



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Büşra DİŞCİOĞLU

İŞÇİLİK ALACAKLARINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA
KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Büşra DİŞCİOĞLU

İŞÇİLİK ALACAKLARINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA
KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM

Danışman

Doç. Dr. Nedim MERİÇ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Büşra DİŞCİOĞLU'nun bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışman) : Doç. Dr. Nedim MERİÇ (İmza)

Üye : Dr. Faruk Barış MUTLAY (İmza)

Üye : Dr. Ramazan KORKMAZ (İmza)

Tez Başlığı: İşçilik Alacaklarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Karineye Dayalı Makul İndirim

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 28/06/2021

Mezuniyet Tarihi : 26/08/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İşçilik Alacaklarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Karineye Dayalı Makul İndirim” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Büşra DİŞCİOĞLU





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-SOYADI	Büşra DİŞCİOĞLU
Öğrenci Numarası	20175225012
Enstitü Ana Bilim Dalı	Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora
Danışmanının Unvanı, Adı-SOYADI	Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Tez Başlığı	İşçilik Alacaklarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Karineye Dayalı Makul İndirim
Turnitin Ödev Numarası	1633312101

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 90 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 19/08/2021 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 13

alıntılar dahil % 23 'tür

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.19/08/2021

Doç. Dr. Nedim MERİÇ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iii
ÖZET	iv
SUMMARY	v
ÖNSÖZ	vi

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ VE KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM

1.1. Hâkimin Takdir Yetkisi	1
1.1.1. Genel Olarak	1
1.1.2. Hâkimin Takdir Yetkisinin Kapsamı ve Bulunduğu Haller.....	2
1.1.3. Hâkimin Takdir Yetkisinin Sınırları	3
1.1.3.1. Hukuka Uygunluk	4
1.1.3.2. Hakkaniyete Uygunluk.....	6
1.2. Karineye Dayalı Makul İndirim.....	7
1.2.1. Tanım ve Kavram.....	7
1.2.2. Karineye Dayalı Makul İndirim Uygulamasında İlkeler.....	13
1.2.2.1. Amaca Uygunluk İlkesi.....	13
1.2.2.2. Hakkın Özünü Ortadan Kaldırmama İlkesi.....	15
1.2.3. Karineye Dayalı Makul İndirim Kavramının Hâkimin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi.....	19

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİLİK ALACAKLARINDA KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM

UYGULAMASI

2.1. İşçilik Alacağı Kavramı ve Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabilirliği	25
2.1.1. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanamadığı İşçilik Alacakları.....	25
2.1.1.1. Ücret	25
2.1.1.2. Kıdem Tazminatı.....	28
2.1.1.3. İhbar Tazminatı	31

2.1.1.4. Kötü Niyet Tazminatı	33
2.1.1.5. Sendikal Tazminat	34
2.1.1.6. Ayrımcılık Tazminatı	37
2.1.1.7. İş Güvencesi Tazminatı	39
2.1.1.8. Haksız Fesih Tazminatı	42
2.1.1.9. Yıllık İzin Ücreti	44
2.1.2. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabildiği İşçilik Alacakları	46
2.1.2.1. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti	47
2.1.2.2. Fazla Çalışma Ücreti	48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİMİN UYGULAMADAKİ YERİ

3.1. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar	59
3.1.1. Fazla Çalışma, Hafta Tatili, UBGİT Alacaklarının Varlığı.....	59
3.1.2. İspatın Tanık Anlatımlarına Dayanması	59
3.1.3. Karineye Dayalı Makul İndirim İlkelerine Uygun Olması	63
3.2. Karineye Dayalı Makul İndirim Oranının Belirlenmesi	64
3.3. Uygulamada Bilirkişilerin Karineye Dayalı Makul İndirim Oranını Belirlemesi Sorunu	71
3.4. İşçilik Alacağına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Karineye Dayalı Makul İndirim Değerlendirmesi	75
3.5. Karineye Dayalı Makul İndirim Uygulanan Alacaklar Bakımından Vekalet Ücreti Değerlendirmesi.....	81

SONUÇ	85
--------------------	-----------

KAYNAKÇA.....	89
----------------------	-----------

Ö Z G E Ç M İ Ş	97
------------------------------	-----------

KISALTMALAR LİSTESİ

ANY	: 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BİK	: 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
BK	: 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DİK	: 854 sayılı Deniz İş Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
EİK	: 1475 sayılı Eski İş Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
STSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UGBT	: Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti
vd.	: ve devamı/ ve diğerleri
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBHKG	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

ÖZET

Hukukumuzda Yargıtay içtihatlarıyla fazla çalışma ve ulusal bayram, genel tatil ücreti alacakları bakımından uygulama alanı bulan “karineye dayalı makul indirim” kavramı yasal bir dayanağa sahip değildir. Bu noktada, hâkimlerin TMK madde 4 hükmüyle takdir yetkisine haiz kılınması ve böylece hakkaniyete göre karar verme olanağının tanınmış olduğu göz önüne alındığında karineye dayalı makul indirim uygulamasının TMK madde 4 ile hüküm altına alınan hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmaya muhtaçtır. Yine indirimin uygulama alanı bulduğu işçilik alacakları bakımından; talep edilen alacağın ispatı, bu hususta hâkimin delilleri değerlendirmesi, indirim oranının belirlenmesinde göz önüne alınacak hususlar ile alacağa ne oranda indirim uygulanacağı, işçilik alacağına uygulanan indirim oranı nedeniyle alacağın reddedilen kısmı için vekalet ücretinin doğup doğmayacağı hususları bakımından uygulamada boşluklar bulunmaktadır. Bununla birlikte karineye dayalı makul indirim oranının bilirkişilerce belirlenmesi ve indirimin uygulanması halinde hükmedilecek olan tutarın da bilirkişi raporunda belirtilmesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin takdir yetkisi, hakkaniyet indirimi, karineye dayalı makul indirim, işçilik alacakları.

SUMMARY
REASONABLE REDUCTION BASED ON PRESUMPTION ON DISPUTES
RELATED TO LABOR RECEIVABLES

The concept of "reasonable reduction based on presumption" has been applied in terms of overtime wage, remuneration for national and public holidays has no legal basis in Turkish law but the Supreme Court practice. Considering that judges have discretionary power with the provision of Article 4 of the Turkish Civil Code that allowing judges to make decisions based on equity is taken into account, it needs to be discussed whether the application of equitable reduction can be evaluated within the scope of the discretion of the judge which is governed by Article 4. On the other hand, there are gaps in practice in terms of labor wages where the reduction is applicable regarding proof of claimed unpaid wages, judge's evaluation of evidence, issues to be taken into account in determining the reduction rate, how much reduction will be applied and, whether an attorney's fee will arise for the rejected part of the wage due to applied reduction rate. In addition, another problem arises regarding the rate of reduction is determined by experts and the amount to be awarded in case of reduction is specified in the expert report.

Keywords: Discretion of the judge, equity reduction, reasonable reduction based on presumption, labor wages.

ÖNSÖZ

Hukukumuzda hâkim; zararın, tazminatın yahut indirim oranının belirlenmesi gibi hallerde takdir yetkisi ile donatılmış ve bu kapsamda da hâkime, hakkaniyete göre karar verme olanağı tanınmıştır. Bununla birlikte İş Hukuku kapsamında karşımıza çıkan “karineye dayalı makul indirim” kavramı ise fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından uygulama alanı bulan; yasal bir dayanağa sahip olmayıp Yargıtay kararları ile yerleşik içtihat halini alarak hukukumuzda yer edinmiştir. Tez çalışmamız, karineye dayalı makul indirim uygulamasının dayanağı, hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ile çözüm önerilerini kapsamaktadır.

Birinci bölümde; Türk Medeni Kanunu madde 4 ile hâkime tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve sınırları açıklanmış, karineye dayalı makul indirim kavramının tanımına ve ilkelerine yer verilerek “karineye dayalı makul indirim” teriminin yerindeliği tartışılmıştır. Bölüm sonunda karineye dayalı makul indirim kavramı, hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilerek indirim uygulamasının hâkimin takdir yetkisiyle hangi yönlerden örtüştüğü ve ayrıştığına ilişkin görüşlerimize yer verilmiştir.

İkinci bölümde; karineye dayalı makul indiriminin işçilik alacakları bakımından uygulanabilirliği ele alınmıştır. İşçilik alacakları, karineye dayalı makul indirimin uygulanıp uygulanmadığına göre sınıflandırılmış, her bir işçilik alacağının tanımı, özellikleri ve ispat faaliyetleri ele alınarak indirime uygunluğu değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde ise; karineye dayalı makul indirimin uygulanabilmesi için hangi şartların var olması gerektiği, indirim oranının belirlenmesi noktasında hâkimin delilleri değerlendirmesi ve oranın belirlenmesi hususları ele alınmıştır. Bununla birlikte uygulanan indirim oranı nedeniyle alacağın reddedilen kısmı için vekalet ücretinin doğup doğmayacağı hususu tartışılmıştır. İşçilik alacakları bakımından arabulucuya başvurmanın bir dava şartı olması nedeniyle uyuşmazlığın arabuluculuk safhasında çözülmesi halinde karineye dayalı makul indirimin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Son olarak uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum olarak karineye dayalı makul indirimin bilirkişilerce belirlenmesi sorunu ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ VE KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM

1.1. Hâkimin Takdir Yetkisi

1.1.1. Genel Olarak

Kanunlar hazırlandığı dönemin şartları altında kanun koyucunun öngörüsüyle şekillenen, bağımsız bir varlığa sahip, muhtemel olaylara yahut ilişkilere uygulanabilecek esneklikte, genel ve soyut nitelikteki kurallardan oluşur. Kanun koyucunun gelişen ve değişen zaman içinde ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığı öngörmesi, yine her değişimde ya da gelişen somut durumda ona uygun yeni bir düzenleme getirmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanunda boşluklar oluşur. Boşluk, kanunda düzenleme olması gereken bir hususta kanun koyucu tarafından düzenleme yapılmamış olmasıdır¹. Kanunda, somut uyuşmazlığa ilişkin hâkim tarafından uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması halinde kanun boşluğundan bahsedilir. Kanun boşluğunun varlığı halinde hâkim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² madde 1/2 ile kendisine tanınmış olan hukuk yaratma yetkisini kullanarak kanun koyucu gibi davranır ve boşluğu doldurur.

Kanunların; hayatın akışı içinde gerçekleşen durumlara ve somut olaya yanıt verebilmesi gerekir. Bu nedenle de hukuk kurallarının her somut olay bakımından uygulanabilir esneklikte hazırlanması ve kanunları uygulamakla yükümlü olanlara takdir yetkisinin tanınması zorunludur³. Kanun koyucu; hukuk kurallarındaki esnekliğin sağlanabilmesi için bilerek ve isteyerek, hükmün uygulanma safhasında doldurulması gereken kural içi boşluklar bırakır. Hükümde kural içi boşlukların var olması halinde, hâkimin bu kuralı somut olaya doğrudan uygulaması mümkün değildir. Bu durumda kanun koyucu, somut olaya uygulanabilecek bir hüküm öngörmesine rağmen hükmün amacının ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi amacıyla kuralın içindeki boşluğun doldurulması işini hâkime bırakır⁴.

¹Kavak, 2019: 178.

²08.12.2021 tarih, 24607 sayılı Resmi Gazete.

³Edis, 1973: 169; Dinçkol,2004: 175, 176.

⁴Kavak, 2019: 224.

Takdir yetkisi; Türk Dil Kurumu tarafından “takdir hakkı” olarak ifade edilmiştir. Takdir hakkı kavramı ise; “Kanunun belirlediği durumlarda yargıca tanınan değerlendirme serbestliği, takdir yetkisi.” şeklinde tanımlanmıştır⁵.

Takdir yetkisi kavramının hukuk literatüründe de sözlük anlamı ile karşılık bulunduğunu söyleyebiliriz. Takdir yetkisi hâkimin; kanunun çerçeve niteliğinde, soyut ve esnetilebilir şekilde düzenlediği hükümleri somut olayın kendine has özellikleriyle toplum vicdanını, kamu yararını, hükmün amacını ve sosyal adalet gibi olguları da dikkate alarak olaya uygulama yetkisidir⁶.

Hâkime tanınan bu yetki TMK madde 4 ile, kanun koyucu tarafından bırakılan bilinçli boşluğun doldurulması için hâkime bir görev olarak yüklenmiştir⁷. Kanun koyucu bu şekilde; hükmün uygulanış biçimi veya kapsamı gibi ayrıntıların, mevcut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tamamlanarak somut olaya uygulanmasını amaçlamıştır. Öyleyse hâkimin takdir yetkisi, kanun koyucunun mevcut durum ve olaya uygulanmak üzere bir hüküm öngörmesine rağmen hükmün niteliği ve kapsamı yahut uygulanma şartları vb. noktalar hükümde net olarak gösterilmediği⁸ durumlarda söz konusu olur. Kanun koyucunun bir boşluk bırakmadığı, sınırlarını ve içeriğini kesin olarak belirlediği bir hükmün varlığı halinde takdir yetkisinden de bahsedilemeyeceğini söyleyebiliriz.

1.1.2. Hâkimin Takdir Yetkisinin Kapsamı ve Bulunduğu Haller

Türk Hukuku kapsamında “*Hâkimin Takdir Yetkisi*” TMK madde 4 hükmü ile düzenlenmiştir. Hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu haller; kanunda ayrıca ve açıkça ifade edilebilir ya da “durumun gerekleri”, “hakkaniyete göre”, “haklı sebepler” gibi çerçeve ifadelerle yahut “karar verebilir”, “hükmedebilir” vb. şeklinde açık uçlu düzenlemeler ile belirtilebilir⁹.

TMK madde 4’e göre *hâkim, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*. Buna göre hâkimin takdir yetkisine sahip olabilmesi için;

- Kanunun takdir yetkisi tanıdığı bir konu,
- Takdir hakkının kullanılmasını gerektiren bir durum ya da

⁵<https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 12.12.2019).

⁶Akıntürk vd.,2012: 141,143; Simil, 2013: 154; Edis, 1973: 172.

⁷Edis, 1973: 172; Anıl, 2013: 76,77.

⁸Gözler, 2013: 359.

⁹Edis, 1973: 181 vd.; Antalya, Topuz, 2019:440; Akıntürk vd.,2012: 144; Gözler, 2013: 361,362.

- Kanunun “haklı sebeplerin göz önünde tutulması” yönünde bir emri var olmalıdır.

Bahse konu durumlardan bir veya birkaçının varlığı halinde, hâkim hukuka ve hakkaniyete uygun olarak karar vermekle yükümlüdür. TMK madde 12, 120, 174, 182, 184, 347 gibi hükümlerde hâkime tanınan takdir yetkisinin yansımasını görebiliriz. Örneğin; TMK madde 182 kapsamında hâkimin takdir yetkisi açıkça hükme bağlanarak boşanma ve ayrılığa karar verilirken ana, babanın hakları ve çocukla olan ilişkisinin düzenlenmesi görevi hâkime yüklenmiş, bu konuda hâkim geniş bir takdir yetkisi ile donatılmıştır. TMK madde 12’de ise *“On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemeye ergin kılınabilir”* demek suretiyle takdir hakkının kullanılmasını gerektiren durum ortaya konularak küçüğün ergin sayılıp sayılmayacağına ilişkin karar mahkeme hâkiminin takdirine bırakılmıştır. Bu kapsamda hâkim; küçüğün bedensel ve ruhsal gelişimi, yaşıyla uyumu ve ergin kılınmaktaki menfaati gibi etmenleri değerlendirerek neticeyi takdir eder. TMK madde 120 ve 174’te ise; “kusurlu taraf, kusursuz veya daha az kusurlu taraf, haklı sebep” gibi ifadelerle yer verilerek, hâkim tarafından doldurulması gereken kural içi boşluklar bırakılmıştır. Bu noktada hâkim; somut olayı ve sunulan delilleri değerlendirerek öne sürülen sebeplerin haklılığını, kusurun varlığını ve ağırlığını takdir yetkisini kullanarak tespit edip buna göre bir karar vermekle yükümlüdür.

Sonuç olarak; somut olay bakımından hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olabilmesi için bu yetkinin, kanunla tanınmış olması gerekir¹⁰. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, takdir yetkisi, ancak bilinçli bir kural içi boşluğun varlığı halinde söz konusu olur¹¹.

1.1.3. Hâkimin Takdir Yetkisinin Sınırları

Hâkimin takdir yetkisinin varlığı, bu yetkinin alanının geniş tutulduğu düzenlemeler çerçevesinde dahi hâkimin keyfiyetine izin vermez. Keyfi güç; bir makamın bireysel görüş ve isteklerine göre hiçbir kayda ve şarta bağlı olmaksızın hareket etmesi demektir¹². Bu nedenle hâkimin takdir yetkisini kullanırken salt serbestiye sahip olması halinde hukuk devletinden de söz edilemeyecektir.

Kanun koyucu, hâkimin takdir yetkisini kullanırken bireysel düşünce ve keyfiyetine göre hareket etmesinin önüne geçmeyi hedefleyerek takdir yetkisinin sınırlarını açıkça çizmiş, hâkime takdirini gerekçelendirme yükümlülüğü yüklemiş ve takdir yetkisinin kullanımını denetime tabi tutmuştur. Bu kapsamda TMK madde 4 ile hâkime takdir yetkisi tanınarak

¹⁰Edis, 1973: 181; Kavak, 2019: 240; Anıl, 2013: 71 vd.; Dinçkol, 2004: 178.

¹¹Simil, 2013: 154; Edis, 1973: 181; Kavak, 2019: 247.

¹²Dinçkol, 2004: 178.

kanunda yer alan kural içi boşlukları doldurma görevi yüklenirken takdir yetkisinin sınırları da “hukuka uygunluk” ve “hakkaniyete uygunluk” olarak belirlemiştir.

1.1.3.1. Hukuka Uygunluk

Kanun koyucunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı hallerde kural içi boşluk hâkim tarafından doldurulurken hâkim; bahse konu hükmün açığını tamamlayacak şekilde hükmün sınırlarına ve amacına uygun olarak takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdür¹³. “*Kural olarak hukuk kurallarıyla çerçevelenmiş vicdani kanaat yargının temelini oluşturur ancak hâkimin anayasaya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından bahsedilemez*”¹⁴. Bu hususta ulusal mevzuat, milletlerarası antlaşmalar, içtihadı birleştirme kararları hâkimin takdir yetkisini yasal zemine taşır. Bunun yanında kanunun emredici hükümleriyle hâkime tanınan hukuk yaratma, vicdani kanaatine göre karar verme gibi yetkiler de hâkimin takdirine yasallık kazandırır¹⁵. Ancak bu yetkinin verilmesi tek başına hâkimin takdirini yasal kılmaz. Hâkimin takdirinin yasallığından bahsedebilmek için yetkinin hukuk kuralları çerçevesinde kullanılması da gerekir.

TMK madde 4 kapsamında hâkime, takdir yetkisini kullanırken önce hukuka göre karar verme ödevi yüklenmiştir. Bu bakımdan hâkimin yasalara uyma mecburiyeti, takdir yetkisinin en kesin sınırını oluşturur¹⁶. Örneğin; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷ madde 26’yla hüküm altına alınan taleple bağlılık ilkesi gereği, hâkim talep sonucuyla bağlıdır. Kanun koyucu hâkime, duruma göre talep sonucundan daha azına karar verme yetkisini tanımıştır, ancak hâkimin talepten fazlasına veya başka bir şeye karar vermesini yasaklamıştır. Bu kapsamda hâkimin talep sonucundan daha fazlasına karar vermesi takdir yetkisinin sınırının aşılması sonucunu doğurur.

Yargıtay bir kararında “...davacı dava dilekçesinde 57 adet parsel için kira parasının muhammen bedel olan aylık 1705,00 TL olması gerektiğini belirterek kira parasının bu miktara indirilmesini istemiştir. Halbuki mahkeme 6100 sayılı HMK’nın 26. maddesindeki taleple bağlılık ilkesini göz ardı etmiş, talepten fazlasına hükmetmiştir... Türk Medeni Kanunu’nun 4.maddesinin hakime tanıdığı takdir yetkisini de kullanarak tenzil

¹³Oğuzman, Barlas, 2014: 91 vd.; Edis, 1973: 173; Dinçkol, 2004: 179; YHGK, T. 31.05.2006, E. 2006/297, K. 2006/329, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

¹⁴AYM, T. 12.06.1969, E. 1968/38, K. 1969/34, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

¹⁵Anıl, 2013: 83 vd.

¹⁶Anıl, 2013: 84.

¹⁷04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete.

edilmiş kira parasına hükmetmek, bunu yaparken davacının dava dilekçesindeki taleplerini ve dava konusu dönemdeki kira parasını gözetmek, istemi bütün bunların sonucuna göre bir karara bağlamak olmalıdır.” diyerek bu hususu vurgulamış. Yine yıllık izin talebini içerir bir davada; *“davacı işçi dava dilekçesinde kullanmadığı yıllık izin süresini 250 gün olarak açıklamış ve fazlaya dair hakkını saklı tutarak 500,00 TL talep edilmiştir. Hükme esas bilirkişi raporunda kullanılmayan ve karşılığı ödenmeyen yıllık izin süresi 369 gün olarak belirlenmiştir. Davacı vekili ıslah yoluyla dava konusu arttırarak talepte bulunmuş, mahkemece 369 gün üzerinden isteğin kabulüne karar verilmiştir. Dava dilekçesinde fazlaya dair hakların saklı tutulmuş olması talep edilen alacak miktarı bakımından sonuç doğurur. Ancak dava dilekçesinde kullanılmayan izin süresinin 250 gün olduğu şeklindeki açıklama, işçi açısından bağlayıcıdır. Taleple bağlılık kuralına aykırı olarak 250 günlük yıllık izin süresini aşar şekilde izin ücreti hesabı ile sonuca gidilmesi de kabul şekli itibarıyla hatalıdır.”*¹⁸ diyerek; tazminat istemine ilişkin bir davada *“Hakim, tarafların talep sonuçları ile bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m. 26/1). Davacı kadının manevi tazminat talebi 50,00 (elli) TL olduğu halde talep aşılarak 10.000 (Onb.n) TL’ye hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”*¹⁹ diyerek, işçilik alacakları talebiyle açılan bir davada ise *“...davacı vekili tarafından dava dilekçesinde davacının iki yıl muhasebe görevlisi olarak çalıştığını, resepsiyon görevlisi olarak çalıştığı dönemde fazla mesai, genel tatil çalışması ve hafta tatili çalışması yaptığını belirtmiş olup, hükme esas alınan bilirkişi raporunda tüm çalışma dönemi için fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatili ücreti hesaplanmıştır. Mahkemece dava dilekçesi dikkate alınmadan talep aşılarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”*²⁰ diyerek talebin aşılmasını bozmaya konu etmiştir.

Özetle; takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığından bahsedilebilmesi için hâkim, hükmü somut olaya uygularken hukukun temel ilkelerine ve hukuk düzenini oluşturan kurallar bütününe uygun davranmalı, o konudaki içtihatları ve doktrini göz önüne almalı, somut olay kapsamındaki takdirini gerekçeleriyle temellendirmelidir²¹.

¹⁸Y. 9. HD., T. 04.02.2014, E. 2013/10092, K. 2014/2971, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.05.2021).

¹⁹Y. 2. HD., T. 09.03.2016, E. 2015/13655, K. 2016/4643, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.05.2021).

²⁰Y. 22. HD., T. 11.03.2015, E. 2015/5996, K. 2015/9749, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.05.2021).

²¹Oğuzman, Barlas, 2014: 91 vd.; Zeytin, Ergün, 2017: 57; Simil, 2013: 154; Kavak, 2019: 249; Y. 2. HD., T. 05.02.2018, E. 2017/6810, K. 2018/1261, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 20.10.2019).

1.1.3.2. Hakkaniyete Uygunluk

Hakkaniyetin sözlük anlamı “*hak ve adalete uygunluk, doğruluk, nasfet*” olarak karşımıza çıkar²².

Hakkaniyet, hukuki anlamda da adalet kavramı ile ilintilidir. Adalet, eşitlik ilkesine dayanan genel niteliğe haiz bir kavramdır²³. Hakkaniyet ise, *somut olayların ve kişilerin özellik ve farklılıklarının tamamının dikkate alınmasını gerektiren* üstün ve özel bir adalet türüdür²⁴. Adalet temeli üzerine kurulu bir hukuk düzeninde, adaleti sağlamak gayesi ile oluşturulan hukuk normlarının somut olay bakımından yetersiz kalması yahut hâkimin takdir yetkisine giren esnek bir alan bırakması hallerinde, hâkimin adaleti sağlamaya yönelik en uygun çözüm yolunu bulması ve çözümünü somut olaya uygulaması hakkaniyetin gereğidir²⁵.

Hakkaniyete göre karar vermek, TMK madde 4 hükmü gereği hâkimin sorumluluğundadır. Bu kapsamda hâkim, takdir yetkisini kullanırken hakkın özüne uygun ve taraflar arasındaki adaleti sağlamaya yönelik bir karar vermekle yükümlüdür.

Karar merci olan hâkimin vicdani kanaati de hakkaniyet kavramı içerisinde yer almakta ve hakkaniyete uygunluğun sınırını oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa²⁶ madde 138 kapsamında bu durum hüküm altına alınmış ve hâkimin kararının anayasa, kanun ve hukuka uygun olmasının yanında hâkimin kendi vicdani kanaatine de uygun olması öngörülmüş ve emredilmiştir. Buna göre; hukuka uygun düşmeyen vicdani kanaat tek başına bir anlam ifade etmeyip keyfilik doğuracağı gibi, vicdani kanaatten yoksun olarak salt mevzuatın uygulanması da hakkaniyet ilkesini ihlalle sonuçlanacaktır.

Öyleyse hakkaniyet; genel ve soyut hukuk normlarının, hükmün ve hukukun amacına, hâkimin vicdani kanaatine aykırı olmamak şartıyla somut olayın niteliğinin tüm yönleriyle göz önünde bulundurulması sonucu özele indirgenerek adalete hizmet edilmesi olarak tanımlanabilir. Hakkaniyete uygunluk da ancak hâkimin bu çerçeve içinde takdir yetkisini kullanarak karar vermesi halinde söz konusu olur. Bu noktada hâkim kararlarının hakkaniyete uygunluğu denetime tabi tutulmuş; hâkimin takdir yetkisini kullanırken hakkaniyet ilkesine uygun davranmaması, Yargıtay tarafından “*hakkaniyete uygun bir hüküm kurulması*

²²<https://sozluk.gov.tr/?kelime=takdir%20hakk%C4%B1> (E.T: 20.10.2019).

²³Dinçkol, 2004: 180.

²⁴Aral, 2012: 191; Dinçkol, 2004: 180; Güner, 1952: 672.

²⁵Tekinay, 1987: 75 vd.; Bülbül, 2009: 69; Dinçkol, 1993: 227,228.

²⁶09.11.1982 tarih, 17863 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

gerektiği” gerekçesiyle bozmaya konu edilmiştir²⁷. Yargıtay’a göre; hakkaniyete uygun bir hükümden bahsedebilmek için taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi²⁸, somut olayın özelliklerinin²⁹ dikkate alınması ve toplumun genel ahlaki düşüncesine uygun hareket edilmesi³⁰ gerekir.

1.2. Karineye Dayalı Makul İndirim

1.2.1. Tanım ve Kavram

Hukukumuzda hâkimin sahip olduğu takdir yetkisi ile zararın ve tazminat miktarının belirlenmesi, ücretten indirim yapılması gibi hallerde hâkime hakkaniyete göre karar verme olanağı tanınmıştır. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³¹ madde 50,51 ve 52. kapsamında hâkim; zarar görenin uğradığı zararın ispat edilememesi halinde zararın yoğunluğu ile zarar görenin uğradığı zarar nispetinde tazminat miktarının belirlenmesi, belirli şartların varlığı halinde ise zarar gören lehine hükmedilecek olan tazminattan indirim yapılması hususunda takdir yetkisi ile donatılmıştır. Yine TBK madde 182/3’te hâkime, ceza koşulunu aşırı bulması halinde ceza koşulundan; aynı kanunun 525. maddesinde ise simsarlık sözleşmesinde aşırı bir ücretin kararlaştırılmış olması halinde ücretten indirim yapma yetkisi tanınmıştır.

İş Hukuku kapsamında karşımıza çıkan “karineye dayalı makul indirim” kavramı ise, bir kısım işçilik alacakları bakımından uygulama alanı bulan, yasal bir dayanağa sahip

²⁷Y. 17. HD., T. 02.10.2018, E. 2015/16554, K. 2018/8436, “...takdir olunan manevi tazminatların bir miktar fazla olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması...” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 22.10.2019).

²⁸YHGK, T. 23.09.2020, E. 2017/633, K., 2020/663, “...verilecek hükmün hak ve menfaatler dengesini aşırı ölçüde bozar mahiyette olmaması gerekir...”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 22.10.2019); YHGK, T. 12.12.2007, E. 2007/969., K. 2007/970, “...tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK.Md.4 BK.md.42 ve 44) dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 22.10.2019).

²⁹Y. 4. HD., T. 05.11.2001, E. 2001/6401, K. 2001/11680, “...manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 22.10.2019); benzer yönde bkz. YHGK, T. 04.06.2008, E. 2008/415, K. 2008/415, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 22.10.2019).

³⁰Kavak, 2019: 254.

³¹04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete.

olmayıp Yargıtay kararları ile yerleşik içtihat halini alarak hukukumuzda yer edinmiş bir kavramdır.

Yargıtay kararları incelendiğinde, karineye dayalı makul indirim uygulamasının temelde, hayatın olağan akışına aykırılık kavramından yola çıkılarak hukukumuza dahil edildiği görülmektedir. Yargıtay; eski tarihli kararlarından bu yana istikrarlı bir şekilde, *“işçinin uzun bir süre boyunca her gün aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu bu sebeple gerçek durumun ortaya çıkartılabilmesi için hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini”* vurgulamaktadır³².

Karineye dayalı makul indirim uygulaması, çalışma iddiasını ispatla yükümlü olan işçinin, tanık anlatımlarına dayanarak iddiasını ispat etmesi halinde uygulama alanı bulur. Tanık delili, medeni usul hukukumuzda takdiri deliller arasında sayılmış ve hâkim tarafından değerlendirilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda işçinin çalışma iddiasının ispatına yönelik tanık anlatımları, hâkim tarafından değerlendirilecektir. Karineye dayalı makul indirim uygulamasının da bu değerlendirmenin bir sonucu olarak *“işçinin izin, hastalık, mazeret gibi nedenlerle işe gidememesi yahut işin dönemsel olarak yoğunlaştığı ve esneklik gösterdiği zamanlara göre işçinin çalışmasının da değişkenlik gösterebileceği, işçinin değil fazla çalışma normal çalışma dahi yapamayabileceği gibi durumlar nedeniyle”*³³ işçinin *“yılın belli dönemlerinde çalışmadığı”*³⁴, dolayısıyla tanık anlatımlarıyla ortaya konulan çalışmanın hayatın olağan akışına aykırı olduğu düşüncesine dayandığını söyleyebiliriz.

Yargıtay’ın karineye dayalı makul indirimin uygulanması gerektiği yönündeki ilk kararlarında yalnızca karineye yer verdiği ve indirim uygulamasının gerekliliğine değindiği görülmektedir³⁵. Bu durum sonraki tarihli kararlarında da korunmuş karineye dayalı makul

³²Y. 9. HD., T. 25.11.1997, E. 1997/14117, K. 1997/19579, *“Bir kimsenin hastalık, mazeret ve izin kullanabileceği nazara alındığında uzun süre her gün fazla mesai yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu itibarla belirlenen fazla mesai ücretinden hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerekir.”* <https://www.corpus.com.tr/> (E.T:25.10.2019); Y. 9. HD., T. 20.02.2001, E. 2000/17663, K. 2001/2925, *“01.01.1996- 30.04.1998 tarihleri arasında geçen iki yıldan daha fazla bir süre için hafta tatili günleri hariç her gün üç saat fazla mesai yapıldığı kabul edilerek karşılık alacağın hüküm altına alınması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten bu kadar uzun bir süre içinde bir işçinin hastalık, sair mazeret gibi hallerde her gün fazla mesai yapması mümkün değildir.”* <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:25.10.2019).

³³YHGK, T. 24.12.2008, E. 2008/774, K. 2008/785, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:25/10/2019); Y. 9. HD, T. 21/12/1999, E. 1999/16027, K. 1999/19704, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 25.10.2019).

³⁴YHGK, T. 06.12.2017, E. 2015/2698, K. 2017/1557, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 25.10.2019).

³⁵Y. 9. HD., T. 02.10.2000, E. 2000/8596, K. 2000/12880, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01/05/2021)

indirim uygulamasına ilişkin başkaca bir temellendirme ve kanuni gerekçelendirme yapılmamıştır.

Karineye dayalı makul indirim uygulamasının temelde “*işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı*” karinesine dayanması sebebiyle de karineye dayalı makul indirim ile ilgili kavramsal olarak farklı nitelermelerde bulunulmuştur. Bu noktada, karineye dayalı makul indirime ilişkin kavramsal nitelermelere geçmeden önce karine teriminin açıklanmaya muhtaç olduğu kanaatindeyiz.

Karine; bilinen bir olay veya olgudan bilinmeyen başkaca bir olay, olgu veya hukuki durumun varlığına ilişkin bir sonuç çıkarılmasını sağlayan kuraldır³⁶. Karine, “karine temeli” ve “karine sonucu” olmak üzere iki ana kısımdan oluşur. Buna göre ispat hukuku anlamında, “bilinen bir olay veya olgu” şeklinde ifade edilen kısım karine temelini; karine temelinin ispatı neticesinde, bilinmeyen bir hukuki durum hakkında çıkartılan sonuç ya da elde edilen kanaat ise karine sonucudur. Aynı ayrı tanımlarını yapacak olursak karine temeli; hukuk kuralında öngörülen sonuca ulaşılması için şart koşulan vakılardır, yani karinede öngörülen koşul vakıadır³⁷. Karine sonucu ise; hukuk kuralında öngörülen sonuç, karine kabul edilen vakıa veya haktır³⁸.

Karineler; fiili karine ve kanuni karine³⁹ olmak üzere iki tür olarak karşımıza çıkar. Kanuni karinelerde kanun koyucu, söz konusu karineyi hüküm altına alarak belli bir olaydan belli olmayan bir olay hakkında sonuç çıkarılmasını sağlamakta ve hem karine temeli hem de karine sonucu bahse konu hükümde yer almaktadır. Örneğin, TMK madde 985’te durum böyledir. Kanun koyucu madde hükmünde “*taşınırın zilyedi onun maliki sayılır*” demek suretiyle kanuni bir karine oluşturmuştur. Bahse konu taşınır eşyaya zilyet olan kişi eşya üzerindeki zilyetliğini ispatlayabilirse bu ispat, o kişinin taşınırın maliki olduğuna karine teşkil edecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 190/2 gereği “*Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin bir ispat yükü altındadır.*” Öyleyse karine temelini ispatı halinde karine sonucuna kendiliğinden ulaşılacak ve kişinin malik olduğunu ispat etmesi gerekmeyecektir. Fiili karineler ise; herhangi bir hukuk kuralına dayanmaksızın, hayatın olağan akışı içinde tecrübe ettiğimiz kurallar neticesinde ulaşılan

³⁶Akıntürk vd., 2012:207, Pekcanitez vd., 2020: 337, Pekcanitez vd., 2017:1655; Börü, 2016:51.

³⁷Börü, 2016: 138.

³⁸Börü, 2016: 139.

³⁹Kanuni karineler de kendi içinde adi kanuni karineler ve kesin kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu ayrıma göre, aksi iddia ve ispat edilemeyen karinelere kesin kanuni karine; aksi ispat edilebilen ve ancak aksi ispat edilene kadar itibar olunan karinelere adi kanuni karineler denir. Bkz: Pekcanitez vd., 2020: 338, Pekcanitez vd., 2017:1658.

yargılardır. Fiili karinelerde, kanuni karinelerden farklı olarak karine sonucuna ulaşılmasını sağlayan temel dayanak tecrübe kurallarıdır⁴⁰. Fiili karinelerde, karine temelini oluşturan ve ispata konu olan vakıaların ispatı neticesinde hâkim yaşam tecrübesi ile elde edilen kurallara dayanarak sonuca ulaşır⁴¹. Bu noktada hâkim, taraflarca öne sürülen vakıa veya iddiaların doğruluğu yahut mevcut delillerin değerlendirilmesi noktasında fiili karinelerden yararlanır. Fiili karineler bakımından, Yargıtay'ın karineye dayalı makul indirim uygulamasına ilişkin kararlarında da sıkça yer verdiği “hayatın olağan akışı” kavramı da önem arz eder. Yargıtay bu terimi, iddia edilen vakıalar hakkında hayatın olağan akışına uygun yahut hayatın olağan akışına aykırı şeklinde nitelemelerde bulunarak, ispat faaliyeti noktasında bir ölçü olarak kullanmaktadır. Öne sürülen vakıa herkesçe kabul edilebilen, alışlagelmiş, genelleşmiş, tekrarlanan ve doğruluğu hakkında şüphe uyandırmayan bir vakıa ise hayatın olağan akışına uygun kabul edilir⁴². Ancak yaşam tecrübeleri gereği alışılmışın dışında kalıyor ve doğruluğu noktasında tereddüte yol açarak kabul edilebilirliği zor ya da imkânsız oluyorsa hayatın olağan akışına aykırı olarak nitelendirilir. Bu sebeple de hayatın olağan akışına aykırı olarak öne sürülen vakıaların ispat edilmesi gerekir, vakıayı öne süren taraf da iddiasını ispat ile yükümlü olur⁴³. Hayatın olağan akışına uygun bir vakıanın öne sürülmüş olması halinde ise artık bu vakıa resen değerlendirilecek olduğundan ayrıca ispatı gerekmez⁴⁴. Dolayısıyla hayatın olağan akışına uygun bir iddiada bulunan kişi bu vakıa bakımından ispat külfetinden yoksundur.

Tüm bu açıklamalar ışığında; Yargıtay'ın, fazla çalışma, genel tatil ücreti gibi alacaklar bakımından yerleşik içtihat halini almış indirim uygulamasının kavramsal nitelemesine dönecek olursak; Yargıtay, “indirimin” kavramsal karşılığı noktasında, ilk kararlarında “*hakkanîyet indirimi*”, “*takdiri indirim*” kavramlarına yer vermişse de⁴⁵ zamanla, *indirimin karineye dayanması ve tamamen hâkimin takdiri ile yapılan bir indirim özelliği taşıması* nedeniyle “*karineye dayalı makul indirim*” kavramının daha doğru bir

⁴⁰Pekcanıtez vd., 2020:338; Börü, 2016: 141,142.

⁴¹Börü, 2016:55, Topuz, 2012:122-127.

⁴²Sözer, 2016: 638.

⁴³Sözer, 2016:640; YHGK, T.25.03.2015, E.2013/2238, K.2015/1062, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021); YGHK, T. 19.12.2019, E. 2017/1520, K. 2019/1418 K., <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

⁴⁴Sözer, 2016: 640.

⁴⁵Y. 9. HD., T. 30.04.2001, E. 2001/3922, K. 2001/7383, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 28.10.2019).; Y. 9. HD., T. 02.10.2000, E. 2000/8596, K. 2000/12880, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 28.10.2019).

ifade olduğu sonucuna varmıştır⁴⁶. Karine teriminin tanımı ve niteliği göz önüne alındığında “*karineye dayalı makul indirim*” kavramının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Yukarıda da açıklandığı üzere karineler, öne sürülen iddianın ispatı bakımından önem arz eder. İşçinin yılın belli dönemlerinde çalışmamış olabileceğinin kabulü fiili bir karine teşkil eder. Bu bakımdan işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığına ve fazla çalışma yaptığına yönelik iddiaları karine temeline vücut vermekle ispata konu vakıayı oluşturur. Öyleyse işçinin çalışma iddiasının hayatın olağan akışına aykırılık teşkil etmesi halinde işçi bu iddiasını ispat ile yükümlüdür. Bu noktada delillerle doğrudan temas halinde olan hâkim, iddianın ne ölçüde ispat edilip edilemediğine delilleri değerlendirerek karar verecektir.

Daha sonra ayrıntılı olarak da açıklanacağı üzere Yargıtay; uygulanacak indirim oranının belirlenmesi hususunun da tamamen hâkim takdirinde olmadığı, karineye dayalı makul indirim oranının “*işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı*” karinesinden yola çıkılarak belirlenmesi gerektiğini vurgulayarak işçinin çalışmadığı günlerin yılın 1/3’üne tekabül ettiğinden bahisle karine kapsamında karineye dayalı makul indirim oranının da sınırlarını çizmiştir⁴⁷. Ne var ki uygulamanın amacı göz önüne alındığında delillerle doğrudan temas eden hâkimin delilleri değerlendirip yaşam tecrübesi ile elde ettiği kurallara dayanarak sonuca ulaşması ve takdir yetkisinin sınırları içinde kalarak işçinin çalışma iddiasının ispatı nispetinde indirim hükmü uygun olur. Bu sebeple “*işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı*” karinesinden hareket edilerek hâkim tarafından takdir edilmesi gereken indirim oranının da karineye dayandırılması ve sabit bir oranın kabulü hâkimin takdir yetkisine müdahale niteliği taşımaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 370/2 hükmü kapsamında; “*Temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı düzelterek onayabilir. Esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz.*” Bu hüküm hâkimin takdir yetkisine ilişkin kararının düzeltilerek onanmasını düzenlemekte ise de hâkimin takdir yetkisinin korunması bakımından kanun koyucunun bakış açısını göstermektedir. Elbette ki hâkimin takdir yetkisine sahip olması keyfilik anlamına gelmez ve denetime tabidir. Ancak bu denetimin, takdir yetkisinin keyfi ya da açıkça hukuka aykırı olarak kullanılması halinde

⁴⁶YHGK, T. 09.05.2019, E. 2016/361, K. 2019/547, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 28.10.2019).; YHGK, T. 21.05.2019, E. 2015/3411, K. 2019/590 K., <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 28.10.2019).

⁴⁷YHGK, T. 09.05.2019, E. 2016/361, K. 2019/547, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:30.11.2019).

yapılacak bir müdahale niteliğinde olması gerekir⁴⁸. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da hâkimin takdir yetkisi kapsamındaki bir konuda içtihadı birleştirme kararı verilmesine yönelik talebi reddetmiştir⁴⁹. Bu bakımdan yüksek mahkemelerin, hakimlerin takdir yetkisi kapsamında kalan konularda içtihadı birleştirme kararı vermeleri de olanaklı değildir⁵⁰. Nitekim bu yöndeki içtihadı birleştirme kararı hâkimin takdir yetkisini kullanılamaz hale getirecektir. Benzer şekilde, delillerle doğrudan temas halinde olmayan Yargıtay'ın, her somut olayın kendine has özelliklerini göz ardı ederek sabit bir oran üzerinden hâkimin takdir yetkisini bozmaya konu etmesi ve bu hususu yerleşik bir uygulama haline getirmesi isabetsizdir. İşçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı düşüncesinden hareket edilerek belirlenen yüzde otuzluk indirim, somut olayın niteliklerine göre işçinin çalışmasının altında kalarak hakkına ulaşmasını engelleyebilir yahut işçinin çalışmasının üzerinde bir alacağın doğmasına sebep olarak işveren bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilir. Kanaatimizce, indirimin dosya kapsamıyla uyumlu ve çalışma iddiasının ispatı nispetinde hâkim takdiriyle belirlenmesi uygulamayla varılmak istenen amaca daha uygun düşmektedir.

Uygulanan indiriminin “hakkaniyet indirimi” yahut “takdiri indirim” olarak nitelendirilmesinin de indirimin tamamen hâkim takdirine dayandığı ya da hâkimin keyfiyeti anlamına gelmeyeceği aksine hâkimin, indirimin belirlenmesine yönelik takdir yetkisinin varlığını ve sınırlarını kapsar nitelikte olduğundan daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay “karineye dayalı makul indirim” kavramını kabul ettiğinden kavram karışıklığına mahal vermemek adına çalışmamız boyunca “karineye dayalı makul indirim” kavramını kullanmakta yarar görüyoruz.

Konumuz kapsamında karineye dayalı makul indirim kavramını şöyle tanımlayabiliriz:

İşçinin fazla çalışma ve ulusal bayram, genel tatil, hafta tatili günlerindeki çalışma iddialarının tanıkla ispatı halinde; takdiri delillerin değerlendirilmesi noktasında serbestiye sahip olan hâkimin, işçi lehine hükmedilecek alacak miktarının gerçeğe daha uygun düşmesi

⁴⁸ Pekcanitez, Erozyon, 2017: 220.

⁴⁹ “...kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir isbat vasıtasına bağlanması; Hakim, delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir. ”YİBGK, T. 08.10.1999, E. 1997/2, K. 1999/1, <http://www.savasbaytok.av.tr/index.asp?sayfa=2633> (E.T: 26.03.2021).

⁵⁰ Anıl, 2013: 85,86.

amacıyla hayatın olağan akışına aykırı çalışma olgusunun ispat edilemediği nispette toplam alacak miktarı üzerinden uyguladığı indirimdir.

1.2.2. Karineye Dayalı Makul İndirim Uygulamasında İlkeler

Yapmış olduğu çalışmayla fazla çalışma ve tatil ücretlerine hak kazanmış, bu çalışmalarının karşılığı ödenmediği için hukuki yollarla alacağını talep eden işçinin alacağının varlığına ilişkin ispatını tanık anlatımlarına dayandırması halinde karineye dayalı makul indirim uygulanması gerektiği yerleşik içtihat halini almıştır. Bu noktada indirim oranının hâkim takdiriyle belirlenecek olması, hâkimin tamamen takdiri ve keyfi davranması anlamına gelmez. Karineye dayalı makul indirim uygulamasına yönelik Yargıtay’ın kararlarında sıkça vurguladığı iki temel ilke göze çarpmaktadır. Bunlar, amaca uygunluk ve hakkın özünü ortadan kaldırmama ilkeleridir.

1.2.2.1. Amaca Uygunluk İlkesi

Amaca uygunluk ilkesi; hâkimin indirim oranını belirlerken, benimsenen karineye dayalı makul indirim uygulamasının temel düşüncesine ve amacına uygun hareket etmesine dayanır. Bu kapsamda hâkim, somut olayın özelliklerini ve dosya içeriğini göz önüne alarak delilleri titizlikle değerlendirmeli, uygulamayla varılmak istenen amacı, sosyal adaleti ve toplum yararını gözetmelidir.

Kanun koyucunun; hukuk kurallarının tesisinde göz ettiği temel amaç, hakkaniyet ve sosyal adaletin sağlanmasıdır. Hukuk kurallarının uygulanması neticesinde ulaşılmak istenen ise; hakkın tesisi ve adaletin sağlanması bakımından somut olaya uygun sonuçlar elde etmektir. Hâkime tanınan takdir yetkisi de hukuk kurallarının somut olaya indirgenerek kural içi boşlukların doldurulmasına ve kanun koyucunun hakkaniyet ve sosyal adaletin sağlanmasına yönelik temel amacının gerçekleştirilmesine hizmet eder.

İş Hukukunun doğumu ve tarihi süreç içerisindeki gelişimi göz önüne alındığında ise İş Hukukunun temelinin işçiyi koruma amacına dayandığını söyleyebiliriz⁵¹. Ancak bu amaç gözetilirken, kanun koyucunun sosyal adaletin sağlanmasına yönelik temel amacı ve toplum yararı göz ardı edilmemelidir⁵². İşçinin hakkına ulaşmasına ve korunmasına çabalarken; işverenin de ekonomik ve sosyal çıkarları gözetilmeli, işçi ve işveren arasında denge sağlanmalıdır. Yargıtay bu hususta “...hüküm altına alınan fazla çalışma ve tatil ücreti alacaklarından dosya içeriğine uygun bir indirim yapılması gerektiğini, “takdiri indirim” adı

⁵¹Çelik vd.,2020: 23.

⁵²Çelik vd., 2020: 27.

altında indirim oranının tamamen mahkemece takdir edilmesinin, uygulama ile varılmak istenen amaç ile bağdaşmayacağını ve işçinin hakkına ulaşmasını da engelleyebileceğini” vurgulamaktadır⁵³.

Her dosyanın içeriği kendine özeldir ve delillerin değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılır. Bu sebeple uygulamayla ulaşılmak istenen amaç göz önüne alınarak; mahkemeye sunulan deliller, somut olay kapsamında değerlendirilmeli ve indirim oranı ona göre belirlenmelidir. Bununla birlikte oranın belirlenmesinde göz önüne alınan esaslar ile uygulanan indirimin ve indirim oranının gerekçesi belirtilmelidir. Yargıtay “...*Somut olayda mahkemece gerekçesi belirtilmeden %50 oranında indirim yapılmıştır. Söz konusu indirim gerek yasa, gerek içtihatların gözettiği amacı aşmıştır.*” diyerek bu hususu vurgulamış, indirimin uygulamasının gerekçelendirilmesi ve amaca uygunluk ilkesi bakımından denetleyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵⁴.

Konumuz kapsamında karineye dayalı makul indirim uygulamasının dayanağını ve uygulamayla ulaşılmak istenen amacın incelenmesi yerinde olacaktır. Karineye dayalı makul indirim uygulaması, işçinin uzunca bir süre aynı şekilde çalışmasının mümkün olmadığı düşüncesine dayanır. İşçinin bir işyerinde çalıştığı dönem boyunca her gün fazla çalışma yapması, tatil günlerinde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hayatın olağan akışı içinde işçinin; sağlık, düğün, seyahat gibi durumlar yahut günlük hayat temposunun getirdiği çeşitli sebeplerle izinli olduğu, çalışmadığı yahut çalışmadığı günler olacaktır. Gerçekten Yargıtay bu hususu “...*Mahkemece davacının tüm çalışma süresinde haftada 12 saat fazla mesai yaptığı ve bütün milli bayram ve genel tatillerde çalıştığı kabul edilmiştir. Ancak bir kimsenin 7 yılın üzerinde bir süreyle belirtildiği şekilde çalıştığının kabulü insan yaradılışı ve hayatın olağan akışına uygun değildir. Gerçekten de hastalık, özel izin gibi sebeplerle davacı işçinin belirtildiği şekilde çalışmadığı günlerin olması olağandır.*” diyerek ifade etmiş⁵⁵ ve daha sonra ayrıntılı olarak yer verilecek birçok kararında istikrarlı şekilde dile getirmiştir. Hayatın olağan akışına aykırı bir fazla çalışma iddiasında bulunulması halinde bu iddianın ispat edilmesi gerekir. Maddi vakıa niteliğinde olan çalışma olgusu kural olarak her türlü delille ispat edilebilmesine karşın Yargıtay, yazılı deliller ile tanık delili arasında bir ayırım öngörerek ispatın tanık anlatımlarına dayandığı hallerde karineye dayalı makul indirim uygulamasına ihtiyaç duymuştur. Fazla çalışma iddiasının yazılı delillerle ispat edilmesi

⁵³Y. 22. HD., T. 18.10.2018, E. 2017/15794, K. 2018/22524, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.02.2020); YHGK, T. 06.12.2017, E. 2015/2698, K. 2017/1557, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.02.2020).

⁵⁴Y. 9. HD., T. 24.05.2010, E. 2008/32135, K. 2010/14417, <https://legalbank.net> (E.T: 05.05.2021).

⁵⁵Y. 9. HD., T. 30.05.2005, E. 2004/29239, K. 2005/19735, <https://legalbank.net> (E.T: 05.05.2021).

halinde fazla çalışmanın varlığı tartışılmaz bir hal alır. Ancak fazla çalışma iddiasının tanıkla ispat edilmesi halinde; tanığın unutulması, yanılması yahut bilinçli şekilde mahkemeyi yanıltması mümkün olduğundan işçinin mevcut çalışmasının çok üzerinde bir fazla çalışma belirlenebilir. Bu durum da fazla çalışma alacağının, gerçek durumun çok üzerinde hesaplanmasına; işçinin gerçek çalışmasının karşılığını oluşturacak miktardan fazlasını almasına, işverenin ise ödemesi gerekenden çok daha fazlasını ödemesine; dolayısıyla da taraflar arasındaki dengenin bozulmasına ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar.

Yargıtay; tanık anlatımlarıyla tespit edilen fazla çalışmanın karşılığının gerçek duruma uygun düşmesini sağlamak amacıyla karineye dayalı makul indirim uygulamasını benimsemiştir. Alacak miktarı üzerinden indirim uygulanmasının temel amacı, fazla çalışmaya ilişkin hükmedilecek alacak miktarının gerçek duruma uygun hale getirilmesidir. Öyleyse indirim uygulanırken ve indirim oranı belirlenirken gerçek durumdan ne oranda uzaklaşıldığının tespit edilmesi ve o oranda indirim yapılması, uygulama ile varılmak istenen amaca uygun düşecektir. Gerçek durumdan ne kadar uzaklaşıldığının tespiti ise ancak delillerin değerlendirilmesiyle mümkün olabilir. Uygulanan indirimin; hayatın olağan akışına aykırı olarak öne sürülen çalışmanın ispat edilemediği nispette olması gerekir. Bu kapsamda da hâkimin; somut olayın niteliklerini, işçinin çalışma şeklini, işin düzenlenmesini göz önüne alarak gerçek durumun sınırlarını ve delilleri değerlendirilmesi sonucu çalışma iddiasının ne oranda ispat edildiğini tespit etmesi gerekir. Buna göre de tanık anlatımlarıyla belirlenen çalışma süresinin ve fazla çalışmanın karşılığı olarak hesaplanan alacak miktarının gerçek durumdan ne ölçüde uzak olduğu değerlendirilmeli ve indirimin uygulanma amacına, akla ve mantığa uygun, indirimi haklı kılan ve dosya içeriyle örtüşen nitelikte, ölçülü bir karineye dayalı makul indirim oranı belirlenmelidir.

1.2.2.2. Hakkın Özünü Ortadan Kaldırmama İlkesi

Karineye dayalı makul indirim uygulamasında dikkate alınması gereken bir diğer ilke hakkın özünü ortadan kaldırmama ilkesidir.

Bilindiği üzere iş hukuku, güçlü olan işveren ile güçsüz ve bağımlı konumda olan işçi arasında sosyal denge kurulmasına dayanan bir hukuk disiplini. Bu sebeple iş hukukunda işçiyi koruma ve işçi lehine yorum esastır⁵⁶. Hâkim öncelikle iş hukukunun yapısına uygun olarak işçinin menfaatini gözetmeli, haklarını korumalıdır. Ancak hâkimin, bunu yaparken sosyal dengeyi de sağlayabilmesi gerekir. Hâkim, işçinin menfaatini gözetirken aynı zamanda işveren bakımından hakkaniyetsiz sonuçların doğmasını da engellemekle yükümlüdür. Bu

⁵⁶Akpulat, 2018: 335.

sebeple; yapılan indirimin amaca, dosya içeriğine uygun, hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte, dolayısıyla da ölçülü olması gerekir. Somut olay bakımından gerekli ve yeterli olacak bir indirim oranını aşarak fahiş oranda indirime hükmetmek işçinin alacağına ulaşmasını engelleyecek ve hakkın özüne zarar verecektir.

Karineye dayalı makul indirim uygulaması bakımından benimsenen hakkın özünü ortadan kaldırmama ilkesini, hakkın özüne dokunma yasağı temelinde incelemek yerinde olur. Hakkın özüne dokunma yasağını Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde görüyoruz.

Hakkın özü kavramının en temeli olan “öz” kelimesi, TDK’de “*bir şeyin temel ögesi*” olarak tanımlanmıştır⁵⁷. Öz güvencesinin hukuk literatüründe ortaya çıkışı ise Alman Hukuku’na dayanmaktadır. Hakkın özü, Bonn Anayasası madde 19/2’de “*Bir temel hakkın özüne hiçbir surette dokunulamaz.*” denilerek güvence altına alınmıştır⁵⁸. Federal Alman Anayasa Mahkemesince temelde; öze dokunma yasağı ile somut olay bakımından her bir bireyin tek tek temel haktan faydalanabilmesinin mi yoksa temel hakkın genel garantisinin mi korunmaya çalışıldığı tartışılmıştır⁵⁹. Bu noktada hakkın özü yasağının koruma alanı ve amacı; hakkın niteliğine, müdahale edilebilirlik düzeyine göre şekillenecektir. Örneğin Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında kişinin yaşam hakkı garanti altına alınmıştır. Ancak maddenin 4. fıkra hükmüne baktığımızda “*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması...*” gibi haller istisna tutulmuştur. Öyleyse bu hallerde bireyin yaşam hakkının ihlali söz konusu olsa da toplum bakımından temel hakkın genel garantisi korunmaya devam eder. Öte yandan hayatın olağan akışı içinde, kişinin beden bütünlüğünün ihlal edilmesi daha olası olduğundan toplum bakımından sağlanan garantinin korunmasıyla yetinilmemiş bireyin yararı da ön plana alınmıştır⁶⁰.

Öz güvencesinin Türk Hukuku’na yansımaları ise ilk olarak 1961 Anayasası’nda görüyoruz. 1961 Anayasası’nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılması*” başlıklı 11. maddesinde yer alan “*Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz*” hükmüyle öz güvencesi hukukumuzda dahil edilmiş; tarihi süreç içerisinde değişikliğe uğramış 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine*

⁵⁷<https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 20.03.2020).

⁵⁸Sağlam, 1982: 143.

⁵⁹Zafer, 2007: 52,53.

⁶⁰Gören, 2007: 53.

dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” demek suretiyle son şeklini almış ve korunmuştur.

Anayasanın 13. madde metni tartışmalarında; “hakkın özü” kavramının tarifinin mümkün olmadığı ancak her temel hak için ayrı bir özün var olduğu vurgulanmıştır⁶¹. Nitekim madde metninde hakkın özü belirgin olmayıp soyut bir kavram olarak kalmıştır.

Türk Hukuku kapsamında hakkın özü ölçütünün içeriği ve sınırları çoğunlukla AYM kararları ile şekillenmiştir. Doktrinde, mutlak öz teorisi ve nispi öz teorisi olmak üzere hakkın özü ölçütünün içeriğini tanımlayan iki teori bulunmaktadır. Mutlak öz teorisinde asıl olan temel hakkın çekirdeğidir, öze dokunma yasağı da hakkın çekirdek içeriği çerçevesinde somut olaydan bağımsız olarak yorumlanır⁶². Nispi öz teorisinde ise öze dokunma yasağı, birey ile devlet arasındaki ilişki dengesi gözetilerek her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilir⁶³. Buna göre; şayet somut olay bakımından o hakka daha az bir değer biçilmesi gerekiyorsa o hakkın özünün ihlal edildiğinden de bahsedilmeyecektir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, hakkın özü ölçütü bakımından mutlak öz teorisini benimsemiş ve 1963 tarihli bir kararında⁶⁵ *"Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayan, örtülü bir şekilde kullanılmaz hale getiren, ciddi surette güçleştiren ve amacına ulaşmasını önleyen, etkisini ortadan kaldıran hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur."* demek suretiyle de öz ölçütünü belirlemiştir. Yine 2017 tarihli kararında⁶⁶ da benzer şekilde *"Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar hakkın özüne dokunmaktadır."* ifadesine yer verdiği ve düşüncesinden sapmadığı görülmektedir.

Alman doktrini ve Türk doktrini kapsamında⁶⁷ öz güvencesine ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Bu hususta Alman Hukuku'nda ilk özgün çalışmayı KRÜGER'in yaptığı görülür. KRÜGER'e göre⁶⁸; özgürlüğün sınırlandırılmasından sonra kalan alan ile *nesnel olarak ne yapılabileceğine* bakılarak özün niteliği belirlenebilir. Bir hakka ulaşmayı sağlayan yargı

⁶¹Sağlam, 1982: 169.

⁶²Fendoğlu, 2002: 130.

⁶³Fendoğlu, 2002: 130; Gören, 2007: 52, 53.

⁶⁴Özdemir, 2017: 81.

⁶⁵AYM, T. 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 20.10.2019).

⁶⁶AYM, T. 14.06.2017, E. 2017/49, K. 2017/113, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 20.10.2019).

⁶⁷Detaylı bilgi için bkz. Özdemir, 2017: 65-99, <https://jurix.com.tr> (E.T: 20.03.2020).

⁶⁸Sağlam, 1982 :165 vd.

yollarının büyük oranda daraltılması hakkın özünü zedeler. Nitekim hak ve özgürlüklerin asgari düzeyde korunabilmesi için yargı denetimi şarttır. KRÜGER'e göre; temel haklar, kişinin devlet yaşamına serbest ve etkin bir şekilde katılmasını sağlar. Bu nedenle KRÜGER'e, her temel hakkın, onu kullanan kişi tarafından belirlenen esaslı bir içeriğe sahip olması gerektiğini savunur.

Alman Hukuku kapsamında öz güvencesinin niteliğini tanımlamaya yönelik çalışmalar yapan bir diğer isim DURIG'dir. DURIG, temel hakların özünü insan haysiyetine dayandırmaktadır. Bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerde yapılan sınırlamalar, kişileri nesne statüsüne dönüştürmemelidir. Şayet bir hak, o hakka sahip olan kişinin tüm gayretine rağmen kullanılamayacak hale getirilmişse bu halde kişi, o hak bakımından bir nesne statüsüne indirgenmiş demektir⁶⁹.

Öz güvencesinin Türk öğretisindeki nitelemelerini inceleyecek olursak: Anayasa Komisyonu Sözcüsü Muammer AKSOY 1961 Anayasası'nın hazırlanışı sırasında öz kavramını; *"Özü tarif etmeye imkân yoktur. Bu öz her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder. Meselâ bir kanun koyucu kalkar da mesken masuniyeti hakkında, "Zabıta istediği zaman haneye girerek, taharriyyatta bulunabilir" diye bir hüküm koyarsa, o zaman mesken masuniyetinin özü zedelenmiş demektir. Fakat aramayı mahkeme kararına bağlayacak olursa, bu dokunulmazlık özü tahrip edilmeden, sınırlanmış olur."* şeklinde açıklamıştır⁷⁰. Aksoy'un açıklamasına göre; her temel hakkın kendine has bir özelliği ve sınırları vardır. Bu kapsamda da öz, her temel hak bakımından farklı bir ölçüte bürünür.

Öz kavramını doktrinde kimi yazarlar tarafından belirsiz bir kavram olarak nitelendirilmiştir⁷¹. Bu kapsamda da "öz" ün yargı kararıyla özellikle de Anayasa Mahkemesi kararlarıyla şekilleneceği savunulmuştur⁷². Kimi yazarlar ise öz kavramını; daha fazla sınırlandırılmayan, tek bir parçadan ibaret çekirdek alan olarak nitelemişlerdir⁷³. Örucü; her hak ve hürriyetin özünün farklı olduğunu savunmakla genel anlamda hangi hallerde hakkın

⁶⁹Sağlam, 1982 :167 vd.

⁷⁰Sağlam, 1982: 169.

⁷¹Gözler, 2010: 406,407; Tunaya, 1975: 396.

⁷²Tunaya, 1975: 396; Soysal, 1993: 132.

⁷³Güran, 1969: 416, 417; Soysal, 1993: 132; Özbudun, 2012: 115.

özüne dokunulmuş sayılacağına ilişkin birkaç kriter belirlemiştir. Öz kavramından anlaşılması bakımından bu kriterlere yer vermekte yarar görüyoruz. Örücüye göre; *“Bir hak ve özgürlüğün; amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran, onu kullanılmaz hale getirecek kayıtlara tabi tutan, açıkça yasaklayan, örtülü biçimde yapılamaz hale getiren, ciddi surette güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyen, hürriyetten yararlanılmasını genel anlamda izne bağlayan, ne ifade ettiği açıkça anlaşılmayan, her türlü yoruma elverişli haldeki hükümlerle sınırlayan, hakkı genel olarak ortadan kaldıran, yararlanmayı yok edecek ölçüde önleyen, engelleyen veya dolaylı ya da dolaysız olarak etkileyen sınırlamalar hakkın özüne dokunur”*⁷⁴.

Bu kapsamda bir hak ya da özgürlüğün özünün korunabilmesi için, o hak ya da özgürlüğün kullanılabilir düzeyde kalması, sahibi yönünden etki doğurabilmesi gerekir. Şayet bir hak; yapılan sınırlama neticesinde ortadan kalkıyor, o hakkın var olması artık anlamını yitiriyorsa bu durumda hakkın özüne dokunulmuş demektir.

Ücret; işçinin yaptığı işin, gösterdiği emeğin karşılığını oluşturur. İşçi çalışması karşılığında aldığı ücret ile giderlerini karşılar ve yaşamını sürdürür. Konumuz kapsamında işçi; haftalık mesaisi dışında yahut ulusal bayram, genel tatil günlerinde gerçekleştirdiği ilave çalışmaların karşılığını alır. İşçinin emeği ve karşılığı korunmaya değerdir ve bu anlamda hakkın özü, işçinin emeğinin karşılığına ulaşmasıdır. İşçilik alacaklarının talebine ilişkin açılan bir davada tanıkla ispat edilen ve hayatın olağan akışına aykırılık arz eden fazla çalışma alacağından indirim yapılması taraflar arasındaki dengenin sağlanması bakımından önemlidir. Ancak bu indirim yapılırken işçinin emeği korunmalı; alacak miktarı, işçinin çalışmasının karşılığını oluşturamayacak ölçüde azalmamalıdır. Hâkim tarafından uygulanan indirim; işçinin alacağına ulaşmasını engelliyor, işçinin çalışmasının karşılığını oluşturmuyor, bu anlamda işçide çalışmasının karşılığındaki tatmini sağlamıyor ve alacağının varlığını anlamsız hale getiriyorsa artık indirimin hakkın özünü zedelediğinden bahsedebiliriz.

1.2.3. Karineye Dayalı Makul İndirim Kavramının Hâkimin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu madde 4 kapsamında hâkime tanınan takdir yetkisi; ilgili yasa hükmünce durumun gereği veya haklı sebeplerin göz önünde tutulması emredilmişse yahut hâkimin takdirine açıkça işaret edilmişse gündeme gelir. Bunun dışında hâkim, somut uyuşmazlık bakımından gerekli gördüğü hallerde TMK madde 4 hükmüne dayanarak serbestçe takdir yetkisini kullanamaz. Doktrinde bazı yazarlar tarafından; takdir hakkının

⁷⁴Örücü, 1975: 157.

kullanılmasını gerektiren bir hukuki ilişkinin yahut gerçek olmayan kanun boşluklarının varlığı halinde açıkça veya örtülü olarak hâkime takdir yetkisi tanınmamış olsa da hâkimin takdir yetkisini kullanabileceği ileri sürülmüştür⁷⁵. Ancak bu görüşün kabulü halinde hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırlarının genişletilmiş olacağı, tabiri caizse sınırsızlaşacağı kanaatindeyiz. Öyle ki somut uyuşmazlığa konu hukuki ilişkinin takdir yetkisinin kullanılmasını gerektirip gerektirmeyeceği hususunda karar mercii hâkim olacaktır. Öte yandan gerçek olmayan kanun boşluğundan söz edilebilmesi için kanuni düzenlemenin yeterli ve tatmin edici bulunmaması gerekir⁷⁶. Bu halde de boşluğu doldurma, hükmü düzeltme yetkisi kanun koyucuya aittir. Dolayısıyla gerçek olmayan kanun boşluklarının varlığı halinde, Türk Medeni Kanunu madde 1 kapsamında hâkime tanınan hukuk yaratma yetkisinden dahi bahsedilemeyecektir⁷⁷. Bu nedenle hâkimin takdir yetkisini kullanmasının gerçek olmayan kanun boşlukları bakımından evleviyetle mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki bu hallerde takdir yetkisinin kullanılabileceğinin kabulü; takdir yetkisinin hâkimin kişisel kanaati ve keyfiyetiyle uygulanmasına, takdir yetkisi üzerindeki denetimin güçleşmesine neden olabilir. Sonuç olarak; hâkimin takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanıldığından bahsedilmesi için Anayasa, yasa ve hukuk kurallarının çizdiği çerçevenin dışına çıkılmaması gerekir.

Yargıtay'ın karineye dayalı makul indirim uygulamasını “*işçinin uzun bir süre boyunca her gün aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu*” temeline dayandırdığını daha önce söylemiştik. İşçi yapmış olduğu çalışmayla fazla çalışma ve tatil ücretlerine hak kazanmış, bu çalışmalarının karşılığı ödenmediği için hukuki yollarla alacağını talep etmiştir. İşçi bu yolda, çalışmasını her türlü delille ispat edebilir. Ancak daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Yargıtay bu hususta deliller arasında bir ayırım öngörmektedir. Bu kapsamda ispatın yazılı belgeler yerine tanık anlatımlarına dayanılarak gerçekleştirilmesi halinde karineye dayalı makul indirim uygulanacak⁷⁸ buna karşın fazla çalışmanın yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması halinde karineye dayalı makul indirim uygulanamayacaktır⁷⁹.

Takdiri delillerden olan tanık delilinin değerlendirilmesi, hâkimin görev ve yetkisi dahilindedir. Gerekçeleriyle temellendirmek koşuluyla hâkim, tanık beyanının aksine karar

⁷⁵Akıntürk vd., 2012: 143; detaylı bilgi için bkz. Edis, 1973: 182.

⁷⁶Aktaş, 2010: 18.

⁷⁷Gözler, 2013:358, Aktaş, 2010: 19.

⁷⁸Y. 9. HD., T. 11.02.2014, E. 2011/54269, K. 2014/3947, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.02.2020).

⁷⁹YHGK., T. 04.02.2009, E. 2009/2, K. 2009/48, <https://www.corpus.com.tr> (E.T:12.02.2020).

verebilir ancak bu kapsamda tanığın sözlerine inanılmayarak yalnızca vicdani kanaatle karar verilmesi yeterli değildir⁸⁰. Yerleşik içtihatlarla karineye dayalı makul indirim konusuna fazla çalışma, genel tatil ücreti gibi işçilik alacakları yönünden mevzuatta; hâkime gerekli gördüğü hallerde indirim uygulayabileceği yönünde, takdir yetkisini işaret eden bir ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte hâkim tarafından delillerin serbestçe değerlendirmesi kapsamında da hâkimlere somut uyuşmazlığın özelliklerine göre delil ayrımı yaparak gerektiğinde indirim uygulama yetkisi tanınmamıştır. Bu hususta ispat faaliyetine yönelik uygulamada karşılaşılan güçlükler, tanık delilinin niteliği ve işçilik alacaklarının gerçeğe aykırı şekilde hesaplanması; kanuni bir düzenleme bulunmamasının da eksiliğiyle hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkması göz önüne alındığında indirimin uygulanması hakkaniyetin gereğidir. Ne var ki kanuni bir dayanak olmaksızın salt hakkaniyet gereği indirimle gidilmesinin hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırını aştığı kanaatindeyiz.

Karineye dayalı makul indirimin uygulanış şekli bakımından ise hâkime; dosya kapsamını, çalışma süresini, işin niteliğini, alacak miktarını ve delilleri değerlendirerek hakkın özünü ortadan kaldırmayacak oranda bir indirim yapma yetkisi tanınmıştır. Yerleşik içtihatlarla işlerlik kazanan karineye dayalı makul indirim uygulanırken her bir somut olayın özelliklerinin, delillerle doğrudan temas eden hâkim tarafından değerlendirilmesi ve ancak takdirinde bir hataya düşülmüşse denetime tabi tutulması gerekir. Uygulama kapsamında işçinin uzun bir süre boyunca her gün aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu aşıkardır. Ancak somut olayın özellikleri bakımından, tanık anlatımlarıyla ispat edilmiş olsa da hayatın olağan akışına uygun kabul edilebilecek bir fazla çalışmanın varlığı halinde indirim uygulanacak mıdır? Yahut işçinin çalışması hangi noktada hayatın olağan akışına aykırı kabul edilecektir? Örneğin bir işyerinde 15 yıl süreyle çalışan bir işçinin ortalama haftada iki gün fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına uygundur ancak bu kadar uzun bir süre içinde çeşitli sebeplerle erken çıkması, geç gelmesi yahut saatlik ve günlük olarak izin kullanmış olması da muhtemeldir. Böyle bir durumda indirim uygulanacak mıdır, uygulanması halinde bu indirimin oranı ne olacaktır? Sabit bir nitelik kazanan yüzde otuzluk indirim uygulamasının somut olay bakımından hakkaniyetli olduğundan bahsedilebilecek midir? Tüm bunlar; hâkimin takdir yetkisi kapsamında, delillerin ve somut olayın değerlendirilmesiyle sonuca gidilebilecek ihtimallerdir.

Uygulamada, karineye dayalı makul indirimin belirlenmesi yönünden Yargıtay'ın, hâkimin takdir yetkisine aşırı bir müdahalesi söz konusudur. Olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirildiğinde; hâkimin bu yetkiyi hangi durumlarda kullanabileceği ve

⁸⁰Akil, Ercan Özler, 2018: 68, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980837> (E.T: 10.02.2020).

sınırları oluşturulmuş, delilleri değerlendirme ve indirim oranının belirlenmesi bakımından gerekçelendirme yükümlülüğü yüklenerek hâkimin takdiri denetime tabi tutulmuştur. Bu noktada kanun yolunun amacı, Yargıtay'ın görevleri ve temyiz incelemesinin sınırlarına değinilmesinde yarar görüyoruz.

Mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi, eksiklik ve hatalar varsa bunların giderilmesi ve kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesi için taraflara kanun yoluna başvurma imkanı tanınmıştır⁸¹. Medeni usul hukukunda kanun yolu ancak tarafların başvurmaları halinde gündeme gelir, kendiliğinden kanun yolu incelemesi söz konusu olmaz⁸². Kanun yolunun amacı; ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve kararlar arasındaki çelişkili uygulamaların giderilmesiyle hukukta yeknesaklığın sağlanmasıdır⁸³. Kanun yolunun amacıyla ilgili doktrinde öne sürülen bir görüşe göre amaç; hukuka uygunluk denetimi yapılırken objektif hukuka uygunluğun sağlanmasından ziyade “*bireysel etkin hukuki korunmaya hizmet etmektir*”⁸⁴. Bu kapsamda da somut olay dikkate alınarak hükmün tecrübe kuralları, yorum kuralları da dahil olmak üzere hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerektiği savunulmuştur⁸⁵.

Medeni usul hukukumuz kapsamında üç dereceli yargılama sistemi benimsenmiş olup ilk derece mahkemesinin kararları ikinci derecedeki istinaf kanun yoluyla Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından; Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararları ise üçüncü derecede bulunan temyiz kanun yoluyla Yargıtay tarafından denetlenir⁸⁶. İstinaf kanun yolundaki denetim hem hukuka uygunluk denetimini hem de maddi denetimi kapsar⁸⁷. Bölge Adliye Mahkemeleri dosyayı bir bütün olarak ele alıp değerlendirebilir, delil toplayabilir ve esasa ilişkin karar verebilir. Temyiz kanun yolu ise, yalnızca hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı bir kanun yoludur, yeniden maddi vakıa ve delillerin değerlendirilmesine yönelik inceleme yapılmaz⁸⁸. Yargıtay'ın denetimi; bir hukuk kuralının yanlış uygulanması yahut hiç uygulanmamasından doğan hukuka aykırılıklarla sınırlıdır⁸⁹. HMK madde 371'e göre Yargıtay, hukuki denetim neticesinde; hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış

⁸¹Pekcanıtez vd., 2020: 467.

⁸²Pekcanıtez vd.,2020: 468.

⁸³Pekcanıtez vd., 2020: 468.

⁸⁴Alangoya vd., 2009: 448.

⁸⁵Alangoya vd., 2009: 447.

⁸⁶Arslan vd.; 2020: 96; Özkes, 2008: 110.

⁸⁷Özkes, 2008: 4.

⁸⁸Arslan vd.,2020: 623; Özkes, 2008: 8.

⁸⁹Arslan vd, 2020: 630.

uygulanması, dava şartlarına aykırılık, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni sebep olmaksızın kabul edilmemesi ya da karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikler bulunması hallerinde ilk derece mahkemesinin kararını bozar. Hükmün gerekçesinde; temyiz incelemesinin maddi vakıanın denetimi yahut delil değerlendirmesini kapsamadığı belirtilmiştir. İstinaf kanun yolunun kabulünden önce Yargıtay hukuka uygunluk denetiminin yanında kendi görevinin dışında, fiilen maddi vakıa denetimi de yapmaktaydı. İşçilik alacaklarına ilişkin davalarda delillerin değerlendirilmesi sonucu tanık delilinin niteliği göz önüne alınarak karineye dayalı makul indirim uygulamasının benimsenmesi, Yargıtay'ın bu faaliyetinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak Yargıtay'ın maddi vakıayı ve delilleri değerlendirerek indirim yapılmasını öngörmesi ve aksi bir kabulü bozmaya konu etmesi mevcut yargı sistemiyle bağdaşmamaktadır. Yargıtay'ın görevi, hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlı olup delillerin değerlendirilmesi neticesinde temeli kanuna dayanmayan bir indirim öngörmesi ve bu uygulama kapsamında hâkimin takdir yetkisini denetlerken delillerin değerlendirilmesine yönelik inceleme yapması ve hâkimin takdirine varlığını ortadan kaldıracak oranda müdahalede bulunmasının görev aşımı oluşturmaktadır.

Karineye dayalı makul indirimin uygulanış şekli bakımından; Yargıtay içtihatlarıyla yerleşik hale gelen indirim yetkisinin temel mantığı göz önüne alınarak, uygulamadaki aksaklıkların ve yetersizliklerin ötesinde, hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasına benzer bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Ancak fazla çalışma, genel tatil ücreti gibi birtakım işçilik alacakları bakımından uygulama alanı bulan karineye dayalı makul indirim; kanuni bir dayanağa sahip olmayıp Yargıtay içtihatlarıyla işlerlik kazanmıştır. Bu hususta Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı da bulunmamaktadır. İçtihadı birleştirme kararları, adli yargıdaki mahkemeler için bağlayıcıdır. Kanun gücünde olan içtihadı birleştirme kararlarının güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüşse de Anayasa Mahkemesi'ne göre; *“İçtihadı birleştirme kararı, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek(amaç) edinmiş bir hukuk işlemi değildir. İçtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak gereği ile değil ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak olan yasanın veya nesnel nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir.”*⁹⁰ Buna göre Yargıtay'a tanınan bu yetkinin amacı, hukukta yeknesaklığı sağlamak olarak yorumlanmalıdır. Uygulanan indirimin yasal zemininin olmadığı göz önüne alındığında, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararıyla bağlayıcılık kazanmasının da Yargıtay'a tanınan yetkinin amacıyla örtüşmeyeceği söylenebilir. Sonuç olarak; karineye dayalı makul indirim

⁹⁰AYM 12.06.1969 gün ve 38/34 sayılı kararı için bkz. Arslan vd.,2020: 102.

uygulamasının, yasal zemininin mevcut olmaması nedeniyle, TMK madde 4 kapsamında hâkimin takdir yetkisine uymadığı kanaatindeyiz.

Karineye dayalı makul indirim uygulamasının kanuni bir düzenlemeyle yasal zemine oturtulması ve ilkelerinin daha belirgin sınırlarla çizilmesi ihtimalinde ise temel uygulanış şekli bakımından hâkimin delilleri değerlendirmesi sonucu hukuka ve hakkaniyete uygunluk ilkelerini gözeterek indirim uygulaması takdir yetkisi kapsamında değerlendirilebilecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİLİK ALACAKLARINDA KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİM UYGULAMASI

1.3. İşçilik Alacağı Kavramı ve Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabilirliği

İşçilik alacağı; işçinin, işverenle arasındaki iş ilişkisinde yüklenmiş olduğu iş görme borcuna karşılık, kanundan veya iş sözleşmesinden doğan ücret, ikramiye, tazminat gibi parayla ölçülebilir hak ve menfaatlerdir. Konumuz kapsamında işçilik alacakları, karineye dayalı makul indirimde uygun olup olmamasına göre ele alınacak olup her bir işçilik alacağı için ayrı değerlendirme yapılacaktır.

1.3.1. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanmadığı İşçilik Alacakları

1.3.1.1. Ücret

İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcuna karşılık işverenin asli borcunu ücret ödeme borcu oluşturur. Ücret, işçinin çalışmasının karşılığı olarak işçiye ödenen paradır (İK m. 32). Ücretin para dışında aynı bir değerle yahut bir senetle ödenmesi mümkün değildir.

Ücret; zamana, parça başına, yüzde usulüne göre birçok farklı şekilde ödenebilir⁹¹. Bu hususta ücretin nasıl bir usulle ödeneceği taraflarca sözleşmeyle kararlaştırılabilir.

Ücret alacağı, işçinin temel yaşamı için gereklidir. İşçi gerek kendisinin gerek ailesinin yaşam giderlerini karşılamak için ücretini kullanır. Bu sebeptendir ki işçinin bu alacağı Anayasayla da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın madde 55'te "*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.*" demek suretiyle güvenceye bağlanmış ve sosyal haklar arasında sayılmıştır. Bununla birlikte ücret iş mevzuatı kapsamında da emredici hükümlerle koruma altına alınmıştır.

İşveren; işin görülmesinden sonra, sözleşmede yahut kanunda belirtilen sürede⁹², işçiye asıl ücret ile ek ücretleri ödemekle yükümlüdür. Aksi halde işveren, ödeme yapmadığı

⁹¹Ayrıntılı bilgi için Bkz. Süzek,2019: 352, 360; Çelik vd.,2020: 338 vd.

⁹²Ücretin ödenme zamanına ilişkin İK madde 32/5' de ücretin en geç ayda bir ödenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu süre, işçi lehine değiştirilebilen nispi emredici bir hüküm olmakla birlikte kanun koyucu bu sürenin bir haftadan az olarak kararlaştırılamayacağını hükme bağlamıştır.

her ay ve ücretini alamayan her işçi bakımından para cezası ile karşı karşıya kalacaktır (İK m. 102). Ayrıca, ödenmeyen her ücret için en yüksek mevduat faizi oranında faiz işleyeceğinden işçi, ücretinin faiziyle birlikte ödenmesini talep edebilir (İK m. 34). İşçinin ücret alacağını korumak için yapılan bir diğer düzenlemeyle de ücretini alamayan işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır (İK m. 34).

Yargıtay’a göre; “İşçinin ücretinin, ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisindeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boştaki geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur.”⁹³ Bu nedenle Yargıtay, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde çalışmadığı döneme ilişkin ücretini işverenden talep edemeyeceği yönünde karar vermektedir. Ancak böyle bir kabulün varlığı, işçinin yasadan doğan hakkını kullanmasını kısıtlamakta ve iş hukukunun amacıyla örtüşmemektedir⁹⁴.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ücret alacağının doğması için önce işin görülmesinin şart olduğudur. Aksi sözleşmeyle kararlaştırılabilir olsa da kural olarak işçinin ücreti peşin olarak değil, iş görüldükten sonra ödenir⁹⁵. İşçinin ücret alacağı bakımından iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği özellik arz etmez. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu⁹⁶ madde 32/son gereğince ücret alacakları bakımından işçinin talep hakkı beş yıllık zamanaşımına tabidir. İşçinin ücret alacağını talep edebilmesi için sözleşmenin sona ermesi de gerekmediğinden zamanaşımı muacceliyet tarihinde işlemeye başlar (TBK m. 149/1)⁹⁷. Bu sebeple işçinin, sözleşme sona erdikten sonra talep ettiği ücret alacağının zamanaşımına uğrayan kısmına ilişkin talebi karşılıksız kalabilir.

İşveren işçiye ücretini ödediğini ispat yükü altındadır⁹⁸. İş Kanunu çerçevesinde işveren, imza veya işyerine özgü bir işaret taşıyan, ücret hesabını içerir bir pusulayı işçiye

⁹³Y. 9. HD., T. 10.02.2005, E. 2004/13259, K. 2005/3782, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.12.2019).

⁹⁴Benzer görüşteki yazarlar için bkz: Eyrenci vd. 2006: 107; Süzek, 2019: 374; Tuncay, 2005: 653,654; Akyiğit, 2005: 23,24; Çelik, 2005: 147; Engin, 2003: 80. Aksi görüşteki yazarlar için bkz: Günay, 2006: 1371; Mollamahmutoğlu, 2005: 417; detaylı bilgi için bkz. Akyiğit, 2005: 15 vd.

⁹⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. Günay, 2006: 1500; Süzek, 2019: 367; Çelik vd.,2020: 350,351.

⁹⁶10.06.2003 tarih, 25134 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁷Süzek, 2019: 369, 370.

⁹⁸Süzek, 2019: 369; Y. 9. HD., T. 09.06.2014, E. 2012/15350, K. 2014/18661, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.12.2019); Y. 9. HD., T. 19.06.2008, E. 2007/22885, K. 2008/16544, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.12.2019).

vermekle yükümlü kılınmıştır (İK m. 37). İşbu sebeple de ücret alacağının ödendiğine ilişkin ispat bu hesap pusulalarıyla sağlanabilir. Benzer şekilde banka dekontlarıyla⁹⁹ yahut makbuz, imzalı bordrolar, ibranameyle ispatlanabilir¹⁰⁰.

Yazılı belgelerde belirtilen alacaktan daha fazla ücret alacağı olduğunu iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁰¹. İşçi gerçek ücretine ilişkin iddiasını her türlü delille ispat edebilir¹⁰². Bu hususta işçinin imzasını taşıyan ve ücrete ilişkin ihtirazı kayıt içermeyen bordrolara karşı da “senede karşı senetle ispat” kuralıyla bağlı olmaksızın tanık dinletilebilir¹⁰³. Yargıtay bu konuda “*ücret bordrolarının ihtirazı kayıt öne sürülmeksizin imzalanmış olması, bordroda belirtilen ücretin gerçek ücreti yansıttığını göstermez*” demektedir¹⁰⁴. Bu kapsamda da işçinin, ücret tutarının ve eklerinin tespitinde tanık beyanları, işçinin çalışma süresi, unvanı, işinin niteliği, TÜİK verileri gibi delillerin bir arada değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁵. Yine bilirkişi marifetiyle işçi ile aynı nitelikte ve benzer şekilde çalışan bir işçinin ücreti hesaplanarak bu ücret üzerinden de hüküm kurulabilir. Uygulamada iş sözleşmesinin yapılmadığı, sözleşmede işçinin ücretinin belirtilmediği yahut belirtilenden daha fazla olmasına karşın daha az prim ödemek amacıyla ücretin düşük gösterildiği gibi durumlarla karşılaşılabilir. Bu sebeple işçinin korunmaya muhtaç en temel hakkı olan ücret alacağı bakımından ispat sınırlaması yapılmaması, işverence öne sürülen belgelere karşı sair delillerle ispat olanağının sağlanması yerindedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bilirkişi marifetiyle hesaplanan emsal ücretin, olağan dışı olmamasıdır. Bilirkişinin; işçinin özellikleri, kıdemi, çalışma koşulları, benzer işi yapan işçilerin ücretleri gibi hususların hepsini titizlikle değerlendirmesi gerekir.

Ücret alacağı, işçinin iş sözleşmesinden doğan temel bir hakkıdır. İşçinin gördüğü işin karşılığı ve geçimini sağlayabilmesi için yegâne kaynağını oluşturur. Bu sebeple korunmaya

⁹⁹ “Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir.” Y. 9. HD., T. 11.03.2013, E. 2010/50229, K. 2013/8420, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.12.2019).

¹⁰⁰ Tunçomağ, Centel, 2018: 126 vd.

¹⁰¹ Sözek, 2019: 369; Bozkurt, 2018: 433.

¹⁰² Sözek, 2019: 361; Y. 9. HD, T. 03.12.2014, E. 2013/2930, K. 2014/36777, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.05.2021).

¹⁰³ “İş sözleşmesinin tarafları arasında ücret miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür. Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir.”, YHGK, T. 03.12.2008, E. 2008/719, K. 2008/731, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.05.2021).

¹⁰⁴ Y. 9. HD., T. 14.03.1988, E. 1988/873, K. 1988/2968 K., bkz. Bozkurt, 2018: 433.

¹⁰⁵ Akpulat, 2018: 246.

muhtaçtır. Prim ödemeleri nedeniyle uygulamada karşılaşılan gerçek dışı ücret kayıtları, işçilerin ücretlerini alamamaları ve işçilerin, iş sözleşmesi devam ederken işvereni ödemeye yahut gerçek durumu bordroya yansıtmaya zorlayamayacakları gibi durumlar da değerlendirildiğinde işçiye ispat kolaylığı sağlanması yerindedir. Ancak işçi lehine yorum ilkesinin usul hukukunda uygulanabilirliği doktrinde tartışmalı¹⁰⁶ olmakla birlikte kanaatimizce silahların eşitliği ilkesine dayanan usul hukuku bakımından işçi lehine kurallar öngörülerek istisnalar oluşturma yetkisi de kanun koyucuya aittir. Bu sebeple gerçek ücretine ispatına ilişkin istisnanın, işçiye tanınan ispat kolaylığının kanunla hüküm altına alınarak uygulanması gerekir.

Ücret alacağına ilişkin ispatın yazılı delillere değil de tanık anlatımlarına dayandığı hallerde karineye dayalı makul indirim yoluna gidilmemesi de isabetlidir. İşçinin ücretinin tespitinde re' sen araştırma ilkesi kabul edilmekte¹⁰⁷, hâkim gerekirse emsal ücret araştırması yaparak sonuca ulaşmaktadır. Buna rağmen ücret alacağının tespiti ve ödenip ödenmediği noktasındaki belirsizlik varlığını korumaktadır. İş sözleşmesi süresince sair nedenlerle işvereni ödemeye zorlayamayan işçinin zamanaşımı nedeniyle ücretinin tamamını elde edemeyeceğini de düşünüldüğünde, ücret alacağı bakımından karineye dayalı makul indirim uygulanması işçinin mağduriyetine sebep olacak, hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.

1.3.1.2. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kanuni şartlar da mevcutsa işçinin işyerindeki hizmet süresi esas alınarak, işçiye işverence ödenmesi gereken kendine özgü bir tazminattır¹⁰⁸.

Kıdem tazminatının hukuki niteliği konusunda öğretide çeşitli görüşler öne sürülmüş olup, bu konuda bir görüş birliği sağlanamamıştır. Kıdem tazminatının niteliği konusunda ikramiye¹⁰⁹, tazminat¹¹⁰ yahut ödemesi daha sonraya bırakılmış bir ücret¹¹¹ şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. Konumuz kapsamında bu tartışmaya detaylı yer verilmeyecek olup kanımızca kıdem tazminatı, İş Kanunu çerçevesinde kendine özgü nitelikler atfedilerek düzenlenmiş bir tazminat türüdür.

¹⁰⁶Detaylı bilgi için bkz. Akpulat, 2018: 335,336.

¹⁰⁷Akbulat, 2018: 245

¹⁰⁸Süzek, 2019: 726; Mutlay, İşçi, 2019: 1497.

¹⁰⁹Narmanlıoğlu, 1973: 329.

¹¹⁰Y. 9. HD., T. 19.02.1980, E. 1980/1075, K. 1980/1278, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr> (E.T: 16.03.2020).

¹¹¹Narmanlıoğlu, 1973: 324,325.

Kıdem tazminatı bakımından 1475 sayılı Eski İş Kanunu¹¹² madde 14 uygulama alanı bulur¹¹³. Buna göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için; işçinin işyerinde en az bir yıl kıdeme sahip olması ve iş sözleşmesinin feshi yahut ölüm suretiyle sona ermesi gerekir¹¹⁴. Fesih veya ölüm dışında bir sebeple, örneğin belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin sona ermesi yoluyla kendiliğinden yahut akdin taraflarının ikale yoluyla sözleşmeyi sona erdirmesi hallerinde işçi lehine kıdem tazminatı hakkı doğmaz¹¹⁵.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği hallerde işçinin kıdem tazminatından mahrum kalabileceği tek durum; İK madde 25/2’de düzenlenen, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi halidir. İşbu hukuki durumdan kendi lehine hak çıkaran işveren, iş sözleşmesinin İK madde 25/2’de yer alan haklı nedenle feshedildiğine ilişkin ispat yükü altındadır¹¹⁶.

İş sözleşmesi işçi tarafından feshedilmişse, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin İK madde 24 hükmü uyarınca haklı nedene dayanarak feshedilmiş olması gerekir. Bu halde de kendi lehine hak çıkaran taraf konumundaki işçinin, iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshettiğini ispat etmesi gerekir¹¹⁷. Aksi halde iş sözleşmesini feshetmiş olan işçi, kıdem tazminatından mahrum kalacaktır.

¹¹²01.09.1971 tarih, 13943 sayılı Resmi Gazete.

¹¹³4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmayarak yalnızca geçici madde 6 ile bir kıdem tazminatı fonu kurulacağından bahsedilmiştir. Bu sebeple de 4857 sayılı İş Kanunu’nda, 1475 sayılı Eski İş Kanunu’nun 14. maddesinin, kıdem tazminatı fonunun kurulmasına kadar yürürlükte kalacağı hükme bağlanmıştır.

¹¹⁴İstisnai haller: a) EİK madde 14/1-2’ye göre; işçinin iş sözleşmesinin İK madde 25/2’ de sayılan “*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerden*” biri nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih yoluyla feshedilmesi yahut işçinin, iş sözleşmesini “*haklı bir nedene dayanmaksızın*” İK madde 17 hükmü yoluyla feshetmesi (işçinin istifası) hallerinde işçiye kıdem tazminatı ödenmez. b) 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (07.05.1983 tarih, 18040 sayılı Resmi Gazete.) madde 42/5 (Grev ve lokavt süresince hizmet akitleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.) kapsamında işçinin grev ve lokavtta geçirdiği süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.

¹¹⁵Süzek,2019: 728.

¹¹⁶Y. 9. HD., T. 06.05.1992, E. 1192/96, K. 1992/5041, bkz. Bozkurt, 2018: 459.

¹¹⁷Y. 9. HD., T. 13.01.1997, E. 1996/17046, K. 1997/77, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:15.12.2019).

Bunun dışında EİK madde 14'te de işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlayan bazı özel sebepler de sayılmıştır. İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle¹¹⁸; yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla¹¹⁹ yahut kadın işçinin evlilik gerekçesiyle¹²⁰ iş sözleşmesini feshetmesi hallerinde de sözleşmeyi fesheden işçi bakımından kıdem tazminatı hakkı doğar.

Kıdem tazminatı işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklardan biridir. İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi noktasında ve işçiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında işçinin işyerinde geçirdiği süre önem arz eder. Bu sebeple işçinin çalışmaya devam ettiği sürede işyerinin devredilmesi yahut işyerinin herhangi bir suretle el değiştirmesi durumunda¹²¹ hizmet süresi hesaplanırken işçinin hem devreden işveren yanında geçirdiği süre hem de devralan işveren yanında geçirdiği süre birlikte ele alınır. Bu durum hem genel nitelikte bir hüküm olan İK madde 6'nın hem de kıdem tazminatının düzenlendiği özel nitelikteki EİK madde 14'ün gereğidir. İş sözleşmesi işçinin kıdem tazminatına hak kazabileceği bir şekilde sona ermişse işçinin devirden önceki işyerinde geçirdiği süre de göz önüne alınacağından devreden ve devralan işveren yanında ayrı ayrı bir tam yıl geçirmesi gerekmeyecektir. Şayet işçinin her iki işveren yanında geçirdiği sürenin toplamı bir tam yıla

¹¹⁸Önemle belirtmek gerekir ki; işçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında başkaca bir nedenle silah altına alınması halinde bu madde uygulanamayacaktır. Nitekim bu hallerde işçinin iş sözleşmesi sona ermeyecek yalnızca askıya alınacak olup, kıdem tazminatı ödemesi de söz konusu olmayacaktır.

Yine işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin feshi ile işçinin askere gittiği dönem arasında makul bir süre olmalıdır. Aradaki dönemin çok uzun bir süreyi kapsamaması, kıdem tazminatı hakkının doğumu konusunda tartışmaya yol açacaktır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Süzek, 2019: 734, dn 30, Özdemir, 2006: 285,286, dn 942.).

¹¹⁹İşçinin, bağlı bulunduğu kanunla yahut Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulu kurum veya sandıklardan aylık veya topta ödeme almak gayesiyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağın açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak işçinin bu hükümden yararlanabilmesi için ilgili kurum ya da sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi zorunludur. (Bu hususta Bkz. Süzek, 2019:735, “belgeleme şartına uyulmamış olması yalnızca işverenin hangi tarihte temerrüde düşeceği noktasında önem arz etmekte olup, işçinin kıdem tazminatı hakkını zedelemeyiz.”).

¹²⁰Evlilik gerekçesiyle sözleşmenin feshedilmesi halinde, kıdem tazminatı hakkının doğacağına ilişkin hüküm yalnızca kadın işçiler bakımından düzenleme alanı bulmuş olup, kadın işçilerin kıdem tazminatına hak kazanması da yalnızca evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini feshetmeleri halinde vukuu bulacaktır.

Anılan hallerde, iş sözleşmesi feshedilirken hangi fesih türüne göre feshedilmesi gerektiği doktrinde ve uygulamada tartışmalı bir husus olmakla bu hususta ayrıntılı bilgi için Bkz. Süzek, 2019: 740-743.

¹²¹Özkaraca, 2008:229, dn 809.

eşitse yahut bir tam yılı aşıyorsa işçi kıdem tazminatına hak kazanır¹²². İşçiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında da her iki işveren yanında geçirdiği süre göz önüne alınarak hizmet süresi hesaplanır.

Kıdem tazminatı işçinin kıdeme bağlı alacaklarının başında gelen bir alacak türüdür. Kıdem tazminatı hesabında, işçinin hizmet süresi esas alınmakla bu süre resmi kayıtlara yahut işçi tarafından hizmet tespit davasının açıldığı hallerde kesin hükme dayanmaktadır. Bu bakımdan karineye dayalı makul indirim uygulamasına uygun değildir. Yargıtay'ın da kıdem tazminatı bakımından karineye dayalı makul indirim uygulamasına yer verdiği bir kararına rastlanmamıştır.

1.3.1.3. İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçi veya işveren tarafından kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın usulsüz feshedilmesi halinde¹²³, sözleşmeyi fesheden tarafın karşı tarafa ödemekle yükümlü kılındığı bir tazminattır. Bu halde, sözleşmeyi bildirim sürelerine uymadan fesheden taraf ilgili mevzuatta belirtilen bildirim süresine ilişkin tazminatı karşı tarafa ödemekle yükümlü olur.

Bildirim süreleri işçinin kıdemi esas alınarak belirlenmiş olup İş Kanunu madde 17/5, Basın İş Kanunu¹²⁴ madde 6/3, Deniz İş Kanunu¹²⁵ madde 16/D ve Türk Borçlar Kanunu madde 438'de ayrı ayrı düzenlenmiştir¹²⁶. Kanundaki sınırların altında olmamak üzere, bildirim süreleri iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir¹²⁷. Bu hallerde belirlenen sürelerin tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü kısıtlayacak, sözleşmenin sona erdirilmesini imkânsız hale getirecek düzeyde olmaması gerekir¹²⁸. Bu durum hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir gereğidir.

¹²²Özkaraca, 2008: 227.

¹²³Süzek, 2019: 520; Andaç, 2018: 162; Şakar, 2020: 92;

¹²⁴20.06.1952 tarih, 8140 sayılı Resmi Gazete.

¹²⁵29.04.1967 tarih, 12586 sayılı Resmi Gazete.

¹²⁶İş Kanunu madde 17/2 ve DİK madde 16/B' de; altı aydan az süre çalışan işçi için iki hafta, altı aydan fazla bir buçuk yıldan az çalışan işçi için dört hafta, bir buçuk yıldan fazla üç yıldan az çalışan işçi için altı hafta, üç yıldan fazla çalışan işçi için sekiz hafta bildirim süresi öngörülmüştür. Basın İş Kanunu madde 6/4'te beş seneden az hizmeti olanlar için bir ay, beş seneden fazla hizmeti olanlar için üç ay; Borçlar Kanunu madde 432'de çalışması, bir yıla kadar olan işçi için iki hafta, bir yıldan beş yıla kadar olan işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla olan işçi için altı hafta bildirim süresi belirlenmiştir.

¹²⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2019: 509,510.

¹²⁸Süzek, 2019: 512.

Yargıtay, toplu iş sözleşmeleriyle belirlenen aşırı uzun bir süreyi kapsayan bildirim sürelerinin indirilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Yargıtay’a göre; “...davacının ihbar tazminatına esas Toplu İş Sözleşmesindeki bildirim süresi mahkemece bir indirim tabi tutularak, takdir edilecek bildirim süresi üzerinden ihbar tazminatına karar verilmelidir¹²⁹.” Bu kapsamda Yargıtay bildirim sürelerinin “üst sınırının hâkim tarafından belirlenmesi ve en fazla ihbar ve kötünîyet tazminatlarının toplamı kadar olması gerektiğini” kabul etmektedir¹³⁰. Ancak Süzek’e göre¹³¹: “Toplu iş sözleşmesinde belirlenen süreler Anayasaya ve emredici hükümlere aykırı nitelikte olduğundan STSK madde 33/5 gereği geçersiz olacaktır.” İşbu sebeple Yargıtay’ın toplu iş sözleşmelerinde belirlenen aşırı uzun bildirim sürelerine ilişkin indirim uygulamasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

İşçinin iş sözleşmesini istifa suretiyle sona erdirmesi¹³², taraflardan birinin ölümü¹³³, tarafların anlaşmaları¹³⁴ ya da haklı nedenle derhal fesih¹³⁵ ile sözleşmeye son verilmesi gibi hallerde ihbar tazminatına hak kazanılamaz. Yine belirli süreli iş akitleri¹³⁶ ile iş sözleşmesinin deneme süresi içinde sona erdirilmesi hallerinde de ihbar tazminatı hakkı doğmaz.

İhbar tazminatının doğması için, iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmaksızın usulsüz olarak feshedilmesi yeterli olup¹³⁷ sözleşmenin feshi nedeniyle kişinin zarara uğraması gerekmez¹³⁸.

İş sözleşmesi feshedilen işçi yahut işverenin “sözleşmenin ihbar önellerine uyulmaksızın feshedildiğini” ispat etmesi gerekli ve yeterlidir¹³⁹. Sözleşmenin bildirim

¹²⁹Süzek, 2019: 511; Y. 9. HD., T. 10.09.2012, E. 2011/11304, K. 2012/28159, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.05.2021).

¹³⁰Y. 9. HD., T. 30.09.2010, E. 2008/38510, K. 2010/26621, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.05.2021).

¹³¹Süzek, 2019: 512, 513.

¹³²YHGK, T. 07.03.2007, E. 2007/120, K. 2007/120, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.12.2019); Günay, 2006: 440.

¹³³Narmanlıoğlu, 1998: 289; Tunçomağ, Centel, 2018: 197,198; Çelik vd., 2020: 468-470.

¹³⁴Narmanlıoğlu, 1998: 289; Çelik vd., 2020: 462,463.

¹³⁵Narmanlıoğlu, 1998: 281; Ekonomi, 1987: 196; Çelik vd.,2020: 626 vd.

¹³⁶İnciroğlu, 2006:151; Dönmez, 2008: 132.

¹³⁷İş güvencesine tabi işçiler bakımından fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması ve fesih nedeninin işçiye bildirilmesi zorunlu tutulmuştur (İK m. 19). Bu nedenle iş güvencesine tabi işçiler bakımından fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmaması ve fesih nedeninin açık ve kesin olarak işçiye bildirilmemesi feshi geçersiz hale getirir.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik vd. 2020: 567 vd.

¹³⁸ Süzek, 2019: 521; Ekonomi, 1987: 183.

sürelerine uyulmadan feshedilmesi maddi bir vakaya dayandığından her türlü delille ispatı mümkündür. Feshin bildirim sürelerine ve usulüne uygun yapıp yapılmadığı noktasında yazılılık bir ispat şartı niteliğindedir¹⁴⁰.

İhbar tazminatı niteliği itibariyle götürü bir tazminat türüdür¹⁴¹. Kanunda yahut iş sözleşmesinde belirtilen bildirim sürelerine uyulmaması halinde bu bildirim sürelerine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, bu süreye karşılık gelen tutarı karşı tarafa tazminat olarak ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple niteliği itibariyle karineye dayalı makul indirim uygulamasına uygun değildir.

1.3.1.4. Kötü Niyet Tazminatı

Kötü niyet tazminatı, İş Kanunu madde 17/5, Deniz İş Kanunu madde 16/D-3 ve Türk Borçlar Kanunu madde 434'te ayrı ayrı düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu'nda ise kötü niyet tazminatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Basın İş Kanunu'na tabi işçilerin TBK madde 434 kapsamında kötü niyet tazminatı talep edebileceği doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır¹⁴².

Kötü niyet tazminatı, iş güvencesine tabi olmayan bir işçinin¹⁴³ belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötü niyetle feshedilmesi halinde¹⁴⁴ uygulama alanı bulan bir tazminat türüdür.

Kötü niyet tazminatı talep eden işçinin, genel ispat kuralları gereği, iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedildiğine ilişkin iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁴⁵. Yargıtay da “işverenin kötü niyetli olduğunun inandırıcı ve yeterli delillerle kanıtlanması gerektiğini”

¹³⁹Narmanlıoğlu, 1998: 292, 293; Y. 9.HD., T. 6.08.1987, E. 1987/6314, K. 1987/6893, Yasa Hukuk Dergisi, C.10, S.10, Ekim 1987, s.1475.

¹⁴⁰Süzek, 2019: 506; Ekonomi, 1987: 168; Çelik vd., 2020: 483; YİBHKG, T. 18.02.1959 E. 1958/28, K. 1959/17, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.12.2019).

¹⁴¹Süzek, 2019: 521.

¹⁴²Sümer, 2016: 203; Soyer, 2011: 17.

¹⁴³“İş güvencesine tabi olan işçiler bakımından gaye iş ilişkisinin sürdürülmesi olduğundan bu işçiler bakımından kötü niyet tazminatı hakkı ayrıca tanınmamıştır.” Özdemir, 2006:340; Engin, işletme gerekleri, 2003: 20, 21; Süzek, 2019: 524.

¹⁴⁴Fesih hakkını kullanan işverenin kötü niyetli olup olmadığının belirlenmesi noktasında, objektif iyi niyet kuralları esas alınarak, işverenin fesih hakkını kullanırken aynı durum ve koşullar altında bulunan orta düzeyde, dürüst ve namuslu bir işveren gibi davranıp davranmadığı belirlenmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz: Süzek, 2019: 524 vd.

¹⁴⁵Engin, işletme gerekleri, 2003: 21; Çelik vd., 2020: 501.

vurgulamıştır¹⁴⁶. Buna göre işçinin ispat faaliyetini gerçekleştirirken bordro, puantaj kaydı gibi belgeleri, mail yazışmalarını, tanık vb. her türlü delili kullanması mümkündür.

Kötü niyet tazminatı talep eden işçinin, iddiasını ispat etmesi halinde işçi lehine kötü niyet tazminatı ödenmesine karar verilecektir. Kötü niyet tazminatı, İş Hukuku kapsamında bir “*götürü tazminat*” olarak düzenlenmiştir. Öyle ki; kötü niyet tazminatına ilişkin mevzuat kapsamındaki düzenlemeler birbiriyle paralel niteliktedir ve her üç kanun bakımından da iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedilmiş olması halinde işçinin, bildirim süresinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, hâkim tarafından kötü niyet tazminatına hükmedilirken karineye dayalı makul indirim uygulanması tazminatın niteliğiyle bağdaşmayacaktır. Yargıtay tarafından da kötü niyet tazminatını bir cezai şart olarak nitelendirerek tazminattan ½ oranında indirim yapan ilk derece mahkemesinin kararı “*İhbar tazminatının vasıflı şekli olan kötüniyet tazminatı cezai şart olmayıp 1475 sayılı İş Kanunun 13. maddesinde düzenlenmiş işverenin kötü niyetli feshine karşı getirilmiş hukuki bir yaptırımdır. Borçlar Kanunun 158-161. maddeleri arasında yer alan cezai şart ise akdin icra edilmemesi veya tam olarak yerine getirilmemesi halinde belirlenmiş bir sözleşme tazminatıdır. Hâkim cezai şartı fahiş görürse tenkis ile yükümlüdür. Ancak kötüniyet tazminatı böyle bir nitelikte bulunmayıp yüksek miktarlara ulaşsa da hâkimin müdahalesine tabi değildir. Böyle olunca kötüniyet tazminatında ½ oranında indirime gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*” denilmek suretiyle bozmaya konu edilmiştir¹⁴⁷.

1.3.1.5. Sendikal Tazminat

Sendikal tazminat, Anayasayla da güvence altına alınan sendika özgürlüğüne dayanarak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu¹⁴⁸ madde 25’te düzenlenen bir tazminat türüdür. İşverenin sendikaya üye olan ve olmayan işçiler arasında işe girerken, iş

¹⁴⁶Y. 9. HD., T. 11.9.2001, E. 2001/96602, K. 2001/13257, <https://www.corpus.com.tr>, (E.T: 07.12.2019), Y. 9. HD., T. 25.10.2000, E. 2000/9652, K. 2000/14814, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T: 07.12.2019); Y. 7. HD., T. 13.02.2014, E. 2013/16407, K. 2014/3724, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.12.2019); Yine bu hususta işverenin, iş sözleşmesini haklı bir nedenle feshettiğini ispat etmesi halinde de işçinin kötü niyet tazminatına hak kazanmayacağı hükme bağlanmıştır. Karar için bkz. Y. 9. HD., T. 17/11/1992, E. 1992/14407, K. 1992/12561, Özdemir, 2006: 342, dn. 1104.

¹⁴⁷Y. 9. HD. T. 02.03.2005, E. 2005/5495, K. 2005/6735, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 09.12.2020).

¹⁴⁸07.11.2012 tarih, 28460 sayılı Resmi Gazete.

sözleşmesi devam ederken veya iş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamasında¹⁴⁹ ayırım yapması halinde ayrımcılığa uğrayan işçi tarafından talep edilebilir(STSK m. 25/4).

İşçinin belli bir sendikaya üye olmaya zorlanması, üyesi bulunduğu sendika nedeniyle işe alınmaması, sendika değişikliği dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi haller sendikal tazminata vücut verir ve sendikal tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmez¹⁵⁰.

STSK madde 25 kapsamında iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiş olduğundan¹⁵¹ işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle sona ermesi halinde işçi, iş güvencesi hükümlerine tabi olmasa dahi işe iade davası açma hakkına sahiptir¹⁵². Ancak iş güvencesi hükümlerinden farklı olarak burada işe iade davası neticesinde işçinin işverene başvurması gerekmez. Yine iş güvencesi tazminatından farklı olarak, işçinin işe tekrar alınması ya da işe başlatılmaması önem arz etmez. İşçi tekrar işe başlasa dahi sendikal nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olan işveren, sendikal tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır¹⁵³.

STSK madde 25/6 gereğince iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle sona erdirildiği iddiasıyla açılan davada işveren, fesih nedenini ispatla yükümlüdür. Buna karşılık feshin işverence ileri sürülen nedenle değil de sendikal nedenlere dayandığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁵⁴. Fesih dışındaki hallerde ise sendikal ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden işçi bu iddiasını ispat etmelidir¹⁵⁵. Bu halde işçi sendikal nedenlerle ayrımcılığa maruz kaldığını güçlü bir şekilde ortaya koyarsa işveren uyuşmazlığa konu davranışının nedenini ispat ile yükümlü olacaktır¹⁵⁶.

STSK madde 25/6’da ispat yükü bakımından iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre; iş güvencesine tabi işçiler bakımından işveren, iş sözleşmesinin İK madde 25 gereği haklı nedenle yahut İK madde 20/2 atfıyla İK

¹⁴⁹Mutlay, İşçi, 2019: 1547, 1548; Y. 9. HD., T. 25.03.2014, E. 2013/13993, K. 2014/10049, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.05.2019); STSK madde 25/4’te yer alan “fesih dışında” ibaresi AYM’nin 22.10.2014 tarihli, E. 2013/1, K. 2014/161 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁵⁰Süzek, 2019: 627.

¹⁵¹AYM’nin 22.10.2014 tarihli, E. 2013/1, K.2014/161 sayılı kararı ile STSK madde 25/5’te iş güvencesi hükümlerine atıf yapan “18” ibaresi iptal edilmiştir.

¹⁵²Çelik vd., 2020: 861.

¹⁵³Süzek, 2019: 629, 630.

¹⁵⁴Çelik vd. 2020: 863; Süzek, 2019: 634; Özkaraca, 2013: 203-205.

¹⁵⁵Çelik vd, 2020: 863.

¹⁵⁶Sendikal nedenle fesih karinesi, Süzek, 2019: 636, 637; Özkaraca, 2013: 210.

madde 18 kapsamında geçerli bir nedene dayanarak feshedildiğini ispatla yükümlüdür¹⁵⁷. İş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından ise “*makul ve meşru*” veya İK madde 25 kapsamında haklı nedene dayandığını ispat edecektir¹⁵⁸. Burada işçinin ispat ile yükümlü olduğu konu; feshin işverenin ileri sürdüğü nedene değil de sendikal nedene dayandığı yahut işe girişinde ya da çalışma şartlarında sendikal nedenlerle ayrımcılığa uğradığı noktasındadır. İşçi feshin sendikal nedene dayandığını ispat edememişse, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilmemişse o zaman sendikal tazminat hakkı da doğmayacaktır.

İspat yüküne ilişkin STSK’ da yapılan düzenleme medeni usul hukuku kapsamında değerlendirilmeye muhtaçtır. İspat yükü; uyuşmazlık konusu vakıanın ispat edilememesi halinde, taraflardan hangisinin yargılama neticesinde aleyhe karar riskine katlanacağını belirler¹⁵⁹. Uyuşmazlığa konu vakıanın ispat edilememesi halinde aleyhe karar riskini taşıyacak taraf; somut olaydan, 5432 yargılamanın türünden, davada üstlenilen rolden bağımsız olarak, soyut hukuk kurallarıyla belirlenmiştir ve değişmez¹⁶⁰. TMK madde 6’ya göre “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” HMK madde 190/1’e göre ise; “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*” Kural olarak ispat yükü, davada kendi lehine hak çıkaran tarafa yüklenmişse de somut hukuki ilişkinin özellikleri göz önüne alınarak ispat yüküne ilişkin kanun koyucu tarafından özel düzenlemeler yapılmıştır. STSK madde 25/6 ve 25/7’de sendikal tazminat bakımından ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme görüyoruz. STSK madde 25/6’da yer alan “*İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.*” düzenlemesi göz önüne alındığında; işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açtığı davada feshin nedenini ispat etmek işverene yüklenmiştir. Benzer şekilde STSK madde 7 hükmünde de “*Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.*” demek suretiyle sendikal ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu hüküm altına alındıktan sonra işçinin bunu güçlü şekilde

¹⁵⁷Süzek, 2019: 630; Gücyeter Bilmez, 2019: 96 vd.

¹⁵⁸Süzek, 2019: 635.

¹⁵⁹Pekcanitez vd., 2020: 344; Tanrıver, 2020: 791.

¹⁶⁰Tanrıver, 2020: 792.

ortaya koyması halinde ispat yükünün yer değiştireceği ve artık işverenin uyuşmazlığa konu davranışının nedenini ispatla yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Davaya konu uyuşmazlık kapsamında gerçekleştiği iddia olunan vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında belirsizlik hakimse yahut vakıanın gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmışsa ispat yükünü taşıyan taraf, aleyhine hüküm kurulmasına katlanır. Davanın her iki tarafı, aynı anda ve aynı konuda ispat yükünü taşıyamaz. Bu sebeple STSK madde 25/6 ve 25/7 hükümlerinde yer alan ispat yüküne ilişkin düzenlemelerin medeni usul kurallarına ve ispat yükünün niteliğine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Karineye dayalı makul indirimin sendikal tazminat bakımından da uygulama alanı bulması mümkün değildir. Sendikal tazminata hükmedilirken STSK madde 25/4 hükmü gereğince *“işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere”* sendikal tazminata hükmedilir. Bu hüküm kapsamında sendikal tazminat için kanun koyucu tarafından bir alt sınır belirlenerek tazminatın miktarı hâkim takdirine bırakılmıştır. Bu sebeple de hâkim tarafından takdir edilen sendikal tazminata karineye dayalı makul indirim uygulanması hem çelişkiye sebep olacak hem de *“tazminatın bir yıllık tutarına ilişkin kısmının kesin ve götürü niteliğinde”*¹⁶¹ olmasıyla bağdaşmayacak bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

1.3.1.6. Ayrımcılık Tazminatı

İşveren, çalıştırdığı işçiler arasında ayırım yapmama, onlara karşı eşit davranma borcu altındadır. İşverenin bu borcu, hukukumuzun temel ilkelerinden biri olan ve Anayasa'nın 10. maddesinde de hüküm altına alınan eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Ayrımcılık tazminatının hukuki dayanağını, İK madde 5 kapsamında düzenlenen eşit davranma ilkesi oluşturur. Önemle belirtmek gerekir ki işverenin bu borcu mutlak eşitlik anlamına gelmez¹⁶². İşveren, aynı ya da benzer durumda ve nitelikte olan işçilere karşı eşit işlem yapmakla yükümlüdür¹⁶³.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı İş Kanunu'nda *“ayrımcılık tazminatı”* olarak düzenlenmiştir. İK madde 5/6'ya göre işveren, iş ilişkisi içerisinde veya iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında eşit davranma borcunu ihlal ederse işçinin ayrımcılık tazminatı talep etme hakkı doğar. Buna göre İş Kanunumuz kapsamında, işverenin işe alım sırasında eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde ayrımcılık

¹⁶¹Süzek, 2019: 631.

¹⁶²Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik vd., 2020: 438 vd.

¹⁶³Süzek, 2019: 443; Çelik vd., 2020: 434.

tazminatı talep edilemez¹⁶⁴. Ancak bu halde genel hükümler gereği sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde işverenin sorumluluğu doğabilir¹⁶⁵.

İşyerinde ayrımcılığa maruz kalan işçi, ayrımcılık tazminatı olarak dört aya kadar ücreti tutarındaki meblağı talep edebilir (İK m. 5)¹⁶⁶. Bu hüküm nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğundan taraflarca işçi lehine değiştirilebilmesi mümkündür¹⁶⁷.

Ayrımcılık tazminatına ilişkin talepler bakımından, işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia eden işçi bunu ispatla yükümlüdür. Bu durum İK madde 5/7’de¹⁶⁸ demek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, işçinin ihlalin varlığı ihtimalini güçlü şekilde ortaya koyması halinde ihlalin mevcut olmadığına ilişkin ispat yükünün işverene ait olduğu hüküm altına alınmıştır. İspat yüküne ilişkin İK madde 5/7 hükmünde, işçiyi koruma esasından hareketle işçi lehine hafifletilme amacı güdülmüşse de sendikal tazminat başlığı altında yaptığımız açıklamalar bu hüküm bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda hükmün medeni usul kurallarına ve ispat yükünün niteliğine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Eşit davranma yükümlülüğünün ihlali, hukuki bir fiile vücut verdiği için her türlü delille ispat edilebilir. İK madde 5/7 hükmü gereğince, ayrımcılığa uğrayan işçinin “ihlalin varlığı ihtimalini” güçlü şekilde ortaya koyması yeterli kabul edilerek işçi bakımından ispat kolaylığı sağlanmıştır. Öyleyse kanun koyucu ayrımcılık tazminatı talep eden işçi bakımından tam ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesini aramamıştır. Bunun yerine hâkimde, ihlalin oluştuğuna yönelik bir kanaat oluşturulmasını yeterli bularak yaklaşık ispatı kabul etmiştir. İşçinin ihlal ihtimalini gösteren güçlü gerekçeler ortaya koyması halinde ispat yükü işveren

¹⁶⁴Buna karşın 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda, iş ilanı ve iş başvurusu sırasında ortaya çıkan ayrımcılık da işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı kabul edilmektedir. Tunçomağ, Centel, 2018: 146; Mutlay, İşçi, 2019: 1522.

¹⁶⁵Yenisey, 2006: 77; Süzek, 2019: 445; Kandemir, Yardımcıoğlu, 2015: 36; Odaman, 2010: 34.

¹⁶⁶Ayrımcılık tazminatının tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından iki farklı düzenleme mevcuttur. İş Kanunu Ek Madde 3/1-d kapsamında “iş sözleşmesinin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olarak sona erdirilmesi halinde” bundan doğan ayrımcılık tazminatı beş yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Öte yandan iş ilişkisinin devamı sürecinde yaşanan ayrımcı tutumlardan yana bir düzenleme yapılmadığından bu hallerde genel hükümler kapsamında BK madde 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır (Süzek, 2019: 455, 456).

¹⁶⁷Süzek, 2019: 455; Çelik vd., 2020: 449.

¹⁶⁸İK m. 5/7: 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

geçecek¹⁶⁹ ve işverenin, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmadığını ispat edememesi halinde işveren ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

Ayrımcılık tazminatı bakımından İK madde 5/6 kapsamında bir üst sınır belirlenerek tazminatın miktarı hâkim takdirine bırakılmıştır. Hâkim bu halde, işçinin dört aylık ücret tutarını aşmamak kaydıyla¹⁷⁰ uygun bir tutarda ayrımcılık tazminatına hükmedecektir. Bu bakımdan hâkim takdiri ile belirlenen ayrımcılık tazminatının niteliği karineye dayalı makul indirim uygulamasına uygun değildir.

1.3.1.7. İş Güvencesi Tazminatı

İş Kanunu'nun 18 vd. maddeleriyle iş güvencesi düzenlenmiş ve bu kapsamda iş güvencesi hükümlerine tabi olmak için birtakım şartlar kabul edilmiştir. Bunlar:

- Fesih tarihi itibarıyla¹⁷¹ işyerinde çalışan işçi sayısının 30 ve daha fazla olması¹⁷²
- İşçinin en az 6 aylık kıdeme sahip olması¹⁷³
- Belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışmak¹⁷⁴

¹⁶⁹Karan, 2017: 427.

“Ayrımcılık yasağında gündeme gelen ispat yükü rejimi için “ispat yükünün yer değiştirmesi” kavramı yerine “ispat yükünün paylaştırılması” kavramı kullanılması daha uygun görülmektedir. Burada uygulanan ispat rejiminde, ispatla ilgili genel kuraldan tam olarak ayrılınmamaktadır. Bunun nedeni ise delil ikamesi yükünün (burden of production) hala iddia eden tarafta olmasıdır. Ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin ayrımcılık karinesi olarak adlandırılabilir durumun ortaya konulabilmesi için yeterli delil sunması beklenmektedir. Böylece ispat yükünün yer değiştirmesi ancak bu aşamadan sonra gerçekleşmektedir. Bu yüzden ayrımcılık iddialarında en başından itibaren ispat yükünün yer değiştirmesi değil ispat yükünün paylaştırılması söz konusu olmaktadır.”

¹⁷⁰Söz konusu hüküm nispi emredici nitelik taşıdığından taraflarca iş sözleşmesiyle yahut toplu iş sözleşmesiyle arttırılabilir (Çelik vd., 2020: 449).

¹⁷¹Şakar, 2020: 116; Çelik vd., 2020: 515; Y. 9. HD., T. 11.12.2003, E. 2003/19269, K. 2003/20526, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 12.12.2020).

¹⁷²İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.

¹⁷³Yeraltı işlerinde çalışan işçiler kıdem şartına tabi değildir.

¹⁷⁴Y. 9. HD., T. 7.12.2005, E. 2005/12625, K. 2005/38754; Y. 9. HD., T. 11.6.2009, E. 2008/1006, K. 2009/16612, *“Belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmaksızın üst üste birden fazla akdedilmesi halinde iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğinden bu durumda diğer şartların da varlığı halinde iş güvencesi hükümleri uygulanabilecektir.”*, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 12.12.2020).

- İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı yahut işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işe işçi alma ve çıkarma konusunda yetkili işveren vekili olmamak¹⁷⁵

Öyleyse 30'dan fazla işçi çalıştıran bir işyerinde 6 aydan fazla kıdeme sahip, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan İş Kanunu'na yahut Basın İş Kanunu'na tabi¹⁷⁶ işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için geçerli bir sebebin varlığı zorunludur.

İş Kanunu madde 18/1 gereği geçerli neden; işçinin yeterliliği veya davranışlarından ya da işletmenin, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanabilir. Öte yandan hangi durumların geçersiz fesih hali kabul edileceği de örnekleme suretiyle aynı maddenin 3. fıkrasında sayılmıştır. İş sözleşmesinin, geçerli bir nedene dayanmaksızın yahut İK madde 18/3'te sayılan haller vb. nedenlerle feshedilmesi feshin geçersizliği sonucunu doğurur¹⁷⁷. Aynı şekilde feshin İK madde 19'a aykırı şekilde yapılması da feshi geçersiz kılar. İş Kanunu madde 19 kapsamında; iş sözleşmesinin feshi, fesih nedenini açıkça bildirmek suretiyle yazılı şekilde yapılmalıdır. Yine şayet iş sözleşmesi işçinin verimi veya davranışı ile ilgili bir sebepten dolayı feshedilecekse bu durumda işçinin savunmasının alınması zorunludur (İK m. 19/2)¹⁷⁸. Aksi halde işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanır.

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde işçinin iş sözleşmesi, geçerli bir nedene dayanılmadan feshedilmişse bu durumda işçinin işe iadesini talep etme hakkı doğar. İşçinin işe iade talebinden anlaşılması gereken, iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin İK madde 20 hükmü çerçevesinde *“fesih bildiriminin tebliğinden itibaren 1 ay içinde”* bu hususta arabulucuya başvurmasıdır. Taraflar arabuluculuk safhasında işçinin iadesi yahut iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süreye ilişkin ücret alacağının ödenmesi konusunda anlaşabilirler.

¹⁷⁵İK madde 19, 21 ve 25/son hükümleri işveren vekilleri hakkında uygulanmaz (İK m. 18). Öyle ki, işyerinde nitelikli bir konuma ve yetkiye sahip olan işveren vekilleri ile işveren arasındaki ilişki güven esasına dayanır. Kanun koyucu da bu güvenin sarsılması halinde işverenin hareket imkanını kolaylaştırmak gayesiyle iş güvencesi hükümleriyle işvereni kısıtlama yolunu tercih etmemiştir(Süzek, 2019: 549). Yine belirtmek gerekir ki, işverenin İK madde 25/2 kapsamındaki haklı fesih imkânı saklıdır. İş sözleşmesinin bu kapsamda feshedilmesi ve feshin haklı olması halinde artık iş güvencesi tazminatından da bahsedilemez.

¹⁷⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2019: 538, dn. 10.

¹⁷⁷Süzek, 2019: 536.

¹⁷⁸Y. 9. HD., T. 21.4.2008, E. 2007/30777, K. 2008/9219, *“...İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar.”*, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 12.12.2020).

Taraflarca anlaşma sağlanamazsa bu halde işçi “*son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren 2 hafta içinde*” dava açabilir. Dava neticesinde feshin geçersizliğine karar verilirse bu halde de işçi İK madde 25/6 hükmü gereğince “*kararın tebliğ tarihinden itibaren 10 işgünü*” içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmalıdır¹⁷⁹. Aksi halde fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Dolayısıyla işçiye iş güvencesi tazminatı ve İK madde 21/3’te düzenlenen, boşta geçen süreye ilişkin ücret¹⁸⁰ ödenmez. İşçi, işe başlamak için işverene başvurmuş ve işverence tekrar işine başlatılmışsa bu durumda işçiye yalnızca İK madde 21/3’te düzenlenen ücret ödenir. Öyleyse İK madde 21’e göre; işçinin işe iade talebine karşılık işveren, 1 ay içinde işçiye işe başlatmazsa bu durumda işçiye iş güvencesi tazminatı ile işçinin boşta geçirdiği süreye ilişkin en fazla dört aylık ücretini ödemekle yükümlüdür.

İK madde 20/2 gereği ispat yükü işveren üzerindedir. Bu kapsamda işverenin hem geçerli nedenin varlığını hem de feshin usulüne uygun olarak yapıldığını ispat etmesi gerekir. Öyle ki; feshin geçerli bir fesih hükmünde olabilmesi için yalnızca geçerli bir nedenin varlığı yeterli değildir. Geçerli bir nedenin varlığı yanında işçinin savunmasının alınması, fesih bildiriminin yazılı yapılması gibi feshin usulüne ilişkin şartların da yerine getirilmesi gerekir. İşveren feshin geçerli bir nedene dayandığını her türlü delille ispat edebilir. Nitekim geçerli nedene vücut veren olay veya olgular maddi vaka niteliğindedir. Öte yandan fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması hükme bağlandığından bildirimin yapıldığına ilişkin ispatın da fesih bildirimini içeren yazılı belgeye dayanması gerekir. İş Kanunu kapsamında işçinin savunmasının alınmasına ilişkin yazılılık şartı öngörülmemişse de ispat kolaylığı için yazılılığın esas alınması yerinde olacaktır. Ancak bu hususta bir düzenleme öngörülmediğinden işçinin savunmasının alındığına ilişkin ispat faaliyeti tanıkla ve sair delillerle de ispat edilebilir. İş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayanarak ve usulüne uygun bir şekilde feshedildiğinin işverence ispat edilememesi halinde işe iade süreci başlayacak ve yukarıda açıklandığı üzere iş güvencesi tazminatı gündeme gelecektir.

Bu noktada İK madde 20/2’de yer alan ispat yüküne ilişkin düzenlemeye değinmekte yarar görüyoruz. İK madde 20/2’ye göre; işveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçinin feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmesi halinde

¹⁷⁹Y. 7. HD., T. 2.6.2014, E. 2014/3181, K. 2014/11189, “*İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez.*”, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 12.12.2020).

¹⁸⁰İK m. 21/3: Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

artık işçi bu iddiasını ispatla mükellef olur. Bu hüküm kapsamında da ispat yükünün niteliğine aykırı bir düzenleme yapıldığı kanaatindeyiz. İspat yükü kural olarak lehine hak çıkaran tarafa aittir. İK madde 18 ile işverene feshin geçerli nedene dayandırılması zorunluluğu yüklenmiştir. Bunun bir sonucu olarak da İK madde 20 ile feshin geçerli nedene dayandığına ilişkin ispat da işverene yüklenmiştir. İşverenin geçerli nedenin varlığını ispat etmesi halinde dava işçi aleyhe karar riskine katlanacaktır. Aynı anda işverene geçerli nedeninin varlığını ispat külfeti yüklenirken işçiye de başka bir nedene dayandığını ispat etme külfeti yüklenemez. Bu anlamda sendikal tazminat başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

İş güvencesi hükümleri kapsamında hükmedilen tazminat miktarı; işçinin 4 aylık ücret tutarından az, 8 aylık ücret tutarından fazla olmamak üzere mahkemece yahut özel hakemce belirlenir. Kanun koyucu tazminat tutarı noktasında kural içi boşluk bırakarak bu boşluğun hâkimin takdiri ile doldurulmasını öngörmüştür. Dolayısıyla hâkimin yasal sınırlar içinde kendi takdiriyle belirlediği tazminat tutarına indirim uygulaması çelişki doğuracak ve tazminatın niteliğiyle bağdaşmayacağından iş güvencesi tazminatı bakımından karineye dayalı makul indirim uygulama alanı da bulmayacaktır. İK madde 21/3'te düzenlenen, boşta geçen süreye ilişkin ücret bakımından da karineye dayalı makul indirim uygulaması söz konusu olmaz. Nitekim İK madde 21/3 kapsamında kanun koyucu tarafından, işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek ücret, üst sınır belirlenmek suretiyle götürü olarak düzenlenmiştir.

1.3.1.8. Haksız Fesih Tazminatı

İş sözleşmesinin derhal feshi ancak haklı bir nedenin varlığı halinde gündeme gelir. İşçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan haller İK madde 24, işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan haller ise İK madde 25 kapsamında hüküm altına alınmıştır. Sayılan nedenlerle sınırlı olmamak üzere, objektif olarak sözleşmenin devamını çekilmez hale getirecek nitelikte¹⁸¹ bir ya da birkaç sebebin varlığı halinde sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi mümkündür. Böyle bir nedene dayanmaksızın sözleşmenin feshedilmiş olması yahut haklı bir nedene dayanılmış olsa dahi feshin usulüne uygun, İK madde 26'da belirtilen süre¹⁸²

¹⁸¹Elmas, 2018: 14.

¹⁸²İK m. 26/1: 24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.

içerisinde yapılmamış olması hallerinde haklı bir fesihten bahsedilemez. Dolayısıyla bu hallerde haksız feshin hüküm ve sonuçları doğar.

İş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmadan feshedilmesi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar İş Kanunu kapsamında düzenlenmemiştir. İş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi TBK madde 438 ile hüküm altına alınmıştır. Haksız fesih tazminatı, Türk Borçlar Kanunu'na veya İş Kanunu'na tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan¹⁸³ belirli ve belirsiz süreli iş akitleri bakımından uygulama alanı bulur.

TBK madde 438/1'e göre; belirsiz süreli bir iş sözleşmesini haklı nedene dayanmadan fesheden işveren, işçinin fesih bildirim süresi içinde kazanacağı miktarı işçiye tazminat olarak ödemekle yükümlüdür. Belirli süreli bir iş sözleşmesini sözleşme süresi sona ermeden fesheden işveren ise, belirli sürenin sona ermesine kadar geçecek bakiye zaman içinde işçinin kazanacağı miktarı işçiye tazminat olarak ödemekle yükümlüdür. TBK madde 438/3 kapsamında ise işçi lehine haksız fesih tazminatı düzenlenmiştir¹⁸⁴. Buna göre hâkim; haksız feshin tespiti halinde, somut olayın tüm durum ve koşullarını değerlendirerek takdir ettiği bir tutarın işçiye tazminat olarak ödetilmesine karar verebilir. Öyle ki hâkim, somut olayın özelliklerine göre böyle bir tazminata hükmetmeyebileceği gibi bir haksız fesih tazminatı takdir ederek işçiye ödetilmesini de öngörebilir.

Mahkemece haksız feshe dayalı olarak tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle feshin haksızlığının sabit olması gerekir. İş sözleşmesinin devamlılığı kural, haklı nedenle derhal feshi istisna olduğundan ispat yükü de iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden taraf üzerinde olacaktır¹⁸⁵. Bu hususta haklı feshin dayanağını oluşturan olay ve olgular maddi vaka niteliğinde olup her türlü delille ispatı mümkündür¹⁸⁶. İşverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle, süresi içinde ve usulüne uygun olarak feshettiğini ispatlayamaması halinde haksız fesihten bahsedilecek ve TBK madde 438 uygulama alanı bulacaktır.

Burada; hem TBK madde 438/1 kapsamında düzenlenen tazminat bakımından hem de haksız fesih tazminatı bakımından karineye dayalı makul indirim uygulanması mümkün değildir. TBK'nın 438/1 hükmü ile düzenlenen tazminatın sınırı kanun kapsamında çizilmiş olup 2. fıkra hükmü ile de hangi durumlarda hâkime tazminattan indirim yetkisi verildiği

¹⁸³İş güvencesine tabi olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından, İK madde 18,19,20,21'de düzenlenen iş güvencesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

¹⁸⁴Süzek, 2019: 704.

¹⁸⁵Engin, 2006: 45; Süzek, 2019: 707; Sevimli, 2004: 16; Savaş, 2012: 210.

¹⁸⁶Özdemir, 2006: 29; Koç, 2012: 286; Savaş, 2012: 207.

açıkça ve sınırlı olarak ¹⁸⁷ belirtilmiştir. TBK madde 438/3'te düzenlenen haksız fiil tazminatı ise somut olay dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecek bir tazminat türü olduğundan bu anlamda niteliği itibariyle karineye dayalı makul indirimin uygulamasına uygun değildir.

1.3.1.9. Yıllık İzin Ücreti

Yıllık ücretli izin hakkı, Anayasa'dan doğan dinlenme hakkının bir gereği olarak İş Hukuku'nda da düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda İş Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nda, Basın İş Kanunu'nda ve Deniz İş Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Bir işçinin yıllık izne hak kazanabilmesi için işyerinde en az bir yıl süreyle çalışmış olması gerekir¹⁸⁸. İşbu sebeple niteliği gereği buna uygun olmayan mevsimlik işler ile kampanya işlerinde çalışan işçiler bakımından yıllık izin hükümleri uygulanmaz (İK m. 53).

İşçi yıllık ücretli izin hükümleri çerçevesinde yıllık izne hak kazandığı takdirde, dinlenme hakkının bir gereği olarak işçinin yıllık iznini kullanması esastır. İşçinin bu hakkını kullanabilmesi için işverenden talepte bulunması ve bu talebinin işverence onaylanması gerekir. Öyle ki yıllık izinlerin kullanılma zamanına ilişkin düzenlemeler işverenin yönetim hakkı kapsamındadır¹⁸⁹.

İznini kullanan işçi izin süresine ilişkin ücretini de peşin olarak alır (İK m. 57). Yıllık izin döneminde işçiye çalışmış gibi ücretinin ödenmesi yasal bir zorunluluktur. İşçi iznini kullanmayarak bunun yerine belirlenmiş bir ücret alamaz. Bu hak işçinin dahi vazgeçemeyeceği bir haktır¹⁹⁰. Bu sebeple işçi o yıl içinde yıllık izinlerini kullanmamış olsa dahi yıllık izin hakkı sona ermez¹⁹¹. Ancak işçi yıllık izinlerini kullanamadan iş sözleşmesi sona ermişse bu halde artık sona ermeyle birlikte yıllık izin ücreti talep edilebilir hale gelir (İK m. 59/1)¹⁹². Bu noktada işçinin iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği¹⁹³, işverence yahut

¹⁸⁷Y. 9. HD., T. 09.03.2015, E. 2013/14765, K. 2015/9464, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 30.12.2019).

¹⁸⁸ Bir yıllık sürenin hesabında, işçinin aynı işyerine ait farklı işyerlerinde çalışmış olması özellik arz etmez. Yine sözleşmenin bu süre içinde feshedilmesi ve işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi neticesinde işe dönmesi yahut işçinin aralıklı olarak aynı işyerinde çalışması halinde geçirilen sürelerin toplamı esas alınmalıdır (Süzek, 2019: 822; Çelik vd., 2020: 804). Örneğin işçi 9 ay süreyle bir işyerinde çalışmış olsun, işçinin daha sonra işten ayrılıp bir müddet sonra aynı işyerinde tekrar çalışmaya başlaması halinde 1 yıllık süre baştan başlamayacak ve işçi 3 ay daha çalışmakla yıllık ücretli izne hak kazanmış olacaktır.

¹⁸⁹Y. 9. HD., T. 20.10.2011, E. 2009/23358, K. 2011/38501, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.10.2019) Y. 9.HD., T. 26.03.2018, E. 2017/5393, K. 2018/6210, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.10.2019).

¹⁹⁰Detaylı bilgi için bkz. Gezer Kaysi, 2017: 52 vd.

¹⁹¹Çelik vd.,2020:810; Kılıç, 2011: 195.

¹⁹²Süzek, 2019: 831, 832; Çelik vd., 2020: 816; Tunçomağ, Centel, 2018: 184; Mutlay, İşçi, 2019: 1526.

işçi tarafından feshedilmiş olması önem arz etmez(İK m. 59/1)¹⁹⁴. Yıllık izin ücreti alacağı ancak sözleşmenin sona ermesiyle talep edilebilir hale geldiğinden zamanaşımı süresi de sözleşmenin sona ermesiyle birlikte işlemeye başlar (İK m. 59/1)¹⁹⁵.

Yıllık ücretli izne hak kazanıldığı, yani kanunda belirtilen bir yıllık sürede çalışıldığına ilişkin ispat yükü işçidedir¹⁹⁶. İşçinin bahse konu işyerinde belirtilen süre kadar çalışması fiili bir durum olduğundan her türlü delille ispatı mümkündür.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçinin dinlenme hakkının bir uzantısı olduğundan işçiye yıllık iznini kullandırmak ve kullandırıldığını belgelemek ise işverenin sorumluluğundadır (Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği¹⁹⁷ m.6/son). Dolayısıyla yıllık izinlerin kullandırıldığına ilişkin ispat yükü işverene aittir¹⁹⁸. İşverenin bu iddiasını, izin defteri yahut yazılı bir belge ile ispat etmesi gerekir¹⁹⁹.

İşverenin, işçiye yıllık izinlerinin kullandırıldığına ilişkin yemin teklif edebileceği de Yargıtayca kabul edilmektedir²⁰⁰. Yargıtay 2020 tarihli bir kararında “*yıllık izinlerin kullandırılmadığına ilişkin açılan alacak davalarında yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükünün işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer belge ile kanıtlaması gerekmektedir. İşveren işçinin yıllık iznini kullandığını tanık ifadeleri ile kanıtlayamaz.*” diyerek²⁰¹; 2021 tarihli bir kararında ise “*Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü, işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile ispatlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.*” diyerek²⁰² bu hususu vurgulamıştır.

¹⁹³İş sözleşmesinin haklı ya da haksız fesih yoluyla yahut ölümle sona ermesi özellik arz etmez. İş sözleşmesinin ölümle sona ermesi halinde de yıllık izinlerini kullanamadan vefat eden işçinin mirasçıları işçinin kullanamadığı izin süresine ilişkin yıllık izin ücretini işverenden talep edebilecektir (İK m. 59).

¹⁹⁴Çelik vd., 2020: 816; Gezer Kaysi, 2017: 58.

¹⁹⁵Ücret alacağı niteliğinde olan yıllık izin ücretine ilişkin zamanaşımı diğer ücret alacaklarında olduğu gibi beş yıldır (İK 32, İK Ek m. 3); Y.9. HD., T. 14.12.2010, E. 2010/30973, K. 2010/37847, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.08.2018); Çelik vd., 2020: 818, 819.

¹⁹⁶Akyiğit, 2000: s. 237.

¹⁹⁷03.03.2004 tarih, 25391 sayılı Resmi Gazete.

¹⁹⁸Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, 2006: 190 vd.; Süzek, 2019: 830.

¹⁹⁹Y. 22. HD., T. 10.9.2013, E. 2012/26658, K. 2013/18451, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 05.08.2018).

²⁰⁰Y. 9. HD., T. 19.01.2021, E. 2020/4008, K. 2021/1504, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01/06/2021).

²⁰¹Y. 9. HD., T. 04.03.2020, E. 2017/14391, K. 2020/3599, <https://legalbank.net> (E.T: 10.09.2020).

²⁰²Y. 9. HD., T. 26.01.2021, E. 2020/4667, K. 2021/2246, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01/06/2021)

Yargıtay, işçinin uzun süre yıllık izin kullanmadan çalışmasını hayatın olağan akışına aykırı olarak nitelendirmektedir²⁰³. Bu hususta Yargıtay “...işçinin uzun süre yıllık izin kullandırılmadığı iddiaları karşısında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 31.maddesinde öngörülen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin davacı işçiyi bizzat dinleyerek çalışma ve dinlenme süreleri konusunu açıklığa kavuşturması gerekir. Dairemizce uzun süre kavramı beş yıl ve daha fazla süre olarak değerlendirilmiş olup, kullandırılmadığı iddia edilen izin süresinin toplamda beş yıllık veya daha fazla olması halinde anılan hüküm çerçevesinde uygulama yapılmalıdır.” yönünde kara vermektedir²⁰⁴.

Yıllık izinlerini kullanamayan işçi bakımından da hak edilmiş ancak kullanılamamış yıllık izin sürelerine ilişkin ücretin, işçinin son ücreti üzerinden hesaplanarak işçiye ödenmesi gerekir (İK m 59). Bu sürelerle ilişkin ücretin ödenmesi ve ücretlerinin ödendiğine yönelik ispat yükü de yine işveren üzerindedir. İşverenin, yıllık izinlerin kullanıldığını yahut kullanılamayan izinlerin ücretinin ödendiğini ispat edememesi halinde işveren, hak edilen yıllık izin süresine ilişkin ücreti işçiye ödemekle yükümlü olur.

Yıllık iznin kullandırılıp kullandırılmadığına ilişkin ispat yükü işveren üzerinde olup ispatın kesin delillere dayanması gerektiği de açıkça belirtilmiş olduğundan ispat faaliyetinin niteliği karineye dayalı makul indirim uygulamasına elverişli değildir. Bu noktada işçi o dönemde çalıştığına yönelik bir ispat yükü altında değildir. Yargıtay da “...Davacının çalıştığı üç yıllık süre içinde yıllık ücretli izin kullandığı işverence geçerli delillerle kanıtlanamamıştır. Davacının hak ettiği yıllık ücretli izin alacağı bilirkişi raporu ile hesaplanmıştır. Mahkemenin yıllık ücretli izin alacağından ¼ nispetinde indirim yapması da hatalıdır.” diyerek yıllık ücretli izin alacağından uygulanan indirimi hatalı olduğu yönünde karar vermektedir²⁰⁵.

1.3.2. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabildiği İşçilik Alacakları

Karineye dayalı makul indirim, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, fazla çalışma ile hafta tatili ücreti alacakları bakımından uygulama alanı bulur.

İşçinin çalışması fiili bir olay olduğundan maddi vaka niteliğindedir. Öyleyse işçinin çalışma iddiası her türlü delille ispat edilebilir. Çalışma iddiasına ilişkin ispat faaliyeti gerçekleştirilirken tanık anlatımları gerçeği yansıtmayabilir. Bu kapsamda dinlenen tanığın

²⁰³Y. 9. HD., T. 19.01.2021, E. 2020/4010, K. 2021/1506, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01/06/2021)

²⁰⁴Y. 9. HD., T. 19.01.2021, E. 2020/4332, K. 2021/1510, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01/06/2021)

²⁰⁵Y. 9. HD., T. 1.7.2004, E. 2004/4300, K. 2004/16295, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 05.08.2018).

mahkemeyi yanıltması ve neticeten hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engellemek maksadıyla karineye dayalı makul indirim uygulamasına ihtiyaç duyulmuştur.

1.3.2.1. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da²⁰⁶ belirtilen günler resmi tatil olarak kabul edilmiştir. Bunlar; ulusal bayramımız olan 29 Ekim ile 23 Nisan, 1 Mayıs, 19 Mayıs, 1 Ocak, Ramazan Bayramı gibi özel gün ve haftalara özgü tatillerdir.

İş Kanunu madde 47'de, işverenin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde bir çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretini ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, belirtilen tatil günlerinde çalışan işçi ise çalıştığı her gün için ilave bir günlük ücretine hak kazanacaktır²⁰⁷. Burada dikkate alınacak ücret işinin temel ücretidir. Çalışan işçiye ek bir günlük ücret ödemesi yapılırken temel ücret üzerinden işçinin bir güne tekabül eden ücreti hesaplanır. Değinilmesi gereken bir diğer konu; tatil günlerine ilişkin ücretlerin ödenmemiş olması halinde, işçinin talebi anındaki son ücreti üzerinden mi yoksa ödenmeyen tatil ücreti dönemindeki ücreti üzerinden mi hesaplanacağıdır. Bu konuda, dikkate alınması gereken ücret, ödemesi yapılmamış tatil alacağının bulunduğu dönemdeki ücrettir²⁰⁸.

İşçi tatil günündeki çalışması ile o güne ilişkin ek ücrete de hak kazanır. Bu sebeple çalışmanın yapıldığı andan itibaren o günün ücretini talep hakkı doğar. Ödenmeyen alacakların sözleşmenin sona ermesinden sonra talep edilmesi halinde sözleşmenin hangi şekilde sona erdiği önem arz etmez. Nitekim haklı ya da haksız fesihle sona ermiş olması işçinin ücret ve sair para alacaklarını almasını engellemez. Aynı şekilde işçinin ölümü halinde de işçinin tatil günlerine ilişkin ödenmeyen ücretini mirasçıları talep edebileceklerdir.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi bu iddiasını ispat ile yükümlü olacaktır. Bu hususta işçinin bu çalışmasına karşılık gelen ücretinin ödendiğinin ispatını ise işveren yapacaktır. Alacağın ispatı ve karineye dayalı makul indirimin

²⁰⁶19.03.1981 tarih, 17284 sayılı Resmi Gazete.

²⁰⁷Yani işçinin tatil günlerinde çalışması halinde işveren, işçiye toplam iki günlük ücreti tutarında ödeme yapmakla yükümlüdür. İşçi lehine yorum ilkesi gereği, işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması halinde işçiye kanunda öngörülenden daha fazla ücret ödeneceği kararlaştırılabilir. Bu anlamda İK madde 47'de yer alan hüküm nispi emredici niteliktedir. İşçi lehine düzenleme yapılarak işçiye iki günlük ücretinden daha fazla (örneğin üç günlük) ödeme yapılacağı kararlaştırılabilir. Süzek, 2019: 817; Y. 9. HD., T. 25.05.2010, E. 2010/796, K. 2010/14544, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 04.01.2019).

²⁰⁸Süzek, 2019: 819; Y. 9. HD., T. 18.02.2002, E. 2002/101, K. 2002/2797, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 04.01.2019).

uygulanabilirliği hususu fazla çalışma alacağı ile paralel olduğundan burada ayrıca değinilmeyecek, fazla çalışma ücreti alacağına ilişkin yapılan açıklamalar ile yetinilecektir.

Konu başlığı altında, ulusal bayram ve genel tatil ücretinden karineye dayalı makul indirim uygulanmasına yönelik Yargıtay ve BAM kararlarına yer vermekte yarar görüyoruz. Yargıtay bir kararında *“Hesaplama tamamen tanık beyanlarına dayanmış olmakla hesaplanan fazla çalışma ve genel tatil ücretinden indirimde gidilmesi gerekirken tamamının hüküm altına alınması hatalıdır”* diyerek karineye dayalı makul indirimin hem fazla çalışma hem de ulusal bayram ve genel tatil ücreti yönünden uygulanması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁹. Ankara BAM da bir kararında *“...ubgt ücreti alacaklarında %15 oranında hakkaniyet indirimi yapılmış ise de yerleşik Yargıtay kararları ve dosya kapsamına göre hakkaniyet indiriminin %30 yapılmasının uygun olacağı... ubgt ücreti yönünden hakkaniyet indirimine ilişkin istinaf talebinin kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek yeniden esas hakkında aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”* diyerek Yargıtay uygulaması gereğince UGBT ücreti uygulanan indirim oranını yetersiz bularak ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır²¹⁰.

1.3.2.2. Fazla Çalışma Ücreti

İşçinin çalıştığı işyerinin ihtiyacı ya da işinin niteliği ve üretimin arttırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapması gerekebilir. Normal çalışma süresini aşan çalışmalar ancak çalışma süresinin haftalık 45 saatin üzerine çıkması halinde fazla çalışma olarak nitelendirilir²¹¹. Yargıtay’a göre; işçinin çalışması haftalık 45 saati aşmamış olsa dahi günlük 11 saati²¹², gece 7,5 saati²¹³ aşıyorsa fazla çalışma olarak nitelendirilir. İş Kanunu’yla belirlenen haftalık 45 saatlik sürenin iş sözleşmesiyle işçi lehine değiştirilebilmesi mümkün olduğundan taraflar, çalışma süresini haftalık 45 saatin altında belirleyebilirler²¹⁴. Bu halde

²⁰⁹Y. 9. HD., T. 23.06.2010, E. 2008/31220, K. 2010/20208, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.05.2021).

²¹⁰Ankara BAM 8. HD., T. 12.03.2020, E. 2018/2166, K. 2020/662, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.05.2021).

²¹¹Çelik vd., 2020: 763, Ekonomi 2004: 164-165; Demir, 2013: 200; Günay, 2007: 5,6-9 vd.; Demircioğlu, 2008: 236.

²¹²YHGK, T. 19.04.2017, E. 2015/3385, K. 2017/759; YHGK, T. 08.02.2017, E. 2014/2468, K. 2017/229, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 04.08.2019).

²¹³Y. 9. HD., T. 16.10.2019, E. 2017/12246, K. 2019/18286, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03/06/2021)

²¹⁴Süzek, 2019: 788, 789; Köseoğlu, Kabul, 2014: 237, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97926> (E.T: 15.10.2018).

işçinin sair nedenlerle iş sözleşmesinde belirtilen süreden daha fazla çalışması ise fazla sürelerle çalışma sayılır²¹⁵.

Telafi çalışmalarının²¹⁶ yahut İK madde 63/2 çerçevesinde denkleştirme uygulamalarının varlığı halinde bu süreler fazla çalışma sayılmaz²¹⁷. Yani telafi çalışmasının yahut denkleştirme uygulamasının söz konusu olduğu hallerde fazla çalışmadan bahsedilebilmesi için haftalık 45 saatin aşılması yeterli olmayacaktır. Denkleştirme süresi boyunca yapılan çalışmaların ortalaması haftalık 45 saatin üzerinde ise ancak bu halde fazla çalışmadan bahsedilebilecektir²¹⁸. Örneğin 2 aylık bir denkleştirme süresi boyunca işçi, iki hafta 50'şer saat diğer haftalarda ise 40'ar saat çalışmış olsun. Bu halde işçinin haftalık çalışma ortalaması 42,5 saate tekabül eder. Bu sebeple işçinin 45 saati aşan 2 haftalık çalışması bakımından fazla çalışma söz konusu olmaz. İşçinin, 4 hafta boyunca 55 saat kalan haftalarda ise 45 saat çalıştığını varsayalım. Bu durumda işçinin haftalık çalışması ortalama 50 saat olacağından fazla çalışma alacağı da doğar.

Yargıtay, çalışma saatlerini kendisi belirleyen ve işyerinde üst düzey yönetici konumunda olan işçilerin fazla çalışma bakımından ücret talep edemeyeceklerine karar vermektedir²¹⁹. Ancak hafta tatili ve genel tatil ücretlerini talep edebilmeleri mümkün görülmektedir²²⁰.

İşçinin, fazla çalışma yahut fazla sürelerle çalışma yapması halinde ise işçiye çalışmasının karşılığı olarak ya serbest zaman verilir ya da fazla çalışma ücret alacağı ödenir (İK m. 41). Fazla çalışmanın karşılığının ücret olarak ödenmesi halinde; çalışma karşılığı olan

²¹⁵“İş sözleşmesinde 45 saat olarak belirlenmiş olan haftalık çalışma süresinin, işyeri uygulamasıyla 45 saatten az olması halinde taraflar arasında iş sözleşmesindeki çalışma süresini azaltmak yönünde örtülü bir anlaşmanın var olduğunun kabulüyle 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma kabul edilmelidir” yönündeki görüş için bkz. Çelik vd., 2020: 762.

²¹⁶Akyiğit, 2018: 398, 399.

²¹⁷Andaç, 2018: 307; Şakar, 2020: 70.

²¹⁸Karademir, Ekinci, 2017:76; Akyiğit, 2005: 2.

²¹⁹Y. 9. HD., T. 28.05.2009, E. 2008/423, K. 2009/14879, “...İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.”<https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²²⁰Y. 22. HD., T. 13.04.2017, E. 2017/4303, K. 2017/6497, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 12.08.2019); Y. 22. HD., T. 17.01.2017, E. 2017/30224, K. 2017/261, <https://www.lexpera.com.tr> (12.08.2019); Y. 22. HD., T. 29.12.2016, E. 2016/30065, K. 2016/29571, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 12.08.2019).

ücret, işçiye İK madde 32 ve 34 hükümlerine göre işçinin normal ücreti gibi ödenir ve ücretin ödendiği işverence belgelenir. Fazla çalışmanın yapılması ile doğan²²¹ fazla çalışma alacağı diğer ay başında muaccel hale gelecektir²²². Bu bakımından fazla çalışma alacağı iş sözleşmesi sona ermeden yahut sona erdikten sonra talep edilebilir.

Fazla çalışma ücretinin işçinin ücretine dahil edilmesi de mümkündür²²³. Bu halde, ücretin içinde olduğu kabul edilen fazla çalışma süresinin de iş sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. Nitekim fazla çalışmaların yılda en fazla 270 saatlik kısmı ücrete dahil kabul edilebilir²²⁴.

Yargıtay, işçinin hafta tatili günlerindeki çalışmasını da fazla çalışma olarak kabul etmektedir²²⁵. Kanun koyucu; işçinin haftada en az yirmi dört saatini dinlenerek geçirmesini sağlamak amacıyla hafta tatiline ilişkin İş Kanunu'nda²²⁶, Deniz İş Kanunu'nda²²⁷, Basın İş Kanunu'nda²²⁸ ve Türk Borçlar Kanunu'nda²²⁹ ayrı ayrı düzenlemeler öngörmüştür. Bu bakımdan işçinin hafta tatilinde çalışması yasayla ve kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Ne var ki işçilerin hafta tatili günlerinde de çalışmak zorunda kaldıkları bir gerçektir. Bu sebeple, Yargıtay'ın işçinin çalışmasının karşılığının korunması amacıyla

²²¹Kutluer, 2009: 100.

²²²Süzek, 2019: 367.

²²³Süzek, 2019: 801, Çelik vd., 2020: s. 778 vd.; aksi yönde görüş için bkz. Çil, 2016: 272 vd.

²²⁴Süzek, 2019: 801; Şakar, 2020: 71; Y. 9. HD., T. 30.05.2018, E. 2017/7381, K. 2018/12227, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 15.01.2020).

²²⁵Y. 7. HD., T. 07.05.2014, E. 2014/2968, K. 2014/10063, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03/06/2021); Y. 22. HD., T. 22.04.2014, E. 2014/8406, K. 2014/9260, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03/06/2021); Süzek, 2019: 815; Şakar, 2020: 70.

²²⁶İş Kanunu'nun 46. maddesiyle İş Kanunu'nun kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçilere, tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları şartıyla her yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili hakkı tanınmıştır.

²²⁷Deniz İş Kanunu'nda kanunun gemi adamlarının çalışma koşullarının işin niteliğine göre değişmesi gözetilerek ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu kapsamda Deniz İş Kanunu madde 41 kapsamında "liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalışan gemi adamlarının haftada altı günden fazla çalışması yasaklanmıştır. Kısa, yakın, uzak mesafe sefer yapan gemi adamları bakımından ise bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu şekilde çalışan gemi adamları bakımından bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle düzenleme yapılması mümkündür.

²²⁸Basın İş Kanunu madde 19'da da "Her altı günlük fiili çalışmayı takiben gazeteciye bir günlük ücretli dinlenme izni verilmesi mecburidir. Gazetecinin vazifesi devamlı gece çalışmasını gerektirdiği hallerde hafta tatili iki gündür." hükmüne yer verilmiştir.

²²⁹Borçlar Kanunu'nun 421. maddesinde ise işveren; işçiye her hafta ve kural olarak pazar günü, durum ve koşullar buna imkan vermezse bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlü kılınmıştır.

hafta tatili çalışmaları bakımından fazla çalışma nitelendirmesi yaparak zamlı ücret ödenmesi yönünde kararlar verdiği görülmektedir²³⁰.

Hafta tatili ücreti, işçinin çıplak ücreti üzerinden işçinin bir güne tekabül eden ücreti tutarında hesaplanır. Bu ücret, işçinin hafta tatili kapsamında çalışmadığı güne karşılık gelen ücretidir (İK m. 46). İşçi, dinlenme hakkının bir gereği olarak hafta tatiline hak kazanır ve işveren, tatil günü çalışmasa da o günün ücretini işçiye ödemekle yükümlüdür. Haftalık çalışma günlerinde 45 saatlik çalışma süresini tamamladıktan sonra hafta tatili gününde de çalıştırılan işçiye hafta tatili ücreti ile tatilde çalıştığı süreye karşılık %50 zamlı ücret ödenmesi²³¹ gerekir²³².

Fazla çalışma ücreti de normal ücret alacağı gibi 5 yıllık zamanaşımına tabi olup²³³ zamanaşımının işlemeye başlaması için fazla çalışma ücretinin muaccel olması yeterlidir. Fazla çalışma ücreti, iş sözleşmesi devam ederken muaccel hale geldiğinden iş sözleşmesi devam ederken talep edilebileceği²³⁴ gibi iş sözleşmesi sona erdikten sonra da talep edilebilir. Fazla çalışma ücretinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra talep edilmesi halinde, iş sözleşmesinin nasıl sona erdiği özellik arz etmez. İş sözleşmesinin ölümle yahut fesih yoluyla sona ermesi fazla çalışma ücret alacağının talep edilmesine engel değildir. Bu hususta fazla çalışma ücret alacağının talep edilebilmesi için sözleşmesinin sona ermesinin gerekmediği, alacağın iş ilişkisi devam ederken de zamanaşımına uğrayabileceği göz ardı edilmemelidir.

Fazla çalışma ücreti talep eden işçi, fazla çalışma yaptığına yönelik iddiasını ispat ile yükümlüdür²³⁵. Fazla çalışma iddiası maddi bir vakaya dayandığından işçi bu iddiasını her türlü delille ispat edebilir²³⁶. Delillerin somut ve inandırıcı nitelik taşıması iddianın ispatı

²³⁰Y. 22. HD., T. 11.06.2015, E. 2014/10253, K. 2015/20257, “4857 sayılı Kanun’unda hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağı düzenlenmemiş ise de hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı ve buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü Dairemizce benimsenmiştir. Buna göre hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak ödenmelidir.”, <https://www.karartek.com.tr> (E.T: 03.01.2020).

²³¹İşçinin ücreti sabit ise; hafta tatilinde çalışan işçiye toplamda normal günlük ücretinin 2,5 katı tutarında ücret ödenmesi gerekir. Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde; o hafta içinde elde edilen ücret ve çalışılan gün üzerinden, yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde o hafta içinde elde edilen ücret üzerinden ayrıca hesaplama yapılmalıdır.

²³²Çiçek Usta, 2016: 207.

²³³Mutlay, İşçi, 2019: 1552.

²³⁴Karademir, Ekinci, 2017: 84.

²³⁵Özdemir, 2006: 230; Y. 22. HD., T. 25.03.2015, E. 2014/22125, K. 2015/11580, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.11.2019).

²³⁶Narmanlıoğlu, 1998: 505, 506; Özdemir, 2008: 80.

bakımından yeterlidir²³⁷. Bu hususta işverenle işçi arasındaki ya da işyeri içindeki yazışmalar, işyeri kayıtları yahut konuyla ilgili bilgi sahibi olan tanıklar delil niteliğindedir. Öyle ki fazla çalışmanın varlığını gösteren yazılı delillerin olmaması halinde tanık beyanlarına başvurulacak ve ispat bu çerçevede gerçekleşecektir.

İşveren, işçinin fazla çalışma yaptığını kabul etmekle çalışmasının karşılığının ödendiğini öne sürmesi halinde fazla çalışmanın varlığı ikrar edilmiş olur ve çekişmesiz hale gelir (HMK m. 187/2, 188/1). İkrar en basit tanımıyla, diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunun kabul edilmesidir²³⁸. Taraf; kendi aleyhine sonuç doğuran vakıanın doğruluğunu kabul etmekle yetiniyorsa basit ikrardan; doğruluğunu kabul etmekle birlikte karşı tarafça iddia edilen vakıanın vasfının (hukuki niteliğinin) iddia edilenden farklı olduğunu ileri sürüyorsa vasıflı ikrardan; doğruluğunu kabul etmekle birlikte karşı tarafça iddia edilen vakıanın hukuki sonucunu etkileyen, onu anlamsız hale getiren bir vakıa eklerse birleşik ikrardan söz edilir²³⁹. Birleşik ikrar; ikrara eklenen vakıanın ikrar edilen vakıyla arasında hiçbir bağlantı yoksa bağlantısız birleşik ikrar, doğal bir bağlantı varsa bağlantılı birleşik ikrar olarak adlandırılır²⁴⁰. Bu durumda işverenin fazla çalışmanın varlığını kabul ederken, onunla bağlantılı ve hukuki sonucunu etkileyen karşılığının ödendiği iddiasını öne sürmesi bağlantılı birleşik ikrardır. Bağlantılı birleşik ikrarın bölünüp bölünemeyeceği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre²⁴¹ bağlantılı birleşik ikrar bölünebilir. Dolayısıyla işverenin fazla çalışmanın varlığını ikrar etmesi halinde taraflar arasındaki uyuşmazlık fazla çalışma ücretinin ödenip ödenmediği noktasında toplanır. Fazla çalışma ücretinin ödendiğini ispatla yükümlü olan taraf ise fazla çalışmanın karşılığını ödemediğini iddia eden işveren olacaktır²⁴². İşveren, işçilik alacaklarının ödendiğine ilişkin iddiasını imzalı bordrolarla, banka dekontları ile yahut diğer delillerle ispatlayabilir. Bu hususta mahkemeye sunulan imzalı bordrolar kesin delil niteliğindedir²⁴³. İşbu sebeple de işverenin iddiasını ispatlarken imzalı bordroya dayanması halinde işçi, fazla çalışmasının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönündeki iddiasını ancak yazılı delille ispat

²³⁷Köseoğlu, Kabul, 2014: 257.

²³⁸Arslan vd., 2020: 402; Tanrıver, 2020: 763.

²³⁹Pekcanitez vd., 2020: 332, 333; Arslan vd., 2020: 404, 405; Tanrıver, 2020: 767, 768.

²⁴⁰Pekcanitez vd., 2020: 333; Arslan vd., 2020: 406,407; Tanrıver, 2020: 769.

²⁴¹Pekcanitez vd., 2020: 334; Arslan vd., 2020: 406; Tanrıver, 2020: 773 vd.; aksi görüş için bkz. Postacıoğlu, 1964: 1056 vd.

²⁴²Özdemir, 2006: 181.

²⁴³Y. 9. HD., T. 23.01.2014, E. 2011/51466, K. 2014/1491, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

edebilir²⁴⁴. Bordro imzasız olsa dahi işverenin, fazla çalışma ücretinin ödendiği iddiasını, işçinin banka hesabına yatırdığı farklı meblağlardaki banka dekontlarıyla ispat etmesi halinde de aynı durum geçerlidir²⁴⁵. Yargıtay bu hususta muhtelif tarihli kararlarında istikrarlı olarak “...İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır...” demek suretiyle işçinin söz konusu dekontlara karşı ihtirazi bir kayıt öne sürmemesi halinde de artık imzalı bordro olmasa dahi fazla çalışma iddiasının ancak yazılı delille ispat edilebileceğini belirtmiştir²⁴⁶. Öyleyse bu durumlarda işçinin tanık dinleterek iddiasını ispat etmesi mümkün değildir.

İmzalı bordroda ihtirazi kayıt öne süren işçi ise, fazla çalışmasını her türlü delille ispat edebilir²⁴⁷. Önemle belirtmek gerekir ki imzalı bordro yahut banka dekontu yalnızca ait olduğu döneme ilişkin değer taşır²⁴⁸. Bunun dışındaki dönemler için de işçi iddiasını her türlü

²⁴⁴Y. 9. HD., T. 06.10.2020, E. 2016/25317, K. 2020/10656, “...bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille ispatlaması gerekir.” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021); aynı yönde bkz. Y. 22. HD., T. 04.02.2019, E. 2017/19956, K. 2019/2225, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

²⁴⁵Y. 22. HD., T. 06.12.2017 E. 2015/22630, K. 2017/27946, “Fazla çalışma ücreti hesaplanırken fazla çalışma tahakkuku olup da ihtirazi kayıtsız imzalanan bordrolar ile yine fazla çalışma tahakkuk olan ancak imzasız olmakla beraber banka kanalıyla ödendiği ispat edilen bordroların dikkate alınması gereklidir. Bu noktada ilk grup bordrolar yönünden aksi yazılı delille ispatlanmadıkça bordro döneminin dışlanması, ikinci grup bordrolar açısından ise banka kanalıyla yapılan fazla çalışma ödemelerinin yapılacak hesaplama mahsup edilmesi gereklidir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

²⁴⁶Y. 9. HD., T. 02.03.2017, E. 2017/1273, K. 2017/3003, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.02.2020); aynı yönde bkz. Y. 22. HD., T. 20.11.2014 , E. 2014/23229, K. 2014/32807, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.02.2020); Y. 9. HD., T. 07.07.2008, E. 2007/24505, K. 2008/19198, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.02.2020); Y. 9. HD., T. 04.11.2020, E. 2016/30134, K. 2020/14690, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

²⁴⁷Y. 9. HD., T. 18.01.2018, E. 2017/22217, K. 2018/550, “...Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir...” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁴⁸Y. 9. HD., T. 26.09.2019, E. 2019/5547, K. 2019/16798, “Bazı aylarda fazla mesai tahakkuku bulunması, bordrosunda fazla mesai tahakkuku bulunmayan aylarda fazla mesai çalışması bulunmadığını ya da var ise ödendiğini göstermez, bir ayın bordrosundaki tahakkuk, bordrosu tahakkuk içermeyen diğer ayı etkilemez.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

delille ispat edebilecektir²⁴⁹. Yine aynı şekilde bordronun fazla çalışmaya ilişkin kısmının doldurulmamış olması²⁵⁰ yahut tahakkuku aşan fazla çalışmaların bulunması halinde²⁵¹ de işçi diğer delillere başvurabilir.

İşçinin yazılı delille ispat yükümlülüğünün olmadığı hallerde ise tanık dinleterek yahut sair delillerle iddiasını ispat edebileceğini daha önce söylemiştik. Bu kapsamda dinletilen tanığın beyanlarına itibar edilebilmesi için birtakım şartların varlığı gerekir. Öncelikle dinlenen tanık, işçi ile aynı dönemde o işyerinde çalışmış olmalıdır. Öyle ki işçinin çalışmasını, işyerindeki düzeni bilmeyen, dışarıdan kişiler ya da akrabaların tanıklığına itibar edilemez²⁵². Nitekim Yargıtay, “...dinlettiği tanıklardan I. K'nin davacı ile birlikte aynı yerde çalışması bulunmamaktadır. Bu tanığın beyanına itibar edilemez.”²⁵³ diyerek tanığın davacıyla aynı işyerinde çalışması gerektiğine; “...davacı tanıklarından C. davacının babasıdır ve davacının çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olabilecek durumda değildir. Diğer davacı tanığı İ. ise 2014 yılının Ağustos ve Ekim ayları arasında davalı işyerinde beton direklere tel örme işi yaptığını ve davacı ile aynı ortamda çalışmadığını belirttiğinden bu tanığında davacının çalışma şartları hakkında yeterince bilgi sahibi olabilecek konumda olmadığı dosya kapsamından sabittir. O halde davacının çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olamayan tanık beyanlarına dayalı olarak fazla mesai ücretinin hesaplanarak hüküm altına alınması hatırlıdır.”²⁵⁴ diyerek de davacının akrabasının çalışma düzenini

²⁴⁹Y. 9. HD., T. 08.12.2014, E. 2013/4175, K. 2014/37512, “...tahakkuk bulunmayan aylar açısından tanık beyanları değerlendirilerek davacının fazla mesai yapıp yapmadığı veya kaç saat fazla mesai yaptığı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

²⁵⁰Özdemir, 2006: 186 vd.

²⁵¹Y. 9. HD., T. 10.03.2020, E. 2016/15522, K. 2020/4071, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 09.01.2021).

²⁵²Y. 9. HD., T. 25.10.2017, E. 2015/14970 , K. 2017/16640, “... Diğer davacı tanıkları ise işyeri çalışanı olmayıp, komşu işyeri çalışanlarıdır ve davacının çalışmasını tam olarak bilebilecek durumda değildirler...” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020); Y. 22. HD., T. 07.07.2017, E. 2015/15571, K. 2017/16671, “...davacının dinlenen tanıklarının, davalı işyeri çalışanı olmadığı, tanıkların akraba, müşteri, komşu işyeri çalışanı olan kişilerden olduğu, davalı tanık beyanlarının ise; davacının çalışma saatleri ve günleri ile ilgili net açık bir ifade içermediği gibi kendi çalışmalarının 15:30'da bittiğine yönelik olduğu görülmüştür. Buna göre, davalı işyerinde çalışmayan ve çalışma düzeni hakkında bilgi sahibi olması beklenemeyecek davacı tanık beyanlarının davacı iddiasına esas alınması da mümkün değildir. Hal böyle olunca da davacının fazla mesai ve hafta tatillerinde çalışmasının, yeterli ve inandırıcı deliller ile ispatlanamadığından taleplerinin reddine karar vermek gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁵³Y. 9. HD., T. 17.12.2013, E. 2011/52315, K. 2013/33693, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.01.2021).

²⁵⁴Y. 22. HD., T. 03.04.2019, E. 2016/9587, K. 2019/7469, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.01.2021).

bilemeyeceğine yine aynı şekilde davacıyla aynı işyerinde çalışsa da aynı ortamda çalışmayan tanığın da çalışma şartları bakımından yeterli bilgiye sahip olamayacağına değinmiştir.

Bir başka kararında ise Yargıtay “...davacı tanıklarının davalıya ait işyerinde çalıştıkları dönemler saptanıp, davacı tanıklarının davalıya ait işyerinde çalıştıkları ve görgüye dayalı bilgi sahibi oldukları dönem itibariyle fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacağı taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde beyanları tüm çalışma dönemi için esas alınarak sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir.” diyerek dinletilen tanıkların yalnızca davacı işçiyle birlikte çalıştıkları döneme ilişkin görgüye dayalı beyanlarının hükme esas alınabileceğini vurgulamıştır²⁵⁵.

Benzer şekilde başka kararında ise, “... davacı tarafından fazla çalışma iddiasının ispatına yönelik iki tanık dinletilmiş ve bu tanıklardan biri işyerinden 2001 yılında ayrıldığını, diğer tanık ise 2006 yılından sonra 1 yıl çalıştığını beyan etmiş, Mahkeme de tanık beyanlarına binaen 2005 yılından sonraki dönem için hesaplama yapılan 15.10.2010 tarihli bilirkişi raporunu hükme esas alarak fazla çalışmaya ilişkin ücret alacağını hüküm altına almıştır. Fazla çalışmaya ilişkin ispat külfeti altında olan davacının talep ettiği döneme ilişkin fazla çalışma ücretini, tanık deliline dayanarak ispat etmek istemesi halinde, ancak bu dönemde aynı işyerinde çalışmış olan tanık anlatımları ile ispatını gerçekleştirebileceğinin kabulü gerekir. Hal böyle iken, tanıkların çalışma süresi ile sınırlı olarak fazla çalışmanın ispat edildiğinin kabulü ile buna göre hesaplama yapılması gerekirken bu durum dikkate alınmaksızın fazla çalışmanın hesaplanması hatalıdır.”²⁵⁶ diyerek tanıkların çalışma dönemlerinin dışında kalan süre için de beyanlarının dikkate alınması ve bu yönde hüküm kurulmasını hatalı bularak tanıkların, davacıyla birlikte çalışmadıkları döneme ilişkin beyanlarına itibar edilemeyeceğini belirtmiştir. Hatta bu konuda “...davacı tanıklarının Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre davalı işyerinde davacı ile birlikte çalıştıkları süre belirlenerek, belirlenen bu süreler için fazla çalışmanın ispatlandığı kabul edilerek, diğer süreler için bu taleplerin ispatlanamadığından reddi gerekir.” diyerek tanıkların davacı ile aynı döneme aynı işyerinde çalışıp çalışmadıklarının SGK kayıtlarından kontrol edilmesi gerektiğini de vurgulamıştır²⁵⁷.

Öte yandan; davacıyla aynı işyerinde çalışmış bir tanığın bulunmaması yahut kayıt dışı çalışmaların var olması halinde komşu işyeri çalışanlarının da tanıklıklarına itibar

²⁵⁵Y. 9. HD., T. 02.05.2017, E. 2017/4696, K. 2017/7572, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁵⁶Y. 9. HD., T. 19.09.2013, E. 2011/30550, K. 2013/23195, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.01.2021).

²⁵⁷Y. 22. HD., T. 12.11.2015, E. 2015/29410, K. 2015/30819, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 05.01.2021).

edilebileceği Yargıtayca kabul edilmiştir²⁵⁸. Fazla çalışma iddialarının ispatına yönelik dinlenecek tanık bulmanın güçlüğü göz önüne alındığında, zaruret hallerinde komşu işyeri çalışanlarının dinlenebileceği kabul edilebilir. Ancak, komşu işyeri çalışanlarının beyanları daha az güvenilir olduğundan nispeten daha zayıf bir delil niteliğine haizdir. Davacı işçiyle aynı dönemde, aynı işyerinde çalışmış olan tanıkların bile davacının çalışma düzenini, fazla çalışma yaptığı yahut izin kullandığı zamanları net olarak bilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla komşu işyeri çalışanının bu düzene hakimiyetinin yok denecek kadar az olduğu su götürmez bir gerçektir. Bu nedenle ispatın komşu işyeri çalışanlarının beyanlarına dayanması halinde, beyanların yan delillerle mutlak suretle desteklenmesi ve karineye dayalı makul indirim oranının belirlenmesinde de göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz.

İşçi ile aynı yönde menfaat güden, örneğin işveren ile işçilik alacaklarına yönelik bir dava nedeniyle husumetli bulunan tanığın beyanlarına da itibar edilmeyecektir. Yargıtay bir kararında “...davacı tanığı olarak dinlenen işçiler aynı şekilde davalı aleyhine dava açan kişilerdir. Tanıkların konumu, tanıklıklarına duyulacak güveni etkileyecek durumdadır. Bu nedenle tanıklıklarına itibar edilemez. Bu itibarla, davacı işçi genel tatil günlerinde çalıştığını somut ve objektif delillerle kanıtlayamadığından bu talebin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” diyerek bu hususu vurgulamıştır²⁵⁹. Bununla birlikte Yargıtay, tanığın karşı tarafla olan husumetinin benzer bir menfaate dayanmasını gerekli görmeyip “davalıyla arasında vekalet ilişkinin kötüye kullanılması dolayısıyla Cumhuriyet Savcılığına yansımış şikayetler bulunması” gibi başkaca nedenlerle de davalı yan ile husumetli bulunan tanığın beyanlarına itibar edilemeyeceğini belirtmiştir²⁶⁰.

Fazla çalışma hususunda; tanık beyanlarının davacı işçinin çalışma gün ve saatlerini, dinlenme sürelerini net olarak gösteren somut ve inandırıcı bilgiler içermesi gerekir. Öyle ki

²⁵⁸Y. 9. HD., T. 23.09.2019, E. 2019/6622, K. 2019/16305, “Tanıkların işyerinde çalışma düzenini bilebilecek durumda olmaları önemli olup, kural olarak işyeri çalışanları ile ispat gerekir ise de işyerinin özelliğine göre komşu işyerinde çalışanların beyanları ile de günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlenmesi mümkündür. Somut uyumsuzlukta, Bostancı İlköğretim Okulu'nun karşısında bulunan kırtasiyede çalışan davacı işçinin günlük ve haftalık çalışma süreleri bakımından, okulun kantininde çalışan işçilerin tanıklığı yeterli görülmelidir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 01.03.2021).

²⁵⁹Y. 9. HD., T. 02.11.2017, E. 2015/14847, K. 2017/17318, “...davacı tanığı olarak dinlenen işçiler aynı şekilde davalı aleyhine dava açan kişilerdir. Tanıkların konumu, tanıklıklarına duyulacak güveni etkileyecek durumdadır. Bu nedenle tanıklıklarına itibar edilemez. Bu itibarla, davacı işçi genel tatil günlerinde çalıştığını somut ve objektif delillerle kanıtlayamadığından bu talebin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁶⁰Y. 9. HD., T. 05.11.2013, E. 2011/33821, K. 2013/28168 K., bkz. Bilgili, 2020: 42.

tanığın soyut nitelikteki beyanları hüküm tesisi için yeterli değildir. Yargıtay da bu hususta “...davacının çalışma gün ve saatleri davacı ve davalıya açıklattırılmalı, gerekirse taraf tanıkları bu konuda yeniden dinlenmeli, davacının çalışma gün ve saatleri kesin olarak belirlenmeli, çalışma şekline göre her hafta kaç saat çalıştığı tespit edilmeli, ara dinlenme süreleri mahsup edilerek bundan normal çalışma süresi çıkarılarak davacının fazla mesai yapıp yapmadığı tespit edilmelidir.” demek suretiyle tanık beyanlarının somut ve kesin ifadeler içerir şekilde alınması gerektiğini vurgulamıştır²⁶¹.

Fazla çalışma ücreti hesaplanırken tanık anlatımlarına itibar edilerek hüküm kurulması halinde tanık anlatımlarının değerlendirilmesi önem taşır. Nitekim tanığın bilinçli olarak yahut hatırlamama, bilmeme gibi nedenlerle farkında olmadan mahkemeyi yanıltabilecek beyanlarda bulunması mümkündür.

İşçinin fazla çalışma yaptığına dair yahut ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığına dair tanıklık yapan bir kimsenin uzun bir süre için işçinin çalışmalarını, izinlerini net olarak bilmesi, hatırlaması mümkün değildir. Hayatın olağan akışı gereği işçi çeşitli sebeplerle fazla çalışma yapabilir, hafta tatilinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışabilir yahut izin kullanabilir. Bir işyeri düzeni düşünenecek olursak; işyerinin büyüklüğüne, çalışan sayısına da bağlı olarak çalışanların diğer çalışma arkadaşlarının ne zaman izin kullandıklarını ya da ne zaman fazla çalışma yaptıklarını bilmeleri mümkün değildir. Öyle ki kişi çocuğunun rahatsızlığı, bir misafirini karşılama, hastaneye gitme ya da başkaca bir işini halletmek üzere birkaç saatliğine ya da birkaç günlüğüne izin alabilmektedir. Bu kişinin bir yıl boyunca aynı işyerinde aynı çalışma arkadaşlarıyla çalıştığı düşünülse dahi ortalama bir insanın, çalışma arkadaşının birlikte çalıştıkları yıl boyunca hangi gün fazla çalışma yapip hangi gün izin kullandığını ne zaman ve ne kadar süreyle çalıştığını ya da izinli olduğunu bilmesi yahut sonrasında net olarak hatırlaması olağan değildir. Tanığın gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmak suretiyle mahkemeyi yanıltması mümkündür. Bu durum da hakkaniyete aykırı ve adaletten uzak sonuçların doğmasına sebep olabilir.

Fazla çalışma iddiasının yazılı delillerle değil de tanık anlatımlarına dayanması halinde Yargıtay, hesaplanan fazla çalışma alacağının gerçek duruma uygun düşmesini sağlamak amacıyla karineye dayalı makul indirim uygulanmasını öngörmektedir²⁶². Benzer şekilde hafta tatilindeki çalışmalar bakımından da işçinin hafta tatillerinde aralıksız olarak

²⁶¹Y. 9. HD., T. 20.02.2012, E. 2009/42501 E., K. 2012/4520, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 05.01.2021).

²⁶²YHGK, T. 30.10.2013, E. 2013/206, K. 2013/1500; Y. 22. HD., T. 14.03.2013, E. 2012/16687, K. 2013/5343, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

çalışmasını hayatın olağan akışına aykırı bulmaktadır²⁶³. Bu sebeple hafta tatili çalışmalarına ilişkin uygulanan zamlı ücret alacağından da karineye dayalı makul indirim yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir²⁶⁴. Yargıtay, işçilik alacakları istemiyle açılan bir davada “*Hafta tatili ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay’ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır.*” diyerek ilk derece mahkemesinin kararını hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarından makul oranda bir indirim yapılmaması nedeniyle bozmaya konu etmiştir. Ancak fazla çalışmanın yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması halinde karineye dayalı makul indirim uygulanmaz²⁶⁵.

Gerçekten fazla çalışma alacağının hesabı her zaman yazılı ve kesin delillerle ispat edilebilen bir alacak türü olmadığından gerçek durumu yansıtmayan hesaplamaların yapılması muhtemeldir. Bu sebeple de Yargıtay’ın karineye dayalı makul indirim uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak fazla çalışmaya ilişkin alacak hesaplanırken, işçinin ücretinin, çalışma saatlerinin, ara dinlenmelerin, işçinin çalışmadığı, izinli olduğu sürelerin ve ne oranda karineye dayalı makul indirim gerektiğinin net olarak belirlenebilmesi gerekir. Dolayısıyla karineye dayalı makul indirim uygulanırken her olay kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

²⁶³Y. 22. HD., T. 22.01.2013, E. 2012/10831, K. 2013/372, “... tüm hafta tatillerinde aralıksız şekilde çalışmasının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁶⁴Y. 7. HD., T. 09.06.2014, E. 2014/5644, K. 2014/12801, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03.04.2020).

²⁶⁵YHGK., T. 04/02/2009, E. 2009/2, K. 2009/48, <https://www.corpus.com.tr> (E.T:12.02.2020); Y 9. HD., T. 28.05.2012, E. 2010/13040, K. 2012/18565, “*fazla çalışmasının tespitinde; işveren kayıtları, nöbet çizelgeleri ve giriş-çıkış belgeleri göz önüne alındığından bu alacağa ilişkin taktiri indirim yapılması hatalıdır.*”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06/05/2021)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARİNEYE DAYALI MAKUL İNDİRİMİN UYGULAMADAKİ YERİ

1.4. Karineye Dayalı Makul İndirimin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar

1.4.1. Fazla Çalışma, Hafta Tatili, UBG'T Alacaklarının Varlığı

Yargıtay'ın karineye dayalı makul indirim uygulamasını yalnızca fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından kabul ettiğini daha önce söylemiştik. Öyleyse karineye dayalı makul indirim yoluna gidebilmesi için öncelikle bu alacaklardan birinin varlığı gerekir. İşçilik alacaklarının tamamının talep edildiği bir davada ise yalnızca bu alacaklar bakımından karineye dayalı makul indirim uygulanır.

Fazla çalışma alacağında olduğu gibi fazla sürelerle çalışmalarda da karineye dayalı makul indirim uygulanabilir²⁶⁶. Fazla sürelerle çalışma, işçinin haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği durumlarda söz konusu olur. Bu hallerde işçiye 45 saate kadar olan fazla süreli çalışması için saatlik ücreti yüzde yirmi beş zamlı olarak ödenir (İK m. 41/3). Fazla çalışmanın varlığı halinde ise işçinin 45 saati aşan her bir saat çalışması karşılığında saatlik ücretinin yüzde ellisi fazla çalışma ücreti olarak ödenir (İK m. 41/2). Bu sebeple temel mantık olarak fazla çalışmadan farkı bulunmayan fazla sürelerle çalışmadan doğan alacak için de karineye dayalı makul indirim uygulanması yerindedir.

1.4.2. İspatın Tanık Anlatımlarına Dayanması

İşçi; ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığına, fazla çalışma yaptığına ilişkin iddiasını ispat yükü altındadır. Kural olarak işçi bu iddiasını her türlü delille ispat edebilir. Nitekim çalışma iddiası fiili bir olguya dayandığından her türlü delille ispatı da mümkündür²⁶⁷. Ancak bu hususta Yargıtay, tanık delili ile yazılı deliller arasında bir ayrıma giderek ispatın tanık deliline dayanması halinde karineye dayalı makul indirim uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁶⁸.

Yargıtay'a göre, çalışma iddiasının yazılı delillerle ispat edilmesi halinde karineye dayalı makul indirim uygulanmaz²⁶⁹. Bu durumda alacağın uzun süre için hesaplanması ve

²⁶⁶Y. 9. HD., T. 25.04.2012, E. 2011/7588, K. 2012/14380, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02/04/2020).

²⁶⁷Özdemir, 2006:231.

²⁶⁸Y. 9. HD., T. 18.02.2009, E. 2007/38079, K. 2009/2921, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁶⁹Y. 21. HD., T. 21.10.2008, E. 2007/21977, K. 2008/16312, "Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve

yüksek çıkması da önem arz etmez. Öyle ki ispatın yazılı delillerle gerçekleştirilmesi halinde, işçinin uzunca bir süre boyunca aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu karanesinin aksinin ispat edildiğini söyleyebiliriz. Hatta bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta; *“işyeri giriş çıkış kayıtları ile davacının fazla çalışma iddiasının doğrulanmış olması ve özellikle davalı tarafça, yetkili makamdan önceden onay alınmadığı için Personel Yönetmeliğinin 5.02 maddesine uygun davranılmadığı iddiası dışında savunmasını isbata elverişli başkaca delil sunulmamış olmasına göre davanın kısmen kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından elektronik kayıtların fiili duruma uygun olup olmadığı konusunda araştırma yapılması gerektiğine işaret eden Özel Daire bozma ilamına karşı direnilmesi yerindedir.”* diyerek işyerine giriş çıkışı gösteren elektronik kayıtları fazla çalışmanın ispatı bakımından tek başına yeterli bulmuştur²⁷⁰. İşe giriş çıkış saatlerini gösteren elektronik kayıtlar işçinin bahse konu süre için işyerinde bulunduğunu gösterir. Karşı oyda da belirtildiği üzere işçi; bu sürede işyerinin sosyal tesislerinden yararlanıyor yahut odasında zaman geçiriyor, sosyalleşiyor olabilir. Bu sebeple

işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.” <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.02.2020); YHGK, T. 12.04.2017, E. 2015/2390, K. 2017/710, *“... bilirkişi tarafından alternatifli olarak tanık beyanları ve yazılı belgelere göre yapılan iki ayrı hesaplamadan yazılı delillere göre yapılan değerlendirmenin hükme esas alındığı, bu itibarla hakkaniyet indirimi uygulanmadığı belirtilerek verilen direnme kararı yerindedir.”*, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.02.2020); İstanbul BAM 29. HD., T. 30.05.2018, E. 2017/1424, K. 2018/823, *“...davacının fazla çalışma ücreti işyeri kayıtlarına göre tespit edildiğinden karineye dayalı makul bir indirim yapılması hatalıdır.”*, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.03.2020).

²⁷⁰Karşı oyda ise; *“fazla çalışma ücretlerinde takdiri indirim yapılma nedeninin maddi gerçeğin az da olsa belirsiz olması halinde hakkaniyetli bir sonuca varabilme düşüncesi”* olduğu, bu sebeple de hakkaniyet indiriminin uygulanmaması için fazla çalışma olgusunun mutlak olarak var olması gerektiği vurgulanarak *“...işçilerin işyerinin sosyal tesislerinden yararlanmak için veya odasına (büro, ofis) gelerek zaman geçirmek için işyerine giriş yapması onun mutlak şekilde işverenin emriyle çalıştığı anlamına gelmez. Bu tür giriş ve çıkışları “işçi işe gelmişse mutlaka işverenin talimatı vardır ve mutlaka fazla çalışma yapmıştır” şeklinde yorumlamak sosyo-ekonomik gerçekle ve hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Somut olayda davalı işyerinde fazla çalışmaların kişi bazında yapılmadığı, ünite bazında olduğu, fazla çalışma yapacak ünitelerin belirlendiği ve yetkili makamdaki ön onay alındığı, bununla birlikte ön onay alınmadan da ünite bazında çalışma yapıldığı görülmektedir. Elektronik kayıtlar kart sahibinin ve hatta o kartın işyerine giriş yaptığını göstermekte, kişinin fazla çalışma yaptığını göstermemektedir.”* denmiş; işyerine giriş çıkışı gösteren elektronik kayıtlar fazla çalışmanın varlığı bakımından tek başına yeterli bulunmamış, eksik inceleme yapılarak sonuca gidilmesi ve hakkaniyet indiriminin düşünülmemesi nedeniyle karar hatalı bulunmuştur. Kararın tam metni için bkz. YHGK, T. 30.10.2013, E. 2013/206, K. 2013/1500, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.03.2021).

fazla çalışmanın ispatı bakımından tek başına yeterli bulunması isabetsizdir. Diğer delillerle desteklenmesi yoluyla sonuca gidilmesi daha yerinde olacaktır.

Alacağın tanık anlatımlarıyla ispatı halinde ise Yargıtay'ın, hükmedilen alacak miktarının gerçek duruma yakın olması amacıyla karineye dayalı makul indirim uyguladığını görüyoruz. Yargıtay bir kararında; *“...davacının çalıştığı gün sayısı yönünden puantaj kayıtlarına dayanılmış ise de çalışılan günlerde günlük kaç saat çalışıldığı hususu tanık beyanları ile açığa kavuşturulmuştur. Dolayısı ile davacının çalışılan günlerde kaç saat fazla mesai yaptığı hususu tanık anlatımlarına bağlı olarak hesaplanmış olmakla...”* diyerek hesaplanan fazla mesai ücretinden karineye dayalı makul indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir²⁷¹. Şu durumda; karineye dayalı makul indirime dayanak oluşturan karinenin aksi, tanık anlatımlarıyla tam olarak ispat edilmemiş kabul edildiğinden, geçerliliğini koruyan karineye dayanarak indirime ihtiyaç duyulduğunu söyleyebiliriz.

Her türlü delille ispatına cevaz verilmiş olan çalışma iddiası bakımından delil ayrımı yapılarak karineye dayalı makul indirim yolunun tercih edilmesi bizi tanık delilinin niteliği, değerlendirilmesi ve güvenilirliğinin tartışılması yoluna götürmektedir. Bu sebeple tanık delilinin incelenmesinde ve uygulamanın yerindeligi hususunun tartışılmasında yarar görüyoruz.

Tanık, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bilgi yahut görgü sahibi olan ve bunu mahkemeye aktaran üçüncü bir kişidir²⁷². Tanık delili, usul hukukumuzda takdiri deliller başlığı altında düzenlenen bir delildir. Bu sebeple hâkim, tanık beyanlarını serbestçe değerlendirir ancak hayatın olağan akışı, mantık kuralları ve hâkimin yaşam tecrübeleri bu değerlendirmenin sınırlarını oluşturur²⁷³.

Tanık beyanlarının ikamesi mümkün olmadığından tanık delili vazgeçilmez niteliktedir²⁷⁴. Bu bakımdan asıl olan tanığın gerçeği söylediğidir²⁷⁵. Ancak tanığın yaşanan olayı yanlış değerlendirmesi, zamanla unutması yahut taraflardan biriyle menfaat bağı kurmuş olması muhtemeldir. Tanık; bilinçli yahut bilinçsiz olarak gerçek durumdan uzak, mahkemeyi yanıltıcı nitelikte beyanlarda bulunabilir. Tanığın maddi ya da manevi bir menfaat

²⁷¹Y. 7. HD., T. 15.10.2014, E. 2014/6826, K. 2014/18899, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 04.04.2020).

²⁷²Pekcanitez vd., 2020: 401; Pekcanitez vd., 2017: 1187; Yılmaz, 2017: 2664; Tanrıver,2020: 881,882.

²⁷³Meriç,2005: 99-102.

²⁷⁴Pekcanitez vd., 2017: 1187; Yılmaz, 2017: 1887; Pekcanitez vd., 2020: 401.

²⁷⁵YHGK, T. 13.04.2011, E. 2010/751, K. 2011/96, *“...aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz.”*, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 17.02.2020); Yılmaz, 2017: 2723, 2724; Tanrıver, 2020: 892.

beklentisiyle gerçeklikten uzak beyanlarda bulunması halinde tanığın bilinçli şekilde mahkemeyi yanıltmasından bahsedilir²⁷⁶. Kişinin objektif yahut sübjektif nedenlerle vakayı idrak edememesi ya da daha sonra hatırlayamaması sonucu mahkemeyi yanıltması ise bilinçsiz bir yanıltma olarak değerlendirilir²⁷⁷. Bu durum da tanık deliline şüphe ile yaklaşılmasına ve tanığın delil değerinin düşmesine ve zayıf delil olarak nitelenmesine sebep olur.

Tanık anlatımları değerlendirilirken; çelişkili beyanlar, tanığın vücut dili, taraflarla yakınlık derecesi, kişiliği, güvenilirliği yahut husumeti gibi hususların da bir bütün olarak göz önüne alınması gerekir²⁷⁸. Bununla birlikte hâkim, tanık beyanlarını öznel bakış açısının dışında tutup akıl yürütme yoluyla hayatın olağan akışı dahilinde değerlendirmelidir²⁷⁹. Yine hâkim; tanıklardan birinin beyanına üstünlük tanınması, bir tanığın beyanını hükme esas almaması ya da ispata yeter görmemesi gibi hallerde de bunun gerekçesini açıklamalıdır²⁸⁰. Öyleyse, hâkim tanık delilinin değerlendirilmesi noktasında serbestiye sahip olmasına karşın bu serbesti sınırsız olmayıp tecrübe ve mantık kurallarıyla çerçevelenmiştir²⁸¹.

Tanık delilinin tarihi süreç içerisindeki durumu, zayıf delil niteliği, insan aklının uzun bir süreyi kapsar şekilde tüm detaylarıyla hatırlayacak kapasiteye sahip olmaması yahut insani ilişkiler çerçevesinde çeşitli menfaatlerle farklı beyanlarda bulunulması göz önüne alındığında ispatın tanık anlatımlarına dayanması halinde gerçek durumdan uzak sonuçlar doğması muhtemeldir²⁸². Bu sebeple fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından tanıkla ispatın varlığı halinde karineye dayalı makul indirim uygulaması yerindedir. Ne var ki İK madde 37 gereği işveren, işçiye 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 gösterildiği bir ücret hesap pusulası vermekle yükümlüdür. İşverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin bir sonucu olarak tanıkla ispatın gerektiği hallerde, işçinin alacağı üzerinden indirim uygulanması işverenin sorumluluğunu yerine getirmemesinin sonuçlarının işçiye yüklenmesine sebep olabilir niteliktedir. Öte yandan teknolojinin ilerlediği bir dönemde; kişinin çalışma kayıtlarının dijital verilerle saklanması, ne

²⁷⁶Meriç, 2005: 95.

²⁷⁷Meriç, 2005: 94, 95.

²⁷⁸Pekcanitez vd., 2017: 1910; Tanrıver, 2020: 891, 892.

²⁷⁹Meriç, 2005: 99.

²⁸⁰Pekcanitez vd., 2017: 1910; Meriç, 2005: 104 vd.

²⁸¹Meriç, 2005: 99.

²⁸²Pekcanitez vd., 2020: 401.

zaman fazla çalışma yaptığıının ya da hangi tatil günlerinde çalıştığıının tespiti mümkündür. Yasal düzenlemelerle işverenlere yüklenecek dijital kayıt zorunluluğu ile işçinin çalışması net olarak tespit edilebilir. Böylece tanık anlatımları ile ortaya çıkabilecek çelişkiler ve hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçilebilir.

1.4.3. Karineye Dayalı Makul İndirim İlkelerine Uygun Olması

Karineye dayalı makul indirim uygulaması bakımından Yargıtay; işçinin fazla çalışma ve tatil alacaklarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkmasını bir ön koşul olarak kabul etmiştir²⁸³. Ancak Yargıtay, kimi kararlarında süre kısa olsa dahi iddia edilen çalışmanın hayatın olağan akışına aykırılığı nedeniyle indirim uygulanması yönünde isabetli kararlar verirken kimi kararlarında süreden ve miktardan yönünden bir değerlendirme yapmaksızın fazla çalışma iddiasının tanık anlatımlarıyla ispatını indirim için tek başına yeterli görmektedir.

Yargıtay bir kararında; *“Davacının çalışma süresi 1 yıl 11 ay 17 gün olup, fazla mesai alacağı tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanmıştır. Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde mahkemece hakkaniyet indirimi uygulanması gerekirken yazılı şekilde hakkaniyet indirimi uygulanmaksızın karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”*.²⁸⁴ diyerek yaklaşık 2 yıllık bir süreyi uzun bir süre olarak nitelemiştir.

Yerel mahkemenin çalışma süresinin 1 yıldan az olması nedeniyle takdiri indirim uygulamadığı başka bir kararında da Yargıtay’ın; *“...davacının fazla çalışma yaptığı yine bir kısım hafta tatili ile genel tatillerde çalışma yaptığı tanık beyanları ile ortaya çıkmış olup takdiri delil niteliğindeki tanık beyanları ile kanıtlanan hakkın özünü etkilemeyecek bu alacaklardan uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekirken çalışma süresinin 1 yılın altında kalması şeklindeki hatalı gerekçe ile taktiri indirim yapılmadan karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”*²⁸⁵ diyerek davacının 1 yıldan az olan çalışma süresini de isabetsiz olarak “uzun bir süre” olarak nitelediğini söyleyebiliriz. Benzer şekilde davacının son 7 aydaki fazla çalışmasına ilişkin ücret alacağını talep ettiği bir davada yerel mahkemece karineye dayalı makul indirim yapmaksızın hüküm kurulması karşısında Yargıtay; *“...davacının son 7 ay her gün 3 saat fazla çalışma yaptığı, her hafta ve genel tatil gününde çalıştığı kabul edilmiştir. Hesaplama tamamen tanık beyanlarına dayanmış olmakla*

²⁸³Y. 9. HD., T. 18.04.2012, E. 2010/5869, K. 2012/13510, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁸⁴Y. 7. HD., T. 12.12.2013, E. 2013/14931, K. 2013/22070, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

²⁸⁵Y. 9. HD., T. 22.05.2017, E. 2017/4910, K. 2017/8486, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

hesaplanan alacaklardan indirimle gidilmesi gerekirken...” diyerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur²⁸⁶.

Bir başka olayda işçinin 6 ay süreyle 24 saat mesai yaptığı iddiasıyla fazla çalışma ve hafta tatili ücretleri talep etmesi ve karineye dayalı makul indirim uygulanmaması üzerine Yargıtay, “*Somut olayda mahkemece davacının fazla çalışma alacağının tanık beyanlarına dayanılarak kabulü karşısında hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken...*” diyerek karineye dayalı makul indirim uygulanmamasını bozma nedeni saymıştır²⁸⁷. Bu kapsamda Yargıtay’ın, işçinin fazla çalışma ve tatil alacaklarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkmasını bir ön koşul olarak nitelemesine karşın bu koşulu uygulama bazında bir değerlendirme kriteri olarak ele aldığından bahsedilemez.

Kanaatimizce işçinin o işyerinde ne kadar çalıştığı, iddia edilen fazla çalışma süresi ve hesaplanan fazla çalışma ücret alacağının miktarı gibi durumlar somut olay kapsamında değerlendirilmeli; indirim yapılıp yapılmaması yahut indirim oranının belirlenmesi bakımından hayatın olağan akışı göz önüne alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Karineye dayalı makul indirim uygulamasında göz önüne alınması gereken en önemli iki ilke “amaca uygunluk” ve “hakkın özünü ortadan kaldırmama” ilkeleridir. Hâkimin takdiri indirimini bu ilkeler çerçevesinde uygulaması gerekir. Daha önce detaylı olarak açıklandığı üzere hâkim; karineye dayalı makul indirimin temel düşüncesine, uygulamayla varılmak istenen amaca uygun hareket etmeli ve işçinin alacağına ulaşmasını engelleyecek ölçüde bir indirim uygulamamalıdır. Bu kapsamda; somut olayın özelliklerini, dosya kapsamında sunulan delilleri değerlendirerek gerçek durumdan ne oranda uzaklaşmış olabileceğini tespit etmeli, iş hukukunun kendine özgü yapısını ve işçi ile işveren arasındaki dengeyi sağlayarak ölçülü bir indirim öngörmelidir.

1.5. Karineye Dayalı Makul İndirim Oranının Belirlenmesi

Karineye dayalı makul indirimin uygulanması için gerekli şartların varlığı halinde fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacakları bakımından karineye dayalı makul indirim uygulanabilir. Karineye dayalı makul indirim oranını hâkim, dosya kapsamında yaptığı değerlendirme neticesinde kendi takdiriyle belirler.

Karineye dayalı makul indirim hesaplanırken önce işçinin ne kadar süreyle fazla çalışma yaptığının tespiti gerekir. Bu sebeple karineye dayalı makul indirim uygulanırken ve oran belirlenirken dikkat edilmesi gereken hususlar ile göz önüne alınacak kriterlere

²⁸⁶Y. 9. HD., T. 25.01.2010, E. 2008/14771, K. 2010/990, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 04.04.2020).

²⁸⁷Y. 7. HD., T. 18.03.2013, E. 2013/1446, K. 2013/3803, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 04.04.2020).

geçmeden önce fazla çalışma süresinin ve buna bağlı olarak fazla çalışma ücretinin hesaplanmış şekli açıklanmaya muhtaçtır.

Fazla çalışma, işçinin çalışma süresinin haftalık 45 saati aştığı hallerde söz konusu olur. Bu nedenle fazla çalışma süresinin haftalık olarak belirlenmesi esastır²⁸⁸. Bununla birlikte haftalık 45 saat aşılmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan haller²⁸⁹ ile gece 7,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilir²⁹⁰. Bu nedenle böyle hallerin varlığı halinde fazla çalışma süresinin hesabında günlük çalışma esas alınır²⁹¹.

İşçinin dinlenmek ya da yemek yemek gibi birtakım ihtiyaçlarını gidermesi insan doğasının gereğidir. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak da ara dinlenmeler ve hafta tatili için kanuni düzenlemeler öngörülmüştür. İşçinin dinlenmesi yahut diğer ihtiyaçlarını gidermesi için öngörülen bu hallerde çalışması fazla çalışma teşkil eder ve işçiye karşılığı ödenir²⁹². Ancak kural olarak hafta tatili, izin günleri, ara dinlenmeleri gibi kanunen ya da sözleşme gereği çalışmadan sayılmayan haller fazla çalışma süresinin hesabında dikkate alınmaz²⁹³. Bu nedenle işçinin çalışmadan geçirdiği bu zamanların fazla çalışma hesabından düşülmesi gerekir²⁹⁴.

İK madde 68 kapsamında dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, dört saatten fazla olmak üzere yedi buçuk saat ve daha kısa süreli işlerde yarım saat, yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmelidir. Yedi buçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise Yargıtay; çalışma süresi on bir saat ve altında ise en az bir

²⁸⁸Y. 9. HD., T. 14.11.2007, E. 2007/6002, K. 2007/34178, “...davacının çalışması her hafta için ayrı ayrı belirlenmeli, fazla çalışma süresi haftalık olarak belirlendikten sonra çalıştığı hafta sayısı kadar hesap yapılmalıdır.”, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021).

²⁸⁹Y. 22. HD., T. 07.02.2019, E. 2017/19878, K. 2019/2579, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03.06.2021).

²⁹⁰Y. 7. HD., T. 02.03.2015, E. 2015/4224, K. 2015/3000, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 03.06.2021).

²⁹¹Y. 7. HD., T. 28.05.2014, E. 2014/4246, K. 2014/11488, “...günlük çalışma kararlaştırılmamış ise haftalık esasa göre belirlenmelidir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

²⁹²YHGK, T. 14.11.2007, E. 2007/9-815, K. 2007/842, “Dairemizin uygulamalarına göre davacının ara dinlenmelerde fiilen çalışması halinde bu süreye ilişkin ücrete hak kazanması mümkündür. Ara dinlenmelerde çalıştığını kanıtlama yükümlülüğü davacıya aittir.”, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021).

²⁹³Y. 9. HD., T. 05.04.2006, E. 2005/29088, K. 2006/8709, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021).

²⁹⁴Y. 9. HD., T. 04.04.2006, E. 2006/3027, K. 2006/8553, “...fazla çalışma ücreti hesabında, işçinin işyerinden ayrılmasının ardından hastanede yattığı ve istirahat raporu aldığı dönem için de hesaplama yapılması yerinde olmamıştır.”, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021).

saat, on bir saatten fazla ise en az bir buçuk saatlik ara dinlenme süresinin²⁹⁵ düşülmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁹⁶.

Bazı işlerin niteliği gereği birtakım işyerlerinde uzun süreli çalışma ve ardından uzun süreli dinlenme şeklinde bir çalışma düzeni benimsenebilmektedir. Örneğin; işçi 24 saat işyerinde nöbet tutup ardından 24 saat izinli sayılabilmektedir. Benzer şekilde bu tip çalışmalarda da işçinin işyerinde geçirdiği süre zarfında; uyku, yemek gibi zorunlu ihtiyaçları nedeniyle aralıksız olarak 24 saat çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden bu sürelerin hesaptan düşülmesi ve işçinin çalıştığı net süreye ulaşılması gerekir²⁹⁷. Bu hususta Yargıtay “...uyku ve zorunlu ihtiyaçlar için gerekli olan süre nazara alındığında, günde 14 saat çalışıldığının kabulü ile...”²⁹⁸ demek suretiyle 24 saati işyerinde geçiren bir işçinin ancak 14 saatini fiilen çalışarak geçirdiğini bu sebeple fazla çalışmanın bu süre üzerinden hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir.

Bu kapsamda ara dinlenmeler çalışma süresinden mahsup edildikten sonra kalan süre üzerinden fazla çalışmanın varlığı tespit edilecektir. Örneğin, işçinin haftanın 6 günü sabah 08.30’dan akşam 18.30’a kadar çalıştığını, 12.00 ile 13.00 saatleri arasında öğle molası verdiğini, bunun dışında saat 10.30, 15.00 ve 17.00 saatlerinde de 15’er dakikalık ara

²⁹⁵Bu hususta taleple bağlılık ilkesi gereği dosya içeriğinden anlaşılan haller istisnadır. Y. 22. HD., T. 03.04.2017, E. 2017/6578, K. 2017/7304, “Dosya içeriğine göre, davacı haftanın 6 günü 09:00-22:00 saatleri arasında 2 saat ara dinlenme dışında 11 saat çalışmasına rağmen... Hesaplama davacı talebi aşılmıştır. 09:00-20:00 arası 2 saat ara dinlenme düşülerek hesaplama yapılmalı...”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

²⁹⁶Y. 9. HD., T. 20.05.2014, E. 2012/11930, K. 2014/16147, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021) ; Y. 9. HD., T. 20.11.2007, E. 2007/26287, K. 2007/34662, “Çalışma saatleri de göz önüne alındığında günlük ara dinlenmesinin 2 saat olarak hesaplamalardan düşülmesi yerinde olur.”, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021); “...günlük 13 saatlik çalışmaya göre doğru olarak tespit edilen 2 saatlik ara dinlenme süresi...”, Y. 9. HD., T. 24.06.2014, E. 2014/15679, K. 2014/21448, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

²⁹⁷Y. 7. HD., T. 18.03.2015, E. 2015/3459, K. 2015/4898, “Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftanın bir günü nöbet tuttuğu, nöbet tuttuğunda 24 saat çalıştığı, davacının bir gün çalışıp bir gün dinlendiği bu nedenle günlük çalışmasının 24 saat olduğu Yargıtay uygulaması doğrultusunda bu süreden 3 saatlik ara dinlenme çıkarıldığında $24-3=21$ saat çalıştığı; bu süreden benimsenen günlük çalışma süresi çıkarıldığında günlük $21-11=10$ saat fazla çalışma yaptığı, davacının ayda 5 nöbet tuttuğu, aylık fazla çalışma süresinin $5 \times 10=50$ saati bulduğu, haftalık bazda düşünüldüğünde $50:4=12,5$ saatte denk geldiği sonucuna varılmakla davacının haftada 12,5 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmişse de Dairemizin Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen uygulamasına göre 24 saat çalışma hallerinde günlük 14 saatin mesaide geçtiği kabul edilmelidir. Mahkemece bu husus gözetilmek suretiyle davacının fazla çalışma ücretinin belirtilen şekilde hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken...”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10.03.2021).

²⁹⁸YHGK, T. 05/04/2006, E. 2006/9-107, K. 2006/144, <https://legalbank.net> (E.T: 10.03.2021).

dinlenmelerinin bulunduğunu varsayalım. Bu işçi toplamda 1 saat 45 dakikalık süreyi ara dinlemede geçireceğinden fazla çalışma süresinin hesabında, işçinin 10 saatlik çalışma süresinden ara dinlenmeler mahsup edildikten sonra geriye kalan 8 saat 15 dakikalık zaman dikkate alınır. Buna süre göz önüne alınarak işçinin haftada 49,5 saat çalıştığı dolayısıyla haftalık 4,5 saat fazla çalışması bulunmaktadır. İşçinin bu şekilde hesaplanan fazla çalışma süresi üzerinden de fazla çalışma ücret alacağı hesaplanır. Bunun için öncelikle işçinin bir saatlik ücretine tekabül eden meblağ bulunur. Artan süre; fazla çalışma niteliğindeyse işçinin bir saatlik ücretinin %50'si; fazla sürelerle çalışma niteliğindeyse %25'i işçinin fazla çalışma ücret alacağını oluşturur. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki fazla çalışma ücreti, son ücret üzerinden değil; fazla çalışmanın yapıldığı dönemdeki ücret üzerinden hesaplanır²⁹⁹.

Yargıtay; “...bilirkişinin saatten hakkaniyet indirimi yaparak alacakları hesaplaması hatalı bir yöntemdir. Hakkaniyet indirimi belirlenen saat kadar çalışılmadığını değil hastalık, mazeret izin gibi sebeplerle sürekli haftalık belirlenen mesai saati kadar çalışılmadığının sonucudur. Bu nedenle hakkaniyet indirimi saatten değil hesaplanan alacak miktarı üzerinden yapılmalıdır.” diyerek karineye dayalı makul indirimin, hesaplanan toplam alacak üzerinden yapılması gerektiğini vurgulamaktadır³⁰⁰. Önceki tarihli kararlarında Yargıtay “Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da Yargıtay’ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir.” diyerek indirimin, işçinin fazla çalışma süresi üzerinden yapılması gerektiği görüşünü benimsemişse³⁰¹ de bu uygulamadan dönmüştür³⁰².

Karineye dayalı makul indirim oranının belirlenmesi noktasında göz önüne alınması gereken kriterlere gelecek olursak; öncelikle yapılan indirim hakkın özünü ortadan kaldıracak nitelikte olmamalıdır³⁰³.

İndirimin takdirinde *hesaba esas süre ve alacak miktarı* göz önünde bulundurulmalıdır³⁰⁴. Bununla birlikte *çalışma süresi, işin niteliği ve ispat vasıtasının derecesine göre bir indirim oranı belirlenmelidir*³⁰⁵.

²⁹⁹Y. 9. HD., T. 07.11.2012, E. 2010/21991, K. 2012/36529, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 17.02.2020).

³⁰⁰Y. 7. HD., T. 21.12.2015, E. 2015/22487, K. 2015/26098, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 17.02.2020).

³⁰¹Y. 9. HD., T. 23.10.2008, E. 2007/29866, K. 2008/28224, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 18.02.2020).

³⁰²Y. 7. HD., T. 21.12.2015, E. 2015/22487, K. 2015/26098, “Hakkaniyet indirimi belirlenen saat kadar çalışılmadığını değil hastalık, mazeret izin gibi sebeplerle sürekli haftalık belirlenen mesai saati kadar çalışılmadığının sonucudur. Bu nedenle hakkaniyet indirimi saatten değil hesaplanan alacak miktarı üzerinden yapılmalıdır.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 18.02.2020).

³⁰³YHGK, T. 08.07.2020, E. 2016/828, K. 2020/551, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 20.03.2021).

Temel olarak, uygulanan karineye dayalı makul indirimin fahiş olmaması kabul edilmişse de Yargıtay'ın bu hususta çerçeve niteliğinde somut kriterler belirlediği söylenemez. Nitekim bu durum Yargıtay'ın karineye dayalı makul indirim uygulanması gerektiği yönündeki ilk kararlarından bu yana süregelmektedir. Yargıtay, önceki tarihli kararlarında, hâkimin somut olayın özelliklerini dikkate alarak, delillerin değerlendirilmesi neticesinde bir sonuca ulaşması ve uygun bir indirim oranı belirlemesi gerektiğini vurgulanmaktaydı. Bu hususta 1998 tarihli bir kararında “*yarım saatlik ara dinlenme süresinin yetersiz olduğunu bu sebeple bir saat olarak kabul edilmesi gerektiğini ve %25 oranındaki hakkaniyet indiriminin az olduğunu*” belirtmiştir³⁰⁶. Yine 2008 tarihli bir kararında ise *tarafaların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, gerekçeli kararda açıklanan nedenler ve delillerin değerlendirilmesi yerinde görülerek yerel mahkemece yapılan %50 oranındaki karineye dayalı makul indirimi dosya içeriğine uygun bulmuştur*³⁰⁷. Benzer şekilde 2013 tarihli bir kararında da “*fazla çalışma süresinin uzunluğu ve somut olayın nitelikleri gereği %30'dan fazla bir indirim oranı belirlenmesi*” gerektiğini öngörmüştür³⁰⁸.

Öte yandan son dönemdeki kararları incelendiğinde ise %30'luk indirim oranının genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz. Öyle ki karineye dayalı makul indirim uygulanırken indirim oranının yüzde otuzdan az olması halinde Yargıtay; indirim miktarını yetersiz bularak³⁰⁹ “... %30 oranından az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği...” yönünde kararlar vermektedirse de %30'dan ayrılarak daha yüksek oranda karineye dayalı makul indirim uygulayan yerel mahkeme kararlarını da indirim oranının fahiş olduğu gerekçesiyle bozmaya konu etmektedir³¹⁰.

³⁰⁴İzmir BAM 9. HD., T. 16.06.2017, E. 2017/163, K. 2017/712, “...hesaba esas süre ve alacağın miktarı dikkate alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indiriminin yapılması gerekmektedir. (Hukuk Genel Kurulu E.2015/22-797)”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 17.02.2020).

³⁰⁵Samsun BAM 7. HD., T. 07.06.2017, E. 2017/945, K. 2017/1198, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 19.02.2020).

³⁰⁶Y. 9. HD., T. 02.12.1998, E. 1998/17287, K. 1998/17131, <https://www.corpus.com.tr> (E.T:12.02.2019); Y 9. HD., T. 01.02.2020, E. 1999/17522, K. 2000/166, <https://www.corpus.com.tr> (E.T:12.02.2020).

³⁰⁷YHGK, T. 21.01.2009, E. 2008/806, K. 2009/13, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:15.01.2019).

³⁰⁸Y. 9. HD., T. 24.09.2013, E. 2013/6630, K. 2013/23908, bkz: Ekin, 2016: 357, dn. 63, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321892> (E.T: 13.01.2020).

³⁰⁹Y. 22. HD., T. 15.12.2015, E. 2014/23337, K. 2015/34545, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.01.2020).

³¹⁰Y. 7. HD., T. 27.02.2014, E. 2013/19372, K. 2014/4795, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.01.2020).

Yargıtay, çoğunlukla kabul ettiği %30'luk indirim oranını belirlerken “işçinin, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izin ya da mazeret izni gibi hallerle çalışmadığı günlerin yılın yaklaşık 1/3'üne tekabül ettiği” düşüncesinden hareket etmektedir³¹¹. Bununla birlikte işçinin fazla çalışma ve tatil çalışmalarına ilişkin hesaplamalarda yıllık izin, mazeret izni ve tatil günleri gözetilmişse bu halde indirimin daha az oranda yapılması gerektiği vurgulanmaktadır³¹².

Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen kararlar incelendiğinde ise genel itibariyle Yargıtay ile paralel yönde kararlar verildiği görülmektedir. Buna karşın İstanbul BAM tarafından verilen bir kararda yerel mahkemece takdir edilen %30 oranındaki indirim fahiş bulunarak %20 oranında bir karineye dayalı makul indirim uygulanmıştır³¹³. Gaziantep BAM ise; fazla çalışma ve UGBT alacakları üzerinde uygulanan %30'luk indirim oranını somut olay bakımından yetersiz bularak %45'ten az olmamak üzere karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir³¹⁴. Ankara BAM tarafından verilen kararlar incelendiğinde ise uygulanacak hakkaniyet indimi bakımından uygulamada birlik sağlayacak kriterlerin belirlenmesi gerektiği yönünde bir görüşe rastlanılmaktadır³¹⁵. Gerçekten indirimin, sınırları belli ve somut ilkelere dayanmaması birbirinden farklı kararlar verilmesine sebep olabilir. Bu durum da benzer olaylarda farklı sonuçlar doğurur ve hukukun öngörülebilirliği ile güvenilirliğini sarsar.

Bölge Adliye Mahkemeleri'nde verilen kararlarda bu düşünceden hareketle indirimin şartlarının belirli ve önceden bilinebilir olmasının taleplerin netleşmesini sağlayacağı ve ret ihtimalini azaltacağı savunulmaktadır³¹⁶. Bu doğrultuda da istisnai haller hariç tutulmak suretiyle şu sınırlar belirlenmiştir:

- *Günde bir, haftada ortalama yedi saate kadar fazla çalışmanın varlığı halinde %25*

³¹¹YHGK, T. 06.12.2018, E. 2015/3671, K. 2018/1850, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.02.2020); “İşçinin, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izinli, mazeret izinli vs. sebeple çalışmadığı günler yılın yaklaşık olarak 1/3'üne tekabül ettiğinden kural olarak yapılacak indirimde bu oranın esas alınması isabetli olacaktır.”, YHGK, T. 09.05.2019, E. 2016/361, K. 2019/547, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.03.2020).

³¹²YHGK, T. 06.12.2017, E. 2015/2698, K. 2017/1557, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.02.2020); YHGK, T. 09.05.2019, E. 2016/361, K. 2019/547, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.02.2020); Y. 9. HD., T. 18.01.2018, E. 2017/14560, K. 2018/546, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 06.02.2020).

³¹³İstanbul BAM 27. HD., T. 06.03.2017, E. 2017/38, K. 2017/253, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:06.02.2020)

³¹⁴Gaziantep BAM 9. Hukuk Dairesi, T. 03.04.2019, E. 2018/1081, K. 2019/688, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 10/05/2021).

³¹⁵Ankara BAM 7. HD., T. 22.02.2017, E. 2017/292, K. 2017/314, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:08.03.2020).

³¹⁶Ankara BAM 7. HD., T. 02.05.2018, E. 2017/3228, K. 2018/1102, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.03.2020).

- *Günde bir saatten fazla üç saatten az yani haftada ortalama yirmi bir saate kadar fazla çalışmanın varlığı halinde %30*
- *Günlük üç saatin üzerinde yani haftalık yirmi bir saatten fazla çalışmaların varlığı halinde ise %35 oranında indirim yapılması öngörülmüştür³¹⁷.*

Ne var ki somut olaya özgü, olağanın dışında belirlenen ücret miktarı, serbest çalışmanın esnekliği ya da çok uzun süre için fazla çalışma ücretinin hesaplanması gibi durumlar bakımından maktu oranların uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına sebep olabilir. Karineye dayalı makul indirim uygulaması temelde, kişinin uzunca bir süre boyunca aynı şekilde çalışmasının mümkün olmadığı, izinli olduğu zaman dilimlerinin bulunacağı düşüncesine dayanmaktadır. Fazla çalışma süresinin artmasından hareketle kişinin izinli olduğu gün sayısının da orantılı olarak arttığı sonucuna ulaşamaz. Nitekim günde bir saat fazla çalışma yapan bir işçinin, günde üç saat fazla çalışma yapan bir işçiden daha fazla izin kullanıyor olması mümkündür. Bu ihtimal değerlendirmeye alınmaksızın daha fazla süreyle çalıştığını iddia eden işçiden daha fazla oranda indirim yapmak daha çok çalışan bir işçinin cezalandırılması sonucunu doğurabilir. Öyleyse, karineye dayalı makul indirime ilişkin asıl tartışmanın indirimin hangi hallerde yapılması gerektiği ve indirim oranının belirlenmesi noktasında olduğu gözetilerek sınırların öncelikle bu konularda sınırlar belirlenmesi ve uygulamanın öngörülebilirliği sağlanması daha yerinde olacaktır.

Genel itibarıyla %30'luk bir indirim oranının benimsenmesi; 1 saatlik fazla çalışma iddiasında bulunan işçiyle 5-6 saatlik fazla çalışma iddiasında bulunan başka bir işçiye aynı oranın uygulanmasına sebep olur. Kişinin günlük 5-6 saat fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırılık karinesini kuvvetlendirse de hangi işçinin ne kadar süreyle izin kullandığı net olarak tespit edilip mahkemece değerlendirilememektedir. Bu sebeple her iki işçi bakımından da aynı indirim oranını uygulamanın ya da fazla çalışma süresiyle orantılı olarak artan maktu oranlar uygulamanın hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacağı kanaatindeyiz. Bunun da ötesinde, daha önce de değinildiği üzere, teknolojinin imkanlarından yararlanılarak işverenlere yüklenecek zorunlu dijital kayıt uygulamaları ile belirsizliklerin giderilmesine yönelik yasal düzenlemeler tanzim etmek fazla çalışmanın tespitini ve ispatını kolaylaştırır.

Karineye dayalı makul indirimin uygulanması bakımından ise; oranın belirlenmesi hususunun hâkimin takdir yetkisine ve vicdani kanaatine bırakılması ancak karineye dayalı makul indirim uygulanmasına yönelik sınırların alacağın ispatı ve delillerin değerlendirilmesi noktasında netleştirilmesi daha yerinde olur. Karineye dayalı makul indirimin uygulanması

³¹⁷Ankara BAM 7. HD., T. 12.04.2017 E. 2017/535, K. 2017/899, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 08.03.2020).

bakımından tanık delili önem arz etmekte olup uygulanacak indirim oranı tanık delilinin değerlendirilmesi ile doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple yargı kararlarıyla belirlenen kriterlerin bu noktada toplanarak delillerle doğrudan temas eden hâkimin oranın belirlenmesi hususunda daha serbest bırakılmasının, gerçek duruma daha uygun kararlar verilmesini sağlayacağı kanaatindeyiz.

1.6. Uygulamada Bilirkişilerin Karineye Dayalı Makul İndirim Oranını Belirlemesi Sorunu

Bilirkişi, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde mahkemece görüşüne başvurulmuş gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileridir. Bu çerçevede bilirkişi; özel ve teknik bilgisini kullanarak hâkimde eksik olan bilgiyi hâkime sağlayan ve böylece özel ve teknik bilgi gerektiren konularda uyuşmazlık konusu vakıanın tespiti ve sonuçlandırılmasında hâkime yardımcı olan, bağımsız ve tarafsız, uzman kimliği bulunan üçüncü kişi veya kişiler olarak tanımlanabilir³¹⁸.

Mahkeme tarafından bilirkişi incelemesine başvurulabilmesi için, çözümü hukuk dışında bir uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren bir konunun varlığı şart koşulmuştur. Bu husus hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem de 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nda³¹⁹ ve Bilirkişilik Yönetmeliğinde³²⁰ düzenlenmiştir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve Bilirkişilik Kanunu'nda bilirkişinin raporunu hazırlarken çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamayacağı, hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır (HMK m. 279/4, BK m. 3/2).

Hâkim, hâkimlik mesleğinin gerektiği hukuki bilgiyle yahut genel bilgi veya tecrübesiyle çözümleyebileceği konularda bilirkişiye başvuramaz (HMK m. 266, BK m. 3/3). Bu hallerde bilirkişiye başvurulması hem adil yargılanma hakkını³²¹ hem de usul ekonomisi

³¹⁸Toraman, 2017: 78,79; Tanrıver, 2020: 892,893; Tanrıver, 2017: 25; Aşçıoğlu, 2001:29.

³¹⁹24.11.2016 tarih, 29898 sayılı Resmi Gazete.

³²⁰03.08.2017 tarih, 30143 sayılı Resmi Gazete.

³²¹AYM, T. 09/01/2019, 2015/103963 başvuru numaralı kararı, "Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular dışında özel veya teknik bilgiyi içeren uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması adil yargılanma hakkının gereği olarak değerlendirilmelidir. Çünkü hâkim, bir delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinden de yararlanarak önüne gelen sorunu çözerek adaletin gerçekleşmesini temin etmektedir. Bununla birlikte hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işidir. Nitekim hukuki sorunları hâkimin mesleki bilgi ve deneyimleriyle çözmesi gerektiğinden bu sorunların en yetkin kişisi hâkim

ilkesini ihlal edecektir. Yine bu durum, Anayasa'nın 9. maddesiyle mutlak olarak bağımsız ve tarafsız mahkemelere bırakılan yargı yetkisinin de devri anlamına gelir³²². Bilirkişilik Kanunu'nun gerekçesinde de ifade edildiği üzere hukuki konularda bilirkişiye gidilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin amacı, hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin devrini engellemektedir. Öyle ki hâkim, hukuk kurallarını resen araştırmak, yorumlamak ve uygulamakla görevlidir.

Bilirkişi görüşüne başvurulurken maddi vakıanın sınırları çizilmeli, özel ve teknik bilgi gerektiren kısım belirlenmeli, rapordan beklenen somut sorularla çerçevelenmelidir³²³. Bilirkişi ise kendisinden görüş istenen konuda; hâkim tarafından verilen görevle sınırlı olarak yalnızca kendi uzmanlık alanındaki özel ve teknik bilgiyi hâkime sunmakla yahut bu bilgileri somut olaya uygulayıp bir sonuç elde ederek³²⁴ hâkimin değerlendirmesine yardımcı bulunmakla yetinmelidir. Bunun ötesinde bilirkişinin hukuki bir değerlendirme yapması, hukuki nitelermelerde yahut hâkimin yetki alanı içindeki bir konuda yorumda bulunması yasaktır. Aksi bir kabul yargı yetkisinin bilirkişiler tarafından kullanılması sonucunu doğurur ki bu da bilirkişinin adeta hâkim yerine geçerek hüküm kurması anlamına gelir³²⁵.

Hâkimin işçilik alacaklarının hesabı için bir hesap bilirkişisi görevlendirmesinin hukuki olarak mümkün olmadığı söylenebilir³²⁶. Anayasa madde 138'de de belirtildiği üzere hukuku uygulamak ve hüküm vermek hâkimin görevidir. Mevzuatta nasıl hesaplanacağı belirtilmiş olan işçilik alacakları bakımından, hesaplama ile ilgili bilgi hâkimin hukuk bilgisi dahilindedir. Hesaplamanın mevzuatta gösterildiği şekilde yapılabilmesi için ise temel matematik işlemlerinin hâkim tarafından bilinmesi yeterlidir. Basit hesaplamalar, hâkimin mesleğinin gerektirdiği genel bilgi kapsamındadır³²⁷. Ortalama bir hâkimin eğitim seviyesi göz önüne alındığında hâkimlerin sahip olduğu matematik bilgisi, işçilik alacaklarına ilişkin hesaplamaları yapmaya yeterlidir. Bu hususta Yargıtay yıllık izin alacağına ilişkin bir uyuşmazlık hakkında verdiği bir kararda “*hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Yıllık izin ücretinin*

olup Anayasa'nın 138. maddesinde de hukuka uygun olarak hüküm verme yetkisi hâkime tanınmıştır.”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/01/20190131-4.pdf> (E.T: 14.01.2021).

³²²Pekcanitez vd., 2020: 412; Ulukapı, 2001: 293.

³²³Tanrıver, 2020: 913.

³²⁴Tanrıver, 2020: 927; Yılmaz, 2017: 2735; Tanrıver, 2017: 25,26; Toraman, 2017: 323; Aşçıoğlu, 2001: 89.

³²⁵Yılmaz, 2017: 2736; Pekcanitez vd., 2017: 1916.

³²⁶Bozkurt, 2018: 560; Pekcanitez vd., 2020: 411-412.

³²⁷Tanrıver, 2017: 45,46; Y. 4 HD., T. 05.02.2003, E. 2002/10821, K. 2003/1342, <https://legalbank.net> (E.T: 12/05/2021)

*saptanması özel veya teknik bilgiyi gerektirmemektedir. Davacının şahsi dosyası ve yıllık izin defteri getirtilmeli, İş Kanunu 49-56 madde uyarınca davacının işe giriş ve çıkış tarihleri itibarıyla hak kazandığı ancak kullanmadığı izin süresi ve alacağı saptanmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.*³²⁸ diyerek yıllık izin alacağının hesaplanmasında bilirkişiye gidilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, faiz hesabı teknik bilgi gerektiren bir konu olduğundan³²⁹ bu yöndeki uyuşmazlıklarda bilirkişi incelemesine başvurulması yerinde olacaktır. Ancak bu hal dışında kıdem tazminatı, ihbar tazminatını, yıllık izin ücreti gibi hesaplanış şekli kanunda açıkça belirtilen hesaplamaları, hâkimlerin kendilerinin yapması ve buna göre hüküm kurmaları mümkün olduğundan işçilik alacaklarına ilişkin hesaplamalarda bilirkişi görüşüne başvurulmasının hukuka aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Karineye dayalı makul indirim uygulaması, hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde hukukumuzda dahil edilmiştir. Yine, HMK madde 198 gereği hâkim delilleri değerlendirmekle görevli ve yetkilidir. Bu kapsamda, doğrudan delillerle temas eden hâkim, delillerin değerlendirilmesi neticesinde indirimin uygulanıp uygulanamayacağı yahut ne oranda uygulanacağı konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Bilirkişi deliline başvurulurken hâkimin, bilirkişi görüşüne başvuru sorunu ve incelenmesi istenen konunun kapsamını ve sınırlarını açıkça göstermesi gerektiği³³⁰ de göz önüne alındığında, bir an için alacak hesaplamalarının özel ve teknik bilgi gerektirdiği ve bilirkişi incelemesine uygun olduğu varsayılsa dahi bilirkişilerin bu görev sınırlarından çıkmadan yalnızca işçilik alacaklarını hesaplamakla yetinmeleri gerekir.

İşçilik alacaklarına ilişkin hesaplamalar yapıldıktan sonra hâkimin, bilirkişi tarafından hesaplanan tutara, takdir ettiği oran nispetinde yüzde usulü indirim uygulaması genel bilgi niteliindedir. Değer biçme yetkisi hâkime tanınmış bir yetki³³¹ olmasına rağmen bilirkişilerce yapılan hesaplamalarda karineye dayalı makul indirim oranının belirlendiği ve bu oran üzerinden indirim uygulanmış tutarın da hesaplanarak bilirkişi raporuna dahil edildiği görülmektedir.

Hâkim, takdiri bir delil niteliğinde olan bilirkişi raporunu değerlendirirken serbestiye sahiptir. Özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda bilirkişi görüşüne başvuran hâkimin

³²⁸Y. 9. HD., T. 08.09.2003, E. 2003/12541, K. 2003/14761, <https://www.corpus.com.tr> (E.T:14.01.2021).

³²⁹Y. 13. HD., T. 09.05.2016, E. 2015/5688, K. 2016/9584, “...ihtilaflı olan faiz konusu teknik bilgi gerektirmektedir.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 14.01.2021).

³³⁰Ulukapı, 2001: 194,195; Toraman, 2017: 354, 355.

³³¹Aşçıoğlu, 2001: 71,72.

bilirkişi raporunu değerlendirmede serbestiye sahip olması; hâkimin bilgi sahibi olmadığı bu konuda bilirkişinin yerine geçmesi yahut keyfiyetle değerlendirme yapması anlamına gelmez³³². Bununla birlikte; hukuka göre karar verme yetkisi yalnızca hâkime aittir³³³. Hâkim, bilirkişinin raporuyla mahkemeye sunduğu özel ve teknik bilgiden hareketle rapor sonucunun hatalı olduğu kanaatindeyse bunu gerekçelendirerek raporun aksine karar verebilir³³⁴; aksi bir kabul hâkimin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmaz³³⁵.

Bilirkişi delilinin niteliği gereği ve karineye dayalı makul indirim uygulaması kapsamında hâkim, bilirkişinin karineye dayalı makul indirime ilişkin bilirkişi hesabıyla bağlı değildir. Ne var ki uygulamada; hâkimin mesleki bilgisi dahilindeki işçilik alacağı hesaplamalarının bilirkişi eliyle yapılması bir yana, bilirkişilerce karineye dayalı makul indirim takdir edilerek hesaplama dahil edilen raporların mahkemelerce aynen hükme esas alındığı görülmektedir. Yargıtayca verilen kararlar incelendiğinde de Yargıtay'ın “*Yerel Mahkemece hükmedilen fazla çalışma ücreti belirlenirken hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplama sırasında fazla çalışma ücretinden hakkaniyet indirimi yapılmış olduğunun açık bulunmasına ve mahkemece hükmedilen fazla çalışma ücretinde bu hakkaniyet indirimi gözetilerek sonuca ulaşılmış bulunmasına göre*” diyerek direnme kararını yerinde gördüğü kararlarına rastlanmaktadır³³⁶. Bununla birlikte Yargıtay bir kararında daha da ileri giderek “*Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanık anlatımlarına göre günlük 2-3 saat, haftalık 10-15 saat fazla sürelerle ve fazla mesai çalışması yapıldığı tespit edilmiş, güvenlik görevlilerinin tuttuğu kayıtlara göre ise günlük ortalama 2 saat fazla mesai yapıldığı, kabul edilmiştir. Bilirkişi bazı günler mesaiden erken çıkılması nedeniyle ortalama günlük 1 saat fazla sürelerle çalışma yapıldığını, haftalık ise 5 saat fazla sürelerle çalışma yapıldığını kabul ederek hesaplama yapmıştır. Bilirkişinin bu kabulüne göre fazla mesai hesaplamasından zaten takdiri bir indirim yapıldığından, Mahkemece belirlenen bu alacaktan*

³³²Ulukapı, 2001: 306 vd.

³³³Tanrıver, 2017: 38.

³³⁴Tanrıver, 2017: 123.

³³⁵Tanrıver, 2017: 123; Ulukapı, 2001: 307.

³³⁶YHGK, T. 04.11.2009, E. 2009/419, K. 2009/475, “...Yerel Mahkeme bilirkişi raporunda fazla çalışma ücretinin % 30 hakkaniyet indirimi ile belirlendiği gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir... “...Yerel Mahkemece hükmedilen fazla çalışma ücreti belirlenirken hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplama sırasında fazla çalışma ücretinden hakkaniyet indirimi yapılmış olduğunun açık bulunmasına ve mahkemece hükmedilen fazla çalışma ücretinde bu hakkaniyet indirimi gözetilerek sonuca ulaşılmış bulunmasına göre, direnme kararı verilmesi doğrudur.”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 15.01.2019).

*ayrıca takdiri indirim uygulanması isabetsizdir.”*³³⁷ demek suretiyle bilirkişi tarafından yapılan bu “takdiri” hesaplamada bir beis görmemiş, aksine bilirkişinin hesaplamayı yaparken fazla çalışma süresine ilişkin zaten takdiri indirim yaptığından bahisle hâkim tarafından karineye dayalı makul indirim uygulanmasını isabetsiz bulmuştur.

Bu uygulama hâkimin takdir yetkisine müdahale niteliğinde olup münhasıran hâkime tanınan hüküm kurma yetkisinin bilirkişi tarafından kullanılması³³⁸ dolayısıyla da yargı faaliyetinin bilirkişiye devredilmesi ve “bilirkişi adaleti” sonucunu doğurmaktadır³³⁹. Bu sebeple bilirkişilerce karineye dayalı makul indirim oranının takdir edilmesi ve bilirkişi takdirini içerir hesaplamaların hükme esas alınmasının açık bir hukuka aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

1.7. İşçilik Alacağına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk ve Karineye Dayalı Makul İndirim Değerlendirmesi

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³⁴⁰ ile kanuni bir düzenlemeye kavuşarak hukukumuzda yer edinen, uyuşmazlığın çözümüne yönelik alternatif çözüm yollarından biridir. Arabuluculuk kapsamında iradilik, eşitlik ve gizlilik ilkeleri esas alınmıştır. Öyle ki HUAK madde 3 hükmü ile tarafların arabuluculuk süreci boyunca iradi serbestiye sahip oldukları ve eşitlikleri vurgulanmıştır. HUAK madde 4 kapsamında ise gizlilik ilkesine uyma yükümlülüğü hem arabulucu hem de taraflar ve görüşmeye katılan üçüncü kişiler bakımından açıkça hükme bağlanmıştır.

Kanun kapsamında arabuluculuk faaliyetini, kamu düzenine ilişkin olmayan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların; uzmanlık eğitimini almış, objektif, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin de katılımıyla bir araya gelerek uyuşmazlığın çözümüne yönelik müzakerelerde bulundukları ihtiyari bir çözüm yolu³⁴¹ olarak tanımlayabiliriz.

Kanunun 2. maddesinin b bendinde ise arabuluculuk şöyle tanımlanmıştır:

“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını

³³⁷Y. 9. HD., T. 17.11.2015, E. 2014/18829, K. 2015/32733, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 07.03.2021).

³³⁸Yılmaz, 2017: 2736.

³³⁹Pekcanitez vd., 2020: 411,412; Yılmaz, 2017: 2736

³⁴⁰22.06.2012 tarih, 28331 sayılı Resmi Gazete.

³⁴¹Tanrıver, 2010: 2029; Tanrıver, 2006: 827; Mutlay, 2018: 25; Akpulat, 2018: 341.

gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

Kanun kapsamında arabuluculuk 3 temel ilkeye dayandırılmıştır. Buna göre arabuluculukta; iradilik(gönüllülük) ve eşitlik, gizlilik, beyan ve belgelerin kullanılamaması esastır (HUAK m. 3,4,5). Menfaat temelli bir çözümü esas alan arabuluculuk faaliyeti taraf etkinliğini güçlü bir şekilde muhafaza eden bir çözüm yöntemi olup³⁴² özü itibariyle tamamen ihtiyari, gönüllülük esasına dayanan bir faaliyettir. Bunun bir sonucu olarak da arabuluculukta taraf iradeleri egemendir. Taraflar dava açmadan önce yahut dava sürecinde arabulucuya başvurmakta, arabuluculuk faaliyeti sırasında anlaşıp anlaşmamakta ve arabuluculuk süreci ile ilgili yöntem ve esasları belirlemede³⁴³ tamamen serbesttirler. Bununla birlikte arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği esas olup taraflar süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Ancak taraflar arasında güç dengesizliklerinin bulunması muhtemel olduğundan buradaki eşitlik anlayışının mutlak eşitlik olduğundan bahsedilemez³⁴⁴. Öyle ki güç dengesizliklerinin ortaya çıkarabileceği olumsuzluklar nedeniyle burada eşitlikten anlaşılmaması gereken; taraflar arasında var olan güç dengesizliklerini en aza indirerek taraf iradesinin zarar görmesini engellemek ve sürecin hakkaniyetli şekilde yönetilmesini sağlamaktır. Öte yandan taraf iradelerinin sürece sağlıklı şekilde yansıyabilmesi bakımından arabuluculuk süreci boyunca taraflarca sunulan yahut bir şekilde elde edilmiş olan belgeler ve kayıtlar gizlidir. Bu nedenle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hem arabulucu hem de taraflar ve toplantıya katılan diğer kişiler gizlilik esasına uygun davranmakla yükümlüdür. Gizlilik ilkesinin bir yansıması olarak ise arabuluculuk faaliyeti nedeniyle elde edilen bilgi ve belgelerin uyuşmazlığın konu edildiği bir hukuk davasında yahut tahkim yolunda kullanılamaması esastır³⁴⁵.

Arabuluculuk faaliyetinin tanımı ve temel ilkeleri göz önüne alındığında arabulucunun; tarafları bir araya getirerek çözüm odaklı, sağlıklı bir müzakere süreci geçirmelerini sağlamakla görevli olduğunu, bunun dışında uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığını³⁴⁶ söyleyebiliriz. Nitekim bu hususta arabulucunun çözüm önerisi getirebileceği hüküm altına alınmışsa da arabulucu bu çözüm önerisinin kabulüne yönelik

³⁴²Ulukapı, Kıyak, 2015: 1647.

³⁴³Ekmekçi vd., 2019: 17; Akpulat, 2018: 351.

³⁴⁴Ekmekçi vd.,2018: 28, 29.

³⁴⁵Beyan veya belgelerin kullanılamaması ilkesi, HUAK madde 5 kapsamında düzenleme altına alınmış olup detaylı bilgi için bkz. Ekmekçi vd., 2018: 32,33.

³⁴⁶Özekes, 2017: 2813; Mutlay, 2018: 26.

tarafllara baskı yapamaz, tarafları anlaşmaya zorlayamaz³⁴⁷. Öyle ki arabuluculuk faaliyeti, diğerk alternatif çözümler yollarında da olduğu gibi uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin uyuşmazlığın çözümlüne katkı sağlaması yahut uyuşmazlığı çözmek temeline dayanmaktadır³⁴⁸. Bu bakımdan hukukumuzda arabuluculuk faaliyeti; arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak yahut süreçten vazgeçmek hususunda taraf iradesine dayansa da HUAK madde 18/A hükmü ile arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiş ve ilgili kanunlarla belirtilen birtakım uyuşmazlıklar bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu kılınmıştır. Böylece arabuluculuk faaliyetinin iradiliği ilkesine bir istisna getirilmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu³⁴⁹ madde 3 ile de “*kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminat ile işe iade talebiyle açılan davalarda*” arabulucuya başvurmak dava şartı olarak düzenlenmiştir. İşbu sebeple işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk faaliyetine değinmekte de yarar görüyoruz.

İş mahkemelerinin görev alanı, İş Mahkemeleri Kanunu madde 5. ile belirlenmiştir. Bu kapsamda; yapılan değişikliklerle birlikte işçi ve işveren (veya işveren vekili) arasında iş sözleşmesinden yahut kanundan doğan her türlü hak, alacak ve tazminatlar ile işe iade davaları bakımından arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Öyleyse işçiler bakımından yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, çıplak ücret gibi ücret alacakları ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat gibi tazminat alacakları için; işverenler bakımından ise eğitim giderleri, cezai şart, ihbar tazminatı gibi alacaklar için dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu hale gelmiştir.

Kanun kapsamında belirlenen uyuşmazlıklar bakımından tarafların, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açmaları halinde davanın usulden reddedileceği İş Mahkemeleri Kanunu madde 3/2’nin son cümlesiyle açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak dava açılırken, arabulucuya başvurma şartı yerine getirilmiş olmasına rağmen anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanak mahkemeye sunulmamışsa bu durum doğrudan davanın usulden reddine sebep olmayacaktır. Öyle ki, tutanağın dava dilekçesine eklenmemiş olması halinde davacıya son tutanağı mahkemeye sunması için bir haftalık kesin süre verilecek ve ancak bu süre sonunda tutanağın mahkemeye sunulmaması halinde dava usulden

³⁴⁷Ceylan şahin, 2009: 298; Oğuz, 2016: 33; Mutlay, 2018: 26,27; Akpulat, 2018: 350, 351.

³⁴⁸Özekes, 2017: 2809.

³⁴⁹25.10.2017 tarih, 30221 sayılı Resmi Gazete.

reddedilecektir³⁵⁰. Bununla birlikte tarafların, geçerli bir mazeret sunmaksızın ilk toplantıya katılmamaları yargılama giderlerinden sorumlu tutulmakla müeyyidelendirilmiştir. HUAK m. 18/A fıkra 11'e göre; mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmayan taraf, dava neticesinde kısmen veya tamamen haklı görülse bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur. Bunun yanında toplantıya katılmayan taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmez. Şayet arabuluculuk faaliyeti, her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması nedeniyle sona ermişse bu halde her bir tarafın yapmış olduğu yargılama gideri kendi üzerinde bırakılır.

Kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemeler neticesinde yalnızca arabulucuya başvurma değil, arabuluculuk faaliyetine fiilen katılımın da bir anlamda zorunlu kılındığını söyleyebiliriz. Bu zorunluluk, arabuluculuk faaliyetinin niteliği ve genel düzenlenişi ile bağdaşmamaktadır. Öyle ki arabuluculuk özünde gönüllülük esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan dava şartı olarak kabul edilmesi ve ilk toplantıya katılımın bir nevi zorunlu tutulması bu ilkeyle ters düşmektedir³⁵¹. Bu faaliyetin hukukumuzda yeni yer edinen bir çözüm yolu olduğu göz önüne alındığında dava şartı olarak kabul edilmesinin; toplum tarafından tanınması, uyuşmazlığın çözümünde alternatif bir yol olarak benimsenmesi bakımından yardımcı olacağı söylenebilir³⁵². Ne var ki mazeretsiz olarak ilk toplantıya katılmayan tarafın dava neticesinde kısmen yahut tamamen haklı çıkmış olsa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olacağı ve bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmeyeceğine ilişkin düzenleme ilk toplantıya katılmayan taraf bakımından cezalandırıcı nitelik taşımaktadır. İşveren ile aynı güç dengesinde olmayan işçinin, toplantıya katılamaması halinde dava yoluyla hakkını arama iradesi üzerinde baskıya neden olacak ve caydırıcı nitelik arz edecektir³⁵³.

³⁵⁰İzmir BAM 7. HD., T. 21.06.2018, E. 2018/1095, K. 2018/1271, Gürsu, 2019: 91, dn. 263, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (E.T: 12.02.2020); İstanbul BAM 26. HD., T. 17.10.2018, E. 2018/2662, 2018/1397 K., <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 12.02.2020).

³⁵¹Karacabey, 2016: 467; Tanrıver, 2006:154; Özmumcu, 2016: 838; Mutlay, 2018: 75.

³⁵²Erdoğan, Erzurumlu, 2016: 55,56.

³⁵³Mutlay, 2018: 76; Ekmekçi vd., 2018: 180; Çopuroğlu, 2017: 251; AYM., T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı kararı kapsamında yer alan karşı oy yazılarında İMK madde 3/12'de yer alan düzenlemenin Any 36. maddesinde yer alan “hak arama hürriyeti” ile ve Any madde 13'te yer alan “ölçülülük” ilkesiyle bağdaşmadığı bu nedenle iptal edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Üye Serruh Kaleli: “İşveren tarafından uğratılan zararının giderilmesini isterken, hayatın olağan akışı içinde mazeretlenemeyecek, mücbir sebep sayılabilecek herhangi bir nedenin toplantıya katılmaya engel olabileceğinin da var olduğu yaşamda, işverenin hukuksuz işleminin yanında yüklenilecek parasal/mali yük sorumluluğu, işçinin ya da işverenin kendi aleyhine bir arabuluculuk görüşmesine katılmayı zorunlu kılmakta ve haklarını aramaktan veya zor halinde olmanın getirdiği baskı ile hak ettiğinden azına yönelik teklifi kabule götürdüğü de düşünüldüğünde

Anılan nedenlerle İş Mahkemeleri Kanunu madde 3/12 ile hüküm altına alınan bu düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesiyle korunan hak arama hürriyetini anlamsız hale getirdiğinden isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan işçinin hiyerarşik olarak bağımlı bulunduğu işveren karşısında güçsüz bir konumda olması nedeniyle iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik hükümler içeren kendine özgü yapısı³⁵⁴ ve arabuluculuk faaliyeti kapsamında eşit haklara sahip oldukları kabul edilen tarafların özde eşit düzeyde olmadıkları göz önüne alındığında arabuluculuğun iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu tutulması bu süreçte alacağına bir an önce ulaşmak isteyen işçilerin hak kaybına uğramalarına yol

kuralın hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkının özüne etki etmediği söylenemeyecektir. Bu halde toplantıya katılmayana getirilen bu külfet hukuk devletinde hakkaniyet ölçütleri ile bağdaşmadığı gibi birey ile kamu yararı arası denge ölçümlemesinde kamu yararı amacı için doğru araç ve meşru amaca erişmek için gerekli bile olduğu kabul edilse dahi, kural ile gelen müdahale makul, Türk hukukunda davasını kaybeden öder sistematigine ve istisna ilkesine aykırı dengesiz bir yük getiren ölçüsüz katlanılmaz nitelikli bir düzenlemede olup Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.” Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT: “Hak arama hürriyeti kapsamında, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı, davada haklı çıkan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulmamasını gerektirir. Yargılama giderlerini haksız çıkan tarafın üstlenmesi, Anayasa'nın da ötesinde, evrensel bir hukuk kuralıdır. Ancak, iptal istemine konu olan kurallar bu ilkeyi tersine çevirmekte, davacının (ki davacı çoğu kez işçidir) davayı kazansa bile alacağının bazı durumlarda tamamının, bazen de tamamına yakınının yargılama giderlerine sarf edilmesi nedeniyle eline hiçbir şey geçmemesine yol açmak suretiyle, yargı mercileri önünde hak aramayı anlamsız ve sonuçsuz hale getirmektedir.” Üye Celal Mümtaz AKINCI: “Mahkemelerdeki dava sayısını azaltmak, uyuşmazlıkları kısa sürede sonuçlandırmak amacıyla arabuluculuk sistemi getirilmiş ve sisteme başvuru dava şartı olarak kabul edilmişse de, ilk arabuluculuk toplantısına katılmama veya katılamama nedeniyle, hak arama sadedinde açılan davayı kazansa dahi kazanan tarafın yargılama giderlerinin (bunun içinde dava harçları, tanık, keşif, bilirkişi masrafı ve ücreti ile vekalet ücreti vb. bulunmaktadır) tamamından sorumlu tutulması, sonuçta ölçüsüz bir müdahale ve sınırlamaya neden olmaktadır” Üye Hasan Tahsin GÖKCAN: “Bilindiği üzere yargılama giderleri mahkemeye erişim hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Söz konusu giderler toplantı giderleri olmayıp, açılması muhtemel davada yapılacak yargılama giderlerini kapsamaktadır. Kimi davalarda miktar itibarıyla davanın konusunu aşabilen veya davacı için büyük yük oluşturan yargılama giderlerinin toplantıya katılmama nedeniyle tarafa yüklenmesi hak arama hürriyeti üzerinde ciddi bir baskıya ve caydırıcı etkiye neden olacaktır. Özellikle burada olduğu gibi işçi alacakları ve haklarıyla ilgili davalarda, toplantıya katılmaması halinde işçinin dava açma iradesi olumsuz yönde etkilenebilecektir. Arabuluculuk kurumunun başarıya ulaşabilmesi ve kurumun kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından ölçüsüz olmayan bir yatırımın öngörülmesi makul görülebilir. Buna karşılık arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulması bu amacı aşan, elverişsiz ve ölçüsüz bir yaptırım niteliğindedir. Belirtilen nedenlerle, kuralın Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesindeyimadde”, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:03.02.2020).

³⁵⁴Çelik vd., 2020: 2,3,23; Kar, 2018: 879; Güzel, 2016: 1132; Süzek, 2019: 14,15.

açabilir³⁵⁵. Bununla birlikte HUAK madde 18/5 hükmünce tarafların üzerinde anlaştıkları konularda dava açamayacaklarına ilişkin düzenlemenin varlığı düşünüldüğünde işçinin hak kaybına uğraması halinde bunu telafi edebileceği dava yolunun elinden alındığı da söylenebilir. İşçi ve işverenin eşit olmadığı, işçinin alacağı neticesinde elde edeceği meblağa olan ihtiyacı, yargılamaların uzun sürmesi ve işçinin alacağına ulaşmak için o kadar süre bekleyemeyecek olması gibi durumlar göz önüne alındığında arabuluculuk faaliyeti bakımından getirilen zorunluluk ve müeyyidelerin İş Hukuku'nun yapısına uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, karineye dayalı makul indirim uygulamasının arabuluculuk faaliyeti kapsamındaki uygulanabilirliğini tartışmakta yarar görüyoruz. Arabulucu; yalnızca tarafları bir araya getirerek çözüm yolunda müzakereler yapılmasını sağlamakla görevlidir. Bu kapsamda arabulucu, taraflara çözüm önerisi sunabilse de arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde bir karar verme yetkisine sahip değildir. Öyleyse arabuluculuk faaliyeti sırasında çalışmanın ispatı, delillerin değerlendirilmesi gibi konular gündeme gelmeyecektir. Öte yandan uyuşmazlık konusunda karar verme yetkisi hâkime tanınmış bir yetkidir. Bu kapsamda da somut olayın özellikleri ve mevcut deliller nazara alınarak karineye dayalı makul indirimin uygulanmasına karar verecek makam da yine hâkim olacaktır. İşçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında gerçekleşen arabuluculuk faaliyetinde taraflar tek tek her bir işçilik alacağı bakımından müzakere ederek anlaşmaya varırlar. Bu bakımdan arabulucunun indirim uygulamak gibi bir yetkisi olmadığı bir yana arabuluculuk sürecinde hakkında uzlaşmaya varılan konu artık mahkeme önünde tekrar tartışılmayacağından, bu alacağa sonradan indirim uygulanması da mümkün olmayacaktır. Örneğin fazla çalışma ücreti bakımından, işçinin uzun bir süre için aynı şekilde çalışması hayatın olağan akışına aykırı kabul edilse de bu duruma arabulucunun müdahale edebilmesi, tarafları bu konuda yönlendirmesi mümkün olmadığından işverenin bu ücreti kabulü halinde artık fazla çalışma ücretine ilişkin uyuşmazlık çözülmüş olur. Bu uyuşmazlığın mahkeme önünde tekrar gündeme gelmesi mümkün değildir. Benzer şekilde işçi bakımından da işçinin gerçekte var olan alacağından daha az bir miktar üzerinde anlaşılması halinde artık işçi kalan miktar için yargı yoluna başvuramaz.

³⁵⁵Ekmekçi vd., 2018: 140; Mutlay, 2018: 76.

1.8. Karineye Dayalı Makul İndirim Uygulanan Alacaklar Bakımından Vekalet Ücreti Değerlendirmesi

Davada haklı çıkan tarafın, kendisini vekille temsil ettirmiş olması halinde mahkemece taraf lehine vekalet ücretine hükmolunur. Vekalet ücreti, HMK madde 323/1-ğ kapsamında yargılama gideri olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple de aleyhine hüküm verilen taraf, diğer yargılama giderleri gibi karşı taraf lehine hükmedilecek vekalet ücretine de katlanır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında, davada tarafların her birinin kısmen haklı çıkması halinde yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranına göre mahkemece paylaşılacağı hükme bağlanmıştır.

Fazla çalışmanın uzun bir süre için hesaplanması ve yüksek çıkması halinde karineye dayalı makul indirim uygulandığından yukarıda bahsetmiştik. Uygulanan karineye dayalı makul indirim nedeniyle taraflardan her birinin kısmen haklılığı söz konusu olacaktır. Öyleyse talep edilen fazla çalışma ücretinin mahkemece reddedilen kısmı için vekalet ücreti takdir edilmesi gerekir mi?

Bu hususta Yargıtay, uygulanan karineye dayalı makul indirim neticesinde reddedilen kısım bakımından vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar verirken³⁵⁶ görüş değiştirerek bu uygulamadan dönmüştür.

Yargıtay önceki tarihli kararlarında; fazla mesai ücretine uygulanan indirimin kanundan doğan takdiri bir indirim olmadığını, kesin delillerle ispatlanamayan fazla çalışma süresi üzerinden gerçek fazla çalışma ücretinin saptanabilmesi için yapılan bir indirim olduğunu vurgulamıştır³⁵⁷. Bu bakımdan indirimin alacaktan değil, fazla çalışma süresinden yapılan bir indirim olduğundan vekalet ücretine de hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Öyle ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010 tarihli bir kararında “*Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre, gerçek mesai ücretine ulaşmak için kesin delillerle fazla mesai süresinin ispatlanmadığı bu gibi durumlarda, takdiri delillerle belirlenen süreden bir miktar sürenin indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir... Fazla çalışma süresinden ve dolayısı ile*

³⁵⁶Y. 9. HD., T. 11.2.2010, E. 2008/17722, K. 2010/3192; Y. 9. HD., T. 18.7.2008, E. 2007/25857, K. 2008/20636, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:04.01.2020); Y. 9. HD., T. 25.04.2008, E. 2007/16612, K. 2008/10306, <https://www.lexpera.com.tr> (04.01.2020).

³⁵⁷Y. 9 HD., T. 19.04.2009, E. 2007/41289, K. 2009/10185, “*Kısmen reddedilen miktar Borçlar Kanunu’nun 43, 44 ve 161/son maddesinden kaynaklanan bir indirim ise, indirim miktarı yasadan kaynaklandığından bu indirim nedeni ile davalı yararına vekalet ücreti takdir edilemeyecektir. Kısmen reddedilen miktar asıl alacaktan hakkaniyet ve takdiri indirimden kaynaklanmakta ise, bu durumda davalı yararına vekalet ücretine karar verilmelidir.*”, <https://www.corpus.com.tr> (E.T: 05.03.2020).

fazla mesai ücretinden yapılan indirim hâkimin kendi takdiri ile yaptığı bir indirim değildir. Fazla mesai ücreti de teknik olarak işçi ücreti niteliğinde bir alacak olduğundan, bunda hâkimin kendi takdiri ile bir indirime gitmesi olanaklı değildir. Burada yapılan indirim, kesin delillerle kanıtlanamayan fazla çalışma süresinden, gerçek fazla çalışma ücretinin saptanması için yapılan bir indirim olmakla...” demek suretiyle davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi halinde reddedilen kısım için davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵⁸.

Yargıtay’ın son kararları incelendiğinde ise; maktu ve nispi vekalet ücretlerinin miktarının yüksekliği göz önüne alınarak, işçinin davayı açarken ya da ıslah yoluyla talebini arttırırken, mahkemece yapılacak indirimin miktarını bilemeyeceği fikrinden hareket edildiğini görüyoruz. Yargıtay’ın 2012 tarihli bir kararında, “...işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma asıl alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161/son, 325/son, 43 ve 44. maddelerine göre, yine 5953 sayılı yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma asıl alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.” diyerek önceki görüşünden döndüğü ve karineye dayalı makul indirimden kaynaklanan kısmi ret kararlarında davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesinin adaletsizliğe yol açtığı yönünde hüküm kurduğu görülmektedir³⁵⁹.

³⁵⁸YHGK, T. 05.05.2010, E. 2010/239, K. 2010/247, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T:02.04.2020).

³⁵⁹Y. 9. HD., T. 14.05.2012, E. 2010/9652, K. 2012/16643, <https://www.lexpera.com.tr> (02.04.2020); aynı yönde bkz. Y. 9. HD., T. 14.11.2011, E. 2011/43881, K. 2011/42810, <https://www.lexpera.com.tr> (E.T: 02.04.2020).

Ne var ki bu noktada HMK madde 326/2 hükmü açıktır. Hüküm gereği davada iki taraftan biri kısmen haklı çıkarsa mahkeme, yargılama giderlerini haklılık oranına göre paylaştırır. Hükümün lafzı gereği, karineye dayalı makul indirim sonucu reddedilen kısım nedeniyle yargılama giderleri bakımından taraflar arasında oranlama yapılmasının daha uygun olacağı söylenebilir. Öyle ki karineye dayalı makul indirim uygulaması, fazla çalışma ücreti üzerinden indirim yapılmasının gerçeğe daha uygun düşeceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu kapsamda da karineye dayalı makul indirim, hayatın olağan akışına aykırılık karinesinden hareketle ispatın tanık anlatımlarına dayanması halinde uygulama alanı bulur. İşbu durum göz önüne alındığında karineye dayalı makul indirimin temelini bir ispat problemi olduğu ve delillerin değerlendirilmesine dayandığı³⁶⁰ düşünülürse davalı işverenin, uygulanan karineye dayalı makul indirim oranında haklı çıktığından bahsedilebilir. Nitekim tanık anlatımlarından yola çıkılarak, gerçeğe aykırı ve var olanın üzerinde fazla çalışma ücretlerine hükmedilmesini engellemek maksadıyla karineye dayalı makul indirim uygulamasına ihtiyaç duyulduğunu söyleyebiliriz. Bu bakımdan Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında yer alan; uygulanan indirimin, kesin delillerle ispat edilemeyen fazla çalışma süresi nedeniyle yapılan bir indirim olduğu yönündeki görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'ndan doğan maddi ve manevi tazminat istemleri bakımından tazminatın belirlenmesi noktasında kanun koyucu tarafından hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle bahse konu uyuşmazlıklarda da davacı yanın hâkim tarafından ne oranda bir tazminatın takdir edileceğini bilmesi, öngörmesi mümkün değildir. Özellikle manevi tazminat bakımından davacının talebi ile hâkimin takdir ettiği tazminat miktarı arasında ciddi oransal farklılıklar bulunması mümkündür. Ancak manevi tazminat istemleri bakımından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 10. maddesine göre manevi tazminat davalarında reddedilen kısım için karşı taraf vekili yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. Bu kapsamda da hem Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 10. maddesi gereği hem de tazminat istemi bakımından dava neticesinde tarafların kısmen haklılığı söz konusu olduğundan davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmektedir.

Özetle manevi tazminat istemleri gibi karineye dayalı makul indirim uygulanan işçilik alacakları talepleri bakımından aynı derecede belirsizlik hali hâkimdir. Bu nedenle Yargıtay'ın *“mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceği”* yönündeki gerekçesine katılmak mümkün değildir. Hatta karineye dayalı makul indirim uygulaması bakımından %30'luk indirim oranının tabiri caizse maktu bir oran halini aldığı dahi söylenebilir. İşbu durum göz önüne alındığında da işçilik alacaklarının ödenmesi

³⁶⁰Özdemir, 2008: 89

istemiyle dava açan bir işçinin indirim tabi alacakları bakımından takriben %30 oranında bir indirim uygulanacağını öngörebildiğini söylemek mümkündür.

Tüm bu nedenlerle de karineye dayalı makul indirimin uygulandığı hallerde yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre paylaştırılmalı ve reddedilen kısım için de davalı işveren lehine vekalet ücretine hükmedilmelidir.



SONUÇ

İş hukuku; işveren ile işçi arasındaki çalışma şartlarını ve hukuki durumu düzenleyen, işçinin korunmasını amaçlayan karma bir hukuk dalıdır. Nitekim iş hukuku, işçi ve işverenin devletle olan ilişkilerini de düzenler. İş Kanunu kapsamında karşılaşılan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunu işçilik alacaklarına ilişkin davalar oluşturur. İşçinin çalışmasının ve emeğinin karşılığını oluşturan ücret alacakları ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, haksız fesih tazminatı gibi tazminat alacaklarının tamamı işçilik alacaklarına ilişkin eda davalarının konusunu oluşturur. Temelde işçinin korunması ihtiyacıyla ortaya çıkan İş Hukuku, işçi ile işveren arasındaki dengenin korunmasını amaçlar. Bu bakımdan iş yargısı; özel bir mahkeme olan İş Mahkemesinde, kendine has bir yargılama usulüyle yürütülür. İş mahkemelerinin görev ve yetkileri ile yargılama usulüne ilişkin kurallar 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla düzenlenmiş olup bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır.

İş Hukukunda ispat yükü bakımından da kural olarak ispat hukukunun genel ilkeleri uygulama alanı bulur. Ancak iş hukukunun kendine has yapısının bir sonucu olarak işçi lehine yorum ilkesi, işçi ve işveren arasındaki dengesizliğin giderilmesi amacıyla hareket edilmesi gibi yönlerden farklılıklar mevcuttur. Kural olarak herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür ve hayatın olağan akışına uygun, normal bir iddiada bulunan tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerekmez. Öyleyse işçi, işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından talep ettiği işçilik alacağının varlığını ispatla yükümlüdür. Buna karşılık alacağın ödendiğine ilişkin ispat yükü ise işveren üzerindedir.

İspat hukuku kapsamında; fazla çalışma, yıllık izin ile ulusal bayram ve genel tatil ücretine ilişkin alacaklarını talep eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir ve söz konusu iddialar fiili bir olguya dayandığından her türlü delille ispatı mümkündür. Ancak Yargıtay, tanık delili ile yazılı deliller arasında bir ayrıma giderek ispatın tanık deliline dayanması halinde karineye dayalı makul indirim uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Çalışma olgusunun yazılı deliller yerine tanık anlatımlarına dayanarak ispat edilmesi halinde tespit edilen alacak miktarının gerçeği yansıtmayabileceği düşüncesinden yola çıkmaktadır. Tanığın mahkemeyi bilinçli ya da bilinçsiz olarak yanıltma olasılığı ve tanık delilinin zayıf delil niteliğine haiz olması bu düşüncenin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Bu düşünceden hareketle gerçeğe ve hakkaniyete aykırı sonuçlarının engellenmesi bakımından uygulamanın yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada kanunen işverene yüklenecek dijital kayıt zorunluluğu vs. gibi önlemlerle sistemdeki noksanlıkların giderilmesi çalışmanın tespiti

noktasında maddi gerçeğin ortaya konulması imkanını arttıracak ve karineye dayalı makul indirim uygulamasına duyulan ihtiyacı en aza indirecek yahut beyanların ne ölçüde gerçekten uzak olduğu, indirim oranının belirlenmesi gibi hususlarda hâkimlere ışık tutacak ve uygulamaya ilişkin sorunların önüne geçebilecektir.

Karineye dayalı makul indirim uygulaması yalnızca fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından uygulama alanı bulur. Ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı, haksız fesih tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları bakımından uygulanmaz. Ücret alacağı; işçinin gördüğü işin karşılığını ve geçimi sağlayabilmesi için yegane kaynağıdır. Bu nedenle ücret alacağı bakımından ispat kolaylığı sağlanması ve karineye dayalı makul indirim uygulanmaması işçi lehine yorum ilkesinin gereğidir. Kıdem tazminatının hesabında dikkate alınan hizmet süresi resmi kayıtlarla yahut kesin hükme dayanarak ispat edildiğinden karineye dayalı makul indirim uygulamasına uygun değildir. İhbar tazminatı götürü bir tazminat türü olduğundan niteliği itibariyle karineye dayalı makul indirimde uygun değildir. Kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı ve haksız fesih tazminatı miktarı hâkim tarafından takdir edilen tazminatlar olduğundan bu özellikleri itibariyle karineye dayalı makul indirim uygulamasıyla örtüşmemektedir. Yıllık izin ücreti bakımından ise ispat faaliyeti işveren tarafından gerçekleştirilmekte olup yazılı belgelerle ispat şartı öngörüldüğünden karineye dayalı makul indirim uygulanmasına elverişli değildir. Fazla çalışma, UBGİ ve hafta tatili alacakları bakımından uygulama alanı bulan ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla hukukumuzda yer edinen karineye dayalı makul indirim; yasal bir dayanağa sahip olmadığından konumuz kapsamında hâkimin takdir yetkisine uygunluğu tartışılmıştır.

Hâkime tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve sınırları kanunla belirlenmiştir. Hâkime takdir yetkisini kullanarak kural içi boşlukları doldurma görevi yüklenirken yetkisinin sınırları da “hukuka uygunluk” ve “hakkaniyete uygunluk” olarak çizilmiştir. Bunun dışında hâkim her somut uyuşmazlık bakımından gerekli gördüğü hallerde serbestçe takdir yetkisini kullanamaz. Buna göre; hâkim önündeki hükmü somut olaya uygularken hukukun temel ilkelerine ve hukuk düzenini oluşturan kurallar bütününe uygun davranmalı, o konudaki içtihatları ve doktrini de göz önüne alarak hakkın özüne uygun ve taraflar arasındaki adaleti sağlamaya yönelik bir karar vermelidir.

Karineye dayalı makul indirim uygulaması ise temelde “*işçinin uzun bir süre boyunca her gün aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu*” karinesine dayanmaktadır. Yargıtay’a göre; fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ücreti

alacaklarının talep edildiği uyuşmazlıklar bakımından ispatın tanık anlatımlarına dayanması ve bu alacakların uzun bir süre için hesaplanması ve yüksek çıkması halinde hükmün gerçek duruma uygun düşmesi için karineye dayalı makul indirim uygulanması gerekir. Ancak kanun koyucu tarafından alacakların ispatı noktasında deliller arasında bir ayrım öngörülmemiş yahut hâkimin gerekli gördüğü hallerde indirim yapabileceğine yönelik bir hükme de yer verilmemiştir.

Hayatın olağan akışına aykırı bir iddiada bulunan tarafın bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu esastan hareketle takdiri delillerin değerlendirilmesi noktasında serbestiye sahip olan hâkimin; talep edilen alacağın, hayatın olağan akışına aykırı çalışma olgusunun ispat edilemediği nispetteki kısmını reddederek talepten daha azına karar verebileceği savunulabilir. Ne var ki bu uygulamanın kanuni bir dayanağa sahip olmayıp Yargıtay içtihatlarıyla işlerlik kazandığı, indirimin gerekçelendirilmesindeki yetersizlikler, uygulamadaki boşluklar ile hâkimin takdir yetkisine müdahale niteliğinde tek tip bir değerlendirmenin kabul edilmesi hususları da göz önüne alındığında uygulamanın yasal bir zeminde olduğundan bahsedilemez. İspat faaliyetine yönelik uygulamada karşılaşılan güçlükler, tanıkla ispat halinde işçilik alacaklarına ilişkin hesaplamaların gerçeği yansıtmayabileceği ve kanuni bir düzenleme bulunmamasının da eksiliğiyle hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi bakımından uygulamanın yerinde olduğu söylenebilirse de kanuni bir dayanak olmaksızın indirimde gidilmesi ve uygulamanın hukuk güvenliğine hizmet eder nitelikte bir temele de oturtulmaması nedeniyle hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırının aşıldığı kanaatindeyiz.

Uygulanan karineye dayalı makul indirimin TMK madde 4 ile hüküm altına alınan “Hâkimin Takdir Yetkisi” kapsamında hukukilik kazanabilmesi için; *“fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin talepler bakımından hâkim; alacakların uzun bir süre için hesaplanması ve yüksek çıkması halinde gerekli görürse takdiri bir indirim uygulayabilir”* şeklinde kanuni bir düzenlemeyle hâkime takdir yetkisi tanınabilir. Bununla birlikte hâkimin takdir yetkisini kullanılamaz hale getiren sabit bir oran benimsenmesine yönelik uygulamadan dönülerek hâkimin takdirine yönelik “denetim” sınırının da korunması gerekir. Nitekim oranın belirlenmesi hususunun hâkim takdirine bırakılarak karineye dayalı makul indirim uygulanmasına yönelik sınırların alacağın ispatı ve delillerin değerlendirilmesi noktasında netleştirilmesinin gerçek duruma daha uygun kararlar verilmesini sağlayacağı kanaatindeyiz.

Uygulamada işçilik alacaklarına ilişkin hesaplamaların yapılması için mahkemelerce bir hesap bilirkişisi görevlendirildiği, indirim oranının bilirkişilerce tespit edilerek hesaba

dahil edildiği görülmektedir. Bilirkişi, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde mahkemece görüşüne başvurulmuş gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileridir. Hâkim, hâkimlik mesleğinin gerektiği hukuki bilgiyle yahut genel bilgi veya tecrübesiyle çözümleyebileceği konularda bilirkişiye başvuramaz. Bu kapsamda faiz hesaplamaları haricinde hâkimin, kıdem tazminatı, ihbar tazminatını, yıllık izin ücreti gibi hesaplanmış şekli kanunda açıkça belirtilen hesaplamaları hukuk ve temel matematik bilgisini kullanarak kendisinin yapması gerekir. Aksi bir kabulde dahi bilirkişilerin görev sınırlarından çıkmadan yalnızca işçilik alacaklarını ve işlemiş faizini hesaplamakla yetinmeleri gerekir. Karineye dayalı makul indirim oranını belirlemek hâkimin görev ve yetkisi dahilindedir. Yine hesaplanan tutara belirlediği oran üzerinden indirimi uygulamak da hâkimin genel bilgisi kapsamındadır. Bu sebeple bilirkişi takdirini içerir hesaplamaların hükme esas alınmasının hukuka aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Uygulanan karineye dayalı makul indirim nedeniyle reddedilen kısım yönünden vekalet ücretine hükmedilip hükmedilmeyeceği konusunda da Yargıtay'ın zaman içinde görüş değiştirdiği görülmektedir. Yargıtay, önceki tarihli kararlarında reddedilen kısım için vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar verirken daha sonra bu uygulamadan dönmüştür. Bu noktada, talep edilen fazla çalışma ücretinin mahkemece reddedilen kısım için vekalet ücreti takdir edilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmıştır. HMK madde 326/2 hükmüne göre; davada tarafların her birinin kısmen haklı çıkması halinde yargılama giderleri, tarafların haklılık oranına göre mahkemece paylaştırılır. Karineye dayalı makul indirimin hayatın olağan akışına aykırılık karinesinden hareketle ispatın tanık anlatımlarına dayanması halinde uygulama alanı bulduğu göz önüne alındığında davacının iddiasını kısmen ispat edemediği dolayısıyla uygulanan indirim oranı nispetinde davalı işverenin haklı çıktığından bahsedilebilir. Bu nedenle uygulanan indirimin, kesin delillerle ispat edilemeyen fazla çalışma süresi nedeniyle yapılan bir indirim olduğu ve bu nispette karşı vekalet ücretine hükmedilmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan %30'luk indirim oranının yerleşik bir hal aldığı göz önüne alındığında Yargıtay'ın, işçinin mahkemece yapılacak indirimin oranını bilemeyeceğinden bahisle vekalet ücretine hükmedilmesinin adaletsizliğe yol açtığı yönündeki düşüncesine katılmak mümkün değildir. Bu bakımdan karineye dayalı makul indirimin uygulandığı hallerde yargılama giderlerinin taraflar arasında haklılık oranına göre paylaştırılması ve reddedilen kısım için de davalı işveren lehine vekalet ücretine hükmedilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T., Akipek, J. G., & Ateş Karaman, D. (2012). *Türk Medeni Hukuku Bitinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Beya Yayınları: İstanbul.
- Akpulat, A. (2018). *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.
- Akyiğit, A. (2005). "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(5), s. 15-26.
- Akyiğit, E. (2000). *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin*. Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Akyiğit, E. (2005). "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar". *Tühis - İş Hukuku Ve İktisat Dergisi*, 19(4), s. 1-26.
- Akyiğit, E. (2018). *İş Hukuku*. Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Alangoya, Y., Yıldırım, M., & Deren, N. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. Beta Yayınları: İstanbul.
- Andaç, F. (2018). *İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)*. Legal Yayıncılık: İstanbul.
- Anıl, Y. Ş. (2013). *Hakimin Takdir Görevi Ve Takdirin Sınırları*. Legal Yayınları: İstanbul.
- Antalya, G., & Topuz, M. (2019). *Medeni Hukuk Cilt-1*. Seçkin Yayınlar: Ankara.
- Aral, V. (2012). *Toplum ve Adaletli Yaşam*. Legal Yayıncılık: İstanbul.
- Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., & Hanağası, E. (2020). *Medeni Usul Hukuku*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Bilgili, A. (2017). *Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı*. Seçkin Yayıncılık: İstanbul.
- Bozkurt, H. (2018). *İş Yargılaması Usul Hukuku*. Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Börü, L. (2016). *Medeni Usul Hukuku'nda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Caniklioğlu, N., Çelik, N., & Canpolat, T. (2020). *İş Hukuku Dersleri*. Beta Yayınevi: İstanbul.
- Ceylan Şahin, Ş. (2009). *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.
- Çiçek Usta, T. (2016). *Türk İş Hukukunda Tatil Ücretleri*. Adalet Yayınevi: Ankara.
- Demir, F. (2013). *İş Hukuku ve Uygulaması*. Albi Yayınları: İzmir.
- Demircioğlu, A. (2008). *Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Yasası*. Beta Yayıncılık: İstanbul.

- Dinçkol, A. (1993). "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak ve Nisfet". *Yargıtay Dergisi*, 19(3), s. 214-230.
- Dönmez, K. Y. (2008). *İş Hukukunda Tazminatlar*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Ekmekçi, Ö., Özekes, M., & Atalı, M. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.
- Ekmekçi, Ö., Özekes, M., Atalı, M., & Seven, V. (2019). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.
- Ekonomi, M. (1987). *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*. Teknik Üniversite Matbaası: İstanbul.
- Ekonomi, M. (2004). "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı". *İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ'ye Armağan*, 7(3), s. 164.
- Elmas, S. (2018). *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*. Lykeion Yayınları: Ankara.
- Engin, E. M. (2003). *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*. Beta Basım Yayın Dağıtım: İstanbul (işletme gerekleri).
- Engin, E. M. (2006). "İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(1), 41-47.
- Engin, M. (2003). "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 77-94.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., & Ulucan, D. (2006). *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul.
- Gören, Z. (2007). "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*,(12), s. 39-59.
- Gözler, K. (2010). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*. Ekin Basım Yayın Dağıtım: Bursa.
- Gözler, K. (2013). *Hukuka Giriş*. Ekin Basım Yayın Dağıtım: Bursa.
- Günay, C. (2006). *İş Kanunu Şerhi Cilt II*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Günay, C. (2007, Haziran). "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, s. 5-21.
- Günay, C. İ. (2006). *İş Kanunu Şerhi Cilt I*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Güran, S. (1969). *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: İstanbul.
- İnciroğlu, L. (2006). *Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu*. Legal Yayıncılık.
- Kar, B. (2018). *İş Yargılaması Usulü*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Karademir, A., & Ekinci, H. (2017). *İşçilik Alacakları*. Seçkin Yayınevi: Ankara.
- Karan, U. (2017). *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul.

- Kavak, Y. (2019). *Medeni Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması*. Legal Yayıncılık: İstanbul.
- Kılıç, E. (2011). "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2(4), s. 173-204.
- Koç, S. (2012). "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshine İspat Sorunu". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(1), s. 281-300.
- Köseoğlu, A., & Kabul, S. (2014). "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(2), s. 233-268.
- Meriç, N. (2005). "Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2(8), s. 1545-1581.
- Mollamahmutoğlu, H. (2005). *İş Hukuku*. Turhan Kitabevi: Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1973). *Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı*. Fakülteler Matbaası: İstanbul.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1998). *Ferdi İş İlişkileri*. İzmir.
- Oğuz, Ö. (2016). *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. Legal Yayıncılık: İstanbul.
- Oğuzman, M., & Barlas, N. (2014). *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Örücü, E. (1975). "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 41(3-4), s. 145-161.
- Özbudun, E. (2012). *Anayasa Hukuku*,. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Özdemir, E. (2006). *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*. Beta Basım Yayın: İstanbul.
- Özdemir, E. (2008). "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi". *Sicil İş Hukuku Dergisi*(12), s. 80-95.
- Özdemir, Y. (2017). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Öze Dokunma Yasağı". *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), s. 65-99.
- Özkaraca, E. (2008). *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*. Beta Yayıncılık: İstanbul.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., & Özekes, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku Cilt II. On İki Levha* Yayıncılık: İstanbul.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., & Özekes, M. (2017). *Medeni Usul Hukuku Cilt III. On İki Levha* Yayıncılık: İstanbul.

- Pekcanıtez, H., Oğuz, A., & Özekes, M. (2020). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Vedat Kitapçılık: İstanbul.
- Sağlam, F. (1982). "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları*, s. 506.
- Savaş, B. (2012). *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*. Beta Yayınları: 2012.
- Sevimli, A. (2004). "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bir Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar". *Çimento İşveren Dergisi*, 18(6), 4-22.
- Seymen, F. (1954). *Türk İş Hukuku*. İstanbul.
- Simil, C. (2013). *Berlirsiz Alacak Davası*. On İki Levhe Yayıncılık: İstanbul.
- Soyer, M. P. (2011). Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri. *Sicil İş Hukuku Dergisi*(22), s. 12-21.
- Soysal, M. (1993). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. Gerçek Yayınevi: İstanbul.
- Sözer, A. N. (2016). "Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum Eşyanın Tabiatı ve Hayatın Olağan Akışı". *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 13(50), s. 631-697.
- Sümer, H. (2016). *Bireysel Basın İş Hukuku*. Seçkin Yayınları: Konya.
- Süzek, S. (2019). *İş Hukuku*. Beta Yayıncılık: İstanbul.
- Şakar, M. (2020). *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. Beta Basım Yayın: İstanbul.
- Tanrıver, S. (2006). "Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış". *Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan*, s. 821-843.
- Tanrıver, S. (2010). "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları Aralarındaki Temel Farklılıklar Ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler Ya Da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi". *Prof. Fırat Öztan'a Armağan*, 2, s. 2025-2036.
- Tanrıver, S. (2017). *Hukukumuzda Bilirkişilik*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Tanrıver, S. (2020). *Medeni Usul Hukuku Cilt I*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Tekinay, S. (1987). *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*. Filiz Kitapevi: İstanbul.
- Topuz, G. (2012). *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Toraman, B. (2017). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku* (Cilt 32). İstanbul.
- Tuncay, A. (2005). "Ücret Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı)". *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(6), s. 649-654.

- Tunçomağ, K., & Centel, T. (2018). *İş Hukukunun Esasları*. Beta Yayınevi: İstanbul.
- Ulukapı, Ö., & Kıyak, E. (2015). "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi". *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, 2, s. 1645-1698.
- Yılmaz, E. (2017). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*. Yetkin Yayınları: Ankara.
- Zafer, T. (2007). "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlanmanın Sınırları". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6(12), s. 39-59.
- Zeytin, Z., & Ergün, Ö. (2017). *Türk Medeni Hukuku*. Seçkin Yayınları: İstanbul.

İnternet Kaynakları

- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- TBB İçtihat Bilgi Bankası <http://karartek.com.tr>, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Elektronik Hukuk Bankası <https://legalbank.net>, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Sinerji Mevzuat ve Hukuk Programı <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Fendoğlu, H. (2002). "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md. 13. Anayasa Yargısı", 18 (1), s. 111-149. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678117> (erişim tarihi: 26.10.2019)
- Özkaraca, E. (2013). "6356 Sayılı Kanun'da Sendikal Güvenceler", 3(38), s. 173- 216. <https://www.calismatoplum.org/makale/6356-sayili-kanunda-sendikal-guvenceler> (erişim tarihi: 09/12/2020)
- Kandemir, M. & Yardımcıoğlu, D. (2015). "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (30-31), s. 1-44, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duhfd/issue/23030/246212> (erişim tarihi: 10/12/2020)
- Odaman, S. (2010). "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 25. <https://legal.com.tr/Book/onxPmKCmhkaL-2OyamcFnw/3b940947bbbe428db35f91449901b245?s=&pn=31> (E.T: 10/12/2020)

Çil, Ş. (2016). “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN'a armağan sayısı, s. 269-312. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321885> (E.T: 10/03/2021)

Ulukapı, Ö. (2001).” Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (3-4), s. 191-207, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262197> (erişim tarihi: 26/01/2021)

Karacabey, K. (2016).” Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, 457-489, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398508> (erişim tarihi: 12/02/2020)

Tanrıver, S. (2006). “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, 64, s. 151-177, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227> (erişim tarihi: 12/02/2020)

Çopuroğlu, Ç. (2017), “İş Hukukunda Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Güncel Gelişmeler Paneli”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, s. 248-252, https://www.academia.edu/42750028/%C4%B0%C5%9F_Hukukunda_Arabuluculuk (erişim tarihi: 10/03/2021)

Özmumcu, S. (2016). “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2(74), s. 807-842, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/292467> (erişim tarihi: 12/02/2020)

Erzurumlu, E., Erzurumlu, E. & Erzurumlu N. (2016). “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı Raporu”, İstanbul, SETA Yayınları, <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf> (erişim tarihi: 12/02/2020)

Güzel, A. (2016). “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!”, Çalışma ve Toplum, 3, s. 1131-1146, <https://www.calismatoplum.org/makale/ismahkemeleri-kanunu-tasarisitaslagi-hakkinda-baziaykiridusunceler> (erişim tarihi: 12/02/2020)

Edis, S. (1973). “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30 (1), https://doi.org/10.1501/Hukfak_00000000967 (erişim tarihi: 20/10/2019)

Dinçkol, A. (2004). “Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”, HFSA, 9, s. 173-188, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA9-Dinc%CC%A7kol-min.pdf> (erişim tarihi: 20/02/2021)

Güner, A. (1952). “Medeni Hukukta Hakimin Takdir Hakkı”, Adalet Dergisi, 5, s. 656-673., <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1952/s5-mayis-1952-sene43-sayfa140-cilt1.pdf> (erişim tarihi: 20/03/2021)

Aktaş, S. (2010). “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, s. 1–2. <http://arsiv.erzincan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/2258/Pozitif%20Hukukta%20Bo%5c%9fluk%20Kavram%5c%b1%20%28hakemli%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (erişim tarihi: 26/03/2021)

Pekcanıtez, H. (2017). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Erozyon Süreci”, TBB Dergisi 133, s. 211-260, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1699> (erişim tarihi: 11/03/2021)

Ekin, A. (2016). “İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, s. 337-370, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/321892> (erişim tarihi 17/03/2021)

Akil, C. & Ercan Özler, M. (2018). “Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:34, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980837> (erişim tarihi: 10/02/2020)

Mutlay F.B. (2018) "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, 3, s. 23-174, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/is-hukukunda-zorunlu-arabuluculuk-is-hukukunda-zorunlu-arabuluculuk-23-24/1> (erişim tarihi: 10/08/2020)

Mutlay F.B. & İşçi B.F. (2019). "İşçilik Alacaklarının Muaccel Olduğu Anlar ve Zamanaşımı Süreleri ile Zamanaşımı Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumların Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, pp.1491-1582, <https://legal.com.tr/Book/ad3tNuwFXEeE3yI2Zi4RCA/ad71936fa60c4a95a99950c344b53088> (erişim tarihi: 10/03/2021)

Özekes, M. (2008). “Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 134 Sorularla Hukuk Dizisi: 6, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf> (erişim tarihi: 10/05/2021)

Postacıoğlu, İ. (1964). “Mahkeme Kararları Kroniği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk. Fakültesi Mecmuası, 3-4, s. 1055-1062
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96496>(erişim tarihi: 11/05/2021)

Özekes, M. (2008). “Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz) “, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 134 Sorularla Hukuk Dizisi: 6, Ankara,<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf>(erişim tarihi: 06/04/2021)

Yenisey, K. D. (2006). “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi”, 4(11), s. 63-82, <https://www.calismatoplum.org/makale/is-kanununda-esitlik-ilkesi-ve-ayirimcilik-yasagi> (erişim tarihi: 10/12/2020)

Aşçıoğlu, Ç. (2001). “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu 9-11 Kasım 2001 Samsun”, TBB yayınları, s. 25-107, Ankara
http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilirkisilik_sempozyumu.pdf

Tez ve Doktora

Bülül, D. (2009). Hakimin Takdir Yetkisi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya.

Gürsu, M. G. (2019) İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

Gezer Kaysi, H. F. (2017). 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Yıllık Ücretli İzinler, Uygulamaları ve Hukuki Sonuçları. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Kutluer, H. (2009). 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Fazla Çalışma. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI	Büşra DIŞCIOĞLU
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Afyonkarahisar Anadolu Öğretmen Lisesi, 2013
Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi, 2017
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
BİLİMSEL FAALİYETLER	
Dişcioğlu, B. (2018). “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”. S., Sert Sütçü (Editör). <i>Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar</i>. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 55-86	
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Antalya Barosu, Avukatlık Stajı, 2017-2018
Çalıştığı Kurumlar	Antalya Barosu, Serbest Avukat