

# İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...\*

Ali GÜZEL\*\*

**Öz:** Adalet Bakanlığı tarafından iş mahkemelerindeki yoğunluğun ve iş yargılamasındaki sorunların çözümü amacıyla yeni bir iş mahkemeleri kanun tasarısı taslağı hazırlanıp kamuoyuna sunulmuştur. Söz konusu Tasarısı Taslağı, birçok tartışılacak konuyu da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada Tasarısı Taslağında yer alan iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk, yeni zamanasımı süreleri ve işe iade davalarına ilişkin getirilmek istenen düzenlemeler inceleme konusu yapılmış, bu hususlara ilişkin eleştiri ve öneriler sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İş mahkemeleri, zorunlu arabuluculuk, zamanasımı, işe iade davası.

## **Some Unordinary Thoughts on Draft of Law of Labor Courts**

**Abstract:** A new draft about Law of Labor Courts is announced by Ministry of Justice for solving the problems those are derived from workload of Labor Courts and deficiencies of trials. The draft that is mentioned here, brought about many debatable subjects. Thus in this study, mandatory mediation in labor trials, new statute of limitations regulations and reemployment lawsuits are handled as subject. Accordingly some critiques and suggestions are presented.

**Key words:** Labor Courts, mandatory mediation, statute of limitations, reemployment lawsuit.

## **Doğru Gereğeden Hatalı Çözüme!...**

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanıp, tartışmaya sunulan ve “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı” başlığını taşıyan metin, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu tümüyle yürürlükten kaldırmakta; iş mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerini düzenleme (m.1) yanında, çok önemli ve tartışılması gereken bir husus olarak “Zorunlu Arabuluculuk” esasını da öngörmektedir. Bu gereğeyi esas aldığımızda, Taslağın başlığı ile içeriği arasında ciddi bir uyumsuzluk dikkati çekmektedir. Gerçekten, Tasarısı Taslağının maddeleri incelendiğinde, sadece iş mahkemeleri ve bu arada zorunlu arabuluculuk değil, isabetsiz bir yasa yapma

---

\* Davet üzerine alınmıştır.

\*\* Prof. Dr. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

teknîği sürdürülerek, birbiriyle bağlantısı olmayan konularda da önemli düzenlemelerin ve mevcut bazı yasalarda çok önemli değişikliklerin yapıldığı dikkati çekmektedir. Gerçekten, 6325 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler istisna edildiğinde, Tasarı Taslağının 13 ve 14. maddeleri 4857 sayılı İş Kanununun 20. ve 21. maddelerinde değişiklikler öngörürken, 15. maddesi ile 4857 sayılı Kanuna ek madde ve 16. maddesiyle de, yine aynı Kanuna Geç. Madde 7 hükmü eklenmektedir. Bunun gibi, 6356 sayılı Kanunun da çok sayıdaki maddesinde (m.5, 15, 24, 34, 41,43, 53, 71) önemli değişiklikler öngörülmektedir (m.27-33).

Tasarı Taslağının Genel Gereğesinde açıklandığı üzere, iş uyuşmazlıklarının sayısı her geçen gün artmakta ve yargı organını ağır bir iş yükü altına sokmakta, açılan davaların sonucu uzun sürede alınamamakta, adil yargılanma hakkının ihlali ve daha da önemlisi “*geciken adaletin adalet sayılmaması!*...” algısı doğruluk kazanmakta, iş yaşamında gerginliklerin yaşanmasına yol açılmaktadır. Son yıllarda bütün Dünya’da iş uyuşmazlıklarındaki artış dikkati çekmektedir. Bunun karmaşık nedenleri olmakla birlikte, ülkemize özgü nedenlere vurgu yapılmak gerekirse, ilk sırada iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kurallarının etkin bir biçimde uygulanamaması, uyuşmazlıkların kaynağında yer alan önemli bir faktör olmaktadır. Bununla bağlantılı diğer ciddi bir sorun, kayıt dışı istihdamın, tüm çabalara rağmen, uzun yıllardan beri geriletilenmiş olmasıdır. Çalışma yaşamının etkin denetlenememiş olması da bu sorunları, daha da karmaşık hale sokmakta, çözümünü güçleştirmekte ve tek çözüm yeri olarak yargı görülmektedir. Öte yandan, ülkemizde küçük işyerlerinin yoğunluğu, alt işveren uygulamalarının yaygınlığı, yönetime katılma kurumlarının oluşturulmamış olması, uzlaşmacı bir kültüre dayalı bir endüstriyel ilişkiler sistemi yerine, çatışmacı bir sosyal iklimin üstünlük kazanması sonucunu beraberinde getirmiş, her çatışmanın, her uyuşmazlığın çözümü yargı organından beklenir hale gelmiştir.

Sendikal hak ve özgürlüklerin ve bu arada etkin bir toplu sözleşme düzeninin kurulamamış olması, iş ilişkisinin bireysel temelde iş sözleşmesi ekseninde yapılanması yolunu açmış, işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki yetkilerini de genişletmiştir.

Gerçekten, yargı yoluna başvurmak, işyeri ya da işletmede sorunun çözümlenememesi anlamına gelmektedir. Belirtilen düzeyde çözüm arayışı, evrensel doğruluk kazanmış iki ya da üç şekle bürünür: ilki, işçi ile işverenin aralarındaki uyuşmazlığı, karşılıklı özverilerde bulunarak “*dostane*” bir çözüme kavuşturmalarıdır. Ancak, “işçi” ve “işveren”, diğer hukuk alanlarındaki (Borçlar hukuku, ticaret hukuku) gibi, ekonomik ve hukuki açıdan eşit hukuk sùjeleri değildirler. İşçinin, işverenin üst hiyerarşik otoritesinin damgaladığı bağımlılık ilişkisinde, işveren karşısında güçsüz, “zayıf” bir hukuk sùjesi olması, iş hukukunun ve bu hukuk dalının, güçsüzü, zayıfı, güçlü olan karşısında koruma işlevi ön plandadır. Bu gerçeğin doğal bir sonucu olarak, işçi ve işverenin, bir masa etrafında bir araya gelerek (alıcı-satıcı, iki ticaret şirketi yöneticisi, vb. gibi) dostane bir çözüme ulaşmaları, her zaman olanaklıdır, ancak gerçekleşme olasılığı çok düşük olan bir

seçenektir. Böyle bir sonucun ortaya çıkmasının nedenleri ise, çoğu kez, iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmamış olmasından, kaynaklanmaktadır: İşçi, on yıldan beri çalıştığı halde yıllık ücretli izinlerinin kullandırılmadığını, bunun karşılığı ücretini ya da her gün 2-3 saat fazla çalışma yaptığı halde, zamlı ücretinin hiç ödenmediğini ya da eksik ödendiğini ileri sürecek veya kıdem tazminatının on yıllık hizmet süresi üzerinden hesaplanmasını isterken, işveren bunun sekiz yıl olduğunu iddia ederken (çünkü ilk iki yıl sosyal sigorta tescili yapılmamıştır!..), işçi her ay fiilen almakta olduğu gerçek ücret miktarının esas alınarak hak ettiği alacaklarının (tazminatlarının) hesaplanmasını isterken, işveren, resmi kayıtlara dayanarak asgari ücret üzerinden hesaplama yapmak isteyecektir... Uyuşmazlık konularının bu denli çoğalması ve alacakların “belirsizlik” içermesi, doğal olarak, dostane çözümü güçleştirecektir. İşletme düzeyinde çözüm arayışının ikinci yöntemi, bu amaca yönelik uzlaşma araçlarının oluşturulmasıdır. Bunun da alt seçenekleri olmakla birlikte, bir üst kavram olarak, “yönetime katılma” kavram ve kurumları karşımıza çıkmaktadır. Gelin görün ki, ülkemiz, işyerlerinde uzlaşma kültürünü oluşturacak ve geliştirecek yönetime katılma mekanizmalarından yoksun bulunmaktadır. Oysa, örnek aldığımız Avrupa ülkelerine bakıldığında, kapsamlı yönetime katılma (işletme komiteleri, işyeri kurulları) mekanizmalarının oluşturulduğu, bu mekanizmalar sayesinde, “çatışmacı” değil, “uzlaştırıcı” bir sosyal iklimin yerleştiği ve uyuşmazlıkların büyük bir bölümünün bu çerçevede çözüme kavuşturulduğu tespit edilmektedir.

Taslak ile zorunlu arabuluculuğa tabi kılınan bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ve işe iade davaları, kapsamlı hukuki değerlendirmeler yapılmasını gerektiren hususlardır. Yargıtay’ın iş hukuku konusunda uzmanlaşmış Dairelerinin, bu konuda uzun yıllar ve sayısız dosyaya dayanan içtihadına, bu konudaki deneyimine karşın, bu uzman Daireler tarafından dahi güçlükle çözülebilen bu uyuşmazlıkların, arabulucular tarafından çözülmesini beklemek isabetli bir çözüm olamayacaktır. Kaldı ki, bilindiği gibi toplu iş uyuşmazlıklarında, greve başvurulmadan önce zorunlu olarak geçilmesi gereken aşama olarak arabuluculuğun öngörülmesinin başarılı olamaması da, bireysel iş ilişkilerinde bu uygulamanın getirilmesinin yerindelğini tartışılır hale getirmektedir.

Zorunlu arabuluculuk ile İş Mahkemelerinin ve Yargıtay Özel Dairelerinin, iş uyuşmazlıklarına ilişkin iş yükünün azaltılması amacının güdülmesi isabetli olsa dahi, bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde öngörülmesi gereken sistemin, “uzlaştırma” olmasının daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız. Bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde, işçi ile işveren temsilcilerinden oluşması gereken ve mahkeme bünyesinde kurulacak olan “Uzlaştırma Kurulu”nun, Avrupa ülkelerindeki örnekleri de dikkate alınarak ülkemizde de oluşturulması ve iş yargısındaki iş yükünün uzlaşma sayesinde hafifletilmesi kuşkusuz isabet taşıyacak bir yöntem olacaktır.

Bu konuda örneğin, Fransız İş Yargılamasında ilk derece mahkemesi, iş mahkemeleri (*conseil de prud’hommes*) olup; üst mahkemeler istinaf (*cour d’appel*)

*chambre sociale*) ve Yargıtay (*cour de cassation chambre social*) sosyal daireleridir. İlk derece mahkemeleri önündeki prosedür *zorunlu uzlaşma* aşaması ile başlar. Bir işçi ve bir işveren danışmanından oluşan uzlaşma bürosunda (*le bureau de conciliation*) amaç taraflar arasındaki uyuşmazlığı uzlaşmayla sonlandırmaktır. Uzlaşmanın sağlanamaması durumunda dosya yargılama bürosuna (*le bureau de jugement*) gönderilir ve burada yargılama yapılır. 4000€ üzerindeki taleplere ilişkin ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna gidilebilir.

Alman Hukukunda da, iş sözleşmesi feshedilen işçinin izleyeceği prosedür şöyledir: Feshe Karşı Koruma Kanunu §3 hükmüne göre işçi, fesih bildirimini izleyen bir hafta içinde feshe itirazını işletme konseyi (*Betriebsrat - işyeri kurulu*) önünde yapabilecektir. Konsey itirazı yerinde görürse işverenle dostane bir çözüme ulaşmaya çalışacaktır. Taraflarca talep edildiği takdirde Konsey, itiraza ilişkin görüşünü yazılı olarak taraflara bildirecektir. Dostane bir çözüme ulaşılamaz yahut bu yola başvurulmaz ise, işçi dava açabilecektir. İşçinin, işletme konseyine başvurduğu hallerde, işçi dava dilekçesine söz konusu konseyin görüşünü de eklemek zorundadır.

Alman İş Yargılamasında da Fransız sistemine benzer biçimde, söz konusu ilk derece mahkemesi önündeki prosedür iki aşamalıdır: uzlaşma duruşması (*Gütetermin*) olarak adlandırılan ilk aşama, işçinin talebinden itibaren iki – sekiz hafta arasında gerçekleşmektedir. Uyuşmazlıkların %10-20'si bu aşamada çözüme kavuşturulamamakta olup çekişmeli duruşmaya (*Verhandlungstermin*) gönderilmektedir. Bir diğer deyişle, bu uyuşmazlıkların %80-90'ı uzlaşma duruşmasında çözüme kavuşturulmaktadır. Burada taraflar dilekçelerini karşı tarafa verirler. Uzlaşma duruşması bir hakim önünde gerçekleşirken, yargılamanın yapıldığı ikinci aşama (*Kammertermin*), bir yargıç ile bir işçi ve işveren temsilcisinden oluşan heyet tarafından gerçekleştirilmektedir. İş Mahkemesi tarafından verilen karara karşı, Eyalet İş (İstinaf) Mahkemesine (*Landesarbeitsgericht*) itiraz edilir. Anılan istinaf mahkemesi, maddi vakia ve ilk derece mahkemesinin gerekçesini değerlendirir. Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) ise kararın hukuk kurallarına uygunluğunu denetler.

Avrupa ülkelerindeki uygulamanın da gösterdiği üzere, zorunlu arabuluculuk yerine mahkeme bünyesindeki uzlaşma aşaması, yargı bağımsızlığının korunması ve iş uyuşmazlıklarının çözümü açısından daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Ayrıca Taslağın 14. maddesinden anlaşıldığı üzere, getirilmek istenen zorunlu arabuluculuk uygulaması, iş yargılamasının iş yükünü hafifletme yönündeki amacı da gerçekleştirebilmekten uzak olacaktır. Zira işe iade taleplerinde, işverenin işe iade konusundaki anlaşmaya rağmen, işçiyi işe başlatmaması durumunda ödenecek olan tazminatların talebi yine iş mahkemelerine yapılacak olup, uyuşmazlıklar yine kaçınılmaz olarak mahkemelere yansiyacak ve işe iade talebi daha önce önüne gelmemiş olan mahkeme, bu kez bu konudaki tazminat alacaklarına ilişkin hüküm kurmak durumunda kalacak ve uyuşmazlık konusuna hakim olmayan bir mahkeme tarafından yapılacak olan bu yargılamanın ne derece sağlıklı olacağı tartışma konusu yapılabilecektir.

Aşağıda, Tasarı Taslağı ile getirilmek istenen zorunlu arabuluculuk yönteminin, isabetsizliği ve böyle bir yargıya varmayı haklı kılan gerekçeler, ana başlıklarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

## **Zorunlu Arabuluculuk: Arabuluculuk Yönteminin Özüne ve Anayasaya Aykırılık Oluşturur!...**

Son yıllarda bütün Dünya’da yaygın tartışma ve hukuki düzenlemelere konu olan, “*alternatif uyuşmazlık çözümü*” yolları arasında yer alan “*uzlaştırma*” (conciliation), “*arabuluculuk*” (mediation), “*bakem*” (arbitration), doğaları gereği, taraf iradelerine dayalı mekanizmalardır. Konumuzla sınırlı kalırsak, arabuluculuk, bilimsel anlamı, “*tarafaların aralarındaki uyuşmazlıklara, dava yerine kendi iradeleri ile uzlaşarak son vermelerini amaçlayan*”<sup>1</sup> barışçı çözüm yollarından biridir. Nitekim, ülkemizde de, bu esasa uygun olarak, 7.6.2012 tarih ve 6325 sayılı “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*” (HUAK) yürürlüğe konulmuş, bu Kanuna göre de arabuluculuk, “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır. Kanun hükmü, isabetli olarak arabuluculuğu, “*ihiyari olarak yürütülen*” bir yöntem olarak tanımlamıştır. Sözü edilen Kanunun Genel Gereğesinde de vurgulandığı üzere, arabuluculuk (alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi), aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü amaçlanmaktadır<sup>2</sup>. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler ise, “*iradi olma ve eşitlik*”; “*gizlilik*”; “*arabuluculukta bazı beyan veya belgelerin ileride açılacak olan davalarda, kural olarak kullanılmamasıdır*”<sup>3</sup>. Bu ilkeleri açıkça düzenleyen HUAK (m.3,4,5), arabuluculukta “*iradilik*” esasını şöyle tanımlamıştır: “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler*”. HUAK’nun çok sayıdaki maddesinin Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi, Kanunu Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüksek mahkemeye göre, “*(...) Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik*

<sup>1</sup> Arslan, R.,/Yılmaz,E.,/Taşpınar Ayyaz, S., Medeni Usul Hukuku, 1.Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara,2016, 756.

<sup>2</sup> Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayyaz, 756

<sup>3</sup> Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayyaz, 757

*İlkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur.*"<sup>4</sup>.

Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin ilk yürürlük metninde, feshe karşı itirazın *özel hakeme* götürülmesi olanağı da düzenlemişti. Buna göre, "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırlarsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür*"(m. 20/I).Yasa maddesinin gerekçesinde, iş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükünü azaltmak amacıyla özel tahkim esasının öngörüldüğü açıklanmıştır. Öğretide, isabetli olarak, bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu görüşü savunulmuş<sup>5</sup> ve nitekim Anayasa Mahkemesi de çok isabetli olarak, anılan maddede yer alan "*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" ibarelerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, "... 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... özel hakeme götürülür*" denilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyumsuzluğu özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olduğundan Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez..." ...Bu nedenlerle, kuralın "...taraflar anlaşılırlarsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir"<sup>6</sup>.

Anayasa Mahkemesi, yine yeni tarihli bir kararında, Anayasa'nın 36. maddesini "dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi" olarak nitelendirmiştir. 36. maddeyi aktaran AYM'ye göre, bu "maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir."<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> AYMK., 10.07.2013, 94/89.

<sup>5</sup> **Güzel**, A., İş Güvencesi, 38; **Şahlanan**, F., Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından 25-29 Haziran 2003 tarihlerinde Çeşme'de düzenlenen Yeni İş Yasası Semineri, Tartışmalar, 136-137; **Ulucan**, D., İş Güvencesi, 2.baskı, İstanbul 2005.; *Süzeç*, İş Hukuku Dersleri, 2.Bası, İstanbul 2005, 475.

<sup>6</sup> AYM., 19.10.2005, E. 2003/66, K.2005/72, RG., 24 Kasım 2007, 26710.

<sup>7</sup> AYM., 03.02.2011, E. 2009/83, K. 2011/29, RG, 14.05.2011, Sayı 27933.

Belirtilen bu bilimsel ve yargısal gerçeklere karşın, değerlendirme konusu yaptığımız Kanun Tasarısı Taslağı, Genel Gerekçesinde Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği ve az önce açıkladığımız İşK. m.20/1 hükmünün gerekçesini yineleyerek, “iş mahkemelerinin yükünü azaltmak” amacıyla “zorunlu arabuluculuk” esasının öngörüldüğü ifade edilmiş ve Taslağın 3. maddesinde de, “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır” (f.1) hükmüne yer verilmiş ve hem arabulucuya başvuru zorunlu kılınmış, hem de HMK.m. 115 hükmüne atıfta bulunularak, “dava şartı”na dönüştürülmüş bulunmaktadır. Atıfta bulunulan HMK.m. 115/2 hükmünün birinci cümlesine göre de, “Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir.”. Tasarı Taslağının 3. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Arabulucu, bu listeden taraflarca belirlenir. Tarafların herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşamamaları halinde görevlendirme, arabuluculuk bürosu tarafından yapılır”. Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılıyor ki, arabuluculuğun özünde, ruhunda var olan ve işaret edilen Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarına karşın, bu düzenlemeyle arabuluculuk yeniden zorunlu hale getirilmekte, arabulucunun re’sen atanması hususu da dahil, arabuluculukta, “iradeye bağlılık” gibi temel bir ilke ortadan kaldırılmaktadır. Ayrıca, 3. maddenin yedinci fıkrasına göre, “Geçerli bir mazaret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir” hükmüne de yer verilerek, uzlaşma sağlanamayacağını gören işçinin de arabuluculuk görüşmelerine mutlak katılımı öngörülmektedir. Oysa, Anayasa Mahkemesinin yukarıda atıf yapılan 10.07.2013 tarihli kararında; “...Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir...” denilerek HUAK’nun ilgili hükmünün Anayasaya aykırılık oluşturmadığı vurgulanmıştır.

Sonuç olarak, Tasarı Taslağının zorunlu arabuluculuğu düzenleyen hükümlerinin , arabuluculuk yönteminin ruhuna ve buna uygun gerekçelere dayalı Anayasa Mahkemesi kararlarına açıkça aykırılığı tartışma dışı kalmaktadır.

## İş Hukuku Bir “İçtihat” Hukukudur!...

### İş Hukuku: Ekonomik ve Teknolojik Gelişimlere Bağımlı Dinamik Bir Hukuk Dalı...

İş hukukunu, diğer hukuk alanlarından ayıran ilk özellik, iş sözleşmesi temelinde bağımlılık ilişkisine dayalı eşitsizler arası bir ilişkiyi düzenlemekse, ikinci özelliği ise, gereksinim ve beklentileri sürekli değişkenlik gösteren, her sabah işe başladığında, bir gün öncesine göre farklı sorunlarla karşı karşıya kalan bir insan olarak işçinin çalışma yaşamını tüm yönleriyle düzenlemektir. Bu özellik, iş hukukunun, önceden

belirlenmiş ve değişkenlik göstermeyen bazı kalıp, kavram ve kurumlar içinde dondurulmasına da engel oluşturur. İş hukuku, işçiyi koruma amacına yönelik bir hukuk dalıdır; bu koruma, diğer hukuk dallarından farklı olarak, hep sosyal ilerleme yönünde bir korumadır. İş hukukunun bu noktada karşımıza çıkan bir başka ve önemli özelliği, ekonomik sistem ve konjonktüre, teknolojik ve toplumsal gelişmelere bağımlı bir hukuk dalı olmasıdır. Bütün bu alanlardaki gelişmeler, iş hukukunun düzenleme alanına giren tüm konuları, bu arada işçinin haklarını, olumlu ya da olumsuz yönde etkileyecektir. İş hukukunun en parlak gelişim seyrininin, “*ekonominin otuz altın çağ*” olarak adlandırılan döneme (1945-1975) rastlaması; 1980’li yıllardan günümüze uzanan süreçte tüm şiddetiyle varlığını sürdüren ekonomik krizin etkisiyle, iş hukukunun da “*gerileme çağı*!” yaşamakta olması, herkesin tanık olduğu bir başka gerçektir.

Bu gerçek, doğal olarak bizleri başka bir gerçekle buluşturacaktır: İş hukuku, dayandığı ilkeleri, temellendiği kavram ve kurumları, sürekli ve sosyal ilerlemeye koşut olarak yenilemek zorundadır. Aksi halde, varlık neden ve ilkelerini, işlevlerini, korumaya çaba gösterdiği insanların yazgısını, çağdaş gelişmelerin dışına itmek, özünden soyutlanmış boş kalıplar içine hapsedmek durumunda kalacaktır.

## **İş Hukuku: İlke, Kurum ve Kavramları Sürekli Değişim Gösteren Bir Hukuk Dalıdır!...**

Bilindiği gibi, 18. yy’ın sonlarından itibaren kapitalizmin gelişmesine bağlı olarak, özellikle makine gücü ve fabrikalarda seri üretim sürecine girilmesi, işçi sınıfını doğurmuş ve izleyen yıllarda bu işçilerin korunması amacıyla yasal düzenlemelerin yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. İş hukuku da “*fabrika modeli*”ne göre şekillenmiştir. Bu modelde, bir fabrikada bir araya gelen çok sayıdaki işçinin, uzun çalışma sürelerine tabi kılınmaması, sefalet ücretiyle çalıştırılmamaları, özellikle kadın ve çocuk işçilerin korunması, iş hukuku alanındaki ilk yasal düzenlemelerin temel amacı olmuştur. İzleyen yüzyıllardaki sanayileşme süreci, iş hukukuna başka bir işlev, başka kavram ve kurumlar kazandırmıştır.

Gerçekten, hukukun hiçbir alanında varlığına rastlanmayan bu gelişmeler, sadece iş sözleşmesine dayalı bireysel ilişkilerini değil, bunun yanında, kolektif ilişkilerin de iş hukuku içinde yer almaları sonucunu beraberinde getirmiş; sendika, toplu sözleşme ve grev gibi yepyeni haklar ve kurumlar ön plana çıkmaya başlamış ve demokratik toplum düzenlerinin vazgeçilmezleri arasındaki yerlerini almışlardır. Bu gelişmeler, iş hukukunun “*özzerklik çağı*” olarak nitelendirilecek, sosyal ilerleme yönünde işçilerin korunması, sendikal mücadele ve toplu sözleşme aracılığıyla sağlanmaya başlayacaktır. 1950’li yıllardan itibaren başlayan bu sürece, işçilerin çalıştıkları işyeri ya da işletmenin yönetimine katılma talepleri eşlik edecek ve bu talepler hukuki düzenlemelere de konu olacaktır. Olumlu ekonomik konjonktür ve soğuk savaş dönemi, sosyal hakların gelişmesine olağanüstü bir hız kazandıracak, iş hukukunun kavram, kurum ve ilkeleri de yepyeni bir içeriğe bürünecektir.

1980’li yıllarda başlayan ve günümüzde de varlığını tüm şiddetiyle sürdüren



ekonomik ve teknolojik gelişmeler, iş hukuku alanında da yeni bir dönemi, *esneklik* döneminin başlangıcını oluşturacaktır. Bu dönem, örneğin, kolektif ilişkilerin geri plana itilmesi, bireysel iş ilişkilerinin ve bu bağlamda iş sözleşmesinin ön plana çıkarılmasını, rekabet koşullarına dayalı bir iş hukukunun ortaya çıkmasını tetikleyecektir.

Yapılan bu açıklamalar, asıl konumuz olan “zorunlu arabuluculuk” ile bağlantısız görülmesin!... Fabrikadan Interneteye uzanan süreçte gelişen ve değişim gösteren iş hukukuna, arabuculuk kararları değil, Yargıtayın içtihadı da çok önemli katkı sağlamıştır ve sağlamaya da devam etmektedir. Yargıtay yolunun kapatılması, iş hukukunu bu katkıdan da yoksun bırakmak anlamına gelecektir.

## **Yargıtay İçtihadının İş Hukuku Açısından Yaşamsal Önemi!... Ve Yapılmak İstenen Düzenlemenin İsabetsizliği!...**

Hukukun her alanında yargı kararlarının önemi inkar edilemez. Ancak, yukarıda açıklanan nedenlere bağlı olarak, iş hukuku, gelişim ve dinamiğini, pozitif düzenlemelerden çok, esas olarak, bu normları gelişen koşullara göre yorumlayıp, uygulayan yargı kararlarına borçludur. Bilindiği üzere, hukuk normu durağan bir nitelik taşır; buna karşılık, bu normun kavradığı hukuki olaylar ise sürekli bir değişim içinde bulunmakta; normun konusu olan kavram, kurum ve ilkeler sürekli içerik ve anlam değişikliğine maruz kalırlar. Hukuk normunu bu değişime uyumlu kılmak, yasaları sürekli değiştirmek gibi çok zor bir görevi karşımıza çıkarmaktadır. İşte bu noktadan itibaren, öğretinin bilimsel çalışmaları ve yargı kararları, hukuk normunu, deyim yerindeyse yaşam oksijeni ile besleyecektir. Aksi halde, sadece hukukun gelişmesine değil, toplumsal düzenin gelişmesine de set çekmiş olursunuz!...

Bu genel değerlendirmeyi, iş hukukunun birkaç temel kavram ve ilkeleri üzerinde somutlaştırabilirsek konunun önemi daha açık bir biçimde ortaya çıkacaktır. En basit bir gözlemlerle, hiç kimse, iş hukukunun temel kavramları arasında yer alan, örneğin; işçi, işveren, alt işveren, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin türleri, iş sözleşmesinin feshi, kıdem tazminatı, çalışma ve dinlenme sürelerinin, 19.yy'ın ve hatta 20.yy'ın ortalarındaki, sonlarındaki anlamlarından çok şey yitirdiklerini, yepyeni anlam ve içerikler kazandığını inkar edemeyecektir. İnkâr edilemeyecek başka bir husus da, sözü edilen kavramlara ilişkin bu anlam değişikliğinin pozitif düzenlemelerden çok, Yargıtay içtihadı ile oluştuğudur. Gerçekten, pozitif düzenlemeler, yapıldıkları tarihteki anlamları içinde kavram ve kurumları düzenlerler. Oysa, toplumsal gelişme süreklidir ve bu kavramlara yeni anlamlar yükler. İşte bu anlamı, hukuki düzeye taşıyan ve bireylere, yaptırımlarla birlikte yol gösteren bir organ var ise o da bağımsız yargı organıdır.

Bugün yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu, içerdiği yenilikler göz ardı edilmeden, 1936 tarih ve 3008 sayılı Kanunun şemasını -1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu, 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu gibi -önemli ölçüde devam ettirmektedir. İşaret edilen tüm bu iş kanunlarında, örneğin, işyeri, taşeron (alt

işveren) kavramına yer verilmiştir. Ne var ki, sözü edilen bu kavramlar, uygulamada ortaya çıkan sorun ve uyuşmazlıklara çözüm getirmekten uzak kalmaktadır. Bu çözümü üreten, işyeri/işletme kavramlarının günümüzdeki anlamını ortaya çıkaran, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuki açıdan geçerlik koşullarını belirleyen, işçi ve işverenin karşılıklı hak ve borçlarını somutlaştıran da yine yargı organıdır. Hizmet akdi, 4857 sayılı Kanunun yeni tanımı ayrık tutulursa, 19.yy'ın, hatta 20.yy'ın hizmet akdi değildir. Bunun ayırıcı unsurunu oluşturan bağımlılık unsuru da, geçmişteki anlamda bağımlılık unsuru olmaktan çıkmıştır. Bu örnekler çoğaltılabilir, ancak son bir örnek, iş güvencesi kapsamında “geçerli neden” kavramı, konuyu daha çarpıcı kılacaktır. İşK.m. 18/1, geçerli fesih nedenlerini çok soyut olarak düzenlemiş, gerekçesinde Alman Federal İş Mahkemesinin, zaman içinde oluşturduğu içtihadında ön plana çıkan örneklerle yer vermiştir. Yargıtayımız, bu örnekleri esas alarak, “geçerli neden” kavramının anlamını ortaya çıkarmış ve uygulamaya da yön vermiştir. Yargıtay kararları, bir anlamda, iş ilişkilerinin ve daha geniş olarak çalışma yaşamının pusulası olma işlevini üstlenmiştir. İşçiler ve işverenler, yasa metinlerinden çok, Yargıtayın içtihadına göre yönlerini belirlemek durumundadırlar.

Yargıtayın, sadece pozitif düzenlemeleri yorumlama gibi sınırlı bir işlevinin bulunduğu da söylenemeyecektir. Bunun yanında, hukukun derinliklerinde yatan bazı ilkeleri gün yüzüne çıkarıp yaşamla uyumlu kılmak, yeni bazı ilkeleri ortaya koymak gibi işlevleri de bulunmaktadır. Örneğin, geçersiz bir iş sözleşmesinin, bu durumun tespit edildiği tarihe kadar geçerliliğini koruyacağı, ikalede “makul yarar” koşulu geçerli nedenle fesihle “ultima ratio ilkesi”, “işçi yararına yorum ilkesi”, “gerçek ücretin belirlenmesi”, ilk akla gelen örneklerdir. Batı ülkeleri iş hukuklarına ve daha sınırlı olarak hukukumuzda baktığımızda, Yargıtay içtihadının yasa koyucuya öncülük ettiği, yol gösterdiği, yargı kararlarında benimsenen çözümlerin, daha sonra pozitif düzenlemelere konu yapıldığı, sıkça görülen bir durumdur.

Bütün bu açıklamalarımız, değerlendirme konusu yaptığımız Tasarı Taslağının 9. maddesinde sayılan dava ve işlerde sadece istinaf yoluna başvurulabileceğini öngören ve dolayısıyla Yargıtay kanun yolunu engelleyen düzenlemenin, iş hukuku açısından çok isabetsiz olduğunu vurgulama amacına yöneliktir. Karşılaştırma açısından, bazı yabancı hukuklarda, örneğin Alman ve Fransız hukuklarında, uzlaşma aşamasının ardından, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması olanağı getirilmiş olmasına karşın, temyize başvurma olanağının da önüne geçilmediği önemle vurgulanmalıdır. Çünkü bu ülkelerde, az önce işaret ettiğimiz gibi, esas olarak temyiz düzeyinde verilen kararlar, iş hukukunun gelişimini sağlamış ve yasa koyucuya hep esin kaynağı olmuştur. Taslağın ilgili hükmünde, yalnızca istinaf yoluna başvurulabileceği belirtilen fesih bildirimine itiraz, disiplin cezalarının iptali, işkolu tespitine itiraz, yetki tespitine itiraz gibi davaların, İş Hukukunun en temel konuları arasında yer alan, son derece dinamik konular olduğu gerçeği karşısında, bu konudaki uyuşmazlıkların yargı organlarıncaya isabetli biçimde çözümlenmesi ve yargı organları arasında içtihat birliğinin sağlanabilmesi için, bu konuların Yargıtay'ın uzman

Dairelerince çözümlenmesi, olmazsa olmaz bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi belirtilen konularda yürürlükteki mevzuatımızın uygulanması neticesinde, mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasında meydana gelebilen görüş ayrılıkları, ancak Yargıtay Özel Dairelerinin konuya ilişkin içtihadının yol göstericiliği ile giderilebilmekte hatta kimi zaman bu Daireler arasında dahi görüş ayrılıkları ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle bu uyuşmazlıklarda temyiz yoluna gidilmesinin önüne geçilmesi isabetli bulunamayacaktır. Dolayısıyla bu yönde, Taslağın 13. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununda yapılmak istenen; 27, 28, 29, 30, 31, 32 ve 33. maddeleri ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda yapılmak istenen değişiklikler de isabet taşımamaktadır.

## **Zamanaşımı: İş Hukuku “Belirsizlikler” Hukukudur!...**

İş hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran bir özelliği de, belirsizlikler hukuku olması, taraf iradelerine ve özellikle iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin iradesine, kuşkuyla yaklaşılması, gerçek fiili durumun ön plana çıkmasıdır. İş hukukunun sözü edilen belirsiz özelliği, bir yandan bu hukuk dalının kimi kavram ve kurumları, kimi zaman da işçinin alacakları noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin, günümüzde, iş hukuku kapsamında kimin işçi, kimin işveren, kimin alt işveren, konusu iş görme olan sözleşmelerden hangisinin iş sözleşmesi olduğu, ikale veya diğer belgelerdeki imzanın işçinin gerçek iradesini yansıtmıyorsa, hususları hep duraksama yaratan ve Yargıtay kararlarıyla açıklığa kavuşturulan konulardır. Aynı durum, işçinin alacakları açısından da söz konusudur. Örneğin, işçinin işyerindeki kıdem süresi, belirsizlikler içerebilmekte ve buna bağlı haklar (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, yıllık ücretli izin vb.) kolaylıkla belirlenememektedir. Çünkü, işçinin işyerinde fiilen işe başladığı tarih ile iş sözleşmesinin imzalandığı tarih ya da işçinin (sigortalının) SGK'na tescil tarihi – kayıt dışılığın yaygınlığı nedeniyle- çoğu kez farklılık göstermektedir. İşçinin diğer parasal hakları açısından, durum daha da belirgindir. Ülkemiz uygulamasında, diğer Avrupa ülkelerine nazaran kayıt dışı istihdam ve buna bağlı sorunların yoğunluğu yargı organını en çok meşgul eden konular arasında yer almaktadır.

Gerçekten, uygulamada daha az vergi ve sosyal sigorta primi ödemek amacıyla gerçek ücretler bordroya yansıtılmamakta, düşük gösterilmektedir. Yerleşik Yargıtay içtihadına göre, işçinin ücret bordrolarını ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin imzalamış bulunması gerçek ücretin bu miktarda belirlendiğini kanıtlamamaktadır. İşte, Yargı organını en çok meşgul eden konulardan birisi de işçinin gerçek ücretinin, en azından emsal ücretinin belirlenmesi oluşturmaktadır. Aynı olgu fazla çalışma ücretlerinde de yaşanmaktadır. Uygulamada, fazla çalışmanın yapıp yapılmadığı, bunun süresi ve miktarı, iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü oluşturmakta ve içerdiği belirsizlikler Yargıtay kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır.

Verilen tüm bu örnekler, bir yandan iş hukukundaki önemli kavramların, öbür yandan işçi alacaklarının belirsizliğini vurgulamaya katkı sağlamaları için verilmiştir. Bu nedenledir ki, işçi alacaklarının, HMK. m. 107 anlamında ve kapsamında “*belirsiz alacak*” kategorisi içinde yer aldığı ve bunlar için “*belirsiz alacak davası*” açılabileceği yönündeki görüş doğruluk ve isabet kazanmaktadır.

Açıklanmaya çalışılan belirsizlikler, doğal olarak, dava zamanaşımı süresini de olumlu ya da olumsuz yönde etkileyecektir. Gerçekten, talep konusu alacağın miktarı, önceden kesin olarak biliniyorsa -ki diğer hukuk alanlarında çoğu kez böyledir- dava zamanaşımının kısa tutulması çok ciddi bir sorunu ortaya çıkarmayacaktır. Buna karşılık, belirsiz alacak söz konusu olduğunda, zamanaşımı süresinin kısa olması, hak sahibinin hakkını elde etmesine, dolayısıyla adaletin tecellisine büyük engel oluşturacaktır.

Tasarı Taslağının 15. maddesi ile yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı olarak İş Kanunlarında düzenlenen alacakların talep edilmesi açısından 2 yıllık zamanaşımının öngörülmesi ve 4857 sayılı İş Kanununa bu yönde bir ek madde getirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, ücret alacaklarında zamanaşımının iş mevzuatında 5 yıl olarak öngörülmesine karşın yıllık izin ücretine ilişkin olarak ayrı bir düzenleme yapılmasının gereği olmadığı gibi, bu konudaki yeknesaklığın, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçi aleyhine bozulmasının yerinde olmadığı belirtilmelidir. Ayrıca, taraflar arasında eşitliğin ve dengenin bulunduğu kabul edilen klasik borçlar hukuku sözleşmelerinde dahi tazminat alacaklarında 10 yıllık zamanaşımı öngörülmüş olmasına karşın; iş sözleşmesi gibi kendine özgü yapıya sahip ve işçinin bu sözleşmede korunmaya muhtaç olan zayıf taraf olduğu bir sözleşme ilişkisinde, tazminat alacaklarında zamanaşımının 10 yılın çok altında, 2 yıl biçiminde düzenlenmesini isabetli bulmak olanaklı değildir. Bilindiği gibi işçi, işverene göre, bu ilişkide, hakları konusunda daha az bilgi sahibi olan taraf; işverense bu konuda gerekli kayıtları tutmakla yükümlü olan ve yönetim yetkisi dolayısıyla iş ilişkisine bütünüyle hakim durumda olan taraf olduğundan, iş mevzuatı, kendi bütünlüğü içinde, işçinin korunması yönünde esaslar getirmekte ve yargı organlarınca bu esaslar son derece dikkatle ve hassasiyetle ele alınmaktadır. İş Hukukunun bu yapısı göz ardı edilerek, Borçlar Kanununda getirilen genel hükümlerden dahi daha ağır koşulların iş sözleşmesi açısından öngörülmesi, işçinin bu nedenle bazı alacaklarından yoksun kalmak gibi ağır sonuçlarla karşılaşmasına neden olunması kabul edilemeyecektir. Bu nedenle söz konusu tazminat alacakları açısından en az genel hükümlerle sağlanan korumanın sağlanması gerekli olup, bu tazminatlara ilişkin işçi aleyhine ayrı bir düzenleme getirilmesi yerinde görülemez.

## İş Kanununun 21. Maddesine İlişkin Değişiklikler

### Boşta Geçen Süre Ücretinin Tazminat Olarak Nitelendirilmesinin Ağır Sonuçları

Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin ilk üç fıkrası uyarınca, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

Tasarı Taslağının 14. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun sözü edilen 21. maddesinin bu üç fıkrası, şu şekilde değiştirilmek istenmektedir: “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilirse feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilir. Bu durumda işveren, işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür (f.I). Mahkeme veya özel hakem, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücreti tutarında bir tazminata hükmeder (f.II). Birinci ve ikinci fıkradaki tazminatlar parasal olarak belirlenir (f.III)”.

Söz konusu değişiklik, öncelikle, işçinin yargılama süresince boşta geçen süre ücreti olarak kabul edilen ve en fazla 4 ay için hükmedilebilen hakkı, bir tazminat olarak nitelendirmektedir. Bu ödemenin ücret niteliğinin ortadan kaldırılması ve tazminat niteliği taşıdığı kabul edilmesi, işçilerin, işverene ve işverenin yaptığı geçersiz feshe karşı korunması açısından bir geriye gidiş teşkil etmektedir.

Zira, yargılama sonunda, açıklığa kavuşan nokta, işverence yapılan feshin geçersizliğinin belirlenmiş olmasıdır. Bu nedenle işe iade kararına kadar geçen sürede ödenmesi öngörülen miktar, iş sözleşmesi geçersiz olarak feshedilmiş ve dolayısıyla iş sözleşmesi devam etmesi gereken işçinin ücret alacağıdır. Boşta geçen süre için ödenen bu miktarın ücret olarak nitelendirilmesi, işçinin kıdemine bağlı hakları doğrudan etkilemekte; işveren bu süre için SGK’ya prim ödemekle yükümlü olmaktadır.

Oysa, yapılmak istenen değişiklik sonucunda, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret tutarında tazminat hakkının doğduğu kabul edilecek olursa, işçinin kıdemine bağlı hakları, işverence yapılan ve geçersiz olan, mahkeme tarafından da geçersizliğine hükmedilen fesih tarihine göre hesaplanacak; işçinin boşta geçen sürede 4 ay ile kısıtlı da olsa, sigortalılığı söz konusu olamayacaktır. İşverenin Kanuna aykırı olarak yaptığı fesih neticesinde, -4 ay ile kısıtlanması bile eleştiri konusu yapılabilecek olan- işçinin boşta geçen süresinin, kıdemine

eklenmemesi ve bu süre için işverenin sigorta primi ödemekten kurtulması, işverenin hukuka aykırı fiilinin yarattığı sonuçlardan yararlanmasından başka bir anlam taşımayacaktır.

İşçinin feshe karşı korunması bağlamında bu geriye gidişin kabul edilmesi bu nedenle isabetsizdir. Önemle vurgulayalım ki, İş Kanunu m.21/I hükmündeki mahkeme kararının, “mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek” ifadesi nedeniyle bir tespit ve şarta bağlı hüküm şeklinde öğreti ve Yargıtay kararlarında benimsenmiş olması, savunduğumuz görüşün aksine, ciddi sorunlara neden olmakta ve işçiyi birden fazla dava açmak zorunda bırakmaktaydı. Değişiklikte, yine “mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilirse” ifadesinde, “tespit” sözcüğünün yer alması isabetsiz olmakla birlikte, daha önce savunduğumuz görüşe<sup>8</sup> uygun olarak, tazminatların parasal olarak belirleneceğinin öngörülmesi isabet kazanmaktadır. Ekleyelim ki, m.21/I hükmünün ilk cümlesinde yer alan “tespit edilerek” sözcüklerinin kaldırılması bu açıdan uygun olacaktır. Çünkü istisnasız her yargı kararında, hukuka aykırılık zaten bir ön koşul olarak belirlenmekte ve belirlendikten sonra icra kabiliyeti olan bir hüküm tesis edilmektedir. Burada da hükmün amacı doğrultusunda, başka bir sonucun çıkarılmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

## **Feshe Bağlı Alacakların Geçersiz Fesih Tarihine Göre Hesaplanmasının İsabetsizliği**

Tasarı Taslağının 14. maddesi, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin ilk üç fıkrasının yukarıda açıklanan biçimde değiştirilmesini öngörmenin yanında, bununla bağlantılı olarak, 21. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.” ibaresinin de, “ödenen feshe bağlı alacak ve tazminatlar, birinci fıkra uyarınca geçersiz sayılan fesih tarihi esas alınarak belirlenir.” şeklinde değiştirilmesi yönünde bulunmaktadır.

Söz konusu değişiklik de, esasında, işçinin yargılama sırasında çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretinin, tazminat niteliği taşıdığı kabulünün ağır sonuçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu sürenin işçinin kıdeminden sayılmaması, zincirleme olarak, işçinin kıdemine göre hesaplanan feshe bağlı haklarında da düşüşe neden olmaktadır.

Bu halde de işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğine hükmedilmesine karşın, bu geçersiz feshin yapıldığı tarihte iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edilmesi gibi, kendi içinde çelişkili, işçi açısından ciddi hak kayıplarına neden olan ve işverenin de hukuka aykırı fiili nedeniyle işçinin bu haklarını ödemekten kurtulduğu bir tablo ortaya çıkmaktadır. Mahkeme tarafından işverenin, işçinin iş

<sup>8</sup> *Güzel*, İş Güvencesi, 102 vd.; *Aynı Yazar*, İş Sözleşmesini Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal İstanbul 2014, 291.

sözleşmesini feshinin geçersiz olduğuna karar verilmesine karşın, niçin işçinin feshe bağlı hakları, geçersiz sayılan bu fesih tarihi dikkate alınarak hesaplanmaktadır? Burada, mevcut uygulama ve Yargıtay içtihadı uyarınca yerleşik ve isabetli olarak kabul edildiği gibi, işverenin, işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmamasının, fesih tarihi olarak dikkate alınması, en isabetli çözüm yolu olacaktır. Aksi halde, bu değişiklik, işçinin, yargılama süresince gerçekleşecek ücret artışları ve kıdem tazminatı tavanı değişikliklerinden yararlanamaması gibi olumsuz ve kabul edilemez sonuçları beraberinde getirecektir.

## **İşe İadeye İlişkin Uyuşmazlığın Arabulucu Önünde Çözülmesi Sorunu**

İşe iade talepleri kapsamında, zorunlu arabuluculuğun ne şekilde işleyeceği ise, Tasarı Taslağının 14. maddesi ile İş Kanununun 21. maddesine eklenmek istenen bir fıkra ile öngörülmüştür. Bu nedenle, işe iade kararı üzerine işçinin işe başvurması ya da başvurmamasının sonuçlarının düzenlendiği 21. maddenin 5. fıkrasının başına, “Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla” ibaresinin eklenmesi öngörülmüştür. 21. maddenin 5. fıkrasından sonra gelmesi tasarlanan fıkraya göre ise, “Tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihi ile işe başlatmamanın sonuçları da belirlenir. İşe başlatma tarihi belirlenmemiş ise anlaşma tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru şartı aranmaksızın işveren işçiyi işe başlatır. İşe başlatmamanın sonuçları belirlenmemiş ve işçi işe başlatılmamış ise birinci ve ikinci fıkrada belirtilen tazminatların ödenmesi mahkemeden talep edilebilir. Bu durumda birinci fıkrada düzenlenen tazminat, işçinin altı aylık ücreti tutarından az olamaz. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde ise fesih geçerli hale gelir.”

Belirtmek gerekir ki, arabulucu huzurunda tarafların, işe başlatma konusunda anlaşmaları halinde, işverenin işçiyi işe başlatmasının, işçinin başvurusuna bağlı kılınmaması isabetlidir. İşçi lehine olarak değerlendirilebilecek bir diğer durum ise, işe başlatmamanın sonuçlarının belirlenmemiş olması ve işe başlatılmama halinde, iş güvencesi tazminatının en az 6 aylık ücret tutarında öngörülmesidir.

Ancak önemle ekleyelim ki, getirilmek istenen düzenlemede, bir yandan, tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihi ile işe başlatmamanın sonuçları da belirlenir ifadesine yer verilirken, diğer yandan işe başlatmamanın sonuçlarının belirlenmemiş olması halinde işe başlatılmayan işçinin mahkemeye başvurması öngörülmüştür. Bu ifadelerin madde içinde bir çelişki yarattığı söylenebilir.

Ayrıca, vurgulamak gerekir ki, maddede, arabulucu huzurunda işe başlatmamanın sonuçlarının belirlenmesi durumunda, tarafların üzerinde anlaşma sağlayacağı tazminatlar konusunda, m.21'deki 4 ila 8 aylık ücret tutarında tazminat hükmü emrediciliğini yitirmekte olduğu ve bunun sonucu olarak, anılan düzenlemenin işe iade davasının sonuçlarını tam bir pazarlık konusuna dönüştüreceği ifade edilebilecektir.

## Sonuç

1. Zorunlu arabuluculuk, doğası gereği, tarafların isteğine bağlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yöntemin zorunlu kılınması, arabuluculuğun özüne de aykırı düşmektedir. Çözüm, zorunluluktan kaynaklanmamalı, özgür iradeye dayalı bir tercihe dayanmalıdır.
2. Zorunlu arabuluculuk yöntemi, bu alanda daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alındığında, Anayasaya aykırılık sorununu da yeniden gündeme taşıyacaktır.
3. Zorunlu arabuluculuk, arabuluculuk yöntemin özüne aykırı olduğu gibi, iş hukukunun temel yapı ve dinamiklerine de aykırı düşmektedir. Arabuluculuk, eşit hak süjeleri arasında, belirli alacak konularında başarılı olabilirse de, işçi ve işveren gibi eşitsiz hukuk süjeleri arasındaki uyuşmazlıklarda çok fazla bir işleve sahip olamayacaktır. İş ilişkisinde zaten zayıf konumda olan işçinin yaşamı için önem taşıyan haklarının pazarlık konusu yapılması tehlikesi de çok yüksek bir olasılıktır.
4. İş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunluluk” esasına değil, taraf iradelerine dayalı yöntemlerin oluşturulması ve geliştirilmesi daha doğru bir çözüm olacaktır.