

İŞE İADE TALEPLERİNDE DAVA ŞARTI OLAN (ZORUNLU) ARABULUCULUK COMPULSORY MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION IN REEMPLOYMENT CLAIMS

Özlem ÖZEKES*

Özet: 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) ile Türk Hukuku'nda iş davaları bakımından zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile bu konuda oldukça ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarının tümü için değil, belirli iş uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk söz konusudur. Bunların içinde işe iade talepleri de yer almaktadır. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda da (İŞK) değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikler kapsamında işe iade talepleri ve davaları da yer almaktadır. İşe iade davaları bakımından zorunlu arabuluculuk bazı özellikler göstermektedir. Arabulucuya başvuru süresi ve sonuçları, taraflar ve varılacak anlaşma konusunda özellikle düzenleme yapılmıştır. Bunun dışında, işe iade taleplerinin özelliğinden kaynaklanan hususlar da dikkate alınmalıdır. Bu konuda hüküm bulunmayan halde, öncelikle İşMK m. 3, ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) uygulanacaktır. Bu çalışmada işe iade davalarında zorunlu arabuluculuğun gösterdiği özellikler ele alınmış; ayrıca konuyla bağlantılı hususlar açıklanmış, sorunlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, İşe iade Davası, İş Mahkemeleri

Abstract: With the new Labor Courts Code (IsMK) No. 7036 (IsMK), compulsory mediation was enacted in Turkish Law regarding claims which are arising from labor contracts. In this regard, a very detailed regulation was enacted in Art. 3 of the Labor Code. There is a compulsory mediation for certain labor disputes, not for all labor disputes. These include reemployment claims. The new Labor Courts Code also amended the Labor Code (IsK) No. 4857. These amendments also include reemployment claims and cases. Compulsory mediation regarding reemployment claims shows some features. Application process and results of mediation, parties, and agreement to be reached have been enacted particularly. Apart from that, the issues arising from the nature of the claim for reemployment should also be taken into consideration. In cases where there is no provision in this matter, firstly the IsMK Art. 3, as

* Avukat

well as the Law on Mediation in Legal Disputes (HUAK) will apply. In this study, the characteristics of compulsory mediation in case of reemployment were discussed; the issues and problems related to the subject are explained.

Keywords: Mediation, Compulsory Mediation, Reemployment Case, Labor Courts

GİRİŞ

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş ve 1950 tarihli 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır (İşMK m. 10). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun yargılama bakımından 5521 sayılı Kanun'a göre çok büyük yenilikler getirdiğini söylemek güçtür. Ancak kabul edilen yeni Kanun'un getirdiği en önemli yenilik, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bir dava şartı olması, bu çerçevede dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğudur.

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi arabuluculukla ilgili oldukça uzun ve ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*". Bu hükümden hareketle, iş hukukunda dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunu temelde iki kategoride toplamak mümkündür: Birincisi, işçi veya işveren alacakları, ikincisi ise işe iade davaları. Kanun koyucu, getirdiği bu yeni düzenlemeyle uyumlu olarak başta İş Kanunu (İşK) olmak üzere diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapmıştır. Bu çerçevede 4857 sayılı İş Kanunu'nda da işe iade davalarıyla ilgili olarak 20. ve 21. maddeler değiştirilmiş; arabuluculuk konusunda hükümler eklenmiştir.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk hakkında 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesi hükümleri uygulanmakla birlikte, işe iade talepleri bakımından ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 20. ve 21. maddesinde yer alan özel hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu özel hükümler bazı farklılıklar göstermesi yanında, uygulama bakımından da bazı güçlükleri içinde barındırmaktadır. İşe iade taleplerinin bu farklılığı sebebiyle ayrı bir inceleme konusu yapılması hem konunun teorik yönü hem de uygulaması bakımından yararlı olacaktır.

tır. Dava şartı olan arabuluculuğun çok yeni olması, onun içinde de işe iade taleplerinin özellik göstermesi bizi böyle bir çalışma yapmaya yöneltmiştir.

Biz bu çalışmada iş uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili getirilen yeni düzenlemenin tümünü değil; sadece işe iade davaları bakımından yapılan düzenleme ve getirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Konuyu incelerken işe iade davalarında yapılan düzenlemeyi ve bu düzenlemeye göre arabuluculuğun gösterdiği özellikleri açıklayacağız. Ancak diğer yandan da bu düzenlemenin ortaya çıkartabileceği muhtemel sorunlara değineceğiz.

Çalışmada kısaca iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında ön açıklamalardan sonra, ele aldığımız uyuşmazlığın temeli olan işe iade talepleri hakkında genel bir bilgi vermeye çalışacağız. Bu genel bilgilerin ardından, işe iade taleplerinde dava şartı olan arabuluculuğun gösterdiği özellikleri temel aşamaları ile ele alıp ilgili konuları açıklarken ortaya çıkacak muhtemel sorunlar üzerinde de değerlendirme yapacağız.

I. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK HAKKINDA TEMEL DÜZENLEMELER

A. Genel Bilgi

Genel bir bakış açısıyla iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun, işe iade davalarında arabuluculuk ise iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun özel bir türüdür. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk bakımından hüküm bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) hükümleri uygulanacaktır (İŞMK m. 3/21). Bu bakımdan hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk sistemi bilinmeden iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun doğru uygulanması mümkün olmayacaktır. Belirli iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunlu olması ve bu konudaki özel hükümler dışında, burada da arabuluculuğun genel ilkeleri ve arabuluculuk sürecine ilişkin genel düzenleme geçerlidir. Bu sebeple, aşağıda çok fazla ayrıntıya girmeden arabuluculuk hakkındaki genel düzenleme ve bu konudaki temel kanun olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu esas alınarak açıklama yapılacaktır.

İşe iade taleplerinde arabuluculuk hakkında genel hükümlerin bilinmesi yetmez. Zira işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuğun kapsamındadır (İşMK m. 3/1). Ancak işe iade talepleri bakımından sadece 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesindeki hükümlerin uygulanması yeterli değildir. Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun işe iade talepleriyle ilgili 20. ve 21. maddesindeki özel hükümler göz önünde tutulmak zorundadır. Bu hükümler bazı yönlerden diğer iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculuktan farklıdır. Ayrıca işe iade taleplerinin özelliği de zorunlu olarak arabuluculuk uygulamasında farklılaşmaya yol açacaktır.

Bu açıklamalar kapsamında önce işe iade talepleriyle ilgili özel düzenleme dikkate alınarak zorunlu arabuluculuk hükümleri uygulanmalı; bu konuda hüküm bulunmadığında ve ayrıca arabuluculuğun temel ilkeleri bakımından, arabuluculuğa ilişkin genel hükümlerden yararlanılmalıdır. Bu gerekçelerle aşağıda önce genel olarak hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında bilgi verilecek, dava sonra özel olarak iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk üzerinde durulacaktır. Bu genel açıklamalardan sonra, ayrı bir başlık altında işe iade taleplerinde arabuluculuk daha ayrıntılı incelenecektir.

B. İş Uyuşmazlıklarının Temeli Olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

1. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İçinde Arabuluculuğun Yeri ve Özellikleri

Hukukta uyuşmazlıkları çözmek bakımından klasik anlayış yargı organlarına başvurulması ve yargılama yapılarak karar verilmesidir. Yargılamada taraflardan bağımsız bir üçüncü kişi konumunda olan hâkim, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde mevcut yargılama hükümlerine uygun olarak yürüttüğü usûlî sürece göre, onların gerçekleştirdiği ispat faaliyeti sonucunda, yine mevcut maddî hukuk kurallarına göre bir karar verir. Tarafların kural olarak ne yargılamayı yapacak mahkemeyi ne yürütülecek süreci ne de sonucu belirlemeleri mümkündür. Bununla birlikte, yargılama faaliyeti içinde kendilerine tanınan imkânlar çerçevesinde yargılamayı ve kararı etkileyebilirler. Ancak uyuşmazlıkları çözümenin tek yolu yargılama değildir. Geçmişten günümüze kadar yargılama içinde ve yargılama dışında

farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulanagelmıştır. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri farklı ayrımlara tâbi tutulabilse de, en genel ayırım yargılama yapılarak uyuşmazlıkların çözümü ile yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümüdür. Devlet yargısı (mahkeme) ve tahkim yargısı (hakem) yargılama yapılarak uyuşmazlığı çözerken, tarafların doğrudan görüşmesi (müzakere-sulh) veya tarafların bir üçüncü kişi yardımıyla, ancak yine uyuşmazlıkları kendilerinin çözdüğü (arabuluculuk) yöntemler yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleridir.¹

Yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümünde çözüm bir üçüncü kişinin kararına bırakılmıştır ve tarafların süreç ve sonuç üzerinde hâkimiyetleri sınırlıdır. Oysa yargılama dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde taraflar ya doğrudan veya üçüncü kişinin yardımıyla süreci de sonucu da kontrol etmektedirler. Yargılama dışında gerçekleştirilen, tarafların hâkimiyetlerinin fazla olduğu ve esnek çözüm imkânlarını sunan bu yöntemler genel olarak “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak ifade edilmektedir.² Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde de en çok uygulanan ve bilinen yöntem “arabuluculuk” yöntemidir. Bu yöntemde arabulucu veya uzlaştırıcı denilen üçüncü kişinin yardımıyla taraflar süreci yürütür ve yine kendi iradeleriyle bir çözüme ulaşırlar. Üçüncü kişi burada karar vermez, tarafların masada kalmalarına, süreci sağlıklı yürütmelerine ve iki tarafın da menfaatine ve iradesine uygun bir karar vermelerine yardımcı olur. Bu sebeple arabuluculuk bir yargılama, arabulucu da karar verici değildir.³

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, arabuluculuk şu şekilde tanımlanmaktadır: “Sistematik 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”dir.

¹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2803 vd.; Kekeç, s. 5 vd.; Tanrıver, s. 160.

² Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2805 vd.; Kekeç, s. 11 vd.; Tanrıver, s. 151.

³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2813 vd.; Kekeç, s. 23 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 26 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 28 vd.

6325 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle,⁴ arabulucuya gerekirse çözüm önerme yetkisi de tanınmıştır.

Arabuluculuk konusunda (HUAK'da da açıkça düzenlenen) bazı temel ilkeler mevcuttur. Bunlar, iradîlik, eşitlik ve gizliliktir. Arabuluculuk iradîdir⁵, yani tarafların iradeleriyle, gönüllü olarak katıldıkları bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 3/1). Taraflar eşittir, yani taraflar sürece başurmada ve tüm süreçte eşit haklara sahiptir (HUAK m. 3/2). Arabuluculukta gizlilik esastır, yani yargılamadan farklı olarak arabulucu, taraflar ve süreçte yer alanlar, (aksi kararlaştırılmadıkça) sürecin ve bu süreç içindeki bilgi ve belgelerin gizliliğini korumak durumundadırlar (HUAK m. 4, 5).⁶

Ülkemizde farklı düzenlemelerde temel alınacak bazı hükümler olsa da, arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında kanunî bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 137/1, 140/2-3, 320/2) ve diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır.⁷ HUAK'ın kabulünden sonra, yargılama dışında böyle bir uyuşmazlık çözüm yönteminin başta hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü olmak üzere farklı Anayasa hükümlerine aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuş; ancak Anayasa Mahkemesi özellikle bu yöntemin iradî olması, gönüllülük esasına dayanması, süreci başlatmak, sürdürmek ve sonlandırmak bakımından ihtiyariliğini dikkate alarak başvuruyu reddetmiş; ayrıca bu yöntemin yargı yoluna başvuruyu engellemediğini belirtmiştir.⁸

⁴ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 6325 sayılı Kanun'da da bazı önemli değişiklikler yapmıştır (RG, 25.10.2017, S. 30221).

⁵ Temel ilke bu olmakla ve gerçek anlamda arabuluculuk iradî olmakla birlikte, istisnai durumlarda zorunlu arabuluculuk da düzenlenmiştir. Bu çalışmada ele alınan işe iade davalarının da içinde bulunduğu bazı iş uyuşmazlıkları, dava şartı şeklinde zorunlu arabuluculuk kapsamındadır (İşMK m. 3). Ancak bu arabuluculuğun temel ilkesinin değiştiği anlamına gelmez.

⁶ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2816 vd.; Kekeç, s. 57 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 122 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 43 vd.

⁷ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2824 vd. Arabuluculuğun Dünya'da ve Ülkemiz'deki gelişimi hakkında bkz. Kekeç, s. 30 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 32 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 27 vd.

⁸ AYM, 10.07.2013, 2012/94, 2013/89 (RG, 25.01.2014, S. 28893).

2. Arabuluculuk Süreci ve Temel Aşamaları

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, her konuda başvuru-
labilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Ancak özel hu-
kuk kaynaklı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş
ve işlemlerde bu yönteme başvurulabilir (HUAK m. 1/2).⁹ Arabulu-
culuk faaliyeti çok genel olarak üç aşamadan oluşur (HUAK m. 13-
18).¹⁰ Arabulucuya başvuru ve arabulucunun tarafları aydınlattığı,
sorunların tespit edildiği ilk başlangıç oturumları, birlikte veya ayrı
ayrı oturumların yapıldığı müzakere süreci ve faaliyetin sonlandırıl-
dığı aşamadır. Bir kimsenin kanunda belirlenen yetkileri kullanarak
ve imkânlardan yararlanarak (HUAK m. 6-12) süreci yürütmesi için
kanunun aradığı şartları sağlayarak arabuluculuk siciline kayıtlı bir
arabulucu olması gerekir (HUAK m. 20). Taraflar herhangi bir üçüncü
kişiyi de arabulucu olarak sürece dâhil edebilirler; ancak resmî nitelik-
li, sicile kayıtlı bir arabulucu olmadıkça kanunda belirlenen sonuçlar
gerçekleşmeyecektir.

Henüz bir dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra ara-
bulucuya başvurulabilir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m.
137, 140) ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (m.
15/5, 16) göre, dava açıldıktan sonra mahkeme tarafları sulh veya ara-
buluculuğa teşvik etmelidir. Arabuluculuk yöntemi, kanundaki temel
hususlara dikkat edilerek taraflarca belirlenir (HUAK m. 15/1-3). An-
cak niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim
tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılması
söz konusu olmaz (HUAK m. 15/4). Arabuluculuk ücretini karşılaya-
mayacak durumda olanlar adli yardımdan yararlanabilir. Bunun için
arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkeme-
sinden adli yardım kararı talep edilebilir (HUAK m. 13/3).

Davanın açılmasından sonra taraflar birlikte arabulucuya başvu-
racaklarını belirtmişlerse, bu durumda yargılama, mahkemece üç ayı
geçmemek üzere ertelenecektir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu
üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Arabulucuya baş-

⁹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2827 vd.; Kekeç, s. 96 vd.; Eğitim Kitabı, s. 30 vd.

¹⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2838 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd.; Arabuluculuk
Eğitim Kitabı, s. 79 vd. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, s. 23
vd.,128 vd.

vurunun davaya bu etkisi yanında, maddî hukuktaki sürelerle de etkisi bulunmaktadır. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK m. 16/2). Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması durumunda, arabuluculuk süreci tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılarak bunun tutanakla belgelendirilmesi ile başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvurulması durumunda ise süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak belirtmeleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile başlamış olur (HUAK m. 16/1).¹¹

Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler (HUAK m. 15/6). Arabulucu birlikte veya tarafların onayı ile duruma göre ayrı ayrı oturumlar yaparak süreci yürütebilir.

Kanunda arabuluculuk sürecinin, tarafların anlaşmaya varması; taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi; taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi; tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hâllerinde sona ermiş olacağı kabul edilmektedir (HUAK m. 17/1).¹²

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti

¹¹ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2840 vd.; Kekeç, s. 128 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd.

¹² Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2842; Kekeç, s. 194 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 181 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 173 vd.

sonunda düzenlenecek tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda da taraflara gerekli açıklamaları yapmalıdır (HUAK m. 17/2-3).

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimini, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, yukarıda belirtilen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir (HUAK m. 17/4).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK m. 18/5). Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşılırsa bu anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve anlaşma belgelendirilirse bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Tarafların arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varmaları ve bunu belgelendirmeleri halinde, bu belgeye *icra edilebilirlik şerhi* verilmesini isteyebilirler. Bu şerh, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması durumunda, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/1-2). Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesiyle uyumlu olarak taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge kabul edilir (HUAK m. 18/4). Tarafların isteğine göre icra edilebilirlik şerhinin verilmesi için yapılacak yargılama, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılmalıdır. Bu incelemenin kapsamı sınırlıdır; sadece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda inceleme yapılır. Bu inceleme sonunda verilecek kararlara karşı ilgililer tarafından istinaf yoluna başvurulabilir (HUAK m. 18/3).¹³

¹³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2844 vd.; Kekeç, s. 205 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 191 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 177 vd.

C. İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Özel Düzenleme

1. Genel Olarak

İş hukuku maddî iş hukuku bakımından kendine has ilke ve kuralları olan bir alan olduğu gibi,¹⁴ bir uyuşmazlık çıktığında bunun çözümünde ve dava açılması halinde de bir takım özellikler gösterir.¹⁵ Bu sebeple, iş mahkemeleri ve iş uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Bu konuda daha önce yürürlükte olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yerine 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiştir. 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirdiği en önemli yenilik veya değişiklik, belirli iş uyuşmazlıklarının¹⁶ çözümü için dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu ve bunun dava şartı olarak kabul edilmiş olmasıdır.¹⁷

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde oldukça ayrıntılı bir şekilde dava şartı olan arabuluculuk düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanunda belirtilen iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak iş mahkemesinde dava açmadan önce, arabulucuya başvurduğunun ve bu başvurunun başarısızlıkla sonuçlandığının belgelenmesi gerekmektedir. Davacı dava açarken, arabulucuya başvurduğunu ancak anlaşmaya varılamadığını gösteren son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Bu yapılmadığı takdirde önce mahkeme tarafından son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması, aksi halde davanın usûlden redde-

¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 22 vd.; Süzek, s. 15 vd.; Mollamahmutoğlu/Asarlı/Baysal, s. 4 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 11 vd.

¹⁵ İş yargısına hâkim olan ilkeler bakımından bkz. Birben/Öktem, s. 1076 vd.

¹⁶ İş uyuşmazlığı kavramı ve türleri hakkında bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 933-934; Akyiğit, s. 717-718. Ayrıca iş yargısında uyuşmazlık konusu hakkında Günay, s. 47 vd.

¹⁷ Bu düzenlemeye yönelik olarak, öncelikle hak arama özgürlüğü ve Anayasaya aykırılık olmak üzere birçok eleştiri yöneltilmiştir. Bu eleştirilere konumuz dışında kaldığından ayrıca değinmiyoruz. Öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hak arama özgürlüğü ile ilişkisi için bkz. Tanrıver, s. 153 vd. İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki zorunlu arabuluculuk hakkındaki eleştiri ve farklı açılardan değerlendirmeler için bkz. Özekes/Atalı, Tebliğ Metni; Namlı, s. 156 vd.; Alpagut, s. 214 vd.; Karacabey, s. 451 vd.; Doğan Yenisey, s. 167 vd.; Erdoğan/Erzurumlu, s. 1865 vd.; Güzel, Tasarı, s. 1135 vd.

dileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderilmelidir. Davacı bu ihtarın uygun şekilde davranmazsa, dava dilekçesi tebliğe dahi çıkartılmadan usûlden reddedilecektir. Arabulucuya hiç başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde ise, başkaca bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilir (İşMK m. 3/2).

İş hukukunda hangi uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı, Kanun'da, hem dâhil olan uyuşmazlıkların hem de dışarda kalan uyuşmazlıkların sınırı çizilerek belirtilmiştir. Bu kapsamda, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (İşMK m. 3/1). Tarafların işçi ve işveren olması gerekmektedir. Dolayısıyla işçi ve işveren dışındaki taraflara ilişkin talepler zorunlu arabuluculuk dışındadır. Basın iş hukuku kapsamında gazetecilerin ve deniz iş hukuku kapsamında gemi adamlarının da zorunlu arabuluculuk kapsamında işçi sayılacağı ayrıca Kanun'da belirtilmiştir (İşMK m. 3/20). Maddenin gerekçesinde hangi taleplerin bu kapsama gireceği daha açık şekilde gösterilmiştir. Gerekçeye göre, işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezaî şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olan alacaklardır. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmeleri (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunlu olacaktır. Şüphesiz işçi ile işveren arasında gerçekleşen her alacak değil, bu taraflar arasındaki iş hukukundan kaynaklanan alacaklar söz konusu olmalıdır.

Konumuzla ilgisi bakımından, işe iade taleplerinin de zorunlu arabuluculuğun kapsamında olduğu hem İş Mahkemeleri Kanunu (m. 3/1) hem de İş Kanunu'nda (m. 20, 21) ayrıca belirtilmiştir. Bu konuda gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti ve varılan anlaşmaya ilişkin özel düzenleme olduğundan, bunlar ayrıca dikkate alınmak durumundadır. Biz de aşağıda bunları açıklamaya çalışacağız.

Kanun'da zorunlu arabuluculuğun kapsamına giren hususlar açıkça belirtildiği gibi, tereddüt olmaması bakımından nelerin bu kapsamda olmayacağı da belirtilmiştir. Kanun'da, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî veya manevî tazminat ile bunlarla ilgili, tespit, itiraz veya rüçû davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır (İşMK m. 3/3). Buradaki sınırlama sadece iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklar için söz konusudur; gerekçede de açıkça belirtildiği üzere, iş ilişkisinden kaynaklı haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi sebeplerden doğan alacak ve tazminat talepleri için önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

2. Zorunlu Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi¹⁸

a. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Arabulucunun Görevlendirilmesi

Yukarıda açıklanan iş hukuku kaynaklı taleplerde uyuşmazlığı çözmek isteyen taraf, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise onlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise bu konuda görevlendirilen yazı işlerine müdürlüğüne başvuracaktır (İşMK m. 3/5). Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderirler (İşMK m. 3/4). Uyuşmazlıkta yer alacak arabulucu da, ilgili büro tarafından, komisyon başkanlıklarına bildirilen listelerden seçilir. Ancak taraflar liste dışından bir başka arabulucuyu da görevlendirebilir (İşMK m. 3/6).

¹⁸ İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi dava şartı şeklinde zorunlu arabuluculuğu 22 fıkra halinde oldukça ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu başlık altında konu, işe iade davalarına temel olması bakımından kanunun sistematik açıklaması şeklinde incelenecek, ayrıntıya girilmeyecektir. Konu ile ilgili olarak bkz. Odaman/Karaçöp, s. 59 vd.; Doğan Yenisey, s. 186 vd.; Kurt, s. 426 vd.; Kar, s. 359; Günay, s. 94 vd.

Uyuşmazlığın çözümü için başvuran taraf, kendisi ve karşı tarafla ilgili elinde bulunan iletişim bilgilerini arabuluculuk bürosuna vermelidir. Ayrıca büro, resmî kayıtlardaki iletişim bilgilerini de araştırmaya yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar da büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermek durumundadır (İşMK m. 3/7). Büro, elindeki bilgileri görevlendirilen arabulucuya verir ve arabulucu bu bilgileri esas alır; ancak gerekirse kendiliğinden de araştırma yapabilir. Görevlendirilen arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirerek ilk toplantıya davet eder ve bu işlemleri belgelerir (İşMK m. 3/8).

Arbulucu kendisini görevlendiren büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Fakat, diğer taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini de ekleyerek büronun yetkisine itiraz edebilir. İtiraz üzerine arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, dosya üzerinden bir inceleme yapar ve yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Bu inceleme harca tâbi değildir. Mahkemenin kararı, büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve arabuluculuk sürecine ilişkin süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazı kabul edilirse, kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu durumda yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büronun, yeniden arabulucu görevlendirmesi gerekir (İşMK m. 3/9).

b. Arabuluculuk Faaliyeti ve Sonuçlanması

Arbuluculuk faaliyeti, arabuluculuğun niteliği gereği süre ile sınırlandırılmıştır. Süreç arabulucunun görevlendirilmesi tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır, bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İşMK m. 3/10). Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (İşMK m. 3/17). Bu düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki hükümlerle aynıdır (HUAK m. 16/2).

Arbuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk

derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür (İşMK m. 3/19). Görüşmelere taraflar bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İş hukukuna özgü olarak, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir (İşMK m. 3/18).

Arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığından görüşmenin yapılamaması, görüşme yapıldığında anlaşmaya varılmaması ya da varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyeti sonlandırılır ve son tutanak düzenlenerek durum derhal arabuluculuk bürosuna bildirilir (İşMK m. 3/11). Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varmaları halinde, Kanun'da ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır, dolayısıyla genel hükümler geçerlidir. Ancak, işe iade davaları bakımından aşağıda açıklanacak özel hükümlerin dikkate alınması gerekir.

Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğu yerleştirmek, bundan kaçınılmasının önüne geçmek ve uygulamasını sağlamak üzere, arabuluculuk giderleri ve bu kapsamda vekâlet ücreti bakımından da ayrıca düzenleme yapmış ve bu konuda bazı yaptırım hükümleri kabul etmiştir. Buna göre, taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaz ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona ererse toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf ileride açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri ise kendi üzerlerinde bırakılır (İşMK m. 3/12).

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret Tarifesinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından daha az olamaz (İşMK m. 3/13). İşe iade talebiyle yapılan görüşmeler için bu ücretin nasıl belirleneceği ayrıca belirtilmiştir.¹⁹ Arabuluculuk faaliyeti sonunda ta-

¹⁹ Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bkz. aşa. III, D, 2, b.

raflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları durumunda, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (İşMK m. 3/14). Ancak dava açılmaması halinde bu ücretin nasıl tahsil edileceği hususu belirsizdir.

Zorunlu arabuluculuk uyarınca arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zorunlu giderler, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenecek; anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride açılacak davada haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır (İşMK m. 3/16).

Zorunlu arabuluculukla ilgili olarak süreç ve diğer konularda özel düzenleme olmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulanacaktır (İşMK m. 3/21).

II. İŞE İADE TALEPLERİ VE İŞE İADE DAVALARI HAKKINDA GENEL BİLGİ

Biz bu çalışmada uyuşmazlık aşaması ile ilgili olarak zorunlu arabuluculuğu incelediğimizden sadece feshe karşı koruma ve işe iade (iş güvencesi) taleplerinde uyuşmazlık çözüm yolu ile sınırlı açıklama yapmaya çalışacağız. Bu nedenle, konumuzun kapsamı dışında kaldığından ve gereksiz açıklamalardan kaçınmak için geçersiz fesih ve bunun maddî iş hukuku bakımından şartları ve durumunu ayrıca açıklamayacağız.²⁰

Önce 4773 sayılı Kanun'la, daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu ile feshe karşı koruma ya da iş güvencesi hükümleri hukukumuzda girmiş

²⁰ Bu konuda genel bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 446 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 196 vd.; Süzek, s. 567 vd.; Tulukçu, s. 17 vd.; Akyiğit, s. 324; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 64 vd., 159 vd.; Kar, s. 23 vd.; Alp, s. 2 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 334 vd.; Narmanlioğlu, Ferdi İş, s. 494 vd.; Keser, s. 61 vd.

ve iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla ayrı bir düzenleme yapmıştır. Bu çerçevede geçersiz fesih durumunda başvurulacak hukukî imkânlar ve sonuçları ayrıca düzenlenmiştir.²¹

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu çerçevede, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sözleşmesini, işveren feshetmek istediği takdirde, işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak ve dayandığı sebebi açık şekilde belirtmek zorundadır. Buna karşı feshe muhatap olan işçi, feshin geçersizliğini ileri sürerek arabulucuya başvurabilir; arabuluculuk süreci başarısız olursa, feshin geçersizliğini mahkeme (veya özel hakem) önünde dava edebilir.²²

Kanun'un 20. maddesine göre ise, iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iadesini talep ediyorsa, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren, bir ay içinde işe iade talebiyle, önce arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu davada, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu, işçinin, feshin başka bir sebebe dayandığı iddiasında ise, bu iddiasını ayrıca ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dava açıldığında ivedilikle görülecektir; karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir ve istinaf kararı kesindir.²³

²¹ Bu konuda bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 198; Tulukçu, s. 88 vd.; Kar, s. 25 vd. Birben, s. 349 vd.; Keser, s. 61 vd.

²² Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 496 vd.; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 10-11; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 450 vd.; Süzek, s. 572 vd.; Akyiğit, s. 327 vd.; Kar, s. 41 vd.; Alp, s. 2 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 335 vd.

²³ Bu davanın niteliği ve özellikleri hakkında ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 11, 16 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 199 vd.; Süzek, s. 633 vd.; Tulukçu, s. 290 vd.; Kar, s. 275 vd.; Ekmekçi s. 132 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 354 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 219 vd.; Keser, s. 108 vd.; Özkes, Değerlendirme, s. 483 vd.; Özkes, Takip ve İcra, s. 33-34; Yılmaz, Dava, s. 20 vd.

Kanun'un 21. maddesinde işe iadenin sonuçları düzenlenmiştir. Feshin geçersizliğine karar verildiğinde, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren, on işgünü içinde, işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olan işçinin, bu talebi üzerine işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmalıdır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur. İşçinin süresinde başvurusuna rağmen işverenin bir ay içinde işe başlatmaması durumunda, işveren, işçiyi mahkemece belirlenen, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun dışında, kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için, işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenecektir. Tazminat ile ücret ve diğer haklar bakımından, dava tarihindeki ücret esas alınır.²⁴

III. İŞE İADE TALEPLERİNDE DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUĞUN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

İşe iade talepleri bakımından arabulucuya başvuru, süreç ve sürecin sona ermesi konusunda, İş Mahkemeleri Kanunu ve İş Kanunu'nda belirtilen farklılıklar dışında, genel olarak diğer iş uyuşmazlıklarında yukarıda açıklanan arabulucuya başvuruya ilişkin hususlar geçerli olacaktır. Bu çerçevede başvurunun nasıl yapılacağı, yetkili büro, arabulucunun süreci başlatması, sürecin yürütülmesi, sürecin sona ermesi, işe iade davalarının niteliği dikkate alınarak, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğu düzenleyen İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre gerçekleşecek; burada hüküm bulunmayan hallerde de genel arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır. Bu amaçla yukarıda her iki düzenleme bakımından genel bilgiler verilmiştir. Biz bu başlık altında özellikle işe iade talepleri bakımından özellik gösteren hususlar üzerinde durmaya çalışacağız. Diğer konularda yukarıda arabuluculuğa ilişkin genel açıklamalar, özellikle de iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin açıklamalar geçerli olacaktır.²⁵

²⁴ Feshin geçersizliği ve işe iade konusunda bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s.18 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 219; Süzek, s. 644 vd.; Tulukçu, s. 331 vd.; Kar, s. 482 vd.; Alp, s. 21 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 361 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 521 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 289 vd.; Keser, s. 120 vd.

²⁵ Bkz. yuk. I, özellikle I, C, 2.

A. Başvuru Süresi

Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade talebinde bulunmak isterse, bu talebini belirli süreler içinde arabulucu ve duruma göre mahkeme (veya özel hakem) önüne getirmek durumundadır. Bu çerçevede, işçi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren, bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, işçi son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Ayrıca taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Başvuru zorunlu olmasına rağmen, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılırsa, bu dava usûlden reddedilecektir. Kanun koyucu usûlden red kararının kesinleşmesi üzerine, kesinleşen ret kararının re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde de arabulucuya başvurulabileceğini düzenlemiştir (İŞK m. 20/1).

Dikkat edilirse aynı hükümden üç süre yer almaktadır. Öncelikle, iş sözleşmesinin feshi halinde, işe iade talep edilecekse, bunun bir aylık süre içinde arabulucuya başvurulması yoluyla gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Bu süre, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren başlamaktadır. İkinci olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmeden doğrudan dava açılması halinde süre düzenlenmiştir. Bu durumda dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. Bu red kararı üzerine de iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. İki haftalık süre, kesinleşen red kararının tebliğinden itibaren başlamaktadır. Üçüncü olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğunun yerine getirilmesi, ancak tarafların anlaşamaması halinde iş mahkemesinde (veya özel hakemde) dava açılması ihtimalidir. Bu halde, iki haftalık bir süre kabul edilmiştir. Bu süre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Bu sürelerden biri doğrudan arabulucuya başvurulması, diğeri kanuna rağmen arabulucuya başvurmak yerine dava açılması halinde, mahkemenin ret talebinden sonra arabulucuya başvurulması, sonuncusu ise arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmesinden sonra anlaşılamadığı için işe iade davası açılması süresidir. Doğrudan arabulucuya başvurulması süresi bir ay, diğer süreler iki haftadır. Başvuruların farkı sebebiyle sürelerin başlangıcı da farklılaşmaktadır.

Arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık süre, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. Bu sürenin başlangıcına ilişkin olarak, Kanun'da zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin kabulünden önce, dava açmak bakımından kabul edilen hususlar burada da geçerliliğini koruyacaktır. Buna göre, feshin tebliğ edilmemesi söz konusu ise, işçinin fesih tarihini kesin olarak belirleyeceği işlem yaptığı tarihten itibaren süre işlemeye başlayacaktır. İşçi fesih bildirimini tebellüğden imtina ederse, bu durumda süre, İş Kanunu m. 109'a göre tebliğden imtina edildiğinin belgelendiği, tutanağa bağlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Şayet eylemli fesih durumu varsa, bu defa süre eylemli feshin yapıldığı tarihinden itibaren başlatılacaktır. Feshe karşı idarî itirazda bulunmak ya da raporlu olmak süreyi etkilemeyecektir.²⁶

7036 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce, işe iade davası açılması bakımından mahkemeye başvuru süresi bir ay olarak düzenlenmişti. Bu çerçevede başvuru süresi hak düşürücü süre olarak kabul edilmekteydi. Şüphesiz zorunlu arabuluculuğun kabulü ile başvuru yeri ve şeklinde değişiklik olmuşsa da, sürenin niteliği değişmemiştir. Zaten Kanun'un düzenleniş şekline de bu sürenin emredici nitelikte hak düşürücü süre olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, süresinde arabulucuya başvurmaması halinde işçi, artık daha sonra işe iade davası açma hakkını da kaybedecek; işverenin yaptığı fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır.²⁷

Bu sürenin hak düşürücü olması sebebiyle, dava açıldığında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekecektir. Bu yönüyle sürenin dikkate alınmasında bir sorun yoktur. Ancak doğrudan arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık süre veya arabulucuya başvurmadan dava açılıp da davanın usûlden reddi üzerine arabulucuya başvuru için aranan iki haftalık süre geçirilirse, bunun arabulucu tarafından dikkate alınıp alınamayacağı üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

²⁶ Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 520; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 14 ve orada belirtilen Yargıtay kararı. Astarlı, İş Güvencesi, s. 42; Tulukçu, s. 286; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 355-356; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 233 vd.; Keser, 110 vd.

²⁷ Astarlı, İş Güvencesi, s. 41.

Yukarıda arabuluculuğa ilişkin genel açıklamalar yapılırken belirtildiği üzere,²⁸ arabuluculuk bir yargılama değildir; arabulucu da hâkim gibi karar verici değildir. Başvuru için hak düşürücü süre geçirilmişse, bu süre arabuluculuk aşamasında nasıl dikkate alınacaktır? Çünkü arabulucunun yargılama ve karar verme yetkisi olmadığından bu süreyi kendiliğinden dikkate alamaz. Özellikle işveren bu yönde bir itiraz ileri sürerse, hatta süre geçtiğini belirterek arabulucunun davetine katılmazsa, ne yapılması, sürecin nasıl sonuçlandırılması gerekeceği belirsizdir. Zira süreyi geçiren işçi arabulucuya başvurduğunda arabuluculuk bürosunun ve büronun görevlendireceği arabulucunun -yargı makamı olmadıkları için- bu hususu dikkate almaları kural olarak söz konusu olamayacaktır. İşveren arabuluculuk müzakerelerine davet edildiğinde salt bu sebebi ileri sürerek görüşmelere katılmayacağını belirtirse, mazeretsiz toplantılara katılmamış gibi İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasındaki yargılama giderlerine ilişkin yaptırımın uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar bu durum Kanun'da belirtilen mazeret sayılmasa da, katılmama bakımından haklı gerekçe sayılmalıdır. Çünkü belirli süre ile sınırlanmış başvuru hakkını zamanında kullanmamış işçi karşısında, işverenin artık işe iadenin sonuçlarıyla muhatap olması söz konusu olmamalıdır. Böyle olunca işveren eğer iradî olarak böyle bir arabuluculuk görüşmesine katılmak isterse şüphesiz engel bir durum yoktur; ancak artık zorunlu arabuluculuk kapsamında bir görüşme ve süreç işletilemeyecektir. Bu durumda HUAK anlamında genel düzenlemelere göre arabuluculuk söz konusu olacaktır.

Burada temel sorun, arabulucunun böyle bir durumda ne yapması gerektiğidir. Şayet karşı taraf-işveren bu durumu ileri sürerek arabuluculuk sürecine katılmaz ya da toplantıya gelip sürenin geçtiğini ileri sürerek görüşmeden çekilirse arabulucunun arabuluculuğu sonlandırması ve tutanakta bu durumu özel olarak belirtmesi gerekecektir. Şüphesiz işçi sürenin farklı sebeplerle geçmediğini (örneğin sürenin başlangıcıyla ilgili sorunlar olduğunu vs.) belirtebilir. İşçinin bu konudaki beyanları da tutanağa geçirilmelidir. Bu konudaki asıl karar, ileride dava açılırsa mahkemece verilecektir. Arabulucunun bu durumda arabuluculuk faaliyetinden çekilmesi veya hâkim gibi bir karar vererek sü-

²⁸ Bkz. yuk. I, B.

reci sonlandırmasının mümkün olmayacağı, hatta böyle bir durumun arabulucunun sorumluluğunu da gerektirebileceği kanaatindeyiz.

Sürenin geçirildiğini belirterek arabuluculuk sürecine katılmayan ve sürecin sona ermesine sebep olan işverene karşı işçi, arabulucuya başvuru zorunluluğunu yerine getirmiş sayılacağından, arabulucuya başvuru süresinin gerçekte geçmediğini düşünüyorsa işe iade davası açabilecektir. Ancak, işçinin bu durumda, yukarıda açıklanan iki haftalık süre içinde dava açmayı ihmâl etmemesi gerekir. Aksi halde, diğer hususlar incelenmeden hak düşürücü süre sebebiyle, ön incelemeden sonra tahkikata başlanmadan davanın reddine karar verilmelidir (HMK m. 142). İşe iade davası süresinde açılırsa, mahkeme, işverenin arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olduğu yönündeki savunmasını incelemelidir. Kaldı ki, hak düşürücü süre dosyadan anlaşıldığı takdirde (ki böyle bir durumda doğal olarak dosyadan anlaşılacaktır) itiraz niteliğinde olduğundan hâkim tarafından kendiliğinden de dikkate alınmalıdır. Bu noktada iki ihtimal vardır: Birincisi, işçinin arabulucuya başvuru süresini aslında geçirmediğinin tespiti; ikincisi geçirmiş olduğunun tespitidir. Birinci ihtimalde, mahkeme işe iade davasını görmeye devam etmelidir. Çünkü her hâlükârda taraflardan biri (işveren), arabuluculuk sürecine katılmamış ve süreç sona ermiş; böylece işçi arabulucuya başvuru zorunluluğunu yerine getirmiştir. Esasen sorun, işverenin arabulucuya başvuru süresinin geçtiğini ileri sürerek sürece katılmadığı ve sürecin sona erdiği bir durumda, mahkeme sürenin geçmediğini tespit etmişse, işverenin İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasındaki yargılama giderleriyle ilgili yaptırıma mahkûm edilip edilmeyeceğidir. Kanaatimizce burada işverenin bu yöndeki itirazının haklı dayanakları varsa, bu hakkını açıkça kötüye kullanmamışsa, yargılama giderleriyle ilgili yaptırım uygulanmamalıdır. Ancak, işverenin bu konudaki itirazını haklı kılabilecek bir gerekçe bulunmuyor ve durum çok açıksa o zaman yaptırım hükmünün uygulanması gerektiği görüşünderiz. Böyle bir durumda, işverene dava içerisinde bu sefer ihtiyarî arabuluculuk teklif edilebilecektir. İşveren bunu kabul ederse, o çerçevede de karar verilebilecektir. İkinci ihtimal söz konusu olur, yani işçi gerçekten arabulucuya başvuru süresini geçirmiş olur ve mahkeme tarafından da bu tespit edilirse, o zaman işe iade başvurusunda aranan hak düşürücü süre geçirilmiş olduğundan işe iade davasının redde-

dilmesi gerekmektedir. Çünkü daha önce arabulucuya başvuru süresi geçirilmişse zaten bu yönde talep hakkı da ortadan kalkmış olacaktır.

B. Başvurunun Tarafları

Zorunlu arabuluculuğun genel düzenlemesi çerçevesinde, şüphesiz arabuluculuk başvurusunun tarafları işçi ve işveren olacaktır (İŞMK m. 3/1). Bu yönüyle genel hükümlerden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Burada özellik gösteren durum işveren tarafında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerdir.²⁹ Kanun'da bu konuda ayrıca düzenleme yapılmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Madde gerekçesinde, uygulamada konuyla ilgili ortaya çıkan sorunlara değinilerek,³⁰ alt işverene bağlı çalışan işçinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olduğuna dayanabildiği, bunun sonucu olarak gerçek işverenin tespitinde taraf sorununun çıktığı, davanın sıfattan reddi halinde yeniden dava açma süresinin geçirildiği, bu durumun hem işçiyi mağdur edip hem de usûl ekonomisine aykırı olduğu, ayrıca böyle bir talep durumunda asıl işveren-alt işveren iddiasına muhatap olan işverenlerin (şeklî-usûlî anlamda) mecburî dava arkadaşı³¹ konumunda buldukları, böylece hukukî dinlenilme haklarını da daha iyi gerçekleştirebilecekleri belirtilmiştir.³²

Bu hüküm dikkate alındığında, işe iade talebinde bulunan işçi, bu talebi bakımından karşısında asıl ve alt işveren ilişkisi bulunan işve-

²⁹ Asıl işveren-alt işveren hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 158 vd.; Güzel, Alt İşveren, s. 31 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 64 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 115 vd.

³⁰ Asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki sorunlar ve tartışmalar hakkında bkz. Çelik, s. 5 vd.; Süzek, s. 167 vd.; Güzel, Alt İşveren, 39 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 70 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 129 vd.; Keser, s. 115 vd.

³¹ "Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburî dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir." 22. HD, 05.04.2012, 1966/6464 (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Ayrıca bkz. Astarlı, İş Güvencesi, s. 42-43; Günay, s. 109-110.

renleri muhatap olarak göstermişse, her ikisine ilişkin iletişim bilgisini de arabuluculuk bürosuna vermek ve arabuluculuk bürosu da (ayrıca arabulucu da) duruma göre her ikisi bakımından da gerekli araştırmayı yapmak durumundadır (İşMK m. 3/7, 8). Bu çerçevede arabulucu da, her iki işvereni muhatap alarak, bilgilendirip toplantıya davet etmelidir (İşMK m. 3/8).

Bu düzenlemenin uygulamada soruna yol açacak birçok yönü bulunmaktadır³³. Yukarıda belirtilen madde gerekçesi dikkate alındığında, alt işveren-asıl işveren ilişkisinde, işe iade davasındaki sorun noktasından bakarak hüküm konulduğu anlaşılmakta ve gerekçe dava üzerine kurulmaktadır. Oysaki arabuluculuk bir dava değildir ve davadaki her çözüm arabuluculuk sürecinde geçerli olmaz ve uygulanamaz. Burada da sorunun davadaki düşüncenin ve sorun çözme anlayışının arabuluculuğa da taşınmış olmasından kaynaklandığı söylenebilir.³⁴

Öncelikle, işçinin beyanı esas alınarak, asıl işveren alt işveren durumu belirlenmekte ve arabuluculuk süreci başlatılmaktadır. Şüphesiz dava açıldığında da hukukumuzda geçerli olan şekli taraf teorisi gereğince, davacının davalı olarak gösterdiği kişi veya kişiler davalı tarafta yer alır. Ancak, mahkemenin taraf sıfatını kendiliğinden inceleyerek karar vermesi ve sonunda bunlardan biri veya ikisi bakımından davanın reddi söz konusu olabilecektir. Arabuluculuk faaliyetinde ise arabulucunun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, davada bu kişiler arasında şekli ve usûli bakımdan bir mecburiyet veya birliktelik olsa da, maddi anlamda bir mecburiyet söz konusu değildir. Dolayısıyla asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı savunma yapabilecektir. Bununla birlikte, kanunda arabuluculuk söz konusu olduğunda bunların görüşmelere birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması, yani birlikte hareket etmesi zorunlu kılınmıştır. Kaldı ki, işçinin bu konuda belirlemesi yanlış olabileceği gibi eksik de olabilecektir. Örneğin, işçi tek işveren olduğunu düşünerek sadece birine karşı talebini yönelterek arabuluculuk faaliyetini başlatabilir.

³³ Astarlı da konunun bu yönüne değinmiştir (Astarlı, İş Güvencesi, s. 42).

³⁴ Özellikle işe iade davasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ilgili açıklamalar için bkz. Kar, s. 379 vd.

Bu nedenlerle, söz konusu düzenlemenin, maddî hukuka ve usûl hukuku kurallarına aykırı bir düzenleme olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca, belirttiğimiz bu hukukî sakıncaları yanında, düzenleme, uygulamada da pratik olarak sorunlara yol açabilecektir. Örneğin, kendisine arabuluculuk talebi yöneltilen bu işverenlerden her ikisi veya biri, taraflar arasında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığını, işçinin tespitinin yanlış olduğunu belirtirse ne olacaktır? Şüphesiz arabulucunun bu konuda karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti de bu tespiti yapmaya uygun değildir. Eğer işveren tarafın bu itirazı, işçi tarafından da kabul edilerek sadece birine veya bu tarafların da dışında başka birine talep yöneltilirse sorun olmayacaktır. Ancak işçi, bu kişilere karşı talebini sürdürürse, sürecin işlemesi konusunda farklı ihtimalleri dikkate almak gerekmektedir.

Bu noktada, kendilerine talep yöneltilen her iki işveren veya sadece biri arabuluculuk toplantısına katılmayabilir. Ancak, pratik bakımdan iki durum arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü Kanun bunların iradelerinin birbirine uygun olmasını aradığından, zaten birisi katılmadığında, aranan ortak irade oluşmayacağı için arabuluculuk süreci yürütülemeyecektir. Öte yandan, Kanun'da işverenlerin toplantıya birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği belirtilmiş; ancak bunun sonucu açıkça belirtilmemiştir. Fakat maddenin düzenlenişinden, bu birliktelik sağlanamazsa arabuluculuk faaliyetinin yürütülemeyeceği anlaşıldığından, arabulucunun bunu belirterek son tutanağı düzenleyeceği söylenebilecektir. Bu noktada işveren tarafının her ikisinin veya birisinin toplantıya katılmamasının gerekçesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı ise ve daha sonra açılan davada da bu husus tespit edilirse, o zaman yargılama giderleri ile ilgili yaptırımın burada uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

İşveren tarafında yer alanlar toplantıya katılmakla birlikte, ortak bir irade oluşturamayabilirler. Fakat bu ortak iradenin oluşmamasının da farklı sebebi olabilir. İki işveren, belirli konularda mutabık kalamadığından anlaşma olmayabileceği gibi, işverenlerden her ikisi veya biri kendilerinin bu iş ilişkisinin tarafı olmadığı ya da olsa bile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığını ileri sürdüğünden anlaşma gerçekleşmeyebilir. Bu durumun daha sonra açılan davada dikkate alınması gerekecektir.

C. Başvurunun Yapılması ve Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

İşe iade davalarında başvurunun şekli ve içeriği konusunda özel bir düzenleme yapılmadığından, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesindeki diğer iş uyuşmazlıklarında uygulanan başvuru şekli ve usulü uygulanacaktır.³⁵

Başvuruda işçi, işe iade talebinde bulunulduğunu ayrıca belirtilmelidir. Çünkü işe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyeti özellik göstermekte; ayrıca sonuçları da farklı gerçekleşmektedir. Başvuru sırasında asıl işveren-alt işveren söz konusu ise o zaman karşı tarafta birden fazla kişi olacağından arabuluculuk bürosunun tespitinde bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki büro yetkili olacaktır.

Yukarıda açıklamakla birlikte, önemi sebebiyle tekrar belirtmek gerekir ki, arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi, kanunî temsilcileri veya avukatları da bu görüşmelere katılabilir. Genel düzenlemelerden farklı olarak bunların dışında işverenin yetkilendireceği herhangi bir çalışanı da işvereni görüşmelerde temsil edebilir (İşMK m. 3/18). Bu hüküm avukatların hukukî uyuşmazlıklardaki temsil yetkisine ilişkin düzenlemelere ve tekel hakkına özel bir istisna getirmektedir.

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi bakımından da işe iade talepleri konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Burada da, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler (İşMK m. 3) ve hüküm bulunmayan hâllerde genel arabuluculuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuğun temel ilkeleri gözetilmeli ve işe iade davasının niteliği dikkate alınarak süreç yürütülmelidir. Tarafların, salt parasal çıkarları değil; işçinin işe iade edilmesi talebi ve işverenin işçiyi tekrar çalıştırmak isteyip istemediği, bunun arkasındaki sebepler de önem taşımaktadır. Kanaatimizce, arabulucunun mümkün olduğunca, işçinin, iş akdinin feshedilmesinin arkasında yatan gerçek sebebi ortaya çıkarmak ve tarafların gerçek niyetlerini anlamak için çaba göstermesi uygun olacaktır. İş akdinin feshinin arkasında, gerçekten geçerli bir sebep olma-

³⁵ Ayrıca bkz. Kar, s. 363 vd.; Günay, s. 101 vd.

yıp başka sebepler bulunuyor, geçerli sebepler bunları perdeliyorsa, o sebeplerin dikkate alınarak menfaatlerin ortaya çıkartılarak tarafların anlaşma zemini yakalamalarına yardımcı olunmalıdır. Şayet gerçekten geçerli bir sebep mevcut olup da buna rağmen işveren ve işçinin her ikisinin menfaatine uygun şekilde iş akdinin sürdürülmesi mümkün görünüyorsa, o yönde hareket edilmelidir. Şüphesiz burada, davadaki gibi bir haklılık ve hukukî zemin değil; bu zeminle birlikte taraf menfaatleri, amaçları ve niyetleri önem taşımaktadır. İşe iade taleplerinde amaç, öncelikle işçinin tekrar çalışabilmesi, işverenin de bu konuda engel gördüğü hususların ortadan kaldırılmasıdır. Bu mümkün görünmüyorsa, o zaman diğer konular ve parasal hususlara daha fazla odaklanılması daha yerinde olacaktır. İşe başlatma yönünde anlaşma olsa dahi parasal konuların da anlaşma metninde yer alması gerektiği kanunî düzenleme gereğidir (İşK m. 21/7). Bu konuya aşağıda ayrıca değinmeye çalışacağız.³⁶

İşe iade taleplerinde özel bir hüküm olmamakla birlikte, zorunlu arabuluculuktaki düzenlemenin sonucu olarak, arabuluculuk süreci, arabulucunun görevlendirilmesi tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İşMK m. 3/10).

D. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

1. Genel Olarak

İşe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyetinin sonucu bakımından bazı özel hükümler olsa da (İşK m. 20, 21), sürecin hangi hallerde sonuçlandırılacağı belirtilmediğinden İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki hükme bakmak, bunu işe iade talepleriyle ilgili hükümlerle birlikte yorumlamak gerekir. İş Mahkemeleri Kanunu, arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşmenin yapılamaması, taraflar görüşmeye katılmakla birlikte anlaşmaya varılamaması ve tarafların görüşmelere katılmaları sonunda anlaşmaya varılmaması hallerini sona erme halleri olarak kabul etmiştir (İşMK m. 3/11):

Bu çerçevede, yukarıda sayılan hallerin nispeten farklı sonuçları

³⁶ Bkz. aşa. III, D, 2, a.

olsa da, genel olarak iki kategoride toplayabiliriz. Bunlar: Arabuluculuk faaliyetinin başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlanması, arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla, yani anlaşma olmadan sonuçlanmasıdır. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflar anlaşabilecekleri gibi, farklı sebeplerle (taraflara ulaşamama, görüşmelere katılmama, anlaşmaya varmama) anlaşma gerçekleşmeyebilir. Her ikisinin doğuracağı sonuçlar farklıdır. Bunlar aşağıda ayrı ayrı incelenecektir. Ancak hangi durum gerçekleşirse gerçekleşsin, arabuluculuk faaliyeti sona erecek ve arabulucu son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirecektir.

2. Arabuluculuk Faaliyetinin Anlaşma İle Sona Ermesi ve Sonuçları

a. Yapılacak Anlaşmanın Niteliği ve İçeriği

Kanun koyucu işe iade talepleri hakkında zorunlu olarak arabulucuya başvurulduğunda, bu anlaşmayı özel olarak düzenlemiştir. Hatta işe iade taleplerinin zorunlu arabuluculuk bakımından en çok özellik gösteren yönünün bu olduğu söylenebilir.

Genel hükümlere göre ve diğer iş uyuşmazlıklarında, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varmaları hâlinde, bunu mutlaka bir anlaşma metnine dökmeleri veya belirli şekilde anlaşma yapmaları şart değildir. Kanun koyucu, anlaşmanın belirli şekilde yapılması halinde, bunun ilâm niteliğinde olacağını kabul etmiştir. Bu da varılan anlaşmanın ya taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması, daha sonra mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle veya taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması ile şerhe de ihtiyaç duymadan gerçekleşir (HUAK m. 18). Ancak işe iade davalarında anlaşmanın geçerli olması için, belirli içerikte yapılması zorunlu kılındığından, belirli bir metne dökülmesi zorunludur (İŞK m. 21/7).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işe iade talebi bakımından bir anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşmanın içeriğinin nasıl olması gerektiği, zorunlu arabuluculuğun ayrıntılı şekilde hüküm altına alındığı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde değil; geçersiz feshin sonuçlarını belirten İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda

anlaşmaya varmaları halinde üç husus anlaşma metninde yer almalıdır. Bunlar, işçinin işe başlatma tarihi, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer haklar (yani işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenecek olan doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları) ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarıdır.

Bu üç hususun anlaşma metninde yer almaması durumunda, anlaşmanın sağlanamamış sayılacağı ve son tutanağın buna göre düzenleneceği belirtilmiştir (İşK m. 21/7).³⁷

Dikkat edilirse, arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılması halinde, düzenlenecek anlaşma metninin içeriği, mahkeme veya özel hâkemin işe iade kararı vermesi halinde vereceği kararın içeriğiyle aynıdır. Aradaki fark, birinde bu hususlar anlaşma metnine arabulucu ve taraflarca geçirilirken, diğerinde hâkim veya hakemin bunlara kararında yer vermesidir.

Konuya, sadece anlaşma metninin içeriği yönünden bakıldığında bir sorun bulunmamaktadır. Fakat hükmün farklı yönlerden açıklanması zorunluluğu vardır. Burada temel sorun, örneğin işçi işe iade talebiyle arabulucuya başvurduğunda, arabuluculuk müzakereleri sonunda, her iki taraf işe iade dışında başka bir anlaşmaya varırsa bu anlaşma geçersiz mi sayılmalıdır? Bu soruyu sormamızın sebebi, işe iade ile ilgili yapılacak anlaşmanın içeriğinin, Kanun'da özel olarak belirtilmiş olmasıdır. Kanun'daki bu sınırlama ve belirlemenin nasıl anlaşılacağı önemlidir. İşe iade alternatifi dışında ve Kanun'da belirlenen içeriğe aykırı bir anlaşmanın hiçbir şekilde geçerli sayılmayacağı kabul edilebileceği gibi; işe iade dışında da tarafların menfaatine uygun bir anlaşmaya varılabileceği, ancak işe iade yönünde anlaşma yapılacaksa içeriğin yukarıda açıklanan Kanun'daki şekilde olması gerektiği de kabul edilebilecektir.

Bu noktada İş Kanunu'nun 21. maddesinin düzenlemesi de değerlendirilmelidir. Zira bu maddenin son fıkrasına göre, 21. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.³⁸ Yani iş-

³⁷ Kar, s. 368.

³⁸ Bu fıkra Kanun Taslak halindeyken biraz daha farklı düzenlenmiş, ancak kanun-

verenin geçerli sebep göstermediği veya sebebin geçerli olmadığı hal-lerde, bu durum, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu, işçinin işe başlatılmaması halinde, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek olan en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları değiştirilemez ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılamaz. Bu düzenleme, mutlak olarak dikkate alınırsa, işe iade taleplerinde arabulucuya da başvurulduğunda tarafların başka türlü anlaşma yapmasının mümkün olmadığı, yaparlarsa da bunun geçersiz sayılacağı kabul edilmelidir.³⁹

Ancak, bu gerekçenin aksi de savunulabilecektir. Öncelikle, arabuluculuk farklı yöntem ve sonuçlara açık bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, arabulucuya başvuru zorunlu olsa da, süreç ve sonuç bakımından tarafların serbest iradeleri söz konusudur. Ayrıca arabuluculukta önemli olan, hukukî durumdan daha çok tarafların menfaatleri ve üzerinde anlaş-tıkları çözümdür. Bunun yanında, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası, işe iade ile ilgili olarak, Kanun'a aykırı şekilde mahkemeye başvuru ve onun vereceği karar hakkında önceden yapılan anlaşmaların geçersiz sayılacağı şekilde kabul edilebilir. Keza, sözleşmeyle hükümleri değiştirilemeyecek olan İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrasında da arabuluculuğa ilişkin hususlar değil; mahkeme ve özel hakemin kararına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 7036 sayılı Kanun'la, İş Kanunu'nun 21. maddesine arabuluculuğa ilişkin hükümler eklenmiş olmasına rağmen, aksinin kararlaştırılmayacağını belirtilen fıkralar ilk üç fıkra olup bunlar da mahkeme veya özel hakemin vereceği kararlar hakkındadır. Bu noktada *Astarlı*, maddenin Taslak metninde,

laşma aşamasında vazgeçilmiştir. Madde, taslak halindeyken "Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Alpogut, s. 213; Güzel, Tasarı, s. 1145. Ayrıca Tulukçu, s. 379 vd.

³⁹ İş güvencesi ile ilgili hükümlerin emredici olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede, İşK. m. 18'in nisbi emredici olduğu; ancak İşK m. 21/1, 2, 3 hükümlerinin mutlak emredici olduğu hakkında bkz. Süzek, s. 659 vd.; Mollamahmutoğlu/As-tarlı/Baysal, s. 370; Tulukçu, c. 378. Ayrıca Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 527 vd.; Kar, bu durumda arabulucunun arabuluculuk faaliyetine son vermesi ve tutanağı buna göre düzenlemesi gerekir demektir (Kar, s. 369, 491).

özellikle parasal haklar bakımından, işçi lehine düzenlemeye imkân tanıyan ifadenin, Tasarı'da ve maddenin kanunlaşan halinde yer almadığını belirterek, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasındaki sınırlamanın işçi lehine olacak şekilde tamamen kaldırılması, işçi lehine olmak şartıyla tarafların anlaşabilmelerine imkân tanınmasının uygun olacağı kanaatindedir.⁴⁰ Kanun'un şu andaki düzenlemesinde de, sadece parasal haklar bakımından değil; arabuluculuğun niteliği ve amacı, ayrıca Kanun'un düzenlemesi dikkate alındığında, arabuluculuk müzakereleri sonunda iki tarafın mutabık kaldığı ve menfaatlerine uygun olan, özellikle işçinin menfaatlerini daha çok koruyan başka bir anlaşma da geçerli kabul edilebilir. Örneğin, taraflar işe iade dışında, işçiye başka türlü menfaat sağlanması konusunda da anlaşabilirler. Kanaatimizce, açıkladığımız gerekçelerle, bu ikinci düşünce arabuluculuğa ve Kanun'un düzenlemesine daha uygundur. Nitekim *Astarlı* da, Kanun'da açıkça düzenlenmese de arabuluculuk faaliyeti sonunda, tarafların, işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşabileceklerini ve farklı ihtimallerle bunun gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bu çerçevede, taraflar, feshin geçerliliği konusunda anlaşabilirler ve bunun sonuçlarını ayrıca kararlaştırabilirler (kıdem, ihbar tazminatının ve yıllık izin, fazla çalışma ücreti ödenmesi gibi). Ayrıca taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, sulh niteliğinde bir ikale ile sözleşmeyi sonlandırabilir, buna bağlı olarak da sonuçlarını serbestçe kararlaştırabilirler.⁴¹ *Astarlı*'nın bu görüşünün, yukarıda belirttiğimiz kanaatimizi desteklediğini düşünüyoruz.

İster Kanun'da belirtilen hususlar dışında anlaşma yapılamayacağı, ister işe iade yönünde veya bunun dışında anlaşma yapmakta tarafların serbest olduğu düşünölsün, tartışma, hangi yönde anlaşma yapıp yapılamayacağı ile ilgilidir. Ancak, işe iade yönünde bir anlaşmaya varılmışsa, içeriğinin Kanun'da belirtilenin dışında olması mümkün değildir. İşe iade konusunda anlaşmaya varılması halinde, yukarıda açıklanan içerik mutlaka anlaşma metninde yer almalıdır. Aksi halde anlaşmanın sağlanamadığı kabul edilecektir. Taraflar, işe iade konusunda anlaşıklarını, ancak işe başlatmama durumunda, 4-8 aylık değil de, örneğin 3-6 aylık ücret ödeneceğini ya da ödenecek ücretin

⁴⁰ *Astarlı, İş Güvencesi*, s. 49-50.

⁴¹ *Astarlı, İş Güvencesi*, s. 50.

4 aya kadar değil de 2 aya kadar olacağını kararlaştırırlarsa, aslında anlaşmaya varılmamış sayılmaları gerektiği görüşündeyiz. Bu hususu gözetmek arabulucunun görevidir. Kanun'da aranan unsurlar konusunda anlaşma yoksa arabulucu bu durumu tespit ederek tarafların anlaşamadığını belirtip son tutanağı tutmalıdır.

Burada kısaca açıklanması gereken bir diğer husus da, anlaşmanın zorunlu içeriğinde yer alan İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasındaki "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir." ifadesinin arabuluculukta nasıl anlaşılması gerektiğidir⁴². Zira çalıştırılmayan süre bakımından en çok dört aylık ücret için hükümde "kararın kesinleşmesine kadar" denilmektedir. Arabuluculukta bir yargısal karar ve kararın kesinleşmesi olmadığından, bunun "anlaşmanın yapılmasına kadar" şeklinde anlaşılmasının doğru olacağı görüşündeyiz.

Son olarak, taraflar anlaşmaya vardıklarında arabuluculuk ücreti ve giderlerinin nasıl ödeneceğini de kararlaştırabileceklerdir. Taraflar bu konuda karar vermemişlerse, o zaman arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre taraflarca eşit şekilde karşılanacaktır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz (İşMK m. 3/13, c. 1, 2). İşe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, asıl anlaşma konusu işe iade olduğundan, Kanun bu durumda ücretin nasıl hesaplanacağını da özel olarak belirtmiştir. Buna göre, işe iade taleplerinde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde, işçiye, işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısmı uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir (İşMK m. 3/13, c. 3)⁴³.

b. Anlaşmanın Sonuçları

Arabuluculuk süreci sonucunda taraflar anlaşılırsa, işin niteliği gereği, bu anlaşmayı gönüllü olarak yerine getirecekleri düşünülecektir.

⁴² Bu ücret ve hakların kapsamına nelerin gireceği ve bu konuda Yargıtay uygulaması için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 521 vd.; Süzek, s. 656-657; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 308 vd.; Alpagut, s. 209; Kar, s. 488.

⁴³ Ayrıca bkz. Kar, s. 369; Günay, s. 114-115.

Çünkü arabulucuya başvuru zorunlu ise de, sürece dâhil olmak ve anlaşma yapıp yapmamak tarafların iradelerine bağlıdır. Tarafların kendi istek ve iradeleri ile bir anlaşmaya varmaları, onların menfaatlerine en uygun çözümü ürettikleri anlamına gelir. Bu durumda da anlaşmaya uygun davranmaları beklenir. Normal beklenen durum bu olmakla birlikte, tarafların anlaşmaya uygun davranmamaları da mümkündür.

İş Kanunu'nun 21. maddesi, kural olarak, mahkeme veya özel hakem kararını esas alarak bir düzenleme yapmıştır; ancak gerek arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmayla ilgili hüküm, gerekse maddenin genel düzenlemesinden bir sonuca varılabilir.

Kanun'da işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, tarafların anlaşmaya varması halinde de, feshin geçersiz hale geleceğini, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, iş sözleşmesinin devam ettiğini söyleyebiliriz.⁴⁴ Ancak, buradaki işe başlatmak için öngörülen bir aylık sürenin, arabuluculuk anlaşmasında da bağlayıcı olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü arabuluculuk anlaşmasının zorunlu içeriğinde, Kanun, sadece işe başlatma tarihinden bahsetmiş; fakat İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapmamıştır. Oysa tazminat ve ücretler konusunda 2. ve 3. fıkraya atıf vardır. Buradan işçinin işe başlatılacağı tarihin, varılacak anlaşmada mutlaka belirtilmesi, fakat bunun bir aylık süre ile bağlı olmadığı sonucuna varılabilecektir. Ancak, bunun da, Kanun'un arzu etmediği sonuçlar doğurması ihtimali vardır. Örneğin, taraflar işçinin çok uzun bir süre sonra işe başlatılacağını kararlaştırabilecekler midir? Eğer ayları, yılları bulan uzun süreler öngörülürse, bunun işe iade kurumunun amacıyla, iş güvencesinin niteliği ile izahı mümkün değildir. Bu çekinceler çerçevesinde *Astarlı*, bu hükmün de kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte değerlendirilmesi ve 21. maddenin 1. fıkrasındaki bir aylık süreye burada da uyulması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵

Tarafların kararlaştırdıkları tarihte işçi işe başlamayabilir veya işveren işe başlatmayabilir. Bu durumda Kanun'da işçinin kararlaştırı-

⁴⁴ Astarlı, İş Güvencesi, s. 49.

⁴⁵ Astarlı, İş Güvencesi, s. 49.

lan tarihte işe başlamaması hâlinde feshin geçerli hâle geleceği ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olacağı belirtilmiştir (İŞK m. 21/7, son cümle). İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ise, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre işçiye ödenecek tazminat talep edilebilecektir.

Taraflar, zorunlu içerik sebebiyle anlaşmayı doğal olarak yazıya dökceklerdir; ancak, bunun şeklinin nasıl olacağı Kanun'da belirtilmemiştir. Bu konuda İş Mahkemeleri Kanunu'nda da hüküm olmadığından, genel hükümlere, yani Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na bakılmalıdır (İŞMK m. 3/21). Bu çerçevede anlaşma metninin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmasından sonra, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edilir ve bu şerh verilirse, anlaşma ilâm niteliğinde olacaktır. Taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması halinde ise şerhe ihtiyaç olmadan bu belge ilâm niteliğinde sayılacaktır (HUAK m. 18). Şayet anlaşma ilâm niteliğinde belge haline getirilmezse, o zaman adi bir belge olarak genel hükümlere göre sonuç doğuracaktır.

Burada, işe iade davaları sonucunda verilen kararın (ilâmın) niteliği ve bunun icrasına ilişkin tartışmalar konumuz dışında kaldığından üzerinde durmamaktayız. Zira bu kararın eda hükmü mü, tespit hükmü mü olduğu ve buna göre nasıl icra edileceği tartışılmalıdır. Sadece şunu belirtelim ki, tarafların vardıkları anlaşma, ilâm niteliğinde olsa dahi, mahkemenin verdiği ilâmdan daha güçlü olmayacağından, mahkeme kararına yönelik yapılan tartışmalar burada da gündeme gelecektir.⁴⁶

⁴⁶ Doktrinde aksine görüş olmakla birlikte (Örneğin, Özekes, Değerlendirme, s. 495; Özekes, Takip ve İcra, s. 33-34), işe iade davası sonunda iadeye ilişkin verilen kararın genel olarak tespit hükmü olduğu kabul edilmektedir. Keza Kanun değişikliğinden önce, feshin geçersizliğinin tespiti halinde, işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretine ilişkin kararın da tespit hükmünün niteliğini değiştirmediği, tespit hükmünün adeta devamı olduğu, bu sebeple bu konularda ayrıca talep olmasa da karar verileceği ve kararda para değil, ay olarak belirleme yapılması gerektiği kabul edilmekteydi (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 518; Astarlı, İş Güvencesi, s. 45; Süzek, s. 637 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 362; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 246; Yılmaz, Dava, s. 25-26; Yılmaz, Takip, s. 47 vd. İşe iade davasındaki hüküm ile alacak davasındaki hüküm ilişkisi hakkında bkz. Birben, s. 350 vd.). Ancak, 7036 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine yeni fıkra eklenerek "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrafta düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrafta düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler." denilmiştir. Bu yeni fıkranın amacı da madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "Uygulamada işe iade kararı veren

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasına göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşmaya varılan konularda dava açılmaz. Bu hükmün aslında uygulanması her zaman mümkün olmayabilecektir. Çünkü tarafların anlaşmasına rağmen, örneğin işveren, işçiyi işe başlatmaz, buna karşılık işçi, işe iade tazminatı için (eğer ilâm niteliğinde belge haline getirilmemişse) ilamsız icra takibi yapar, işveren de buna karşı itiraz ederse, takip duracaktır. Buna karşılık işçinin takibe devam edebilmesi için itirazın kaldırılması yoluna başvurması (İİK m. 68-69) ya da itirazın iptali davası açması (İİK m. 67) gerekir.⁴⁷ Sonuç olarak, takibe itiraz halinde, takibe devam edilebilmesi için bir dava açılması zorunlu olduğundan, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca

mahkeme boşa geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanınmaktadır. Düzenleme ile ikinci fıkra da belirtilen tazminat ile üçüncü fıkra da belirtilen ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte ve böylece uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Mevcut beşinci fıkra da sonra ilave edilen fıkra da, belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir". Dikkat edilirse gerekçede daha çok işe iade davasıyla ilgili uygulama sorunlarının bertaraf edilmesi amaçlanmış, böylece farklı davalar açmak yerine doğrudan icra takibine imkân tanınmak istenmiştir. Ancak, gerek maddenin düzenlenişi gerekse gerekçeden bu icra takibinin ilamlı mı ilamsız mı takip olacağı anlaşılamamaktadır. Şayet burada ilamlı takip denilecek olursa, o zaman esas karar olan işe iade kararı, doktrindeki çoğunluğa ve Yargıtay uygulamasına göre tespit hükmü olması sebebiyle ilamlı icraya konu olamazken, onun sonucu ve uzantısı olan parasal haklara ilişkin kısım nasıl eda hükmü sayılarak ilamlı icraya konu edilecektir? Bu kendi içinde çelişkili bir durumdur. Eğer burada kastedilen ilamsız icra takibi ise, o zaman da gerekçede belirtilen yeni davaların açılmasının önüne geçilemeyecektir. Çünkü ilamsız icra yolu zaten önceden de mevcuttu; kaldı ki ilamsız icra takibine karşı itiraz edildiğinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmak (İİK m. 68 vd.) veya itirazın iptali davası açmak (İİK m. 67) gerekir. O zaman da amaçlanan yeni davaların açılmasının önüne geçilmiş olmaz. Kısaca yeni düzenlemenin önceki tartışmaları tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı görülmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Astarlı, İş Güvencesi, s. 44-46; Alpagut, s. 211.

⁴⁷ Konu işe iade davası sonunda verilen ilâmın icrası ile ilgili tartışmalarla da bağlantılı olduğundan bu konuda ayrıca bkz. Özekes, Değerlendirme, s. 504 vd.; Özekes, Takip ve İcra, s. 32 vd.; Yılmaz, Takip, s. 50 vd.; Süzek, s. 638.

dava açılmaz” şeklindeki hüküm çok anlamlı olmayacaktır. Ayrıca, anlaşma ilâm niteliğinde belge haline getirildiğinde de, bu belgenin icra edilmesi konusundaki tartışmalara göre, yine dava açılması zorunluluğu doğabilir. Görüldüğü üzere, Kanun’daki hükmün, varılan anlaşmanın icrası aşamasına geldiğinde uygulanabilirliği yoktur.

Bunların yanında, özellikle anlaşma metninin, gerçek bir arabuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkmaması, Kanun’un gereklerinin yerine getirilmemesi, genel hükümlere göre irade sakatlığı vs. hususların ortaya çıkması halinde de şüphesiz dava açılması yine mümkündür. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, zorunlu arabuluculuğun yürürlüğe girmediği, ihtiyarî arabuluculuğun uygulandığı dönemde dahi verdiği oldukça ayrıntılı bir kararında, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir belge hazırlansa da, bunun mahkeme tarafından denetlenebileceğini belirtmektedir. Kararın içeriğinden, karara konu olayda, arabuluculuk faaliyetinin gereği gibi yürütülmediği ve arabulucunun gereği gibi görevini yapmadığı da anlaşılmaktadır. Ancak 9. Hukuk Dairesi, kararında bu konu üzerinde durmamış, arabuluculuk sonucu ortaya çıkan anlaşmanın içeriğini ele alarak sadece bu yönde bir değerlendirme yapmıştır. Oysaki böyle bir durumda, aslında gerçek bir arabuluculuk anlaşmasından dahi söz edilemeyeceğinden ve gerçek bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmediğinden, ayrıca, açık kanun hükümleri ile arabuluculuğun özüne ve yöntemine aykırı bir yol izlendiğinden, arabulucunun hukukî, cezaî ve disiplin sorumluluğu da doğacaktır. Daire bahsi geçen kararında özetle, iş güvencesi hükümleri ile TBK m. 420’deki ibraya ilişkin sınırlamayı birlikte değerlendirerek, iş sözleşmesinin feshine bağlı haklara ilişkin olarak yapılan sulh sözleşmesinin ve ibranın geçerli olup olmayacağını tartışmıştır. Kararın konumuz bakımından özellikle önem arz eden kısmı şu şekildedir:⁴⁸

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında ‘...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.’ düzenlemesine yer verilmiştir. 6098 sayılı TBK’nın bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile

⁴⁸ 9. HD, 08.12.2016, 25300/21744 (Kazancı İçtihat Bankası).

işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda, uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir.”⁴⁹

Bu karar yanında, iş güvencesi hükümleri karşısında, “taraflar işe iade bakımından sulh olabilirler mi?” sorusunun cevabı olarak Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi farklı kararlar vermiştir. Doktrinde ise, genel olarak bu sulh sözleşmesinin geçerli olması gerektiği benimsenmiş, bunun yanında ibra konusunda da ayrıca değerlendirme yapılmıştır.⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler konumuzun sınırlarını aştığından ayrıntısına girmiyoruz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, belirtilen tartışmalar henüz zorunlu arabuluculuğun kabul edilmediği dönemde yapılsa da, benzer sorunlar zorunlu arabuluculukta da ortaya çıkacaktır ve bu sorunların incelenmesi gerekecektir. Her şeyden önce kanun koyucunun aradığı şekilde bir arabuluculuk faaliyeti ve arabuluculuk süreci ortaya çıkmazsa, varılan anlaşmanın geçerliliği tartışılacaktır. Bunun yanında içerik olarak da sulh ve ibra ile ilgili tartışmalar, arabuluculuğun zorunlu hale gelmesi ile sona ermemektedir. Çünkü bu tartışmaların temeli olan maddi hukuk hükümlerinde bir değişiklik yoktur.

⁴⁹ Kararı esas alarak bu konuda yapılan tartışma ve değerlendirme için ayrıca bkz. Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1482 vd. Yukarıdaki açıklamalarımız bakımından da önemi sebebiyle Yazarların, 9. Hukuk Dairesi’nin kararını da değerlendirdikleri çalışmalarında bu konuyla ilgili yaptıkları şu nihâi tespiti burada da belirtmek istiyoruz: “Kanaatimizce, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenecek olan ibra sözleşmeleri TBK’nın 420. maddesindeki kriterleri taşımak zorundadır. Kanunda yer alan bu hüküm emredici niteliktedir. Emredici nitelikteki hükümler tarafların anlaşması suretiyle değiştirilemez. Bu sebeple emredici hükümlere aykırı olarak yapılan anlaşma belgelerinin içeriğinin arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmelidir. İçerisinde ibra hükümleri taşıyan her türlü sözleşme her ne isim altın yapılırsa yapılsın kanunda aranan kriterleri taşımak zorundadır. Aksi hâlde, sırf ibra sözleşmesi ilişkin hükümlerden kaçınmak amacıyla tarafların başka hukukî kurumları kullanarak birbirlerine ibra etmelerine olanak tanınmış olunacaktır”. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Özkes/Atalı, Tebliğ.

⁵⁰ Bu konu ile ilgili açıklamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 528 vd.. Ayrıca Astarlı, İbra, s. 42 vd.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1487 vd., 1498 vd.

Tüm bu tartışmalar göstermektedir ki, Kanun'a "...dava açılmaz" şeklinde hüküm koymak sorunu çözmektedir ve böyle bir hüküm her zaman uygulanamamaktadır. Çünkü bu konunun icra boyutundaki tartışmalar sebebiyle, yeni davaların açılması söz konusu olduğu gibi, konunun maddî hukuk yönü bakımından da içeriğinin denetlenmesi gerekebilecektir. Bu sebeple şartları oluştuğunda, dava açılması mümkündür. Kaldı ki, dava açılmaz şeklindeki hükmün ortaya çıkardığı bu sorunlar yanında, baştan dava yolunun kapatılması hak arama özgürlüğü yönünden de sorunludur.

3. Arabuluculuk Faaliyetinin Anlaşma İle Sona Ermemesi ve Sonuçları

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya da varamayabilirler. Bu, tarafların (özellikle işveren tarafın) arabuluculuk faaliyetine katılmamasından kaynaklanabileceği gibi, yürütülen arabuluculuk müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasından da kaynaklanabilir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 11. fıkrasında, arabulucunun, taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucu anlaşmaya varılmaması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sonlandıracağı ve son tutanağı düzenleyerek arabuluculuk bürosuna bildireceği belirtilmiştir.

İşçi, arabuluculuk sürecini işletmeden, doğrudan işe iade davası açarsa, mahkeme, işçiye arabuluculuk faaliyetine başvurulduğu ve başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin son tutanağın ibrazı için bir haftalık süre verecek; bu kesin süre içinde son tutanak mahkemeye sunulmazsa, dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedecektir (İşMK m. 3/1, 2). Bu durumda ret kararı mahkemece taraflara kendiliğinden tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir (İşK m. 20/1, c. 4, 5). Dikkat edilirse bu durumda arabulucuya başvuru süresi bir ay değil; artık iki hafta olacaktır. Bu hüküm diğer iş uyuşmazlıklarından da farklılık göstermektedir. Çünkü diğer durumlarda tekrar arabulucuya başvuru için süre öngörülmemişken, işe iade davasının niteliğinden dolayı burada red kararının kendiliğinden tebliğe çıkartılacağı ve kesinleşen karardan sonra da arabulucuya başvuru için kesin bir süre verileceği öngörülmüştür. Bu, diğer iş uyuşmazlıklarından farklı olarak işe iade davalarına özgüdür. Nitekim bu durum maddenin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.⁵¹

⁵¹ Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 16-17; Astarlı, İş Güvencesi, s. 41; Tulukçu, s.

İşçi, arabuluculuk sürecini başlatmasına rağmen, arabulucu, işverene ulaşamaz, işveren veya daha sonra farklı sebeplerle işçi görüşmelere katılmazsa, arabulucunun, faaliyeti sonlandırarak, son tutanağı düzenleyip arabuluculuk bürosuna bildirmesi gerekir (İşMK m. 3/11). İşveren bu sürece herhangi bir mazereti olmaksızın katılmazsa, o zaman arabulucu bunu da tutanakta belirtir ve işveren daha önce yukarıda belirtilen şekilde, ileride dava açıldığında, yargılama giderleri ile ilgili yaptırıma mahkûm edilir. Şayet işçi de, daha sonra mazeretsiz görüşmelere katılmazsa aynı yaptırımla işçi de muhatap olacaktır (İşMK m. 3/12). Arabuluculuk bürosuna başvurarak arabuluculuk sürecini başlatan işçi, daha sonra ilk toplantıya katılmayabilir veya ilk toplantıya katılarak diğer toplantılara katılmayabilir. Hangi durumda olursa olsun arabuluculuk süre işletilmiş; ancak başarısızlıkla sonuçlanmış kabul edilmeli ve sonuçlar ona göre gerçekleşmelidir.⁵²

Taraflar arabuluculuk sürecini işletmelerine rağmen görüşmeler anlaşmayla sonuçlanmayabilir. Bu durumda da arabulucu arabuluculuk faaliyetini sonlandırarak son tutanağı düzenleyecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, işçi, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir.⁵³ Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir (İşK m. 20/1, c. 2, 3).⁵⁴

İşe iade davası açılması durumunda, mahkeme karar verdiğinde, daha önce tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılıp katılmama-

287.

⁵² Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 15.

⁵³ Erdoğan/Erzurumlu, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı halindeyken yayınladıkları çalışmada, işe iade taleplerinde anlaşma metninde işe iadenin, işe iade edilmeme halinde tazminat, ücret ve diğer hakların birlikte yer almasının doğru ve aslında pratik olmadığını; bunun yerine zorunlu arabuluculuk kapsamında tarafların işe iade konusunda anlaşır ve bunu yerine getirirlerse sorun çıkmayacağını, şayet işe iade konusunda anlaşamazlarsa, mahkemede açılacak davada yeniden işe iade talep etmek yerine, davanın konusunun parasal haklarla ilgili olmasının daha doğru olacağını savunmaktadırlar. Yazarlar, böylece işe iadede anlaşamayan taraflar, bu konuda iradelerini belli ettiklerinden, dava açılıp işe iade kararı verilse de zaten uygulanmayacak bir kararı vermek yerine, uygulanabilecek nitelikte parasal haklarla ilgili karar vermenin hem daha pratik hem daha az sorun doğuran bir çözüm olacağını açıklamaktadırlar (Erdoğan/Erzurumlu, s. 1894 vd.).

⁵⁴ Bu konuda bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 16 vd.

larına göre, arabuluculuk ücreti, yargılama giderleri ile ilgili özel hükümleri de kararında belirtmesi gerekir (İşMK m. 3/12, 14, 16).

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile genel olarak iş mahkemeleri ve iş yargılamasına ilişkin yeni bir düzenleme yapılmakla birlikte, aslında yürürlükten kaldırılan 5521 sayılı İş Kanunu'nda, yargılama anlamında, çok önemli değişikliğe yol açmamıştır. 7036 sayılı Kanun'un bu konuda getirdiği en önemli yenilik veya değişiklik, iş uyuşmazlıklarının bir kısmı için dava şartı olarak (zorunlu) arabuluculuğun kabul edilmesidir. Böylece Kanun'da belirlenen iş uyuşmazlıkları için, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, bu başvurunun başarısız olduğu belgelendikten sonra dava açmak mümkündür; aksi halde dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. 7036 sayılı Kanun'la birlikte, başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere diğer iş mevzuatında da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin merkezinde, zorunlu arabuluculuk kurumu bulunmaktadır. Bu çerçevede, iş güvencesi, işe iade uyuşmazlıkları bakımından da zorunlu arabuluculuk kapsamında özellikle İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde ekleme ve değişikliklere gidilmiştir. Biz bu çalışmada işe iade talepleri kapsamında zorunlu arabuluculuğun gösterdiği özellikleri incelemeye çalıştık.

İşe iade talepleri ile ilgili zorunlu arabuluculuk, getirilen özel hükümler sebebiyle tamamen olmasa da bazı önemli farklılıklar göstermektedir. İşe iade talepleriyle ilgili zorunlu arabuluculuk bakımından, öncelikle bu özel hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler dışında, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlenen hükümler geçerli olacak; burada da hüküm bulunmayan hallerde başta 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu olmak üzere, arabuluculuğa ilişkin genel ilke ve kurallar uygulanacaktır.

İş Kanunu'nda düzenlenen feshe karşı koruma ya da iş güvencesi hükümleri ile iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amaçlanmış; böyle bir durumda başvurulacak hukukî imkânlar düzenlenmiştir. Geçersiz bir feshe muhatap olduğunu düşünen işçi, feshin geçersizliğini ileri sürmek istiyorsa, önce arabulucuya başvurmak,

arabuluculuk süreci başarısız olursa, feshin geçersizliğini mahkeme (veya özel hakem) önünde dava etmek durumundadır.

İşe iade talebiyle arabulucuya başvuru, diğer zorunlu arabulucuya başvurulardan farklı olarak, bir aylık hak düşürücü süreye bağlıdır. Bu süre, fesih bildirimının tebliği ile başlar. Ancak, bu tebliğin yapılmaması veya tebliğle ilgili sorunlar bakımından, daha önce Yargıtay'ın işe iade davalarında verdiği kararların ve doktrinde kabul edilen kriterlerin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. İşçi, arabulucuya başvurmak yerine, doğrudan dava açarsa, mahkeme dava şartı sebebiyle talebi usûlden reddetmek ve ret kararını re'sen taraflara tebliğ etmek durumundadır. Bu red kararının kesinleşmesinden sonra da, re'sen yapılacak tebliğden itibaren, iki hafta içinde arabulucuya başvurma imkânı tanınmıştır. Gerek önce arabulucuya başvuru halindeki bir aylık süre sınırı, gerekse doğrudan mahkemeye başvurudan sonra iki haftalık ek süre, diğer iş uyuşmazlıklarında düzenlenmeyen, işe iade taleplerine özgü hükümlerdir. Burada tartışmaya açık konu, bu hak düşürücü süreler geçirilerek arabulucuya başvurulmuşsa, arabulucu hâkim ve karar verici konumunda olmadığından, bu sürelerin geçtiğinin nasıl dikkate alınacağı ve sürecin nasıl işletileceğidir. Kanatımızca, burada akla gelebilecek en pratik yol, karşı tarafın bu durumu ileri sürerek arabuluculuk görüşmelerine katılmaması, arabulucunun da bu durumu tutanakta belirterek görüşmeleri sonlandırması ve eğer daha sonra dava açılırsa, bu durumun ayrıca davada değerlendirilmesidir.

İşe iade taleplerinde taraflar bakımından da özel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için, işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Bu hüküm özellikle uygulamadaki muvazaalı ilişkilerin çözümü için getirilmişse de, başka sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Öncelikle, gerçekten böyle bir ilişkinin mevcut olup olmadığı, arabuluculuk sürecinde incelenerek çözülecek bir konu değildir. Bu konuda bir sorun çıkarsa, arabulucu yargılama yapmadığından karar veremeyecektir. Keza zaman zaman menfaat zıtlığı da olan asıl işveren-alt işverenin görüşmelere birlikte katılması ve birlikte ortak irade oluşturmaları kolaylıkla sağlanacak bir durum da değildir.

İşe iade taleplerinde arabulucuya başvuru ve sürecin yürütülmesi yönünde özel hüküm bulunmadığından, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerle, orada da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. Ancak, süreç içinde arabulucu özellikle işe iade ile tarafların özel menfaatlerinin ortaya çıkmasına, sorunun arkasındaki gerçek sebebin tespit edilmesine çaba göstermeli; bu çerçevede sağlıklı ve her iki tarafın menfaatine uygun bir çözüm üretilmesine katkı sağlamalıdır görüşünderiz.

Arabuluculuk sürecinde arabulucu taraflara ulaşamamışsa, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamamışsa, taraflar görüşmeye katılmakla birlikte anlaşmaya varılamamışsa veya tarafların görüşmelere katılmaları sonunda anlaşmaya varılmışsa arabulucu süreci sonlandırarak son tutanağı düzenlemeli ve bunu arabuluculuk bürosuna iletmelidir.

Arabuluculuk görüşmeleri başarıyla sonuçlanır ve taraflar anlaşılırsa, Kanun'da bu anlaşmanın içeriğinde zorunlu olarak nelerin bulunması gerektiği, işe iade talepleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, işe başlatma tarihi, işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye (en çok dört aya kadar, doğmuş bulunan) ödenecek ücret ve diğer hakları ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarı anlaşma metninde mutlaka yer almalıdır. Aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılır ve arabulucu son tutanağı buna göre düzenler. Kanun'da tam olarak açıklık olmasa da tarafların anlaşmaya varması halinde, feshin geçersiz hale geleceğini, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, iş sözleşmesinin devam ettiğini söylemek mümkün olabilecektir. Anlaşmaya rağmen işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur. İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ise, işçi, kendisine ödenmesi gereken tazminatı talep edebilecektir. Kanun'da belirtilen şekilde, anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhinin verilmesi ile veya taraflar, avukatları ve arabulucunun metni imzalanması halinde bu şerhe ihtiyaç duymadan anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Ancak, işe iade taleplerinin niteliği konusundaki tartışmalar ve önce işe iade, olmazsa parasal hakların ödenmesi şeklindeki düzenleme sebebiyle icra konusunda uygulamada sorun çıkma ihtimali yüksektir. En azından kanun koyucunun arzuladığı sonuç tam olarak gerçekleşmeyebilecektir.

Arabuluculuk süreci işletilmesine rağmen görüşmeler başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlanmayabilecektir. Bu durumda da, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sonlandırarak son tutanağı düzenleyecektir. İşçi, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.

Esasen, iş hukukunda ve iş yargılamasındaki ağır iş yükünü bertaraf etmenin öncelikli amaç olduğu anlaşılan zorunlu arabuluculuk, içinde birçok sorunu barındırmaktadır. Zira iş hukukunun kendine özgü ilkeleri ve sorunları bulunmaktadır. İş uyuşmazlıkları da diğer uyuşmazlıklardan farklılık gösteren bir alandır. İş hukukundan kaynaklanan bu özellikler ve sorunlar yanında, işe iade taleplerinin ayrı sorunları ve özellikleri bulunmaktadır. Bu çalışmada yaptığımız tespitler çerçevesinde, yapılan düzenlemenin, bu sorunları tamamen çözdüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir. Hatta arabuluculuk bakımından getirilen hükümlerin, yeni sorunlara da yol açma ihtimali bulunmaktadır. Eğer istenen şekilde bir uygulama sağlanamazsa, hem araya arabuluculuk faaliyetinin girmesi sebebiyle sürecin uzaması söz konusu olacak hem de iş yargısı yeni bir sorun ve iş yükü ile karşı karşıya kalabilecektir. Bunun ise, işe iade gibi, işçinin mümkün olan en kısa sürede hakkına ulaşmasının özel önem taşıdığı bir uyuşmazlık türünde, istenen amacın dışında bir durum olduğu açıktır.

Kaynakça

- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, Ankara 2016.
- Alp Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *DEÜHFD* 2003/1, s. 1-40.
- Alpagut Gülsevil, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, s. 195-217.
- Astarlı Muhittin, "İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", *Sicil* 2015/34, s. 41-46. (İbra)
- Astarlı Muhittin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil* 2017/38, s. 40-53. (İş Güvencesi)
- Birben Erhan, "İşe İade Davasında Verilen (Kesin) Hükümün İşçilik Haklarına İlişkin Alacak Davasına Etkisi", *MİHDER* 2007/2, 349-358.

- Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1076-1143.
- Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan/Göktaş Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Çelik Nuri, "İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Önemli Bazı Sorunları", Sicil 2010/17, s. 5-16.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Doğan Yenisey Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi- 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul 2016, s. 167 vd.
- Ekmekçi Ömer, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", Mercek 2003/ Temmuz, s. 132 vd.
- Erdoğan Ersin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 14, S. 55/2017, s.1211 vd.
- Erdoğan Ersin/Erzurumlu Nurbanu, "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 13, S. 52/2016, s.1861 vd.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- Günay Cevdet İlhan, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.
- Güzel Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırları", ÇTD 2004/1, s. 31-65. (Alt İşveren)
- Güzel Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler", ÇTD 2016/3 (50), s. 1131-1146. (Tasarı)
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Karacabey Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", TBBD 2016/123, s. 451-488.
- Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Keser Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2016.
- Kurt Resul, "İş Yargısında Arabuluculuk", TBBD 2018/135, s. 405-445.
- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U., İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Namlı Mert, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul 2016, s. 151 vd.

- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014. (Ferdi İş)
- Narmanlıoğlu Ünal, "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)", Sicil 2017/38, s. 9-21. (Feshin Geçersizliği)
- Odaman Serkan/Karaçöp Eda, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil 2016/35, s. 51-65
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usûl)
- Özekes Muhammet, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514. (Değerlendirme)
- Özekes Muhammet, "İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları", Sicil 2006/4, s. 32-38. (Takip ve İcra)
- Özekes Muhammet/Atalı Murat, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler (Tebliğ Metni)", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.
- Şahin Emir Asiye/Kazmaz Tepe Büşra, "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", ÇTD 2018/3, s. 1481-1508.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD 2006/64.
- Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Ed.: Yeşilırmak A./Kekeç E.K.), Avrupa Konseyi Projesi, Ankara 2017. (Arabuluculuk Eğitim Kitabı)
- Tulukçu Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Ankara 2017.
- Yılmaz Ejder, "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler", Sicil 2006/4, s. 20-31. (Dava)
- Yılmaz Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil 2010/17, s. 45-52. (Takip)