

Makale Gönderim Tarihi: 18 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 20 Aralık 2017

## **İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)**

### **Öz**

Belirli koşullara sahip bulunduğu için iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli ya da haklı bir nedene dayalı olmaksızın feshedilmesi halinde; feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işçinin işe iadesi talebiyle açılacak dava; diğer işçilik haklarını konu alan davalardan farklı bir konuma ve özelliğe sahip bulunmaktadır.

Davanın açılabilmesi ve mahkemece dinlenebilmesine ilişkin hükümler mutlak (kesin) emredici nitelik taşımaktadır. Yeni yürürlüğe konulan İş Mahkemeleri Kanunu ile birtakım değişiklikler yapılmış, dava şartlarına bir yenisi eklenmiş ve zorunlu arabuluculuğa başvurmadan bu davanın açılmayacağı öngörülmüştür.

### **Anahtar Sözcükler:**

İş güvencesi, feshin geçersizliği, zorunlu arabuluculuk.

## **The New Framework of Invalid Termination Cases Which Provide Security For Employees (The Amendments Brought by The Labour Courts Act on Invalid Termination Cases)**

### **Abstract**

The employee who is under the protection of job security provisions with the fulfilment of specific conditions, can bring an action when there is an invalid or unjust termination of employment agreement. This action which is about the determination of the invalidity of the termination of the employment agreement and the reinstatement of the employee differs in some ways from other actions on employee rights.

The provisions about bringing such actions and the proceedings in the trials have the characteristics of absolute mandatory rules. The Labour Courts Act which has entered into force recently have brought some changes about this action; added a new cause of action and preconditioned compulsory mediation system before bringing this lawsuit.

### **Keywords:**

Employment security, invalidity of termination, compulsory mediation.

\*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı  
unal.narmanlioglu@yasar.edu.tr

## Giriş

2003 yılından itibaren mevzuatımıza giren "İş güvencesi" ne ilişkin olarak verilen ilk derece mahkeme kararlarının temyiz aşamasında kesin olarak karara bağlanmasını zorunlu tutan kanuni düzenleme Yargıtay'ın iş yükünü büyük ölçüde arttırmış, bu konuda verilen kararların tespit niteliğinde sayılmasına yol açan pozitif hükümler (kanuni düzenleme) işçinin feshin geçersizliğinden kaynaklanan işçilik haklarını elde edebilmesi için birden çok dava açma gereğini ortaya çıkarmış; bu durum yargıyı gereksiz yere meşgul eden, mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükünü katmerleştiren bir sonucu beraberinde getirmiştir.

Gerçekten mevcut olan ve değiştirilmeden önceki düzenlemede, işverence yapılan feshin mahkemede geçersizliği hüküm altına alındığında kararda yer verilmesi zorunlu olan işçinin dört aylık ücret ve ekleri ile dört ila sekiz aylık ücreti arasında belirlenecek işe başlatmama tazminatı miktar olarak değil süre olarak karara geçiriliyor ve işçinin çalıştırılmadığı süre dört aylık zaman kesiti de işçinin kıdeminden sayılıyordu. Kanundaki düzenlemeden kaynaklanan ve Yargıtay kararlarıyla da pekiştirilen bu çözüm; işveren tarafından ödenmiş olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izinin işçinin kıdemine ve son ücretine göre hesaplanması gerekli bulunduğu -aradaki kıdem ve ücret farkı dolayısıyla - ikinci kez yargıya gitme zorunluluğunu gündeme getirmekteydi.

Uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların ve mevzuatta bu konu ile ilgili olarak yapılan değişikliklerin konuya adapte edilmesi yeni ısdar edilen daha doğrusu yeniden yapılan "İş Mahkemeleri Kanunu'nun" bir kısım hükümlerine konu olmuş, başka bir söyleyişle iş güvencesiyle ilgili bir takım değişikliklere sözü edilen kanun içinde yer verilmiştir.

Gerçekten 1950 yılından beri yürürlükte olan daha sonra bir kısım hükümleri Anayasaya aykırı bulunduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen; bazı maddeleri de 04.02.2014 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile değiştirilen daha sonra da 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin

Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la getirilen düzenlemelerle uyumlu olmayan İş Mahkemeleri Kanunu'nun bu haliyle ihtiyaca cevap vermediği için yeniden yapılması gündeme gelmiş; nihayet altmış yedi yıldan beri yürürlükte bulunan kanunun yerine 12.10.2017 tarihinde kabul edilip, 25.10.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İş Kanunu'nun bir takım hükümlerinde değişiklik yapılmış özellikle iş güvencesi çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davası konusunda yenilikler getirmiştir.

Şöyle ki; Yeni İş Mahkemeleri Kanunu işçiye iş güvencesi sağlayan feshin geçersizliği ve işe iade davasına dava şartı olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirmiş; ayrıca iş güvencesiyle ilgili İş Kanunu'nun bazı hükümlerinde de değişiklikler yapmış, sözü edilen davanın temelini teşkil eden uygulamada istikrar kazanmış esasları değiştirmiş; davanın açılacağı süre ve yargı yollarına ilişkin eskisinden farklı hükümlere yer vermiştir.

Bu etüdümüzde, İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen değişiklikler dolayısıyla iş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davasının yeni/değişik yönlerine ağırlık vererek konuyu incelemeye çalışacağız.

## I. Geçersizlik ve İşe İade Davasının Koşulları

### 1- Genel Olarak Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davasının Özellikleri (Ayırt Edici Yönleri)

İş Kanunumuz belirli kanunların, İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu kapsamına giren, otuz veya daha çok işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışmasını sürdüren, asgari altı aylık bir kıdeme sahip bulunan, kanunda belirtilen işveren vekillerinden olmayan ve belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin sözleşmesini işveren feshetmek istediği takdirde işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin özelliklerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak ve bu sınırlar içinde fesih sebebini açık ve kesin bir biçimde belirtmek zorunluluğunu ön-

görmekte; feshe maruz kalan işçiye yapılan feshin geçersizliğini mahkeme(veya özel hakem)den talep edebilme hakkını vermektedir.

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde işçi tarafından işveren aleyhine açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davasının iş ilişkisinden kaynaklanan diğer davalardan farklı bir konumu vardır. Tüm işçileri değil sadece İş Kanunu ve Basın-İş Kanunun kapsamındaki işçilere tanınan; ayrıca kanunda öngörülen bir kısım gereklere bağlı bulunan bu davanın koşulları niteliği ve sonuçları ayrıca düzenlenmiş ve kamu düzeniyle ilgili görülerek emredici nitelikli bir hukuki çerçeveye oturtulmuş; açılacak davanın tarafları ve mahkemeler için bir takım yükümlülükler öngörmüştür.

Kısaca ifade etmek gerekirse feshin geçersizliğinin belirlenmesine ve işçinin koşulları varsa ve işveren kabul ederse işçinin işe iadesine, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olmasının kanuna aykırı olduğu (düştüğü) iddiasıyla işlemin geçersizliğinin belirlenmesini ve buna bağlı kanuni sonuçların hükme bağlanmasını istihdaf eden bu davanın özelliklerini şöylece özetlemek mümkündür:

- Dava açılmadan önce arabuluculuk yönteminin de geçirilmiş olması kanunen zorunludur.
- İşçi yahut temsilcisi (vekalet verdiği avukat ya da sendika avukatı) tarafından, sözleşmeyi fesheden işverene karşı açılır.
- Davaya dayanak olan uyuşmazlık yapılan feshin kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır.
- Bu davada diğer iş davalarında olduğu gibi "basit yargılama usulü" uygulanır.
- Davayı sonuçlandıran iş mahkemesi kararı temyiz edilemez istinaf (bölge adliye) mahkemesine başvurulabilir ve dava bu aşamada istinafça kesin karara bağlanır.

Genel özelliklerini belirttiğimiz feshin geçersizliği ve işe iade davasının açılabilmesi ve mahkemece de dinlenilebilmesi gereklerini ya da koşullarını iç ana noktada toplayarak incelemek mümkündür:

- İş sözleşmesinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshedilmiş olması,
- Kanunu süresi içine Arabuluculuk yönteminin işletilmesi ve arabuluculuk tutanağının alınmış olması,
- Feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işe iade talebiyle yargıya başvurulması.

Bu durumları aşağıda ayrı başlıklar altında ele alacağız; ancak bir makale çerçevesinde değişmeyen kanun hükümleri bakımından ayrıntıya girmeyecek; yeni ve değişik hükümlerin incelenmesine ağırlık vereceğiz.

## II. İş Sözleşmesinin İş Güvencesi Hükümleri Kapsamında Feshedilmiş Olması

İş güvencesine ilişkin kanuni prosedürün işletilmesi, feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair bir yargı kararı alınabilmesi, her şeyden önce işçinin iş sözleşmesinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işveren tarafından feshedilmiş bulunması halinde gündeme gelebilecektir.

İş Kanunu'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlığını taşıyan 18. Maddesinde: "işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren" den söz edilmekte, dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin (prosedürünün) bu çerçevede uygulanabileceğine açıkça işaret edilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin fesih dışında sona ermesi hallerinde olduğu gibi işçinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda da iş güvencesiyle ilgili kanun hükümleri uygulanma imkânı bulamazlar.

Diğer taraftan İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinden ya da yönteminden yararlanabilme koşullarını ayrıca ve açıkça belirlemiş bulunduğu ancak bu kanuni gereklere (koşullara) sahip bulunan işçilerin feshin geçersizliği ve işe iade davası açabilmeleri söz konusu olabilecektir. Bu kanuni gerekler ise İş Kanunu kapsamındaki bir iş veya işyerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dayalı olarak ve kanunen belirlenen sayıda işçinin

çalışmakta olduğu bir işyerinde çalışıyor olmaya ve belirli bir kıdeme sahip bulunmaya; nihayet kanunen evsafi belirlenen işveren vekili sıfatı taşımaya ilişkin bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki iş güvencesine ilişkin kanuni düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından fesih bildirimini (feshi ihbar) suretiyle fesih gündeme gelmekle beraber Basın-İş Kanunu kapsamında çalışan işçilere (gazeteciler)e de güvence hükümlerinin örnekseme yoluyla uygulanacağı aynı şekilde feshin İş Kanununun 25'inci maddesinde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile de iş güvencesi prosedürü çerçevesinde yargı yoluna başvuru labileceği kanunda ayrıca belirtilmiştir.

İş Kanunumuz İş güvencesi hükümleri çerçevesinde yapılacak olan fesih bildiriminin "geçerli bir sebebe" dayandırılmasını gerekli gördüğü gibi, bu evsaftaki sebebin fesih beyanında açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini ve bildirim de "yazılı" şekilde yapılmasını zorunlu tutmaktadır. Aynı şekilde işverenin feshe dayanak yapabileceği geçerli nedenlerin işçiye, işyeri ya da işletmenin ve işin gereğine ilişkin olabileceğine; hangi sebep ya da olguların geçerli sebep sayılmayıp feshe dayanak yapılamayacağı da kanunda belirtilmiştir<sup>1</sup>.

### III. İşverence Yapılan Feshin Tebliğinden İtibaren Kanuni Süresi İçinde Arabuluculuk Yönteminin İşletilmesi ve Son Tutanağın Alınmış Olması

#### 1- Genel Olarak

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı olup 25 Ekim 2017 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan İş Mahkemeleri Kanunu'nun "dava şartı olarak arabuluculuk" başlığını taşıyan 3 üncü maddesine göre

<sup>1</sup> Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkliler Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s.1957-2052.

"kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya İşveren alacağı ve tazminatı (İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında arabuluculuğa gitme zorunluluğu bulunmamaktadır m.3) ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır"(İMK.m.3/1).

Bu itibarla incelemek istediğimiz iş güvencesi kapsamında açılacak feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işçinin işe iadesine ilişkin dava açılmak istendiğinde arabuluculuk yöntemine başvurulması zorunluluğu vardır: bu yönetime başvurmadan sözü edilen davanın açılması ve mahkemece dinlenilmesi mümkün değildir. Başka bir söyleyişle kanuni zorunluluğu yerine getirmeden davacı işçi doğrudan dava açmaya tevessül ederse dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddedilmesi sonucuyla karşılaşacaktır.

Gerçekten feshin geçersizliği ve işe iade davalarında dava açmadan önce barışçı yola arabuluculuğa başvurmayı öngören kanun hükmü emredici, kesin buyurucu bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bu kanuni gereği yerine getirmeden doğrudan doğruya sözü edilen davayı açan işçiye karşı işveren sesini çıkarmasa bile mahkemenin bu kesin ve mutlak kanun gereği göz ardı edip davayı dinlemesi kabil değildir.

Kanuna ilişkin gerekçede yeni düzenleme ile dava açmadan önce böyle bir zorunluluğun getirilmesinin nedenleri olarak; uyuşmazlıkların kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı; bu yöntemle "makul sürede yargılama ilkesi" nin de gerçekleşmiş olacağı; yöntemin uyuşmazlığı temelinden sonlandıracağı maddi ya da şekli herhangi bir uyuşmazlığın doğmasını engelleyeceği ve sonuçta sosyal barışa katkı sağlayacağı belirtilmiştir.

Görülüyor ki yapılan yeni düzenlemeyle iş sözleşmesi iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshedilen işçinin konuyu yargıya veya özel hakeme götürmeden önce arabuluculuk şeklindeki barışçı yöntemi işletmesi gerekli bulunmaktadır. İş güvencesiyle ilgili olarak açılacak feshin geçersizliği ve işçinin işe iade davası bu yöntemin işletilmesinden

önce hiçbir şekilde gündeme gelemeyecek, feshin geçersizliği ve işe iade davası başvurulacak arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalmasını yansıtan bir tutanağın arabulucu tarafından düzenlenen "son tutanak"ın alınmasından sonra mümkün olabilecektir.

## 2- Arabuluculuk Yönteminin İşletilmesi

İş Mahkemeleri Kanunu, arabulucuya başvurma usulü arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususların Adalet Bakanlığınca çıkarılacak bir Yönetmelikle belirtilmesi gereğine işaret etmekte ve bu konularla ilgili esaslara bünyesinde yer vermektedir.

### a- Arabulucuya Başvurma Usulü

İş güvencesi kapsamında bulunan ve iş sözleşmesi kanuna aykırı olarak feshedildiğini iddia eden işçi, feshin geçersizliği ve işe iade davası açmak istediğinde, fesih bildirimının kendisine tebliği tarihinden itibaren kanuni süresi içinde uyuşmazlığı arabuluculuğa götürmekle yükümlü bulunmaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iadeyi konu alan bu davanın barışçı yolun sonuçsuz kalması halinde yargıya ya da özel hakeme götürülebileceğine yukarıda değinmiştik.

İş Kanunu'nun değişik 20'inci maddesine göre; fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen (dayanılan) sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirim tarihinden itibaren bir aylık (otuz günlük) süre içinde İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurulması gerekmektedir.

### b- Arabuluculuk Yapacakların Belirlenmesi

İş Mahkemeleri Kanunu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde oluşturulmuş Arabuluculuk Teşkilatı eliyle zorunlu arabuluculuk taleplerinin belirleneceğini öngörmüş, ayrı bir teşkilata yer vermiştir.

Sicile kayıtlı arabuluculardan zorunlu arabuluculuğa talip olanları Arabuluculuk Daire Başkanlığına görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi Adalet Komisyonlarına göre listeleyecek ve listeler ilgili komisyon başkanlıklarına gön-

derecektir. Komisyon başkanlıkları da kendilerine bildirilen listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmamış yerlerde ise, görevlendirilecekleri *Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğüne* göndereceklerdir.

### c- Başvurulacak Merciler

İş Mahkemeleri Kanunu bir yerde arabuluculuk bürosu varsa (mevcutsa) başvurunun bu büroya yapılacağını; bu birimin kurulmamış bulunduğu yerlerde ise konu ile görevlendirilmiş yazı işleri müdürlüğüne yapılmasını öngörmektedir. Demek oluyor ki başvuru arabuluculuk bürolarına yapılacak; arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise başvurular Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu tarafından görevlendirilen Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğüne yapılacaktır.

Hangi mahaldeki merciiye başvurulabileceği sorusunda da kanun yetkili mahkeme konusundaki düzenlemeye paralel olarak düzenlemiş karşı tarafın konumuz bakımından işverenin yerleşim yerindeki ya da işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosu ya da yetkili kılınmış olan yazı işleri müdürlüğü olarak belirlenmiştir.

Başvuruda bulunan taraf kendisine ve eğer varsa karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgilerini başvurduğu merciiye vermekle yükümlüdür. Başvuruyu alan merci de iletişim bilgilerini araştırmak ve elde etmek yetkisine sahip bulunmakta ilgili kurum ve kuruluşlarda merci tarafından istenilen bilgi ve belgeleri vermek yükümü altına sokmuştur. Arabuluculuk atanması istenilen merci bu şekilde elde ettiği taraflarla ilgili iletişim bilgilerini görevlendirdiği arabulucuya tevdi edecektir.

### d- Arabulucuya Başvurma Süresi (Başvurulacak Süre)

İş sözleşmesi fesih edilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep teşkil etmediği iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay (otuz gün) içinde işe iade talebiyle iş mahkemeleri kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorunda olduğuna ilişkin hükme yukarıda değinmiştik.

Fesih bildirimine itirazın bağlı olduğu bir aylık

sürenin başlangıcı “feshin bildirimiminin tebliği” tarihi olarak öngörülmüş; feshin işleminin özelliği ve niteliğine uygun düşmeyecek durumların engellenmesi sağlanmıştır. Bu itibarla konuyla ilgili yargı kararlarının geçerliliği korunacaktır. Yargıtay’ın istikrarlı olarak benimsediği içtihadı doğrultusunda, feshin tebliğ edilmediği durumlarda işçinin feshin tarihini kesin olarak belirleyeceği işlem yaptığı tarihten itibaren işleyeceği; feshin yazısının tebliğinden daha doğrusu -tebellüğünden kaçınan- işçi açısından dava açma süresinin tebliğden itibaren edildiklerine ilişkin tutanakların tutulduğu tarihin feshin tarihi kabul edileceği; eylemli fesihte dava açma süresinin eylemli feshin yapıldığı tarihten başlayacağı; feshin karşı idari itiraz ya da raporlu olmanın dava açma süresini etkilemeyeceğine ilişkin esasların bundan böyle de uygulanmasına devam edilecektir<sup>2</sup>.

Kanuna ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, işverenin haklı nedenle derhal feshin hakkını kullandığı durumlarda işveren bildirim tebliğini yapmak zorunda değildir. Tebliğe gerek olmayan bu durumlarda hak düşürücü süre zaten bildirimden itibaren başlamaktadır. Yeni düzenlemeyle hak düşürücü sürenin Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları doğrultusunda sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edilerek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.

#### **e- Arabulucunun Belirlenmesi / Görevlendirilmesi**

Arabulucu, Arabuluculuk Daire Başkanlığının sicile kayıtlı arabuluculardan, zorunlu arabuluculuk isteğinde bulunup, bu işi yapmak isteyenlerin –varsa uzmanlık alanlarını da belirterek- görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeleyecek ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirecek; arabulucu komisyon başkanlıklarına gönderilen listeden büro tarafından belirlenecektir. Bununla beraber listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde tarafların anlaşmalarına da kanunen imkân tanınmıştır tarafların listede yer alan arabuluculardan birisi üzerine anlaşmaları halinde, taraflar arasında

böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde ise arabuluculuk bürosunca belirlenen arabulucu görevi üstlenecektir.

#### **f- Görevlendirme Yapan Büronun Yetkisine İtiraz**

İş Mahkemeleri Kanunu arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı konusunda da düzenleme yapmış; arabulucunun kendisini görevlendiren büronun yetkili olup olmadığını kendisinin araştırmayacağını böyle bir itirazın karşı tarafça yapılabileceğini bunu da en geç ilk toplantıda yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini de sunarak arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebileceğini öngörmektedir.

Bu çerçevede yapılacak itiraz üzerine arabulucu dosyayı gecikmeksizin ilgili Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecektir. Dosyayı alan mahkeme harç almaksızın dosya üzerinde inceleme yapacak ve yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacak ve dosyayı büroya iade edecektir. Mahkemenin kararı tebligat hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilecektir. Mahkemenin kararı olumsuz yani itirazın reddi yolunda ise aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek ve üç haftalık görev süresi görevlendirme tarihinden itibaren başlayacaktır.

Yetki itirazının kabul edilmesi halinde ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurabilecektir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilecek; büro yeniden arabulucu görevlendirme yoluna gidecektir.

Yukarıdaki durumlardan biriyle görevlendirilen arabulucuya taraflara ait iletişim bilgileri de tevdi edilecektir. Kanunda arabulucunun bu iletişim bilgilerini esas alacağı, ancak ihtiyaç duyduğunda kendisinin de bu konuda araştırma yapabileceğine işaret edilmektedir.

#### **g- Arabulucunun Faaliyete Geçmesi (Toplantıya Davet/Görüşmelere Başlama)**

Arabulucu arabuluculuk bürosu ya da görevli yazı işleri müdürlüğüne kendisine verilmiş bilgiler çerçevesinde her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirecek

2 Yargıtay 7.HD., 29.02.2016, E.2016/ 5716 K. 2016/4648 Çalışma ve Toplum 2017/1, No:52, s.217-221.

ve ilk toplantı için davette bulunacaktır. Arabulucu gerek bilgilendirme gerekse yaptığı daveti belgeye bağlayacaktır.

Böylece ister tarafların anlaşmasıyla ister kanunda belirlenen merciler tarafından görevlendirilmiş olsun "arbulucu görevlendirme" bildirimini aldıktan sonra vakit kaybetmeksizin her türlü iletişim vasıtasını kullanarak kendisinin görevlendirildiği hususunda tarafları bilgilendirmek ve ilk toplantıya davet etmekle yükümlü olup bu hususları da belge altına almak durumundadır.

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi temsilcileri ya da avukatları aracılığı ile bunu gerçekleştirebileceklerdir. Hatta kanun işverenin yazılı bir belge ile yetkilendirdiği çalışanı tarafından temsil edilebileceğini ve tutanağı da imzalayabileceğine imkân tanımış bulunmaktadır.

Arabuluculuğun yürütüleceği yere gelince; arabulucunun düzenleyebileceği görüşmeler, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu yetki alanı içinde kalan bir mahalde yürütülecektir. Bununla beraber taraflar anlaşmışlarsa, kararlaştırdıkları yerde görüşmelerin yapılması da mümkündür.

Arabulucunun düzenlediği toplantıya katılma konusunda kanunun fazla katı davranmadığı söylenebilir. Zira kanundaki düzenlemeden yansıdığına göre; geçerli bir mazeret göstererek toplantıya katılmamayı mümkün görmektedir. Buna karşılık "geçerli bir mazeret göstermeksizin" arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtilmesinin gerekeceği ve bu tarafın davada lehine karar verilmiş olsa bile yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edileceğine kanunda açıkça işaret edilmiştir.

Arabuluculuk prosedürün başlatılması için başvuruda bulunup toplantıya katılmaması ya da ilk toplantıya katılıp sonrakilere katılmamanın sürenin işlemesine ve arabulucunun tutanak düzenlemesi bakımından bir engel oluşturmasına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde yöntemi işletmenin yeterli olacağı; toplantılara

katılmanın ve katılmanın sürdürülmesinin olumsuz bir yönü söz konusu olmayacağı sonucuna varabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi katılmamanın yargılama giderlerine mahkûm edilme dışında bir yaptırımı yoktur.

#### **h- Arabulucunun Görev Süresi**

Usulünce başlatılıp sürdürülen arabuluculuğun devam süresi kanunen sınırlandırılmıştır. Arabulucu yapılan başvuruyu yetkili merci tarafından görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bununla beraber bu sürenin bir hafta daha uzatılabileceği böylece arabulucunun görevini azami bir ay içinde tamamlaması zorunluluğu vardır. Nitekim arabulucunun görüşmelerin seyrini göz önüne alarak zorunlu durumlarda en çok bir hafta uzatabileceğine kanunda işaret edilmiştir.

#### **i- Arabulucunun Faaliyetinin Sonuçlanması**

Kanunun öngördüğü ve geçilmesini zorunlu tuttuğu için arabulucu tarafından uzatılabilen sürenin bitiminde, arabuluculuk müzakereleri tamamlandığında, arabulucu son tutanağı düzenlemek ve durumu tutanağı görev aldığı merciiye (arbuluculuk bürosuna veya yetkili kılınmış azı işleri müdürlüğüne) derhal vakit kaybetmeksizin bildirmekle yükümlüdür.

İş Mahkemeleri Kanunu zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erme sebeplerini ayrıca ve açıkça tasrih etmiş belirtmiştir;

- Arabulucu taraflara ulaşmamışsa,
- Taraflar katılmadığı için toplantı ve dolayısıyla görüşmeler yapılmamışsa,
- Taraflar toplantıya katılmakla beraber ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varmışsa (uzlaşmışlarsa),
- Taraflarca yapılan görüşmeler semeresiz kalmış, anlaşmamışlarsa, yani arabuluculuk semere vermemişse, arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

Bu sebeplerden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde arabuluculuk yöntemi başka bir işleme gerek olmaksızın sonra erecektir. Bu durumda kanun

arabulucunun düzenleyeceği “son tutanak”ı kendisini görevlendiren arabulucu bürosuna veya yetkili kılınmış yazı işleri müdürlüğüne derhal bildirecek, eğer taraflardan biri ya da her ikisi toplantıya ilk katılmamışsa arabulucu bu hususa son tutanakta yer verecektir.

Bu sonuncu kanuni buyruk göz önüne alındığında arabuluculuk yöntemine başvurup süreci işletmemenin tarafların ihtiyarına (isteğine) bırakıldığı sonucuna varılabilir.

## IV. Feshin Geçersizliğinin Belirlenmesi ve İşe İade Talebiyle Mahkemeye (veya Özel Kaleme) Başvuruda Bulunmak

### 1- Genel Olarak

İş güvencesi kapsamında bulunan ve sözleşmesi kanuni gereklerle aykırı olarak işverence feshedildiği iddiasına dayalı olarak, feshin geçersizliğinin belirlenmesini ve işe iade edilmesini mahkeme(veya özel kalem)den talep eden işçinin bu davayı açmadan önce arabuluculuk yöntemini işletmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Bu itibarla iş güvencesi çerçevesinde açılacak bu davayı açmadan önce bu barışçı yolu/yöntemi işletmeye tevessül etmeksizin işçinin yargıya ya da hakeme gidebilmesi ve uyuşmazlığı çözümlen bir karar alabilmesi mümkün değildir.

Gerçekten yapılan feshin kanuna uygun olmadığı iddiasını içeren uyuşmazlığa taraf olanların arabuluculuk aşamasında anlaşamadıkları arabulucu tarafından tutanağa geçirilmedikçe yargıya ya da özel hakeme gitmek imkânı bulunmamaktadır. Zira İş Mahkemeleri Kanunu ile çerçevesi yeniden çizilen “işe iade dava”sının ikame edilebilmesi, zorunlu arabuluculuk yönteminin denenmesine rağmen, tarafların iş güvencesinin hukuki sonuçları üzerinde anlaşmalarının kabil olmadığını içeren bir tutanağın alınması kesin koşuluna bağlanmıştır.

Arabulucunun yöntemin semere vermediğini

içeren son tutanağı tebellüğ eden işçi; kanuni süresi (on beş gün) içinde başvurması halinde mahkeme ya da özel hakem kanundaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığını, özellikle işverenin feshine dayanarak yaptığı sebebin kanunun tanıdığı nitelikte bir sebep olup olmadığını, genelde yapılan feshin kanuna uygun bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

İşte bu çerçevede mahkeme ya da özel hakem işveren tarafından yapılan fesih işleminin kanuna uygun bulmaz ise “feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesi” ne karar verecektir. Ayrıca talep edilmiş olmasa bile işçinin usulünce başvurması halinde işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde kanuni sınırı belirlenen bir tazminat ile işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak en fazla dört aylık ücretinin karşılığı bir tazminatı da parasal olarak kararına derç edecektir.

### 2- Arabuluculuk Aşaması Atlanarak Dava Açılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, kamu düzenine ilişkin bulunması dava şartlarının mevcut olup olmadığını mahkemenin, talep olmasa da re’ sen araştıracağı ve gerektiğinde duruşma yapmadan da mahkemedeki karar tesis edebileceğini (HMK.m.115) öngören düzenlemesine paralel olarak; İş Mahkemeleri Kanunumuz da “arabulucuya başvurmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verebileceğini belirtmektedir.

Böylece davacı işçi arabuluculuk yönteminin işletilmemesine rağmen doğrudan doğruya dava açmaya tevessül ederse mahkeme esasa girmeden davayı usulden reddetmek yoluna gidecektir. Başka bir söyleyişle dava şartının eksik olduğu mahkemece anlaşılınca davayı usulden reddetmesi yoluna gidecek; eksikliği/noksanlığı gidermesi için davacıya herhangi bir süre vermek yoluna gitmeyecektir.

Ekleyelim ki, arabuluculuk yöntemini işletmeden dava açılması halinde davanın usulden reddedilmesi, reddedilmiş olması esasa müessir değildir. İşçi kanuni gereği daha sonra yerine getirdiği tak-



dirde yeniden dava ikamesi yoluna gidebilecektir. Nitekim kanunda da herhangi bir duraksamaya (tereddüde) yol açmaması için konu ayrıca ve açıkça düzenlenmiş; "arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararının taraflara resen tebliğ edileceğini; kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurabilme imkânını kullanabileceğine işaret etmiştir.

### 3- İşe İade Davasının Açılması Usulü

İşveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işe iade edilmesi isteğiyle ikame edilen davayı açan işçi dava dilekçesine arabulucu tarafından düzenlenmiş bulunan tutanağı eklemesi gerekli bulunmaktadır. Nitekim, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; davacının arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğuna açıkça işaret edilmektedir.

Hemen belirtelim ki, arabuluculuk aşamasından geçilmiş olmasına rağmen kanunun öngördüğü şekilde dava açmayan işçinin bu usulü noksanlığın giderilmesi imkanına da kanunda yer verilmiştir.

Gerçekten dava ikamesinden sonra, önce işletilmemiş arabuluculuk yönteminin işletilmesine yönelmek, teşebbüs etmek suretiyle açılmış davanın ihya edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık arabuluculuk yöntemine başvurulmuş ve olumsuz sonucu yansıtan son tutanağın aslının ya da arabulucu tarafından onaylanmış suretinin dava dilekçesine eklenmemiş olması, davanın reddi sonucunu doğurmayacak mahkemede bu sebeple ret yoluna gidemeyecektir. Mahkeme davacı işçiye belirli bir süre tanıyarak noksanlığı tamamlayabilmek imkânı sağlayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda hâkimin dilekçede tespit ettiği noksanlıkların giderilmesi için bir haftalık kesin süre vereceği; bu süre içinde eksikliğin giderilmemesi halinde davanın açılmaması sayılacağına kararı vermesini düzenleyen 119/2 inci maddesine paralel olarak İş Mahkemeleri Ka-

nunu da bu kanuni zorunluluğa uyulmamış olması halinde davacıya son tutanağın bir haftalık süre içinde mahkemeye sunulması gereğine işaret etmekte, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderileceğini, ihtarın gereği yerine getirilmez ise davanın usulden reddedileceğini öngörmektedir. Bu durumda dava dilekçesinin karşı tarafa (davalıya) tebliğ edilmesi de söz konusu olmayacaktır.

### 4- Davanın Açılabileceği Süre (Dava Açma Süresi)

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının kanunen belirlenen süre içinde açılması gerekir; bu süre geçirilince davanın açılması mümkün değildir. Zira bu süre "hak düşürücü" bir süredir.

İş Kanununun İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan değişiklik sonucu yeni şekline göre bu davanın işveren tarafından yapılmış olan fesih bildirimisinin işçiye tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde başvurulması zorunlu bulunan arabuluculuk yönteminin başarısızlıkla sonuçlandığını içeren "son tutanak"ın işçiye tebliğinden itibaren on beş gün içinde açılması gerekmektedir.

Arabuluculuğa başvurma zorunluluğunda olduğu gibi, mahkemece re'sen araştırılması ve göz önüne alınması gereken dava açma süresinin geçirilmiş olması halinde davanın dinlenilmesi kabil olmayacak davanın esastan reddedilmesi şeklinde hüküm tesisine yol açacaktır.

Hak düşürücü süre olduğuna işaret ettiğimiz on beş günlük dava açma süresinin başlangıcı son arabulucu tutanağının davacı işçiye tebliğ tarihi olmak gerekir. Dava açma süresinin başlangıcı kanunda "tutanağın düzenlediği tarih" olarak öngörülüyorsa da, bunu arabulucunun düzenlediği son tutanağın işçiye tebliği tarihi olarak anlamak gerekecektir. Öte yandan bu sürenin kesilmesi ya da durması da söz konusu değildir. Sürenin hesaplanmasında genel hükümler çerçevesinde düşünüleceği kuşkusuzdur.

### 5- İspat Yükü

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak davalar için iş kanunumuz genel ispat kuralları di-

şında, ispata ilişkin farklı hükümlere yer vermiştir. Gerçekten İş Kanununun 20 inci maddesine göre: “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia edildiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” (İşK.m.20/2) Öte yandan sözün geçen kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası” hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilmeyeceğini öngörmektedir.

Görülüyor ki, kanunen, feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü iş güvencesi çerçevesinde açılan davada işverene terettüp ettirilmiştir.

İşveren bu yükümünü yerine getirirken öncelikle feshin biçimsel koşullarına, kanundaki fesih usulüne uyduğunu; daha sonra içerik yönünden fesih nedenlerinin, dayandığı fesih sebeplerinin geçerli veya haklı olduğunu kanıtlamak durumundadır. Bu kapsamda işveren başka imkân olmadığı için feshi tevessül ettiğini; gerektiği hallerde işçiye savunma imkânı verdiğini tutarlı bir şekilde davrandığını, feshin kaçınılmaz olduğunu ispat etmek yükümü altında bulunmaktadır.

## 6-Mahkemece Tesis Edilecek Hükümün Muhtevası

İş Mahkemesi tarafından verilecek hükümün yeni kapsamını belirtmeden önce değişikliğe uğrayan kanuni çerçevenin ve uygulamadaki esasların belirtilmesi uygun olacaktır.

### a- Önceki Uygulamanın Esasları

İş Mahkemeleri Kanunuyla değişiklik yapılmadan önceki dönemde Yargıtay’ın kökleşmiş kararlarında işveren tarafından yapılmış olan feshin geçersizliğine ve kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen işçinin işe iadesine karar vermesi zorunlu tutulmuş; işverenin davacı işçinin kanuni süresinde usulünce başvurmasına rağmen ödemesi gereken tazminat miktarının işçinin kıdemi ve fesih işleminin durumu göz önüne alınarak taktiren işçinin asgari dört, en çok sekiz aylık ücreti olarak belirtilmesinin gerektiği; davacı işçinin işe iadesi için işverene süresince ve usulünce başvurması halinde

hak edilecek olan ve kararın kesinleşmesine kadar geçen sürenin azami (en çok) dört aylık ücretinin ve diğer haklarının davacı işçiye ödenmesine karar verilmesi gerektiği ve sözü edilen işçi alacaklarının süre olarak belirtilmesi ile yetinileceği yüksek mahkemenin birçok kararında dile getirilmiştir. Ayrıca feshin geçersizliğine ve doğacak sonuçlara ilişkin mahkeme kararının tespit niteliğinde olduğu da Yargıtay’ca vurgulanmıştır.

Şimdiye kadar uygulamaya hâkim olan düşünce çerçevesinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması gereken fesihlerde iş sözleşmesinin (yapılan feshi rağmen) sona erip ortadan kalkmadığı mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti halinde tarafların kanunda belirlenen davranışlarına göre iş ilişkisinin akıbetinin şekilleneceği; işçinin şartları bulunmasına rağmen işverence işe başlatılmaması halinde sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağı kabul edilmekteydi.

Yine o dönemde İş Kanunu’nun 18-21 inci maddeleri çerçevesinde verilen kararlar tespit nitelikli olduğundan ilamlı icraya esas (dayanak) yapılmayacağı Yargıtay ve baskın doktrin tarafından haklı olarak kabul edilmekteydi.

Böylece mahkemece feshin geçersizliğinin tespit edilmiş olması taraflar arasındaki ilişkiye hemen ve doğrudan doğruya bir etki yapmayacağı; tarafların sergileyecekleri duruma ve davranışlarına göre kanundaki sonuçlarını doğuracağı kabul edilmekte: sonuçta ya yapılan feshin kanun gereği geçerli sayılacağı ya da işverenin işçiye işe başlatmaması halinde tazminat ve ücret ve alacaklarını tediye etmesi gerektiği sonucuna ulaşıyordu.

Böylece İş Mahkemeleri Kanunu ile değiştirilmesinden önce mahkeme (ya da hakem) tarafından verilen kararın “tespit” niteliği taşıdığı, usulünce başvurusuna rağmen işverenin işçiye işe başlatmaması halinde çalıştırılmadığı sürenin dört aylık ücret ve eklerinin oluşturduğu alacağın miktarları süre olarak belirlendiği için, daha önce değinildiği gibi bunların ilamlı icraya konu olması mümkün olamıyordu.

Yargıtay’ın ve baskın doktrin benimsediği bu çözüm daha sonra bu alacakların elde edilebilmesi için yeniden bu alacakların tahsilini sağlamak için

ikinci kez dava açmak zorunluluğunu oraya çıkarıyordu.

Öte yandan yine o dönemde, iş ilişkisinin fesih yapılmamışçasına devam ettiği kabul edildiği için, mahkemeden feshin geçersizliğine dair karar alan işçinin usulünce işe başlatılmasını içeren talebinin işverence kabul edilmemesi halinde; bu tarih itibarıyla feshin sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan işçilik haklarının hesaplanmasını gerektiriyordu. Zira süre olarak karara derç edilen iş güvencesi hükümlerine aykırılığın sonucu olarak ortaya çıkan tazminat ve alacakların da diğer işçilik hakları gibi değişen kıdem süresi ve ücret miktarına göre yeniden hesaplanması zorunluluğunu ortaya çıkarıyordu.

Biz o dönemde Kanuna veya usule kısaca iş güvencesi hükümlerine aykırı bulunan bir feshin geçersizliği, mahkeme ve özel hakem tarafından tespit edilmiş olsa bile kanun koyucunun taraflar arasındaki iş ilişkisinin yeniden sürdürülebilmesini bir takım kayıt ve şarta bağladığını; tarafların bu aşamadaki davranışlarının yeniden kurulacak ilişkinin akıbetini belirleyeceğini öngördüğünü, iş güvencesi prosedürünün işlediği (zaman kesiti içinde) taraflar arasında ne yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğundan ne de mahkemenin geçersizlik kararıyla iş ilişkisinin eskisi gibi devam ettiğinden söz edilmeyeceğini; feshedildiği için artık mevcut olmayan bir iş sözleşmesinin şu veya bu şekilde feshinin de düşünülmeceğine işaret etmiştik.

Zira yenilik doğurucu bir işlem olan feshin hükmünü icra edememesinin, bunu önleyen açık bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiğini; 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemesine rağmen Yargıtay kararları ile ihdas edilen ve doktrinde de benimsenen "işe iade talebi" gibi, "işe iade kararı"nın da kanunun düzenlenme biçimine yabancı kavram ve kararlar olduğunu belirtmiştik.

Yargı veya hakem tarafından feshin geçersizliğinin tespit edilmiş olmasının fesihle sona erdirilmiş iş ilişkisini ihya edip feshin sözleşmeyi kesinlikle sona erdirici mutlak etkisini ortadan kaldırmayacağını; işçinin başvurusu üzerine işverenin onu işe başlatmış olması halinde bile, kurulan yeni iş

ilişkisinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olamayacağını; geçersizliğin tespiti üzerine "feshin hüküm doğurmayacağına" ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığı takdirde Borçlar Hukukundaki esasları, kendine özgü bir düzenleme teşkil eden iş güvencesi prosedürüne taşımanın uygun bir çözüm olmayacağını dile getirmiştik<sup>3</sup>.

### **b- Değişiklikten Sonra Verilecek Mahkeme Kararının Muhtevası**

Yapılan yeni düzenlemeyle, tarafların tutum ve davranışları ve bunlara bağlı olarak şekillenecek hukuki gerekler ve sonuçlar bakımından eski (önceki) metne bağlı kalınmış; ancak fesih işleminin niteliğine ters düşen kabul şekli değiştirilmiş, ayrıca bir dava şartı olarak öngörülen zorunlu arabuluculuğa başvurmanın konuya yansımaları ve ilişkilendirilmesi sağlanmıştır.

Böylece, İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinde yapılan değişikliklerle, uygulamada ortaya çıkmış olan sakıncaların giderilmesi amaçlanmış, açılan dava sonunda mahkemece feshin geçersizliğine hükmedip, işçinin işe iadesine ilişkin karar tesis edilmesi halinde: işçinin usulünce başvurmasına rağmen işvereni tarafından işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmesi yolundaki yerleşik uygulamaya kanun koruyucu itibar etmemiş; sözleşmenin dolayısıyla da iş ilişkisinin işveren tarafından yapılmış ve davaya konu olan fesih tarihinde sona erdiği esas kabul edilmiştir.

Bunun sonucu olarak feshin geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçlarının bu tarihte, sözleşmenin feshedildiği tarihteki işçinin kıdemi ve ücreti esas alınarak doğacak hakların hesap edilmesi esas kabul edilmiştir.

Bu itibarla geçersiz olduğuna mahkemece hükmedildiğinden işverence yapılan ilk işlemin (feshin) gerçekleştiği tarihteki ücretinin ve kıdeminin işverence ödenecek işçilik haklarının gerçekleşme koşullarının ve miktarının hesabına temel teşkil

3 Narmanlıoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkililer Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s.1957-2052.

edeceği esas getirilmiştir.

Mahkemece verilecek karara gelince; davaya bakan mahkeme, işveren tarafından yapılan feshin kanuni gereklerine aykırı olduğu kanısına ulaşırsa; "feshin geçersizliğine" ve "işçinin işe iadesi" ne karar verecektir. Feshin geçersizliğini saptayan mahkeme talep edilmiş olmasa bile işçinin işe başlatılmaması halinde en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarın ödenecek tazminat miktarını ve kararın kesinleşmesine kadar geçen işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını da " parasal" olarak belirleyecektir.

Böylece, yerleşmiş deyimiyile "işe başlatmama tazminatı" ile "boşta geçen süre alacağı" artık ay (süre) esaslı olarak değil "parasal miktar esaslı" olarak belirlenmek gerekecektir.

İşe başlamama tazminatının asgari ve azami miktarı kanunen kesin olarak belirtilmiştir. Kanunun belirlediği miktarın altında olan veya üstüne çıkan yani daha az veya daha çok miktarı öngören iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeler geçerli değildir; zira konuyu düzenleyen hükümler kesin bağlayıcı, mutlak emredicidir ve aksinin kararlaştırılması ya da aksine bir uygulama yapılması mümkün değildir. Bu tazminatların miktarına ilişkin kanun hükümleri tarafları bağladığı gibi hâkimleri ve hakemleri de bağlayıcıdır.

Hemen belirtelim ki tarafların ekonomik ve sosyal durumları, sakatlık ya da yaşlılık gibi fiziki durumları ve giderek hakkaniyet icapları gerekçe yapılarak kanuni sınırın altında ya da üstünde bir miktar belirlenmesine cevaz bulunmamaktadır. Buna karşılık iş sözleşmesinin fesih nedenine veya işçinin kıdemine göre alt sınırın üzerinde üst sınırı geçmemek kaydıyla ücret miktarı mahkemece takdir edilecektir. Şunu da ekleyelim ki, geçersizliği yargı ya da hakem tarafından tespit edilen fesih dolayısıyla, işçinin boşta geçirdiği sürenin azami dört aylık kısmı için mahrum kaldığı ücret ve diğer hakların tutarı da bundan böyle tazminat olarak hüküm altına alınmak gerekecektir.

### **c- Geçersizlik Kararına Bağlanan Sonuçlar**

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilip bu kararın kesinleşmesi halinde tarafların kanunda

belirlenen tutum ve davranışları sonucu aşağıdaki durumlardan birisi ortaya çıkacaktır.

Geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin on gün içinde işe başlamak için işverene başvurmaması veya başvurmuş bulunmasına rağmen işverenin davetine uyarak çalışmaya koyulmaması, işe başlamaması halinde sözü edilen kararın herhangi bir in 'ikası olmayacak; işverence yapılan fesih "geçerli" bir fesih sayılacaktır ve işveren sadece bu tür feshin sonuçlarından sorunlu olacaktır.

İşçinin kanuni süresi, on gün içinde ve usulünce işverene başvurması ve başvurusunun arkasında durması yani davet edildiğinde de çalışmaya koyulması halinde işveren işçiyi çalıştırmaya başlarsa, önceki yani feshedilmiş iş sözleşmesinin hüküm ve şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan yeni bir iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisi kurulmuş olacaktır. Böyle bir durumda işveren işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve eklerini karşılayan tazminatı işçiye ödeyecektir.

Usulünce işe başlamak isteğinde bulunup, bunun arkasında duran işçiyi işveren çalıştırmak istemez ise, geçersizliği belirlenen feshin yapıldığı tarih esas alınarak, işçinin o günkü kıdemi ve son ücreti üzerinden işe başlatmama tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücreti ve eklerini karşılayan tazminatı işçiye ödemekle yükümlü olacaktır.

## **Sonuç**

Değişik şekliyle iş güvencesine ilişkin feshin geçersizliği ve işe iade davasının özelliklerini ve sonuçlarını şöyle özetlemek mümkündür:

- Önceki metinde bulunmayan ancak Yargıtay kararlarıyla geçersizlik kararlarına derç edilmesi gerekli görülen "işe iade" sözcüğü de kanuni bir temele oturtulmuştur.
- İş Güvencesi çerçevesinde yapılmış olan fesih işleminin kanuna aykırı olması sebebiyle yargıya veya hakeme götürülmeden önce arabuluculuk şeklindeki kanuni prosedürün işletilmiş bulunması gerekli görülmüştür.
- Yargıya veya hakeme gidilmesi, başvurula-bilmenin başlangıç tarihi olarak arabulucu-

nun düzenleyeceği son tutanak tarihinin tebliği tarihi olduğu kabul edilmiştir.

- İş sözleşmesinin işverence yapılmış olup geçersizliği yargı veya özel hakemce belirlenmesi halinde doğacak hukuki sonuçların işverenin kanuna aykırı olarak yaptığı fesih tarihine göre hesaplanacağı iş sözleşmesinin bu tarihte ortadan kalktığı esası benimsenmiştir. Buna bağlı olarak gerek işe başlatmama tazminatının gerekse boşta geçen dört aylık süre tazminatının kanundaki sınırlar içinde kalacak şekilde miktarlarının parasal olarak mahkemece belirleneceği öngörülmüştür.

Böylece yapılan değişiklikte taraflar arasındaki iş ilişkisinin fesihle ortadan kalkması açıkça kabul edilerek, feshin niteliğine uygun düşen bu esasın benimsenmiş bulunulması; işçinin dava sırasında başka bir işyerinde çalışmasına engel olamayacağı esasını da içermekte; keza ücret niteliğinde olmadığı için gerek işe başlatma tazminatından gerekse boşta geçen süre tazminatından vergi ve sigorta primi kesilmesinin söz konusu olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre tazminatı gibi diğer işçilik haklarının doğumu ve hesabının fesih tarihi başlangıç olarak kabul edileceğine ilişkin düzenlemenin tamamıyla olmasa da önceki kanuni aksaklıkları giderdiğini söylemek imkanı vardır.

## KAYNAKÇA

- Narmanoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkliler Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s. 1957-2052.