

Doç. Dr. Muhittin ASTARLI*

Makale Gönderim Tarihi: 18 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 20 Aralık 2017

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Öz

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 12.10.2017 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni Kanun 5521 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmak yanında 4857 sayılı İş Kanunu'nda da değişiklikler yapmaktadır. Bu değişikliklerin en önemlisi iş güvencesi hükümlerine ilişkindir. İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak öngörmek, işe

başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretini dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplamak, işe iade davaların istinaf yolunda kesinleşmesi bu değişikliklerin en önemlilerindendir. Bu çalışmada 7036 sayılı Kanunun iş güvencesi sisteminde öngördüğü değişiklikler ve bunların ortaya çıkacağı hukuksal sonuçlar ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Zorunlu arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu, iş güvencesi, işe iade davası, istinaf, temyiz.

Analysis of the Amendments Brought by the Labour Courts Act No. 7036 in the Job Security Provisions of Labour Act No. 4857

Abstract

Labour Courts Act No. 7036 has been adopted on 12 October 2017. The new law repeals the old Labour Courts Act No. 5521, and also brings some amendments in Labour Act, particularly on job security provisions such as bringing mandatory mediation, calculating the job security

compensation and unworked period wage by taking into consideration the wage valid at the date of the lawsuit, the finalization of decisions at the appeal court. In this study, the amendments brought by the Labour Courts Act no. 7036 in the job security system and their legal results shall be analysed.

Keywords:

Mandatory mediation, Labour Courts Act, job security, job security lawsuit, appeal, cassation.

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
muhittin@gazi.edu.tr.

Giriş

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 12.10.2017 tarihinde kabul edilerek 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. Yeni Kanun iş yargılamasında arabuluculuğu bir dava şartı olarak kabul etmek, İş Hukukuna ilişkin zamanaşım sürelerini kısaltmak, kimi kararlar bakımından temyiz yolunu kapatmak, iş mahkemelerinin görev ve yetkisine ilişkin yeni kurallar belirlemek gibi önemli ve tartışmalı değişiklikler getirmektedir. Kanun usul hukukuna ilişkin değişiklikler yanında maddi hukuka ilişkin de değişiklikler öngörmüştür. İşte bu çalışmanın konusu da 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi sisteminde ve buna göre açılacak işe iade davalarında öngördüğü değişikliklerdir.

1- İşe İade Talebiyle Açılacak Davalarda Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğu

İş Mahkemeleri Kanunu'nun iş güvencesi sistemi ile ilgili olarak getirdiği en temel değişiklik, feshin geçersizliğinin tespiti talebiyle açılacak işe iade davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörmesidir. Buna göre, "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır".

Kanunda öngörülen bir aylık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir. Dolayısıyla bir aylık hak düşürücü süre içerisinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabulucuya başvurmayan işçi, artık işe iade davası açma hakkını kaybeder; işveren tarafından yapılan fesih de geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Kanunda işe iade talebiyle açılacak davalarda arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir (md.3). Buna göre işçi, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılama-

ması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açılabilir.

İşe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurulduğunun davacı işçi tarafından belgelenmesi gerekir. Dolayısıyla işçi işe iade davası açarken, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır (md.3/f.2). Kanuna göre, bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Görüldüğü üzere, Kanunda işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bir dava şartı olarak öngörüldüğünden, arabulucuya başvurulmadan işe iade davası açıldığını tespit eden mahkeme herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verecektir (md.3/f.2).

Bununla birlikte davası, arabulucuya başvurmayla ilişkin dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilen işçiye, Kanunun 11. maddesindeki "Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir" hükmü gereğince ek bir süre daha verilmiştir. Bu iki haftalık hak düşürücü süre içerisinde de arabulucuya başvurmayan işçi, artık işe iade davası açamaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bu iki haftalık arabulucuya başvurma süresinden yararlanacak işçinin, bir aylık arabulucuya başvuru süresi içerisinde arabulucuya başvurmadan doğrudan işe iade davası açan işçi olduğudur. Bir aylık zorunlu arabulucuya başvuru süresini herhangi bir başvuru yapmadan geçiren işçi, bu hak düşürücü sürenin dolmasından sonra bir işe iade davası açmışsa, mahkeme davayı reddedecek ancak işçi artık işe iade davası açma hakkını kaybetti-

ğinden Kanunda öngörülen iki haftalık ek süreden faydalanarak arabulucuya başvuramayacaktır.

Bilindiği üzere iş güvencesinden 4857 sayılı Kanunun 18. maddesinde öngörülen koşulları sağlayan işçiler yararlanırlar. İş sözleşmesinin feshinin geçersizliği iddiası ve işe iade talebiyle arabulucuya başvuran işçinin iş güvencesi kapsamında bir işçi olup olmadığının davalı işveren tarafından ileri sürülmemesi halinde arabulucu yargılama yapamayacağından bu konuda bir değerlendirme de yapamaması gerekir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olmamasına rağmen işe iade talebiyle arabulucuya başvuran işçinin arabulucu huzurunda işe başlatılması konusunda anlaşılması mümkün olabilecektir.

2- Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru Süresinin Başlangıcı

4857 sayılı Kanunun 20. maddesinde, bir aylık işe iade davası açma süresinin, “*fesih bildiriminden tebliği tarihinden*” itibaren işleyeceği öngörülmektedir. 7036 sayılı Kanun bu esasta bir değişiklik yapmamaktadır. Oysa İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında dava açma süresinin, “*fesih bildiriminden itibaren*” başlayacağı öngörülmüş ve bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “*Maddeyle, fesih bildirimine itirazda hak düşürücü sürenin, fesih bildiriminden tebliği tarihi yerine, bildirim tarihi ile başlayacağı kabul edilmektedir. Zira işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullandığı durumlarda işveren, bildirim tebliğini yapmak zorunda değildir. Tebliğe gerek olmayan bu durumlarda hak düşürücü süre zaten bildirimden itibaren başlamaktadır. Geçerli nedenle feshin sözlü olarak bildirilmesi ve bu konuda bilahare yazılı olarak bildirim de yapılması halinde hak düşürücü sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı noktasında uygulamada bazı tereddütler mevcuttur. Bu kapsamda hak düşürücü sürenin, sözlü bildirim tarihinden veya yazılı olarak bildirim yapıldığı tarihten başlayabileceği noktasında görüşler dile getirilmektedir. Düzenlemeyle hak düşürücü sürenin, Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları doğrultusunda sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edile-*

rek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır”.

Görüldüğü üzere Taslak metinde hak düşürücü sürenin başlangıç süresi, *feshin bildirildiği tarih* olarak kabul edilmişken, Tasarı aşamasında bu değişiklikten vazgeçilmiş ve 4857 sayılı Kanunun mevcut hali korunmuştur. Yargıtay uygulaması ile şekillenen ve Kanunun amir hükmüne rağmen yazılı bildirim yapılmayan haller için eylemler fesih tarihini esas alan Taslaktaki düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenebilir. Ancak Kanundaki haliyle de uygulamada Yargıtay fesih yazılı yapılmışsa tebliğ tarihini, sözlü yapılmışsa feshin bildirildiği tarihi esas alarak karar verdiğiinden, ciddi bir hukuksal sorun ile karşılaşılacaktır.

3- Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Hallerde İşe İade Talebiyle Arabulucuya Başvuru

İş sözleşmesi feshedilen işçinin, bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında asıl işverenin işyerinde çalışan bir işçi olması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda uyuşmazlığın işveren tarafında kimlerin yer alacağı, arabuluculuk aşamasının hangi işverenlerle görüleceği tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Nitekim bu tartışmaların önüne geçmek isteyen kanun koyucu 7036 sayılı Kanunun 3. maddesinin 15. fıkrasında özel bir hükme yer vermiştir. Bu hükme göre, “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır*”. Hükmün Gerekçesinde¹ özetle, alt işverenlik ilişki-

1 “Maddenin onbeşinci fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için asıl işveren ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, da-

sinin geçersizliği veya muvazaalı olması halinde işçinin hak kaybına uğramamasının ve işverenlerin kendileri hakkında karar verilecek bir davada kendi hukuklarını koruyacak açıklamalar yaparak adil yargılanma haklarının korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Esasen bu düzenlemede Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin işe iade davalarında asıl işveren ve alt işveren arasında şekli mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu, dolayısıyla da davanın her iki işverene karşı da açılması gerektiği yönündeki kararlarının² etkisinin olduğu ve bu düzenleme ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının kanuni bir dayanak kazandığı söylenebilir. Bununla birlikte Kanunun lafzından anlaşılan, davacı alt işveren işçinin alt işverenlik ilişkisinin geçersizliği veya muvazaalı olduğu yönünde bir iddiası bulunmasa dahi her iki işvereni de hasım olarak göstermesi gerektiğidir; zira kanunda alt işverenlik ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır.

valının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yokluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir. Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetim, ilişkin tarafların, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde öngörülen hukuki dinlenme hakkına aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile, hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır.

2 Örneğin bkz. Yarg. 22. HD. 24.01.2017, E.2017/548, K.2017/982.

4-İşe İade Davasının Sonuçlandırma Süresi

7036 sayılı Kanun işe iade davasının görülme süresinde de değişiklik yapmaktadır. Buna göre 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: *"Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir."*

Oysa 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin son fıkrasında, işe iade davasının iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtayın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği öngörülmüştü. Ancak malum olduğu üzere uygulamada iş mahkemelerinde veya Yargıtayda davaların Kanunda belirtilen sürede karara bağlanması çok nadir bir durumdur. Mahkemelerce yargılamaya ilişkin süreler uyulmamış olmasının işe iade davasında verilen karara bir etkisi de söz konusu değildir. Şu halde yargının iş yükü ve mevcut davaların görülme sürelerine ilişkin istatistik veriler dikkate alındığında gerçekçi olmayan bu yargılama süreleri yerine bu davaların ivedilikle sonuçlandırılmasının öngörülmesi isabetli sayılabilir.

Ancak işe iade davası yargılamasının süresine ilişkin Kanunda öngörülen sürelerin kaldırılmasının, bu davada kararlaştırılacak boşta geçen süre ücretinin miktarı ile ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Zira Türk iş güvencesi hukukunda mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin de kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde başvurması ile birlikte geçersiz fesih hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bu durumda esasen işverenin geçersiz sayılan fesih ile temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla da işverenin temerrüde ilişkin hükümler gereği işçiye çalıştırmadığı sürenin ücretini, geçersiz fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadarki süre itibarıyla ödemesi gerekir. Ancak kanun koyucu, iş güvencesi hükümlerini düzenlerken boşta geçen süre ücretini, 21. mad-

denin üçüncü fıkrasında, *"Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları"* olarak sınırlandırmıştır. Kanun koyucunun boşta geçen süre ücretini dört ayla sınırlandırmasının altında yatan nedenin, boşta geçen süre ücretini işe iade davası açma ve bu davanın yargılama süresi ile ilişkilendirmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir³. Zira Kanunda işe iade davası açma süresi bir ay olup, mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırarak, Yargıtay da bir ay içinde kesin olarak karar verecektir. Yani kanun koyucunun öngörüsü davanın en geç dört ay içinde sonuçlandırılmasıdır. Bu nedenle de boşta geçen süre ücretini dört ay ile sınırlandırmıştır. Nitekim boşta geçen süre ücretinin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasaya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruyu reddeden Anayasa Mahkemesi de *"4857 sayılı Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır"* şeklindeki ifadesiyle bu duruma vurgu yapmıştır⁴. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi *"Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır"* gerekçesi ile hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 4857 sayılı Kanununun 20. Maddesinde değişiklik yapılarak yargılamaya ilişkin süreler kaldırılmış, yerine davanın

ivedilikle sonuçlandırılması öngörülmüştür. İşte tartışılması gereken husus da tam bu noktada, boşta geçen süre ücretinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan yargılama sürelerinin kaldırılmasının, boşta geçen süre ücreti miktarına ilişkin sınırlandırmaların kaldırılmasını gerektirip gerektirmeyeceğidir. Eğer kanun koyucunun gerçekten iradesi Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere boşta geçen süre ücretinin miktarını yargılama süresi ile sınırlandırmak ise, değişiklik ile bu sürelerin kaldırılması neticesinde boşta geçen sürenin miktarına ilişkin sınırlandırmanın da kaldırılması gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda iş sözleşmesi geçersiz şekilde feshedilen ve bunun tespiti için işe iade davası açan ve bunu tespit eden işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvuran işçinin işe başlatma veya başlatmama tarihine kadar geçen sürenin ücretini talep edebileceği, buna bir sınırlama getirilecekse, bunun da işe iade yargılaması süresi olarak kabul edilmesinin, iş güvencesi hükümlerini düzenleyen kanun koyucunun iradesine ve iş güvencesi sistemine uygun olduğu söylenmelidir. Şu halde kanun koyucunun iş güvencesi hükümlerinde değişiklik yaparken bu hususu da göz önünde bulundurması isabetli olurdu.

5- İşe Başlatmama Tazminatının ve Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesaplanması

a- İşe Başlatmama Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Parasal Olarak Belirlenmesi ve Bunun İşe İade Hükmünün İcrasına Etkisi

7036 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanununun 21. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin ne şekilde belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre, *"Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler"*.

3 Centel Tankut, "Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama", Sicil İş hukuku dergisi, S.16, Aralık, 2009, sh.16.

4 Anayasa Mahkemesi, 18.12.2008, E.2005/2, K.2008/181, RG. 07.10.2009, No. 27369.

Öncelikli olarak belirtmelidir ki, işe iade davasının kabulü halinde verilen karar, feshin geçerli olmadığını tespitten ibarettir; bu kararın sonucunda, daha önce kurulan, yürüyen ve fakat işverenin fesih beyanı ile kesintiye uğrayan iş ilişkisinin devam ettiği tespit edilmektedir⁵. İş Kanunu'nun 21. maddesinde de kullanılan "tespit" ifadesi, dava sonunda bir edaya değil, tespite hükmedileceğini göstermektedir. O halde işe iade davası (uygulamada kullanılan adının şeklen çağrıştırdığı anlamı rağmen), bir eda davası değil, bir tespit davası niteliğindedir⁶. Bu davada feshin geçersizliğini tespit eden hakimin işe başlatmama tazminatına ve boşta geçen süre ücretine karar vermesinin bu hükümleri eda hükmü niteliğine dönüştürmediği kabul edilmekteydi. Zaten bu nedenle Yargıtay da davacının talebi olmasa da mahkemenin bu tazminatların ödenmesine karar vermesi ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının para olarak değil süre olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir⁷.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İş Kanunu'nun 21. Maddesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin, parasal miktar olarak belirleneceği düzenlenmiştir. Hükümün gerekçesinde bu değişiklik şu şekilde açıklanmaktadır: *"Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esası olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esası olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlenmesi öngörülmekte ve işe başlatılma-*

ma durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmaktadır".

Kanunda yapılan değişikliğin amacının boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesi ile işe iade kararından sonra bu alacaklar için ilamlı icraya başvurulmasına imkan tanımak olduğu düşünülse de, mevcut değişiklik bu sonucu doğurmaya elverişli görünmemektedir. Kanunun Gerekçesinde *"işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmakta"* olduğu belirtilmesine rağmen bu icra takibinin ilamlı takip mi yoksa ilamsız takip mi olduğu açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimce boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesi bu alacakların takip yoluyla tahsiline ilişkin sorunları tümten ortadan kaldırmamıştır. Üstelik değişiklikle gelen hükmün ve gerekçenin açık olmamasının işe iade hükmünün icrası konusunda önemli problemler çıkaracağı şimdiden söylenebilir.

Şöyle ki, mahkeme bu ücret alacağı ve tazminatı parasal olarak belirlese dahi, bu alacakların doğumu şarta bağlıdır. Yani işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanır, aksi takdirde fesih geçerli olacağından bu ücreti talebi mümkün olmaz. İşe başlatmama tazminatı da, işçinin süresinde başvurmasına rağmen işverenin işçiyi mahkeme kararına rağmen bir ay içerisinde işçiye işe başlatmamış olmasının yaptırımıdır. İşe iade kararında boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı parasal olarak belirlendiğinde, işçi mahkeme kararının kesinleşmesini beklemeden ilamlı takip yoluyla işverenden parasal miktarı işe iade kararında yazan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını talep edebilecektir. Zira ilamların icrası için hükmün kesinleşmesine gerek yoktur. Oysa 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre, *"İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren*

5 Yılmaz Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, sh.48; Mollamahmutoglu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, sh.1054.

6 Yılmaz, sh.48

7 Örneğin Yarg. 9. HD. 29.07.2004, E.2004/5523, K.2004/19994; Yarg. 22. HD., 04.07.2017, E.2017/35496, K.2017/16048.

sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur". Şu halde henüz işe iade kararı kesinleşmeden ve kesinleşmiş işe iade kararının tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içerisinde işverene başvurması söz konusu olmadan ilamlı takip yoluna başvurulabilecektir. Yani işçi henüz boşta geçen süre ücretinin doğmasına ilişkin şart olan işverene başvuru şartı gerçekleştirilmeden bu alacak için ilamlı takip yapılabilecektir. Aynı şekilde işe başlatmama tazminatının doğumu da işçinin başvurusuna rağmen işverenin işe başlatmaması halinde doğacağından, bu alacak için de henüz doğmadan işçi ilamlı takip yoluna başvurulabilecektir. Bu alacaklar için ilamlı icra takibi yapılması durumunda, icra müdürünün bu ilamı inceleme, değerlendirme, yorumlama yetkisi yoktur. Onun görevi bu ilama uygun bir icra emri düzenlemek ve borçlu işverene göndermektir. Bu durumda ilamda yazan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatlarının doğumu ve muaccel olmasına ilişkin şartların gerçekleştiğinin kim tarafından değerlendirileceği belirsizdir. Yani işveren yapılan ilamlı takibe rağmen, işçinin on iş günü içerisinde kendisine başvurmadığını veya işçiyi işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamadığını ileri sürüyorsa, yani bu alacakların doğumu ve muaccel olması için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, bunu ne zaman ve nerede itiraz konusu yapabileceği tartışmalıdır. Bu kapsamda işverenin bu nedenlerle icra mahkemesine itirazda bulunup bulunamayacağı bulunabileceksicra mahkemesinin işçinin başvurusu, işverenin daveti veya işçinin işe başlaması konusunda nasıl bir değerlendirme yapacağı problem doğuracak niteliktedir. Şu halde işçinin henüz bu alacaklar doğmadan ve muaccel olmadan işverene karşı ilamlı icra yoluna başvurulması durumunda işveren icra emrinde belirtilen alacakları ödemek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla, her ne kadar boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı işe iade kararında artık süre olarak değil de parasal miktar olarak belirlense de, hakim kararında bu alacakların kayıtsız şartsız ödenmesine karar vermesi hukuken mümkün değildir. Alacakların parasal olarak belirlenmesi onlara eda hükmü niteliği verse de, boşta geçen

süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının doğumunun şarta bağlı olması, bu alacakların ödenmesine ilişkin mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesine engel oluşturmaktadır⁸. Bu durumda işçi yine feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin mahkeme kararında parasal olarak belirtilen ücret ve tazminatı ilamsız icra yolu ile takibe koyabilecek, işverenin itirazı halinde İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi gereğince itirazın iptali davası açacaktır. Dolayısıyla kanun değişikliğinin alacağın icra yoluyla tahsilinde mevcut duruma göre önemli bir değişikliğe neden olmayacağı söylenebilir.

b- İşe Başlatmama Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Dava Tarihindeki Ücret Esas Alınarak Belirlenmesi

4857 sayılı Kanunun değişiklikten önceki halinde işe iade kararı veren mahkemenin, geçersiz sayılan fesih tarihinden, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ve işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını belirlemesi gerekir. Yargıtay bu hüküm bir tespit hükmü olduğundan, bu ücret ve tazminatın parasal olarak değil süre olarak belirlenmesi kanaatindeydi.

Boşta geçen süre ücreti, iş sözleşmesinin geçersiz şekilde feshedildiği tarihten itibaren geçecek dört aylık sürede doğmuş bulunan ücret ve diğer haklar göz önünde bulundurularak hesaplanmaktadır. Zira işçinin kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işverene başvurusuyla fesih hükümsüz hale gelmekte ve iş sözleşmesi herhangi bir kesinti söz konusu olmadan aynı koşullarda devam etmektedir. Bu durumda işçi bu dört aylık sürede işveren tarafından çalıştırılıyorsa hangi ücret ve ücret eklerine sahip olacaktıysa bunların belirlenmesi gerekir. Bu durumda işçi bu süre içerisindeki ücret artışlarından da yararlanacaktır.

İşe başlatmama tazminatı ise, işverenin işçinin

8 Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yay., Ankara, 2017, sh.509 vd.

kesinleşmiş mahkeme kararına ve işçinin süresinde başvurmasına rağmen bir ay içinde işe başlatmamasının yaptırımıdır. Dolayısıyla da bu tazminat işveren tarafından işçinin işe başlatılması halinde doğar ve muaccel hale gelir. Bu nedenle işe başlatmama tazminatının işverenin işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği veya bir beyanda bulunmaksızın bir aylık işe başlatma süresini geçirmesi durumunda bu sürenin sona erme tarihindeki ücrete göre hesaplanması gereklidir.

Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun bu esaslarda değişiklik yaparak bu alacakların miktarlarının "dava tarihindeki ücret esas alınarak" belirlenmesi gerektiğini öngörmüştür. Aslında bu, boşta geçen süre ücretinin ve işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesinin öngörülmesi karşısında, hesabın yapılması için mahkemeye bir tarih verilmesi zorunluluğunun bir sonucudur.

Ancak dava tarihindeki ücretin esas alınması, mevcut uygulama bakımından işçiler açısından bir geriye gidiştir. Zira bu alacaklar hukuki niteliklerine uygun doğum anlarına göre değil, daha önceki bir tarih esas alınarak hesaplanmaktadır. Boşta geçen süreye ilişkin dört aylık sürede doğacak ücret ve ücret ekleri, bu tarihlerdeki ücret üzerinden değil, dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda dört aylık sürede işçinin ücretlerinin artması halinde işçi bu artışlardan yararlandırılmamış olacaktır. Üstelik bu durumda, hüküm sırasında boşta geçen süre ücretini belirleyen mahkemenin dava tarihindeki ücrete göre hesaplama yaparken dört aylık sürede doğmuş ücret eklerini ne şekilde hesaplayacağı muallaktır.

İşe başlatmama tazminatı bakımından da aynı hususlar söz konusudur. Mevcut durumda işe başlatmama tazminatı, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanırken, şimdi işçinin dava tarihindeki ücreti üzerinden hesaplama yapılacaktır. Esasen feshin geçersizliğinin işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurmasıyla hükümsüz hale geldiği ve iş sözleşmesinin kesintisiz olarak işverenin yeni bir fesih sayılan işe başlatmama tarihine kadar devam

ettiği kabul edildiğinde işçinin bu süredeki ücret artışlarından yararlanması ve işe başlatmama tazminatının bu ücret üzerinden hesaplanması işin doğal sonucudur. Bu tazminatın hesabında dava tarihinin esas alınması durumunda işçinin bu artışlardan yararlanması mümkün değildir. İşe iade davasının uygulamada ortalama 1,5 yıl sürdüğü göz önüne alındığında, işe başlatılmayan işçiler bakımından tazminatta bir azalmaya neden olacağı açıktır.

Bunun yanında boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı dava tarihindeki ücrete göre parasal miktar olarak belirlense de, bu uygulama işe iade davasının yeni davalar üretmesine tek başına engel oluşturmayacaktır. İşçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresinde işverene başvurup başvurmadığı, işveren tarafından süresinde ve hukuka uygun bir işe başlatmanın söz konusu olup olmadığının tartışma konusu olması halinde bunun tespiti yine iş mahkemesi tarafından yapılacaktır. Hatta bu tespit davasında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur.

Ayrıca boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacak olması, işçinin işe başlatılmaması halinde fark kıdem tazminatı için dava açmasına da engel oluşturmaz. Yani iş sözleşmesi geçersiz fesih ile sona erdirilen ve kendisine bu tarihte kıdem tazminatı ödenen işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin usulüne uygun başvurusuna rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, önceki fesih geçersiz olduğundan ve işe başlatmama yeni bir fesih sayıldığından işçinin kıdeminin bu tarihe ve bu tarihteki ücrete göre hesaplanması gerekir. Şu halde boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının hesabı için esas alınan dava tarihi, kıdem tazminatının hesabı bakımından dikkate alınamaz. Dolayısıyla Kanunda öngörülen değişiklik, işe iade davasının yeni davalar üretmesine engel oluşturmamaktadır.

Üstelik bu düzenleme işe iade yargılamasının uzamasına da neden olacaktır. Zira boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını "dava

tarihindeki" ücret üzerinden hesaplayacak mahkemenin, işçinin dava tarihindeki ücretini araştırması gerekecektir. Taraflar arasında ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa, mahkeme ücret araştırması yaparak, davacı işçinin fesih tarihindeki gerçek ücretini bulacak ve ardından bu ücrette dava tarihine kadar bir artışın olup olmadığını belirleyecektir. Zira 7036 sayılı Kanun gereği işçi fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurmak zorunda olup, md.3/f.10 hükmü gereğince arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır; bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre ise "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması hâlinde, son tutağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir". Şu halde fesih bildirimini tebliği ile dava tarihi arasına 10 haftalık bir sürenin girmesi imkan dahilindedir. Dolayısıyla işe iade kararı verecek hakim taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu ise önce fesih tarihindeki son ücreti, sonra da sözleşme feshedilmeseydi işçinin ücretinin dava tarihinde ne düzeyde olduğunu araştırmak zorunda kalacaktır. Bunun da işe iade davasının süresini uzatacağı aşikârdır.

6- İşe Başlatmama Tazminatının ve Boşta Geçen Süre Ücretinin Dava Tarihindeki Ücret Üzerinden Parasal Olarak Belirlenmesinin Sendikal Fesih İddiasıyla Açılacak İşe İade Davalarına Etkisi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun md.25/f.5 hükmüne göre, "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal

nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez".

Görüldüğü üzere, sendikal fesih iddiası ile açılan işe iade davasında mahkeme feshin sendikal nedenle yapıldığına karar verirse, feshin geçersizliğinin tespitine, işçinin başvurusu halinde dört aya kadar geçen boşta geçen süre ücretine ve işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verecektir.

Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin tespit kararında yer alan sendikal tazminat hükmü, boşta geçen süre ücreti veya işe başlatmama tazminatından farklı olarak herhangi bir şarta bağlı değildir. Zira kanun koyucu sendikal fesih iddiasıyla açılan işe iade davasında sendikal tazminatı, feshin sendikal nedenle yapılmış olmasının bir yaptırımı olarak öngörmüştür; dolayısıyla da bu tazminatın işçinin işe başlatılmak için işverene başvurup başvurmadığı veya işveren tarafından işe başlatılmış olup olmaması ile bir ilişkisi yoktur. Nitekim bu husus kanunda da açıkça belirtilmiştir.

Şu halde 7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını parasal olarak belirleyecek olan mahkemenin, sendikal tazminatı da parasal olarak belirlemesi gerekir. Sendikal tazminat herhangi bir şarta bağlı olmadığından, işe iade kararında parasal olarak belirlenmesi halinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda hükmü olarak ilamlı icraya konu olacaktır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun yürürlüğünden sonra dahi sendikal tazminatın para olarak değil süre olarak belirlenmesine ilişkin yargı içtihadının⁹ 7036 sayılı Kanundan sonra değiştirilmesi icap eder¹⁰.

9 Örneğin, Yarg. 22. HD. 22.05.2017, E.2017/31098, K.2017/11750; Yarg. 9. HD. 23.05.2017, E.2017/20935, K.2017/8721.

10 Kar, sh.512.

7- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların Anlaşması Halinde Hukuksal Durum

a- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılması Konusunda Anlaşmaları

4857 sayılı Kanunun 21. maddesine yapılan ekleme ile iş güvencesi kapsamındaki işçinin feshin geçersizliği iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde hangi konularda anlaşmış olmalarının zorunlu olduğu belirlenmiştir.

Eklenen fıkra hükmüne göre, *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde;*

a) İşe başlatma tarihini,

b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,

c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını,

belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir".

Kanun koyucu bu fıkrada, tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları ihtimalini düzenlemektedir. Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşması, uyuşmazlık konusu olan işveren feshinin geçersiz olduğunun, hüküm ve sonuç doğurmayacağı ve dolayısıyla da iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Esasen bu, bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkına ilişkin bildirim, tarafların ortak iradeleri ile geri alınması işlemidir. Kural olarak fesih bildiriminden dönmek, bu hal yenilik doğuran bir niteliğe sahip olduğu için mümkün değildir. Ancak İş Hukukunda işverenin fesihten tek tarafı olarak dönemeyeceği ancak tarafların aralarında anlaşarak bildirilmiş bir feshin

hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Yeni düzenleme gereğince, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde öncelikle işçinin işe başlatma tarihini belirlemeleri gerekecektir. Ancak burada sorun, işe başlatma tarihinin belirlenmesi konusunda tarafları bağlayan bir kuralın bulunup bulunmadığıdır. Zira hükümde sadece işe başlatma tarihini belirlemeleri zorunluluğundan bahsedilmiş, başkaca bir sınırlama getirilmemiştir. Yani acaba taraflar işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbest midir? Örneğin işçinin bir yıl sonra işe başlatmasını kararlaştırırlarsa, bu tür bir kararlaştırma geçerlilik taşıyacak mıdır? Eğer hükmün lafzına bağlı kalınırsa, tarafların işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbest oldukları söylenebilir. Ancak bu hem iş güvencesi sistemi ile uyumlu olmaz, hem işverene işletme risklerini işçi üzerinde bırakmaya imkan verir. Dolayısıyla hükmün kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerekli olup, kanaatimce, tarafların işe başlama tarihini belirlemeleri, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası hükmü göz önüne alındığında, arabuluculuk anlaşmasına varılmasından itibaren geçecek bir aylık süre içerisinde kalmak kaydıyla mümkün olabilir.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde işe başlatma konusunda anlaşan tarafların arabuluculuk anlaşmasında İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların parasal miktarı ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen işe başlatmama tazminatının parasal miktarını da belirlemeleri gerekecektir.

Kanunun Taslak metinde yer alan ve 21. maddenin 6. fıkrasına *"Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla"* ibaresini ekleyen hüküm Tasarı'da da Kanun metninde de yer almamaktadır. Oysa Taslaktaki bu hükümle işe iadenin parasal sonuçlarını mutlak emredici olarak düzenleyen 21. maddenin 6. fıkra hükmüne *"Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla"* ibaresi eklenmek suretiyle, tarafların işçi lehine olmak kaydıyla arabulucu-

luk anlaşmasında boшта geçen süre ücretini veya işe başlatmama tazminatını artırmalarına ve aynı zamanda işe başlatmamaya farklı tazminat yaptırımları öngörülmesine imkan tanınmış idi. Kanaatimce bu hükmün Kanun metninde de yer alması gerekirdi. Zira feshin geçersizliği ve işçinin işe başlatılması konusunda anlaşan tarafların, işe başlatmamanın sonuçlarını işçi lehine olmak kaydıyla farklı bir şekilde düzenlemelerine, bu yaptırımları artırmalarına imkan tanınması isabetlidir. Esasen İş Kanunu'nun md.21/son hükmünde yer alan ve sözleşmelerle 21. maddenin ilk üç fıkrasında değişiklik yapma imkanını sınırlayan hükmün tümden kaldırılması ve iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya arabuluculuk anlaşması ile işe başlatmamanın sonuçlarının işçi lehine olmak kaydıyla taraflarca serbest bir şekilde düzenleyebilmelerine imkan tanınması gerekir. Zira bu imkan, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kapsamında, işvereni geçersiz fesihten ve aynı zamanda işe başlatmamaktan caydırmaya imkan tanıyan hukuksal bir araçtır.

Kanuna göre tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde artık işçinin işverene on işgünü içerisinde başvurması ve işverenin işe başlatılmak üzere işçiyi işe davet etmesi gibi koşullar aramaksızın işverenin belirlenen tarihte işçiyi işe başlatması gerekecektir.

Arabuluculuk anlaşmasında kararlaştırılmasına rağmen işçiyi işe başlatmayan işveren anlaşmada belirlenmiş boшта geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır.

b- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılmaması Konusunda Anlaşmaları

Kanunda arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hali düzenlenmiştir. Oysa arabuluculuk aşamasında taraflar işçinin işe başlatılması yanında başlatılmaması konusunda da anlaşabilirler. Ancak Kanunda işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Esasen tarafların arabulucu aşamasında işçinin

işe başlatılmaması konusunda anlaşmaları iki türlü olabilir. Birincisi feshin geçerliliğinin işçi tarafından kabul edilmesidir. Bu durumda taraflar sadece feshin geçerliliği konusunda anlaşabilecekleri gibi geçerli feshin sonuçları konusunda da anlaşabilirler. Yani taraflar feshin geçerli olduğu ve geçerli feshin karşılığı olarak işverenin işçiyi kararlaştırılan miktarda feshe bağlı tazminatları (örneğin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi) veya işçilik alacaklarını (kullanılmayan yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti gibi) ödeyeceği kararlaştırmaları mümkündür. Bunu yanında işveren tarafından yapılan feshin geçerliliği konusunda uyuşmazlık içinde bulunan taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, iş sözleşmesinin esasen tarafların anlaşması ile sona erdirildiğini de kararlaştırabilirler. Bu sözleşme, sulh niteliğinde bir ikale olarak nitelenebilir¹¹. Bu halde iş sözleşmesi işveren feshi ile değil ikale ile sona ermiş olur ve taraflar sona eren iş sözleşmesinin sonuçlarını serbestçe düzenleyebilirler. Bu sözleşme arabulucu huzurunda çoğunlukla taraf vekillerinin katılımıyla yapılacağından irade sakatlığı nedeniyle sulh niteliğindeki ikalenin iptali ihtimali azalacaktır.

8- İşçinin Arabuluculuk Anlaşmasında Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamamasının Hukuksal Sonucu

Bilindiği üzere iş güvencesi sistemimiz feshin geçersizliğinin tespiti sonucunda işçinin işe başlatılması esasına dayanmaktadır. Yani mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararının kesinleşmesinden itibaren işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde geçersizliğine hükmedilen fesih hükümsüz hale gelerek hukuk hayatından kalkmakta ve iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine aynen devam etmektedir. Bu halde işverenin devam eden iş sözleşmesine rağmen işçiyi çalış-

¹¹ Sulh niteliğindeki ikaleye ilişkin açıklamalar için bkz. Astarlı Muhittin, İş Hukukunda İkale, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2016, sh.136 vd.

tırmaması temerrüt olarak ve işverenin işçiyi başvurusu üzerine bir ay içerisinde işe başlatmaması ise yeni bir fesih olarak değerlendirilmelidir¹². Bu teorik çerçeve içerisinde geçersiz fesih nedeniyle işçinin başvurusu üzerine işverenin işe başlatmak istemesine yani işe davet etmesine rağmen işe başlamaması ise işçinin iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilmelidir. Ancak iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girdiği yıllarda bu yönde kararlar veren Yargıtay ilerleyen yıllarda, iş güvencesi sisteminin teorik çerçevesine uygun olmasa da işçiyi koruma amacıyla işçinin işe başlamamasının sonucunu feshin geçerli hale gelmesi olarak nitelmiştir. İşte bu görüşe paralel olarak Kanunda da, tarafların arabuluculuk faaliyeti neticesinde işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmalarına rağmen işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamamasını işçinin istifası olarak değerlendirmemiş, bu durumun feshi geçerli hale getireceğini öngörülmüştür. Bu düzenleme her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda öngörülen iş güvencesi sistemine uygun olmasa da işçinin korunması anlamında kabul edilebilir bir çözümdür.

9- İşe İade Kararının İstinaf Kanun Yolunda Kesinleşmesi, Temyizin Mümkün Olmaması

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, "4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar" hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

Gerekçeye göre "Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır".

Bir koruma hukuku olarak şekillenen İş Hukukunun amacı, sürekli bir şekilde değişen ve gelişen

endüstri ilişkilerinin yarattığı yeni problemlere günün koşullarına ve iş hukukunun amacına uygun çözümler üretmektir. Zira İş Hukuku dinamik bir hukuk dalı olup, iş hukukunun, önceden belirlenmiş ve değişkenlik göstermeyen bazı kalıp, kavram ve kurumlar içinde değerlendirilmesi mümkün değildir¹³. Çalışma hayatının bu sürekli şekilde değişim gösteren yapısı, ortaya çıkan yeni ilişkilere ve bu ilişkilerin yarattığı yeni problemlere ani çözümler bulunmasını gerektirir. İşte bu aşamada Yargıtay içtihatları ülkemizde önemli bir rol üstlenmiştir. Zira İş Hukukunun durağan hukuk normlarının günün değişen koşullarına göre yorumlanıp, yeni problemler için güncel çözümler üretilmesi Yargıtay içtihadı ile mümkün olmaktadır¹⁴. Bu anlamda işyeri/işletme kavramlarının belirlenmesi, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının ortaya konulması, iş sözleşmesinin unsurlarının ve özellikle bağımlılık unsurunun içeriğinin belirlenmesi, geçerli neden kavramının açıklığa kavuşturulması, birlikte işverenlik, işçi temini konularındaki Yargıtay kararları bu nitelikteki içtihatlarla örnek olarak verilebilir. Aynı zamanda Yargıtay İş Hukukunda önemli ilkeleri de belirlemiştir; iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde "son çare ilkesi", "ölçülülük ilkesi", olumsuz öngörü ilkesi; ikalede "makul yarar" ölçütü; kanunların ve sözleşmelerin yorumlanmasında "işçi lehine yorum ilkesi" bunlardan bazılarıdır¹⁵. Bunun yanında Yargıtay kararları, iş mahkemelelerinde içtihat birliğinin sağlanması bakımından da özel bir öneme sahiptir.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihatları İş Hukukunun gelişmesine ve ortak bir çözüm bulunmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Bu itibarla 7036 sayılı Kanun ile İş Hukukunun feshe karşı koruma amacının şekillendiği en önemli kurumu olan iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesinin geçersiz feshine karşı açılacak işe iade davaları için yalnızca istinaf kanun yolunun belirlenmesi,

13 Güzel Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum, 2016/3, sh.1137-1138.

14 Güzel, sh.1139.

15 Güzel, sh.1140.

12 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, sh.1064.

temyiz yolunun kapatılması isabetli olmamıştır¹⁶. Kanunun Gerekçesinde belirtilen “Yargıtayın iş yükünün azaltılması” ve “davaların kısa sürede kesinleşmesi gereği” bu tür bir değişikliğin nedenleri olarak ileri sürülemez.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bu değişiklik, iş güvencesi sistemine ilişkin olarak yeni Yargıtay içtihatlarının oluşmasına engel oluşturacaktır. Bunun yanında Türkiye’de hali hazırda faal on Bölge Adliye Mahkemesi bulunmakta olup, bu sayı faal olmayanlarla birlikte on beştir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bünyesinde İş Hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakan dokuz, Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakan iki İş Dairesi bulunmaktadır. Bu durumda, işe iade davalarından doğan uyuşmazlıkları istinaf mahkemesi olarak kesin bir şekilde karara bağlayacak onlarca Bölge Adliye Mahkemesi İş Dairelerinin kararları arasında nasıl içtihat birliği yaratılacağı ve uygulamaya ilişkin yeknesaklığın sağlanacağı da son derece muğlaktır. Oysa içtihat birliğinin sağlanması, hukuk güvenliğinin sağlanması anlamında adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

Sonuç

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun öngörülmesine ilişkin eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla, feshin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlığın zorunlu olarak arabulucuya götürülmesinin öngörülmesi, salt işe iade davalarının iş yargısındaki yükünün azaltılmasını amaçlıyorsa isabetli değildir. Esasen yasa koyucu bu amaca farklı yöntemlerle de ulaşabilir ve daha adil ve İş Hukukunun yapısına uygun çözümler üretebilirdi. Şöyle ki, Türk İş Hukukundaki iş güvencesi sisteminde işçinin geçersiz fesih karşısında, bunun tespitini ve işe başlatılmayı talep etmek dışında başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Yani geçersiz bir fesih ile işten çıkartılan ve feshin nedeni, biçimi veya fesih sırasında veya sonrasında yaşanan olaylar nedeniyle

artık aynı işyerinde çalışmaya devam etmek istemeyen işçi, işe iade yerine işverenin geçersiz feshine karşılık bir tazminat talep edememektedir.

Kanunun geçersiz fesih karşısında işçinin sadece işe iadeyi talep etme ve işverene de işe başlatma zorunluluğu öngörmesi, iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması amaçlandığından çok yadırgatıcı değildir. Ancak iş ilişkisinin taraflar arasında yoğun güven ilişkisi kuran yapısı dikkate alındığında ve bizatihi fesih veya öncesinde ve sonrasında taraflar arasında yaşanan olayların bu güven ilişkisini ortadan kaldırdığı düşüldüğünde kanunun işçiye veya tarafların talebi ile hakime geçersiz feshin yaptırımını belirlemek konusunda bir seçimlik hak tanımamış olması eleştiriye açıktır. Her ne kadar Türkiye’de yapılmış bir istatistik bulunmasa da genel olarak işe iade davaları neticesinde işe başlatılan işçi sayısının çok düşük olduğu da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçinin aynı işyerinde çalışmak istememesi veya hakim tarafından işe iadenin taraflardan beklenemez olduğunun tespiti halinde işe iade yerine bir tazminat yaptırımını seçme imkanının öngörülmesi isabetli olurdu¹⁷.

Örneğin Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu feshin geçersizliğinin tespiti halinde iş ilişkisinin sürdürülmesini amaçlasa da, bu durum mutlak olmayıp, iş ilişkisine devamın beklenemeyeceği hallerde belirli koşullarla geçersiz feshin yaptırımını bir tazminat olarak belirlemektedir. Şöyle ki, Feshe Karşı Koruma Kanunu md.9’a göre, mahkeme iş ilişkisinin fesih işlemi ile sona ermediğini ancak sözleşmeye devamın işçiden beklenemeyeceğini tespit etmesi durumunda, işçinin talebi üzerine iş sözleşmesinin sona erdiğine, buna karşılık işverenin uygun bir tazminat ödemesine karar verir. Kanuna göre talep sadece işçiden gelmeyebilir. Eğer işçi ve işveren arasında işletmenin amaçlarına uygun bir birlikte çalışma artık beklenmiyorsa işveren talebi üzerine de mahkeme aynı kararı verebilir; ancak işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri açısından, işveren herhangi

16 Alpagut Gülsevil, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, sh.204; Güzel, sh.1140-1141.

17 Kanunun öngördüğü iş güvencesi sisteminin kapsamlı eleştirisi için bkz. Özkaraca Ercüment, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yay., 2012, sh. 92 vd.

bir gerekçe ileri sürmeksizin iş ilişkisinin sona ermesini talep edebilmektedir (md.14/f.2). Geçersiz feshe rağmen iş ilişkisinin devamının taraflardan beklenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiğine mahkemenin karar vermesi halinde işverenin ödeyeceği tazminatın miktarı işçinin 12 aylık ücretini geçmemek üzere belirlenir (md.10/f.1). Ancak işçi 50 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi de 15 yıl sürmüştü, 15 aylık ücreti tutarına kadar; 55 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi 20 yıl sürmüştü 18 aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirlenir; işçinin normal yasal emeklilik yaşına ulaşmış olması durumunda ise, bu hüküm uygulanmaz (md.10/f.2).

Şu halde işe iade davasında zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmesi veya işe iade kararı bakımından temyiz yolunun kapatılması gibi son derece tartışmalı yöntemler yerine, iş sözleşmesi geçersiz feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye açtığı işe iade davasında işe başlatılma veya uygun bir tazminat talep etme konularında seçimlik bir hak verilmiş olsaydı, işe iade davalarının kendisinin ortaya çıkardığı pek çok sorun daha başından önlenmiş olurdu.

Bunun yanında kanun koyucunun söz konusu kanun değişiklikleri ile esasen hedeflediği sonuçları ortaya çıkarması da mümkün görünmemektedir. Örneğin işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin dava tarihindeki ücret üzerinden parasal olarak belirlenmesine ilişkin düzenleme, bu alacakların icrası yönteminde bir değişiklik yaratmadığı gibi, işe iade davasının sonuçlarının yeni davalar yaratmasına da tam anlamıyla engel oluşturmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016.
- Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, Tur-

han Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2016.

- Centel, Tankut, "Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.16, Aralık, 2009.
- Güzel, Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum, 2016/3.
- Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yay.,Ankara, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Özkaraca, Ercüment, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yay., 2012.
- Yılmaz, Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010.