaldırılmadığı, işçinin rızası ile çalışma sürelerinin kısaltılıp, işin zamana yayılıp yayılmadığı, kısaca feshin en son çare olarak düşünülüp düşünülmediğini dikkate almakta, işyeri belgelerinden bu durumun anlaşılması ve aksi

<sup>126</sup> Yarg. 9.HD 22.01.2002 t. E. 2001/18794 K. 2002/548, Tekstil İşveren dergisi, Mayıs 2002, S.269

durumun tespit edilmesi halinde işverence yapılan feshin sendikal sebeple fesih olduğuna karar<sup>127</sup> vermektedir.

### 3 - İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçilerin İş Sözleşmesinin “Sendika Üyeliği” Veya “Sendikal Faaliyete Katılma” Nedeniyle Feshedilmesi Durumunda İspat Yükümü

Bilindiği üzere İK. m. 18 uyarınca iş güvencesi kapsamı içerisine giren belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli feshi ancak geçerli bir sebebin varlığı koşuluyla söz konusu olabilecektir. Diğer yandan yine İK.’nun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispat yükümü işverene aittir. Ancak işçi feshin bir başka sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.

İşte bu düzenleme uygulamada iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler aleyhine sorun yaratabilecek bir niteliktedir. Zira işveren iş güvencesi kapsamındaki bir işçiyi asıl neden sendika üyeliği olmasına rağmen başka bir gerekçe göstererek işten çıkardığında, yukarıdaki kanun hükmü gereği işveren iddia ettiği geçerli sebebi ispatlamakla yükümlü olacak, buna karşın işçi iş sözleşmesinin feshi sebebinin sendikal ayrımcılık olduğunu iddia ettiği takdirde, bu kez bunu kendisi söz konusu madde hükmü uyarınca ispat etmek zorunda olacaktır. Görüldüğü üzere burada iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından ispat yükü açısından ciddi bir fark yaratılmıştır.

Kanımızca buradaki aksaklık İK. m. 5’ten yararlanmak suretiyle çözülebilecektir. Söz konusu madde işverenin eşit davranma yükümünü düzenlemektedir. Madde de getirilen ayrımcılık yasakları arasında her ne kadar sendikal ayrımcılıktan bahsedilmese de “2821 sayılı SK.’nun 31 inci maddesi hükümlerinin saklı olduğundan” bahsedilmektedir. Bu durumda iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin, işe iade davasında işverenin ileri sürdüğü başka bir geçerli sebep karşısında, sendikal ayrımcılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia etmesi durumunda; İK. m.5’in son fıkrasında yer alan “ işverenin eşit davranma yükümüne aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak

<sup>127</sup> Yarg. 9.HD. 08.07.2003 t. E. 2003/12442 K 2003/13123 Çimento İşveren Dergisi Kasım 2003sayı 6 Cilt 17



işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur " kuralı devreye sokulabilecek ve güçlü emareler varsa işverenin sendikal ayrımcılık yapmadığını ispat etmesi istenebilecektir.

B -"Sendika Üyeliği Veya Sendikal Faaliyetler" Nedeniyle İşçinin Farklı Muameleye Tabi Tutulması Durumunda İspat Yükümü

Sendikal sebeble fesih durumunun aksine, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmeden "sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler" nedeniyle işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret ikramiye primlerinde<sup>128</sup>, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bir ayırım yapılması veya herhangi bir farklı muameleye tabi tutulması iddiasıyla açılan davalarda ise, ispat yükü işçidedir. Uygulamada işçinin bu tür durumlarda farklı muameleyi ispat etmesi gerçekten çok güçtür. Zira Yargıtay bu tür davalarda tanık beyanlarını kişisel kanaat olarak değerlendirmekte, iddianın somut olaylarla ispatını aramaktadır.<sup>129</sup> Hatta Yargıtay, tanık beyanlarıyla yetinmeyip, iş müfettişi, tahkikat evrakı ve işyeri bilançosunun dahi incelenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>130</sup>. Kaldı ki, söz konusu iddiaların tanık beyanlarıyla ispatlanabileceği düşünülse bile, işçinin aynı işyerinde çalışan diğer işçileri tanık olarak göstermesi durumunda, bu işçilerin işverenin etkisi olmaksızın ne derece özgür ifade verebilecekleri de şüphelidir. Nitekim

<sup>128</sup> Toplu iş sözleşmesi ile yapılanlar dışında

<sup>129</sup>" tanık beyanlarında somut bir olaydan söz edilemiyorsa, yeterli olmayan bu beyanlara dayanılarak tazminat hükmedilemeyeceğine" Yarg. 9.HD.01.10.1992 t. E.1992/3250 K.1992/10598, İşveren dergisi, Kasım 1992, s.16; Yarg. 9.HD. 11.04.1991 t. E.1991/14559 K.1991/7504, Yarg.9.HD. 03.05.1991 t. E.1991/363 K.1991/8030, Yarg. 9.HD. 17.10.1995 t. E.1995721186 K.1995/31706 ; Yarg. 9.HD.08.10.1991 t. E.1991/7678 K.1991/12980, Kamu-İş Yargıtay Kararları(1990-1995), s.442-444-457 ;Yarg. 9.HD. 25.01.1993 t. E.1993/6488 K.1993/916, İHD. Ocak-Mart 1993, s.137 ; Yarg. 9.HD. 24.04.1993 t. E.1993/12487 K.1993/7212, Kamu-İş Yargıtay Kararları, s.453 ; Yarg. 9.HD. 20.06.1995 t. E.1995/10865 K.1995/22346, Tekstil İşveren dergisi, Nisan 1996, s.14 ; Yarg. 9.HD. 21.05.1997 t. E.1997/5603 K.1997/9635, Çimento işveren dergisi, Temmuz 1997, s.21 ; Yarg. 9.HD. 27.01.1999 t. E.1999/19528 K.1999/464, İşveren Dergisi,Mart 1999, s.17 ; Yarg. 9.HD.04.05.1999 t. E.1999/4501 K.1999/8394, YKD. Ocak 2000, s. S.48 ; Yarg. 9.HD. 24.11.1999 t. E.1999/14887 K.1999/17913, Kamu-İş Bülteni, Ocak-Şubat 2000, s.6

<sup>130</sup>Yarg. 9.HD. 03.06.1997 t. E. 1997/5601 K.1997/10630, YKD., Kasım 1997, s.1728

HUMK. m.246 uyarınca da, tanığın kendisin ya da yakın hısımlarının menfaati dolayısı ile de tanıklıktan çekinmesi mümkün olabilecektir. Yani, tanıklık, tanığın kendisine ve yakın hısımlarından birine doğrudan mali bir zarar verecek ise, tanık gösterilen kişi, tanıklık etmekten çekinebilecektir. Tanıklıktan çekinen kimse, çekinme sebebini ve delilini dinleneceği günden önce zabıt katibine yazdırmak suretiyle mahkemeye bildirmek zorundadır. Tanığı göstermiş olan taraf onun çekinme beyanını kabul etmez ise, hakim iki tarafı dinleyip bu konudaki delili inceledikten sonra, tanığın çekinme isteği hakkında karar verecektir (HUMK. m. 251). Diğer yandan tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın bu hakkını kullanmayıp tanıklık edebileceği de şüphesizdir.

Bu durumda, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle işçinin farklı muameleye tabi tutulması durumunda işçinin üzerinde olan ispat yükünün zorluğu göz önüne alındığında, doktrinde yukarıda da sözünü ettiğimiz 4773 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce sendikal sebeple fesih durumunda, işçinin ispat yükümüne ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlerin, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle işçinin farklı muameleye tabi tutulması durumunda da geçerli olabileceği ifade edilebilecektir. Buna göre, olayların kronolojik sırası, meydana gelişi, söz konusu farklı muamelenin sendikal sebeple yapıldığı ihtimalini arttırıyorsa bu takdirde, işçi lehine bir karine doğduğunun kabulü ve bu durumun aksini ispat yükünün işverene düşmesi gerektiği söylenebilecektir (karş. ŞAHLANAN, 1993, s.119 ). Bu anlamda, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle farklı muameleye tabi tutulduğuna ilişkin ortaya bazı karineler koyması durumunda, hakimin ispat yükünü ters çevirerek farklı muamelenin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler sebebiyle olmadığını ispat yükünü işverene yüklemesi gerekeceği( karş. KUTAL, 1989, 503) veya sendikal faaliyet dolayısı ile işçinin farklı muameleye tabi tutulduğu kanısını uyandıran objektif sebeplerin varlığı halinde, işçinin sadece bunların varlığını ispat etmesinin yeterli olacağı, buna karşılık işverenin ise işçinin bu sebeplerden dolayı farklı muameleye tabi tutulmadığını ispat etmesi gerektiği (TUNCAY, 1975, s.78-79) görüşleri geçerliliklerini koruyacaklardır.

Buna göre, işçinin gösterdiği olaylar ve ileri sürdüğü nedenler, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle farklı muameleye tabi tutulduğu ihtimalini arttırıyorsa, işveren de

görünürdeki bu durumun aksini ispat edemiyorsa, işverenin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle farklı muamele yaptığının ispatlandığı kabul edilebilecektir. Nitekim eşit davranma ilkesini düzenleyen ve SK. m.31 hükümlerini saklı tutan İK.m.5/son hükmü de, işverenin eşitlik ilkesine aykırı davrandığını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğunu belirttikten sonra, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması durumunda, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağını belirterek, doktrinin ve bizim SK.m.31 kapsamında ulaştığımız sonucu, İK. m.5 kapsamında da benimsemiştir.

Diğer yandan, hakim tarafından her somut olayda işverenin gerçek amacının araştırılması ve söz konusu muamelenin işçinin sendikal haklarına yönelik olduğuna vicdani kanaat edinilmesinden sonra (AY.m.138/1), sendikal tazminata karar verilebilecektir. (KUTAL, 1989, 502, ÇENBERCİ, 1986, s.320 ; SÜMER, 1997, 124). Bununla beraber sendikal tazminata hak kazanabilmek için, işçinin, işverence sendika üyeliği veya sendikal faaliyetler nedeniyle farklı muameleye tabi tutulduğunu ya da sendikal sebeple farklı muameleye tabi tutulduğu ihtimalini arttıracak olayların varlığını, her türlü delil ile ispatlaması yeterli olacak buna karşın, tazminatın medeni ceza niteliği (ÇENBERCİ, 1984, s.261; OĞUZMAN, 1955, s.282; TUNCAY, 1975, s.76 ; NARMANLIOĞLU, 1998, s.285) dolayısı ile her hangi bir zarara uğradığını ispatlaması gerekmeyecektir (SÜMER, 1997, s.125).

## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ispat yükü olarak ifade edilen, bir uyuşmazlıkta taraflar arasındaki çekişmeli olayın kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği kuralı, çalışma hayatına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde de büyük önem taşımaktadır.

Kural olarak iş uyuşmazlıklarında genelde davacı taraf iddiasını ispat etme yükümü altında olacaktır. Hakim kural olarak resen istediği delile başvuramayacaktır. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan sınırlı düzenlemeler içerisinde hakime dava ile ilgili re'sen araştırma görev ve yetkisi verilmiş olmamasına rağmen; hakimin, taraflarca bildirilmeyen olayları kendiliğinden göz önüne alamaması, kendisinin delil toplayamaması ve re'sen istediği her delile başvuramaması genel

kuralına aykırı olarak uygulamada, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemelerin nitelikçe kamu düzeniyle ilgili, tarafların istemlerine bakmaksızın resen yerine getirmesi gereken hususlardan olduğu gerekçesi ile hakim resen araştırma yapabilmekte ve bu durum Yargıtayca ve doktrinde bir çok yazarca kabul edilmektedir. Ancak diğer yandan, iş hukukunun kendine özgü esasları ve uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak çözümlenmeye gidilirken, hukuk yargılaması usulünün genel ilkeleri ve ispat kurallarının ihlal edilmemesi gerektiği notasına da yine doktrinde dikkat çekilmektedir.

İspat yüküne ilişkin genel kural 4857 sayılı İK uygulaması açısından da geçerli olmakla beraber, 4857 sayılı İK. istisnalara da yer vermiş ve bazen işçi lehine bazen de işveren lehine olmak üzere kanun hükümlerinde ispat yükümlülüğünü doğrudan taraflara yüklemiş bulunmaktadır. Buna göre, 4857 sayılı İK'nun açıkça düzenlemiş olduğu durumlarda, davacının kim olduğuna bakılmaksızın ispat yükü Kanunda belirtilen tarafta olacaktır

4857 sayılı İK m.8/1 uyarınca, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi olmayan iş sözleşmesinin varlığını ispat yükü davacıda olacaktır. Doktrinde bir kısım yazarca, süresi belirli olsun, olmasın, iş sözleşmesindeki ücret tutarının HUMK m.288'deki sınırı (400 milyon TL) aşması halinde, sözleşmenin ancak yazılı belgeyle ispatlanabileceği görüşü ileri sürülmesine karşın, bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, HUMK m.288'deki kuralın istisnalarının arasında, her ne kadar İş Hukuku alanındaki uyuşmazlıklar sayılmamışsa da, iş uyuşmazlıklarının kendine özgü nitelikleri göz önüne alındığında, kuralın katı bir biçimde uygulanmasının adaletli olmayacağıdır. Buna göre, ortada yazılı bir iş sözleşmesinin olmadığı hallerde, bir iş sözleşmesinin varlığına delalet eden ve iş sözleşmesinin olmadığını iddia eden kişi tarafından verilmiş olan belgeler söz konusu ise, iş sözleşmesinin varlığının ücret miktarına bakılmaksızın tanıkla ispat edilebileceği ifade edilebilecektir..

Diğer yandan İş Kanununa tabi belirli süresi bir yıl veya daha uzun olan sürekli iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil şartının geçerlilik değil, ispat şartı olduğu kabul edilebilecek ve yazılı şekil şartına uyulmaksızın yapılan iş sözleşmeleri geçerli sayılacak ancak, yazılı belgeyle ispatlanamayan bir yıl ve daha uzun süreli belirli süreli sözleşmeler, belirsiz süreli olarak kabul edilebilecektir. Bunun gibi,

kanunda belirtilmemekle beraber kanımızca deneme süreli iş sözleşmelerinin de ispat şartı olarak yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Bu anlamda bir sözleşmenin deneme süresi içerdiğini iddia eden taraf bunu mutlaka yazılı bir belge ile ispatlamak zorunda olmalıdır. Bunu ispatlayamadığı takdirde de, sözleşmenin deneme kaydı içermeyen süresi belirsiz iş sözleşmesi olduğu ifade edilebilecektir. Çağrı üzerine çalışma ve ödünç(geçici) iş sözleşmeleri ise 4857 sayılı Kanun uyarınca yazılı olarak yapılacaktır ve ancak yazılı belge ile ispat edilebileceklerdir. Yine takım sözleşmesi ve rekabet yasağı sözleşmesi de yine Kanun gereği yazılı yapılmadıkça geçerli olmayacak varlıkları ancak yazılı sözleşme ile ispat edilebilecektir.

İşçinin ücret alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda ise, ücretin ödendiğini ispat yükü işverene ait olacak ve işveren kural olarak işçinin imzasını taşıyan bordro ve diğer belgelerle ödemenin yapıldığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Diğer yandan, fazla çalışma iddiasının işçi, fazla çalışma ücretinin ödendiği yolundaki iddianın da işveren tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. İşçinin yaptığı fazla çalışmayı tanıkla ispatlaması mümkün olduğu halde, işverenin fazla çalışma ücretini ödemediğini tanıkla değil yazılı belge ile ispatlaması gerekmektedir. Bunun gibi, hafta tatilinde çalışıldığının ispat külfeti işçiye ait olacak ve işçi bu çalışmasını tanıkla ispat edebilecektir. Buna karşın, hafta içinde bir gün izin verildiğinin ve ücretinin ödendiğinin ispat külfeti ise işverene ait olacak ve işveren bu durumu yazılı belge ile ispatlayacaktır..

Yıllık ücretli izin konusunda ise, yıllık ücretli iznin kullandırıldığının ispat yükü işverene ait olacaktır. Yıllık ücretli iznin kullandırıldığının ispatı işverene düştüğü gibi, iznin kullanıldığı tanık sözleriyle ispatlanamayacak ancak usulüne uygun tutulmuş yazılı belge ile ispatlanabilecektir. Yıllık izin süresine ilişkin ücretin ödenmesinin ispatı da yine aynı şekilde işveren tarafından yazılı belge ile yapılabilecektir.

İşverenin eşit işlem borcuna aykırı davranması durumunda ise, bu ayrımcılığın İK.m.5/7 uyarınca işçi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. İşçi her türlü delil ile bu iddiasını ispat edebilecektir. Ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

İş sözleşmesinin feshi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda da ispat konusu büyük önem taşımaktadır. Öncelikle bildirimli fesih hallerinde bilindiği üzere işçinin iş güvencesi kapsamına girip girmediğine göre İK. farklı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre işçi iş güvencesi kapsamı dışında ise, taraflar iş sözleşmelerini bildirimli fesihle feshediyorlarsa her hangi bir sebep göstermek zorunda olmadıkları gibi sonradan da her hangi bir sebebi ispat yükü altında değillerdir. Buna karşın işçi iş güvencesi kapsamına giriyorsa, bu kez işveren işçinin iş sözleşmesini bildirimli olarak feshedecekse işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebine dayanmak ve bu geçerli sebebi, uyuşmazlığın mahkemeye intikali halinde ispatlamakla yükümlü olacaktır. İş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde ise, haklı sebebe dayanan taraf haklı sebebin varlığını ispatla yükümlü olacaktır.

Sendikal sebeple feshin söz konusu olduğu hallerde ise, işçi iş güvencesi kapsamında değil ise, açılacak bir davada işveren feshin sendikal sebeple olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. İş güvencesi kapsamındaki işçi açısından ise, İK. m.5/son hükmü devreye sokularak işverence ileri sürülen sebebe karşın işçi tarafından iddia edilecek sendikal ayrımcılığın ispatı bir nebze kolaylaştırılabilecektir.

Buna karşın feshin sendikal sebep dışında, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçiye karşı kötüniyetle yapılması durumunda ise kötüniyetin varlığını iddia eden işçi bunu ispatlamakla yükümlü olacaktır. Bunun gibi, fesih olmaksızın sendikal sebeple farklı muamele iddiasının da, yine işçi tarafından ispatı gerekecektir.

Bu arada iş sözleşmesinin bildirimli feshinde, yapılacak bildirim yazılı olması, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler açısından ispat şartı olacak, iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından ise geçerlilik şartı olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AKI, Erol(2003) ; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2003
- ALAGONYA, Y(2003); Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003
- AKYİĞİT, E.(1990), Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990
- AKYİĞİT, E.(2000) Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000
- AKYİĞİT, E(2001), İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001
- ALANGOYA, Y.(1979) Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979
- ALPAGUT, G.(1998) ; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998
- ALPAGUT, G.(2004) ; 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, MERCEK, Ocak 2004, Y.9, S:33, s.73-92
- ATALAY, O(1999); Emare İspatı, MBD, Temmuz 1999, Y:18, S.70, s.17 vd.
- BAŞARLIO. / TEZMEN, N(1961) ; Notlu İzahlı İş Hukuku ve Sigorta Mevzuatı, İstanbul 1961
- BECKER-EBERHARD, E.(Çev. Kamil YILDIRIM)(1999) Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İstanbul 1999, s.18
- BİRBEN, Erhan ; ÖKTEM Sezgi(2001) ; İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan C:2, Beta Yayınları İstanbul 2001, s. 1076-1144
- BOZKURT, A.(1999) İş Yargılaması Usulü Hukuku, Ankara 1999
- CENTEL, T.(1994),İş Hukuku, Cilt-I, Bireysel İş Hukuku,İstanbul 1994
- ÇELİK, N.(2003), İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2003
- ÇENBERCİ, M (1969); İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969
- ÇENBERCİ, M.(1986), İş Kanunu Şerhi, Altıncı Bası, Ankara 1986
- ÇİL, Şahin(2004) ; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:7, 2004, S.3, s.129-159
- DEMİRCİOĞLU, M(1998).; Sorularla Çalışma Mevzuatı El Kitabı, İTD., Yayın No:46, İstanbul 1998
- DEMİR, Fevzi ; Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Eylül 2003 İzmir
- DÖNMEZ, K.Y(1998).; İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 1998
- EKMEKÇİ, Ö.(1996) ;Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996
- EKONOMİ, M.(1987), İş Hukuku, Cilt-I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987
- ELBİR, H. K.(1987) İş Hukuku, Yenilenmiş 9'uncu Baskı, İstanbul 1987

- ERTÜRK, E.(1999) Sosyal Sigortalar Kanununun Uygulanması, Ankara 1999, s.583
- ESENER, T.(1973) ,İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No.315, Ankara 1973
- EYRENCİ, Ö(1985); Ücret ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1985
- GÜNAY, C. İ(2000) ; İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000
- GÜVEN,E/AYDIN, U.(1998);İş Hukuku, Eskişehir 1998
- HATEMİ, H.(1976);Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976
- İZVEREN, A / AKI,E. (1999); İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C.1, İzmir 1999
- KAPLAN, E.(1987) ; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987
- KARAFAKİH, İ H.(1952) Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952
- KESER, Hakan (1999); Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Kamu-İş, Temmuz 1999, C.5, S.4, s. 101-126
- KESER, Leyla (2001); İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. Mahmut Birsel'e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s.231-253
- KILIÇOĞLU, M, İş Kanunu Şerhi, Ankara (tarihsiz)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N(1968) ; Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul 1968
- KURU, B.(1997) Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4 5. Bası, İstanbul 1997
- KURU, B.(2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:II, İstanbul 2001
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder(2003), Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2003
- KURU, BAKİ(2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001
- KUTAL, M (1973); Türkiye'de İşyeri seviyesinde İşçi İşveren İlişkileri, Ankara 1973
- KUTAL, M.(1987), Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1985 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1987
- KUTAL, M.(1989) ; "Sendika Özgürlüğünün Korunması" Açısından Yargıtayın türk İş Hukukunun Gelişmesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, C.15, S.1-4, 1989
- NARMANLIOĞLU, Ünal(1988), İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1986 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988,
- NARMANLIOĞLU, Ünal(1998) ; İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998

- ODAMAN, Serkan(2003) ; İşveren Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003
- ODAMAN, Serkan(2004) ;Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları, Çimento İşveren dergisi, C.18, S:2, Mart 2004, s.4-15
- OĞUZMAN, M. K., Öz, T.(2000), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000
- OĞUZMAN, M.,K.(1966) Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İÜHF, Cilt-32, Sayı:1-4, İstanbul 1966
- OĞUZMAN, M. K.(1955) ; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Aktinin Feshi, İstanbul 1955
- OĞUZMAN, M.K.(1988) Yargıtayın 1986 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1988
- SARISÖZEN, İ.(1981) İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Akif Erginay'a Armağan, Ankara 1981, s.220-241
- SERİM, E;(1997) Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999
- SEVİMLİ, Ahmet(2003) ; İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı, Çimento İşveren Dergisi,Mart 2003, C.17, S.2, s.11-24
- SOYER, M. Polat(1999) ; Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın 1997 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1999
- SOYER, M. Polat (1994); Rekabet Yasağı Sözleşmesi, (BK.m.348-352) Ankara 1994
- SOYER, M. Polat(2003) ; 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş Bolu, 12-13 Temmuz 2003
- ŞAHLANAN, Fevzi(1993) ; Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993
- ŞARDAN, Serdar(2004) ; Yeni İş Kanunu İle Birlikte İş Sağlığı ve Güvenliği Konusuna Getirilen Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, C.18, S.1, Ocak 2004, s.4-11
- TEKİNAY S. S. / AKMAN, S. / BURCUOĞLU, H. / ALTOP, A.(1993); Tekinay Borçlar Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993
- TUĞ, A(1979); Türk Özel Hukukunda Şekil, Trabzon 1979
- TUNCAY, A.C.(2000); Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2000
- TUNCAY, A.C.(1975) ; İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975

- TUNCAY, A. Can(2003) ; İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İstanbul 2003
- TUNÇOMAĞ, K. / CENTEL, T.(1999), İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999
- TUNÇOMAĞ, K.(1986), İş Hukuku, Cilt-I, Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, Dördüncü Bası, İstanbul 1986
- ULUCAN, D(2003) ; 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, s.40-91
- UMAR,B./ YILMAZ(1980), E. İspat Yükü, 2. Baskı, İstanbul 1980
- URCAN ; Gülümden(2004) ; Bireysel İş uyuşmazlıklarında Senetle İspat ; 75 Yaşgünü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, TBB, Ankara 2004, s.767-815
- ÜSTÜNDAĞ, S.(1997) Medeni Yargılama Usulü, C:1-2, 6.Bası, İstanbul 1997,
- YAVUZ, C.(2000), Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler),İstanbul 2000