

İşe İade Davalarında Arabuluculuk*

Faruk Barış MUTLAY**

Öz: Arabuluculuk kurumunu, iş yargılamasının yükünü azaltmak ve iş yargılamasındaki dava sürecini hızlandırmak için kabul eden kanun koyucunun, iş yargılamasının yükünü fazlasıyla artıran işe iade davaları için kabul etmemesi beklenemezdi.

Kanun koyucu, işe iade taleplerinden önce arabulucuya başvurulması gereken süreyi, süreçte anlaşılabilmesi halinde dava açılması gereken süreyi, arabulucuya başvuru sonucunda işe iade talebi bakımından arabuluculuk sürecinin ne şekilde işleyeceğini düzenlenmiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda sürece ilişkin olarak özel düzenleme yapılmıştır. Diğer taraftan, işe iade ve işyeri devri ile sendikal nedenlerle fesih halinde işe iade bakımından arabuluculuk kurumu kanun koyucu tarafından ayrıca ele alınmamıştır.

Çalışmamızda arabuluculuk kurumunun tanımına ve özelliklerine kısa bir şekilde yer verilmiştir. Çalışmamızda asıl olarak işe iade talepleriyle açılan davalarda da dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuğa ilişkin hukuki sorunlar belirlenmeye ve buna ilişkin çözüm önerileri ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın yapıldığı sırada Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle uzun bir süre geçmediğinden ve dolayısıyla işe iade talebinde arabuluculuk konusuna ilişkin öğretide çalışma yapılamamış olduğundan sadece arabuluculuk kavramı ve özelliklerine ilişkin olarak kaynak araştırması yapılabilmektedir.

Mediation in the Reinstatement Litigation

Abstract: It would be improbable that the legislator, who adopted the mediation procedure regarding to diminish the burden on the labour court and accelerate the process would not accept the same procedure for the reinstatement claims whose numbers are getting higher every day.

The law maker regulates the period of time that should be respected before the opening of the reemployment lawsuits, the period of time after the failure of the mediation procedure for the opening of the reemployment lawsuits and the functioning of the mediation procedure for the reemployment.

* Makale Geliş Tarihi: 13.04.2018

** Dr. Öğr. Üyesi. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

A special regulation is foreseen for the application to the mediator regarding the reemployment in case of the existence of the primary employer – subcontractor relationship. On the other hand, the mediation procedure for the reemployment in case of the termination of the labour contract due to reemployment, transfer of the business place and syndicate reasons is separately regulated.

Under this work, a brief explanation on the definition and characteristics of the mediation procedure is given. The main purpose of this work is to determine the legal problems of the mediation procedure that has been accepted as the cause action and to propose possible solutions to these problems.

As it has not been long time from the entry into force of the Code till the finish of this work and as there are not specific works published on the mediation for the claims of reemployment in the doctrine; the works on the notion of mediation and its characteristics could only be used as sources.

Giriş

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu² (İMK) ile 30.01.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Kanunla özellikle iş mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usulleri düzenlendiği gibi, *dava şartı* olarak *arabuluculuk kurumu* da kabul edilmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemelerin en çok tartışılan ve tartışılacak tarafı şüphesiz arabulucuya başvurulmasının dava şartı haline getirilmiş olmasıdır. İş hukukunda arabuluculuk konusunun tartışılmasında ve tartışılacak olmasında önemli gerekçeler bulunmaktadır. Her şeyden önce iş hukukunun emredici yapısı nedeniyle bu hukuk disiplininde genel olarak arabuluculuğun mümkün olup olmadığı, arabuluculuk kurumunun mümkün olduğu kabul edilse dahi zorunlu (dava şartı olarak) arabuluculuğun kabul edilip edilemeyeceği, zorunlu arabuluculuğun sınırlarının ne olduğu ve belirlenen sınırlar doğrultusunda uygulanması zorunlu olan arabuluculuk kurumunun, arabuluculuğun doğasıyla çelişip çelişmediği ve hak arama özgürlüğünü ihlal edip etmediği tartışılacak önemli konular arasında yer almaktadır.

Konu yukarıda belirttiğimiz başlıklar altında genel olarak tartışılmaya muhtaç olduğu gibi, konunun özel olarak tartışılması gereken ve uygulama açısından önem taşıyan yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan biri de işe iade davalarında arabuluculuktur.

² Kabul T.: 12.10.2017, Resmi Gazete T. 25.10.2017, S. 30221.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin kabul edilmesiyle birlikte feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin davalar (işe iade davaları) ikame edilmeye başlanmış ve bu yeni dava türü iş davalarının sayısını artırmıştır. Arabuluculuk kurumunu iş yargılamasının yükünü azaltmak ve iş yargılamasındaki dava sürecini hızlandırmak için kabul eden kanun koyucunun, iş yargılamasının yükünü fazlasıyla artıran ve şartların varlığı halinde tahkim yolunun dahi açık olduğu işe iade davaları için kabul etmemesi beklenemezdi. Kısacası, kanun koyucunun genel gerekçesi açısından bakıldığında bu davalarda da arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi kaçınılmaz olmuştur.

Kanun koyucu benimsediği anlayış doğrultusunda, İMK m.3 hükmünde işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğunu açıkça hükme bağladığı gibi, İMK m. 11 hükmü ile 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 1. ve 3. fıkralarını değiştirerek, işe iade taleplerinden önce arabulucuya başvurulması gereken süreyi ve anlaşamama halinde dava açılması gereken süreyi de düzenlemiştir. Bunun yanında, aynı Kanunla 4857 sayılı İş Kanununun 21. madde hükmü de değiştirilerek, arabulucuya başvuru sonucunda, işe iade talebi bakımından arabuluculuk sürecinin ne şekilde işleyeceği de düzenlenmiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda sürece ilişkin olarak, İMK m.3/15 hükmünde özel bir düzenleme yapılmış ve işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması da aranmıştır. Diğer taraftan konu, sendikal nedenle fesih halinde işe iade bakımından ayrıca düzenlenmemiştir.

Çalışmamızda arabuluculuk kurumunun tanımına ve özelliklerine kısa bir şekilde yer verilmiş olup işe iade talepleriyle açılan davalarda da dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuğun ve buna ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz yasal düzenlemelerin uygulamada ortaya çıkaracağı olası hukuki sorunlar belirlenmeye ve buna ilişkin çözüm önerileri ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın yapıldığı sırada Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla uzun bir süre geçmediğinden ve dolayısıyla işe iade davalarında arabuluculuk konusuna ilişkin olarak çalışma yapılmamış olduğundan sadece arabuluculuk kavramı ve özelliklerine ilişkin olarak kaynak araştırması yapılabilmektedir.

Arabuluculuk Kavramı

Genel Olarak

Özellikle 20. Yüzyılın son çeyreğinde yargılama hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tartışılmış ve bu çözüm yollarına yoğun bir eğilim yaşanmıştır (Doğan Yenisey, 2016:167; Bulur, 2007:31). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin farklı tanımlar bulunmakla birlikte, öğretilerde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genel bir biçimde, *“ tarafların resmi bir yargılama usulüne gereksinim duymaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri için başvurdukları, kendilerine*

yardımcı olan bir dizi usuller topluluğu” şeklinde tanımlanmıştır (Özbek, 2009:191-192; Tanrıver, 2006:151 vd.; Yıldırım, 2007:349-350; Şıpka, 2007:164; Pekcanitez vd., 2017:602; Alpagut, 2018:112 vd.).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak arabuluculuk, uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma sayılabilir³ (Tanrıver, 2006:160; Ildır, 2003:78 vd.). Şüphesiz alternatif çözüm yöntemleri, bunlardan ibaret değildir. Kanun koyucu, belirtilen çözüm yollarından bir kaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler oluşturabilir ve hatta bunların dışında da farklı yolları kabul edebilir (Tanrıver, 2006:160; Özbek, 2009:73; Bulur, 2007:32). Sayılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en etkin ve yaygın olanının arabuluculuk ve uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür (Tanrıver, 2006:165; Pekcanitez, 2005:15-16; Biçkin, 2006:36).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculukta, kamu düzenine ilişkin olmayan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, uyuşmazlığın çözümü için bağımsız, tarafsız ve objektif konumda bulunan ve uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişinin yardımıyla bir araya gelerek, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak üzere iletişim kurarlar ve gizli yürütülen müzakereler sonucunda birbirlerini anlayarak, uyuşmazlığın çözümünü kendileri bulmaya çalışırlar⁴ (Tanrıver, 2006:165; Ildır, 2003:88; Şıpka, 2007:165; Özbek, 2009:202; Namlı, 2016:155).

Kısaca kurum, tarafların aralarında ortaya çıkmış *kamu düzenine ilişkin olmayan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri* konuya ilişkin uyuşmazlıklara, dava yerine, *üçüncü kişi nezdinde kendi iradeleri ile uzlaşarak* son vermelerini amaçlayan, barışçı çözüm yollarından biri olarak tanımlanabilir (Güzel, 2016:1135; Doğan Yenisey, 2016:172-173; Tanrıver, 2006:158; Şıpka, 2007:165-166; Ildır, 2003:61; Manav Özdemir, 2015:205).

Görüldüğü üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculukta bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olan arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez ve tarafları anlaşmaya varmaya dahi zorlayamaz (Şıpka, 2007:165; Yıldırım, 2007:349). Arabulucu, sadece taraflar arasında iletişim kurulmasını kolaylaştırır, müzakere sürecinin başlamasına ve bunun devam ettirilmesine katkı sağlar (Tanrıver, 2006:165; Şıpka, 2007:168).

Arabulucunun karar verme yetkisinin olmadığı konusunda tartışma bulunmamakla birlikte, çözüm önerisinde bulunup bulunamayacağı ise, öğretide

³ İhtiyari tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığına ilişkin yapılan tartışmalar için bkz. (Tanrıver, 2006:171; Kısmet Kekeç, 2011:22-23; Bulur, 2007:32).

⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başlangıçtaki hedefinin küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümü olarak görüldüğü ancak zaman içinde bu yöntemlerin çok daha geniş kapsamlı biçimde uygulanmaya başlandığı belirtilmiştir, bkz. (Doğan Yenisey, 2016:167; Tanrıver, 2006:89; Yıldırım, 2007:349; Kekeç, 2011:23; Bulur, 2007:42; Manav Özdemir, 2015:205). Başka tanımlar için bkz. (Karacabey, 2016: 458).

tartışmalıdır (Tanrıver, 2006:165; Pekcanitez vd., 2017:605). Aşağıda ifade edileceği üzere, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) yapılan son değişiklikle birlikte arabulucunun belli durumlarda tavsiyede bulunabileceği kabul edilmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu (İMİK) Ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) Bakımından Arabuluculuk Kavramı Ve Kurumun Genel Olarak Özellikleri

İş Mahkemeleri Kanununda arabuluculuk kurumu tanımlanmamıştır. Ancak Kanunun 3. maddesinin 20. fıkrasında, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 07/06/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedende HUAK'ta yapılan tanım, iş hukukunda arabuluculuk açısından da esas alınmalıdır.

HUAK m.2/b hükmünde 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, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde (HUAKY) de yer almıştır.

Kanunda yapılan tanım, yukarıda belirttiğimiz öğretilerde yapılan tanımla genel itibariyle örtüşmektedir. Önemle ifade edelim ki, HUAK m.2/b hükmü, 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 17. maddesi ile değiştirilmeden önce, hükümde arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisinden bahsedilmemekteydi; yapılan değişiklikle *“tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen”* ibaresi teselsül ettirilerek arabulucunun çözüm önerisinde bulunma yetkisi kabul edilmiştir. Son yapılan bu değişiklikle birlikte her ne kadar arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisi düzenlenmişse de, arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunmadığı gibi, getirdiği çözüm önerisi ile tarafları baskı altına alması da mümkün değildir (Subaşı, 2003:757-758). Kısaca ifade etmek gerekirse, son değişikliğe rağmen arabulucunun öncelikli hedefi, tarafların menfaatlerini dengeleyici bir anlaşma ortamı sağlamaktır.

HUAK m.2 hükmünün gerekçesi de, kurumun özünü ve özelliklerini hem genel olarak hem de iş hukuku açısından ortaya koymak bakımından son derece önemlidir. Gerekçede *“...bu tanımlama çerçevesinde arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarına ve bu suretle **“kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak”** için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile,*

arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümleri kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; haklı veya haksız bulmaya yabut belirlemeye yönelik olarak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir...” şeklindeki ifadelerle arabuluculuk kurumunun özellikleri net biçimde açıklanmıştır. İfade edelim ki, her ne kadar, gerekçede arabulucunun çözüm önerisi getiremeyeceğinden bahsedilmişse de, yukarıda da belirtilen son değişiklikle birlikte söz konusu ifadenin bir anlamı kalmamıştır.

Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Yukarıda açıklandığı üzere, arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarının tamamı, devlet eliyle yürütülen yargılamaya göre seçimsel bir yol olarak yargının yanında yer alan ve bu şekilde işlerlik kazanan, ancak devlete ait yargı yetkisinin egemenliğini ihlal etmeyen ve gönüllülük esası üzerine kurulan barışçıl çözüm yollarıdır (Karacabey, 2016:464). Bu anlayışın sonucu olarak, arabuluculukta iradelerin egemenliği temel özellik olarak ortaya çıkmakta ve bu bağlamda, arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, süreçte uygulanacak yöntem ve esası belirlemede ve çözüme ulaşım ulaşmama konusunda taraflar serbest olmaktadır.

Arabuluculuk kurumunun doğası gereği olması gereken söz konusu irade egemenliği, HUAK'ta mutlak bir şekilde tanınmışsa da İMK'da aynı anlayış benimsenmemiştir. HUAK'ta arabuluculuk kurumu, özel hukuk uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce başvurulması gereken zorunlu bir kurum olarak yer almamışsa da, İMK'da dava şartı olarak arabuluculuk kurumu kabul edilmiştir. İMK tasarı taslağında, “zorunlu arabuluculuk” başlıklı 3. maddede, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur...*” şeklinde bulunan düzenleme

gereği, sadece işçinin açacağı davalar bakımından arabuluculuk zorunlu kılınmıştı. Ancak yasalaşan metinde, “dava şartı olarak arabuluculuk” başlıklı 3. maddede, sadece işçinin iş ilişkisinden kaynaklı açacağı davalarda değil, iş uyuşmazlığından kaynaklı işverenin de işçi aleyhine açacağı davalardan önce arabulucuya başvurması zorunlu tutulmuştur⁵.

Arabulucuya başvurulmaması durumunda İMK tasarısı taslağında “...12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Mubakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem” yapılacağı düzenlenmiş; yasalaşan metinde ise, herhangi bir şekilde HMK m.115 hükmüne atf yapılmamıştır. Ancak bu durum, kurumun dava şartı olarak düzenlenmiş olduğu ve HMK m.115/1 hükmünün uygulanacağı sonucunu değiştirmez. Bu hüküm gereğince mahkeme, arabulucuya başvurmadan dava açılıp açılmadığını davanın her aşamasında resen göz önüne alacak ve aynı şekilde taraflar da bunu her aşamada ileri sürebilecektir (Alpagut, 2018:127). Bununla birlikte HMK m.115/2 hükmü uygulama alanı bulmayacağından, dava arabulucuya başvurulmadan açılmışsa, mahkemece davacıya eksikliği gidermesi için herhangi bir süre verilmeksizin ya da herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddi gerekecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, arabulucuya başvurulmaksızın dava açılması halinde taraflara arabulucuya başvurmak için kesin süre verilmeyecektir⁶.

İşe iade taleplerinde de farklı bir anlayışın benimsenmediği görülmektedir. Gerçekten 7036 sayılı İMK'nın 11. maddesiyle, 4857 sayılı Kanunun 20. maddesine eklenen “...arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.” düzenlemesiyle, arabulucuya başvurmadan dava açılması halinde, davanın usulden reddedileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Tahkim Şartının Varlığı Halinde de Arabulucuya Başvuru Zorunluluğunun Bulunması

İMK m. 11 hükmü ile 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 1. ve 3. fıkraları değiştirilerek, işe iade taleplerinden önce arabulucuya

⁵ Düzenlemenin genel olarak eleştirisi için bkz. (Atalı, 2018:80 vd.).

⁶ Bununla birlikte, arabulucuya başvurulduktan sonra dava açılmış fakat arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini davacı, dava dilekçesine eklememişse, bu tutanağın mahkemeye sunulması için bir haftalık kesin süre verilecektir (İMK m.3/2). Dolayısıyla, davacının arabulucuya başvurma zorunluluğunu yerine getirdiği halde son tutanağı dava dilekçesine eklememesi halinde ortaya çıkan eksikliğin tamamlanabilmesi öngörülmüştür. Ancak söz konusu kesin süre içinde tutanak mahkemeye sunulmazsa, davanın usulden reddine karar verilecektir (İMK m.3/2).

başvurulması gereken süre ve anlaşamama halinde dava açılması gereken süre düzenlenmiştir. Buna göre, “İş sözleşmesi fesbedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir...” hükmüne yer verilmiştir.

Madde hükmünden taraftarın tahkim sözleşmesi yapması halinde de, arabulucuya başvurmamasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten maddede geçen “...Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir...” şeklindeki ifadelerden farklı bir sonuca ulaşmak zordur.

Tahkim, arabuluculuktan farklı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkimde taraflar, geçerli bir tahkim sözleşmesi doğrultusunda, aralarında doğmuş olan bir uyuşmazlığın çözümünü, kendi seçecekleri tarafsız üçüncü kişiden (hakemden) talep ederler (Özbek, 2009:211). Bu yolda, uyuşmazlığın tarafları üçüncü kişi durumundaki hakemin vereceği kararın bağlayıcı olduğunu kabul ettiklerinden, mahkemenin yargılama yetkisi ortadan kaldırılmış olunur (Özbek, 2009:211).

Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı tartışmalı⁷ olmakla birlikte, tahkimin genel olarak özellikleri, iş hukukunda zorunlu değil ihtiyari tahkimin benimsendiği ve kanun koyucunun arabuluculuğu kabul etme gerekçeleri dikkate alındığında, kanımızca tarafların tahkime gitmeden önce de arabulucuya başvurmalarını öngörmek isabetli değildir.

Hak Düşürücü Süreye İlişkin Düzenlemenin Uygulamada Sorun Yaratacak Nitelikte Olması

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde yer alan “...arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.” şeklindeki düzenleme hak düşürücü sürenin belirlenmesi bakımından uygulamada sorun yaratacak niteliktedir.

Gerçekten de maddede arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan dava açılması halinde, mahkemenin ret kararının resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvuru yapılması gerektiği öngörülmüştür (Ekmekçi, 2018:12). Ancak davanın, arabulucuya başvuru yapılmadan **ne kadar süre içerisinde doğrudan açılmış olması** durumunda hakkın sona ermediği ve hâlâ arabulucuya başvuru imkanı

⁷ İhtiyari tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığına ilişkin yapılan tartışmalar için bkz. (Tanrıver, 2006:171; Kısmet Kekeç, 2011:22-23; Bulur, 2007:32).

olduğu noktasında belirsizlik bulunmaktadır. Daha net bir ifadeyle belirtmek gerekirse, kanun koyucu doğrudan arabulucuya başvurulması gereken süreyi ve arabuluculuk sürecinde anlaşılabilmesi halinde dava açılması gereken süreyi, aynı şekilde arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açılması halinde, ret kararı üzerine arabulucuya başvurulması gereken süreyi açık bir şekilde düzenlemiştir. Bununla birlikte, bu son olasılık bakımından sunulan imkanın kullanılabilmesi için davanın açılacağı süreye ilişkin açıklık yoktur. Örneğin, davacı fesih bildirimini tebliğinden itibaren 3 ay geçtikten sonra arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açarsa ve arabulucuya başvurmadığı için İMK m.3 ve 4857 sayılı İş Kanunu m.20 hükmü gereği ret kararının kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurursa, davalı tarafça, davacının hak düşürücü süreyi geçirdiği iddiasında bulunulabilecek midir?

Şüphesiz bu noktada arabulucuya başvurmadan davanın iki hafta ya da bir ay içinde doğrudan açılması halinde verilen ret kararı üzerine hâlâ arabulucuya başvuru imkanının olduğu düşünülebilir ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu konuda hükümde açıklık yoktur. Bu nedenle, arabulucuya başvurmadan ve fesih bildirimini tebliğinden iki hafta ya da bir ay geçtikten sonra dahi doğrudan dava açılması halinde mahkemenin ret kararı vermesi üzerine yeniden arabulucuya başvuru imkanı gündeme gelebilecektir. Bu olası tartışmaların önüne geçebilmek için arabulucuya başvuru yapılmadan fesih bildirimini tebliğinden itibaren sadece iki hafta ya da bir ay içinde doğrudan davanın açılması halinde mahkemenin vereceği ret kararı üzerine hâlâ arabulucuya başvuru imkanının olduğunun açık bir şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır. Böyle bir düzenlemenin yapılması durumunda, davanın iki hafta ya da bir ay geçtikten sonra arabulucuya başvurmadan doğrudan açılması halinde ise, artık işçinin işe iade davası açma hakkının tamamen ortadan kalktığı tartışmasız şekilde savunulabilecektir.

Değişiklik yapılmadığı sürece yürürlükteki düzenleme açısından ise, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren arabulucuya başvurmadan *bir ay içinde* doğrudan dava açılması halinde mahkemenin ret kararı üzerine tarafların arabulucuya başvurabileceğini, *bir aylık süre geçtikten sonra* arabulucuya hiç başvuru yapılmadan doğrudan dava açılması halinde ise, artık işe iade davası açma hakkının ortadan kalktığını kabul etmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

İşe Başlatılmaya İlişkin Anlaşma Yapılması Durumunda Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret ve İş Güvencesi Tazminatı Alacakları

Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret ve İş Güvencesi Tazminatı Alacaklarının Pazarlığa Konu Olabilmesi

Arabulucuya başvuru sonucunda, işe iade talebi bakımından arabuluculuk sürecinin ne şekilde işleyeceği de düzenlenmiştir. İMK m.12 hükmü ile 4857 sayılı

Kanunun 21. maddesinin 6. fıkrasından sonra gelmek üzere, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde; işe başlatma tarihini, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.*” düzenlemesi getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, işe başlatma tarihi dışında, işe başlatmamanın sonuçlarının belirlenmesi de zorunlu tutulmuştur⁸. Böyle bir düzenlemenin isabet taşıdığı düşünülebilir; zira bu şekilde bir düzenleme olmasaydı, her şeyden önce iş yargılamasının yükünü hafifletme yönünde kanun koyucu tarafından öngörülen amacın gerçekleşemeyeceği, işe iade yönünde yapılan anlaşmaya rağmen işçinin, işveren tarafından işe alınmaması halinde, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen dört aylık ücret alacağı için yeniden arabulucuya başvurması ya da doğrudan dava açması gerekeceği ileri sürülebilirdi.

Belirtilen yönden isabet taşıyan düzenleme, bazı açılardan önemli sorunlar yaratacak niteliktedir. Gerçekten her şeyden önce arabulucu huzurunda tarafların işe iade talebinin sonuçları üzerinde anlaşmasının gerekmesi nedeniyle, iş güvencesi tazminatının miktarını en az dört aylık en fazla sekiz aylık ücret tutarında ve boşta geçen ücret alacağının miktarını en fazla dört aylık ücret tutarında olacağını öngören hükmün emrediciliği de önemini yitirecek ve işe iade davasının sonuçları tam bir pazarlık konusuna dönüşecektir (Güzel, 2016:1145; Alpagut, 2016:213). Şüphesiz arabuluculuk kurumunun kabulüyle birlikte tarafların pazarlık hakkı, sadece işe iade davasının sonuçlarına özgü olmayıp, isabetsiz bir biçimde iş hukukunun emredici nitelikteki birçok hükmüne ilişkindir.

Açıklanan dışında, özellikle boşta geçen süre ücretine ilişkin tarafların anlaşması, başka sorunları da getirebilir. Bilindiği üzere, boşta geçen süre için ödenen miktar, ücret niteliğinde olup işçinin çalışma süresine bağlı olan hakları doğrudan etkilemektedir. Bu bakımdan, işveren bu süre için vergi ve SGK'ya da prim ödemekle yükümlü olmaktadır. Ancak arabulucu huzurunda tarafların anlaşmasıyla, işveren hukuka aykırı yaratmış olduğu sonuçtan yararlanabilecek, işçi ve SGK bakımından ise olumsuz sonuç ortaya çıkacaktır⁹.

⁸ Taslak'ta yer alan benzer düzenlemenin isabet taşıdığı konusunda bkz. (Güzel, 2016:1145). Bunun dışında genel olarak taslak'taki düzenlemelerin eleştirisi için bkz. (Doğa Yenisey, 2016:167 vd.; Özümücü, 2016:832 vd.)

⁹ Yürürlükten önceki düzenlemeye ilişkin olarak yapılan açıklamalar için bkz. (Çelik vd., 2015:326 vd.; Tunçomağ ve Centel, 2015:203 vd.; Süzek, 2017: 644 vd.; Mollamahmutoglu vd., 2017:361 vd.; Eyrenci vd., 2016:205 vd.)

Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret Alacağıın Miktarı

Boşta geçen süre ücretinin işe iadenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kesin olmadığı bir dönemde taraflarca belirlenmesi işçi aleyhine olabilecek niteliktedir. Zira işe başlatma tarihinin belirlenmesine rağmen işçinin işverence işe başlatılması kesin değildir. İşçinin en geç bir ayın (dört haftanın) sonunda arabuluculuğa başvurduğu ve en fazla dört haftalık sürenin sonunda da arabuluculuk sürecinin tamamlandığı düşünüldüğünde, işçinin boşta geçen süre ücreti en fazla 8 hafta (yaklaşık iki ay) olabilir. Şüphesiz tarafların 8 haftayı aşacak şekilde boşta geçen ücret alacağını kararlaştırmaları da mümkündür. Ancak ne var ki, boşta geçecek sürenin uzunluğu esas alındığında, tarafların 8 haftayı aşacak şekilde boşta geçen süre ücret alacağını belirlemeleri çok gerçekçi bir beklenti değildir¹⁰. İşçinin işverence anlaşma tutanağında belirlenen tarihte işe başlatılması halinde taraflarca belirlenen boşta geçen ücret alacağı miktarı hakkaniyetli olabileceksede, işe başlatılmadığı bir olasılıkta ise işçinin sadece 8 haftalık boşta geçen süre ücret alacağı alması kendisinin aleyhine olacaktır.

Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret ve İş Güvencesi Tazminatı Alacaklarına Hak Kazanılması Bakımından Anlaşma Serbestisinin Sınırlandırılmış Olması

Tarafların işe başlatma, boşta geçen süre ücret alacağı ve iş güvencesi tazminatının miktarı hakkında anlaşmaları ancak işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, boşta geçen süre ücretine ve iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı önemli bir başka sorundur.

Bilindiği üzere, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşamaması nedeniyle işçinin dava açması ve davanın lehine sonuçlanması durumunda, kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurması şartına bağlı olarak, işçi boşta geçen dört aylık ücret alacağına ve başvurusu üzerine işe alınmaması halinde iş güvencesi tazminatına hak kazanır. Dava sürecinin sonunda işçinin işe başlamak için başvuru yapması şartıyla boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına ve başvurusu üzerine işe alınmamasına bağlı olarak iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı kabul edildiğinden, aynı şartların arabuluculuk sürecinde anlaşma halinde de aranması gerekip gerekmediği belirlenmelidir.

Maddede, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, feshin geçerli hale dönüşeceği ifade edilmiş ancak aşağıda da ifade edileceği üzere özellikle, *kararlaştırılan boşta geçen süre ücret alacağına* işçinin hak kazanıp kazanmayacağı açık bir biçimde düzenlenmemiştir.

¹⁰ Öğreti’de, dört ayın altında herhangi bir rakamın kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı sorusu sorulmuş ve Kanunun bir sınırlama getirmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür (Ekmekçi, 2018:17).

Konuya ilişkin olası bir yaklaşım olarak arabuluculuk sürecinde tarafların serbestçe anlaşabileceği ve bu yüzden Kanun gereği geçerli hale dönüşen feshe ya da işçinin işe başlamamasına rağmen kendisinin boşta geçen süreye ilişkin ücrete ve iş güvencesi tazminatına hak kazanabileceği öğretide ileri sürülebilir.

Bununla birlikte yürürlükteki düzenleme karşısında kanımızca yargılama dışında, arabuluculuk sürecine özgü olarak da kanun koyucu tarafından işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale geleceğinin açıkça kabul edilmesi karşısında, işçinin artık boşta geçen süre ücret alacağı ile iş güvencesi tazminatına hak kazanacağını savunmak güçtür. Zira her şeyden önce yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve iş güvencesi tazminatı alacakları geçersiz feshe bağlanan sonuçlardır. Arabuluculuk sürecinde de işçinin işe başlamamasıyla feshin geçerli hale dönüştüğünü kabul edip işçinin söz konusu alacaklara hak kazandığını savunmak iş güvencesi kurumunun esaslarıyla çelişki gösterir. Önemle vurgulamak gerekir ki, kanun koyucu, arabuluculuk sürecini dikkate alarak işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale dönüştüğünü açıkça kabul ettiğinden, bu konuda tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşma serbestisinin açıkça sınırlandırıldığı ve geçerli feshin hukuki sonuçlarının doğduğu kabul edilmelidir.

Nitekim, hükümde “...*üçüncü fıkradaki düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkradaki düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur...*” ifadelerine yer vermek suretiyle, taraflarca arabuluculuk sürecinde kararlaştırılan ve anlaşma tutanağında yer alan iş güvencesi tazminatının işe alınmama halinde ödenmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. İşe alınmama durumunun ortaya çıkması için işçinin öncelikli olarak kararlaştırılan tarihte işe başlamak amacıyla işyerine gitmesi gerektiği şüphesizdir.

Bununla birlikte boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı bakımından ise, iş güvencesi tazminatı alacağından farklı olarak aynı açıklık bulunmamaktadır. Bu bakımdan, tarafların işe başlatma tarihinde anlaşmaları halinde işçinin öncelikli olarak kararlaştırılan tarihte işe başlamak amacıyla işyerine gitme zorunluluğunun olmadığı, böylece işçi işe başlamasa dahi kendisinin boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına hak kazanacağı ileri sürülebilir. Ancak kanımızca yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması durumunda hem feshin geçerli hale dönüşeceğini kabul edip hem de işçinin boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına hak kazanacağı savunmak mümkün değildir. Konu, arabuluculuk sürecine özgü olarak ayrıca özel biçimde düzenlendiğinden, tarafların bu konuda pazarlık hakkının da yasal düzenlemeyle sınırlandırıldığı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları ancak işçinin belirlenen tarihte işe başlamaması halinde boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına ve iş güvencesi tazminatına hak kazanması mümkün olmamalıdır.

Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret ve İş Güvencesi Tazminatı Alacaklarının Şarta Bağlanmış Olması Nedeniyle İcra Edilebilirlik Sorunu

Arabuluculuk süreci sonucunda düzenlenen anlaşma belgesi maddi hukuk sözleşmesi olduğundan, belgenin genel olarak herhangi bir şarta bağlanması ve mahkemenin şarta bağlanmış belgeye de icra edilebilirlik şerhi vermesi Kanundaki düzenleme uyarınca mümkünse de, böyle bir anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhine rağmen ilamlı icraya konu olması kanımızca mümkün değildir.

Bununla birlikte bir olası yaklaşım olarak, anlaşma belgesi inhisari şarta bağlıysa hemen icra edilebileceği, anlaşma belgesi taliki şarta bağlıysa tutanağın icrasının ancak şartın gerçekleşmesinden sonra talep edilebileceği ortaya çıkabilir. Kısaca ifade etmek gerekirse, anlaşma belgesinin ilamlı icraya konu olması için belgenin kayıtsız ve şartsız para borcu ikrarını içermesi gerektiği kabul ettiğimiz yaklaşımın aksine bir görüş olarak ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, yinelemek gerekirse anlaşma belgesi maddi hukuk bakımından sözleşme niteliğinde olduğundan şarta bağlanabilir. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere esasen kanun koyucu işe iade bakımından, anlaşmanın şarta bağlanabileceğini açıkça kabul etmiştir. Buna göre taraflar, işe iade konusunda anlaşmaları halinde işe başlatma tarihini ve işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı miktarını belirlemelilerdir. Böylece bazı alacakların ödenmesi, işçinin işe başlatılmama şartına tabi kılınmıştır. Ancak anlaşmanın belirtilen şekilde şarta bağlanabilmesi ve mahkemenin bu nitelikteki belgeye icra edilebilirlik şerhi verebileceğini öngören Kanundaki düzenleme uygulamada sorun yaratacak niteliktedir. Zira icra memurunun şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etme yetkisi olmadığından ve icra memuru şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyeceğinden, kısacası anlaşma belgesi kayıtsız şartsız para borcu içermediğinden, bunu icraya koymaktan imtina edecektir. Böyle bir durumda da belgeye mahkemece icra edilebilirlik şerhinin verilmiş olması uygulama açısından anlam ifade etmeyecektir.

Kısaca ifade edecek olursak, anlaşma belgesinin şarta bağlanıp bağlanamayacağı, bu belgeye icra edilebilirlik şerhinin verilip verilemeyeceği ayrı ve şarta bağlı anlaşma belgesinin uygulamada icraya konu olup olmayacağı ayrı sorunlardır. Sonuç olarak kanaatimizce anlaşma belgesi şarta bağlanabilir ve bu durum kanun koyucu tarafından da açıkça kabul edilmiştir. Ayrıca Kanundaki düzenleme uyarınca, bu belgeye mahkemece icra edilebilirlik şerhi de verilir. Ancak bu şerhe rağmen şarta bağlı anlaşma belgesi icra edilemez.

Önemle belirtelim ki, şarta bağlı anlaşma belgesinin de icra edilebilir olduğu kabul edilirse, uygulamada sorunlar ortaya çıkabilir. Gerçekten, kararlaştırılan tarihte işverence işe başlatılmak istenen ancak buna rağmen işe başlamayan işçinin anlaşma tutanağı aracılığıyla ilamlı icra takibi başlatılmak istemesi ve icra memuru tarafından da bu yolun başlatılması halinde, işveren gerçekleşmemiş bir şarta

rağmen borcunu ödeme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Zira bu durumda başlatılan icra takibi ilamlı olduğundan, takibin itiraz ile durması mümkün değildir. Bu olasılıkta işveren sadece şikayet yoluna başvurabilecektir.

İşçinin Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamamasının Feshin Hukuki Niteliğine Olan Etkisi ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları ve bunun tarihini belirlemeleri, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması veya işverence işe başlatılmaması halinde feshin hukuki niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar üzerinde durulmalıdır.

İşçinin işe iade talebiyle işverene karşı dava açmadan önce arabulucuya başvurması ve tarafların süreçte yukarıda belirtilen üç husus üzerinde anlaşmış olması, *kural olarak*, işverence gerçekleştirilen feshin geçersiz ya da geçerli olduğu sonucunu doğurmalıdır. Her şeyden önce feshin geçersizliğinin tespiti mahkemelerce yapılmalıdır. Bunun yanında arabuluculuk kurumunun doğası gereği süreçte pazarlık söz konusu olduğundan ve haklı ya da haksız belirlenmediğinden, işveren, feshin geçerli ya da haklı nitelikte olduğunu iddia etse ve gerçekten de fesih geçerli hatta haklı olsa bile, tarafların işçinin işe iadesinde anlaşmalarına ve bu çerçevede işçinin işe başlatılma tarihini, boşa geçen süreye ilişkin ücretinin miktarını ve iş güvencesi tazminatının miktarını belirlemelerine bir engel yoktur. Aksi durum, arabuluculuk kurumunun mantığıyla bağdaşmaz.

Bununla birlikte tarafların, işçinin işe başlatılması, işe başlatma tarihi, boşa geçen süre ücret alacağı ve iş güvencesi tazminatı miktarı üzerinde anlaşmaları ancak anlaşmaya rağmen *işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, işverence yapılan fesih*, kanun koyucu tarafından açık bir şekilde doğrudan *geçerli* sayılmıştır. İMK m.12 hükmü ile 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen "... *işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.*" düzenlemesi karşısında başka bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Kanun koyucunun benimsediği anlayış kanımızca isabetli değildir. Belirtelim ki, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşamamaları ve işçinin dava açması üzerine, iş mahkemesinin işe iadeye karar vermesi ve işçinin işe başlamak amacıyla işverene başvurmaması durumunda yapılan feshin geçerli kabul edilmesiyle (İşK. m. 21/6), anlaşma tutanağında belirlenen tarihte işçinin işe başlamaması üzerine feshin geçerli hale gelmesi aynı kapsamda değerlendirilemez. Zira işçinin dava açması halinde *feshin geçersizliğinin/ haksızlığının mahkemece tespiti ve mahkemece tespit edilen geçersiz/ haksız feshin* işçinin işe başvurmaması nedeniyle geçerli hale gelmesi söz konusuyken; ikinci hâlde ise, mahkemece feshin niteliğine ilişkin yapılan herhangi bir değerlendirme olmaksızın, tarafların salt bazı konular üzerinde arabulucu huzurunda anlaşmaları dikkate alınmış ve işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, yapılan anlaşmadan yola çıkılarak

feshin geçerli hale geleceği kabul edilmiştir. Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, yürürlükteki düzenlemeyle, mahkemece yapılan bir değerlendirme olmaksızın sadece tarafların anlaşmalarına ve işçinin daha sonra işe başlamamasına bağlı olarak, işverence yapılan feshin geçerli olduğu kanun koyucu tarafından benimsenmiştir.

Ortaya çıkabilecek örnek niteliğindeki olaylar da kanun koyucunun yaklaşımının isabetli olmadığını göstermek adına önemli olacaktır. Buna göre örneğin, işverenin İşK. m.25/2 hükmüne göre haklı bir nedenle sözleşmeyi feshetmesine rağmen, arabuluculuk süreci sonunda işçinin işe iadesi konusunda taraflar arasında anlaşma yapılmasına engel yoktur. Böyle bir olasılıkta, esasen İşK. m.25/2 kapsamında olması nedeniyle haklı nitelik taşıyan fesih, işçinin işe başlamaması nedeniyle, geçerli feshe dönüşecektir. 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinde “...**fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.**” düzenlemesi yer aldığından, işverenin şartların oluşması halinde kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemesi gerekecektir.

Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından işçi ile işverenin işe iade konusunda anlaşmaları halinde, gerçekleştirilen ilk feshin ortadan kaldırıldığını ve sözleşmenin devamı yönünde tarafların anlaşmalarını kabul etmek uygun olur. Bu anlayış doğrultusunda işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde ise, devam ettiği kararlaştırılan iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna ulaşmak isabetli olur. Bu durumun işçi aleyhine olduğu düşünülebilir. Gerçekten görüşümüz doğrultusunda işçi kararlaştırılan tarihte işe başlamazsa bir çok işçilik alacağından yoksun kalacağı gibi, kendisi ihbar tazminatı dahi ödemek zorunda kalacaktır. Ancak tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması gereken tarihi çok ileri bir tarih olarak belirlemeleri mümkün olmakla birlikte çok olası değildir. Görüşmelerden kısa bir süre sonrası için işçinin işe başlama tarihinin belirlenmesi ve buna rağmen işçinin işe başlamaması halinde, işçinin ortaya çıkan sonuçlara katlanması gerekir.

Dava yoluna gidildiğinde ise, görüşümüz kabul edilemez. Zira böyle bir durumda, davanın en az 3-4 yıl sürdüğü dikkate alınırsa, işçinin 3-4 yıl gibi uzun bir süre sonra aynı işe başlamaması halinde, bunun işçi fesih olarak değerlendirilmesi hakkaniyetli olmaz. Nitekim kanun koyucu da işçinin dava sonucunda işe başlamaması halinde, işçinin işe başlamamasını işçi feshi olarak değerlendirmemiş ve işverence yapılan feshi geçerli bir fesih olarak kabul etmiştir (İşK. m.21/6).

İşe iade bakımından arabuluculuk sürecini tamamlayan işçinin geçerli feshe bağlı olarak ortaya çıkan kıdem ve ihbar tazminatına ve diğer işçilik alacaklarına ilişkin dava açmadan önce de İMK m.3 gereğince arabulucuya başvurmasının zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Kısacası, bu olasılıkta arabulucuya başvurulduğu ve yeniden arabulucuya başvurunun gerekli olmadığı kabul edilemez. Zira taraflarca gerçekleştirilen ilk arabuluculuk görüşmesi işe iadeye ilişkin olup kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer olası talepler ayrı ve bağımsız talep niteliğindedir. Bu noktada uyuşmazlık konusu değişmiştir. Bununla birlikte, tarafların işe iadeye ilişkin arabuluculuk sürecinde iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süre ücret alacağı

dışında, kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin de görüşme yapmalarına herhangi bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Buna ilişkin görüşme yapılmış ve anlaşma sağlanamamışsa, işçinin doğrudan dava açması mümkün olacaktır.

Konuya ilişkin son olarak ifade edelim ki, kanun koyucu herhangi bir ayırım yapmadan mutlak biçimde işçinin kararlaştırılan tarihte **işe başlamaması halinde feshin geçerli hale geleceğini ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacağını** düzenlediğinden, işçinin anlaşma yapıldıktan sonra fakat işe başlama tarihinden önce hayatını kaybetmesi durumunda da feshin geçerli hale geleceği kabul edilmelidir. Bu olasılıkta işçinin kanuni mirasçıları kanuni halefiyet ilkesi gereği kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarına sahip olacaklar ve bu alacaklar bakımından arabuluculuk sürecinin başlaması gerekecektir. Bununla birlikte, işveren ile hayatını kaybeden işçi arabuluculuk sürecinde işe iade dışında kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin de görüşme yapmış ve anlaşma sağlanamamışsa kanuni mirasçıların bu alacaklara ilişkin doğrudan dava açması mümkün olacaktır.

İşe Başlatılmaya İlişkin Anlaşmanın Feshin Hukuki Niteliği Üzerindeki Etkisi ve İşçinin İşe Başlatılma Tarihinde İşverence İşe Başlatılmamasının Anlamı

İşçinin kararlaştırılan tarihte işverence işe başlatılmaması halinde işverenin, yaptığı ilk fesih ile mi sorumlu olacağı yoksa işe alınmama tarihinde işverence yapılan yeni bir feshin mi gerçekleştiği ve işverenin bunun sonuçlarıyla mı sorumlu olacağı sorunu üzerinde durulmalıdır.

Görüldüğü üzere işçinin işverence işe başlatılmaması halinde iki olasılık söz konusudur. İşveren ya ilk fesih ile sorumlu olacak ya da işçiyi kararlaştırılan tarihte işe başlatmaması yeni bir fesih olarak değerlendirilecek ve işveren buna göre sorumlu olacaktır.

İşverenin yaptığı ilk feshin hukuki sonuçlarıyla sorumlu olduğu kabul edilirse, bu feshin hukuki niteliğine ilişkin olarak kanun koyucunun benimsediği yaklaşım ortaya konmalıdır. Yukarıda “işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamamasının feshin hukuki niteliğine olan etkisi ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar” başlığı altında da belirttiğimiz üzere, 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinin 7. fıkrasının son cümlesinde “...İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur...” düzenlemesine yer verilerek, feshin hukuki niteliği kanun koyucu tarafından açıkça ortaya konmuştur.

Esasen hükümde görüldüğü üzere, taraflarca anlaşma tutanağında kararlaştırılan tarihte işçinin işe başlamaması halinde feshin hukuki niteliği açıkça düzenlenmişse de, tarafların işe iade yönünde anlaşmasının ve dolayısıyla işe başlama/başlatılma tarihinin belirlenmesinin feshin hukuki niteliğine etkisi Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Aynı şekilde işçinin işverence kararlaştırılan

tarihte işe başlatılmamasının feshin hukuki niteliği üzerindeki etkisi de Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen, “*işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir*” şeklindeki düzenleme, kanun koyucunun, işe başlatmaya ilişkin tarafların anlaşmasının feshin hukuki niteliğine olan yaklaşımını da gösterir niteliktedir. Zira kanun koyucu, tarafların işe başlatma konusunda anlaşmalarını ve bu çerçevede boşa geçen süreye ilişkin ücretin ve iş güvencesi tazminatının miktarlarını belirlemelerini dikkate alarak, feshin işverence geçersiz yapıldığı sonucunu benimsemiştir ki, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde feshin geçerli hale geleceğini ayrıca ve açıkça düzenleme gereğini duymuştur. Tarafların işe başlatma konusunda anlaşmaları ile feshin geçersiz olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmeseydi, işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale gelmesi de söz konusu olmazdı.

Sonuç olarak, işçinin kararlaştırılan tarihte işverence işe başlatılmaması halinde *işverenin ilk fesih ile sorumlu olduğu sonucuna varılırsa*, bu olasılıkta kanaatimizce kanun koyucu tarafından bu ilk feshin geçersiz nitelikte kabul edildiğini ve işverenin geçersiz feshe bağlanan sonuçlarla sorumlu olacağını belirtmek uygun olur.

Bununla birlikte, işverenin yapılan ilk fesihle sorumlu olacağını fakat yukarıda gerekçesiyle ulaştığımız ve benimsediğimiz sonucun aksine kanun koyucunun, işverence yapılan ilk feshin hukuki niteliğine ilişkin olarak doğrudan ya da dolaylı olarak bir sonuç bağlamadığını, feshin hukuki niteliğinin somut olaya göre değişeceğini savunan bir yaklaşım da öğretilde ortaya çıkabilir. Ancak yürürlükteki düzenleme açısından görüşümüz yukarıdaki gibidir.

Olması gereken hukuk bakımından ise, feshin hukuki niteliği açısından tarafların anlaşmasına herhangi bir sonuç bağlamak ve işverenin yaptığı ilk feshin sonuçlarıyla sorumlu olduğunu kabul etmek yerine, işverenin kararlaştırılan tarihte işçiyi işe almayarak sözleşmeyi feshettiğinin ve bunun sonuçlarıyla sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taraflar işe başlatma konusunda anlaşarak ilk feshin haklı-haksız/geçerli-geçersiz nitelikte olup olmadığını dikkate almadan feshin sonuçlarını ortadan kaldırmayı ve sözleşme hiç feshedilmemiş gibi sözleşmenin devam etmesini istemişlerdir. Sonuç olarak ilk fesih ortadan kalktığından artık işçinin kararlaştırılan tarihte işverence işe alınmaması farklı bir ifadeyle, işe başlatılmaması halinde, sözleşmenin işverence yeniden feshedildiği sonucuna ulaşmak ve işverenin, şartları oluşmuşsa kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemek zorunda olduğunu kabul etmek uygun olurdu.

Olması gereken hukuk bakımından ileri sürdüğümüz bu yaklaşımın, yürürlükteki düzenlemeden farklı bir sonuç yaratmadığı, zira tarafların anlaşmasına bağlı olarak işverence yapılan ilk feshin geçersiz olduğu kabul edildiğinde de işverenin geçersiz kabul edilen bu feshin sonuçlarıyla sorumlu olduğu ve işçinin hak kazanacağı haklar bakımından farklılık olmayacağı, her iki durumda da işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanacağı ileri sürülebilecekse de, öğretilde ortaya çıkabilecek bu olası eleştiri ve yaklaşım her durum için geçerli değildir.

Örneğin işverenin kararlaştırılan tarihte işçiyi işe başlatmaması halinde işverenin ilk fesihden sorumlu olduğu ve salt anlaşmaya bağlı olarak gerçekleştirilen söz konusu ilk feshin geçersiz nitelikte olduğu sonucuna varılırsa; bu olasılıkta işveren ilk fesihde ihbar süresi kullandırmışsa ya da ihbar sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemişse, işveren anlaşma tutanağında kararlaştırılan tarihte işçiyi işe almaya dahi artık ihbar tazminatı ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak işverenin işçiyi kararlaştırılan tarihte işe almayarak sözleşmeyi feshettiği ve buna göre sorumlu olduğu kabul edilirse, işveren -ilk fesihde ihbar süresi kullandırmış veya ihbar süresine ilişkin ücreti peşin ödemiş olsa da- ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Söz konusu olasılık bakımından bu noktada İşK. m.21/5 hükmünde yer alan “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” düzenlemesi uygulama kabiliyetini haiz olmamalıdır. Zira bu hüküm, işe iade davası sonucunda, işe başlatılmayan işçinin ihbar tazminatına hak kazanma durumunu düzenlemektedir. Oysa örnekte belirttiğimiz olasılıkta, arabuluculuk süreci sonundaki durum ele alınmıştır. Aynı şekilde işverenin kararlaştırılan tarihte işçiyi işe başlatmaması halinde işverenin ilk fesihden sorumlu olduğu ve salt anlaşmaya bağlı olarak gerçekleştirilen söz konusu ilk feshin geçersiz nitelikte olduğu sonucuna varılırsa; bu olasılıkta işveren ilk fesihde kıdem tazminatı ödemişse, artık kıdem tazminatı ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak işverenin işçiyi kararlaştırılan tarihte işe almayarak sözleşmeyi feshettiği ve buna göre sorumlu olduğu kabul edilirse, işveren ilk fesihde kıdem tazminatı ödemiş olsa bile, kararlaştırılan tarihte sözleşmenin feshedildiği dikkate alınarak, fark kıdem tazminatı ödemek zorunda kalacaktır.

Diğer taraftan, işverenin yapılan ilk fesihle sorumlu olacağını fakat yukarıda ulaştığımız sonucun aksine, kanun koyucunun bu feshin hukuki niteliğine doğrudan bir sonuç bağlamadığını, feshin hukuki niteliğinin somut olaya göre değişeceğini savunan öğretide ortaya çıkabilecek olan olası yaklaşım benimsenirse, işçinin herhangi bir hak talep edememesi dahi gündeme gelecektir.

Son olarak ifade edelim ki kanımızca işe iade bakımından arabuluculuk sürecini tamamlayan işçinin kıdem ve ihbar tazminatına ve diğer işçilik alacaklarına ilişkin dava açmadan önce İMK m.3 gereğince arabulucuya başvurmasının zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Tekrara sebebiyet vermemek için “işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamamasının feshin hukuki niteliğine olan etkisi ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar” başlığı altındaki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Sendikal Nedenle Fesih Halinde İşe İade Talebi ve Arabuluculuk

STİSK bakımından işe iade talebi ve arabuluculuk konusu başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek nitelikte geniş kapsamlı olduğundan bu çalışmamızda konu üzerinde kısaca durulmuştur.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) m.25 uyarınca, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin 4857 sayılı Kanunun 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açabileceği düzenlenmiştir. Buna göre iş güvencesi kapsamında olmayan herhangi bir işçi de iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasına dayanmak şartıyla işe iade davası açabilir. Ancak kanımızca bu durumda da, işçinin davayı açmadan önce arabulucuya başvurması zorunludur.

Bununla birlikte konuya ilişkin olarak İşK. m.21/6 hükmünün nasıl uygulanması gerektiği önemlidir. Zira yukarda da belirtildiği üzere, bahsi geçen hükümde işçinin işe başlatılması yönünde anlaşma yapılması halinde, işçinin işe başlama tarihinin, boşta geçen süreye ilişkin ücret miktarının ve iş güvencesi tazminatının belirlenmesi gerektiği aksi halde anlaşmanın yapılamamış sayılacağı düzenlenmiştir. Sendikal nedenle işe iade talep edildiğinde ise, işçinin aynı anda hem sendikal tazminat hem de iş güvencesi tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Bu noktada kanımızca işçinin iş güvencesi tazminatı yerine sendikal tazminat talep etmesi halinde artık anlaşma tutanağında iş güvencesi tazminatı yer almamalı, bunun yerine sendikal tazminatın miktarı kararlaştırılmalıdır.

Önemle ifade edelim ki, kanaatimizce işçinin hem sendikal tazminata hem de iş güvencesi tazminatına hak kazandığını ve buna ilişkin ödeme yapılmasını öngören bir anlaşma yapılması mutlak emredici düzenlemeler karşısında mümkün olmamalıdır. Farklı bir ifadeyle, mutlak emredici düzenlemelerin aksi arabuluculuk sürecinde ve sonunda kararlaştırılamamalıdır. Ancak görüşümüzün aksine Kanundaki emredici düzenlemelerin aksini kararlaştırabileceği savunulursa, farklı bir ifadeyle tarafların hem iş güvencesi tazminatının hem de sendikal tazminatın ödenmesini kararlaştırabilecekleri şeklindeki bir görüş benimsenirse, bu durumda da kanaatimizce mutlaka söz konusu tazminatlardan birinin miktarı açıkça anlaşma tutanağında yer almalıdır.

Hükümdeki “...işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur...” düzenlemesi ise, sendikal tazminat bakımından farklı yorumlanmalıdır. Zira sendikal tazminata hak kazanılması, STİSK m.25 gereğince, işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın mümkündür. Bu bakımdan, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, anlaşma tutanağında kararlaştırılan sendikal tazminatın işçinin işe başlamaması halinde dahi ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tarafların anlaşma tutanağında iş güvencesi tazminatının yerine sendikal tazminatın ödenmesini kararlaştırmaları halinde, feshin sendikal nedenle yapıldığı sonucuna varılmamalıdır. Zira İş Kanunu m.21'deki gibi açık bir düzenleme, sendikal nedenle yapılan fesihler için kabul edilmemiştir.

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Varlığı Halinde İşe İade Talebi ve Arabuluculuk

İş Kanununda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalar bakımından davalı taraf yönünden şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu Yüksek Mahkeme kararlarında kabul edilmektedir¹¹. Kanun koyucu da bu durumu gözeterek, İMK m.3/15 hükmünde “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır.*” şeklindeki düzenlemeye yer vermek suretiyle, tarafların sadece işe iade davasına ilişkin arabuluculuk görüşmelerine özgü olarak, birlikte katılmalarını ve iradelerinin de ortak olmasını aramıştır¹².

Düzenleme eleştiriye muhtaçtır. Mecburi dava arkadaşlığının usul hukukuna ilişkin sebeplerden değil de, maddi hukuka ilişkin nedenlerden kaynaklandığı bir durumda, hak sahiplerinin uyuşmazlık konusu hak üzerinde ancak ve sadece birlikte tasarruf etmeleri mümkün olup, ayrı ayrı tasarrufları mümkün değildir. Kısaca belirtmek gerekirse, maddi hukuk nedeniyle mecburi dava arkadaşlığının olduğu bir durumda, uyuşmazlık konusu hak ve borç üzerinde tarafların birlikte hareket etme zorunluluğu vardır (Pekcanıtez vd., 2017:159). Dolayısıyla örneğin, mecburi dava arkadaşından sadece birinin haktan feragat etmesi ya da sulh sözleşmesi yapması sonuç doğurmaz. Bu çerçevede, dava açıldığında maddi hukuk bakımından mecburi dava arkadaşı olması gereken kişilerden sadece birinin ya da birkaçının arabuluculuk sürecinde yaptıkları anlaşmalar borcun veya hakkın esasını etkileyeceğinden ve süreçte yapılan anlaşma, duruma göre bir ibra, sulh sözleşmesi vb. sözleşme niteliğinde olabileceğinden tarafların tek başına hareket etmesi ve sürece katılması kabul edilemez. Öyle ki taraflardan sadece birinin ya da bir kaçının arabuluculuk sürecine katılması ve sonunda anlaşması halinde, yapılan anlaşma da hüküm doğurmaz. Dolayısıyla, dava açıldığında maddi hukuk açısından mecburi dava arkadaşı olacak kimselerin arabuluculuk sürecine birlikte katılması zorunludur.

Usulü ya da şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında ise, birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde, kanun koyucu, gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını emretmiştir (Kuru, 2017:357). Farklı bir ifadeyle, kanundan doğan yani şekli ve biçimsel zorunluluktan dolayı davalılar dava arkadaşı durumunda olurlar (Kuru, 2017:357). Kısaca belirtmek gerekirse, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlarının, uyuşmazlık konusu hak üzerinde tek başına tasarruf hakları bulunmaktadır.

¹¹ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. (Şahlanan, 2012:117 vd.; Cengiz Urhanoglu, 2013:117 vd.; Alpagut, 2016:213)

¹² Düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. (Canbolat, 2018:102; Alpagut, 2018:127)

Tarafların uyuşmazlık konusu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durumda arabuluculuk aşamasına birlikte katılmalarını beklemek ve hatta bunun ötesinde iradelerinin birbirine uygun olmasını aramak yukarıda kısaca belirttiğimiz şekli yönden mecburi dava arkadaşlığının esasları gereğince makul değildir. Daha net bir ifadeyle belirtmek gerekirse, şekli yönden mecburi dava arkadaşlığında, taraflardan sadece birinin ya da birkaçının uyuşmazlığa konu hak üzerinde serbestçe tasarruf etmesine engel bir durum olmadığından taraflardan sadece biri herhangi bir dava açılmadan dahi ilgili hak üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu çerçevede örneğin sadece alt işverenin, işçinin işe iadesini ve bu durum gerçekleşmediğinde de iş güvencesi tazminatını, boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağını, kıdem ve ihbar tazminatlarını ve diğer alacaklarını ödemeyi kabul etmesine maddi hukuk yönünden herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta herhangi bir dava açılmadan sadece asıl işverenin aynı alacakları ödemeyi kabul etmesini engelleyen bir düzenleme de yoktur. Son olanakta asıl işverenin, alt işverene rücu etmesi ise, zorlaşacak ya da imkansızlaşacaktır.

Bununla birlikte sadece alt işveren ile arabuluculuk sürecinin başlaması ve süreç sonunda anlaşılabilmesi halinde ise, işçinin alt işverene karşı dava açması şüphesiz mümkün olacak, ancak Yargıtay kararlarında kabul edilen şekli yönden mecburi dava arkadaşlığı gerekçesiyle davanın asıl işverene karşı da açılması gerekecektir. Bu olasılıkta ise, asıl işveren ile arabuluculuk süreci başlamamış olduğundan, kendisinin davada taraf olarak bulunması sorunuyla karşılaşılacaktır. Esasen kanun koyucu bu olasılığı da dikkate alarak arabuluculuk sürecine asıl işverenin dahil olmaması halinde davanın usulden reddedilmesinin ve hak düşürücü sürenin geçirilmesinin önüne geçmek istemiştir. Ancak kanımızca böyle bir olasılıkta davanın usulden reddine gerek kalmazdı. Zira bilindiği üzere, işe iade davasının esas muhatabı alt işverendir, farklı bir ifadeyle, işçiyi işe başlatmakla yükümlü olan alt işveren olup asıl işveren ise, işçinin alt işverence işe alınmaması halinde ortaya çıkacak parasal haklardan sorumludur. Dolayısıyla, işe iadenin muhatabı asıl işveren olmadığından, işe iadeye ilişkin olarak alt işverenle arabuluculuk görüşmelerine başlanması ve süreç sonunda da anlaşılabilmesi halinde alt işverene karşı dava açıldığında, şekli yönden mecburi dava arkadaşı olduğu gerekçesiyle asıl işverene karşı davanın yöneltilmesinde “asıl işveren bakımından arabulucuya başvuru” dava şartı olarak kabul edilmemeli ve dava usulden reddedilmemeliydi. Ancak yürürlükteki düzenlemede İMK m.3/15 hükmü gereğince, belirttiğimiz sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Bunun dışında kanun koyucu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması durumunda, gerçek işverenin başlangıçtan itibaren asıl işveren olacağını ve işe iade talebinin de kendisine karşı yönetilmemesi halinde, arabuluculuğa başvurma süresinin geçirileceğini düşünerek de bu düzenlemeyi yapmıştır. Ancak iş ilişkisinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olup olmadığını belirlemek kolay olmadığı gibi, bu belirlemeyi işçinin ya da arabuluculuk bürosunun veya arabulucunun yapmasını beklemek de doğru bir yaklaşım değildir. Konunun

getirdiği zorluk nedeniyle, ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek, mahkemelerin görevi olmalıdır. Bu bakımdan belirtilen saikle söz konusu düzenlemenin yapılmış olması uygulama açısından herhangi bir fayda sağlamayacaktır.

İşyeri Devri Halinde İşe İade Talebi ve Arabuluculuk

İşyeri devredildikten sonra devralan işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda, işe iade davasının devralan işverene karşı açılması gerektiğinden, arabuluculuk aşaması da bu işverene karşı başlatılacaktır.

Belirtilen olasılıktan başka olasılıkların da ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra ancak işe iade talep edilmeden önce işyerinin devredilmesi imkan dahilindedir. Bu durumda ise, fesih devreden işveren tarafından gerçekleştirildiği için dava, kural olarak devreden işverene karşı açılmalıdır. Dolayısıyla arabuluculuk süreci de devreden işverene karşı başlatılmalıdır. Bununla birlikte arabuluculuk kurumunun kabul edilmediği dönemde öğretilde, işe iade davası açıldığında ve feshin geçersizliğine karar verildiğinde, devralan işverenin feshin geçerli olmadığı yönündeki tespit hükmünün muhatabı konumunda olduğu ve bu nedenle de devralan işverenin davada yer alması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir (Alpagut, 2009:273). Bu görüş doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, işe iade kurumunun özellikleri gereği, dava devralan işverene karşı açılabilir ve bu nedenle de arabuluculuk sürecine devralan işveren ile başlanabilmelidir. Şüphesiz her iki işverene de sürecin başlamasına ve devam etmesine engel bir durum yoktur.

Her ne kadar işçinin devralan işverene karşı süreci başlatması işe iade kurumunun doğasına uygunsuz olsa da, işçinin devirden haberdar olmaması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda, arabulucuya sadece devreden işverene karşı başvurulmuşsa ve görüşmeler sırasında işyerinin devredildiği bilgisi işçiye verilmişse, artık devralan işveren de sürece dahil edilmelidir. Bu noktada, işçinin yeniden büroya başvurması ve devralan işverene karşı yeni bir süreç başlatmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Arabuluculuk aşamasının katı usullere tabi olmaması bu görüşümüzü desteklemektedir. Belirtilen olasılıktan başka, arabuluculuk süreci devam ederken de işyerinin devredilmiş olması mümkündür. Kanımızca bu noktada da yeni işverene sürece devam edilebilmelidir.

Arabuluculuk süreci tamamlandıktan sonra da işyeri devredilmiş olabilir. Süreçte anlaşma sağlanamamışsa işçinin artık devralan işverene karşı dava açmadan önce yeniden arabulucuya başvurmasının zorunlu olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Farklı bir ifadeyle doğrudan devralan işverene karşı dava açılıp açılmayacağı ya da devreden işverene karşı dava açılmışsa, davada taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Aynı şekilde dava devam ederken de işyeri devredilmiş olabilir. Bu noktada da davada taraf değişikliğinin mümkün olup olmayacağı belirlenmelidir.

Öğretide, yeni davalı bakımından dava açılmasının sonuçlarının, taraf değişikliğinin yapıldığı tarihin esas alınarak belirlenmesi gerektiği, dava açılmasının maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sonuçlarının davalı taraftaki değişiklik üzerine doğacağı, bu nedenle de dava şartlarının yeni davalı bakımından incelenmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür (Pekcanitez vd., 2017:151). Usul hukukunda ileri sürülen bu görüş doğrultusunda ifade etmek gerekir ki, yeni davalı devralan işveren ile arabuluculuk aşaması hiç başlamamış olacağından ve bu şekilde kendisi için dava şartı da gerçekleşmemiş olacağından iradi taraf değişikliğinin ancak yeni işverenle de arabuluculuk sürecinin başlaması ve sona ermesiyle mümkün olabileceği öğretilen bir olası görüş olarak ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce işyeri devrinin olduğu durumlarda, arabuluculuk süreci sonundaki olumlu ya da olumsuz anlaşma devralan işvereni de bağlamalıdır. Zira yeni işveren işyerini tüm aktif ve pasifleriyle devralmıştır (TBK m.202), arabuluculuk süreci de devralanın devraldığı işyerindeki bir iş ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkan alacak ya da borca ilişkin başlamış, devam etmiş ve tamamlanmıştır. Dolayısıyla, arabuluculuk süreci bittikten sonra işyeri devredilmişse veya dava sırasında işyeri devredilmişse yeni işverenle yeniden sürece başlanılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Belirtilen olasılıklardan başka, arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşması ve anlaşarak sonlanan süreçten sonra da işyerinin devri mümkündür. Farklı bir ifadeyle taraflar işe iadeye, iş güvencesi tazminatına ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına yönelik olarak anlaşmış ve işçinin işe başlama tarihinden önce işyeri devredilmiş olabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işe iadeye ilişkin olarak tarafların süreçte anlaşması halinde iş sözleşmesinin devam ettiğinin taraflarca kabul edildiği sonucuna varılmalıdır. Bu olasılıkta iş sözleşmesi sona ermemiş olduğundan, İşK. m.6 gereği devam eden iş sözleşmesinin devralan işverene geçtiği ve devralan işverenin işe başlatmakla yükümlü olduğu, aksi halde anlaşma belgesinde kararlaştırılan miktarları ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlatılmaması ve bundan sonraki bir tarihte işyerinin devri halindeyse, artık işe iade süreci devirden önce sona ermiş olduğundan, anlaşma belgesindeki tazminattan ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağından sadece devreden işverenin sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak arabuluculuk kurumu kabul edilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca mahkeme, arabuluculuğa başvurmadan dava açılıp açılmadığını davanın her aşamasında resen göz önüne alacak ve aynı şekilde taraflar da bunu her aşamada ileri sürebilecektir. Ayrıca HMK m.115/2 hükmü uygulama alanı bulmayacağından, dava arabuluculuğa başvurulmadan açılmışsa, mahkemece davacıya eksikliği gidermesi için herhangi bir süre verilmeksizin ya da herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu

nedeniyle usulden reddi gerekecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, arabulucuya başvurulmaksızın dava açılması halinde taraflara arabulucuya başvurmak için kesin süre verilmeyecektir.

İşe iade taleplerinde de farklı bir anlayışın benimsenmediği görülmektedir. Gerçekten 7036 sayılı İMK'nın 11. maddesiyle, 4857 sayılı Kanununun 20. maddesine eklenen "...arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir." düzenlemesiyle, arabuluculuğa başvurmadan dava açılması halinde, davanın usulden reddedileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucu, işe iade taleplerinden önce arabulucuya başvurulması gereken süreyi, süreçte anlaşılabilmesi halinde dava açılması gereken süreyi düzenlemiştir. Ancak ne var ki, süreye ilişkin düzenleme uygulamada sorun yaratabilecek niteliktedir. Bunun yanında, tarafların hakeme gitmeden önce de arabulucuya başvuru konusunda zorunlu tutulmuş olması eleştiriye muhtaçtır.

Arabuluculuğa başvuru sonucunda işe iade talebi bakımından arabuluculuk sürecinin ne şekilde işleyeceği de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre süreç sonunda anlaşmaya varılması halinde, tarafların işe başlatma tarihi dışında boşta geçen süreye ilişkin ücret ve iş güvencesi tazminatı alacaklarının miktarlarını belirlemeleri gerektiği öngörülmüştür. Şarta bağlanmış olan bu şekildeki bir anlaşmanın icra edilebilirliği uygulamada sorun yaratabilecektir. Bunun yanında belirtildiği şekilde uygulamada sorun yaratabilecek olan düzenlemeyle, iş güvencesi tazminatının miktarını en az dört aylık en fazla sekiz aylık ücret tutarında ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağının miktarını da en fazla dört aylık ücret tutarında olacağını öngören hükmün emrediciliği de önemini yitirmiştir.

Anlaşmaya rağmen işçinin işe başlamaması ya da işverence işe başlatılmaması hallerinde feshin hukuki niteliğine ilişkin olarak kanun koyucu tarafından doğrudan ya da dolaylı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yeniden ele alınması isabetli olacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda sürece ilişkin olarak özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmıştır. Maddi yönden mecburi dava arkadaşlığının olmadığı, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının olduğu bir ilişkide bu yöndeki bir düzenlemenin isabet derecesi tartışılmalıdır.

İşe iade ve işyeri devri ile sendikal nedenle fesih halinde işe iade bakımından arabuluculuk kurumu kanun koyucu tarafından ayrıca ele alınmamış olmakla birlikte, bu kurumların da uygulamada yaratabileceği önemli sorunlar bulunduğu, bunlara ilişkin açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alpagut, G. (2009), “İşyerinin Devri ve Fesih İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 04 Nisan, İstanbul.
- Alpagut, G. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (14 Mayıs 2016), 195-217.
- Alpagut, G (2018), “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 111-131.
- Biçkin, İ. (2006), “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Hukuk Perspektifler Dergisi, Sayı: 7, 34-39.
- Bulur, A. (2007), “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 4, 30-46.
- Canbolat, T (2018), “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 95-111.
- Cengiz Urhanoglu, İ. (2013), “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 115-121.
- Çelik, N. ve Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2017), İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayınları.
- Doğan Yenisey, K. (2016), “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (14 Mayıs 2016), 167-193.
- Ekmekçi, Ö. (2018), “Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantı (23 Aralık 2017), İstanbul, 5-38.
- Esener, T. ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y. (2017), Sendika Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Eyrenci, Ö. ve Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2016), Bireysel İş Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları.
- Güzel, A. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 3, 1131-1146.
- Ildır, G. (2003), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Karacabey, K. (2016), “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 457-489.
- Kısmet Kekeç, E. (2011), Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara: Adalet Yayınları.

- Kuru, B. (2017), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Manav Özdemir, E. (2015), “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 4, 185-221.
- Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı, M. ve Baysal, U. (2017), İş Hukuku, Ankara: Lykeion.
- Namlı, M. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (14 Mayıs 2016), 151-165.
- Özbek, M. S. (2009), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt: 1, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özekes, M. ve Atalı, M. (2018), “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantı (23 Aralık 2017), İstanbul, 41-116.
- Özmumcu, S. (2016), “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM, Cilt: 1, LXXIV, Sayı: 2, 807-842.
- Pekcanitez, H. (2005), Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuk Perspektifler Dergisi, Sayı: 5, 12-16.
- Pekcanitez, H. ve Atalay, O. ve Özekes, M. (2017), Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Subaşı, İ. (2003), “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 2, 743-833.
- Süzek, S. (2017), İş Hukuku, İstanbul: Beta, Yayıncılık.
- Şahlanan, F. (2012), “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası, Sayı: 390, 2-9.
- Şıpka, Ş. (2007), “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, 163-175.
- Şişli, Z. (2012), “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 45-67.
- Tanrıver, S. (2006), “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, Sayı: 64, 151-177.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2015), İş Hukukunun Esasları, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yıldırım, K. (2007), “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 337-360.