

HUKUK BÖLÜMÜ

KARARIN İNCELENMESİ

İŞ GÜVENCESİ UYUŞMAZLIĞININ ÖZEL HAKEME GÖTÜRÜLMESİ

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT*

I.YARGITAY KARARI

"M.N.E. adına Avukat S.A. ile Türk Dış Ticaret Bankası AŞ. adına Avukatlar E.S.M. ve H.E.Ö. aralarındaki dava hakkında İstanbul 8. İş Mahkemesinden verilen 14.8.2003 günlü ve 184 Değ.İş sayılı yazısı ile dairemize gönderilmiş ve davalı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1.Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2.Dávacı ile davalı banka 01.05.1999 tarihli avukatlık sözleşmesi imzalamışlardır. Bir yıl süreli öngörülen bu sözleşme sonraki yıllarda yenilenerek belirsiz süreli hale gelmiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözümlenmesi belirtilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin davalı tarafından feshedilmesi üzerine, davacı hakem kurulunun oluşumu için iş mahkemesine müracaat etmiş ve bu kurulun oluşumuna ilişkin İstanbul 8. İş Mahkemesinin 22.05.2003 sayılı kararı Dairemizin 23.06.2003 gün ve 11176-11697 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

*Sakarya Üniversitesi İİBF. Öğretim Üyesi

Davacı bu uyuşmazlıkta hakem yoluyla işverence gerçekleştirilen feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama halinde iş güvencesi tazminatına, boşta geçen süre için ücret alacağına, ihbar ve kıdem tazminatına, yıllık ücretli izin alacağına ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verilmesini talep etmiştir.

Hakem Kurulunca aradaki sözleşmenin iş ilişkisi olduğu tespit edildikten sonra, fesih için gerekçe gösterilmediği belirtilerek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, miktar belirtilerek iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı ile kullandırılmayan yıllık ücretli izin karşılığı izin alacağı ve sözleşmeden doğan ücret alacağına karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesi olarak yorumlanması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Zira davacı avukatlık hizmetini belirli bir mesai karşılığında davalı işverenin işyerinde onun denetimi ve gözetimi altında ve her ay için kararlaştırılan ücret karşılığında işverene bağlı olarak vermektedir. İş sözleşmesinin unsurları olan "zaman, bağımlılık ve ücret" koşulları gerçekleşmiştir.

Diğer taraftan 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik getiren 4773 sayılı yasa ile feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceği düzenlenmiştir. Davalı işveren belirsiz süreli hale gelen iş sözleşmesini geçerli bir neden göstermeksizin feshetmiş olduğundan feshin geçersizliğine, işe iadeye, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağına karar verilmesi de yerindedir.

Ancak feshin geçersizliğinin sonucu olarak öngörülen işe başlatmama halinde tazminat ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağı tespit niteliğinde olup, gerçekleşmeleri tazminat için başvurma ve işe başlatmama, ücret alacağı için başvurma koşuluna bağlı olduğundan miktar belirtilmeksizin hüküm altına alınmaları gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. Hakem Kurulunca işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağına miktar belirtilerek karar verilmesi hatalıdır. Ayrıca feshin geçersizliği ve sonucuna bağlı iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağı istemleri için maktu harç ve vekalet ücretine karar verilmesi gerekir.

3. Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları

dışında kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 gün ve 1964/251 Esas. 1964/506 K. Sayılı kararı da bu doğrultudadır. HUMK.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Hakem kurulunca izin ve ücret alacağına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda belirtilen gerekçelerle **BOZULMASINA**. 22/03/2004 gününde oybirliğiyle karar verildi." (9. HD. 22.03.2004-5846/5621).

II.KARARIN İNCELENMESİ

Yukarıda metnini sunduğumuz karardan anlaşıldığına göre; karara konu olayda davacı bir Avukat olup davalı işveren banka tüzel kişiliği ile 01.05.1999 da bir yıl süreli bir avukatlık sözleşmesi yapmıştır. Yalnız bu, bağımsız avukatlık değil bankaya bağlı işçi olarak avukatlık yapmayı öngören bir hizmet sözleşmesidir. Bu sözleşme sonraki yıllarda yenilenerek zincirleme sözleşmeler yoluyla belirsiz süreli hizmet sözleşmesi haline dönüşmüş ve daha sonrasındaysa davalı işverence feshedilmiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözümleneceğine dair mevcut hükümden hareketle davacı İş Mahkemesi'ne başvurarak hakem kurulu oluşturulmuş, ve bundan sonra hakeme başvurarak, "feshin geçersizliğine ve işine iadesine, işe başlatmama halinde iş güvencesi tazminatına, boşta geçen sürenin ücreti ile ihbar ve kıdem tazminatına, yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına" yani "iş güvencesi" ile "bir kısım işçilik haklarına" karar verilmesini talep etmiştir. İlgili Hakem Kurulu da taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğunu saptadıktan sonra, ihbar ve kıdem tazminatı dışında istek gibi karar vermiş, kararın temyizi üzerine ise Yargıtay taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğuna ve iş güvencesine ilişkin kararı yerinde bulmuş fakat iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hükmederken miktar belirtimini hatalı bulmuştur. Keza Yargıtay,, özel hakemin yalnızca iş güvencesi yargılaması yapabileceğini, yıllık ücretli izin ile sözleşmeden doğan ücret alacağı konusunda karar verme yetkisinin bulunmadığını belirterek kararı bozmuştur.

III. DEĞERLENDİRME

Yukarıda metnini ve özetini sunduğumuz kararın Türk İş Hukukunun oldukça yeni bir kavramı olan iş güvencesi (feshe karşı korunma) ve bu güvenceye dair uyumsuzluğun çözüm yeri ile ilgili olduğu açıktır. Daha doğrusu kararın temel noktaları bunlardır. Bunun dışında belirli süreli sözleşme ve bunun zincirleme sözleşmeler yoluyla belirsiz süreli sözleşmeye dönüşümü konularının da olayımızla ilgili olduğu görülmektedir.

Tüm bunları söyledikten sonra kararın inceleme ve değerlendirimini şu sıra içinde sunabiliriz.

1. Bilindiği üzere çalışma yaşamının yaşamsal öneme sahip konularından birini "iş güvencesi" oluşturur. Aslında iş güvencesi bir kimsenin bir işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve bunun yanında işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirimini önleyecek mekanizma ile onun hizmet sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceyi yani bir güvenceler yumağını anlatır. Ancak bu geniş anlamda bir iş güvencesi tanımı olup sistemimizde işe giriş konusunda kimseye güvence tanınmamıştır. Özürlü ve eski hükümlü (İşK.30) ile askerlik ve yasal ödev nedeniyle ayrılanların işe alınması (İşK.31) ve işyeri hekimi (İşK.81) ile iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümü (İşK.82) ve sendika yöneticiliği sona erenlerin yeniden işe alınması (SenK.29) gibi hükümlerin de ilgili kimselere gerçek anlamda bir işe girme garantisi getirdiğini söylemek zordur. Zira bunların bir kısmında işveren anılan yükümünü yerine getirmediğinde ilgiliye bir miktar tazminat ödeyerek olayı geçiştirebilmekte (İşK.30/8, 31/son), diğerlerindeyse böyle bir tazminat ödeme yükümü dahi bulunmamaktadır¹.

Çalışırken iş koşullarının işverence tek taraflı olarak değiştirimine karşı güvenceye gelince; Esaslı (önemli) değişiklikler bakımından böyle bir güvencenin getirildiği görülmektedir. (İşK.22) Fakat işçinin onaylamadığı bir esaslı "değişiklik önerisinin işçiyi bağlamamasının" neyi anlattığı pek de netlik içinde belirtilmemiştir².

İşverence yapılan keyfi fesihlere karşı güvence boyutuna gelince; 1475 sy. İşK. nun ilk döneminde (4773 sy. Kanunla yapılan değişikliğe kadar) yalnızca işyeri sendika temsilcilerinin sözleşmesinin işverence feshi bakımından bir güvence mevcuttu. (SenK.30'un 4773 sy. Kanuna kadarki metni) Onun dışında-

¹Hizmet sözleşmesi yapma zorunluluğu veya işe alma zorunluluğu diye de anılan bu olgularla ilgili olarak yeni yasa döneminde bkz. E. Akyiğit, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2003, 115 vd., N.Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2003,103 vd. H.Sümer, İş Hukuku, Konya 2003, 50 vd.

²Bilgi için bkz. Akyiğit, İş Hukuku, 191 vd.

ki işçilere kanunen bu çerçevede bir güvence verilmemişti fakat bu alandaki boşluğun sözleşmelerle, özellikle de toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılan düzenlemelerle doldurulmaya çalışıldığı görülmekteydi. Cezai şart ve işe iade yolları buna örnekti fakat Yargıtay, sözleşmeyle getirilen işe iade imkanına geçerlilik tanımıyordu. Oysa 1475 sy. İşK.13 çerçevesindeki fesihler (önelli fesih ve peşin parayla fesih) de keyfiliği önleyici bir güvenceye ihtiyaç vardı ve bunun için çeşitli dönemlerde yasa tasarıları hazırlanmışsa da bir türlü yasa halini alamamıştı. Daha sonra birazda seçim yatırımı olacağı düşüncesiyle 09.08.2002 de kabul edilen 4773 sy. Kanunla 1475 sy. İşK. na çeşitli maddeler (1475 sy. İşK. 13/A-E) eklenip SenK.30 ve 31 ile 1475 sy. İşK.24 de değişiklikler yapılarak ilk defa geniş kapsamlı bir iş güvencesi getirilmişti. Ama bu hükümlerin hemen yürürlüğe girmesi istenmeyip 15.03.2003 den itibaren yürürlük kazanacağı belirtilmiş ve ayrıca sendika işyeri temsilcilerinin güvencesinde bir kötüleşmeye yol açmıştı.³ Fakat henüz 15.03.2003 gelmeden 4773 sy. Kanunla getirilen hükümlerin yürürlüğe girişini engelleyip erteleyen bir yasa tasarısı TBMM'nde kabul edilip Cumhurbaşkanının onayına sunulmuşsa da Cumhurbaşkanının onayı reddetmesi üzerine TBMM ve Hükümet buna direnmemiş ve siyasi iktidarın isteksizliğine rağmen iş güvencesi hükümleri 15.03.2003 den itibaren yürürlüğe girmiştir⁴. Fakat bu durum fazla sürmemiş ve nihayet 22.05.2003 de kabul edilip de 10.06.2003 den itibaren yürürlüğe giren 4857 sy. İş Kanunu ile 4773 sy. Kanunun getirdiği güvenceden kimi yönleriyle farklı bir iş güvencesi getirilmiş olup halen yürürlükte olan da budur(İşK.18-21).

Karara konu olayın geçtiği somut tarihin ne olduğu karardan anlaşılammamakla birlikte Hakem Kurulunun oluşumuna ilişkin yerel mahkeme kararının 4773 sy. Kanunla değişik 1475 sy. İşK. döneminde; bunu onayan Yargıtay kararının ve incelediğimiz esasa ilişkin kararınsa 4857 sy. İşK. döneminde gerçekleştiği sonucuna varılabilmektedir.

O halde sözkonusu kararın incelenmesinde de gerek 4773 sy. Kanun ve gerekse de 4857 sy. İşK. nun hükümleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

2. Gerek 4773 sy. Kanunun getirdiği (1475 sy. İşK.13/A-E) ve gerekse 4857 sy. İş Kanununun öngördüğü iş güvencesi sisteminden yararlanabilmenin ilk koşulu, hizmet sözleşmesi feshedilen işçinin 4857 sy. İşK. na (4773 sy. yasa dönemindeyse 1475 sy İşK.na) tabi bir işte çalışıyor olması gereğidir. Somut olaydaki davacının ticaret şirketi olan bir bankada avukat olarak çalıştığı görülmektedir ve böyle bir faaliyet işçiliğe dayandıktan sonra İşK. dan dışlanan bir uğraş değildir. (İşK.4 ve eski dönemde 1475 sy. İşK.5) Kararda avukatın bankada "avukatlık sözleşmesi" diye anılan bir sözleşmeyle çalışmasından söz

³Aynı yönde bkz. **S.Süzerek**, İş Hukuku, İstanbul 2002, 618. **Akyiğit**, İş Hukuku, 415 - 416 44773 sy. Kanunla getirilen iş güvencesi hakkında bilgi için bkz. **Süzek**, 608 vd.

ediliyorsa da, yine karardan anlaşıldığı kadarıyla bu sözleşme bağımsız çalışmayı öngören bir avukatlık sözleşmesi değil, gerçek anlamda bir hizmet (iş) sözleşmesidir. Çünkü, hizmet sözleşmesinin öğeleri iş, ücret ve bağımlılık olup⁵ mevcut olayda da, avukatın banka işverenin işyerinde ücret karşılığı ve bağımlı olarak çalıştığı görülmektedir. Bir avukatın işçi olarak avukatlık hizmeti sunması ise yasak olmayıp uygulamada sıkça karşılaşılan olgulardandır. O halde somut olayda iş güvencesi için aranan ilk koşulun gerçekleştiği söylenebilir. Zira fesih anında davacının davalı bankada yaptığı iş İşK. na tabi bir faaliyettir ve bu çalışmanın hizmet sözleşmesine bağlı geçtiği de yine karardan açıkça anlaşılmaktadır.

3. Fakat iş güvencesinden yararlanabilmek için sadece İşK. na tabi bir işte hizmet sözleşmesiyle çalışıyor olmak yetmemekte, ona ek kimi şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. İşte bu koşullardan birisi, işçinin belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor olmasıdır ya da bir başka deyişle ilgili işçinin sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. Gerçektende gerek 4773 sy. Kanununun (1475 sy. İşK.13/A vd.) ve gerekse 4857 sy. İşK. nun hükümlerinden (İşK. 18 vd.) bu sonucu çıkarabiliriz⁶. Yasanın bu tutumunun konuyla ilgili 158 sy. U.Ç.Ö. sözleşmesine (Söz.2/2-a) de uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

Belirsiz süreli sözleşme Kanunda "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" denilerek dile getirilmiştir.(İşK. 11/1) Bununla birlikte ne zaman sona ereceğinin veya ne kadar devam edeceğinin bilinmediği hizmet sözleşmesine belirsiz süreli hizmet sözleşmesi demek yanlış olmaz. Ancak bu, değişik görünüm biçimleriyle karşımıza çıkabilir. Öyle ki, en doğal görünüm biçimi; Hizmet sözleşmesi yapılırken sözleşmenin ne kadar devam edip ne zaman sona ereceğine dair herhangi bir kararlaştırmanın yapılmaması halidir. Fakat 4857 sy. İşK. nun önceki dönemdeki uygulamadan etkilenecek getirdiği düzenlemeye göre; Sözleşmeyi belirli süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir olgu bulunmadan belirli sürelidir diye yapılan sözleşmelerin de belirsiz süreli sayılacağı sonucuna varmak gerekir. Zira yasa, Bilim Komisyonunca hazırlanan taslaktan farklı olarak, belirli süreli sözleşmeyi ilk defa yapılışında bile, süreyi haklı kılan objektif olguların⁷ varlığına bağlamış (İşK. 11/1), böyle bir olgu yokken sırf taraf iradeleriyle belirli süreye bağlamayı geçerli görmemiştir. Bunun isabetli bir tutum olduğu kanısındayız. O halde, ortada sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı

⁵Hizmet sözleşmesi hakkında bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 90 vd. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 194 vd.

⁶Bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 212. **Çelik**, İş Hukuku, 191 vd. **Süzek**, 608 vd.

⁷Sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı kılan objektif olgu konusunda bkz. **M. Güler**, Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, İHSGHD. 2004/2, 545-559 (551 vd.); **G. Alpagut**, 4857 sy. Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Ocak 2004, 79 vd.

kılan objektif bir olgu yokken, taraflar gerçekten karşılıklı rıza ile sözleşmenin belirli süreli (örneğin 8 ay süreli) olduğunu kararlaştırsalar bile bu sözleşme belirli süreli değil belirsiz süreli sözleşme sayılacaktır. Burada taraf iradelerine rağmen belirsiz sürelilik söz konusudur.

Yine yeni sisteme göre; Hizmet sözleşmesi ilk defa geçerli bir şekilde belirli süreli olarak yapılsa bile, esaslı (haklı) bir neden olmadan birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacaktır. Aksi halde birden çok ve ayrı ayrı belirli süreli sözleşmeler değil, baştan beri bir tanecik belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilecektir. (İşK. 11/2) Zincirleme yani üst üste sözleşme olgusu, mevcut sözleşmenin süresinin bitiminde tarafların açık iradeleriyle yeni bir belirli süreli sözleşme yapmaları biçiminde karşımıza çıkabileceği gibi mevcut sözleşmenin süresinin bitimine rağmen işçinin işverenin bilgisi altında çalışmaya devamı yoluyla örtülü şekilde de (BK.339) gündeme gelebilir. Gerçi bir sözleşmenin ne zaman üst üste (zincirleme) yapılmış sayılacağı konusunda yasada açıklık yoktur ama mevcut sözleşmenin süresinin bitiminden hemen sonra (artarda) yeni bir sözleşme yapılması halinde bunun gerçekleşeceği tereddütsüzdür. Keza hiç de tesadüfi gözükmeyen kısa aralıklarla sözleşme yapımında da zincirlemenin gerçekleşeceğini söyleyebiliriz (Bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 114).

Zincirleme sözleşmelerle ilgili yasal düzenlemenin ilginç bir yanı; belirli süreli sözleşmenin esaslı bir neden olmadan "birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması"nın neyi anlattığının pek de netlik taşımayışıdır. Zira, anılan ifadeden sanki, belirli süreli sözleşmelerin esaslı bir neden olmasa da bir defa üst üste yapımının caiz ve geçerli olduğu; birden çok üst üste yani en az iki defa üst üste yapımının geçersizlikle karşılaşacağı sonucu çıkarılacak gibi gözükmektedir⁸. Ancak bize de isabetli gelen düşünce tarzı, belirli süreli sözleşmenin bir defa üst üste (arka arkaya) yapılması durumunda da (eğer bunu haklı kılan bir neden yoksa), baştan beri bir tek belirsiz süreli sözleşmenin varlığının kabul edileceğidir⁹.

İncelediğimiz karara konu olayda hizmet sözleşmesinin 01.05.1999 da bir yıl süreli olarak yapıldığı ve sonraki yıllarda da yenilenerek belirsiz süreli hale dönüştüğü dile getirilmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla sözleşme 1475 sy İşK. Döneminde yapılmış ve yine bu dönemde 3 kez üst üste yenilenmiştir. Anılan dönemde konuyu düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamakla birlikte bir kısım öğretisi ve uygulamada Yargıtay; Çalışma hayatındaki olağan sözleşmenin belirsiz süreli sözleşme olduğunu ve süreye bağlamayı haklı kılan bir neden olmadan belirli süreli yapılan sözleşmenin ilk defa yapıldığında bile belirsiz

⁸Nitekim bkz. **Çelik**, 166.; **Tuncay**, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, (Yeni İş Yasası Semp.) İstanbul 2003, 129-130.

⁹Aynı yönde bkz. **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, 258.; **Akyiğit**, İş Hukuku, 163 vd.dn.157

sürelili sayılacağını kabul etmekteydi¹⁰. Dolayısıyla, bu noktada yeni İşK. İle 1475 sy. İşK. Dönemi uygulaması arasında herhangi bir fark yoktu.

Ancak belirli süreli sözleşmenin artarda yenilenmesi durumunda kaç kez yenilendiğinde belirsiz süreliye dönüşeceği konusunda birlik yoktu. Yargıtay kimi kararlarında en az iki kez yenilenmeyi aramakta bazılarındaysa bir kez yenilenmeyi dahi, yeterli görmekteydi¹¹. Fakat hangi sistem kabul edilirse edilsin, somut olaydaki, avukatlık işinin sözleşmeyi gerek bir defa gerekse de zincirleme olarak belirli süreli yapmayı haklı kılan bir nitelik taşıdığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden mevcut hizmet sözleşmesinin baştan beri belirsiz süreli bir tek sözleşme olduğunu söylemek gerekir. Sonucu itibariyle bu yöndeki kararın isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

4. İş güvencesinden yararlanabilmenin bir diğer koşulu, sözleşmesi feshedilen işçinin en az 30 işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor bulunmasıdır.(İşK.18/1) Böylece iş güvencesi hükümlerinin her işyerinde değil ancak belli ölçekteki işyerlerinde uygulanması sağlanmak istenmiştir. O halde ancak 30 veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler güvenceden yararlanabilecek, daha az işçinin çalıştığı işyerlerindeyse işçilerden hiçbiri işgüvencesinden yararlanamayacaktır. Aslında 4773 sayılı Kanunla getirilen metinde iş güvencesinin en az 10 işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilere uygulanacağı belirtiliyordu. (1475 sy. İşK.13/A) Fakat bu durum hemen her işyerini güvence kapsamına alıp işletmeleri olumsuz etkilediği gerekçesiyle işverenlerce; sayının yüksek olduğu ve 5 işçiye düşürülmesi gerektiği düşüncesiyle de öğretilde eleştiriliyordu¹². 4857 sy. İş Kanunu işverenlerden etkilenmiş olmalı ki, güvencenin ancak en az 30 işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacağını belirterek barajı yükseltip bir çok işçiyi güvencesiz bırakmıştır. Aslında bu sayının dünya ortalamasının üstünde olduğu bir yana 158 sy. Sözleşmeye öz itibariyle ne derece uyduğu da tartışmaya açıktır. Zira Sözleşme, işçilerden "sınırlı kategori"nin güvenceden dışlanabileceğini, fakat aslolanın tüm işçilere ekonomik faaliyet alanlarına bakmaksızın güvence sağlamak olduğunu belirtmektedir.((Söz. 2/1 ve 2/5) Bizde 30 ve üzerinde işçi çalıştıran işyeri/işletmelerin tüm işyerleri içindeki oranının pek de fazla olmayışı; güvence dışı bırakılanların mı yoksa güvenceye kavuşturulanların mı "sınırlı kategori" oluşturduğunda ciddi soru işaretleri uyandırmaktadır (**Egemen**, 95 ve **Mollamahmutoglu**, 556) ve 30 işçi ölçütünün Anayasadaki ölçülülük ilkesine aykırı olduğu dile getirilmektedir (**Çelik**, İş Hukuku, 193).

¹⁰Akyigit, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 1, dn. 94'deki 9. HD. 10.04.1995, 11476/12308 ve Md. 9, 277'deki 9. HD. 28.12.1998, 17980/19251.

¹¹Örnek olarak bkz. 9. HD. 27.02.2003, 1523/2559; 12.12.2001, 19525/19255 (Akyigit, İş Hukuku, 163, dn.157).

¹²Bkz. **Ulucan**, 4773 sy. Kanun, 23. Yeni yasa açınsındansa; **Egemen**, İş Güvencesi, 95.

Neticede en az 30 işçi çalıştırmanın bulunup bulunmadığı saptanırken, işverenin (işçinin çalıştığı işyeriyle) aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Eğer işverenin böyle aynı işkolunda birden çok işyeri yoksa sadece işçinin çalıştığı işyerindeki işçilerin sayısının 30'u bulup bulmadığı araştırılır ve bu rakam sağlanmışsa işçi güvenceden yararlanabilir. Aksi halde bu koşul gerçekleşmemiş demektir. İşverenin aynı işkolunda birden çok işyerinin varlığı durumundaysa, bu işyerlerinin tümündeki toplam işçi sayısının 30 veya daha fazla olup olmadığı araştırılır. Yani aynı işkolundaki işyerleri tek tek değil tamamı bir bütün olarak ele alınır ve bunlardaki toplam işçi sayısı 30 rakamına ulaşıyorsa, (her bir işyerinde kaç işçi çalıştığına bakmaksızın) o işyerlerindeki tüm işçiler iş güvencesinden yararlanmanın bu koşulunu sağlamış sayılır. Öğretide işverenin birden çok işyerinin varlığı halinde bunların aynı işkolunda olup olmadığına bakmaksızın tümündeki işçilerin baz alınmasının uygun olacağı dile getirilmektedir (**Çelik**, 193).

30 işçi sayısına sadece o işverene hizmet akdiyle bağlı işçiler yani kendi işçileri katılır. İşçi sıfatını taşımayan memur, sözleşmeli personel, çırak ve stajyer gibi kimseler oranın elemanı da olsalar hesaba katılamayacağı gibi işverenin başkasından ödünç (geçici) aldığı işçiler (İşK.7) de hesaba katılmazlar¹³. Ancak bu işverenin (sözleşmeyi feshedenin) başkasına ödünç verdiği işçinin hesaba katılması gerekir. Keza geçerli bir alt işverenlik halinde alt işveren işçisinin asıl işverendeki işçi sayısına katılması da mümkün değildir. Zira onlar iki ayrı işveren ve iki ayrı işyeri sayılırlar. Fakat alt işverenliğin geçersiz ve muvazaalı olduğu hallerde sözde alt işveren işçileri baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağından (İşK.2/son) asıl işverenin işyerindeki işçi sayısına eklenmesi gerekir.

En az 30 işçi sayısına katılmak bakımından işçilerin tam süreli veya kısmi süreli çalışması önemli olmadığı gibi¹⁴ belirli süreli yahut belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor olması da önemli değildir. Hatta deneme süresi içindeki bir işçinin dahi hesaba katılması gerekir. Keza işgüvencesinden kendileri yararlanamayan işveren vekilleri de 30 işçi sayısında hesaba katılırlar. Yine hesaba katılacak işçilerin sürekli veya süreksiz işte çalışıyor olmaları da mümkündür. Zira süreksiz işte çalışanlar İşK.18-21 hükümlerinden dışlanmamıştır. (Krş. **Çelik**, İş Hukuku, 193 ve **Mollamahmutoğlu**, 554) Mevsimlik işçiler de hesaba katılır (**Çelik**, 194).

¹³Akyiğit, İş Hukuku, 212. **Çelik**, İş Hukuku, 193, **Mollamahmutoğlu**, 554

¹⁴İş güvencesi 5 den çok işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanan Alman hukukunda, kısmi süreli çalışanlar, ancak çalışma süreleriyle orantılı olarak işçi sayısına katılmaktadırlar. (**Schwerdtner**, MünK. § 622 Anh.Rn. 144.; **Schaub**, Hdb. 1155 vd.) Öğretide bizde de kısmi süreli çalışanların çalışma süreleriyle orantılı biçimde hesaba katılacağı yönünde düzenlemeye gidilmesinin isabetli olacağı savunulmaktaydı. (Soyer, 158 sy. ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İstanbul 2002, 292- yay. İB.).

En az 30 işçi çalıştırmanın **hangi anda aranacağına** gelince; Yasa bu konuda bir açıklık içermemektedir ve bu yüzden sorun tartışmaya açık gözükmemektedir. Nitekim bir anlayış olarak, ilgili işçinin sözleşmesinin feshedildiği andaki işçi sayısı esas alınmalı, daha sonraki değişiklikler olayı etkilememelidir denilebilir. Fakat feshe itirazı (fesih tarihinden değil de) fesih bildirimının ilgili işçiye tebliği tarihinden başlatan yasal düzenlemeden hareketle fesih bildiriminin tebliği tarihi üzerinde de durulabilir. Dava tarihinin baz alınması ise sistemimize uygun gözükmemektedir.

Alman hukukunda gerekli işçi sayısının bulunup bulunmadığı saptanırken sadece feshin gerçekleştiği ana bakılmamakta, bu noktada ölçüt olarak çoğu kez, işyerinde düzenli olarak çalıştırılan işçilerin sayısı esas alınmaktadır¹⁵. Bizde böyle bir durum söz konusu değildir.

İncelediğimiz karara konu olayda en az 30 işçi çalıştırma olgusu hiç tartışılmadan iş güvencesiyle ilgili yargılama yapıp sonuca varıldığına göre, bu koşulun mevcut olayda sağlandığı düşüncesine varılabilir. Bu yüzden, üzerinde daha fazla durmayacağız.

5. Güvenceden yararlanmanın bir diğer koşulu; ilgili işçinin üst düzey işveren vekili niteliği taşımasıdır¹⁶. Bundan kasıt; "işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları" ile "işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri"dir (İŞK.18/son)¹⁷. Somut olarak düşünülürse işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilinin genel müdür; Yardımcılarının ise genel müdür yardımcısı olduğu söylenebilir. O halde personel müdürü vs. gibi kimseler bu kapsamda değerlendirilemez. Genel müdür ve yardımcılarının güvenceden dışlanabilmesi için işe işçi alıp çıkarma yetkilerinin bulunması gerekmez. Fakat işyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilininse (ki şube müdürü veya müdürdür) iş güvencesinden dışlanabilmesi için işyerine işçi alma ve işçi çıkarma yetkisinin bulunması şarttır. Sadece işçi alma veya sadece işçi çıkarma

¹⁵Schaub, Hdb. 1155 ve BAG v. 31.01.1991-AP 11 zu § 23 KSchG 1969.

¹⁶Böyle bir sınırlama 158 sayılı sözleşmede açıkça yer almamakla birlikte belki Söz. Md.2/5 kapsamında düşünülebilir. Ancak Alman hukukunda da böyle bir sınırlama yoktur. İş güvencesi yönetici işçiler açısından da uygulanır. Sadece, işverenin işe iade yerine tazminata karar verilmesini istemesi halinde bunun için gerekçe göstermesi bunlarda uygulanmaz. (Bilgi için bkz. Schaub, 1154)

¹⁷4773 sy. Kanunla getirilen güvencede sadece işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri güvenceden dışlanmıştı, yani güvence dışı bırakılan işveren vekili daha sınırlı tutulmuştu (1475 sy. İŞK.13/A) Ancak öğretilerde bunun biraz daha genişletilmesi öneriliyordu. (Ulucan, 4773 sy. Kanun, 21) Nihayet Bilim Komisyonu Taslağında güvenceden dışlanan işveren vekillerinin kapsamı genişletilmiş (BilKomTas.19/son) ve bu düşünce mevcut yasaya aynen yansıtılmıştır. Böyle bir tutumun isabetli düşüğü de dile getirilmektedir. (Çelik, İş Hukuku, 195)

yetkisinin varlığı yeterli değildir, her iki yetkinin birlikte bulunması gerekir. Yine bu yetkilerin fesihden önceki bir dönemde aynı anda birlikte veya değişik zamanlarda ayrı ayrı bulunması güvenceden yararlanmaya engel değildir. O halde diyebiliriz ki, anılan yetkilerin anılan kişide fesih bildirimının tebliği (veya tebliğ yoksa fesih beyanının işçiye varma) anında birlikte mevcut olması gerekli ve yeterlidir.

Yukarıda sayılan koşulları taşıyan bir işveren vekili aslında iş güvencesinden tümüyle dışlanmış değildir. O sadece, sözleşmenin feshi usulü (İşK.19) ile geçersiz sebeple feshin sonuçlarından (İşK.21) ve işverenin haklı fesih iddiasına karşı iş güvencesini işletmekten yararlanamaz. (İşK.18/son) Yoksa kendisine yöneltilen bir feshe karşı mahkeme veya hakeme itiraz edip karar alma imkanı vardır. Fakat bu karar feshin geçersizliği ve işe iade, boşa geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatını öngöremeyecektir. Öyle anlaşılıyor ki kararda feshin geçerli bir sebebinin olmadığı ve haksızlığı tesbit edilmekle yetinilecektir.

6. İş güvencesinden yararlanabilmenin bir başka şartı, ilgili (sözleşmesi feshedilen) işçinin enaz 6 aylık¹⁸ hizmet süresine (kıdeme) sahip bulunması gereğidir.(İşK.18/1) Bu sürenin hesabında İşK.66 da dile getirilen süreler dikkate alınır¹⁹ ve 6 aylık kıdemin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmesi farklılığa yol açmaz, süreler birleştirilir. (İşK.18/4) İşverenin işçiyi çalıştırdığı birden çok işyerinin aynı işkolunda olması da zorunlu değildir.²⁰ Hatta kural olarak, bu işyerlerinin tümünün İşK.na tabi bir işyeri olması da zorunlu değildir kanısındayız. Deneme süresinin de hesaba katılması doğru olur. (**Schwerdtner**, MünK. §622 Anh. Rn. 174).

Ancak 6 aylık sürenin tek bir sözleşmeyle hizmet bütünlüğü içinde geçirilmesini aramak uygundur²¹. Aynı işverenler yanında ayrı sözleşmelerle geçirilen süreler bu işverenlerin kamu veya özel kesim işvereni olduğuna bakıl-

¹⁸Alman hukukundaysa işçinin 6 aydan daha fazla hizmet süresince sahip olması aranmaktadır. (KSchG § 1/1) Bilgi içinse bkz. **Schaub**, 1154.

¹⁹Yasanın 6 aylık asgari kıdemin hesabında sadece bir gün içinde çalışılmış sayılan haller (İşK.66) atıf yapıp sözleşmenin devam süresi içinde yer alan çalışılmış sayılan haller ile tatil/izin günlerine değinmemesi, sanki bunların dikkate alınmayacağı anlamını verir gibidir. Ancak böyle bir yaklaşım isabetli değildir. Bu yüzden kıdem için atfın hiç değilse (yine günü değil) daha uzun bir süreyi baz alan ve o sürenin hesabında hangi olguların kıdemden sayılacağını düzenleyen İşK. 55'e yapılması daha doğru olurdu. Fakat kendisine atfı yapılmamakla birlikte yine de İşK. 55 hükmünden yararlanmak uygun gözükmektedir.

²⁰**Ulucan**, 4773 sy. Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, (İB.yy.) 23. Ancak yazar, 6 aylık sürenin aynı işkolunda geçirilmesinin aranmayışını isabetsiz bulmakta ve işkolu sınırlamasının getirilmesini önermektedir. Bunun isabetli gözükmediği kanısındayız.

²¹**Akyiğit**, İş Hukuku, 213. Krş. **Çelik**, İş Hukuku, 194-195.

maksızın hesaba katılmaz. Buna karşın aynı sözleşmeyle değişik işverenler yanında geçirilen sürelerin hesaba katılması gerekir. İşveren değişikliği ve işyerinin devri ile ödünç iş ilişkisinde durum böyledir. Yani işçinin ödünç verilmesi halinde ödünç alan yanında geçirdiği süreler ile işveren değişikliği halinde farklı işverenler (eski ve yeni işverenler) yanında geçirdiği süreler de hesaba katılır. Hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı süreleri de hesaba katmak gerekir.(**Mollamahmutoglu**, 556 vd.)

Yine 6 aylık kıdemın sözleşmenin feshinin işçiye tebliği/bildirimi anında mı yoksa (bilhassa önele uyularak fesihte) feshin gerçekleştiği anda mı aranacağı tartışılabilir. Fakat yasal düzenlemenin itirazı fesih bildiriminin işçiye tebliğinden başlatılan tutumu (İşK. 20/1) bu noktada da fesih beyanının tebliği, daha doğrusu işçiye ulaştığı tarihin esas alınmasını anlatır gibidir. Dolayısıyla önele uyularak yapılan bir fesihte fesih bildirim önellerinin hesaba katılmaması gerekecektir.

6 aylık kıdemın başlangıcı kural olarak sözleşmeye uygun olarak ifanın başlayacağı/ başladığı tarihtir. Bu bazen fiilen çalışmayla bazense çalışmış sayılmayla başlar. Örneğin ifanın başlayacağı gün işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi böyledir. (**Schwerdtner**, MünK. §622 Anh. Rn. 172).

İncelediğimiz kararda işçinin 6 aylık kıdemi sağladığı tartışılmasa da, tartışmaya gerek duymayacak kadar açıktır. Zira, işçi 01.05.1999 dan itibaren (sürekli yenilenen sözleşmeler görüntüsü altında) baştan beri belirsiz süreli bir tek sözleşmeyle çalıştırılmıştır. Bu ise seneleri bulan bir süredir. Ancak hizmet sözleşmesinin ne zaman sona erdirildiği karardan net olarak anlaşılammaktadır. Sadece iş mahkemesinin hakem kurulunu oluşturan kararı 22.05.2003 de verildiğine göre, feshin bu tarihten bir süre evvel gerçekleştirildiği söylenebilir.

7.Yukarıda sayılan koşulları sağlayan bir işçinin hizmet sözleşmesinin işverence geçerli bir sebep olmadan ve bu sebep yazılı fesih bildiriminde açık ve kesin olarak belirtilmeden feshedilmesi de güvencenin bir başka koşuludur. Hatta geçerli sebep gösterilse dahi işçinin davranışları veya verimiyle ilgili bir sebebe dayanılmışsa, böyle hallerde işçinin savunmasının alınmaması da güvencenin işletimine imkan verir.(İşK.19)

Belirsiz süreli sözleşmenin işverence önele uyularak veya peşin parayla feshi için geçerli sebep arayan bu sistem, işverenin feshindeki keyfiliği engellemek amacındadır.

Geçerli sebep ise, genel hatlarıyla belirtmek gerekirse, **Haklı neden düzeyine ulaşamayan fakat işvereni yaptığı fesihle makul ve mazur gösteren bir olgudur.** Bu bağlamda aslında her haklı neden fesih için aynı zamanda bir geçerli nedendir ama her geçerli sebep asla haklı neden değildir.

Geçerli nedenin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanması mümkündür. (İşK.18/1) Fakat yasada bazı olguların geçerli neden olmayacağı açıkça belirtilmiştir.(İşK.18/3)

İncelemeye çalıştığımız karara konu olayda işverenin sözleşmeyi hangi nedenle feshettiğine değinilmeksizin geçerli bir neden göstermeksizin feshettiğinden bahsedilmektedir. Bunun şu an için anlamı, somut olayda geçerli bir sebep olmadan feshe gidildiğidir. O halde iş güvencesinin bu koşulunun da gerçekleşmiş sayılması uygundur.

8. Güvencenin işleminin son koşulu; Sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesini harekete geçirmesi ve bunun üzerine yürütülen davayı kazanmasıdır.

Gerçekten de işçi; fesih bildirimini kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde (duruma göre) iş mahkemesine veya özel hakeme dava açarak feshe itiraz edebilir. İtiraz; Fesih için hiçbir sebep gösterilmediği yahut gösterilen sebebin geçerli neden niteliği taşımadığı veya (işçinin davranışlarından yahut verimiyle ilgili bir sebep gösterilmesi halindeyse) savunmasının alınmadığı yönünde olabilir. İnceleme konumuzu oluşturan olayda işverenin sözleşmeyi feshetmiş olduğu dile getirilmekte ve fakat bunun "hiçbir sebep göstermeme" şeklinde mi yoksa "sebebin gösterilmesiyle birlikte gösterilen sebebin geçerli görülmediği" biçiminde mi gerçekleştiği anlaşılamamaktadır.

İşçinin feshe itirazını kural olarak İş Mahkemesine yapması gerekir. Fakat TİS'nde veya işçiyle işveren arasında yapılan bir anlaşmada uyuşmazlığın hakeme götürüleceği kararlaştırılmışsa, bu durumda itirazın özel hakeme yapılması icap eder (İşK.20/1) 4773 sy. Kanunla getirilen hükümde de yer alan (1475 sy. İşK. 13/c) bu düzenlemenin Anayasaya da²² 158 sy. Sözleşmeye de

²²Öğretide bir anlayış özel hakem kaydının Anayasa'ya (Md.36) aykırılığını dile getirmektedir. (Egemen, Türk İş Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi, -İB-GSÜ yy- Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, 117 ve Özveri, Aynı Semp. 118) TİS ile getirilen özel hakem kaydının hem AY.37'deki doğal yargıçlık ilkesine aykırılığı ve hem de AY.53 de düzenlenen TİS özerkliğinin sınırlarını aşma sonucu doğuracağı da belirtilmektedir. (Özveri, 4857 sy. Yeni İş Yasası ve İş Güvencesi, Selüloz-İş Haziran 2004, 27-28). Ancak her iki düşünceye de katılmıyoruz. Zira hem AY.125 ile özel hakemin devletle ilişkilerde bile öngörülmesi ve hem de bu Anayasa çerçevesinde özel hakemin yıllardır uygulanması (HUMK. 516 vd.) bir yana; AY.md.90'a eklenecek son fıkraya göre 158 sy. Sözleşmenin öngördüğü özel hakem kuralının iç hukuk kuralından evvel uygulanacağı açıktır.

uygun olduğunu söyleyebiliriz (Söz.8/1). Hatta 158 sy. Sözleşme hakem yanın- da Hakemlik Kurulundan da söz etmektedir fakat bizim yasada hakemlik kuru- lundan açıkça bahsedilmemiştir. İş güvencesi uyuşmazlığının özel hakemde görüleceğinin kararlaştırımı halinde işçinin buna rağmen iş mahkemesine gidip gidemeyeceği yani özel hakemin devlet yargısına eklenmiş bir alternatif imkan mı yoksa devlet yargısını bertaraf eden bir etkiye mi sahip olduğu konusu tartışmalıdır. Bir anlayışa göre, böyle bir durumda işçi seçimlik bir hakka sahip olup ister mahkemeye, isterse de özel hakeme başvurabilir. Kısacası özel hakem kaydı devlet yargısını bertaraf edici bir etkiye sahip değildir²³. Diğer bir anlayış ise özel hakeme götürme kaydının mahkemenin yargı yetkisini ortadan kaldıracığı, böyle bir durumda itirazın mahkemeye yapılamayacağı biçimindedir²⁴. Kanımca, yasanın, özel hakeme götürme kaydının varlığı durumunda "...uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" biçimindeki ifadesinin (İşK.20/1) mahkemeye başvurma imkanını bertaraf ettiği söylenebilir²⁵.

Feshe itirazın özel hakeme götürüleceği anlaşmasının/kaydının ne zaman konulacağına gelince; Böyle bir düzenlemenin TİS ile getirimi halinde TİS yapılırken getirilebileceği gibi mevcut TİS de sonradan değişiklik (protokol) yoluyla da getirilebilir. Bunda bir problem yoktur²⁶. Fakat işçi işveren arasındaki özel hakem kaydının ne zaman getirileceği problemlidir. Zira henüz iş ilişkisi kurulup işçi işe alınırken konulan bir özel hakem kaydına geçerlilik tanımak, özel hakemin mahkemenin yargı yetkisini kaldırıp kaldırmadığına bağlı olarak cevaplanacak bir sorudur. Eğer özel hakem kaydının mahkemenin yargı yetki- sini kaldırmadığı benimsenirse, özel hakem anlaşmasının her zaman için (iş girerken, işin devamı sırasında veya son bulduktan sonra) getirilebileceği söylenebilir. Zira nasılsa, işçi böyle bir kayda rağmen mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.²⁷ Oysa özel hakem kaydının mahkemenin yargı yetkisini bertaraf ettiği benimsenirse, henüz işe alınırken sözleşmeye konulan kaydın

²³Ulucan, 4773 sy. Kanun, 43 ve 58.

²⁴H. Aksoy, 99 ve Şahlanan, 100-101.

²⁵Aynı yönde Egemen, Yeni İş Yasası Semp. 99.

²⁶Öğretide bir görüş, TİS ile getirilen özel hakem kaydının hukuken geçerli olduğu ve fakat işçiyi bağlamayacağı yönündedir. (Şahlanan, İş Güvencesi-Temel Kavramlar, 100-101). Keza TİS ile getirilen özel hakem kuralının Anayasa'daki doğal yargıçlık ilkesine aykırı ve AY.53'deki TİS özerkliğini aşan bir durum olduğu da savunulmaktadır. (Özveri, Yeni İş Yasası, 27-28) Yine bir anlayışa göre, TİS ile getirilen özel hakem kaydı "TİS nin hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir normatif hükümü" olarak da görülemez. Bu yüzden tahkimle ilgili davanın da TİS taraflarınca açılması gerekir. (Şahlanan, İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal süreç, Mercek Nisan 2003, 18). Bizce TİS ile getirilen özel hakem kuralının caizliği açıktır ve böyle bir kural "hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif bir hüküm" dür.

²⁷Krş. Ulucan, 4773 sy. Kanun, 58. Yazar bir yandan özel hakem anlaşması olsa da işçinin mahkemeye başvurma hakkının devam ettiğini (s.43) diğer yandansa işe alınırken konulan özel hakem kaydının yargı yolundan feragat oluşturacağı gerekçesiyle geçersizliğini dile getirmektedir.(s.58)

işçiyi bağlamayacağı, geçersiz olacağı söylenebilir. İşe alındıktan sonra işin devamı sırasında getirilen özel hakem kaydı ise, işçinin iradesi sakatlanmamışsa geçerli sayılmalıdır. Hizmet sözleşmesinin feshinden sonraki anlaşma ise genel olarak geçerlidir²⁸.

İşçiyi işveren arasındaki özel hakem anlaşmasının nasıl, yazılı veya sözlü mü yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur ve bu yüzden sözlü dahi yapılabileceği savunulabilir. Fakat sorun halinde ispatı zordur. Bu yüzden yazılı yapılması önerilir. Kaldı ki bu kayıt TİS ile getiriliyorsa zaten yazılı olarak TİS de yer almak zorundadır. (TSGLK.4) Aksi halde geçerli değildir. İşçiyi işveren arasındaki anlaşmayla getiri halinde buna dair özel bir kurala İşK. da rastlanmadığından durum tartışılabilir. Fakat yönetmelikle vs. bir düzenleme yapılana kadar HUMK.nun tahkimle ilgili hükümlerinden yararlanmak uygundur. Bu durumdaysa özel hakem kaydının mutlaka yazılı biçimde getirilebileceği, aksi halde tahkim anlaşmasının geçerlilik taşıyamayacağını söyleyebiliriz (HUMK.517)²⁹. Tüm bu genel bilgilerden sonra somut olayımıza döndüğümüzde; davacı işçiyi işveren arasında yapılan sözleşmede uyumsuzlukların özel hakeme götürüleceği kaydının konulduğu belirtilmektedir.

Fakat bu kaydın sözleşmeye ne zaman konulduğu belirtilmemiştir. Eğer 01.05.1999 da ilk sözleşme yapılırken konulmuşsa; İşe alınırken böyle bir kaydın konulması halinde geçerlilik taşıyıp taşımayacağına dair yukarıda dile getirilen tartışmalar burada da geçerli olacaktır. Fakat bundan çok daha önemli bir nokta; sözleşmenin yapıp kaydın konulduğu 01.05.1999 tarihinde, ülkemizde hem iş güvencesinin bulunmadığı, hem de bireysel iş uyuşmazlığının özel hakeme götürümünün geçersizlikle karşılaşacağıdır. Dolayısıyla hakem kaydı 01.05.1999 da veya 15.03.2003 den önceki herhangi bir tarihte getirilmişse bunun kesinlikle geçersiz olacağını söyleyebiliriz. Aynı şeyin aynı dönemde TİS ile getiri halinde de sonuç aynıdır. Ancak sözleşmenin her yıl yenilediği belirtildiğine göre; 15.03.2003 den sonraki bir yenileme sırasında veya ilişki devam ederken getirilmişse, yukarıdaki tartışmalar çerçevesinde çözüm aranır. Fakat, işçinin iradesi sakatlanmadığı sürece bu durumda (15.03.2003 den itibaren getirilen) hakem kaydının geçerli olacağını düşünüyoruz.

Kararda bu noktaların hiç tartışılmayıp uyuşmazlığın hakemde çözümüne imkan tanındığından, Yargıtay'ın olaydaki özel hakem anlaşmasını geçerli gördüğü sonucuna varılabilir. Ancak özel hakem kaydı İşK. Kuralları çerçevesinde geçerli olsa bile hakemi kimin belirleyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. 4773 sy. Kanunla getirilen güvence döneminde hakemin kim olacağı ve kim tarafından belirleneceğine dair en ufak bir düzenleme yoktu. Bu yüzden

²⁸Şahlanan, 100-101

²⁹Konu Hakkında bilgi için bkz. H. Pekcantez, Medeni Usul hukuku, Ankara 2000, 472-490 (481 vd).

de tarafların hakemi kendilerinin belirlemesi kadar mahkemece belirlenmesini kararlaştırmaları da mümkün görülebilirdi. Nitekim olayımızda da işçi iş mahkemesine başvurarak bir Hakem Kurulu belirletmiş ve mahkemenin bu yöndeki kararı Yargıtay 9.HD'ce de onanmıştır. O dönem için bunu makul görmek mümkündür. Fakat 4857 sy. İş Kanunu bu konuda biraz farklı bir anlayışla özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin (herhalde ÇSGB'nca) çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğini öngörmüştür. (İşK.20/son). Ancak hala böyle bir yönetmelik çıkarılmamıştır. 4857 sy. İşK.nun bu hükmü, özel hakemin oluşturmunu belirlemeyi taraflardan alıp ÇSGB'na vermiş gözükmektedir.

Hakem Kurulunun kesinleşmesi ve yargılama ile incelediğimiz bu Yargıtay kararı 4857 sy. İşK.nun yürürlüğünden sonra gerçekleşmişse de, öyle anlaşılıyor ki 4857 sy. İşK. değil 4773 sy. Kanun hükümleri uygulanmıştır. Zira şu an henüz ilgili Yönetmelik çıkmadığından, özel hakemin nasıl oluşup uyuşmazlığa nasıl bakacağı bile belli değildir³⁰.

Ayrıca özel hakemin süresinde (2 ay içinde) yargılamayı yapıp uyuşmazlığı şu veya bu yönde çözen bir karar vermesi gerekir ve inceleme konuzu oluşturan olayda da (süresinde olduğu belirtilmese de) bir karar verdiği görülmektedir. Ancak uyuşmazlığa 4773 sy. Kanunun getirdikleri uygulansa da 4857 sy. İşK. hükümleri uygulansa da yani her iki dönemde de özel hakemin verdiği karar kesindir temyiz edilemez. Mahkemece verilen karar temyiz edilebilirse de özel hakemce verilen kararın temyize konu olamayacağı yasal düzenlemenin ifadesinden çıkarılabilir³¹. Zira uyuşmazlığın (duruma göre) özel hakeme götürülebileceğini öngören kanunun temyiz bakımından sadece "mahkemece verilen kararın temyizi"nden söz etmesine (İşK.20/3 ve 1475 sy. İşK.13/C-son) başka bir anlam vermek zordur.³² Oysa olayımızda hakem

³⁰Özel hakemle ilgili ÇSGB Yönetmeliği henüz çıkarılmamakla birlikte Bakanlığın çeşitli yönetmelik tasarıları hazırladığı ve bunlarda hakeme götürme anlaşmasının ya TİS ile ya da fesihden sonra işçiyle işveren arasında yapılacağı ve tek hakemce uyuşmazlığa bakılacağına dair hükümler önerdiği belirtilmektedir. Ancak bu taslak hükümlerinin çeşitli açılardan eleştirildiği de belirtilmelidir. (Bkz. **D. Karademir**, İş Kanunumuz Gerçekten Değişti mi? Mercek Nisan 2004, 91-95(95)).

³¹Bu anlamda bkz. **A. Duran**'ın Yeni İş Yasası Semp. İstanbul 2003. 112'deki açıklaması. Ancak aynı açıklamalar içinde özel hakem kararlarını yargı denetimi dışında bırakmanın uygulamaya uygun olmayacağı da yer almaktadır.

³²Bununla birlikte yapılacak bir yasa değişikliği ile özel hakem kararlarına karşı da temyiz yolu (yargısal denetim) getirmenin isabetli olacağını düşünüyoruz. Zira bir ihtisas mahkemesi olan İş Mahkemesi'nin verdiği kararın hatalı olabileceği düşünülerek temyizen incelenmesi mümkün görülüşken; bırakalım yargıçlığı, belki konunun uzmanı bile olmayan bir hakemin vereceği karara mutlak doğru gözüyle bakıp onu yargısal denetimden kaçırmanın uygun gözükmediği kanısındayız. Bu önerimiz HUMK. Hükümleriyle de tutarlıdır, denilebilir. (HUMK.daki özel hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları hakkında bilgi için bkz. **Pekcanitez**, 489 vd. ; **İ. H. Karafakih**, Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu, ABD. 1951, C.7, N. 91, 2-9).

Kurulunca verilen kararın temyiz edildiği ve Yargıtay'ın da bunu inceleyerek bozduğu görülmektedir. Bir ihtimal; özel hakem kararı temyiz edilemez ama Yargıtay bu tutumuyla özel hakem kararlarını temyizen inceleyebileceği düşüncesini ortaya koymuştur ve bu yönüyle de bizden farklı düşünüyor denilebilir.

Ancak somut olayda Hakem Kurulunun yalnızca iş güvencesi (feshin geçersizliği/ işe iade/ boшта geçen süre ücreti/ iş güvencesi tazminatı) sınırlarını taşar biçimde karar verdiği görülmektedir. Gerçekten de Hakemden iş güvencesi kalemleri dışında ihbar ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına ve sözleşmeden doğan ücret alacağına karar vermesi talep edilmiş; Hakem Kurulu da bu konularda karar vermiştir. Oysa iş güvencesi yargılaması sınırlı bir konuya sahip olup o kalemler dışında bir şey bu yargılamada ele alınamaz ve karara konu olamaz. Bu durum hem mahkeme hem de ve özellikle hakem için geçerlidir. İstekte belirtilen "ihbar/ kıdem tazminatı/ yıllık izinlerin ücreti ve sözleşmeden doğan ücret alacağı" kalemleri iş güvencesi yargılamasının konusuna girmezler. Ayrıca yargılamaya tabi tutulmaları gerekir. Keza bu konular özel hakeme bırakılan konular da olmadığından³³; iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. İş MahK.1 ve BK. 533/4 ile İşK.21 (1475 sy.İşK.13/D) hükümlerinin bizi götüreceği sonuç budur.

İşte tüm bunlardan yola çıkarak Yargıtay da Hakem kararını kendisine tanınan yasal sınırı taşıdığı için temyizen inceleyip bozmuştur denilebilir, bu da akla gelebilecek ikinci ihtimaldir. Fakat bu durumda bile Hakem kararının iş güvencesiyle ilgili kısmına dokunulmaması gerekirdi. Oysa Yargıtay iş güvencesi tazminatının (işe başlatmama tazminatının) ve boшта geçen sürenin 4 aya kadarki ücret alacağının miktar belirtilmeden karara bağlanmasını da incelemiş ve bozma sebebi saymıştır. Tüm bunlar gösteriyor ki; Yargıtay özel hakemin iş güvencesi uyuşmazlığı çerçevesinde verdiği kararın temyizini kabul etmekte ve temyizen inceleyerek bozabilmektedir.

Aslında incelediğimiz kararla bağlantılı olarak Hakemin/ Hakem Kurulunun verdiği kararın Yargıtay'ca temyizen incelemesini de içerir şekilde olayın ilginç bir özelliği daha vardır. Bilindiği üzere olayımızda bir "Avukatlık Sözleşmesi" çerçevesinde bir çalışma vardır. 1136 sy. Avukatlık Kanunu'nun 4667 sy. yasayla değişik 167. maddesinde "Avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer Barosu Hakem Kurulunca çözümlenir" denilmektedir.

³³Aynı şey HGK.nun 18.11.1964 tarih ve 251/506 sy. kararında da dile getirilmiştir. Fakat öğretilde hizmet sözleşmesinden doğan diğer uyuşmazlıkların da hakeme götürülmesini arzulayan bir eğilim de vardır. (Ekmekçi, 4773 sy. İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Tmz 2003, 98),.

Acaba somut olayımızdaki Hakem Kurulu böyle bir hakem kurulu mudur? ve hakem kaydı buna dair bir kayıt mıdır? sorusu zihinlere takılıyorsa da, kararda herhangi bir Baro hakem Kurulundan söz edilmemektedir. Oysa 9. HD.'ne ait olmasa da Yargıtay'ın Baro Hakem Kurullarıyla ilgili verdiği kararlar da açıkça kararın hangi yer Barosu Hakem Kurulunca verildiği belirtilmektedir³⁴. Hem bu durum ve hem de Baro Hakem Kurulunu Mahkemenin değil ilgili Baronun belirlediği gerçeği, somut olayımızdaki Hakem Kurulunun iş güvencesi bağlamında bir özel hakemlik olduğunu anlatmaktadır, denilebilir.

Bununla birlikte konumuzla ilgisi nedeniyle avukatlık sözleşmesi çerçevesinde işçi olarak çalışan bir avukatın hizmet sözleşmesinin feshi durumunda iş güvencesi dahil işçilik haklarıyla ilgili uyuşmazlıkların mahkemede mi yoksa Baro Hakem Kurulunda mı çözümleneceği problemini kısaca irdelemekte yarar vardır. Konumuz itibarıyla avukatlık sözleşmesi diye anılan sözleşmenin, bu sözleşme çerçevesinde bağımsız avukatlık hizmeti sunumunu hedeflediği kanısındayız. Eğer avukat, adına avukatlık sözleşmesi de dense, bunu ücret karşılığı ve bağımlı olarak sunacaksa (ki olayımızda böyledir ve üstelik işverenin işyerinde çalışmaktadır), artık ortada bir hizmet sözleşmesinin bulunduğu su götürmez. Hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarınsa kural olarak İş mahkemelerinde çözümleneceği açıktır (İşMahK.1 vd.). Sadece iş güvencesi bağlamında bir hakeme gitme imkanı vardır ve o da Baro Hakem Kurulu değil özel hakemdir. 1136 sy. Kanun md. 167 deki hüküm bu esası değiştirmiş değildir. Kaldı ki, değiştirmesi anlamlı da düşmez.

Nitekim somut olayımızdaki Yargıtay kararı, bu durumun farkında olarak veya olmayarak ama isabetli bir şekilde bu noktayı tartışma konusu dahi yapmamıştır. Ancak işçilik içermeyen vekalet sözleşmesi çerçevesinde çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın BK.nun vekalet sözleşmesi kurallarına göre mahkemede değil, 1136 sy. Av. K.nun 167. maddesine göre Baro Hakem Kurulunca görüleceği Yargıtay'ın çeşitli daire kararlarında dile getirilmiştir³⁵. Baro Hakem Kurulunun Baro üyesi avukatın müvekkilleriyle olan sorunlarının çözümünde hakem rolü taşımasının, aslında pek de isabetli olduğunu sanmıyoruz. Tıpkı iş uyuşmazlığında ilgili işçinin üyesi olduğu sendikanın hakemliği gibi hakemin (hakem kurulunun) tarafsızlığından söz etmek çok da tatminkar gözükmemektedir.

³⁴Örnek olarak bkz. 13. HD. 05.02.2003, 10553/1133

³⁵13. HD. 05.02.2003, 10553/1133; 03.04.2003, 1191/3910; 05.02.2003, 4097/4677; 20.05.2003, 3475/6209; 15.05.2003, 4125/6045.