

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

2017 Yılı Toplantıları





“Bandrol Uygulaması'na İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir.”

ISBN No: 978-605-9446-75-4

Yayıncı Sertifika No: 12457

İstanbul Barosu Yayınları

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 585 21 74

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1

347047 Ataşehir-İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 / Faks: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Haziran 2018

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile iki bin adet basılmıştır.



İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

02-03 Haziran 2017
Galatasaray Üniversitesi



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



2-3 Haziran 2017

**Galatasaray Üniversitesi - İstanbul Barosu
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna
İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri
2017 Yılı Toplantısı**



Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü, Aydın Doğan Salonu

1. Gün 2 HAZİRAN'17 CUMA

09.15-10.00 **Açılış Konuşmaları**

İstanbul Barosu Başkanı - Avukat Mehmet Durakoğlu
Galatasaray Üniversitesi Rektörü - Prof. Dr. E. Ertuğrul Karsak
Galatasaray Üni. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı - Prof. Dr. E. Murat Engin
İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı - Avukat Hasan Erdem

10.00-10.45 **1. Oturum**

Halil Özdemir - Yargıtay 10. HD Başkanı

- **İş Yargısında Kanun Yolu**
Şahin Çil - Ankara Bölge Adliyesi Mah.
7. Hukuk Daire Başkanı

10.45-11.00 **Ara**

11.00-11.45 **Tartışmalar**

11.45-14.00 **Öğle yemeği**

14.00-15.30 **2. Oturum**

Mehmet Çamur - Yargıtay 9. HD Başkanı

- **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk**
Hakan Öztatar - Adalet Bakanlığı
Arabuluculuk Daire Başkanı
- **İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**
Prof. Dr. Talat Canbolat - Marmara Üni.
Hukuk Fakültesi
- **İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk**
Prof. Dr. Gülsevil Alpagut - İstanbul Üni.
Hukuk Fakültesi

15.30-16.00 **Ara**

16.00-17.00 **Tartışmalar**

17.00-17.10 **Kapanış**

2. Gün 3 HAZİRAN'17 CUMARTESİ

09.45-10.00 **Açılış**

10.00-11.30 **3. Oturum**

Mesut Balcı - Yargıtay 21. HD Başkanı

- **6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu İle Oluşturulan Kurumsal Yapı ve Getirilen Yenilikler**
İzzet Başara - Adalet Bakanlığı Bilirkişilik
Daire Başkanı

- **İş Yargılamasında Bilirkişilik**
Doç. Dr. Mahmut Kabakçı - İstanbul Teknik
Üniversitesi İşletme Fakültesi

11.30-11.45 **Ara**

11.45-12.45 **Tartışmalar**

12.45-14.00 **Öğle yemeği**

14.00-14.45 **4. Oturum**

Seracettin Göktaş - Yargıtay 22. HD Başkanı

- **4857 Sayılı İş Kanununda Değişiklik Öngören Yasa Taslağının Maddi Hukuka Etkileri**
Doç. Dr. Muhittin Astarlı - Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

14.45-15.00 **Ara**

15.00-16.00 **Tartışmalar**

16.00-16.30 **Kapanış**

1. GÜN

AÇILIŞ

Av. MEHMET DURAKOĞLU.....	7
Prof. Dr. ENVER MURAT ENGİN.....	11
Av. HASAN ERDEM.....	13

I. OTURUM

HALİL ÖZDEMİR	15
ŞAHİN ÇİL	15
SORU CEVAP.....	64

II. OTURUM

MEHMET ÇAMUR	83
HAKAN ÖZTATAR	85
Prof. Dr. TALAT CANBOLAT.....	95
Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT	111
SORU CEVAP.....	131

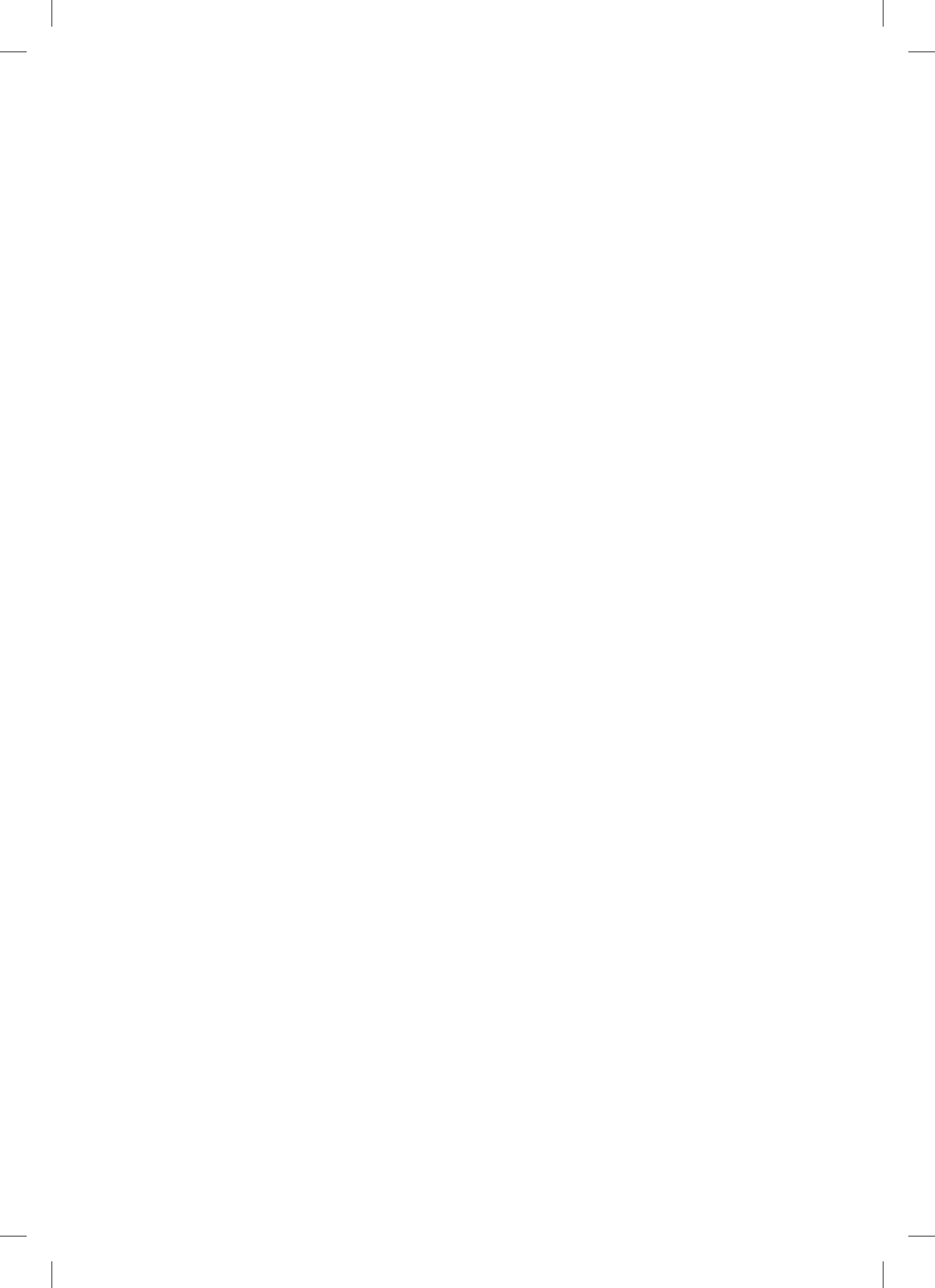
2. GÜN

I. OTURUM

MESUT BALCI	157
İZZET BAŞARA.....	159
Doç. Dr. MAHMUT KABAKCI.....	173
SORU - YANIT.....	191

II. OTURUM

SERACETTİN GÖKTAŞ.....	214
Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI.....	216
SORU - YANIT.....	191



İSTANBUL BAROSU
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
İŞ HUKUKU ve SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA
İLİŞKİN SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ
02-03 Haziran 2017, Galatasaray Üniversitesi

SUNUCU- Değerli konuklar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonuyla birlikte düzenlediğimiz “*İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*” toplantısına hoş geldiniz.

Toplantımızın ilk açılış konuşmasını İstanbul Barosu Başkanı Av. Mehmet Durakoğlu yapacaklar. Kendilerini konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Av. MEHMET DURAKOĞLU
İstanbul Barosu Başkanı

Galatasaray Üniversitesinin değerli yetkilileri, yargı dünyamızın değerli mensupları, sevgili meslektaşlarım, değerli konuklar; öncelikle şahsım ve İstanbul Barosu yönetimi adına hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Bugün burada artık geleneksel hale gelmiş olan, iyi ki geleneksel hale gelmiş olan toplantının 2017 evresini tamamlayacağız. Gerçekten de bu toplantının bu tür toplantılara ciddi şekilde katkı veriyor olması bir yandan İstanbul Barosu gibi bir hukuk kurumunun, öbür tarafta bir üniversitenin, Galatasaray Üniversitesinin, ama çok daha önemlisi -ben daha fazla önemsiyorum- özellikle de Yargıtayın işin içine girmesi nedeniyle ortaya çıkan veya çıkması muhtemel değişikliklerin önceden tartışılması gibi bir sonuç doğuruyor olması, bunu hukuk dünyasının kendi içerisinde başarıyor olmasının çok önemli olduğunu düşünüyorum. Biz yıllardır artık geleneksel hale gelmiş olan bu toplantılardan iş dünyasının da, hukuk dünyasının da tümünün çok ciddi bir katkı aldığını, bu

tartışmalardan çok ciddi sonuçların çıktığını biliyoruz ve bu nedenle de bu toplantının düzenlenmesinde emeği geçen herkese, ama ona katkı veren Yargıtaya özellikle çok teşekkür etmek istiyorum.

Sevgili meslektaşlarım, değerli konuklar; bu toplantıyı, 2017 toplantısını biraz özel bir zaman diliminde yapıyoruz. Bunun nedeni iş hukukunda yapılan, İş Kanununda yapılan, yapılması gereken, yapılması düşünülen değişiklikler, tasarı olarak tartıştığımız değişiklikler ve o değişikliklerin de bir ölçüde arbuluculuk denilen yeni bir sisteme yönlendirilmiş olmasından kaynaklanan sorunlar. Biz aslında -belki bir açılış konuşmasını çok kısa aşarak söylemek istiyorum- bu iki konuyu birbirinden ayırmak gerektiğini düşünüyoruz. Özellikle İş Kanununda yapılması düşünülen değişikliklerin bizi, hukuk dünyasını nereye doğru ne biçimde götüreceği çok temel bir konudur, çok uğraş konumuzdur, uzunca bir süre de kendi içinde tartıştığımız bir konudur. İş Kanununda yapılan değişiklikler önceki değişikliklerin, Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde yapılan değişikliklerin artık geriye gidişini ifade etmektedir. Bunu kabul etmemiz gerekiyor. Çünkü çok uzun bir süreden bu yana İş Kanunu, şu anda yürürlükte bulunan İş Kanununun yürürlüğe girdiği dönemden itibaren bu kanun üzerinde özellikle işveren kesiminin, ben de ticaret hukukuyla uğraşan işveren kesiminin avukatlığını yapan, İş Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri de bu davalardan bir tane bile kazanamayan bir avukat olarak söylüyorum bunu, bu davaların çok özel bir konumu olmaya başlaması ve bu sürecin özellikle işverenler tarafından artık ayrı bir anlam ifade ediyor olması, giderek siyasal iktidarların üzerinde baskıyı oluşturmaya başlaması İş Kanununun başkalaşmasına, değişmesi ihtiyacının bir ekonomik ihtiyaç olmaktan siyasal ihtiyaca dönüşmesine neden olan bir tabloyu ortaya çıkardı. Siyasal tercih olmaya dönüştürdü bir anlamda, şimdi arbuluculuğun da İş Kanununda zorunlu olarak getiriliyor olması nedeniyle yapılan değişiklik sadece arbuluculuk getiren bir değişiklik değil. Mesela, işe iade davalarının ortadan kaldırılıyor olması ya da arbuluculuk suretiyle uzlaştırma tutanaklarının imzalanması halinde artık davaların açılmayacak konuma gelmiş olması gibi çok temel değişiklikler özü itibarıyla bu yasadaki değişikliğin sadece iş dünyasından kaynaklanan değişiklik değil, bir ölçüde de ideolojik, siyasal bir tercih olarak ortaya çıkmasına neden oldu. Bunun bizler açısından, bir baro olarak avukatlar açısından ortaya çıkardığı sorun da özellikle arbuluculuğun da getirilmesi suretiyle ortaya çıkan tablonun bize yansımaları, olumsuz yansımaları şeklinde belirdi.

Arabuluculukla ilgili İstanbul Barosunun düşüncelerini pek çok toplantıda anlattık. Bizim bir mesafemiz var. Bizim arabuluculukla ilgili kaygılarımız var. Bu kaygılarımız Türkiye'nin siyasal ortamıyla ilgilidir ama arabuluculuğa özünden kategorik olarak karşı bir duruşumuz söz konusu değildir. Bir mesafemiz olduğundan söz edilebilir. Biz Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na İstanbul Barosu olarak tıpkı adli yardımda yaptığımız gibi, tıpkı zorunlu müdafilikte yaptığımız gibi arabuluculuğu bu ülkede, bu kentte İstanbul Barosu olarak yönetmeye, arabuluculuk merkezlerini yönetmeye talip olduğumuzu, bunu yaparsanız kendi kaygılarımızı ortadan kaldırmak konusundaki herhangi bir sorunuz kalmayacağına göre yürütebileceğimizi, ama bunu yapmazsanız sizin yaklaşımınızla, yani arabuluculuk kavramıyla bakanlık kavramını, resmi kavramı bir araya getirmenin kaygılarını kendilerine ifade ederek söyledik. Bir mesafeli duruşumuz var.

İş Yasasındaki değişikliğin, Arabuluculuk ve İş Yasasındaki değişikliğin gerçek anlamda aslında bir İş Yasasındaki değişiklik olduğu, oradaki kaygıyı örtmeye çalıştığı, onun arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk getirilmesi suretiyle ortaya çıkartılan tablonunsa farklı, onu başka türlü göstermeye yönelik çabalar olduğu kanısındayız. Kaldı ki sanıyorum o da görülecektir, tabii konjonktür ona ne kadar izin verir bilmiyorum, ama zorunlu arabuluculuk kavramının Anayasanın 4 ayrı maddesine de ayrı ayrı aykırı olduğu kanısındayız. Onu da ayrıca gerekirse değerlendiririz. Bunlar çok uzun değerlendirmeler gerektirdiği için başlık olarak söylemek istiyorum.

Sevgili meslektaşlarım, değerli konuklar, son birkaç cümleyi bilirkişilikle ilgili süreçteki gelişimle bağlantılı olarak ifade etmek istiyorum. Pek çok şey söylenebilir o yasadaki değişikliklerle ilgili, ama bizim asıl üzerinde durduğumuz konu hukukçu bilirkişi dediğimiz kavramın aslında bizim de yıllardır -deneyimli meslektaşlarım bilirler- kendi içimizde tartışmamıza rağmen zaman içerisinde gerekliliğinin özellikle de yargıçlar tarafından saptandığına tanık olduğumuz bir kavramın bu yeni çerçeveye içerisinde vazgeçilmesi, ortadan kaldırılması tablosudur. Biz yakın geçmişte çok ilginç bir deneyim yaşadık. Ceza Kanununda, Ceza Usulde uzlaşma getirildi biliyorsunuz. Başarılılamadı, akim kaldı, sonra hareketlendirildi zorunlu olarak belli maddelerde, orada da avukatların çok fazla uzlaşmacı olmaları benimsenmedi. Daha doğrusu mahkemelerde uzlaşmacı olarak yazılmadı avukatlar böyle bir şey olmasına rağmen, bir süreç geçirildi. Bir yıla yakın bir süreç ve mahkemeler hukukçu avukatların olmadığı uzlaşmacıların tuttuğu uzlaşmacı tutanaklarının hangi sonuçlar

doğurduğunu bizzat kendileri gördüler ve savcılıklar vasıtasıyla barolara başvurarak “*şu elinizdeki uzlaşma listelerini lütfen bize gönderin*” dediler. Bundan son üç aydır, bir senedir yaşanmasına rağmen son üç aydır böyle bir süreç yaşıyoruz. Burada da aynı noktaya geleceğimize emin olabilirsiniz. Bilirkişi raporlarında da aynı sonuçların çıkacağına emin olabilirsiniz. Teknik bilirkişilerin hukuktan kopuk değerlendirmelerinin bir noktada hukukçu tarafından toparlanmasının son derece şart olduğuna bir süre sonra belki de acı deneyimlerle tanık olacağız diye düşünüyorum. Ben bir açılış konuşmasında eğer bir başlık atmaya çalışırken sadece bunları söyleyebiliyorsam, siz bugün burada tartışılacak konular hakkında neler söylenebileceğini düşünün. Onun için dedim ya işin başında ne kadar önemli diye bu toplantı, gerçekten çok önemli, çok teşekkür ediyorum yeniden bütün düzenleyicilere, özellikle Galatasaray Üniversitesine ve yeniden yeniden söylüyorum, Yargıtayın katkısı, Yargıtay dairelerinin katkıları bu anlamda bizim için son derece önemli, yeniden çok içtenlikle teşekkür ediyorum. Hepinize sevgiler, saygılar sunuyorum, sağ olun.

SUNUCU- Sayın Durakoğlu'na konuşması için teşekkür ediyoruz. Konferansımızın ikinci açılış konuşmasını Sayın Rektörümüz Prof. Dr. Ertuğrul Karsak yapacaklardı, yalnız kendileri bir sağlık nedeniyle toplantıya katılamayacaklar. Bu nedenle ikinci açılış konuşmamızı yapmak üzere Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Enver Murat Engin'i kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. ENVER MURAT ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Yargıtayımızın sayın başkan ve üyeleri, adliyelerimizin sayın hâkimleri, saygıdeğer avukatlar, baromuzun saygıdeğer başkanı; öncelikle burada tekrar toplandığımız için mutlu olduğumu ifade etmek istiyorum. Bu 21. toplantımız oluyor, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu toplantısı olarak, bugüne kadar bu toplantıların yargı içtihatlarına ve kanun taslaklarına yıllar içinde önemli katkılar sağladığını gördük. Bugün de İş Mahkemeleri Kanun Taslağıyla iş hukukunda önemli bir reform veya değişim, olumlu ve olumsuz yönleriyle bir değişimin arifesinde avukat, hâkim ve akademisyen olarak bu konuyu tartışabilmenin fırsatını yakaladığımız için yine çok mutluyum.

Arabuluculuk veya bilirkişilik konusunda zaten iki gün boyunca tartışacağız. Bu konulara çok fazla girmek istemiyorum, ama kısaca şunu söylemek isterim; arabuluculuk konusunda özellikle bazı teknik düşüncelerin, bazı teknik kaygıların hukuk tekniği açısından olmakla birlikte arabuluculuk müessesesinin hukukumuzda bu şekilde kazandırılmasının ilke olarak, geleceğe yönelik olumlu olduğu kanaatindeyim. Türkiye'nin komşuluk ilişkilerinden başlayarak, Türk toplumunun komşusu, işçi-işveren ilişkisi, aile ilişkisi, diğer her siyasi ilişkiler, diğer her türlü ilişkiler bakımından diyalog yoksunu, çatışmacı, kavgacı bir görünüm sergilemeye başladığı toplumumuz bakımından arabuluculuk diyalog mekanizmalarının canlandırılması, bunların yasa yoluyla da olsa canlandırılması önemli bir adımdır. Sosyal barış yönünden ileriye dönük sosyal barışımız yönünden bu gibi müesseselerin kanun yoluyla da olsa başlangıçta hayata geçirilmesini önemli buluyorum.

İşçi-işveren ilişkileri bakımındansa, sosyal diyalogun ne kadar önemli olduğu ayrıca tartışma götürmez bir konu. Arabuluculuk müessesesiyle ilgili olarak yargının bugüne kadar gördüğümüz ya da yargıyla ilgili sorunlarımız ne millet olarak? Yargı aslında son çaredir. Başka hiçbir yol bulunamıyorsa, yargı önünde taraflar kozlarını paylaşır. Biz ise yıllardan beri hâkimlerimizden mucize yaratmalarını bekliyoruz. Çünkü en ufak bir uyuşmazlık doğrudan doğruya yargının önüne gidiyor. Onların yüzde 98'i Yargıtay'ın önüne gidiyor. Dolayısıyla bir işyerinde bir işçi bir yerde bir işçiye parmağıyla dokunduğu zaman ve bundan bir olay çık-

tığı zaman bunun gideceği yer Ankara'da Yargıtay'dır. Toplumun yargı düzeninin işçi-işveren ilişkilerinin sosyal barışının bu şekilde sağlanması hakikaten mümkün değil. Ondan sonra efendim, biz yargı kararlarını şöyle böyle değerlendirmeye başlıyoruz. Dolayısıyla yargının son çare olduğunu hep hatırd tutarak ara, uzlaştırma, yumuşatma, sorun çözme mekanizmalarının oluşturulması gerekiyor. Burada özellikle bir noktanın altını çizmek istiyorum. Arabuluculuk sorun çözme, yumuşak sorun çözme mekanizması olarak ilke yönünden bakıldığında son derece yararlı ve geliştirilmesi gerektiğini düşündüğüm bir kurum, ama ısrarla yapılmaktan kaçınılan başka bir kurum var: İşyerinde sosyal diyalog mekanizmalarının oluşturulması, işçi temsilcilerinin işyeri kurullarının oluşturulması, disiplin süreçlerinin bu kurullardan geçmesi. Bu hayata geçtiği takdirde örneğin, Avrupa Birliğinde bu işi kotaran ülkelerde gördüğümüz gibi uyuşmazlıkların yüzde 98'i, hadi diyelim yüzde 90'ı zaten işyerindeki kurullar tarafından çözülüyor. Daha sonra çeşitli aşamalardan geçip yargı önüne gidebiliyor. Benim korkum şudur ki işyerindeki sosyal diyalog mekanizmaları geliştirilmediği sürece arabuluculuk aşaması da kısa sürede rutin hale gelecek, tarafların hadi şu aşamada geçsin de bir an önce davayı açalım diye bakacağı, ayrıca masraf gerektiren, davayı uzatan bir yol olarak görülmeye başlayacak. Bakanlığın yayınladığı birtakım istatistikler var. Olumlu istatistikler *"şu kadar uzlaşmazlık arabulucu aşamasında çözüldü, başarı oranı yüzde şu kadar"* diyerek, bunların gerçekleşeceğini umuyorum iş yargısında da, ama bana biraz fazla iyimser görünüyor. Dolayısıyla arabuluculuğu bir ilk adım olarak görmek gerekir düşüncesindeyim. Sosyal barışın sağlanmasında bir yöntem olarak, bunun tamamlayıcı başka yöntemlerle desteklenmesi ve böylece gerçekten yargı önüne gitmeden uyuşmazlıkların karşılıklı anlaş, menfaat birliği çerçevesinde çözme kültürünü oluşturmamız gerekiyor. Bu sadece işçi-işveren ilişkilerinde değil, hepimiz, çoğunluğumuz apartmanlarda yaşıyoruz. Komşusuyla sıkıntısı olmamış insan yoktur herhalde aramızda, komşuluk ilişkileri, iş ilişkileri ve diğer her türlü ilişkide uzlaşmacı, akıl verici, sakinleştirici mekanizmalara ihtiyacımız var. Daha fazla uzatmamak için tekrar teşekkür ediyorum.

SUNUCU- Hocamıza konuşması için teşekkür ederiz. Son olarak İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı Av. Hasan Erdem'i açılış konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Av. HASAN ERDEM

İstanbul Barosu
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı

Öncelikle, herkese günaydın, aslında bakarsanız Dünya olarak, Ülke olarak zor günlerden geçiyoruz. Açılış konuşmalarına baktığımızda benim de aklımda konular vardı, ama onları ilgili bölüm başlıklarına sakladım bu nedenle, hakkımı saklı tuttuğumu öncelikle belirtmek isterim. Konumuza döndüğümüzde evet, ülke olarak zor günler geçiriyoruz. Bu sadece ülkemizle ilgili değil aslında, dünyamızla da ilgili; ekonomi, savaş, siyaset, insan hakları, çalışan hakları sıkıntılı bir süreç içerisindeyiz. Ancak tüm bunlara rağmen biz hukukçular her ne kadar kocaman binalar inşa edemesek, köprüler kuramasak, barajlar yapmasak da toplumun içinde var olduğumuz günden bugüne toplumun oluşması için, görünmeyen yollar yaptık, görünmeyen köprüler yaptık, görünmeyen barajlar yaptık. Belki o büyük binalar bizim yaptığımız, kurduğumuz, kurguladığımız o görünmeyen binaların, yolların üzerine inşa edildi. Görünmeyen bahçeler yapmaya çalışıyoruz aynı zamanda, neden? Toplum nefes alabilsin diye. İşte bugün de aslında bunun için buradayız. Fikirlerimiz birbirinden farklı olabilir, bunu iki gün boyunca tartışabiliriz, birbirimize kızabiliriz, fikirlere katılmayabiliriz ki katılımcıların çoğunluğunun avukat olduğunu düşündüğümüzde iddia, savunma, davalı, davacı taraflarda olmamıza karşın duruşma salonundan çıktığımızda uyumsuzluk duruşma salonunun içinde kalmış olur. Dışarıda yine dostluk, arkadaşlık devam ediyor olur bir yargıç bir karar verdiğinde o kararı beğenmeyebiliriz, ama başka bir zaman bir karar verdiğinde o kararı çok da sevebiliriz. Onun kişiliğiyle ilgili bu kararlar bizim genel kararımızı etkilemez. Çünkü biz aslında hukuk için ve inandığımız şey için çoğu zaman mücadele ediyoruz demektir.

Bu kapsamda yine içinde bulunduğumuz duruma baktığımızda aslında bu coğrafya aynı zamanda hepimize ümit de veriyor. Her zaman geleceğe ümitle bakıyoruz. Yani sıradan bir Danimarkalı'nın ya da Belçikalı'nın yüz yılda yaşayacağını belki biz bir haftada yaşıyoruz, ama bir hafta sonra dönüyoruz, hayatımıza kaldığımız yerden devam ediyoruz, yine gülümsemeye gayret ediyoruz, yine mücadele etmeye devam ediyoruz. Çünkü bu coğrafyanın da o eski Mezopotamya'dan bu yana gelen bir de bize yapmış olduğu kültür birikimi ve aşılması var. O mücadelemize hep devam ediyoruz.

Hepimiz, koskoca bir iş hukuku ailesiyiz. Gördükçe inanın ki çok mutlu oluyoruz. Bu ailenin içine yeni katılanlar var, eskiden beri olanlar var. Bu sempozyum serileri ilk başladığı zaman Murat Hoca araştırma görevlisiydi, buradaki bir hukuk öğrencisi o zaman yeni doğmuş, ama şimdi kocaman bir genç hukukçu, bugünlere geldik. Daha da ileri götüreceğiz. Bu kapsamda 22 yıl boyunca bu sempozyumun gerçekleşmesine katkısı bulunan gerek Galatasaray Üniversitesi, gerekse İstanbul Barosuna teşekkürleri öncelikle borç biliyorum. Sevgili Akkın Abimizi rahmetle anıyoruz. Bunun dışında katılımcılarımıza, avukatlarımıza, daire başkanlarımıza, bilim adamlarımıza, bizimle görüşlerini paylaşacak, emeklerini sarf edecek uzak yollardan buraya gelen katılımcılara ve dinleyicilere teşekkürü bir borç biliyorum. Bu iki günlük sürecin herkes için faydalı olacağını ümit ediyorum, teşekkür ederim.

SUNUCU- Sayın Hasan Erdem'e konuşması için çok teşekkür ederiz. Kısa bir duyurum var: İnternete bağlanmak isteyenler olursa gsü no.lu Wi-Fi'dan kullanıcı adına ishukuku, şifreye de 2017gsu yazarak bağlanabilirler. Şimdi ilk oturumumuza geçelim. İlk oturumumuza başkanlık etmek üzere Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Halil Özdemir'i ve "İş Yargısında Kanun Yolu" konulu tebliği sunmak üzere Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Şahin Çil'i kürsüye davet ediyorum.

I. OTURUM

HALİL ÖZDEMİR

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

Değerli katılımcılar, değerli meslektaşlarım; hepinize günaydın diyorum, saygılarımı sunuyorum. Güzel bir çalışma günü, güzel bir sempozyum diliyorum. Bu sempozyumu düzenleyen Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu yetkililerine de içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Şimdi istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi nedeniyle kanun yollarında da gerçekten çok büyük değişiklikler oldu. Yeni bir sisteme geçildi. Bu yeni sistemde kanun yollarının neler olduğunu bize iş hukukunda yoğun çalışmalarıyla bildiğimiz, eserleriyle iş hukukuna katkı sağlayan Şahin Çil Bey anlatacak. 45 dakika süresi var, yalnız aradan sonra tekrar bir soru-cevap ve görüşme olacak. Benim önerim şimdiden kağıt ve kalemlerinizi hazırlarsanız, soruları yazılı olarak şimdiden yazmaya başlarsanız 2. oturuma kolaylık olur diye düşünüyorum. Sayın Çil, buyurun, 45 dakikalık süreniz var.

ŞAHİN ÇİL

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı

Sayın Başkan, teşekkür ediyorum. Ben de Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosuna bu etkinlik sebebiyle teşekkür ediyorum, ayrıca tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Benim konum: “İş Yargılamasında Kanunyolları”, ağırlıklı olarak İSTİNAF ardından istinaftan sonra TEMYİZ kanun yoluna dair açıklamalarda bulunacağım.

İŞ YARGILAMASINDA KANUNYOLLARI

I-GENEL OLARAK:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin her üç fıkrasında “bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama” tarihinden söz

edilmiştir. Bölge adliye mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihinde göreve başlamıştır. Yaklaşık on aydır yasal tabirle “görev”deyiz.

Bu anlatımda, istinaf ve temyiz kanun yolları hakkında teorik düzeyde bilgiler vermek yerine, iş yargılamasına dair uygulamalara ve sorunlara değinmek istiyorum. Bölge adliye mahkemeleri uygulamalarına dair istatistikleri paylaşacağım. İstinaftan sonra temyiz kanun yolunun nasıl işleyeceğine dair bazı tartışmalara yer vereceğim.

İş hukuku uygulama çevrelerinde bölge adliye mahkemeleri ile ilgili hissedilen ilk kaygı, mahkemeler arasında farklı uygulama sorunları ortaya çıkarsa sorunun nasıl çözüleceğine dairdir. Bilindiği üzere Yargıtay’da 3 iş dairesi arasındaki içtihat farklılıkları önemli boyuta ulaşmış ve halen bir çoğu içtihadı birleştirme aşamasında beklemektedir. Ülkemizde iş davalarına bakmakla görevli 25 istinaf dairesi mevcut olup, ilerleyen aşamalarda kararların % 80-85’inde istinafta kesinleşme olacağı düşünüldüğünde 25 ayrı dairede farklı kararlar verilmesi olasılığı vardır.

Bu konuda 5235 sayılı Kanun’un 35. maddesinde bir yöntem öngörülmüştür. Bölge adliye mahkemelerinin kararları arasında uyumsuzluk ortaya çıkarsa ilgililer veya daireler bu konuyu başkanlar kurulu aracılığıyla Yargıtay’a taşıyabilmektedirler. Yargıtay da sorunu Yargıtay Kanunu’nun 45. maddesine göre içtihatların birleştirilmesi yöntemiyle çözecektir.

Türkiye’de iş davaları yönünden istinaf incelemesi yapan 25 daire başkan ve üyeleri olarak Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı’nın bir etkinliği olarak 9-11 Kasım 2016 tarihlerinde bir araya geldik ve Yargıtay’da görüş ayrılıkları olan 50-60 kadar konuyu ele aldık ve hemen her konuda uzlaşmaya vardık. Burada istinaf olarak amacımız, sorun ortaya çıkmadan uygulama birliğini sağlamaktır. Konuyla ilgili dokümanlara ve sonuç bildirgesine Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı’nın resmi internet sitesinden ulaşılabilir¹.

II-İSTİNAF:

A.BAŞVURU:

a.İstinafa Başvurabilecek Olanlar

Davanın tarafları, hukuki menfaatleri olmak kaydıyla kural olarak istinaf kanun yoluna başvurabilirler. İş davasının tarafları olan işçi, işveren, asıl işveren, alt işveren, devralan/devreden işveren, birlikte istihdam

1 <http://www.taa.gov.tr/sayfa/-bireysel-is-hukuku-9-11-kasim-2016-ders-notlari/>

eden işverenler, aralarında organik bağ olan işverenler ile işçi ve gerçek şahıs işverenlerin mirasçıları ve diğer hak sahipleri ilk derece mahkemesinin kararı aleyhine olan hususları bakımından istinafa gidebilirler.

Karar tüm yönleriyle lehine olan taraf, hukuki yarar yokluğu sebebiyle istinaf yoluna başvuramaz. Ancak hüküm fıkrası lehe olsa dahi gerekçe kısmında aleyhe hususlar mevcutsa yinede istinaf hakkı mevcuttur. Örneğin işe iade davasında feshin geçerli nedene dayandığı tespiti ile davanın reddi kararı işveren yararına olsa dahi, feshin haklı nedene dayandığını ileri süren işveren gerekçe yönünden istinafa başvurabilecektir.

Asıl işveren/alt işveren veya devreden/devralan işverenler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olduğundan istinafa başvuru hakkı da birbirinden bağımsız olarak kullanılabilir. Aynı şekilde birinin istinaf başvurusundan feragati, diğerine etki etmez.

Asli müdahil tek başına, ferî müdahil ise katıldığı taraf yanında istinafa başvurabilir.

İhbar olunan hakkında bir karar verilmediğinden, istinafa başvuru hakkı bulunmamaktadır.

İlk derece mahkemesi kararında kanun yolu, hatalı şekilde temyiz olarak belirlenmiş olsa da tarafın istinafa başvuru hakkı vardır.

b.İstinafa Başvuru Süresi

aa- Yasal Başvuru Süresi:

İş Mahkemeleri yönünden istinafa başvuru süresi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/2. maddesine göre, yüze karşı verilmişse tefhim tarihi, yokluklarında verilmişse tebliğ tarihinden itibaren 8 gündür.

6100 sayılı HMK'nın tefhim konusundaki düzenlemelerine göre, "Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hâllerde, hâkim bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir²"

Kabul edilen tazminat ve alacakların türü ve miktarları tek tek açıklanmış, faizler, harçlar, vekalet ücreti ve yargılama gideri belirlenmiş ise -gerekçenin açıklanamama nedeni de belirtilerek- tefhim edilen hüküm fıkrası, istinaf süresini başlatır.

2 HMK m. 321/2.

Davanın reddi halinde de, yargılama giderleri ve vekalet ücreti konusu yer almış ise süre tefhimden başlatılmalıdır.

Kısmen kabul kısmen redde dair kısa kararda da, kabul ve redde dair tüm tazminat ve alacakların açıklanması, fazlaya dair haklar bakımından hüküm kurulması ve faiz, vs tüm ferilerin kararda yer alması gerekir.

Aksi halde istinaf süresi gerekçeli kararın tebliğinden başlar.

İlk derece mahkemesi kararında istinaf süresinin tefhimden başladığı belirtilmiş olsa da, ayrıntılı hüküm özetini içermediği hallerde kanun yolu başvuru süresinin gerekçeli kararın tebliğinden başladığı kabul edilmektedir.

bb- Hakimin Süreyi Hatalı Göstermesi:

İstinaf uygulamasında özellikle iş mahkemesi, sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi hakimlerinin karar verdiği hallerde hatalı biçimde istinaf süresinin 8 gün yerine 2 hafta olarak belirtildiği örneklere sık rastlanmaktadır. İstinaf mahkemeleri olarak başvuru hukuk mahkemeye erişim hakkının sınırlandırmamak adına bu gibi hallerde istinaf süresi 2 hafta olarak kabul edilmektedir.

“Dosyada kararın davalı vekilinin yüzüne karşı 29/12/2016 tarihinde tefhim edildiği, davacı vekilinin 30/12/2016 tarihinde istinaf harcını yatırdığı ve süre tutum dilekçesi verdiği, gerekçeli kararın davacı vekiline 01/02/2017 tarihinde tebliğ edildiği ancak davacı vekilinin gerekçeli istinaf dilekçesini 14/02/2017 tarihinde 8 günlük yasal istinaf süresinden sonra verdiği, mahkemenin kısa kararı ve gerekçeli kararında istinaf süresinin 2 hafta olarak gösterildiği ve gerekçeli istinaf dilekçesinin mahkemece verilen iş bu 2 hafta içerisinde verildiği anlaşılmıştır.

HMK'nın 345. Maddesinde “istinaf yoluna başvuru süresi 2 haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliği ile işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır.” ve 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/2. Maddesinde “istinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren 8 gündür.” hükmünü içermektedir.

Ülkemizde bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerini kolaylık ve imkan sağlanması amacıyla 4709 Sayılı Kanun' un 16. Maddesi ile Anayasamızın 40. Maddesine eklenen 2. Fıkraya göre “devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun

yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. “ böylece son derece dağınık mevzuat konusunda kanun yolu, mercii ve sürelerinin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. Maddesinde kanun yolları ve süresinin belirtilmesi hükmün zorunlu unsuru olarak düzenlenmiştir.

Benzer düzenleme, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 34/2, 231/2 ve 232/6. Maddelerinde bulunmaktadır. Hüküm veya kararlarda, başvurulacak kanun yolu, mercii, süresi ve şeklinin hiçbir kuşkuya yer verilmeksizin belirtilmesi zorunluluğuna uyulmaması aynı Kanun' un 40. Maddesi uyarınca eski hale getirme nedenidir. Kanunda başvuru süreleri belirtildiği halde kararlarda kanun yollarına başvuru süresinin doğru bir şekilde belirtilmesi anayasal bir zorunluluktur. Süresinin hiç gösterilmemesi veya ilgiliyi yanıtacak şekilde hatalı gösterilmesi aynı hukuki sonuca bağlanmalı özetle hak arayan kişinin lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle somut olayda davacının istinaf başvurusu için mahkemeye süresinde müracaat ettiğinin kabulü gerektiği, ayrıca Anayasa Mahkemesinin “26/06/2014 tarih 2012/855 başvuru nolu kararında” da bu husus “başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlali” olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle davanın esasına girilerek davacının istinaf başvurusunun esastan incelenmesi gerektiğine karar vermek gerekmiştir”.

(Ant. BAM, 10. HD. 04.04.2017 gün, 2017/670 E, 2017/675 K.)

Anayasa Mahkemesinin 20/1/2016 tarihli kararında da³, yasanın 8 gün olarak öngördüğü temyiz süresini mahkeme kararında 2 hafta olarak belirtilmesi halinde iki haftalık sürede temyiz yapılabilmesi, aksine kararın, adil yargılanma hakkı ile mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği kabul edilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun değiştirilmesine dair tasarıda süreler bakımından özel düzenlemeye yer verilmemiş ve HMK'ya atf yapılarak, iş yargısına özel yargılama sürelerinde değişiklik öngörülmektedir. Tasarının yasalaşması halinde, 8 gün olan istinaf süresi 2 hafta olarak uygulanmaya başlayacaktır.

3 Bkz. [www.kararlaryeni .anayasa.gov.tr](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr) başvuru no: 2013/ 7114.

cc- Gerekçeli İstinaf Başvurusunun Gerekçeli Karardan Sonra 8 Gün İçinde Yapılması:

İstinaf uygulamasında gerekçeli istinaf başvurusunun da yasal 8 günlük süresi içinde verilmesi zorunlu olduğu kabul görmektedir. İstinafta da süre tutum dilekçesi verilmesi uygulamasının yerleştiğini görmekteyiz. İstinaf başvuru süresinin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağı hüküm özetinden belirtildiği halde süre tutum dilekçesinin verilmektedir. Gerekçeli kararın tebliğinden sonra ise istinaf gerekçeleri belirtilmektedir. Ancak HMK'nın 355. maddesinin "İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı yapılır" hükmü gereği gerekçeli istinaf başvurusunun da gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 8 gün içinde yapılması gerektiğini aramaktayız. Aksi halde daha önce verilen süre tutum dilekçesi istinaf başvurusu yerine geçse de, istinaf sebepleri süresi içinde bildirilmediğinden HMK'nın 355. maddesi uyarınca kamu düzeni dışında resen inceleme yapılmamaktadır.

"...Davacı vekilince süresinde verilen 22/11/2016 tarihli istinaf başvurusuna ilişkin süre tutum dilekçesinde, karara karşı istinaf yoluna başvurduklarını, istinaf nedenlerini bildirecekleri gerekçeli başvuru dilekçesini gerekçeli kararın tebliğinden sonra vereceklerinin belirtildiği, davacı vekiline gerekçeli kararın 27/12/2016 tarihinde tebliğ edildiği, davalı vekilince istinaf sebeplerinin belirtildiği başvuru dilekçesinin UYAP üzerinden 05/01/2017 tarihinde gönderildiğinin UYAP kayıtlarından anlaşıldığı, istinaf sebeplerinin belirtildiği başvuru dilekçesinin 04/01/2017 günü mesai bitimine kadar, UYAP sisteminden ise saat 00:00'a kadar verilmesi gerektiği, buna göre gerekçeli kararın tebliğinden sonra 8 günlük yasal başvuru süresinin geçtiği, dolayısıyla bu başvuru dilekçesinde belirtilen sebeplere dayalı olarak inceleme yapılamayacağı, süre tutum dilekçesinde ise istinaf başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilmemiş olduğu,

Aynı şekilde davalı tarafından süresinde ibraz edilen istinaf başvurusuna ilişkin süre tutum dilekçesinde, karara karşı istinaf yoluna başvurduklarını, istinaf nedenlerini bildirecekleri gerekçeli başvuru dilekçesini gerekçeli kararın tebliğinden sonra vereceklerinin belirtildiği, davacının gerekçeli istinaf başvuru dilekçesine karşı beyanda bulunurken katılma yoluyla istinaf sebeplerinin bildirildiği, ancak davalı tarafından verilen bu dilekçenin de süresinde olmadığı, dolayısıyla bu başvuru dilekçesinde belirtilen sebeplere dayalı olarak inceleme yapılamayacağı, süre tutum dilekçesinde ise istinaf başvuru sebeplerinin ve gerekçesinin gösterilmemiş olduğu, taraflarca verilen süre tutum dilekçeleri ile sınırlı olarak yapılan incelemede HMK'nun 355. maddesi gereğince kararda kamu

düzenine aykırı bir husus da saptanmadığı anlaşılacakla mahkeme kararına karşı taraflarca talep olunan istinaf başvurusunun HMK'nun 352/1. maddesi gereğince reddine, aşağıda yazılı istinaf harcının istinaf yoluna başvuranlara yükletilmesine,

Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda 5521 sayılı Kanunun 6763 sayılı Kanun ile değişik 8/3. maddesi gereğince KESİN olmak üzere 07/04/2017 tarihinde oy birliği ile karar verildi”.

(Ank. BAM, 5. HD. 07.04.2017 gün, 2017/383 E, 2017/546 K)

“...Yerel mahkemece hüküm taraf vekillerinin yüzüne karşı 08/12/2016 tarihinde tefim olunmuş, davalı vekili 15/12/2016 tarihinde süre tutum dilekçesi sunmuş olup, gerekçeli kararın usulüne uygun olarak tebliğ edildiği 30/01/2017 tarihinden itibaren 5521 sayılı İş Kanununun 5.maddesi gereğince 8 gün içerisinde gerekçeli istinaf dilekçesini sunmamıştır.

HMK 342/e maddesi gereğince başvuru sebep ve gerekçesi gösterilmediğinden yerel mahkeme kararı HMK 355.maddesi gereğince kamu düzenine aykırılık yönünden incelenmiştir”.

(İzm. BAM, 15. HD. 10.04.2017 gün, 2017/437 E, 2017/456 K.)

“...HMK düzenlemesinde süre tutum yöntemi ile istinaf yoluna başvuru düzenlenmemiştir. Davalı vekili kararın usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile **süre tutum** dilekçesini 09/09/2016 tarihinde 5521 Sayılı Yasa'nın 8/2 maddesinde düzenlendiği gibi 8 günlük süre dolmadan vermiştir. Yerel Mahkemece davanın her iki tarafına gerekçeli karar tebliğ edilmiştir.

Gerekçeli istinaf dilekçesi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 5521 Sayılı Yasa'nın aradığı 8 günlük süre geçtikten sonra verilmiştir.

Yeni HMK da gerekçeli kararların kısa karar verildikten sonra bir aylık sürede yazılacağına yönelik hüküm getirilmiştir.

Kısa kararın tefhiminden sonra bir aylık sürede gerekçeli kararın yazımına ilişkin bu düzenleme ile, kanun yoluna başvuran tarafın, kanun yoluna başvuracağını bildirme anlamına gelen süre tutum dilekçesinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra dahi yasalardaki tüm süreleri ortadan kaldırır nitelikte olduğunu düşünmemek gerekir.

Anılan dilekçe, istinafa başvuran tarafın HMK.352. md. de belirtilen gerekçeli istinaf dilekçesi verme süresini süresiz yada sınırsız hale getirmez.

Her ne kadar süre tutum bir istinaf başvurusu gibi gözükse de teknik ve yasanın aradığı anlamda bir istinaf başvurusu değildir.

Az yukarıda değinildiği gibi başvuru sahibine İş Yargısında süre kazandırır ve bu kazanım uygulama ile gelişmiştir.

Kazanılan bu süre de, iş yargılamasında istinaf kanun yoluna başvuru-
rurken gerekçeli kararın tebliğinin 8 gün sonrasında biter.

6100 sayılı HMK.'nın 352. maddesinde "başvurunun süresinde yapılması gerektiğini ve başvuru sebeplerinin ya da gerekçesinin hiç gösterilmemesini" bu konularda ki eksiklik bulunup bulunmadığının öncelikle incelenmesi gerektiği düzenlemesi getirilmiştir.

İstinaf yoluna başvuru HMK.342/1.madde düzenlemesine göre dilekçe ile yapılır ve HMK.342/2.e maddesine göre dilekçede başvuru sebepleri ve gerekçesinin de belirtilmesi zorunludur.

HMK.nun 352.maddesinde ise başvuru sebeplerinin hiç ya da gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilen dosyalar hakkında öncelikle gerekli karar verilir düzenlemesi getirilmiştir.

HMK.nun 355.maddesinde ise istinaf incelemesinin "istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır" düzenlemesi mevcuttur. Bunun istisnası Bölge Adliye Mahkemesinin istinaf kanun yoluna gelen dosyada resen kamu düzenine aykırılık tespit etmesi halidir.

Yukarıda da açıklandığı üzere; taraf, süre tutum dilekçesi ile istinaf kanun yoluna başvuracağını deklare etmiş olup, bu beyanı yasalarda istinaf kanun yoluna başvuru süresine uyma ve bu süre içinde yapılacak başvurudaki gerekçeleri de belirtmek sorumluluk ve zorunluluğunu bertaraf eden, aşan nitelik ve güçte anlamak, kabul etmek mümkün değildir.

Ayrıca süresi geçtikten sonra gelen gerekçeli bir dilekçeyi kabul etmek iki tarafı olan bir davada karşı tarafın hakkını ihlal etmek sonucunu da doğuracaktır.

Yukarıda açıklanan sebeplerle; davalı vekilinin gerekçeli istinaf dilekçesinin süresinde verilmemesi nedeni ile HMK 355 maddesi gereğince Dairemizce bu dilekçede belirtilen istinaf sebepleri incelenmemiştir. Süresinde verilen süre tutum dilekçesi üzerine dosyada kamu düzenine ve emredici hükümlere ilişkin hususlar yönünden yapılan incelemede de dosyada eksik ve hukuka aykırı bir yön bulunmadığından, HMK 352/1 maddesi gereğince davalı vekilinin istinaf başvuru talebinin reddine dair

inceleyen üye hakimın görüşü de heyetçe benimsenerek aşağıdaki şekilde karar verilmiştir”.

(İst. BAM, 15.03.2017 gün, 2017/3 E, 2017/266 K.)

“...Davacı istinaf dilekçesinde sebep belirtmediğinden ve UYAP üzerinden yapılan incelemede tebliğden itibaren 8 gün içerisinde de gerekçeli istinaf dilekçesi gönderilmediği de anlaşılmalaincelemede kamu düzenine ilişkin istinaf sebepleri dikkate alınacaktır”.

(Gant. BAM, 23.02.2017 gün, 2017/346 E, 2017/250 K.)

Yargıtay uygulamasında gerekçeli temyiz başvurusunun sonradan yapılabileceği kabul görmekte ve temyiz aşamasında dahi ek temyiz dilekçelerinin değerlendirmeye alındığı bilinmektedir. İstinafta ise HMK'nın 342, 352, 355. maddeleri uyarınca gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 8 gün geçtikten sonra belirtilen istinaf nedenleri dikkate alınmaktadır. Bu durum her iki yargılama arasında belirgin bir uygulama farklılığıdır.

Konuyu Yargıtay'ın nasıl değerlendireceği merak konusudur. İlk olarak süresi dışında verilen istinaf nedenlerinin incelenmemiş olmasının temyiz nedeni yapılması halinde nasıl değerlendirileceği önemlidir. Öte yandan yasal sınırlama sebebiyle süresi dışında verilen istinaf dilekçesindeki nedenlerin istinafta incelenmeyeceği kabul edilse dahi, aynı nedenlerin bu defa temyiz incelemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem kazanmaktadır. Zira HMK'nın 369. maddesinde Yargıtay'ın temyiz nedenleri ile bağlı olmadığı, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü halleri inceleyebileceği yazılıdır.

c. İstinafa Başvurulabilecek/ Başvurulamayacak Kararlar

İş mahkemelerinden verilen nihai kararlarla, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamındaki kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddine dair kararlara karşı doğrudan istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak HMK'nın 341. maddesinde, mahkemece bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilen kararların istinafa tabi olduğu belirtilmiştir.

Para alacakları bakımından 5521 sayılı Yasanın 8/1. maddesinde yer alan 1000 TL'lik kesinlik sınırı, 6763 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilmiş ve 02.12.2016 tarihinden itibaren 3000TL ye çıkarılmıştır.

2017 yılı yeniden değerlendirilmesi ile bu miktar 3.110TL olarak uygulanmaktadır.

d. İstinafa Başvuru Prosedürü

İstinafa başvuru dilekçe ile yapılır. Dilekçede bulunması gereken unsurlar HMK'nın 342. maddesinde açıklanmıştır. Ancak maddenin son fıkrasında, zorunlu unsurlar açıklanmış ve başvuranın kimliği ve imzasını taşıması ile başvuru kararın anlaşılması halinde dilekçenin reddedilmeyeceği ve kamu düzeni bakımından resen inceleme kapsamında ele alınacağı öngörülmüştür.

Temyizde olduğu gibi istinaf kanun yoluna başvurunun da, süre tutum dilekçesi şeklinde yapılması yönünde uygulama sürmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003 yılında verdiği bir kararında⁴ hukuk yargılamasında süre tutum şeklinde bir müessesenin bulunmadığını belirtmiş ve öğretide⁵ bu yönde görüşler açıklanmış olsa da, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucu 2015 yılında verilen kararda⁶, süre tutum dilekçesinin harçlandırılması halinde temyiz başvurusu yerine kaim olacağını, gerekçeli kararın tebliğinden sonra temyiz gerekçelerinin açıklanabileceğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararında, gerekçeli kararın tebliğinden 6 gün sonra verilmiş olmasına da dikkat çekilmiş ve gerekçeli temyiz esas temyiz süresi içinde yapıldığına işaret edilmiştir.

İstinaf başvurusunda açıkça "istinaf" ibaresinin geçmesi de gerekmez. Kanun yoluna başvurma iradesinin açıklanması yerinde olup, "itiraz" "temyiz" kelimelerini yer alması da istinaf başvurusu olarak değerlendirilmelidir⁷.

İstinafa tabi kararlar için "temyiz" itirazının yapıldığı sıklıkla görülmektedir. Hatta harç dahi temyiz harcı olarak yatırılmış olabilir. Yatırılan harç miktarı doğru ise temyiz harcı olarak yatırılan tutarı istinaf harcı olarak değerlendirmek mümkündür.

Bazen mahkeme kararında dahi hatalı şekilde temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiş olabilir. Bütün bu durumlarda başvurunun istinaf kanun yoluna başvuru olarak işlem görmesi gerekmektedir. Aksi halde isti-

4 Yargıtay HGK, 01.10.2013 gün, 2013/ 13-581 E, 2013/ 527 K.

5 Bkz. Özekes, Muhammet; Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur, Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 381- 396.

6 AYM, 26.02.2015, Başvuru no: 2013/3954, RG 16.04.2015 gün, sayı 29328.

7 Kuru;Baki:İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2016, s. 682.

naf başvurusu süresi geçmiş olacağından kanun yoluna başvuru hakkı ortadan kalkmış olacaktır. Ancak öğretilerde temyiz dilekçesinin istinaf talebi, ya da istinaf başvurusunun temyiz dilekçesi olarak değerlendirilmeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür⁸.

İstinaf başvuran, başvurma harcı ile işe iade davaları ve diğer tespit davalarında maktu harç, alacak davalarında ise uyuşmazlığın değer üzerinden binde 68,31 oranındaki istinaf karar ve ilam harcının ¼'ünün yatırılması gerekir. İstinaf harcı istinaf kanun yoluna başvurulmasının bir gereği olup, ilk derecenin aldığı karar ve ilam harcından bağımsızdır. Harç ve istinaf giderlerinin eksik yatırılması halinde kararı veren ilk derece mahkemesi HMK'nın 344. maddesine göre bir haftalık kesin süre verir ve süresi içinde tamamlanmamışsa başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilir. Bu karara karşı tebliğden itibaren bir haftalık süre⁹ (8 gün değil) içinde istinaf yoluna gidilebilir.

İstinaf uygulamasında eksik harç ve yargılama giderleri söz konusu ise bu yöndeki usulü işlemlerin tamamlanması (süre verilmesi ve gerekirse açılmamış sayılma kararı verilmesi) için dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine dair kararlar verilmektedir.

e. Katılma Yoluyla Başvuru

İstinaf dilekçesi ilk derece mahkemesi tarafından diğer tarafa tebliğ edilir. Bu yolla diğer taraf hukuki bilgilenme hakkını kullanır ve isterse istinafa cevap verir, isterse de yasal iki haftalık süresi içinde katılma yoluyla istinafa başvurabilir. Katılma yoluyla istinaf dilekçesi de asıl başvuran tarafa tebliğe gönderilir.

Katılma yoluyla istinaf İş Mahkemeleri Kanunu yerine HMK'da düzenlenen bir kurum olmakla başvuru süresi de aynı Kanunda düzenlenmiştir. Katılma yoluyla başvuru süresi 2 hafta olup, asıl istinaf başvurusunun 8 gün olduğu gözetildiğinde ona bağlı başvuru süresinin 2 hafta olması bir çelişkidir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu değişikliği ile tüm sürelerin HMK 'ye göre belirlenmesi öngörüldüğünden, tasarının yasalaşması halinde bu çelişki de ortadan kalkmış olacaktır.

Katılma yoluyla istinaf, sadece aleyhine kanun yoluna başvuru yapan tarafa verilmiş bir haktır¹⁰. Örneğin asıl işverenin istinafına karşı işçinin katılma yoluyla istinaf hakkı olsa da, diğer bir işveren olan alt işverenin

8 Özekes, Muhammet; Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2225.

9 HMK 344, 346/2.

10 Kurtoğlu, Tülin; Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılması, Ankara 2017, s. 82.

katılma yoluyla istinafa mümkün değildir. İşçinin katılma yoluyla istinafa dilekçesi vermesi üzerine de alt işverenin istinafa hakkının olmadığı kabul edilmelidir.

Katılma yoluyla bağlı bir istinafa olmakla asıl istinafa talebinden feragat edilir veya istinafa mahkemesi tarafından işin esasına girilmeden reddedilirse, katılma yoluyla başvuru talebi de reddedilir. Ankara BAM İş Dairesinin verdiği bir kararında¹¹ asıl istinafa kesinlik sınırı sebebiyle reddedildiği için katılma yoluyla başvuru da incelenmemiştir.

B. İSTİNAFTA İNCELEME VE VERİLEBİLECEK KARARLAR:

a. Duruşmasız İnceleme ve Kararlar

Teorik olarak temyiz incelemesinde duruşma istisna ancak istinafta duruşma asıldır şeklinde ifade edilse de, HMK'nın 352. ve 353. maddeleri istinafa duruşma açmaksızın inceleme yapabileceği geniş bir alan bırakmıştır. Zira HMK'nın 352 ve 353. maddelerine göre usulden veya esasa dair çok sayıda karar verilebilmektedir.

Ankara BAM İş İstinafa Dairelerinin 2017 yılı ilk 3 ay istatistiklerine¹² göre toplam 5 Daire için gelen dosya sayısı 4858, çıkan dosya sayısı 3139'dur. İlk 3 ayda gelen dosyaların % 65'i karara bağlanmıştır.

HMK 352 kapsamında, aidiyet, kararın kesin olduğu, başvurusunu süresinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru gerekçesinin gösterilmediği yönlerinden usule dair kararlar verilebilmektedir. Yine ilk derece mahkemesi tarafından harç eksikliğinin giderilmesi veya gerekçeli kararlar ile istinafa dilekçelerinin karşı tarafa tebliğinin sağlanması için dosya geri çevrilmektedir. Ankara BAM İş İstinafa Daireleri 2017 yılı ilk 3 aylık uygulamada HMK 352'ye göre verilen

11 "...Hükmedilen 1.480,43TL olup, karar tarihi itibarıyla 3.000TL olan kesinlik sınırının altındadır. Davalılar tarafından istinafa kanun yoluna başvurulamayacağından, davalıların istinafa başvuru taleplerinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/1. maddesi uyarınca kesinlik sebebiyle reddine karar vermek gerekmiştir.

Davacı vekili istinafa süresi geçtikten sonra davalıların istinafa katılma yoluyla istinafa başvurusunda bulunmuştur. HMK'nın 348/2. fıkrası hükmüne göre istinafa kanun yoluna başvuran tarafın talebi esasa girilmeden reddedilirse katılma yoluyla başvurunun da reddine karar verilmesi gerekir. Davacının katılma yoluyla istinafa başvurusunun da reddine karar vermek gerekmiştir". (Ank. BAM, 7. HD. 31.03.2017 gün, 2017/807 E, 2017/802 K.)

12 Ankara BAM 5.6.7.8.9. Hukuk Daireleri 2017 yılı Ocak, Şubat, Mart ayları HSYK gönderilen istatistiklere göre, 3 aylık dönemde gelen dosya sayısı: 4858, çıkan dosya sayısı: 3139 (%65), başvuru esastan red: 1987 (% 63), kaldırma yeniden hüküm verme: 704 (%23), 353 1 a-6 gereği kaldırma gönderme: 111 (%3.5), temyiz yolu açık karar verilen 1.404 (% 44), temyiz edilen: 995 (%32), temyizi kabul olduğu halde temyiz edilmeyen: 409 (% 12).

karar sayısı 332 olup, aynı dönem içinde verilen tüm kararlara oranı % 10,5 dur.

HMK'nın 353. maddesine göre verilen kararlarda ise en yüksek oran, % 63 oranı ile başvurunun esastan reddine (B.E.R.) dair kararlardadır. Aynı dönem Yargıtay onama istatistiği de % 66'dır¹³.

Kararların % 23'ünde ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakta ve yeniden hüküm (K.Y.H.) verilmektedir. Aynı dönem için Yargıtay bozma oranı % 18'dir¹⁴.

Dosya içindeki verilere göre başkaca bir delile ihtiyaç duyulmadığında hatalı olan ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmakta ve yeniden bir karar verilmektedir. İlk derece kararı hatalı olsa dahi dosyadaki verilerden yararlanılarak yeniden hüküm verilebilecekse duruşma açmaksızın karar verilmektedir. Hatta 353 b/3. maddeye göre duruşma açılmaksızın yapılabilecek bazı işlemlerle eksiklik giderilebiliyorsa, -örneğin SGK hizmet döküm belgesinin istenmesi, bankadan ödeme olup olmadığını sorulması gibi- yine bu eksikliğin ikmali ile duruşma açılmadan karar verilebilmektedir.

İstinafın asıl görevinin denetim oluşu ve tali yargılama mahkemesi konumunda olması sebebiyle genel olarak istinaf incelemesinin duruşmasız yapılmasının bir sorun oluşturmadığı söylenebilir. HMK'nın 352. ve 353. maddeleri kapsamında verilebilen kararların sayısı ve türleri dikkate alındığında Ankara BAM İş İstinaf Daireleri 2017 ilk 3 aylık dönemde karar verilen başvurunun esastan reddi ile kaldırma yeniden hüküm kararlarına göre duruşma açma oranının % 1'eyakın olması bir eksiklik olarak görülmemelidir.

HMK'nın 353. maddesi kapsamında karar verilebilecek hallerden biri de ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden incelenmek üzere gönderilmesidir(K.G.). İlgili hükümde, " tarafların davanın esasıyla ilgili gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden" verilen ilk derece mahkemesi kararları için ilk derece mahkemesinin yeniden yargılama yapması istenmektedir. İstinaf mahkemelerinin çok sayıda dosyayı bu yöntemle ilk dereceye geri çevirdiği yönünde yanlış bir kanaat vardır. Bu yönde verilen kararların tüm kararlara oranı % 3.5 dur.

13 Yargıtay 9. HD. 2017 yılı ilk 3 ay karar sayısı 5517, onama sayısı 3678.

14 Yargıtay 9. HD. 2017 yılı ilk 3 ay karar sayısı 5517, bozma sayısı 1011.

İlk derecede tamamlanmayan eksik bırakılan deliller uyuşmazlığın çözümünü için son derece gerekli olduğu halde bu tür delillerin hiçbiri toplanmaksızın örneğin sadece SGK kurumundan hizmet döküm cetveli veya işyeri şahsi sicil dosyası getirilerek karar verildiğinde uyuşmazlığın esasıyla ilgili hiçbir delil toplanmamış demektir. Zira toplanan son derece önemsiz bir veya birkaç delille uyuşmazlığın çözümü mümkün değildir.

İlk derece mahkemesinin hiçbir delil toplamadan ilk celsede husumetten redde karar vermiş olması halinde husumetten red doğru değilse, kararın kaldırılarak esasa dair delillerin toplanarak karar verilmesi için dosya HMK 353 1 a- 6 kapsamında geri çevrilmektedir.

Ankara BAM İş Dairesinin incelemesine konu bir olayda¹⁵, ilk derece mahkemesi KHK ile kapatılan kurumlardan olduğundan söz edilerek işe iade davasını dava şartı noksanlığından reddetmiş, istinaf denetiminde ise davalının kapatılan kurumlardan olmadığı tespit olunduğu için işe iade davası koşullarının araştırılması ve feshe dair sebeplerin tartışılması için kaldırma gönderme kararı verilmiştir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa iddialarının hiç araştırılmaksızın işe iade veya alacaklarla ilgili karar verilmiş olması da o davada gerçek işverenin tespit edilmemiş olmasına bağlı kaldırma gönderme nedenidir.

İlk derece yargılaması sırasında ıslah dilekçesi için süre istenmesine rağmen isteğin reddi, istinafta kaldırma gönderme nedenidir. Zira istinafta ıslah yapılamadığı için duruşma açılarak yargılama yapılmak istense bile ilk derece mahkemesinin usul eksikliği istinafta giderilemeyecektir.

Kararın gerekçesiz olması delillerin hiçbirinin değerlendirilmemiş olması anlamındadır. Hatta davaların yığılması prensibine göre bazı alacaklar bakımından gerekçesizlik de aynı sonuca götürebilir. Örneğin feshin haklılığı noktasında yeterli deliller toplandığı halde prim uygulamasının esaslarına dair hiçbir delil toplanmadan karar verilmesi o talep bakımından hiç delil anlamındadır.

Yetki tespiti dosyalarında işyeri/ işletme ayrımı bakımından tespite gidilmemiş olması, işçilerin sendikaya üyelik belgelerinin getirilmemesi, toplam işçi sayısının tespit olunmaması gibi haller HMK 353 1 a- 6 kapsamında sayılabilir.

15 Ankara BAM 7. HD. 1.02.2017 gün, 2017/265 E, 2017 /301 K.

Sendikal tazminat davalarında rutin araştırmalar olan, davacı işçi ve diğer işçilerin üyelik belgelerinin, varsa üyelikten çekilme belgelerinin, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçi sayısının, üyelikten çekilen ve çalışmaya devam eden işçi sayısının ve sendika üyesi olup da çalışmaya devam eden işçi sayısının tespiti, varsa yetki prosedürün ilgili Bakanlıktan sorulması gibi delillere ihtiyaç olup bu konuda tanık delili de önemlidir. Bu esaslı deliller toplanmaksızın karar verilmesi HMK 353 1 a- 6 kapsamında sayılabilir. Ancak sözü edilen delillerden bazıları toplamış ise kalan kısmının istinafta yapılacak yargılama ile toplanması mümkündür.

Usulüne uygun tebligat yapılarak taraf teşkili sağlanmamışsa, kat malikleri, adi ortaklar, mirasçılar, konsorsiyumu oluşturan şirketler davalaya dahil edilmemiş veya birleştirme talepli ek dava açılması için süre verilmemişse HMK 353 1 a- 4 işletilebilir.

İşçi ücretinin miktarı konusunda uyuşmazlık olan hallerde işçinin gerçek ücreti, işçinin alacaklarının belirlenmesi ve hatta tazminatlara hak kazanıp kazanmadığı noktasında en önemli delildir. Bu yönde ücret araştırması yapılmadan karar verilmesi yargılama ile ilgili çok önemli aşamaların atlanması anlamına gelebilir. Ancak ücretin bir yerden daha sorulması ihtiyacı ortaya çıkarsa bunun istinaf yerine getirebilir. Yine ücret araştırması yapılmış olmasına rağmen, bilirkişi raporu gelen ücretleri değerlendirme noktasında yetersiz ise istinafta gerekirse duruşma açılarak rapor almak suretiyle eksikliği giderebilir.

Tanık delili ile ispatın gerektiği hallerde tanıkların hiç dinlenmemiş oluşu HMK 353 1 a- 6 kapsamındadır. Davaların yığılması prensibi gereği her bir alacak kalemi kural olarak ayrı bir davadır. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı bakımından gerekli deliller toplanmış olsa da, ayrı bir alacak kalemi olan fazla çalışma yönünden (yazılı delil olmayan hallerde) tanık delili ileri sürülmüş ve bu yönde gereği yapılmamış ise fazla çalışma ile ilgili HİÇ delil toplanmamış demektir. Bu durum HMK 353 1 a- 6 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak 4 tanık bildirildiği halde 2 tanığın dinlenmiş olması halinde gerektiğinde eksiklik BAM tarafından naip hakim veya talimat yoluyla giderilebilir.

Uyuşmazlığın çözümü teknik bir bilgiyi gerektirmekte ise bilirkişi raporu alınması gereken hallerde HMK 353 1 a- 6 kapsamındadır. İş kazasına bağlı maddi tazminat davalarında kusur raporlarının alınmaması, zararın tespit edilmemiş oluşu gibi hallerde kaldırma gönderme kararı verilebilir. Kural olarak hesap raporuna itirazların karşılanmaması ve

ek rapor alınmaması geri çevrilmeyi gerektirmez ise de, bu durum ilk dereceye verilebilecek kanun yolu değerlendirme formu (not) taktirinde dikkate alınabilir. Rapora itirazların karşılanması için istinafta duruşma açacak yargılama yapmak gerekir.

Yine maddi tazminat davalarında zararlandırıcı olayın Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi bir ön şart olup, bu yönde başvuru yapılmaksızın dava açılması mümkün değildir. Yargıtay kararları da bu yönde Kuruma bildirim yapılması için süre verilmesi gerektiği şeklindedir. İlk derece mahkemesi tarafından bu prosedür atlanmış ise istinafta, bu durumun bekletici mesele yapılması için kaldırma gönderme kararları verilmektedir.

İstanbul BAM İş Dairesi kararında¹⁶, kusur incelemesi ile buna göre zarar tespiti yapılmamış olmasının kaldırma gönderme nedeni olduğu kabul edilmiştir.

Alacağın ispatı sadece yemin deliline dayalı ise yemin deliline dayanılmasına ve bu yöndeki taleplere rağmen yemin yaptırılmaması bu yöndeki delillerin HİÇ toplanmaması anlamındadır. Örneğin davalı işveren yıllık izin noktasında yazılı delil sunamayacağını bildirerek sadece yemine dayanmış ise buna riayet olunmaması yıllık izin için hiç delil toplanmadığı şeklinde değerlendirilebilir. Ancak genelde istinafta yemin konusunda duruşma açılarak gereği naip hakim veya talimat yoluyla ikmal edilmektedir.

İşe iade davalarında 30 işçi veya 6 aylık kıdem koşullarının araştırılmamış olması, işletme gerekleriyle fesihlerde işletmesel kararın ne şekilde uygulandığının araştırılmaması¹⁷ ve işçi çıkarılmasını zorunlu kılıp kılmadığının belirlenmemesi, son çare ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılmaması, HMK 353 1 a- 6 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak uyuşmazlığın çözümü, işverenin yeni işçi alıp almadığının tespitine bağlı ise bu istinafta duruşma açılarak inceleme yapılması mümkündür.

Uyuşmazlığın çözümü hizmet tespiti davası veya ceza davasının sonucuna bağlı ise ilgili davanın sonucunun beklenmemesi, çok önemli bir delilin toplanamaması anlamında olup HMK 353 1 a- 6 maddesi işletilebilir. Zira istinafta arşiv imkanı dahi bulunmamaktadır ve beklenen dosyada kesinleşmenin yıllarca sürebilecek olması sebebiyle istinafta çok uzun yıllar dosyanın bekletilmesi mümkün değildir.

16 İstanbul BAM 30. İş Dairesi, 03.04.2017 gün, 2017/330 E, 2017/450 K.

17 Ankara BAM 9. HD. 18.04.2017 gün, 2017/594 E, 2017/951 K.

Konuyla ilgili İzmir Bölge Adliye Mahkemesi İş Dairesinin işe iade davasında istinaf incelemesi sonucu verdiği kararında¹⁸, "...muvazaya yönelik İş Teftiş Kurulu Raporunun iptali yönünde açılan davanın derdest olması nedeniyle bekletici mesele yapılarak çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden bu eksikliğin giderilmesi amacıyla sair yönleri incelenmeksizin kararın kaldırılarak dosyanın 6100 Sayılı HMK'nun 353/1-a.6 maddesi gereğince mahkemesine iade edilmesine karar verilmesi gerektiği..." kabul edilmiştir.

Ankara BAM İş Dairesi bir kararında¹⁹, "...İşçilik alacakları davalarında, taraflar arasında hizmet süresinin uyuşmazlık konusu olması halinde, her ne kadar davacı taraf hizmet tespit davası açmaya zorlanamaz ise de, taraflar arasında görülmekte olan hizmet tespit davasının bulunması halinde ilgili davanın alacak davası yönünden bekletici mesele yapılması zorunludur. Mahkemece, hizmet tespit davasının sonucu beklenmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

HMK 'nun 353/1-a-6 maddesinde " mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerinin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması " kararın kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye iade edilmesi nedeni olarak gösterilmiştir. Madde metninde geçen " veya " ibaresinden , delillerin hiçbirinin toplanmaması ile gösterilen delillerin değerlendirilmemiş oluşunun ayrı ayrı gönderme nedeni olduğu anlaşılmaktadır" şeklinde gerekçeyle hizmet tespiti davasının sonucunun beklenmesi için ilk derece mahkemesi tarafından yapılması gerektiğini kabul etmiştir.

Uyuşmazlığın türüne göre, iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesinin, işyeri personel yönetmeliğinin önemli olması halinde sözü edilen deliller toplanmadan karar verilmesi halinde HMK 353 1 a- 6 maddesi işletilebilir. Örneğin toplu iş sözleşmesine bağlı fark alacaklar talep edildiği halde, ilk derece mahkemesi tarafından toplu iş sözleşmesi getirilmeden ve mevcut sağlanan haklar ile işçiye yapılan ödemeler karşılaştırılarak fark olup olmadığı belirlenmeden – işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı gibi hatalı bir gerekçeyle- davanın reddi kaldırma / gönderme nedenidir.

18 İzmir BAM 15. HD. 21.04.2017 gün, 2017/710 E, 2017/536 K.

19 Ankara BAM 7. HD. 31.03.2017 gün, 2017/727 E, 2017/766 K.

Taleplerden biri hakkında karar verilmesinin unutulmuş olması halinde HMK 297 ye aykırı karar verildiğinden HMK 353 1 a- 6 maddesi işletilebilir. İlk derece unuttuğu konuda karar verdiği taraflar buna göre istinaf haklarını kullanabileceklerdir.

Konuyla ilgili Samsun Bölge Adliye Mahkemesi İş Dairesinin verdi bir kararda, "...hafta tatili ücreti alacağı yönünden olumlu ya da olumsuz herhangi bir hüküm kurmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olan hafta tatili alacağı yönünden açılan davanın karara bağlanmaması nedeniyle diğer talepler değerlendirilememiştir" taleplerden biri hakkında karar verilmemiş oluşu kaldırma gönderme nedeni olarak kabul edilmiştir.

İstanbul BAM İş Dairesi tarafından verilen bir kararda²⁰, birleştirme talepli açılan davada birleştirme kararı verildiği halde bu kararın davalıya hiç tebliği yapılmaksızın birleşen dosya bakımından da karar verilmiş olması ve bu dava yönünden delil sunma imkanının tanınmamış oluşu, kaldırma/ gönderme nedeni olarak kabul edilmiştir.

Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişmesi de – hangi kararın verildiği noktasında tereddüde mahal vereceğinden- kaldırma gönderme nedenidir.

İstanbul BAM Sosyal güvenlik mahkemesi hizmet tespitiyle ilgili verdiği bir kararında²¹, farklı işveren sigorta kayıtlarının celbi, işe giriş bildirgelerindeki imzaların incelenmesi, bordro tanıklarının dinlenmesi gibi rutin hizmet tespiti araştırmalarının hiçbirini yapmayan ilk derece kararına karşı kaldırma gönderme kararı vermiştir.

3 dereceli yargılama bir hak olup, her daim ilk derecenin yerine geçerek işlem yaptığımızda 2 dereceli sisteme doğru bir yönelme olacağı açıktır. İlk derece mahkemesinin yargılamanın esasıyla ilgili elinden geleni yapmış olması gerekir.

İbraname istifa ödeme belgesi yıllık izin belgesi gibi delillerin değerlendirilmemiş olması, bazı tanıkların dinlenmemesi, rapor veya ek rapor alınmaması, talep aşılarak karar verilmesi, faiz ve temerrüt konularındaki eksiklikler genel olarak istinaf mahkemesi tarafından karşılanmaktadır.

Gaziantep BAM İş Dairesi tarafından oyçokluğuyla verilen kararda²², tanıkla kanıtlanan fazla çalışmalarda tanığın işyerinde çalıştığı süre ile

20 İstanbul BAM 27. HD. 18.04.2017 gün, 2017/262 E. 2017/400 K.

21 İstanbul BAM 33. HD. 05.04.2017 gün, 2017/235 E. 2017/402 K.

22 Gaziantep BAM 8. HD. 13.03.2017 gün, 2017/232 E, 2017/353 K.

sınırlı hesaplama yapılması gerektiği noktasında ek rapor alınarak karar verilmek üzere kaldırma gönderme kararı verilmiş, Daire başkanı karşı oy yazısında kaldırma gönderme şartlarının oluşmadığını belirtmiştir.

İstinaf uygulamalarında kaldırma gönderme istatistiğinin tüm kararlara göre % 3.5 olduğunu tekrar hatırlatmak gerekir. İlk derece mahkemeleri de istinaf mahkemeleri de ağır iş yüküne rağmen sorumluluklarının bilincindedir.

b. Duruşmalı İnceleme ve Kararlar:

İstinaf incelemesine tabi tutulan dosyadaki eksiklikler resmi kurum veya kuruluşlardan belge temini yerine bazı araştırmalar yapılması gerektiriyorsa, örneğin ücret araştırması yapılacaksa karşı tarafın hukuki bilgilendirme hakkı sebebiyle duruşma açmak gerekir. Bu suretle istinafın tali yargılama mahkemesi sıfatı ön plana çıkmaktadır. Yine kusur veya hesap raporu alınması gerekiyorsa, ilk derece mahkemesinin almış olduğu rapora itirazlar karşılanmamışsa, istinafta duruşma açılması zorunludur. Zira rapor taraflara tebliğ edilecek ve varsa itirazları karşılanarak bir karar verilecektir.

Tanıkların bir kısmının dinlenmemiş oluşu, ücret araştırmasının yapılmamış olması, yemin teklifinin değerlendirilmemiş olması hallerinde kural olarak istinafta duruşma açılarak karar verilmelidir.

Ankara iş mahkemelerinde 2017 yılı ilk 3 ay içinde başvuru esas-tan red ve kaldırma gönderme kararı verilen 2691 dosyadan sadece 15'inde duruşma açılarak karar verilmiştir. Duruşma açılmasının gerekmemesi iş dairelerine özgü bir durum da değildir. 2017 yılı 3 aylık dönem içinde Ankara'da faaliyet gösteren 27 Hukuk Dairesinde verilen kararların (10.750) 129' u duruşmalı olarak verilmiştir. Bu oran genelde çıkan dosya sayısına göre % 1,1'dir.

İstinaf yargılamasında duruşma açılması için tarafların talebi, davanın miktar ve değeri gibi yasal ön koşullar yoktur. Duruşma açılması talep edilmediği hallerde dahi, incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verilebilecektir. Başvuran tarafın duruşmalı inceleme yapılması yönündeki talebine rağmen, verilecek kararın HMK'nın 352 ve 353. madde kapsamında olması sebebiyle duruşma isteği işleme alınmayacaktır.

İstinafta duruşma açılması ve istinaf yoluna başvuranın mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması hallerinde yapılacak işlem HMK'nın 358/3. maddesinde açıklanmıştır. Yasaya göre başvuran taraf duruşmaya katılmadığında dosyanın mevcut durumuna göre karar verilecektir.

Madde gerekçesinde²³ “inceleme dosya üzerinden yapılarak mevcut duruma göre karar” verileceği belirtilmiştir. Buna göre istinaf başvurusu üzerine tanıkların dinlenmesi veya yemin edası için duruşma günü verildiğinde, başvuran taraf mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezse, duruşmaya dair işlemler tamamlanmayacaktır. Başka bir anlatımla tanıklar hazır olsa veya taraf yemin için duruşmaya gelmiş olsa dahi, inceleme dosya üzerinden yapılacaktır.

Konuyu daha çarpıcı bir örnekle ele aldığımızda, bilirkişi ek raporu alınması için duruşma açılması ve bu yönde eksikliğini ikmal edilmesi üzerine, istinaftaki son oturuma başvuran taraf katılmadığında önceki celselerde yapılan işlemler yok hükmünde sayılabilecek midir? Konuya dair bilirkişi ek raporu alındığı halde, salt başvuran taraf gelmediği için bu ek rapor işleme alınmayacak mıdır? Daha da önemlisi başvuran taraf duruşmaya gelmediğinde dosya üzerinden mevcut duruma göre karar verileceğine göre diğer taraf duruşmada hazır olduğu halde bir işlem yapılmayacak mıdır? Örneğin diğer tarafın getirdiği karşı deliller hiç değerlendirilmeyecek midir?

Başvuran tarafın süresi içinde duruşma işlemlerine dair avansı yatırmaması halinde incelemenin dosya üzerinden yapılması yönündeki düzenleme yerinde ise de, başvuran tarafın gelmediği durumda dahi, yokluğunda duruşma yapılarak toplanan deliller çerçevesinde karar verilebilmesine imkan tanınmasının daha doğru olacağı söylenebilir.

c. İstinafta Resen İnceleme ve Kamu Düzeni Kavramı

İstinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı HMK'nın 355. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı hükme göre kamu düzenine aykırı hallerde resen inceleme yapılabilecektir.

Öğretide, kamu düzenine aykırılık olmaması durumunda açıkça istinafa gelmeyen hususlarda inceleme yapılmaması gerektiği, bu yönde genişletici bir yoruma gidilemeyeceği açıklanmıştır²⁴.

Bu noktada istinaf ile temyiz arasında bariz bir fark ortaya çıkmaktadır. Zira temyizi düzenleyen HMK'nın 369. maddesinde, Yargıtay'ın tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleri ile bağlı olmadığı, “kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da” inceleyebileceği yazılıdır. Temyiz açısından resen incelemesinin sınırının kamu düzeni yerine daha geniş tutulması usulü müktesep hak ihlallerine yol açabilecektir.

23 Bkz. madde 358, Hükümet Gerekçesi.

24 Özekes, Muhammet; Pekcanitez Usûl Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2244.

Mevcut yasal düzenleme çerçevesinde sorun şudur; istinaf dilekçesinde gösterilmediği için incelemeye tabi tutulamayan bir noktada, istinaf kararının temyizi halinde Yargıtay, kanuna aykırılık sebebiyle inceleme yapabilecek midir? Örneğin iş güvencesinde otuz işçi sayısı veya aylık kıdem şartı mutlak emredici olmadığı ve kamu düzeninden sayılmadığı için istinafa konu edilmemişse resen inceleme kapsamında değildir. İstinaf gerekçesinde yer almadığı için değerlendirilemeyen bu husus, -kanuna açıkça aykırı olmakla- Yargıtay incelemesinde dikkate alınabilecek midir? Bize göre istinaf sebepleri ile bağlılık prensibi gereği değerlendiremediğimiz bir konunun, açık temyize konu edilsin veya edilmesin Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılması mümkün olmalıdır. Zira otuz işçi veya altı aylık kıdem şartları olmadığı halde işverence bu konu istinafa taşınmamışsa, davacı yararına usulü müktesep hak doğmuştur. Davalı tarafa konuyu istinafa getirmiş olsaydı davanın reddine karar verilecek iken bu yol izlenmemiştir. Daha sonra bu konu temyiz sırasında davacı aleyhine değerlendirilmemelidir.

İşe iade davasında işe başlatmama tazminatının yasal 4/8 aylık sınırlar içinde kalmakla birlikte kıdeme göre belirlenmesinde ilk derece mahkemesi hata yaptığıında, konu açıkça istinafa getirilmezse düzeltme nedeni yapılmamaktadır. Hatta açıkça istinafa konu edilmediği ve kamu düzenini ilgilendirmedeği için incelenmediği hususu, istinaf mahkemesi kararında yazılmaktadır.

Ankara İş İstinaf Dairesinin incelemesine konu bir olayda²⁵, ilk derece mahkemesi işe başlatmama tazminatını yasal sınırlar içinde ancak kıdeme aykırı şekilde üst sınırdan belirlemiştir. Davalı taraf istinaf yoluna başvurduğu halde işe başlatmama tazminatının miktarına açıkça itiraz etmemiştir. İstinaf mahkemesi karardaki hatayı gördüğünü belirtmiş ancak konunun kamu düzenini ilgilendirmemesi sebebiyle resen inceleme kapsamında olmadığını kararda belirtmiştir. İstinaf kararındaki açıklama üzerine işe başlatmama tazminatının miktarı temyize konu edildiğinde Yargıtay'ın denetim imkanının olup olmadığı konusu dikkatle tartışılmalıdır. Bize göre işe başlatmama tazminatının miktarı konusunda açık istinaf başvurusu yoksa, diğer tarafa yararına usulü müktesep hak doğmuş sayılmalıdır. Bu nedenle açık temyize konu edilse bile Yargıtay, usulü müktesep hak sebebiyle konuyu bozma nedeni yapmamalıdır.

25 Ank. BAM 7. HD. 31.03.2017 gün, 2017/844 E, 2017/620 K.

Yargıtay bir kararında²⁶, istinafin istinaf sebepleri ile bağıllığının vakıa denetimi ile sınırlı olduğunu, hukukilik denetimi akımında ise istinaf sebepleri ile bağıllı olmaksızın karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Karara konu olayda, işe iade kararı verilmiş, davalı taraf süre tutum dilekçesi vermiş ve gerekçeli temyiz nedenlerini bildirmemiştir. İstinaf mahkemesi HMK 355 gereği istinaf nedenleri bildirilmediği için kamu düzeni bakımından inceleme yaptığını kararda belirtmiş ve kamu düzenine aykırılığın olmadığını açıklamak suretiyle başvuruyu esastan reddetmiştir. Yargıtay, kamu düzenine aykırılık noktasında hiçbir tespit yapmaksızın davalı temyizi üzerine kararı bozmuş ve hukukilik denetimi yapmak üzere dosyayı istinaf mahkemesine göndermiştir.

Kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizintatbik edileceği 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmüdür. İlk derece mahkemesinin bu konudaki yasa hükmüne rağmen dava tarihinden ve yasal faiz uyguladığı bir karara karşı davacı taraf istinafa geldiği halde faiz konusunu açıkça sebepler arasında göstermemişse, kamu düzenini ilgilendirmedikinden istinaftaki incelemede bu durum değerlendirilemeyecektir. Ancak aynı husus kanuna açıkça aykırı olduğundan -kamu düzenini ilgilendirmese dahi- HMK 369 gereği temyizde değerlendirilebilecek midir? Bu soruya verilecek cevap evet ise; vakıa ve hukukilik denetimi yapan istinafa göre, sadece hukukilik denetimi yapabilecek olan Yargıtay'ın denetim yetkisinin çok daha geniş olduğu çelişkisi ortaya çıkacaktır. Öte yandan somut örnekte faiz yönünden hüküm aleyhine olan davacının, istinaf nedenleri arasında faizi göstermemesi halinde faize dair hüküm benimsediği varsayılmalı ve bu yönde davalı yararına usulü müktesep hakkın doğduğu kabul edilmelidir.

Kamu düzeninden; korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmalı gerekir. (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, Yargıtay Yayını No: 15, Sh. 258).

Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir (Becker H., Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ankara, 1967, Sh. 97).

İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını şöyle; "Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk

26 Yargıtay 22. HD. 03.04.2017 gün, 2017/ 30913 E, 2017/ 7840 K. "Bölge Adliye Mahkemesi maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleriyle bağıllıdır. Ancak bölge adliye mahkemesi aynı zamanda hukukilik denetimi de yapmak durumundadır. Hukukilik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağıllı değildir".

düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur” (Kaneti Selim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara, 1968, Sh.

Anayasa Mahkemesi 28.01.1964 gün ve 63/128 E., 64/8 K. sayılı kararında kamu düzeni deyimini; "...toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı" sonucuna varmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 sayılı kararında "...bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni" ile ilgisinin mevcut olduğu ifade dılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1973 gün ve 609/959 sayılı kararında ise "...kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır" hükmüne yer verilmiştir.

Bir hükmün kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği hususu, kanunun emredici yapısı, bazen gerekçesi ve istikrar kazanmış yüksek mahkeme kararlarından yola çıkılarak belirlenebilmektedir. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde, boşta geçen süre ücretinin 4 ay ile sınırlı olduğu aksine sözleşme yapılamayacağı kesin olarak hükme bağlanmıştır. Bu durum, kanuna dayanan kamu düzeni kuralına örnek olarak verilebilir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun gerekçesinde, mahkemenin yer itibariyle yetkisi konusundaki hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu açıkça ifade edilmiş olup, örnekte kanun gerekçesinden iş mahkemelerinde yetki kuralının kamu düzenini ilgilendirdiğini anlıyoruz.

Bundan başka Yargıtay kararlarında, uygulanan kuralın kamu düzenini ilgilendirdiği istikrarlı biçimde ortaya konulmuş olabilir. Bu veriler ışığında iş yargılamasına esas olmak üzere kamu düzeni ilgilendiren haller şu şekilde sıralanabilir²⁷;

27 Ayrıntılı bilgi ve dökümanlar için bkz. www.taa.gov.tr. Meslek içi eğitim dökümanları, Bireysel İş Hukuku 9-11 Kasım 2016.

Hukuk usulüne dair kamu düzeni halleri; görev²⁸, yetki²⁹, kesinlik sınırı³⁰, taraf teşkili³¹, taraf ehliyeti³², kesin hüküm³³, hukuki yarar yokluğu³⁴, derdestlik³⁵, vekaletname eksikliği³⁶, gider avansı³⁷, taleple bağlılık³⁸, ikinci kez ıslah yasağı ve bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı³⁹, usulü kazanılmış hak⁴⁰, kesin süre⁴¹, hukuki dinlenilme hakkının ihlali⁴², yargılama giderleri ve harçlar⁴³ olarak kabul edilmekte ve bu yönlerde ilk derece mahkemesi kararında hata söz konusu olduğunda gerekçesiz istinaf başvurularında dahi resen inceleme kapsamında değerlendirilmektedir.

İş güvencesi açısından kamu düzeni halleri; bir aylık dava açma süresi⁴⁴, talep olmasa dahi işe iade sonrası boşta geçen süre ücretine ve işe başlatmama tazminatına karar verilmesi gereği⁴⁵, boşta geçen süre ücretinin 4 aya kadar oluşu ve işe başlatmama tazminatının 4/8 aylık sınırları⁴⁶ olarak değerlendirilmiştir. İşveren vekilliği kavramı üzerinde tam bir görüş birliğine varılamamış, ağırlıklı olarak resen inceleme kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak, 30 işçi sayısı, en az 6 aylık kıdem şartı ile belirli süreli sözleşme ile çalışmama koşullarının mutlak emredici olmadığı ve işçi lehine değiştirilebileceği varsayımı ile açıkça istinafa gelmemiş

28 Yargıtay 7.HD. 04.10.2016 gün, 2016/24053 E, 2016/15530 K.

29 Yargıtay HGK. 27.01.2016 gün, 2015/21-3504 E, 2016/92 K.; Yargıtay 7 HD. 04.10.2016 gün 2016/23711 E. 2016/15529 K.

30 Yargıtay 9.HD. 20.10.2016 gün, 2016/20264E, 2016/18211 K.

31 Yargıtay 7.HD. 08.03.2016 gün, 2016/7768 E, 2016/5619 K.

32 Yargıtay 22. HD. 15.02.2016 gün, 2016/2596 E, 2016/3707 K.

33 Yargıtay 22. HD. 13.05.2013 gün 2013/9954 E, 2013/10720 K.

34 Yargıtay 7. HD. 15.06.2016 gün, 2015/11538 E, 2016/13323 K.

35 Yargıtay 22. HD. 24.05.2016 gün, 2016/8526 E, 2016/12244 K.

36 Yargıtay 21. HD. 28.01.2014 gün, 2013/13514 E, 2014/1326 K.

37 Yargıtay 9.HD. 09.09.2015 gün, 2015/19177 E, 2015/25042 K.

38 Yargıtay 9. HD. 23.11.2015 gün, 2014/21356 E, 2015/33086 K.; Yargıtay 22. HD. 28.05.2015 gün, 2014/8421 E, 2015/1891 K.

39 Yargıtay İBK. 06.05.2016 tarih ve 2015/1 E. 2016/1 K. ; Yargıtay 7. HD. 26.11.2015 gün, 2015/36816 E, 2015/23475 K.

40 Yargıtay HGK. 07.06.2016 gün, : 2015/1-2807 E, 2016/821 K. ; Yargıtay 9.HD. 06.10.2016 gün, 2016/29347 E, 2016/17518 K.

41 Yargıtay 9.HD. 06.11.2014 gün, 2013/2307 E, 2014/33166 K.

42 Yargıtay 22. HD. 10.10.2013 gün, 2013/27202 E, 2013/21388 K.

43 Yargıtay 9.HD. 17.02.2014 gün, 2013/15922 E, 2014/4619 K. ;Yargıtay 9.HD. 15.02.2016 gün, 2015/35257 E, 2016/2458 K.

44 Yargıtay 22. HD. 20.06.2016 gün, 2016/16974 E, 2016/18562 K.

45 Yargıtay 9.HD. 04.06.2014 gün, 2012/14866 E, 2014/18060 K.; Yargıtay 22. HD. 12.02.2013 gün, 2013/1002 E, 2013/2589 K.

46 Yargıtay 7.HD. 16.03.2016 gün, 2015/43401 E, 2016/6392 K. ; Yargıtay 9.HD. 25.02.2016 gün, 2016/3086 E, 2016/3972 K.

ise resen incelenemeyeceği şeklinde istinaf uygulaması şekillenmiştir.

İşe başlatmama tazminatının işçin kıdemi esasına göre, 4/8 aylık sınırlar içinde hatalı tespiti halinde dahi bu konu açık istinafa gelmemişse değerlendirme yapılamamaktadır.

Maddi hukukta; kıdem tazminatı tavanı⁴⁷, asgari ücret⁴⁸, muvazaa olgusu⁴⁹, fesihte hak düşürücü süre⁵⁰, hakkın kötüye kullanılması⁵¹, fazla çalışmada yasak uygulamalar (günlük 11 saatin aşılması, gece çalışmalarında 7.5 saatin aşılması, ağır ve tehlikeli işlerde 7.5 saatin aşılması)⁵², işçi aleyhine tek taraflı cezai şartın geçersizliği⁵³, devreden işverenin 2 yıllık sınırlı sorumluluğunun ihlali kamu düzeninden sayılmalıdır. Sözü edilen hallerde açık istinaf sebebi olmasa dahi resen istinaf incelemesi yapılmalıdır.

Toplu iş hukukunda kamu düzeni; yetki tespiti ile işkolu tespiti⁵⁴, toplu iş sözleşmesinin teklifi ilkesinin⁵⁵ kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir.

Dar istinaf sisteminin bir gereği olarak ilk derece mahkemesinin yaptığı bütün işlemler tekrarlanmaz. Ancak dayanıldığı halde toplanmayan deliller toplanabilir, ilk derece mahkemesinin hatalı şekilde dinlendiği tanıklar tekrar dinlenebilir ve usulünce ikmal edilmeyen yemin eda ettirilebilir veya bilirkişi raporu alınabilir.

C. İSTİNAFTA KARARIN TAVZİHİ VE MADDİ HATA

Özellikle temyiz yolu kapalı olarak verilen istinaf kararlarında maddi hata yapılmış olması halinde HMK'nın 304. maddesine göre düzeltme yapılabilmektedir. Basit hesap hataları ile HMK hükmü gereği "diğer benzeri açık hatalar" düzeltilebilmektedir.

İş yargılaması bakımından istinafta kesin olarak karar verilen haller oldukça fazladır. Ankara BAM İş Daireleri istatistiğine göre 2017 ilk 3

47 Yargıtay 9.HD. 22.09.2016 gün, 2016/21956 E, 2016/16502 K. ; Yargıtay 22. HD. 04.02.2013 gün, 2013/1003 E, 2013/1772 K.

48 Yargıtay 22. HD. 16.06.2016 gün, 2015/12280 E, 2016/18242 K.

49 Yargıtay 9.HD. 31.10.2016 gün, 2016/3887 E, 2016/18832 K.

50 Yargıtay 9. HD. 17.09.2015 gün, 2014/12035 E, 2015/26198 K.

51 Yargıtay 9.HD. 29.09.2016 gün, 2016/27010 E, 2016/16881 K.

52 Yargıtay 7.HD. 13.05.2014 gün, 2014/2475 E, 2014/10538 K. ; Yargıtay 9. HD. 09.09.2013 gün, 2011/25115 E, 2013/21604 K.

53 Yargıtay 9.HD. 19.10.2015 gün, 2014/15622 E, 2015/2898 K.

54 Yargıtay 9.HD. 31.05.2016 gün, 2016/14034 E, 2016/12874 K. ; Yargıtay 9.HD. 28.06.2016 gün, 2016/21435 E, 2016/15459 K.

55 Yargıtay 9.HD. 14.06.2016 gün, 2016/20012 E, 2016/14307 K.

ay itibarıyla verilen kararların % 66 sı kesin olarak hükme bağlanmıştır. 5521 sayılı Yasa ile ilgili tasarının yasalaşması halinde işe iade davalarının hatta çoğunlukla sendika davalarının⁵⁶ istinafta kesinleşeceği dikkate alınırrsa istinafta kesinleşme oranının **% 80-85** oranına ulaşması mümkündür.

İstinafın yapmış olduğu yazı ve hesap hataları yanında bariz hukuki hatalarının da bu kapsamda düzeltilebileceği kanaatindeyiz. Ancak maddi hata itirazını bir tür karar düzeltme yolu gibi işletilmesinin de önüne geçilmelidir.

Ankara BAM İş Dairesinin verdiği bir kararında⁵⁷, devreden işverenin devirden sonraki feshe bağlı ihbar tazminatından sorumlu tutulması maddi hata olarak kabul edilmiştir. Ancak istinaf mahkemelerinde⁵⁸, maddi hata itirazının hukuki taktire ilişkin olduğu gerekçesiyle taleplerin reddine dair matbu kararlar da verilmektedir. Maddi hata itirazının bir tür karar düzeltme yolu gibi yaygın şekilde işletilmemesi gerekir.

D. İSTİNAFTA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ:

a. İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararları ile kabule dair kararlara itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yolu açıktır.

İş yargılamasına dair istinaf uygulamasında işçilik alacakları genelde para borcuna taalluk ettiğinden ve HMK 389/1 e göre uyuşmazlık konusu hakkında tedbire karar verileceğinden, genel olarak tedbir kararı verilmemektedir.

“...Dava, bir kısım işçilik alacaklarını kapsayan alacak davası olup halen ilk derece mahkemesinde derdesttir.

Süresinde yapılan istinaf başvurusuna konu talep, dava dilekçesindeki davalı şirketlere ait tüm taşınmaz ve araç kayıtlarına satılamaz kaydını içerir ihtiyati tedbir konulması isteminin kabulüne ilişkindir.

İlk derece mahkemesi Ön İnceleme Hazırlık Tutanağında davacı tarafın bu ihtiyati tedbir talebinin reddine karar vermiştir.

⁵⁶ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı m 8.

⁵⁷ Ankara BAM 9. HD. 29.03.2017 gün, 2017/755 E, 2017/538 K.

⁵⁸ Ankara BAM 7. HD. 22.03.2017 gün, 2017/767 E, 2017/592 K.

Davacı talebinin yasal dayandığı olan HMK'nın 389. maddesinin 1. fıkrası "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeni ile hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebi ile bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi halinde uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir." hükmünü içermekte olup, anılan madde hükmü gereğince uyuşmazlığın konusu olan mal ya da hakkın üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Mevcut dava ise işçilik alacaklarına ilişkin olup, tedbir uygulanması istenen taşınmazların ve araçların uyuşmazlık konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; Davacı tarafın davalının araç ve taşınmaz kayıtlarına ihtiyati tedbir uygulanmasını talebinde bulunduğu, ihtiyati tedbirin sadece uyuşmazlık konusu hakkında verilebileceği ilişkin yasal düzenleme bulunması ile tedbir talebinin konusunun dava konusu uyuşmazlık konusu olmadığı dikkate alındığında, tedbir isteminin reddine dair verilen ilk derece mahkemesi kararında isabetsizlik bulunmadığı görülerek aksini talep eden istinaf başvurusunun aşağıdaki gibi reddine karar vermek gerekmiştir" (İst. BAM 27. HD. 07.04.2017 gün, 2017/844 E, 2017/349 K).

b. İhtiyati Haciz:

İhtiyati haciz HMK'nın 406/2. maddesinde geçici hukuki koruma hallerinden biri olarak belirtilmiştir. İhtiyati haczin koşulları ve etkileri ise 2004 sayılı İ.İ.K'nın 257. maddesinde düzenlenmiştir.

Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, "Rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir". Kanunda vadesi gelmemiş borçtan dolayı dahi belli koşulların varlığı halinde ihtiyati haciz istenebilir. Rehin ile temin edilmiş olan bir alacak teminata haiz olduğu için ihtiyati hacze gerek yoktur.

Ankara BAM İstinaf İş Dairesinin bir kararında⁵⁹, "Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler karşısında somut olay incelendiğinde; davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve davacı tarafından ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret talebini içeren dava açılmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sırasında, deliller toplanmış ve bilirkişi raporu ile davaya konu tazminat ve alacaklar bakımından hesaplamalar yapılmıştır. Davacı işçi islah dilekçesi vererek bilirkişi raporu doğrultusunda talepte bulunmuş-

59 Ank. BAM 7. HD. 24.04.2017 gün, 2017/1205 E, 2017/969 K.

tur. Davalı işverenin borca batık olduğunu söylediği iflas talepli bir davanın olduğu da dava dosyası numarası bildirilmek suretiyle açıklanmıştır. Davacı taraf, İİK'nın 258. maddesinde yazılı olduğu üzere ihtiyati haczin nedenleri noktasında yeterli kanıt sunmuş sayılmalıdır. Davaya konu tazminat ve alacakların henüz karara bağlanmamış olması ihtiyati haciz talebine engel oluşturmaz" şeklindeki gerekçeyle redde dair ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, alacağın % 15'i oranında teminat alınmak kaydıyla ihtiyati hacze karar verilmiştir. Kararda, teminat alınması, kararın infazı, yetkili icra dairesinin belirlenmesi ve ihtiyati hacizle ilgili diğer işlemlerin yargılamanın devam ettiği ilk derece mahkemesi tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir.

E. TEHİRİ İCRA UYGULAMASI:

İş davalarında tahsil hükmü kurulan alacaklar bakımından kararın infazı için hükmün kesinleşmesi gerekmediğinden istinafta da tehiri icra kararı uygulaması öngörülmüştür. Tespit niteliğindeki işe iade davalarında ise kararın yerine getirilmesi için hükmün kesinleşmesi gerekli olduğundan tehiri icra kararı alınması gerekmez.

Tehiri icra prosedürü Yargıtay'dan talep şartlarına tabidir. İş Daireleri bakımından Yargıtay'ın onama kararı kesin olduğundan infazın karar tarihine kadar ertelenmesi şeklinde uygulamaya gidilmektedir. Oysa istinafta karar tarihine kadar icranın ertelenmesi halinde, karardan sonra tebligat aşamaları ve dahi temyiz süresi içinde hükmün icrası halinde temyize giden taraf icranın durdurulmasından beklenen faydayı sağlamamış olacaktır. İstinaf ile temyiz aşaması asında karar infaz edilmiş olabilecektir.

İstinafta verilen tehiri icra hükmünün, mevcut mevzuat çerçevesinde kararın kesinleşmesine kadar devam etmesi de mümkün değildir. Zira bu yöntemle Yargıtay'ın vereceği tehiri icra kararına müdahale edilmiş olur.

İlk derecenin infaza konulan hükmü için istinafta verilen tehiri icra kararının, temyiz hakkının kullanıldığı ana kadar etkisinin sürmesi gerekir.

Tüm istinaf iş daireleri olarak benimsenen çözümde "...kesin olarak karar verilmesi halinde karar tarihi, temyiz yolu açık olarak karar verilirse temyiz başvuru süresinin sonuna kadar icranın ertelenmesine" karar verilmektedir. İstinafın nihai kararı kesin ise bu karara karşı gidilebilecek başka bir olağan kanun yolu olmadığından ilamın icrası yapılabilecektir. Temyiz yolu açık ise temyiz başvuru süresinin sonuna kadar icrayı durdurmak suretiyle temyiz edilmesi halinde hüküm aleyhine olan ta-

rafın bu defa da Yargıtay'dan tehiri icra talep etmesi gerekecektir. Yargıtay'dan tehiri icra talep edilmesi için de yine mehil vesikası alınarak teminat yatırılması gerekmektedir. İstinafta için alınan teminatın bu defa temyizden tehiri icra kararı alınması için kullanılması mümkün ise de fazlaca prosedür içerdiği söylenebilir. İşçilik alacakları davalarının tamamına yakınında tehiri icra talep edildiği dikkate alındığında aynı konuda esasa dair karar vermeden önce hem istinafın hem de Yargıtay'ın belli prosedürler izleyerek tehiri icra kararı vermesi uygulamada sorunlarına neden olmaktadır. Tehiri icra kararı verilmesi, belli koşulların varlığı halinde rutin bir uygulama olup, taktiri bir durum değildir. Bu itibarla istinafın vereceği tehiri icra kararının, hükmün kesinleşmesine kadar etkisini içeren mevzuat değişikliğinin bu konudaki uygulama sorunlarını çözebileceği düşüncesindeyiz.

Örnek tehiri icra kararı⁶⁰: "...icranın geri bırakılmasına ilişkin koşullar mevcut olduğundan davalı-borçlunun TEHİRİ İCRA talebinin KABULÜNE, kesin olarak karar verilmesi halinde karar tarihi, temyiz yolu açık olarak karar verilmesi durumunda ise temyiz başvuru süresinin sonuna kadar İCRANIN GERİ BIRAKILMASINA"

III- TEMYİZ:

A. BAŞVURU:

a Temyize Başvurabilecek Olanlar

İstinaf kararı aleyhine olan taraf veya taraflar diğer koşulların da varlığı halinde temyiz yoluna başvurabilirler. Daha önce istinaf yoluna başvurmamış olan taraf da istinaf kararına karşı temyiz yoluna gidebilir.

b. Temyize Başvuru Süresi

Temyize başvuru süresi istinafta olduğu gibi 8 gündür. Burada da, HMK'nın 361. maddesinde öngörülen 1 aylık istinaf süresi ile karıştırılması ihtimali vardır. Hemen belirtelim ki, 5521 sayılı Kanunda değişiklik öngören taslağın mevcut haliyle yasalaşması halinde iş mahkemelerine özel istinaf ve temyiz süreleri olmayacak ve HMK'daki genel süreler geçerli olacaktır.

c. Temyize Başvurulabilecek/Başvurulamayacak Kararlar

İşe iade davaları sonucu verilen kararlar temyizi kabildir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısında⁶¹, işe iade davalarının istinafta kesinleşmesi öngörülmektedir. Yine Tasarıda sendika davalarının büyük bölümünün istinafta kesinleşeceği belirtilmiştir.

60 Ankara BAM 7. HD. 11.05.2017 gün, 2017/ 1508 E.

61 Tasarı 25.05.2017 tarihinde TBMM'ye gönderilmiştir.

Tazminat ve alacak davaları bakımından ise HMK'nın 362. maddesinde öngörülen 40.000TL kesinlik sınırı söz konusudur. 01.01.2017 tarihi itibarıyla yeninden değerlendirilme sonucu bu sınır 41.530 TL olarak uygulanmaktadır. Ankara BAM İş Daireleri istatistiğine göre 2017 yılı ilk 3 ay kararlarında temyiz yolu kapalı olarak verilen kararların tüm kararlara oranı % 66'dır. Verilen kararların % 32' si temyiz edilmiş, % 12 si ise temyiz yolu açık olduğu halde taraflarca temyiz yoluna gidilmemiştir. Belirtilen dönemde işe iade dosyalarının çokluğu ve yasa gereği işe iade davalarına öncelik verilmesi sebebiyle temyiz edilen dosya sayısını artmıştır.

Geçici hukuki korumalarla ilgili istinaf kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır.

HMK'nın 353. maddesi uyarınca usule dair verilen kararlar kesin niteliktedir.

Özellikle delillerin hiç toplanmaması veya hiçbirinin değerlendirilmesine bağlı olarak HMK'nın 353 1 a 6. maddesi kapsamında verilen kaldırma gönderme kararlarının kesin olduğunu vurgulamak gerekir. Bu kapsamda verilen kararlara karşı temyiz talebi ek kararla reddedilmeli ve bu ek karar temyiz edilirse dosya Yargıtay'a gönderilmelidir. Uygulamada bazı örnekleri olduğu gibi hakimin direnme/ısrar kararı vermesi ise yasaya tamamen aykırıdır.

Teorik olarak HMK'nın 363. maddesi gereğince istinaf mahkemesinin verdiği kesin nitelikteki kararlarına karşı hukuka aykırılık savıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı veya Adalet Bakanlığı kanun yararına temyiz yoluna başvurabilir ise de, gönderme kararın, delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesini öngören yapısı sebebiyle kanun yararına temyiz talebinin de yasal olmadığı söylenebilir. Zira bu kapsamda verilen karar kesin nitelikte olsa da araştırmaya yöneliktir. Yargılamanın ilk derece veya istinaftan hangisi tarafından yapılacağı konusunda çekişme olmakla, kişilerin hak alanını ilgilendirmemekte ve bu yönüyle kanun yararına temyiz süreçlerinin işlemeyeceği düşüncesindeyiz. Araştırmaya yönelik kesin karara karşı kanun yararına temyiz süreçlerinin işletilmesi veya kesin olmasına rağmen direnme ve benzeri kararlarla sistemin zorlanması, iş yargılamanın süresini uzatacağından adil yargılanma hakkının ihlalini de düşündürebilir.

Delillerin hiç toplanmaması veya hiçbirinin değerlendirilmemesine bağlı verilen kaldırma/ gönderme kararlarının temyizi halinde Yargıtay'ın

da kesinlik sebebiyle işin esasına girilmeden temyiz isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kesin olduğu için temyiz yolu kapalı olan bir karara karşı Yargıtay'ın kaldırma /gönderme kararının hatalı olduğuna dair bir gerekçe eklemesinin de yasaya aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

Yargıtay 'ın bu yönde bir kararında⁶², istinaf mahkemesi tarafından HMK'nın 353 1 a 6 kapsamında verdiği kaldırma gönderme kararının kesin olduğunu ve bu karara karşı temyiz yolunun kapalı olduğunu belirtmiştir. Ancak aynı kararda, ilk derece mahkemesinin eksik topladığı delillerin istinafta tamamlanması gerektiği, istinafın gerçek ücreti araştırarak buna göre hesap raporu aldırarak suretiyle karar vermesi gerektiği, ilk derece mahkemesinin hiç delil toplamadığından söz edilemeyeceğinigerekçeye eklemek suretiyle istinaf kararını incelemiş ve hukuken doğru bulmadığını belirtmiştir.

Karara konu somut olayda, işe iade davası sonucu başvuruya rağmen işe başlatmama suretiyle feshe bağlı tazminat ve alacaklar istenmiş ve işe başlatmama tarihindeki ücret tartışma konusudur. Mahkeme ücret konusunda yeterli araştırmayı yapmamıştır. Hiç şüphe yok ki bu eksiklik istinaf aşamasında giderilebilir ve hesap raporu alınarak uyumsuzluk çözümlenebilir. Ancak istinaf mahkemesinin kesin nitelikte verdiği karar üzerine ilk derece mahkemesinin yapması gereken ücret araştırmasını yaparak gerekli kararı vermek olmalıdır. İstinaf mahkemesinin verdiği gönderme kararının hatalı olduğu düşünülüyorsa bu durum esasa dair daha sonra verilecek olan kararda gösterilebilir ve daha sonra temyiz koşulları varsa Yargıtay tarafından bu konu değerlendirilebilir. Gerekçede yer verilerek uygulamaya yön verilebilir veya kanun yolu değerlendirme formu (not) tertibinde dikkate alınabilir.

İstinaf uygulamasında daha önce Yargıtay onamasından geçerek kesinleşen kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi taleplerinde ilk derece mahkemesinin verdiği red kararlarının doğrudan temyiz yerine istinafa tabi olduğu değerlendirilmiştir. Zira yargılamanın yenilenmesi talebi başka koşulları içeren yeni bir dava olarak kabul edilmelidir. İlk derece mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verdiği red kararı istinafa tabi tutulmuş, istinaf mahkemesinin başvurunun esastan reddi kararı⁶³ temyiz edilmiş ve Yargıtay onama kararı vermiştir⁶⁴.

62 Yargıtay 9. HD. 27.03.2017 gün, 2017/5 97 E, 2017/ 190 K.

63 Ankara BAM 7. HD. 05.01.2017 gün, 2017/28 E, 2017/7 K.

64 Yargıtay 22. HD. 06.04.2017 gün, 2017/ 28230 E, 2017/ 7762 K.

Yargıtay'ın daha önce verdiği bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi tarafından yargılama yapılarak karar verilmişse, karar tarihi Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20 Temmuz 2017'den sonraya ait olsa bile HMK'nın 373/4. maddesi gereği istinaf yerine doğrudan temyize tabidir.

Konuyla ilgili İstinaf İş Dairesinin kararında, "...Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanununun 5308 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır. Bu madde gereğince anılan hüküm istinaf yasa yoluna tabi olmayıp 5308 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 5521 Sayılı İMK hükümlerine göre temyize tabidir. Yasa yolunun adının yanlış gösterilmesi ona istinaf hukuki vasfını kazandırmayacaktır. Genel mahkemeler bakımından 6100 Sayılı HMK'nun Geçici 3/2 maddesinde aynı yönde düzenleme içermektedir. Açıklanan gerekçe ve nedenlerle: Bu kararın tabi olduğu yasa yolu hükümlerine göre temyiz incelemesinin Yargıtay tarafından yapılması gerektiğinden dilekçenin görev yönünden reddi ile yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip gereği yapılmak üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesine karar vermek gerekli olmuştur" şeklinde karar vermiştir.

Karardan anlaşıldığına göre ilk derece mahkemesi yasa yolunu istinaf olarak yanlış göstermiş ve buna göre taraf temyiz yerine istinaf başvurusunda bulunmuştur. Ancak mahkemenin kanun yolunu yanlış belirtmesinin sonuca etkili olmadığı, yasa gereği temyiz koşullarına tabi olduğu belirtilmiştir. Burada asıl tartışılması gereken, temyiz süresi içinde verilen hataya müstenit istinaf dilekçesinin temyiz olarak işlem görüp görmeyeceğidir. Yoksa temyiz süresi geçmiş olmakla kanun yolu hakkı ortadan kalmış olabilir mi? Yukarıda istinaf bölümünde de açıklandığı üzere kanun yoluna başvuruda bulunulmuş olması yeterli olup süresi içinde yapılan temyizi de kapsar. Hatta hataen istinaf harcı olarak yatırılan harç temyiz harcı olarak işlem görmeli ve şayet harç yeterli ise yeniden harç istenmelidir. Aksi halde hatalı olarak yatırılan istinaf harcının iadesi ve aynı miktarın bu defa temyiz harcı olarak doğrudan veya muhtıra üzerine ödenmesi gibi gereksiz bir dizi işlem yapılması olur.

d. Temyize Başvuru Prosedürü

İstinafa başvuru prosedürü HMK'nın 366. maddesi uyarınca temyizde de kıyas yoluyla uygulanır. Temyiz dilekçesinin verilmesi, harç ve giderlerin yatırılması, başvurunun reddi, katılma yoluyla başvuru ve temyizden feragat konularında kıyas yoluyla HMK'nın istinafa dair 349 -352. maddeleri uygulanır.

Yargıtay, daha önce temyiz incelemesinden geçen dosyalarla ilgili ilk derece mahkemesinin verdiği kararların temyizi halinde hataen alınan istinaf harcını temyiz harcı olara kabul etmeksizin geri çevirme kararları vermektedir. Oysa istinaf mahkemeleri olarak hatalı şekilde temyiz harcı olarak yapılan harç ödemelerini – kanun yolu istinaf olduğu için - istinaf harcı olarak değerlendirilmekte ve bu yönde geri çevirme kararı vermemektedir.

Yargıtay kararında⁶⁵, "...Dosya içeriğinden davalı Aram İnş. Elk. Ürt. Mad. Kuyum. İth. İhr. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. vekilinin kararı temyizi için temyiz harcı alındığını gösteren harç makbuzunun dosya arasında bulunmadığı istinaf harcı alındığı görülmüştür.

Bakiye temyiz harçlarının alındığını gösteren harç makbuzunun dosyaya konulması, harç alınmamış ise 6100 sayılı geçici 3. maddesinin yollaması ile 1086 sayılı HUMK. 432-426/D (HMK 344-346) maddesi hükmüne göre temyiz harç ve giderlerinin tamamlanması yönünde gerekli usulü işlemlerin ikmalinden sonra gönderilmesi için dosyanın İlk Derece Mahkemesi'ne GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 14.03.2017 gününde oybirliği ile karar verildi".

Yargıtay, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihinden sonra verilen kararda⁶⁶ilk derece mahkemesinin kanun yolunu temyiz olarak göstermesi sebebiyle temyize yoluna dair başvuruyu kabul etmemiş ve istinafa tabi olduğunu belirterek istinafa gönderilmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine geri çevirmiştir.

B. İNCELEME:

a. Duruşmalı/Duruşmasız İnceleme

Temyiz incelemesi kural olarak duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılır. HMK'nın 369/ 2. maddesinde sayılan hallerde ve taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma talep eder ve duruşma giderlerini karşılırsa temyiz incelemesi duruşmalı yapılır. Yargıtay'ın da resen duruşma açması mümkündür.

Miktar ve değeri 60.000 TL'yi aşan davalarda Yargıtay'da duruşma istenebilecektir. 2017 yılı yeniden değerlendirme oranına göre bu sınır 62.298 TL olarak uygulanmaktadır.

65 Yargıtay 9 HD. 14.03.2017 gün, 2017/15029 E, 2017/3906 K.

66 Yargıtay 22. HD. 23.03.2017 gün, 2017/ 30384 E, 2017/ 5881 K.

Bunun dışında Yargıtay'da inceleme önceden olduğu gibi duruşmasız olarak yapılır.

b. İncelemenin sınırları

Yargıtay'ın temyiz incelemesinin hukukilik denetimi yanında maddi vakıaların tespiti ve delil değerlendirmesi HUMK'un 5236 sayılı Kanundan önceki 428/5. maddesine dayanmaktaydı. "Meselei maddiyenin taktirinde hata edilmesi" bozma nedenleri arasında gösterilmekteydi. Bu nedenle Yargıtay maddi vakıa denetimi yapmaktaydı.

HMK uygulamasında bozma sebeplerini belirleyen 371. maddede, Yargıtay'ın vakıa denetimi yapmasına dair bir ibare bulunmamaktadır. Hatta madde gerekçesinde " Temyiz incelemesini, istinaf incelemesinden ayıran temel özellik, temyiz incelemesinin usul hukuku ve maddi hukuk yönünden incelemeyi gerektirmesi, maddi vakıaların denetimi ile delil değerlendirmesine girememesidir. Maddede hukuki denetimin hangi sebeplerle yapılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu güne kadar istinaf yolunun olmamasından dolayı zaman zaman Yargıtay maddi vakıa ve delil değerlendirmesine de girmek zorunda kalabilmekteydi, istinafla birlikte artık bu ihtiyaç ortadan kalkmış ve Yargıtay tamamen bir hukuki denetim ve içtihat mercii olmuştur"

Yargıtay ile Türkiye Adalet Akademisinin birlikte düzenledikleri "İstinaftan sonra Yargıtay'ın Hukuki Denetiminin Sınırları" başlıklı uluslararası sempozyumda⁶⁷ da Avrupa ülkelerinden gelen katılımcıların çoğunluğu, yaklaşık 150 yıllık istinaf uygulamasında Yargıtay'ın maddi vakıa denetimi yapmadığını, hatta Fransa'da hukuki denetimin dahi sınırlandırılmasına çalışıldığını açıklamışlardır.

Maddi vakıaların toplanması ve değerlendirilmesi ilk derece mahkemesi ve istinafın görev alanına girmelidir. Ancak bu konudaki taktir hakkı, tecrübe, mantık ve düşün kurallarına aykırı olarak kullanılmışsa Yargıtay'ın inceleme yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Örneğin gündüz çalışan işçiye gece çalışma zammı verilmesi vardiyasız çalışan işçiye vardiya zammı verilmesi açık mantık hatalarıdır ve Yargıtay'ın inceleme alanı kapsamındadır.

Yine Yargıtay'ın onama kararlarını ne şekilde vereceğini düzenleyen 370. maddede "kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesinin" gösterileceği belirtildiğine göre, ilk derece ile istinafın maddi vakıalar bakımından vardığı sonucun iyiniyet kurallarına aykırı olması, hakkın kötüye

67 20-21 Nisan Ankara'da yapılmış ve İsviçre, Belçika, Fransa ve Almanya'dan katılımcılar ülkelerindeki kanun yolu denetimini anlatmışlardır.

kullanımına yol açması, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olması, Anayasaya ve uluslar arası sözleşmelere aykırı olması, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması veya kanuna uygun olmayan delillerle bu sonuçlara ulaşılması hallerinde de Yargıtay'ın inceleme yetkisini olduğu kabul edilmelidir.

İstinaf mahkemeleri kararlarının temyiz incelemesine dair bazı uygulamalardan bahsederek istinaftan sonra temyiz incelemesinin sınırlarına dair örnekler vermek istiyorum.

a- Yargıtay uygulamasına konu olayda⁶⁸, işçi sağlık sebepleri ile işi bırakmak zorunda kaldığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi işçinin haklı feshi kanıtlayamadığı gerekçesiyle tazminat isteklerini reddetmiş, fazla çalışma ile genel tatil ücreti taleplerini kabul etmiştir. İstinaf mahkemesi kararında, fazla çalışma ücreti ile bayram genel tatil ücretleri kabul edildiğine göre işçinin haklı feshinin ödenmeyen işçilik alacaklarına dayandığı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin de kabulüne dair yeniden hüküm kurmuştur. Kararın temyizi üzerine Yargıtay, "Bölge Adliye Mahkemesince davacının sağlık sebebiyle işi bırakmasının haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususunda yeterli araştırma yapılmamıştır. Hal böyle olunca yapılan işin rahatsızlığa sebep olup olmadığı, davacının varsa tespit edilecek rahatsızlığı ile davalı işyerinde yaptığı görevde çalışma imkanı bulunup bulunmadığı, işyeri şartlarının işçinin sağlığını tehlikeye düşürüp düşürmeyeceği konularında, doktor ve iş güvenliği uzmanı bilirkişilerinden oluşan heyetten rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi" gerektiği şeklinde bir gerekçeyle istinaf kararını bozmuştur. Dosyayı, bu konuda asil kararı veren istinaf mahkemesine göndermiştir. Yargıtay, istinafın yapmış olduğu vakıa tespitlerini hatalı bulmuş ve bilirkişi raporu alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bu haliyle Yargıtay'ın vakıa denetimini eskiden olduğu gibi sürdürdüğü söylenebilir. Öte yandan bozma sonrası yargılamanın istinaf tarafından tamamlanması gerektiği yönündeki karar da tartışılabilir. Zira işçinin haklı feshi sağlık sebeplerine dayalı fesih iddiasıyla ilgili deliller ilk derece mahkemesi tarafından toplanmamış, istinaf ise başka bir haklı feshine dayanmıştır. Görünen o ki Yargıtay işçinin haklı fesih nedeninin değiştiremeyeceği kabul edilmiştir. O halde istinafın ödenmeyen işçilik alacaklarına dayalı işçinin haklı feshine dair kararı hatalı bulunduğu, gerçek haklı fesih nedeni bakımından delilleri toplama görevinin ilk derece mahkemesine ait olduğu da söylenebilir.

68 Yargıtay 22. HD. 29.12.2016 gün, 2016/33459 E, 2016/29543 K.

b- Başka bir olayda⁶⁹, işçi işe iade isteğinde bulunmuş, ilk derece mahkemesi, belediyede şoför olarak çalışan davacının belediye işçilerini belediyeye ait araçla özel şahsa ait bir yerde çalışmak üzere götürmesinin geçerli fesih nedeni olduğunu kabul ederek işe iade isteğini reddetmiştir. Karara karşı davacı istinaf yoluna gitmiştir. Davalıların iddiası haklı fesih olduğu halde, geçerli feshine dair mahkeme gerekçesi yönünden istinaf talepleri bulunmamaktadır. İstinaf mahkemesi, şoför olan davacının müdürün talebi üzerine belediye işçilerini çalışmak üzere özel şahsa ait araziye götürdüğü feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde gerekçeyle işe iadeye dair karar vermiştir. Kararı davalılar temyiz etmiştir. Yargıtay ise, eylemin haklı fesih nedeni olduğunu, ancak ilk derece mahkemesinin geçerli fesih kararına karşı davalılar tarafından istinafa başvurulmadığını, usulü müktesep hak doğduğunu, bu nedenle geçerli nedenle feshine dair karar verilmek üzere istinaf mahkemesine gönderilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bize göre Yargıtay bu kararda vakıa denetimi yapmamış, vakıaları yanlış değerlendiren ve yanlış hukuki sonuç çıkaran istinaf kararını bozmuştur. Ancak İş K. 21. Yargıtay'ın usulü müktesep hakka da riayet ederek feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddine karar vermesi gerekirken, bu yönde karar verilmek üzere istinafa gönderilmesi tartışılabilir.

Nitekim Yargıtay istinaf kararının temyizi üzerine verdiği başka bir kararında⁷⁰, işe iadeye dair hatalı ilk derece ve istinaf kararlarının ikisini de kaldırarak 4857 sayılı Kanunu'nun 20. maddesine dayalı olarak karar vermiştir.

c- Yargıtay'ın başka bir kararına konu olayda⁷¹, banka çalışanına banka müşterisi tarafından tatilde harcaması için 1000 TL bırakılmış, davacı parayı kabul etmeme konusunda ısrarcı olmamış ve bankanın diğer çalışanlarının görmesi üzerine de parayı akşam müşterinin oğluna vereceğini bildirmiştir. İlk derece mahkemesi işe iade kararı vermiş ve istinaf mahkemesi davalının başvurusunu esastan reddetmiştir. Yargıtay ise toplanan delillerden hatalı hukuki sonuç çıkarılmasına bağlı olarak feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiş ve isabetli şekilde ilk derece ile istinaf kararlarını kaldırarak işe iade isteğini reddetmiştir. Somut olayda Yargıtay vakıa denetimi yapmamış vakıalara bağlanan hukuki sonucun hatalı olduğunu tespit etmiştir.

69 Yargıtay 22. HD. 13.03.2017 gün, 2017/10218 E, 2017/5154 K.

70 Yargıtay 22. HD. 13.03.2017 gün, 2017/10194 E, 2017/5157 K. aynı yönde Yargıtay 9.HD. 30.03.2017 gün, 2017/19627 E, 2017/5338 K.

71 Yargıtay 22. HD. 20.03.2017 gün, 2017/16907 E, 2017/5541 K.

d- İşe iadeyle ilgili diğer bir Yargıtay kararına konu olayda⁷², ilk derece mahkemesi işe iade kararı vermiş, davalılar asıl işveren ve alt işverenin istinaf başvurusu üzerine istinaf mahkemesi başvuruları esastan reddetmiştir. Yine davalıların temyizi üzerine Yargıtay, "...özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle davalı alt işveren şirketinde istihdam fazlalığının ortaya çıkması kaçınılmaz olup yargısal denetimin sadece feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı ve davacının bu işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesi" noktasında araştırmaya yönelik bozma kararı vermiştir. Kararda dikkati çeken yön, ilk derece ve istinafın vakıa denetiminin yeterli görülmemesi ve yeni delillerle gerçek durumun saptanması yönünde bozmaya gidilmiş olmasıdır. Feshin son çare olması ilkesi yönünden araştırmayı öngören bozma kararının hukukilik/vakıa denetiminden hangisine girdiğinin bu ve benzeri toplanmalarla titizlikle ele alınması gerekir. Bize göre somut olaya ait Yargıtay bozması maddi vakıa denetimine yöneliktir.

Şu hale göre Yargıtay vakıa incelemesi yapamaz. Ancak ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin vakıa tespiti ve denetiminde açıkça kanuna aykırı davranmışsa, örneğin yazılı delille ispatı zorunlu olan bir hususta tanıkla ispat yeterli sayılmışsa Yargıtay'ın denetim yapma yetkisi vardır. Fazla çalışmaların ispatı noktasında geçerli puantaj kayıtlarına rağmen, tanıkla ispatın kabulü buna daha açık örnek olarak verilebilir.

İkinci olarak, vakıa tespitleri ile varılan sonuç açık şekilde çelişiyorsa da Yargıtay bu konuda değerlendirme yapabilmelidir. Örneğin işçinin haftalık 15 saat fazla çalışması tespit edildiği halde 25 saat fazla çalışma ücreti kabulü bozma nedeni olabilecektir.

C. TEMYİZDE VERİLEBİLECEK KARARLAR:

İstinaftan sonra Yargıtay'ın verebileceği karar türlerinde bir değişiklik olmamıştır. Önceden olduğu gibi, ön inceleme sonucu; Hukuk İşbölümü İnceleme Kuruluna gönderme, temyiz dilekçesinin reddine, başvurunun yapılmamış sayılmasına dair kararlar verilebilecektir⁷³. Yargıtay onama, bozma düzelterek onama kararları verebilir.

72 Yargıtay 22. HD. 02.03.2017 gün, 2017/4355 E, 2017/4421K.

73 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurtoğlu, Tülin; Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, Ankara 2017, s. 254.

Yargıtay'ın bozma kararı üzerine dosya incelemeye konu asıl kararı veren mahkemeye gönderilir. İlk derece mahkemesinin verdiği karar istinaf mahkemesi tarafından aynen benimsenmiş ve istinaf başvurusu reddedilmiş ise asıl karar ilk derece mahkemesinin olup, bozma kararı ilk derece mahkemesine gönderilmekte ve UYAP üzerinden istinaf mahkemesine bilgi verilmektedir. Ancak istinafta, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmak suretiyle yeniden hüküm kurulmuşsa bozma kararı istinaf mahkemesine gönderilmektedir.

Ancak iş yargılamasında genelde 7-8 alacak kalemi talep edilmektedir ve ilk derecenin kararının bir alacak bakımından kaldırıldığı bunun dışında kalan işçilik alacaklarında istinaf başvurusunun esastan reddedildiği hallerde Yargıtay'ın bozma gerekleri için kararı nereye göndereceği sorun olabilir. Örneğin kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerini içeren bir davada, istinafın sadece yıllık izin yönünden kaldırma ve yeniden hüküm verdiği, kıdem ihbar bakımından istinaf başvurusunun yerinde görülmediği bir örnekte, kararın taraflarca temyizi üzerine Yargıtay kıdem ve ihbar tazminatı bakımından hükmün yerinde olmadığına karar verdiğinde dosyayı ilk dereceye mi istinafa mı gönderecektir?

D. İÇTİHADI BİRLEŞTİRME BEKLEYEN KONULARDA İSTİNAF UYGULAMALARI

1- 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesi kapsamında yapılan sözleşmelerinin belirli süreli mi asgari süreli mi olduğu konusunda içtihadı birleştirme kararı verilmesi beklenmektedir. Yargıtay 9. ve 7. Hukuk Daireleri birbiri ardına imzalanan sözleşmelerin her birini asgari süreli sayarken, 22. Hukuk Dairesi eskiden olduğu gibi yasadan doğan nedenlerle belirli süreli saymaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son kararlarında ise, sadece ilk sözleşmeyi asgari süreli saymakta sonrakiler için belirsiz süreli sözleşmeyi kabul etmektedir.

“...Somut uyuşmazlıkta; matematik öğretmeni olan davacı işçinin, davalı işyerinde 01.09.2010-31.08.2012 tarihleri arasında yenilenen 1 yıllık süreli sözleşmeler ile çalıştığı sabittir. Buna göre ilk sözleşme asgari süreli olup, sonradan imzalanan sözleşme iş sözleşmesini belirli hale getirmeyecektir. Taraflar arasında iş sözleşmesi belirsiz süreli hale gelmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi de bakiye süre ücretine hak kazanamaz. Davacının bakiye süre ücret alacağına reddi gerekirken, kabulü hatalıdır” (Yargıtay 9.HD. 20.12.2016 gün, 2015/7495 E, 2016/22526 E.)

İstinaf mahkemelerinin yaptıkları ortak toplantıda asgari süreli sözleşme fikri ağırlık kazanmıştır. Ancak konuyla ilgili görüşüm, belirli süreli iş sözleşmesi görüşünden ayrılmayı gerektiren bir neden olmadığı, asgari süreli sözleşme görüşünün çok sayıda uygulama soruna neden olduğu yönündedir⁷⁴. Zira belirli süreli sözleşme görüşünden dönülmesinin nedeni, sürenin kendiliğinden sona emsi halinde kıdem tazminatı alamayacağı noktasındaki hukuki tartışmalar ve Yargıtay iş daireleri arasındaki görüş ayrılıkları idi. Aşağıda belirtileceği üzere, kendiliğinden sona erme halinde de işçinin kıdem tazminatı alabileceği şeklinde görüş birliğine varıldığına göre, sözleşmenin eskiden olduğu gibi belirli süreli olarak değerlendirilmesi daha doğru olur.

2- Emeklilik nedenine dayalı geçersiz fesihle işe başlatmama tazminatının işçinin kıdemine göre mi yoksa alt sınır olan 4 ay olarak uygulanıp uygulanmayacağı sorunu da içtihadı birleştirme konusudur. Yargıtay 9. ve 7. Hukuk Daireleri emekliliğe hak kazanmış olmanın iş güvencesini etkilemediği şeklinde görüş değişikliği ile işçinin kıdemine göre belirlenmesi gerektiğini kabul ederken, 22. Hukuk Dairesi 4 aylık ücret tutarında tazminat ödenmesi şeklinde eski uygulamasını sürdürmektedir.

İstinaflar olarak, yasadaki tabire uygun şekilde ve çoğunlukla kıdeme ve fesih sebebine göre tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ankara istinaf mahkemeleri olarak emeklilik nedenine dayanan geçersiz fesihlerde işe başlatmama tazminatının 4 ay değil kıdeme göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

3- İşçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı noktasında da içtihadı birleştirme taleplerinde bulunulmuş ve Daireler görüşlerini bildirmişlerdir. Yargıtay 9. ve 7. Hukuk Daireleri, işverenin yasal anlamda kayıt tutma ve işçiye ücreti ile ekleri ile çalışma süreleri konusunda ilgi ve belge verme yükümlülükleri sebebiyle, hesabın unsurları olan süre ve ücret ile ücretin ekleri bakımından belirsizlik olması halinde alacağın belirsiz olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları da genel olarak bu yöndedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise işçinin ücretini, ücretin eklerini ve çalışma süresini bilmesi gerektiğini buna göre talepte bulunduğuna göre özellikle kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ve ücret alacakları bakımından alacağın belirli olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay uygulamasında, taktiri indirimin yapıldığı alacaklar olan fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil alacakları ile bakiye süre ücreti, cezai şart, yüzde beş fazla ödeme

74 Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 7. Baskı, Ankara 2016 s. 294.

alacaklarının ise belirsiz alacak davasına konu edilebileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır.

İstinaf mahkemeleri olarak konuyla ilgili içtihadı birleştirme kararı verilinceye kadar HGK kriterlerinin ve kararlarının uygulanacağı ve alacaklıdan kaynaklanan sübjektif nedenlerle genel olarak objektif imkansızlığa bağlı olarak belirsiz alacak davası açılabileceği kabul görmektedir.

Belirsiz alacak davası bakımından ikincil sorun, alacak belirli ise buna rağmen belirsiz alacak davası açılmışsa dava şartı yokluğundan davanın reddinin gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmıştır. Bu konuda da istinaf uygulamasında giderilebilir bir dava şartı olduğu noktasında görüş birliğine varılmıştır.

4- Belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında da içtihadı birleştirme başvurusu yapılmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesini yenilememe iradesi açıklamasının işverenden gelmesi durumunda 9.Hukuk Dairesi ile 7. Hukuk Dairesi kıdem tazminatı alabileceğini kabul ederken bir dönem 22. Hukuk Dairesi alamayacağını kabul etmekteydi. Ancak 22. Hukuk Dairesi de 2016 yılı ve devamında verdiği bazı kararlarda 158 sayılı İLO sözleşmesine dayalı olarak yenilemeyeceği bildiren işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerektiğini kabul etmiş ve bu yönde içtihat aykırılığı giderilmiştir.

“...Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır (m 2/3). Bu nedenle gerek 158 sayılı İLO Sözleşmesi, gerekse iş hukukuna egemen olan “işçi lehine yorum” ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabulü gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26.11.2014 gün ve 2008/22-1443 esas, 2014/958 karar sayılı ilamı).” açıklamaları yer almaktadır”(–Yargıtay 22. HD. 02.05.2016 gün, 2015/8190 E, 2016/12828 K.)

5- İşe iade davalarında asıl işverenin ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı olup olmadığı Yargıtay’da uyuşmazlık konusudur ve bu konu içtihadı birleştirme gündemindedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu konuda zorunlu dava arkadaşlığı olduğunu kabul ederken, diğer iki iş dairesi bu şartı aramamaktadır.

Konuyla ilgili istinaf değerlendirmesinde, davanın her iki işverene karşı açılmasının resen yapılan muvazaa incelemesiyle gerçek işverene işe iade noktasında pratik faydaları olduğu belirtilmiş *olsa da uygulama noktasında görüş birliğine varılamamıştır.*

6- Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim görevlisi ile okutmanlar yönünden yapılan sözleşmelerin belirli süreli olup olmayacağı konusu da içtihadı birleştirme gündemindedir.

İstinaf toplantısında, çoğunluk görüşleri vakıf üniversitelerinde öğretim üyesi görevlisi veya okutmanlarla yapılan sözleşmelerin belirsiz süreli olduğu kabul görmüştür.

7- Asıl işveren alt işveren ilişkisinde birinin ileri sürdüğü zamanaşımı definin diğerine sirayet edip etmeyeceği ile biri yönünden kesilen zamanaşımının diğer yönünden de kesilmiş olup olmayacağı ve dahi birinin ileri sürdüğü istinaf veya temyiz sebebinin diğerine etkisi konusunda Yargıtay iş daireleri arasında uyuşmazlık olup, konu ile ilgili içtihadı birleştirme başvurusu vardır.

Bize göre 6098 sayılı TBK eksik teselsül tam teselsül ayrımını kaldırdığı için ortak defa olan zamanaşımı diğerine sirayet eder. Biri yönünden kesilen zamanaşımı defa diğer yönünden de kesilir ve ortak istinaf ve temyiz nedenler diğerine etki eder.

8- *Yıllık izinde zamanaşımı süresinin 6098 sayılı TBK sonrasında 10 yıla çıkıp çıkmadığı* konusunda görüş ayrılıkları içtihadı birleştirmeye konu olmuştur. Zira TBK 146 da genel zamanaşımı 10 yıl olarak düzenlenmiş, kira ücret gibi dönemsel edimlerin 5 yıla tabi olduğu açıklanmıştır.

İstinaf değerlendirmesinde, yıllık izin ücretinin dönemsel bir edim olmaması ve feshine bağlı ani bir edim olması sebebiyle TBK'nın açık hükmü karşısında 6098 sayılı Yasa uygulaması açısından 10 yıl olduğu kabul edilmiştir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nu değiştiren yeni tasarıda bu sürelerin tamamı 5 yıl olarak yeniden düzenlenmektedir.

9- İş Kanunu'nun 25/1 b maddesi uyarınca işçinin tutulduğu hastalığın tedavisi imkansız veya işyerinde çalışmasına engel olduğu sağlık kurulu tarafından saptandığında yapılacak fesihlerde savunma alma zorunluluğu olup olmadığı konusunda içtihadı birleştirme başvurusu yapılmıştır. 9.Hukuk Dairesi bu konuda kanunun 19. Maddesinde sadece 25/2. göre fesihlerde savunma alma mecburiyeti kaldırıldığı için savunma almanın gerekli olduğunu kabul etmektedir.

İstinaf değerlendirmesinde, İş Kanununun 25/1-b maddesine göre yapılan fesihlerde çoğunluk görüşü savunma alınmayacağı yönünde oluşmuştur.

Bize göre 19. maddede işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerle savunma almadan feshedilemeyeceği yazılı olduğuna göre, sağlık kurulu raporu ile saptanan hastalığının, “davranış ve verim” kavramının dışında olduğu düşünülmeli ve bu nedenle savunma alınmasının gerekmediği kabul edilmelidir. Kaldı ki, örneğin tedavisi imkansız bir hastalığı sağlık kurulu tarafından belirlenen işçiden fesih öncesinde savunma alınmasının hiçbir pratik faydası da yoktur.

10- Belirli süreli olarak yapılmış olsa da objektif neden içermeyen iş sözleşmesinde aynı süreye bağlı cezai şartın geçerli olup olmadığı da içtihadı birleştirme başvurusuna konu olmuştur.

Bu konu istinaf toplantısında değerlendirmeye alınmamıştır.

Cezai şart, *şartın gerçekleşmesine bağlı* olarak kararlaştırılan tazminat olup, şart kısmı gerçekleşmedikçe koşulları oluşmaz. Bize göre belirli süreli sözleşme ile asgari süreli sözleşmenin ikisi de atipik sözleşmeler olmakla tarafların düzenlemek istedikleri sözleşmenin geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır. Objektif neden olmadan belirli süreli olarak bir sözleşme düzenlenmişse bu sözleşme geçersizdir. Geçersiz belirsiz süreli sözleşmenin diğer bir atipik sözleşme olan asgari süreye tahvili ise mümkün değildir. Taraflar açıkça asgari süreli bir sözleşme düzenleyerek süresinden önce feshine bağlı cezai şart *öngörebilirler*. Ancak objektif neden olmadığı halde açıkça belirli süreli sözleşme yaparak esasen geçersiz olan süreye bağlı bir tazminat *öngörülmesi korunmalıdır*.

11- İşçinin veya işverenin haklı feshi ihbar öneli tanımak suretiyle yapmasının mümkün olup olmadığı noktasında içtihadı birleştirme başvurusu bulunmaktadır.

Bu konu istinaf toplantısında değerlendirmeye alınmamıştır.

Bize göre, asıl olan sözleşmenin bildirim süresi tanınmak suretiyle feshidir. Derhal feshi düzenleyen İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde “...hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir” şeklinde kurala yer verilerek feshedecek tarafa bir imkan tanınmıştır. Düzenlemeye göre haklı nedeni olan tarafın bildirim süresi tanınmasına engel bir durum da yoktur. Derhal fesih için karşı taraf için en ağır olandır. Buna rağmen fesheden daha hafifi olan bildirim süresi tanıyarak fesih yapmak istediğinde buna engel

bir durum yoktur. Haklı feshe rağmen bildirim süresi tanınması halinde karşı taraf bu süreyi kabul mecbur değildir. Ya da daha az bir süre çalışmasından sonra ayrılmasını isteyebilir.

12- İslah yoluyla dava konusu arttırıldığında *ıslaha konu miktar için faiz istenmemişse* faize karar verilip verilemeyeceği de içtihadı birleştirme başvurusuna konu edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi dava dilekçesinden faiz talebinin ıslaha konu miktarı da kapsadığını, ıslahın sadece talep artırma yönünde olduğunu bunun dışında kalan faiz gibi ferilerin dava dilekçesi ile açıklanmış olduğunu kabul etmektedir. 9.Hukuk Dairesinin bu yöndeki görüşleri ise taleple bağlılık kuralı gereği faiz istenemeyeceği şeklinde oy çokluğuyla alınmaktadır.

İstinaf olarak yapılan toplu değerlendirmede, yarıdan biraz fazla sayıda katılımcı görüşü ıslahta faiz istenmemişse artırılan kısım için faize karar verilmeyeceği yönünde çıkmıştır. Yarıya yakın bölümü ise dava dilekçesindeki talebin *ıslahtaki faizi de içerdigi görüşündedir*.

E. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME TALEBİ OLMASADA DA TARTIŞILAN KONULARDA İSTİNAF UYGULAMALARI

1- Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Vakıflarında çalışanların 6772 sayılı Yasa kapsamında olup olmadığı ve çalışanların ilave tediye alınamayacakları konusu Yargıtay ve istinafta görüş ayrılıklarına neden olmaktadır⁷⁵. Sözü edilen vakıflar yönünden ayrı ayrı birer işyeri veya işletme olup olmadığı yönünde içtihadı birleştirme başvurusu vardır.

Toplu istinaf değerlendirmesi sadece ilave tediye yönünden yapılmıştır. Çoğunluk görüşü ilave tediye ödenmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Bu konuda Ankara İstinaf İş Dairelerinin aralarında farklı kararlar verilmiş olup⁷⁶, önümüzdeki dönemde bu konuda 5235 sayılı Kanun hükümlerine göre konunun Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunda *görüşülmesinin ardından içtihatların* birleştirilmesi için Yargıtay'a intikali gerekecektir.

2- Fazla çalışmaların temel ücret içinde ödenmesi uygulamasının yıllık 270 saatle sınırlı geçerliliği konusunda Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

75 Yargıtay 22. HD. 11.04.2017 gün, 2017/ 3781 E, 2017/ 3848 K.

76 Ankara BAM 7. HD. 28.12.2016 gün, 2016/ 190 E, 2016/ 177 K.

*İstinaf ta da buna uyulması görüşü benimsenmiştir*⁷⁷. Ancak temel ücret içinde hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerinin de yer aldığı şeklindeki kuralların sözü edilen alacaklar bakımından sonuç doğurmadığı hususu tüm istinaf katılımcıları tarafından benimsenmiştir.

3- Satışa veya üretime bağlı primli çalışmalarda, primlerin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığının araştırılması yönündeki Yargıtay uygulaması genel olarak terk edilmiş olup, bu gün için işçiye fazla çalışmaların zamsız kısmının prim adı altında ödendiği hesaplamanın sadece zam kısmı olan saat ücretinin % 150 yerine 0,50 ile çarpılarak ödenmesi gerektiği kabul görmektedir.

İstinaf uygulamasında da aynı görüş benimsenmiştir. Fazla çalışmaların primleri karşılayıp karşılamadığının araştırılması suretiyle doğrudan mahsup uygulanmamaktadır.

4- İmzalı bordroda fazla çalışma ücreti tahakkuku ile fazla çalışma ücreti ispatı arasındaki ilişki istinaf toplantısında değerlendirilmiştir.

Yargıtay, ilke olarak fazla çalışma tahakkuku içeren dönemi hesaplamadan dışlamakta ise de, sözü edilen ilkenin kötüye kullanılması suretiyle işçinin çok daha fazla çalışması olduğu halde, işverence gerçeğe aykırı olarak aylık birkaç saat fazla çalışma tahakkuk ettirilmesi de korunmamaktadır⁷⁸. Yargıtay bir kararında, fazla çalışma ücreti ödemesini

77 Konuyla ilgili aksi görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çil, Şahin: Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması, Prof. Dr. F. Şahlanan'a Armağan, İstanbul 2016 cilt 1. s.269 vd.

78 "İş Hukuku, işçi haklarının korunması noktasında sürekli ileriye dönük ve gelişimci bir karaktere sahiptir. Değişen çalışma koşulları ve ekonomik göstergelere göre yeni kurallara ihtiyaç duyulsa ve esnekleşme çabaları İş Hukukunun diğer bir yönü olsa da, işçinin korunması temel amaç olarak varlığını hissettirir. Yasal bir hakkın kötüye kullanımının dahi korunmadığı bir hukuk düzeninde, içtihat birliğinin sağlanması temel amacına yönelik olarak Dairemizce ilkeye bağlanan hususların kötüye kullanılmayacağı açıktır.

İşçinin çalışmaları karşılığı tam olarak bordroda gösterilmediği halde tahakkuk belgesinde imzası alınmak suretiyle haklarının ortadan kaldırılması kabul edilebilir bir durum değildir.

Somut olayda davacı işçi fazla çalışmaların tam olarak ödenmemesini fesih nedenleri arasında göstermiştir. Davacı tanıkları günde 2 vardiya usulüne göre her gün 12 saat çalışmayı açıklamışlar, davalı işveren tanıkları ise günde 3 vardiya uygulamasının olduğunu belirtmişlerdir. İşyerinde keşif yapılmış ise de iş güvenliği uzmanı makine mühendisi bilirkişi raporunda tanık beyanlarındaki çelişkiye dikkat çekilmemiş ve işyeri kayıtları üzerinden incelemeye gidilerek günde kaç vardiyanın olduğu konusu netleştirilmemiştir. İşyerinde günde 12 saat çalışma şeklinde 2 vardiya uygulandığı bir çalışma şeklinde davacı işçinin bordrolarda görünenin çok üzerinde fazla çalışma yaptığı kabul edilmelidir. Dosyaya sunulan davacının imzasını taşıyan bordrolarda çoğunlukla ayda bir saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmiş, bazı aylarda ise birkaç saat tahakkuku yer almıştır.

Öte yandan işyerinde çalışan davalı tanıkları davacının fazla çalışma saatlerini bordrolarda görünenenden çok daha fazla olarak açıklamışlardır. Davalı tanıklarından birisi ayda 15 saat di-

içeren imzalı bordroların gerçeği yansıtmadığının davalı tanığı anlatımı ile sabit olması halinde dönem dışlaması yerine mahsuba değer verilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁷⁹.

İşçinin ücretinin gerçek ücretten daha düşük gösterildiği hallerde de imzalı bordrolarda yer alan fazla çalışma tahakkuku, doğrudan dönem dışlamasını gerektirmez. Örneğin işçinin ücretinin asgari ücret olarak gösterilmesine rağmen gerçekte 3000,00TL ücret ödendiği bir ihtimalde bordroda yer alan belli bir fazla çalışma ücreti (diyelim ki aylık 10 saat) asgari ücretten yapılan hesabı içermektedir. İşçinin gerçek ücreti ile asgari ücretten yapılan tahakkuk arasındaki farkı her zaman talep etmesi mümkündür. Hemen belirtelim ki, imzalı bordroda yer alan aylık 10 saat fazla çalışma bilgisi yine de işçi açısından bağlayıcıdır. Daha fazla çalışma yaptığı tanıkla ispatlanamaz. Ancak imzalı bordroda fazla çalışma saati gösterilerek hesaplama yapmak yerine doğrudan belli bir miktar fazla çalışma tutarı gösterilmişse, hesabın ne kadar saat için ve hangi ücretten yapıldığı tam olarak belirlenemeyeceğinden ücretin tartışmalı olduğu hallerde dahi dönem dışlamasına gidilebilir.

İstinaf değerlendirme toplantısında imzalı bordronun fazla çalışma vs tahakkuku içermesi halinde fazlasının yazılı delille ispatı başka bir anlatımla hesaplamada bordro döneminin dışlanması kabul edildi. Ancak göstermelik tahakkuk veya düşük ücretten tahakkuk varsa dönem dışlaması yerine mahsup sistemi benimsendi.

Yargıtay uygulamasında tahakkuk içeren bordroda işçinin imzası olmasa dahi, aynı miktarın işçinin banka hesabına ödenmesi halinde yine imzalı bordro gibi değerlendirilir⁸⁰. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bankadan alınan ödemelerde ihtirazi kayıt ileri sürme imkanının bulunmadığı gerekçesiyle imzasız bordrolarda tahakkuk yer alsa ve banka hesabına ödeme yapılırsa dahi dönem dışlama yerine mahsup yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁸¹. Ankara BAM 7. HD. uygulamasında da

ğeri 30 saat fazla çalışmadan söz etmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi ücret bordrolarında tahakkuk ettirilen aylık fazla çalışma süresi sadece birkaç saattir.

Mahkemece işyeri kayıtları getirilmeli ve günde kaç vardiya olduğu hususu vardiya kayıtları ve diğer belgelerden belirlenmelidir. İşyerinin Bölge Çalışma Müdürlüğünde olağan denetimler sonucu hazırlanmış olan inceleme raporları da getirilmelidir. Gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak, işveren kayıtları ile dosya içeriğine göre fazla çalışmaların tam olarak ödenip ödenmediği üzerinde durulmalı ve sonucuna göre fazla çalışma ücreti ile kıdem tazminatı istekleri yönünden karar verilmelidir. Eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". (Yargıtay 9. HD. 30.12.2010 gün, 2008/34820 E, 2010/42034 K.)

79 Yargıtay 9.HD. 25.01.2016 gün, 2014/ 29434 E, 2016/ 1721 K.

80 Yargıtay 9. HD. 31.03.2016 gün, 2014/ 37757 E, 2016/ 8037 K. ; Yargıtay 7. HD. 09.09.2015 gün, 2014/ 19233 E, 2015/ 14412 K.

81 Yargıtay 22. HD. 19.01.2016 gün, 2014/ 26998 E, 2016/ 1091 K.

imzasız bordrodaki tahakkukun karşılığı bankaya ödenmişse, işçinin fazla çalışma vs ile ücret rakamlarını ayrıştırarak ihtirazi kayıt koyma imkanı olmadığından, dönem dışlaması yerine mahsup sistemi benimsenmiştir.

5- İkaleda makul yarar konusunda Yargıtay uygulamasında *tam bir birlik olmayıp*, Yargıtay'ın 1.5 aylık⁸² ve 2 aylık⁸³ ek menfaati yetersiz sayan kararları vardır.

İstinaf olarak ikale uygulamalarında sözleşme sözleşmesi yapma noktasında talep işçiden geliyorsa ek menfaate gerek olmaksızın geçerli sayılması gerektiği kabul gördü. İşverenden gelen tekliflerde ise en az 4 aylık ücretin esas alınması gerektiği ifade edildi.

6- Yargıtay gazetecini yıllık izin ücreti konusunda bir içtihat değişikliğine gitmiş ve daha önce dönem ücretinden ve iki kat olarak hesaplama yöntemi yerine son ücretten ve sadece tek kat olarak hesaplama yapılması gerektiği kabul edilmiştir⁸⁴.

İstinaf toplantısında da, Basın İş Kanunu'nun 21 ve 29.maddeleri gereği işçi izin talebinde bulunmuş olup da işveren talebe rağmen izin kullandırmadıysa 29.madde gereği 2 kat, iş sözleşmesinin feshi ile ücrete dönüşmesi durumunda son ücretten ve bir kat olarak hesaplanacağı çoğunlukla kabul edilmiştir. Bu yöndeki kişisel görüşüm, dönem ücreti yerine son ücrete göre hesaplama yapılması yönündeki değişim yerindedir. Ancak 5953 sayılı Yasanın 29. maddesi açık hükmüne rağmen 2 kat hesap yönteminin terk edilmesinin isabetli olmadığı görüşümdedir. Zira yasada gazetecinin talebi üzerine verilmemiş olması gibi bir ayırım yoktur.

Ankara İstinaf Mahkemesi 7. HD. olarak verdiğimiz bir kararda, "*Davacı gazeteci yıllık izin ücreti isteğinde bulunmuş, işverence kullanılan izinler düşüldükten sonra kullanılmayan yıllık izin süresi 199 gün olarak belirlenmiştir.*

Bilirkişi hesap raporunda taktiri mahkemeye ait olmak üzere iki seçeneğe hesap yapılmış, ilk seçenekte son Yargıtay uygulamalarından söz edilerek son ücretten ve sadece bir kat üzerinden hesaplamaya gidilmiş ve 12.537,00 TL olarak hesaplanan yıllık izin ücretinden fesihle ödenen 9.971,00 TL düşülerek bakiye 2.566,00 TL belirlenmiştir. İkinci seçenekte ise Yargıtay'ın önceki uygulamaları çerçevesinde dönem ücretleri üzerinden 2 kat hesabıyla 23.173,20 TL belirlenmiş ve fesihle

82 Yargıtay 9.HD. 24.03.2016 gün, 2015/27608 E, 2016/7212 K.

83 Yargıtay 7. HD. 02.03.2016 gün, 2015/38782 E, 2016/5122 K.

84 Yargıtay 9. HD. 24.02.2015 gün, 2013/9508 E, 2015/7896 K. , Yargıtay 7.HD. 10.03.2016 gün, 2015/5218 E, 2016/6009 K.

ödenen mahsup edildiğinde ödenmesi gereken tutar 13.202,20 TL olarak tespit olunmuştur.

Mahkemece 5953 sayılı Yasa'nın 29. maddesi hükmüne dayanıldığı belirtilerek ve bilirkişi raporu 2. seçeneğine göre dönem ücretleri üzerinden, 2 kat hesabıyla izin ücretin karar verilmiştir.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde, "Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazeteciye, altı hafta ücretli izin verilir. Gazetecinin kıdemi aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır.

Günlük olmayan mevkutelerde çalışan gazetecilere her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izinlerin hesabında bu Kanunun 1 inci maddesindeki "Gazeteci" tabirine girenlerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden inikat etmiş olmasına bakılmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tesbit edilir.

İzin hakkından feragat edilemez» şeklinde kurala yer verilmiştir. Düzenleme ile gazetecinin yıllık izin hakkı İş Kanununa tabi çalışanlara göre özel biçimde korunmuş ve daha uzun süreler öngörülmüştür. Gazetecinin yıllık izinlerinin işveren tarafından verileceği üç ayrı yerde «izin verilir» şeklinde ifade edilmiş ve gazetecinin izin kullanma için başvurusuna dair bir şart aranmamıştır.

Aynı Yasa'nın 29. maddesinde, "Gazeteciye bu Kanunun 21 inci maddesinde yazılı yıllık izni vermeyen veya izni vermiş olup da izin müddetine ait ücreti ödemeyen işverene, yıllık izin vermediği veya izin süresine ait ücretleri ödemediği kimsenin izin müddetine tekabül eden ücretler yekununun üç katı kadar idarî para cezası verilir; ayrıca gazeteciye ödenmesi gereken ücret toplamı, iki kat olarak ödenir" şeklinde açık bir düzenlemeye gidilerek yıllık izinlerin kullandırılmamasının yaptırımı öngörülmüştür. Düzenleme ile "21 inci maddesinde yazılı yıllık izni vermeyen" işverenden söz edilmiş ve gazetecinin talebi üzerine verilmemiş olmasına dair bir açıklamaya yer verilmemiştir. İlgili Yasa'nın 29. maddesinde yer alan "izni vermeyen" ibaresi, gazetecinin talebi üzerine izin verilmemesi gibi bir durumu kapsamamaktadır. Aksine 21. maddede yer alan yasal yükümlülüğe gönderme yapılarak buna uymayan işveren için hiçbir şart aranmaksızın bir yaptırım öngörülmüştür. Yine 29.

madde, gazeteciye yıllık izinler kullandırıldığı halde izin müddetine ait ücretin ödenmemesi ayrıca yaptırıma bağlanmıştır ki bu hususun somut olayla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Zira düzenlemenin bu kısmı işverence yıllık izin kullandırıldığı halde o günlere ait ücretin ödenmemesi haline münhasır olup, uyuşmazlık konusu olayda kullandırılan ve ücreti ödenmeyen izinler söz konusu değildir.

Yapılan açıklamalar ve yasal düzenleme çerçevesinde gazeteciye yıllık izin kullandırmayan işveren izin ücretlerini 2 kat olarak ödemelidir. Bu iki kat ödeme koşulunun işçinin izin talebine bağlı olarak geçerli sayılması doğru olmaz.

Öte yandan Yargıtay 11. nolu kararın izin ücretinin son ücretten hesaplanması gerektiği yönünde son dönem uygulaması yıllık izin hakkının niteliğine daha uygundur. Gazetecinin yıllık izin hakkından feragat edemeyeceği 21. maddede düzenlendiğine göre, yıllık izin hakkı iş ilişkisinin devamı sırasında ücrete de dönüşmez ve dinlenme hakkı olarak varlığını sürdürür. Gazetecinin geçmiş yıllara ait kullanmadığı izinleri daha sonraki yıllarda kullandırıldığında fiili izin kullanma dönemindeki ücret ödenmelidir. Örneğin gazeteciye 10 yıl öncesine ait yıllık izin kullandırıldığında, 10 yıl öncesine ait dönem ücreti ile izne ayrılması dinlenme hakkının özüne aykırıdır. İşçiye fiilen izin kullandığı dönem ücreti ödeneceğine göre yıllık izin ücretinin son ücrete evrilmesi, dinlenme hakkının doğası gereğidir. Bu itibarla gazetecinin yıllık izin ücretinin hesabında dönem ücretleri yerine son ücretten hesaplama yapılması gerekir ise de, somut olayda bilirkişi raporunda dönem ücretleri üzerinden 2 kat olarak hesaplamaya gidilmiş ve davacı vekili bu hesaba itiraz etmemiş, aksine istinaf başvurusunda aynı seçeneğin hükme esas alınmasını talep etmiştir. Gazetecinin kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretlerin fesih tarihindeki ücretin iki katı olarak hesaplanması gerekirse de, taleple bağlılık kuralı gereği bilirkişi raporunun ikinci seçeneği hükme esas alınarak hüküm kurulmasında bir isabetsizlik görülmemiştir”.

Ankara BAM 7. HD. 17.05.2017 gün, 2017/ 739 E, 2017/ 1124 K.

IV- SONUÇ:

İlk derece mahkemelerinin kesinlik sınırının düşük tutulması sebebiyle bölge adliye mahkemeleri yoğun bir iş yükü altındadır. İş Daireleri olarak tüm diğer hukuk dairelerinden daha fazla sayıda iş gelmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının yasalaşması halinde istinafta kesinleşme oranının da % 80-85 seviyesinde olacağı görülmektedir. Bölge

adliye mahkemelerinin bölge, daire veya üye sayıları artmadığı taktirde yakın bir gelecekte tıkanma olasılığı vardır. Buna rağmen çok özverili çalışıldığı söylenmelidir. Temyiz yolu açık olarak verilen kararların % 12 sindetarafların bu kanun yoluna başvurmamış olmasının, istinafa duyulan güveni gösterdiği açıktır. Umarım zamanla bunu daha yukarıya doğru çekebiliriz. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Değerli katılımcılar, Şahin Bey bize çok önemli, pratik, uygulamaya yönelik bilgiler verdi. Bu bilgilerin aslında her birisi bir hap gibi, uygulayıcıların çok işine yarayacağını düşünüyoruz. Şimdi 15 dakikalık ara, sorularınızı yazılı olarak hazırlarsanız, bu arada da Şahin Beyin değerlendirme imkânı olursa direkt soru-cevaba geçme imkânı buluruz.

ARA VERİLDİ

SORU CEVAP

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Şimdi soru cevap bölümüne geçiyoruz. Bir kısım yazılı sorular Şahin Beye gelmiş, bunları cevaplamaya çalışacak. Belki vakit kalırsa sözlü bir iki soruya da cevap verme imkânımız olacak. Buyurun Sayın Çil.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı) - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Arada gelen sözlü sorular sebebiyle yazılı soruların hiçbirini okuma fırsatım olmadı, ama okuyarak değerlendirmelerimizi yapalım.

Av. Ahmet ERDOĞAN: şöyle bir soru yöneltmiş: Süre tutumla temyiz veya istinaf başvurusu yapılmış oluyor. Gerekçeli istinaf için neden 8 günlük süre bakımından ısrar ediliyor?

Az önce sözünü ettiğim Anayasa Mahkemesi kararı gereği mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmaması adına süre tutum istinaf ya da temyiz yerine geçer, ama o sözünü ettiğim Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesinde “somut olayda gerekçeli başvuru da gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 6 gün sonra verildiği” açıklanmıştır. Dikkat edilirse, Anayasa Mahkemesi de o gerekçeli kararın verilme süresine bir vurgu yapıyor. Bizim için HMK’nın sözünü ettiğim 342. maddesi, 352 ve 355. maddeleri hükümleri çerçevesinde istinaf sebepleriyle sınırlı inceleme kuralı ve dar anlamda istinafın bir sonucu olarak gerekçeli istinafın belli bir süreye bağlanması zorunluluktur. Aksi halde bu yasa hükmünün hiçbir mantığı olmaz, her gün yeni talepler ileri sürülebilir ve istinafın bu yeni gerekçeleri değerlendirmesi gündeme gelir ki bu yasal düzenlemeler karşısında doğru olmaz.

Av. İbrahim DOĞRU’nun birkaç aşamalı sorusu var. “İstinafta süre tutum dilekçesinin gerekçeli geçerli bulunmayacağı söylendi yanılıyorsam” deniliyor. Aslında geçerli olacağını az önce belirttim, yani bu bir istinaf yerine geçecektir. Sadece bizim o söylediğimiz gerekçeli başvuruyu içermediğine göre o ilk dilekçe mutlaka gerekçeli kararın tebliğinden sonra 8 gün içerisinde diğer istinaf sebeplerinin açıklanması gerekiyor. Aksi halde biz sadece kamu düzeni bakımından inceleme yapıyoruz. Uygulamamız bu yönde, Yargıtay’ın bu konuya nasıl bakacağını ben de merak ediyorum demiştim. Arada katılımcılardan bir arkadaş geldi, İzmir Bölge Adliye Mahkemesinde verilen bu yönde bir kararda açıkça bu konuyu tarafın temyize getirdiğini söyledi. Yani şöyle diyor temyize gelen: “Ben gerekçeli istinaf başvurumu yapmışım. 9. gün ve

daha sonraki günlerde geldiği gerekçesiyle benim gerekçelerim istinafta incelenmedi. Bunu temyize getirdim” demiş. Yargıtay bu temyiz başvurusunu reddetmiş, bunu da dönünce araştıracağım.

İbrahim Bey’in diğer sorusu: Temyiz talepli süre tutum dilekçesinin istinafta dikkate alınmasının gerekçesi nedir? Yani şunu söylüyor: İstinafa gelecek bir konu, ama temyiz ediyorum demiş. Bunu dikkate almayın diyor galiba, bu ciddi hak kaybına neden olabilir. Orada kişi kanun yoluna başvurma iradesini ortaya koymuş. Bunun ne olduğu da zaten kanunla belli, hangi kanun yolu olduğu belli, temyiz ibaresinin istinafa kapsadığını düşünüyoruz biz, ama bu görüşü savunan akademisyenler var öğretide, ikisi birbirinden bağımsızdır deniliyor. Burada şöyle bir sorun çıkacak: kanunyolunu hatalı olarak belirten tarafın bu kanunyolu başvurusu kabul görmez ise muhtemelen başvuru süresi de geçmiş olacaktır. Yanlış göstermiş olsa da kanunyoluna başvuru anlamı çıkarılabileceğinden harç vs eksiklikler doğru kanunyoluna göre ikmal edilerek doğru kanunyolu incelemesinin yapılabileceği düşüncesindeyiz.

Bir başka soru: kısa kararın tefhiminde “iş yoğunluğu sebebiyle” gerekçeli kararın açıklanamadığı belirtildiğinde geçerli olup olmayacağı yönünde. Tefhimi düzenleyen HMK 321 de tefhimin ne olduğu tanımlanmış. Bu hüküm özeti açıklanmış olsa da gerekçe yönünden bu ibare eklenmemişse usulüne uygun bir tefhimden söz edilemez ve o zaman gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 8 günlük süre işlemeye başlar.

Son bir soru daha vardı: Süre tutum dilekçesi kabul edilmediğine göre 8 günlük süre göz önüne alındığında tefhim yerine tebliğ esaslı adil bir uygulama değil midir? Uygulama neredeyse tamamen kanunyolu sürelerinin tebliğden işletilmesi yönünde. Kısa kararı usulüne uygun olarak tefhim eden ve süreyi tefhimden başlatan çok az hakim var.

Av. Gülbin ÇOPUR sormuş: Gerekçenin 8 gün içinde verilmemesi çok katı ve hak kaybına neden olabilecek bir durum değil midir? Yılların temyiz alışkanlığı sebebiyle Yargıtay’a çok sonraları bile dilekçe bırakılabiliyordu. Birkaç yıl sonra bile verilen ek temyiz dilekçeleri Yargıtay tarafından değerlendirilebilmekteydi. Esasen bu durum Yargıtay için halen geçerli. Zira Yargıtay temyiz sebepleri ile bağlı dahi değildir. Ek temyiz dilekçesi ile dikkati çekilen bir husus Yargıtay tarafından değerlendirmeye alınabilir. Ancak İstinaf bakımından istinaf sebepleri ile sınırlı inceleme yükümlülüğümüz vardır. Kamu düzeni hariç olmak üzere süresinden sonra verilen ek dilekçede ancak kamu düzenine dikkat çekilebilir diye düşünüyoruz.

Av. Eda Yüksel'in bir sorusu var: Fazla mesai konusunda ıslahtan sonra zamanaşımı itirazı yapılması halinde mahkemelerin bazı hesaplamalarda hakkaniyet indirimi yapıldığı gerekçesiyle ıslahın bu indirim içinde eridiğini, zamanla itirazın dikkate alınmaması konusunda uygulanız nedir? Şöyle anlatalım: ıslahtan sonra ıslaha konu fazla mesai için zamanaşımı defi getirilebilir mi? Evet, getirilebilir. Bu ileri sürüldüğünde biz ıslahtan geriye doğru gidilerek son 5 yıl için bir hesaplama yapıyoruz. Dava dilekçesinde istenen rakamı da buna ekleyerek bir karar veriyoruz. Bazen zamanaşımı defi sonuca etkili olmayabilir. Bakacağımız konu şu: Dava dilekçesinde talep edilen rakam yüksek ise, ıslahtan sonra ileri sürülen zamanaşımı defi sebebiyle ıslaha göre zamanaşımına uğrayan kısım talebin altında ise ıslaha karşı zamanaşımı defi sonuca etkili değildir. Örneğin kısmi davada 5.000 lira fazla çalışma talep edildiğinde, ıslahtan sonra ileri sürülen zamanaşımında ıslah tarihinden geriye gidilerek son 5 yıl öncesindeki fazla çalışmalar zamanaşımına uğramış olacaktır bu süre için hesaplanan rakam 5000 TL nin altında ise ıslaha karşı zamanaşımı definin bir etkisi olmaz. Yargıtay'ın ve istinafin uygulaması aynı yönde.

İsimsiz bir soru var, "İş Kanunu madde 25./3 veya 25./4 durumunda savunma alma zorunluluğu yok mu" diyor. İş Kanunu 19. maddeye göre savunma alma yükümlüğü işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerde söz konusudur. İşçinin zorlayıcı sebeplerle veya işyeri dışında işlediği bir suç sebebiyle tutuklanması veya göz altına alınması halinde işyeri ile ilgili "davranış ve verim" kriterlerinin devreye girmediğini düşünüyorum. Bu nedenle savunma alma yükümlülüğünün olmadığını düşünüyorum.

Av. Gönül Akgün KOYUNCU iki soru sormuş: İstinafta karar uyuşmazlıklarına tarafların Yargıtay'a başvurma yolunu daha detaylı açıklamanızı rica ediyorum, demiş. Anlatayım, şimdi istinafta kararlar arasında birbiriyle farklı durumlar ortaya çıkarsa, hemen somut örnek verelim. Sosyal Yardımlaşma Dayanışma Vakıflarında çalışanların ilave tediye alıp alamayacağı noktasında şu anda belirgin olarak istinaflarda farklı uygulama var. Bazı istinaf kararlarında ilave tediye kabul görüyor. Bazıları ise reddediyor. Çoğunluğu da temyiz sınırı olan 41.530 TL nin altındadır. Biz bu konuyu re'sen kendi bölgemizdeki Başkanlar Kurulu aracılığı ile Yargıtay'a uyuşmazlıkların birleştirilmesi noktasında taşıyabiliriz. Ancak 5235 sayılı yasanın 35. maddesi gereği taraflar da bu yönde karar farklılıklarının giderilmesini isteyebilirler. Ankara İstinaf Mahkemesi şu dairesiyle İstanbul İstinaf Mahkemesi şu daire arasında bir uygulama farklılığı ortaya çıktı. Bunun düzeltilmesini talep ediyorum diye dilekçey-

le başvurabilir. Bu örnekte iki ayrı yer bölge adliye mahkemesine bağlı olduğu için bu iki mahkeme her ikisinin de Başkanlar Kurulunun toplanması gerekiyor 5235 sayılı Kanun gereği, Başkanlar Kurulu bunu görüşüyor. Başkanlar Kurulundaki katılımcı başkanlar kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'a intikal ettirecekler. Dediğim gibi ilgililer de başvurabiliyor ya da bizzat daireler de bu konuda kendi başvurularını yapıyorlar. Önümüzdeki dönemde bu tür başvurular başlayacak diyebilirim.

İkinci sorusu: İstinafın kesin olan kararlarında yapılan hatalara ilişkin olarak uyuşmazlık tespiti yapılmaksızın Yargıtay'a başvurulabilir mi? Tabii ki mümkün değil. Yani istinafın kararı kesinse, yapılan açık bir maddi hata bile olsa az önce sözünü ettiğim gibi bir maddi hata yoluyla bu denenebilir, ama karar kesinse temyiz yolu işletilemez. Ek kararlar istinaf tarafından temyiz başvurusu reddedilir. Bu ek karar temyiz edildiğinde de sadece kararın kesin olup, olmadığı yönünden Yargıtay usulden bir inceleme yapar. Açık maddi hataya konu istinaf kararlarına karşı doğrudan 5235 sayılı Kanunun 35. maddesi de işletilemez. Bunun için mutlaka istinaf mahkemeleri kararları arasında çelişki olmalıdır.

Av. İbrahim YİĞİT'in sorusu var: Dairemizin iki veya daha fazla 3.600 gün prim, 15 yıl çalışması şartıyla iş akdini feshedip, kıdem tazminat talep eden işçinin durumuyla ilgili görüşü nedir? Evet, notlarım arasında vardı, hızlı geçtiğim için değinemedim. Bu konu da bizim istinafta tam olarak anlaştığımız konulardan biriydi. Çünkü Yargıtay'da kısmi de olsa bir uygulama farklılığı var. 15 yıl çalışma, 3.600 gün prim dediğimiz, yaş hariç emeklilik kriterlerine haiz olmasıdır işçinin, bu durumda işçi kıdem tazminatı alabiliyor biliyorsunuz 1475./14 - 5. bende göre, kurumdan bir belge alıyor, işverene ibraz ediyor, ayrılabilir. Böyle bir durumda her daim kıdem alabilir mi ya da buradan ayrılıp iş değiştirme aracı olarak kullanabilir mi? Burada yasa koyucunun amacı ne? İki kriter vardı yasa da 1999 yılına kadar, bir de yaş kriteri getirildi, üçe çıktı. Şimdi yaşını beklerken işçi, bir daha çalışması gerekmeksizin evinde oturarak yaşın dolmasını bekleyebilir. Bu nedenle Kanunkoyucu işçinin yaş kriterini çalışma karşılığı olmaksızın bekleyebileceği durumlarda işinden ayrılan işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini kabul etti. Ancak 15 yıl 3.600 gün kriteri bir iş değiştirme aracı olarak kullanılmaya başlandı. 9 Hukukun böyle birkaç kararı var, ama 7'nin, 22'nin ve Hukuk Genel Kurulunun kararları, biz bunu sorgulayamayız. Yani işçi pekâlâ yeni bir işte de çalışabilir, çalışma Anayasal bir haktır dediler. Hatta dikkat edin, kadın işçinin evliliğinde başka işte çalışmalarını hiç sorgulamadık bugüne kadar, o bir yıl içerisinde ayrılması halinde bu tamamen serbestti. Biz

de istinaflar olarak buna dokunamayız dedik. Hatta her daim kıdem alır görüşünü benimsedik. Hatta yakın zamanda daire olarak verdiğimiz bir kararda şöyle bir ibare kullandık: Bu yasa hükmü “amaçtan bağımsızlaşmış bir normdur”. Tıpkı kadın işçinin evliliğinde olduğu gibi, ilk kuruluş amacı farklıydı ama yıllar içerisinde artık bu hakkın, kıdem hakkının tanınması gerektiği yönünde bir görüşe varıldı. Hakkın kötüye kullanımı denilen çok sınırlı örnekler var zaten, mesela somut olay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda, işçi bankada çalışırken diğer bankaya iş için başvuruyor. Bir sözleşme imzalıyor. O sözleşmeye göre ayın belli bir gününde gidip başlaması gerekiyor. İşçi, o gün buradan ayrılıp, diğer tarafta çalışmaya başlıyor. Sanki burada kanunun kendisine verdiği evinde oturarak kıdem alma hakkını kötüye kullanmış gibi algılandı ve kıdem tazminatı alamaz denildi. Ancak aynı Daire, iki işçi girişim özgürlüğü çerçevesinde kendileri şirket kurarak işten ayrılmalari halinde 15 yıl 3.600 güne göre kıdem alabilecekleri yönünde karar verdi.

Av. İbrahim YİĞİT'in yine sorusu var: Somut olay olarak dairenizde 24 saat çalışıp, 24 saat dinlenme şeklinde çalışmaya ilişkin 14 saat konusu geldi mi?

İşçinin 24 saat çalışıp, 24 saat dinlenmesi halinde 24 saatin tamamını mesaiden saymak mümkün değildir. Burada ikili bir ayırım yapılıyor. Biz de istinaf olarak bunu benimsedik. Şayet işçinin işyerinde çalıştığı bu 24 saat içerisinde uyuma imkânı varsa, bu konu işverence ona tanınmışsa, uyuyabiliyorsa, doğal olarak uyku ve diğer ihtiyaçlar için 10 saati ayırıp, Hukuk Genel Kurulu kararında olduğu gibi fiili 14 saati mesaide sayıp, bu da günde 11 saat olan yasal iş süresini açtığı için 3'er saati fiilen çalışılan her gün için 3'er saati fazla mesai olarak değerlendiriyoruz. Örnekte işçi ilk hafta 4 gün ikinci hafta 3 gün fiilen çalışmış olur ve ilk hafta için 12 saat ikinci hafta için 9 saat fazla çalışma yapmış sayılır.

Ancak işçinin 24 saatlik mesaisi içinde uyku uyuma imkanı tanınmıyor ise 24 saatlik süreden 4/6 saat gibi ara dinlenmesi düşülerek 18/20 saate varan fiili mesai kabul edilebilmektedir. Örneğin, sağlık çalışanları, bazen akaryakıt görevlileri çalışanları, acil tıp teknisyenleri falan, bunlar o 24 saat içerisinde uyku imkânları olmayan kişiler, sürekli fiilen 24 saat bir efor sarf ediyorlar. Bunlarda 4 saat ya da 6 saat ara dinlenmeyle karar verildiği çok örnek var.

Av. Ezgi SARIAL'ın iki sorusu var: Yerel mahkemenin verdiği kesin kararı temyiz ettiğimizde temyiz talebi reddediliyor yerel mahkeme tarafından, ret kararı temyiz edildiğinde Yargıtay esasa girerek yerel mahke-

me kararını inceleyip karar veriyor. Gerekçeli istinaf dilekçesinin süresinde verilmemesi üzerine esastan ret kararı verildiğinde bu karar temyiz edildiğinde Yargıtay'ın istinaf kararı doğrudur dediğini görüyoruz. Evet, az önce sözünü ettiğim örnekten bahsediyor burada sayın katılımcı, İzmir örneğini vermiştim ya, yani biz bu konuya giremiyoruz. Çünkü gerekçeli istinaf süresinde verilmedi demişiz. Özellikle bu konu temyize konu edildiği halde Yargıtay buna dokunmamış. Bu durumda Yargıtay da gerekçeli istinaf başvurusunun kanunyolu başvuru süresinde yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Kamu düzeni incelemesi ise re'sen yapılmaktadır.

Devamında; bordroda fazla mesai tahakkuku var, ödemeler bankaya yatıyor, bordro imzalatılmıyor. Ancak işçinin işverene bildirdiği e-posta adresine bordrolar mail olarak gönderiliyor. Bu halde dönem dışlanmalı mı, mahsup olmalı mı? sorusu var. Sayın katılımcı, burada bir farklı noktaya dikkati çekiyor. Sunumda açıklamaya çalıştığım gibi, bordrolu tahakkuklar imza içermiyor, ama bankaya yatmışsa, biz burada bir görüş değişikliğine gittik. Dönem dışlaması yerine mahsup sistemi uygulamaya başladık. Çünkü işçi burada bankada yapılan ödemelerin ne kadarının ücret, ne kadarının fazla mesai olduğunu bilip ayrıştırması ve buna göre ihtirazi kayıt ileri sürmesi mümkün değil. Soruda geçtiği üzere imzasız ancak tahakkuk içeren bordro karşılığı ödeniyor ve her ay bordro işçiye maille gönderiliyorsa, işçi yapılan ödemelerin ne kadarının kaç saat fazla çalışmaya ait olduğunu bilebilecek durumda sayılmalıdır. Bu gibi spesifik durumlarda mahsup yerine dönem dışlaması yöntemine itibar edilebilir.

Av. Eda MUKANİSGİL bir soru soruyor. Uzunca bir soru, okuyorum: İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararlarına gerek yerel mahkeme, gerekse istinafın bonkör olmadığını uygulamada çok sık görüyoruz. Konuşmanızda hesap raporu alındıktan sonra şartlar olduğu takdirde ihtiyati haciz kararı verilebileceğini belirttiniz. Ancak yargılamanın makul sürede bitmediği hususu göz önüne alındığında işveren şirketlerin - tabii doğrudur - mal varlığı hızlı biçimde boşaltılıyor. İlamla tedbir ihtiyati haciz kararı verilmeden asıl amacınız olan tahsilatı sağlayamıyoruz deniliyor. En baştan açık bir hukuka aykırılık, haksızlık varsa, bu karar verilebilir mi? diye söylüyor. Burada yasal hükümleri uygulamak durumundayız. İhtiyati tedbir bakımından bir defa HMK 389 hükmü çok açık, uyuşmazlık konusu hakkında tedbire karar verilebileceği yazılıdır. Uyuşmazlık konusu para borcu olunca tedbir kararı verilmesi imkanı da yasal anlamda mümkün olamıyor. Belki şu husus tartışılabilir: Uyuşmazlık konusunu alt

işverenin işçi ücretlerini ödememesi oluşturduğunda, asıl işverenin alt işverene bankaya yatan hak edişlerine tedbir konulabilir mi? Burada bile tedbirin mümkün olmadığını düşünüyorum.

İhtiyati haciz bakımından hem İK 252, 257, 258'e bakıyoruz, yasal düzenlemelerde açıkça sebepleri düzenlenmiş. Onları uygulamaya çalışıyoruz. Çok fazla genişletirsek şu riskle karşı karşıya kalırız: Bir işçi alacak davası açıldığında işverenin bütün malları bloke, bu da çok istediğimiz bir sonuç değil. Bu da çalışma yaşamını derinden etkiler, olumsuzluklara neden olur diye düşünüyoruz, ama yasal koşulları tatbik ediyoruz.

Yeni gelen birkaç soru vardı. Biri, istinafın kararı usulsüz tebligat neticesinde temyiz süresi kaçırıldıysa nereye başvurulabilir? Şimdi usulsüz tebligat varsa zaten temyiz süresi kaçırılmaz. Bu temyiz süresinde kabul edilir Yargıtay tarafından, öyle tahmin ediyorum. Usulsüz tebligat, başvuru süresini başlatmaz.

Doç. Dr. Onat ÖZTÜRK'ün bir sorusu var: Fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinin ücrete dahil edilmesi uygulamasıyla ilgili görüşlerimizi sormuş hocam. Özellikle çıkışta imzalanan evrakın, örneğin ibraname-nin geçersizliği ile iş sözleşmesinin bu hükmünün geçersizliği arasındaki bağa işaret etmektedir. Benim de düşüncem iş sözleşmesinde fazla çalışma ücrete dahildir şeklindeki kurallara şüpheyle yaklaşmak gerektiği yönündedir. Kararlaştırılan ücretin asgari ücreti aşması kriteri yerine işçiye ödenmesi gereken emsal ücreti aşması ölçütünün benimsenmesi gerekir. Aynı zamanda personel yönetmeliğine konulan hükümlerin genel işlem şartlarına aykırılığı düşünülmelidir.

SALONDAN- Çıkan iş sözleşmesini işten ayrılırken işçiye imzalatmaya başladılar. Orada da, genel tatil, fazla çalışma, şunlar bunlar ücrete dahildir.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı) - Tabii eğer böyle bir sözleşme imzalatılıyorsa, fesih sırasında imzalatıldığı ortaya konulabilirse kesin olarak geçersiz, bunu söyleyebilirim, ama işçi bunu nasıl ispatlar, onu bilemiyorum. Çünkü fesihte ödemeye ihtiyacı olan işçi her türlü belgeyi imzalayabilir. Bu durumda ben de benim görüşümü bu noktada kuvvetlendiriyor, bu tür belgelere girişte imza atılan, sözleşmeyle imzalanan bir belgeyle işçinin onlarca yıllık çalışmasını gasp etmemek gerekir diye düşünüyorum, Soruda hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerinde de söz ediliyor. Ancak Yargıtay ve

istinaf kabulüne göre sadece fazla çalışma ücreti temel ücret içinde ödenebilir. Ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatilleri bakımından bu kabul görmedi. Yargıtay'da yakın zamanda tartışıldığını ama kabul görmediğini biliyorum. İstinafta da sadece fazla çalışma ücretlerinin ödenebileceği görüşü benimsendi.

Sorular bu kadar, Sayın Başkanım, söz alacaksınız buyurun.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Şimdi öncelikle Sayın Bektaş Bey söz istemiş, ona söz veriyoruz. Sırayla başka söz isteyen varsa, vakit biraz müsait, sorular beklediğimizden daha kısa cevaplandı, pratik.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi) - Sayın Başkan, çok teşekkür ederim. Arkadaşım, beraber kader birliği yaptığım Şahin Çil'i gerçekten ikinci kez, hatta üçüncü kez dinliyorum aynı konuda, ama büyük bir zevkle de dinliyorum. Benim gerçekten çok saygı duyduğum bir insan, tabii bazı hukuki konularda farklı düşünüyoruz. Hukuki olduğu sürece o tartışmaları yapmakta yarar olduğunu da düşünüyorum. Gerçekten bu konuda da deneyim sahibi, özellikle bölge adliye mahkemesinde verdiği kararlarla da gündeme gelmektedir.

Şimdi Sayın Çil bahsetti, aslında ben de kişisel olarak ona katılıyorum. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verdiği konuda mahkemece verilen kısa gerekçeli kararda açık temyiz süresinin 15 gün olduğu açıklanmışsa da, işte 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 8. maddesindeki 8 günlük sürenin hâkim tarafından arttırılması halinde temyiz süresinde sayılıp sayılmayacağı konusunda, ancak Yargıtay maalesef bütün daireler ve hukuk genel kurulu burada 6100 sayılı HMK'nın 90. maddesindeki katı kural nedeniyle, "hâkim kural olarak kanunda belirtilen süreleri arttıramaz veya eksiltemez" kuralından hareketle bu tür istekleri süresinde kabul etmiyor ve reddediyor. En son hukuk genel kurulunda da bu şekilde bir karar çıktığını biliyorum, ama henüz karar yazılmadı. Bizim dairemizin de uygulaması bu yöndedir. Onu belirtmekte fayda görüyorum.

Diğer bir konuysa, özellikle BAM'daki arkadaşlarımız biraz alınganlık gösterdiler. Sayın Çil de alınganlık gösterdi. Bu 6100 sayılı HMK'nın 353./a.- 6. maddesindeki bölge adliye mahkemesinin kaldırma ve geri gönderme kararının kesin olması konusunda Yargıtay'ın görüş bildirmesi. Yargıtay, doğrudur, bir temyiz mahkemesi, hukukilik denetimi yapar, ama Yargıtay'ın aynı zamanda içtihat yaratma ve görüş bildirme görevi de vardır. Biz bunu çok tartıştık ve yaklaşık bir aylık süreyle bu dosya in-

celemede bekledi ve bu şekilde bir görüş bildirdik, yol göstermesi açısından. Çünkü bizim bir görevimiz de yerel mahkemelere ve bölge istinaf mahkemesine yol göstermektir. O nedenle ona, şimdi sağlık sebebiyle işçinin 4857 sayılı Yasanın 25./1 bentlerindeki nedenlerle fesih halinde savunmasının alınıp alınmayacağı konusu çok tartışmalı bir konu, şimdi Sayın Çil verimiyle ilgili olmadığını söylüyor. Katılım, olabilir, hukuki bir görüştür. Ancak tüm dünyada işçinin sağlık sebebi verimliliğiyle ilgili olarak kabul edilir, yeterliğinden kaynaklanan bir nedendir. 19. maddenin 2. fıkrasına baktığınız zaman da sadece 25./2 maddesiyle sınırlanmış, o durumda o zaman sık sık rapor almada da işçinin savunmasının aranmaması gerektiğini düşünebilirsiniz ki bu konuda da görüşler var. O nedenle kanunun bu lafzi düzenlenişinden biz bu sonuca varıyoruz.

270 saat konusunda Sayın Çil'e katılıyorum. Yani özellikle yeni sürekli şekilde imzalatılan iş sözleşmelerinde bu şekildeki genel işlem koşulları nedeniyle ben 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bunun hem yürürlük, hem de içerik denetimi kapsamına alınması gerektiğini düşünenlerdenim, ama bu konuda Yargıtay'ın hukuk genel kurulunun bir içtihadı birleştirme kararı vermesi gerekiyor. Çünkü daireler bunu istisnasız bu şekilde uyguluyor, bir görüş değişikliği olacaksa da bunun hukuk genel kurulunda içtihadı birleştirme kararıyla yapılması gerekiyor. O nedenle de içtihadı birleştirme gündemine gelmediği için de daireler uygulamasına devam ediyor. Şimdi basın iş kapsamında çalışan işçinin yıllık ücretli izin ücretinin iki katı ve son ücret üzerinden olup olmayacağı konusu yıllardan beri tartışma konusudur. Tabii bu 21. madde ve 29. maddeyi ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Birisi iş sözleşmesinin devamı...

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Bektaş Bey, sınırlarsanız konuşmanızı ek bir sunuma dönmeden.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi) - Tamam, hemen söyleyeyim. İstinaf sebebiyle bağlılık ilkesi konusunda Sayın Çil'e katılıyoruz ve bu şekilde, yine nispi emredicilik kuralları özellikle işçi açısından kamu düzeni içinde sayılması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun o şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtiyor, teşekkür ediyorum ben tekrar arkadaşımıza bu konulardaki açıklamalarından dolayı.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Sözlü olarak soru sormak isteyen var mı? En son size söz vereyim, tüm sorulara cevap vermiş olursunuz.

Av. ARZU HANCI - İşe iade davalarında işveren tarafı çok pratik ve güzel bir çözüm buldu son dönem, işe iade davaları kazanılıyor, işveren işe çağırıyor işçiyi, belli bir dönem...

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Şimdi Avukat Hanım, ben arkadaşlar, şunu hatırlatmak istiyorum: Konumuz iş yargısında kanun yolu, yani bu konu dışına çıkıp da işe iade veya diğer somut uyuşmazlıklara girmesek, sadece sorularımız iş yargısında kanun yoluyla ilgili olmasını arzu ediyoruz.

Av. ARZU HANCI - Ben bu konuda açılan samimiyetsizlik davalarında istinaf mahkemelerinin görüşünü soracaktım, ama eğer kapsam dışıysa tabii sormayabilirim.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Başka soru? Yanda hanımefendi vardı, ona verelim, sonra öne geçelim.

Av. GİZEM MANAV - Şimdi gerekçeli kararlar, yani kısa kararda gerekçesi "ayrıntılı olarak gerekçeli kararda açıklanacağı üzere" diyor ve davayı reddediyor. Tefhim ediyor bana, ben süre tutum dilekçesi veriyorum 8 gün içinde, buna gerek var mı? Bir de bir sorum daha var. İstinaf, gerekçeli istinaf dilekçesinde hukuki delil ve hukuki neden bildirmedim sürece istinaf mahkemesinin, yani bildirmedim için bir hak kaybı oluşur mu, yani bildirmem gerekiyor mu hukuki delil? Yani unuttum diyelim, hukuki nedenle hukuki delillerimi, bu bir hak kaybı yaratıyor mu benim açımdan?

SALONDAN- Aslında kanun tasarısı yasalastığı zaman bu soruların büyük bir çoğunluğu ortadan kalkacak, ama şu an uygulamada 8 günlük süre kısa olduğu için mesela, ben şöyle bir uygulama yapıyorum: Kısa karar verildiği zaman tefhimden sonra bildiğim gerekçeleri yazıyorum. Gerekçeli karar geldikten sonra bakıyorum, ayrıca ileri sürebileceğim herhangi bir gerekçe var mı, varsa onu da ikinci bir dilekçeyle yapıyorum. Bu durumda iki dilekçenin birlikte incelenmesiyle ilgili bir sıkıntı olur mu?

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Yan tarafta beyefendiye verelim.

Av. MAHMUT BEYLEM (Adana Barosu) - Benim Şahin Hocama soracağım soru şu: İstinafın kararı yasanın amir hükmüne açıkça aykırıysa, fakat temyiz sınırının altında kalıyorsa, bu durumda istinaf mahkemesinin açık kanuna aykırılığından dolayı temyiz yoluna başvurulabilir mi?

Bir de hukuki nitelemeyi yapmak yerine mahkemeye senin bu kararın yanlış, bu kanaate nereden ulaştın deyip, dosyayı geri çevirme hakkı var mı?

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) -Seracettin Başkanımız söz istemişti, sonra vakit kalırsa sırayla tekrar döneriz.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı) - Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Ben de çok değerli arkadaşım Şahin Çil'e bu güzel sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum, gerçekten çok akıcı bir sunum yaptı. Şimdi bir iki konuya sadece değinmek istiyorum uygulama farklılığını belirtmek adına. Süre tutum dilekçesi özellikle 6100 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra tartışılır hale geldi. Aslında daha önce de tartışılıyordu, ama pek üzerinde durulmuyordu. Fakat 6100 sayılı Yasanın 21. maddesi Şahin Beyin de belirttiği gibi 321. maddenin 2. fıkrasında güzel bir tanımlama var. Tefhim, ilk defa orada denildi ki hüküm özetinin gerekçesiyle beraber açıklamasıdır. Burada zorunlu hallerde hüküm özetini açıklamak suretiyle tefhim gerçekleşebilir denildi. Fakat uygulamada hâkimlerimiz tabii iş yoğunluğu nedeniyle diye bir gerekçe belirtmek suretiyle bunu zorunlu bir hal olarak belirtmeye başladılar. Bu çok yaygın bir hale gelince dairemiz bu gerekçeyi kabul etmiyor. Asıl olan bir kimsenin gerekçesini bilmediği bir kararı temyiz etmek zorunda bırakılmamasıdır. Bize göre taraflar gerekçeyi görmemişse, süre başlamamış demektir. Dolayısıyla süre tutum dilekçesine hiç lüzum yoktur. Yani süre başlamamışsa tutulacak bir süre yoktur, başlamışsa da zaten onu kimse durduramaz.

Gerekçeli temyiz dilekçesinin 8 günlük süreden sonra verilmesi konusu tabii Yargıtay hukuki denetim yaptığı için aslında biliyorsunuz HMK'da ne diyor? Hâkim Türk hukukunu re'sen uygular. Dolayısıyla ondan dolayı zaten hukuki denetimi yapan üst mahkeme yüksek mahkeme temyiz sebepleriyle bağlı değildir. 8 günlük süreden sonra verilen temyiz dilekçesi sadece hukuki hatırlama bakımından çok önem ifade ediyor Yargıtay'da. Onun dışında maddi vaka denetim bakımından bir anlam ifade etmiyor. Şu anda istinafın yaptığı uygulama çok doğru, gerçekten gerekçeli karar temyiz edildikten sonra 8 gün süre içerisinde mutlaka gerekçeli istinaf dilekçesinin verilmesi lazım. Bizim de uygulamamız bu şekilde, istinaf mahkemesinin 8 gün sonra verilen istinaf dilekçesini, istinaf başvuru dilekçesini dikkate almamasını biz doğru görüyoruz.

Yine sürenin hatalı gösterilmesi konusu da çok tartışmalı, az önce değerli dostum, arkadaşım Bektaş Bey, Yargıtay'ın bütün daireleri öyle

diyor, ama bizim dairemizin öyle bir uygulaması yok. Biz süre hatalı gösterilmişse, burada tarafı mağdur etmemek lazım diyoruz. Çünkü Anayasanın hükmü çok açık, devlet bütün işlemlerinde itiraz merciini ve süresini doğru bir şekilde göstermek zorundadır. Nitekim ceza dairelerinde aslında hiçbir tartışma yok. Ceza dairelerinde eğer itiraz temyiz merci gösterilmemişse ya da süre hatalı gösterilmişse, 6 ay sonra da siz temyiz edebiliyorsunuz. Bu Anayasal bir hüküm ilan edildiği için bu konuda ceza daireleri daha bana göre adil yargılama ilkesine uygun karar veriyorlar. Bizim uygulamamız da o yönde, dairemiz temyiz süresi baştan itibaren hatalı gösterilmişse, tarafın burada mağdur edilmemesi gerektiği yönündedir. Özellikle tabii makul süre, yani Şahin Beyin bahsettiği böyle 80 gün üstüne değil, ama bu 15 gün ya da iki haftalık süre vermişse, bu süre içinde kalmak suretiyle yapılan temyiz başvurularını kabul ediyor.

Şimdi bir şey dikkatimi çekti. İstinaf mahkemelerimiz arşivimiz yoktur diye gönderme kararı veriyorlar. Bana göre bu çok haklı bir mazeret değildir. İlk derece mahkemesinin arşivi varsa, Yargıtay'ın da arşivi varsa, bölge adliye mahkemelerinin de arşivinin olması lazım. Dolayısıyla arşivimiz yoktur, biz bu dosyayı sadece diyelim ki bir ceza davasının sonucunun beklenmesi gerekir, diğer bütün deliller toplanmış. Bunun için de gönderme kararı verilmemesi lazım diye düşünüyoruz. Bu arşiv konusunun mutlaka bir şekilde halledilmesi lazım diye düşünüyorum.

Çok fazla ayrıntılara geçmek istemiyorum, zaten Şahin Bey çok güzel cevaplar verdi. Ben Sayın Başkanım, söz verdiğiniz için teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Arkadaşlar, bir iki soru daha varsa alalım, sonra buyurun.

Av. ŞEVKET GÜNEY BİGAT (İstanbul Barosu)- Mahkemelerde ara kararlara karşı 14 günlük süreler verilirken, yani bir istinaf kanun yoluna başvurulmasıyla ilgili olarak 8 günlük süre verilmesini diğer meslektaşların da bulduğu üzere orantılı bulmuyorum. Ara kararlara karşı 14 günlük süre veriliyor, ancak bir istinaf yolu, yani bir üst mahkemeye belki 40 küsur bin liranın üzerindeyse, Yargıtay yolu da açık olmak üzere bununla ilgili olarak bir düzenleme yapılması düşünülebilir mi? Düşünülmesi gerektiğini düşünüyorum.

İkinci olarak işe iade davalarının yargılaması açısından daha önceden bunların istinafta biteceği şeklinde bir bilgimiz vardı, ama çok kısa bir süre sonra hemen bunların Yargıtay yolu açık olmak üzere karar

verileceği konusu söylendi. Şimdi işe iadeler biliyorsunuz 4 aylık süre içerisinde bitmesi gereken kanunda bu şekilde tanımlanmış dosyalar. Dolayısıyla Yargıtay'dan, eğer bu dosyalar sonuç olarak Yargıtay'a gidecekse ki kanunda da böyle 4 aylık bir süre belirlenmişken atlamalı sistem olarak direkt Yargıtay'a gönderilmesi konusundaki düşüncelerinizi ve böyle bir uygulama yapılıp yapılamayacağı, çünkü sorun yaratacak. Çünkü mahkeme karar verecek, kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren iş yargılanması açısından 10 gün içerisinde işverene başvurulması gerekiyor. Daha önce Yargıtay'dan gelen dosyalarda böyle bir sorun yaşamıyorduk, ama şimdi istinaftan geldiği zaman yine davalılar olacak, istinaftan karar geldi, siz süresinde başvurmadınız olacak. Çünkü Yargıtay yolu açık, karar veriyor mahkeme, böyle tartışmalar olacak ve zaten dava yükü çok olan mahkemelerin, istinafın ve dolayısıyla Yargıtay'ın dava sayısı da artacak. Şu anda benim mesela üç tane böyle buna benzer yürüyen davam var ki meslektaşların da vardır diye düşünüyorum. Bu konudaki düşüncelerinizi rica ediyorum, teşekkür ederim. Ayrıca Şahin Beye de sunum için çok teşekkür ederim, sağ olsun.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Şimdi dört el görüyorum, kısa kısa onlara söz vereceğiz. Başka söz yok, arkasından Şahin Beye sonsöz, soldan başlayalım hanımefendi.

Av. DİLEK YUMRUTAŞ - Teşekkür ederim. Bir sorum mahkemelerin özellikle kanun yolunu yanlış gösterdikleri kararlarla ilgili, gerekçesinde kanunyolu Yargıtay olduğu halde istinafı işaret eden mahkeme kararına karşı biz avukatlar doğru kanunyoluna yönelik temyiz dilekçesi yazdığımızda uygulamada mahkeme onu yine istinafa gönderiyor. İstinaf karar veriyor, sonra tekrar Yargıtay'a gidiyor. Bu arada yargıda geçen süreler, dolayısıyla yargılamanın uzamasına sebep oluyor. Ben özellikle en azından gerekçeli kararda yanlış kanunyolu gösterilmesine karşın doğru kanun yoluna avukatın başvurduğunda mahkemelerin onu bir şekilde doğrudan gerçekten temyiz yolu olanın temyize gönderilmesi noktasındaki düşüncelerinizi öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Av. HACER TUNA - Şahin Beye ve tüm katkıda bulunan arkadaşlara teşekkür ediyorum. Benim sorum şu: Davacılar olarak genellikle biz ret vekâlet ücretine hükmedilmemesi için talebimiz neyse onun kadar dava açıyoruz, ama bu durumda reddedilen kısım 3.000 küsur sınırını aşmadığı için istinaf yoluna başvurma hakkımız söz konusu oluyor mu, olmuyor mu, o tartışmalı hale geliyor. Dosyalarda varsayım olarak söylüyorum, alacağımızın tamamına hükmedildi, fakat faize başlangıç tarihi ve faiz nevi yönünden yanlış karar verildi. Bu kamu düzeninden kabul

edilecek bir husus ve incelenecek bir husus mudur, yoksa verilen ilk mahkeme kararı bu yönden kesinleşmiş midir? Bunu öğrenmek isterim, teşekkür ederim.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Teşekkürler, buyurun.

SALONDAN- Şimdi efendim, gayet kısa bir somut örnekle müvekkilim, davanın sonucunu sorduğunda dedim ki istinaf mahkemesine gitti. Nihayet mahkemeler insafa gelmiş demek ki dedi. Şimdi bir konu var, sadece bu tefhim veya tebliğ konusu, Seracettin Başkanın çok önemli bir deyişi oldu. Dedi ki: “Biz mahkemelerin iş yoğunluğu nedeniyle bilahare gerekçeli karar yazılmak üzere olan gerekçesini kabul etmiyoruz” anlamında bir şey söyledi. Şimdi biz daktilo çocuklarıyız, yani biz kes yapıştır dönemini pek yaşayamadık. Benim hatırladığım kadarıyla 40 yılı aşkın olan mesleki yaşamımda bir defa gerekçeli kararın gerekçesini yazan bir hâkimi hatırlıyorum. Şimdi günlük olarak bir hâkim meslektaşımızın kalkıp da isyan etmesini, iş yoğunluğu ne demektir diye anlatmasını bekledim, ama demek ki pek yok. Şimdi duruşma listelerini gördüğümüzde özellikle iş mahkemelerinde 50’den aşağı olanı yok. Şayet gerekçesini yazmaya çalışıyorsa, bir sayfadan ibaret olan karar da yok ve ister istemez bu meslektaşımız haklı bir gerekçeyle diyor ki gerekçesi bilahare açıklanmak üzere, iş yoğunluğu nedeniyle yazmak zorunda kalıyor. Gerçi bu da kes yapıştır bir kelime, ama hakikaten de ben ilk Şahin Başkana bu soruyu sorarken de aynı şeyi sordum. Burada kısa kararda tüm gerekçelerin açıklanması, açıklansa dahi o kadar kısa sürede 50 duruşmanın zaman aralığında, yani bir duruşmaya iki dakika düşen bir sürede gerekçeleri ne olursa olsun bütün davalardaki gerekçelerin iki dakikalık veya üç dakikalık veya azami beş dakikalık süre içerisinde yazılacağı kanısında değilim. O halde benim kanaatim: Kısa kararın gerekçeli karar olduğu düşüncesinde veya kanaatinde değilim. Bu konudaki yorumlarını tekrar Şahin Başkan yaparsa, teşekkür ediyorum.

SALONDAN- Efendim, biz uygulayıcılar genelde zamandan çok şikâyet ettiğimiz için biz bürolarımızda ‘daha sonra atlarız, süre tutum dilekçesi verin, ancak detaylı yazın, hak kaybı olmasın’ diye genelde dilekçelerimizi, çok detaylı istinaf başvurularımızı yazıyoruz, ama sonuç kısmına da diyoruz ki gerekçeli kararın tebliğinden sonra vereceğiz, ama atlıyoruz, daha sonra vermiyoruz. Diyoruz ki zaten yeterlidir ve hiç cevap vermiyoruz. Bu durumda dairenin görüşünü merak ediyorum, teşekkür ederim.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Arkada iki arkadaş daha var, artık onlar da kalsın.

Av. EDA MUKANASGİL - Bildiğiniz üzere UYAP'tan artık gerekçeli kararlar yazıldıktan sonra sisteme atılıyor. Biz haliyle görüyoruz, eğer kalem bunu tebliğe çıkartmadıysa, kalem biraz yavaş çalışıyorsa ya da telefon açıyoruz, tebliğe çıkartın diyoruz, çıkartmıyorlar. Avukat Hanım, dilekçe verin diyorlar. Biz de haliyle gerekçeli kararı ekranda görüp bir dilekçe veriyoruz, taraflara tebliğini istiyoruz. Bir (yanlış hatırlamıyorsam) Anayasa Mahkemesi kararı görmüştüm. UYAP üzerinden gördüğüm farz edilerek sürelerin kaçırıldığına yönelik benim gerekçeli kararı görüp ekranda avukat olarak bir talep dilekçesiyle bana kararı tebliğ edin dedikten sonra 8 günlük süre başlar mı, yoksa fiziki anlamda bana kararın gelmesi gerekir mi? Çünkü ben o an dilekçeyi göndererek aslında o kararı görmüş sayılıyorum. Ben bunu öğrenmek istiyorum.

Av. EMEL ÜNER (İstanbul Barosu) - Ben önce değerli hukukçulara ve değerlendirmelerine teşekkür ediyorum. Şimdi benim de meslek hayatım epeyce uzun sürdü ve bu süre içerisinde bir tek bildiğim şey var, basit usule tabidir iş mahkemelerindeki yargılamalar ve tefhimden itibaren başlar temyiz süresi ve siz davanızı açtığınız, devam ettiği yargılama süreci içerisinde bütün kanıtlarınızı karşı tarafın beyanlarını bilirsiniz ve davanızın hangi sebepten reddedildiğini de bilirsiniz. İş hukuku son derece içtihatları değişen, benim dalgalı denize benzettiğim bir sistem içerisinde. Onun için asıl olan müvekkilinizin hukukunu garanti altına almaksa, hakkı şekilden önce tutup daha esaslı bir şekilde korumaya yönelikse, o zaman ben kendi adıma kesinlikle gerekçeli kararın bana tebliğinden itibaren süre tutumu başlatmayacağımı ve bu konudaki görüşümü beyan etmek istiyorum. Çünkü tefhimle birlikte bana davamın reddi ve hakkımın var sayılmayacağı hususu tebliğ edilmiş sayılır, tefhimle tebliğ edilmiş sayılır. O tarihten itibaren ben gerekçeli karar bana tebliğ edildikten sonra gerekirse temyiz veya istinaf gerekçelerimi yapacağım, ama esaslı bir şablon içerisinde esasa, usule, yasaya, yerleşen uygulamaya ve dosya kapsamına deyip, genel şablon içerisinde bütün itiraz nedenlerini kalıp kalıp belirtmekle müvekkilimin hukukunu ve esasa yönelik bütün hakkı korumuş olurum. Gerekçeli karar bana tebliğ edildikten sonra da gerekçeli temyiz nedenlerimi bildiririm. Bu itibarla değerli meslektaşımın, değerli hukukçunun süre başlamıştır, zaman da yürüyor dediği nokta budur. Eğer hak korunma altına alınacaksa tefhimle birlikte 8 gün içerisinde süre kesimin mutlak surette verilmesi taraftarıyım. Saygılar efendim.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Evet, değerli katılımcılar, son söz Şahin Beyde, buyurun Şahin Bey.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı) - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Önce şurada birkaç yazılı soru daha vardı, önce Sayın Başkanım Mehmet Çamur Beyin açıklamasından bahsetmek istiyorum. Diyor ki soru üzerine bir konu eksik kaldı. Doğru, soru şöyleydi: İslaha karşı zamanaşımı ileri sürüldüğünde takdiri indirim yaptık diyerek, bunu bertaraf edebilir mi? Bir ret vekâlet ücretinden kurtulabilir mi? İslaha karşı zamanaşımı defi ileri sürüldü. Gerçekten alacağın varsayalım ki 5.000 TL bu suretle zamanaşımına uğradı. Şimdi alacağın tamamına baktığımızda bu alacak varsayalım 30.000 liraydı, indirim yapıldığında zaten 5.000 lira indirim kapsamı içinde kalıyor. Biz bunu takdiri indirime sayalım, zamanaşımına uğrayan kısım yoktur diyemeyiz. İki ayrı kavramlar. Zamanaşımına uğrayan kısım bakımından ret kararı vereceğiz ve ret vekâlet ücreti olacak, takdiri indirim bundan tamamen bağımsız bir durum. Zira zamanaşımına uğramayan toplam alacak belirlenecek en son indirim hususu gündeme gelecektir. Benim sözünü ettiğim ilk durum şuydu: İslahtan sonra zamanaşımı defi ileri sürülmüşse, bu zamanaşımı definin sonuca etkili olup olmadığına şöyle bakmamız lazım: Dava dilekçesinde istenen rakamı bir tarafa koyuyoruz. İslah üzerine zamanaşımına uğrayan kısmı bulduk. Dava dilekçesinde talep edilen rakamın altında kalıyorsa, bu zamanaşımı definin sonuca etkisi olmadığını kabul ederek karar vermemiz gerekiyor. O yüzden Sayın Başkanım, bu uyarınız için teşekkür ediyorum.

Av. Recep Kuram'ın galiba bir açıklaması var. Belirsiz alacak ek bedel arttırımı, islah böyle şifreli gibi yazmış arkadaşımız, ama anlıyorum ben, istinaftan sonra islah yapabilir miyiz? Söylediği şey şu: Bir defa istinafta islah yasak durumlar halinde sayılmıştır. Yani istinafta islah yapamazsınız. Çok kesin bir şekilde yasa koyucu bunu yasaklamış ancak talep arttırımı islah değildir. Yasa koyucunun islahı yasaklamasının temel bir mantığı var. Dar anlamda bir istinaf sistemini benimsemişiz, geniş anlamda değil. İstinafta tekrar tutup yargılama yapamayalım, yeni delil ikame ederek o deliller üzerinden inceleme yapamayalım diye bu islah sınırlaması getirilmiştir, ama pekâlâ bir belirsiz alacak davasıysa, faraza koşulları varsa, istinafta açtığımız duruşmada gerçek rakamı belirlediğimiz takdirde buna pekâlâ talep arttırım yapılabilir diye düşünüyorum, ama henüz uygulamasını yapmadık, onu da söylemeliyim.

Av. Ülkü Dönmezer'in bir sorusu var: İşe iade davası sonrası işçi işe davette samimiyetle ilgili işçi işverene cevaben "ben başka işte çalışıyo-

rum, ihbar sürem var, onu beklemeniz lazım” derse samimi olur mu? Bu iyiniyetli bir yaklaşımdır, işçinin amacının işe dönmek olduğu anlaşılıyor. Ancak diğer işverene de ihbar tazminatı ödeme yükümünün doğmasını istiyor. Esasen işe iade yargılaması uzun zamana yayıldığı için işçinin bu arada başka iş bulması kaçınılmaz olmaktadır. İşçinin ihbar öneli tanınmasına imkan sağlanması işveren bakımından da yerinde bir davranış olur. Ancak işverenin buna zorlanması düşünülemez. Başka bir anlatımla işveren işçinin diğer işverene ihbar öneli tanınmasına müsaade etmeyebilir. Bu taktirde işçinin belirlenen sürede işe başlaması gerekmektedir.

Saim Hocam az önce bir şey söylemişti: “Özellikle uluslararası hukukta, bizim mehzaz kanunlarımızın uygulandığı hukuklarda ilk derece mahkemesi ve istinafın kararı aynı mahiyetteyse, ikisi de maddi vakaları aynı sonuca bağlamışlarsa, miktar değer 500.000 lira da olsa, ne kadar olursa olsun buna asla yüksek mahkeme, Yargıtay hiçbir suretle girmez. Bu öyle kesinleşir, ama bunun dışında eğer ikisinin arasında bir farklılık varsa, ilk derece bir şey söylemiş, istinaf başka bir şey söylemişse, miktar değer önemi de olmaksızın işte bu çelişkiye dokunur yüksek mahkeme” dedi. Bizim mevzuatımız buna tam uyumlu değil bu şekliyle, ama bence çözüm güzel bir çözüm, onların deneyimlerinden yararlanmamız gerektiğini düşündürebilir bize.

Şimdi Av. Dilek Yurttaş diye almışım ismi, kanun yoluna istinaf temyizse, doğrudan temyize gitmeli mi? Soru şöyleydi yanılmıyorsam: Şimdi mahkeme, ilk derece mahkemesi istinaf kanun yolunu yanlış göstermiş. Aslında temyiz olmalıymış, çünkü karar daha önce bir bozma görmüş, ‘Yargıtay’a bulaşma’ diye bir tabir vardı orada, bulaşmış gelmiş. O zaman artık bu Yargıtay’a gidecek 20 Temmuz sonrası olsa bile, böyle bir aşamadan sonra yanlışlıkla mahkeme 20 Temmuzdan sonra verdiği için “istinaf kanun yolu açık olmak üzere” demiş. Şimdi sizin yaptığınız işlem temyizse, bana göre mahkemenin bunu Yargıtay’a göndermesi lazım. İstinafa ben mutlaka burada istinaf dediğim için istinafa gönderiyorum diye bir uygulama yaparsa biraz zaman kaybı olur, ama istinaf olarak biz bunları HMK 352’ye göre gelir gelmez karara çıkarıyoruz. Diyoruz ki; verdiğimiz kararlarda bu istinaf değil, temyiz kanun yoluna tabi olduğu için doğrudan bu işlem ikmal edilmek üzere mahkemesine iadesine diyoruz, mahkeme Yargıtay’a gönderiyor. Aynı şeyi Yargıtay’ın verdiği kararlarda da gördüm birkaç kez, istinafa tabi olduğu halde yanlışlıkla temyiz dediği için taraf da temyiz yoluna başvurmuş, Yargıtay’a gitmiş. Yargıtay diyor ki: “Benim bakma yetkim yok, istinafa gönder” diye geri çeviriyor. Burada bir hak kaybı olmaz diye düşünüyorum.

Av. Hacer Tuna Hanım ret durumundan ve ret vekâlet ücretinden bahsetti. Şimdi öncelikle sorunun içinde şöyle bir soru vardı, öyle söyleyeyim: Reddedilen kısım 3.110 liranın altındaysa, kanun yolu başvuru hakkım olacak mı? Evet, hakikaten davacının istinaf kanun yoluna başvurusu bakımından reddedilen kısmın miktarına bakıyoruz biz, kabul edilen kısım davalı bakımından geçerli, reddedilen kısım bakımından 3.110'un üzerindeyse, bu kanun yolu başvuru hakkı var, ama bu 3.110 liralık rakam içerisine ret vekâlet ücreti, faiz, masraflar dahil değil. Varsayalım ki sizin için reddedilen kısım bu rakamın altındaysa, istinaf hakkınız olmadığı için aleyhinize karar verilen vekâlet ücreti 10.000 lira da olsa bu konuda istinaf başvurusu yapılamayacaktır bu örnek üzerinden bakıldığında.

Av. Eda Hanım şimdi şöyle söylüyor: "Gerekçeli kararı görüp ekrandan", ona az önce cevap verdiğimi hatırlıyorum. Ekrandan görmüşse, acaba tebliğini beklemeli miyim, ama gördüğüm üzere hemen bu işlemi yapmalı mıyım? Benim düşüncem temyiz gibi çok önemli ya da istinaf gibi bir kanun yolu süresini başlatan durum için yasa koyucu özel bir düzenleme yapmışsa, bunun da adı tebliğse, o tebliği beklemek lazım. Bu 7201 sayılı Kanuna göre tebligat bir şekilde haberdar olmuşsa tebliğ yerine geçer hükmü gibi değerlendirilemez. Orada onu gördün ya, o zaman senin süren geçti diye sınırlandırmak çok doğru olmaz diye bu somut olaya özgü düşünüyorum.

Sayın Başkan, bir iki şey daha var, onları da çok kısa cevaplamaya çalışacağım. Şevket Günay Bigat'ın bir sorusu vardı: 8 gün istinaf, ara kararındaysa, bazı ara kararlarınızda mahkeme genelde o ara kararın ikmali için iki hafta süre veriyor. 8 gün istinaf az değil mi? Tabii bunu kanun koyucu böyle öngörmüş. Değiştirilmesi dersiniz doğrudur, böyle bir model var. İş Mahkemeleri Kanununda artık bütün bu süreler iki haftaya gelecek ve kanunyolu süreleri HMK hükümleri ile benzerlik gösterecek. Şöyle bir sorun da var iş yargılamasında, istinaf veya temyiz süresi 8 gün, katılma yoluyla diğer taraf da bu hakkını kullanırsa başvuru süresi 2 haftadır.

SALONDAN- O konuda bu sıkıntı gideriliyor.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı)- Evet, çok doğru, Sayın Başkan hatırlattı. Dedi ki: "Tefhim ve tebliğ arasındaki fark salı günü görüşülmeye başlanacak olan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı yasalastığı takdirde ortadan kalkacaktır" Çünkü her daim tebliğden itibaren temyiz ve istinaf süreleri başlayacaktır. Aynı

zamanda bu 8 gün, iki haftalık karışıklık ortadan kalkacaktır. Her daim istinaf süresi iki hafta olacaktır ve temyiz süresi de bir ay olacaktır. Bu ayırım da ortadan kalkıyor, belki bu sorunlar aşılmış olacak.

Bilemiyorum atladığım oldu mu? Mahmut Beyin sorusunu cevapladım mı? Cevaplamadım galiba, ona da cevap veriyorum. Şimdi “hukuki nitelime yanlış yapılarak bir geri çevirme kararı var. Yani istinaf açıkça yanlış bir karar verdi, ama kesin, buna karşı bir yol yok mu” diye söylüyor. İşte maalesef temyiz yolu yok. Kapalıysa, maddi hata konusuyla, itirazıyla kısmen bunu çözmemiz mümkün olabilir diye düşünüyorum. Sabrınız ve dikkatiniz için tekrar çok teşekkür ediyorum.

HALİL ÖZDEMİR (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı) - Sayın Şahin Beye çok teşekkür ediyoruz doyurucu açıklamaları için, sabahki oturumumuzu burada sonlandırıyoruz. Öğleden sonraki oturum saat 14.00’te başlayacak, teşekkürler.

ARA VERİLDİ

2. OTURUM

İŞ YARGISINDA ARABULUCULUK

SUNUCU- Toplantımızın 2. oturumuna başkanlık yapacak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mehmet Çamur, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*” başlıklı tebliğini Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı Sayın Hakan Öztatar sunacak olup, “*İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” başlıklı tebliğini Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Talat Canbolat sunacak olup, “*İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk*” başlıklı tebliğini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Gülsevil Alpagut sunacaktır.

MEHMET ÇAMUR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

Değerli arkadaşlarım, hepinize saygılarımı sunuyorum. Öncelikle bu güzide topluluğu bu şekilde toplantıya davet eden İstanbul Barosu İş Hukuku Komisyonu ile Galatasaray Üniversitesine tekrar teşekkürlerimi arz ediyorum. İş hukukuna 21. toplantıyla, sırf toplantılar değil, birçok sunumlar ve akademik katkılarda katkıda bulunan özellikle Galatasaray Üniversitesine ve Murat Engin Hocama teşekkürlerimi özellikle iletiyorum. Ben Bakırköy’de kürsüdeyken kendisiyle tanışma şerefine nail oldum. Kürsüdeyken büyük katkılarda bulundu, ufkumuzu açtı ve Murat Hoca sayesinde diğer akademisyenlerle de bir araya geldik. O birlik-telik hâlâ devam ediyor, bu açıdan tüm akademisyen arkadaşlarımıza teşekkür ediyorum.

Türk iş hukukunun bir dönüm noktası olacak İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısına ilişkin görüşmelerde bulunacağız. Biz bu tasarıyı HMK’nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de 9. Hukuk Dairesi olarak gündeme getirmiştik. Ancak o dönemde HMK’yı halledelim, sonra bakarız şeklinde bir yaklaşım oldu yıllar önce, ancak bu aşamaya geleceği belliydi. Çünkü HMK’yla iş yargılaması birçok konuda farklılık arz eden ve çatışan bir haldeydi. Bu sorunun da bu şekilde çözüleceğini düşünüyorum.

İş Mahkemeleri Kanunu tasarısındaki birçok konu HMK'yla ilgili problemleri çözecek. Sabahki oturumda belirttim, önerge temyiz süreleri, yargılamanın basit yargılama olarak netleştirilmesi ve HMK'ya atıflar birçok sorunu bu anlamda teknik olarak çözecek. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının peşinde ve içerisinde bu tasarıyla bağlantılı olarak arabuluculuk, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi ve işe iadeye ilişkin düzenlemeler de mevcut. Bu düzenlemeler İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı içinde yer almalı mıydı? O teknik olarak ayrı bir sorun, ayrı bir konu, ancak kanunun genel gerekçesine baktığımızda uyum sağlama amacıyla yapıldığı şeklinde bir gerekçeler hazırlanmış, yüce Meclise sunuldu. Yanlış bilmiyorsam salı günü görüşmeler başlayacak komisyonlarda, tabii bu komisyonlarda da değişiklikler olabilir. Akademisyenlerin, uygulayıcıların katkıları mutlaka olacaktır. Çünkü komisyondaki arkadaşlar da bu konuyu ciddiyetle ele alıyorlar, sonuçlar nasıl çıkacak, şu anda bilemiyoruz.

Bu oturumdaki konumuz iş yargısına çok büyük bir etki edecek, cumhuriyetin kuruluşundan beri oluşan uygulamayı birçok açıdan etkileyip değiştirebilecek arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık yollarının çözüm yolları, dava şartı haline getirilmesini Sayın Hocam sunacak ve zorunlu arabuluculuğa ilişkin görüşlerini Sayın Alpagut Hocam sizlere aksettirecek. Tabii öncelikle tasarımı hazırlayan Adalet Bakanlığının Arabuluculuk Daire Başkanlığı olarak görev yapan kardeşimiz Değerli Hâkim Hakan Bey buradaki bu topluluğa -ki bu topluluktaki anlatılanların Türkiye çapında yayılacağını ben biliyorum- Bakanlığın düşüncelerini, gerekçeleri ve temel felsefesini ortaya koyacaktır diye düşünüyorum. Ben öncelikle sözü Hakan Beye bırakıyorum Sayın Başkan, şimdi kural olarak şunu da arz edeyim yüce topluluğa: 1.5 saatlik bir süremiz var, üç konuşmacımız var. Biz 1.5 değil, 15 saat konuşsak bu işi devam ettiririz. Kural olarak yarımşar saat süremiz var, ancak bunu aşacağımız kesin, o konuda hiç şüphemiz yok. Tüm konuşmalar bittikten sonra soruları alıp, değerli yargıçlara, değerli avukat arkadaşlarımıza, sayın hocalarımıza görüşlerini sunmaları için fırsat tanımayı düşünüyoruz. Bu toplantı saatinde biter mi? Bence bitmez, ama keyifle de dinleyeceğimizi ve paylaşacağımızı biliyorum. Sayın Başkanım, öncelikle sözü size bırakıyorum.

HAKAN ÖZTATAR

Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı

Çok Değerli Yargıtay'ın Daire Başkanımız, çok değerli Yargıtay üyelerimiz, başkanlarımız, çok değerli katılımcılar; hepinizi ben Adalet Bakanlığı adına saygıyla selamlıyorum.

Tabii burada olmaktan dolayı çok mutluyum arkadaşlar, böyle güzide bir topluluğa hitap etmekten dolayı çok mutluyum. 4 yılı geçti benim Arabuluculuk Daire Başkanlığım, belki 500'ü geçkin konferans yaptım, ama herhalde bu kadar kalabalık en azından bana böyle gözükten bir konferansta konuşmak ayrı bir zevk gerçekten. Sürecin nerelere geldiğini de gösteriyor esasında, sonra bundan da bahsedeceğim. Tabii bakan olarak biz ne düşünüyoruz, hükümetimiz ne düşünüyor bu konuda, bu konudan da bahsedeceğim arkadaşlar.

Bir kere arkadaşlar, şu andaki hükümetimizin orta vadeli planında Adalet Bakanlığımızın stratejik planında 2019 yılına kadar arabuluculuk sürecinin Türkiye'de gelişmesi var. Bu hükümetimizin de, bakanlığımızın da etkin bir politikası, stratejik planımızda, eylem planımızda olan bir konudan bahsedeceğim size şu anda, yani bu konu bizim için, Adalet Bakanlığı için çok önemli bir konudan bahsedeceğim, yani arabuluculuk konusundan bahsedeceğim.

Daha öncesinde ben de 18 yıllık hâkimim, 7 yıldır bakanlıktayım, daha önce hâkimlik yaptım, binlerce karar verdim. Neydi benim amacım? Benim amacım insanların, bana gelen insanların davacı ve davalının bir an önce adalete erişimini sağlamaktı. Avukat arkadaşlarımızın amacı neydi? Onlara başvuran faydalanıcıların bir an önce adalete erişmelerini sağlamaktı. Esasında hepimizin tek bir amacı vardı, oraya başvuranın da tek bir amacı vardı: Adalete erişim amacı.

Peki, bu adalete erişim hakkı anlamında baktığımızda ne yazık ki Adalet Bakanlığımızın politikası anlamında şu ana kadar biz hep tek kapılı adliye sistemiyle geldik. Nedir o? Yani bir davacı veya davalı geldiğinde sadece adliyeye girdiğinde bir tek kapı var: Mahkeme kapısı, hâkim kapısı. Başka bir kapı yok. Oysa modern dünyaya baktığımızda modern dünyanın tek kapılı adliye sisteminden çok kapılı adliye sistemine geçtiğini görüyoruz. Nedir çok kapılı adliye sistemi? Yani bir davalının, bir vatandaşımızın adliyeye girdiğinde sadece ona dava yolunu

göstermemek lazım, ona belki uyumsuzluğunu daha iyi çözebilecek, belki adalete daha iyi kavuşabileceği bir hakkı da vermek gerekiyordu. İşte şu anda ne yapıyoruz arkadaşlar? Biz çok kapılı adliye sistemine geçiyoruz esasında, baktığımızda adalet sisteminde çok büyük bir değişikliğin şu anda arifesindeyiz. Nedir o çok kapılı adliye sistemi? İşte giren vatandaşımız o adliye sisteminde benim uyumsuzluğumu arabuluculukta çözmek istiyorum dediğinde ona bir arabuluculuk kapısı, tahkimle çözmek istiyorum dediğinde ona bir tahkim kapısı, sulhla çözmek istiyorum, 35.a'ya ulaşmak istiyorum diyorsa, o kapıların da açık olması gerekir. Bu kapılar içerisinde esasında dava kapısının en son çare olması gerekir Dava kapısının en son açılacak olan kapı olması gerekir. Neden? Çünkü hâkimlik yaptık, sizler avukatlar olarak devam ediyorsunuz, süreçte şunu yaşamadım arkadaşlar: Ben hukuk davasında karar verdikten sonra davacı ve davalı şunu demedi: *“Bakın, Hâkim Bey ne kadar güzel verdi, Yargıtay içtihatlarına uygun, işte Avrupa içtihatlarına uygun bir karar verdi. Gel kardeşim, şurada bir kucaklaşalım, bu iş burada bitti”* denilmiyor. Ne oluyor peki? Mahkeme sürecinde bir taraf kazanırken bir taraf kaybediyor. Bazen iki taraf da kaybediyor. Kaybet-kaybet veya kaybet-kazan prensibi geçerli ve Avrupa'ya gittiğimizde bize şunu söylüyorlar: *“Mahkemelerde husumetler bitmez”* diyorlar. Bakın, mahkemelerde husumetler bitmez. Hâkimken ben bunun farkına varmadım, ben karar veriyorum ve bu husumet bitiyor zannediyorum. Oysa ne oluyor? Görüşeceğiz, daha bunun istinafi ve Yargıtay'ı var. Yargıtay'dan sonra ne oluyor peki? Belki dışarıda kavga ediyorlar. Çoğu zaman bugün mesela vardır arkadaşlar, çok korkunç bir şey, Denizli'de boşanma davasından sonra 3 ölü 1 yaralı, bakın, boşanma davası, hukuk davası ara karar verilmiş ve sonra olaylar olmuş. O zaman modern dünya diyor ki: *“Dava yolunda husumetler bitmiyor”* Sorunu çözüyoruz, hukuk dünyası içerisinde karar veriyoruz, bitiyor, ama husumet bitmiyor. Modern dünya: *“O zaman dostane çözüm yöntemlerini ben devlet olarak teşvik ederim”* diyor. İnsanlar neden kavga etsin, neden husumet etsin? Onların bir yolu bugün bahsettiğimiz arabuluculuk, dostane çözüm yöntemi, dünyadaki adı bu, dostane çözüm yöntemi. Neden? Çünkü arabuluculuk sürecinde hem sorunu hukuken çözüyoruz, hem de taraflar kucaklaşıyor, barışıyor ve sorunu tamamen hallediyorlar. Yani arabuluculuğun dava yolundan üstünlüğü bu anlamda arkadaşlar, daha faydalı olması sebebi hem sorunu çözmesi, hem husumeti çözmesi davada elde edemediğimiz bir sonuç. O halde modern dünya diyor ki: *“Önce ben bunu teşvik edeceğim”* ve biraz sonra belki söyleyeceğim, teşvik yöntemleriyle bunu teşvik ediyor. Bakın, biz Fransa'ya gittik. Çok önemli bir şey, buradaki herkese

şimdi söyleyeceğim. Fransa'ya gittiğimizde idari yargıda arabuluculuk için gitmiştik. İdari yargı davaları Fransa'da 6 ayda bitiyor arkadaşlar ve harcı da yok. Ben dedim ki daire başkanı olarak *"biz arabuluculuk getireceğiz, azaltacağız diye düşünüyoruz. Siz 6 ayda bitiriyormuşsunuz, artı zaten harcı da yok, niye arabuluculuk? Niye bu kadar arabuluculuğa önem veriyorsunuz"* Dediler ki: *"Dava yolunda iki Fransız'dan birisi üzülüyor. Birisi kaybediyor, birisi kazanıyor. Arabuluculukta iki Fransız vatandaşı da kazanıyor. Neden bir Fransız vatandaşı üzülsün ki"* Şimdi buradaki herkes herhalde vatani sevir, milletimizi sevir, vatandaşımızı sevir, değil mi? neden bir Türk vatandaşı da üzülsün o zaman arkadaşlar? Fransız'ın dediği kadar biz ülkemizi sevmiyor muyuz, insanlarımızı sevmiyor muyuz, vatanımızı sevmiyor muyuz? Seviyorsak iki tarafın da kazanacağı yol varken neden onları bir tarafın kaybedeceği, yargı sistemi içerisinde husumetlerin arttığı bir yola sevk ediyoruz ki? Gelin onların barış içerisinde bir yolları varsa, bu yolu denemelerini sağlayalım arkadaşlar. Japonlar ne diyor peki? Uzakdoğu'dan bize benziyorlar, değil mi? Uzlaşma kültürü diyoruz, hep bahsederken Mevlana'dan bahsediyoruz, Yunus Emre'den bahsediyoruz, değil mi? Bizler bahsediyoruz, bu topraklarda bahsediyoruz. Ne diyor Japonlar? *"Biz davayı kazanmak istemiyoruz, karşı tarafla uzlaşmak istiyoruz"* diyorlar. Neden acaba? Davayı kazanmak istemiyorlarmış Japonlar, karşı tarafla uzlaşmak istiyorlarmış. Neden biliyor musunuz? Çünkü çoğu zaman davayı kazandığınızda bir şeyi kaybediyorsunuz, farkında değilsiniz. Neyi kaybediyorsunuz? O davalıyı kaybediyorsunuz. Kim o davalı, o cismani bir şey o davalı, biliyor musunuz? O davalı belki bugün konuşacağımız 10 yıllık senin işveren, belki o davalı senin kardeşin miras davasında, belki o davalı senin 10 yıldır iş yaptığın işadamı, belki o davalı 10 yıldır yaptığı beraber olduğun komşun, belki mahallelin, belki arkadaşın arkadaşlar. İşte Japonlar diyor ki: *"Biz uzlaşmak istiyoruz, onu kaybetmek istemiyorum, davayı kazanmak bana onu kazandırmıyor"* İşte arabuluculuğun felsefesi bu, bu topraklarda doğmuş bir kurumdan bahsediyoruz ve ne yazık ki yine gidip Amerika'dan aldığımız bir kurumdan bahsediyoruz, arabuluculuktan bahsediyoruz.

Peki, toplumda uzlaşma kültürü yok diyoruz. Tamam, ben de diyorum ki kabul ediyorum, bizim toplumda uzlaşma kültürü yok. Peki, toplumda uzlaşma kültürü yoksa bunu kabul etmek mi gerekir, uzlaşma kültürü olması için çabalamak mı gerekir? Hangisi daha yüce ve daha ulvi bir kavramdır; çabalamak mı, yok ya bırakalım, bizde uzlaşma kültürü yok, devam etsinler kavgaya mı demek? Herhalde buradaki herkes insanların uzlaşmasından, barışından, insanların helalleşmesinden mutluluk

duyar, değil mi? Hepimiz duyarız. Hepimizi ben sizler gibi görüyorum arkadaşlar, herkes önce kendine bakacak çünkü eleştirmeden önce, ben ne kadar vatanımı seviyorsam, milletimi, halkımı seviyorsam sizler de seviyorsunuz. Arabuluculuğun felsefesi bu, 4 yıldır bunu anlatmaya çalışıyoruz, çatışmadan sorun çözmeyi anlatıyoruz. Bakın, hukuk fakülteleri, burası da bir hukuk fakültesi, hukuk fakültelerinde bana bu anlatılmadı. Hâkim olarak ben çatışma çözmek üzere kürsüye oturduğumda bana çatışma çözme öğretilmedi. Bana beden dili eğitimi verilmedi, bana iletişim öğretilmedi, bana beden dili öğretilmedi. Biz arabuluculara şu anda bunları öğretiyoruz, empati yapmayı öğretiyoruz arabuluculara, kötü mü yapıyoruz arkadaşlar? Arabuluculuk eğitimi alan 15.000 insan var aramızda, beden dilini nasıl kullanacağını öğrenmesi kötü bir şey mi? Bakın, aileler bile kendi arasında arabulucumuz *“esasinda ben empati yapmayı öğreniyorum, eşimle daha iyi anlaşıyorum”* diyen avukat arkadaşlarımız var. *“Eşimi daha iyi anlayabilmeye başladım”* diyen insanlarımız var. Biz çatışma çözen hâkimler çatışma eğitimi almadan çözdük ve bize hukuk fakültelerinde tek taraflı eğitim veriliyor. Sadece çatışma çözme üzerine eğitim veriyor. Avukat olacaksın, hâkim olacaksın, tez, antitez, sen de sentez yapacaksın. Çatırdat ki onları iyice sen ortayı bulasın. Modern dünyada bir şey varmış, neymiş, biliyor musunuz? Uzlaşıyla da sorun çözülebiliyormuş arkadaşlar, anlaşarak da sorun çözülebiliyormuş. Bir masaya oturulduğunda da sorun çözülebiliyormuş meğer, ne yazık ki hukuk fakültelerine bu dersleri yeni yeni koyuyoruz, seçimler olarak arabuluculuk derslerini koymaya başladık. Size bugün bahsettiğim kurumu Afganistan'dan filan almadık, Pakistan'dan da getirmedi. 1970 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde bu kurum başlamış, 47 yıl önceki bir kurumdan bahsediyorum size, bir devlet için 47 yıl ne kadar uzun bir süredir biliyor musunuz, 47 yıl önce onlar başlamış Amerika, biz daha başlayalım mı, arabuluculuk olur mu, olmaz mı? Bunda ne sıkıntı var, şunun hakkı mı kaybolacak denilen kurumu 47 yıl önce başlamış, yarım asır önce, 1980'de İngiltere başlamış, 1990'da İtalya başlamış, Fransa, Almanya başlamış ve dünyada arabuluculuğun olmadığı bir kurum yok. İlginç bir şey size söyleyeyim mi? Türkiye'de arabuluculuk olmayacak. Bunu söyleyen arkadaşlarımız şuna inansınlar ki sadece ötelere arabuluculuğun gelmesini, çünkü size bugün bahsettiğim kurum ben bütün Avrupa'yı gezdim, Singapur'a gittik, Uzakdoğu'ya gittik ve en az 100 ulusta sempozyum yaptık, 1.000'e yakın belki yabancı uzmanları getirdik. Hepiniz dinlediniz zaten, dünyada pik yapan bir kurumdan bahsediyorum arkadaşlar, size arabuluculuk kurumundan bahsediyorum. İnşe geçen bir kurumdan bahsetmiyorum size, inşa

geçen bir kurumdan bahsetsem diyebiliriz ki Türkiye’de arabuluculuk olmaz, yer bulamaz, ama size pik yapan bir kurumdan bahsediyorum. Yani siz yarın Amerika’ya gittiğinizde göreceğiniz kurumdan bahsediyorum, Avrupa’ya gittiğinizde göreceğiniz kurum, size anlatacakları kurum arabuluculuk arkadaşlar.

Peki, neden bu dünyada arabuluculuk bu kadar pik yapıyor, nedir bunun hikmeti, sırrı ne? Arkadaşlar, konuşmama nasıl başladım? Amacımızla başladım, amacımız adalete erişim. Peki, yargı sürecimiz var, değil mi? Peki, yargı sürecinde en iyi işleyen dünya uygulamalarına baktığınızda arkadaşlar, yargı süreci sizi 200 günle 400 gün arasındaki bir zaman dilimine getirir. Neden? Çünkü yargı sürecinde dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap, ikinci cevap, tanık dinlenecektir, keşif olacaktır, bilirkişi dinlenecektir, hatta hatta hâkimin hüküm vermesi 15 günlük zaman dilimine tabi arkadaşlar, demek ki burada bizi 200-400 günlük bir süre bekliyor. Peki, arabuluculuk niye böyle pik yapıyor? Çünkü arabuluculuk süreci arkadaşlar, bir günde ve çoğu zaman bir günden daha az bir zamanda çözümlenir. Bizim şu anda çözdüğümüz 14.000 uyuşmazlık, yüzde 93’ü bir günde ve bir günden daha az bir zamanda çözümlendi. Diyebilirsiniz ki acaba burada bir sıkıntı mı var? Tamam, İngiltere’ye gidin arkadaşlar, CDR, isim de veriyorum, girebilirsiniz sitelerine, CDR yılda 10.000 arabuluculuk çözen bir özel arabuluculuk merkezi, 240 milyar dolarlık bir portföyü var. Uyuşmazlıkların yüzde 85’ini bir günde ve bir günden daha az bir zamanda çözüyorlar. Peki, o da olabilir. İngiltere Anglosakson kültürü, bunlar çok uzlaşmacı adamlar, falan diyebiliriz. Singapur’a gidelim arkadaşlar, Singapur’daki bütün uyuşmazlıklar arabuluculukta 3 saatte bitiyor.

Peki, şimdi adalete bir günde erişim hakkı varken neden insanlarımızı 200-400 gün arasındaki uyuşmazlığa sokalım ki? Gelsin denesinler, anlayamıyorlar mı? Dava yolunu kapatmıyor ki arabuluculuk, arabuluculuk iradi değil ki arkadaşlar, istediğin anda çekip gidebilirsin, istediğin zaman da anlaşamayabilirsin, anlaşma zorunluluğu da yok, senin dava yolunu kapatmıyor ki dava orada duruyor. Ben ne dedim? Dava en son çaredir. Çözemedin mi dostane şekilde? Mahkememiz de orada, hâkimimiz de orada, yargılamamız orada, dünyada hiçbir ülke de kapatmamış, her tarafta duruyor. Şu anda uyuşmazlıkların yüzde 98’e yakını alternatif çözüm yöntemleriyle, bunun da yüzde 65’ini arabuluculukta çözen Amerika’da da mahkemeler duruyor, hâkimler orada duruyor arkadaşlar, orada hâkimle arabuluculuk yapmaya başlamış, farklı sistem-

ler var. Bunun şu anda zamanı değil, ama anlatırım size farklı ne gibi sistemler olduğunu.

Şimdi o zaman arabuluculuk burada önem kazanmasının en önemli şeyi adalete hızlı şekilde erişim, bugün bir günde sorunu çözmek anlamında önemli arkadaşlar. İkinci olarak neden arabuluculuk önemli? Dostane şekilde sorunu çözme ve ilişkilerin devamı. Bu da önemli, kazan-kazan yöntemiyle sorun çözülüyor. Burası çok kalabalık, belki dinlemeyenler var diye balıkçı hikayesini anlatacağım. Belki yarısı dinlemiştir benden, ama yarısına anlatacağım arabuluculuğun esasında özünü anlattığı için. İrlanda'da bir balıkçımız var. Balıkçımız fakir bir balıkçı, çıkıyor denize açılıyor. Oltasını atıyor, atılan oltaya bir şişe takılıyor. Şişeyi açıyor, klasik biliyorsunuz şişenin içinden cin çıkıyor: *"Dile benden ne dilerse? Beni kurtardın, yıllardır bunun içinde esaretin altındaydım bu şişenin, ama bil ki tek bir hakkın var. Birden fazla talebini kabul etmem, ona göre iyi düşün ve gel"* diyor. Bizim balıkçımız gidiyor eve, ilk önce annesiyle karşılaşıyor. Annesine diyor ki: *"Anneciğim, böyle böyle bir şeyle karşılaştım. Tek bir dileğim var, ama nasıl yapacağımı bilemiyorum"* Annesi doğuştan gözleri ağma birisi ve diyor ki: *"Yavrım, biliyorsun benim gözlerim doğuştan ağma, hep bugünleri bekledim. Şu dünya gözüyle dünyaya hayatında bir güzellik göremedim. Lütfen bu dileği benim için kullan"* Orada annesinin yanından çıkıyor, eşinin yanına gidiyor. Eşine durumu anlatınca eşi de diyor ki: *"Biliyorsun bizim çocuğumuz olmuyor ve yıllardır ben çocuk hasretiyle yanıp tutuyorum. Lütfen bu talebini benim için kullan"* Tabii balıkçı arada kalıyor, ama toplumun yapısı biraz daha anneye meyilli bir toplum yapısı, acaba bu dileği anneme mi kullansam, eşime mi kullansam derken kime gidiyor? Bir arabulucuya gidiyor. Kime gidecek? Başka gidecek bir yeri yok herhalde, arabulucuya gidiyor. Arabulucuyla görüştükten sonra zamanı da beklemeden cinin karşısına çıkıyor ve diyor ki cine: *"Annemin torunlarını görmesini istiyorum"* Evet, çoğu zaman uyuşmazlık yaşadığınızda işçi-işveren olabilir, komşular arası olabilir, her zaman iki tarafın kazanacağı bir yöntem vardır arkadaşlar, çünkü arabuluculuğun en önemli özelliklerinden birisi esasında esnek olması, binlerce çözüm bulabilmeniz, oysa ben mahkemede sadece üç tanesine çözüm bulabiliyorum. Ya davayı reddediyorum, ya kısmen reddediyorum ya da kabul ediyorum. Oysa arabuluculukta hiç aklımıza gelmeyen binlerce çözüm yöntemi var. Bakın, Türkiye'de bile oldu. Antalya'da bir turist ailenin çocuğu yaralandı spor aletlerini kullanırken, arabulucuya gittiler. Bizim Antalya'da daha yeni arabuluculuk süresinde nasıl anlaştılar, biliyor musunuz arkadaşlar? Otel 5 yıl boyunca İngiliz aileye deniz gören manzaralı bir odayı bir hafta boyunca ücretsiz

tahsis etti, bunun karşılığında onlar davalarından vazgeçti. Bunu mahkemede elde etme şansımız var mı? Yok.

Peki, geldik biraz da tabii Talat Hocam çok bahsedecek, bir 10 dakika kaldı herhalde, ama ben biraz işçi davalarına neden arabuluculuk getiriyoruz, ona geleyim. Şimdi işçi-işveren davaları Türkiye'nin gerçekten çok ciddi sorunlarından birisi, ortalama 434 gün gibi bir ortalama-dan bahsediyoruz iş yargısında. Peki, biz ne zaman açıyormuşuz iş yargısında şu an 14.000 uyuşmazlığı? Bir günde ve bir günden daha az bir örnek. Biz bunu kamu spotu da yaptık. Gerçek örnek, bilmiyorum Avukat Hanım buradaysa kendisi anlatsın. 2011 yılında işçi kardeşimiz dava açıyor. 2015 yılında usulden bir ret kararı var Yargıtay'ın, 2016 yılında bizim kamu spotlarımızda böyle arabuluculuğu anlattığımızı işçi duyuyor. Bakın, kaç yıl sonra duyuyor işçi? 5 yıl sonra. İşçi diyor ki avukata: *"Esasında bakın, 5 yıldır ben de bir şeyler söylemek istiyorum, içimde bir şeyler kaldı, şu işverene bir şey söylemem gerekir, duygularımı bir ifade etmem gerekir. Arabuluculuk varmış, bir araya gelelim"* Arabulucuda bir araya geliyorlar 2016 yılında, iki saatte anlaşılıyorlar, ertesi gün işveren hakkını işçinin yatırıyor. Şimdi işçinin 5 yıldır bekleyen bir süreçte bu kadar kısa zamanda adalete erişimini sağladık.

Peki, esas ne arkadaşlar? Bakın, iddia ediyorum, burası belki tarihi bir toplantı olacak. İnşallah İş Kanunu çıktıktan sonra göreceksiniz, diyelim ki 400.000 dosya varsa işçi ve işvereni biz o masaya oturtduğumuzda belki yüzde 10'u, yüzde 15'i, yüzde 20'si şöyle konuşmalar geçecek: Esasında biz birbirimizi yanlış anlamışız. Demek sorun buymuş, öyle mi? Neden? Duyguları konuşuracağız orada arkadaşlar, işçi ve işveren duygularını konuşacak. Sen bana şöyle şöyle yaptın. Öyle mi, benim haberim yoktu bundan, belki ustabaşı yanlış davranmış sana, benim haberim yoktu, ben seni kaybetmek istemiyordum diyecek ve belki o yüzde 10-15'lik taraf işçiye diyecek ki işveren esasında aramızda sorun yok, gel yeniden benimle çalışmaya devam et diyecek. Bunu mahkemede sağlayabilir miyiz? Sağlayamayız, ama bunu göreceksiniz, çünkü arabuluculuk sürecinde arabulucunun tılsımı ne? İletişim. Bakın, bugün davalarda neyle konuşuyoruz? Dilekçelerle konuşuyoruz. Dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap, hiçbir araya gelmiyorlar ki bu insanlar, hiç birlikte konuşmuyorlar ki *"efendim, ben arabuluculuk yapıyorum"* diyor bazı arkadaşlar. Nasıl yapıyor? Karşı tarafın avukatını aradım, dedi ki tamam biz uzlaşmıyoruz, anlaşmıyoruz. Teklif ettim de kabul etmedi. Bu değil ki arabuluculuk, bunu diyenler arabuluculuğun eğitimini de almamış, arabuluculuğu da hiç bilmiyor arkadaşlar. Öyle

olsa herhalde dünyadaki bu kadar ülke de bu arabuluculuğu uygulamaz arkadaşlar, gerçek arabuluculuğu bilmek lazım. Biz o masaya oturduğumuzda inanın o işçi ve işveren kardeşimiz belki ilk başta diyecek ki biz birbirimizi yanlış anlamışız. Neyi sağlayacak bu? Bir kere o işçinin işine devam etmesini sağlayacak bir, iki, peki, buna rağmen yeter ki evet, iş sözleşmesini feshedelim arkadaşlar, bakın neyi sağlayacağız? İşçi ve işveren açık kapı bırakacak arkadaşlar. Mahkemede ne yapıyorsunuz? O kapıyı sonuna kadar kapatıyor, hem işçi kapatıyor, hem işveren kapatıyor. Bakın, bir iş kazasında Türkiye'deki arabuluculuk uygulamamız: Adamın, işçinin gerçekten gözü çok kötü duruma gelmiş, neredeyse göremeyecek bir durumda, ama hiç işveren işçiyi görmemiş. İlk başta talepler konusunda çok kötü, birisi 200.000 istiyor, birisi 20.000 lira verelim diyor, birbirlerine küfürler, bir sürü sıkıntılar, arabulucuya geliyorlar, ama işçi diyor ki işveren de gelsin. İşveren kardeşimizi kırmıyor geliyor ve ne oluyor, biliyor musunuz arkadaşlar? İşveren işçiyi o halde görünce, o gözünü görünce hiç para konuşmuyorlar. İşveren diyor ki: *"Senin bu gözünün bu halde olduğunu ben bilmiyordum. Derhal para neyse razıyım"*, ama yanındakileri diyor ki lütfen bunu Amerika'da mı, başka bir ülkede mi tedavisi neyse yapmaya da hazırlanıyor arkadaşlar. Bunu davada sağlayabilir miyiz? Davada iyice yazışmalarla husumetleri arttırıyoruz. İşte arabuluculuk bunu da sağlayacak, işçi ve işverenin barış içerisinde, neden? Kapıyı kapatmamak önemli, çünkü o kapıdan bir daha işçi kardeşimiz geçmek zorunda kalabilir. Belki aynı alanda bir daha aynı işyerine gelmek zorunda olduğunda o kapının açık kalması lazım. İkinci olarak, o kapının açık kalması lazım, neden? Belki işveren işçiye bir bonservis, referans mektubu verebilir, o işçi kardeşimizin yeneden iş bulmasına katkı sağlayabilir. İşte onun için o kapının açık kalması lazım. Belki işveren için o işçi kardeşimiz teknik anlamda vazgeçilmezdir, çok para harcamıştır, Amerika'ya göndermiştir, buraya göndermiştir, belki kendisine rakip olacaktır, rakip firma açacaktır. Onu kaybetmemek adına o kapının açık kalması lazım. İşte arabuluculuk size bu kapıyı açık bırakıyor, kapıyı kapatmıyor.

Peki, buna rağmen, bütün bunlara rağmen anlaşılmadık. Yolunuz açık olsun, dava yolunuz orada duruyor, arabuluculuk buna engel değil ki hak arama özgürlüğüne engel değil ki arabuluculuk. Şimdi hak arama özgürlüğüne engel diyenlere ben tüketici hakem heyeti diyorum, susuyorum. Tüketici hakem heyeti diyor ki doğrudan mahkemeye erişim hakkını biz kapatıyoruz iş mahkemeside, diyor ki tüketici hakem heyeti hakkında biraz kısaca bilgi verebilir misiniz? Başka bir şey söylemeye gerek yok, hatta hakem heyeti karar veriyor. Oraya girince karar almadan da çıkamıyorsunuz. Oysa arabuluculukta oturup iki dakika sonra ben anlaşıyorum kardeşim deyip gidebilirsiniz. Biz neyi getirdik bu

kanunda? Biz işçi kardeşimize ücretsiz başvuru getirdik arkadaşlar, yıllardır demiyor muydunuz gider avansı nasıl yatıracak bu işçi kardeşim, avukat arkadaşlar ne yazık ki tırnak içerisinde gider avansını kendi cebinden karşılıyor, bu Avukatlık Kanununa aykırı demiyor muydunuz? İşte getirdik. İddia ediyorum ki binlerce işçi kardeşimiz gider avansını yatıramıyor. İddia ediyorum ki binlerce işçi kardeşimiz adli yardım talebi reddoluyor, binlerce işçi kardeşimiz avukata ulaşamıyor ve sonuçta ne oluyor? Hakını aramıyor. Şimdi ne olacak? Ücretsiz başvuru getirmişim, orada arabuluculuk merkezi kurmuşum, işçi gelecek oraya başvuracak, ben para almayacağım. Ne olacak peki? Anlaşmazsa devlet ödeyecek, anlaşırsa zaten parasından işveren veya işçi anlaşıp, kendi içinden verecek. Bu mu şimdi işçinin aleyhine? Hak arayamayan, hak araması önünde engeller olan, zayıf durumda olan işçi kardeşime ben burada ücretsiz başvuru hakkı veya ona hiç masraf yapmadan arabuluculuk yolunu açmışım, bunda mı işçinin aleyhine çalışmışım?

Arkadaşlar, sonuç hepimiz toplumdaki barıştan yanayız, çalışma barışından yanayız, işçi-işveren barışından yanayız ki arabuluculuk kurumu İş Kanunu için yeni bir kurum mu ki toplu işte zaten yıllarca arabuluculuk var. Getirdiğimiz kurum yeni bir kurum değil ki. Bakın, İngiltere’de modern dünya diyoruz ya, yok ya arkadaş, bir tek bize geldi diyenler var. İngiltere’de iş davalarında arabuluculuğa gitmeden dava açamazsınız. Gidin araştırın arkadaşlar, hatta işveren taraf arabuluculuğu kabul etmezse, hâkim ona yüzde 25 de fazla tazminat hükmediyor. Modern dünya, İngiltere’den bahsediyorum, iş davasından bahsediyorum, başka davadan bahsetmiyorum. Yok ya başka hiçbir dünyada, biz uydurduk getirdik bunu, yok böyle bir şey. Biz arkadaşlar, şunu istiyoruz: Avukat arkadaşlarımızdan artık modern dünyadaki gibi uygun çözüme yöntemine müvekkillerini ... (30.57) istiyoruz arkadaşlar, yani sadece dava açma değil artık, kardeşim, ben senin hukuki uyuşmazlığını bir inceleyim, bakayım senin hukuki uyuşmazlığına uygun olan arabuluculuk mu, tahkim mi, dava mı, sulh mü, uygun çözüm yöntemini sana bir sunayım bir yelpaze halinde, sen de gel, bunun hangisini kabul ediyorsan kabul et demesi gerekir. Çünkü dünyada ADR sistemi bitiyor, bizim daha geçmeye çalıştığımız alternatif çözüm yöntemi bitiyor. Dünya uygun çözüm yöntemine geçiyor arkadaşlar, işte uygun çözüm yöntemi avukatlarla ilgili olan kısım bu, biliyorsunuz müvekkilleri bilgilendirme zorunluluğu var İngiltere’de, İngiltere’de aynı zamanda arabuluculuk sistemini kabul etmeyen tarafa yargılama gideri vekâlet ücreti ödüyor. Hangi örnek? Kısaca anlatıp bitireyim Başkanım uygun görürseniz, Donald ... (31.50) ve tren yolu örneği yıl 2004, Donald İngiltere’de bir çiftlik sahibi, çiftliğin içerisinde tren yolu çalışanları giriyor, çiftliğin kapısını açık bırakıyor, çiftlikteki atlar tren yoluna çıkıyor, tren gelip çarpıyor ve telef oluyorlar.

Donald tabii dava yoluna gidiyor. İngiliz hâkimin 2004 yılında karşısına çıkıyor, 13 yıl önce, İngiliz hâkim diyor ki: *“Ey Donald, niye geldin buraya”* Biz söylemiyoruz, o söylüyor İngiliz Hâkim. Donald şaşırıyor, ne demek niye geldim, işte hak aramaya geldim. Arkadaşlar, çiftliğin kapısını açmayı tren yolu çalışanları kabul ediyor mu? Ediyor. Peki, ata tren vurmuş, bunu kabul ediyor musunuz? Ediyorsunuz. Atın fiyatı belli mi? Belli. Niye bir arabulucuya gitmediniz de benim huzuruma geldiniz? Gidin arabulucuda atın fiyatı konusunda anlaşın ve bitirin uyuşmazlığınızı” diyor. Donald: *“Hayır efendim, ben mahkemenin verdiği karara saygılıyım -bizim Türk şeyi gibi- ne veriyorsanız verin”* diyor. Tren yolu diyor ki: *“Biz kabul ediyoruz uzlamayı, arabuluculuğu kabul ediyoruz”* Tek taraflı aynı Türkiye’deki gibi. Hâkim davanın sonunda şöyle bir karar veriyor: *“Her ne kadar davacının davasını kabul ettiysem de davacı arabuluculuk teklifini kabul etmemiştir, uzlaşma teklifini kabul etmemiştir, barış teklifini kabul etmemiştir, mahkememi meşgul etmiştir, adliye meşgul etmiştir, devletimi meşgul etmiştir. Haklı çıksa da yargılama giderleri ve vekâlet ücretini onun üzerine bırakıyorum”* diyor. İngiliz temyiz mahkemesi ne yapıyor? Bunu onuyor ve o tarihten bu tarihe kim arabuluculuk sürecini kabul etmezse İngiltere’de lehine vekâlet ücreti ve yargılama gideri verilmiyor arkadaşlar, burada modern dünyadan bahsediyoruz, yani İngiltere’den bahsediyoruz. Geldiğimiz süreç bu, dünyada gelinen süreç bu.

Bütün bunlara rağmen -toparlayarak bitiriyorum- her şeye rağmen işçi de bizim kardeşimiz, işveren de bizim kardeşimiz. Bende bir işçi çocuğuyum, işveren de bir sürü akrabalarım var, hepinizin işvereni de var, işçileri de var. Bu ülkenin kazanmasını istiyorsak bırakalım işçi ve işveren gelsin, masa başında anlaşarak barış içerisinde sorunlarını çözsün. Bunu engellemeyin, bırakalım çalışma barışı olsun, insanların dostlukları kazansın, helalleşsinler, kucaklaşsınlar, inanın ki bundan hiç kimseye zarar gelmez. Ben Bakanlığımız adına hepinize saygılar sunarım, sağ olun arkadaşlar.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkan, teşekkür ediyorum. Olayı anlaşılır biçimde gerekçelerinizi ortaya koydunuz. Tabii bakalım yüce Meclis nasıl bir sonuca götürecektir, uygulama neleri getirecek? Tabii bizlerin görevi şu aşamada özellikle akademisyen arkadaşlarımızla birlikte konuları tartışıp, değişik görüşleri ortaya koymak. Şimdi Talat Hocam, hazır mısınız? Buyurun efendim, söz Talat Hocamda, onun da görüşlerini alalım.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Yüksek Dairemizin değerli başkanları, üyeleri ve tetkik hâkimlerimiz, çok kıymetli Daire Başkanı, üye arkadaşlarım, hâkimler, çok kıymetli avukat meslektaşlarım; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Arabuluculuğa ilişkin İş Mahkemeleri Kanununda yapılan değişiklik Meclise inmesiyle birlikte bu konu biraz daha fazla çok yeni olması nedeniyle ilgi çeker oldu, salon da oldukça da kalabalık. Şimdi Arabuluculuk Daire Başkanımız uzun zamandan beri 6325 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte arabuluculuğu anlatmaya çalışıyor. Kendisini dinlediğiniz zaman hemen arabulucu olasınız, tüm davaları da olabildiğince götürüyorsunuz gelir, ama biz burada konuyu farklı yönleriyle beraber tartışacağız.

Şimdi o önümüze gelen bu kanun tasarısı Meclise inmesiyle beraber şu özellikleri birlikte getiriyor: 1. İş mahkemelerinde işçi ya da işverenin açacağı işçilik alacaklarına ilişkin davaları dava şartı olarak arabulucuya götürmek mecburiyeti getiriyor, yani zorunlu arabuluculuğu. 2. İşe iade davaları oldukça uzun zamandan beri uyguladığımızda bize tecrübe olarak şunu getirdi: Bunlar gerçekte bir işe iadeye dönüşmüyorlar. Ben bu zamana kadar da duymadım, davacı işçi de dönmek niyetinde değil. Bunlar matruşka gibi dava içerisinden dava türeten bir hale dönüştü ve yargının yükünün yüzde 30 civarındasını sadece işe iade türev davaları oluşturuyor. Bu tasarı bu işe iade davalarının yeni dava çıkmasını engellemek adına işe iadeyle birlikte boşta geçen süre ve işe almama tazminatında miktar olarak belirlemeyi öngören tazminata çeviren bir dava haline dönüştürüyor.

Üçüncüsü, işe iade davalarında ve genel olarak işçi davalarında arabuluculuk öngörüldüğünde genel olarak işçiyi koruma refleksiyle iş hukukçuları olarak hepimiz şunu tartışıyoruz: Acaba arabulucunun huzurunda işçi haklarını bilmeden hak mahkemeye kazanabileceğinin çok ötesinde zayıf durumda olması kötüye kullanılabilir mi ve bu durumdan işveren istifade eder mi? Bunun iki yolu var: Bunun biri şu anki sistemimiz içerisinde kolaylaştırıcı arabuluculuk var. Artık değerlendireci arabulucular, yani mevcut sistemde arabulucu taraflara hiçbir çözüm önerisi söyleyemez, hatta ben anlamakta son derece zorlanıyorum, hu-

kukçulara mahsus yapılmıştır Türkiye’de ve fakat hukuku kullanmak da yasaklanmıştır. Yani hukuku kullanmak masada yasaksa neden arabulucu hukukçulardan oluşur, onu ben anlayabilmiş değilim doğrusunu isterseniz. İşte ilk defa uzman arabulucu, değerlendirici arabuluculuğa getiriyor. Yani işçi masaya oturduğu zaman şunu sorabilecek: Ben mahkemeye gidersem tahmini ne kadar alabilirim ya da müzakereler tersine gidip de işçinin çok kötü bir anlaşmayı imzalayacak olduğu zaman arabulucu toplantıyı sonlandırabilecek. Bu nedenle Yargıtay’ın bir kararına da yansımış olan, yani uygulamada şu tür geri dönüşler geliyor: İşverenler danışmanlık aldığı bir firmanın aynı zamanda arabuluculuk yapan avukatları bu işverenin kadrolu arabulucuları gibi çalışmaya başladılar. Nedir? İşçinin iş sözleşmesini feshederken alacaklarını ödemek yerine âdeta bunu bir daha dava açılmasının önünü engellemek için yönlendirdikleri bir arabulucu vasıtasıyla bu alacaklar ödenmiş gibi mi yapılacak? Bunun da önünü kapatıyor bu sistem, ne yapıyor? Siz işveren olarak istediğiniz arabulucuya gidemiyorsunuz. Arabulucu mahkemeler içerisinde açılmış arabuluculuk ofisi ya da ofisin olmadığı yerde sulh hukuk mahkemeleri kanalıyla belirlenmiş, iş hukuku eğitimi almış, daha çok değerli arkadaşlar, bunu yarın tartışacağımız Bilirkişilik Kanunundan da bağımsız düşünmemek gerekir. Çünkü yeni listeler oluşturulduğunda hukukçular bu listelere yazılamayacak. Listelere yazılamayan bu arkadaşlarımız buralarda arabuluculuk yapabilirler. İşte bu arkadaşlar zaten mahkemelerin hüküm verdikleri alacak miktarlarını hesaplayan kişilerdir. Bunlar istediğiniz kişi aracılığıyla değil, mahkeme tarafından görevlendirilen tevdiden çıkan arabulucular tarafından yapılacaktır. Son olarak da bu kanunun özelliklerinden birisi sabah konuştuk, İş Mahkemeleri Kanununu kanun yolları açısından ve yargılama usulü açısından HMK’yla eşit hale getiriliyor, bu konudaki sıkıntıları gideriyor.

Şimdi Türkiye’de neden iş davalarıyla başlandı? Değerli arkadaşlar, zamanım az olduğu için geçmişe çok fazla gidemeyeceğim, ama iş davalarının ayrı bir mahkemeye kurulmuş olması, bu konuda ayrı bir kanun çıkarılmasının temelinde zaten işçinin alacağına bir an önce kavuşması yatmaktadır. Buraların ihtisas mahkemesi olması gerekir. İhtisas mahkemeleri olarak da sözde yargılamayla hızlı bir şekilde işçi alacağına kavuşsun. Genel olarak istatistiklere baktığımızda hukuk mahkemelerinde görülen davaların yüzde 62.3’ü karara çıkarılıyor, 37’si bir sonraki yıla devrediliyor. Cezalarda da bu oran yaklaşık yüzde 60’ı karara çıkarılıp, 40’ı sonraki yıla devrediliyor. Bir de artan iş yüküne baktığımızda her yıl bir önceki yıla göre yüzde 6-10 arasında fazla dava açılıyor. Bunu da bunun üzerine koyduğunuz zaman mevcut sistem sürdürülemez. Nedir?

İşte genel olarak dava süresi ortalama 250 günken iş mahkemelerinde ortalama dava süresi 2015'te 417, 2016'da 434 güne çıkmış durumda. Tabii ki bir özelliğini unuttum az önce söylerken kanunun, o zaman neden devlet vatandaşa sen araboluculuğa git deyip de kendi uyuşmazlıklarında gitmiyor? Bu çok iyi bir şeyse sen de götür uyuşmazlığını araboluculuğa? Bu kanun bunu da getiriyor arkadaşlar, yıllardan beri bizim ülkemizde kamu avukatları özellikle kazandığı davayı dahi temyiz etmek mecburiyetinde kalan yargının iş yükünü oldukça arttıran, hatta zaman zaman SSK'ya gittiğiniz zaman biz bu talebinizi reddedeceğiz, ama dava açın, her dava açan kazanıyor diye vatandaşın eline dava dilekçelerinin tutuşturulduğu bir dönemle karşılaşıyoruz, bunu görüyoruz. İşte mevcut sistem kamuda da kamu düzenine ilişkin konuları bir kenara bırakırsanız bir araboluculukta çözüm getiren bir sistem oluyor.

Peki, nasıl böyle bir şey çalışıldı? Arkadaşlar, bu kanun bir günde çıkmadı. Bu kanun hazırlık aşamasında akademisyenler, şimdi aramızda da bulunan bazı Yargıtay başkanlarımız ilgili dairelerin, üyeler, tetkik hâkimleri, kürsü hâkimleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının temsilcileri, özellikle Çalışma Genel Müdürlüğü ve bürokratları tüm süreci takip ettiler, Adalet Bakanlığının bürokratları. Bu oldukça uzun bir süreç yayıldı ve üç alt komisyon kuruldu. Bu alt komisyonlardan gelen görüşte bir yargının hızlandırılması, mevcut sistem içerisinde ne yapılabilir alternatif çözüm yolları olarak, birleştirilerek önümüze bu tasarı taslağı geldi. Bakanlık önce tasarı taslağı haline geldikten sonra yaklaşık bir yıl önce bakanlığın internet sitesinde kamuya duyurdu ve görüşe açtı. Dedi ki bu konuda ilgili herkesi dinlemeye hazırız, her görüşe de hazırız. Değerli arkadaşlar, ilk defa bir kanun hazırlanırken 400'ün üzerinde kurum, kuruluş görüşü geldi. Bunlar oturulup tahlil edildi ve bu çerçevede az sonra bazılarını söylemeye çalışacağım taslaktan bazı hükümleri değiştirilmiş olarak Meclise sevk edildi. Tasarı taslağından bazı hükümleri farklılık arz ediyor, bir kısmını isabetli, bir kısmını da isabetli bulmuyorum.

İş mahkemelerinin kuruluşunda bir başka özellik: İhtisas mahkemeleri kendi içerisinde iç ihtisaslaşmasını yapabilecek. Bunun örneğini halihazırda sosyal güvenlik mahkemeleri olarak görüyoruz. Ancak HS-YK'nın kararıyla bundan sonra örneğin, bir yerde yoğunlaşmış iş davaları varsa, orada numaralandırılan bazı yerel mahkemeler sadece işe iade davalarıyla bakan ve bu konuda ihtisaslaşan mahkeme olma özelliğini kazanabilecek. Dava şartı olarak araboluculuk, bu kanun maddesinin ilk başlığı zorunlu araboluculuktur. "*Zorunlu araboluculuk*" diye başlığın konulması doğru mu oldu, yanlış mı oldu bilmiyorum, ama bir arkadaşım

şunu söyledi: *“Bu kelime sihirli kelime gibi acayip dikkat çekiyor. Bunun bulunmasında fayda var”* Bir kısım da: *“Arabuluculuk gönüllü işi, niye zorunlu oluyor? Zorunlu bunun özümüyle bağdaşmaz, dolayısıyla zorunlu kelimesi doğru bir kelime değil”* Meclise giden sistemde zorunlu da denilmedi, dava şartı olarak düzenlendi. Tabii dava şartı olması zorunlu olmasından farklı bir anlam içermiyor. Neyi yapıyor? Diyor ki genel olarak arkadaşlar, işçiyle işveren arasındaki biz işçilik davası olarak bildiğimiz tüm davalarda, işverenin de işçiye karşı açacağı davalarda dava açmadan önce arabulucuya başvurmuş olması dava şartıdır. Yani başvurmadan dava açılırsa, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecek.

Ancak taslakta olmayan, Meclise giderken olan bir hüküm iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarıyla rücu davalarında bu koşul aranmayacaktır. Ben bunu doğru bulmuyorum, isabetli de bulmuyorum. Hatta arabuluculuğa en elverişli konunun da bu olduğunu düşünüyorum. Çünkü bizim yargılama sistemimizde iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat davalarında hâkimler hiç takdir yetkisi kullanmazlar, delil toplanan dosyayı bilirkişiye gönderirler. Bilirkişinin birisi kusur tespiti yapar, ikincisi de aktüerya hesabı yapar, rakamı belirler. Taraflar uzlaşmak istedikleri zaman yine bir aktüerya hesabı yaptırıyor, getiriyorlar rakamı önüne koyuyorlar. Benim tecrübelerime göre mahkemeden her zaman da avukat diyor ki benim alacağıma dokunma, benim alacağımı da ayrı ver, bu miktarın üzerinde anlaşıldığını ya da en az bu rakam üzerinden anlaşıldığına ben Arabuluculuk Kanunu olmadan da şahidim. Bir aktüerya hesabıyla tazminat miktarı ortaya konulduğuna göre tarafların üzerinde uzlaşması en kolay bir konudur. Bu konu özellikle Barolar Birliği ve baroların çalışma komisyonlarından çok sık gelen talep üzerine ilave edildi. Ben doğru bulmuyorum.

Değerli arkadaşlar, arabuluculuk bizim sistemimizde yeni değildir. 3008 sayılı ilk İş Kanunumuzda da bu vardır. Bakın, 3008 sayılı Kanun 1967 yılına kadar uygulandı. İş Mahkemeleri Kanunu 1950 yılında çıktı, daha sonradan 70’li yıllarda Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla 61 Anayasası sonrası bazı hükümleri iptal edildi. Aslında İş Mahkemeleri Kanununun iptal edilen hükümlerini dikkate aldığınız zaman Almanya’daki gibi iş mahkemeleri özünde uzlaştırma ve arabuluculuk sistemiyle çalışırlar. Hâkimin başkanlığında işçi temsilcisi ve işveren temsilcileri vardı. Fakat Almanya’nın Anayasasında iş yargısı ayrı bir yargı olarak bulunduğu için, bizde olmadığından dolayı Anayasa Mahkemesi dedi ki: *“Kürsüde hâkim sıfatını meslekten gelmeyen işçi ve işveren temsilci-*

si bulunamaz, bu Anayasaya aykırıdır” diye iptal etti. Aslında orada bir tarafların uzlaştırma ve arabuluculuğu vardı.

Yine değerli arkadaşlar, bu kanunumuzun 79. maddesinde diyor ki: *“İş ihtilaflarında işyerindeki işçi temsilcisine önce başvuracaksınız”* İşçi temsilcisine başvurmadan dava açmayı yasaklıyor ve bakın, en alttaki kırmızı noktada ancak bu suretle uzlaşamadığı takdirde mahkemeye başvurulabilir. İşçi temsilcisi ne yapıyor? İşçi temsilcisi işçilerin çoğunluğuyla seçilmiş bir kişi oluyor ve görevi işçilerle işveren arasındaki hak uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapmak, adını uzlaştırıcı olarak koymuş. Sabahleyin açılışta Murat Engin Hocam bahsetti, çok doğru söylüyor. Başından beri hep söylediğim şey benim tepeden değil, biz şimdi arabuluculuğu araya sıkıştırıyoruz. Arabuluculuğu başa koyacaksınız. Nereye? İşte işyerlerine koyacaksınız, ondan sonra diğer sistem, ancak değerli arkadaşlar, Türkiye’de işçi temsilcilerinin işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğuyla seçilmesine sendikalar karşı çıkıyor. Sendikalar nedeniyle bu hükmü, bu çalışmayı da yapamadık. Çünkü sendikalar diyor ki benim temsilcim var, benim temsilcimin dışında bir başka temsilci atarsanız sendikayı zayıflatırsınız, benim otoritemi ortadan kaldırırsınız. Sendika temsilcisinin ancak işçi temsilciliği görevi yapması mümkün. Sendikalar Kanununda da biz bunu çok tartıştık. Nedir o? Sendika temsilcisi acaba merkezden atamayla mı gelsin, işyerinden seçimle mi gelsin? Kanuna yazıldı taslağa: *“İşçiler istiyorlarsa ve tüzüklerinde hüküm varsa seçimle de gelebilir”* Buna da itiraz oldu. Denildi ki zaten tüzüğümüze koyarsak gelir, niye hatırlatıyorsunuz? Dolayısıyla ben açık konuşmayı severim, sendikalarımız atamayla kendi temsilcilerini devam ettirmek istiyorlar. İşyerinde böyle bir seçimle arabulucu görevi gören bir temsilci bulunmuş olsaydı ve bu temsilciye işyerindeki ihtilaflarda işverene arabuluculuk görevi verilmiş olsa ve bunun eğitimi de verilmiş olsaydı ben tahmin ediyorum uyuşmazlıkların çok önemli bir kısmı arabulucuda çözeceğimizden daha fazlası hiç uyuşmazlık ortaya çıkmadan kaynakta halledilmiş olurdu diye düşünüyorum. Getirilen sistem içerisinde davacı dava açarken arabulucuya gittiğini ve anlamadığına ilişkin arabulucunun son tutanağı dava dilekçesinin altına eklemek zorundadır. Bu yoksa dava dilekçesi usulden reddolacaktır. İşe iade davalarında bir istisna geldi, onu az sonra söyleyeceğim.

Şimdi taslak haline geldiğinde şöyle bir hüküm var: “Dava dilekçenizi davanızı açarken bu tutanağa koymadıysanız hâkim iki haftalık bir ihtar verir size, iki hafta içerisinde tutanağı getir, yoksa usulden reddedeceğim. Getirmezseniz reddi” Gittiğimiz yerlerde bu şöyle algılanmış: Ben

aslında dava açarken arabulucuya gitmemiştim ama bu iki hafta içeriğinde ben gider bir arabulucu tutanağı getirirsem davam reddolmayacak. Öyle değil arkadaşlar, sizin dava açarken arabulucuya gitmeniz bir dava koşulu olduğundan sonradan bunu tamamlama şansınız yok. Bu sadece ve sadece davayı açarken maddi hatayla ekine koymamış olmanız halinde size tamamlama görevi getiriyor. Yoksa sonradan başka bir arabulucuya gitme şansınız olmayacak.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istediklerini adli yargı ilk derece mahkemesi Adalet Komisyonunu ona göre belirleyecek. Yani arabuluculuk listeleri ilk derece mahkemelerinde bulunacak, bir kişi de biraz söylemeye çalışacağım, en fazla üç bölgede sicile yazılabilecek. Bu da İstanbul esas alınarak söylendiği düşünülüyor. Benim kişisel düşüncem, ben bu tür sınırlamalara çok taraftar değilim. Millet istediği kadar istediği yerde yapsın, özellikle ihtiyati arabuluculukta sınır getirilmesini de çok doğru buluyorum. Neden bir bölgede insanlar ihtiyari olarak seçmek istiyorlarsa Ankara'daki arabulucuyu da İstanbul'daki seçsin derim, ancak şimdiki bu taslakla getirilmek istenen bu mevcut sistemden çok farklı bir sistemi konuşuyor olacağız.

Başvuru karşı tarafın taraflar birden fazlaysa, taraflardan birinin yetkili yerindeki arabuluculuk ofisine yapılacak. Değerli arkadaşlar, arabuluculuk ofisleri adliyelerde bulunacak. Siz adliye içerisindeki bir arabuluculuk ofisine bu başvuruyu yapacaksınız, ofisin açılmadığı yerlerde sulh hukuk mahkemeleri kalemi, aynı zamanda yetkilendirilmiş mahkemeler arabuluculuk ofisi olarak çalışacak. Arabulucu komisyon başkanlıklarına bildirilen listedeki büro tarafından belirlenecek. Yani ihtiyari arabuluculuk elbette ki var, siz zorunlu arabuluculuk varken de iş davanızı ihtiyari olarak seçtiğiniz bir başka arabulucuya gidebilirsiniz. Bunu engelleyen bir durum yok, ama dava şartı olarak ilerde anlaşılmadığınızda konu mutlaka bu sistemden geçilmiş olacak. İşte az önce size söylediğim uygulamada tereddütler uyandıran acaba işverenin kadrolu arabulucusu mu bunu yapıyor tereddüdünü de tamamen giderecek şekilde mahkemenin içerisinde bulunan bir ofise gideceksiniz. O listedeki, kendi listesindeki uzman bir arabulucuyu size görevlendirecek.

Arabulucu kendi yetkisini değerlendiremez. Ancak ilk oturumda karşı taraf yetkiye itiraz ettiği takdirde dosyayı kendisi karar vermeden sulh hukuk mahkemesine gönderir, sulh hukuk mahkemesi yetkiyi kesin olarak karara bağlar. Yetkiliyse tekrar gönderir, değilse yetkili yerden bir başka kişi arabulucu olarak görevlendirilir. Başvuran kişi arabulucuya

başvururken karşı tarafın iletişim bilgilerini de verecek. Şimdi tabii bizim Çalışma Bakanlığının şu an toplu iş sözleşmelerinde de bir resmi arabulucumuz var. Dikkat edin, bu da greve gitmeden önce gitmeniz gereken, ama anlaşmanızın zorunlu olmadığı tipik bir zorunlu başvuruyu öngören bir sistem, aynı bunun gibi öngörülüyor. İletişim bilgileri zaman zaman sorun oluyor değerli arkadaşlar, bu nedenle başvuruların elinde varsa iletişim bilgilerini verecek, değilse de arabulucu resen araştırarak, adrese dayalı erişim de kendisine açılacak. Bu şekliyle tebligatlarını yapacak.

Biraz sonra söyleyeceğim süresi çok az, yani bizim topu topu konuştuğumuz 4 hafta, 3+1 o da, tüm sürecin sistemi 3 hafta içinde bitecek, zorunlu hallerde bir hafta daha. Değerli arkadaşlar, bugün kamuda dava açmadan önce kamuya başvurma zorunluluğu 60 gün beklemek zorundasınız. Kimse bu sisteme itiraz etmiyor ve demiyor ki ben niye mahkemeye hemen gitmiyorum, niye benim adalete erişimimi engelliyorsun? Burada da bir aylık, en fazla 4 haftalık bir süreyi konuşuyor olacağız ve yine burada arabulucuya gittiğinizde arabulucu size bir karar vermiyor, siz arabulucuda anlaşırsanız sorununuz orada çözülecek, anlaşamadığınız takdirde tabii ki mahkeme yolu açık olarak duruyor.

Taraflar arabulucuda biz ola ki arkadaşlar, zaman zaman karşı tarafa hiç ulaşamayabilir. Bu süre içerisinde arabulucu karşı tarafa hiç ulaşamamışsa, yine görevi bitecek ve son tutanağını düzenleyip gönderecek. Taraflardan biri katılmazsa, anlaşılmaya varırlarsa ya da varamazlarsa son tutanağını tutacak ve bunun tasdikli bir örneğini de taraflara verecek. Onlar da şayet dava açacaksa, davada bunu kullanacaklar.

Taraflardan biri geçerli mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantısına katılmadığı takdirde ileride haklı çıksa bile mahkemede tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutuluyor ve bu kişi lehine vekâlet ücretine de hükmedilmez diyor. Benim bu hükme tereddüdüm var ve ben bu hükmü eleştirdim, katılmıyorum. Şundan dolayı: Tabii bu Sayın Başkanım da anlattı, İngiltere başta olmak üzere birçok ülkelerde arabuluculuk teşvik ediliyor, gitmeyen kişi yargılama sırasında yargılamayı gereksiz meşgul ettiği varsayımına dayanılıyor. Ben de diyorum ki hakkımı ödeseydi ben hiç arabulucuya da gitmezdim, mahkemeye de gitmeme gerek kalmazdı. Nihayetinde ben haklı çıktığıysam neden dolayı sırf arabulucuya gitmemiş olmak nedeniyle bunun maddi külfetine katlanayım ki Türkiye’de dava vekâlet ücreti denilen bir kavram var. Arkadaşlar, çoğunuz avukatınız, ben bunu anlamıyorum. Siz avukatlık ücretini müvekkilinize hizmet verdiğinizden alırsınız. Dava vekâlet ücreti yendiğiniz kişiden dış kira-

sından başka bir anlam taşımaz. Yani sırf kanunumuza sonradan geldi diye var olan bir hükümdür ve bir hizmetin karşılığı değildir. Tam tersine bir durumun karşılığıdır ve Türkiye’de 35.a’nın çalışmaması ya da arabuluculuğun çalışmamasının temel nedenlerinden biri de ben açık konuşuyorum, Başkanım katılmıyor, bunun böyle devam etmesi gerektiği bir, arabulucu sadece avukatlardan oluşmaması gerekir. Evet, avukatları da yapsınlar, bir itirazım yok, ama arabuluculuk psikologların, sosyologların, çalışma ekonomisinin mezunlarının da yapabilecekleri, isteklilerin eğitimini alarak bir alan olarak değerlendiriyorum. Sadece avukatlara tahsis edilip hukuku kullanmanın da yasaklanmasını doğru bulmuyorum. İkincisi, dosya vekâlet ücretleri Avrupa’da yok, bizde çoğu yerde büyük sıkıntı yaratıyor. Bunun da kaldırılması gerektiğini düşünüyorum, ama bir tek ben düşünüyorum. Kimse bunu düşünmüyor, bunu size söyleyeyim. Sahadan da bir destek beklemiyorum, işte avukatların durumu ortada, zaten iş, güç, eğitim biliyorum o durumları da, ısrarcı değilim, ama ben de düşüncemi serbestçe söyleyeyim arkadaşlar, katılmıyorum.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi başta olmak üzere üçlü iş ilişkilerinde arabuluculukta nasıl sorun çözülecek ya da dava şartı olması nasıl olacak konusu çok tartışıldı ve alt işverene yönelik taslakta sonunda bir düzenleme getirildi. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde dikkat edin, diğer konularda değil, işe iade için, çünkü bu birazcık da bizim Yargıtay’ımızın sabahki oturumda Sayın Çil de bahsetti, acaba zorunlu dava arkadaşlığı olsun mu, olmasın mı, bunun pratik faydaları var demişti. İşte arkadaşlar, bu işe iade davaları asıl işveren-alt işveren ilişkisi varsa, anlaşmanın gerçekleşmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin de birlikte aynı yönde uyumlu olmasını arıyor. Ben buna da katılmıyorum. Düşünün değerli arkadaşlar, benim için işçi olarak ben alınmayacaksam tazminatım ödenmesi önemlidir. İşçilerden birisi, işverenlerden biri diyor ki alt işveren: *“Tamam, işe iade ediyoruz”* Asıl işveren: *“Ben istemiyorum”* diyor. İşe alınmazsan şu kadar işe iade tazminatını da veriyorum. Hayır, anlaşma sayılmamış oldu, gelin mahkemede görün bu işi. Ben anlamıyorum. Halbuki iradelerinin aynı olmadığı durumlarda hangisinin iradesi bu anlaşmaya yanaşmışsa, o kişi ondan sorumlu tutulurdu ve bir davadan da kurtulurduk diye düşünüyorum. Üstelik belki kanuna aykırılık veya muvazaa durumlarında taraflar kendi rücu ve iş ilişkilerinde özellikle sözleşmeye hüküm koyduklarında, çünkü uygulamada sabahleyin de muvazaa olarak anlattı Sayın Çil, ama değerli arkadaşlar, ben hukuk tekniğinden mutlaka ayrılmayın diyorum. Çünkü kanunumuzda örneğin, uzmanlık gerektirmeden verilen bir iş muvazaa değildir, muvazaa başka

bir şeydir. Muvazaa gerekte verilmeyen bir işin verilmiş gibi yapılması, bunun hukuki sonuçları farklıdır, ama gerçekte adam veriyor, öbürü de alıyor. Yani iradeleri farklı bir sözleşmenin geçerliliği yönünde ya da görünüşteki sözleşmenin geçersizliği yönünde uyuşmuş değiller, ama ikisinin hukuki sonucunda aşağıdaki fıkra diyor ki: *“Yukarıdaki hallerde, yani aksi halde genel olarak muvazaa halinde”* dedikten sonra yaptırımı aynı bağıyor. Ne diyor? Baştan itibaren geçersizlik ve işçiyi de baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak hüküm doğurur. Sözleşmeye hüküm koymuşlar. Diyor ki asıl işveren ben ödeyeceğim. Arabulucuya gittiniz. Alt işveren diyor ki ben kabul etmiyorum bunu, zaten o ödeyecek işe almama tazminatını. Anlaşabilirler, yani bunun önünü de kapatmanın doğru olacağını düşünüyorum.

Arabuluculuk bürosuna başvurusundan son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen süre içerisinde zamanaşımı ve hak düşürücü süreler durur. Burası da önemli arkadaşlar bakın, biraz sonra söyleyeceğim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine benzer giden durumlarda diyor ki: 1. Sen taraflara mahkeme dışında ilave masraf, ağır masraf getiriyor musun, ilave zaman, çok büyük zaman harcıyor musun ve zamanaşımı hak düşürücü sürelerini olumsuz etkiliyor musun? Değerli arkadaşlar, bu süreçte zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri işlemiyor, dolayısıyla hiçbir olumsuz etkisi olmayacak.

Bir başka konu: “Arabuluculuk görüşmelerine kanuni temsilciler vasıtasıyla katılınır” diyen hükümde avukatlardan çok sık şu tepki geldi: “Avukatlar da katılır yazın” “Kanuni temsilcisi zaten avukatır” dedi usul hocaları, “hayır” dediler. Bunu anlamıyorlar. İşverenin kanuni temsilcisi ticaret sicilindeki temsilci anlaşılıyor. Şimdi işverenler de haklı olarak diyor ki Hocam, ben toplu bir çıkış yaptığımda her birisi ayrı arabulucuya gittiğinde, aynı anda beni çağırdıklarında -çünkü üç hafta içerisinde hangisine yetişeceğim? İşte arkadaşlar, böyle bir tereddüdü ortadan kaldırmak için kanuni temsilcileri, avukatları ve daha önemlisi şayet işveren yetkilendirirse, yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da, yani muhasebecisi de gelip arabuluculuk görüşmelerine katılabilir. Arabuluculuk görüşmelerinin başarılı olabilmesi için işverenler şunu söylüyor: Ben temsilci olarak gitsem de oradaki pazarlıkta bilmiyorum kıdem tazminatının nasıl hesaplandığını, ben mutlaka yanıma o zaman toplantıya ara vereceğim, muhasebeciye söyleyeceğim. Şu ücretten hesaplıysan, bu ücretten hesaplıysan ne olur? Ücret deyince değerli arkadaşlar, Türkiye’de arabuluculuğun iyi çalışmasının temel nedenlerinden biri kayıt dışı çalışmadır. Biz mahkemelerde görünüşteki şekli iddia ettikleri için

gerçek durumu araştırmakla yargılamanın yarısından fazlasını harcıyoruz, ama masaya oturduğu zaman aslında işveren ne verdiğini, işçi de ne aldığını çok iyi bilirler ve pazarlıkları bunun üzerinden yaparlar. Çünkü zaman zaman şununla karşılaşıyoruz: Kayıtlarda asgari ücretten gösterdiği için işveren diyor ki: “Ben tazminatı da bunun üzerinden hesaplatıp veriyorum” Buna dayanmak istiyor. Belki de işte tazminatı hesaplariken gerçek ücretinden hesapladığı takdirde bir yazılı belge vermiş olur muyum veya aleyhe bir delil sağlamış olur muyum endişesi, ama masaya oturduklarında ikisi de ne verip aldıklarını çok iyi biliyorlar. Uzman arabulucu da “bu konuya şu ücret üzerinden, şu sosyal haklar üzerinden hesaplama yap” dediği zaman çok daha kolay yapabilirler.

Yine bu kanun arkadaşlar, Basın İş Kanunundaki gazeteciler ve gemi adamları da işçi sayıldı, yani bunların açacakları davalarda da arabuluculuk zorunlu dava şartı olarak geliyor. Yine İş Mahkemeleri Kanununda bu zamana kadar İş Kanunu kapsamı dışında bulunduğu için asliye hukuk mahkemelerinde görülen davalarda tüm işçiler iş mahkemelerinde davaları görülecek. Borçlar Kanununa tabi olanlar da iş mahkemelerinde dava açacaklar, İş Mahkemeleri Kanunu ilgili maddesinde az sonra o düzenlemeye gelecek.

Arabuluculuğa ilişkin dava koşulu ve bu konular dışındaki hükümler 6325 sayılı Arabuluculuk Kanununda düzenlenen hükümler uygulanacak. Yani bu taslağı iyi anlamak için mutlaka 6325’in esasının ve çalışma şeklinin çok iyi bilinmesi lazım. Oradaki usul ve esaslar da uygulanarak arabuluculuk faaliyeti devam ettirilecek ve yürütülecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluluğu zaten vardı, tekrar getirildi. Bu ferî dava, vesaire bunların ayrıntısına girmeyeceğim. İş mahkemelerinin görevi şimdi söylediğiniz konu, sadece Basın İş, Deniz İş Kanunu ve İş Kanunu değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa tabi olan, yani o zamana kadar asliye hukuk mahkemelerinde görülen konular da iş mahkemelerinde görülecek.

Yargılama usul ve kanun yolları HMK’yla eşit hale getiriliyor. Başkım ters ters bakmaya başladı zaman konusunda, biraz hızlı geçeceğim buraları. Temyiz edilebilen ve temyiz edilemeyen konular tekrar düzenleniyor. Bunların içerisinde belki bizleri çok etkileyecek işe iade davalarına temyiz yolu kapatılıyor. Bunlar bölge adliye mahkemelerinde kesinleşecek. Yine işverenin işçiye verdiği disiplin cezaları 6356 sayılı Sendikalar Kanunundaki işyeri sendika temsilcisinin açacağı davalar, işletme niteliğinden doğan davalar ve yorum davaları da değerli arkadaşlar temyiz edilemeyen davalar arasına alınmış durumda.

Bu yeni getirilen sistem mahkemelerde görülmekte olan davalara uygulanmayacak. Burası önemli, bunlar da yetki yönünden, görev yönünden farklılıklarda da görevsizlik kararı verilmeyecek. Eldeki işler eski kanuna, eski sisteme tabi olarak tamamlanıp, bitirilecek. İşe iade davalarında arabulucunun çalışma şekline ilişkin olarak yine işçilerin mağduriyetini engelleyebilecek bazı supaplar getirildi. Nedir bunlar? Şimdi işe iade davası fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içerisinde açtırdunuz, değil mi mahkemede? Şimdi arabulucuya gideceksiniz. Yine bir ay içinde arabulucuya gideceksiniz. Peki, şöyle sorular soruldu zaman zaman: Ben son gün arabulucuya gittiğimde ve arabulucuda anlaşamazsam mahkemeye gitmek için kaç günüm daha var ya da aynı gün mü gitmek zorundayım, ertesi gün mü gitmek zorundayım, ya davayı açamazsam bu süreyi kaçırmış olur muyum? Evet arkadaşlar, bu sorunun içinde iki haftalık ilave bir süre getiriliyor. Yani taraflar anlaşamazlarsa son tutanak tarihinden iki hafta içerisinde iş mahkemesinde, yani sizin başlangıçta bir ay içinde kaç günde arabulucuya gittiğinizden bağımsız olarak bu defa da şu soruluyor: Ben ilk hafta gittiysem üç haftam vardı, niye bir haftasını yediniz? Arkadaşlar, bu bir sistem, bir ay içinde gideceksin, bundan sonra onu düşünmeyeceksin. Arabuluculukta anlaşamazsan iki hafta içinde mahkemeye gideceğim olarak no alırsanız daha iyi olur. Burada bir mağduriyet edebiyatı çıkmaz diye düşünüyorum. Orada bir hafta daha yenmiş durumda değildir.

Doğrudan dava açılması nedeniyle usulden ret halinde, değerli arkadaşlar, şu da çok geldi: Denildi ki biz işe iade davasında farkında olmayan bir meslektaşım gidip mahkemede dava açtığına duruşma gününü 3 ay sonraya aldığına ret yerse, kaçırıldı bir aylık süre içinde arabulucuya başvurmayı. Bana sorarsanız ben usul hükümlerini çok esnetmem, o da onun problemidir diye bakarım. Onun sorumluluğu da avukata ait olur, ama bu kanun değerli arkadaşlar, bunu da gideriyor. Diyor ki: *“Usulden ret yerse, sana ilave iki hafta daha veriyorum. İki hafta içerisinde arabulucuya gidebilirsin”* Yani arabulucuda anlaşamazsan iki hafta içinde mahkemenin yolu, mahkemede yanlışlıkla açıp usulden reddedersen de yine iki hafta içerisinde arabulucuya gittiğin takdirde süresinde gitmiş gibi işlem yapılacak ve arabulucuda anlaşamadığın takdirde tekrar iş mahkemesine geleceksin. Burada bekletici mesele yapılmayacak, açıkça yazıldı kanuna, çünkü usul hukukçuları dediler ki: *“Hocam, zaten dava şartı demekhâkim usulden reddedecek, niye bir de reddeder diye yazıyorsunuz”* Dedim ki bak, bizde ayrı bir usul var. Bizim iş mahkemelerinde biz onu reddetmeyiz. Biz ona deriz ki dosyan burada bekliyor, git arabulucuya, anlaşamazsan gel, kaldığımız yer-

den devam ederiz. Onun üzerine usulden reddedileceği hükmü açıkça maddeye yazılmış oldu.

İşe iade davalarında geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin olarak çok tartışılacak, bana göre de mevcut sistemden başka çıkış yolu yok değerli arkadaşlar, mahkeme kanunda düzenlenen tazminatla 3. fıkradaki ücretle diğer hakları biz fesih tarihindeki ücreti esas alarak diye yazmıştık. Meclise gidilen tasarıda dava tarihindeki ücret esas olarak yazıyor. Ben dava tarihindeki ücreti isabetli bulmuyorum. Bu tekrar yeniden çok tartışma yaratacak diye düşünüyorum. Çünkü iki hafta içinde ücret arttırmıydı, ilave bir hakkı var mıydı, yok muydu, zaten bunun böyle getirilmesinin nedeni bunlarla hâkim uğraşmasın diyeydi. Tekrar bunu böyle yaptığınız için aynı tartışmaları tekrar yapmak durumuyla karşılaşacağımız için isabetli bulmuyorum. Siz fiks bir tarih neydi? Fesih tarihi. Evet, şimdi burada şu ortaya çıkacak: Çalıştırılmayan 4 ay, yaygın deyimle boşa geçen 4 ayı tazminata çevirdiğimizde acaba bunların primleri olacak mı, olmayacak mı? Ben hiçbir değişiklik olmayacak diye düşünüyorum, bu yine ücrettir. Gene aynı şey olacak, sadece yapılan şey kolaylaştırma bakımından ikinci bir davayla belirlemeksizin işe iade davasını yapan hâkim bununla verecek ve işveren bildiriye verirken kardaki ücreti sosyal güvenlik kurumuna bildirip, primlerini de ödemek durumundadır. Burada da herhangi bir değişiklik yapılmıyor. Kayıp sadece şu oluyor: Tazminatı da hâkim başta belirlediği için 4 aylık kıdeme ilave edilmemiş olacak.

Yine arbuluculukta işe iade davasının anlaşmış sayılabilmesi koşullara bağlandı. Benim de bu düzenlemeye de bazı tereddütlerim ve eleştirilerim var. Tarafların işe iade konusunda anlaşmaları için, anlaşmış sayılabilmeleri için şu konuları tutanağa geçirip anlaşmaları gerekir: Bir, işe başlama tarihini belirlemeleri gerekiyor. Serbestçe belirleyebiliyorlar. O işçinin durumuna göre şu gün işe başlayacağı açıkça yazacak. Ücret ve diğer parasal hakların miktarını yazacaklar arbuluculuk tutanağına, işçinin işe başlatılmaması durumunda tazminatın parasal miktarının belirlemeleri zorunlu. Yani hem ücret ve diğer hakları, hem de tazminatı da parasal olarak yazacaklar. Yine taslak diyor ki: “*Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır*” ve son tutanak buna göre düzenlenir. Bu durumda da zorunlu olarak mahkeme yoluna gidecekler.

Genel olarak dava şartına ilişkin olmasa da zamanaşımını tazminat ve feshe bağlı alacaklar yönünden 5 yıla sınırlandırıyor. Arbuluculuk Kanununda bu sisteme uygun değişiklikler yapıyor. Nedir o? Arbulucunun tanımı bu zamana kadar çözüm önerisi üretmiyordu. Daha tanım

maddesine diyor ki taraflar anlaşamadıkları noktaya çıkması halinde tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen kişidir arabuluculuk, yani kolaylaştırılan değerlendirici arabuluculuğa geçiş dediğim yer buydu. İdareyi tanımlıyor, idareden ne anlaşılması gerektiğini uzun uzun anlatmayacağım, ama idarede de arabuluculuğu getiriyor çünkü. Sonra gizlilik maddesini az önce size söylediğim muhasebeci, vesairede yetki verdiği kişiler geleceği için onları da kapsayacak şekilde gizlilik, onları da dahil ediyor.

Yine değerli arkadaşlar, ben bunu asıl reform buradadır, ilk defa Türkiye’de devlet arabuluculuğa gidiyor, önü açılıyor. Tanımladığı idareyi üst yönetici tarafından belirlenen iki üyeye hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk mücavirinden oluşan bir komisyon karar veriyor ve bu komisyona sorumsuzluk getiriliyor. Aksi takdirde hiç işlemez bizde biliyorsunuz, işte bu komisyon üyeleri görevlerini kasten kötüye kullandıkları mahkeme kararıyla kesinleşmediği sürece de bunlar sorumlu tutulmayacak. Dava devlete karşı açılacak, devlet de böyle bir durumun ortaya çıkması halinde bir yıl içerisinde rücu edebilecek. Bu çok önemli bir dava arabuluculuk kültürünün yerleşmesi bakımından ve aynı zamanda iş yükünün azaltılmasında önemli olacaktır diye düşünüyorum.

Son tutanağın nasıl düzenleneceğini, anlaşma tutanağında nelerin yer alacağını düzenlerken yeni bir değerli arkadaşlar, hukuk normları insanların kültürüne, hukuk zihniyetine göre çalışır. Bir normu siz Avrupa’dan alıp getirdiğiniz zaman aynı Avrupa’daki sonuçları burada görmeyorsunuz. Geçen haftaki sempozyuma giderken metroya bindim, bir yazı dikkatimi çekti ve neden bunun olduğunu düşündüm. Beni çok düşündürdü. Siz de giderken bakın arkadaşlar, metroda sarı çizgiyi geçip geçmemeye ilişkin şöyle yazıyor, Türkçesinde diyor ki: “*Sarı çizgiyi geçmeyin*” Kural, kuralı söylüyor. Türkçesi: “*Sarı çizgiyi geçmek tehlikeli ve yasaktır*” diyor. Geçerken bakın, fotoğrafını çektim, buraya atacaktım, ama sunumu akşamdan hazırlamıştım. Arkadaşlar, bizde sarı çizgiyi geçmeyin demek hiçbir anlam ifade etmiyor yani, bu kadar net. İşte Arabuluculuk Kanunundan sonra da icra edilebilirlik şerhi konusunda çeşitli sıkıntılar ortaya çıktı. Nedir? İcra edilebilirlik şerhi görevli hangi mahkemeye, yani davayı hangi mahkemede açacak idiyse oradan alıyordunuz. Mahkemeye gittiğinizde mahkeme şöyle bakıyor: Önüme bir uyuşmazlık geldi. Ben bunda ne yapıyorum? Önce taraflara bir tebligat yapayım. Hatta birini getirdiler, arabuluculuk daire başkanına yazı yazılarak falanca kişinin listede yazılı arabulucu olup olmadığının sorul-

masına, iki, taraflara tebligat çıkartılarak imzaların kendilerine ait olup olmadığı ve iradelerinin bu yönde olup olmadığı sorulmasına. Şimdi arkadaşlar, halbuki icra edilebilirlik şerhini kanun açıkça ancak şu hususlarda bakılır diyor. Yani konu arabuluculuğa elverişli bir konumu yetkili mi görelim, başak bir konuya bakamazsın diyor. Tabii ki refleks olarak böyle bakıldığı için yeni düzenleme görevli mahkemeleri kaldırıyor. Sulh hukuk mahkemelerine icra edilebilir şerhi, çünkü sulh hukuk mahkemelerine bir görev daha vermiştik biz, neydi o? Zaten arabuluculuk eğitimi almış bu konuda arabuluculuk ofisi olarak çalışan mahkeme, anlaştıkları takdirde o mahkemeye gideceksiniz, size icra edilebilirlik şerhini bu mahkeme verecek.

35.a'yla eşitlik getiriyor. Bence son derece isabetli buluyoruz. Arkadaşlar, çok eleştiri şuradan almıştık görüşe açılmadan önce: Hocam, sizin getirdiğiniz zaten Avukatlık Kanunu 35.a maddesinde var. Yani avukatla taraflar birlikte anlayıp bir metni düzenlerse, zaten bu ilan niteliğinde belge sayılıyordu. Bundan farklı bir şey mi, yani icra edilebilir, vesaire ne gerek var? Gerçekten ben de eleştirdim. Dedim ki en azından bir arabuluculuk tutanağı avukatlarla hazırlanmışsa ve asiller de imzalamışsa, yeniden icra edilebilir şeyine gerek duyulmasın. Taslakta bu da getiriliyor, deniliyor ki arkadaşlar, taraflar ve avukatlarla arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğindedir. Bugün mahkeme kararıdır, doğrudan doğruya ilamlı icraya tabi tutabilirsiniz.

Yine arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca bir daha dava açılmaz maddesi açıkça getiriliyor. Şimdi bu maddeyi getirdiğinizde bunu yabancıya anlatamazsınız. Anlaşmışsınız zaten, bu konuda niye bir daha dava açılın ki gözüyle bakılır. Fakat ben şunu söylüyorum: Yönetmelikte muhtemelen ben bakanlığa da aynı şekilde bilgi verdim. İş mahkemelerini diğer mahkemelerdeki ticari dava bir konuyu konulan mahkeme gibi değerlendirmeyin. İş mahkemesinde ben bilirkişilik yaparken 21 farklı kalem hesapladığımı da bilirim. Dolayısıyla başlangıçta kişi arabuluculuğu isterken hangi konulara başvurursa ve arabuluculukta da o konular bağlanırsa davanın önü, yani ilan niteliğinde olan o konularla sınırlı kalmış. Aksi takdirde arkadaşlar, siz gidiyorsunuz bir arabulucuya hiç görüşmediğiniz bir prim konusu da vardı dediğinizde gidebilecek misin, gidemeyecek misin tartışmasını beraberinde getirebilir. Buna da dikkat çekiyorum. Yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edilecek. Toparlarsak değer-

li arkadaşlar, arabuluculukla acaba işçilerin hakkını mı gasp ediyoruz, işçilere mahkeme önünü kapatıyor muyuz, adil yargılanma hakkını ihlal mi ediyoruz? Arabuluculuk dünyanın her yerinde genellikle kolaylaştırıcı arabuluculuk olan yerlerde temelli idarilik gönüllülük esasına dayanır. Sürece başvurup başvurmamak, devam edip etmemek, anlaşıp anlaşmamak, bir de gizlilik arabulucunun özelliklerini teşkil eder. Bu sistem başvuruyu zorunlu hale getiriyor, ama devam edip etmemeyi serbest bırakıyor, anlaşıp anlaşmamayı serbest bırakıyor, hiçbir mali yük getirmiyor size, tamamen ücretsiz ilk iki saatlik ücreti devlet karşılıyor, hazineden karşılanan hiçbir mahkeme masrafı yapmadan işçinin alacağına kolay, hızlı, çabuk ulaşabilmesinin önünü açıyor. Üç hafta, bir gibi kolay tolere edilebilir bir süre için öngörülüyor. Bu süre içerisinde zamanaşımını, hak düşümünü de durduruyor. Dolayısıyla değerli arkadaşlar, bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemelerinin bu zamana kadar verdiği kararlar içerisinde ve Anayasa Mahkemesine kesinlikle aykırılık teşkil etmez. Sadece bir şerhimi söyledim, kazanan kişiye niye arabuluculuk toplantısına gelmedin diye yargılama masrafının yüklenmesini ben bir soru işareti koyuyorum burada.

Peki, nedir buradan kastedilen? Toplumsal alışkanlıkların değiştirilmesi, farkındalığın artırılması. Gerçekten de şu zorunludur kelimesi bizi bu toplantıları böyle taşmasına sebebiyet verdi ve buraya ilgiyi oldukça arttırdı. Zorunluluk, bir arabulucu zorunluluk deyince ilk gün bir ceza hukuku hocamız çıktı televizyonlara, böyle şey olur mu, zorunlu arabuluculuk mahkemenin önünü kapatmış, Anayasaya aykırıdır diyor. Tabii arabuluculuktan bihaber olduğu için, yani neden iş mahkemelerindeki zorunlu arabuluculuk bir ceza hukuku hocasına sorulur, hoca da niye bakmadan cevap verir, bunu da anlamış değilim doğrusunu isterseniz.

Bu sistem tipik olarak hiç farkına varılmadan İtalya'da uygulandı demiyorlar, tersini söyleyenler de var. Anayasa Mahkemesinin bundan önceki kararları, şeyleri de var. Az önce Başkanım söyledi, siz tüketici hakem heyetlerini mahkemenin önünü kapatırken uygulamadığınız bir sistemde zor olduğunu en azından kendi kişisel görüşüm olarak böyle olduğunu söylüyorum.

Değerli arkadaşlar, İtalya'da 2010 yılında ihtiyari arabuluculuk uygulanıyor. İhtiyari arabuluculuk uygulanırken arabulucu 18 500 civarında kişi başvuruyor. 2012'de bir idari işlemle zorunlu hale getiriliyor arabuluculuk, zorunlu hale getirilince tabii böyle 155 000 kişi mecburen arabulucuya gidiyorlar, ama gidilenlerin yüzde46'sında anlaşılıyorlar. Sonra orada Anayasa Mahkemesi diyor ki: *"Siz zorunlu hale getiren durumu*

idari bir düzenlemeyle düzenleyemezsiniz. Meclis kararı gerekir, iptal ediyorum” İptal ettikten sonra dikkat edin, tekrar 18 000 kişi başvuruyor, tekrar iradi hale gelmesine rağmen 40 000’in üstünde insan sırf alıştıkları ve bu uygulamanın kendi menfaatine yararlı olduğunu düşünerek iki katından fazla başvuru bu şekilde devam ediyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında da bu tür durumları genellikle şu kriterlere bağlıyor: Meşru bir amaç için mi yapıyor, hakkın özüne dokunuluyor mu, orantılı mı? Evet, meşru bir amaç için yapıyor, uyuşmazlıkların çözümlenmesini hızlandırmak, toplumsal bir dönüşüme sağlamak, uzlaşma kültürünü tekrar hatırlatmak. Orantılı mı? Evet, yalnızca ilk toplantıya katılma şart, anlaşma anlaşmama, sürece devam edip etmeme tamamen tarafların iradesine bağlı. Hakkın özünü ortadan kaldırıyor mu? Kesinlikle mahkemeye erişimi ortadan kaldırmıyor. Bu nedenden dolayı buna da bir aykırılık görmüyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Değerli Hocama çok teşekkür ediyorum, konuyu çok açık bir şekilde, anlaşılır bir şekilde anlattı. Sayın Hocam, zaman daralıyor, ama sözü Gülsevil Alpagut Hocama bırakıyorum. Hocam, buyurun.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öncelikle herkesi saygıyla selamlıyorum. Talat'ın sesinden sonra benim sesim yeterli kalacak mı onu bilemiyorum, umarım yeterli olur veya biraz içeri girebilirseniz sizlere de sesimi duyurmaya çalışacağım.

Şimdi ben buraya herhalde biraz antitez olarak çıkmış durumdayım. Bu kadar pembe tablodan sonra bir ara aklıma geldi: Modern dünyanın işçiye sunduğu âdeta pembe pamuk helva veya pembe pamuk şekerler var. İşte esneklik diyoruz, işçiye boş zaman diyoruz. Ne kadar güzel, Antalya'da bir otelde hatta konuşurken dedim, tamam, işçiye kısmi süreli sözleşmeli boş zaman sağlıyoruz, o da dışarıda gidiyor golf oynamaya, vaktini bu şekilde değerlendiriyor.

Ben araboluculuk olmasın demiyorum, baştan öyle başlayayım, ama zorunlu araboluculuğa karşı olduğumu söylemeliyim ilk günden beri. Neden diyecek olursanız, bunu da gerek karşılaştırmalı hukuk bakımından, gerekse iş hukukunun niteliklerinden hareketle ortaya koymaya çalışacağım.

Şimdi son 20-30 yılda alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri çok yaygınlaştı diyoruz, teşvik ediliyor diyoruz. Tabii ki kapitalist sistem biliyoruz ki belirli şeyleri bize teşvik ediyor. Nedir bu? Dünya Bankası da bunu teşvik ediyor, uyumsuzluklar fazla çıkmamasın, kârımızı maksimize edelim, işçilik maliyetlerini düşürelim, bir an evvel uyumsuzlukları çözelim, ama esasında bu zamandan ziyade parasal kaygılara dayanıyor. Birincisi bu, ikincisi iş hukukunda uyumsuzlukların arabolucuya gitmesi, özellikle arabolucuya gitmesi, zorunlu arabolucuya gitmesi çok farklı bir konudur. Ben Bakanlığın daha önce yaptığı toplantılarda da bulundum. Çeşitli konuşmacılar geliyor, bizde araboluculuk var, çok iyi işliyor, öbürü geliyor, başka yerde araboluculuk var, iyi işliyor, ama iş hukukuna ilişkin özel toplantıların yapılması, bu konunun özel olarak değerlendirilmesi bence bilgi kirliliğini önlemek bakımından isabetlidir. Sayın Murat Engin arkadaşşıma da dedim, beni niye çıkarıyorsun? Bir de antitez gerekir dedi. Ben de onun için zorunlu araboluculuğa karşı antitez olarak buradayım.

DAVA ŞARTI OLARAK (ZORUNLU) ARABULUCULUK

I. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ve Arabuluculuk

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın hazırlanış gerekçesi, 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı halen yürürlükte bulunan İş Mahkemeleri Kanunu'nun günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir yapıya kavuşturulmasıdır. Ancak Tasarı'nın genel gerekçesi değerlendirildiğinde öncelikli çıkış noktalarından birinin iş yargısının iş yükü olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, "Ülkemizde işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. 2015 yılı sonu itibarıyla ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 400 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık % 18'i Yargıtay'daki 750 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının ise yaklaşık % 30'u iş hukukundan kaynaklanmaktadır." ifadesi ile bu hususa değinilmiştir.

Taslak'taki temel değişiklik "dava şartı olarak arabuluculuk" kurumunun öngörülmesidir. Taslak md. 3/1 hükmüne göre "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır*".

Kuşkusuz, iş uyuşmazlıklarının çözümü endüstri ilişkileri sisteminin iyi işleyişi noktasında önemli bir yere sahiptir. Özellikle son 20 yılda tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi iş hukuku alanında da birden çok ayaklı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ön plana çıkmış, uyuşmazlık çözümünde alternatif yöntemler geliştirilmiştir. Bu noktada çözüm mekanizması tarafların, üçüncü tarafsız bir kişinin yardımı ve karşılıklı müzakere ile taleplerini çözüme kavuşturmaları aşaması ile başlar. Bir çözüme ulaşılamaması durumunda yargı yoluyla devam eder. Mahkeme öncesi başvuru bu mekanizma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü olarak adlandırılır ve uzlaştırma (conciliation), arabuluculuk (mediation) ve tahkim (arbitration) 'den oluşur. Uzlaştırma ve arabuluculuk katı bir prosedür ve çözüm yapısına sahip değildir. Burada üçüncü tarafsız kişi gönüllü olarak kişisel iletişim ve özel bilgi paylaşımı yoluyla taraflara müzakerelerde yardım eder. Hakemden farklı olarak tarafsız üçüncü kişi arabuluculuk ve uzlaştırma da hüküm vermez¹. Belirtmek gerekir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde ihtiyarilik bulunmaktadır.

1 Rahul Suresh Sapkal, To conciliate or not to conciliate, Empirical Evidence from Labour Disputes in India, 2015

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkış dinamiği yargının artan iş yükü, davaların uzaması ve yargılama maliyetlerinin artışıdır². Avrupa ülkeleri bakımından 80'li yılların başına dayanır ve AB kurumlarının “uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü” yolundaki arayışlarından kaynaklanır. Tüketicinin hızlı ve ucuz olarak uyuşmazlık çözümüne ulaşması ve bu yolla tüketicinin korunması o dönemdeki amaçtır. Bu yolda ilk belge “Tek Pazarda Tüketicilerin Adalete Erişiminin Sağlanması Tüketici Uyuşmazlıklarının Halline İlişkin Yeşil Belge”³dir. Komisyon, uluslararası yargısal uyuşmazlıkların aşırı maliyetli olduğunu dikkate alarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kuvvetlendirme ve mahkeme dışı prosedürü geliştirerek tüketicilere hızlı ve basit araçlar sağlama niyetini ortaya koymuştur. Bu yönde 1996 tarihinde bir eylem planı⁴ ortaya koyulmuş ve altı kriter belirlenmiştir. Bu kriterlerin ilk üçü, tarafsızlık (arabulucu veya üçüncü şahıs tarafsız olmalıdır), etkililik (prosedür açık ve zamansal olarak etkin olmalıdır), şeffaflıktır (prosedürün tüm aşamaları prosedüre başlamadan açıkça anlaşılabilir olmalıdır). Diğerleri ise, tüketicilerin kendi dillerini kullanabilmeleri, farklı ulusal hukuk sistemleri söz konusu olabildiğinden tüketicilerin kendi ulusal hukukları tarafından sağlanan garantileri koruması ve alternatif uyuşmazlık çözüm prosedürüne erişimin ulusal mahkemeye başvuruyu hiçbir şekilde engellememesi gerektiğidir. Konuya ilişkin olarak 1998 yılında bir tavsiye kararı çıkarılmış ve gerek prosedürün kendisi gerekse prosedürü yöneten kurumlara ilişkin esaslar tespit edilmiştir⁵. Burada da süreci yöneten kurumların tarafsız ve uzman olması, prosedürün içeriğinin gizli tutulması ancak modelin açık ve anlaşılabilir olması, her iki tarafa olayı sunmaları için eşit fırsat verilmesi, prosedürün ücretsiz veya en azından ucuz olması öngörülmüş, yasal yardım zorunlu kılınmamış ancak tüketicinin bir temsilci ile temsili veya üçüncü bir kişiden yardım almasına izin verilmiştir. Tavsiye kararı ayrıca tahkimi içermektedir

Bu tarihten sonraki gelişmelerin ilki, 2001/301 sayılı 4 Nisan 2011

2 K.Doğan Yenisey, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016, İstanbul, 171; Arabuluculuğun gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. S.Özümücü, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFİM C.LXXIV, S.2, 2016, 807 vd.

3 16 November 1993, COM (93), 576

4 Commission of the European Communities, Brussels, 14 February 1996, COM(96) 13 Final “Communication From the Commission”: “Action plan on the consumer access to justice and the settlement of consumer disputes in the internal market”, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>

5 Commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out of court settlement of consumer disputes , 98/257/EC, OJ L 115, 17/04/1998

tarihi “Tüketici Uyuşmazlıklarının mahkeme dışı rızaya dayalı çözümüne katılan kurumlara ilişkin ilkeler Hakkında Komisyon Tavsiye Kararı”⁶dir. Tavsiye Kararında tahkim kaldırılmış ve prosedürün “uzlaşmaya dayalı” olmasına yoğunlaşmıştır. İkinci gelişme “Medeni ve Ticari Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Komisyon Yeşil Belge”sidir. 19 Nisan 2002 tarihli bu belgede, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kapsamı genişletilmiş, işletme- tüketici dışında işletme- işletme arasında yaşanan uyuşmazlıklar da kapsama alınmıştır.

2008 yılında ise 2008/52 sayılı “Medeni ve Ticari Meselelerde Arabuluculuğun farklı yönlerine ilişkin” AB Yönergesi kabul edilmiştir⁷. Yönergede arabuluculuk ana alternatif çözüm yöntemi olarak kabul edilmiştir. Prosedürün kalitesine yoğunlaşmış, arabulucu için zorunlu eğitim, bir etik kod ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kişi ve kurumlar üzerinde devlet denetimi öngörülmüştür. Yönerge’nin sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklara uygulanması ve “uygulanabilir hukuk kapsamında tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri meselelerin” istisna tutulması öngörülmüştür. Bu konular iş hukuku ile aile hukukudur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı mahkeme dışı zorunlu prosedürü, bağlayıcı bir karar vermediği, yargılamada esaslı bir gecikme yaratmadığı, zamanaşımı süreleri bakımından mahkemeyi dışlamadığı ve aşırı pahalı olmadığı sürece Avrupa Hukukuna aykırı görmemiştir⁸.

II. Arabuluculuğun temel özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun temel özelliklerinden biri taraf iradelerine dayalı olmasıdır. Nitekim, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 2/1 b ’de arabuluculuk “Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır. Taraf iradelerine dayalı olmak başvuru aşamasında olduğu gibi, varılan çözüm konusunda da ihtiyarı olmayı ifade eder.

6 Commission recommendation of 4 April 2001 on the principles for out of court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes, 2001/310/EC OJ L 109, 19104/2001

7 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and thpo Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.05.2008

8 18 March 2010, Rossalba Alassini v Telecom Italia SpA (C 317/08)

Dava şartı olarak arabuluculuk sistemi değerlendirildiğinde 6325 sayılı Kanunun sistemi terk edilerek zorunluluk esasının benimsendiği görülmektedir. Kuşkusuz buradaki zorunluluk başvuru noktasında olup, tarafların arabulucu aşamasında bir çözüme ulaşmaları konusunda zorunluluktan söz edilemez.

Maddede öngörülen değişikliklerle, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun çözüm önerisi de getirebileceği kabul edilmiş ve böylece kolaylaştırıcı arabuluculuk sisteminden vazgeçilerek değerlendirici arabuluculuk sistemi tercih edilmiştir.

Arbuluculuk kurumunun bir diğer özelliği faaliyetin tarafsız bir arabulucu tarafından yürütülmesidir. Arabulucunun tayininde olduğu gibi, faaliyetin sürdürülmesinde de tarafsız olması gerekir. Değerlendirici arabuluculuk sisteminde, arabulucu yapacağı çözüm önerilerinde bu tarafsızlığı korumak zorundadır. Ancak uygulamada bu tarafsızlığın denetimi sorundur. Arabulucu önerisinde temel haklar ve emredici hükümlerle bağlı mıdır? Yapacağı bu öneriler karşısında sorumluluğu mevcut mudur? Özel bir alan olan iş hukukuna hakim olmayan bir arabulucudan öneride bulunmasını beklemek, bu öneride yasal hükümlerle bağlı olmadığını da düşündüğümüzde ne derecede isabetlidir?

Arbuluculuk sisteminin önemli bir özelliği gizliliktir. Arabuluculuk aşamasında ele alınan uyuşmazlığın esasları, içeriği ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanan standartlar kamuya açık değildir. Bununla birlikte ileride ele alınacağı üzere gizlilik, sosyal adaletin gelişimi bakımından olumsuz etkendir. Devletin sosyal adaleti geliştirmesi büyük ölçüde kamuya açıklıkla sağlanır. Taraflar arasındaki eşitsizliğin tespiti ve giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması sosyal adaletin sağlanması için gerekli olup, bu durum ancak uyuşmazlıkların kamuya açık olması ile sağlanabilir.

Nihayet bir diğer özellik uyuşmazlığa özgü çözümdür. Tarafların irade serbestisi içinde kendi uyuşmazlıklarına uygun çözüm bulması amacı izlenir. Bununla birlikte, uyuşmazlık konularının tipik ve parasal nitelikte olduğu iş hukukunda uyuşmazlığa özgü çözümün, emredici hükümlerle güvence altına alınan hakları bertaraf tehlikesi taşıdığı kuşkusuzdur.

III. Genel Olarak Arabuluculuğun Riskli Yönleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk tarafların kendi uyuşmazlıkları hakkında çözüm üretebilmeleri, sonuçların çeşitliliği bakımından yararlı görüldüğü gibi, aynı zamanda tüm dünyada artan

iş uyuşmazlıkları nedeniyle yargılamanın gecikmesi, yargılamanın yüksek maliyetli olması, uzman yargıçlar gerektirmesi, ispat yükünün yerine getirilmesindeki sorunlar bakımından iş yargısı ve genel olarak devletin yargılama faaliyeti bakımından da tercih edilen bir yol olarak görülmektedir⁹. Bu noktada arabuluculuğun hızlı, ucuz ve daha etkin bir çözüm getirdiği kabul edilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğu savunan yazarlar, aynı zamanda riskli yönleri tespit ile sınırların belirlenmesinin önemi üzerinde durmaktadırlar. Arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılması noktasında riskler genel olarak tüm uyuşmazlıklar bakımından kendini gösterdiği gibi, iş hukuku bakımından daha da yoğundur.

Öncelikle mahkemelerin rolü ve işlevinden yola çıkıldığında, arabuluculuğun mahkemelerin yargılama üzerindeki kontrol işlevini ortadan kaldırdığı söylenmelidir. Mahkemeler sadece kanunların uygulayıcısı olmayıp, aynı zamanda içtihat yoluyla hukukun gelişimine katkıda bulunur. Yargısal kararlar tek bir uyuşmazlık için kabul edilen özel çözümden çok daha geniş bir alanda etkiye sahiptir. Mahkeme kararları gelecekteki davranışlara yönelik toplumsal bir rehber niteliğindedir¹⁰. Hakim MK md. 1 dahilinde kural koyar, mevcut hukuku uygular, yorum yoluyla ve mevcut hukuk düzenine hakim esaslar ışığında ilkeler belirler. Uyuşmazlığın hakim önüne gelmemesi hakimi bu olanaktan yoksun kılarken, arabuluculuk kararlarının gizli ve uyuşmazlığa özgü olması nedeniyle hukukun gelişimini sağlayacak içtihat oluşumunu da önler. İş hukukunda mahkemelerin kural koyma, boşluk doldurma ve yorum yoluyla ilkeler belirleme işlevi çok önemlidir. Nitekim, yasal düzenlemelerin büyük bir kısmının temelini yargısal içtihatlarda bulduğu söylenebilir. Örneğin iş sözleşmesinde geçersizliğin ileriye doğru etkili olması, belirli süreli iş sözleşmesinin sınırlanması, ibranamelerin geçerliliğinin sıkı kayıt ve koşullara bağlanması, dar yorumlanması, alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin kötüye kullanmaları önleyecek şekilde belirli kurallara bağlanması bunlardan ilk planda akla gelen bir kısmıdır. Arabuluculuğun salt uyuşmazlık konusu üzerinde çözüm odaklı olması nedeniyle yargılamanın sosyal işlevini zedelediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Arabuluculuğun bireysel uyuşmazlıkta çözüme odaklanması esasen yargı ile amaç birliğine işaret eder. Bu amaç, taraflar arasındaki barı-

9 K.R. Feinberg, Reexamining the Arguments in Owen M.Fiss Against Settlement, Fordham Law Review, V. 78, 2009, 1172

10 A.M. ZACK, Conciliation of Labor Court Disputes, 406

şın korunmasıdır. Ancak yargısal makamlar kamu otoritesine sahip olup, amaçları özel tarafların amaçlarını maksimize etmek veya sadece barışı tesis etmek değil, anayasa veya yasalardaki değerleri ayrıntılı biçimde ortaya koymak, onlara güç vermek, bunları yorumlamak ve uygulamayı onlarla uyumlu hale getirmektir. Taraflar uzlaştığında ise bu görev yerine getirilmiş olmaz¹¹. Arabuluculuğun yaygın olarak uygulanması, bu kuruma dayanma mahkemeleri en önemli rolleri olan, toplumun tümü için emsal oluşturma rolünden yoksun bırakır. Hatta daha da ileri giderek ekstrem bir düşünce olarak arabuluculuğun çok başarılı olduğu varsayımında mahkemelerin bu rolünün tümüyle ortadan kalkabileceği dahi söylenebilir¹².

Arabuluculuğun riskleri arasında ileri sürülen bir diğer husus, tarafların arabuluculuk aşamasında elde ettiği bilgiler doğrultusunda karşı tarafın zayıf yönlerini öğrenmesi ve davasını buna göre yönlendirmesidir. Karşı tarafın zayıf olduğunu anlayan taraf bu aşamada anlaşma yerine dava yolunu tercih edebilir¹³.

Nihayet bir diğer risk, mahkeme masraflarının yüksek olması, maliyet gerekçeleriyle mali açıdan zayıf tarafın bir an evvel anlaşmaya çalışmasıdır. Dolayısıyla dava maliyetlerinin yüksek ve sürecin uzun olduğu durumda hakkın elde edilmesi, adaletin sağlanması arayışında “hızlı ve kirli” bir yol oluşturabilir¹⁴.

IV. İş Hukukunun Nitelikleri ve Zorunlu Arabuluculuk

Genel gerekçede iş yargılamasında arabuluculuk düzenlemesinin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: “*Tasarının 3 üncü maddesiyle, kanundan, bireysel ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi alacakları ile işe iade taleplerinde dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmektedir. İş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı, tarafların konuyu müzakere ederek anlaşmaları yoluyla sonuçlandırmasına uygundur. Bu uyuşmazlıkların, mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları marifetiyle çözülmesinin gerekliliği, özellikle son yıllarda konunun paydaşları ve aktörleri tarafından dile getirilmektedir. Tasarıyla kabul edilen önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının, kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı düşünülmekte ve böylece, adil yargılan-*

11 O.M.FISS, Against Settlement, Yale Law School Journal, 1983-1984, 1085; Doğan Yenisey, 173

12 ZACK, 406

13 ZACK, 407

14 ZACK,407

ma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesinin gereği yerine getirilmektedir. Ayrıca bu yöntemin, uyuşmazlığı temelinden sonlandırması, maddi ya da başka bir uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle sosyal barışa katkı sağlaması öngörülmektedir. Arabuluculuk müzakerelerinin gizli olması dikkate alındığında iki tarafın sırlarını korumaya elverişli bu yöntemde tarafların örselenmeden uyuşmazlığı sona erdirme imkanına sahip olacakları düşünülmektedir".¹⁵

Görüldüğü gibi, Tasarıda iş uyuşmazlıklarının yapısının arabuluculuk yoluyla çözülmeye elverişli olduğundan söz edilmekle birlikte, esasen iş hukukunun ve iş uyuşmazlıklarının niteliği tam aksine bu konuda ciddi tereddütleri ortaya çıkarmaktadır.

a. Taraf eşitsizliği ve koruyucu temelli gelişim

Modern iş hukukunun temeli batı ülkeleri kapitalist sisteminde iş sözleşmesidir. Sözleşmesel temel liberal bir bakış açısından hareket eder ve tarafların çalışma koşullarını serbestçe müzakere ederek üzerinde uzlaştıklarını kabul eder. Buna göre sözleşme serbestçe kurulmalı ve sona erdirilmelidir. Bu yolla optimal ekonomik etkinlik gerçekleşecek ve ortaya çıkan yararlar hem işçi hem de işverene fırsatlar sunacaktır. Bu özgürlüğe müdahale arzu edilen bir durum değildir ve müdahale piyasanın düzgün işleyişini garanti altına almak için asgari düzeyde tutulmalıdır. Bununla birlikte iş hukukunda mevcut taraf eşitsizliği karşısında liberal bakış açısının sosyal yararı, sosyal adaleti sağlama işlevini yerine getiremediği görülmüştür. İşverenin sözleşme içeriğini belirlemede üstün konumu, çoğu kez işçinin kendisine sunulan şartları kabulü zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Güç eşitsizliğinin sosyal memnuniyetsizliği beraberinde getirdiği; işçinin insan hakları, moral değerlerini ve ekonomik gereksinimlerini geri planda bıraktığı ve hatta işverenin kar etme yolundaki menfaatine kurban edebileceği görülmüştür. Bu noktada modern iş hukuku sözleşme özgürlüğü ve saf sözleşme temelinden ayrılarak yasal ve sözleşmesel temellerde bir karışım olarak ortaya çıkmış, sözleşme özgürlüğüne getirilen işçi lehine sınırlamalar bu gelişime damga vurmuştur¹⁶.

Hak temelli bakış açısı çalışma yaşamında işçinin vazgeçilemez insan haklarının korunması gerektiğinden hareket eder ve bunların sağlanması durumunda çalışma yaşamının adil olduğunu kabul eder. Sosyal adalet hak, borç ve yararların adil paylaşımını ve katılımını gerektirir. Bu noktada, iş ilişkisini düzenleyen kuralların amacı işveren ve işçi ara-

15 İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Genel Gereğesi, s. 8, <http://www.adalet.gov.tr/tasari-lar/20160323-is> mahkemeleri Kanunu Tasarısı-DuzmetinGerekece.pdf.

16 J.STEINER, Mediation of Employment Disputes: A Legal Assessment, Canada 1999, 58 vd.

sındaki güç ilişkisini dengelemek ve işçi için temel asgari çalışma koşullarını düzenlemektir. Dolayısıyla, bu yolla çalışma koşulları pazarlık masasından ve güç eşitsizliğinin olumsuz etkilerinden uzaklaştırılır¹⁷.

İş hukukunun bu niteliği, zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde kullanılabilir bir yöntem olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bağlantı noktasıdır.

Hak temelli bakış açısından hareket edildiğinde ki, modern iş hukuku mutlak ve nispi emredici hükümler ile işçinin vazgeçilmez temel haklarının varlığından hareket eder, zorunlu arabuluculuğun iş hukukunun yapısına uygun olduğundan söz etmek mümkün değildir. Arabuluculuk uyuşmazlığın çözümünde aynı durumda olan tüm kişileri kapsayan yeknesak kuralları dikkate almaz. Doğrudan münferit uyuşmazlıkta uygulanabilir ve elverişli çözüme odaklanır. Bunun sonucu olarak bireysel hakları, etkilendiği tüm durumlarda koşulsuz bağlayıcı olarak dikkate almaz. Temel hakların tanınmasındaki moral mutlaklığı reddeder. Oysa temel hakların gerçekleşmesinin ön şartı bir standartın kabulüdür. Arabuluculuk temel hakların tümüyle gerçekleşmesini, ihlal edilmemesini veya vazgeçilmesini (devredilmesini) güvenceleyemediğinden hak temelli iş hukuku ile uzlaşmaz.¹⁸ Karşılıklı anlaşmaya ulaşabilmek için çoğu kez hak talebinde bulunan ilk talebinden kısmen vazgeçer. Dolayısıyla, bir temel hakkın ihlali iddiasında uzlaşma arayışı bu hakkı perdeleme, ihlal veya hakkın tamamen gerçekleşmesine engel olabilecektir.

İş Hukukunu çoğulcu bakış açısından temellendiren görüş ise, iş hukukunun karşılıklı çıkarları dengeleme işlevinden hareket eder. Karşılıklı çıkarların dengelenmesi esasen ilk bakışta bir müzakere sürecini ifade eden arabuluculuk kurumunun iş hukuku ile uyumlu gösterir. Ancak çıkarların dengelenmesi, arabuluculuk sürecinde de sosyal denge gereksiniminin bağlayıcı standart olarak kabulünü gerektirir. Sosyal dengenin sağlanması taraf eşitsizliğinin dikkate alınmasını gerektirir. Oysa arabuluculuğun özü tarafların tümüyle serbest olarak uygulayacakları kural ve standartları belirlemesidir. Bu yöntem iş hukukunun amacını benimsemiğinden uyumlu olduğundan da söz edilemez¹⁹.

Çoğulcu bakış açısından değerlendirildiğinde arabuluculuk iş hukukunun işlevlerini engeller. İş hukuku ilgili tarafların gücünü dikkate alarak sosyal dengeyi kurarken, iş uyuşmazlıklarının genel çözümünde sosyal veriler ve tecrübelerden yararlanır, iş hukuku tipik uyuşmazlıkları belirler

17 STEINER, 83

18 STEINER, 96

19 STEINER, 98-99

ve karşılıklı çıkarları dengeleyen çözümleri sunar. Bireysel uyuşmazlık çözümünde ise sosyal tarafların güç ilişkisi önem taşımaz, yeknesak çözümden hareket etmez. Genel uygulama ve çözümden sapmanın sayısı ile orantılı olarak iş hukukunun denge arayışı ve esasından sapan bir sosyal gerçek ortaya çıkar. Arabuluculuk sosyal güçleri değil bireysel gücü esas alır²⁰.

b. Tarafların müzakere gücü

Arabuluculuğun özünde pazarlık bulunmaktadır. Tarafların pazarlık, müzakere gücü yasal bir yardıma ulaşma ve müzakere deneyimini ifade eder. Tarafların müzakere aşamasında yasal temsilci ile temsil edilmedikleri durumda, işverenin tipik olarak daha kapsamlı bir yasal ve müzakere uzmanlığından yararlanma imkanı bulunduğu tartışmasıdır. İşverenlerin iş uyuşmazlıklarındaki deneyimi ve iş mevzuatı alanındaki bilgi birikimi ön plandadır. Taraf kaynakları arasındaki eşitsizlik zayıf olan tarafın davanın olası sonuçlarına ilişkin yeterli bilgi edinmesine engeldir²¹.

Müzakere gücü aynı zamanda arabuluculuk aşamasında çözüme ulaşma gereksinimine bağlıdır. Bir taraf diğerinden daha acil çözüme gereksinim duyarsa, hak ve çıkarlarından o ölçüde feragat eder. Bu aşamada çözüm gereksiniminin ekonomik veya ekonomik olmayan temelleri bulunmaktadır. Ekonomik gereklilik her bir olaya ve uyuşmazlık konusunun ekonomik önemine göre değişir. Ancak ekonomik bakış açısından hareket edildiğinde, işçinin arabuluculuk dışındaki alanlarda ki bu yargısal alandır, hakkını talep için ekonomik kaynakları işverene oranla yetersizdir. Bu yetersizlik mahkeme masrafları bakımından söz konusudur. Yüklü mahkeme masrafları, işçiyi hakları üzerinde bir pazarlığa zorlama noktasında itici güç oluşturabilecektir. Öte yandan bir an evvel zararın karşılanması yolundaki gereksinim, zayıf tarafı esasen mahkemede daha fazla hak elde edeceğini bilse bile arabuluculuk yoluyla uzlaşmaya zorlayan bir etken olarak ortaya çıkar. Kuşkusuz her davacı alacağını bir an evvel elde etmek ister, ancak muhtaç bir davacı zengin bir davalı tarafından istismar edilebilir, zira ihtiyacı o kadar büyüktür ki, gerçek alacağını daha altındaki bir tutara razı olmak zorunda kalabilir²². Ekonomik olmayan etkenler, duygusal ve psikolojik etkenlerdir. İş ilişkisi işçinin ekonomik varlığı yanında duygusal ve psikolojik varlığını temellendirir. Uyuşmazlığın çözümü moral olarak işçi için çok daha önemlidir. Bu durum işçinin uyuşmazlığın çözümünde gecikmeyi, belir-

20 STEINER, 99

21 FISS, 1076

22 FISS, 1076

sizliği tolere etmesi ve dava yoluyla hakkın elde edilmesi için beklemesi ihtimalini zayıflatır²³. Bu noktada, iş ilişkisindeki bağımlılık arabuluculuk aşamasında farklı bir şekilde kendisini gösterir.

Arabuluculuğun çıkış felsefesi, komşuluk ilişkisinde olduğu gibi taraflar arasında sürekli ilişkinin korunması ve barışın sağlanması gereğinin bulunduğu ilişkilerde uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu noktada komşuluk ilişkileri bakımından arabuluculuk ideal bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. İş Hukukunun kendine özgü yapısı ve dinamikleri arabuluculuğun uygun bir çözüm yolu olarak kabulüne ciddi bir itiraz oluşturur. Nitekim, iş uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ve yasal hakların ödenmemesi, yasal yükümlülöklere aykırılık nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bugün için iş uyuşmazlıklarına bakıldığında, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, ulusal bayram ve genel tatil ücret alacakları, hafta tatili alacağı, yıllık izin alacağı gibi somut ve doğrudan belirlenebilir alacaklar niteliğindedir. Genelde kurumsal işyerlerinde bu alacakların ödendiği görölmektedir. Bu alacak tutarlarını ödemeyen işverenler bakımından arabuluculuğun bir pazarlık imkanı olarak getirilmesi ise, emredici kurullarla düzenlenen işçilik alacaklarının pazarlık konusu yapılıp yapılamayacağı ile bağlantılıdır.

c. Müzakere ve emrediciliğin bertarafı

Tipik bir pazarlık sürecini ifade eden arabuluculuk sürecinde asgari ücret, kıdem tazminatı, asgari dinlenme süreleri, hafta tatili ve diğer emredici hükümlerin bu niteliklerini koruyacağından söz etmek mümkün müdür? Bu sorunun olumlu yanıtlanması pazarlık felsefesi ile çatışmakta iken, olumsuz yanıtlanması iş hukukunun varlık felsefesine aykırıdır. Arabuluculuğun özünün pazarlık olduğu dikkate alındığında, yasal mevzuatın uygulanması güvencesinden yoksun bir süreç oluşturduğu söylenmelidir.

Arabuluculuktaki temel ilkelerden biri tarafsızlıktır. Dolayısıyla arabulucu kıdem tazminatının hak edilenin yarısı kadar ödenmesi yolundaki anlaşma karşısında tarafsız davranmak zorundadır. Yine, bir temel hak olarak ayrımcılığa karşı talep edilen tazminatın dörtte biri oranında ödenmesine ilişkin anlaşmaya karşı da tarafsız davranmak zorundadır. Arabulucunun iş hukuku ve işçilik hakları konusunda uzman olması gerekmediği gibi, verilecek kısa bir eğitimle uzmanlık sağlandığını söylemek de uzmanlık kavramının hafife alınmasıdır. Arabulucunun sürece müdahil olabileceği ve işçinin bu yolla korunabileceği düşüncesi bir te-

23 STEINER, 104

menniden ibarettir. Zira, yasada böyle bir yükümlülük getirilmemektedir. Arabulucunun sürece müdahale etmesi ve görüşmeleri kesmesi taraflardan birinin şikayetine neden olabileceği gibi, hangi noktada sürecin kesilmesi gerektiği dahi sübjektif yargıya terk edilmektedir. Arabulucunun süreci kesmemesi ve işçinin asgari ücretin dörtte biri tutarında bir ödemeye razı olması durumunda arabulucunun sorumluluğuna gidilebilecek midir? Kaldı ki, alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun ilkelerinden sapılarak arabulucuyu tarafsız olmaktan çıkararak bir sistem dünya uygulamaları ile de çelişir.

Koruyucu iş hukuku kurallarının arabuluculuk aşamasında bağlayıcı olmaması, hakların pazarlık konusu yapılabilmesi sosyal adaleti münferit meselede zedelemeyebilirken, yaygın bir yöntem olarak uygulanması yasa yerine sosyal standartlara dayalı uygulamayı ortaya çıkararak hukuk devleti ilkesini ihlal eder. Arabuluculuk aşamasında muvazaa dikate alınmayacak, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasakları ve anayasal haklar pazarlık konusu yapılabilecektir ki, sistemin liberal bakış açısı ile iş hukukunun zaman içerisindeki gelişimini tümüyle bir yana bıraktığı söylenmelidir.

d. Sürecin gizli olması ve adaletin sağlanması noktasında denetim yapılabilmesi

Arabuluculuk sürecinin gizli olması sosyal adaletin güçlendirilmesinde önemli bir eksikliktir. Arabuluculuk sürecinde uyumsuzluğun temeli, üzerinde uzlaşılan çözümün esasları ve uygulanan standartlar kamuya açık değildir. Sosyal hukuk devletinin gelişmesi için sosyal eşitsizliklerin ortaya çıkarılması, analiz edilmesi ve mevcut durumun değişmesi için tedbirlerin ortaya konulması gerekir. Böyle bir analiz ise bilgiye ulaşmaya, toplumun geniş ölçüde kaynaklara ve fırsatlara katılımını gerekli kılar. Arabuluculukta sosyal adaletsizliğe ilişkin veriler kamu tarafından tespit edilemez. Tam tersi de geçerlidir. Sosyal adaletin sağlandığı bir çözümün gizli kalması toplumun geniş kesiminde bu değerlerin gerçekleştirilebilmesine engel olur. Zira sonuçlar kamuya veya ilgili sosyal taraflara açıklanmaz. Dolayısıyla bir rehber güç oluşturamaz.²⁴ Kamuya açıklanmayan sonuçlar nedeniyle çözümün sosyal devlet ilkesinin değerleriyle karakterize edilip edilmediği, demokratik toplum anlayışını zedeleyip zedelediği, sadece baskın güç tarafından belirlenip belirlenmediği konusunda bir değerlendirme yapmak mümkün değildir.

24 STEINER, 120 vd.

e. Amaç somut uyuşmazlığın çözümü mü, yoksa adaletin sağlanması mıdır?

6325 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana açıklanan istatistikler hep arabuluculuk kurumunun başarılı olduğu ve en fazla başarının iş hukuku alanında görüldüğüdür. Hukuk devletinde yargısal faaliyetin amacı adaletin sağlanmasıdır. Dolayısıyla hukukun amacı uyuşmazlığın ne şekilde olursa olsun çözümü değil, yasal hükümler vasıtasıyla adil bir çözüme ulaşılmasıdır. Oysa arabuluculuğun özünde adalet arayışı yoktur, sistem bireysel uzlaşmaya yönelmiştir. Arabuluculuğun temelinde uyuşmazlığa özgü çözüm bulunmaktadır. Dolayısıyla yasal hakların temini güvencesi bulunmadığından çözülen her uyuşmazlığın adaleti sağladığından söz edilemez²⁵. Gizlilik nedeniyle içeriği denetlenemeyen bu anlaşmaları nitelik yönünden değerlendirme imkanı bulunmazken, salt nicelik yönünden faydalı olduğundan söz etmenin yanıltıcı olduğu açıktır. Öte yandan işverenin arabuluculuk aşamasında işçiye belki hak ettiği kadar fazlasını vereceği yönündeki bir savın hukuki bir temele dayanmadığı da söylenmelidir.

Sonuç olarak, bir müzakere temeline dayanan arabuluculuk yoluyla, anayasal hakların, yasanın emredici hükümlerinin pazarlığa tabi tutulmasının iş hukukunun özüne aykırı olduğu, bir yandan TBK md. 420 ile iş ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi ibranamenin geçerliliği sınırlanırken²⁶ diğer yandan emredici hükümlerin tümüyle bertaraf edilebilirliğine imkan vermenin iş hukukunun temelden sarsılması anlamına geldiği söylenmelidir. İşsizliğin yoğun olduğu, davaların uzun sürdüğü bir sistemde işçinin özgür iradesi ile pazarlık masasına oturduğundan söz etmek fiili gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, kurumsal işyerlerinde işçilik alacaklarını ödeme konusunda ciddi bir sorun yaşanmadığı bilinmektedir. İşçilik alacakları üzerinde pazarlık imkanının bulunması, zaten yasal yükümlülükleri yerine getirmeyen işveren için bu yöndeki davranış kalıbının daha da yaygınlaşması tehlikesini beraberinde getirebilecektir²⁷. Üzerinde pazarlık imkanı bulunduğu takdirde işveren ücret ve tazminat alacaklarını ödemeyerek daha düşük miktarlar için işçiyi zorlayabilecektir. Yine, ülkemizdeki iş uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ve yasal hakların ödenmesinden kaynaklanmaktadır. İhbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi miktarı ve

25 ALPAGUT, 214

26 Doğan Yenisey, 175 vd. Yazar isabetli olarak pazarlık kurumunun iş hukuku ile bağdaşmazlığını ayrıntılı bir biçimde ortaya koymuştur.

27 Doğan Yenisey, 181

hak kazanma koşulları belirli olan alacakların ödenmesi talep konularını oluşturmaktadır. Taraflar arasında barışın sağlanması ve ilişkinin sürdürülmesi savına dayanan zorunlu arabuluculuk görüşü bu noktada dayanaksızdır. Batı ülkelerinde çalışma sırasında ayrımcılık, mobbing vb. hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk iş barışına hizmet edebilir. Ancak sistemimizde uyuşmazlıkların zaten iş ilişkisi sona erdikten sonra ortaya çıktığı dikkate alındığında, barıştan ve tarafların kucaklaşmasından söz etmek gerçekçi görünmemektedir.

Zorunlu arabuluculuğun bir model olarak benimsenmesi düşünülmekte ise, bunun tarafların eşit olduğu ticaret hukuku uyuşmazlıklarından başlaması ideal olan yoldur.

V. İTALYA ÖRNEĞİ

Türk Hukukunda zorunlu arabuluculuk kurumunun kabul edilmesi için bir kısım yabancı ülke uygulamalarından örnekler verilmektedir. Bununla birlikte bu örneklerin bir bölümünde iş hukuku mevcut değildir. İş hukuku dışındaki alanlarda arabuluculuk uygulamasının bulunması kurumun savunulmasında destek olarak kullanılmakta, ancak bu sistemlerde iş hukukunun kapsam dışında bulunduğu zikredilmemektedir. Bunun dışında iş hukuku bakımından verilen başlıca örnek İtalyan Hukukudur. İtalya örneği kamuya sunulmuş başarılı olduğundan söz edilmektedir. Bu nedenle İtalyan Hukukunun ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

İtalyan hukuk sistemi kronik olarak yetersizlik yaşayan bir sistem olarak nitelendirilmektedir. Dünya Bankasının istatistiklerine göre etkinlik bakımından 2009 yılında 183 ülkeden 158. sırada yer almıştır. Kişi başına düşen yargıç sayısı bakımından diğer AB ve OECD ülkeleri ile mukayese edildiğinde daha iyi konumda bulunmasına rağmen, dava sayısının çok olması nedeniyle yargıçların çok yoğun bir iş yükü ile karşı karşıya geldiği belirtilmektedir²⁸. İtalya'da avukat sayısının fazlalığı da davaların çokluğu bakımından bir neden olarak ileri sürülmektedir.

İtalyan Hukukunda klasik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak; arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim kabul edilmiştir. İş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk değil, uzlaştırmanın uygulandığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, iş uyuşmazlıklarında uzlaştırma idari uzlaştırma niteliğindedir ve zorunludur. Uzlaştırma kapsamındaki konular, ücret talepleri, feshe itiraz, iş ilişkisinin kuruluşu, zararın tazmini veya işletmenin devri gibi konulardır.

28 G. MATTEUCCI, Mandatory Mediation, The Italian Experience, 2015, 5. 2008 yılında dava sayısı 5.826.440'la en yüksek sayıya ulaşırken, 2013 yılında 5.155.000'e düşmüştür.

İtalyan Hukuk sisteminde bir uyuşmazlığın çözümü için yargıya başvurmadan önce zorunlu bir idari uzlaştırma aşaması mevcuttur. Bu başvuru işçi veya sendika tarafından Çalışma Bakanlığı Bölge Çalışma Müdürlüğünde bulunan kurul önünde yapılır. Kurul iş müfettişlerinden oluşur ve hakim davanın başında uzlaştırma aşamasına başvurulmadığını saptarsa, yargılamayı durdurur ve tarafları bu prosedürü işletmeye yöneltir. Uzlaştırma kurulu bir iş müfettişi, iki işçi ve iki işveren temsilcisinden oluşur. Eğer taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa bağlayıcı bir anlaşma imzalanır. İş müfettişleri çalışma bakanlığı tarafından atanan, sınavla alınan ve iş hukuku alanında üniversite eğitimi alan kamu görevlileridir. Ücretleri devlet tarafından ödenir. Uzlaştırma aşamasında işçinin yanında sendika yetkilisi veya avukat bulunabilir. Bu noktada İtalyan Hukukunda idari uzlaşma dışında, iş hukukunda zorunlu arabuluculuk veya zorunlu uzlaştırmanın bulunmadığı söylenmelidir.

Zorunlu arabuluculuk gayrimenkul hukuku, sigorta, bankacılık, finansal anlaşmalar, malvarlığı paylaşımı, miras, aile hukuku, kira hukuku, komşuluk uyuşmazlıkları, ariyet, mal praktis ve sağlık bakım hizmeti davaları, basın veya medyada hakaret davaları bakımından kabul edilmiştir. Bu noktada tasarruf edilebilir haklar bakımından benimsenmiştir. Arabuluculuk süresi üç ayda tamamlanmak zorundadır. Yine, taraflara avukat desteği zorunludur. Diğer alanlarda ise ihtiyaridir²⁹. Zorunlu arabuluculuğa konu uyuşmazlıklar, tüm uyuşmazlıkların % 8'ini oluşturmaktadır³⁰. Yılda 200.000 uyuşmazlığın arabulucuya gitmesi beklenmekte ve ekonomik krizin de etkisi ile özellikle avukatların arabuluculuk eğitimlerine koştuğu, 200 saat olması gereken arabuluculuk eğitiminin 50 saatten oluştuğu belirtilmektedir. 2011 yılında İtalya'da 1000 civarında arabuluculuk kurumunun bulunduğu (tam sayının bilinmediği) ve ortalama 40.000 arabulucu ile arabuluculuktan çok arabulucunun bulunduğu tespit edilmektedir³¹.

VI. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUĞUN UYGULANMASINA İLİŞKİN ESASLAR

1. Kapsama Giren Uyuşmazlıklar

Tasarıda “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması” dava şartı olarak kabul edilmiştir. İş

29 M. HANKS, Perspectives on Mandatory Mediation, 937 vd.

30 MATTEUCCI, 2015, 6

31 MATTEUCCI, 7

Mahkemeleri Kanunu 4857 sayılı İş Kanunu yanında Basın İşK, Deniz İşK ve TBK'na tabi olarak iş sözleşmesi ile çalışanları da kapsadığından arabuluculuk hükümleri bu kanunlara tabi olanlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır. Düzenleme işçinin ve geride kalanlarının korunması noktasında isabetlidir. Nitekim, işçi veya geride kalanlar bakımından pazarlık gücünün en az olduğu alan iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat talepleridir. İşverenlerin bir an evvel uyuşmazlığı çözümlenmek çabası, karşı tarafın ise zaten ekonomik yönden güç bir durumda bulunduğu dönemde bir an evvel gelir elde etme amacı, adil sonuçlara ulaşılmasını güçleştirir.

CMK md. 253'de düzenlenen uzlaştırma kurumunda atanan uzlaştırmacı işveren ile işçi arasında bir uzlaşmayı sağlayabilecektir. Taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması ve Cumhuriyet savcısı tarafından bu uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığı ve edimin hukuka uygun olduğunun tespiti durumunda, şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi koşuluyla kovuşturmayaya yer bulunmadığı kararı verilir. Madde uyarınca, uzlaşmanın sağlanması halinde, suç nedeniyle tazminat davası açılmaz, açılmış davadan feragat edilmiş sayılır. Düzenlemenin tazminat davası açılmayacağına ilişkin hükmünün, TBK md. 420 karşısında geçerliliği tartışmalıdır. Ancak uzlaşma ile bağlantılı olmaksızın, arabuluculuk hükümlerinin iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında geçerli olmayacağına ilişkin hüküm isabetlidir. Nitekim, taraflar uzlaştırma prosedüründen önce de tazminat alacağı için yargı yoluna başvurabilecektir.

2. Arabuluculuğun Dava Şartı Olmasının Hukuki Sonucu

Tasarı md. 3/2 uyarınca, davacı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

Arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesinin hukuki sonucu, arabulucuya başvurmaksızın açılan davanın usulden reddidir. HMK md. 115/1 uyarınca, mahkeme bunu davanın her aşamasında re'sen gözönüne alabileceği gibi, taraflar da bunu her aşamada ileri sürebilirler.

Belirtmek gerekir ki, hükmün ikinci cümlesinde belirtilen davacıya süre verilmesine ilişkin husus arabulucuya hiç başvurulmadığı halleri değil, arabulucuya başvurulup da son tutanağın dava dilekçesine eklenmemiş olması durumunu yöneliktir. Arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilirken tercih "giderilemeyen eksiklik" yönünde kullanılmıştır.

2. Arabuluculuk Süreci

Arabuluculukta taraf teşkili bakımından önemli bir husus Tasarı md. 3/15 ile öngörülen "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır" hükmüdür. Belirtmek gerekir ki, tasarı taslak halinde iken bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti³². Ancak eleştiriler üzerine yapılan bu düzenlemenin isabetli olduğu belirtilmelidir.

Üçlü iş ilişkilerinin tümünde olduğu gibi alt işveren ilişkisinde de taraf teşkili sorumluluğun belirlenmesi ve alacakların tahsili bakımından önem taşır. İlk planda alt işverenle işçinin işe iade veya diğer bir hususta anlaşması durumunda salt asıl işverenin arabuluculuk sürecinde bulunmaması nedeniyle geçersizlik yaptırımının isabetli olmadığı düşünülebilir. Ancak, asıl işverenin birlikte sorumluluğunun varlığı, ilişkide muvazaa olgusunun bulunabileceği dikkate alındığında bu görüşün isabetli olmadığı söylenmelidir. Nitekim, alt işverenin işçiyi işe başlatmayı kabul ettiği varsayımında arabuluculuk süreci tamamlanmıştır, ancak alt işverenin işçiyi işe başlatmıyorsa asıl işverenin sürece dahil değilse sorumluluğuna nasıl gidilecektir? Yine tam tersine, asıl işverenle işçi arasında yapılan bir arabulucu anlaşmasında, alt işverenin süreç dışı ise ve asıl işveren yükümlülüğü yerine getirmiyor ise alt işverene nasıl başvurulacaktır?

Tasarının 3. maddesi uyarınca, arabuluculuk başvurusu karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Arabu-

32 Bu konudaki eleştiri için bkz. ALPAGUT, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016, 214

lucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucu görevlendirilir.

Tasarının 7. maddesi uyarınca başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.

Arabulucunun her türlü iletişim vasıtasını kullanacağı yönündeki ibare telefonla bildirim içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Ancak bu tür bir bildirim ispat zorluğu getireceği kuşkusuzdur.

Tasarının 7. Maddesinde arabulucunun, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandıracağı ancak bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabileceği öngörülmüştür. Zorunlu haller ile neyin ifade edildiği ise açık değildir. Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir.

Arabuluculuk sürecinin teşviki bakımından öngörülen bir düzenleme yargılama giderlerine ilişkindir. Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Geçerli mazeretin içeriği belirsiz olduğu gibi, bu hususun kimin tarafından değerlendirileceği hususunda da bir açıklık bulunmamaktadır³³. Görüldüğü gibi, yargılama giderleri arabuluculuk sürecine katılmayı sağlama noktasında bir yaptırım olarak öngörülmüştür.

33 Doğan Yenisey, 188

Uygulamada sorun yaratacak hususlardan biri, bir veya birkaç işçilik alacağı talebiyle arabulucuya başvuran tarafın süreç sırasında başka alacaklar da ileri sürüp süremeyeceğidir. Yine, bir kısım alacaklar için arabulucuya başvuran, ancak anlaşma sağlanamaması üzerine dava yoluna başvuran tarafın, dava aşamasında diğer alacak kalemleri için ayrıca arabuluculuk başvurusu yapmasının gerekip gerekmediğidir. Diğer bir ifadeyle örneğin yıllık izin ve hafta tatili alacakları için arabulucuya başvuran işçi açtığı davada ayrıca ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarını da talep edebilecek midir? Cevap bekleyen benzeri sorunlar Tasarının düzenlenmesindeki boşlukları ortaya koymaktadır.

3. Arabuluculuk sürecinde anlaşma ve arabuluculuk tutanağı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 18 uyarınca “Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir”.

Görüldüğü gibi, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin sulh hukuk mahkemesi tarafından verilmesi öngörülmüştür. HUAK md. 18'e göre, bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır ve incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır. İcra edilebilirlik şerhi kapsamında kamu düzeni bakımından bir inceleme yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, icra edilebilirlik şerhi veren mahkemenin anlaşmanın kamu düzeni yasanın emredici hükümlerine uygunluk bakımından resen inceleme yetkisinin bulunduğunu savunmaktadır³⁴. Bir diğer görüş ise mahkemenin yalnızca arabuluculuk belgesini arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmama noktasında inceleyebileceğini kabul etmektedir³⁵. Kuşkusuz varılacak sonuç, emredici hükümlerin hakim olduğu iş hukuku bakımından son derece önemlidir. Hakim bu

34 Doğan Yenisey, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, 191; M.Namlı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016, İstanbul 164

35 Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 680; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1062

aşamada maddi hukuka ilişkin bir incelemeye girişmesi esasen arabuluculuğun özüne aykırıdır. Kanaatimizce maddi hukuka ilişkin değerlendirme arabuluculuk aşamasında düzenlenmiş anlaşma belgesinin iptal edilebilirliği ve bununla bağlantılı olarak uyuşmazlığın yargı önüne getirilebilmesi sorunu olarak ortaya çıkar. Mahkemenin inceleme yetkisinin kapsamı ne olursa olsun, iş uyuşmazlıkları bakımından icra edilebilirlik şerhi konusunda sulh hukuk mahkemesinin yetkili kılınmasının isabetli olmadığı söylenmelidir.

Nihayet tartışmanın en yoğun olarak yaşandığı hususlardan biri, HUAK md. 18’de öngörülen “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz” hükmüdür. İcra edilebilirlik şerhi ile anlaşmanın ilam niteliğinde belge haline geleceği, kesin hükmün bulunmadığı dikkate alındığında “dava açılmama”nın Anayasal hak arama özgürlüğü karşısında geçerliliği sorunludur.

Anlaşmanın özellikle gabin iddiasıyla iptal edilebilirliği yine tartışma konularındandır. Ancak bu aşamada yine sorun, işçinin haklarından ne oranda vazgeçebileceği ile bağlantılıdır. Kıdem tazminatının hak edilenin dörtte biri oranında ödenmesi mi yoksa yarısı oranında ödenmesi mi gabin olarak değerlendirilmelidir. İşçinin elli bin liralık alacağı karşılığında otuz bin liraya razı olmasında gabinin varlığından söz edilebilecek midir? Sonuç olarak tasarı ile işçilik haklarının bir pazarlık konusu olarak benimsendiği, bu kabulün iş hukukunun özüne aykırı olduğu gibi, usul hukuku bakımından da birçok sorunları barındırdığı söylenmelidir.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Hocam, anlattıklarınız, güzel sunumlarınız için çok teşekkür ediyorum. Arkadaşlar, 15 dakika ara vereceğiz. Bu arada sorular varsa soruları yazılı alacağız, soru kağıdının üzerine lütfen Talat Hocam, Sayın Başkan veya Gülsevil Hocam, onun ismini yazıyorsunuz, kendi kimliklerinizi de yazıyorsunuz. Sorulara geçmeden önce Sayın Başkan söz talep etti, Hasan Erdem Bey söz talep etti, Yargıtaydan gelen Daire Başkanı ve üye arkadaşlarımızın sözleri varsa onları alacağız, sayın hocalarımızın sözlerini alacağız, ondan sonra devam edeceğiz.

SORU CEVAP

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sevgili arkadaşlarım, oturumun son kısmına başlıyoruz. Öncelikle Sayın Daire Başkanımız hem cevap hakkı anlamında, hem sorulara cevap anlamında kısa bir konuşmasını yapacak. İki video varmış, kayda alınmış arabuluculuk görüşmesi, iki dakikalık bir şey, onu da sunmak istiyor. Soruları kısmen aldık, ondan sonra arkadaşlarımıza öncelikle İş Hukuku Komisyonu Başkanı Hasan Beye söz vereceğim, daha sonra Daire Başkanı ve üye arkadaşlarımıza söz vereceğim, hocalarımıza söz vereceğim. Murat Hocam hem ev sahibi, hem bu işin başında olan bir arkadaşımız olarak o da söz istemişti. Onlara geleceğim hocam, tek tek şimdi saymaya gerek yok, şöylece bir sayayım dedim. Şimdi sözü ben Sayın Daire Başkanımıza bırakıyorum, buyurun.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Video gösterimi: “Merhaba arkadaşlar. Ben Ömer Tarhan. Diyarbakır Dicle ... (01.55) bünyesinde ... ilçesinde çalışmaktayım. 31.05.2016 tarihinde sözleşmemiz biten şirketimizdeki haklarımızı alabilmek için ... Hanımefendi aracılığıyla haklarımızı almak için bizimle arabuluculuk anlaşmasına geldiler. Bize arabuluculuğun nasıl bir şey olduğunu anlattılar ve bize daha mantıklı gelip, mahkemelere başvurmadan arabuluculuk sayesinde haklarımızı istediğimiz anda aldık ve haklarımıza da kavuştuk hiç mahkemeleri beklemeden, bu sayede ... Hanıma da teşekkürlerimizi sunuyoruz. Size de mahkemelere başvurmadan arabulucularla anlaşmanızı tavsiye ediyoruz”

Diğerini de gösterelim, bu Diyarbakır’dan arkadaşlar, işçi haklarının çok bilinmediği yerlerden, işçimizin hakkını bilmediği Diyarbakır’dan, buyurun.

“Merhabalar, herkese iyi günler. Ben Umut İşleyen, size bu videoyu Erzurum’dan gönderiyorum. Erzurum’da yaşamaktayım. Arabuluculuk yöntemiyle ilgili kısa ve öz olarak şunları söyleyebilirim: 2003 yılında X firmasıyla tazminat konusunda mahkemeye düştüm ve davamız 2003 yılından 2008 yılına kadar 5 yıl sürdü. Bu 5 yıl süresince arabuluculuk yöntemi olmadığı için ve mahkemeler çok uzun sürdüğü için 5 yıl sonunda çok cüzi bir tazminat rakamıyla mahkemeden ayrıldık. Aradan yıllar geçti, 2013 yılında çalıştığım bir firmayla tekrar tazminat konusunda anlaşmazlığa düştük ve kıdem, ihbar ve diğer tazminatlarla ilgili bu X firması da arabuluculuk yöntemine başvurmuşlardı. Biz o güne kadar

arabuluculuk yöntemini bilmiyorduk ve bu arabuluculuk yöntemiyle tanıştık. İnanın o firmanın da peşine 6 ay bir süreyle müzakerelerimiz oldu, koştuk. 6 ay sonucunda arabuluculuk yöntemiyle bizim alacağımızı sayın avukatlarımızla beraber güzel bir şekilde yaptılar ve bizim 6 aydır koştüğümüzü bir güne bağladık ve o gün paramızı alacağımız taahhüt edildi, o gün de aldık. Yani biz 5 yıl, ondan önceki 5 yıl farklı farklı tarihlere mahkemelere gittik, mahkemelerle uğraştık, ama sonuçta bir şey alamadık. Bundan sonra böyle bir davam olduğu zaman arkadaşlarım, ortamım ve çevremde arabuluculuk yöntemini denemesini söylüyorum. Hem daha iyi mutabakata varıyoruz, hem de ne karşı taraf, ne siz hiçbir şekilde mağdur olmuyorsunuz ve en kısa sürede hak ettiğiniz parayı alıyorsunuz. Arabuluculuk yöntemi çok güzel bir yöntem, keşke 2000'li yıllarda ülkemize gelseydi de bizim insanlarımız daha güzel bu çerçevelerde haklarını alabilseydiler. Teşekkür ediyorum”

Evet, ne diyor işçi kardeşimiz? Keşke 2000'li yıllarda bu arabuluculuk gelseydi, bir an önce hakkımı alsaydım. Şimdi Gülsevil Hocam diyor ki: *“23 yıldır -herhalde yanlış anlamadım- iş hukukçusuyum, hiç anlaşanı görmedim”* Ben de anlaşan insanlar olduğunu göstermek için bu iki videoyu gösterdim arkadaşlar, gizli olduğu için biz 14.000 uyuşmazlıktaki işçileri göstermiyoruz. Bunlar gizliliğe aykırı olmayacağını düşündükleri için kendi rızalarıyla arkadaşlarımız buna razı oldu.

Şimdi gelelim İtalya meselesine, biz hiçbir zaman İtalya'da iş hukukunda arabuluculuk var demedik, ama şunu söyledik: Daha önce iş hukuku 1990'lı yıllarda, 2000'li yıllarda denenmiş. O zaman zaten İtalya'da arabuluculuk kültürü yok. Peki, İtalya bu kadar bu şeyden memnun değil, iç hukukunda arabuluculuk getirdikten sonra bu arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinden memnun değil, ama ne hikmetse 8 alanda arabuluculuğu zorunlu kılmış. Memnun olmayan İtalya Devleti ve biz İtalya Adalet Bakanlığını ve müsteşarını ziyaret ettik. Bu raporumuzda da var, İtalya çalışma ziyareti raporumuzda, 4 yıllığına, deneme süreli olan 4 yıllığına arabuluculuk zorunlu süresini bir daha 4 yıla daha çıkardılar ve şu anda farklı alanlarda zorunlu arabuluculuk kısmına getirmeye başladılar arkadaşlar.

Arkadaşlar, bakın şuradaki olay gibi, şimdi arabuluculukta haklar yenecek. Kimin hakkı yenecek? İşçinin. Peki, işçi avukatla gelmesine arabuluculuk sürecinde engel var mı, bunu mu yasaklıyoruz biz? Hayır, avukat tutabilir arkadaşlar. İki, adli yardımdan avukat talep edebilir mi? Edebilir, barolarımız burada, adli yardım taleplerini reddetsin, işçilerimize versin. Üç, işçi kardeşimiz bir bilirkişiye gidip şurada burada olan

iş hukuku bilirkişilerimize gidip hakkını sorabilir mi, öğrenebilir mi? Öğrenebilir. Dört, onu da geçtim arkadaşlar, biz ne yaptık Bakanlık olarak şu anda? Bilirkişiye gitmeyi yasakladık. Biliyorsunuz hukuk bilirkişiliği iş davalara gidilmez dedik. Ne yaptık oraya? Bir tablo yaptık. Arkadaşlar, dedik ki şöyle şöyle koyacaksınız. Hocam da biliyor, bununla kaç lira alacağınızı hesapladınız. Beş, onu da geçtik, işçi sendikaları niye var? Arabuluculuk haklarını ... (07.02) kurarlar, buraya da üç avukatı koyarlar, işçi kardeşimiz hakkını bilmiyorsa arar sorar arkadaşlar, dünya, modern dünya böyle.

Peki, Gülsevil Hocayı dinleyince ben şöyle bir karar verdim: Hâkimim ben arkadaşlar, yıllarca ceza hâkimliği yaptım. Lütfen şöyle yapalım, Gülsevil Hocanın dediklerine katılıyorsanız şunu yapmamız lazım: Dışarıda işçinin anlaşma şansını tamamen yok etmemiz lazım arkadaşlar, hiç kimse anlaşmamalı, çünkü hakları yeniyor. Bütün o işverenlerimiz var ya, o çok kötü insanlar, o çok çok kötü insanlar, bu istihdamı yapan çok kötü insanlar bunların hakkını yiyor. Ne talep ediyorum? Bunun sonu buraya gider, işçi işten çıkarıldığı zaman cumhuriyet savcısı ... (07.37) davasını açtım. Hâkim re'sen bakın, işçi gelmese de davasını devam ettirsin, hatta re'sen işçinin hakkında karar versin ve hatta parasını da yatırsın ki işçinin hakkı zayi olmasın. Şimdi arkadaşlar, bu olay buraya gider. Şimdi siz bütün işçi kardeşlerimiz dava açabiliyor mu? Dava açmayan insanların siz kıdem tazminatı konusunda nasıl anlaştıklarını biliyor musunuz? Sulh olamıyor mu o insanlar dışarıda, feragat edemiyor mu haklarından, herkes zorla dava mı açıyor? Dava açanı görüyorsunuz, dava açmayanı görüyorsunuz. Şimdi herkesin dava açtığından bahsederek konuşuyorsunuz. Bir dakika arkadaşlar, anlatıyorum. Görüşümü açıklıyorum. Cevap verirsin, anlatıyorum, sonucuna geliyorum, nereye geldiğini söylüyorum.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Arkadaşlar, bakın, burada seçkin bir topluluk, lütfen hâkimi dinleyelim, cevaplarımızı verelim.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Arkadaşlar, bu zihniyetin sonunu söylüyorum ben, o zaman böyle yapmamız lazım, ama dışarıda anlaşan insanlar varsa bırakalım dışarıda insanlar anlaşsın. Biz burada işçinin hakkını yemiyoruz. Hep şu deniliyor: İşçi daha az alacak. Bırakın, dinleyecekseniz söyleyeyim, yoksa buyurun konuşun arkadaşlar, hukuktan bahsediyorum zaten.

EHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Arkadaşlar, burada

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT- Bakın, birbirimizi ikna etmek zorunda değiliz. Ne ben savcılık eliyle işçilik,

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şimdi Sayın Hocam, lütfen. Şimdi karşılıklı cevap şekline gelirse, bu gelmesin. Şimdi efendim, lütfen.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT- Yani bu demokratik bir tartışma ortamında ben kendi görüşlerimi söyledim, ama bu savcılığa kadar işçinin haklarının gideceği, filan anlamına gelmiyor Sayın Başkan. Yani onun için tabii ki karşılıklı şey yapacağız, ama gerginleşmeyelim hiçbirimiz.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, şimdi bakın, Bakanlık bu konuda çalışmalarını yapmış, göndermiş Meclise, biz burada karınca kararınca herkes düşüncelerini ortaya koyacak. Sayın Başkanın sesi de benim ki gibi Allah'a şükür, ben de konuştuğum zaman adliyede diğer koridorlar duyardı. Öyle bir tarzımız var, o öyle değil. Şimdi cevabın ötesinde şu soruları bir cevaplayalım Sayın Hocam.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arbuluculuk Daire Başkanı)- Sonuçta şunu söylemek istiyorum: Sonuçta işçimiz de, işverenimiz de çok rahatlıkla gelip anlaşabilirler arkadaşlar dışarıda nasıl anlaşıyorlarsa, burada arbuluculuğa bir fonksiyon yükleniyor. Bakın arkadaşlar, arbuluculuk sürecini bilmeniz lazım, arbuluculuğun nasıl bir fonksiyon ürettiğini, esnek bir süreçte nasıl çözümler bulacağını söylüyoruz ve burada asıl olan nedir arbuluculukta? Kararı taraflar veriyor arkadaşlar, kendi kararlarını kendileri veriyor. Yani kendi iradesiyle karar vermesine bırakalım izin verelim, ama bu konuda dediğim gibi 6 şık söyledim size, hangi şıkkı talep edecekse işçi de, işveren de bu anlamda gelip süreçte kendisini temsil ettirebilir.

Sorulara geçeyim isterseniz. Taslak görüşe açıldıktan sonra gönderen görüşleri raporları yayınlayacak mısınız? Özellikle sendikalar, TÜSİAD, birlikler, üniversiteler, barodan görüş ve raporlar yayınlanabilir mi? Şimdi arkadaşlar, bunu söylemeyi ben unuttum, Hocam da belli kısmını söyledi. Biz bu kanun tasarısıyla ilgili üçlü danışma kurulunda toplantı yapıldı. Kim yaptı toplantıyı? Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanımız, Adalet Bakanımız, TİSK, TOBB, bu tarafta Hak-İş, Türk-İş, DİSK, üçlü danışma, Google'a giderseniz, yazarsanız aralık ayında çıkar zaten. Orada bakanlarımız dediler ki: *"Bakın, işçi sendikaları, işveren sendikaları, bu*

konuyla ilgili söyleyecekleriniz, endişeleriniz var mı? Varsa lütfen söyleyin” Bunun üzerine “bizim endişelerimiz var, bu konuda söyleyeceklerimiz var” denilince ... (11.58) Türkiye Barolar Birliğinde Hocam, siz var mıydınız, yok muydunuz? Ama şey vardı herhalde, Seracettin Başkan, vesaire vardı. Orada arkadaşlar, ne oldu? Orada son sözlerini söylediler, eleştirilerini söylediler, herkes tamam dedi mi? Herkes tamam dedi, bunun üzerine de hükümetimiz önce Başbakanlığa sevk etti, sonra da Başbakanlıktan Meclise sevk etti. Yani şu anda karşı çıktığını söyleyen bütün sendikalar da oradaydı, herkes orada son sözlerini söyledi, eleştirilerini söyledi arkadaşlar. Bu aşamada bunun herkes tarafından...

MERT- ... (13.05) ... benimdi, ben bunu bir açayım izin verirseniz.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şimdi bunu açmaya kalkarsan sabahı buluruz burada.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Mert’çğim, ben cevap vereyim.

MERT- Sadece rapor, görüş gelmedi. Ben şunu soruyorum: Son dakikada 5 grup anlaşmış olabilir, ama yüzlerce görüş var.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Onların hepsi işlendi Mert.

MERT- Ben özellikle taslakla, tasarıyla son hali arasında farklar var. Herhangi kurumların buna gelen görüşler sebebiyle son hale geldi mi merak ediyorum, o yüzlerce görüş yayınlanması da en azından şeffaflık açısından önemli. Son dakikada masadakilerin anlaşması önemli değil, ben üniversite aracılığıyla anlaşmaların, İstanbul Barosu Yönetim Kurulunda arabuluculuğa karşı olup, kendisi arabulucu olan insanlar var.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Arkadaşım, bu kadar insanı saatlerce burada bekletmeyiz. Lütfen, bu sorunuza, şu dört sorunuza da sabaha kadar konuşuruz.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Şimdi arkadaşlar, Kanunlar Genel Müdürlüğü, biliyorsunuz bu işlerden sorumlu olan Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü biz değiliz, Kanunlar Genel Müdürlüğümüz sorumludur. Kanunlar Genel Müdürlüğü görüş yayınlamakla ilgili bir şeyi yok benim bildiğim kadarıyla, öyle bir durumu yok, ama o görüşü de hepsi değerlendirmiştir komisyonumuz tarafından, kurulan komisyon tarafından ve onlar işlenmiştir. Arabuluculuk müessesesiyle ilgili yürütülen çalışmalar karşısında işverenlerin de

bilinçlendirilmesi arasında bir çalışma var mıdır? Tabii şimdi hep işçilerden bahsettik. Bir işveren de diyebilir ki benim de bilgim yok, benim de avukat tutacak durumum olmayabilir diyebilir. Aynı şey işveren için de geçerli arkadaşlar, işveren de çok rahatlıkla adli yardım talebinden barodan talep edebilir. Zaten yeni kanunumuzda adli yardım koyduk. Ücretli olmayan insanların da adli yardıma ulaşması hususunda herhangi bir sorun yok. İşveren hakların ödenmesi noktasında ne kadar bilinçli ve hakkaniyetli olursa, arabuluculuk o kadar adaletli ve amacına uygun olur.

Arkadaşlar, 15.000 arabulucumuz var, bunların yüzde 99'u kim, biliyor musunuz? Avukatlar, avukat arkadaşlarımız, hukukçular, yüzde 99 hukukçulardan bahsediyoruz. Peki, hukukçular olarak sizler adaletsizliğe izin verecek misiniz? Bakın, arabulucunun etik kodları vardır. Arabulucunun etik kodlarından birisi şudur: Eğer taraflardan birisi zayıfsa, arabulucu şunu yapabilir: 1. Süreci sonlandırır. Onun kandırılmasına izin vermez. 2. Eğer arabulucu fark etti ki taraflardan birisinin bilgisi dahilinde değil, hukuki bilgisi yok. Ne yapabilir arabulucu? Ara verir ve onun bir hukuk yardımını almasını sağlayabilir. Sağlayamazsa sorumluluğu var, arabulucu arkadaşımızı, şikâyet olursa denetleriz, Adalet Bakanlığı da burada arkadaşlar.

Üçüncü sorumuza bakalım. İş uyuşmazlıklarında adli yardım söylemiştim, iş uyuşmazlığına adli yardım geldi. Şu anda baroların da avukat yardımı yapmasına hukuki bir engel yok, orada zaten hukuki hizmetler yazıyor. Arabuluculuk da bir hukuki hizmettir. Taraflar adli yardım talep ederse, bu hususta her zaman verebilir.

İşveren temsilcisi 'Sayın Rifat Hisarcıklioğlu basına yansıyan açıklamasında, biz işverenler, yüzde 90 davaları kaybediyoruz, arabuluculuk sistemine geçilmeli' demiş. Bu açıklamayı nasıl değerlendiriyorsunuz? Bu Rifat Beyin açıklaması arkadaşlar, ben arabuluculukla ilgili açıklamalar yapabilirim. Bizim amacımız kazan kazan yöntemidir arkadaşlar, eğer bir taraf kazanmıyorsa, orada zaten arabuluculuk yoktur. O bir taraf kazanmıyorsa, zaten biraz önce anlattığım gibi kazan kaybet veya kaybet kaybet dediğimiz dava sisteminde vardı. İki taraf da kazanıyorsa, iki taraf da razıysa, iki taraf da hakkına razıysa, zaten orada arabuluculuk sistemi vardır.

Son soruyu da vereyim ve bitireyim. İşveren tasarındaki arabuluculuk sistemi neden işçinin kanundan kaynaklanan haklarını vermek istesin? Peki arkadaşlar, tersini de ben size sorayım: Neden vermek istemesin?

Şimdi işveren neden kanuni haklarını vermek istesin? Yani arkadaşlar, bütün işverenlerimiz kötüyse, bütün işverenlerimiz hak yiyorsa, bunun başka, o zaman buraya bir de işveren temsilcisi olması lazım, TİSK'ten de birisinin gelip, bunların hakkını savunması lazım. Yapmayın arkadaşlar, işveren de bizim, işçimiz de bizim, işveren de elbette ki işçinin hakkı neyse onu vermek ister arkadaşlar, işçi de hakkı neyse onu almak ister. Evet, ben gerçekten Başkanım gibi Malatyalıyım, sesim biraz yüksek arkadaşlar, bu anlamda peki, teşekkür ediyorum. Talat Hocam belki bir şey söylerse, ben bu kadar, buyurun.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Komite başkanı olarak Hasan Bey bir iki kelime etmek istedi soru cevaplardan önce, cevap hakkını kullanınca Başkandan başladık, Hasan Beyi dinleyelim, ondan sonra soruları cevaplayıp, daha sonra diğer arkadaşlara döneceğiz.

Av. HASAN ERDEM- Sabah da ifade edildiği üzere, , biz hukukçular gerçekten bir gözükmeyen dokular inşa ediyoruz, bunların hatalı olması da söz konusu olabilir. Ancak zaman içerisinde daha iyi ve doğruları bulacağız, ama zaman kaybedebiliriz. Hukukçular iddia ve savunma tarafı, olarak farklı düşünebilirler fikir ayrılığına düşebilirler. Ama arabuluculuğun da temel ilkelerden biri uzlaşma, sükunet, doğru ya da yanlış olsa da tartışılarak doğru sonucu bulabilmektir. Bu yılki sempozyumda konsepti oluştururken iş yargılamasında çok ciddi sonuçlar doğuracak değişikliklerin gündemde olması sebebiyle *Bilirkişilik ve Arabuluculuk Daire Başkanlarını çağırılım*, dairelerin ileriye yönelik planladıkları uygulamalarına paralel düşünen akademisyenler varsa onları da çağırılım, ayrıca farklı düşünen akademisyenler varsa onları çağırılım dedik ve sinerji yaratarak doğruları bulmayı hedefledik. Tabii farklı fikirler çatıştığında kıvılcım çıkması gayet olağan, bu nedenle oturumlarda da konu bazlı olarak deneyimli saygıdeğer hukuk daire başkanlarımızı konumlandırılım ki süreçleri düzgün bir şekilde yürütelim.

Sevgili arkadaşlar, buradaki katılımcıların hepsinin misafir olduğunu tekrar hatırlatmak isterim, misafir oldukları için de gereken saygı sınırlarını aşmamamız gerektiğini düşünüyorum. Fikirler tabii ki farklı olacaktır. Salonda 260 kişi var ve 260 farklı fikir olduğuna, hatta o fikirlerin alt ayrımları, üst ayrımları derken fazlasıyla farklı fikirler olduğuna inanıyorum. Değerli Hocamız Ebül'ula Mardin "*Hukukta her kaidenin bir istisnası, her istisnanın da bir müstesnası vardır*" sözü ile genel kaidelerin mutlaka istisnaları olduğu, genel kaidelerin mutlaka istisnaların ne olduğu nazara alındığında, istisnaların altında da farklı müstesnalar olduğu

gözetildiğinde, tek bir doğruyu bulamayabiliriz. Arabuluculuk Dairesi Başkanı Hakan Bey'e arabuluculuk kurumuna inanıyor, ama burada salonda, hayatlarının çoğunu iş hukukuna adanmış insanlar var ve onların bu sistemle ilgili çekinceleri var. Bu çekinceleri dile getirmek istiyorlar. Uyuşmazlık buradan kaynaklanıyor.

Geçen sempozyumda da ifade ettiğimiz üzere arabulucuların aynı zamanda, hukukçu olduğu olgusu göz ardı edilmemeli. Bu nedenle arabuluculuğun öncelikle iş hukukunda dava şartı olmasına bağlı olarak hukuk ve hakkaniyet açısından kaygılarımız var. Bunu dile getirmeye çalışıyoruz. Örneğin son 25 yıl içerisinde, İstanbul'da sekiz iş mahkemesi Bakırköy'de bir iş mahkemesi, Kartal'da iki iş mahkemesi varken bugün itibariyle 100 küsur tane iş mahkemesi var. Peki, ihtisaslaşma var mı? Yok. Buna karşın İş Mahkemelerinde aşırı bir sirkülasyon var. Bu durumda İş Mahkemelerine atanan yargıçlardan iş uyuşmazlığı konularına vakıf olmalarını ve konuyu ivedi bir şekilde çözmelerini beklemek mümkün mü? Değil. Buna karşın iş uyuşmazlıkları, gittikçe teknik bir hale geliyor. Örneğin İş Yasasının 7. maddesini incelediğimizde, ciddi derecede teknik bir madde olduğu ve birçok tartışma konusuna doğurabileceği görülmektedir. Bu nedenle gittikçe teknikleşen iş uyuşmazlıklarının çözümü de zorlaşıyor. Buna bağlı olarak mahkemelerdeki dava sayısı da artıyor. Bu nedenle alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu bulunduğu karşımıza çıkıyor.

Bu doğrultuda Özel hukuk uyuşmazlığındaki arabuluculuğun faydaları var mı? Evet, var. İş hukukunda değil. Siyahtan beyaza giden koskoca bir yelpaze ve bu yelpazenin içinde farklı farklı gri tonları var, bu tonları kabul ederek uzlaşma kültürünü sağlamak gerekiyor. Çünkü bu toplumda bugün gerçekten bu uzlaşma kültürüne ihtiyaç duyuluyor. Herkes birbiriyle çatışıyor ve kutuplaşıyor, kutuplar değişiyor, bir araya geliyor, tekrar dağılıyor. Toplum hep gergin, yarın ne olacak diye bekliyor. Bu nedenle belirttiğimiz gibi gerçekten uzlaşma kültürüne ihtiyacımız var ve bunu arabuluculuk kurumu yapacaksa bırakalım yapsın, arabuluculukla uzlaşacaksak arabuluculukla uzlaşalım.

Öte yandan, çözümün hızlı olması, evet, çözümün hızlı olmasına da ihtiyacımız var. Adamcağız, iş kazası geçirmiş, 12 yılda tazminatını ancak alabiliyor. Arabuluculuğun ekonomik yönü de göz ardı edilemez, yargılama giderleri gittikçe artıyor. Ve gizlilik evet, gizlilik, emsal oluşmaması da bir fayda. Keza bu kapsamda uzlaşan, tarafların birbirini referans olarak göstermesi, arabuluculuğun en büyük argümanını oluşturmakta. Yargının yükünün azalması da bir avantaj. Bu avantajlar

yerinde ve arabuluculuğu özendirici mahiyette. Tüm bunlara karşın iş uyuşmazlıkları açısından 'emredicilik', 'mutlak emredicilik', 'nispi emredicilik' kavramlarını göz ardı etmemiz mümkün değildir. Bu kavramlar, kaynağını Anayasanın sosyal devlet düzenlemelerinden alır. Yargıç yasayı işçi lehine yorumlamakla yükümlüdür. Sözleşme serbestisi denk taraflar açısından geçerli olmasına karşın, işçinin korunmaya ihtiyacı olması nedeniyle, sosyal devlet ilkesine bağlı olarak, kaynağı Anayasadan gelen birçok hüküm İş Hukuku mevzuatında yer almaktadır. Bu nedenle ilk sorumuz, iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak öngörülen arabuluculukta işçinin korunma ilkesinin nasıl işleyeceğidir. Çalışanın mağdur durumda olması, borç altında olması, aşırı paraya ihtiyacının olması halinde bu baskıyla uzlaşıp uzlaşmadığının nasıl denetleneceği bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan işçinin psikolojik sebepler, yöresel veya töresel adetlere dayalı olarak baskı altında kalarak, uzlaşma tutanağını imzalaması halinde ne olacağı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle arabuluculuğun alternatif yargı yolu olarak algılanması... İşçinin uzun yargılama süresi veya uyuşmazlık esnasında ekonomik olarak daha zayıf olması ya da yasayla uygulanan işçi koruma ilkesinden mahrum kalması nedeniyle, aleyhine sonuç doğuracak anlaşmalara imzalamak zorunda kalması, bu gibi durumlarda arabulucunun müdahale edememesi, başlıca kaygılarımızın dayanağını oluşturmaktadır. Keza kurum olarak arabulucunun müdahalesine bağlı olarak işverenin de arabulucunun tarafsızlığını ihlal ettiği gerekçesini ileri sürmesi söz konusu olabilecektir. Bu da yargıdaki işçinin koruma ilkesinin arka planda kalması anlamını taşıyabilecektir. Tüm bunların yanı sıra, arabulucunun iş uyuşmazlıklar konusunda uzman olmaması ve salt yargı yükünü hafifletmesi yerine başka davalara sebebiyet vermesi de söz konusu olabilecektir. Bu nedenle talep ile bağlılık ve salt talep konusu uyuşmazlıkların arabuluculukta görüşülmesi, uzlaşmaya bağlı olarak talebin arttırılmaması gerekliliği, hakkaniyete aykırı durumlarda arabulucunun görüşmeleri anlaşmama yönünde sonlandırması, TİS bulunan işyerlerinde işyeri temsilcilerinin müzakereye katılması gibi müdahale sistemlerinin devrede olması gerektiğini düşünmekteyiz. Sabrınız için teşekkür ederim.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkan, teşekkür ediyorum. Mesut Başkanım, oturduğunuz yerden mi konuşacaksınız?

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Tüm konuşmacılara Sayın Başkan başta olmak üzere teşekkür ediyoruz. Çok güzel bilgi-

ler aldık. Fakat bir eksiklik var, onun da burada konuşulması gerekiyor. Ben Hakan Beyin konusuna girmeyeceğim, onu çok eleştiren var, bir de ben bir şey söylemeyeyim. Şimdi şöyle bir şey var: Burada iş kazaları arabulucu dışında bırakılmış, zorunlu arabulucu, ihtiyariye de gidemez zaten. Burada bir eksiklik var, neden? Onu başka bir yerde başka bir şekilde hallediliyor. Şimdi iş hukukçuları ceza hukukuyla ilgilenmedikleri için bu konuda bir açıklama yapayım. Ceza Muhakemesi Kanununun 253. maddesinde diyor ki: *“Hırsızlık, dolandırıcılık, taksirle yargılama”* Ceza Kanunu 89. maddesi bu gibi suçlarda eskiden savcı huzurunda uzlaşma vardı. Şimdi burada aynı arabuluculuk gibi bir kurum var. Savcılık bünyesinde bunlar herhalde orada kuruluyor, orada uzlaştırma büroları var. Böyle bir olay iş kazası önüne geldiği zaman savcı olayı buraya gönderiyor. Orası tarafları çağırıyor. Maddi ve manevi tazminat konusunda uzlaştırıyor ve burada da aynısı var. Burada uzlaştıktan sonra dava açamaz diye bize savcı önünde henüz bu uygulanmadı, bu yeni çıktı, 2016’da bu düzenleme 11. ayda bunlar çıktı. 5560 sayılı Kanunla değiştirildi bu, savcı yapabiliyordu, şimdi bürolar var. Bunlar devletin resmi bürosu, bunlar hâkim gibi yakınlarının davalarına bakamıyorlar. Burada bunlar çekinmek zorunda ve burada bunu çözüyorlar. Bizim önümüze böyle bir savcının yaptığı zamanında bir uzlaşma geldi. İşçi imzayı atmış, maluliyetine göre, kusur durumuna göre işveren çok cüzi bir miktarı savcı önünde parayı aldım diye imzalamış. Manevi tazminat da çok düşük, daha sonra bunu dava konusu yaptı. Biz burada emredici hüküm olduğu için bu tekrar dava konusu yapılamaz diye biz olmaz dedik. Fakat burada gabin söz konusu olur, ayrıca şimdi bu hükümler Borçlar Kanunundaki ibranameyle de çelişiyor. Bir arkadaşımız dedi ki: *“Burada ibra niteliğindedir, bu da geçersizdir. Çünkü borcun tamamını karşılamıyor. En azından maddi tazminat açısından geçersiz bir ibra niteliğindedir bu”* Arkadaş da muhalif kaldı. Bu da kıymetli bir görüş, yani şimdi burada gabin olur mu, olmaz mı, ortaya neticede görüşmeler gizli de olsa bir sonuç ortaya çıkıyor. Burada bir gabin olur mu, olmaz mı? Bu sonradan ileri sürülür mü, sürülmez mi? Bu konudaki görüşleriniz nelerdir? Bu konuda hocalarımın özellikle bunu merak ediyorum.

Bir de şu var: Şimdi gördük burada, cezadaki uzlaşma çok incelenmemiş bir konudur. Bu cezadaki uzlaşmada şimdi hâkim gibi bu uzlaşmacı, yasak haller var. Şimdi bu mevzuatta ben çok da incelemedim, yeni geçti elimize zaten, şimdi burada böyle bir şey var mı? Ben uzlaşmacıyı beğenmedim. Mesela, Hakan Bey çok sert konuşuyor, baktım o var.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Adımı çıkaracaksınız Hocam.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Ben başka isterim dedim, yani böyle bir şey var mı? Bunu da merak ettim, teşekkür ediyorum şimdiden.

HAKAN ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)- Şimdi başkanım, birinci soru şu: Dava açılmaz diye bir hüküm koyduk Arabuluculuk Kanununa, ama şuna engel değil: Hata, hile, ikrah, tehdit, gabin varsa Borçlar Kanunu genel hükümleri gereğince arabuluculuk anlaşması her zaman iptal edilebilir, ama bunun ispatını istiyoruz. Sadece işçinin sözüyle değil, işveren de dinlensin, gerekirse arabulucu da dinlensin. Eğer gerçekten orada gabin, hatta hile, ikrah varsa iptal edilsin arabuluculuk anlaşması, bunu ispat edilme şartına bağlıyoruz. Bu bir, iki: Elbette ki arabulucuyu taraflar serbestçe seçiyorlar. Burada diyelim ki otomatik seçtik, oraya geleceğim Başkanım. Her zaman ondan vazgeçebilme hakları var. İhtiyarilik zaten burada devam ediyor. Sadece biz orada otomatik ona bir arabulucu seçiyoruz. Ben beğenmedim diyor, başka bir arabulucuya gidiyorum. Elbette başka bir arabulucuya gitmesine hiçbir engel yok Başkanım, bu konuda sıkıntı yok.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Bu irade fesadiyla bağlantılı olarak bunlar çok hızlıca, Hocama ben sorayım Komisyon-da olduğu için. İcra edilebilirlik şerhini sulh hukuk mahkemesi verecek. Hata, hile, ikrah, gabin olayını, irade fesadı ilgili iş mahkemesinde mi görülecek?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Genel hükümlere göre.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı) -Bunu o zaman yasa-da onu netleştirmekte fayda var mı acaba, yoksa bizim yorumumuz bu deriz. Biri de der ki yok kardeş, sulh hukuk mahkemesinin yaptırdığı icra edilirlilik şerhine karşı icra edilir şerhi verilmiş bir tutanağa karşı yapılan işlem var, genel hükümler der, genel mahkemeler der. Buna ne düşünürsünüz acaba?

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkanım, çok kısa keseceğim. Şimdi tabii öncelikle bu zorunlu arabuluculuk denilince, özellikle “zorunlu” kelimesi çok kafa karıştırıcı bir kelime, yani nitekim son taslağın, tasarının son halinde o ifadeden biraz ayrılmış gibi görüyorum. Bir defa sadece süreci işletme zorunluluğu var, anlaşma zorunluluğu yok, katılma zorunluluğu da yok. Yani süreç başladıktan sonra oturumlara katılma zorunluluk, ama bunun için bir yaptırım öngörülmüş, daha sonra dava aşamasındaki yaptırım var. Bir

de burada şimdi sanki yargının iş yükünü azaltmak amacıyla bu yollara başvurulur gibi bir algı var. Bir defa bu çok yanlış, yani yargının iş yükünün azalması aslında bir sonuçtur. Eğer sadece burada hedef yargının iş yükünü azaltmak dersiniz, o zaman arabuluculuğun diğer yararlarını işte Değerli Başkanım Hakan Beyin anlattığı yararlarını, Talat Hocamın da bahsettiği, bunları göz ardı etmiş olursunuz. Esas amaç arabuluculuğun o yararlarından faydalanmaktır. Elbette bu arabuluculuk süreci başlayınca böyle bir durumda yargının da iş yükü azalmış olacaktır. Bu sadece bir sonuçtur.

Şimdi buradaki anlaşmanın niteliği nedir? İhtiyari arabuluculukta anlaşmanın niteliği neyse, zorunlu arabuluculukta anlaşmanın niteliği de aynıdır. Şimdi zorunlu arabuluculukta evet, acaba bizim yaptığımız eleştiriler ihtiyari arabuluculukta da geçerli midir anlaşmanın mahiyeti itibariyle? Aslında baktığımız zaman işçi için de geçerli ve burada bu anlaşma sonuçta maddi hukuk sözleşmesidir. Buna karşı hata, hile, irade fesadı bulunduğu hallerde ve böyle bir iddiayla dava açılabilir. Ben bunun da iş mahkemesinde açılması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü müstakilen anlaşmanın iptali değil, doğrudan alacak davası herhalde açılacaktır. Şimdi dolayısıyla burada bence bu özellikle zorunlu arabuluculuk derken o kafa karıştırıcı kelimeye çok fazla takılmamak gerektiğini düşünüyorum. Bir de iş davalarının yüzde 100'ü, şu anda aşağı yukarı yüzde 100'ü tamamen avukatlar aracılığıyla yürütülüyor. Büyük bir ihtimalle yine arabuluculuk sisteminde de aynı şekilde arabuluculuk avukatlar tarafından yürütülecektir. Dolayısıyla orada yapılan anlaşmanın işçinin aleyhine olmasına ben çok fazla ihtimal veremiyorum. Eğer ihtimal varsa belki avukatla müvekkili arasında o zaman bir sorun olur. Yine burada tasarıda iki güvenceye gelinmiş: Birincisi, arabulucunun uzman olması, iş hukuku konusunda uzman olması, ikincisi de Talat Hocamın da belirttiği gibi değerlendirici yetkiye sahip olması, dolayısıyla süreci sona erdirme yetkisi vardır. Peki, süreci sona erdirme yetkisi olduğu halde göz göre göre işçi aleyhine bir anlaşma yapılmasına müsaade etmişse ne olacak? Tabii ki arabulucunun sorumluluğuna gidilecektir. Burada bence şuna takılmamak lazım: Mesela, bir işçi -Hakan Başkanım bahsetti- dava açtı. Yargılama sırasında davadan feragat etti. Biz "*niye feragat ediyorsun kardeşim, feragat edemezsin*" diyebiliyor muyuz? Böyle bir şey diyemiyoruz. Dava açtı, bir hafta sonra feragat etti, hiçbir şey demiyoruz ve davayı feragatle sonuçlandırıyoruz, davanın reddine karar veriyoruz veya kesin hüküm teşkil ediyorsa, bir daha da dava açamıyor. Aynı şekilde sulhle sonuçlandığı zaman yine ona müdahale edemiyoruz. O bakımdan burada belki şimdilik zorunlu ola-

rak sistemi kabul ediyoruz, ileride bu uzlaşma kültürünün yaygınlaşması halinde belki tekrar ihtiyariye dönebiliriz. Nitekim Almanya'da tekrar ihtiyariye dönüldüğünde oran çok artmış. Dolayısıyla ben bu tasarının çok doğru olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ederim Sayın Başkan.

SALONDAN- Sayın Başkan, çok teşekkür ederim, önce Daire Başkanımıza çok teşekkür ediyorum, Talat Hocamın da o çekincelerine katılıyorum, ama düşünce olarak Gülsevil Hocamın yanında olduğumu belirttim. Zaten daha önce de konuştu, belirtmişti, ama Hakan Başkanım da takdir edilecek bir tutum içinde, gerçekten çabası, emeği kutlanacak ve bu işe emek vermiş, elbette savunacak. Kişisel olarak karşı olabilirsiniz fikir olarak, ama gerçekten bu işe gönül vermiş, emek vermiş, takdir edilecek bir şeyi var. Hatta ben arabuluculuk dersinin seçimlik değil, zorunlu olmasını istiyorum. Çünkü oradaki iletişim teknikleri ve uzlaşma kültürü sadece uyuşmazlıklarda değil, bizim her kesimize, yaşamın her tarafına yansımaları gereken bir olay olduğunu düşünüyorum. Bu konuya parmak bastıktan sonra şunu söyleyeyim: Şimdi tabii Anglosakson hukuku çok farklı, Kıta Avrupa'sı çok farklı; eğer siz Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerini onaylamışsanız, Avrupa direktifini, Avrupa Sosyal Şartını imzalamışsanız ve orada birtakım yükümlülükler varsa ya mevzuatınızı ona göre geliştireceksiniz ya da onlardan vazgeçeceksiniz. Bu bir tercih meselesidir.

Şimdi bizim kabul ettiğimiz uluslararası sözleşmelerde ve Avrupa direktifinde biz ne diyoruz? Kamu müdahalesini iki yerde iş hukukunda kabul ediyoruz: 1. İş yargısı, 2. İş denetimi. O halde ne yapmamız gerekiyor? Alternatif çözüm uyuşmazlıklarını kamu denetiminin kapsamında kabul etmemiz gerekiyor. Yani alternatif çözüm uyuşmazlıkları işçilik alacaklarında olmaz mı? Elbette olur. Zaten 1960'lı yıllardan beri kabul ettiğimiz, sulha teşvik etmeyi kabul etmişiz, elbette feragat eder, ama bunu kamu denetiminde yapıyor. Şimdi bu tabii Anayasanın ücretin korunmasına ilişkin 54, sendikal hakların korunmasına ilişkin 51. ve Türkiye'nin onayladığı 81 sayılı ILO sözleşmelerinin gereğidir. Bir de şunu unutmamamız gerekiyor: Anayasa Mahkemesinin bireysel alacaklar yönünden özel hakem ve feshin geçersizliğinde iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle özel hakeme gidilmesinin Anayasaya aykırı olduğuna dair kararları mevcutken dava şartı olarak üstelik dava hakkını engelleyen bir sisteme gidilmesi doğru bir yaklaşım mıdır? İşte burada tereddütlerle karşılaşıyoruz.

Peki, yorum davası da girecek. İşçilik ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir işçilik alacağının tespiti istemiyle dava açmadan önce

işçi mecburen arabulucuya giderek orada toplu iş sözleşmesinin yorumu gerekecek. Bu sistemi gerçekten altüst edecek bir durum, bunların tabii çekincelerle, şimdi en önemlisi biz kavram olarak işe iade davaları demişiz, ama İş Kanununda işe iade davaları diye bir terim yok, feshin geçersizliği davaları var. Şimdi bu kavram olarak ona, ama işe iade davanın süresi, iş güvencesi kapsamında olup olmaması, belki işte kamu, ama doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olduğunda arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık söz konusu değildir. İş güvencesi hükümleri bu yöndedir. Gerek 4857 sayılı Yasanın 21. maddesinin son fıkrasına bakarsanız *“feshin geçersizliğine ancak yargı ve özel hakem karar verilir”* diyor. O madde değişmeden siz iş güvencesine ilişkin hükümleri bu şekilde bir çatışma söz konusu olacak getirilecek düzenlemeyle. Belki de zorunlu arabuluculuğun en belirgin faydası şu olabilecek: Hani arabulucu için büroya yazı işleri müdürüne başvuruyor ya, bu şu an için ihtiyari olarak uygulanan, ancak genelde iş sözleşmesi feshedilirken işyerine getirilen arabulucu tarafından sona erdirilen uyuşmazlıklarda irade fesadı hallerini ortadan kaldıracaktır. Bu konuda Talat Hocamın tespitine katılıyorum.

Zorunlu arabuluculuk gelecekse, biz madem arabuluculuk iradi, hadi oradan vazgeçiyoruz, eşitler arası, o zaman işçiyi işveren karşısında eşit konuma getirmek zorundasınız. Bir de hep uyuşmazlık arabulucuya da gitse, mahkemeye de gitse önemli değil, önemli olan koruyucu, önleyici hukuk sisteminin geliştirilmesidir. Siz kayıt dışılığı önlemediğiniz sürece, istisna olması gereken istihdam türü asıl alt işveren uygulamasını daraltmadığınız sürece bu uyuşmazlıklar çoğalır. Arabulucuda da olsa, mahkemede de olsa çözüm isteyecektir. Tabii ben bu nedenle tekrar teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

ŞAHİN ÇİL (Ankara İstinaf 7. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkan, teşekkür ediyorum. Ben sorularımdan sarfı nazar ediyorum, ama bunun yerine bir dakikada Sayın Başkan bir istinaf dosyasının içinden çıkan işçi Mustafa'nın şiiirini okuyacağım. Bir istinaf dosyasında yer alıyordu bu, şöyle diyor:

4. avukat 5. sene
 Aç susuz durur mu bu fakirhane
 Bu kadar zulüm yapılmaz cana
 Devletim hakkımı neden almadı
 Şahit istediniz, o da konuştu (“t’yle değil, “d’yle)
 İşveren dedi, biz de çalışdı
 Hâkim bilirkişiye de danıştı

Hangi yönü bu kanuna uymadı
 6 yılı aşkın çalıştım burada
 Hakkımı alamadım, kaldım ya zorda
 Adaletin tecelli ettiği yerde
 Hâkim beni adamdan mı saymadı?
 Türkiye'de ben de bir vatandaşım
 Ekmeğimi kazanmaktır tek işim
 Adalet için kapınıza gelmişim
 Feryadımı kimsecikler duymadı
 Mustafa'yım, vatanımı severim
 Belki böyle yazılmıştı kaderim
 Yoktu, yoktu haklarımdan haberim
 Biri bana böyle olmaz demedi

KÜBRA DOĞAN YENİSEY (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-

Bende bütün konuşmacılara teşekkür ediyorum. Ben de çok kısa olarak şu noktadaki endişemi paylaşmak istiyorum: Şimdi alternatif uyumsuzluk çözüm yolları sözleşme serbestisinin usul hukukuna yansımadır diyorlar usulcüler, ama biz iş hukuku sözleşme serbestisinin sınırlanması ilkesine dayanır diyoruz ve bu açıdan baktığımızda çok emredici bir yapımız var. Bu emredici yapının içinde bir de koruduğumuz temel haklar var. Gülsevil Hoca belirtti çok güzel, tekrar altını çizmek istiyorum. Sendikal haklar var, ayrımcılık yasakları var. Bu yöntemle bu hakların nasıl güvence altına alınacağı konusunda ciddi endişelerim var.

İkinci bir nokta: İş hukukundaki normlar yalnızca bir alacak ilişkisi değil, aynı zamanda kamu hukuku karakterli normlardır. Örneğin, çalışma sürelerine ilişkin normlar. Şimdi bu normlar doğrudan doğruya işçinin sağlığı ve yaşamını ilgilendirir. Bu açıdan baktığımızda burada salt bir alacak yoktur, idari denetim ve idari para cezaları vardır. Uygulamada maalesef ki bu normları etkin bir iş denetimi olmadığı için zaten uygulamakta çok güçlük çekiyoruz. Sendikal örgütlenme çok azaldığı için işyerlerinde bunları örgütleyemiyoruz. Geriye kalan tek yaptırım alacak davasıydı. Şimdi bu alacak davasında da taraflar miktar üzerinde pazarlık edebilir hale gelecekler görünüyor. Bu iş hukukunun temel haklar ve kamu hukuku karakterleri normlarını yeni düzenleme nasıl etkileyecektir? Bu konudaki endişelerimi paylaşmak istedim, diğer endişeleri zaten daha önce de konuşmacılar belirtti.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, teşekkür ediyorum. Çok kısa.

Av. NECDET OKCAN (DİSK Hukuk Dairesi Müdürü)- Şimdi burada sosyal taraflar bu olaya nasıl bakıyor? Bunun üzerine bir tartışma yaşandı. Tasarı tartışmaya açıldığı zaman hem Çalışma Bakanlığı, hem Adalet Bakanlığı Konfederasyonlara gönderdi. Konfederasyonumuz DİSK buna karşı olduğunu aşağı yukarı Gülsevil Hocamın dile getirdiği gerekçelerle de temellendirerek Bakanlıklara sundu. Üçlü danışma toplantısında da bunları dile getirdi, teknik komitede de bunlar dile getirildi. Benim orada ortaklaştığımız, Türk-İş ve Hak-İş'le ortaklaştığımız eleştiriler var. İşçi konfederasyonları buna eleştirel yaklaşıyorlar. Meclise sevk edilen tasarıda bir tek bizim eleştirilerimizden dikkate alındığını görebildiğim zamanaşımı meselesine çok şiddetli itirazlarımız vardı. Olduğu gibi kalması gerektiğini ileri sürmüştük. O, 2 yıl, tasarı taslağı 2 yılı öngörüyordu. O, 5 yıla çıkartılmış, bir de işe iade davalarındaki kısmi birtakım itirazlarımız üzerine birtakım kısmi düzenlemeler olmuş, ama yasanın genel tasarı mantığına DİSK karşı, burada ayrıntılı söylemeyeceğim, DİSK'in web sitesinde *"bu tasarı iş hukuku yargılamasının özelleştirilmesidir"* başlıklı ayrıntılı bir eleştirisi var. Bunlar kayda geçsin diye söz aldım, teşekkür ederim.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Özveri, saati de hatırlatarak.

MURAT ÖZVERİ (Çalışma ve Toplum Dergisi Genel Yayın Yönetmeni)- Hatırlatmazsanız şaşırıyorum.

MAHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Beni biliyorsun.

MURAT ÖZVERİ (Çalışma ve Toplum Dergisi Genel Yayın Yönetmeni)- Değerli tebliğcilere teşekkür ediyorum, ama Gülsevil Hocama çok çok teşekkür ediyorum. Doğrusu bugüne kadar, 30 senedir bu toplantılara katılıyorum, bir tebliğcinin sunduğu tebliğle rahatlamış hiç hissetmemiştim, teşekkür ediyorum.

Hakan Beye, Değerli Başkanımızı izlediğimiz zaman da yine ben 30 yıldır bu arada bir kamu sektöründe, örgütlü sendikada çalıştığım için çok fazla özelleştirme tartışmalarının içerisinde yer aldım, benim gözümün önünde Özelleştirme Dairesinin, kamu işletmelerinin ne kadar kötü çalıştığını anlatan yöneticileriyle birebir bir resim geldi önüme, özdeşleştirdim, kusura bakmasın. Dava açmak hakkı gibi temel bir hakkı ki diğer hakların da güvencesi olan bir hakkı arabuluculuk için bu kadar ucuza harcamamak gerekirdi diye düşünüyorum. Birincisi bu, ikincisi

Talat Hocama: Eğer bu mantıkla gidersek, tabii Hakan Beyin mantığını da ileri sürecektir olursak biliyorsunuz Türkiye 2003 yılında Birleşmiş Milletlerin yargı etiğine ilişkin uluslararası sözleşmeleri imzaladığı, 2006 yılında da Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu tüm yargı mercilerini bu temel ilkeleri esas alarak yargılama yapmalarına ilişkin bir yazı gönderdi, bu ülkelere hatırlattı. Eğer bu ilkeler açısından biz Türk yargılama sistemini değerlendirecek olursak, Yargıtay dahil bu ülkelere uyum oranı tahmin ediyorum spekülasyon bir rakam yüzde 10. Hocam, o zaman ne yapalım, Yargıtayı da bırakıp üst arabuluculuk kurumunu mu kuralım, istinafları kapatıp üst arabuluculuk istinaf kurulu mu kuralım? Yani şunu demeye çalışıyorum: Bir sistemde aksamalar olabilir. Sizin örnek verdiğiniz gibi iş güvencesi dediğimiz bu var olan sistem iş güvencesinin mantığına aykırı bir sistem olabilir. O zaman bunu düzeltmek gerekirken örneğin, 158 sayılı ILO Sözleşmesi doğrultusunda feshin geçersizliğine ilişkin açılan davalarda asıl olarak işe iade taraflardan birisi açısından iş sözleşmesinin kurulması beklenemeyecek bir durumdaysa, tazminat denilen ve işe iadenin mantığına uygun bir şekilde orada 4 aya kadar falan sınırlandırmadan geçersiz feshin tüm hukuki sonuçlarını sağlayacak şekilde bir iş güvencesi kurumuna kafa yorsak, arabuluculuk gibi bu tür bizi çıkmaza götürecek ve yargıyı özelleştirecek bir yerden daha mantıklı değil mi?

Şimdi son bir anekdot: Balıkçı hikayesini anlattı. Adamın birisi sinekler hakkında araştırma yapmaya karar vermiş ve bu araştırma aslında sineklerin kapalı mekanda ne kadar sığradığını ölçmeye kalkmış. İkinci aşamada sineğin iki ayağını, kanadını kopartıp vurduğunda sinekte hiçbir hareket olmayınca *"sinekler iki ayağını, iki kanadını kopartınca sağır oluyor"* demiş. Dolayısıyla sinekleri sağır etmeden soruna yaklaşmak gerekir diye düşünüyorum. Tekrar Gülsevil Hocama ayrıca bir daha teşekkür ediyorum, sağ olun.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Arkadaşlar, saat gecikti.

SALONDAN- ... (52.57) 2017 yılında böyle bir şey yok ...

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Bakın, şimdi ona göre algılamayın, biz arkadaşların hepsini tanıyoruz. Şimdi Murat Bey, eleştiri tamam, lütfen, bitir. Talat Hocam, soruları cevaplıyoruz, Gülsevil Hocam, cevaplıyoruz. Murat Beyle kapatacağız.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Bu kadar soru sormuş arkadaşlar var ve cevabını bekliyorlar. Başkanım, çok güzel bir sempozyum olu-

yor, akademik olarak çok memnun kaldığımı ifade etmem lazım. Lakin Türkiye'nin genel durumunu salonda yansıtır. Yani bu kadar elit ve iş hukuku duayenlerinin burada bir arada olduğu ortamda dahi farklı görüşlere tahammülde zorlanıldığını görüyoruz. Türkiye aşırı bir kutuplaşmaya doğru gidiyor. Bu tasarıda da iki grup var: Biri biz istemezük, yani tasarımı okuma ihtiyacı dahi hissetmiyor, sevk edilir edilmez karşıyız mantığı, hatta Türkiye lütfen, ben sizi dinledim, şahsınıza söyleyemiyorum, bakın, burada iki grup çıkıyor ortaya: Biri kesinlikle, yani şurası düzelebilir, şurası faydalıdır değil. Bu Türkiye Barolar Birliğinin yapmış olduğu toplantıda benim konuşmam üzerine tartışmalar devam ederken aynen şunu söyledi bir arkadaşım: *“Ben evet, faydalı tarafları da olabilir, ama bu dönemde, bu hükümet döneminde bir kanun böyle işçinin faydasına çıksın istemiyorum. Çünkü mutlaka arkasından bir şey çıkacak”* Bir grup böyle yaklaşıyor. Diğer bir grup da bildiğiniz trol, ne olursa olsun en iyisi, mutlaka desteklemem gerekir. Arkadaşlar, bunun ikisi de doğru değil, bizim ortayı bulmamız lazım, bizim arayış bulmamız lazım, burada da bulacağımı tahmin ediyorum.

Murat Bey, şimdi bana ikinci tebliği verdim, çünkü ben burada tebliğimi sunarken sadece lehe olanlar değil arkadaşlar, ben gördüğüm eksiklikleri de söyledim, yanlışları da söyledim, eleştirdiklerimi de söyledim. Ben bilseydim Gülsevil Hocanın sadece olumsuzluklarını söyleyeceğini ve benimle kendisinin tebliği sanki bir tarafın lehine, bir tarafın aleyhineymiş gibi oluyor, bunu ben bilmiyordum. Bilseydim ben de farklı yönlerini söylerdim. En azından şunu da beklerdim: Evet, taraflar kıdem tazminatı hakkı 10 liraysa, arabulucuda daha altına anlaşabilirler, ama daha yükseğine de anlaşabilir. Yani sistemin buna açık olduğunu da bizim paylaşmamız gerekir. Bir işe iade davasında 4-8 aylık tazminat bağlayıcıdır ve adalet anlayışı, benim adalet anlayışım bakın arkadaşlar, mahkemenin verdiği karar mutlaka adil bir karar mı, adalet bu mu? Mahkemeler şekli adaleti gerçekleştirir bizde, gerçek adalet bu değildir. Şimdi siz diyorsunuz ki taraflar anlaşsa bile her ne olursa olsun lehine/aleyhine hiç fark etmez, işçinin anlaşmaya hakkı yoktur, mutlaka mahkemeye gelecek, mutlaka üçüncü bir kişi onun kararını verecek. Değerli arkadaşlar, ben iş hukukçusuyum, burada işçinin mağdur olma ihtimalini öngörüyorum. Mutlaka işçinin korunma ihtiyacını da öngörüyorum ve bu nedenle biz burada arabulucu karar merci değildir, kendisi hiçbir şekilde karar vermez. Sanki mahkemeye alternatif karar verilen bir merci kurumuşmuş gibi yok BAM'ın da üstünde, Yargıtayın da üstünde üst arabuluculuk mu kuralım diye soru soruluyor. Arabulucu karar merci değildir.

İki, arabulucu hukukçulardan oluşuyor ve arabulucu uzman iş arabuluculuğu getiriyor. Bildiğiniz iş mahkemelerinde bilirkişilik yapan arkadaşlarım, yapmayanlar da bu eğitim verildikten sonra ayrı bir listeye kaydedilecekler ve kendilerine şu yetkiyi veriyor: Masada işçiyi koruyacaksınız. Nedir? Söylediğiniz gabin mi var? Hayır, ben bu arabuluculuk tutanağını tutmam. Zararına bir durum mu var? İşçiye şunu söyleyebileceğim: Arkadaşım, mahkemeye gidersen 10 lira alacaksın, 8 liraya razı olup olmamak senin bileceğin iş. İşçi bilerek anlaşacak veya anlaşmayacak ve yine hata, hile, ikrah gibi durumlarda mahkemenin yolu açık, ancak bu icra edilebilirlik şerhinin verildiği noktada tartışılmaz. Bu ayrı bir davanın konusudur. Ortaya çıkan metin hukuk metnidir, bu geçersizdir. Çünkü bu, bu diyecek, hâkimin önüne gidecek ve hiçbir surette bu zorunlu arabuluculuk ya da dava şartı olan arabuluculuk mahkemenin önünü kapatmıyor. Sadece 3 hafta, bilemediniz 4 hafta süreyle bir ön arabulucuya gitmeyi getiriyor. Sizi anlaşmaya da zorlamıyor. Ben olsam burada itiraz eden arkadaşlarıma şunu söylerim: Beni zorunlu olarak arabulucunun önüne mi getirdiniz, ben 10 lira mı alacağım, 20 lira verirsin anlaşırım derim. Vermez anlaşmam, hiç problem yok. Süreç uzamıyor, süreç bir aylık, bir ayda anlaşanlar yüzde 10 bile anlaşsa Türkiye’de bu durumda, şimdi dolayısıyla ben bunları ifade etmek durumundayım. Yasadaki bazı maddelerdeki çekinceleri de açık ve kesin olarak dile getirdim. Çünkü bir şey söylemeye çalıştım sunumumda: Siz maddi kuralı masada getirseniz bile Avrupa’daki gibi işlemiyor. Ben mevcut sistem içerisinde kadrolu arabulucular görmeye başladım. Bu endişemi de paylaştım. Bu nedenle dedim ki arabuluculuğu işveren seçmekte serbest olmasın, arabulucuyu resmi bir makam seçsin, mahkemede hâkim seçsin, hâkimin huzurunda seçilsin sistemini bunu korumak için getirildi ve son derece de isabetli olduğunu düşünüyorum.

Başkanım, burada epey bir soru var, ben müsaade ederseniz hızlıca okuyup cevaplayacağım.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hızlıca anlatın da detayı okumanıza gerek yok.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Bu aslında bir kitap olur bana göre, epey bir soru var. İhtiyari olarak arabulucuya başvurup anlaşılmazsa, tekrar mahkemeye gitmek için zorunlu arabulucuya bir daha mı gideceğiz? Evet, bir daha gidilecek. Çünkü siz ihtiyari gittiğiniz arabulucu demin söylediğim endişeleri bünyesinde taşıyor olabilir. Bu sistem mevcut sistemden ayrılan tamamen bağımsız ayrı bir sistem olarak geliyor.

Bir başka soru: İş Kanunu 20. maddesinde işe iade davasının tarafların anlaşamaması halinde son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren dava açılacağı öngörülmüş. Neden tebliğ tarihi değil? Değerli arkadaşlar, bir kişi arabulucuya başvuruyor, kendisi başvuruyor ve arabulucuya gelmek mecburiyetinde, gelmediği takdirde neticelerine katlanıyor. O davayı açacak ticari kişi arabulucuya gittiği zaman kendisine son tutanak veriliyor. Dolayısıyla orada bir tebliğ ihtiyacı yok. Karşı taraf açısından bir tebliğ düşünülebilir sadece, onu da arabulucu bilgi verecek, şu veya bu şekilde bunu belgelendirecek toplantıya gelip gelmediği yönünde.

İşe iade davasında arabuluculuk ve dava açma sürelerini somutlaştırır mısınız? Yani bir aylık süre içerisinde gidecekseniz, anlaşamazsanız iki hafta içinde işe iade davası, yanlılıkla açarsanız tekrar arabulucuya iki hafta içerisinde gitmenin yolunu getiriyor.

Bir başka soru: Tasarıyla taslak arasında farklılıklar olduğunu söylediniz. Söz konusu farkları değişikliklerin hangi kurum ve kuruluşlar tarafından önerildiğini ve bu değişikliklerle ilgili kişisel görüşlerinizi, şimdi 400'ün üzerinde görüş gelmiş. Büyük bir kısmı da barolardan, üniversitelerden, sendikalardan, sosyal taraflardan, hepsinden gelmiş görüşler var. Tabii görüşlerin hepsini ben olumludur, olumsuzdur şeklinde değil, ancak ortaya çıkan metni değerlendirebilirim, onu da değerlendirdim.

Anayasanın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı temel haklara ilişkin bir düzenlemedir. İş Kanunu 5'te de yansımasını bulmaktadır. Şimdi zayıf durumda işçiyi eşit taraflar için öngörülmüş bir masaya oturtmayı öngören bu taslağa göre bu da pazarlığa tabi, burada korunan haklar üzerinde sizce tasarruf edilebilir mi? O halde Anayasa nerede? Anayasa durduğu yerde duruyor, hiçbir problem yok. Taraf anlaşamadığı takdirde mahkemeye gitme imkânı tarafın elinden alınmıyor. Bu tahkim değil arkadaşlar, hakem de değil.

Yine Anayasanın 6, 9, 36. maddeleri karşısında dava şartı getirilerek Anayasa ihlal edilmiş olmuyor mu? Kesinlikle olmuyor, hiçbir alakası yok. Mahkemenin önü kapatılmıyor arkadaşlar, siz kamu kuruluşlarında dava açmadan önce kuruma başvuru zorunluluğu getiriyor, 60 gün bekleyeceksiniz. Ancak 60 günde cevap verilmezse reddedilmiş sayılarak dava açıyorsunuz. Burada da 30 gün içinde anlaşamazsanız gelip devam edeceksiniz. Şayet mahkemenin önü kapatılmış olsaydı ya da taraflara anlaşma zorunluluğu getirilseydi ya da hâkim gibi arabulucu karar veriyor olsaydı tarafların yerine, kesinlikle Anayasaya aykırı olurdu. Burada bir aykırılık düşünmüyorum.

Bir başka soruda da icra takibi yaptım, takibe itiraz edildi. Mahkeme-ye mi gideceğim, arabulucuya mı gideceğim? Arabulucuya geleceksiniz. İhtiyati haciz, vesaire mahkemenin takdirinde.

Hızlıca bitiriyorum. Birden fazla olanlarda bir soruyu okuyorum arkadaşlar, Hoca soruyu cevaplamadan imtina etti demeyin, ben cevaplarım Başkanım müsaade ettiği süre içerisinde. İşçi arabulucu toplantısında yalnız karşısında işvereni, avukatı ve birincide bu görüşmeden işçi lehine sonuç çıkar mı? Vallahi ben de bilmiyorum, sonucu görürüz beraber, çıkarsa ne ala, çıkmazsa mahkemenin yolu açık. Türkiye'de mahkemeler hak aramadan daha ziyade sürüm sürüm sürünme yeridir. Bir tek Türklerde söz vardır: "*Seni mahkemede sürüm sürüm süründürürüm*" Şimdi dolayısıyla biz mahkemelerin sorununu sadece buradan değil, hukuk fakültesi eğitimi, hâkimlerin eğitimi, mevcut sorunlar, bilirkişilik sistemi, tüm bütünüyle beraber ele alınması gerekir. Bunun sistemin içerisinde sadece arabuluculuğu çekip aldığımızda birazcık maalesef havada kalıyor.

Bakanlık taslağında işe iade davası için gerçek fesih tarihi işe başlatmama tarihinde değil, geçersiz fesih tarihi olarak öngörülüyordu. Bu durum özellikle sendikal örgütlenmeler yönünden ciddi bir haksızlıklar oluşturacaktır. Taslakta değişikliğe gidildi mi, konuya ilişkin düşünceniz neler? Taslak anlattığım gibi arkadaşlar, yani burada sendikal haklar yönünden ne gibi çok olumsuz değişiklik olacak, onu da çok fazla açılması gerekiyor. İşe iade davası sadece ve sadece kanunda olmamasına rağmen, aslında mevcut sistemimizde de Yargıtay ya da mahkemeler bunu parasal olarak belirleyebilirdi. Parasal olarak belirleyemezsin diye bir hüküm yok. Bu Yargıtayın içtihadıyla ve davaların hızlı sonuçlanmasının bir gereği olarak işe iade davasının kanunda öngörülen 2 aylık süre içerisinde tamamlanabilmesi nedeniyle bunun esasına girmesin, bu uzun süre kaybettirir. Sadece işte 4 ay ücret denilsin, ama rakamı belirtilmesin denildiği için böyle oldu. Yeni getirilen sistem değiştirmiyor, sadece rakamı da belirli diyor. Bu kadar, teşekkür ediyorum.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı) - Teşekkür ederim. Hocam.

Prof. Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT- Ben kısa konuşacağım. Öncelikle Hakan Başkanına birkaç şey söylemek istiyorum, lütfen eleştirilerimi şahsi algılamayın, 29 senedir iş hukuku ile uğraşıyorum, 1987 yılı sonundan beri üniversitedeyim ve bu nedenle çok ciddi hassasiyetler taşıyorum. Ticaret hukukunda bunlar tartışılrsa beni ilgilendirmeyip arkamı

dönebilirim, ama iş hukuku olunca ve de gerçekten ciddi anlamda sıkıntıları görünce size değil, ama sadece taslağa karşı eleştirilerimi ileri sürmek istedim.

İkincisi, burada biz kavga ortamında değiliz, gördüm ki arabuluculuğu savunan sizlerle bile dostane çözüme gidemiyoruz, birbirimizi eleştiremiyoruz. Arabuluculuk tüm yönleriyle tartışılmalıdır, zira iş hukukunda yeni bir anlayışı, pazarlık anlayışını beraberinde getirmektedir. “Mahkemelerde sürecin uzun olması”, “kişilerin sürünmesi” gibi hukuki olmayan bir gerekçe ile ve “helalleşmek, sarılmak” gibi hukuk dışı söylemlerle bir hukuk dalını temelden etkileyebilecek kurumu savunmamızın isabetli olmadığı açıktır.

Şimdi benim söylemek istediğim şey şudur; Sayın Başkan “gabin” hükümlerine başvurulabileceğinden söz etti. Benim de aklıma geldi, ama işçi gabini nerede ileri sürecek, nasıl ispat edecek, gabinin şartları nasıl belirlenecek? Pazarlığın olduğu bir yerde hangi durumda gabinin varlığı kabul edilecek? Kıdem tazminatının yarısının öngörülmesi mi gabin oluşturur, yoksa kıdem tazminatının hepsini mi korumamız gerekir? 1/3’ün ödenmesi yeterli midir? İşçilik haklarının bu derece belirsizliğe terk edilmesi isabetli midir?

İkincisi; Sayın Canbolat arabulucu, değerlendirici arabulucudur, ‘görüşünü söyleyecek, sen mahkemeye gidersen şunu alacaksın diyecek’ şeklinde bir ifadede bulundu. Tasarı arabulucuya gerçek haklar konusunda bilgilendirme yükümlülüğü getirmediği gibi, arabulucunun bu konuda yetkin olduğundan da söz edilemez. Eğer amaç işçinin hakları konusunda bilgilendirilmesi ise bu konuda özel hüküm getirilmesi gerekir. Bu ise ya arabulucu tarafından bizzat hesaplama zorunluluğu veya Çalışma Bakanlığı tarafından kurulacak bir sistemle (örneğin bir büro aracılığıyla) bilgilendirme ve hesaplama imkanının sağlanması yoluyla gerçekleşebilir. Ancak bu ihtimalde işçi arabulucu huzurunda gerçek haklarını bilerek pazarlık yapabilir. Yasal bir temeli olmaksızın, arabulucunun işçinin gerçek, yasal hak tutarlarını belirleme yetkisinin olduğundan söz etmek hiçbir surette mümkün değildir.

Arabulucuya öneride bulunma ve “mahkemeye gidersen şu kadar elde edersin” yönünde bir açıklama yapma yükümlülüğü getirildiğinde, karşılığında sorumluluğu ne olacaktır? Arabulucu tarafları 5.000 TL’ye anlaştırdım, acaba burada gabin var mı, benim sorumluluğuma gidilebilir mi endişesini taşıyacaktır. Esasen yetkinin olduğu yerde sorumluluğun da bulunması doğaldır.

Arabuluculuk iş hukukunda uygulanabilir ancak ihtiyari olmalıdır. Endişem zorunlu arabuluculuk noktasında iş hukukunun temelini zedeleyen bir pazarlık sürecine geçiştir.

Sorulara gelince, *olumlu yönü yok mudur arabuluculuk sisteminin?* Tabii işçi hakkını alırsa olumlu zaten, hakkını sağlayabiliyorsanız, ona bir itirazda bulunmuyorum. Onat Hoca'nın da söylediği gibi, kıdem tazminatının miktarı belli, işveren pazarlık etmeyecekse, işçinin hakkı gerçekten ödenecekse sorun olmayacaktır. Ancak zaten işçinin hakkını ödeyecek işveren niye mahkeme masraflarını, avukat masrafını göze alıp da ödemesin.

Onun dışında Milli Komitede zorunlu arabuluculuğun tartışıldığını söylediniz. Orada Kübra Doğan Yenisey arkadaşım çok güzel bir tebliğ sundu. Ben orada daha çok işe iade ile diğer usule ilişkin hükümleri değerlendiren bir tebliğ sunmuştum. Toplantı TİSK ile birlikte yapıldı. Toplantıda tüm sosyal taraflar ve Yargıtay dairelerinin temsilcileri bulunmaktaydı. 22. HD dışında zorunlu arabuluculuğu savunan olmadı.

Bir başka husus; eğer asıl işveren-alt işveren ilişkisinde taraflardan biri gelmezse arabulucuya ne olacak? O zaman mahkemeye gidecek. Bence çok daha isabetli olacak. Muvazaalı mı, değil mi, gerçek bir alt işveren ilişkisi mi, değerlendirilecek. Çünkü bir kişinin hakkını çözmek değil, esasında muvazaalı bir alt işveren ilişkisi varsa ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmak, bu noktada kamu düzenini de dikkate almak bence çok daha ideal çözüm olacaktır. Teşekkür ediyorum sabırla dinlediğiniz için.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Hocam, teşekkür ediyorum. Şimdi arkadaşlar, bitirdik. Sayın Murat Engin Hocam ev sahibi olarak kapanıştan bir öncesini tamamlayacak, ondan sonra ben iki kelimeyle sonlandıracağım. Hocam, buyurun.

Prof. Dr. ENVER MURAT ENGİN- Sayın Başkan, aslında tebliğ sahipleri sorulara cevap verdikten sonra çok da uygun olmuyor, olmadı benim açımdan ama...

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Ben sizi ev sahibi olarak gördüm, tavsiyeleriniz anlamında alacağım.

Prof. Dr. ENVER MURAT ENGİN- Yargıtayın takdiri üzerine bir, bu konuda da eleştiri getirmiyorum. Her neyse, biraz da yoruldu, onun için hepimiz gibi. Şunu söylemek istiyorum kısacası: Sabah da belirttiğim,

ifade etmeye çalıştığım gibi bu işi yargıyla çözemeyeceğimiz konusunda ben kanıyım. Nüfus artıyor, sorunlar çoğalıyor, iş mahkemesi sayısı arttırıldıkça arttırılıyor, ama iş mahkemesi sayısı arttırılmasına rağmen bu sorun çözülmüyor. Yargıtayda daire sayısı, istinaf, bunlar ne kadar gidebilir ve iş mahkemelerine yeni gelen hâkimlerin de konularına ne kadar vakıf oldukları ayrı bir tartışma konusu, oralara da hiç girmeyelim. Dolayısıyla arabuluculuk, zorunlu arabuluculuğun önemli ölçüde taraf-tarıyım ve bugünkü yararlı tartışmalardan sonra aslında çok da uzatmadan kısaca şöyle biriki öneride bulunabilirim. Önce bir tespit, gerçekten Gülsevil Hanımın, diğer katılımcıların ifade ettiği gibi usul hukukuyla iş hukukunun mantıkları arasındaki farktan bahsediyoruz öncelikle, usul hukukunda silahların eşitliği ilkesi var. Bu silahların eşitliği ilkesi arabuluculuk yoluyla iş hukukuna aktarılıyor. Bütün itirazlar da buradan kaynaklanıyor. Çok fazla uzatmadan elimizde aslında arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk müessesesinin doğru düzgün işlemesi hakkaniyete uygun sonuç vermesi bakımından bütün araçlar hemen hemen mevcut. Değerlendirici arabulucu, bunların zaten avukat olacak olması, kanuna kanun taslağında arabuluculuğun, zorunlu arabuluculuğun tarafları bilgilendirme yükümlülüğü açıkça konulmalıdır. İkincisi, zorunlu arabulucu genellikle zaten hesap uzmanı bilirkişilik geçmişi olan kişi olacağından kimse tarafından istenmeden elindeki belgelere göre veya taraflara bir hesap yapabilmelidir. Üçüncüsü, arabulucu önünde her türlü anlaşma, arabulucu tutanağı anlaşmayla biten her arabulucu aşaması mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhine tabi olmalıdır. Bu icra edilebilirlik şerhi sırasında mahkeme zaten taslakta var olan, kanuna da geçeceği anlaşılan hata, gabin, tehdit kavramı çerçevesinde Yargıtayın bugüne kadar oluşturduğu en önemli, bence en güzel içtihatlardan birisi olan işe iade davalarıyla ilgili ikalede bozma sözleşmesine makul yarar şartı içtihadın; mahkeme arabulucunun vardığı sonucun makul yarar şartını karşılayıp karşılamadığı yönünde inceleme yapmalıdır. Sadece bu getirildiği takdirde her türlü arabuluculuk tutanağının ya da anlaşmanın, arabulucu önünde anlaşmanın mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi şartı ve mahkemenin yapacağı kısa denetim, duruşma açmadan, vesaire makul yarar şartı karşılanıyor mu? Bu da nedir? Makul yarar şartı belirli bir miktar değil, akıl, mantık çerçevesinde hakkaniyete uygunluğu düşünüldüğünde bu tazminat makul mü? Mesela, sendikal tazminat kanuna göre en az 12 aylık ücret tutarında, taraflar 6 aylık ücret tutarında sendikal tazminat üzerine anlaşmışlar. Makul. Buna karşılık örneğin, kıdem tazminatı gibi miktarı belirli, gerçi kıdem tazminatı fonu kurulacak, vesaire, ama miktarı belirli asgari temeller, yıllık uzun ücreti gibi bazı as-

gari koruyucu normlarda o asgari koruyucu normun yerine getirildiğinin veya asgari ücret alacaklı, bunun altına inilmemesinin sağlanmasıdır. Söyleyeceklerim bu kadar, teşekkür ederim.

MEHMET ÇAMUR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Hocam, teşekkür ediyorum. Öncelikle katılımcılara ve sayın hocalarıma ve Daire Başkanımıza teşekkür ediyorum. Bu kanunla ilgili olarak bir, bir buçuk yıl önce kanun tasarısı taslağı üzerine görüşmeler yapılmıştı. O görüşmelere biz de katıldık. Yine İstanbul'da olmuştu, o görüşmeler sonucunda önerdiğimiz birçok şeyin dikkate alındığını ben gözlemledim. Zamanaşımı, özellikle zamanaşımı konusu, yetki konusu, bunların tamamını gözlemledim. Şimdi Talat Hocam da burada birçok notlar aldı, sanıyorum yine komisyon olarak birtakım önerileri olacak. Şimdi bu kanun yürürlüğe girecek, bu kanun bu Meclisten geçecek. Önemli olan bu kanunun işleyebilir, faydalı ve aksaklıklarını giderecek şekilde çıkarmanın yollarını bulmaktır. Kanun çıktıktan sonra yargı yine aksaklık gördüğü yerde müdahalesini yapacaktır. İstinaflar, yerel mahkemeler değerlendirecek, tartıştığımız gabin olayı, bunların hepsi değerlendirilecek, istinafı var, Yargıtayı var, yerel mahkemeleri var ki buradaki değerli hukukçular var. Bunları ortaya koyacak kapasitede ve nitelikli insanlarız biz, bu kanun çıkacak, öyle anlaşılıyor. Biz o zaman da dedik özünde biz buna bu anlamda zorunluluğa karşıyız, arabuluculuk ya da alternatif çözüm yolları uygundur, denenmelidir dedik. Mevcut siyasi irade bu şekilde Meclise sundu, Meclisten de yüzde 99.9 çıkacak. Önemli olan şuradaki hukukçuların aklına takılan eksiklikleri, örneğin bir yorum davasının sakıncaları, diğer konularda Talat Hocam notlarını aldı, eksik görülen yerlerin giderilmesi, eksik çıkarsa kadük olacak, onlar bize sıkıntı yaratacak. Aklımıza gelen eksiklikleri koyduğumuz sürece bunu biz istemezükle olmuyor bu iş, devlet yönetiliyor. Bizim yapacağımızın bu olduğunu düşünüyorum. Ben tüm katılımcılara kendim, baro ve üniversite adına tekrar teşekkür ediyorum, iyi akşamlar diliyorum.

SUNUCU- Lütfen yerlerimizden ayrılmayalım, programımız devam etmekte, teşekkür belgelerinin sunumu gerçekleşecek. Teşekkür belgelerinin sunumuna geçiyoruz. Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Hüseyin Özbek'i, Prof. Dr. Murat Engin'e teşekkür belgesini takdim etmek üzere kürsüye davet ediyoruz. Aynı zamanda Prof. Dr. Ertuğrul Karşak aramızda olmadığından yine onun adına teşekkür belgesini almak üzere Murat Engin'i kürsüye davet ediyoruz.

2. GÜN

SUNUCU- Değerli konuklar; Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantımızın 2. gününe hepiniz hoş geldiniz. Bugünkü ilk oturumumuza Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mesut Balcı başkanlık edecek ve Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı İzzet Başara “6752 sayılı Bilirkişilik Kanunuyla Oluşturulan Kurumsal Yapı ve Getirilen Yenilikler” başlıklı tebliği, İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Mahmut Kabakçı “İş Yargılamasında Bilirkişilik” konulu tebliği sunacaklardır. Kendilerini kürsüye davet ediyorum.

MESUT BALCI

21. Hukuk Dairesi Başkanı

Değerli Yargıtay Üyesi, Daire Başkanı, arkadaşlarım, değerli hocalarım, değerli avukatlar, değerli varsa bilirkişiler; hepinize günaydın diyorum, saygılarımı sunuyorum.

Bugün biraz katılım daha az, ama bu konu da dünkü kadar önemli, bilirkişilik konusu özel bir düzenlemeyle yeniden gözden geçirildi. Bu arada ben Sayın Daire Başkanına dün buraya gelmeden iki gün önce şunu sordum: “Sizin bu avukatlarla zorunuz ne” Şimdi şunu demek istiyorum: Özellikle bizim baktığımız davalarda kusur oranının tespitinde veya hesap işinde hukuki bilgi de gerekiyor. Bu bakımdan bir hukukçu bilirkişinin de bulunması gerekiyor. Alt işveren kimdir, asıl işveren kimdir, müteselsil sorumluluk nedir, taleple bağlılık nedir, kaçınılmazlık nedir, bir sürü konu var. Şimdi teknik bilirkişiler bunları bilemezler. Bu nedenle bir de şunu önerdim: Madambu bilirkişilerin kayda alınması çok doğru, kayıt altına alınması, çünkü biz dosyada bilmiyoruz bu bilirkişi nedir, kimdir? Gerçekten daha önce bunun suiistimal edildiği de ortaya çıktı. Şimdi bir bilirkişi raporu var. Taşradan gelen dosya veriliyor Ankara’da, doğru mu, değil mi bilmiyorum ne oldu sonucu da, bir bilirkişi raporu dosyaya giriyor. Müdür birine vermiş, ama ortada böyle bir bilirkişi yok. Birileri yapmış bir isim, bir imza... Bunlar yaşandı. O yüzden kayıt altına alınması, bilirkişinin kim olduğunun bilinmesi çok doğru bir şey. Bir de bilirkişinin değerlendirmesini yapacaklar, şunu önerdim; Madambilirkişinin değerlendirmesini yapacaksınız, listeye öyle alacaksınız. Biz

nasıl ki şimdi hâkime not veriyoruz, önümüze benim saçma sapan bir bilirkişi raporu geldiği zaman, açın UYAP'ınızı, biz bunlara da not vereyim. Zayıfı verdiğimiz zaman atın listeden veya birkaç orta aldığı zaman atın listeden, kim bilirkişiymiş, kim bilmez kişiymiş, ortaya çıksın. Bunun denetimi böyle olur. Siz bunu nasıl denetleyeceksiniz? Dosyalar bizde, raporlar bizde, siz bunun denetimini sağlayacaksınız. Bunun denetimini sağlamak için belli araçlar lazım. O araç da biziz veya istinaf bölge adliye mahkemeleri. Desinler ki bu orta, bilirkişiyeye orta, koyun oraya bilirkişinin adı da girsin dosyaya, ondan sonra değerlendirin. Raporunu da alın bakın niye orta vermiş, ne yapmış? Onun için bu işte yargıya da rol verirseniz mademki bir düzenleme yapılıyor, ben avukatların yapmamasının, bilirkişilik yapmamasının gerekçesini ben düşündüm, düşündüm bulamadım. Doğru da olmayacak, bu çok hatalı raporlara yol açacak. Hani sanki şöyle bir bakış açısı da mı var? Acaba bilirkişiler bir şey yazıyor, ondan sonra hâkim de veriyor, Yargıtay da bakmadan onuyor. O raporları biz didik didik ediyoruz. Yanlışsa zaten bozuyoruz. Böyle sanki avukatlar bir şeyler yapıyor bilirkişiler, biz de bu neymiş demeden onuyoruz gibi bir yaklaşım var gibi geldi bana, bu da yanlış. Böyle bir şey varsa bu da yanlış. Hatta sosyal güvenlik alanında bir adamın yetişmesi, bunu öğrenmesi 15-20 yılını alır. Hâkimlerin de bunu öğrenmesi çok kolay değil. Siz icra hâkimini bir günde sosyal güvenlik hâkimi yapıyorsunuz veya iş hâkimi yapıyorsunuz, ondan sonra onun birtakım şeyleri çözmesini bekliyorsunuz. Bu olmaz ve mümkün değil. Hukuki görüş, şimdi adam benim aylığım noksan bağlandı diyor. Hadi bulun bilirkişi de yaptırın, Türkiye'de kaç kişi biliyor bunu? Bulamazsınız, zaten birkaç tane adam var. Onun için böyle sınırlamalar getirmek yerine bırakın avukatlar da yapsın, herkes yapsın, ama notunu da alsın, yapamıyorsa bu işi bıraksın. Benim önerim bu, şimdi fazla uzatmayayım. Ben çünkü konuşmacı değilim, bu kadarı yeter.

Şimdi Sayın İzzet Başara bu konuda yapılan değişiklikleri, çalışmalarını, neden bunlar yapıldı, nasıl sonuç verecek? Belki ikna edecek şimdi bizi, seni alkışlayıp buradan göndereceğiz. Buyurun efendim, teşekkür ederiz şimdiden.

İZZET BAŞARA

Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı

Teşekkürler Sayın Başkan. Sayın Yargıtay Başkan ve üyeleri, saygıdeğer hocalarımız, kıymetli meslektaşlarım, değerli bilirkişiler, sevgili konuklar; öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum ve günaydın diyerek sözlerime başlamak istiyorum. Başkanımın kaygıları elbette özellikle iş hukuku alanında ortak kaygıları ifade ediyor. Onun bir dışavurumu, ama buna ilişkin yapacağımız çalışmalar ve açıklamalarımızla inşallah hem Başkanımızı ve süreç içerisinde hem bilirkişilerimizi ve hem bütün muhataplarımızı ikna edeceğimizi düşünüyorum. Öncelikle böylesi güzel bir programda sizlerle bir arada bulunmamıza vesile olan Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosunu ve bu programın hazırlanmasında emeği geçen tüm yetkililere teşekkür etmek istiyorum. Yoğun program dolayısıyla tabii ki ben sabah gelmek zorunda kaldım, sabah 05.00'te yola çıktım. Gün yeni ağarıyordu, sonrasında da tabii biraz kendimize geldik. Sizleri de burada böyle görünce, Başkanım da böyle sert bir giriş yapınca bir silkelendim. Başkanım, bu arada süremiz ne kadar, ona göre ayarlayalım. Yarım saat, peki.

Hepimizin malumu üzere 24.11.2016 tarihinde Bilirkişilik Kanunumuz yürürlüğe girdi ve bu kanunun öngördüğü kurumsal yapı oluşturuldu. Biraz sonra ayrıntısıyla bahsedeceğiz. Yine geçici 1. madde uyarınca kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik çalışmamızı da tamamladık, çok yakın bir zaman içerisinde yayımlanarak yürürlüğe girecek. Bilirkişilik önemli bir konu, yani kurumun, kanunun getirdiği kurumsal yapı ve diğer yeniliklere geçmeden önce biraz bilirkişilik üzerinde konuşmak gerektiğini düşünüyorum.

Bilirkişiliğin önemi, fonksiyonu kendisini tabii ki yargılama faaliyeti içerisinde gösteriyor ve yargılama olduğu sürece de bilirkişilik olmazsa olmazımız olacak. Bu önemi ve fonksiyonu nedeniyle yıllardan beri gerek akademisyenler, gerek siyasiler, gerek yargılamada yer alan tüm sülheler tarafından bu yapının artık sorunlu olduğu, buna bir çözüm getirilmesi gerektiği, yargılama sürelerinin uzamasına, hak kayıplarına, zaman, emekten çalınan süreye kadar hepsi dile getirildi, tanı konuldu, teşhis konuldu, ama tedavi sürecine bir türlü geçilemedi. Maalesef son yıllarda bilirkişilik âdeta bir kazanç kapısı olarak görülmeye başlandı, bir meslek olarak icra edilmeye başlandı. Koridorlarda, mahkeme koridorlarında

bilirkişilerimiz maalesef dosya almak için koşturmaya, hâkimlerin oda kapılarında beklemeye başladı. Adliyelere gittiğimizde hâkimlerimizin masalarının üstü kartvizitlerle dolu, haberler, işte “*aylık 7.000 lira kazanabilirsiniz, büyük şirketlerin bilirkişiliğini yaparak 100.000 lira gelir elde edebilirsiniz*” tarzı haberlerle de bu sürekli gündemde tutuldu ve âdeta rahmetli Çetin Aşçıoğlu’nun, Sayın Yargıtay Daire Başkanlığı da yapmış Çetin Aşçıoğlu’nun -ve bu alanda duayen bir isimdir- tabiriyle kanayan bir yara haline geldi bilirkişilik. En yetkili ağırlardan zaman içerisinde dile getirildi. Zamanın Danıştay Başkanı, Yargıtay Başkanı, özellikle Danıştay Başkanı bizim Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün koordinesinde yürütülen geliştirilmiş bilirkişilik sistemi eşleştirme projesinin açılış konuşmasında, açılışında yaptığı konuşmada o dönemde çok ses getirmişti. Artık bilirkişiliğin çözümden ziyade bir sorun haline geldiği ve bu sorunun çözülmesi, sonuca ulaştırılması gerektiği noktasında herkesin hemfikir olduğunu düşünüyorum tüm salondaki katılımcıların ve yine bilirkişilikle ilgili olan tüm kurumların ve tüm muhatapların ve bu sorunun çözümü noktasında da en yüksek iradeyle artık Bilirkişilik Kanunu Tasarısı yasaşarak yürürlüğe girmiş durumdadır. Her zaman hani klasikleşmiş bir tabirdir, ama bilirkişi denilince uyuşmazlığın çözümünde özel ve teknik bilgisine ihtiyaç duyulan, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi dışında görüşüne başvuru kişi olarak tanımlıyoruz. Gerek HMK’da, gerek CMK’da, gerekse yeni Bilirkişilik Kanunumuzun ilgili hükmünde bu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Tabii ki hâkimin bilirkişi raporu teknik konuda yardımcıdır ve delil değerlendirme amacıdır ve kapsamı ve içeriğinin de hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Önemi ve fonksiyonu noktasında elbette yargılamanın olmazsa olmazı dediğimiz için, hani yargının verimliliği ve etkinliği, adalete erişim, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı noktasında bir bütün olarak değerlendirdiğimizde sonuçta toplumun adalete ve yargıya güveninin tesisinde de bilirkişiliğin önemli bir fonksiyon icra ettiği de yadsınamaz bir gerçektir.

Bizim süreç içerisinde yürütmüş olduğumuz çalışmalar neticesinde bilirkişilik alanında yaşanan böylesi bir kanunun hazırlanmasını gerektiren süreçte karşımıza çıkan sorunlar belli başlı şekilde yansıda da görüldüğü üzere öncelikle kurumsal bir yapının bulunmaması, bu alana, yani bilirkişiliğe başvuru süreci, yani listelerin oluşturulmasında bu bilirkişilik faaliyetinin yürütülmesindeki süreçte tüm bir şekilde denetleme fonksiyonu da icra edenin ve müstakilen bu alanda faaliyet gösteren bir kurumsal yapının olmayışı büyük bir eksiklik. Mevcut düzende şimdiye kadar nasıldı? Bilirkişiler sadece verdikleri raporlarla sorumlu ve o raporların denetimi de ne kadar yapıyor ya da gerçeğe aykırı bilirkişilik

faaliyeti dediğimiz Türk Ceza Kanununda da yaptırıma bağlanan ve yeni yasayla birlikte alt ve üst sınırları da arttırılan bu hususta ne kadar dava açıldı bilirkişiler hakkında, bunları da takdirlerinize sunuyorum. Yani artık yeni sistemle birlikte tamamen denetim altına alınması öngörülüyor ve buna ilişkin ayrıntıları da biraz sonra bahsedeceğiz.

Bilirkişilik eğitimi verilmemesi de ayrı bir sorun, ben de kürsüde çalıştığım dönemde bununla sıklıkla muhatap oldum: Bir kişi alanında çok iyi bilgi sahibi olabilir, çok iyi bilebilir kendi uzmanlık alanını, ama rapor verme noktasına gelince kendisine başvurduğumuzda *“Hâkim Bey, tamam, iyi diyorsunuz da ben nasıl hazırlayacağım bu raporu, nelere dikkat edeceğim, ne yapacağım”* şeklinde sorularla çok muhatap olmuştuk. Bu da tabii ki bilirkişilik eğitimi de zorunlu kılmaktaydı ve kanunla birlikte artık zorunlu bir bilirkişilik temel eğitimi getirildi. Bu eğitimi almıdıkça bilirkişilik sicil ve listesine kaydolmak için başvuruda bulunmak mümkün olmayacaktır.

Temel eğitim noktasında başlangıçta bazı yanlış anlaşılmalarda oldu. Sanki Bakanlık eliyle bilirkişilere yeniden uzmanlıklarının öğretileceği gibi, temel uzmanlık eğitimi verileceği gibi yanlış anlaşılmalarda oldu. Halbuki burada kanunun öngördüğü zorunlu eğitim tamamen bilirkişilerin bu faaliyeti yürütmeleri sırasında asgari olarak sahip olmaları gereken temel bilgileri içeren bir eğitim, buna ilişkin şimdi kamuoyuyla da paylaşılacak temel eğitim kaynak kitabı hazırlandı. Şu an edite aşamasında devam ediyor. Bilirkişilik için asgari bilgiler dedik, yani yanılama hukukunun genel ilkeleri, yargılamadaki süjeler, bilirkişi incelemesi, yani dosyanın bilirkişi tarafından mahkemeden alınmasından rapor düzenlenip, tekrar teslim edilmesine kadarki süreçte bilirkişilerin nelere dikkat edecekleri, hukuki, disiplinler, cezai sorumluluklarının neler olduğu, yine raporlama teknikleri ki artık raporlarda da bir standart olsun istiyoruz. Buna ilişkin rapor şablonları oluşturma çalışmalarımız da devam ediyor. Kapağında tutun içindikiler, sonucuna varana kadar böyle bir standart sağlansın, derli toplu raporlar mahkemelere ya da görevlendirme yapan mercilere sunulsun. Buna ilişkin çalışmalar devam ediyor.

Listelerin her yıl yenilenmesi ayrı bir sorundu ve liste dışı bilirkişi seçimi ki bu da artık yönetmeliğimizde de listelerden seçim asıl olmasına rağmen maalesef uygulamada artık harici bilirkişi seçimi asıl, listeden seçim istisna, herkes kendi bilirkişisiyle çalışıyor. Bir ahbap-çavuş ilişkisi, çok geriye gitmeye gerek yok. 2016 yılına bile baktığımızda reddiyatlara bir bilirkişininin 2.500-3.000 yılda rapor düzenlediğini görüyoruz ki insanüstü bir durum, 365 gün olduğunu yılın düşündüğümüzde ben

sizlerin takdirlerine sunuyorum. Bu bilirkişinin raporları oturup kendisinin hazırladığını kimse iddia edemez. Bizzat bu görevi ifa ettiğini kimse iddia edemez. Günlük 8.8 ortalama rapor yapıyor, yemeyecek, içmeyecek, hastalık olmayacak, bayram tatili olmayacak, kendisine, ailesinden hiç kimseye bir şey olmayacak, oturacak her gün 8.8 dosya inceleyecek, bunu da rapora bağlayıp mahkemelere verecek. Mümkün değil, ne yapılıyor? El altından ofislerde başka insanlara yazdırılan ya da istihdam sağlayarak onlara yazdırılan raporlar imzalanıp mahkemelere sunuluyor. Ne oluyor? Bilirkişilik görevinin bizzat ifa edilmesi gerektiği yasa hükmü de ayan beyan ihlal edilmiş oluyor.

Şimdiye kadar idari ve askeri yargı vardı, Anayasa değişikliğiyle artık yok. İdari yargı, askeri yargının listeye tabi olmaması da yargı alanlarına göre farklı bir işçilik uygulamalarına neden olduğu için bu da bilirkişiliği sorunlu bir yapı haline getirmişti. Mesleki ehliyet yerine diploma ve sertifikanın esas alınması, bu da neyi getiriyor? Başvuran herkesin herhangi bir detaylı inceleme yapılmaksızın, herhangi bir liyakat esası gözetilmeksizin listelere kaydedilmesi sonucunu doğuruyor ve bu da devamında şunu getiriyor: Tabiri caizse obez durumda bir işçi listeleri, özellikle büyük şehirlerde 15.000-20.000 kişilik listeler, ondan sonra bu sonrasında başka yakınmaları beraberinde getiriyor. İşte ben her sene listeye kaydoluyorum, bana hiç dosya verilmiyor ya da aynı uzmanlık alanındayız, A şahsına 50 dosya geliyor, bana 2 dosya veriliyor sadece, bu yakınmalar da var. Tamam, öbür taraftan da yargı ayağına geçtiğimizde hâkimlerimiz de şöyle diyor: Ben elbette istediğim bilirkişiyle çalışırım, işini iyi yapan bilirkişiyle çalışırım, beni sınırlayamazsınız, buna bir engel koyamazsınız. Biz de diyoruz ki elbette sihirli bir değnek yok elimizde, ama süreç içerisinde göreceksiniz ki bu sisteme dahil olan bilirkişilerin hemen hemen tamamı aşağı yukarı aynı nitelikte kalitede insanlar olacak, aynı liyakatte insanlar olacak. Sistem zaten bunu zorunlu kılacak. O kişi de kendini gerektiğinde yetiştirmek, yasanın aradığı, ikinci mevzuatın aradığı, uygulamanın aradığı liyakatli bilirkişi profiline haiz olmak için gerekli çalışmalarını yapacak ve böylece hâkimlerimiz de bu belli başlı bilirkişilerle çalışma zorunluluğundan kurtulmuş olacak. Bilirkişinin görev sınırlarının belirlenmemesi de ayrı bir sorun, çünkü uygulamada sıklıkla gördüğümüz üzere maalesef ben de mesleğimin ilk yıllarında yaptım. Tabii ki biraz tecrübesizlik ya da bilgi eksikliği diyelim. Hani dosyanın kül halinde bilirkişiye tevdi raporu düzenlenmesi, dosyanın bilirkişiye tevdiyle dosyadaki bilgi, belgeler, deliller değerlendirilerek rapor düzenlenmesinin istenilmesine, tarzında böyle genel geçer ifadelerle bilirkişi görevlendirildiğinde tabii ki bilirkişi kendi görev sınır-

larını bilmediği için hâkim yerine de geçiyor, savcı yerine de geçiyor, bilirkişilik de yapıyor. Ondan sonra ucu bucağı belli olmayan genel geçer ifadelerle dolu soyut ifadeler içeren raporların içinden çıkılmaz hale geliyor. Sonrasında bir rapor, devamında itiraz bir rapor daha, ikinci rapor çelişki var, üçüncü rapor, ek raporlar derken dosyalarımız kabarıyor, hâkimiyet kayboluyor. Beraberinde bir sürü ekstra uyuşmazlık çıkıyor, yargılama süreleri uzuyor, masraflar artıyor, bunların bir arada değerlendirilmesi lazım.

Kurumsal yapı ihtiyacı dedik, bu Devlet Denetleme Kurulunun 2010 yılında Adli Tıp Kurumunu inceleyen raporunda 10. Kalkınma Planında, yargı reformu strateji belgesinde, geliştirilmiş bilirkişilik sistemi eşleştirme projesi sonrasında yürütülen faaliyetlerde de ihtiyaç duyulan bir alandı ve buna ilişkin de yasal düzenleme yapılmış durumda. Buna geçmeden öne bu hukuki konularda sıklıkla rapor alınması dedik, buna ayrı bir parantez açmak lazım. Yargılama aşamasında gereksiz yere alınan bilirkişilik raporları ve ek raporları nedeniyle yaşanan süreçte adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, ucuz ve basit yargılama ihlal edilmiş oluyor. Hukuki konuda rapor aldığınızda Anayasanın öngördüğü yargılama yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ilkesini ihlal etmiş oluyorsunuz. HMK'nın ilgili hükümlerini ihlal etmiş oluyorsunuz, hâkimin hukuki bilgisiyle çözümü gereken hususlarda bilirkişiye başvurarak bir bakma yargılama yetkinizi devretmiş oluyorsunuz. Bunun olmaması lazım, artı yasa yürürlüğe girince bir yanlış anlaşılma oldu. Biz sanki bunu yeni gelmiş gökten zembille indirmiş gibi bir algıyla, bir tepkiyle karşılaştık. Halbuki 1086 sayılı eski Usul Yasamızın ilk halinde vardı. Uygulanmadı, 80'li yıllarda revizyon gördü, uygulanmadı, 6100 sayılı Yasaya konuldu, 5271 sayılı Yasada var, şimdi 6754 sayılı Yasada da malumun tekrarı oldu. Elbette burada şunu da göz ardı etmemek lazım: Bazı rizikolarımız var, handikaplarımız var. Bunun da farkındayız. Biz maalesef yıllardır yargıda bir ihtisaslaşma, uzmanlaşma sağlayamadık. Talat Hocam çok bu örneği verir, Almanya ziyaretine gittiğimizde bir iş mahkemesi hâkimiyle görüştük. 20 senedir bu mahkemedeyim, ben istemedikçe de kimse beni bu mahkemeden alamaz. Ben bu yöredeki işyerlerinde kim kaç işçi çalıştırıyor, nasıl yapıyor, hepsini bilirim diyor. Biz bunu sağlayamadık, bu bizim handikabımız. Hâkimlik mesleğine bakıyoruz öbür taraftan, şimdi akademiye de gidiyoruz eğitime, maalesef hâkimlik malum bilgi, yetenek ve cesaret işi; bilgi olmayınca yeteneğinizi kullanamıyorsunuz, bilgi olmayınca cesur olamıyorsunuz. Şimdi biz bilgi eksikliğimiz de var. Bir defa eğitim noktasında da eğitimlerimizi sıklaştırmamız, daha kalitesini arttırmamız

lazım ve bu konuda da Bakanlık olarak gerekli adımların atılması noktasında çalışmalarımızı yürütüyoruz.

Şimdi süremiz de kısıtlı, hemen getirilen yeniliklere geçelim. Bir defa yeni yasayla birlikte bilirkişilerin bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilmesi esası benimsenmiş bulunmaktadır. Yine kurumsal yapının ihtiyacının karşılanması noktasında bilirkişilik danışma kurulu, ilgili kurum, kuruluş temsilcileri, Yargıtay, Danıştay üyeleri, bölge adliye ve bölge idare mahkemesi üyeleri -biraz sonra göreceğiz -temsilcilerden oluşan kurul, daire başkanlığımız-ki Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kuruldu- ve bölge kurulları bu kurumsal yapı ihtiyacının karşılanması noktasında faaliyetlerine başladılar. Bölge kurullarımız şu an Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun illerinde istinaf düzeyinde 7 bölgede kuruldu ve faaliyetlerini yürütmeye başladı. Yasayla birlikte yine temel ilkeler öngörüldü, biraz sonra devamında göreceğiz. Bu temel ilkeler hem uygulayıcılar, bilirkişi görevlendirmesi yapan merciler, hem de bilirkişiler için geçerli ilkeler, bilirkişilik temel eğitiminden bahsettik. Bilirkişilerin aylık olarak bakabilecekleri iş sayısı ki artık bunu da çalışıyoruz ve bunun da bir çözüme kavuşturulması gerekir. Zira biraz önce verdiğim örnek elbette kötü örnek emsal olmaz, ancak maalesef kötüye kullanımları nedeniyle de böyle bir çalışma yapmak zorundayız. Daha önce 300 200 sınırı getirilmişti, ancak Danıştay yasal dayanağı olmadığı için yürütmesini durdurdu. Artık yasadaki kanun koyucu 6754 sayılı Yasayla artık aylık olarak bakılabilecek iş sayısının belirlenmesi görevini Daire Başkanlığına, Bakanlığımıza vermiş bulunmaktadır.

Bilirkişilik sicili ve listesi, bu da getirilen bir yenilik. Başkanım da sözlerinin başında söyledi *"kayda alınması çok önemli"* diye, bilirkişilerin artık merkezi kayıt şeklinde tutulan bir sicili olacak. Daire Başkanlığımız nezdinde tutulacak, bilgiler de yerelde duruma göre bölge kurullarımız ve mahkemelerimizce girilecek. Bilirkişinin bir nevi fotoğrafını görecek uygulayıcılar, sistemi de ona entegre etmek için çalışmalarımız yürütülüyor. Birden başlayan sicil olacak merkezi kayıt şeklinde ve 3 yıllığına bilirkişilik yetki belgesi verilecek bilirkişilerimize, 3 yıllığına listeye kaydolacak. Orada işte fotoğraftan başlayarak ismi, soy ismi, uzmanlık alanı, iletişim bilgileri, hazırladığı rapor sayısı, bilirkişinin hükme esas alınan rapor sayısı ki bunun yine kesinleştikten sonra, kararlar kesinleştirme şerhi yapılmadan önce mahkemesince, hâkimce hangi rapora hükme esas aldığını bilirkişinin, hangi bilirkişi raporunu, onu sisteme girecek ve bu da otomatikman bilirkişinin siciline işleyecek. Yine bilirkişinin ha-

tasından kaynaklı ek rapor ya da yeni rapor alınma sayısı o bilirkişiye münhasır, denetim performans ölçümleri bilirkişilik bölge kurullarınca yapılacak. Onların sonucunda dosyaları, raporları süresinde teslim edip etmiyor mu, ne kadar görevlendirme yapıldı, kaç dosyada gecikti, kaç dosyada raporunu teslim etmedi, temel etik ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulundu mu, kendisine uyarı, geçici süreli listeden çıkarma ya da sicilden çıkarma yaptırımları uygulandı mı, buna ilişkin kararlar var mı, hepsi o sicilinde yer alacak. Bu sicil tabii ki hâkim, cumhuriyet savcılarımız ve bölge kurullarımızın erişimine açık olacak. Herkese açık değil, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun öngördüğü tabii ki yasal düzenlemelere de riayet etmek zorundayız. Denetim ve sicilden silinmede yine bilirkişilerimiz artık temel ve etik ilkelerle yasanın öngördüğü diğer bilirkişilikle ilgili düzenlemelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulduklarında, buna ilişkin bir tespit yapıldığında inceleme sonucunda anlaşıldığında bölge kurulları tarafından bilirkişilik sicilinden silinme yaptırımıyla karşı karşıya olacaklar ve bilirkişilik sicilinden silinme, kalıcı olarak silinme ağır bir yaptırım, bu şekilde bir ceza alan bilirkişi bir daha bilirkişilik görevi yapamayacak. Yine denetim ve performans incelemeleri neticesinde bilirkişinin bu yetkinlikte olmadığı, liyakatli olmadığı anlaşılırsa, ikinci 3 yılda bilirkişilik listesine tekrar sicil ve listesine başvurusu bölge kurulları tarafından reddedilebilecektir.

Kanunun amacı yansıda görüyorsunuz, vakit kaybetmemek adına tekrar etmiyorum. Getirdiği yenilikler kapsamında artık adli ve idari yargıdaki her türlü bilirkişilik faaliyeti tek çatı altında toplandı bu yasayla birlikte, farklı yargı alanlarına göre farklı bilirkişilik uygulamaları da olmayacak. Kanunlarda bilirkişilik yapacağı öngörülen kurumlar Adli Tıp, Merkez Bankası, Darphane gibi kurumlar bu kanunun kapsamı dışında tutuldu. Kanunda düzenlenen kurumları biraz önce belirledik, danışma kurulu ki biraz politika belirleyici bir kurul, yasa tasarısının ilk halinde üç kurul şeklindeydi ve bayağı icrai görevleri de vardı. Ancak daha sonrasında Maliye Bakanlığıyla da yapılan görüşmeler neticesinde üst kurul şeklindeki yapılanma uygun görülmeyince danışma kuruluna döndü ve tamamen önerilerde bulunan bir kurul halinde ve icrai nitelikte danışma kurulu için öngörülen görevlerin tamamı Bilirkişilik Daire Başkanlığına verildi ve neredeyse alfabemizin tamamı bizim görevlerimize ayrılmış durumda.

Yine bölge kurulları -biraz önce dedik- uygulayıcı birimler, bu arada daire başkanlığı danışma kurulunun sekreter hizmetlerini de yürütüyor. Ocak ayında ve mart ayında iki toplantımızı yaptık danışma kurulu top-

lantılarını, muhtemelen adli tatil öncesinde bir değerlendirme toplantısı daha yapılacak. Toplantılar çok verimli geçiyor, yani ilgili kurum, kuruluş temsilcileri olduğu için herkes kendi kurumsal kimliklerini taşıyarak o toplantılara, kendi birikimlerini taşıyarak önerilerde bulunuyorlar, istişarelerde bulunuyorlar. Bizim için de çok faydalı ve değerli bilgiler ortaya çıkıyor. Bölge kurullarımız bu yasanın yürürlüğü ve uygulanmasında tabiri caizse can alıcı bir göreve haiz uygulayıcı birimler, bölge kurullarımızı ne kadar iyi işletirsek bu sistem o kadar iyi işler. O yüzden de çok önemsemekteyiz ve her türlü ihtiyaçlarının karşılanması noktasında da Bakanlığımız gerekli çalışmaları yürütmektedir.

Danışma kurulunun oluşumuna baktığımızda Adalet Bakanlığı Müsteşarı aynı zamanda danışma kurulunun başkanı, HSK Genel Sekreteri, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Ceza İşleri Genel Müdürü, adli ve idari yargı hâkim ve cumhuriyet savcıları, bölge kurulunun bulunduğu ilde mesele, İstanbul bir hukuk hâkimi, bir ceza hâkimi, bir cumhuriyet savcısı, bir idare mahkemesi hâkimi ve bir de vergi mahkemesi hâkimi olmak üzere 5 kişi, yine bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinden birer üye, YÖK'ün atadığı öğretim üyelerinden 3 öğretim üyesi, Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından toplam 4 üye 2+2 olmak üzere, Adli Tıp Kurumundan bir temsilci, Barolar Birliğinden bir temsilci, TMMOB, TÜRMOB, TOBB, TESK ve Türk Tabipler Birliğinden de olmak üzere toplam 5 temsilciden mütevellit toplam 28 üyeli bir danışma kurulumuz yasayla birlikte kuruldu ve görevine başladı. Bilirkişilik hizmetlerinin yürütülmesinde yaşanan sorunlar hakkında çözüm önerileri, Daire Başkanlığının görev alanına giren konular hakkında çözüm önerileri, Daire Başkanlığının ve Bölge Kurulunun yıllık faaliyetler hakkında önerilerde bulunmak bu danışma kuruluna kanunla verilen görevler arasındadır. Daire Başkanlığının görevlerini tek tek saymayacağım, çok uzun vakit almaması açısından, umarım hepiniz okumuşsunuzdur Bilirkişilik Kanunu 18 maddede, okumadıysanız da lütfen okuyun. Öyle çok sıkıcı bir kanun da değil, çok vaktinizi de almaz. Temel alt uzmanlık alanlarını tespit etmek Daire Başkanlığına verilen bir görev ve bu kapsamda biz temel alt uzmanlık alanları çalışma grubu kurduk. TMMOB'dan TÜRMOB'dan, TESK'den, Türk Tabipler Birliğinden, Adli Tiptan, Emniyet, Jandarma Kriminalden, yine Yargıtaydan, Danıştaydan, ilk derece mahkemelerinden temsilciler olan bir çalışma kurulu, yine YÖK'ten, ÜAK'tan, Üniversiteler Arası Kuruldan, Mesleki Yeterlikler Kurumundan da temsilciler var. Üç toplantı yaptık, az çok temel alt uzmanlık alanları taslağımız ortada çıktı. Bir an önce onu da bitirmeyi öngörüyoruz. Çünkü vakit dar, aynı zamanda taşıyacakları niteliklerin de tespiti gerekecek bu uzmanlık alanlarına göre,

onun çalışmaları yürütülüyor. Daire Başkanlığına verilen görevlerden biri temel alt uzmanlık alanlarını tespit etmek, yine görevlerini yürütürken uymaları gereken etik ilkelerin belirlenmesi yasayla verilen bir görevdi ki artık yönetmelik taslağımızda bir bölüm olarak bilirkişilik etik ilkeleri yer almakta ve bu etik ilkelere aykırı davranışın sonucu da dediğim gibi bilirkişilik sicilinden silinme yaptırımını gerektiren bir husus.

Yine temel eğitime ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ki yönetmelik taslağında bir temel eğitim bölümümüz var. Aynı zamanda biz yönetmelikle eşzamanlı olarak yakın zamanda yayınlarız, temel alt uzman bilirkişilik temel eğitiminin usul ve esaslarına dair tebliğ taslağımızı da hazırladık. Önemli bir eğitim ve biz bu eğitimin de ciddi olarak verilmesini istiyoruz. Uygulamada geriye dönüp baktığımızda kötüye kullanımlar söz konusu, yani bir konferans salonunda 400-500 kişi merdiven altı toplayıp, orada eğitimler verilebiliyor. Hepsi standarda bağlanıyor. Eğitim kuruluşları tebliğdeki o standartlara sahip olarak bu eğitimi verecekler. Maksimum 30 kişilik gruplarda bu eğitimler verilecek, 24 saatlik bir eğitim -yönetmelik taslağında da var- 18 saati teorik, 6 saati uygulamalı şekilde bir eğitim verilecek. Bu eğitimde biraz önce belirttiğim hususlar, konuşmamın başındaki konular işlenecek. Aynı zamanda da son o uygulama eğitimi dediğimiz 6 saatlik eğitimde de bilirkişilerimize gruplar halinde pilot uygulamalar yapılacak. Bireysel olarak mesela, bir öğleden önce bireysel uygulama yapılacak, öğleden sonra da grup çalışması şeklinde bilirkişi raporları hazırlamaları istenecek. Bilirkişiye kabule ilişkin usul ve esaslar, asgari ücret tarifesi ki bu bilirkişilik asgari ücret tarifesi de önemli, uygulamada var. Her yıl ekim ayında yayınlanıyor, ancak bunun daha hakkaniyete uygun şekilde düzenlenmesi ve bilirkişilerin hak ettiği ücretlerin ödenmesi gerekiyor. Aynı zamanda şimdi hani biz konuşuyoruz, konuşuyoruz da bilirkişilerin hepsi de kapıda beklemiyor herhalde bu şeye girelim diye, biz liyakatli insanlar istiyoruz. Liyakatli insanları da bu sisteme dahil etmek lazım. Bu liyakatli insanları bilirkişilik sistemine dahil etmek ve yargının bu insanların bilgilerinden istifade etmesini sağlamak için de bu insanların listelere kaydolması hususunda özendirici çalışmalar yapmak gerekiyor ki ücrette en önemli noktalardan biri, çokça şikâyet konusu edilen noktalardan biri, buna ilişkin de çalışmalar yürütülüyor. Başlangıçta dedik ki acaba temel alt uzmanlık alanlarına göre mi ücret tespiti yapsak? Göreceli kaldı ya da harcadığı mesai -ki bazı Avrupa ülkelerinde var- ona göre belirlensek, o da suiistimale açık ve denetimi zor bir alan, bu da biraz, dosya kapsamı itibarıyla desek, onu da en iyi hâkimin kendisi bilecek dosyasını, o kendisi değerlendirecek. Muhtemelen biz yine asgari şartlarda buluşa-

çağız, ancak buna ek düzenlemeler yapacağız. Yani uygulayıcıları cesaretlendirici, yol gösterici ücret takdiri noktasında daha cesur olmaları noktasında hep ben empati kuruyorum, kendimden de pay biçiyorum. Yani mesleğimin ilk yıllarında da gittiğimizde sanki cebimizde akrep var, bizim kendi cebimizden vereceğiz, ama böyle bir refleksimiz var. Yani ek rapor düzenliyoruz, ücret vermiyoruz, talep ediyor, hiç görmezden geliyoruz, ama gerçekten hak ediyorsa, mesai harcamışsa, hak ettiği ücretin de bilirkişiye verilmesi lazım ki hem işini düzgün yapsın, hem güzel raporlar hazırlasın, hem de 100-150 km gerekirse çağırduğumuzda -artık bölge listeleri olacak- gocunmadan, yerinmeden vereceği emeğin karşılığını alabileceği hissiyle bu göreve başlasın. Bunu istiyoruz.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- İzzet, çok hakikatli anlatıyorsun gerçekten, ama süre biraz daraldı.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Tamam, toparlayayım Başkanım, tartışma kısmına bırakalım bir kısmını. Konuşacak çok şey olunca doluyuz Başkanım. Teşekkür ederim, sağ olun.

Bölge adliye mahkemesi bölge kurullarının oluşumu da yine görüyorsunuz, yasada var bunlar zaten, zaman kazanmak adına hızlı geçelim o vakit. Bölge adliye mahkemesi üyesi aynı zamanda bölge kurulunun başkanı ve yine adli idari yargı hâkim, cumhuriyet savcıları arasından 5 üyeye 6 kişilik bir kurul. Bölge kurullarının görevleri de kanunun 8. maddesinde sayılmış durumda, bilirkişilerin sicil ve listeden çıkarılmasına karar vermek, sicil liste kaydına karar vermek, temel alt uzmanlık alanlarına göre listelerin oluşturulması, özel hukuk tüzelkişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına izin vermek, izinlerini iptal etmek, yine denetimlerini yapıp performans ölçümlerini yapmak bölge kurulunun görevleri arasında. Başkana da yasa bazı görevler vermiş, yansıda görüyorsunuz. Yine dediğim gibi tartışma kısmında yeri geldiğinde konularımıza değiniriz elbette.

Temel ilkelere kısaca değineyim. Bunlar ya mevcut usul yasalarımızda vardı zaten, burada bir derli toplu hale geldi. Bilirkişi görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız, objektif yerine getirir. Yine genel bilgi tecrübeli ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konuda bilirkişiye başvurulamaz. Bilirkişi kendisine tevdi olan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü, ulusal yargı ağı bilişim sistemi ve bu sisteme entegre bilişim sistemleri ya da yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorun-

lar için bilirkişiye başvurulamaz. Bunun açıklamasını şimdi yapmıyorum, muhtemelen çokça soru gelecek, eleştiri gelecek, tartışma kısmında değerlendiririz vakit geçmemesi açısından, kabul şartları da yasamızda düzenlenmiştir. Zaten anılan suçlar genel olarak tüm başvurularda aranan suç türleri, temel eğitimi tamamlamak dedik, mesleki faaliyetten geçici ya da sürekli yasaklanmamak dedik, 3 yıl olan mesleki tecrübe fiilen çalışma 5 yıla çıkıyor yasayla birlikte, daha doğrusu çıktı. Temel alt uzmanlık alanını dedik taşıyacakları nitelikleri belirleyeceğiz, bu alanlara göre belirlediğimiz yeterlikleri taşıması gerekecek. Bunun belgelendirilmesi gerekecek. Yine hukuk öğrenimi görmüş kişiler ki bu da tartışma konusu olan bir husus ki yine tartışılacağını düşünüyoruz. Hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve belgelendirmedikçe bilirkişilik sicili ve listesine kaydolamayacaktır. Uzmanlığın, ayrıca uzmanlığın ne olması gerektiği ve kriterleri noktasında da çalışmalarımız devam ediyor, ama şunu göz ardı etmeyelim lütfen: Burada uzman diyoruz, yani bir kişiye uzman titri vermek öyle kolay değil. Bunun da bir bedeli olmalı, eğer liyakatli insanları arıyorsak ben naçizane şunu söyleyeyim: Hocalarım da burada, doktora yapıyorum. Şu an yeterlilik aşaması -ki zor bir aşamaydı- onu verdim, tez aşamasındayım. Yani ne oluyor? Doktora yaptığınızda size hukuk doktora unvanı veriliyor. Bu kolay bir şey değil, bu uzmanlık, ayrıca uzmanlık şartları belirlenir, hani belli bir süre, saat bu eğitim alma olur, alanına göre lisans, yüksek lisans, doktora ya da sanatta yeterlilik olur, bunların belirlenmesi lazım ve bu kişi dediğim gibi uzman olacak. Bunun belirlenmesi lazım. Değişik şeyler var. Geçende toplantıdaydım yine, avukat dedi: *“Ben hem avukatım, hem maden mühendisiyim, ama bana kimse dosya vermiyor”* Böyle yakınmalar da var, mesela o uzman kendi alanında o kişi misal, örnek verecek olursak.

Sicil dedik, bunu da Başkanım, kısaca buralara değinip, artık sona geliyoruz. Bilirkişilik sicilinde saydım; yerleşim yeri, mesleği, temel alt uzmanlık alanı, çalıştığı kurum, kuruluşlar, temel eğitim tarihi, hazırladığı rapor sayısı ve dediğim gibi hükme esas alınan raporu, hatalı raporları nedeniyle alınan ek raporlar, denetim performans incelemeleri sonucunda bölge kurullarınca haklarında verilen kararlar, hepsi bu sicilde görülecek ve hâkim görevlendirme yaparken o bir bakıma bilirkişinin şeceresinde görmüş olacak. Görevlendirme -artık sona geliyoruz- bölge kurulları tarafından hazırlanan listeler dedik. Şu an 7 bölge, istinaf mahkemelerinin, bölge adliye mahkemelerinin sayısı arttıkça bölge kurullarının sayısı da artacak. Gündemde Bakan Bey de açıkladı, bir Bursa'dan bahsetmişti. Belki açıldığında orada da olacak. Bu listelerden yapacak. Eğer o listede bilgisine başvurulacak uzmanlık alanın-

da kimse bulamazsa, diğer bölge kurulu listelerindeki bilirkişilere de başvurabilecek. Onlarda da kimseyi bulamazsa, yani Türkiye çapında önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde bir kişi bulamazsa, bu sefer liste dışından görevlendirme yapabilecek ve bu yaptığı görevlendirmeyi de mahkemeler bölge kurullarına bildirecektir.

Denetim inceleme kısmındaysa, re'sen ve başvuru üzerine bölge kurulları bilirkişiler hakkında denetimlerini yapacaklar. Yine hâkim ve cumhuriyet savcısı da görevlendirdiği bilirkişinin görevini layıkıyla yerine getirmediği, yasa hükümlerini ihlal ettiği tespitinde bulunursa, bunu bölge kuruluna bildirecek. Ancak özel ve teknik bilgi yönünden bölge kurulları bir denetleme yapamayacak bu raporlarda, içeriğine ilişkin yapılan başvuruların zaten yasa hükmü de gereği incelemeksizin reddi söz konusu olur. Yine bilirkişilik sicil ve listesinde kayıtlı olmayıp da biraz önce belirttiğim gibi harici olarak liste dışından görevlendirilen bilirkişilerin temel etik ilkelere aykırı davrandığı tespit edilirse, bölge kurulları bunlar hakkında da bilirkişilikten yasaklanma kararı verebilecektir. Sicil ve listeden çıkarılma hususunda da kabul şartları, biraz önce gördüğümüz kabul şartlarının kaybedilmesi veya sicile kabul şartlarının belirlenen tarihte, başvuru tarihinde olmadığına sonradan tespiti halinde bilirkişilik yapmaktan kaçınılması, burada mazeretsiz olarak, yani kabul edilebilir bir mazeret olmadan sicil ve listeye kaydolduğu halde kişi bilirkişilik yapmaktan kaçınıyorsa ya da raporunu belirlenen sürede mazeretsiz olarak vermiyorsa, bunlar sicil ve listeden çıkarılma yaptırımını gerektirebilecek. Ancak bu şimdi söylediğimde mesela, bölge kurulu takdir hakkını kullanarak, eylemin ağırlığına göre uyarma ya da geçici çıkarma kararı da verebilecek. Etik ilkelerle bağdaşmayan güven duygusu sarsıcı tutum ve davranışlar, temel ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyeti, performans değerlendirme sonucu yeterli bulunmama ve süresi içerisinde, yani 3 yıl sonunda yenileme talebinde bulunmazsa sicil listeden çıkarılacak, yine bilirkişi her zaman kendisi de 3 yıllığına kaydolmakla beraber istediği zaman sicilden çıkarılabilecektir. Ben teşekkür ediyorum şimdilik tartışma kısmında devam etmek üzere, beni sabırla dinlediğiniz için sağ olun.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanımız İzzet Başara'ya böyle çok tatlı anlamından dolayı teşekkür ediyorum. Şimdi şunu anladık: Biz arabuluculuk kursuna gittik. Sonra dediler ki mülakata gir. Kim yapacak? Bakanlıktaki hâkimler, işte avukat falan size mülakat yapacak. Dedim ki ben bu saatten sonra böyle mülakata falan girmem, bana böyle yetki verirsiniz

yaparım, yoksa yapmam. Şimdi burada bilirkişiyi disiplin altına alacağız diye bilirkişiler sanki gözaltına alınmışlar, haftada bir karakola da imza atsınlar artık. Şimdi bu kadar baskı, diyor ki değerlendireceğiz yetenekli mi, değil mi? Siz hangi sıfatla siz neyi biliyorsunuz da, bunlar uzman değil mi? Siz daire başkanı, oradan birisi, buradan, esas temel meseleye hiç kimse dikkat çekmiyor. Ben bunu söyleyeyim. Sen bilirkişiyi istediğini al arkadaş, şimdi bizim iş dairelerinin en yoğun problemi şu: İşçinin ücreti kaç lira? Şimdi Ticaret Odasına soruyorsun, başka bir şey söylüyor, Mühendis Odasına soruyorsun, başka bir şey söylüyor. Sen istediğin adamı bilirkişi yap, gözaltında tut, yine sonuç alamazsın. Çünkü oralar belirliyor bunu, bilirkişi de onlara göre hesap yapıyor. Hangi avukat erken giderse, o ücreti yazdırıp getiriyor. Siz önce bunlara bakın, dolaylı bir bilirkişi bunlar da, önce şu Devlet İstatistik Enstitüsünü ben 5 sene önce aradım. Dedim ki arkadaş, gelin beraber hareket edelim. Siz Türkiye’de onu bunu araştıracağınıza işçi ücretlerini araştırın, bir de vakıf mı kurarsınız, ne yaparsınız, biz size soralım, adam gibi cevap al-sın mahkemeler, parasıyla soralım. Verin o cevabı, bu hesaplar düzgün olsun. Ahmet’e böyle, Mehmet’e böyle, adamına göre hesap olmasın. Bizim iş hukukunda temel çözeceğimiz problem bu, siz önce bunu çö-zün. Böyle bir kurul oluşturuyorsunuz ya bu bilirkişilerle, istatistik enstitü-süne mi yaparsınız, adli tıp gibi ücret belirleme kurulu mu yaparsınız, bir kurul daha mı oluşturursunuz, bunu çözerseniz iş hukukunun en temel sorununu çözmüş olursunuz. Bilirkişiyi hapsed istersen, oradan geliyor çünkü temel veri, temel veri yanlış. Bunu doğru düzgün yaparsanız bi-lirkişinin yapabileceği hesap mesela, bizde hiç yapabileceği bir şey yok temel veri doğru olduktan sonra, hangi bilirkişiye verirsen ver aynı hesap çıkacak. O yüzden bunun üzerinde hassasiyetle durmanızı ben bekliyorum, esas sorun burada. Burada bir bilirkişi soruyor hâkim, bu da bir bilirkişi raporu gibi bir şey, bir sayfa şöyle bir yazı ücret. hâkimin sağlıklı veri alabileceği bir yer yok. Eğer bunu çözerseniz iş hukukunun en büyük problemini çözmüş olursunuz. Öyle ben önerilerde de bulun-mak için bunları söylüyorum. Bunlar bakın, eleştiri değil.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Meclis ... (52.16) mıydı, sataşma var, söz istiyorum diyeceğim, ama bir söz alayım müsaitse.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Buna bir çözüm arıyor musunuz, bunu söyleyin siz.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Başkanım, burada Şahin Bey de iyi bilir, İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı

Çalışma Komisyonunda bunlar dile getirildi, öneri olarak da sunuldu. Bunlar hani hiç göz ardı edilen ya da düşünülmeyen şeyler değil, ama yeri geliyor Adalet Bakanlığının da tek başına yaptığı çalışma yeterli olmuyor, diğer bakanlıklar, tüm kurumların desteklemesi gerekiyor. Yani dediğiniz gibi mesela, il bazlı olarak düşünebiliriz, orada kurullar oluşup, emsal ücretler tespit eder her yıl, bunlar yapılamaz mı diye biz bunlara kafa yorduk, söyledik de, ama pek o çalışmalar sırasında neticelendiremedik. Öte yandan şunu söylemek isterim: Yine hassasiyetle belirtiyorum, burada konuştuğum şeyler benim değil, kanun koyucunun iradesi. Artık bir yasa var, kabul etsek de etmesek de bir yasa var ve maalesef ülkemizde olmaz demek kolay, ama olabilir demek, olur demek, sahip lenmek maalesef zor geliyor. Ben yine bunu burada belirtmek istiyorum. Yani ben bunları söylerken elbette farkındayız, zorlukların farkındayız, riskoların, risklerin, neyin nasıl olması gerektiğinin farkındayız, ama sihirli bir değneğimiz de yok. Bunlar hep söyleniyordu, hiç hani o sorunu, alan sorunu, vesaire söyleniyordu, hiçbir gelişme yoktu, ama artık bir yasa-mız var. Neresinden bakarsak bakalım, biraz önce anlattığım kurumsal yapıyla, kurumlarıyla birlikte danışma kurulu üyeleri olsun, bölge kurulu üyeleri olsun bizim Daire Başkanlığımız tam 100'e yakın kişi bilirkişiliğe kafa yoruyor. Bu da bir ülke için gelişmedir, bunu da söylemek isterim. Teşekkür ederim.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Biz önerelim derken...

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Not aldık Başkanım, hepsini iletceğiz.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Bunu iletirsiniz diye, çünkü biz İş Mahkemeleri Kanununda aynen böyle eleştirdik ve orada yaptılar. Eleştirdik, gitti, yaptılar. Dediler ki: "*İşçi kaza olan yerde kendi ikametgahında dava açabilir*" diye koydular biz eleştirince, koydular yani, bu eleştiriler zaman zaman yerine getiriliyor, ama bu ücret çok önemli bir şey. Şimdi zaman geçiyor, Sayın Mahmut Kabakçı'ya söz veriyorum. Doç. Dr. Mahmut Kabakçı, süreniz 30 dakikadır.

Doç. Dr. MAHMUT KABAKCI

İTÜ İşletme Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli yargıçlar, değerli hocalarım; herkesi saygıyla selamlıyorum. Şimdi Sayın Daire Başkanı haklı olarak suiistimallerden bahsetti. Kesinlikle doğru, suiistimler söz konusu, ben de bir örnek vermek istiyorum. İstanbul’da değil, bir hoca arkadaş arıyor bilirkişi: *“Hocam, bir dosyada heyet olarak görevlendirildik. Ben raporu hazırladım, size mail atayım, göndereyim” “Buyurun gelin, çayımı için, dosyayı beraber bir inceleyelim. Dosya görmeden neyi imzalıyoruz”,* dolayısıyla geliyor bilirkişi arkadaş, ondan sonra raporun altında e-müfettiş imza var. Siz Bakanlıkta görevliydimiz herhalde, yok falan filan böyle kaçamak cevaplar, nasıl? Ben Sağlık Bakanlığında görevliydim. Sağlık Bakanlığında müfettiştiniz o zaman, özetle uzatmayayım, zaman çok dar. Dış hekimi bir dönem Bakanlıkta müfettişlik yapıyor, ama iş hukukuyla alakası yok. Dolayısıyla o e-müfettiş ibaresiyle, hukukçu değil, iş hukukunun da açık öğretim fakültesinde aldığı iş hukuku dersleri, dolayısıyla böyle suiistimler maalesef var. Dolayısıyla bilirkişilik sorunu var, ama benim aslında sonda söylemem gereken şeyler, bilirkişilik sorunu büyük sorunun sadece bir taşı. Yani dün Gülsevil Alpagut Hocam haklı bir şeye işaret etti. Amaç Anayasanın vatandaşlara taahhüt ettiği adalete erişim, ilkeleri var. Hukuk devletinde adalete erişim, dolayısıyla sorun ne arabuluculuk ya da ne bilirkişilik, sorun yargı sorunu. Genel olarak yargıda sorun var. Dolayısıyla bir çözüm arayışında böyle tek tek bilirkişilik üzerinden çözüm üretmek ya da sadece arabulucu değil, genel bir hastalığı tespit edip, yani doktorun önüne gittiğinde kalp rahatsızlığı, böbrek rahatsızlığı, kalbi tedavi ediyoruz böbrek duruyor, mümkün değil. Bütün hastalıkları iyileştirirsek, tedavi edersek düze çıkacak. Dolayısıyla böyle bir Bilirkişilik Kanuna mutlaka ihtiyaç vardı. İçeriği konusunda çekincelerim var, ama şu haliyle bunun uygulanmaya başlaması var olan sorunu daha da katlandıracak 2013 yılında olduğu gibi.

İŞ YARGILAMASINDA BİLİRKİŞİLİK

Doç. Dr. Mahmut Kabakcı¹

I. GİRİŞ

Hukuk yargılamasında bilirkişiliği düzenleyen mülga 1086 sayılı Hu-

¹ İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi (mkabakci@itu.edu.tr).

kuk Usulü Muhakemeleri Kanununun m. 275 vd. ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun m. 266 vd. hükümlerinin karşılaştırılmasından, kanun koyucunun konuya bakışı açısından aralarında esaslı bir fark bulunmadığı görülmektedir. Mülga Kanunda 16.07.1981 tarih ve 2494 sayılı Kanun ile getirilen “*Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez*” kuralı, Hukuk Muhakemeleri Kanununda aynı istikamette ancak vurguyu daha da arttıran bir içerikte yer almıştır:

“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz”.

Bilirkişiye başvurulması mümkün hususların sınırını çizen bu düzenlemelerin açıklığına rağmen, uygulamada uzun süreden beridir farklı nedenlerle hukuki konularda hukukçu bilirkişilerden rapor alınması çok yaygındır. Mustafa Reşit Belgesay 1950 yılında yayınladığı eserinde, “Hakimlerin her meselede bilirkişiden oy alınmasını itiyat etmeleri onları, yavaş yavaş davaların tahkikini mesul olmayan kimselere havale etmeye, tembelliğe sevk eder”² tespiti dikkati çekmektedir.

Üniversitelerde hukuk eğitimi, medeni hukuk, borçlar hukuku gibi klasik hukuk dallarını esas alır. Toplumların değişimi ve gelişen teknolojinin ürünü olarak nitelendirebileceğimiz fikri mülkiyet, rekabet, enerji gibi yeni hukuk alanları, hukuk eğitiminde ikinci plandadır. Konumuz iş hukukunun ders programlarında zorunlu ders olarak yer alması, en çok 30 yıldan bu yanadır. İşte bu hukuk dallarıyla ilgili kurulan uzmanlık mahkemeleri, fiili durumda hukuki konularda da bilirkişi görüşüne yaygın olarak başvurulmuş mahkemelerin başında gelmektedir. Bu durumun farkında olan kanun koyucu 6100 sayılı Kanunun ilgili madde gerekçesinde, “Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukukî bilginin de özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede (Kanunda m. 266), özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, ‘hukuk bilimi dışında’ şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur” tespitine yer vermiştir.

2 Musfata Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Cilt, İspat Teorisi, Şaka Matbaası, İstanbul 1950, s. 81.

Yine, 266. maddenin hâkime talimat içerikli bu sınırlandırmasına ila-ve olarak bilirkişi açısından da bir vurguya ihtiyaç duyulmuştur: “*Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz*” (m. 279). Buradaki vurguyu daha da belirgin hale getirmek isteyen kanun koyucu, 6754 sayılı Kanunda “*Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz*” düzenlemesine yer vermiştir.

6100 sayılı Kanunun hukuki konularda bilirkişiliğin yasaklanmasına dair bu ek vurgusuna ve mülga Kanun sisteminden ayrılan bilirkişilerin Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonları tarafından oluşturulacak listelerden seçilmesi usulüne rağmen, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun kabul edildiği 03.11.2016 tarihine kadar hukuki konularda bilirkişi raporu alınmasıyla ilgili 1086 sayılı Kanun dönemine göre olumlu bir değişimden söz etmek güçtür. İş mahkemeleri uygulamasında hemen hemen davaların tümünde, Yargıtay kararlarında da geçen isimlendirme ile “hukukçu” bilirkişilerden rapor alındığı, Yargıtay bazı davalarda hukukçu bilirkişiden rapor alınmasını ancak bazılarında da alınmamasını bozma gerekçesi yaptığı görülmektedir³.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266-287 maddelerinde bilirkişi incelemesinin tüm yönlerini ayrıntılı düzenleyen hükümlerine, kanundaki açık yasağa karşı hukuki konularda bilirkişi raporu alınması uygulamasının yoğun biçimde devam etmesi, kanun koyucuyu bilirkişilik konusunu ayrı bir kanun ile düzenlemeye sevk etmiştir. Ancak yeni Kanunla ilgili tespitlere geçmeden önce, uzman hukukçular tarafından bilimsel esaslar ve uygulama sorunları göz önüne alınarak hazırlandığı halde 6100 sayılı Kanunun bu konuda olumlu bir değişimi sağlamamasından, bilirkişilik kurumunun kendisinden başka nedenlerin bu durumun gerekçesi olabileceğini akla getirmektedir.

Çünkü yargılama faaliyeti, hâkimin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bilirkişiliğin bir meslek haline geldiği, bilirkişilerin hâkimin yerine geçip karar verdiği vb. eleştirilere karşı, istisnai emredici düzenlemeler hariç, taraflar talep etseler dahi bilirkişi raporu alıp almamaya hâkim karar verecek, rapor alınmasına karar verildiğinde de yaygın olduğu üzere bilirkişinin ismi konusunda taraflar anlaşamadığında, bilirkişiyi hâkim resen seçecektir. Eskiden Adli Yargı Adalet Komisyonları ve şimdi Bilirkişilik

3 Örneğin Yarg.9.HD, 02.02.2016, 421/2359, www.yargitay.gov.tr

Bölge Kurulu tarafından hazırlanacak listelerde yer almak, yeni açılan davaların tevzi benzeri bir sistemde bilirkişilerin otomatik şekilde yargılamaya bilirkişi olarak katılmasına imkân vermemektedir.

II. 6754 SAYILI KANUNUN GEREKÇELERİ VE YENİLİKLERİ

6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun genel gerekçesinden, bu Kanunun hazırlanmasına sevk eden nedenleri şu şekilde özetleyebiliriz:

- Mevcut liste uygulaması bilirkişilik kurumundan beklentileri tam olarak karşılayamamakta, yargılama faaliyetlerinin uzamasına ve bunun sonucu mağduriyet ve şikayetlere neden olmaktadır. Çünkü bu listeler, bilirkişilerin yeterliliği noktasında gerekli güvenceyi sağlayamamaktadır.

- Uygulamada bilirkişilik bir meslek haline dönüşmüştür.

- Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bile sıklıkla bilirkişi görevlendirilmesi, bilirkişinin adeta hâkimin yerine geçerek yargı yetkisini kullanmasına neden olmaktadır.

- Mevzuattaki açık yasağa rağmen, bilirkişiler raporlarında hukuki değerlendirmelere ve hukuki sonuçlara yer vermekte, teknik ve özel bilgi gerektiren konularda görüş bildirmekle yetinmemekte ve uyuşmazlığın esasına ilişkin kesin kesin hukuki yargıda bulunmaktadırlar.

6754 sayılı Kanunun bu gerekçeleri karşılamak üzere getirdiği hükümler incelenmesinden, 6100 sayılı Kanundaki esaslardan farklı, yenilik olarak nitelendirebileceğimiz hususlar özetle:

- HMK'nın bilirkişi incelemesi yaptırılacak konuların sınırının çizildiği 266. maddeye "Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez" cümlesi eklenmiştir. Bu surette hukuki konularda bilirkişi raporu alınmasına dair yasak pekiştirilmiştir.

- Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde bir Bilirkişilik Dairesi ve her Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde Bilirkişilik Bölge Kurulları kurulmuş, bilirkişi listelerin Bölge Kurulları tarafından oluşturulması düzenlenmiştir.

- UYAP ve buna entegre bilişim sistemleri ve yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler ve çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamayacağı öngörülmüştür.

Bu üç nokta dışında listeye başvurabilmek için bilirkişilik temel eğitimi almış olma gibi diğer bazı yenilikler varsa da 6754 sayılı Kanununun önceki 1086 ve şimdi 6100 sayılı Kanundaki ilkelerden esaslı biçimde ayrıldığı bir yön bulunmamaktadır. Acaba bu yeni kurumsal yapılanma ve hukukçu bilirkişilere ilişkin kesin sınırlandırma, Kanunun daha 1981 yılında değiştirilmesine neden olan ancak yasanın açık yasaklamasına rağmen hiç azalmadan devam eden, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan, özetle hukuki konularda da hukukçu bilirkişilerden rapor alınması uygulamasına son verecek midir?

Bu sorunun sağlıklı şekilde cevaplanabilmesi için, öncelikle uygulamada yasağa rağmen hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin nedenlerinin tespiti gerekmektedir. Çünkü uygulamada hâkimleri hukuki konularda bilirkişiye gitmeye sevk eden nedenler ortadan kalkmadıkça, bunun yasak hükmüyle önlenmeye çalışılması beklenen faydayı sağlamayacaktır⁴, 6100 sayılı Kanun sonrası mevcut tablo karşısında aksini söylemek gerçekçi değildir.

İş yargısı özelinde bu nedenlerin tespitinde ilk adım, uzmanlık mahkemesi olarak iş mahkemelerinde görülen çekişmeler ve bu çekişmeler hakkında bilirkişinin hangi işlemleri yaptığının incelenmesidir.

III. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN KONUSU

Bir dava özelinde bilirkişi incelemesinin konusu, HMK. m. 273 ve 6754 sayılı Kanun m. 3/6 uyarınca mahkeme tarafından bilirkişi görevlendirmesinin kapsamının belirlenmesiyle somutlaşır. Bu hüküm gereği bilirkişi görevlendirmesinde inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruların tespiti zorunludur. Ancak uygulamada iş mahkemelerinde bilirkişi görevlendirmesi konulu ara kararları incelendiğinde, çoğunlukla bir sınırlandırmaya gidilmeksizin, “iddia ve savunmalar ile dosya içeriği deliller dikkate alınarak hesap raporu alınması” gibi genel ifadelerle yer verildiği görülmektedir. Buna göre iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan davaların incelenmesi, işçilik alacaklarının hesaplanması, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerden midir? Tersinden deyişle hâkim, bu alacakları hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle hesap edebilir mi?

4 Murat Atalı, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, AÜHFĐ, 65 (4) 2016, s. 3280.

Ya da dava konusu alacakların hesaplanması tarafların ispat yükü ile sınırlı görülerek, mahkemenin hesaplamaya dahil olmaksızın bunu bütünüyle tarafların beklemesi mümkün müdür? Buna göre yargılama sürecindeki konumu itibariyle hakimin bizzat hesaplama yapması yükümlülüğü var mıdır?

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin çekişmelerin incelenmesi ve alacaklarının hesaplanması için, hesabı yapacak kimsenin

- Bu alacaklara hak kazanma koşullarına, miktarına ilişkin hukuki esasları ve bu arada yüksek yargı uygulamalarını,

- Özü toplama, çıkarma, çarpma ve bölme, başka deyişle dört işlem olan bazı hesaplama tekniklerini (örneğin Excel programını kullanabilmesi)

bilmesi ve

- Akabinde iddia ve savunmaları dosya içeriği delillerden hareket ile bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutarak hizmet süresi, ücret, ücret ekleri, fazla mesai süresi gibi hesaba esas verileri tespit ile

- Bu tespit sırasında dosya içeriği deliller dışında, uluslararası tır şoförünün çalışma düzeni, fırınların mesai sistemi, deri tekstil sektöründeki ölü sezon gibi ancak yaşam deneyimleri ile öğrenilebilecek bazı tecrübi kuralların bilgisi dahilinde olmasını

gerektirmektedir. Kanun koyucu, iş mahkemeleri özelinde söylersek, ilke olarak görevli hâkimin bir hukukçu olarak iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yasal esaslar ile yüksek mahkeme içtihatlarını bilmesini haklı olarak beklemekte, bildiğini varsaymaktadır. Bu husus, 6100 sayılı Kanunun gerekçesindeki “yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukukî bilginin de özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirdiği” tespitiyle doğrulanmaktadır.

Bu varsayımdan hareket ile herhangi bir hesaplama gerektirmeyen, örneğin mobbinge dayalı manevi tazminat, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı bir feshe karşı açılan işe iade davası, sosyal sigorta sigortalı hizmetlerin tespiti ya da Sosyal Güvenlik Kurumunun yaşlılık aylığı tahsis kararını kaldırma işleminin iptali gibi salt hukuki bir inceleme ve değerlendirme ile çözülebilecek çekişmelerde bilirkişi raporu alınmaması beklenir. Ya da toplu iş sözleş-

mesi yetkisi çoğunluk tespitine karşı işverence açılan davada, hukuki esaslardan hareket ile yapılacak değerlendirme dışında yapılması gereken işlem, işçi sayısına ilişkin SGK ve sendika üye sayılarına ilişkin Çalışma Bakanlığı kayıtlarının incelenmesi, birbirleriyle karşılaştırılmasıyla sınırlıdır. Böyle bir davada hukukçu bilirkişinin hâkimden olumlu anlamda tek farkı, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında yaptığı doktora yahut akademisyen veya avukat olarak hâkime göre daha uzun süre bir uygulama tecrübesi olabilir.

Davada ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai, hafta ve genel tatil ücreti alacakları gibi bir hesaplama yapılması gerektiğinde, mahkeme bilirkişi görevlendirmesi konulu ara kararında hizmet süresi, ücret, haftalık fazla mesai süresi gibi hesaba esas verileri belirtmediği takdirde, bilirkişinin hesaplama öncesi yapması gereken, tarafların iddia ve savunmalarını dosya içeriği delillerle sınırlı bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutarak bu verileri belirlemektir.

Hesaba esas verilerin belirlenmesi, bazen hukuki değerlendirme gerektirir. Örneğin giydirilmiş ücret tespitinde yazılı bir kaynağa dayanmayan ikramiyenin işyeri uygulaması halini alıp almadığı, fazla mesai süresinin tespitinde, davalının dayandığı iş sözleşmesindeki aylık ücretin yılda 270 saate kadar olan fazla mesailer karşılığı zamlı ücreti de içerdiği hükmünün geçerli olup olmadığı gibi.

Hesaba esas veriler, HMK anlamında senet vasfında yazılı delillerden tespit edilebildiği durumda konu bir sorun oluşturmaz. Ancak işçi sosyal sigorta işe giriş bildiriminden önceki bir tarihte çalışmaya başladığını ya da ücretinin bordroda tahakkuk ettirilip banka hesabına ödenen tutar dışında elden ödenen bir miktarın toplamından oluştuğunu iddia ettiğinde, emsal ücret araştırması gibi başkaca delillerin ve tanık beyanlarının değerlendirilmesini gerektir. Fazla mesai ya da genel tatil çalışması iddiası gibi, hesaba esas veriler çoğu durumda salt tanık beyanlarından tespit edilebilmektedir.

Tarafların ispat yükünü karşılayıp karşılamadığı noktasında, kesin olmayan delil olarak tanık beyanının ispat gücü hâkimin takdirindedir: "Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbest değerlendirir" (HMK. m. 198). Keza Medeni Kanunun 4. maddesindeki "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı ve durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir" hükmü de işçilik alacaklarının hesabına esas verilerin ispatında uygulamada en çok başvurulan tanık delilinin takdirinin münhasıran ha-

kimin yetkisinde olduğunu teyit eder. Dolayısıyla dava konusu alacakların hesaplanabilmesi adına da olsa, bilirkişinin tanık beyanlarına dayalı değerlendirmede bulunması ya da işe giriş tarihi, haftalık fazla mesai süresi vb. tespit etmesi, hukuken kabul edilemez bir durumdur.

Sonuç olarak hâkimden, hukukçu kimliği ile hukuki konularda bir değerlendirilmede bulunabilmesi, lise eğitiminde ve özellikle de üniversite giriş sınavına hazırlıkta aldığı asgari düzeyde matematik bilgisi ile dört işlemi sorunsuz yapabilmesi kendisinden beklenmektedir. Bu gereklilik hesaplama bizzat hakim tarafından yapılmaya bile tarafların getireceği hesapların denetleyebilmesi içindir.

Yaşam deneyimlerine dayanan tecrübi bilginin ise somut bir ölçüsü olamaz, kişinin yetiştiği çevre, önceki iş deneyimlerine gibi şartlara göre kişiden kişiye değişecektir. Ancak en nihayetinde bunun derecesi kişinin iş tecrübesinin uzunluğu ile ilişkili olup, tecrübi bilgiler zamanla kazanılacaktır. Zaten çoğu zaman kendisi de hukukçu olan bilirkişi, farklı konularda tecrübi bilgileri zaman için dosyalardan edindiği bilgiler sayesinde elde etmektedir. Bu durumda hakimin yaşı ile tecrübi bilgisi arasında doğru orantı olduğu söylenmelidir.

IV. MEVCUT UYGULAMANIN NEDENLERİ

Konunun hukuki yönü bir yana uygulamadaki gözlemlerimize dayalı olarak, gerçekleştirdiği işlevi nedeniyle bilirkişi mevcut durumda hakim yardımcısı değil ancak ona yardım eden kişi durumundadır.

Konuyla ilgili tartışmalarda çoğu zaman hukukçu bilirkişiden söz edilmektedir. HUMK, HMK ve şimdi aynı esasları takip eden 6754 sayılı Kanun ile yasaklanan hukukçu bilirkişi değil, hukuki konularda bilirkişi raporu alınmasıdır. Uygulamada hukukçu bilirkişi deyiminin yerleşmesine neden olan, hukuki konularda değerlendirmeye yer veren bilirkişi raporlarının en çok avukat ya da hukuk öğretim üyesi hukukçulardan alınıyor olmasıdır. Dolayısıyla bu durum, mevcut uygulamanın nedenlerini araştırmada nereden yola çıkılması gerektiğine de işaret etmektedir.

Bilirkişi raporunda hukuki değerlendirmeye yer verilmemesini açıkça düzenleyen Fransa'da yapılan bir araştırmada, bilirkişi incelemesinin genel mahkemelerde özel mahkemelere göre daha yaygın olduğu tespit edilmiştir⁵.

5 Barış Toraman, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 75.

Yaptığımız araştırmada bizdeki gibi hukuki konularda bilirkişi raporu alınmayacağı, bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirmede bulunamayacağına dair açık sınırlandırma Fransız Hukukunda yer almaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukukta bilirkişiliğe dair yasal düzenlemelerden, bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün hususların herkesçe bilindiği varsayımından hareket edildiği, bu nedenle görevlendirilmesi usulünden ve çalışma ilkelerinden söz edildiği görülmektedir. Acaba bu ülkelerde açık bir yasaklama bulunmamasından hareket ile hukukçu bilirkişilerden hukuki konularda rapor alınmasının serbest olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Bu ülkelerde çekişmenin konusu itibarıyla her bir somut olay özelinde değerlendirme yapılmaktadır.

Bu konuda, HMK m. 266, 279 ve 6754 sayılı Kanun m. 3 hükümlerindeki açık sınırlandırmaya rağmen hukuki konularda bilirkişinin görüşünün alınmaması yolunda bir mutlak yasaktan söz edilemeyeceği görüşündeyiz. Çünkü özel hukuk sistemimizin anayasası olarak nitelendirilebileceğimiz Medeni Kanun'un hukukun uygulanması ve kaynakları başlıklı 1. maddesinde, açıkça "Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden... yararlanır" hükmü yer almaktadır. Burada geçen bilimsel görüşün, literatürde daha önceden yazılmış görüşler ile sınırlandırmasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Daha önceden hiç incelenmemiş ya da incelenmiş olmakla birlikte somut dava özelindeki unsurları üzerinde durulmamış bir hukuki çekişme hakkında, hakimin hukuk alanda uzman kimselerin görüşüne başvurmasında bir engel bulunmadığını düşünüyoruz. Burada dikkat edilmesi gereken yön, yargılamanın hakimin faaliyeti olması karşısında bilimsel görüşün genel hukuki ilkelerle sınırlı olması, dava konusu olaya atlanmasının hakime bırakılmış olmasıdır.

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, "günümüzde karmaşık ve çetrefil hale gelen sadece hukuk dışı olaylar, konular, olgular ve durumlar değil, en az onlar kadar hukuki konulardır"⁶.

Buna karşın iş yargısı uygulamasına ilişkin gözlemlerimizden hareket ile mevcut durumda hukukçu bilirkişilerden hesap raporu alınmasında temel neden, hakimin ya da tarafların bilgisi, uzmanlığında bulunmayan konuların aydınlatılması değildir. Bu hesap raporları tarafların ispat yükünün karşılanması ve hakim açısından da yargılamanın çekişmeli konularının aydınlatılması işlevi görmekte, bilirkişi bu yönüyle hakimin uzmanlık bilgisine başvurduğu kimseden ziyade, hakim yardımcısı işlevi görmektedir.

6 Atalı, s. 3280.

Önce 1086 ve şimdi 6100 ve 6754 sayılı Kanunlardaki açık sınırlandırmaya rağmen uygulamada sıklıkla hukukçu bilirkişiden rapor alınmasının nedenleri önce tüm yargılama türleri açısından geçerli olan nedenleri aşağıda kısaca tespit edilecektir. Ancak çoğu genel olmakla birlikte, hakimin görevli olduğu mahkemede doktora ya da uzun yıllara dayanan bir uzmanlığı bulunsa dahi hukukçu bilirkişilerden rapor alması nedenlerinden ihsası rey konusunun özel olarak incelenmesi gerekir.

Bu tespitimizi doğrular biçimde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 09.06.2014, E. 2012/14733 K. 2014/18590 sayılı kararına konu olan olayda, yerel mahkemenin ihsası rey konusundaki gerekçeleri dikkati çekmektedir. Olayda, davalı vekili tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen avukatın daha önce kendileri aleyhine görülen bir başka dosyada davacı vekili sıfatıyla hareket ettiği, bu nedenle tarafsızlığı konusunda şüphe yaşadıkları gerekçesiyle bilirkişinin şahsına itirazda bulunulmuştur. Yerel mahkemenin bu itirazı ret gerekçesi, ihsası rey konusunun algılanış şekli bakımından önemlidir:

“... Alacak davalarında görüşüne başvurulmuş bilirkişilerden istenen raporların hesaplama ile ilgili olduğu, hesaplama işleminin mahkeme tarafından matematiğe dayalı dört işlem olması sebebi ile denetlenebilir olduğu, bunun dışında hesaplamalara esas alınan ücret ve çalışma süresinin de dosya kapsamına göre hakim tarafından denetlenebilecek ve hakimin kendi hukuki bilgisine göre değerlendirilebilir hususlar olduğu, dosyanın bilirkişiye verilmeden önce çalışma süresi, ücret ve çalışma koşulları ile ilgili bir kısım verilerin hesaplamalara esas olarak açıklanmamasının sebebinin taraflarda ihsası rey düşüncesinin oluşmamasına yönelik olduğu, alınan raporun bilirkişinin sadece kendi teknik bilgisine dayalı ve hakimin bilgisi ile denetlenemez bir rapor olmaması ve raporda belirtilen hukuki değerlendirmelerin mahkemeyi bağlayıcı olmaması...”.

Konumuz bakımından önemli olmamakla birlikte yüksek mahkeme, avukat bilirkişinin “... davalı aleyhine açılan başka bir davada davacı vekili sıfatıyla dava takip etmesi karşısında mahkemece verilen bilirkişilik görevinden avukatlık etiği nedeniyle çekilmesi gerektiğinin düşünülmemesi; yargılama sonucu verilecek hükmün tarafları her açıdan tatmin etmesinin en doğal beklenti olduğu ve adaletin zedelendiği görüntüsünden kaçınılması gerekliliği gözönüne alındığında davalı vekilinin bilirkişinin değiştirilmesi talebinin yerinde görülmemesi hatalıdır” görüşünü bildirmiştir.

Hukumumuzda hâkimin ihsası rey yasağını açıkça düzenleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Keza ihsası rey yasağını inceleyen, çok eski tarihli iki sayfalık bir yazı dışında bilimsel bir çalışmaya da rastlamadık⁷. Birçok yüksek yargı kararında ihsası reyden söz edilmekteyse de bunlarda tanımlama yer almamakta adeta bunun herkesçe malum bir kavram olarak kabul edilmektedir. Usul hukukçularının ihsası reye dayanak olabileceğini bildirdikleri tek düzenleme, HMK'nın hâkimin reddi sebeplerini düzenleyen 36. maddesidir⁸. Burada hâkimin reddi sebebinin varlığı konusunda sayılan örneklerden birisi, hâkimin “davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması”dır.

Burada dikkat edilmesi gereken ifade, hâkimin görüşünü “kanunen gerekmediği” halde açıklamış olmasıdır. İşçilik alacakları talepli bir dava veya bakan hâkim, dava konusu alacakların maddi olayın koşulları itibariyle hukuken kabul edilebilir olup olmamasından bağımsız olarak, hesaplanabilmeleri için hesaba esas verileri belirlemek zorundadır. Hizmet süresi, ücret, fazla mesai vs hemen hemen olayların tümünde çekişmelidir. Dolayısıyla hâkim bunları çok sınırlı hallerde yazılı delillerden ancak çoğunlukla tanık beyanlarından belirleyecektir. Delillerin değerlendirilmesi MK m. 4 ve HMK m. 198 uyarınca münhasıran hâkimin takdir alanında olduğundan, hesaplamayı kendisi yapamadığı durumda hesap için bilirkişi görevlendirmesi yaparken, ara kararında hesaba esas verileri belirtmesi gerekmektedir. Bu durumda ortada kanunen yapılması gereken zorunlu bir açıklama söz konusu olduğundan, bunun ihsası rey olduğundan söz edilmemelidir.

Belirtilen çerçevede hakimlerin hukukçu bilirkişiden rapor almaları konusunda ileri sürdükleri gerekçenin başında gelen ihsası rey konusunun mevzuatta düzenlemeler ile açık hale getirilmesi, bu konuda bilimsel çalışmalar yapılması önemlidir.

Yine hakimler tarafından altı çizilen bir diğer gerekçe, hakim olarak dava konusu alacakların talep koşulları ve miktarını ancak hüküm ile açıklayabilecekleri ve bu nedenle kısmi ya da belirsiz alacak olarak açılan bir davada davacının bakiye tutar için ıslah yoluna gidilemeyecek olmasıdır. Aslında bu çekince de doğrudan ihsası rey konusuyla ilgili

7 Öztekin Tosun, Benzeri Davada Verilen Hüküm İhsası Rey Telakki Edilebilir mi? Ankara Barosu Dergisi, 1956/4, s. 276 vd.

8 Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 274-275; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 121.

olup, hakimın dava konusu alacakların miktarına ilişkin hesaplamasının sonuçlarını kararından önce olası tutarlar olarak bildirmesi zorunluluğu karşısında ihsası reyden söz edilmemelidir.

Hukuku öğretimi ve devamında hakimlerin uzmanlaşması ve çalışma koşullarıyla ilgili nedenleri tespit etmeden önce, hakimın olması gereken niteliği açısından Mecelle hükümlerine işaret etmek istiyoruz: "Hâkim; bilge, anlayışlı, doğru ve güvenilir, saygın, metin olmalıdır (m. 1792) "... hukuk kuralları ve yargılama usulü konularında bilgili olmalı, bilgisini dava konusu olaylara uygulayabilmeli, bir çözüme varabilmelidir" (m. 1793).

Buna göre,

1. Yeteri sayıda öğretim üyesi yetiştirilmeden çok sayıda Hukuk Fakültesi açılmış olması, hukuk eğitiminin niteliğini olumsuz etkilemiştir.

2. Bazıları dışında Hukuk Fakültelerinin toplumsal, ekonomik ve teknolojik değişimin sonucu olan yeni hukuk alanlarına ders programlarında yeteri düzeyde yer vermemeleri.

3. Öğrenci sayısı fazlalığı gerekçesi ile sözlü sınav yapılmaması, hatta bazı durumlarda test sınavı yapılması.

4 Fakültede tüm derslerin tamamlanmasını takiben bitirme sınavı yapılmaması.

5. Uzmanlığın evrensel göstergesi olan lisans üstü eğitim (yüksek lisans ve doktora) yapan hukukçu sayısının azlığı.

6. Hakimliğe kabul sınavının içeriği. Örneğin uzmanlık mahkemelerinin başında gelmesine rağmen, iş ve sosyal güvenlik hukuku bu sınavda sorulmamaktadır.

7. Hakimlik stajının içeriği.

8. Ülkemizin demografik koşullarında mevcut hakim sayısının yetersizliği.

9. Yardımcı hakimlik kurumunun bulunmaması, genç bir hakimın hukuki yönü bir tarafa, maddi vakıa olarak karmaşık, ancak uzun yıllara dayanan tecrübi bilgi ile değerlendirilebilecek olaylar hakkında karar vermek zorunda kalması.

10. Hakimlik ile savcılığın tek meslek sınıfı olması.

11. Uygulamada hakimin uzmanlaşabilmesinin en önemli yolu olan istediği sürece aynı tür mahkemede görev yapması güvencesinin bulunmaması.

12. Meslek içi eğitimlerin yeteri içerik ve sıklıkta yapılmaması.

13. Aile mahkemelerindeki uzman görevliler benzeri hesaplama uzmanlarının istihdamı ya da bu konuda hizmet vermek üzere birimler oluşturulması.

14. İş yükü, dava sayıları.

15. Uygulamaya dönük, davalarda gündeme gelebilen sorunların teorik ve içtihat yönlerinden inceleyen bilimsel eserlerin az olması.

16. Avukatların yargılamada ispat yükü bağlamında üzerine düşen yükümlülükleri tam olarak yerine getirmemeleri.

Bilimsel bir veri bulunmamakla birlikte gözlemlerimize göre hukukçu bilirkişiden rapor alınmasının en yaygın olduğu alanın iş yargısı olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

V. DEĞERLENDİRMELER

Bugüne kadar bilirkişilik alanında en çok yayını yapan ve HMK. Tasarısının bilirkişiliğe ilişkin hükümlerini kaleme alan Medeni Usul Hukuku öğretim üyesi Süha Tanrıver'in eserinde, hukuki konularda bilirkişi raporu alınamayacağı görüşünü kesin bir dille ifade ettikten hemen sonra yer verdiği şu tespit, aslında HMK. ve 6754 sayılı Kanundaki sınırlandırmaların sorunun çözümü için yeterli olmadığını göstermektedir:

“Bilim ve teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler ve değişimler ve bunların insan hayatı üzerine yansımalarının bir ürünü olarak yeni dinamik hukuk alanlarının (örneğin tıp hukuku, bilişim hukuku, uzay hukuku, fikri ve sınai mülkiyet hukuku gibi) ortaya çıktığı ve kategorik bazda dahi hukuk ve ceza hakimliği şeklinde bir uzmanlaşmanın bulunmadığı ülkemizde, hakimlerin, spesifik bu hukuk alanları bağlamında zaman zaman açmazlarla da karşı karşıya kalabileceği, fiili bir vakıdır”⁹.

Yapılan bu tespit çerçevesinde, hukuki sorunlarda sıkça bilirkişiye başvuruluyor olunmasının önüne geçilebilmesi için,

- Mahkemelerin, hakimlerin sayısı arttırılmalı ve uzmanlaşmalarına önem verilmeli,

9 Süha Tanrıver, Medeni Yargıda Bilirkişilik, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 56.

- Süreklilik arz edecek şekilde meslek için eğitime tabi tutulmak suretiyle, yeni bilgiler edinmeleri ile hali hazırdaki bilgilerinin de güncellenmesi sağlanmalı,
- Sulhün ve mahkemece dışı uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması suretiyle, dava ve iş sayıları azaltılmalı,
- Uzmanlık yargı yerleri, ihdaslarındaki gayeye uygun şekilde işlevsel hale getirilmeli ve sayıları çoğaltılmalı,
- Hiç olmazsa, hukuk ve ceza hakimi şeklinde kategorik bir ayrılmaya gidilmeli,
- Tecrübeli hakimlerin önlerindeki dava ve işlere yeterince zaman ayırabilmeleri ve yoğunlaşabilmeleri için hakim yardımcılığı kurumu devreye sokulmalı,
- Hali hazırda da, hakim stajyerleri, özellikle stajlarının son altı ayında yetki ve sorumluluk da verilmek suretiyle, bir hakimin gözetimi ve denetimi altında hakim yardımcısı sıfatıyla aktif olarak çalıştırılmalı,
- Spesifik hukuk alanları da dahil, özel ve teknik bilgiyi gerektiren münferit hususlarda mahkemelerin ihtiyaç duyduğu oy ve görüşü bildirmekle görevli kılınacak olan, kadrolu ve nitelikli uzman sıfatını taşıyan görevlilerin istihdam edildiği, tümüyle bağımsız ve özerk bir yapıya sahip amicus curiae (hakim dostu) üst başlığı altında toplanabilecek kurum ya da kuruluşlar oluşturulmalı ve bunlara mutlaka işlerlik kazandırılmalıdır.

Tüm bu hususların karşılanması yargılamanın niteliği ve süresi bakımından önemli bir iyileşmeyi beraberinde getirecek, hemen hemen her davada hukukçu bilirkişiden rapor alınması uygulamasını dolaylı olarak sona erdirecektir. Buna rağmen bize göre iş yargısında mevcut hukukçu bilirkişilerden rapor alınması uygulaması ne derece isabetsiz ise, 6754 sayılı Kanun ertesinde bu hesaplamaların hakim tarafından yapılmasını beklemek o derece isabetsizdir. Davada çekişmeli hususların aydınlatılması, ispat yükü bağlamında tarafların sorumluluğundadır. Buna göre tarafların ispat yükleri gereği dava konusu alacağa hak kazanma koşullarından başka, alacak miktarını da ispat eden delilleri, bu arada hesaplamaları dosyaya sunmaları gerekir. Bu noktada hesabı hakime yüklemek hem ispat hukuku bakımından hem delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi (HMK m. 25) hem de ihsası rey yasağı bakımından isabetsizdir. Ki

davaların büyük kısmında davacı iddialarına göre dava konusu alacakların hesabına esas hizmet süresi, ücret, çalışma saatleri vs belirlidir. Buna rağmen dava dilekçesinde her bir alacak kaleminde 100 TL gibi tutarlar talep edilmesi, nihai tutarlar bakımından bunların bilirkişi hesaplaması ile teyit edilmesini beklemesi bize göre usulen uygun değildir.

İş hukukunun işçinin korunması amacı doğrultusunda özel hukuktaki sözleşme serbestisinden ayrılan, onu kamu hukukuna yaklaştıran niteliği, esasında iş yargılamasının genel mahkemeler yargılama usulünden farklı ele alınmasını gerektirir. İş Mahkemeleri Kanununda görev ve yetki dışında özel yargılama usulü kurallarına yer verilmeyip bu konuda HMK düzenlemelerine atıfta bulunulması, buna rağmen uygulamada hukuk usulündeki senetle ispat gibi birçok kuralın fiilen göz ardı edilerek adeta resen araştırma ilkesinin işletilmesi bu ihtiyaca işaret etmektedir. Ancak kanun koyucu iş yargılamasıyla ilgili özel usul kuralları öngörmediğinden, mevcut durumda HMK hükümleri yargılamanın sınırlarını çizmektedir.

HMK düzenlemeleri gözetildiğinde bir iş davasında ispat yükünün kapsamı iki aşamalı değerlendirilebilir: Alacağa hak kazanma koşulları ve alacağın miktarı. Alacağa hak kazanma koşullarının dosyaya giren delillerle sınırlı olarak hukuken değerlendirilmesi münhasıran hakim yargılama yetkisindedir. Bu nedenle hukuki konularda bilirkişi raporu alınması, Medeni Kanunu m. 1 hükmündeki işaret edilen ihtiyaç bağlamında çok istisnai durumlarda olanaklı görülmelidir. Bu açıdan hali hazırda işbölümü ayırımında sosyal güvenlik hukukundan doğan çekişmeler için görevlendirilen iş mahkemelerinin hukukçu bilirkişilerden rapor alması, 6754 sayılı Kanunun gerekçesinde işaret edilen hakim yargılama yetkisini devir mahiyetindedir. Özellikle hizmet tespiti davalarında çoğu durumda tek delilin kesin olmayan delil olarak ispat gücü hakim takdirinde olan tanık beyanları olduğu gözetildiğinde bu davalarda hukukçu bilirkişiden rapor alınması hukuka aykırıdır. Benzeri isabetsiz bir uygulama toplu iş hukukundan doğan davalarla ilgilidir. 6356 sayılı Kanun ve ilgili mevzuattan doğan örneğin toplu iş sözleşmesi çoğunluk tespitine itiraz ya da sendika delege seçimlerinin iptali talebiyle açılan davalarda hukukçu bilirkişiden rapor alınması da isabetsizdir. Bu konuda hakim iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında önceki iş tecrübesi itibarıyla hukuki bilgisinin yeterli olmaması yahut hakim iş yükünün fazla olması bir mazeret olamaz. HMK m. 293'de öngörülen taraflarca hukuki konuları da kapsar içerikte uzman görüşü sunulabilmesi, yerel mahkeme kararının istinaf ve belirli durumlarda temyiz kanun yolları ile

denetiminin sağlanması, teknik konular dışında hâkimin olası yanılıklı hukuki değerlendirmelerine karşı güvenceleri oluşturmaktadır.

Tazminat ya da ücret konulu işçilik alacakları davalarında ise, birinci aşama taraflarca dosyaya getirilen deliller çerçevesinde maddi olayın şartlarının alacağa kazanma bakımından hukuki değerlendirmesidir. Bu değerlendirmede olumlu görüş ortaya çıktığında ikinci aşama, alacak tutarının hesaplanmasıdır. Bu her iki aşama, tarafların ispat yükünün konusunu oluşturur, yoksa alacağın tutarının belirlenmesi için gereken hesaplama ispat yükünden ayrı bir konu değildir. Bu tespitin devamı olarak alacağın miktarının belirlenmesini tarafların ispat yükünden çıkarıp hâkime yükleyen bir sistem, yargılamada tarafların rolleri bakımından isabetli değildir.

6754 sayılı Kanunda UYAP ve buna entegre bilişim sistemleri ve yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler ve çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamayacağı öngörülmüş (m. 3/8) ve bu bağlamda iş mahkemelerindeki temel işçilik alacaklarının hesabını yapan bir yazılım UYAP sistemine eklenmiştir. Uygulamada bu programın aktif olarak kullanılmadığı, yetersizliği noktasında eleştirilerin getirildiği gözlenmiştir. Bu programın içeriğinin geliştirilmesi ve mahkemeler dışında avukatların da kullanımına açılması yerinde olacaktır. Ancak 6754 sayılı Kanunun bu hükmünün dava konusu alacakların hesaplanmasını hâkime yüklediği şeklinde anlaşılmalı, hem tarafların dava konusu alacaklarını hesaplayabilmeleri hem de hakim tarafların hesaplamalarının doğruluğunu denetleyebilmesi için bir araç olarak değerlendirilmelidir. Aksine hüküm altına alınabilecek alacak tutarlarının hesaplanmasının hakime yüklediğinin kabulü hem usuldeki delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi ile ispat yükünün yok sayılması hem de hakimin reddi gerekçelerinden ihsası rey yasağının ihlalini beraberinde getirecektir.

VI. SONUÇ

Bilirkişiliğe dair 1087 ve 6100 sayılı Kanunlar dönemindeki uygulama dikkate alındığında, hukukçu bilirkişilik konusunda salt yasaklamanın bir çözüm olmadığı açıktır. Bu nedenle 6754 sayılı Kanun ile hedeflenen amaçlara ulaşılması, bunun diğer bazı yollarla desteklenmesine bağlıdır. Burada en başta yasa ile açıklığa kavuşturulması hayati öneme sahip ihsası rey yasağının altı çizilmelidir. Bu yasağa ilişkin mevcut anlayış aynen sürdürüldüğü takdirde, en azından iş hukuku yargılamasında hukukçu bilirkişilerden rapor alınması uygulaması, bunun nasıl uygulanacağı sorusundan bağımsız aynen devam edecektir.

Bu nedenle ihsası rey konusu açıkça düzenlenmeli, hakim yargılamanın devamında davanın halli için gereken görüş ve değerlendirmelerini taraflara bildirebilmesinin yasağı ihlal etmediği açıkça vurgulanmalıdır. Burada Alman iş yargılamasının ilk aşamasının hakim tarafından yürütülen mahkeme için uzlaştırma olduğunu, hakim sivil kıyafet ile yürüttüğü, aktif biçimde görüş bildirdiği, telkinlerde bulunduğu bu aşamada davaların %60 oranında anlaşma ile sona erdiğini hatırlatmak isteriz. Bundan ülkemizde ihsası rey yasağına ilişkin mevcut yaklaşımın amacını aşar biçimde katı olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Yine iş hukukunun ihtiyaçlarına uygun, resen araştırma ilkesinin ön planda olacağı bir iş yargılaması usulü kanunu kabul edilmeli, bu konuda artık iş yargılamasında yeterli olmadığı herkesçe kabul gören genel HMK düzenlemelerine atıftan vaz geçilmelidir. Bu şekilde bir iş yargılaması usulü konulu bir kanunda, davalar iki aşamalı ele alınmalıdır. İlk aşamada dava esastan halledilmeli, hakim davacının haklı gördüğü ve davanın tazminat ya da ücret talepli olduğu durumda dava konusu alacakların miktarının belirlenmesi için ek bir araştırmanın ya da hesaplamanın gerektiği durumlarda iki aşamaya geçilmelidir. Bu surette zaten esastan reddedilecek bir dava hakkında hesaplama vs işlemler yapılmadan yargılamanın tamamlanması, davaların süresi ve usul ekonomisi bakımından da önemlidir.

En önemli olarak, dava konusu alacakların miktarı, bunun belirlenmesi için gereken hesaplamalar tarafların ispat yükü bağlamında görülmeli, bu nedenle hesaplamaların davacı ve davalı tarafından yapılması beklenmeli, bu konuda hakimden sadece tarafların sunduğu hesaplamaları denetlemesi beklenmelidir. 6100 ve 6754 sayılı Kanunlar ile iş hukuku alacaklarının hesaplanması hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün konulardan görülerek bilirkişi raporu alınması yasaklanıyorsa, aynı değerlendirme tarafları temsil eden avukatlar hakkında da geçerlidir. Hakim ile avukat arasında eğitim ve iş deneyiminin niteliği bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Tek fark, yargılama sürecindeki konularıdır. Bu nedenle kanun koyucunun hakimden beklediği hesaplamalar fiilen taraf avukatlarınca da yapılabilir niteliktedir. İspat yükü nedeniyle bu hesaplamaların yapılması da tarafların sorumluluk alanını oluşturur.

Tüm bu nedenlerle sonuç olarak dava konusu alacakların hesaplanması için hukukçu bilirkişilerden hukuki değerlendirme içerir mahiyette raporlar alınması uygulaması, fiili durumda şartların gereği olsa da olması gereken hukuk bakımından kabul edilemez. Bu nedenle fiili

durumu ortaya çıkaran başta ihsası rey yasağı olmak üzere tüm nedenler gözetilerek yargılamanın niteliğini arttırıcı tedbirler alınmalı, daha da önemlisi dava konusu alacakların hesaplanması ispat yükü çerçevesinde tarafların sorumluluğunda kabul edilmelidir. Yoksa hakimlik bir hesap uzmanlığı değil, yargılayan kimsedir.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Mahmut Kabakçı'ya çok güzel sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. En sonda af diledi, herhalde listede kalır. Şimdi ihsası rey dedi. Şimdi ihsası reye örnek vereyim. Hâkim "*dosyanın reddedilmek üzere incelemeye alınmasına*" diyor. Bu olmuş bir vaka. Bir de Roma hukuku kuralı var. Bizi dinlemiyorlar da belki Romalıları dinlerler. Roma hukuku kuralı diyor ki: "*Hâkim hesap yapmaz*". Şimdi böyle Roma hukukunu kenara atıp, öyle hâkime sen hesap yap...Olmuyor, olmaz. Görevi değil. Biraz ara verelim, 15 dakika ara verirse 12.00'de başlarız. Yazılı alalım soruları, gene konuşmak isteyen varsa, yazılı soruları buraya alalım.

ARA VERİLDİ

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Ben şahsen dinlendim ve geldim. Zaten yorulmamıştım. Şimdi bazı sunum talepleri var. Talat Hocam, Prof. Dr. Talat Canbolat kısa bir sunum için rica etti. Bir dinleyelim.

SORU - YANIT

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT: Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Dün burada çok güzel ateşli tartışmalar yapıldı. Ben bir fişek atayım da aynı tartışmalara, heyecana devam edelim diyorum. Dünkü taslakta, bugün üstelik önümüzde 6 aylık yürürlükte olan bir kanunumuz var. Bu kanunu görmezlikten gelmemiz mümkün değil ve yargıyı o kadar çok derinden etkileyecek düzenlemeler içeriyor ki fakat yapılan konuşmalardan şunu anlıyorum: Sanki mevcut bilirkişilik sistemi devam edecek de hukukçular yapmayacak bu işi, bunun yerine mali müşavirler, mühendisler, vesaire. Arkadaşlar, konunun özünde, yani Sayın Hocamın sunumunda da ilk Usul Kanunumuzdan beri tüm kanunlarımızda hukuki konularda bilirkişiye başvurulamaz der ve hâlâ başvurmaya devam ediliyor. Neden? Çünkü bizler hukuki - teknik konu ayrımını yapmıyoruz, bilmiyoruz, bazen de işimize geldiği için görmezden geliyoruz. Dün Anayasaya sahip çıkan arkadaşlarımdan aynı şekilde burada, yargının taşeronlaşmasına da sahip çıkmalarını istiyorum. Bilirkişilik müessesesi adı altında yargı görevi tamamen devredilmiş durumdadır. Çünkü bizim Anayasamız, Anayasa'nın 9. maddesi açık ve kesin olarak der ki: *"Yargı yetkisi Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır"*. Değerli arkadaşlar, nasıl bir yargı yetkisinin devredildiğinden bahsedeceğim? Şimdi bu Bilirkişilik Kanunu'nun felsefesini de böyle anlamak lazım. Örneğin, Sayın Başkanımın da Dairesine intikal eden olaylarda *"iş kazası ve meslek hastalığında kim kusurludur"* diye bilirkişiye soruluyor Türkiye'de, dünyanın başka bir ülkesinde bunu gösteremezsiniz. Kimin kusurlu olduğu tipik hâkimlik mesleğinin gereğidir. Daha olmadı hukuk davalarında kim yüzde kaç kusurludur diyor. Peki, o bilirkişi yüzde 60-70'i hangi matematik, bilim, fennin sonucu olarak buluyor? Bu tipik bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır. Bizim eski Borçlar Kanunumuzun 41 ve devamı: *"Tazminatı tarafların kusurunu dikkate alarak hâkim belirler"* diyor. Peki, hâkimimiz ne yapıyor? Tazminatı kendisi belirlemek yerine önce bir kusur bilirkişisine, oradan sonra da hesap bilirkişisine gönderiyor. Almanya'da bir trafik kazalarında, tıbbi hatadan doğan kazalarda ve iş kazalarında örnek davalar izlemeye gittik. Buradaki Yargıtay üyelerimizden olanlar da vardı içerisinde, şöyle bir sahneyi hiç unutamıyorum: Almanlara kendileri anlattıktan sonra bize sordular *"siz ne yapıyorsunuz"* diye, bizim hâkimimiz de şöyle anlattı: *"Bir iş kazası veya trafik kazası olursa biz önce kim kusurludur diye bilirkişiye soruyoruz"* Herkesin gözü fal taşı gibi açıldı. *"Peki, o bilirkişi kimin kusurlu olup, hâkim mi"* *"Hayır, hâkim değil"* *"Nedir"* *"Teknik eleman"* *"Peki, o kişi nasıl"*

biliyor” Sonra oradan geleni de aktüerya hesabına gönderiyor, gelen rakamın da kararını veriyoruz. Döndü dedi ki: *“Siz ne iş yapıyorsunuz”* Eğer bu sistem devam edecekse, bu davaları buradan alalım. Ciddi anlamda söylüyorum, şu an maddi hasarlı trafik kazalarında TRAMER diye bir merkez var. Burası trafik kazalarında kusur tespiti yapıyor. Aktüerya Derneğine de göndeririz, onlar da hesabı yapar ki yargının yükünü böylelikle hafifletmiş oluruz. Zararı davacı tam olarak ispat edecek, hâkimin önüne gelecek. Hakimimiz tarafların kusurunu dikkate alacak. *“Evet, sen 100 liralık zarara uğramışsın, ama 80 liraya hükmediyorum, çünkü”* deyip, gerekçesine yazacak. Diyecek ki sen de burada şu şekilde dikkat etseydin bu kazanın oluşması engellenebilirdi ya da kaçınılabilirdi.

Değerli arkadaşlar, bu söylediğim bu tür davaların uzamasının sadece yüzde 50'sidir. Yani bizim hâkimlerimiz şu an yargıda bu tür davalarla en çok kusur tespitinde zorlanılıyor. Çünkü kusur tespiti takdiri bir konudur, hâkimin takdir yetkisinin devridir. Anayasa'daki yargı yetkisinin devridir. Neden çok itiraz geliyor? Arkadaşlar, avukat olarak 100 müvekkilinize yüzde 10 kusur da verilse itiraz etmek zorundasınız. Hiç kusuru yoktu, nereden çıktı, niye yüzde 10 verdi diyorsunuz ve çok itiraz gelmesi takdir yetkisine girdiği içindir ve ikinci rapor, üçüncü rapor, olmadı heyetten rapor, olmadı başka bir yerden rapor, hiç bunlara gerek yok. Bizim hâkimimiz tazminat miktarı ortaya konulduktan sonra kendisi bunu hâkimlik mesleğinin gereği olarak yerine getirecektir.

Şimdi Sayın Çetin Aşçıoğlu Yargıtay üyesiyken de üç kitap yazdı. Allah rahmet etsin, kitaplarından bu kanun komisyonunda çok istifade ettik. Kendisi o zamanlar Yargıtay üyesiyken dedi ki: *“Bu hâkim olarak bizim yetkimiz, kanunlarda da yazmıyor, neden bilirkişi uygulaması var”* diye Yargıtay'ın içerisinde bu mücadeleyi başlattı. Bir başka Yargıtay üyemiz Çetin Arslan şu an profesör, ceza hukuku profesörü. Değerli arkadaşlar, bu kanun 3 yıldan fazla süren bir çalışmanın sonucudur. 3-4 ülke gezildi, daha önemlisi Türkiye'de 3 yıl süreyle 5 adliye pilot adliye seçildi. Bu adliyelerde örnek uygulamalar yapıldı. Bunların içerisinde İstanbul da var. En az 10 sempozyuma ben katıldım, ama maalesef iki husus çok önemli; Barolarımız görmezden geliyor. Barolarımız hep şunu söylüyorlar; 'ne yapacak bu hâkimler? Zaten de çok daha yetersizler'. Ben de şunu soruyorum; 'bu avukatlar ne yapacak?' Avukatı ilgilendiren kısmı şu; sizin bundan sonra islah için önünüze bir rapor kimse koymayacak. Dosyada deliller toplandıktan sonra hâkimimiz diyecek ki karar için dosyayı şu güne erteledim. Ben hâkim olarak hesabı yapıyorsam sen de avukat olarak yap hesabı, sen de hukukçusun. Saniyorlar ki

UYAP'tan hakimimiz alacak bir rakam, dosyaya koyacak, ona göre ıslah, hayır, böyle bir şey yok. Hâkim hukukçu da avukat hukukçu değil mi? Başlangıçta bilemiyordun ücretin miktarını, hizmetin süresini, deliller toplandı, dosya tekemmül etti. Şimdi sen de bileceksin, ıslah ediyorsan ona göre edeceksin. Yoksa hâkimimiz çıkacak, kendi kararını verecek.

Çetin Arslan Hocamız da yine Yargıtay'dan aynı konulara temas ettikten sonra Ankara'daki bir sempozyumda şunu söyledi: *“Değerli arkadaşlar, Türkiye çocuk gelinler kadar çocuk hâkim, savcılar konuşmayınca hukukta ilerleme sağlayamaz”* Çok doğru bir tespittir. 30 yaşından önce hâkimlik mesleği son derece zordur. Arkadaşım az önce sunarken hayat tecrübelerinden bahsetti. Elbette ki hayat tecrübelerini dosyaya uygulayacak hâkimimiz. Dikkat edin, şu anki sistemde ne yapılıyor? Davacı geliyor diyor ki: *“3 000 lira ücret alıyordum”* İşveren geliyor, diyor ki: *“Hayır, asgari ücret alıyordu, işte bordrosu imzalı ve ihtirazi kaydı yok”* Davacının tanığının her birinin iddiası davacıya yakın farklı beyanlar, işverenin tanıklarının da her biri farklı, ne yapıyoruz? Dosyayı bilirkişiye gönderiyoruz. Yıllarca bilirkişilik yaptım. Ben önüme geldiği olayda hep yargıçlık yaptım, yargıç gibi hareket ettim. Dedim ki davacı böyle demiş, davalı böyle demiş, şu delilleri toplamış. Bakıyorum, takdire 1.800,00-TL olduğu kabul edilerek hesap yapılacak. Çünkü ben hesap yapmak için önce ücret ihtilafını çözmek zorundayım. Bu bir hukuki ihtilaftır ve yargıya tanınmış bir yetkidir. Yine hizmet süresi, davacı diyor ki 6 ay sigortam geç yatırıldı. Bir sürü tanıklar, her biri farklı beyanlarda bulunmuş. Ben hesap yapmak için hizmet süresini belirlemem lazım. Ne yapıyorum? Tanık beyanlarına göre tutuyorum arkadaşlar, tanığı kim dinler? Hâkim dinler. O tanığın dinlediği beyanlara göre karar vermiyorsa niye hâkim dinliyor? Bakın, hukukumuzda uygulanmıyor bu. Şimdi dönüyoruz, geliyoruz hesaba, şimdi iş yargıçlarıyla konuştuğumuz zaman *“Hocam, ücreti ben belirleyeceksem, hizmet süresini ben belirleyeceksem, hesabı da ben yaparım”* Tam da ben onu söylüyorum işte, hesap bilirkişisi Türk yargı sisteminin uydurduğu bir bilirkişiliktir. Dünyada karşılığı yoktur. Bakın, 20'den fazla uzmanlık gördüm, bir arkadaşına sordum. Aynı kişinin 4 farklı uzmanlıkla imzaladığı rapordu. Dedim ki bu uzmanlıkları neye göre kullanıyorsun, nereden aldın? Dosya neyi gerektiriyorsa öyle yazıyorlar. Yargıtay bozmasın diye sanki bir uzmanmış gibi yapıyoruz. Bu nedenle arkadaşlar, bu sistemin mutlaka derli toplu bir çatı altında bulunması zorunlu, herkes kendi mecrasına çekilecek. Hâkimim hâkimlik yapacak, bilirkişi, peki, bilirkişi ne yapacak? Bilirkişi yargının olmazsa olmaz unsurudur. Bakın, hukuki konularda değil, teknik ve özel uzmanlık gerektiren konularda. Bir örnek: İki araba çarpışmış, biri olay yerinden

kaçmış, daha sonra yakalanmış. Acaba kazaya karışan araç bu muydu? Kendisi olmadığını iddia ediyor. Aracın üzerinde bıraktığı boya izini siz bilirkişiye sorarak tespit yapacaksınız. Bu araç üzerinde çarpılan aracın kazıntıları, kalıntıları, boya izi kalmıştır, öbür araçta soracak ve bilirkişi diyecek ki evet, bu boya o boyadır. Bu teknik bir konudur. Kim itiraz edecek buna? Kimse. İtiraz, arkadaşlar, teknik konuya itiraz edilmez ki, edemezsiniz. Çünkü teknik konu şudur: Matematik, bilim, fen, kimya neyse bir bilimin ulaştığı bir sonuçtur, kişiden kişiye değişmez, ülkeden ülkeye göre de değişmez. Siz bu aynı boya analizini Amerika'ya da göndererseniz aynı sonucu alırsınız, Fransa'ya da gönderseniz aynı sonucu alırsınız. İşte bizim bilirkişi raporları hukuki konularda düzenlendiği için ve hâkimlerimiz maalesef hukuki konu ayrımını geçmişten gelen bir nedenle girmedikleri ve bunu yapmadıkları için hâlâ kusur kimdedir diye soruyoruz. Bunun örneklerini çok çoğaltabilirim, hani korsan tebliğ haline dönüşmesin istiyorum ben de, ama burası çok önemli. Yani bu kanun... Bakın, tasarı veya taslak demiyorum, bu kanun hâkimlerimizi hâkimlik mesleğine çekiyor ve Yargıtay mensuplarıyla yapılan Antalya'daki bir sempozyumda ben konuşurken bir Yargıtay üyemiz başlangıçta dedi ki: *"Yargı, biz hâkim olarak işimizi yapmıyoruz muyuz"* diye tepki gösterdi, öğleden sonra dedi ki: *"Hocam, çok haklı söylüyorsunuz. Ben bundan önce boşanma davalarına bakan dairededim ve orada kusurlu eşe tazminat yükümlülüğü var. Fakat biz aile mahkemeleri hiçbirinde hangi eş kusurludur diye sormadık"* Burası da aynı arkadaşlar, bakın, bilirkişilik sistemimiz, mevcut sistem tipik bir hâkim yardımcılığı olarak çalışıyor. Biz bunu önerdik. Adalet Bakanlığı'na dedik ki: *"Türkiye'deki -elbette ki konu uzun- genel olarak hukuk devleti, hukuk mantığı, hukuk eğitimiyle birlikte bunların hepsini birlikte değerlendirmemiz gerekiyor"*. Bunun içerisinde tabii ki kanun hazırlanırken Türkiye'de bir darbe girişiminin olacağı, bunun içerisinde çok büyük sayıda hâkimlerin olacağı, 4 000'den fazla hâkimin dışarıda kalacağı düşünülmemişti. Şimdi öbür taraftan empati yapıyorum. Önce hâkim yardımcısı olarak başlasın, daha sonra da 5 yıl hâkim yardımcılığı yapsın, bu hesaplamaları onlar yapsın, sonra hâkimliğe atansın önerisiyle biz bir başka çalışma yapıyorduk. Şimdi stajını bile tamamlamamış arkadaşları sahaya sürdük. Hiçbir tecrübesi, hiçbir bilgisi yok, hayat tecrübesi de yok, ortada da böyle bir tablo var, bunu da anlamak gerekir. Ben anlamaya çalışıyorum. Evet, ortada bir kanun var, kanun arkadaşlar. Mutlak surette eski sistem sürdürülemez, devam edilemez. Bir akademisyen olarak savunamam ben bunu, hukuki bilirkişi olmaz, hukukçudan bilirkişi de olmaz. En iyi hukukçu hâkimdir, hukuku bilmiyorsa hâkim yapmayacaksınız onu, görevlendirmeyeceksiniz oraya, bunların hepsini o yapacak.

Şimdi çok acı ve üzüntü verici bir tabloyla karşı karşıyayız; birden bire mevcut tecrübeli hâkimlerimiz bunu yapmazken -çünkü yıllarca yaptıkları için hukukun gelişmesini de aynı zamanda önemli ölçüde engelledi- ne olacak? Arkadaşlar, bizler tasarı veya taslağı değil, kanunu konuşuyoruz. Dolayısıyla hepimiz bir an önce yapılması gereken üzerinde çalışmak ve ihtisas mahkemesi olan iş hâkimlerinin -Sayın Bakanlık yetkililerine söylüyorum- acilen istisnasız hepsinin bir hizmet içi eğitiminden geçirilmesi; neler yapacaklar, bu kanun neler getiriyor, nelere dikkat etmeleri örnek olaylar üzerinden anlatılması gerekiyor. Kendilerine kolaylık olsun diye UYAP'ta bir sistem getiriliyor. Önemli ölçüde bu kolaylaştırılacak, ama tabii şunu da kabul ediyorum; belgelere dayalı bir fazla mesainin hangi haftada 45 saatler geçip geçmediğini bu kadar iş yokluğunun içerisinde hâkimden de bekleyemem. Geriye doğru 5-10 yıllık bir hesap yap, o zaman hâkimimiz şunu sorsun: *“Dosya kabarık, uzun hesabı gerektiriyor, bilirkişiye gönderilerek hangi haftalarda fazla mesai yapılıp yapılmadığını tespit et gönder”* desin ya da *“45 saatin geçirilip geçirmediği tespit et, gönder”* desin, ama dosyayı kül halinde... Bakın, bir anımı anlatayım: Bir gün iş kazası meslek hastalığında -ben aktüerya hesabı da yapıyordum- dosya geldi. Kusur tespiti alınmış, klasik olarak herkes itiraz etmiş, dosya Talat Canbolat'a gönderilsin. Aldım, ben de aktüerya hesabını yaptım, gönderdim. 3 ay sonra geri geldi dosya, dediler ki: *“Kusur raporuna itiraz vardı, kusur tespiti için göndermiştik size”*, ama ara kararında böyle bir şey yazmıyordu, *“dosyanın bilirkişiye gönderilmesi”* yazıyordu. Ben aldığım zaman arkadaşlar, dosyayı istediğim gibi eviriyorum, çeviriyorum, her konuya giriyorum ediyorum. Halbuki bu sistem şunu getiriyor; siz bundan sonra hangi hukuki ya da teknik konuda bilirkişi görevlendirirseniz ara kararına açık net sıralayarak yazacaksınız. Bilirkişinin performansını da kolay kolay ölçemezsiniz, çünkü teknik konudur, teknik konuyu bilemezsiniz. Ancak ve ancak birisi gelir de derse ki aracın çarpma anındaki hızını 70 km hesap etmiş, ama sürtünme katsayısını asfalta göre almış. Halbuki yol parke taşıydı ya da toprak yoldu. Orada sürtünme katsayısı farklıdır. Getirir, işte uzman görüşleri mütalaada burada çok daha etkili olur. O zaman bu bilirkişi eksik yapmıştır der, notunu düşürürsünüz. Bunları hatırlatmak istedim, teşekkür ediyorum.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederiz Hocam. Hocam tabii savundu, bir yandan çocuk gelinler gibi çocuk hâkimler, öbür yandan diyor ki hâkim hepsini yapsın. Şimdi işte zaman lazım dediğim gibi, eğitim lazım. Biz bunu önerdik, dedik ki bu hâkimleri iş hâkimliğine atamadan, sosyal güvenlik hâkimliğine atamadan önce dairelere gönderin, 6 ay dairelerde çalışsınlar, 6 ay dosya okusunlar. 6 ay

çok kayıp bir zaman değildir. Ondan sonra onları iş hâkimi yapın, ondan sonra hep iş hâkimi olsunlar veya sosyal güvenlik hâkimleri olsunlar, ama siz alıp başka bir mahkemeye bakarken verdiğiniz zaman adam da haklı, ister çocuk hâkim olsun, 50 yaşında hâkim olsun aynı şey, branşını değiştirdiğiniz zaman sonuç alamıyorsunuz. Şimdi Hasan Bey herhalde karşı görüş sunacak Barodan, o da 5 dakikalık bir şey istedi. Şimdi karşı görüşü de dinleyelim. Belki de destekleyecektir sizi.

SALONDAN- Anayasaya burada da sahip çıkalım, yargıya devretmeyelim.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, sahip çıkacağınız benim söylediğim şu ücreti bir belirleyin, o kadar komisyon topluyorsunuz, bilmem ne yapıyorsunuz, şu ücret işini çözün, bir şey kalmayacak zaten.

SALONDAN- Başkanım, bana göre bir işyerinde işveren kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve işverenin kayıtlarının gerçek dışı olduğu tespit edildiği zaman usulü beyan esastır. Resen araştırmanıza gerek yok.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, Sayın Hocam, şimdi karşılıklı konuşma gibi oluyor, ama doğru dürüst söylese zaten problem yok da, asgari ücretin 10 katı diye gelirse ne yapacaksın o zaman?

SALONDAN- Hâkimin rızası saklıdır ona efendim, yani hesabı kendisi hâkimimiz yaparken eksik olan tüm hususları yani...

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Zaten problem bir de şurada başlıyor; bu hâkimler ön inceleme duruşmasında soracak'arkadaş-davacı vekili yazmıyor onu- senin ücretin ne arkadaş, bunu bir söyle' diyecek, yani işe öyle başlayacak zaten. O yok ki, hiç ileri sürülen bir şey yok, öyle gidiyor. Neyse ben keseyim, zaman almayayım kendim.

Av. HASAN ERDEM- İki gündür kürsüye epey çıkmış bulunmaktayım. Ancak bu konuşmalar Baro adına, iş hukukuyla ilgilenen avukatlar, bilirkişiler ve dün de ifade ettiğimiz gibi belki de gelecekteki arabulucularla ilgili.

Arabuluculuk Daire Başkanımız, Yargıtay Daire Başkanımız Mehmet Bey ve konuşmacılarımızın tebliğlerini dinlemekten mutluluk duydum. Fakat şunu ifade etmek gerekiyor; teorik olarak bazı şeyler çok güzel gibi görünmekle birlikte, Ülkemizin gerçekleri ile örtüşmeyebiliyor. Bel-

çika gibi bir ülkede yaşamıyoruz. Hakimlerimiz ve yargı sistemimiz müreffeh bir durumda değil. İçinde bulunduğumuz durum itibariyle işçinin ücretinin eksiksiz olarak bordrolarda gözüktüğü, kayıt dışı ekonominin bulunmadığı, asgari ücretin hayat standardını yüksek tuttuğu ve işçi ile işveren uyumsuzluklarında tarafların karşılıklı iradesinin hukuka uygun olarak arabuluculukta çözüldüğü bir ülke değiliz ne yazık ki. Hedefimiz böyle olmak, tabii ki hedefimiz bu noktaya varmak, bunun için de elimizden geleni sarf etmek. Zaten burada varoluş sebebimiz de bu aslında, “nasıl öyle olabiliriz biz de” diye tartışıyoruz. Herkesin ortak noktada birleştiği husus ise kayıt dışı ekonominin mutlaka ve mutlaka son bulması gerektiği, ancak sigorta primlerinin yüzde 35 seviyesinde olduğu, vergi dilimlerinin yüzde 15’ten başlayıp asgari ücretin bile kümülatif vergi dilimine girdiği bir ülkede kayıt dışılık ne yazık ki kaçınılmaz. Bu çalışmaların bir kısmının ve burada harcanan emeklerin, bu kadar eforun ve düşüncenin, yukarıda belirttiğimiz eksikliklerin giderilmesi açısından da gerçekleştirilmiş olmasını canı gönülden dilemekteyiz.

Düzenleme yapılması öngörülen bilirkişilik meselesinde de, dünde belirttiğim üzere salt siyah ve beyazlar değil, griler de var. Öncelikle iş hukukunun- sui generis bir yapısı olduğunu kabul etmemiz gerekiyor. Bu kendine özgülüğü, genellemelerin dışına çıkartmamız gerekiyor, yoksa çözüm üretemeyiz. İş hukuku zaman içerisinde gittikçe daha teknik bir yapıya bürünmekte. Örneğin, bir işe iade davasında işveren feshin reorganizasyona bağlı olarak gerçekleştiğini bu nedenle medikal direktör sayısını azalttıklarını iddia ediyor. Buna karşın davalının tanıdığı aşağı kadroda olan direktörü vekaleten işten çıkarttığımız kişinin yerine atadık diye beyanda bulunuyor. Bu durumda yapılanmanın keyfi ve tutarsız olduğu düşünülebilir. Buna karşın hâkim *yapılanma ve reorganizasyon incelemesinin hukuki bir konu olmadığını, belirterek dosyayı bilirkişiye gönderiyor ve duruşma 4-5 ay sonrasına kalıyor*. Burada söz konusu dosyanın bilirkişiye gitmemesi konusunda herkes hem fikirdir. Bir diğer örnek kişinin iş akdi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı gerekçe gösterilerek feshedilmiş. Hâkim dosyayı bilirkişiye gönderiyor. Neden? Fesih haklı sebebe mi dayanıyor, geçerli sebebe mi dayanıyor? Rapor geliyor, diyor ki haklı sebep yoktur, geçerli sebep vardır. iliraz üzerine dosya yeniden bilirkişiye gönderiliyor ve farklı rapor geliyor. Açıkça davranışa bağlı fesihte hakimin vakayı irdeleyerek karar vermesi gerekirken dosyaya bilirkişiye göndermesi hatalı olup bu tarz uygulamaların önünün kapatılması gerekiyor. Öte yandan Kurul müfettişleri... Bir bakıyorsunuz kişi resmi kurumda çalışıyor ve mesai saatleri 09.00-17.00 arası buna karşın bu kişi, İstanbul bilirkişilik listesinde birinci sırada olduğu

gerekçesi ile övünüyor. Peki o zaman bu dosyaları o yaptı ise işe kim gitti, o işe gitti ise dosyaların raporlarını kim düzenledi? Kurulun bunu incelemesi gerektiği ve denetime ihtiyaç olduğu tartışmasızdır. Ancak konunun hukuki değerlendirilmesi ile teknik biçimlemesinin birbirinden farklı olduğu göz ardı edilmemelidir. Keza iş hukukuna bağlı olarak, işçilik alacakları ve tazminat hesaplamaları, girdiğinizde tamamen farklı bir alana giriyorsunuz. Çünkü oradaki birinci kütle olan hukuki verileri alarak, ikincide aşamada bir hesap yapacaksınız. Örneğin; dün sunulan tebliğ nazara alındığında ve *“fazla mesaiyle ilgili kısımlar”*a dikkat edildiğinde birçok konu başlığı olduğunu görüyoruz. İhtirazı kayıt, ödemenin bankaya yatırılması, gece çalışması, ara dinlenmeleri, günlük çalışma süreleri, denkleştirme gibi birçok kavramın bilinmesi gerektiğini de görüyoruz. Ayrıca zamanaşımına bakılması taleple bağlılık ilkesinin gözetilmesi gerekiyor. Bunun yanı sıra tüm aylık bordroların fazla mesai tahakkuku içerip içermediği açısından denetlenmesin de gerekiyor. Denetleme sonrası mahsup veya dışlama yapılması da ayrı bir tartışma konusunu oluşturuyor. Bilirkişi kaç saat emek verecek ve bunları belirleyecek? Hakim görevlendirmelerde, ihtisaslaşma olmaması sebebiyle, bu hesaplamaları yapacak teknik bilgisi olmadığı gibi vakti de olmamasına karşın yargılama sürecinin ilerlemeye ihtiyacı var. Başka bir örnek gazetecinin; aylık yüzde 5 gecikme zammı var bu hesaplamayı kim yapacak ve süresi ne kadar sürecek.

Bir diğer örnek müteveffa sigortalı erkek, geride eş ve çocuklar kalmış, hak sahiplerinin bakiye ömürleri, destek süreleri belirlenecek, destek oranları yazılacak. Bundan sonra da döneceksiniz, hesap yapacaksınız. Birde toplu iş sözleşmesi varsa ve kaza da eski tarihte gerçekleşmiş ise iş iyice işin içinden çıkılmaz hal alacaktır. Ayrı bir konuya temas edeceğim Talat Hocam kusur incelemesinden bahsetti. Onu ben de 2016 toplantısına gelen Alman hakim kararında okudum. Onların yaptığı şey çok basit; bakıyor ve ‘İşçi sarhoş makinenin altına girdiyse eğer zaten yüzde 100 kusurludur, ama normal bir davranış sergilediyse yüzde 50, yüzde 50’dir. İşveren çok ağır bir şey yaptıysa, işveren yüzde 100 kusurludur’. gerekçesi ile kusuru belirliyor. Tabii ki aile hukukunda kusur ayrı, iş hukukundaki teknik kusur ayrı, belki hâkim kusuru belirleyemeyebilir, ancak teknik bir bilirkişinin mutlak ve mutlak emniyet kemeri verilmedi, eğitim verilmedi, baret verilmedi gibi gidip bir ön inceleme yaparak İş sağlığı ve güvenliğine aykırı eksiklikleri belirlemesi gerekir. Ancak o aşamadan sonra hâkim kusuru belirleyebilir.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hasan Bey, artık toplayalım. Bizim konuşmacılar da devamlı değişiyor farkındaysanız.

Av. HASAN ERDEM- Pekâlâ, süremiz bittiği için daha fazla uzatmıyorum ve toparlıyorum. Talat Hocam konuşurken not aldım, daire ve hocamız tarafından iş hakiminin hesaplamaları yapması gerektiği, iş yargısında bilirkişiliğe müracaat edilmemesi gerektiği ve 2018 yılı itibariyle iş yargısında bilirkişiliğe müracaat edilmeyeceği gibi hukukçu bilirkişi kavramının da kabulünün mümkün olmadığı ifade ediliyor.

Öncelikle bilirkişilik müessesesinin düzeltilmesi gerekiyor mu? Evet, tartışmasız. Kontrol altına alınması gerekiyor mu? Olabilir, uygun şekilde, uygun koşullarda. Ancak iş hukukundaki bilirkişilik sadece hukukla ilgili değil. Hukuk fakültesini bitiren bir hukukçu salt mezuniyetine bağlı olarak kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işçilik alacakları, fazla mesai veya bir destekten yoksunluk tazminatı hesaplaması yapamaz. Hukukçuluğunun dışında bilgi sahibi olması gerekir. Çünkü işçilik alacaklarının teknik bir noktada matematiksel ve uzmanlık gerektiren bir bilgi birikimine ihtiyacı vardır. Bu nedenle hukukçuluğun ve iş hukukundan kaynaklanan alacakların belirlenmesine ilişkin teknik bilirkişiliğin mutlaka ayrıştırılması gerekiyor. Bu uzmanlık da bugüne kadar usta-çırak ilişkisiyle geçmiştir. Bu nedenle salt hukuk fakültesi mezunu olduğu gerekçesi ile iş hakiminin de bu hesaplamaları yapması beklenemez. İhtisaslaşmanın da mevcut sistemimizde yer almadığı ve her hakimin tayin olduğu veya boş göreve atandığı, bu nedenle, ceza da dahil olmak üzere farklı farklı mahkemelerde çalıştığı gözetildiğinde, bunun daha da imkan dışı olduğu görülmektedir. Bir an için hesaplamaları bilmesi gerektiği varsayılrsa dahi, bu kez yılda 1000-1500 dosyaya bakan hakimin vakit bularak bunları yapmasının da mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle işçilik alacakları ve tazminat hesapları dört işlemdir, hâkimler de yapar diyenlere $E = mc^2$ formülünün de dört işlem olduğunu, ama bu aşamaya gelmenin çok zor olduğunu hatırlatmak isterim. Saygılarımla. Herkese teşekkür ederim.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hasan Beye çok teşekkür ediyorum. Ben kısaca bir bilirkişi raporu söyleyeyim de size, dosyada görmüştüm. Şimdi Bolu Dağı'nda otomobil gidiyor, şoför var, bir de işçi var. Önde de bir kamyon gidiyor, kar da yağmış. Kamyon arkaya kaymaya başlayınca işçi iniyor. Bakıyor kamyon geliyor, yola doğru kaçıyor. Kamyon da otomobilin durduğu yere gelmiyor da gidip yola doğru işçiyi eziyor. Bilirkişi diyor ki: *"Doğru yere kaçsaydı işçi...Onun için yüzde 70 kusurludur"*. Teknik bilirkişi bu, *"doğru yere kaçmadı"* di-

yor. Keşke kendisini koysaydık da doğru yere kaçsaydı. Şimdi buyurun. Kısa kısa ama Bektaş Bey.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Şimdi kavramları karıştırırsak işin özünü de kavrayamayız. Aslında bilirkişilik HMK'ya göre bir delildir. İşçilik alacaklarında aslında deliller toplanmıştır. Aldığınız bir hesap raporudur. Yani bunu karıştırmamak gerekiyor. Aslında hukuki nitelendirme bitmiştir, hangi ücreti esas alacağınız bellidir. İspat yükü konusunda örneğin; işçi iş sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiğini belirterek dava açtı, kıdem, ihbar tazminatı, izin istedi. İspat yükü kimde? İşverende. Burada bu konu aydınlıktan sonra bir hesap raporu alıyorsunuz. Bu artık bir bilirkişi incelemesi değildir, bu hesap raporudur. Peki, hâkimin görevi hesap yapmak mıdır? Roma hukukundan beri hayır. Yapabiliyorsa yapar, hesaplayabiliyorsa hesaplar, ancak bu hesap raporu alınması, bilirkişi raporu anlamına gelmez. Bu bilirkişi raporu değildir. Diyelim giderini yatırmadı, verdiniz süre, yatırmadı kesin süreye rağmen, ne olacak, usulden mi reddedeceksiniz? Ya da gider avansı? İspat edildi aslında, bunu gider avansı niteliğinde değerlendirmek de gerekir. Sayın Göktaş'la bu konuda herhalde hemfikiriz, bu bilirkişi raporu değil çünkü, deliller toplanmış, bitmiştir. O halde olaya bu boyutta yaklaşmak lazım, ama bilirkişinin bu kanuna göre bir düzen içine alınması yerindedir, isabetlidir. Bu konuda Talat Hoca'nın görüşlerine de katılıyorum. Bu söylediğiniz konu hukuki konularda doğrudur, ama bizim buradaki temel sorunumuz hesap raporu alınmasıdır arkadaşlar, bu hesap raporu, bu bilirkişi incelemesi, bilirkişi raporu değildir. Bunu bu şekilde tespit ettikten sonra peki, işçilik alacakları hakkında; mesleğin gerektirdiği teknik özel bilgi midir? Yani hesap raporu alınması, yeri geldiğinde öyledir. Peki, amaç hukuki konularda bilirkişiyi mi gitmemek, yoksa hukukçu bilirkişiyi engellemek mi? Bence hukuki konularda gitmemeyi engellemek olmalıdır.

Şimdi tabii burada tanıkların beyanlarının değerlendirilmesi, fesih konusundaki değerlendirme, ücretin hangi miktarda olacağını hep hâkim kendisi değerlendirecek, ama hesap raporu alma konusuna geldiğinde bilirkişiyi verdiğinde, bilirkişi fesih konusunda ücret eğer birden fazlaysa, iddia edilen ücret farklıysa veya savunma, belge, bordrodaki ücret farklıysa, o zaman seçenekli hesap rapor yapacak, hâkim ona göre değerlendirecek. Bu değerlendirmeyi ona göre yapacak. Bunu bilirkişi raporu, bilirkişi deliliyle karıştırmamak gerekiyor.

Peki, salt hukukçu ve hukuk öğrenimi görmüş kişilerden bir kişi seçilmemesi, hukuki konularda ... (36.52) doğru bir yaklaşım, ancak konu iş

hukuku boyutu incelendiğinde işçilik alacaklarının hesaplanması mevzuat hükümleri içinde yer aldığından o uzmanın iş hukukunu da bilmesi gerekiyor. Kıdem tazminatının hangi süre ve ücretten hesaplanacağı, giydirilmiş ücreti, ihbar tazminatında önel süreleri, Basın İş Kanunu'nda, Deniz İş Kanunu'nda değişiyor. Yıllık ücretli izin sürelerinin kıdeme göre ne kadar olduğu, bu bir mali hesap.Bilirkişiden rapor alma...Evet, hâkim kendi hesaplayabiliyorsa hesaplasın. Biz zaten ne dedik? Ben önerdiğimde dedim ki; her mahkemede bir hesap uzmanı olsun, kadrolu, devletin maaşlı memuru olabilir bu ya da hâkim yardımcılığını getirin. Şu anda maalesef hâkimlik sınavında iş hukukuna ilişkin soru sorulmuyor, akademide iş hukuku dersi yok, iş yargısı dersi yok. Toplumda hukuk uyuşmazlıklarının 1/2'sini oluşturan iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında her iki kişiden birinin mutlaka muhatap olduğu uyuşmazlık konusunda siz sınavda soru sormuyorsunuz, hâkimleri eğitime tabi tutmuyorsunuz, akademide, stajda ders olarak vermiyorsunuz. O zaman konu maalesef bu boyutuyla kalıyor. Bir örnek de şurada vereyim; en son 7. Hukuk Dairesi'nden gelen dosyalar Antalya bölgesinden geldi, Samsun bölgesinden geldi. İstanbul'daki bozma oranı yüzde 7 iken Antalya'da bu oran yüzde 20'lere varıyor. Bunun nedeni de hem oradaki hesap bilirkişilerinin, hem de hâkimlerinin yetersizliğinden kaynaklanıyor. Bu da önemli bir konudur, bu nedenle ben Daire Başkanımızın çekincelerine, Hocamın çekincelerine, Talat Hocamın çekincelerine katılıyorum, ama önce çuvaldızı kendimize batırmamız gerekiyor. Bir de bunun bilirkişilikle ilgili olmadığını, bunun ayrı bir hesap raporu olduğunu unutmamamız gerekiyor. Yeri geldiğinde bilirkişi incelemesi yapılabilir. Nerede? İşletme gerekleriyle fesihte, eğer o ekonomik nedenlerle fesih yapılmışsa tabii orada o bilirkişi incelemesidir, ama burada siz işçilik alacaklarıyla aldığınız hesap raporudur, bilirkişi raporu değildir. Bunu değerlendirmekten kaçmamak gerekiyor. Saygılar sunuyorum.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Bektaş Beye teşekkür ediyorum. Sayın Seracettin Başkan daha önce el kaldırmadı, görmedim, kusura bakmayın, size daha önce söz vermem gerekiyordu, buyurun efendim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkanım, teşekkür ediyorum. Ben öncelikle konuşmacılara güzel tebliğlerinden dolayı teşekkür ediyorum. Bilirkişilik gerçekten Hocamın da bahsettiği gibi 100 yıllık bir sorunu barındıran bir konu. Şimdi Talat Hocam bahsetti, gerçekten taşeronlaşma dedi, ben hep özelleştirme ifadesini kullanıyordum bu konuda, iş yargısında neredeyse yüzde 98

oranında bilirkişiliğe gidiliyor. Tam oranlar bende yok, ama Daire Başkanımız İzzet Bey daha iyi bilir. Şimdi bu çok iyi bir görüntü değil, âdeta hâkim olmayanlara bunu havale etmişiz ve işte bunun da iş hukukunu bilmesi gerekir, birtakım uyuşmazlıkları değerlendirerek bir sonuç çıkartması gerekiyor. Aslında uyuşmazlık ücret uyuşmazlığı konusudur, tanıkların beyanlarını değerlendirerek bir sonuca varıyor, uyuşmazlığı çözüyor. Talat Hocam çok haklı olarak gerçekten bir yargı yetkisinin devridir. Bizim buna kesinlikle karşı olmamız lazım ve bu konudaki çözüm önerilerini şiddetle desteklememiz lazım diye düşünüyorum. Tabii ki eksiklikler var gerçekten, şimdi yargının genelde hukukçu bilirkişi de olsun şeklindeki özellikle bilirkişi heyetleri içerisinde hukukçu bilirkişi de olsun şeklinde birtakım kararlarındaki endişe şuradan kaynaklanıyor; hukukçu olmayan bilirkişiler rapor düzenlemeyi bilmiyorlar. Bu bir eğitimle giderilebilir, bize göre bu sorun çözülebilir. Diğer bir sorunsu işlerin yoğunluğu... Gerçekten işler bir hâkimin kaldıramayacağı ölçüde çok yoğun, bir de biliyorsunuz iş davalarında iş davalarının yığılması dediğimiz olayın en fazla gerçekleştiği bir alandır. Yani bir dava dilekçesiyle az önce Hasan Bey gösterdi, 10 kalem, Talat Hocam *"21 kalem hesapladım"* dedi, yani 21 dava tek bir dosya içerisinde açılıyor. Aslında onlar bağımsız birer davadır ve 21 adet dava bir dosya üzerinde yürütülüyor. Dolayısıyla iş mahkemelerinin iş yükünün belirlenmesinde mutlaka bunu göz önünde bulundurması lazım. Bir asliye hukuk gibi, bir sulh hukuk mahkemesi gibi, bir tüketici mahkemesi gibi değil, ortalama bir dosyanın üç dosya olduğu düşünülerek, belki beş dosya olduğu düşünülerek hesaplanabilir. Buna göre iş yükünün ayarlanması lazım.

Şimdi hâkim sayısının artırılması olabilir ve uzmanlık gerçekten çok önemli. Son zamanlarda o kadar değişiyor ki iş hâkimlerimiz, az önce bir arkadaşım ile tanıştım ceza hâkimi, *"6 aydır iş hâkimiyim"* diyor. Mehmet Ali Bey burada mı, bilmiyorum. Şimdi gerçekten böyle uzmanlık gerektiren bir konuda, ki iş mahkemelerinin doğuş sebebi, ihdas sebebi nedir? Burada bir uzmanlık ihtiyacını karşılamasıdır. Fiili durum böyle midir? Değil. Maalesef yılların cezacısı bir arkadaşımız buraya veriliyor. Hatta ben bunu kurulda dile getirdim. Kurul üyesi ismini vermeyeyim, dedi vallahi doğrudur, doğru söylüyorsunuz. Hatta bazı hâkimler de -bütün hâkimler için söylemiyor tabii bunu- cezalandırmak için, âdeta orayı taşocağı gibi görüyoruz, taşocağına sürüyoruz diyor. Şimdi gerçekten bu çok üzücü bir olay ve ben burada özellikle sosyal taraflara sesleniyorum. Eğer iş yargısından şikayetçiyseniz, iş yargısının iyi işlemediğini düşünüyorsanız lütfen, ama lütfen gidin baskı yapın, HSYK'ya baskı yapın, Bakanlığa gidin baskı yapın, bu atamalardaki sıkıntıları gi-

derelim. Bunlar giderilmediği sürece biz bunları daha çok konuşacağız. Evet, bu 100 yıllık bir sorun ilk defa neşter vuruldu, bir kanunla neşter vuruldu. Bu kanunun da uygulaması konusunda bence özen göstermemiz gerekir diye düşünüyorum.

Tabii şimdi Yargıtay'ın içtihatları var. Diyelim ki davacı ihbar ve kıdem tazminatı istemiyle bir dava açtı. Mahkeme masraf istedi. Dedi ki bilirkişi masrafını yatır. Davacı yatırmadı. Davalıdan istedi, ben de yatırmıyorum dedi. Uygulamada genellikle hâkimlerimiz davayı reddediyorlar. Bazı hâkimlerimiz bunu diyor ki benim görevimdir, aslında bu hesabı ben yapacağım diyor, dolayısıyla hesap yatırmayınca kendisi bu hesabı yapıyor, ama çoğunlukla reddedildi ve Yargıtay'ın buradaki tutumu nedir? Diyor ki sen reddedemezsin, bu zaten senin görevin. Doğru bir karar aslında, tabii ki bunu...

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Başkan, bunu söylemeyecektin. Şimdi kimse masraf yatırmayacak.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Yok, şimdi doğru söylüyorsun Sayın Başkanım, ama avukatların çoğu işleri yürüsün diye, bir an önce yargılanma sonuçlansın diye tabii ki ödemelik yapmıyorlar, bunu yatırırlar.

Bu şekilde bir bozma karşısında artık ne yapılır? Hakim, bu artık onun görevidir, yapmak zorunda. Şimdi gerçekten eğer bir hesabı yaparken hesabın içerisinde bazı uyuşmazlıkları da çözmek gerekiyorsa, bu hâkimin görevi kapsamındadır. Yani Roma hukukunda hesap, ta Roma hukukuna gittik, ben ilk defa bu argümanı gördüm, şimdi ona doğru yöneleceğim. Şimdi bir diğer husus var; iş yargısında -bana göre sadece iş yargısında değil aslında, genel olarak yargılamadaki bir sorundur- bir güvensizlik var. Yani hâkim avukata güvenmiyor, avukatlar birbirlerine güvenmiyorlar, dolayısıyla hâkim avukatın sunduğu bir belgeye bir defa şüpheyle bakıyor. Bunu bir de ben araştırayım diyor, ara kararıyla o belge var mıdır, doğru mudur diye doğruluğunu araştırıyor. Aslında bana göre çok yanlış bir şey, bir avukatın sunduğu belgenin doğru olduğu kabul edilmelidir, asıl olan bu olmalıdır bence, fakat şayet burada bir görevi kötüye kullanma varsa, yanlış ve sahte belge ibraz edilmişse, bunun da hiç tavizsiz bir şekilde gereği yapılmalıdır diye düşünüyorum. Aksi halde yargılamaları biz istediğimiz hızda yürütemeyiz. Yine şunu söylüyorum; bence zorunlu avukatlık sistemi en azından iş yargılaması için getirilmelidir. Zorunlu avukatlık sistemi getirilirse, burada yine konuştuğumuz birçok sorunlara çözüm bulacağımızı düşünüyorum. Teşekkür ederim Sayın Başkanım.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şahin Bey, sen konuş-tun, ama gene konuş gel, buyur.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Baş-kanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Aslında ben kürsü hakkımı dün kullanmıştım, ama bu benim için sürpriz oldu. Şimdi gerçekten kanayan bir yara var, buna katılıyorum. Çetin Aşçıoğlu'nun bu tespiti doğru, ama sanki kanayan yaraya bir pamuk basıp, başka bir yere neşter vuruyo-ruz gibi geliyor. Şimdi durum şu; bunun yerine ne koyuyoruz? onu tartış-mak lazım. Bilirkişiliği düzeltelim, kaldıralım, değiştirelim, ne koyuyoruz? UYAP'taki bir hesap modülü, doğru mu? İnceleyen oldu mu bilmiyorum, sadece fazla çalışma örneğini vermek istiyorum. Fazla çalışma bakımın-dan son ücreti girebiliyorsunuz, başka bir detay yok, günlük çalışma sü-relerini oraya koyabiliyorsunuz, bitti, 45 saatin üzerine göre son ücretten hesabı yapıyor, geriye dönük 5 yıl yapıyor. Daha önceki dönem ücretleri-ni ise asgari ücretin oranına göre çarpıyor, sonucu buluyor. Doğru mu bu hesap sizce? Peki, düzeltilebilir mi, bunu tartışalım. Belki düzeltilebilir, ama buna 50'den fazla duruma göre veri girmek gerekebilir. Yılda 270 saat fazla çalışma ücreti için nedir, kural olsun, fazla sürelerle çalışma olsun. Yani o işyerinde çalışma süresi haftalık 40 saat olsun. İşçinin gün-lük çalışması standart olmayıp, haftada 2 gün farklı, 3 gün farklı çalışıyor olsun, gece çalışmaları olsun, ağır ve tehlikeli işlerde çalışma olsun. Bütün bu detayları girebileceğiniz kadar 40-50 veriyi koyabiliyorsanız, bu kadar detay olabiliyorsa yapalım, belki sonuç alabiliriz bundan.

Şimdi bence buradan temel sorun şu;-hocam dün de bahsetmişti-400.000 civarında bir davadan bahsediyoruz ilk derecede görülen. Bu kadar çok dava varken şimdi yerine konulan modelle hakim o UYAP mo-torinden hesaplamayı yapacak, taraflara tebliğ edebilecek mi? Hocam da bahsetti ihsası rey olur diye, edemez, ihsası rey olur bence de. Ede-bilir denirse, hani seçenekli bir hesap yapsın, davacının iddiası 3.000, davalının asgari ücret, sordu beş yerden, her biri ayrı telden ücret geldi, her tanık farklı söyledi. Her birine göre bir hesap yapıp, 40 ayrı hesap tablosunu koyup, buna göre seç beğen al, istersen ıslah yap diyebile-cekse buna bir şey demiyorum, ama bizde 450.000 dava açılıyorsa bir yılda, hakim o UYAP motoru üzerinden hesabı yaptığında taleple bağlı bitirdim davayı dediğinde o dava içerisinde talep arttırım ve ıslah hak-kını kullanamayacaktır, yeni bir dava açılacaktır. Yeni açılan davada da hakimin o UYAP sistemi üzerinden yaptığı raporun yanlışlığı, doğrulu-ğu, bağlayıcı olup olmadığını tartışabileceğiz. Sorunu çözümüyoruz, usul ekonomisi anlamında da sıkıntılara neden oluyor.

Son sözüm şu; Sayın Daire Başkanı hani uç bir örnek verdi. Günde 8 bilirkişi raporu gerçekten uç bir örnek. Peki, Mahmut Hocam da bahsetti, özellikle İstanbul'da 1.800-2.000 civarında dava var iş mahkemelerinde, burada iş mahkemesi hakimi arkadaşlarım da var. HSYK ilke kararına göre C terfi edebilmek için bunların yüzde 80'ini çıkarmak gerekiyor. Yüzde 80 oranını uyguladığımızda 1.440 eder. Yılda 1.440 iş çıkarması lazım nitelikli terfi edebilmesi için bu arkadaşımızın, 1.440'ı yıllık işgününe bölelim, 52 hafta, hafta tatilini, adli tatili, bayram genel tatilleri düşelim, 270 civarında. Günde 5.3 dosyayı hem yargılamasını yapıp, hem de kararını yazması, hem de raporunu tertip etmesi gerekir. Yapılabilir mi bilmiyorum, teşekkür ederim.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şahin Beye teşekkür ediyorum. Şimdi yapılabilir mi? İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı Hakim Murat Boylu söz istemiş, şimdi cevaplasın gelsin, bakalım yapılabiliyor mu?

MURAT BOYLU (İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkanım, değerli meslek büyüklerim, çok değerli katılımcılar. Sayın Başkanım, sorunun en zorunu bana sordunuz. Fakat benim görev tanımımda böyle bir şey yok. Fakat benim görev tanımımda bir şey var; listelerin oluşturulması ve listelerden çıkarılmak var. Bugün burada konuşulanlar hiç kimsenin aleyhine kullanılmayacaktır. Böyle bir latifeye başlamış olayım.

İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu oluşturuldu, fiilen göreve başladık. 24 Kasım 2016 tarihinde yasamız yürürlüğe girdi. Kimler var kurulumuzda? Bir başkan var, istinaf mahkemesi hâkimi olarak ben varım, bir hukuk hâkimimiz, bir ceza hâkimimiz, bir cumhuriyet savcımız, bir idare mahkemesi başkanımız, bir de vergi mahkemesi başkanımızdan oluşuyor. Her hafta toplantı yapıyoruz. Ne tür şikayetler geliyor bize? Daha çok özel ve teknik yönden raporlar, itirazlar geliyor. Bunları incelemeksizin reddediyoruz. Onun haricinde raporların gecikmesi şikâyet konusu oluyor. Çok spesifik şikayetler de geliyor. Örnek vermek istiyorum ikisinden: Bir asliye ceza hakikimiz dosyayı, CD çözümülle ilgili bir dosyaya kendi katibini görevlendiriyor. Katip de dosyayı kaybediyor. Biz savunmasını istiyoruz, katip çok lakayt bir şekilde "*vallahi dosyayı bulamadım, kaybetmişim, metrobüste düşürmüş olabilirim*" gibi bir savunmayla karşımıza çıkıyor. Bir başka örnek çok önemli bir dosyada ihaleye fesat karıştırma suçundan üç profesör hocamız görevlendiriliyor. Tabii buradaki hocalarımızı tenzih ediyorum, biri dosyayı alıyor, 2.5 yıl elinde tutuyor ve sonunda bu çok kapsamlı, ben buna rapor yazamıyorum diye

dosyayı iade ediyor. Biz de bu bilirkişimizi listeden çıkardık ve hakkında suç duyurusunda bulunduk.

İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu olarak bizim personel ihtiyacımız şu anda tamamen giderilmiş durumda, faaliyetlerimize başladık. Sağ olsun Daire Başkanlığımızın da gayretleriyle personel ihtiyacımız yoktur. Anadolu Adliyesinde 3. katta yerimiz var, bilirkişilerimiz zaman zaman sıkıntılarını getiriyorlar, onlara çözüm bulmaya çalışıyoruz. Tek işimiz bu, benim istinaf hâkimi olarak şu anda hiçbir görevim yok, tek görevim bilirkişilerin sıkıntılarını gidermeye çalışmak.

Ne tür sorunlar geliyor bilirkişilerimizden? Adliyeye giriş-çıkışlarda problemler var, otopark problemleri var, adliyelerde bilirkişi odası olması talepleri var. Tabii bunlar işin en kolay yanı, 21.000 bilirkişi var bizim bölgemizde, Marmara Bölgesi'nde, bunlardan 12.000'i hukukçu, bu istatistiki bilgileri de vermiş olayım. Tabii zaman az olduğu için fazla bir şey söyleyemiyorum, yeni bir yola girdik, yeni bir süreç, ben mesleğimin son 10 yılını iş mahkemesi hâkimi olarak geçirdim. İş mahkemeleri, iş hukukuyla ilgili bilirkişiliğin tartışılıyor olması da bana heyecan veriyor ve bunu sağlıklılık işareti olarak görüyorum. Sayın Başkanım tekrar teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ediyorum. Şimdi soruları cevaplasın arkadaşlarımız, ben bilirkişi olarak bu 14.00'de ya yemek, 2. Oturum 14.00'tü. Ben bunu bilirkişi olarak 14.30'a alabilir miyim, yoksa 14.15 mi yapayım? 14.30'a alabiliyorum, bilirkişi olarak listede yokum, ama gene tamam o zaman, 14.30'a aldık.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Sayın Başkanım, teşekkür ederim. Bu kadar espri anlayışına hâkim olduğunuza burada vakıf oldum, çok da mutlu oldum. Başkanımız sert mizacının altında bayağı da bir espri yönü de kuvvetliymiş. Şanslıyız bu konuda, sık sık görüşeceğiz bundan sonra, belki başkanım olmaz diyecek ben gittikçe, ben olabilir başkanım diyeceğim. Bakalım ne olacak süreçte?

Şimdi ben hızlıca sorulara geçiyorum. Sayın Av. Haşım Bayırbaş kısaca diyor ki: Bilirkişilerin de bağımsızlık güvencesi var mıdır, kendisi bağımsız mıdır? Kurullara atanacak bilirkişilerin seçiminde kurullarca uzmanlık dışında başka kıstaslar aranmalı mıdır? Elbette Bilirkişilik Kanunumuzun temel ilkelerini düzenleyen 3. maddesinde bilirkişilerin görevini tarafsız, bağımsız ve objektif biçimde yerine getirecekleri dü-

zenleniyor. Ayrıca bilirkişiliği yönetmelik taslağımızın 8. maddesinde bağımsızlık kavramı biraz daha açıkça ifade edildi. Bilirkişi görevlendirmeyi yapan mercie davanın taraflarına ve kendi işverenine karşı bunu özel hukuk tüzelkişileri düşünülerek eklendi. Bağımsız olup görevini yalnızca uzmanlık alanındaki bilimsel verilere göre yerine getirir. Bilirkişi bağımsızlığına zarar verebilecek veya böyle bir izlenim uyandırabilecek her türlü davranış ve ilişkiden uzak durur. Bu bir etik ilke aynı zamanda, bilirkişilik etik ilkeleri de yönetmelikte düzenlenmiş bulunmaktadır.

Uzmanlık alanlarında elbette taşıyacakları kıstasları olacak, sunumunda belirtmiştim. Temel alt uzmanlık alanları çalışılıyor. Bu uzmanlık alanlarının belirlenmesinde son aşamaya gelindi. Sonrasında bunun ikinci etabı olarak da temeli atınca bu şekilde aynı bina inşa eder gibi 1. katta taşıyacakları nitelikler, 2. katta uyacakları rehber ilkeler, bir sonraki katta da hazırlayacakları raporların standardı belirlenecek. Bu şekilde kıstaslara göre aynı zamanda bilirkişilerin de akreditasyonu sağlanacak ve bu şekilde önüne gelen herkesin, başvuran herkesin listelere kaydolması da önlenmiş olacaktır. İsimsiz sorular var, 3 soru sorulmuş. Bilirkişinin performans ve diğer değerlendirmelerinde hangi tarih esas alınacak? Yeni kanunumuzun öngördüğü sistemin geçerliliği haliyle yeni bilirkişilik sicili ve listeleri oluşturulmasıyla başlayacak. Dolayısıyla bilirkişiler artık sicile kaydılduktan ve kendileri hakkında merkezi sicil tutulmaya başlandıktan sonra yürütecekleri bilirkişilik faaliyetinde düzenleyecekleri raporlar esas alınacak. Öte yandan iş mahkemesindeki raporlardan dolayı performansın düşük olması ve listeden çıkarılması diğer mahkemelerde bilirkişilik yapmasını engelleyecek mi? Bilirkişilerin denetimi ve performans incelemeleri bir kül halinde yapılacak, mahkemelerdeki faaliyetlerine göre değil, kül halinde hazırladıkları raporlara göre olacağından mahkemeye göre bir kriter söz konusu değildir. Heyet dosyalarında diğer bilirkişi ısrarla raporun teslim edilmesini geciktiriyorsa, ne yapabiliriz? Böyle bir durumda elbette bir bilirkişinin mazeretsiz olarak süresinde dosyanın heyet halinde sunulmasını engelleyici davranışları söz konusuysa, bunun tüm heyete ceremesini çektirmesi söz konusu değil. Mahkemeden bu konuda gerekli görevlendirmeyi yapan mercie talepte bulunur ve gerekirse kendi görüşlerini ayrı olarak bildirmek zorunda kalabilir. Hani bunun çalışılacak tabii, ama doğrudan bir kişi vermiyor diye üçünü birden de mazeretsiz rapor sunulmadı süresinde diye bir yaptırım öngöremeyiz.

Av. Hasan Ali Özyörük; 4.5 yıl belirli bir uzmanlık alanında çalışmış bir kişi bu uzmanlığı dışında 2 yıldır da bilirkişilik yapıyorsa 5 yıllık deneyim

şartı gerçekleşmiş olur mu? Burada kanun koyucunu iradesi açık, bilirkişiliğe kabul şartlarının üzerine 10. maddede “uzmanlık alanında 5 yıl fiilen çalışmış olmak” diyor. Dolayısıyla mesleki olarak bir 5 yıllık çalışma şartını gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Sayın Av. İsmail İşer; UYAP bilirkişilik hesap programını eleştirmiş. Hâkim tarafından yapılacak hesaplamaların denetimi nasıl olacak, UYAP'ta sağlanan ya da sağlandığı söylenen hesaplama programı bu denetimi sağlama imkânını sunacak mı? Hâkimin yapacağı hesaplama hataları istinaf ve Yargıtay da mı düzeltilecek? Bu konuda Yargıtay Daire Başkan üyelerimiz yine Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin Dairesinin Değerli Başkanı Şahin Çil Bey de açıklama yaptı. Elbette burada iş hukuku alanında bir kaygı var. Hani buna kısaca değinmek istiyorum Başkanım, yani UYAP hesaplama programı üzerinden bir hesaplama yapıldığında bu hesaplamanın taraflara tebliğ edilemeyeceği, aksi halde hâkimin ihsası reyde bulunacağı, bulunmuş olacağı, bunun da hâkimin reddini gerektireceği, bu şekilde bir yol izlenemeyeceği için hâkimin kararında bunu belirttiği zaman da denetimin Yargıtay ve istinaf düzeyinde yapılmasının belki de iş yükünü iki katına çıkaracağı, daha telafisi güç zararlara yol açacağı şeklinde kaygıları, eleştirileri var. Haklıdır bu eleştirilerde, ancak Talat Hocamın da belirttiği biz orada şunu diyoruz: Sayın Bektaş Kar da belirtti, artık bu bir hesap, yaklaşımınızı değerlendireceğiz. Not aldık, değişik bir bakış açısı, yani çok önemli, burada zaten deliller toplanmış, tekemmül etmiş, burada sadece bir hesaplama söz konusu, hâkimin nasıl bu hesabı bilmesi, denetlemesi söz konusuysa, aynı zamanda taraf vekillerinin de hukukçu olmaları hasebiyle aynı niteliği taşımaları gerektiği varsayımı söz konusu, ama ben arada da söyledim, biz burada motamot olmaz, böyle olacak şeklinde bir yaklaşımımız yok. Elbette Yargıtayımızla, bölge adliye mahkememizle bunları konuşacağız, daha detaylı incelememizi, değerlendirmemizi yapacağız.

Bayağı soru geliyor bu arada, şimdi UYAP hesap modülüyle ilgili birkaç şey söyleyeceğim. Ben o programı inceledim, elbette eksikleri var. Ancak Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı tüm önerilere, taleplere açık ve her talep üzerine versiyon güncellemesi yapıyor. Sayın Şahin Beyin dediği birkaç husus giderildi. İşte ağır tehlikeli işlerde çalışma, kapıcıysa gelir vergisinden muafiyet, ara dönem çalışmalarının girilebilmesi, sadece son ücretin esas alınmaması ve saydığınız 50, bilemedin 100 her türlü kalem bu sisteme girilebiliyor. Bu konuda benim bir önerim var. Biz bunu kestirip atmak yerine önyargılı olmadan gerekirse biz öncülük yapalım. Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığıyla iş uyumsuzlıklarına bakan dairelerimiz,

istinaf düzeyindeki dairelerimizin temsilcileriyle toplantı yapalım, onlara bir anlatılsın. Kendileri değerli fikirlerini paylaşsınlar, ona göre bir değerlendirme yapalım. Yani hemen benim hep felsefem budur, yani kestirip atmamalım, bir olabilirine bakalım dediğim gibi, sunumumda da ifade ettim. İsterseniz sözü Hocama bırakayım, ben bunları bir okuyayım.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, siz devam edin, İzzet Bey arada okusun.

Doç. Dr. MAHMUT KABAKCI- Bana bir soru yöneltildi. Sn. Av. Abbas Bilgili: "Hukuki değerlendirme yasaklarının iki ülkenin Türkiye ve Fransa olduğunu belirttiniz. Bu durumda diğer ülkelerde bilirkişinin hukuki değerlendirme yapması serbest anlamı çıkıyor. Bizde 1927'de bunları yasak, bu kural kutsal kitaptaki ayet mi, bilirkişinin hukuki değerlendirme yapmasının ne gibi sakıncası olabilir? Kürsüde Yargıtay'dan emekli bir yargıcın, akademisyenin, tecrübeli bir avukatın hukuki değerlendirme yaparak hâkime yol göstermesi neden yadırganıyor? Usul hukukunun yasaklayıcı hükmünün serbestliğe dönüştürülmesi daha uygun olmaz mı, zaten hâkimi bağlayıcı değil, serbest olması daha doğru değil mi?"

Aslında açık bir yasaklama bulunmayan ülkelerde, yasak olmasa da hâkimin tecrübesi, uzmanlığı, tarafların dosyayı hazırlaması, gerekli hesaplamaları yapması, dolayısıyla yargılamada hukukçu bilirkişiye başvurulmasına gerek kalmıyor. Gerçekten açık bir yasaklamaya gerek yok, ama şu husus açık: Hâkim isterse hukuki konuda da gerekli görürse bilirkişinin görüşüne başvurabilir ama açıkça yasak olmaması, serbest olduğu anlamına da gelmez. Dürüstlük kuralına göre hâkimin kendi takdirine göre gidilebilen bir yol.

SALONDAN- Bir yanlış anlaşılma olmasın, dünyanın hiçbir yerinde yok. Yani açık yasaklama olmayan ülkelerde hâkimin mesleği kabul edildiği için düşünülüyor bile böyle, hiçbir hâkimin aklının ucundan geçmez bu konularda bilirkişiye gitmek, tartışılmıyor bile. Sorduğum zaman abesle karşılıyor. "Ne demek bu, bu benim işim, niye sorayım ki" diyor. Diğer ülkelerde bu konuda serbest, yok öyle bir şey.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Ben bir arayayım Hocam, belki gösteririm. Arayayım, ileride konuşalım.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Başkanım, müsaadenizle. Sayın Av. Zafer Önen bilirkişilerin öncelikle kayıtlı buldukları adli yargı çevresinden seçilmesi kuralı var mıdır? Bunu zaten ifade ettik, öncelikle yerleşim yeri ya da mesleki faaliyetini yürüttüğü

yer yetki çevresinde bulunan bilirkişilik bölge kuruluna tabi bilirkişi zaten, mesela İstanbul'daysa İstanbul'da Bilirkişilik Bölge Kuruluna kayıtlı olacak ve mahkemelerce de öncelikle o listeden seçim yapılacak.

Av. Özlem Konçe: Kanununun 10. maddesi f bendinde “uzmanlık belgesi veya benzeri belgeye sahip olmak” ibaresi yer almakta, kısaca bunun kriteri nedir? Bunun üzerinde çalışıyoruz, sunumumda da belirttim. Şu an itibarıyla bunun kapsamını açıklamak doğru bir davranış olmayacaktır. Çünkü hak kayıplarına yol açmamak adına zaten çalışmamız tamamlandığında kamuoyuna ve ilgililerine de duyurulacaktır.

Av. Şevket Güney Bigat aslında bütün gün boyu sunumlara ilişkin kaygıları da bir nevi tekrar etmiş. Hukukcuların sistem dışına çıkartılması daha çok sorun yaratmaz mı hâkim hesap yapamaz deniliyorsa Roma hukukunda? Bilirkişi için performans yapılamaz, çünkü her şey için eke geliyor. Artık yasa sistemi tabii ki sihirli değneğimiz yok, tekrar edelim bunu, ama yönetmeliğimizde bilirkişi görevlendirmesine ilişkin maddede açıkça hâkim tarafına bu görevlendirmenin yazılı olarak yapılacağı, inceleme konusunun sınırları ve kapsamı, bilirkişiden cevaplanması istenen sorular, bunların tam olarak çerçevesinin çizilmesi ve ona göre bilirkişi raporu alınması üzerine bir sistem kurulu. Zamanla bunun oturacağına inanıyorum. Bu da dolayısıyla temel ilke olarak belirlenen aynı konuda bir kez daha para alınması esastır ilkesinin tesisini sağlayacaktır. Zaten bu da dediğim gibi gerekiyorsa bir kez rapor, biz mümkün olduğu kadar bir kez rapor, eğer müphem ya da açıklama ihtiyacı olan hususlar kalırsa onda da ek rapor, zaten burada bilirkişinin performansının ölçülmesinde her şey için ek rapora gelmesi meselesi şöyle: Eğer ben görevlendirmeyi yapan merci olarak yazılı olarak bilirkişilik yönetmeliği taslağı dediğim hususlara göre ben görevlendirmeme yaparsam ve bilirkişi de benim o görevlendirmeme göre rapor tesis ederse, ben de bunu denetleyebilirim sorun yok, ama eğer benim sorularıma cevap vermez, inceleme kapsam sınırları dışına çıkar ya da eksik bırakırsa elbette bunda da ek rapor alınacak ve bu da bilirkişiden kaynaklı bir sıkıntı doğuracaktır. Hesaplama programı evet, şu an hâkimler, yazı işleri müdürleri ve zabıt katiplerinin yetkisi var bu konuda, UYAP işçi alacakları hesap modülünde Başkanım, bu şekilde.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Akıllı bir kâtip varsa tamam o zaman, hâkim ona yaptırır.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Yapılabilir, var, yetki var. Zabıt kâtabi de, yazı işleri müdürü de yapabiliyor. Hâkimin yapması gerekmiyor.

Şimdi burada şu hususu takdirlerinize sunmak istiyorum: Bakın, bu bize geliyor. Talep: İş mahkemesinde 10 yıl zabıt kâtipliği, yazı işleri müdürlüğü yaptım, iş hukuku alanında uzman olduğumu düşünüyorum. Bilirkişi listesine kaydımı talep ediyorum. 10-15 yıl iş mahkemesinde hâkim olarak görev yapıyor ya da ticaret mahkemesi başkanlığı yapıyor. Görev yaptığı süre boyunca meslektaşım iş hukuku uzmanı bilirkişiye diye dosya gönderiyor. Taşıma hukuku, sigorta hukuku uzmanı diye bilirkişiye dosya gönderiyor. Emekli olduktan sonra ben iş hukukunda, taşıma hukukunda, sigortada uzmanım diye bilirkişi listesine kaydolmak istiyorum. Bunun da takdirini size bırakıyorum. Biz de o zaman diyoruz ki meslektaşımıza madem uzmanydık bu işin, neden bulunduğumuz süre boyunca dosyayı bilirkişiye verdik? Şeyleri tartışırız, onları günlerce tartışırız. İş yoğunluğudur, ihtisaslaşmanın olmaması, ama bu ayrıntıyı da takdirlerinize sunuyorum. Bunla bize gelen talepler, sizinle paylaşmak istedim.

Hâkim yetersizliği düzeltildikten sonra sistem yapılması daha doğru olmaz mı? Biz yurtdışında Almanya'da denetlenebilir hesap yapılıp, davalar öyle açılmaktadır. Denetlenebilir hesap yapıp dava açıyoruz, dosya yine hesaba gönderiliyor. Bu durumda ne yapacağız? Hâkim yardımcılığı neden getirilmiyor? Bu hâkim açığı da tabii ki biraz zor, aslında olsa çok güzel olur, ama ben gün boyu tartışmalardan şunu anladım: İş yükünü azaltacağız, hâkimlerimizi eğiteceğiz, ihtisaslaşmayı sağlayacağız, ondan sonra diyeceğiz ki iş hâkimlerimize hesabı sen yapacaksın. Onun öncesinde mümkün değil deriz, öyle bir anlam çıktı.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Şuna bir cevap vereyim, bu çok önemli.

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Sorular sonradan bayağı bir yoğunlaştı.

SALONDAN- Hocam, UYAP sisteminin 06.00'da açılması yok.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sabahtan beri konuştuğumuz; avukatlar bilirkişilik yapabilir mi, yapamaz mı? Şimdi onunla ilgili çok önemli bir soru var, onu bir cevaplandırırırsanız. Mahmut Bey, size bir arti soru var. Avukatlık yapıyorum, ne gibi eğitim almam lazım ki ben bilirkişilik yapayım?

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Şimdi bunu sunumumda da belirttim. Yani orada "hukuk öğrenimi görmüş kişiler ayrıca uzmanlığı belgelendirmedikçe sicil ve listeye kaydolamaz"

diyor. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yapmış. Kanun koyucunun iradesinin üstüne çıkamayız. Ancak burada dediğim gibi bu çalışılıyor. İşte belli bir saat eğitim mi olur veya uzmanlık alanına göre dediğim gibi lisans, yüksekokul, yüksek lisans, doktora, sanatta yeterlilik gibi bir kriter mi olur? Bunların üzerinde çalışıyoruz Başkanım.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sen de çalışacak diyorsun, değil mi?

İZZET BAŞARA (Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı)- Fiiilen mesleki tecrübe olacak 5 yıl, yani 3 yıld 5 yıla çıktı, onda bir tereddüdümüz yok. Bunlar belirlenip kısa süre içerisinde duyurulacaktır. O nedenle şu an bir yanlış anlaşılmaya mahal vermeyelim. Burada konuşacağımız bir şeyde hemen bir eğitim programı açılabilir ve bir sertifika verilebilir, önümüze gelebilir *“siz böyle demiştiniz”* diye, o yüzden de sağlıklı olan biraz daha sabredip beklemektir diye düşünüyorum.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Zaten böyle programlar var. Mahmut Bey, siz cevaplayın.

Doç. Dr. MAHMUT KABAKCI- Sn. Av. Mehmet Ece'nin sorusu: Hâkim değişikliği sonrası bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağı gerekçesiyle, tarafların bir talebi olmasa dahi yeni rapor alınmaktadır. Bir de re'sen yeni bilirkişiye gönderme usul ekonomisi ve yargılamanın çabukluğuyla ne derece uygulanmaktadır?

Uygulamada çok sık karşılaştığımız bir durum, son dönemde özellikle çok hâkim değişti. Dolayısıyla daha önceden iş tecrübesi olmayan hâkimler konuya vakıf olmak, raporu denetleyebilmek adına, bir süre kazanabilmek için uygulamada böyle bir yöntem izleyebilmekteler. Ek rapor ya da tarafların talebi olmadığı halde yeni rapor, bu fiili bir durumun sonucu, yoksa hukuki bir karşılığı yok. Hani şöyle ara kararlar da var: Taraflara rapor elden tebliğ ediliyor ve *“beyanda bulunmak için iki hafta süre verilmesine, iki hafta dolduğunda itirazlar olursa değerlendirilmek üzere ek rapor alınmasına”*. Dolayısıyla HMK m. 273 düzenlemesine rağmen, hani nerede görevlendirmede yer alması gereken somut sorular? Yani altını çizdiğiniz uygulama fiili şartlardan kaynaklı, yoksa olması gereken açısından tabii ki kabul edilebilir durum değil.

MESUT BALCI (21. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın konuşmacılarımız bugün çok emek verdiler. Bilirkişilik için oluşturulan dairenin Başkanı Hâkim İzzet Başara'ya sunumundan dolayı çok teşekkür ediyoruz. Doç. Dr. Mahmut Kabakçı'ya da sunumundan dolayı çok teşekkür ediyoruz.

Çok güzel sunumlar yaptılar, çok güzel sunum dışı katkılar oldu, güzel sorular oldu ve dikkatle de dinlendiğini görüyorum. Burada bulunan herkese teşekkür ediyorum, bize bu olanağı sağlayan ve bunu düzenli olarak yapan İstanbul Barosu'yla Galatasaray Üniversitesi'nin işbirliğine de, yaptıkları emeklere de teşekkür ediyorum. İyi istirahatlar diliyorum. Saat 14.30'da buluşmak üzere oturumu kapatıyorum.

SUNUCU- Çok teşekkür ederiz. Sayın İzzet Başara aramızdan ayrılacağından kendilerine teşekkür belgelerini vermek üzere İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Başkanı Sayın Av. Hasan Erdem'i kürsüye davet ediyorum.

Sahil tarafındaki yemekhanede öğle yemeği servisi verilecektir, bütün katılımcılarımız davetlidir.

ARA VERİLDİ

II. OTURUM

SUNUCU- Toplantımızın 2. Oturumuna başkanlık yapmak üzere Yargıtay 22. Hukuk Daire Başkanı Seracettin Göktaş'ı kürsüye davet ediyoruz. Ayrıca "4008 ve 57 sayılı İş Kanununda Değişiklik Öngören Yasa Taslağının Maddi Hukuka Etkileri" başlıklı tebliğini sunmak üzere Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Muhittin Astarlı'yı kürsüye davet ediyoruz.

SERACETTİN GÖKTAŞ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı

Değerli katılımcılar, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu"nun 4. Oturumuna hoş geldiniz. Bu vesileyle sizleri saygıyla, sevgiyle selamlıyorum.

İş hukuku çok değişen, sürekli gelişen bir hukuk dalı olduğu için bu gelişmelere paralel olarak yasal düzenlemelerin de aynı süratle, aynı tempoda değişmesi lazım şüphesiz. Aslında burada daha çok İş Mahkemeleri Kanunu'nda değişiklikler yapılmış. İş Kanunu'ndaki bu değişiklikler daha çok İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki değişikliklerin bir yansıması olarak değerlendirilebilir belki. Çünkü bu İş Mahkemeleri Kanunu Değişiklik Tasarısı Komisyonu'nda ben de görevliydim, Şahin Bey görevliydi, bir müddet Bektaş Bey görev yaptı, Talat Hocam görev yaptı, sürekli değişti. Burada özellikle yeni bir sistem tartışmaya başlandı: Arabuluculuk sistemi. Bunun özellikle işe iade davaları da bu kapsama alınınca doğal olarak İş Kanunu'nda da bir değişiklik yapmak gerekti. Yine bu işe iade davalarının süresinde bitmesi ve başka uyuşmazlıklara mahal vermemesi için ona yönelik olarak özellikle 4857 sayılı Kanunun 21. maddesinde bir değişiklik yapıldı ve ayrıca Çalışma Bakanlığı memurları tarafından şikâyet değerlendirmesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra şikâyet değerlendirmeleri konusunda bir değişiklik yapıldı, bu yetki onlardan alındı.

Şimdi dolayısıyla burada yapılan değişiklikler biraz sınırlı, ama etkileri de büyük aslında. Özellikle işe iade davalarının arabuluculuk yoluyla çözülmesinin getirdiği birtakım sorunlar olacaktır tabii, bu hususlar düzenlenmiş. Hocam biraz sonra bunlara değinecek. Bir de yine iş davalarını büyük ölçüde etkileyecek olan işe başlatmama tazminatıyla boştaki geçen süre ücretinin miktar olarak belirlenmesi hususu var ki bu da birçok uygulamada değişikliğe yol açacak. Ben konuyu daha fazla uzatmak istemiyorum, son oturum, artık hepimizde yorgunluk belirtileri var. Konuşmacımız Gazi Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Muhittin Astarlı Hocamız, kendisini çok yakından tanıyorum. Gazi Üniversitesinde ben yüksek lisans yaptım, o günden beri hep ilişkimiz devam etti, Ankara'da sık sık da bir araya geliyoruz. Çalışmalarını çok yakından takip ediyorum, gerçekten çok güzel, uygulamaya ışık tutan, yardımcı olan çalışmaları var. Ben sözü fazla uzatmak istemiyorum, Hocam, nasıl olsa ikinci konuşmacı yok, siz istediğiniz kadar konuşabilirsiniz diyeceğim, ama siz yine de 45 dakikada bitirin, buyurun.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Hepiniz hoş geldiniz. Benim İş Mahkemeleri Kanun Tasarısının ki bana bu konu tebliğ edildiğinde taslak halindeydi, ben önce taslak metin üzerinde çalışmaya başladım. Sonra geçen hafta cumaydı sanırım, tasarı haline dönüştü. Bu sefer artık tasarı üzerinde değerlendirmeye çalıştım. Şimdi taslakla tasarı arasında çok ciddi farklar var, çok ciddi hatalardan dönülmüş, bunlardan da kısmen bahsederek konuşmaya başlamak istiyorum.

4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK ÖNGÖREN İŞ MAHKEMELERİ KANUNU TASARINININ MADDİ HUKUKA ETKİLERİ

Muhittin ASTARLI¹

I. İş mahkemeleri kanunu tasarısının 4857 sayılı kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerinde öngördüğü değişiklikler ve hukuksal sonuçları

1. İşe İade Talebiyle Açılacak Davalarda Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğu

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının iş güvencesi sistemi ile ilgili olarak öngördüğü en temel değişiklik, feshin geçersizliğinin tespiti talebiyle açılacak işe iade davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörmesidir. Buna göre, işveren feshinin İş Kanunu md.18'deki geçerli nedenlere dayanmadığı veya 19. maddedeki usule uygun olmadığı için geçersiz olduğu iddiasında olan işçi, Tasarının 11. maddesinde öngörülen değişikliğe göre, “*fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır*”. Tasarıda öngörülen bir aylık süre, işe iade davası açmak bakımından bir hak düşürücü süre niteliğindedir. Dolayısıyla bir aylık hak düşürücü süre içerisinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabulucuya başvurmayan işçi, artık işe iade davası açma hakkını kaybeder. İşveren tarafından yapılan fesih de geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

¹ Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

Tasarıda arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre işçi, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açılabilir. İşe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurulduğunun davacı işçi tarafından belgelendirilmesi gerekir. Dolayısıyla işçi işe iade davası açarken, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Tasarının 3. maddesine göre, bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Görüldüğü üzere, Tasarıda işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bir dava şartı olarak öngörüldüğünden, arabulucuya başvurulmadan işe iade davası açıldığını tespit eden mahkeme herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verecektir.

Burada sorun iki haftalık sürenin ne zaman başlayacağıdır. Tasarıda “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir” denmekte. Taraflar son tutanağın düzenlenmesine katılmışlarsa, düzenleme tarihinin esas alınması uygun olabilir. Ancak işçi tarafı son tutanağın düzenlendiği toplantıya katılmamışsa dava açma süresinin ne zaman başlayacağı belirsizdir. Zira Tasarıda son tutanağın taraflara tebliğ edileceği öngörülmemiştir. Şu halde ileride ortaya çıkması muhtemel problemleri önlemek adına İşe iade davası açmaya ilişkin iki haftalık sürenin başlangıç tarihinin kanunla daha açık bir şekilde belirlenmesi isabetli olurdu.

Bununla birlikte davası arabulucuya başvurmayan işçi, Tasarıya göre, “*Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir*”. Bu iki haftalık hak düşürücü süre içerisinde de arabulucuya başvurmayan işçi, artık işe iade davası açamaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bu iki haftalık arabulucuya başvurma süresinden yararlanacak işçinin, bir aylık arabulucuya başvuru süresi içerisinde arabulucuya başvurmadan doğrudan işe iade davası açan işçi olduğudur. Bir aylık zorunlu arabulucuya başvuru süresini herhangi bir başvuru yapmadan geçiren işçi, bu hak düşürücü sürenin dolmasından sonra

bir işe iade davası açmışsa, mahkeme davayı reddedecek ancak işçi artık iş iade davası açma hakkını kaybettiğinden Tasarıda öngörülen iki hafta içerisinde arabulucuya başvuramayacaktır.

Tasarıda belirgin olmayan hususlardan birisi de, feshin geçersizliği-ne ilişkin uyuşmazlığın çözümü için özel hakeme başvurulması halinde arabuluculuk aşamasının var olup olmadığı, var ise arabuluculuk aşamasının tamamlanmasından ve son tutanağın düzenlenmesinden sonraki iki haftalık süre içerisinde mi özel hakeme başvurulacağıdır. Zira kanunun lafzından ve cümle sıralamasından, arabuluculuk aşamasının tamamlanmasından sonra iş mahkemesi yerine özel hakeme başvurulabileceği anlaşılıyor. Ancak kanaatimce taraflar uyuşmazlığı bir özel hakemde çözümlenmek istemişlerse zorunlu arabuluculuk aşaması söz konusu olmaksızın bir aylık süre içerisinde uyuşmazlığı özel hakeme götürebilmelidirler.

Malum olduğu üzere işe iade davacı 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi kapsamında kalan işçiler tarafından açılabilir. Ancak iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebiyle arabulucuya başvuran işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının arabulucu tarafından resen incelenip incelenmeyeceği belirsizdir. İleride ortaya çıkması muhtemel problemlerin önlenmesi amacıyla Tasarıya bu yönde bir hüküm konulması isabetli olur.

2. Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru Süresinin Başlangıcı

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

dile getirilmektedir. Düzenlemeyle hak düşürücü sürenin, Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatları doğrultusunda sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edilerek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır”.

Görüldüğü üzere Taslak metinde hak düşürücü sürenin başlangıç süresi, *feshin bildirildiği tarih* olarak kabul edilmişken, Tasarıda Kanunun mevcut halinde olduğu üzere, *fesih bildirimının tebliği tarihi* olarak kabul edilmiştir. Yargıtay uygulaması ile şekillenen ve Kanunun amir hükmüne rağmen yazılı bildirim yapılmayan haller için eylemli fesih tarihini esas alan Taslaktaki düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenebilir. Ancak Kanundaki haliyle de uygulamada Yargıtay fesih yazılı yapılmışsa tebliğ tarihini, sözlü yapılmışsa feshin bildirildiği tarihi esas alarak karar verdiğinden, ciddi bir hukuksal sorun ile karşılaşılmamaktadır. Ancak bu durumun Taslakta olduğu gibi Kanunla açıkça düzenlenmesi daha uygun olurdu.

3. İşe İade Davasının Sonuçlandırma Süresi

Tasarıda işe iade davasının görülme süresinde değişiklik yapılmaktadır. Buna göre, *“Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir”.*

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

Ancak işe iade davası yargılama süresine ilişkin Kanunda öngörülen sürelerin kaldırılmasının, bu davada kararlaştırılacak boşta geçen süre ücretinin miktarı ile ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Zira Türk iş güvencesi hukukunda mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin de kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvurması ile birlikte geçersiz fesih

hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bu durumda esasen işverenin geçersiz sayılan fesih ile temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla da işverenin, temerrüde ilişkin hükümler gereği işçiye çalıştırmadığı sürenin ücretini geçersiz fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadarki süre itibarıyla ödemesi gerekir. Ancak Kanun koyucu, iş güvencesi hükümlerini düzenlerken boşta geçen süre ücretini, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, “*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları*” olarak belirlemiştir. Kanun koyucunun boşta geçen süre ücretini dört ayla sınırlandırmasının altında yatan nedenin, kanun koyucunun boşta geçen süre ücretini işe iade davası açma ve bu davanın yargılama süresi ile ilişkilendirmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir². Zira Kanunda işe iade davası açma süresi bir ay olup, mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırarak, Yargıtay da bir ay içinde kesin olarak karar verecektir. Yani kanun koyucunun öngörüsü davanın en geç dört ay içinde sonuçlandırılmasıdır. Bu nedenle de boşta geçen süre ücretini dört ay ile sınırlandırmıştır. Nitekim boşta geçen süre ücretinin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasaya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruyu reddeden Anayasa Mahkemesi de “*4857 sayılı Yasa’nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemekte ölçü olarak kullanılmıştır*” şeklindeki ifadesiyle bu duruma vurgu yapmıştır³. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi “*Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır*” gerekçesi ile hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Tasarıda 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinde değişiklik yapılarak yargılamaya ilişkin süreler kaldırılmış, yerine davanın ivedilikle sonuçlandırılması öngörülmüştür. İşte tartışılması gereken husus da tam bu noktada, boşta geçen süre ücretinin

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

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

belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan yargılama sürelerini kaldırılmasının boşta geçen süre ücretinin miktarına ilişkin sınırlandırmaların kaldırılmasını gerektirip gerektirmeyeceğidir. Eğer kanun koyucunun gerçekten iradesi Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere boşta geçen süre ücretinin miktarını yargılama süresi ile sınırlandırmak ise, Tasarıdaki düzenle ile bu sürelerin kaldırılması neticesinde boşta geçen sürenin miktarına ilişkin sınırlandırmanın da kaldırılması gerektiği söylenmelidir. Bu durumda iş sözleşmesi geçersiz şekilde feshedilen ve bunun tespiti için işe iade davası açan işçinin, bunu tespit eden işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvuran işçinin işe başlatma veya başlatmama tarihine kadar geçen sürenin ücretini talep edebileceği, buna bir sınırlama getirilecekse, bunun da işe iade yargılaması süresi olarak kabul edilmesinin, iş güvencesi hükümlerini düzenleyen kanun koyucunun iradesine ve iş güvencesi istemine uygun olduğu söylenebilir. Bu itibarla Tasarının kanunlaşması aşamasında bu hususunda göz önünde bulundurulması isabetli olacaktır.

4. İşe Başlatmama Tazminatının ve Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesaplanması

a. Boşta Geçen Süre Ücretini, Tazminata Dönüştüren Taslak Hükmünden Vazgeçilmiş Olması

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Kanun Tasarısı arasındaki en önemli farklardan birisi, işçinin kesinleşen işe iade kararı üzerine on iş günü içerisinde işverene başvurması halinde muaccel hale gelen dört aya kadar boşta geçen süre ücretinin, tazminata dönüştürülmesinden vazgeçilmiş olmasıdır. Nitekim Taslağın 14. maddesiyle İş Kanununun 21/f.3 maddesindeki *“Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler”* hükmü, *“Mahkeme veya özel hakem, işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücreti tutarında bir tazminata hükmeder”* şeklinde değiştirilmiş idi.

Bu düzenleme ile işçinin geçersiz fesih nedeniyle boşta geçirdiği sürenin işçinin kıdemine eklenmesi engellenmiş ve bu nedenle de kıdem bağı hakları bakımından (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti gibi) bir eksilmeye neden olunmaktaydı. Bu sürelerle ilişkin ücret ve diğer haklarının tazminata dönüştürülmesi, bu sürelerin işçinin sosyal sigorta hukuku bakımından hizmet süresine dahil edilmesini ve bu süreler için ödenecek ücretlerden sosyal güvenlik prim kesilmesini de engellemiş olmaktaydı. Zira sözleşme geçersiz de olsa fesih tarihinde

sona erdiği varsayımı ve boшта geçen süre ücretinin tazminata dönüştürülmesi ile bu süre çalışılmış bir süre olarak değerlendirilmeyecekti. Tasarıda, iş güvencesi sisteminde önemli problemler doğuracak bu değişiklikten vazgeçilmesi isabetli olmuştur.

b. İşe Başlatılmayan İşçiye Ödenecek Feshe Bağlı Alacaklar ve Tazminatların Geçersiz Sayılan Fesih Tarihi İtibariyle Hesaplanmasını Öngören Taslak Hükmünden Vazgeçilmiş Olması

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının en problemleri hükümlerinden birisi de feshin geçersizliğini tespit eden ve kesinleşen işe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçiye ödenecek feshe bağlı alacak ve tazminatların geçersiz sayılan fesih tarihi esas alınarak belirleneceğini öngören hükmüydü.

Taslak metin ile işçinin boшта geçen süre ücretinin tazminata dönüştürülmesi ve feshe bağlı alacak ve tazminatların geçersiz sayılan fesih tarihi esas alınarak hesaplanacak olması, 4857 sayılı Kanunda öngörülen iş güvencesi sistemini temelden sarsan hukuksal sonuçlar yaratmaktaydı. Zira bu değişikliklerde, mahkeme tarafından geçersizliğine hükmedilen ve işçinin on iş günü içerisinde işverene işe başlatılmak için başvurmasıyla birlikte hükümsüz hale gelen ve esasen bu nedenle de hukuk hayatından kalmış olan fesih, hüküm ve sonuç doğurur bir hale getirilmekteydi. Bu değişikliklerle neticede işçinin işe başlatılması esasına dayanan Kanunumuzun iş güvencesi sistemi, geçersiz de olsa feshin hüküm ve sonuç doğurarak iş sözleşmesini sona erdirdiği ve karşılığında işçiye boшта geçen süre tazminatı ile işe başlatmama tazminatı verdiği yeni bir sisteme dönüşmekteydi. İş güvencesi olarak aldandırılması mümkün olmayacak bu sistem içinden çıkılması ve izah edilmesi pek zor olan onlarca problemi de beraberinde getirecekti. Örneğin, geçersiz sayılan ve hükümsüz hale gelen ilk feshe hukuk sonuç bağlanırsa işverenin işçiye işe başlatmasının hukuksal olarak nasıl niteleneceği belirsizdi; ilk fesih geçerli ise işveren tarafından işçinin işe başlatılması yeni bir iş sözleşmesi olarak mı değerlendirilecekti?

Bu itibarla Taslak metnin iş güvencesi sisteminde yapısal değişikliklere neden olan bu hükümlerinin Tasarı metnine alınmaması, önemli bir hatadan dönülmüş olması bakımından isabetli olmuştur.

c. İşe Başlatmama Tazminatı ile Boшта Geçen Süre Ücretinin Parasal Olarak Belirlenmesi ve Bunun İşe İade Hükmünün İcrasına Etkisi

Tasarı ile 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine yeni bir fıkra eklenerek,

iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin ne şekilde belirleneceği düzenlenmiştir. *“Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler”*.

Öncelikli olarak belirtilmelidir ki, işe iade davasının kabulü halinde verilen karar, feshin geçerli olmadığını tespitten ibarettir; bu kararın sonucunda, daha önce kurulan, yürüyen ve fakat işverenin fesih beyanı ile kesintiye uğrayan iş ilişkisinin devam ettiği tespit edilmektedir⁴. İş Kanununun 21. maddesinde de kullanılan “tespit” ifadesi, dava sonunda bir edaya değil, tespite hükmedileceğini göstermektedir. O halde işe iade davası (uygulamada kullanılan adının şeklen çağrıştırdığı anlama rağmen), bir eda davası değil, bir tespit davası niteliğindedir⁵. Bu davada feshin geçersizliğini tespit eden hakimin işe başlatmama tazminatını ve boşta geçen süre ücretine karar vermesinin bu hükümleri eda hükmü niteliğine dönüştürmediği kabul edilmekteydi. Zaten bu nedenle Yargıtay da davacının talebi olmasa da mahkemenin bu tazminatların ödenmesine karar vermesi ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının para olarak değil süre olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermekteydi⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İş Kanununun 21. Maddesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin, parasal miktar olarak belirleneceği düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde bu değişiklik şu şekilde açıklanmaktadır: *“Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay 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 imkan tanınmaktadır”*.

4 Yılmaz Ejder, “İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, sh.48; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, sh.1054.

5 Yılmaz, sh.48

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

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

şöyle ki, mahkeme bu ücret alacağı ve tazminatı parasal olarak belirllese dahi, bu alacakların doğumu şarta bağlıdır. Yani işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanır, aksi takdirde fesih geçerli olacağından bu creti talebi mümkün olmaz. İşe başlatmama tazminatı da, işçinin süresinde başvurmasına rağmen işverenin işçiyi mahkeme kararına rağmen bir ay içerisinde işçiye işe başlatmamış olmasının yaptırımıdır. İşe iade kararında boşta geçen süre creti ve işe başlatmama tazminatı parasal olarak belirlendiğinde, işçi mahkeme kararının kesinleşmesini beklemeden ilamlı takip yoluyla işverenden parasal miktarı işe iade kararında yazan boşta geçen süre creti ile işe başlatmama tazminatını talep edebilecektir. Zira ilamların icrası için hükmün kesinleşmesine gerek yoktur. Oysa 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre, “*İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur*”. şu halde henüz işe iade kararı kesinleşmeden ve kesinleşmiş işe iade kararının tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içerisinde işverene başvurusu söz konusu olmadan ilamlı takip yoluna başvurabilecektir. Yani işçi henüz boşta geçen süre ücretinin doğmasına ilişkin şart olan işverene başvuru şartı gerçekleştirmeden bu alacak için ilamlı takip yapabilecektir. Aynı şekilde işe başlatmama tazminatının doğumu da işçinin başvurusuna rağmen işverenin işe başlatmaması halinde doğacağından, bu alacak için de henüz doğmadan işçi ilamlı takip yoluna başvurabilecektir. Bu alacaklar için ilamlı icra takibi yapılması durumunda, icra müdürünün bu ilamı inceleme, değerlendirme, yorumlama yetkisi yoktur. Onun g-

revi bu ilama uygun bir icra emri düzenlemek ve borçlu işverene göndermektir. Bu durumda ilamda yazan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatların doğumu ve muaccel olmasına ilişkin şartların gerçekleştiğinin kim tarafından değerlendirileceği belirsizdir. Yani işveren yapılan ilamlı takibe rağmen, işçinin on iş günü içerisinde kendisine başvurmadığını veya işçiyi işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamadığını ileri sürüyorsa, yani bu alacakların doğumu ve muaccel olması için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, bunu ne zaman ve nerede itiraz konusu yapabileceği tartışmalıdır. Bu kapsamda işverenin bu nedenlerle icra mahkemesine itirazda bulunup bulunamayacağı bulunabilecekse icra mahkemesinin işçinin başvurusu, işverenin daveti veya işçinin işe başlaması konusunda nasıl bir değerlendirme yapacağı problem doğuracak niteliktedir. Şu halde işçinin henüz bu alacaklar doğmadan ve muaccel olmadan işverene karşı ilamlı icra yoluna başvurulması durumunda işveren icra emrinde belirtilen alacakları ödemek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla, her ne kadar boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı işe iade kararında artık süre olarak değil de parasal miktar olarak belirlense de, hakim kararında bu alacakların kayıtsız şartsız ödenmesine karar vermesi hukuken mümkün değildir. Alacakların parasal olarak belirlenmesi onlara eda hükmü niteliği verse de, boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının doğumunun şarta bağlı olması, bu alacakların ödenmesine ilişkin mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesine engel oluşturmaktadır. Bu durumda işçi yine feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin mahkeme kararında parasal olarak belirtilen ücret ve tazminatı ilamsız icra yolu ile takibe koyabilecek, işverenin itirazı halinde İcra İflas Kanununun 67. maddesi gereğince itirazın iptali davası açacaktır. Dolayısıyla kanun değişikliğinin alacağın icra yoluyla tahsilinde mevcut duruma göre önemli bir değişikliğe neden olmayacağı söylenebilir.

d. İşe Başlatmama Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Dava Tarihindeki Ücret Esas Alınarak Belirlenmesi

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

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

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

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

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

İşe başlatmama tazminatı bakımından da aynı hususlar söz konusudur. Mevcut durumda işe başlatmama tazminatı, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanırken, şimdi

işçinin dava tarihindeki ücreti üzerinden hesaplama yapılacaktır. Esasen feshin geçersizliğinin işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurusuyla hükümsüz hale geldiği ve iş sözleşmesinin kesintisiz olarak işverenin yeni bir fesih sayılan işe başlatmama tarihine kadar devam ettiği kabul edildiğinde işçinin bu süredeki ücret artışlarından yararlanması ve işe başlatmama tazminatının bu ücret üzerinden hesaplanması işin doğal sonucudur. Bu tazminatın hesabında dava tarihinin esas alınması durumunda işçinin bu artışlardan yararlanması mümkün değildir. İşe iade davasının uygulamada ortalama 1,5 yıl sürdüğü göz önüne alındığında, işe başlatılmayan işçiler bakımından tazminatta bir azalmaya neden olunacağı açıktır.

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

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

Üstelik bu düzenleme işe iade yargılamasının uzamasına da neden olacaktır. Zira boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını "dava tarihindeki" ücret üzerinden hesaplayacak mahkemenin, işçinin dava tarihindeki ücretini araştırması gerekecektir. Taraflar arasında ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa, mahkeme ücret araştırması yaparak, davacı işçinin fesih tarihindeki gerçek ücretini bulacak ve ar-

dından bu ücrette dava tarihine kadar bir artışın olup olmadığını belirleyecektir. Tasarıya göre işçi fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurmak zorunda olup, arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır; bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. 4857 sayılı Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre ise “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir”. Şu halde fesih bildirimini tebliği ile dava tarihi arasında 10 haftalık bir sürenin girmesi imkan dahilindedir. Dolayısıyla işe iade kararı verecek hakim taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu ise önce fesih tarihindeki son ücreti, sonra da sözleşme feshedilmeseydi işçinin ücretinin dava tarihinde ne düzeyde olduğunu araştırmak zorunda kalacaktır. Bunun da işe iade davasının süresini uzatacağı aşikârdır.

5. Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların Anlaşması Halinde Hukuksal Durum

a. Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılması Konusunda Anlaşmaları

Tasarının 12. maddesi arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde hangi konularda anlaşmış olmalarının zorunlu olduğunun belirleyerek Taslak metindeki önemli bir eksikliği gidermiştir.

Tasarıya göre, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde;*

a) *İşe başlatma tarihini,*

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

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

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

Oysa Taslak metin “*Tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde, işe başlatma tarihi ile işe başlatmamanın sonuçları da belirlenir. İşe başlatma tarihi belirlenmemiş ise anlaşma tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru şartı aranmaksızın işveren işçiyi işe başlatır. İşe başlatmamanın sonuçları belirlenmemiş ve*

işçi işe başlatılmamış ise birinci ve ikinci fıkrada belirtilen tazminatların ödenmesi mahkemeden talep edilebilir. Bu durumda birinci fıkrada düzenlenen tazminat, işçinin altı aylık ücreti tutarından az olamaz” şeklindeki düzenleme ile son derece karmaşık ve hukuksal boşluklar içeren bir düzenleme öngörmekteydi.

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

Tasarı hükmü gereğince, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde öncelikle işçinin işe başlatma tarihini belirlemeleri gerekecektir. Ancak burada sorun, işe başlatma tarihinin belirlenmesi konusunda tarafları bağlayan bir kuralın bulunup bulunmadığıdır. Zira Tasarı metninde sadece işe başlatma tarihini belirlemeleri zorunluluğundan bahsedilmiş, başkaca bir sınırlama getirilmemiştir. Yani acaba taraflar işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbestler midir? Örneğin işçinin bir yıl sonra işe başlatmasını kararlaştırırlarsa, bu tür bir kararlaştırma geçerlilik taşıyacak mıdır? Zira Tasarı metninde sadece işe başlatma tarihini belirlemeleri zorunluluğundan bahsedilmiş, başkaca bir sınırlama getirilmemiştir.

Eğer hükmün lafzına bağlı kalınırsa, tarafların işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbest oldukları söylenebilir. Ancak bu hem iş güvencesi sistemi ile uyumlu olmaz, hem işverene işletme risklerini işçi üzerinde bırakmaya imkan verir.

Bununla birlikte Kanuna eklenmesi öngörülen fıkranın kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerekli olup, kanaatimce hüküm bu şekilde yasalaşsa dahi, tarafların işe başlama tarihini belirlemeleri, İş Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrası hükmü göz önüne alındığında, arabuluculuk anlaşmasına varılmasından itibaren geçecek bir aylık süre içerisinde kalmak kaydıyla mümkün olabilir.

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

Oysa Taslakta bu husus açık bırakılmış ve sadece “*işe başlatmamanın sonuçları*”nı düzenlemeleri öngörülmüştü. Bu da işe başlatmamanın sonuçlarından kastedilenin 21. maddede öngörülen boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı mı olduğu yoksa tarafların işe başlatmamanın sonuçlarını bunlardan bağımsız olarak serbestçe mi belirleyecekleri konusunda tereddütlere yol açmaktaydı.

Tasarıda Taslak metinde yer alan ve 21. maddenin 6. fıkrasına “*Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla*” ibaresini ekleyen hüküm yer almamaktadır. Oysa Taslakta bu hükümlerle işe iadenin parasal sonuçlarını mutlak emredici olarak düzenleyen 6. fıkra hükmüne “*Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla*” ibaresi eklenmek suretiyle, tarafların işçi lehine olmak kaydıyla arabuluculuk anlaşmasında boşta geçen süre ücretini veya işe başlatmama tazminatını artırmalarına ve aynı zamanda işe başlatmamaya farklı tazminat yaptırımları öngörülmesine imkan tanınmış idi. Ancak hüküm Tasarıya alınmamıştır. Kanaatimce bu hüküm kendi içerisinde isabetliydi. Zira feshin geçersizliği ve işçinin işe başlatılması konusunda anlaşan tarafların, işe başlatmamanın sonuçlarını işçi lehine olmak kaydıyla farklı bir şekilde düzenlemeleri, bu yaptırımları artırmalarına iman tanınması isabetlidir. Esasen İş Kanununun md.21/son hükmünde yer alan ve sözleşmelerle 21. maddenin ilk üç fıkrasında değişiklik yapma imkanını sınırlayan hükmün tümden kaldırılması ve iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya arabuluculuk anlaşması ile işe başlatmamanın sonuçlarının işçi lehine olmak kaydıyla taraflarca serbest bir şekilde düzenlenebilmesi gerekir. Zira bu imkan işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kapsamında, işvereni geçersiz fesihten ve aynı zamanda işe başlatmamaktan caydırmaya imkan tanıyan hukuksal bir araçtır.

Tasarı hükmünün bu şekilde yasalaşması halinde artık işçinin işverene on işgünü içerisinde başvurması ve işverenin işe başlatılmak üzere işçiyi işe davet etmesi gibi bir koşul aramaksızın işverenin belirlenen tarihte işçiyi işe başlatması gerekecektir.

Arabuluculuk anlaşması halinde işçiyi işe başlatmayan işveren anlaşmada belirlenmiş boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır.

e. Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılmaması Konusunda Anlaşmaları

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

Esasen tarafların arabulucu aşamasında işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmaları iki türlü olabilir. Birincisi feshin geçerliliğinin işçi tarafından kabul edilmesidir. Bu durumda taraflar sadece feshin geçerliliği konusunda anlaşabilecekleri gibi geçerli feshin sonuçları konusunda da anlaşabilirler. Yani taraflar feshin geçerli olduğu ve geçerli feshin karşılığı olarak işverenin işçiye kararlaştırılan miktarda feshe bağlı tazminatları (örneğin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi) veya işçilik alacaklarını (kullanılmayan yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti gibi) ödeyeceği kararlaştırmaları mümkündür. Bunu yanında işveren tarafından yapılan feshin geçerliliği konusunda uyuşmazlık içinde bulunan taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, iş sözleşmesinin esasen ikale ile sona erdirildiğini de kararlaştırabilirler. Bu sözleşme, sulh niteliğinde bir ikale olarak nitelenebilir⁷. Bu halde iş sözleşmesi işveren feshi ile değil ikale ile sona ermiş olur ve taraflar sona eren iş sözleşmesinin sonuçlarını serbestçe düzenleyebilirler. Bu sözleşmenin arabulucu huzurunda çoğunlukla taraf vekillerinin katılımıyla yapılacağından irade sakatlığı nedeniyle sulh niteliğindeki ikalenin iptali ihtimali son derece azalacaktır.

6. İşçinin Arabuluculuk Anlaşmasında Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamamasının Hukuksal Sonucu

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

⁷ Sulh niteliğindeki ikaleye ilişkin açıklamalar için bkz. Astarlı Muhittin, İş Hukukunda İ kale, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2016, sh.136 vd.

halde işverenin devam eden iş sözleşmesine rağmen işçiyi çalıştırması temerrüt olarak ve işverenin işçiyi başvurusu üzerine bir ay içerisinde işe başlatmaması ise yeni bir fesih olarak değerlendirilmelidir⁸. Bu teorik çerçeve içerisinde geçersiz fesih nedeniyle işçinin başvurusu üzerine işverenin işe başlatmak istemesine yani işe davet etmesine rağmen işe başlamaması ise işçinin iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilmelidir. Ancak iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girdiği yıllarda bu yönde kararlar veren Yargıtay ilerleyen yıllarda, iş güvencesi sisteminin teorik çerçevesine uygun olmasa da işçiyi koruma amacıyla işçinin işe başlamamasının sonucunu feshin geçerli hale gelmesi olarak nitelemiştir. İşte bu görüşe paralel olarak Kanunda da, tarafların arabuluculuk faaliyeti neticesinde işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmalarına rağmen işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamamasını işçinin istifası olarak değerlendirmemiş, bu durumun feshi geçerli hale getireceğini öngörmüştür. Bu düzenleme her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda öngörülen iş güvencesi sistemine uygun olmasa da işçinin korunması anlamında kabul edilebilir bir çözümdür.

7. Arabuluculuk Anlaşmasının İçeriğine İlişkin Problemler

Arabuluculuk anlaşması ile ilgili sorun yaratacağı düşüncesinde olduğum hususlardan birisi de TBK md.420'de düzenlenen ibraya ilişkin. Zira 420. maddeye göre, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, 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". Kanun işçinin işvereni ibrasının ancak fesih tarihinin üzerinden bir aylık bir süre geçmesi halinde mümkün kılmaktadır. Tasarının 24. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa eklenen hükme göre ise, "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*". Şu halde TBK 420. madde hükmünün, iş sözleşmesinin sona ermesinin üzerinden bir aylık süre geçmeden düzenlenen arabuluculuk anlaşmalarında hüküm ifade edip etmeyeceği tartışma konusu olacaktır. Ancak Tasarının 24. maddesi karşısında kanun koyucunun 420. madde hükmünün arabuluculuk anlaşmalarında uygulanamayacağını öngördüğü söylenebilir.

8 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, sh.1064.

Bu kapsamda çıkabilecek diğer bir problem arabuluculuk anlaşmasında düzenlenen işçilik alacaklarının niteliğine ilişkindir. Taraflar arabuluculuk anlaşmasında, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusunda anlaştıklarında acaba bu anlaşmayla birlikte bu alacaklar yenilenmiş mi oldu, yani bunlar artık sözleşmeye bağlı alacak haline mi dönüştü? Bir diğer ifadeyle bu alacaklar hukuki niteliklerini yani, ücret veya tazminat olma niteliklerini korumaktalar mı, yoksa arabuluculuk anlaşmasından doğan alacaklar niteliğine mi dönüştüler? Tasarıda bu hususun belirli olmadığı ifade edilmelidir.

Bir diğer problem, arabuluculuk anlaşmasında tarafların tek tek alacak kalemleri konusunda değil de, tüm alacakları (örneğin, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ödenmemiş ücret alacağı) kapsayacak götürü bir miktar üzerinde anlaşmalarının mümkün olup olmadığıdır. Mümkün olduğu kabul edilirse uyuşmazlık, bu miktardan gelir vergisinin, sigorta priminin kesilip kesilmeyeceği, ücrete ilişkin korumadan yararlanıp yararlanmayacakları konusunda çıkacaktır. Yani götürü şekilde işçi lehine belirlenen ödeme miktarı içeriğinde yer alan alacak kalemlerinin nasıl ayrıştırılacağı belirsizdir. Bu nedenle tarafların arabulucu huzurunda nalşırken, alacak kalemlerinin ve miktarlarının aynı mahkeme kararının hüküm fıkrasında olduğu şekilde açıkça yazılmasının aranması gerekir. Bu konuda açık bir düzenleme yapılması isabetli olurdu.

8. İş İade Kararının İstinaf Kanun Yolunda Kesinleşmesi, Temyiz Mükün Olmaması

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının 8. maddesine göre, “4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar” hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

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

Bir koruma hukuku olarak şekillenen İş Hukukunun amacı, sürekli bir şekilde değişen ve gelişen endüstri ilişkilerinin yarattığı yeni problemlere günün koşullarına ve iş hukukunun amacına uygun çözümler üretmektir. Zira İş Hukuku dinamik bir hukuk dalı olup, iş hukukunun, önceden belirlenmiş ve değişkenlik göstermeyen bazı kalıp, kavram ve kurumlar

içinde değerlendirilmesi mümkün değildir⁹. Çalışma hayatının bu sürekli şekilde değişim gösteren yapısı, ortaya çıkan yeni ilişkilere ve bu ilişkilerin yarattığı yeni problemlere ani çözümler bulunmasını gerektirir. İşte bu aşamada Yargıtay içtihatları ülkemizde önemli bir rol üstlenmiştir. Zira İş Hukukunun durağan hukuk normlarının günün değişen koşullarına göre yorumlanıp, yeni problemler için güncel çözümler üretilmesi Yargıtay içtihadı ile mümkün olmaktadır¹⁰. Bu anlamda işyeri/işletme kavramlarının belirlenmesi, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının ortaya konulması, iş sözleşmesinin unsurlarının ve özellikle bağımlılık unsurunun içeriğinin belirlenmesi, geçerli neden kavramının açıklığa kavuşturulması, birlikte işverenlik, işçi temini konularındaki Yargıtay kararları bu nitelikteki içtihatlarla örnek olarak verilebilir. Aynı zamanda Yargıtay İş Hukukunda önemli ilkeleri de belirlemiştir; iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde “son çare ilkesi”, “ölçülülük ilkesi”, olumsuz öngörü ilkesi; ikalede “makul yarar” ölçütü; kanunların ve sözleşmelerin yorumlanmasında “işçi lehine yorum ilkesi” bunlardan bazılarıdır¹¹. Bunun yanında Yargıtay kararları, iş mahkemelerinde içtihat birliğinin sağlanması bakımından da özel bir öneme sahiptir.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihatları İş Hukukunun gelişmesine ve ortak bir çözüm bulunmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Bu itibarla Tasarı ile İş Hukukunun feshe karşı koruma amacının şekillendiği en önemli kurumu olan iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesinin geçersiz feshine karşı açılacak işe iade davaları için yalnızca istinaf kanun yolunun belirlenmesi, temyiz yolunun kapatılması isabetli olmamıştır¹². Gerekçede belirtilen “*Yargıtayın iş yükünün azaltılması*” ve “*davaların kısa sürede kesinleşmesi gereği*” bu tür bir değişikliğin nedenleri olarak ileri sürülemez.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bu değişiklik, iş güvencesi sistemine ilişkin olarak yeni Yargıtay içtihatlarının oluşmasına engel oluşturacaktır. Bunun yanında Türkiye’de hali hazırda faal on Bölge Adliye Mahkemesi bulunmakta olup, bu sayı faal olmayanlarla birlikte on beştir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bünyesinde İş Hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakan dokuz, Sosyal Güvenlik Hukukundan do-

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

10 Güzel, sh.1139.

11 Güzel, sh.1140.

12 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, 2016, sh.204; Güzel, sh.1140-1141.

ğan uyuşmazlıklara bakan iki İş Dairesi bulunmaktadır. Bu durumda, işe iade davalarından doğan uyuşmazlıkları istinaf mahkemesi olarak kesin bir şekilde karara bağlayacak onlarca Bölge Adliye Mahkemesi İş Dairelerinin kararları arasında nasıl içtihat birliği yaratılacağı ve uygulamaya ilişkin yeknesaklığın sağlanacağı da son derece muğlaktır. Oysa içtihat birliğinin sağlanması, hukuk güvenliğinin sağlanması anlamında adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

9. 4857 sayılı Kanunun İş Güvencesi Sisteminin Değerlendirilmesi ve Kanun Değişikliği Bakından Öneriler

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu İş K. md.18 ile işverenin süreli fesih hakkını geçerli nedene dayanma zorunluluğu getirerek sınırlandırmıştır. Mahkemenin feshin geçerli nedene dayanmaması halinde öngördüğü sonuç genel anlamda feshin geçersizliği ve işçinin iş ilişkisi devam ettiğinden işveren tarafından işe başlatılmasıdır. Kanun, feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra işçinin on işgünü içinde işverene başvurması halinde işveren bakımından işe başlatma yükümlülüğü getirmekte, buna aykırılığı tazminat yaptırımına bağlamaktadır.

Bu sistem içerisinde işçinin geçersiz fesih karşısında, bunun tespitini ve işe başlatılmayı talep etmek dışında başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Yani geçersiz bir fesih ile işten çıkartılan ve feshin nedeni, biçimi veya fesih sırasında veya sonrasında yaşanan olaylar nedeniyle artık aynı işyerinde çalışmaya devam etmek istemeyen işçi, işe iade yerine işverenin geçersiz feshine karşılık bir tazminat talep edememektedir.

Kanunun geçersiz fesih karşısında işçinin sadece işe iadeyi talep etme ve işverene de işe başlatma zorunluluğu öngörmesi, iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması amaçlandığından çok yadırgatıcı değildir. Ancak iş ilişkisinin taraflar arasında yoğun güven ilişkisi kuran yapısı dikkate alındığından ve bizatihi fesih veya öncesinde ve sonrasında taraflar arasında yaşanan olayların bu güven ilişkisini ortadan kaldırmayacağı düşüldüğünde kanunun işçiye veya tarafların talebi ile hakime geçersiz feshin yaptırımını belirlemek konusunda bir seçimlik hak tanınamış olması eleştiriye açıktır. Her ne kadar Türkiye’de yapılmış bir istatistik bulunmasa da genel olarak işe iade davaları neticesinde işe başlatılan işçi sayısının çok düşük olduğu da bilinen bir gerçektir.

Dolayısıyla Tasarı ile iş güvencesine ilişkin hükümlerde değişiklik yapılırken bu hususun göz önünde bulundurularak feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçinin aynı işyerinde çalışmak istememesi veya hakim tarafından işe iadenin taraflardan beklenemez olduğunun tespiti halinde işe iade yerine bir tazminat yaptırımını seçme imkanının öngörülmesi isabetli olacaktır. İşveren feshinin nedeni, bunun yapılaş biçimi, yargılama sırasında tarafların birbirlerine karşı tutumları taraflardan iş ilişkisini yeniden tesis etmeyi mümkün kılmayacak şekilde güven ilişkisini zedelemiş olabilir. Yargılama sürecinin uzunluğu nedeniyle işçinin bu sırada başka bir işyerinde çalışmaya başlamasının, işverenin işçinin yokluğunda yeni bir iş organizasyonu kurmasının, tarafların iş ilişkisine dair inançlarını önemli ölçüde azaltacağı gerçeği de işe iadenin temel sonuç olarak belirlenmesinin doğruluğunda tereddüte düşürmektedir¹³.

158 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 10. maddesine göre, yetkili merciler işten çıkarmanın haksız olduğu sonucuna varırlarsa ve ulusal mevzuat ve uygulamaya göre de işten çıkarma işlemi iptal ve/veya işçinin işe iadesine karar verme veya önermeye; bu yetkiye haiz değillerse veya bunların uygulanmasını mümkün görmezlerse kafi bir tazminata veya uygun görülen diğer bir telafi şekline hükmetmeye yetkili kılınacaklardır.

Sözleşmenin 10. maddesinin, feshin geçerli bir nedene dayanmadığının hukuken sabit olduğu haller için öngördüğü yaptırımlar; feshin hükümsüzlüğü (iptali) ve/veya işçinin işe iadesi, tazminat veya diğer bir telafi biçimi şeklinde olup ulusal iş güvencesi rejimi, ulusal kanun koyucunun tercihine bağlı olarak bu yaptırımların kombinasyonuna göre ortaya çıkacaktır; yani, feshin hükümsüzlüğü ve işçinin işine iadesi veya fesih hukuka aykırı olmakla birlikte geçerli, ancak işçinin yeniden işe alınması suretiyle işe iadesi ve tazminat ya da sadece tazminat veya uygun bir başka telafi edici yaptırım. Fakat feshin geçersizliği ve işe iade veya yeniden işe alınmaya karar verme yetkisi bulunsa bile belirli bir uyuşmazlıkta bunların uygulanmasının mümkün olmaması ihtimali karşısında yetkili merciin asgari bir yaptırım olarak kafi bir tazminat veya uygun bir başka telafi biçimini kararlaştırma yetkisini de haiz kılınması gerekmektedir. Bu nedenle Sözleşme temel yaptırım olarak tazminatı öngörmüştür denilebilir.

Alman İş Hukukundaki iş güvencesi sisteminde ise, işçi feshin sosyal yönden haklı olmadığı veya başka bir nedenle feshin geçersiz olduğu

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

kanaatindeyse Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz) md.4'e göre, fesihten itibaren üç hafta içinde feshin iş ilişkisini sona erdirmediğinin tespiti için dava açabilir. Mahkeme feshin geçersizliğini tespit ederse feshin iş sözleşmesini sona erdirmediğine karar verilir ve işçi boşta geçen sürenin ücretini alacaklı temerrüdünün özel bir düzenlemesi olan md.11 hükümlerine göre işveren talep edebilir. İşçi bu arada başka bir işe girmişse md.12 hükümlerine göre mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren bir haftalık sürede eski işverene yapacağı bir bildirimle eski iş ilişkisini sona erdirebilir. Bu durumda işçi ancak fesih tarihi ile yeni işe başladığı tarih arasındaki boşta geçen süre ücretini isteyebilir.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu feshin geçersizliğinin tespiti halinde iş ilişkisinin sürdürülmesini amaçlasa da, bu durum mutlak olmayıp, iş ilişkisine devamın beklenemeyeceği hallerde belirli koşullarla geçersiz feshin yaptırımını bir tazminat olarak belirlemektedir. Şöyle ki, Feshe Karşı Koruma Kanunu md.9'a göre, mahkeme iş ilişkisinin fesih işlemi ile sona ermediğini ancak sözleşmeye devamın işçiden beklenemeyeceğini tespit etmesi durumunda, işçinin talebi üzerine iş sözleşmesinin sona erdiğine, buna karşılık işverenin uygun bir tazminat ödemesine karar verir. Kanuna göre talep sadece işçiden gelmeyebilir. Eğer işçi ve işveren arasında işletmenin amaçlarına uygun bir birlikte çalışma artık beklenmiyorsa işveren talebi üzerine de mahkeme aynı kararı verebilir; ancak işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri açısından, işveren herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin iş ilişkisinin sona ermesini talep edebilmektedir (md.14/f.2). Geçersiz feshe rağmen iş ilişkisinin devamının taraflardan beklenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiğine mahkemenin karar vermesi halinde işverenin ödeyeceği tazminatın miktarı işçinin 12 aylık ücretini geçmemek üzere belirlenir (md.10/f.1). Ancak işçi 50 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi de 15 yıl sürmüştü, 15 aylık ücreti tutarına kadar; 55 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi 20 yıl sürmüştü 18 aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirlenir; işçinin normal yasal emeklilik yaşına ulaşmış olması durumunda ise, bu hüküm uygulanmaz (md.10/f.2).

Netice itibariyle 158 sayılı ILO sözleşmesinde ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda öngörüldüğü şekilde hukukumuzda da iş güvenliği sisteminde değişiklik yapılarak geçersiz fesih karşısında işçiye işe başlayıp başlamama konusunda bir seçimlik hak verilmesi düşünülebileceği gibi hakime de bu konuda takdir hakkı verilebilir. Tasarı ile işe iade davalarında zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yapılırken ve işe

iade davalarına temyiz yolu kapatılırken, esasen iş güvencesi sisteminin yeniden ele alınarak yukarıda belirttiğimiz hususların değerlendirilmesi isabetli olacağı kanaatindeyim.

II. İş mahkemeleri kanunu tasarısının iş uyuşmazlıklarında zamanaşımı konusunda öngördüğü değişiklikler ve hukuksal sonuçları

Zamanaşımı borcu sona erdiren bir neden olmamakla birlikte, alacak hakkını zayıflatan bir etkiye sahiptir. Zira zamanaşımı borçluya alacaklıya karşı kullanabileceği bir def'i hakkı verir. Bu def'i hakkı zamanaşımın dolması ile borç sona ermesede alacaklının bu alacağı dava yoluyla takip ve tahsil imkanı ortadan kalkmış olur. Yani alacaklının açmış olduğu alacak davasında zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde dava reddedilir. Zamanaşımının dolması ile birlikte borç eksik borç niteliğine dönüşür¹⁴.

Zamanaşımının borcun talep edilmesini alacaklı bakımından zayıflatan ve bu niteliği ile ahde vefa ilkesine istisna teşkil eden bir müessese olarak kabulünün altında iki temel neden yatmaktadır. Birincisi, alacağını uzun zaman boyunca talep etmeyen, bu konuda kayıtsız davranan kişinin böyle bir alacağın doğmadığı, talep edilmeyeceği veya sona erdiği düşüncesini yaratmış olmasıdır¹⁵. Doktrinde alacaklının alacağını uzun bir süre talep etmemesi konusunda gösterdiği bu kayıtsızlığın sonuçlarına katlanmasının olağan olduğu kabul edilmektedir¹⁶. İkinci neden ise, alacağın üzerinden çok uzun bir süre geçmesinin ardından bu alacağın mahkemeler huzurunda talep edilmesi, uyuşmazlığa ilişkin delillerin bulunmasını ve değerlendirilmesini zorlaştırmasıdır¹⁷. Bu durumda kamu yararı gözetilerek mahkemelerin bu tür uyuşmazlıklarla uğraşmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Borçlar Hukukunda genel zamanaşımı süresi 10 yıldır (TBK, md.146). Yani başka bir düzenleme yapılmış olmadıkça bütün alacaklar 10 yılda zamanaşımına uğrar. Ancak kanun koyucu bazı alacaklar için daha kısa zaman aşımı süreleri öngörmüştür. Kanunda öngörülen beş yıllık zamanaşımına işçilerin ücret alacakları da tabidir (TBK md.147).

Gerek TBK gerek İş Kanunu, beş yıllık kısa zamanaşımı süresini sadece ücret alacakları için öngördüğünde, İş Kanunundan doğan feshe

14 Eren Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Beta Yay., İstanbul 2009, sh.1232; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, sh.320-321.

15 Eren, sh.1233; Hatemi/Gökyayla, sh.321.

16 Hatemi/Gökyayla, sh.321

17 Eren, sh.1233; Hatemi/Gökyayla, sh.321.

bağlı alacaklar 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Ancak tasarı bu genel kuralda değişiklik yapmakta ve şu tazminatlar bakımından zamanaşımı süresini yarı oranında azaltarak beş yıla indirmektedir;

a) Kıdem tazminatı.

b) İş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat.

c) Kötüniyet tazminatı.

d) İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat.

Bu tazminatlar yanında Tasarı, yıllık izin ücretinin zamanaşımı süresini de beş yıl olarak belirlemiştir. Esasen kanaatimiz, kullandırılmayan ve iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelen yıllık izin ücretlerinin ücret niteliğinde bir değişiklik olmadığından beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeydi. Ancak Yargıtay dairelerinin bu konulardaki farklı görüşlerinin ortadan kaldırılması bakımından bu konunun ayrıca düzenlenmiş olması isabetlidir.

Tasarıda sadece İş Kanunundan doğan yukarıda zikredilen tazminatlar bakımından değil, “iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun” diğer iş kanunları veya Borçlar Kanunundan doğan bu tazminatlar için de zamanaşımı süresi beş yıla indirilmiştir.

Tasarıda bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde izah edilmektedir: “İşverenler yönünden bu sürenin uzun olduğu, yapılan bir fesih sebebiyle on yıl boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırdığı ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olduğu sıklıkla dile getirilmektedir. İşçiler yönünden ise fesih tarihinin tartışmasız ve net bir şekilde bilindiği, feshe bağlı alacağını dava etmek isteyen işçi için günümüz iletişim imkanları ve bilgilendirilme durumu dikkate alındığında, fesihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin çok uzun olduğu, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalmanın hukuk düzeni tarafından korunmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu sürenin kısaltılmasının, işçinin yeni iş bulma ve geleceğini planlamasına katkı sağlayacağı ve feshe bağlı alacağını talep etmek konusunda bir an önce harekete geçmesinin lehine olan delillerin korunmasına yardımcı olacağı da dile getirilmektedir. Bu kapsamda işçi ve işveren arasındaki uyumsuzluğun olabilecek en kısa sürede çözümlenmesinin sosyal barışa katkı sağlayacağı da düşünülmektedir”.

Tasarıda belirtilen tazminatlara ilişkin zamanaşımı sürelerinin ücret alacaklarında olduğu gibi, TBK'nın 147. maddesinde öngörülen kısa zamanaşımı süresine bağlanmış olması makul karşılanabilir.

Ancak İş Hukukunda zamanaşımı konusunda bir kanun değişikliği yapılırken tartışmaya açılması gerek bir konu, İş Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmesinden doğan ücret alacakları için öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihidir. Bilindiği üzere zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren hesaplanmaya başlanmaktadır. Tazminatların doğum anı kural olarak feshe bağlı olduğundan ve yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale geldiğinden zamanaşımı fesih tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin devamı sırasında doğan, temel ücret, ücret ekleri, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ödeme tarihlerinde muaccel hale gelmekte ve zamanaşımı süreleri işlemeye başlamaktadır. İşçinin iş sözleşmesindeki zayıf konumu, işverenin kişisel ve hukuki bağımlılığı altında olması, bunun yanında işverene sosyal ve ekonomik olarak bağımlı olması, işini kaybetme korkusu, yüksek işsizlik oranları nedeniyle işini kaybederse yeni bir iş bulma imkanının düşüklüğü işçilerin iş sözleşmesi devam ederken, bu ücret alacaklarını işverenlerinden talep etmelerine pek imkan tanımamaktadır. Nitekim uygulamada da ücret alacakları çok büyük bir çoğunlukla iş sözleşmesi sona erdikten, işçi işverenin egemenliğinden çıktıktan sonra talep edilmektedir. Ancak bu durumda işçi ancak dava tarihinden geriye dönük beş yıla kadar olan ücret alacakları için dava acımakta veya tüm ücret alacakları için dava açsa da işverenin zamanaşımı def'ini ileri sürmesi nedeniyle sadece son beş yıllık kısmın ücret alacaklarına kavuşabilmektedir. Görüldüğü üzere bu durum, işçilerin hak kazandıkları ücret alacaklarını talep etmeleri konusunda önemli bir engel teşkil etmektedir.

Şu halde zamanaşımının uzunluğunun, yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırdığı ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olduğu gerekçeleri ile zamanaşımı süreleri kısaltılırken, benzer gerekçelerle işçilerin iş sözleşmesinden doğan ücret alacaklarının zamanaşımı süresinin de iş sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren başladığı kabul edilmesi isabetli olur. Zira zamanaşımının dayandığı temellerden birisi alacaklının alacağını talep etmek konusundaki kayıtsızlığının korunmaması ve bu alacağı uzun bir süre talep etmemesinin alacağın doğmadığı veya sona erdiği konusunda bir inanç oluşturmasıdır. Ancak yukarıda izah ettiğimiz nedenlerle, yani işçinin özellikle işvereni ile problem yaşa-

mamak ve işsiz kalmamak düşüncesiyle iş sözleşmesi devam ederken ücret alacağı davası açmaktan çekindiği sosyolojik olarak yadsınamaz bir gerçektir. Bu gerçeklik karşısında işçinin alacağını talep konusunda kayıtsızlık gösterdiğinden bahsedilemez. Bu itibarla işçi ücretlerinden doğan zamanaşımı süresinin yıllık izin ücretinde olduğu gibi iş sözleşmesinin sona ermesi ile başlatılması yönünde bir kanun değişikliği yapılması isabetlidir. Aksi takdirde zamanaşımı işçilerin emeğin karşılığı olarak hak kazandıkları ücret alacaklarını talep etmelerinin önünde hukusal bir engel yaratılmış ve işverenin bu alacakları ödemeyerek ve ekonomik ve sosyal üstünlüğünden yararlanarak işçilik alacaklarından tasarruf etmesine neden olunmaya devam edilecektir ki, bunun adalet duygusuyla bağdaşmadığı açıktır.

III. İŞ MAHKEMELERİ KANUNU TASARISININ İŞ KANUNUNUN 91 VE 92. MADDELERİNDE ÖNGÖRDÜĞÜ DEĞİŞİKLİK VE HUKUKSAL SONUÇLARI

İş K. md.91/f.1'de de belirtildiği üzere devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikle teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır. Hükmün 6111 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, işçilerin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacakları ile iş mevzuatından doğan hususlardaki şikayetleri iş müfettişleri tarafından incelenmekteydi. Ancak bu şikayetlerin sayısındaki artış ve incelemelerin yoğunluğu iş müfettişlerinin asli görevi olan denetim ve teftiş faaliyetlerinden alıkoymuştur.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, 91. maddeye eklenen ikinci fıkra ile iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin, Kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikayetlerin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerince incelenmesine imkan tanınarak iş müfettişlerinin asli görevi olan işyerlerinin teftiş ve denetimine yoğunlaşmaları, diğer taraftan da işçi şikayetlerinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Değişiklik neticesinde iş sözleşmesi sona eren işçilerin bireysel alacaklarına ilişkin şikayetler Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri memurlarınca incelenecektir. Bunun dışında kalan şikayetler ise, yani iş sözleşmesi devam etmekte olan işçilerin kanundan veya sözleşmelerden doğan bireysel alacaklarına veya işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin şikayetleri yine iş müfettişlerince incelenmeye devam edecektir.

İş Kanununun 92. maddesinde 6111 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle işçi şikayetlerini incelemeye yetkili Çalışma ve İş Kurumu memurları

ve müfettişlerinin bu incelemeler sırasındaki yetkileri ve işverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri ile bu incelemeler neticesinde düzenlenecek tutanakların hukuki niteliği ve bunlara itiraz usulü belirlenmeye çalışılmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ise, 2011 yılında 6111 sayılı Kanunla alışma ve İş Kurumu İl müdürlükleri personeline verilen "iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin" kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin Şikayetleri inceleme yetkisini kaldırmaktadır. Bunun nedeni Tasarının Gerekçesinde belirtildiği üzere, Tasarıyla kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacak ve tazminatları için arbulucuya başvurulmuş olmasının bir dava Şartı haline getirilmiş olmasıdır. Bu durumda iş sözleşmesi fiilen sona eren işçiler, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacak ve tazminatları için çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine başvurmayı, doğrudan arbulucuya başvuracaklardır.

SORU - YANIT

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sayın Astarlı'ya bu güzel sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum. Gerçekten çok akıcı bir sunumdu, çok sorunları dile getirdi. 15 dakika ara veriyoruz, ardından sorun veya tartışma bölümüne geçeceğiz. Buyurun.

ARA VERİLDİ

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Tekrar saygılarımı sunarak başlıyorum. Hocam soruları okurken ben bir iki hususa değinmek istiyorum. Değerli Hocam dedi ki: *"İşe iade davalarının Yargıtay denetiminden yoksun bırakılması acaba Yargıtay'ın iş yükünü azaltması endişesiyle mi, bu kaygıdan mı düşünüldü"*? Aslında biz böyle bir şey düşünmedik, doğrusu komisyonda sadece şunu belirttik; *"Yasa koyucu bunların kısa süre içerisinde sonuçlanmasını istiyor. Hem istinaf bakacak, hem de Yargıtay denetlerse, o zaman burada öngörülen süre içerisinde bu davaların sonuçlanması mümkün değildir"* diye düşündük. Bunu sadece takdire sunduk, daha sonra komisyonda şöyle öneride bulunmuştuk; sosyal taraflara bırakalım bu işi, sosyal taraflar itiraz ederlerse, hayır, Yargıtay'ın denetimini istiyoruz derlerse, o zaman burada bir değişiklik yapmaya gerek yoktur. Yok kısa sürede sonuçlansın diyorlarsa, o zaman istinafta kesinleşmesi tabii ki daha isabetli olur diye düşündük. Sosyal taraflardan bu konuda çok ciddi bir itiraz gelmedi diye biliyorum ben doğrusu, bu şekilde kaldı. Aslında doğrusu işe iade davaları, ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin davalara göre daha zor değerlendirdiğimiz, zorlandığımız davalardır. Çünkü gerçekten işçinin çalışma hakkıyla işverenin teşebbüs hürriyeti, mülkiyet hakkı karşı karşıya geliyor. Siz özel bir hukuk sözleşmesinin sona ermesine izin vermiyorsunuz. Yargı olarak buna müdahale ediyorsunuz. Dolayısıyla bu noktada çok zorlanıyoruz ve bu değerlendirme çok bir birikimi gerektirir, bir tecrübeyi gerektirir. Yargıtay'ın tabii ki bu konuda oluşan bir tecrübesi ve birikimi var. Evet, istinaflara mevcut şartlar içerisinde en iyi atamalar yapıldı. Burada hiç şüphe yok, ama tabii sonuçta yine bir tecrübe meselesi, dolayısıyla istinaflar bu işin altından kalkar diye düşünüyorum. Şunu belirtelim ki gerçekten Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması kaygısı burada kesinlikle düşünülmüdü, bu düşünceyle hareket edilmedi.

Şimdi bir önerimi burada komisyonda benimsenmedi. Fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içerisinde işe iade davasının açılması var kanunda, tebliğ yazılı bir bildirim gerektirir. Dolayısıyla yazılı fesih bildirim yoksa işçi ne zaman dava açarsa, o zaman süresinde kabul etmek lazım, doğrusu bu, ama Yargıtay dedi ki: *"Eylemli de olsa, sözlü de olarak da olsa, iş sözleşmesi sona ermişse, bu tarihten itibaren"*

başlatılır” ve bu uygulama aslında kanuna uygun değil. Ben dedim ki hiç olmazsa uygulamayı kanuna uygun hale getirmek ya da kanunu uygulamaya uygun hale getirmek için daha doğrusu böyle bir değişiklik yapalım; “*feshin bildiriminden itibaren*” ifadesi olsaydı daha isabetli olurdu, ama bu nedense komisyonda benimsenmedi ve daha önce taslakta koymuştuk, çıkarıldı.

Bir de parasal olarak belirleme hususu var. Normalde işe başlatma tazminatıyla boşa geçen süre ücretinin parasal olarak belirlenmesi hususu mevcut düzenlemede de var aslında, mevcut düzenlemenin gerekçesinde var. Kanun metnine işlenmemiş, ama gerekçede ne diyor, 21. maddenin gerekçesinde? “*Zaman kaybına yol açmamak ve ikinci bir uyuşmazlığa mahal vermemek için hâkim işe iadeye karar verdiğinde, feshin geçersizliğine karar verdiğinde boşa geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı miktarını da kesin olarak belirler*” diyor. Dolayısıyla burada şimdi hâkim gerçekten kesin olarak belirlemek isteseydi hangi tarihteki ücrete göre yapacaktı işe iade davasında? Herhalde bilinen son ücrete göre yapacaktı, ama Yargıtay 2003'te bunu değerlendirirken bir taraftan bu davaların çok kısa sürede sonuçlanması isteniyor, bir taraftan da ücrete ilişkin tartışmalar bu davaları çok uzatıyor düşüncesiyle dedi ki mahkemelere: “*Bunu miktar olarak belirtmeyin, sadece ay olarak belirtin*”. Tabii ay olarak belirtince bu sefer hangi tarihteki ücret üzerinden belirlemesi lazım? “*İşe başlatmama tarihindeki ücrete göre*” denildi bu sefer, o tarihe götürüldü. Bu da aslında kanuna aykırı bir uygulama oldu. Şimdi burada mevcut düzenlemeye dönüş var aslında, yani kanun metni şeklini almış denilebilir parasal olarak belirleme, ama “*dava tarihindeki*” ifade, doğrusu buna “*geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret*” denilseydi daha isabetli olurdu diye bir çekincem var. Aslında bana sordular. Taslakta şöyleydi; ‘boşa geçen süre ücretini de tazminat olarak belirleme ve geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret üzerinden işe başlama tazminatı miktarı’, ancak aynı şekilde verilmedi. Bunu tamamen taslaktan çıkarıyoruz dediler, beni aradılar. Dedim o zaman artık diğerinin kalmasına da gerek yok. Bu parasal olarak belirleme, vesaire falan zaten gerekçede var. Sonra Şahin Beyle görüşmüşler, bu fıkra tekrar eklenmiş. Kanaatimce dava tarihi değil de, geçersiz sayılan fesih tarihi olsaydı çok daha isabetli olurdu.

Bir de burada da tabii Değerli Hocam da bahsetti, 21. madde, işe iade kararı verildiğinde, yani feshin geçersizliğiyle birlikte, işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesini zorunlu kılıyor. Boşta geçen süre ücreti konusunda bir zorunluluk yok aslında, dolayısıyla boşta geçen süre ücreti konusunda burada dikkate alınacak ücret konusunda bir sınırlamaya da gitmeye gerek yok. O zaten geçersiz sayılan fesih tarihinden itibaren hesap edilecek, o dönem içerisindeki ücret neyse, o dönem içinde meydana gelen artışlar, toplu iş sözleşmesindeki artışlar da dikkate alınacaktır. Çünkü o dönem, en azından kısmi bir dönem için, alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulandığı dönemdir. Onun da hiç olmazsa alacaklının temerrüdü hükümlerine uygun olarak bir çözüme kavuşması daha isabetli olur, metne işlenmesi daha isabetli olurdu. Şimdi tabii burada neden buna müdahale etme ihtiyacı hissedildi? Hocam da değindi, gerçekten bir işe iade davası bakın, ben şuradan şöyle bir kalem yazdım, işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti, kıdem tazminatı farkı çıkıyor oradan, ihbar tazminatı farkı, yıllık izinden fark çıkıyor, sigorta priminden uyuşmazlıklar çıkıyor. 21. Hukuk Dairesi'nin ve 10. Hukuk Dairesi'nin kararları var işsizlik ödeneği konusunda. İşveren diyor ki: *"Sen işe iade davası sonucunda başlatılmışsın ya da başlatılmamışsın, senin sözleşmen işe başlatılmadığın ya da başlatıldığın tarihe kadar devam etmiş oluyor. Dolayısıyla boşta geçen süre ücretini almış oldun. O döneme tekabül eden işsizlik ödeneğini geri istiyorum"* Bu şekilde davalar açılıyor.

Şimdi bir işe iade davası en azından şu anda bilinen 7 davanın doğmasına sebebiyet verdi. Bu da uyuşmazlık içinden uyuşmazlık çıktı. Bunları sona erdirmek, buna bir çözüm bulmak için düşünüldü. Son bir kez bu müfettiş rapor ve tutanaklarına itirazlar konusunda aslında gündeme getirdik, ama düzenleme yapılmadı. Bu da bizi çok rahatsız eden bir dava türü, yani şimdi öğretilde denildi ki bunlar menfi tespit davasıdır. Yani işverene, müfettiş raporuyla ya da tutanakla belirlenen işçilik alacaklarına orada itiraz etme hakkı getirildi. Peki, kim davalı gösterilecek? Bakanlık diyelim, çünkü raporu Bakanlık düzenledi. Yani Çalışma Bakanlığı müfettişleri düzenledi veya oradaki memurlar düzenledi. Peki, şimdi işçinin belki hiç haberi yok. Yani bir müfettiş gitmiş, genel denetim sırasında diyelim ki böyle bir alacak tespit etti, haberi yok. Bazen de 500 işçi için bir tespitte bulunuyor. Şimdi buna karşı bir dava, menfi tespit davasında Bakanlık davalı gösterdiği zaman Bakanlık neye göre savunacak? Şahit bulamayacak, işveren şahit bulacak, dolayısıyla bu davayı Bakanlığın kaybetmesi kaçınılmaz ve Bakanlık bir sürü vekâlet ücretiyle karşı karşıya kalacak. Menfi tespit davası düşündüğünüz zaman bu sefer işçiyi davalı göstereceksin. İşçi belki de böyle bir ihti-

lafın çıkmasını istemedi, iş sözleşmesi devam ediyor diyelim ki, şimdi iş sözleşmesi devam eden bir işçi durup dururken husumetli duruma düşecek. Dolayısıyla burada bir sorun var. Bu konunun düzenlenmesi gerekirdi diye düşünüyorum.

Tabii tasarıda İş Kanunu'nun tamamı ele alınmadı. Mutlaka İş Kanunu'nda bir sürü değişiklik yapılması gerekiyor elbette. Özellikle arabuluculukla ilgili düzenlemelerin yansımaları var burada, Bakanlık memurlarının inceleme yetkilerinin kaldırılması da yine arabuluculukla düzenlemenin yansımaları, işe iadeyle ilgili yine aynı şekilde arabuluculukla ilgili düzenlemelerden dolayı değiştirildi. Ben burada Hocamı dinlerken gerçekten birkaç not aldım, onları da iletmeye çalışacağım. Tabii ki bazı hususların düzeltilmesi gerekiyor, en azından komisyon aşamasında ve dolayısıyla burada yapılacak olan tartışmaların, yapılan tartışmaların çok önemli olduğunu düşünüyorum. Hocam, sözü size veriyorum, buyurun.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Şimdi birkaç soru var. Değerli meslektaşım **Doç. Dr. Ercüment Özkaraca** sormuş: Aslında tasarının getirdiği tek şey boşa geçen süre ücreti ve işe başlatma tazminatının miktar olarak belirlemek. Üstelik bunu şarta bağlı hükümlerle sağlamaya çalışıyor ki bu da aslında amacı gerçekleştirmeye pek de uygun değil. Mevcut sistem birden çok davaya neden oluyor, aslında tasarı bu haliyle yasalara girerse, bunda da bir çözüme gidilmiş olmuyor. İş güvencesi sistemi içerisinde işe iade çok istisnai bir durumdur. Bu durumda işçiye veya hâkime seçme hakkı tanıyan sisteme dönülmelidir. Tasarı bu şekilde yasalara girerse ne gibi bir fayda sağlayacak, samimiyet tartışmaları devam etmeyecek mi, gerçek iradeye aykırı davetler ve işe başlatma başvuruları devam etmeyecek mi? Bir öneride bulunuyor: Sendikal fesihlerde genel iş güvence sistemini esas alan kanun koyucunun 6356 sayılı Yasayı da bunun isabetsizliğini fark ederek şarta bağlı hüküm yöntemini terk etmesi karşısında tutarlılık açısından ve bu arada aynı şekilde hareket etmesi ve buna imkân sağlayan bir sistem benimsenemez mi? Ben de kendisiyle aynı kanaatteyim. İş güvence sistemi içerisinde yapılan bu mevcut değişiklikler uygulamada aslında tasarının amacı olan hiçbir sonucu gerçekleştirmeyecek. Yani Seracettin Bey de bahsetti, işte kıdem tazminatı farkları, sigorta primi alacaklarından doğan uyuşmazlıklar, samimiyet iddiaları, işverenin işçiyi işe başlatmadığına ilişkin pek çok sorun devam edecek ve üstüne üstlük yeni davalar eklenecek. Acaba ilamlı icraya koyulduğunda işçi bu ilamı alıp icraya koyduğunda işveren işe başlatmama tazminatını ve boşa geçen süre ücretini ödedikten sonra gidip istirdat davası mı açmak zorunda kalacak eğer gerçekten işçiyi işe başlattıysa? O zaman yeni bir dava ortaya çıkacak, gidecek icra mahkemesinde problemini halletmeye çalışacak. İş yargılamasından

çıkacak, icra mahkemesine gidecek, ama bu yeni bir dava yaratmış olacak. Mevcut problemleri de çözmeyeceğiz. 6356 sayılı Kanunda sendikal tazminatı artık kanun koyucu sendikal feshin bir yaptırımı olarak düzenliyor. Artık işçiyi işverenin davet edip etmemiş olmasının, işçinin başvurmasının, başvurmamasının işveren tarafından işe başlatılıp başlatılmamasının bir önemi yok. Çünkü kanun koyucu artık işe başlatmadan ziyade feshi bir yaptırıma bağlıyor. Aslında benzer bir sistem burada da uygulanabilir, düşünülebilir. Aslında dediğim gibi tüm sistem baştan ele alınıp Ercüment Hocanın da belirttiği gibi işçiye veya hâkime bu konuda bir takdir yetkisi verilebilir. Bu durumda problemler önemli ölçüde ortadan kalkar. Şu tartıştığımız problemlerin aslında çözümü çok basit ve sistemin de aslında işlemediği konusunda herkes hemfikir. Tamam, kanun koyucu işe başlatmayı esas almış, buna ilişkin bir sistem öngörmüş, ama bu konuda işçiye bir seçim hakkı tanınsa, işçi eski işine başlama konusunda bir iradeye sahipse işe başlatmayı tercih edebilir, ama işverenle artık fesih konusunda bu kadar anlaşmazlık yaşayan bir işçi eski işyerine dönmek istemiyorsa ve davanın uzun sürmesi karşısında yeni bir iş de bulmuşsa, belki bu işten ayrılmak zorunda kaldığı için işte usulsüz fesih yapmak durumunda kalıp ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacak yeni işine başlamak için. Dolayısıyla tüm bu karışıklıkları önleyip, işçiye bu konuda bir seçim hakkı tanınsa veya hâkim açılan işe iade davasında bunun devam edip etmeyeceğini, bu ilişkinin sürdürülebilir olup olmadığını değerlendirirse daha isabetli olur. Kendisine katılıyorum.

Av. Gürce Başak YAVUZ işe iade davalarının temyiz yoluna kapatılması hakkında bir soru sormuş. Özellikle bölge adliye mahkemelerinin çalışmaya başlamasıyla üst yargı olan Yargıtay'ın asıl ve esaslı görevi içtihat oluşturmak ve yargı bilinci sağlamakken işe iade davalarında gündel içtihat oluşturması ve Yargıtay'ın bu davaların denetim dışı kalmasını nasıl değerlendiriyorsunuz? Söz konusu içtihat birliği nasıl sağlanacak? Bende aynı kanaatteyim. İchtihat birliğinin sağlanmasının çok zorlaşacağını, bir içtihat mahkemesi olan, bir denetim mahkemesi olan, bozma veya onama yapan Yargıtay'ın iş hukukunun en önemli konusu hususunda denetim yapması gerektiği kanaatindeyim. Bunun şu anda kaç bölge adliye mahkemesi var? 7 adet, sayısı herhalde daha da artacak. Bunların içerisinde yaklaşık 25 daire var. Bu 25 daire içerisinde bildiğim kadarıyla bir birlik sağlanmaya çalışılıyor, ama dediğim gibi bunlar hep iyi niyetli çabalar, yarın bir gün belki kişisel problemler olur, her şey olur, bu içtihat birliğini sağlayamayabilirsiniz. O zaman da tüm Türkiye içinde işe iade davaları konusundaki içtihat birliğini sağlamak tamamen imkânsız hale gelir. Üstelik birbirinden farklı istinaf mahkemesi kararlarını

birleştirme gibi bir yöntem de hukukumuzda söz konusu değil. Onun için işe iade kararlarının Yargıtay denetiminden geçmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyim, bunu söylemişim zaten.

Av. Inciser ALPTEKİN: Mahkeme işe iade davalarında nasıl karar verecek? Boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatının yanında kıdem ve ihbar tazminatını da belirlemesi gerekecek mi, bu durumda tespit davası aynı zamanda eda davası niteliğinde mi olacak? Eski uygulamaya devam edilecek kanaatimce. Yani bu bir tespit davası olduğu için aynı davada hem bu sözleşme devam ediyor, fesih geçersizdir de-yip, arkasından da feshe bağlı sonuçları talep etmeniz çelişki oluştura-cağı için bunların aynı davada ileri sürülmesi mümkün görünmüyor.

Ücret belirsizse, işveren asgari ücret üzerinden gösterip, daha fazla ücret ödüyorsa, bu durumda ücret araştırması yapılacak mı? Evet, dava tarihindeki ücret mahkemenin araştırması gerekecek. Dava tarihinde gerçek ücret ne, ona da bakması gerekçe, mahkeme için yeni bir araştırma konusu ortaya çıkacak.

İşçi sendikalı ve toplu iş sözleşmesi varsa 4 aylık sürede TİS'le ya-pılan zamlar varsa ücretin tespiti nasıl olacak? İşte bunda problem var. Eğer dava tarihini esas alırsak mahkeme dava tarihindeki ücret üze-rinden mi boşta geçen süre ücretini belirleyecek, yoksa boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları yargılama sırasında oluşan haklar olarak mı hesaplayacak? Bu konuda bir belirsizlik var, açıklık getirilmesi gerekiyor.

Arabulucuda miktarlar belirlendiğinde ödenmeme halinde faiz be-lirlenecek mi? Yani bunlar artık ilam niteliğinde olduğu için ilama bağlı alacaklar bakımından esas olan hükümler geçerli olacak. Artık zamana-şımı bundan sonra ilam niteliğinde olduğu için ilama bağlı zamanaşımı olacak. Ona ilişkin faiz esasları uygulanacak diye düşünüyorum.

Başka bir soru daha var: 6356 sayılı Kanuna ve toplu iş sözleşmesi mevzuatına ilişkin pek çok konu Yargıtay incelemesinden muaf tutulması hakkında ne düşünüyorsunuz? Tasarı ile önemli davalar Yargıtay dene-timi dışında bırakılıyor. Özellikle toplu iş sözleşmesi yetki tespitine ilişkin davalar Yargıtay denetimi dışında kalıyor. Bunun da çok isabetli olma-dığını düşünüyorum. Bana yöneltilen sorular bunlar, başka soru varsa.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Ta-lat Hocam herhalde söz istedi, buyurun Hocam.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Sayın Başkanım, çok teşekkür edi-yorum. Sayın meslektaşına da kapsamlı, sakın sunumu nedeniyle çok teşekkür ediyorum. Dün bu konuları biraz hararetle ortamda tartıştık, sa-nıyorum son derece de verimli tartışmalar oldu. Burada Bakanlık temsil-cileri önemli notlar aldı, son düzenlemede bizim de birtakım eleştirileri-

miz oldu. Bir kısmını dün yaptım. Şimdi komisyonun hazırladığı metinle, şu an Meclise gelen metin arasında ciddi farklılıklar var. Onların bir kısmını ben de eleştirdim. Evet, işe iade davaları baştan sona Türkiye’de yeniden ele alınması gerekir. Ancak Komisyon’da biz bunu dile getirdiğimizde; komisyonun görevi iş yargısını hızlandırma komisyonu ve HMK ve buna bağlı olarak, yani işe iade davaları sadece içerisinden ikincil davalara etki eden, sadece boşta geçen veya çalıştırılmayan 4 aylık süreyle işe almama tazminatının miktar olarak belirlenmesinin katkı yapacağı gerekçesiyle yapıldı. Dolayısıyla bu bir belirleme, yani hâkimin belirlediği yine bir tespit hükmüdür. İşe iade kararını ilam niteliğine çevirmez. Bu tamamen tespit niteliğinde devam edecek, çünkü ilam dediğiniz anda kesinleşmesi beklenmeden icraya konulacak ve tahsil kabiliyeti olacak. Halbuki eski düzenlemede zaten vardı. Sayın Başkanım da söyledi, yani eski düzenlemede de bu vardı, ama bu süre içerisinde yetişmez düşüncesiyle Yargıtay’ın içtihadıyla bundan dönüldü. Yani rakama girmesin, 4 ay geçsin veya miktarı onlar sonradan belirlensin diye, yine fesih tarihindeki ücret esas alımı şeklindeydi komisyondan çıkan metin, sonradan buna dava tarihi getirdiğiniz takdirde yine aynı konuları tartışmaya açarsınız. Yani acaba fesih tarihiyle dava tarihi arasında ücret farklılığı oluştu mu, ne oldu diye o zaman bu düzenleme...

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Bir de 4 aylık süre henüz dolmamış oluyor dava tarihinde, geri kalan süreyi nasıl hesaplayacak hâkim?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- O zaman bu düzenlemeden beklenen amaç da gerçekleşmemiş olur. Fakat fesih bildirim veya tebliğ konusu tamamen teknik yazım meselesiydi. Fesih niteliği itibarıyla hukuken zaten karşı tarafa ulaştırılması gereken bir beyandır. Mutlaka sözlü ya da yazılı bir bildirim vardır. O nedenle denildi ki fesih bildiriminin tebliği yazım tekniğine çok uygun değil, fesih tarihinden diyelim geçelim. Bu nedenle fesih bildiriminden diye komisyonda geçmişti. Bu karşı tarafa bir bildirim olmayacağı anlamında değil, okursunuz zaten, fesih...

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Tabii, ya sözlü, ya yazılı, yenilik doğuran bir irade beyanı, karşı tarafa ulaşacak.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Bunda esaslı bir değişiklik yok esastan, yani mevcut düzenlemeyi hiçbir şekilde değiştirmiyor. Fakat işe iade davaları niteliği itibarıyla hızlı sonuçlandırılması gerektiği ve ülkemizde sonuçlandırılmasının birçok farklı koşullarla mümkün olmaması nedeniyle, önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ardından da bireysel başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi’uzun süren yargılamalar sonunda siz yasada kendinizi 4 ayla sınırlandırıp, 24 ayda bunu sonuçlandırdığınızda bu adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğinden’ tazminat kararları vermeye başladı. Dolayısıyla da şayet bir temyiz mi, bölge adliye

mahkemesi mi? Hem bölge adliye mahkemesi, hem temyiz niteliğine uygun değil, bunlardan birinin seçilme mecburiyeti var. Temyiz dediğimiz zaman şu eleştiriler geliyor;eksik birtakım hususları da bölge adliye mahkemesi hem hukuk denetimini, hem de yerinde maddi vaka denetiminin ikisini birlikte yapıyor.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- İnceleme mahkemesi.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Eksiği de tamamlasın, orada bu iş bitsin düşüncesi hâkim oldu. Tabii sıçramalı temyiz olarak adlandırılan hiç bölge adliye mahkemesine gitmeden doğrudan Yargıtay'a gidilebilir. Ben buna da karşı değilim, hatta Yargıtay'ın bu zamana kadar uygulamaları aşağı yukarı oturdu. İşe iadede çok güzel içtihatlar oluşturdu ve yerel mahkemelerimiz Yargıtay içtihatlarını esas alarak bu işe iade kararlarını kuruyorlar. Dolayısıyla Yargıtay'da da oturmuş bir sistem vardı. Bölge adliye mahkemelerinde -büyük bir kısmında iş hâkimlerinden oluşmayan- sistem oturana kadar Yargıtay'a gitmesi, doğrudan gitmesinin daha uygun olabileceği kanaatindeyim. Teknik olarak acaba arabuluculuk tutanağı Türk Borçlar Kanununun 420. maddesiyle çelişirse "*bu bir ibra olarak kabul edilecek midir*" bölümü, burayı biraz açmak lazım. Şimdi Arabuluculuk Kanunu da bir kanun, Borçlar Kanunu'ndaki hüküm de var. Siz Arabuluculuk Kanunu'nu yok sayamazsınız. Şimdi efendim, yeni sistem, eski - şu an ihtiyari olarak devam eden- arabuluculuğun iş hukukuna uyarlanması olarak geliyor. Yani bunu gözden kaçırmamız lazım. Dünden beri hep anlatmaya çalıştığım şey şu; mevcut arabuluculardan farklı olarak artık iş arabulucusu listesi oluşturulacak. Bunlara ayrı eğitimler verilecek, ayrı sınavlar yapılacak. Yani iş hukukunda hesap bilirkişisi diye şu an mahkemelerde uzman olduğunu iddia ettiğimiz veya bu konuda hesap yapan arkadaşlarımız bu listelere yazılabilecek, bu nitelikte uzmanlardan bahsediyorum. İki, artık dava şartı olduğu zaman siz arabulucunun önüne başlangıçta bir ihtilafı götürüreceksiniz. Yani "*kül ihtilaf*" diye bir şey yok, iş ilişkisinden doğan ihtilaflar için gidiyorum yok. Şimdiki ihtiyari sistemde o var. Çünkü Arabuluculuk Kanunu'nda bir hüküm daha var. "*Anlaşılan konularda dava açılmaz*" diyor. Şimdi işçi şunu söyleyecek başlangıçta;adliyenin içerisindeki arabuluculuk ofisi ya da sulh hukuk mahkemesine vermiş olduğu dilekçede ben şu şu kelimeleri, yani aynı dava dilekçesindeki iddialarıyla ilişkin olarak bir talepte bulunacağım. Bu talepler götürülecek oraya, yine iş hukuku uzmanı olan arabulucu işçiye yol da gösterecek, özel görüşmeye de alabilecek. Hatta tarafların değerlendirici arabuluculuğa geçmesiyle birlikte, ikisinin huzurunda diyecek ki; 'tamam, kayıtlarda asgari ücret göstermiş olabilirsiniz, ama ne veriyorsun?' ' Şu kadar.' 'Ne alıyorsun?' 'Bu kadar.' 'Buna göre kıdem tazminatın bu, ihbar tazminatın bu, fazla mesain bu, mahke-

meye gidersen alacakların bu, buna göre pazarlığını yap.' Bunun huzurunda bu pazarlıklar yapıldığında, buna rağmen işçi benim çok paraya ihtiyacım var, şu kadar gabin oluşturabilecek şekilde bir kısmına razıyım diyorsa, hayır, ben böyle bir arabuluculuk tutanağı düzenlemem, toplantıyı sona erdiriyorum. Arabuluculuk son tutanağını da ben bu şekilde sonlandırdım diye gönderecek ve taraflara verecek. Mahkemeye gönderecek, sevk edecek. Dolayısıyla bu sistem içerisinde, yani yeni gelen sistemin içerisinde biz bu arabuluculuğu da düşünmemiz gerekiyor. Çünkü siz 10 kalemle gittiniz, 4'ünde anlaştınız, 6'sında anlaşmadınız. Anlaştığınız konularda dava açamayacaksınız, ama anlaşamadığınız diğer konularda yine o tutanakla birlikte başka bir arabuluculuk müracaatınız olmaksızın anlaşamama tutanağı önünüzde olduğu için ve onun içerisinde hangi kalemlerde anlaşılıp anlaşılmadığı olduğu için onu götüreceksiniz.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Benim o konuda bir tereddüdüm yok, haklısınız. Çünkü bu anlaşılan kalemler üzerinde artık uzlaşma tutanağı maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği için bu konuda yeni bir dava konusu yapamazsınız. Benim tartışmak istediğim şu: Tamam, biz o kalemler üzerinde anlaştık. Acaba anlaşma tutanağına şöyle bir hüküm yazılsa: "*İşverenden başka bir alacağım kalmadı. İşvereni ibra ediyorum*" diye bir kayıt koysalar arabuluculuk tutanağına?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Anlaşma tutanağı ibra içeremez, anlaştığınız hususları içerir. Yani ben uygulamada gördüm. Bildiğiniz tipik ibraname şeklinde...

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Evet, ben de uygulaması için söylüyorum.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Arabulucuların iş arabulucusu olmasından kaynaklanan nedenler, biraz da dün söylemeye çalıştım. İşverenlerin artık normalde ödeyeceği miktarı bile ben bir ilama bağlıyım, kadrolu arabulucuma götürüyüm, o da böyle tutanak yapısından kaynaklanan, bunun da endişesini artık işverenin istediği arabulucu değil, resmi listede yazılı hâkimin belirlediği, gönderdiği arabulucudan bahsediyor olacağız. Dolayısıyla işçiyi korumaya yönelik olarak, yani mevcut sistemde ihtiyari arabuluculuk işçiyi korumuyor, tamamen iş hukukunda işçiyi korumaya yönelik hakkını, hukukunu da öğreten, durumunu da bildiren ve onun âdeta rehberliğini yapan, âdeta danışmanlığını yapan bir yeni sistemi konuşuyoruz. Benim bakışım bu şekilde, teşekkür ediyorum.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, teşekkür ediyorum. Arabuluculuk aşamasında anlaşılan konularda zaten bu konuda daha sonra bir dava da açılmayacağına göre bir ibra-

ya ihtiyaç duyulmaz ya da ibraya ilişkin ifadelerin bir anlamı olmayacak, zaten bir etkisi olmayacak, o bakımdan.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Şimdikilerde yazmışlar efendim, diyor ki: *“İşverenden başka hiçbir alacağım kalmamıştır, işverenin tam ve kamil anlamda gayri kabili rücu olarak ibra ederim”* diye metin yazanları görüyoruz.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Ben de onu söylüyorum, bu bir sulh sözleşmesiye, acaba taraflar sulh mü oldular bu konuda? İşte bunu kabul edecek miyiz?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- İki kişi iç içe geçemez arkadaşlar: İbra, hukuk dava, ibranın koşulları 420’dir. Arabuluculuk bundan bağımsız ayırdır. Arabuluculuktaki demin size söylediğim niteliği itibariyle anlaşılın hususlar ilam niteliğindedir. Tıpkı mahkeme kararı gibidir. Anlaşılın da hangi konularda, siz 4 konuyu götürdünüz. Fakat atıyorum, bir yıl sonra anladınız ki sizin işyerinde yapılan bir ikramiye ödemesi size yapılmamış ve bunu da yine götürmenize hiçbir engel yok. Sadece anlaşılın hususlar bağlayıcıdır.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Peki, sulh sözleşmesiye şimdi?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Sulh sözleşmesi değil.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Değil, benzeri, o zaman biz mesela mahkeme dışı sulh olmak istiyoruz. Mahkeme dışı sulh sözleşmesinde acaba henüz daha bir aylık dava açma süresi, bir aylık ibranameye ilişkin düzenleme süresi dolmadan biz aramızda sulh olsak, aramızdaki uyuşmazlığı çözümlerse, çözümlerken de miktarları belirleyip başkaca bir alacağımız da kalmadı diye bir anlaşma yapsak, buna geçerlilik tanıyabilir miyiz, mahkeme dışı sulh sözleşmesine?

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Hocam, bunun arabuluculukla hiçbir alakası yok.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Yok, ilgisi yok.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Tamam, sulh sözleşmesini o zaman bizim Borçlar Kanunu 420. maddesi içerisinde Yargıtay aynı koşullarda değerlendirecektir, ama arabulucu tarafların kendi iradeleriyle değil baki, resmi ve uzman bir arabulucunun huzurunda onun yönlendirmesiyle ve hakları öğretmesiyle mevcut alacağından bir kısım daha aşağısına razı oluyorsa bile bunu bilerek, yasal hakkını da bilerek anlaştığı bir metindir. Bu anlaşma tutanakları bu koşulda imzalandığında ilam niteliğinden olup, bu konuda ayrı bir dava açılmaz.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Hocam. Şimdi Bektaş Bey, buyurun.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Sayın Başkan, teşekkür ederim. Muhittin Hocama da gerçekten çok noktada katıldığım bu tebliğ konusunda da kendisini kutluyorum. Tabii arabuluculuğa elverişli mi, değil mi iş güvencesi, o ayrı bir konu, ama şimdi işçilik alacakları yönünden işçi arabulucuya gittiğinde arabulucu bir tutanağa bağlandığında hak kazanma konusunda hiçbir gerekçe oluşturmadan anlaşılan miktarlar konusunda aynı HMK'da 297'deki kısa karar gibi hüküm kuracak, ama orada şunu yapmayacak: Fazlaya ilişkin reddine, tarafların ibra edip anlaştığına değil, miktarları belirtecek ve o şekilde infaz edilebilecek şekilde hüküm altına alacak. Hüküm fıkrasını bu şekilde kuracak. Tabii orada Hocamın dediği gibi anlaşılan konuları tek tek, anlaşılmayan konular konusunda da eğer varsa onları da belirleyip, orada eğer arabuluculuğa konu edinmişse, tabii mahkemeye gidebilecek, ama hiç getirememişse, o zaman diğer alacak konusunda tekrar arabulucuya gitmek zorunda kalacak.

Şimdi temyiz edilebilen veya temyiz edilemeyen kararlar konusunda bu feshin geçersizliği, işe iade davaları gerçekten fesih çok önemli sonuçlar doğuran bir şey. Ben Hocama katılıyorum, burada özellikle işletme gerekleriyle fesih ya da toplu işçi çıkarmada Yargıtay denetiminin olması gerektiği düşüncesindeyim. Burada Almanya'da olduğu gibi atlamalı temyiz, yani atlama yöntemini benimseyebiliriz. Böylece bölge adliye mahkemelerinin iş yükünü de azaltmış olabiliriz. Bu bir tercih meselesi.

Prof. Dr. TALAT CANBOLAT- Hayır, Avrupa'da istinaf mahkemesi kararlarına temyiz yolu açıktır.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Atlamalı olmaya gerek yok, zaten istinaf mahkemesi kararları da.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Var, atlamalı temyiz söz konusu hocam, bazı yerlerde var. Almanya'da da var atlamalı temyiz.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)-Özel hakemden önce, iş sözleşmesinin feshinden sonra taraflar özel hakeme gidecekleri konusunda anlaşmışlarsa önce arabulucuya mı gitmeleri gerekir, özel hakeme mi? Aslında özel hakem bu konuda bir arabulucu gibi görünüyor. Bunun açıkça düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyim. Yoksa tereddütlere neden olacağı düşüncesindeyim.

Diğer bir konu: Özellikle yorum davasının 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 53. maddesindeki yorum davasında da temyiz yolunun kapatılması doğru bir yaklaşım olmadığını düşünüyorum. Çünkü bu birçok işçiyi ilgilendiren bir dava türüdür. O halde bu yorum davasının da temyize tabi olması gerektiği düşüncesindeyim.

Şimdi feshin geçersizliği davası aslında bir tespit hükmüdür. Usul hukuku yönünden baktığınızda bir tespit hükmüne özellikle ferileri de eda hükmü olarak kuramazsınız. Hele şartlı eda hiç kuramazsınız. O nedenle Yargıtay zaten böyle bir uygulamaya gitti. Bunun gerekçesi, ikincisi feshin geçersizliği ve işe iade ivedilikle sonuçlanması gereken, şimdi biz tekrar ücret araştırmasına gireceğiz, yine uzayacak. O halde bunun çözümü ne? Bunun çözümü şu: İşe iadeye yer verip eda hükmü kurmak zorundasınız. Ya işe iadeye ya da feshin geçersizliğine tazminata karar, burada da işçinin iradesine üstünlük tanıyacaksınız. Tarafları dinleyeceksiniz, hâkime ben bu konuda bir metin hazırlardım, verdim. Yani Almanya'daki sistemi, bizde işçinin ve işverenin samimi olup olmadığını araştırıp duruyoruz. Yani biz bu işle uğraşmayalım, ya doğrudan işe iadeye -bakınız, eda hükmü- ya da doğrudan tazminata, bu kadar basit. Bütün sorunları da kökünden çözer. O zaman o fesih sonuçlar doğurur, tekrar işe başvurdu mu, başvurmadı mı, başlattı mı, başlatmadı mı, bu sorunları yaşayamayız. O nedenle bunun bu şekilde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bu sorunlar da kendiliğinden biter.

Şimdi 15. maddeyle getirilen bu iş kaynaklanan kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun yıllık ücretli, izin, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının 5 yıla zamanaşımına tabi tutulması, bu siyasi bir tercih meselesidir. Fakat şimdi genel kanundaki işçilik alacaklarından doğan oradaki tazminatları da, yani kıdem tazminatını, haksız fesih tazminatı var orada.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Tabii ölüm tazminatı var.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Ölüm tazminatı var, boşta geçen süre, bırakın bakiye süre ücret alacağı da bir tazminat, cezai şart tazminatı, manevi tazminat var, sendikal tazminat var. Şimdi onlar arasında bir ayrıma gidiyorsunuz. Sadece onunla sınırlı tutuyorsunuz. Biz şunu önermiştik: Ben şahsen de söyledim. Şimdi hatta bu belirsiz alacak davasını da ortadan, kökten kaldıracak. Tasarıda kısmi miktar için açılan talep tüm alacak için zamanaşımını kesti. Bakınız, bu tamamen sistemi, o halde orada 5 yıl olmasının ya da 2 yıl olmasının hiçbir önemi yok. Dava o süre içinde açıldığı zaman alacağın tamamı için ke-seceği için bu miktar, fakat bu da talep görmedi. Şu anda genel kanunla özel kanun arasında, hatta özel kanun genel kanundaki zamanaşımını düzenliyor ve tazminatlar arasında da bir ayrımcılık söz konusu. Hatta bu ilk tasarıda sadece İş Kanunundaki kıdem tazminatı, ihbar tazminatı şeklinde düzenlenmişti. Ne oluyor dedik, hatta 2 yıl, e Borçlar Kanununa tabi, Basın İş Kanununa tabi, Deniz İş Kanununa tabi, çok farklı, bu nedenle gözden geçirirken ya o zaman diğer tazminatlar da tüm İş Kanunu, işçilik alacakları...

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Yani neye göre böyle bir tercihin yapıldığı belli değil. İş hukukundan doğan pek çok tazminat var. Bu tazminatlar arasında niye bu dördü? Mesela, orada bir problem daha var. Ben o kısmı atladım burada sizin söylediğiniz hususu, mesela eşitlik ilkesine aykırılıktan diyor. İşte ayrımcılıktan doğarsa, acaba onu da mı kapsıyor, kapsamıyor mu? Daha pek çok tartışma çıkartırsınız.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- İkaleden de bir ayrımcılık.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Tabii, yani işte.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Sendikal neden uygulanacak? Orada 10 yıl kalıyor, ama diğer ayrımcılık nedenleri.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Aslında genel olan eşit davranmada ayrımcılık tazminatını, onu ayırıyorsunuz, onun özel bir halini başka türlü düzenliyorsunuz.

BEKTAŞ KAR (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi)- Yani bilemiyorum. Şimdi toparlıyorum Sayın Başkan. 91 ve 92. maddedeki bu iş müfettişlerinin ve memurlarının bu yetkisinin alınması bence bizim uluslararası iş denetimiyle ilgili kabul ettiğimiz sözleşmeye aykırılık teşkil ediyor. Çünkü biz iş denetiminde kamu müdahalesinin olması gerektiğini söylüyoruz. Tabii burada sorunlar çıkıyor, ama iş müfettişlerinin ve iş memurlarının sadece genel denetim, kontrol denetimi değil, inceleme denetimi de var. İnceleme denetimi de işçinin şikayeti üzerine yapılan bir denetimdir ve yargılama konusu olur. O zaman orada işçi taraftır. Bunun bu şekilde düzenlenmesi gerekiyor. Biz zaten Şahin Başkanım ile beraber bu iş müfettişleri, çünkü 2006 yılında iş müfettişlerinin kontrol görevi kaldırılınca iş uyuşmazlıkları çok arttı. Halbuki iş müfettişlerinin bu kontrol denetimi yaptığı, işyerinde yaptıkları denetim sonucu uyuşmazlıklar daha çok rahat çözülmüyordu. Bu uyuşmazlıkları arttırdı, bu kayıt dışılığı da teşvik eder. Teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Bektaş Bey. Tabii şimdi bu sistemle ilgili, yani Almanya'daki benzer bir sistem işte işe iade davalarında, yani feshin geçersizliği mutlak anlamda bir geçersizlik yaptırımını mı bağlamak lazım, yani bu tamamen bir siyasi tercih meselesi. Dolayısıyla tabii yine bu bize özgü olmuş maalesef ve hiçbir şeye de benzemiyor. İşin ilginç tarafı tam bir satranç oyunu gibi, şimdi işçiyle işverenin özellikle işyeri davasından sonra işveren bu işe girmiş, bu başlamayabilir diyor ve bunu şey yapayım, işte bir davet edeyim. Gelemeyeceği kesin bu işçi de ben bir gideyim bakalım, bunun başlatmayacağı kesin, bana yani böyle tam bir

satranç oyunu ve gerçekten biz uygulayıcıları çok yoran bir dava türü. Bir satranç var, satranç oynuyorlar ve biz burada bu oyunun içerisinde kim haklı, kim haksız diye böyle bir şeyin içine giriyoruz. Bu doğru değil, bu kadar yormamak lazım bizi, uygulayıcıları bu kadar meşgul etmemesi lazım.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Bence olması gereken bu güvencenin kapsamı ve bu güvencenin daha sağlamlaştırılması. Yani biz eğer işçiyi feshe karşı korumak istiyorsak, şimdi 30 işçi ölçüsü dolayısıyla çalışanların önemli bir kısmı güvencenin kapsamı dışında, biz zaten çok dar bir grup için konuşuyoruz. 158 sayılı sözleşme diyor ki çok istisnai bir grubu bu güvencenin dışında bırakabilirsiniz. Biz aslında çalışanların yüzde 60-70'ini zaten bu güvencenin dışında bırakıyoruz ve güvence içine aldığımız zaten kurumsal işyerlerinde, büyük işletmelerde çalışan işçiler, orada zaten iş hukuku kurallarının diğerlerine nazaran çok daha yoğun bir şekilde, etkin bir şekilde uygulanıyor. O zaman bizim korumamız gereken daha geniş kitleler. O zaman yapacaksa böyle bir değişiklik, biz önce oturup bu güvencenin kapsamını genişletip, güvenceyle daha sağlam esaslara bağlamak, daha ciddi yaptırımlara bağlamak gerekiyor.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Hocam. Şahin Bey, buyurun.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ben de Muhittin Hocama çok teşekkür ediyorum. Gerçekten son söylenenlere katılıyorum. Ülkemizde küçük bir resimle uğraşıyoruz. Aslında büyük tabloda OECD ülkeleri arasında kıdem tazminatının, iş güvencesinin ve işsizlik ödeneğinin olduğu tek ülkeyiz. Bu açıdan bakılırsa Türkiye'de işçiler çok büyük bir koruma içerisinde gibi görülebilir, ama üçü de yarım yamalak diyebilirim. Kıdem tazminatı bakımından etkin bir düzenleme olduğu görünse bile zaman zaman gündeme geliyor, 1/10 alabiliyormuş kıdem tazminatını işçilerin, işsizlik sigortası var, yararlanma koşulları çok ağır ve ciddi bir rakam birikti fonda, son zamanlarda onu işyerlerine teşvik olarak veriyoruz. İş güvencesi katılıyorum, çok zayıf bir iş güvencesi var.

Şimdi Bektaş Bey kısmi davanın zamanaşımını kesmesinden bahsetmişti. Böyle bir hüküm taslakta bir ara vardı, ancak daha sonra çıkarıldı. Şimdi ben şuradan başlamak istiyorum: İşe iade davalarının Yargıtaya gitmemesi, istinafta kesinleşmesi eleştiri konusu oldu. Hocamın söyledikleri çok doğru bence, bir tercih yapılması gerekiyordu ve doğru tercih bence de istinaftı. Aksi halde istinaf artı Yargıtay olduğunda çok uzun bir zaman dilimi geçiyor ve birçok soruna neden oluyor. Sıçramalı temyiz de çok uygun olmazdı bu noktada, sıçramalı temyiz bence 6356

sayılı Kanun kapsamındaki davalarda düşünülebilirdi, sendika davalarında istinafi aradan çıkaran model çok daha iyi ve başarılı olabilirdi.

Şimdi bu istinaflarda kararın kesinleşmesi noktasında dün de bahsettim, ilgili mevzuatın 35. maddesi, yani 5235 sayılı Kanunun 35. maddesi bir yöntem öngörüyor. Kaldı ki biz Yargıtayın içtihat mahkemesi olduğunu zaten kabul ediyoruz ve bütün ilkelerimizi buna göre belirledik. Yine bu yasanın geçikmesi sebebiyle 10 aydır bir istinaf artı Yargıtay denetimi yaşıyoruz. İşe iade davaları bakımından bu anlamda da belli bir içtihat birikimine de ulaştık. Kararlar hâlâ da gelecektir. Ben bu noktada bir sorun olacağını zannetmiyorum, keyfi kararlar olmayacağını da kesinlikle biliyorum. Bir istinaf yargıçısı olarak şunu söyleyebilirim: Temyiz yolu kapalıysa, çok daha titiz davranıyoruz. Yani şu kaygıyı hissediyoruz: Şimdi bizde bitiyor bu artık, bu daha yukarıya gitmeyecek, biraz da Yargıtay düşünsün diyemeyeceğimiz için çok daha Yargıtay içtihatlarını takip eder bir modelle çalışacağız.

Hocam bahsetti, ivedilikli karar verilmesi, yani sürelerin kaldırılıp “*ivedilikle*” ibaresi, bu aslında bize, ilk dereceye ve istinafa yönelik bir ibare diyebilirim. Diğer dava türlerine göre bu dosyalara öncelik vermemizin bir gerekçesi, çünkü soruyorlar daha sonra, vatandaş takip ediyor UYAP’tan, alacak davası bekliyorken niye bunu çıkardınız diye soruyor, hem de fazla bir cevap vermek yerine biz bunu öncelikle görebilmemiz için bu noktada bu 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine bir etkisinin olmayacağını tahmin ediyorum, böyle düşünüyorum.

Şimdi “*arabulucu aşamasında işe iade noktasında anlaşılırsa, ileri tarih konulabilir mi*” diye sordu Hocam. Bence konulabilir, buna bir engel yok. Çok bariz kötüye kullanılmalı durumlar, yani bir yıl sonra deyip de böyle bir şey olur mu, yaşanır mı bilmiyorum, ama işçi de sonuçta buna orada imza atıyor. Hatta dün bana gelen sorulardan biri şuydu: İşe çağırıldığında işveren işçiye şöyle diyebilir mi? Başka yerde çalışıyorum, bana izin verirsiniz, oraya ihbar öneli tanımam gerekiyor. Bakın, bu ona da bir çözüm bulabilir. İhbar öneli sonrasında şu tarihte başlama konusunda tarafların anlaşmaları pekâlâ mümkün olabilir.

Yine Hocamın sorduğu soru, çok güzel sorular sordu Hocam, çünkü bu tasarıyla ilgili bütün akıllarda kalan soruları sordu. Diyordu ki acaba işe başlatmama konusunda anlaşabilirler mi arabulucu aşamasında ve bunu bir sonuca bağlayabilirler mi? Bence olmaz. Çünkü kanun işe başlatma konusundaki bir modeli kurgulamış. İşe başlatılır, başlatılması durumunda da tarihi, rakamları belirler diye, aksi halde anlaşma yok sayılır dediğine göre biz işe başlatmama konusunda anlaşmış, rakam bu demeleri işçinin işe iade davası açmasına engel oluşturmaz. Çünkü bu kanun dediğim gibi işe başlatmayı modelliyor, işe başlatmama nok-

tasında kendini o aşamada sınırlandırmasının çok doğru olmayacağını düşünüyorum.

Yine Hocamın bir sorusu şuydu: Acaba kümülatif olarak orada alacaklar belirlendiğinde ya da tek tek sayıldığını da düşünelim. Bu bir anlaşmadan doğan alacak ya da tazminat kalemi midir, yoksa yine yasal olarak bunların karşılığı mesela, kıdem tazminatı eşittir kıdem tazminatı mıdır? Bunu ikaleden benzetebiliriz. Çünkü bu konu ad tartışılmıştı. İkaletle kararlaştırılan kıdem tazminatı teknik anlamda kıdem tazminatı mıdır diye düşünülürken Yargıtay biliyorsunuz kıdem tazminatı neyse budur demişti.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Maliye Bakanlığı farklı uygulamıştı önce.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı)- Maliye Bakanlığı şu anda galiba kaldırmış onu en son muktezasıyla.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Evet, son muktezasıyla kaldırdı.

ŞAHİN ÇİL (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı)- Kaldırmış. Dolayısıyla artık kıdem tazminatı eşittir ikaledeki kıdemdir. Aynı oradaki vergi korumalarına tabidir diye düşünüyorum. Prim aynı şekilde diğer alacaklardan kesilecektir, kesilmesi gerekir.

81 sayılı ILO Sözleşmesine aykırı olduğunu 91 ve 92'deki değişikliklerin ben de Bektaş gibi kabul ediyorum, öyle düşünüyorum. Çünkü 2011 yılına kadar iş müfettişlerinin yaptığı denetimlerden yüzde 40 oranında başarı sağlandığını biliyoruz. Bunlar yargılama önüne gelmiyordu. Bir alternatif çözüm yöntemi gibi çalışıyordu. Çünkü müfettiş denetime gittiğinde uyumsuzluğu fesih sonrası uyumsuzluğu çözmek için gittiğinde işyerindeki olumsuzlukları biliyor, görüyor. *"Bak, öde bunun parasını, yoksa"* dediğinde o ödeme gerçekleşiyordu. Şimdi önce bunu Bakanlık memurlarına verdiler, sonuç pek verimli olmadı. Şimdi Bakanlık memurlarından bu görev alındı, ama bence asıl buradaki sorun bir başka maddede yine değişiklik var. Bir önceki maddede değişiklikte diyor ki: *"İş müfettişleri bakımından da denetim yetkisinin fesih hariç -öyle yazıyor orada- sözleşmenin feshi hariç şikâyet denetimleri yapılabilir"* Dikkat edin, orada *"yapılabilir"*, o noktada da bir geriye gidiş var. Artık yapılır da demiyor, o kadar müfettiş sayısı az ki demek ki normal iş teftişinde bu anlamda bir geriye gidiş söz konusu.

Son değineceğim konu en bence can alıcı konu, birçok katılımcı bu konuda fikrini de söyledi: Aslında bu işe iade davalarının, bir davanın iki dava, üç dava olması sorunu gündemdeydi ve komisyon olarak buna bir neşter vurulması düşünülürdü. Bir paketti, bu paketin dönüldü. Hatta

o paketin içinde ilk başlarda işçi temsilciliği bile vardı. Dün Murat Engin Hocam da bahsetmişti, o bile orada yer almıştı. Taslakta, tasarıda yer almasa bile bu bile vardı. Daha sonraki aşamalarda yine Muhittin Hocamın sözünü ettiği geçerli nedene dayanmayan bir fesih varsa işçi işe iadeyi istemeksizin doğrudan iş güvencesi tazminatını alabilsin. Yani geçersizliğin direkt yaptırımı, ben bu işverenle tekrar yola devam etmek istemiyorum, ben iş güvencesi tazminatımı istiyorum buradan da diyebilmesi mümkünken o da işe iadeyi talep etme şartına sonradan bağlanmış oldu, ama şimdi burada bu son yapılan değişikliğin, yani en son Başbakanlık aşamasında yapılan o bir cümlelik değişikliğin nedeni şuydu: Şöyle düşünmek lazım, işe iadeye arabuluculuk bir şekilde getirildi mi? Getirildi. Şimdi işe iade davası öncesinde arabulucuya gidecek işçi, bu aşama uzlaşmazlıkla sonuçlanacak, tutanağa bağlanacak. İki hafta süresinde davasını açtı, yargılama sürdü bir müddet, karar kesinleşti diye başvurdu, başlatılmadı. Bu değişiklik yapılmadığı halde düşünelim şimdi, bir geriye sarıp düşünelim. Başlatılmadığında mahkeme tespit niteliğinde, yani belirlenmesine, tespitine diye ferilerle ilgili bir hüküm kuracak. Bunun için bir dava açması gerekecek mi? Gerekecek. Bu açacağı yeni dava öncesinde ikinci bir arabuluculuk olacaktı. Bir işe iade davasında iki kez arabulucuya gitme söz konusuydu. Bu kaygıdan hareketle acaba ikinci kez gidilmesin işe iade davası sonucunda, yani bir kez arabuluculuk görüldü. Orada anlaşma olsaydı olurdu. Nihayetinde dava açıldığında mahkeme artık yeni bir arabuluculuk gelmesin diye miktar belirlensin, belirlenirken de bir tarih olacaktı dediğiniz gibi, ya fesih tarihi, ya dava tarihi olacaktı. Zaten ikisi birbirine çok yakın takdir edersiniz ki arabuluculukta en fazla Hocamın dediği gibi 3 veya 4 hafta, bir ay kaybedilecektir. Ücretin değişimi olasılığı zayıftır ki olabilir. Bu noktada dava tarihi esas alındı. Benim burada asıl sormak istediğim, tartışmaya açmak istediğim konu şu: Kanundaki metne baktığımızda boşta geçen süreye ait ücretlerle işe başlatmama tazminatının ikisinin de dava tarihindeki ücret üzerinde hesaplanacağı belirleneceği, parasal olarak belirleneceği yazılı. Acaba bu boşta geçen süre ücretinin ücret olmaktan çıkarıldığı, tazminata çünkü bakın, feshi izleyen eskiden olduğu gibi 4 ay içerisindeki ücretler değil, dava tarihine dair bir rakamla hesaplanacak. Götürü bir tazminata dönüştürüldüğü düşüncesini yaratabilir mi? Bunun sonuçları çok farklı olur takdir edersiniz ki, buraya gidersek bu 4 aya kadar ücret için prim ödenmez, hizmet süresine eklenmez, hiçbir daim fark çıkmaz denilebilir. Bu düşünce gelişebilir mi, yoksa -bir kısım katılımcılar bahsetti- yine bu tespit niteliğinde olup da yeniden bir dava açılacaksa, o zaman hani eğer işe iade davası sonucunda verilen parasal olarak belirlenmesine rağmen bu tespit niteliğindeyse, o daha sonra

açılacak yeni dava öncesinde yeniden arabulucuya gidilecek mi? Bunu merak ediyorum, teşekkür ederim.

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Bence problem şurada: Bence hâlâ şeye karar verebilmiş değiliz, bu mahkeme hükmü acaba ilamlı icraya mı konulacak, ilamsız icraya mı koyacağız? Sanırım bu konuda bir kanaat oluşmuş değil. Ben mesela, Şahin Bey: *“İlamlı icraya konur”* dedi. Bektaş Bey: *“Hayır, ilamsız icra olur”* dedi. Usul hukukçuları: *“Bu ilamdır, ilamlı icraya konu olması gerekir”* dedi. Şartlı hüküm nasıl vereceksiniz deyince *“evet, haklısınız, olmaz”* dediler. Şartlı hüküm veremez mahkeme denildi. Bunun çözümünü nerede bulacağız, kim bulacak? Yargının da bunu çözebilmesi mümkün değil. Bu böyle çözümü olan bir kuyu ki yani attığınız taşı çıkartmak veya bunu bulmak falan diye bir şey mümkün değil. Sizin söylediğiniz acaba boşta geçen süre ücreti tazminata mı dönüşüyor? Taslakta böyleydi, taslaktan vazgeçilip tasarıya bu tazminat olmaktan çıkarılıp tekrar ücret ve diğer haklar denildiği için herhalde tasarımı yapanlar bunu hâlâ ücret olarak korumak niyetindediler, ama dediğiniz gibi biz bir tarih olarak bunu belirlediğimizde onun ücret olma vasfını da önemli ölçüde göz ardı etmiş oluyoruz. Çünkü boşta geçen süre devam eden bir 4 ay var. Biz o 4 ayda bir tarihe alıp, tüm dönemin tazminatını belirleyeceğiz ve muhtemelen ortada bir tarih olacak. Ortada bir tarihte geçmişteki ve gelecekteki 4 aylık bir sürenin miktarını nasıl belirleyeceğiz? Dediğiniz gibi bu götürü bir tazminata mı dönüşmüş olacak? Yani böyle bir yorum da yapılabilir. Yapılırsa da çok abes olmaz.

Yargıtay içtihatlarıyla ilgili bir şey söylemek istiyorum. Niye Yargıtay denetimi yapılması gerekiyor? Ali Güzel Hocamın makalesi var, geçen sene yazmıştı. Orada aslında açık açık detaylı olarak anlatıyor. İş hukuku yaşayan bir hukuk, siz şimdi diyorsunuz ya, işte Yargıtay içtihatlarından çok yararlanıyoruz, ama iş hukukunun problemleri bitmiş, iş hukuku burada tarih sona ermiş kalmış değil, iş hukukunda pek çok yeni problem ortaya çıkacak. Endüstriyle ilişkileri geliştikçe, yeni problemler, hiç aklımıza gelmeyen problemler çıkıyor. İşte içtihatlar bunun için önemli Yargıtay içtihatları, tamam, biz önceliklerden faydalanıyoruz, ama mevcut çıkacak uyuşmazlıkları kim çözümlenecek, o konudaki içtihatları kim oluşturacak, o birliği nasıl sağlayacağız?

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Hocam, teşekkür ederim. Ali Güzel Hocam, buyurun Hocam.

ALİ GÜZEL- Teşekkür ederim Sayın Başkan söz verdiğiniz için, değerli tebliğ sahibi meslektaşına çok teşekkür ediyorum. Şimdi iki gündən beri tartıştığımız konularda söz alan, tebliğ sunan ve bu taslağı hazırlayan, hazırlanışında katkısı olan herkesin iyi niyetli, gerçekten iş

yargısının, iş hukukunun içinde bulunduğu sorunlara çözüm getirme çabası içinde oldukları konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Yalnız ben yarım yüzyıl demek biraz şey, 50 yılı geçkin bir iş hukuku akademisyeni olarak şu anda önümdeki İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısını nasıl okuyorum? Bunu çağdaş iş hukukunun gelişim seyri, gelecekteki Türk hukuku sistemi açısından nasıl okuyorum? Siz 2 aylık süre, 4 aylık süre, o zaman da ben ilk yasa çıktığında avukatlara dedim ki hemen Strasbourg'a gidin insan hakları mahkemesine, nitekim de oldu. Şimdi hiçbir yerde "ivedilikle" deniliyor ve Sayın Başkan Seracettin Göktaş: "Efendim, iş güvencesi şeyleri ivedi, vesaire", şimdi biz bu yolla hukukun özünü birtakım basit pragmatik çözümler getirerek, ama hukukun doğasına aykırı çözümler getirerek yapıyoruz. Dolayısıyla ben bu tasarımı taslakla ilgili makalemi bir sene önce yazdım, bu taslak, bu tasarı bana göre iş hukukunun kalbine iki ölümcül hançer saplıyor. Birinci hançer zorunlu, şimdi iş hukuku yüzyıllar boyunca otoriter rejimlerden, irade dışı şeylerden alınarak taraf iradelerine dayalı özgürlükçü, çoğulcu bir demokratik yapı içinde gelişme tutmuş ve bunu geliştiriyor. Çağdaş dünyada bu gelişim seyri söz konusudur. Çok uzaklara gitmeyelim, bugün Avrupa Birliğinin, ILO'nun Türkiye'yi eleştirdiği, biz bu ülkenin yargıçları olarak, ülkenin hukukçuları olarak bu ülkenin çıkarlarını, imajını, saygınlığını da düşünmek zorundayız. Nedir bu saygınlık? Avrupa Birliği Komisyonu diyor ki: "Ben sizin Avrupa Birliğine tam üyelik -87'de diyor bunu- başvurunuzu kabul edemem. Çünkü siz Anayasanızda grev hakkını tanıyorsunuz, fakat getirdiğiniz yasaklarla 500.000 işçinizi grev hakkından yoksun bırakıyorsunuz. Bu benim standartlarıma, benim değerlerime aykırı düşüyor" ve reddediyor. Şimdi bunu 82 Anayasasında getiren yasaklayıcı, zorlayıcı, dar hale hepimiz seyirciyiz, hepimiz içinde yer alıyoruz. Bunlar arındırılmaya çalışılıyor ve bunları alkışlıyoruz. Efendim, ver yasakları, zorunlu tahkim, yüksek hakem kurulu, grev ertelemeleri, bu Türkiye'nin imajını her düzeyde sarsan bir şeydir. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk iş hukukunun dinamiğine, doğasına, varlık nedenine aykırı düşen bir şey. Birinci hançer bu, birinci ölümcül hançer budur. Peki, bu hançeri vuralım, darbeyi vuralım, sorunu çözümlenecek mi? Hayır, hiçbir sorunu çözmeyecektir zorunlu arabuluculuk. Evet, bütün dünyada barışçı çözüm yolları aranıyor, arayışı var, ama dün ifade edildiği gibi hiçbir ülkede ben çok inceledim, böyle zorunlu taraf iradeleri dışında zorlayıcı bir çözüm, alternatif çözüm arayışının mevcut olmadığını, Avrupa ülkeleri bunun kabul edilemeyeceğini, ILO standartlarına uygun olmadığını burada belirtmemiz gerekiyor.

İkinci ölümcül darbe: İş hukuku tarihsel süreci içinde sadece sanıldığı aksine yasa koyucunun pozitif düzenleme yapmasıyla gelişmez.

Günümüzde varılan aşamada bir Alman Federal İş Mahkemesi bırakın Almanya'daki yasa koyucuya, Türk yasa koyucusuna da model olmuş, örnek olmuş. Örnek mi istiyorsunuz? 18. maddenin gerekçesine bakın, geçerli fesih nedenleri, bunu nasıl okuyamıyoruz? Geçerli fesih nedenleri Alman Federal İş Mahkemesinin 1951 yılında Feshe Karşı Koruma Yasası yürürlüğe girdiği tarihten -bizim yasa ne zamandı- o tarihe kadarki federal iş mahkemesinin içtihatları bizim yasaya girdi. Bugün Fransa'ya baktığımızda işçinin iş hukukunun temel dinamikleri, temel ilke ve kuralları gelişen, değişen bir iş olduğu için yasa koyucu tarafından bunların düzenlenmesi mümkün değildir. Nitekim bunun içindir ki yargı içtihadı bugün Avrupa Birliğine üye ülkelerde yasa koyucuya öncülük etmektedir. Yargının koyduğu ilkeler, kurallar pozitif düzenlemede yer almadığı halde daha sonra bu içtihatlar, daha sonra yasa koyucu tarafından bugün Almanya'da, Fransa'da, Belçika'da, İtalya'da iş hukuku alanında yürürlüğe giren yasaların yüzde 85'ine Yargıtay içtihadı öncülük etmektedir. Şimdi biz bu gerçekler, bu gelişme dururken efendim, işe iade hızlı çözsün. Hayır, yine çözmeyecek. "İvedilikle" dediğinizde çözecek mi? Hayır, çözmeyecektir. İki ay demişsiniz, ivedilikle demişsiniz. Dava şartı demekle zorluktan kurtarıyor musunuz? Hayır, kurtarmıyorsunuz. Kendi kendimizi aldatmayalım. Bu öngördüğünüz bir yasa düzenlemesinin bir ülkenin hukuk sistemiyle, temel ilkeleriyle de bağdaşması gerekiyor. Şimdi zamanaşımı denildi. Genel zamanaşımı nedense şimdi soruyorum, bilmiyorum tabii, acaba diğer hukukun diğer alanlarında asıl arabulucu, zorunlu arabulucu ya da arabuluculuğun olması gereken ticaret hukukunda, borçlar hukuku alanında bir zorunlu arabuluculuk var mı? Bu konuda bir taslak var mı? Hayır, olmaması gereken bir hukuk alanına siz zorunlu arabuluculuğu ilave ediyorsunuz. Peki, zamanaşımı konusunda tazminatlar konusunda Borçlar Kanunundaki diğer alanlarda, peki iş hukukunda niye bunu 5 yıla indiriyorsunuz? Genel bir sorun varsa bu o sorun, iki, bu kadar zahmete karşı gelen sorunlar, şimdi biz öteden beri yasa çıktığı zaman 4851 sayılı Yasa 21. madde yürürlüğe girdiğinde ben o zaman görüşlerimi yine bu tür seminerde açıklamıştım. Fakat Yargıtay içtihadıyla bu çıkmaza sokuldu. Peki, bir çıkmazda olduğumuz sorunlarla yüklü olduğumuz bir yasa, yasa koyucu, siyasi iktidarlar bir alanda sorun varsa çözüm getirir. Peki, 21. maddeyle ilgili tartışıldı, hiçbir sorunu çözmeyecek ve yeni sorunlar getirecek. Dolayısıyla getirdiğiniz, çözmeye çalıştığınız sorunları da çözemezsiniz. O zaman bunun amacı nedir, bunu anlamakta gerçekten zorluk çekiyorsunuz.

Evet, Yargıtay yolunun açık olması, bu âdeta seçilmiş. Şimdi iş hukukunun dinamizmini belirleyen iş güvencesi, örnek verdik, bize örnek aldık. Bugün evet, istinaf mahkemeleri ne kadar iyi niyetli olursa olsun

bunda herhangi bir kuşku yok, ne kadar çalışkan olursa olsun, Nobel ödülü alan yargıçlarımızı getirip istinaf mahkemelerinin başkanı yapalım, ama temyiz Yargıtayın işlevini yerine kesinlikle getiremezler. Bugün Almanya'da, Fransa'da, Belçika'da, İtalya'da istinaf mahkemeleri var, ama hiçbir Alman hukukçusunun aklına işe iade davalarına temyiz yolunu tıkayalım, işletme toplu sözleşmesinin niteliği konusunda temyiz yolunu tıkayalım, böyle bir şey gelemes. Sendikal tazminat konusunda işyeri sendika temsilcisinin tazminatıyla ilgili tıkayalım, yorum davası zaten işin doğası gereği bir şey getiriyor. İctihatta ihtiyaç olduğu için bir yorum davası öngörüyor. Siz bunlara katılıyorsunuz. Nedir temel gerekçemiz? Efendim, sorunları çözmek, kısa sürede çözmek, ama hukuku bir anlamda temel doğasını, ilkelerini bir yerde zedeledikten sonra siz onlarla bir çözüm getiremeyeceksiniz. Çok teşekkür ederim. Teknik konulara tabii zamanımız çok dar ama bunları söylemeyi bir görev ve sorumluluk gereği duydum.

Benim son sözüm: Derler ya ölmeden önce bu yasa tasarısının geri çekilmesi. Evet, sorunlarımız var, ama bunun bir ayda, 6 ayda çıkması yerine evet, sorunlar katılıyorum, bunun etraflıca işle alakalı sorunumuz var, yeni bir model arayışı üzerine çalışalım. Bir yıl sonra olsun, ama gerçekten Türkiye'ye yaraşır, gelişen, içinde bulunduğumuz dünya hukuk sistemleriyle boy ölçüşecek ve o zaman biz işte bu ülkenin akademisyenleri, yargıçları, avukatları olarak gurur duyabiliriz. Yoksa zorunlu arabuluculukla, ivedilikle, bilmem bu zamanaşımını bekle, bizim burada gurur duyacak şeyimiz maalesef ne yazık ki acı, ama ben şahsen bununla gurur duyacak durumda değilim. Teşekkür ederim.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Teşekkür ederim Sayın Hocam. Tabii bu bir sistem meselesi ve tercihle ilgili bir durum, yani siyasal bir tercih ortaya konulmuş. Dolayısıyla bu siyasal tercih karşısında bizim yapacağımız bir şey yok. Biz elbette eleştiriler yapılır, bu eleştiriler tarihe not düşmek adına da çok anlam ifade eder, mutlaka değerlendirilir. Yani zorunlu arabuluculuk, ben tekrar cümlelerize takıldım doğrusu Hocamın: *"Taraf iradeleri dışında bir çözüm söz konusu"* diye bir cümle aradan geçti. Yani bu tamamen taraf iradelerine dayalı bir çözümdür aslında, taraf iradeleri dışında değil, taraf iradelerine dayalı bir şey.

ALİ GÜZEL- Arabuluculuk Kanunu var, 20. maddede de var: *"Taraflar istedikleri zaman arabulucuya gidebiliyorlar"* Siz ona nasıl tarafların iradesi diyebiliyorsunuz? Diyorsunuz ki dava şartıdır, yani burada gitmen zorunludur. Anayasa Mahkemesinin de kararları var. İki kararda da Anayasa Mahkemesinin bu konuda verilmiş 20. maddeyle ilgili, bir de Arabuluculuk Kanunuyla ilgili ve diyor ki: "Bu arabuluculuk eğer isteğe,

iradeye bağlı olursa” ki burada öyledir diyor arabuluculukla, İş Yasasını iptal ediyor. Siz burada hayır diyorsunuz ki arabulucuya gideceksin, bu dava şartıdır. Gitmediği takdirde dava usulden reddedilir diyorsunuz.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Tamam, teşekkür ederim Hocam. Şimdi burada tabii tekrar tekrar olacak, ama burada zorunlu arabuluculuğu savunan görüş şuna dayanıyor: “Dava açma hakkı ortadan kaldırılmıyor, anlaşma zorunluluğu yok” diyor. Bu en fazla 3+1, yani 1 aylık bir gecikmeye sebebiyet verir. Hatta diyelim ki iş sözleşmesi sona erdi ya da arabulucuya başvurduz, ikinci gün anlaşmayabilirsiniz, iki günlük bir gecikmeye sebebiyet verir. Yani 3+1’lik bir süreye de ihtiyaç yok. Süreç başladı, ben anlaşmak istemiyorum deyip, o da bir, iki günlük bir gecikme de söz konusu olabilir. Yani burada önemli olan bu kültürün oluşmasına katkı sağlamak...

Doç. Dr. MUHİTTİN ASTARLI- Ben burada bir şey ekleyebilir miyim? Burada bir problem var. Şimdi bizim aradığımız hak temelli bir şey, biz bir hakkın teslim edilmesi veya edilmemesi üzerinden bir şey yapıyoruz. Biz arabulucuya gittiğimizde aslında işçiye şunu göstermiş oluyoruz: Devlet eliyle ona bir kötülük gösteriyoruz. Diyoruz ki ya işverenle anlaşsın, anlaşmazsan herkes diyor ki davan 3 yıl sürer, 3 yılda senin davan bitmez. Hatta 3 yıl sonra senin davanın nasıl biteceğini de ben bilmem. Şimdi Talat Hocam da yargının hali belli dedi. Şimdi herkes yargının, hâkimlerin niteliğinden şikâyet ederken biz işçinin önüne böyle bir kötülük koyup, arkasından da gel, arabuluculukla ihtiyari olarak istersen anlaş, istersen anlaşmazsın, dava açma hakkını biz senin koruyoruz demek çok tutarlı gelmiyor. İki, OECD üyelerine falan bakınca görüyorsunuz ki Türkiye’deki işçilik ücretleri en alt düzeyde, yani en alt düzeyde işçilik ücretlerine sahipsiniz. Üç, en fazla çalışma sürelerine sahip ülkesiniz, neredeyse dünya sıralamasında birkaç ülkeden birisiniz. Çalışma hayatının denetimi konusunda çok zayıfsınız, iş müfettişlerinizin sayısı son derece yetersiz. Sendikal haklarınız konusunda sıkıntılarınız var, toplu iş sözleşmesi bulunan işyeri son derece az, bunların hiçbirisinin olmadığı bir yerde işçiye bak, biz sana böyle bir yöntem sunuyoruz demek bana çok doğru gelmiyor. Bu pazarlık, şimdi geçen Talat Hocam dedi: “Ama işçiler kıdem tazminatı üzerindeki bir miktara da anlaşabilirler”, ama herkes biliyor ki bu pazarlık zaten gerçek miktar üzerinden başlayıp, aşağı doğru inecek. İşçinin gerçekten bu alacaklara ulaşması zaten çok mümkün olmayacak.

SERACETTİN GÖKTAŞ (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı)- Bir saniye, şimdi biz arabuluculukla ilgili tartışmaları dün bırakmıştık. Güzel bir tartışma oldu, sert bir tartışma oldu. Dolayısıyla biz burada eğer son bir sözünüz yoksa Sayın Hocam, oturumu kapatıyorum. Hepinize iyi günler diliyorum.