

**FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZDA ÖZEL HAKEMİN KARARININ
KAPSAMI, İŞE BAŞLATMAMA HALİNDE TAZMİNATA
MİKTAR BELİRTİLMEYEN KARAR VERİLMESİNE İLİŞKİN
YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN BİR KARARI**

Ar. Gör. Müjgan Yücel¹

**Kararın Esas No: 2004/5846, Karar No: 2004/5621, Tarihi:
22.3.2004**

Özü:

4857 sayılı Kanunda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup, kalan diğer uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Özel hakem kararlarında işe başlatmama halinde tazminata ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağına miktar belirtilmeden karar verilmesi gerekir.

Dava:

(.....) adına Avukat (.....) ile (.....) AŞ. adına Avukatlar (.....) ve (...) aralarındaki dava hakkında İstanbul (...) İş Mahkemesinden verilen 14.08.2003 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:

Karar:

¹ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı

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

2. Davacı ile davalı banka 1.5.1999 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 da vali tarafından feshedilmesi üzerine, davacı hakem kurulunun oluşumu için iş mahkemesine müracaat etmiş ve bu kurulun oluşumuna ilişkin İstanbul 8. İş Mahkemesinin 22.05.2003 gün ve 28 7-533 sayılı kararı Dairemizin 23.06.2003 gün ve 11176-11697 sayılı ilamı ile onararak kesinleşmiştir.

Davacı bu uyuşmazlıkta hakem yolu ile 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 başta geçen süre için ücret alacağı tespit niteliğinde olup, gerçekleşmeleri tazminat için başvurma ve işe başlatmama, ücret alacağı için başvurma koşuluna bağlı olduğundan miktar belirtmeksizin hüküm altına alınmaları gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. Hakem Kurulunca işe başlatmama tazminat, 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 bu doğrultudadır. HUMK.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedendir. 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. Temyiz olunan kararın yukarda belirtilen gerekçelerle **BOZULMASINA** 22/03/2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi

I. Hukuki Uyuşmazlık Konusu Olay

1. Davacı ve davalı banka, 1.5.1999 tarihinde avukatlık sözleşmesi imzalamışlardır. Bir yıl süreli olarak imzalanan bu sözleşme, sonradan yenilenerek belirsiz süreli hale gelmiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözümlenmesi kararlaştırılmıştır.

2. Taraflar arasındaki sözleşmenin davalı banka tarafından feshedilmesi üzerine, davalı hakem kurulunun oluşumu için hakem kurulunun oluşumu için iş mahkemesine müracaat etmiştir. İstanbul 8. İş Mahkemesinin 22.05.2003 gün ve 287-533 sayılı, hakem kurulunun oluşumuna ilişkin kararı 9. HD'nin 23.06.2003 gün ve 11176-11697 sayılı ilamı ile onararak kesinleşmiştir.

3. Davacı, hakem kurulundan 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.

4. Hakem Kurulunca aradaki sözleşmenin iş ilişkisi olduğu tespit edilmiş, 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.

5. Davalı avukatınca temyiz edilen karar, İstanbul 8. İş Mahkemesince, 14.8.2003 günlü ve 184 Değişik İş sayılı yazı ile 9. HD'ne gönderilmiştir.

II. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Görüşleri ve Kararı.

1. Yargıtay, taraflar arasındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesi aralık yorumlanması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi yerinde bulmuştur. 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, bağlılık ve ücret” koşulları gerçekleşmiştir.

2. 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 verilmesinin de yerinde bulunduğu Yargıtay 9. HD'nin kararında zikredilmiştir. Bu hususta, 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik getiren 4773 sayılı yasa dayanak alınmıştır.

3. Ancak feshin geçersizliğinin sonucu olarak öngörülen işe başlatmama halinde tazminat ve dört aya kadar başta geçen süre için ücret alacağının tespit niteliğinde olduğu, gerçekleşmelerinin tazminat için başvurma ve işe başlatmama, ücret alacağı için başvurma koşuluna bağlı olduğundan miktar belirtmeksizin hüküm altına alınmaları gerektiği ve dairenin uygulamasının da bu yönde olduğundan bahisle hakem kurulunca işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağına miktar belirtilerek karar verilmesi hatalı bulunmuştur. 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 gerektiği de hüküm altına alınmıştır.

4. Yargıtay 9. HD, 4773 ve 4857 sayılı Kanunlarda 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 bulunmadığını zikretmiştir. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. HUMK.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca da “hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler”. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun

ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmadığından ve anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğinden bahisle hakem kurulunca izin ve ücret alacağına karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

5. Yukarıda anılan gerekçelerle Yargıtay 9. HD, kararın bozulmasına, 22.3.2004 tarihinde karar vermiştir.

III. Hukuki Problemler

1. 4857 sayılı İş Kanununun 20 maddesinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini düşünen işçinin “feshe karşı itiraz”ını, hakem nezdinde yapacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu yola başvurulması, tarafların anlaşması veya toplu sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bağlı kılınmıştır. Burada hukuki problem teşkil eden, hakem yargılamasında ele alınabilecek uyuşmazlığın ne olduğu, iş mahkemelerinin münhasır olarak görev alanına giren bir uyuşmazlık konusunun somut olayda var olup olmadığı ve hakemlerin kararlarını hangi kapsamda verebileceğidir.

2. İşe başlatmama halinde tazminata ve dört aya kadar boşta geçen süre için ücret alacağına karar verilebileceği ancak miktar belirtilip belirtilemeyeceği de somut olaydaki bir diğer hukuki problemi teşkil etmektedir.

3. Yargıtay 9. HD'nin temyiz incelemesinde ele almadığı bir diğer hukuki problem ise taraflar arasında iş ilişkisinin kurulması veya devamı sırasında, sözleşmenin feshi halinde hakem yargısına başvurulup vurulamayacağı ve bunun hangi hallerde geçerli olacağına ilişkindir.

IV. Değerlendirme

1. İşK'nun 20. maddesi; “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile bildirim tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.” hükmünü içerir. Bu cümleden hemen sonra “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar aralarında anlaşılırsa uyuşmazlık aynı süre içinde özel hakeme götürülür (m.20/I).” ibaresinin yer alması da doktrinde, sadece bu konuda, yani fesih sebebinin geçerli olup olmadığı konusunda

tahkime gidilebileceği yönünde bir yoruma sebep olmasından dolayı eleştirilmektedir².

İş Mahkemelerinin yükünün azaltılması için iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkimle çözümlenmesi isteniyorsa, bunun iş sözleşmesinden doğan tüm hükümleri kapsar biçimde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmekte; tahkimin sadece feshe karşı itiraza münhasır kılınmasının da, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmının hakemde, bir kısmının iş mahkemelerinde görülmesi gibi, çok fazla karışıklığa yol açacak bir sonuca sebep olacağı gerekçesiyle mümkün görülmemek gerektiği iddia edilmektedir³.

Kanun hükmünün “fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlığı altında ve bu kadar açık düzenlendiğini göz önünde bulundurursak, sözkonusu hükmün yalnızca feshe karşı itirazı kapsadığı ve iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer ihtilaflarda uygulanamayacağı kanısına ulaşmak mümkündür. Kanun hükmünün düzenlenmesine sebep olan 158 sayılı ILO sözleşmesinin 8. maddesi hükmü de zaten bu kapsamdadır. Uluslararası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansı Uluslararası Çalışma Bürosu Yönetim Kurulunca, Haziran 1982’de kabul edilen “158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme”, Türkiye tarafından da onaylanmıştır.

Sözleşmenin “son vermeye karşı itiraz usulü” başlıklı “C” kesimi m.8 düzenlemesine göre; “Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanaatinde olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir mercii nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.”

Sözkonusu 20. madde hükmünün 158 sayılı ILO Sözleşmesine uyum amacıyla yasalaştırıldığını kabul edersek, kanunkoyucunun bundan daha geniş bir geçerlilik kapsamı amaçladığı düşünülemeyecektir.

² Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 53-61, s.60; Şahlanan, Fevzi, İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, S.30, s.15-20, s.18.

³ Ekmekçi, a.g.m., s.60.

İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesine göre, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesine veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemeleri görevlidir.

Genel yargılama kuralları dışında özel bir iş yargılaması ve bu yargılamayı yapan özel iş mahkemelerinin temel kuruluş gerekçesi, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ve bunun özel bir uzmanlığı gerektirmesi olarak kabul edilir⁴. İş Mahkemeleri Kanununun gerekçesinde de, işçinin haklarının adalet mercilerinde çabuk, kolay ve ucuz bir şekilde yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla bu mahkemelerin kurulduğu belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 13 Nisan 1971 tarihli kararıyla⁵ İşMK'nun 2, 4, 12, 13 ve 14. maddelerini, Anayasada güvence altına alınan "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine aykırılık teşkil ettikleri gerekçesiyle iptal etmiştir. İşMK'nun iptal edilen maddeleri, iş mahkemelerinin bir toplu mahkeme olarak, bir hakim başkanlığında bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilcisinden oluşacağını düzenlemekteydi. İşçi ve işveren temsilcilerinin hakimlik mesleğinden olmaması, yetkili işçi ve işveren kuruluşlarınca seçilmesi ve Adalet ve Çalışma Bakanlıklarınca atanması, Anayasanın "yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılması" ve "hakimlerin bağımsızlığı" ilkelerine aykırı bulunmuş, bu nedenle de sözkonusu hükümler iptal edilmiştir.

İşMK'nun gerekçesini, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla birlikte yorumladığımızda, kanunkoyucunun, iş mahkemelerini, işçinin korunması ilkesi çerçevesinde özel mahkemeler olarak öngördüğü ve bu mahkemelerdeki uyuşmazlıkların yalnızca iş ve sosyal güvenlik hukukunda uzman hakimlerce çözülmesini amaçladığı sonucuna varabiliriz. İş hukukunda tahkimin sınırları da, bu amaçları aşmayacak çerçevede çizilmelidir. Dolayısıyla 20. maddede dayanak bulan hakem yargılamasının kapsamını iş mahkemeleri aleyhine genişletmek Anayasa'nın güvence altına aldığı "yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olması" ilkesine ve İşMK'nun 1. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

⁴ Şahlanan, Fevzi, İş Yargılaması, İÜHF, C. XLII, S 1-4, s.377-421, s.377.

⁵ Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 gün, E 1970/63, K 1971/38 Sayılı Kararı, RG 16.11.1971 S.14017.

HUMK m.533'de hakem kararlarının temyiz (bozma) sebepleri hüküm altına alınmıştır. Bu sebepler kanunda dört bent halinde yer alır: Tahkim süresi bittikten sonra karar verilmiş olması; talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermiş olmaları; hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları.

Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermemiş olmaları temyiz ve bozma sebebidir. Bu hükümdeki yetkiden maksat, yer itibariyle yetki değil, bilakis "madde" itibariyle yetkidir, yani görevdir⁶. Hakemler arasında açılan dava, taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin kapsamına girmediği halde, hakemler kendilerini görevli sayarak davaya bakmışlarsa, verdikleri karar m.533/3'e göre bozulur⁷.

Tüm bu gerekçelerden ötürü, 9. HD'nin sözkonusu hukuki problem hakkındaki kararının yerinde olduğu açıktır.

2. İş Kanunu, geçersiz sebeple yapılan feshe bir takım sonuçlar bağlamıştır. İşverence geçerli bir sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren başvuruda bulunan işçiyi işe başlatmazsa, işçiye en az dört ay en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler (m.21/I).

Sözkonusu hükümde öngörülen işçiyi işe başlatma zorunluluğunun uygulanabilmesi, işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmasına bağlıdır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (m.21/V).

⁶ 15.HD 10.7.1991, E.3171/3665, Manisa BD 1991/39, s.44-45.

⁷ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI, İstanbul 2001, s.6098 vd. ve orada anılan Yargıtay kararları.

Kanun, işçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının kendisine ödeneceğini öngörmüştür (m.21/I). Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hükmün uygulanmasında, işçinin işe başlatılıp başlatılmamasının bir etkisi yoktur⁸.

Kanuna göre, işçi işe başlatılırsa peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatı miktarı m.21/I'e göre yapılacak ödemedan mahsup edilecek, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin olarak ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere, hak edilip verilmeyen kıdem tazminatı da ayrıca ödenecektir (m.21/IV).

Kanunun açık hükmü karşısında, 9. HD'nin, işe başlatmama halinde tazminat ve dört aya kadar boшта geçen süre için ücret alacağına hükmedilmesinin tespit niteliğinde olduğuna karar vermesi yerinde değildir. Kararda her ne kadar daire uygulamasının bu yönde olduğu zikredilmiş de, 9. HD'nin emsal kararlarında bu hususta farklı karar verildiği tespit edilebilir.

Yargıtay 9. HD, 8.7.2003 tarihli emsal kararında⁹, anılan yasanın 13/D. maddesinde «mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler» kuralına yer verilmiş olup, mahkemece bu tazminat miktarının belirlenmesi ile yetinilmesi gerektiğine karar vermiştir. Tazminatın tahsili yönünde hüküm kurulması hatalı bulunmuştur. Dolayısıyla Yargıtay kararı tazminat miktarının belirlenmesini değil, tahsili yönünde hüküm kurulmasını reddeder.

Öte yandan sözkonusu karara göre, bu tazminat işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Böyle olunca bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de doğru değildir. İşçinin çalıştırılmadığı süre için kararın kesinleşmesine kadar hesaplanacak olan en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, işçinin işe iade kara-

⁸ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.209.

⁹ 9.HD, 8.7.2003, E.2003/12442 K.2003/13123, İşvD, Temmuz 2003, s.15-17.

rının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır. Bu alacak için de faize karar verilmesi hatalıdır.

Anılan emsal karar ve kanun hükmü birlikte değerlendirildiğinde, 9. HD'nin 22.3.2004 tarihli kararında sözkonusu hukuki problem hakkında isabetli bir karar vermediği görülmektedir. Feshin geçersizliği sonucuna bağlanan işe başlatmama halinde tazminat ve dört aya kadar boшта geçen süre için ücret alacağının muacceliyet şartının başvuru koşuluna bağlı olduğu doğru bir tespit olmakla beraber bunun sonucu, dava tarihinden itibaren faize hükmedilememesi ve tahsili yönünde karar verilememesidir. Tazminatın miktarı ise tespit edilmelidir.

3. İŞK'nun 20. maddesinin 1.fıkrasının son cümlesine göre tarafların uyuşmazlığı hakeme götürülebilmeleri için toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması ya da tarafların aralarında anlaşmaları gerekir.

Maddede yer alan “taraflar aralarında anlaşır” ibaresinin ne şekilde yorumlanacağı, tahkim kaydının geçerliliği bakımından önem arzeder.

Burada “taraflar” dan kasıt, iş sözleşmesinin taraflarıdır, yani İş Kanunu anlamında işçi ve işverendir.

“Tarafların anlaşması” ile kastedilen, iş sözleşmesinin kurulması ya da devamı sırasında mı özel hakem şartının kararlaştırılmasıdır, yoksa iş sözleşmesi sona erdikten sonra mı? 20. madde hükmünün bu noktada geçerlilik kazanabilmesi için, “tarafların iş sözleşmesi bittikten sonra anlaşmaları”nın kastedildiği yönünde yorum gerekir.

Tarafların iş sözleşmesinin yapılması ya da devamı sırasında kararlaştıracakları, aralarında iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak çıkacak uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi yönündeki şart, iş hukukuna hakim olan “işçiyi koruma prensibi” gereğince geçersiz bir hüküm sayılmaktadır.

Yargıtay da, işçi ve işveren arasında, iş sözleşmelerine konacak hükümlerle tahkimin kararlaştırılamayacağını karara bağlamıştır¹⁰.

¹⁰ 9. HD 14.9.1964, 4983/5429, İKİD 1965/49, s.3505 vd.

Doktrinde de ağırlıklı olarak savunulan görüş, iş sözleşmesine konulacak bir hükümle ya da iş sözleşmesinin devamı sırasında ayrı bir anlaşmayla kararlaştırılacak tahkim kaydının geçerli olmayacağı, zira işverene bağımlı çalışan işçinin kendisine dayatılan hükmü kabul etmek zorunda kaldığı, bunun iş hukukunun temelinde yatan “işçiyi koruma ilkesi” ile bağdaşmayacağı yönündedir.

İş sözleşmesinin kuruluşu ve devamı sırasında işçinin serbest iradesiyle kabul etmediği gerekçesiyle geçerliliği reddedilen özel hakem kaydı, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi ve işveren arasında kararlaştırılmışsa, geçerli olacaktır. Zira artık işçi, iş sözleşmesinin feshedilmiş olması nedeniyle işverene bağlı olarak çalışmamaktadır ve sözkonusu hakem kaydını serbest iradesiyle kabul etmediği düşünülemez.

Ancak doktrinde, işçinin ancak fesihden sonraki tahkim şartıyla bağlı olduğunu, işçi fesihden önceki bir dönemde kararlaştırılan şarta dayanarak, fesihden sonra hakem yerine iş mahkemesine başvurursa işverenin buna karşı çıkamayacağını kabul eden, bununla beraber, işçi iş sözleşmesindeki tahkim şartına uyararak hakeme giderse işverenin buna da muhalefet edemeyeceğini, çünkü işçinin bu davranışı ile yani fesihden sonra tahkim şartına uyararak iş sözleşmesine başlangıçta konulmuş şarta, hem kendisi hem işveren için bağlayıcılık kazandırdığını iddia eden bir görüş de doktrinde savunulmuştur¹¹.

Bu fikrin kabulü halinde tahkim yolu, HUMK ilkelerine aykırı olarak “seçimlik bir hakka” dönüştürülmektedir. Ya da sözkonusu özel hakem kaydı, işçinin fesihden sonra başvurmasıyla geçerlilik kazanacak bir “askıda hükümsüzlük” durumuna bağlanmış olur. Oysa burada geçersiz bir tahkim şartı vardır ve bunun seçimlik bir hak teşkil etmesi yada askıda hükümsüz olması düşünülemez. Tahkim sözleşmesi tarafları bağlar.

Tahkim sözleşmesi ya da şartı HUMK m. 517 gereğince yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Ancak taraflar arasında geçerli bir yazılı tahkim sözleşmesi bulunmadığı halde, taraflar hakemlerini seçer ve hakemde açılan

¹¹ Uçum, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, s.168.

davayı takip ederlerse, tahkim sözleşmesi geçerli sayılır¹². Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur¹³. Bu bağlamda ele aldığımızda da, işçi fesihten sonra hakeme gider ve işveren de buna itiraz etmeyerek hakemdeki davayı kabul ederse, fesihten sonra aralarında bir tahkim sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Yani işverenin de buna rıza göstermesi gerekir.

Yargıtay 9. HD'nin burada anılan uyuşmazlık hakkında inceleme yapmadığı tespit edilmiştir. HUMK'un 439. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Yargıtay, temyiz incelemesini yaparken tarafların bildirmiş olduğu sebeplerle bağlı değildir. Ancak bu hüküm hakem kararlarının temyizen incelenmesi sırasında uygulanmaz. Yargıtay dairesi tarafların bildirdiği temyiz sebepleriyle bağlıdır ve incelemesi bu sebeplerin dışına taşamaz¹⁴. Tarafların sözkonusu hukuki probleme ilişkin temyiz talepleri sözkonusu olmadığından, 9. HD de bu husus hakkında resen inceleme yapamamıştır.

¹² Kuru, s.5945.

¹³ 11.HD 2.10.1979, 3855/ 4351, YKD 1980/2, s.245 vd.

¹⁴ Yargıtay Ticaret Dairesi, 14.6.1971 gün, E.1899/ K.4585 sayılı karar, ABD 1971/5, s.630-631.

