

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKUNDA TESPİT DAVALARI

Gülümnden ÜRCAN

Danışman
Prof. Dr. Oğuz ATALAY

2008

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	ii
TEZ SINAV TUTANAĞI	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM TESPİT DAVASI

§ 1. TESPİT DAVASININ TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ VE İŞLEVİ	3
I. TANIMI	3
II. HUKUKÎ NİTELİĞİ VE İŞLEVİ	5
III. TESPİT DAVASININ BENZER HUKUKÎ MÜESSESELERDEN FARKI	9
§ 2. TESPİT DAVASININ KOŞULLARI	11
I. HUKUKÎ İLİŞKİ	13
1. Genel Olarak	13
2. Zamanaşımına Uğramış Hakkın, Hukukî İlişkinin Tespiti	15
3. Maddî Vakıaların ve Bir Hukukî İlişkinin Münferit Unsurlarının Tespiti	17
II. HUKUKÎ YARAR	21
1. Genel Olarak	21
2. Yasa Gereği Hukukî Yararın Varsayıldığı Haller	26
3. Eda Davası Açılması Mümkün Olduğu Halde Tespit Davası Açılabilmesi	28
4. Tespit Davası Görülürken Eda Davası Açma Olanığının Doğması	31
§ 3. TESPİT DAVASININ TÜRLERİ	33

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ KANUNU, SENDİKALAR KANUNU İLE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ GREV VE LOKAVT KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI

§ 4. GÖREV, YETKİ, HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE, YARGILAMA USÛLÜ	
VE YARGILAMA GİDERLERİ BAKIMINDAN GENEL ESASLAR	37
I. GÖREVLİ MAHKEME VE İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI	37
II. YETKİ	41
1. İş Mahkemeleri Kanunu' na ve İşyeri Esasına Göre Yetki	41
2. İşletme Merkezinin ve Bölge Müdürlüğünün Bulunduğu Yer Mahkemesinin Yetkisi	45
3. Ankara İş Mahkemesi'nin Yetkisi	52
4. Yetki Kurallarının Niteliği	53
III. HAKDÜŞÜRÜCÜ SÜRE	56
1. Genel Olarak	56
2. Görevsiz ya da Yetkisiz Mahkemede Açılan Davanın Hakdüşürücü Sürenin Korunmasına Etkisi	61
IV. YARGILAMA USÛLÜ	63
1. Sözlü Yargılama Usûlü	64
2. Seri Yargılama Usûlü	68
3. İş Davalarında İtiraz Kavramı ve Dava Hakkı	71
V. YARGILAMA GİDERLERİ	77
§ 5. İŞ KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI	80
I. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN TESPİTİ	80
1. Genel Olarak 5763 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Düzenleme	80
2. İş Müfettişliği Raporunun Tanzimi	84
3. Muvazaalı İşlemin Tespiti	87
4. Muvazaalı İşlemin Tespitine Karşı İş Mahkemesine Başvuru	101
a. Davanın Niteliği	101
b. Taraflar ve Dava Arkadaşlığı	103
aa. Taraflar	103
bb. Dava arkadaşlığı ve davaların birleştirilmesi	104
c. Fer'i Müdahale ve Davanın İhbarı	108
aa. Fer'i müdahale	108
bb. Davanın ihbarı ve ihbar sebebi	112
5. İspat Yükü ve Deliller	116
II. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVASI	120
1. İş Güvencesiyle İlgili Hükümlerin Uygulama Alanı	121
a. Genel Olarak	121

b. İş Kanunu 18. Maddedeki Koşulların Niteliği	123
2. Taraflar	131
a. Davacı	131
aa. İşçi	131
bb. Mirasçılarının durumu	136
cc. İşyeri sendika temsilcisi	140
b. Davalı	144
aa. İşveren	144
bb. Asıl işverene husumet yöneltilmesi	146
cc. Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğu Hallerde Davalı	153
3. Vakıalar ve İspat	159
a. Davacı Bakımından	159
aa. Koşul vakıaların ileri sürülmesi ve incelenmesi	159
bb. Başka bir fesih sebebinin ileri sürülmesi	170
b. Davalı Bakımından	173
4. Davanın Niteliği	178
a. Tespit Davası	178
b. Objektif Dava Birleşmesi	183
aa. Boşta Geçen Süre Ücretinin Talep Edilmesi	184
bb. Diğer İşçilik Alacaklarının Talep Edilmesi ve Terdit İlişkisi	185
5. Özel Hakeme Başvuru	187
6. Sözleşmenin İkale Yoluyla Sona Ermesi ve İşe İade Davasına Etkisi	189
a. Genel Olarak	189
b. Taraf İddia ve Savunmaları Bakımından	190
c. İkalenin Geçerliliği Bakımından	190
III. KISA ÇALIŞMA KOŞULLARININ TESPİTİ	205
1. Genel Olarak	205
2. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Uygunluk Tespiti	207
§ 6. SENDİKALAR KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI	211
I. İŞKOLU TESPİTİ	211
1. Genel Olarak	211
2. Taraflar	213

a.	İlgililer ve Bakanlık	213
b.	İşyerinin El Değiştirmesinin Taraplara ve Davaya Etkisi	218
3.	İşkolu Tespitine İlişkin Uyuşmazlığın Bekletici Mesele	
Teşkil Etmesi		219
4.	İşkolu Tespitine İlişkin Esaslar	220
II.	GENEL KURUL KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN	
	TESPİTİ DAVASI	222
III.	SENDİKA ÜYELİK BAŞVURUSUNUN REDDİ VE ÜYELİKTEN	
	ÇIKARMA KARARLARINA KARŞI AÇILAN DAVALAR	224
1.	Üyelik Başvurusunun Reddine Karşı Açılan Davalar	225
a.	Genel Olarak	225
b.	Taraflar	228
c.	Red Kararının Yargısal Denetimi	229
aa.	İşlemden sebep gösterme zorunluluğu	229
bb.	İçerik denetimi	230
d.	Davanın Niteliği	231
2.	Üyelikten Çıkarma Kararına Karşı Açılan Davalar	235
a.	Genel Olarak	235
b.	Taraflar	236
c.	Çıkarma Kararının Yargısal Denetimi	239
d.	Davanın Niteliği	241

§ 7. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ GREV VE LOKAVT KANUNU'NDAN

	DOĞAN TESPİT DAVALARI	242
I.	İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMININ TESPİTİ	242
1.	Genel Olarak	242
2.	İşletme Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Uyuşmazlıklar	243
II.	İŞKOLU BARAJ İSTATİSTİKLERİ İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR	255
1.	Genel Olarak	255
2.	Taraflar	256
3.	Yayımlanan İstatistiklerin Denetimi	259
4.	Davanın Niteliği	262
5.	Davanın Açılmamış Sayılması	263
III.	YETKİLİ SENDİKANIN TESPİTİ	266
1.	Genel Olarak	266

2. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Müspet ya da Menfi Yetki Tespitine Karşı İş Mahkemesine Başvuru	268
a. Taraflar	269
aa. Sendikanın yetkili olduğunun tespiti halinde	269
bb. Olumsuz yetki tespitinde	270
b. Yargılama ve İspat	271
aa. Evrak üzerinden inceleme yapılacak haller	271
bb. Dava sebebi diğer vakıalar ve duruşma yapma mecburiyeti	272
cc. İspat yükü ve deliller	278
c. Olumsuz Yetki Tespiti	281
aa. Davanın TSGLK 15. madde uyarınca açılması	281
bb. Yetki başvurusunun ehliyet sebebiyle reddedilmesi	290
IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜN TESPİTİ	293
1. Hükümsüzlüğün Tespitinde Hukukî Yarar	293
2. Toplu İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünü Doğuran Nedenler ve Hükümsüzlüğün Tespiti	297
3. Toplu İş Sözleşmesinin İptali (TSGLK m. 16)	300
V. KANUN DIŞI GREVİN VE LOKAVTIN TESPİTİ	304
1. Genel Olarak	304
2. Kanun Dışı Grev Lokavtın Şartları	307
a. Grevin ve Lokavtın Varlığı	307
b. Grev Lokavtın Kanunî Şartları Taşımaması	307
aa. Grev lokavt kararı alınabilmesine ilişkin şartların bulunmaması	308
bb. Grevin ve lokavtın uygulanmasına ilişkin şartların bulunmaması	313
cc. Grevin ve lokavtın sürdürülmesine ilişkin şartların bulunmaması	314
3. Yargılama ve İspat	317
a. Davanın Açılması	317
b. Taraflar	318
c. Tahkikat	322
d. İhtiyatî Tedbir	323
aa. Genel olarak	323

bb. Tedbir kararının verilmesi	325
cc. Tedbir kararına uyulmaması	329
e. Dava Sırasında Grev Lokavtın Sona Ermesi	331
4. Toplu Menfaat Uyuşmazlığı Dışındaki Hallerde Tespit Davası	333
VI. YORUM DAVASI	336
1. Genel Olarak	336
2. Davanın Açılabilceği Süre	339
3. Taraflar	339
4. Yorum Davasının Alacak Haklarıyla İlişkisi	339

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÜKÜM VE KANUN YOLLARI

§ 8. HÜKMÜN VERİLMESİ VE TEFHİMİ	341
§ 9. TESPİT HÜKMÜNÜN ÖZELLİKLERİ VE ETKİLERİ	342
I. GENEL OLARAK	342
II. İŞKOLU TESPİTİ İLE İLGİLİ DAVALARDA HÜKÜM	345
III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TESPİTİNİN ETKİSİ VE SONUÇLARI	348
IV. YETKİ TESPİTİ DAVALARINDA HÜKÜM	353
V. KANUN DIŞI GREV LOKAVTIN TESPİTİNDE HÜKÜM	357
VI. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN TESPİTİNE KARŞI AÇILAN DAVALARDA HÜKÜM	358
VII. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVALARINDA HÜKÜM	362
1. Davanın Reddi	362
2. Davanın Kabulü	365
a. Feshin Geçersizliğinin Tespiti	365
b. İşe Başlatmama (İş Güvencesi) Tazminatı ve Boşta Geçen Süre Ücreti	370
c. Daha Önce Ödenen Tazminatların Mahsubu	375
3. İşçinin Süresi İçinde Başvurması ve Şarta Bağlı Hüküm	376
§ 10. HÜKÜM VERİLMEKSİZİN DAVANIN SONA ERMESİ VE HÜKÜM YERİNE GEÇEN TARAF İŞLEMLERİ	384
I. GENEL OLARAK FERAGAT, KABUL VE SULH	384
II. BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN TESPİT	

DAVALARINDA HÜKÜM YERİNE GEÇEN TARAF İŞLEMLERİ	387
III. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVALARINDA KABUL VE DAVANIN KONUSUZ KALMASI	389
1. Dava Sırasında İşçinin İşe Başlatılması	390
2. İşe Davetin Kabul Edilmemesi	398
3. İşyerinin Kapanması	398
§ 11. KANUN YOLLARI	400
I. GENEL OLARAK	400
II. İŞ MAHKEMESİNCE KESİN OLARAK VERİLEN TESPİT HÜKÜMLERİ	401
III. TEMYİZ	403
IV. YARGILAMANIN YENİLENMESİ	410
SONUÇ	412
KAYNAKLAR	421

KISALTMALAR

ABD.	Ankara Barosu Dergisi
AD.	Adalet Dergisi
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Aufl.	Auflage
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bent
BÇM	Bölge Çalışma Müdürlüğü
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
c.	Cümle
ÇSGB	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
dn.	Dip notu
E.	Esas
EÜHFD.	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHD.	İş ve Hukuk Dergisi
İHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHU.	İş Hukuku Uygulaması
İKİD.	İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İş K.	İş Kanunu
İşM. K.	İş Mahkemeleri Kanunu
K.	Karar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
Legal İSGHD	Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi

m.	Madde
MHB.	Milletlerarası Hukuk Bülteni
MİHDER	Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MK.	Medenî Kanun
RG.	Resmî Gazete
S.	Sayı No
s.	Sayfa No
Sen. K.	Sendikalar Kanunu
T.	Tarih
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TD.	Ticaret Dairesi
TSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TVG	Tarifvertragsgesetz
vd.	ve devamı
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Medenî usûl hukukunda mahkemeden istenen hukukî korumanın türüne göre dava çeşitleri, inşaî davalar ile tespit ve eda davalarıdır. İncelememizde bu dava türlerinden tespit davaları, bireysel ve toplu iş hukukundaki görünümüyle ele alınmıştır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, tespit davalarını düzenleyen bir hüküm içermezken iş mevzuatında bu dava türüne açıkça yer verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ise, dava çeşitlerine ayrılan bölümde diğer dava türlerini ve bu arada tespit davasını açık bir hükümle düzenleyerek şartlarına yer vermiştir.

1950 yılında yürürlüğe giren ve kısa bir kanun olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, birkaç düzenlemesi dışında iş yargılamasının özelliklerine ve ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Maddî hukuk yönüyle bakıldığında, İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu ile diğer mevzuat hükümlerinin doğrudan yargılama hukukunu ilgilendiren düzenlemelerle de bezenmiş olduğu görülmektedir. Düzenlemelerde tespit davaları bazen açıkça zikredilmekte, bazen dava türünden söz edilmese de nitelikçe tespit davasına yer verilmektedir.

Bu tezde bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarında azımsanmayacak bir yer teşkil eden tespit davalarına, anılan düzenlemelerden hareketle ve usûl hukuku perspektifiyle bakma amacı taşınmaktadır. Yine söz konusu hükümlerin zaman zaman usûl hukuku esaslarıyla bağdaşmayan yanlarına ek olarak, uygulamadaki aksaklıkların ele alınması ve bu arada bazı içtihatlarda ulaşılan sonuçların isabetli olup olmadığının değerlendirilmesi gereği hissedilmiştir.

Konunun sunumunda, bireysel ve toplu iş hukukundaki tespit davalarından önce genel olarak tespit davasının tanımı, hukukî işlevi, şartları ile türlerine ilk bölümde yer verilecektir.

İkinci bölüm, İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu'na dayalı tespit davalarına ayrılacaktır. Bu aşamada, her dava incelenirken yinelemeye gitmek yerine öncelikle, davalar bakımından görev, yetki, hak düşürücü süre, yargılama usûlü ve yargılama giderleri gibi ortak unsurlar aktarılacaktır. Davalar ayrı ayrı incelenirken, usûl hukuku bakımından gösterdiği özelliklere, tartışmalı olan hususlar ile uygulamada karşılaşılan ya da karşılaşılabilecek sorunlara işaret edilecektir. Yargıtay içtihatları da incelenip değerlendirilecektir. Davaların niteliği irdelenerek neden bir tespit davası oldukları açıklanacaktır. Bu bağlamda ayrıca bazı davaların tespit davasının şartlarını taşıyıp taşımadıkları üzerinde durulacaktır.

Son olarak, hüküm ve kanun yollarına ayrı bir bölümde yer verilecek, yine içtihatların değerlendirmesini içeren bu bölümde genel olarak tespit hükümlerinin yanısıra, bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde tespit hükümlerinin özellikleri ve etkileri ele alınacaktır. Hüküm verilmeksizin davanın sona ermesi ile hüküm yerine geçen taraf işlemleri de bu bölümün konuları arasında yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TESPİT DAVASI

§ 1. TESPİT DAVASININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE İŞLEVİ

I. TANIM

Sözlük anlamıyla “tespit etmek”, bir durumu kuşkuya düşürmeyecek şekilde göstermek, belirlemektedir¹. Bazen bir hususun kesin bir şekilde belirlenmesi, hukuk düzeni içinde dava yoluyla yargılama sonucunda ortaya çıkacak bir hükmü gerektirir. Öyle ki bu noktada bireylerin kişisel değerlendirmeleri, saptamaları önem taşımayıp ya da yeterli olmayıp bu tespitin yargısal bir kararla yapılması gerekir. Çok genel bir tanımla tespit davası da, böyle bir belirleme talebinin mahkemeye yöneltildiği dava türüdür. Esasen bu tanım sadece tespit davasının, dava türleri arasındaki yerini ortaya koyan, mahkemeden istenen hukukî korumanın niteliğine göre yapılan ayrıma işaret etmektedir. Mahkemeden eda davasında olduğu gibi davalı hakkında bir şeyi yapmaya, vermeye ya da yapmamaya hükmedilmesi talep edilirken, yenilik doğuran davalarda bir hukukî durumun değiştirilmesi, kaldırılması ya da kurulması talep edilir². Elbette her durumun, herhangi bir olgunun, fiilin saptanması istek ya da ihtiyacının varlığı tespit davasını beraberinde getirmez. O itibarla günlük dilde genel anlamda kullanılan tespit, tespit etmek kavramları bir yargılama hukuku terimi olan tespit davasından ve hukukî anlamda tespitten çok daha geniş bir içerik taşır.

Genel bir tanımla tespit davası, *bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesine ilişkin davalardır*³. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ayrı bir hükümle açıkça tanımlanıp düzenlenmeyen tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın dava çeşitlerini düzenleyen İkinci Kısım Birinci Bölümü’nde

¹ Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, C. II, İstanbul 1992, s. 1463.

² Geniş bilgi için bkz. **Önen, E.**, İnşâî Dava, Ankara 1981.

³ **Karafakih, İ.H.**, İçtihatlar Arasında Tesbit Dâvasına Doğru, İBD, Ekim 1954, C. XXIII, S. 10, s. 509; **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1409; **Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000, s. 325; **Alangoya, Y.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2001, s. 203; **Rosenberg, L./Schwab, H.**, Zivilprozessrecht, München 1986, s. 550.

yer almıştır. Tespit davasının konusu ve işlevinden hareketle tanımına da ulaşılabilen söz konusu 112. maddenin ilk fıkrasına göre, “*Tespit davası yoluyla, mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir*”. Esasen hak da hukukî ilişkiye dayandığından ayrıca zikredilmesine gerek görülmeyebilir. Bazen tespit davası yoluyla hukukî ilişkinin tereddütlü içeriğinin tespitiyle tereddütün giderilmesi de istenebilir⁴ ve bu yolla hukukî ilişkinin içeriğinde yer alan bir veya daha fazla hakla ilgili tespit yapılır. Bu fonksiyonu da içermek üzere, “*Bir hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesi amacıyla açılan davaya tespit davası denir*”⁵. Tasarı’nın 112. maddesindeki tanım Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 256. paragrafındaki tespit davası tanımıyla uyumludur: Bir hukukî ilişkinin ya da bir senedin geçerliliği ya da sahteliğinin yargısal bir kararla derhal tespitinde hukukî menfaati olan davacı, bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu ya da bir belgenin (senedin) tanınması ya da sahteliğinin tespitine yönelik dava ikame edebilir (ZPO § 256/1). Düzenlemede davacının tespit davası açmakta hukukî menfaatinin bulunması gereği ve bu hukukî menfaatin ne tür/nasıl bir menfaat olacağı da gösterilmiştir. Usûl Tasarısı’nın 112.maddesinin 2. fıkrasında da hukukî yarar şartına “*Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır*” hükmüyle yer verilmiştir⁶.

O halde tespit davası; bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun yahut tereddütlü içeriğinin tespitinin ya da bir senedin sahte olup olmadığının yargısal bir kararla belirlenmesi amacıyla, bu konuda güncel, hukukî yararı bulunanların açabileceği bir davadır. Tespit hükmünün özelliklerini de kapsayan daha geniş bir tanımla *tespit davası, bir hukukî münasebetin ya da ondan doğan bir yetkinin mevcut bulunup bulunmadığının, bir belgenin sahte olup olmadığının tespiti hususunda ve bir hukukî menfaatin bulunması şartıyla açılan ve sonunda herhangi bir mahkumiyet*

⁴ Pekcamtez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007, s. 289.

⁵ Konuralp, H., Medenî Usûl Hukuku, Eylül 2006, Eskişehir, s. 66.

⁶ Hukukî yarar, tespit davasının şartları konusuyla ilgili olarak aşağıda incelenecektir. Bkz. § 2, II.

*talebini ihtiva etmeyip, konusunu teşkil eden hususun bir hükümle tespitini tazammun eden davadır.*⁷

II. HUKUKÎ NİTELİK VE İŞLEV

Tespit davası sonucunda bir belirleme yapıldığına göre, bu davaya duyulan ihtiyaç temelinde bir belirsizliği barındırır; verilen tespit hükmü de bu belirsizliği, şüpheyi giderir. Tespit davasının işlevi ve görevi bu noktada sona erer. Yoksa bir eda davasında olduğu gibi, yapılan hukukî tespitten ardından bir de davalının belirli bir edada bulunmasına (yapma, verme, yapmama gibi) hükmedilmez⁸. Vadeye bağlı bir hukukî işlemde veya muayyen bir şart altında davalının davacıya karşı bir mükellefiyeti bulunduğu tespit edilmesi halinde de tespit hükmü, kararın eda emri içerdiği anlamına gelmemektedir⁹.

Tüm dava türlerinin temel formu tespit davalarıdır¹⁰. Eda davaları sonucunda ortaya çıkan hükmün öncülü o dava içindeki bir tespit faaliyeti ve hükmüdür. Yani, mahkeme örneğin eda davasına konu alacağın davalıdan tahsiline, davacıya verilmesine hükmederken öncelikle o davanın, talep konusu alacağın dayandığı hukukî ilişkiyi, bu ilişkiye dayalı olarak davacının alacaklı, davalının borçlu sıfatını vs. tespit edecektir; tüm bu tespitlerin sonucunda davalıya bir edimin ifasını emredecektir. O halde bir davanın pür tespit mi yoksa eda davası mı olduğu davacının talebine, daha doğru bir ifadeyle davacının ve davanın asıl amacına, o davayla elde edilmek sonuca göre belirlenecektir¹¹.

Eda davaları gibi inşaî (yenilik doğurucu) davalar da temelinde tespit davasına dayanır ve bu davaların esastan reddine ilişkin hükümler tespit hükmüdür¹². İnşaî davada da, davacının yönelttiği talep ve yargılama sonucunda ortaya çıkan bir hukukî

⁷ Türk Hukuk Lügatı, s. 337.

⁸ **Jauernig, O.**, Zivilprozeßrecht, 22. Aufl., München 1988, s. 116.

⁹ **Kuru, B.**, Tesbit Dâvaları, Ankara 1963, s. 24; **Ansay, S.Ş.**, Tesbit Davaları, Adliye Ceridesi, Ankara 1940, s. 85; **Üstündağ**, s. 331.

¹⁰ **Lüke, S.**; Zum zivilprozessualen Klagensystem, Juristische Schulung, 9. Jahrgang, Juli 1969, Heft 7, s. 301.

¹¹ **Kuru**, s. 19.

¹² **Tanrıver, S.**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 67.

ilişkinin kurulması ya da bozulmasına dair hükmün özü tespittir. Bu esastan hareketle *Önen*; anılan her üç davanın da tek bir kanaldan süzüldüğünü, hepsinin kaynağını oluşturan davanın tespit davası olduğunu belirtmekte ve bunu “geniş anlamda tespit davası” olarak nitelemektedir. Yazar klasik tasnife göre eda davası, inşaî dava ve tespit davası üçlüsündeki tespit davasını ise “dar anlamda/yalın/adi/basit tespit davası” olarak adlandırmakta ve her üç davayı geniş anlamda tespit davasının alt türleri olarak nitelemektedir¹³.

Terminolojide böyle bir ayrımın, kastedilenin herhangi bir eda ya da inşaî dava esnasında yapılan tespit faaliyeti ve öncelikle söz konusu hukukî ilişkinin, hakkın tespiti mi (*Önen*'in ifadesiyle geniş anlamda tespit davası) yoksa davayla ulaşılmak istenen amaca göre salt bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitine dair tespit davası mı olduğunu göstermek bakımından yararlı olduğu akla gelebilir ise de, kanımızca geniş anlamda tespit davası-dar anlamda tespit davası gibi ikili bir adlandırmaya gitmeksizin klasik ayırımıda yer alan dava türünü işaret etmek bakımından “tespit davası” kavramı yeterli ve amaca elverişlidir: Zira diğer iki dava türünde de elbette öncelikli ve ağırlıklı olarak bir tespit işlemi yapılmakta ise de, salt bu tespit işlemi davacının talep ettiği hukukî korumayı karşılamamaktadır. Davacının yargılama sonucunda ulaşmayı hedeflediği nihaî sonuç; eda davasında bir edim sonucunun yargısal bir kararla sağlanabilmesi, inşaî davada da var olan hukukî ilişkinin bozulması ya da olmayan hukukî ilişkinin yargı kararıyla kurulmasıdır. Hakimin, eda emri içeren ya da inşaî karakterli hükmünü ortaya çıkaran yargılama faaliyetidir ve yargılama faaliyeti esnasında da hukukî ilişkinin varlığının, hakkın tespiti, ibraz edilen bir senedin sahteliğinin tespiti, imzanın alacaklı ya da borçluya ait olup olmadığının tespiti gibi pek çok tespit işlemi yapılması zorunludur. Ancak tüm bu tespit işlemlerinin yapılmasının nedeni ve amacı nihaî olarak talep edilen hukukî korumaya göre dava türünü belirleyen eda ya da inşaî hüküm sonucudur ve davayı da karakterize eden budur¹⁴. Diğer davalarda tespit, amaç değil araçtır. Salt tespiti amaçlayan ve hukukî koruma talebinin hukukî ilişkinin tespitine hasredildiği

¹³ *Önen*, s. 46.; *Kuru* ise, üç dava türünü kıyaslarken tespit ve eda davalarını bir grupta değerlendirerek bunları “geniş anlamda tespit davası” olarak nitelemektedir (*Kuru*, s. 20).

¹⁴ *Önen*'in de belirttiği gibi, inşaî davada hükmün ağırlık noktasını belirleyecek olan tespit işlemi inşaî sonuç doğurmaya yeterli değildir (*Önen*, s. 48). O halde, diğer dava türlerinde de zorunlu olan bu tespit işlemlerini, tespit edici mahiyeti ve fonksiyonuyla sınırlı değerlendirmek gerekli ve yeterlidir.

tek dava türü ise tespit davasıdır. Bu nedenle eda davası ve inşâ davadaki hukukî tespit gereğinden ve tespit işlemlerinden hareketle bunların bütününi kapsayan şekilde “geniş anlamda tespit davası” gibi bir üst kavram kullanmaya ve klasik ayırmadaki tespit davasını dar anlamda tespit davası olarak nitelemeye gerek olmadığı kanısındayız.

Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında, tespit davası yoluyla şimdilik uyuşmazlığın bir kısmı dava edilerek bütün hukukî ilişkiyi etkileyecek bir hüküm elde edilebilecek olması ya da delillerin tespiti yoluyla da aynı gayeye ulaşılabileceği gerekçeleriyle tespit davası kabul edilmemiştir¹⁵. Ancak 1962-1966 yıllarında verilen İçtihadı Birleştirme Kararları’nda tespit davasının dinlenebileceğine hükmedilmiştir: “*Tespit davası da eda davasının öncüsü durumundadır. ...O halde aboneler, tarife parasından başka kendilerinden alınmış olan paraları, Borçlar Kanunu’nun 62 nci maddesi uyarınca geri isteyebilecekleri gibi Genel Müdürlüğün böyle bir alacak isteyemeyeceğinin tespitini de dava edebilir ki, bu tespit davasına bizim hukuk uygulamamızda eski hukuktan gelme bir alışkanlıkla (muarazanın önlenmesi davası) denilmektedir*”¹⁶.

*Ansay*¹⁷, “*Tesbit dâvası, hukukî münasebette bir bulanıklık ve renksizlik ve bu itibarla bir tehlike, kaygı ve endişe olan hallerde açılacak ve hukukta bir hıfzısihha tedavisi yerine geçecektir. Haklara bir zarar ikai ve onlara şüphe ve tehlike irası hukukî himayeyi haklı kılabilen başka başka iki tecavüz şeklidir. Hukuka zarar verilmesine karşı himayeyi, eda ve mahkûmiyet dâvaları, hukukun tehlikeye mâruz kalmasına karşı himayeyi tespit dâvaları sağlar*” diyerek tespit davalarının işlevini açıklamıştır.

Dava açılmasının maddî hukuk bakımından sonuçları arasında yer alan zamanaşımının kesilmesi müspet tespit davası yoluyla dava sağlanır ise de menfî

¹⁵ Örn. HGK. 30.12.1953 T., T/74 E., 100 K. (Kararlar için bkz. **Karafakih**, s. 506-507; **Üstündağ**, s. 325-326).

¹⁶ İBK. 05.2.1962 T., 1958/24 E., 1962/2 K. (RG. 23.3.1962 T., S. 11064). “Hakimin bir işe el atması, belli bir davanın açılmasına bağlıdır. Burada kira parasının tespiti ile kiracıdan alınması yolunda bir dava söz konusu olabileceği gibi kiralayan veyahut kiracı tarafından açılmış ve sadece kira parasının tespitini hedef tutan bir dava dahi açılabilir.” İBK 18.11.1964 T., 1964/2-4 (RG. S: 11867).

¹⁷ **Ansay, S.Ş.**, Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960, s. 225.

tespit davasının zamanaşımını kesme işlevi bulunmamaktadır. Zamanaşımını kesen nedenlerin sayıldığı Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri incelendiğinde konuyla ilgili olarak başlıca iki hükümle karşılaşılır: BK m. 133, TTK m. 662. Borçlar Kanunu'na göre borçlunun ikrarı, faiz veya anaparaya mahsuben kısmen ödeme yapması, borca karşılık rehin tesisi veya kefalet zamanaşımını borçlunun davranışlarıyla kesen sebeplerdir (BK m.133/1) ve örneklenen durumların tümü borçlunun aleyhine, onun borçlu olduğunu gösteren hallerdir. Menfî tespit davası ise aksine, borçlunun kendi menfaatine açtığı bir davadır. Davacı, borçlu olduğunu değil olmadığını ileri sürmekte, alacağı ya da onun dayanağı olan hukukî ilişkiyi inkâr etmektedir. Maddeye göre alacaklının davranışlarıyla zamanaşımının kesilmesi için de alacaklının dava açması, icra takibinde bulunması gerekmektedir (m. 133/2). Çünkü zamanaşımının kesilmesi alacaklı lehine getirilmiş bir müessesedir. Menfî tespit davası alacaklı tarafından açılmadığına göre, zamanaşımını kesmemektedir.¹⁸ TTK 662. maddesi, kambiyo senetlerinden doğan alacağın tâbi olduğu zamanaşımının kesilmesi nedenlerini özel olarak düzenlerken zamanaşımının, davanın açılması, takip yapılması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesi sebepleriyle kesileceğini öngörmüştür. Zamanaşımını kesen nedenler ya alacaklının alacağını arama iradesini ortaya koyan ya da borçlunun borcu tanınması anlamına gelen fiiller olup menfî tespit davası bu nitelikte değildir. Fakat alacaklı, borçlu tarafından açılan davada alacağını iddia ederek menfî tespit davasının reddini talep ettiğinde zamanaşımını kesilmektedir¹⁹.

¹⁸ **Kuru**, s. 92-93; **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 83; **Türk, A.**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfî Tespit Davası, Ankara 2006, s. 234-235. Karşı görüş, **Karafakih**, s. 512.

¹⁹ **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 87. “Borçlar Kanununun 133. maddesi hükmüne göre zamanaşımının kesilmesi için alacaklının mutlaka dava zımında mahkemeye başvurması gerekli olmayıp borçlu tarafından açılmış bir davada alacağını def’i zımında dermeyan etmiş olması da yeterlidir. İnceleme konusu olan bu işte davalı müteahhit böyle bir borcun olmadığından söz ederek idare mahkemesine başvurmuş ve belediye aynı davada alacağın varlığını def’i yoluyla ileri sürmüştür” 4. HD. 7.2.1989 T., 5560/9416 (**Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 1992, s. 1169-1170). Ancak diğer bazı Yargıtay kararlarına göre, “Borçlar Kanunu’nun 133. maddesine nazaran daha özel nitelikte bulunan ve Türk Ticaret Kanununun 730/18. maddesi gereğince çekler hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 662. maddesi zamanaşımının hangi sebeplerle kesileceğini sınırlı bir şekilde açıklamıştır. Bu sebeplerden biri de, dava açılmasıdır. Anılan maddede mücerret dava açılmasından söz edilmekte olup, bu davanın kimin tarafından açılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Borçlunun açacağı menfî tespit davasında, alacaklı durumundaki davalı asıl, iddiasını def’i yolu ile ileri sürdüğü için borçlunun açtığı dava bu nedenle zamanaşımını keser” 12. HD. 05.7.2004 T., 13825/17797 (<http://www.legalbank.net>); “Borçlunun açtığı menfî tespit davası dahi zamanaşımını keseceğinden hakimin bu dava sonucu verilen karar kesinleşme tarihine göre zamanaşımını süresinin dolup dolmadığını saptayıp bir karar vermesi gerekirken sözü edilen davanın zamanaşımını

III. TESPİT DAVASININ BENZER HUKUKÎ MÜESSESELERDEN FARKI

Bir hususun tespiti amacına yönelmiş ancak tespit davası niteliğinde olmayan delillerin tespiti ya da çekişmesiz yargıdaki tespit işlerinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Şöyle ki;

Delillerin tespiti, tespit davasından farklı olarak Yasa'da açıkça düzenlenmiş olup HUMK m. 368 ila 374. maddeleri delillerin tespitine ayrılmıştır. Tespit davası, bir hukukî işlemin varlığı ya da yokluğunun tespiti amacı güden başlı başına bir dava olduğu halde, delillerin tespiti adından da anlaşıldığı üzere derdest ya da ileride açılacak bir davada dayanılacak olan maddî vakıaların, delillerin saptanmasına yöneliktir (m. 370) ve dolayısıyla delillerin tespiti bir dava değildir²⁰. Delil tespiti, geçici hukukî korumadır. Tespiti istenen deliller bir tespit davasıyla da ilgili bulunabilir²¹. Tespit davasının açılmasıyla dava açılmasının sonuçları meydana gelirken, delillerin tespiti bir dava olmadığından bu tür sonuçlar örneğin zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmaz. Aynı nedenle, tespit davalarının aksine delil tespitine müdahalede bulunulamaz²². Tespit edilen deliller, o hukukî uyumsuzluğun esası hakkında herhangi bir yargılama içermediğinden sonucunda kesin hüküm de elde edilmez. Öyle ki, geçici hukukî koruma asıl yargılamayı tamamlayıcı bir işlev taşımakta olup başlı başına bir asıl dava gibi taraflar arasındaki uyumsuzluğu kesin şekilde çözmez²³.

Çekişmesiz yargı bakımından ise, verilen kararlar genellikle inşaî nitelikte olmakla birlikte bazıları tespit edicidir. Örneğin MK. 598. maddesine göre mirasçılık

kesmeyeceğinden bahisle yazılı şekilde karar vermesi isabetsizdir" 12. HD. 01.02.1995 T., 1136 E., 1222 (<http://www.legalbank.net>); HGK. 22.02.1984 T. 1981/11-716 E. – 1984/141 K. (YKD. 1984/8, s. 1155 vd.). Mücerret bir biçimde menfî tespit davasının zamanaşımını keseceğini ve borçlunun açtığı davanın zamanaşımını yönünden kendisi aleyhine sonuç doğurmasını kabul eden bu görüşe karşı eleştiriler için bkz. (Kuru, Menfî Tespit, s. 87; Türk, s. 238-239).

²⁰ Kuru, s. 2; Ansay, s. 225; Postacıoğlu, İ.E., Medeni Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1970, s. 433-435; Pekcanitez, H., Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 69; Akyol, L., Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Tespiti, Ankara 2003, s. 25 vd. (YL Tezi). Velidedeoğlu ise delillerin tespitinin de bir tespit davası olduğunu belirtmiştir (Velidedeoğlu, H.V., Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1959, s. 362).

²¹ Ansay, Tesbit Davaları, s. 74.

²² Doğanay, İ., Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, AD., 1954/7, s. 890; Pekcanitez, s. 69-70; Akyol, s. 26.

²³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 664.

belgesi, murisin yasal mirasçısı olduğu belirlenenlere sulh mahkemesince verilen, mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belgedir. Bu belgenin verilmesi, sulh mahkemesine başvuru yoluyla talep edilen bir çekişmesiz yargı işi olup işlevi ve niteliği yasal mirasçılığın tespitinden ibarettir. Mirasçılık belgesinin verilmesiyle yeni mirasçılar ihdas edilmediği gibi murisin ölümünde sağ olan ve kanunda belirtilmiş kişiler, mirasçı sıfatını bu belgenin tanzim edilip verilmesiyle kazanmamaktadırlar.

Çekişmesiz yargı işlerinde hakların tespitine ve korunmasına çalışıldığı hallerin bulunması, konuyu çekişmeli yargıdaki dava türlerinden biri olan tespit davası niteliğinde görmeye yetmemektedir. Her ikisi arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, çekişmesiz yargı işleri, adından da anlaşıldığı gibi, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı çözmek amacı gütmemekte ve bir davanın aksine iki taraf esasına göre şekillenmemektedir. Tespit davalarında davacı ve davalı olmak üzere iki taraftan söz edilirken, çekişmesiz yargıda “ilgili” kavramı kullanılır; yine dava yerine “iş” terimi tercih edilmelidir.²⁴ Çekişmeli yargının aksine, çekişmesiz yargı işlerinde bir kimsenin kendisinden hukukî talepte bulunduğu bir davalı yoktur. Hukukî ilişkinin var olup olmadığının tespiti, çekişmesiz yargıdaki tespit işlerinde bizatihî amaç değildir. Bu tespite başkaca hukukî sonuçlar doğurmak üzere başvurulmaktadır. Çekişmesiz yargıda kararlar, maddî anlamda kesin hüküm niteliğinde olmadıklarından, tespit davasından farklı şekilde, tespite yönelik bir kararlar söz konusu hukukî ilişki kesin olarak tespit edilmemektedir.²⁵

Ayrıca çekişmesiz yargıdaki tespit işlerine vakıalar da konu olabilmektedir. Medenî Kanun’un 44. maddesine göre, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum içinde ortadan kaybolan kişinin cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşülür. Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir. Bilindiği gibi ölüm, bir hukukî ilişki değil kişiliği sona erdiren hukukî bir olaydır. 44. maddede sözü edilen bir tespit davası olmayıp vakıa tespitine yönelik, çekişmesiz yargı alanındaki tespit işlerindedir. Kanun’da ise bu ayrıma dikkat edilmeksizin her ilgilinin, kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebileceği

²⁴ **Kuru, B.**, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 16 vd., 139.

²⁵ **Kuru, Nizasız Kaza**, s. 30-31.

ifadesi kullanılmıştır. Benzer şekilde, Medenî Kanun m. 29' da (eski MK m. 28) dñzenlenen ölümün saptanması da çekişmesiz yargının konusuna girmektedir²⁶.

Mirasçıların sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanlarıyla yapılan, çekişmesiz yargı işlerinden mirasın reddi de (MK m. 609) bir tespit davası değildir. Borçlar Kanunu'nun 91. maddesinde dñzenlenen, alacaklının temerrüdü halinde borçlunun edim konusu şeyi tevdi edebilmesi için hakim tarafından tevdi mahalli tayini de tespit davası olarak nitelenemez. Ticaret hukukunda, deniz ödöncü sözleşmesi yapmak konusundaki zaruretin mahkeme tarafından tespiti çekişmesiz yargı işlerindedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak çekişmesiz yargı işlerini ayrıca dñzenleyen Tasarı'da örneğın; yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti, mesafeli satımlarda ayıbın tespiti, eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesinin çekişmesiz yargı işlerinden olduğu açıkça gösterilmiştir (m. 386).

§ 2. TESPİT DAVASININ KOŞULLARI

Davanın esası hakkında incelemeye geçilip esas hakkında hüküm verilebilmesi için bulunması ve bazı hallerde bulunmaması gereken, mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin, hakim tarafından kendiliğinden gözetilen koşullar dava şartlarıdır²⁷. Türk mahkemelerinin yargı hakkına sahip olması, doğru yargı yolunun seçilmesi, mahkemenin görevli ve kesin yetki hallerinde yetkili olması gibi mahkemeye ilişkin şartların yanısıra tarafların dava ve taraf ehliyetine sahip olması, davayı takip yetkilerinin ve vekalet ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Aynı dava için daha önce verilmiş bir kesin hükmün bulunmaması, dava dilekçesinin zorunlu unsurları içermesi dava konusuna ilişkin dava şartlarındandır. Yine davanın hukukî himayeye ihtiyaç duyan bir kimse tarafından açılması, dava açmakta hukuk dñzenince kabul edilmiş meşru bir yararın bulunması gerekmektedir. Tespit davası, bir hukukî münasebetin hemen tespitinde hukukî yarar varsa açılabilir. Hukukî

²⁶ 4. HD. 26.12.1977 T., 12637/12383 (YKD. 1979/1, s. 26-28).

²⁷ **Kuru, B.**, Dava Şartları, Makaleler, İstanbul Mart 2006, s. 148 vd.; **Pekcamitez/Atalay/Özekes**, s. 280 vd.; **Konuralp**, s. 67.

yararın mevcudiyeti için davacının bir hakkı veya hukukî durumunun bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, tehdit sebebiyle davacının hukukî durumunun tereddüt içinde bulunması, davanın bekletilmesinin zarar vermesi ve tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Tespit davalarında, hukukî ilişki bu davaya özgü bir şart; tespit davası açılmasında hukukî menfaat bulunması da genel dava şartı olan hukukî menfaatin özel şeklidir²⁸.

Yargıtay da tespit davasının bu iki koşuluna açıkça işaret emektedir: *Tespit davasının işlevi, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanması olup, bundan ileri gitmez. Bu tespit işlemi (bölümü) eda davalarında da vardır. Ancak, eda davalarının ikinci bir (eda) bölümü vardır ki, bu bölüm tespit davalarında yoktur. Bu nedenle, eda davası, aynı konudaki tespit davasını (talebini) da içeren geniş kapsamlı bir davadır. İşte bundan dolayıdır ki, tespit davası, eda davasının öncüsüdür.*

Tespit Davasının Şartları:

a. Hukuki İlişki (Münasebet) Şartı: Hukuki ilişkiden maksat, bir kişi ile diğer bir kişi veya bir mal (eşya) arasında somut bir olaydan doğan hukuki ilişkidir.

b. Hukuki Yarar (Menfaat) Şartı: Davacının hukuki ilişkinin hemen tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır. Her davada bulunması gereken hukuki yararın önemi, kendisini özellikle tespit davasında gösterir.

Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen (icraya konulamayan) tespit hükmü, bu tehlikeyi kaldırmaya elverişli olmalıdır.

²⁸ **Kuru**, s. 43; **Türk**, s. 38 vd.

Buna karşılık, görülmekte olan veya açılacak bir davada iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek konular için ayrı, bağımsız bir tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur. Eda davası açılması mümkün olan hallerde de tespit davası açılmasında hukuki yarar mevcut değildir. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere eda davası sonunda verilen hüküm ile, aynı zamanda dava konusu hukuki ilişkinin var olup olmadığı da tespit edilir ve ondan sonra bu tespite dayalı olarak eda hükmü kurulur. Yargıtay'ın kararlı uygulamasına göre de, eda davası açmak mümkün ise, tespit davası açılmaz.

Eda davası açmak mümkün ise tespit davası açılmaz kuralının geçerli olabilmesi için, eda davası sonunda verilecek hükmün tespite ilişkin bölümü ile tespit davası sonunda alınacak tespit hükmü arasında, meydana getirdikleri kesin hüküm (m. 237) etkisi bakımından hiç biri fark bulunmaması gerekir. Diğer bir söyleyişle tespit davası ile istenen hukuki korunma, eda davası ile tamamen elde edilebilecekse, o zaman, davacının ayrı bir tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur...²⁹

I. HUKUKİ İLİŞKİ

1. Genel Olarak

Tespit davasının konusunu hukukî ilişkiler oluşturur. Bir kimse ile diğer bir kimse ya da eşya arasında var olan ve somut bir hadiseden doğan ilişkiye hukukî ilişki denir³⁰. Borç ilişkileri, aynî haklar, zilyetlik, aile hukuku ilişkileri, miras hakkı, saklı pay hakkı, fikrî haklar, firma üzerindeki haklar gibi pek çok hak hukukî

²⁹ Somut olayda dava konusu ağaçların davacıya ait parselin bitişiğinde ve ancak tapulama dışı alanda kaldığı, kamulaştırma bürosundan gelen yazıya göre kamulaştırma alanı içerisinde olup, 01.08.2000 tarihi itibarıyla su altında kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı taşınmaz üzerindeki muhdesat niteliğindeki ağaçların kendisine ait olduğunu, yani hukuki ilişkiyi tespit ettirmek istemiştir. Davacının ağaçların kendisine ait olduğunu tespit ettirmekte hukuki yararı vardır. Çünkü ağaçlar su altında kaldığından durumu tereddütlüdür. Alacağı tespit hükmü, ileride ağaçların kamulaştırma bedelinin tahsiline ilişkin olarak açacağı eda davasının öncüsü olacaktır. Bu husus dava ve ıslah dilekçesi, kadastro müdürlüğünden ve kamulaştırma bürosundan gelen yanıt yazılar, bilirkişi raporları ile dosya kapsamı birlikte düşünüldüğünde belirgin hale gelmektedir. Açıklanan bu olgular karşısında yerel mahkemenin hukuki yararın bulunduğu ilişkin direnme kararı yerindedir. HGK. 31.3.2004 T., 2004/7-411 E., 2004/477 K. (<http://www.kazanci.com>)

³⁰ **Baumbach, A./Lauterbach, W.**, Zivilprozeßordnung, Kommentar, München 1996, § 256, Rdnr. 4; **Ansary**, Tesbit Davaları, s. 75-76.

ilişkinin konusunu teşkil edebilir. Ancak tespit davası yoluyla soyut hukukî meselelerin tespiti dava edilemez.³¹

Davanın davacının haklarını ilgilendirmesi kaydıyla üçüncü şahıslara karşı var olan bir hukukî ilişki hakkında açılması, ilişkinin tarafıyla üçüncü kişi arasında görülmesi de mümkündür³². Örneğin aynı alacağı temellük ettiğini ileri süren iki alacaklı arasında BK. m. 166/3. fıkrada sözü edilen dava, bu alacağı kimin temellük ettiği, alacak hakkına kimin sahip olduğuna ilişkin bir tespit davasıdır.

Tespit davasıyla bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının tespiti istendiğinden, kural olarak gelecekteki hukukî ilişkiler tespit davasına konu olmaz. *Kuru*, bunu “tespiti istenen hukukî münasebet kaideten halen mevcut olmalıdır” şeklinde ifade etmektedir³³. İleride ayrıntılı olarak incelenecek işe iade (feshin geçersizliğinin tespiti davaları) bakımından konu bu yönüyle ele alındığında; bilindiği gibi fesih bozucu yenilik doğuran bir haktır ve kullanılması, hukukî sonuç doğurması karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın mevcut ilişkiyi sona erdirir. Genel olarak bozucu yenilik doğuran hak kavramı bağlamında değerlendirildiğinde işverenin fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasıyla artık ortada herhangi bir hukukî ilişki, iş sözleşmesi bulunmadığı, bunun fesih yoluyla sona erdirildiği düşünülebilir ise de, esasen feshin geçersizliğinin tespiti istemiyle halihazır fesih işleminin geçersizliği ve “iş sözleşmesinin işverenin fesih bildiriyle sona ermeyip, yürürlüğünü koruduğu”nun tespiti dava edildiğinden bu davalarda da mevcut hukukî ilişkiyle ilgili bir tespit talebi söz konusudur³⁴. Karar verilen ya da uygulanmakta olan bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitinde de (2822 sK. m.46), ya grev lokavt kararı alınmış ve kısa sürede uygulamaya geçilecektir ya da grev lokavt dava tarihi itibarıyla uygulamaya konulmuş, devam etmektedir.

³¹ **Rosenberg/Schwab**, s. 552, **Chern, C.**, Die Feststellungsklage im Zivilprozeß, Diss., Köln 1997, s. 107; **Kuru**, C. II, s. 1418; **Üstündağ**, s. 325, 329. Örneğin Demir Yolları'nın genel olarak eşya taşıma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına dair tespit davası açılmaz (**Trzaskalik, C.**, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozess, 1978, s. 27).

³² **Alangoya**, s. 203; **Kuru**, s. 24; BAG v. 6.10.1955, AP Nr. 3 zu § 256 ZPO.

³³ **Kuru**, s. 24.

³⁴ **Schaub v. G./Künzl, R.**, Arbeitsgerichtsverfahren, München, September 2003, s. 25-26.

İstisnaî olarak, gelecekteki hukukî ilişkilerde etkili olabilecek hususların da tespit davasına konu olması, özellikle normun ve sözleşmenin yorumuna ilişkin tespit hükümleri bakımından kabul edilmektedir³⁵. 2822 sayılı TSGLK'nun 60. maddesinde bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkların, yoruma ilişkin bir tespit davasıyla giderilmesi kabul edilmiştir. Verilecek tespit hükmü gelecekteki iş sözleşmelerini, işçi-işveren ilişkilerini etkileyecek mahiyette olabileceği gibi örneğin ifa zamanı bakımından geleceğe dair bir hükmün bu davaya konu edilmesi mümkündür. Fakat yine de dikkat edilmesi gereken, yorum davasının akdedilecek bir toplu iş sözleşmesine konulması tasarlanan bir hükmün ne şekilde yorumlanacağı hakkında soyut bir tespit istemine yönelik değil, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesiyle ilgili olarak açılabiliridir.

Geçmişteki hukukî ilişkiler ise, hukukî menfaatin varlığı ve bu ilişkinin halen bir takım hukukî sonuçlarının bulunması şartıyla tespit davasına konu olabilir³⁶. Örneğin, alt işveren asıl işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu tespitine karşı işverenlerce İş Kanunu 3. madde uyarınca açılan davada, dava tarihinde bu sözleşme sona ermiş olsa dahi, hukukî ilişki tespit davasına konu edilebilecektir. İlişkinin ortadan kalkmış ve geçmişte kalmış olması, etkilerinin de tümüyle sona erdiği anlamına gelmemektedir. İşçiler bu ilişkinin muvazaalı olduğunun tespiti halinde doğrudan asıl işveren işçisi sayılacaklardır ya da sendikanın ilişki sırasında yaptığı yetki başvurusuyla ilgili uyuşmazlığın bugün çözümünde, sona ermiş alt işverenlik ilişkisi etki gösterecektir. Medenî Kanun'un kişilik haklarının dava yoluyla korunmasına ilişkin 25. maddesinde de, "sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitinin istenebileceği" açıkça kabul edilmiştir.

2. Zamanaşımına Uğramış Hakkın, Hukukî İlişkinin Tespiti

Tespit davası ancak bir hukukî yararın bulunması halinde açılabilirliğinden ve zamanaşımına uğramış bir hukukî münasebetin tespitinde hukukî menfaat şartı gerçekleşmeyeceğinden ötürü davanın bu şartın eksikliği nedeniyle re'sen reddi

³⁵ **Jacobs, M.**, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, Tübingen 2005, s. 14 vd., 85-86

³⁶ **Grunsky, W.**, Grundlagen des Verfahrens, Bielefeld 1974, s. 321; **Rosenberg/Schwab**, s. 553-554; **Chern**, s. 122-123.

gerektiği ileri sürülmüştür³⁷. Hak düşürücü süreden farklı olarak, zamanaşımın hakkı ortadan kaldırmadığı, zamanaşımına uğrasa dahi eksik borç niteliğinde hakkın, hukukî ilişkinin varlığını koruduğu, ifa edilebilir olduğu tabiidir. Bu yönüyle de zamanaşımı, savunma araçları bakımından bir itiraz değil; def’idir. Halen mevcut, yürürlüğünü koruyan bir hukukî ilişki, hak bulunduğu göre zamanaşımına uğrama halinin kural olarak tespit davasını engellememesi gerekir. Zamanaşımına uğrayan, hukukî ilişki değil; o hukukî ilişkiden doğan bir veya birden çok hak, alacaktır³⁸. Bunların dahi ayrı zamanaşımı sürelerine tâbi olması mümkündür. Örneğin bir iş sözleşmesinden kaynaklanan fazla mesai ücreti alacağı beş yılda zamanaşımına uğrarken, ihbar tazminatı için zamanaşımı süresi on yıldır. Aynı hukukî işlemde kaynaklanan alacaklardan birinin zamanaşımına uğraması, diğer alacak ve tüm hukukî ilişki bakımından aynı sonucu beraberinde getirmemektedir.

Üstelik, zamanaşımı def’inin ileri sürülmesi hukukî ilişkinin varlığı ile ilgili değil, ancak “ifa ve edimle” ilgili olup bu, ifayı sürekli olarak engelleyen bir def’idir. Oysa tespit davasının ifanın ve alacaklının edim sonucuna dair menfaatinin temin edilmesi yönünde işlevi, etkisi bulunmamaktadır³⁹. Ayrıca zamanaşımı süresinin geçip geçmediği mahkemece re’sen incelenecek bir husus olmayıp def’i niteliğindeki bu savunma ancak davalı tarafça ileri sürülebilir. BK m. 140 hükmünde de açıkça düzenlendiği üzere *müruru zaman dermeyan edilmediği surette hakim, müruru zamanı kendiliğinden nazara alamaz*. Tespit davasında davalı zamanaşımı def’i ileri sürmediği halde, daha sonra alacağın ifası talep edildiğinde de zamanaşımı def’i ileri sürülüp sürülmeyeceği dahi belli değilken, hukukî menfaatin re’sen incelenecek olmasından bahisle bu iki hususun birbiriyle irtibatlandırılması, hukukî menfaatin bulunup bulunmadığının araştırıldığı gerekçe gösterilerek zamanaşımının re’sen inceleme konusu yapılması yerinde değildir. Hak, zamanaşımına uğrasa dahi mevcuttur, tespit edilebilir niteliktedir ve davalı böyle bir savunma ileri sürmediği sürece ifa edilebilir olma niteliği de bulunduğundan davacının zaten başlangıçta

³⁷ **Üstündağ**, s. 491 ve dn. 61; Davalının usûlünce zamanaşımı def’inde bulunmuş olması şartıyla, prensip itibarıyla aynı görüşte **Kuru**, s. 107-109.

³⁸ **Kuru**, s. 107.

³⁹ Nitekim *Üstündağ* da, tespit davalarında herhangi bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına dair mahkumiyet istenmediği için burada Borçlar Kanunu 125. maddesinin uygulanmayacağını belirtmektedir (aynı yer).

mevcut olan hukukî menfaati devam etmektedir. O itibarla doğurduğu hakları zamanaşımına uğramış bir hukukî ilişkinin tespitinin istenmesi halinde hukukî menfaat şartının gerçekleşmediği yargısı doğrudan ulaşılabilecek bir sonuç değildir. Tespit davasının açılması esnasında davacının hukukî menfaati mevcut olup, davalı zamanaşımı def'i ileri sürmediği müddetçe devam etmektedir⁴⁰.

Buna karşılık borçlunun icra takibinden önce alacağın zamanaşımına uğradığını bildirerek menfî tespit davası açmakta hukukî yararı yoktur. Çünkü bir davada savunma olarak ileri sürülebilecek hususlar ayrı bir tespit davasına konu olmazlar. Borçlunun kendisine karşı açılan bir alacak davasında zamanaşımı def'i ileri sürmesi ya da takipte borca bu nedene dayanarak itiraz etmesi mümkündür⁴¹. Bunun gibi, icra takibine itirazında zamanaşımı ileri sürmeyen borçlunun da sonradan alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek menfî tespit davası açamayacağı kabul edilmektedir⁴².

3. Maddî Vakıaların ve Bir Hukukî İlişkinin Münferit Unsurlarının Tespiti

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 179. maddesinde dava dilekçesinde bulunması gerekli unsurlar belirtilirken 3. bentte, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinin dava dilekçesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, genel bir tanımla *vakıa*, iddianın dayanağıdır. Davacı öyle vakıalara dayanmalıdır ki, bunun sonucunda talebinin haklılığı ortaya çıksın. Aynı şekilde davalının da savunma sebebi olarak vakıalara dayanacağı, def'i ve itirazlarını haklı gösterecek vakıalar ileri sürebileceği tabiidir (örn. m. 200, 201, 202, 209). Usûl hukuku sistemimiz ferdileştirme

⁴⁰ Hak zamanaşımına uğramış olsa bile, bu hakkın mevcudiyetinin tespit edilebileceği, tespit davalarında zamanaşımı kurallarının tatbik edilmeyeceği yönünde HGK. 12.2.1958 T., 4/19 E., 12 K. (ABD 1958/3, s. 153-154). Aynı yönde **Tekinay, S./Akman, S./ Burcuoğlu, H./Altop, A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 1035; **Alangoya**, s. 206. Hukukî münasebetlerin bizatihi zamanaşımına uğramamaları nedeniyle tespit davalarının zamanaşımına tâbi olmadığı, fakat bu münasebetten doğan alacak veya talep haklarının zamanaşımına uğramasından sonra genellikle mücerret hukukî ilişkinin tespitinde hukukî yarar bulunmadığı görüşü **Kuru**, s. 107-108.

⁴¹ **Kuru**, Menfî Tespit, s. 27-28.

⁴² 19. HD. 20.3.2000 T., 68/1964 (**Kuru**, Menfî Tespit, s. 42).

ilkesinin⁴³ aksine vakıalara dayandırma prensibine göre şekillendiğinden vakıalar esasen dava sebepleridir⁴⁴. Bu vakıalar maddî bir fiil, olgu olabileceği gibi bir hukukî işlem de olabilir. Ancak vakıa, başlı başına bir hukukî ilişki olmadığından tek başına değil, ancak belli bir hukukî ilişkiyle birlikte tespit davasına konu edilebilir⁴⁵.

*“Maddî vakıaların, tespit davası yoluyla tespiti cihetine gidilmesine kanunen imkan yoktur. Ancak bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı hususu tespit davasına konu yapılabilir. Hukuk ilişkisi için önemli olsalar dahi maddî vakıalar yalnız başlarına hiçbir zaman tespit davasının konusunu teşkil edemezler. Maddî vakıalar ancak bir hukukî ilişki ile birlikte tespit davasına konu yapılabilirler. Bu nedenle aracın kaybolması gibi maddî bir olgu tespit davasına konu yapılamaz.”*⁴⁶

Tasarı'nın 112. maddesinin 3. fıkrasında da maddî vakıaların tek başına tespit davasının konusunu oluşturamayacakları belirtilerek, gerekçede de yer verildiği gibi ancak bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında tespit davasına konu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Doktrindeki diğer görüş ise, maddî vakıaların, olayların da tespit davasına konu olabileceğini ileri sürmektedir⁴⁷.

⁴³ Bu ilkeye göre dava dilekçesinde dava vakıalarına temas edebilmek imkânı olsa dahi bunların tümünün beyan edilmesine gerek yoktur. Önemli olan, ileri sürülen hukukî ilişkinin diğer hukukî ilişkilerden ayrılmasına yarayan unsurlara yer verilmesidir (Bkz. **Üstündağ, S.**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 25 vd; **Alangoya, Y.**, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 102).

⁴⁴ Bkz. **Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Dava Sebebi, AD., 1967/4, s. 239-268.

⁴⁵ **Kuru, C. II**, s. 1418; **Üstündağ**, s. 328; **Alangoya**, s. 203; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 292; **Schaub/Künzl**, s. 26-27.

⁴⁶ 4. HD. 4.2.1980 T., 13121/1583 (Yasa Dergisi, 1980/5, s. 735-736). “*Tebliğ mazbatasında tebligatı alan şahsın sürekli katip olup olmadığı bir vakıadır. Olayda davacı vekilinin tespit isteği niteliği itibarıyla maddî bir vakıanın tespiti isteğine ilişkin bulunmaktadır. Maddî olgular ise tek başına tespit davasına konu olamazlar. Bu hukukî esaslar gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*” 4. HD. 22.10.1991 T., 9385/9074. (Ad. Bak. Kar. Der. 1992/2, s. 106-107).

⁴⁷ **Velidedeoğlu, H.V.**, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, s. 126; **Saymen, F. H.**, Türk Medenî Hukuku, Umumî Prensipler, C. I, İstanbul 1956, s. 373; **Ansay**, tespit davasının konusunu açıklarken “Tesbit davalarının mevzuu başlıca bir hukukî münasebettir, yahut hukukça önemli bir vakıadır” diyerek vakıa tespitini de mümkün görmektedir. Yine tespit hükmüyle, tespit edilen hukukî münasebet ve vakıanın ne olduğunun katî olarak gösterildiğini belirtmektedir (**Ansay**, s. 229, 321). Ancak Yazar, mücerret vakıaların tespitinin talep edilemeyeceğini de belirtmektedir (**Ansay**, Tesbit Davaları, s. 76).

Konu, özellikle senedin sahteliği iddiası ya da imza inkârı (sahtelik iddiası) bakımından incelenmelidir. HUMK 314. maddeye göre “Resmî veya gayriresmî her nevi senedatın sahteliğini iddia eden kimse, asıl davayı rüyet eden mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerek davayı hadise suretiyle ikame edebilir” (c.1). Konumuzla ilgili olan Kanun’un davayı asliye olarak ifade ettiği, sahtelik davasıdır. Zira bir davada senedin sahteliği zaten hadise olarak ileri sürülmüşse ayrı bir sahtelik davası açmada hukukî yarar bulunmadığı gibi esasen böyle bir ihtimalde derdestlik ilk itirazıyla da karşılaşılabilecektir⁴⁸. Genel olarak, senedin sahteliği maddî olgu olarak kabul edilmekte ve bir bakıma maddî olguların tespit davasına konu olamayacağına bir istisnası olarak değerlendirilmektedir⁴⁹. Esasen burada sahtelik iddiası ileri sürülmekle ulaşılmak istenen amaç, o belgede, senette yer alan hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığının tespitidir. Öyle ki, imza kişinin iradesini yazılı olarak açıklayan, senedin o kişiden sadır olduğunu ya da hukukî ilişkinin tarafının, muhatabının imza sahibi olduğunu gösteren bir unsurdur. Taraf sahtelik iddiasıyla aslında böyle bir hukukî ilişkinin tarafı olmadığını, ortada gerçekte herhangi bir hukukî ilişki bulunmadığını ya da hukukî ilişkinin unsurlarının, hüküm ve sonuçlarının bu şekilde olmadığını ileri sürerek tartışmaya açmaktadır. Dolayısıyla konu salt bir maddî vakıanın ileri sürülmesi olmayıp bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitiyle doğrudan ilintilidir.⁵⁰

Maddî vakıalar gibi, bir hukukî ilişkinin münferit unsurlarının tespiti de istenemez. Örneğin bir haksız fiilde kusurun, satılan bir eşyada ayıbın tespiti tespit davasına konu edilemez.⁵¹ Sosyal güvenlik hukukunda, bir sigortalıya sürekli

⁴⁸ “Bir dava içinde ibraz edilen senedin sahteliği (davayı hadise) ileri sürülmüşse, artık bu iddia müstakil bir dava olarak açılmaz. Açılırsa derdestlik itirazı ileri sürülür”. 4. HD. 26.6.1965 T., 5549-3369 (Erdemir, İ., Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 1998, s. 1462). Hatta *Kuru*’ya göre (İİK m. 72’deki düzenleme hariç) senedin sahteliğinin henüz açılmamış örneğin bir alacak davasından önce bağımsız olarak ileri sürülüp tespit davası açılmasında dahi, zaten dava açıldığında hadise olarak ileri sürülerek senedin sahteliği iddia edilebileceğinden, hukukî yarar yoktur (Kuru, C. II, s. 2098).

⁴⁹ **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 76. “Davalı savunmasında senedi ve imzayı inkâr etmiştir. Ceza kararında da bu maddî olgu kabul edilmiştir... maddî olguyu tespit eden...”13. HD. 26.11.1980 T., 5028-6214 (İnal, N., Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C.2, Ankara 2003, s. 1731). “İsteğin nitelikçe maddî bir vakıanın (sahtelik olgusunun) tespitine ilişkin bulunduğu ise ortadadır”. HGK. 3.6.1982 T., 13/1612-748. (İnal, N., Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C.1, Ankara 2003, s. 974).

⁵⁰ **Kuru**, s. 27. Ayrıca bkz. **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 75.

⁵¹ **Üstündağ**, s. 329.

işgöremezlik ödeneği bağlanabilmesi için, bir iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle kişinin meslekte kazanma gücünü en az %10 oranında kaybetmiş olması gerekir (5510/m. 19; 506/m. 19). Bu durum, Kurum'un sağlık raporuyla tespit edilir. 1975 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda, SSK aleyhine açılan meslekte kazanma gücünü yitirme oranının tespiti davası talebin salt tıbbî bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu, maddî bir olgunun tespitinin tek başına tespit davasıyla istenemeyeceği gerekçesiyle reddedilmişti⁵². Bu kararın ardından verilen 1976 tarihli İBK'da meslek hastalığının tespitinde olduğu gibi işgöremezlik oranının belirlenmesine ilişkin Kurum kararına karşı da iş mahkemesinde dava açabileceği kabul edilmiştir⁵³. Mahkemeden iş kazası neticesinde veya meslek hastalığı nedeniyle işgücü kaybının asgarî %10 olduğunun tespiti istemi, hukuken sürekli iş göremezlik ödeneğine hak kazanmak için öngörölmüş koşul vakıalardır. Bunların tespiti özünde davacının davalı Kurum'la arasında 19. madde uyarınca bir hukukî ilişki bulunduğunu da tespit etmektir⁵⁴. Davanın öncesinde Kurum'un sigortalının hakkını inkârı, gerekli koşulların bulunmadığından bahisle bu yönde işlem yapmayı reddetmesi nedeniyle davalı İdare'nin işlemi yargısal denetime tâbi tutulmaktadır. Bu açıdan, dava konusu maddî vakıalar esasen sosyal güvenlik mevzuatının öngördüğü hukukî ilişkinin mevcudiyetinin, sigortalının hak sahipliğinin tespitiyle birlikte dava edilmektedir. Ancak, işgöremezlik oranının tespiti için ayrı bir dava, bu durumun ortaya çıkmasına yol açan olgunun iş kazası veya meslek hastalığı olup olmadığının tespiti hakkında başka bir dava açılması halinde, artık maddî vakıalar o hukukî ilişkiyle birlikte dava konusu yapılmamakta, sadece hakkın doğumu için önem taşıyan unsurlardan birinin tespiti istenmektedir. Bu yüzden kural olarak bu iki koşul

⁵² HGK. 27.6.1975 T., 9/455-891 (İKİD, 1976/184, s. 4512).

⁵³ İBK 28.6.1976 T., 6/4 (RG. 26.7.1976 T., S. 15658, s. 3-4). "...delillere göre işyerinde fiilen çalışırken olayın vukua geldiği, ve bu nedenle iş kazası olduğu anlaşıldığından 506 sayılı Kanununun 11 ve müteakip maddelerine göre iş kazası olduğunun tespitinde davacının hukukî yararının bulunduğu, malûliyet oranının belirlenmesi için ayrıca dava açmasına engel bulunmadığı..." 10. HD.9.12.1996 T., 10503/10574 (Aslanköylü, R., Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 212). *Kuru*'ya göre bu davaların konusu maddî vakıadır ve yalnız başına tespit davasında ileri sürülemez (Kuru, C. II, s. 1423).

⁵⁴ Aslanköylü, s. 208; 248; Güzel, A./Okur, A. R., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2004, s. 254. "Bir maddi olayın saptanması isteminde, olabilir ki gerçekte olayın içinde saklı ya da ona bağlı olan bir tüzesel ilişkinin saptanması istenmiştir. Burada dış görünüş, sanki bir olayın saptanması istemidir. Gerçekte asıl amaç bu olaydaki hukuki münasebetin saptanmasıdır. Böyle durumlarda, istemdeki gerçek anlama eğilmek ve ona göre işlem yapmak gerekir" (Erdoğan, A., Tespit Dâvası, *Danıştay Dergisi*, 1971/3, s. 26). İşkazaları ve meslek hastalıkları sigortası hakkında geniş bilgi için bkz. Tuncay, A.C./Ekmekçi, Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008, s. 291 vd.).

vakıanın, hukukî ilişkiden çözülerek tespitinin istenemeyeceği kanaatindeyiz. Fakat Kurum, olgunun iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklandığını tespit etmiş, ancak iş göremezlik oranını daha az belirlemiş ise artık taraflar arasında zaten ilk unsur bakımından bir uyumsuzluk bulunmadığından dava sadece çekişmeli vakıanın ve bu sayede hukukî ilişkinin tespitine yönelik olabilecektir.

II. HUKUKÎ YARAR

1. Genel Olarak

Her dava bakımından olduğu gibi, tespit davasında da davacının tespit davası açmada, bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitinde güncel bir hukukî yararın bulunması gerekmektedir. Eda davaları bakımından hukukî yararın varlığı asıldır⁵⁵. Yine inşaî davalar sınırlı sayıda, yasada açıkça öngörülen hallerde açılabilirdiğinden bu davalarda da hukukî yararın varlığı daha baştan ilgili yasa hükümleriyle kabul edilmiş demektir (örneğin evlenmenin iptali davası MK. m. 148 vd.; boşanma davası MK. m. 167 vd.; tenkis davası MK. m. 560; önalım hakkının kullanılması MK. m. 734 gibi). O yüzden hukukî yarar şartı, özellikle tespit davası bakımından özel önem arz edip mahkemenin tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunup bulunmadığı baştan inceleyip belirlemesi gerekir. Tespit davası açılabilmesi için, sadece tespit davası açmakta özel bir hukukî yarar bulunmalı, hukukî yarar ilişkinin hemen tespitine yönelik hukukî koruma ihtiyacından kaynaklanmalıdır⁵⁶. Davacı, dava ile ulaşmak istediği amacı mahkemenin müdahalesi olmaksızın ya da aynı güvenlik ve kapsamda daha kolay, süratli, ucuz başka bir usûlî vasıtayla elde edebilecek ise artık burada bireyin dava açmada hukukî yararının bulunmadığından söz edilir⁵⁷. Dava, elde edilebilecek sonuca, amaca uygun olmalıdır. Bu halde hukukî

⁵⁵ Önen, s.55.

⁵⁶ Özekes, M., Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, *LEGAL İSGHD*, 2004/4, s. 1389; Kuru, s. 30.

⁵⁷ Üstündağ, s. 278; Alangoya, s. 197; Kuru, s. 35. “Davacı, tasarruf teşvik kesintilerinin Ziraat Bankası’na yatırılıp yatırılmadığı hususunun tespitini talep etmiş, mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 7.7.1965 gün ve 5/5 sayılı kararı uyarınca eda davası açılabilir hallerde kural olarak tespit davası açılmaz. Somut uyumsuzlukta davacı tasarruf ve teşvik kesintilerini eda davası ile isteyebilir. Buna göre tespit isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. 9. HD. 20.11.2006 T., 2006/30579-30470 (*LEGAL İSGHD* 2007/14, C. 4, s. 752-753). Sözü edilen davada hukukî yarar bulunmamasının yanısıra dava konusu bir hukukî ilişki de değildir.

koruma araçlarının yarışmasıyla karşılaşırlar⁵⁸. Kural olarak eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunmadığı⁵⁹ gibi eda davasının delili olacak bir hususun tespiti için dava açılması durumunda da hukukî yarar yoktur⁶⁰. Gerçekten bu son durum esasen tespit davasının diğer koşulu olan hukukî ilişki şartını da karşılamamaktadır ve ancak bir delil tespitinin konusunu oluşturabilir.

Tespit davasının tanımı ve işlevinden hareketle davada hukukî yararın varlığından söz edebilmek için gerekli şartlar belirlenebilir. Tespit davası ile bir hukukî ilişkinin varlığı (ya da yokluğunun) tespiti istendiğine göre, kişinin durumunun o ilişkiden etkilenmesi, örneğin mevcut ilişkinin karşı tarafça inkâr edilmesi halinde hakkının tehlikeye sokulması, dolayısıyla davacının hukukî durumunun tereddütlü hale gelmesi söz konusu olmalıdır. Mevcut belirsizlik ve tehlike davacının hukukî durumuna etkili ise tespit davasında hukukî yarar bulunmaktadır⁶¹. Böyle bir tehdit, tereddüt karşısında kişinin objektif anlamda zarara uğrama ihtimalinin bulunması gereklidir.⁶² Yine tespit davası sonucunda, salt o hukukî ilişkiye dair herhangi bir zorlama, cebrî icra kabiliyeti taşımayan bir tespit hükmü elde edildiğine göre söz konusu tehdit, böyle bir tespit hükmüyle ortadan

⁵⁸ Alangoya, s. 197.

⁵⁹ Jauernig, s. 123. HGK. 30.12.1953 T., T/74-100 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1955, s. 361); HGK. 20.4.1968 T., 4/437 E., 272 K. (İBD. 1969/1-2, s. 39)

⁶⁰ HGK. 11.3.1998 T., 8-176 E., 217 K. (YKD. 1999/10, s. 1355).

⁶¹ Ansay, Tesbit Davaları, s. 79.

⁶² “Dava, mülkiyetin tespiti istemine ilişkindir. Yerel mahkemenin, davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar ortak olmadıkları dönemde yapıldığı ve bu yerde yaptıkları giderleri diğer mirasçılardan aleyhlerine açacakları eda davası ile isteyebilecekleri, bu nedenle davanın açılmasında hukukî yararlarının bulunmadığına işaretle bozulmuştur. Gerçekten temyize konu dava, dava konusu taşınmazla ilgili olarak açılıp görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davasında verilen yetkiye istinaden ikame edilmiştir. Bilindiği üzere; tespit davası eda davasının öncüsü olup, kural olarak eda davası ile istenebileceklerin tespit davası ile talep konusu yapılması mümkün değildir. Bir hukukî ilişkinin tespitine dair olan tespit davasının dinlenebilmesi için, diğer koşulların yanında, öncelikle tespiti isteyen hukukî yararının bulunması gerekir. Ortaklığın giderilmesi davası sonucu verilen karar, yenilik doğurucu niteliktedir. Davacılar her ne kadar muhdesatı, miras bırakanları olan babalarının sağlığında ve bu yer kayden ona ait iken oluşturmuşlarsa da miras bırakanın ölümünü müteakip taşınmazda hissedar duruma girmişlerdir. Taraflar arasındaki izale-i şuyu davasının, taşınmazın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi şeklinde sonuçlanması halinde, davacıların taşınmaz üzerindeki mülkiyeti aidiyetinin tespiti yapılmış muhdesat bedelini ayrıca alacakları kuşkusuzdur. Bu nedenle, sulh hukuk mahkemesince verilen yetkiye istinaden davacıların temyize konu tespit davasını açmalarında hukukî yararlarının bulunduğu kuşku duyulamayacak kadar açık bir olgudur” HGK. 28.2.1996 T., 4/1093 E., 101 K. (İnal, C. I, s. 541).

kaldırılacak, giderilebilecek olmalıdır.⁶³ Eda davası açılabilir hallerde kural olarak tespit davası açılmayacağına ilişkin prensip de esasen buna dayanır. Eda davası neticesinde verilen eda hükmü öncelikle ve zorunlu olarak bir tespiti de içereceğinden davacının daha önce bu konuda bir tespit davası açmasında hukukî yararı yoktur⁶⁴.

Elbette hukukî yarar bir dava şartı olduğundan gelecekteki bir hukukî koruma, tespit ihtiyacı değil; dava açılırken mevcut bir hukukî yarar bulunmalıdır. *Kuru*, bu noktada uygun illiyet bağından hareketle “hayat kaidelerine göre tespit davası açmak için beklemek davacı için tehlikeli, başka bir deyimle tespit davası açılmasının bekletilmesi davacıya bir zarar verecek ve bu zarar ile tespit davasının bekletilmesi arasında uygun bir illiyet rabitası mevcut ise, bu halde tespit davasının hemen açılmasında hukukî menfaatin bulunduğu” sonucuna ulaşmaktadır.⁶⁵ Kişilik haklarının korunmasında muhtemel bir saldırı tehlikesiyle karşı karşıya olan kişinin ise tespit davası açmakta hukukî yararı bulunmamaktadır. Çünkü böyle bir ihtimalde MK 25. maddesi uyarınca önleme davası açılması mümkündür ve bu dava, tespit davasına nazaran daha etkin bir koruma sağlamaya elverişlidir⁶⁶.

Eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmaması ancak, eda davası sonucunda elde edilecek hükmün tespit hükmüyle sağlanacak menfaati tümüyle karşılayabilmesi mümkün ise hukukî yarar şartını bertaraf eder. Bir diğer ifadeyle her iki kesin hüküm de aynı etkiyi doğurmalıdır. Eda davasına konu talep bazen tespit hükmüyle elde edilebilecek ve korunması gerekli sürekli bir menfaatin gerisinde kalıp daha sınırlı bir etki doğurabilir. Örneğin davacı sigortalı, iş kazasına uğraması

⁶³ **Zeiss, W.**, Zivilprozeßrecht, 7. Aufl., Tübingen 1989, s. 113. “*Tespit davasının konusu hukukî münasebetin tespiti. Bir hukukî münasebetin hemen tespitinde hukukî menfaat varsa dava açılabilir. Hukukî menfaatin mevcudiyeti, eda davalarında olduğu gibi tespit davasının (da) şartlarındandır. Hukukî menfaatin mevcudiyeti için davacının bir hakkı veya hukukî durumunun halihazır bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, bu tehdit sebebiyle, davacının hukukî durumunun tereddüt içinde bulunması; tespit davasının bekletilmesinin davacıya zarar vermesi; tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldıracak kabiliyette olması gerekir.*” 5. HD. 6.5.1966 T., 1436/2336 (RKD. 1966/5-6, s. 80-82).; Aynı yönde 15. HD. 17.1.1977 T., 3038/33 (ABD. 1977/3, s. 557-558).

⁶⁴ Sendika üyesi olmayan işçi, dayanışma aidatı yoluyla toplu sözleşmeden yararlanabilir. Bununla ilgili istek eda davasına konu edilebilir. Bu nedenle davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle belirli bir tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının tespiti şeklinde karar verilmiş olması doğru değildir. Tespit davasının reddi gerekir. 9. HD. 01.12.1992 T., 13271/13113 (özel arşiv).

⁶⁵ **Kuru**, s. 30.

⁶⁶ Bkz. **Akipek, J. G./Akıntürk, T.**, Türk Medenî Hukuku, İstanbul, Eylül 2002, s. 418-419.

neticesinde (Yasa'daki diğer koşulların da varlığı halinde) sürekli iş görmezlik ödeneğine hak kazanabilecek ve bu ödeneğin miktarı ortaya çıkan işgücü kaybı oranına göre değişebilecektir. Kurum'ca tespit edilen iş gücü kaybının %15 olduğu bir durumda davacı esasen bunun %25 oranında olduğunun ve sürekli iş görmezlik ödeneğinin bu oran üzerinden bağlanmasının tespitini isteyebilmelidir. Sigortalı bakımından fark ödenek taleplerini bir eda davası yoluyla istemesi mümkün olduğundan bahisle tespit davası açmada hukukî menfaati bulunmadığı sonucuna ulaşmamak gereklidir. Zira söz konusu ödenek sürekli ödenecek bir tutar olup⁶⁷ kişinin her seferinde bu alacakları bir eda davası yoluyla tahsil etmesi beklenemez. Açılacak eda davası ancak dava tarihine kadar eksik ödenen, daha düşük iş görmezlik oranı üzerinden ödenmesi nedeniyle oluşan fark alacak bakımından bir eda emri ve kesin hüküm içerdiğinden etkisi, ulaşılmak istenen nihaî amacı karşılaması bir tespit hükmünün çok gerisinde kalmaktadır. Bu konuda tereddütü ortadan kaldırarak, kişinin mevcut koşullardaki hukukî durumunu sürekli olarak belirleyen bir tespit hükmüne gereksinim bulunmaktadır. Sigortalının sosyal güvenlik hukuku anlamında malûl sayılıp sayılmadığı da Kurum sağlık kurullarınca düzenlenecek raporlarla tespit edilmektedir. Ancak 25.6.1975 T., 6/4 sayılı İBK'da⁶⁸ kabul edildiği üzere, ilgilinin bu rapora karşı iş mahkemesine dava açma hakkı vardır.

Bir sigorta olayının iş kazası niteliğinde olduğunun tespit davası yoluyla istenebilmesi, hukukî ilişki şartı gibi hukukî menfaat bakımından da ele alınmıştır. Doktrin ve daha önceki tarihli bazı içtihatlarda aksi yönde sonuçlara ulaşılmış⁶⁹ ise de; genel olarak davacının hukukî yararının bulunduğu kabul görmektedir⁷⁰.

⁶⁷ Bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, s. 309 vd.; **Bilgili, Ö.**, Yeni Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, İzmir, Eylül 2008, s. 501 vd.

⁶⁸ RG. 26.7.1976 T., S. 15658.

⁶⁹ “Davacı, kocasının ölümünün iş kazası sonucu olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, isteği aynen hükmü altına almıştır. Tespit davası yasada ayrık haller dışında ancak eda davası açılması mümkün olmayan hallerde hukukî çıkarın mevcudiyeti halinde açılabilir. Eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmaz. Dava konusuyla ilgili eda davası açılması mümkün bulunduğuna göre davanın kabulü isabetsizdir.” 9. HD. 18.9.1981 T., 6467/10466 (YKD. 1982/1, s. 56-57)

⁷⁰ **Aslanköylü**, s. 208. “Davacının hakkında uygulanması gereken sosyal sigorta yardımının niteliği ve kapsamı bakımından maruz kaldığı sigorta olayının iş kazası niteliğini taşıdığını tespitinde hukukî yararı olduğu açıktır. Özellikle Kurum'ca sigorta olayının iş kazası olarak kabul edilmemesi, sosyal sigorta mevzuatı açısından bu yolda dava açılmasını zorunlu kılmaktadır.” 10. HD. 22.3.1974 T., 1877/2888 (**Çenberci, M.**, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 972); “...Özellikle Kurum'ca sigorta olayının iş kazası olarak kabul edilmemesi sosyal sigorta mevzuatı açısından bu

Bir uyuşmazlıkta maden ocağında yeraltı işçisi olarak çalışan işçi, gördüğü işin sağlığı açısından tehlikeli olduğuna ilişkin aldığı bir raporun işverence kabul edilmeyerek bir başka hastaneye sevk edilmesi neticesinde alınan ikinci raporda, ilk raporun aksine işçinin işine devam etmesinde sakınca olmadığı bildirilince işçi iş akdini feshetme konusunda tereddütte kalmıştır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/I-a bendinde (1475 sK. m. 16/I-a'da olduğu gibi) iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması hali, sözleşmenin işçi tarafından derhal feshini haklı kılan ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlayan (m. 14) bir fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda birbiriyle çelişen iki rapor davacının durumunu, bir diğer ifadeyle görülen işin işçinin sağlığı ve yaşamı için tehlikeli olup olmadığı hususunu tereddütlü hale sokmuştur. İşçi sözleşmeyi feshinin anılan haklı nedene dayanıp dayanmayacağı belirsizliğinin yanısıra, buna bağlı olarak kıdem tazminatı hakkından ve işinden mahrum kalma tehlikesiyle de karşı karşıyadır. Böyle bir halde Yargıtay davacı işçinin tespit davası açmakta hukukî menfaati olduğuna hükmetmiştir⁷¹. *Kuru*, kararla ilgili değerlendirmesinde “burada tespit davasının konusunun davacının hastalığı sebebiyle iş akdini feshetmek hakkının bulunup bulunmadığının tespiti” olduğunu belirtmektedir⁷².

Bu değerlendirmelere katılamıyoruz. Fesih hakkı iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte zaten tarafların sahip olduğu bir haktır ve kullanılması da mahkeme kararına ihtiyaç göstermemektedir. Kastedilen, raporlar arasındaki çelişkiyi gidererek görülen işin böyle bir tehdit oluşturup oluşturmadığının tespiti olmalıdır, ki bu da bir hukukî

yolda dava açılmasını zorunlu kılmaktadır. Son bilimsel eğilimler de tespit davalarının uygulanma alanının genişletilmesi yolundadır. Bir eda davasının açılması olanağının bulunuşunun ise tespit davasının açılmasına engel teşkil etmeyeceği söz götürmez. Nitekim bu görüş kira tespitine ilişkin içtihadı birleştirme kararlarında belirgin olarak benimsenmiştir. Mahkemece bu yön göz önünde tutulmaksızın davanın reddedilmesi usûl ve yasaya aykırıdır.” 10. HD. 28.1.1974 T., 4128/1529 (**Aslanköylü**, s. 219); aynı yönde HGK. 27.9.2000 T., 10/1107-1174 (ABD. 2000/4, s. 354 vd.)

⁷¹ 4. HD. 09.7.1959 T., 5757/5349 (AD. 1960/2-6, s. 284-285). Kararda “*hastalığının işini görmesi bakımından tehlikeli olacağını tespit ettirmekte hukukî menfaatin bulunduğu*” söz edilmektedir. İş Kanunu'nda normun öngördüğü haklı sebep, bunun tersi yani gördüğü işin işçinin sağlığı bakımından tehlikeli olması halidir. Dolayısıyla tespit konusunun bu yönde olması beklenir.

⁷² **Kuru**, s. 17. Aynı değerlendirmeyi paylaşan ve böyle bir durumda kıdem tazminatı için açmayı düşündüğü davayı kazanmakta umudu kesin olmayan işçinin, iş sözleşmesini bozmadan ister yeraltı işçisi olarak çalışmayı sürdürmesi bakımından, ister sağlığı veya yaşamı yönünden işini böylece görmesinin tehlikeli olup olmadığını saptamak için ilk önce bir tespit davası açmak hakkı olduğunu savunan görüş **Erdoğan**, s. 16.

ilişkinin tespiti niteliğinde değildir. Buna dayanılarak akdin feshedilmesi ve kıdem tazminatı gibi alacak haklarına sahip olunması da ayrı bir meseledir. Konu her ne kadar tespit davası ve hukukî yarar bağlamında ele alınmış ise de, bize göre böyle bir talep delil tespiti mahiyetindedir. Ayrıca bir hakkın ya da hukukî ilişkinin münferit unsurlarının tespitinin tespit davası yoluyla istenemeyeceği kuralı da kanımızca, bu talebi tespit davası olarak nitelemeye engeldir. İşçinin yaptığı işin, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı için tehlikeli olması, sözleşmenin derhal feshedilebilmesinin ve tazminata hak kazanılmasının bir unsurudur. Bu yolla alınan ve iki rapor arasındaki çelişkiyi, işin yapılmasının işçinin sağlığı bakımından tehlikeli olduğu yönünde gideren bir rapor, daha sonra kıdem tazminatı talebiyle açılacak bir eda davasında delil olabilecek, İş Kanunu'nda bu hukukî sonuç için öngörülen koşul vakıalardan birini kanıtlamak üzere kullanılabilir.

Bu içtihadada konu dava, aşağıda⁷³ incelenecek olan grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitine ilişkin TSGLK 46. maddede düzenlenen tespit davasıyla benzerlik taşımaktadır. Şimdilik kısaca belirtelim ki, anılan yasanın 45. maddesi kanun dışı grev yapılması halinde işverene, kanun dışı lokavtta da işçilere iş sözleşmesini derhal, muhik sebeple fesih hakkı tanımıştır. Buna dayalı bir fesih iradesinin açıklanmasından önce 46. maddedeki düzenlemeden yararlanılarak grevin/lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti, bu dava sonucunda verilecek karara göre fesih hakkının kullanılması mümkündür. Ancak bu konuda tespit davası açılabilmesini yasa açıkça kabul etmiştir. Davayı da her durumda iş sözleşmesinin tarafları değil, toplu menfaat uyumsuzluğunun tarafları açabilmektedir.

2. Yasa Gereği Hukukî Yararın Varsayıldığı Haller

Bazı durumlarda tespit davasının açılabilmesi açık bir yasa hükmüyle öngörülmüş olabilir. Bu gibi hallerde hukukî yararın varlığı bizzat yasa koyucu tarafından varsayıldığından dava şartı olan hukukî yarar ayrıca araştırılmaz⁷⁴. Bunların kendilerine özgü koşulları veya ilgili oldukları konuda özel önem taşımaları nedeniyle ayrıca düzenlenmelerine ihtiyaç duyulmuştur. İş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatındaki hizmet tespiti davaları (5510 sK./m. 86), kanun dışı grev

⁷³ Bkz. § 7, V.

⁷⁴ 4. HD. 07.6.1983 T., 5345/5964 (Yasa 1983/12, s. 1777).

lokavtın tespiti davası (2822 sK./m. 46), toplu hak uyuşmazlıklarında toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklarda açılabilen tespit davası (2822 sK/m. 60) bu davalara örnektir. Bireysel ve kollektif iş uyuşmazlıklarında tespit davaları genellikle açık bir yasa hükmüyle düzenlenmiştir. Tezimizin esasını teşkil eden bu düzenlemeler ileriki kısımlarda ayrıca ele alınacaktır. Bu başlık altında kısaca diğer yasalarda öngörülen tespit davalarına yer verilmektedir.

Medenî Kanun'un 25. maddesine göre; kişilik haklarına tecavüz edilen kişi, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir (MK m. 26/1).

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesi, sulh mahkemesinin görevlerini sıralarken kira sözleşmesine dayanan tespit davalarının sulh hukuk mahkemesinde görüleceğini düzenlemiştir. Aynı Kanun'un 519. maddesi uyarınca bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenmeyeceğinin tespiti için dava açılabilir.

5846 sayılı Fikir Sanat Eserleri Kanunu'na göre, bir eserin kim tarafından vücuda getirildiği ihtilafli ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise hakiki sahibi hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir (m. 15/3). Aynı şekilde eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan ad iltibasa meydan verecek mahiyette olduğunda eser sahibi 15. maddedeki tespit davasını açabilir (m.67/1). Bu tespit davalarıyla bir eser üzerindeki fikrî hakkın tespiti için dava açılmaktadır.

TTK 58. maddesine göre haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticarî işletmesi veya diğer iktisadî menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse, fiilin haksız olup olmadığının tespitini isteyebilir (a bendi)⁷⁵. Hakkı doğrudan doğruya haksız tecavüze uğrayanların yanısıra, müşteriler

⁷⁵ Aynı maddenin b, c, d ve e bentlerine göre ayrıca, haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin neticesi olan maddî durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini, kusur varsa zarar ve ziyanın tazmini, BK 49. maddedeki şartlar mevcutsa manevî tazminat ödenmesi talep edilebilir.

ve yetkili satıcılar da haksız rekabet yüzünden iktisadî menfaatleri haleldar olan kimselerdir ve fiilin haksızlığının tespitini isteyebilirler⁷⁶. Ticaret Kanunu, üyeleri dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde esnaf dernekleri, ticaret ve sanayi odaları, borsalar ve nizamnamelerine göre üyelerinin ekonomik çıkarlarını korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve iktisadî birliklere de tespit davası açma hakkı tanımıştır.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 74. maddesinde ise, menfaati olan herkesin marka sahibine karşı dava açarak fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespitini isteyebileceği düzenlenmiştir. Kullanılması düşünülen bir markanın başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin önceden tespitinde yarar vardır⁷⁷. Ancak böyle bir tespit davası, kendisine marka hakkına tecavüzden dolayı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz (m.74/4).

3. Eda Davası Açılması Mümkün Olduğu Halde Tespit Davası Açılabilmesi

Bir hukukî ilişkiden doğan alacak hakkının hemen her zaman bir eda davasına konu edilmesi mümkün olduğuna göre, acaba bu hallerde daima tespit davası açılmayacağını söylemek mümkün müdür? Bu soruyu olumlu yanıtlamak tespit davasının uygulama alanını çok daraltacağı gibi her zaman amaca elverişli de olmayabilir. Hukukî yarar başlığı altında açıklandığı gibi, eda davası açılabilmesi olanağının tespit davası açmadaki hukukî yararı ortadan kaldırması, eda davası sonucunda elde edilecek hükmün tespit hükmüyle aynı etki ve güçte olması halinde söz konusudur. Yine taraflar arasındaki uyuşmazlık bir tespit hükmüyle büyümeden, zamana yayılmadan, usûl ekonomisine de uygun şekilde çözülebilecekse bu halde de tespit davası açmada hukukî yararın bulunduğu kabul edilir⁷⁸. Kira bedelinin tespiti davasına ilişkin İBK, bir eda davası açılması mümkün olmasına rağmen davacı kiralayanın bir tespit davası açabilme olanağının da bulunduğu işaret etmektedir: *“Burada kira parasının tespiti ile kiracıdan alınması yolunda bir dava söz konusu*

⁷⁶ **Dönmez, İ.**, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul Nisan 1992, s. 187.

⁷⁷ **Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2001, s. 283, dn. 1. Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 75. maddesine göre, marka hakkına tecavüzde bulunulduğunu ileri süren kişiye, mahkemedeki tecavüz oluşturan olayların tespitini isteme hakkı tanınmıştır. Bu maddenin kenar başlığı daha önce “delillerin tespiti davası” iken 26.6.2004 tarihli RG.de yayımlanan değişiklikle “delillerin tespiti” olarak düzeltilmiştir. Delillerin tespiti, bir dava olmadığından terminoloji açısından bu değişiklik isabetlidir.

⁷⁸ **Kuru, C. II**, s. 1450.

olabileceği gibi, kiralayan tarafından açılmış bulunan ve sadece kira parasının tespitini hedef tutan bir dava dahi açılabilir.”⁷⁹

Burada dikkat çeken husus eda davası açılabilmesine rağmen tespit davası açabilme imkânının bilhassa sürekli veya dönemli (devrî) edimleri içeren hukukî ilişkilerde özel önem taşıdığıdır. Edim, ani edimlerin aksine bir defada, borçlunun tek bir davranışıyla ifa edilerek sona ermeyip, zaman içinde sürekli bir davranışla yerine getiriliyorsa *sürekli edimden*, belirli aralıklarla düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanıyorsa *devrî edimden* söz edilir⁸⁰. Bu tür edimleri içeren hukukî ilişkilerde her bir edimle ilgili olarak eda davası açmak elbette mümkündür. Fakat taraflar arasında bu hukukî ilişkiyle ilgili olarak doğan uyuşmazlığın, taraflardan birinin hukukî durumunda ortaya çıkan tereddütün tespit davası yoluyla giderilmesi daha sonraki süreçte de her edimle ilgili olarak doğabilecek, münferit ve her seferinde tekrarlanması gereken çok sayıdaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmaya elverişli bir yöntemdir. Böylelikle tespit hükmü hakkı baştan tanımakla aynı konuda, birden fazla tekrarlanan edimle ilgili olarak her seferinde eda davası açılması yerine sürekli ilişkideki uyuşmazlıkları, belirsizlikleri geleceğe yönelik olarak gidermiş olmaktadır. Bir diğer İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre “aboneler tarife parası dışında kendilerinden alınmış olan paraları geri isteyebilecekleri gibi Genel Müdürlüğün böyle bir alacak isteyemeyeceğinin tespitini de dava edebilirler”⁸¹. Burada da her fatura döneminde fazladan alınan paraların iadesini amaçlayan eda davaları mümkün ise de, asıl mesele bu uygulamanın yersizliğinin, hukuka aykırılığın tespiti, Genel Müdürlüğün o hukukî ilişkide böyle bir hakkı bulunmadığının tespiti ve bundan sonra da aynı yönde taleplerin önüne geçebilmektedir. Oysa eda davası sonucunda elde edilecek hüküm sadece o davaya konu alacak miktarıyla ilgili kesin hüküm teşkil ettiğinden, tespit davası sonucunda elde edilecek hükmün kapsamının gerisindedir.

⁷⁹ İBK 18.11.1964 T., 2/4 (RG. 27.11.1964 T., S. 11867). Ancak biz, kira bedelinin tespiti davalarının inşâî dava olduğu görüşüne katılmaktayız.

⁸⁰ Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 100.

⁸¹ İBK. 5.2.1962 T., 24/2 (RG. 23.3.1962 T., S. 11064).

Yargıtay, bir uyuşmazlıkta askerlik nedeniyle çalışmasının sona erip muvazzaf askerlik görevinin tamamlanmasından sonra yeniden aynı işyerinde çalışmaya başlayan davacı işçinin yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan ve dikkate alınacak sürelerin hesabıyla ilgili olarak yıllık izinlerinin eksik kullandırılmakta olduğunun tespiti amacıyla, iş ilişkisi devam ederken açılan bir tespit davasının dinlenemeyeceğine işaret etmiş ve bozma kararı vermiştir⁸². Dava konusu olayda, işçi bir süre davalı işveren nezdinde çalıştıktan sonra askerlik nedeniyle işinden ayrılıp daha sonra yeniden aynı işyerinde çalışmaya başladığında, işverence askerlik dönüşünde yeni bir hizmet akdi kurulduğundan bahisle önceki çalışma süresinin izin günlerinin belirlenmesinde göz önüne alınamayacağı ileri sürülerek işçiye daha kısa yıllık izin kullandırılmaktadır ve iş sözleşmesi halen yürürlüktedir. Özel Daire, İş Kanunu'nun yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirileceği hükmünün açık olduğunu, maddede bu husus açıkça vurgulanmasına rağmen bu yönün tespiti şeklinde dava açılmasının yasal bir yönü bulunmadığını, bir hukukî münasebetin hemen tespitinde hukukî yarar varsa dava açılabileceğini, hukukî yararın mevcudiyeti için de davacının bir hakkı veya hukukî durumunun halihazır bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, davanın bekletilmesinin zarar vermesi ve tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğini, ayrıca işçi akdin sona ermesi halinde hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinleri için ücretini, akdin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden bir eda davası ile tahsil edebileceğinden hakkının tehlikede olmadığını, tespit davası açılmasında hukukî menfaat bulunmadığını vurgulamıştır.

⁸² 9. HD. 17.5.2004 T., 2003/23749 E., 2004/12114 K. (*Çalışma ve Toplum*, 2005/1, S. 4, s. 248-249). Konu doktrinde görüş ayrılıklarına yol açmıştır. İş sözleşmesinin devam ettiği bir sürede hem izin hem de izin ücretini kapsar biçimde yıllık ücretli izin verilmesi amacıyla tespit davası açılmasında *Çöğenli*'ye göre hem anlam hem de hukukî yarar yoktur (**Çöğenli, T.**, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, İstanbul 1983, s. 145). *Akyiğit* ise hizmet akdi devam ederken eda davası açılabilmesini, bu ortamda tespit davası açmakta hukukî yarar bulunmadığını ileri sürmektedir (**Akyiğit, E.**, *Yıllık Ücretli İzin*, Ankara 2000, s. 680). Aynı yönde **Şahlanan, F.**, Komite 2004, Genel Görüşme, s. 22. **Ekonomi, M.**, Komite 2004, Genel Görüşme, s. 36. Aksi görüş, **Engin, M.**, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 11; **Tuncay, C.**, Komite 2004, Genel Görüşme, s. 32; **Çankaya, O. G.**, Komite 2004, Genel Görüşme, s. 91.

Kanımızca bu kararda, yıllık ücretli izin hakkının çift karakterli bir hak⁸³ olduğu ve Anayasa'da düzenlenmiş dinlenme hakkının paraya tahvil edilemeyeceği, ilkenin işçiye Yasa'nın öngördüğü esaslara uygun şekilde bu hakkın sağlanmasını muradettiği dikkate alınmamaktadır. Yıllık ücretli izin hakkı, iznin fiilen kullandırılması ile bu esnada işçinin ücretinden mahrum kalmaması, ücret ödenmesinin sürdürülmesi olmak üzere iki yönlü bir haktır ve bundan feragat edilemez. Müessesenin Yasa'da düzenlenmiş olması, bireylerin haklarının borçlu tarafından inkâr edilmeyeceği, menfaatlerinin tehdit edilmediği sonucunu beraberinde getirmemektedir. Böyle bir güncel ve sürekli tehlikeyle karşı karşıya kalan davacının hukukî korunma talebi, bir eda davasına ya da inşâî davaya konu olamayacağına göre talebin tespit davası şeklinde ileri sürülmesi gereklidir. Ayrıca davada, somut bir uyuşmazlığa dayanmaksızın, işverenin genel olarak yıllık izin kullandırma yükümlülüğü bulunup bulunmadığının tespiti de istenmemektedir. Aslolan işçinin yıllık iznini, asgarî hukuken öngörülen süreyle ve iş ilişkisi devam ederken kullanmasıdır. İş sözleşmesi yürürlükteyken yıllık izin hakkının paraya tahvili söz konusu edilemeyecek olup, akdin sona ermesinin ardından yıllık izin süresi karşılığı ücretin ödenmesi, artık fiilen yıllık izin kullandırma olanağının ortadan kalkmasına dayanır. Yoksa nasıl olsa sözleşme sona erince bu izinlerin parasal karşılığının talep edilebilirliği, yıllara sâri iş ilişkisi boyunca işçilerin yıllık izin haklarının ihlal edilmesi keyfiyetini meşrulaştırmamaktadır ve dolayısıyla eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmasında hukukî menfaat bulunmadığı gerekçesi kanımızca isabetli değildir. İçtihadı konu tespit davası iş ilişkisi devam ederken açıldığına göre işçinin eksik kullandırılan yıllık izinleri bakımından o aşamada eda davası açma olanağı bulunmadığı gibi bunun ne zaman açılacağı de, akdin ne zaman sona ereceği bilinemeyeceğinden, belirsizdir. Kaldı ki işçinin dava ile ileri sürdüğü husus, kullandırılmayan izinleri için ne miktarda izin ücreti alacağı bulunduğu gibi bir tespit talebi olmayıp, işçinin iradesi o işyerinde çalışmakta iken işverenin hakkı inkâr eden tutumuna karşılık konuya mahkemenin tespit hükmüyle açıklık getirilmesi ve gelecekte de devam edecek, zamana yayılan sürekli bir hukukî ilişkideki hakkının tespit edilmesidir. Buna ilişkin bir tespit hükmü, işvereni örneğin Yasa'daki düzenlemeyi farklı yorumlama, yanlış değerlendirme gibi bir saikle işçiye

⁸³ **Akyiğit**, Yıllık İzin, s. 32.

daha önce eksik kullandığı yıllık izinleri kullandırmaya, daha sonraki yıllık izinler bakımından da hakka riayet etmeye sevk edebilecektir. Bu sayede, tespit davalarının mahkûmiyet içermeyen açıklayıcı hükmü çalışma barışının korunmasına, işçiyle işveren arasında bu konuda sürekli canlı kalan bir çekişmenin son bulmasına da yardımcı olabilecektir. Cebrî icra kabiliyeti olmaması nedeniyle hükmün tehlikeyi ortadan kaldıracak işlev taşımadığına dair bir yorum ise, neredeyse tespit davalarını tümüyle reddetmeyle eşdeğerdir ve bireylerin yargı kararlarına zaten uymayacağı yönünde bir ön yargıdan ibarettir.

4. Tespit Davası Görülürken Eda Davası Açma Olanlığının Doğması

Bazen tespit davası açıldığı sırada eda davası açılması mümkün değil ise de, dava görülürken eda davası açılması olanağı bulunabilir. Başlangıçta bir bakıma zorunlu olarak tespit davası açılması yönündeki hukukî yarar, daha sonra ve davacının iradesine bağlı olmaksızın meydana gelen bu yeni durum karşısında davaya eda davası olarak devam edilmesi yönünde hukukî yarara dönüşmektedir. Esasen tespit davası eda davasının öncüsü olduğundan ve (istisnalar dışında) eda davası olanağı mevcut iken tespit davası bakımından hukukî yarar kalmadığından, derdest tespit davasına davacının talebiyle eda davası olarak devam edilmesi davalının da rızasına bağlı olmaksızın mümkün görülmelidir. Artık burada davacının tek taraflı iradesiyle neticei talebin değiştirilmesi değil, tespit davası sırasında sonradan ortaya çıkan objektif değişikliklere uygun hale getirilmesi durumu vardır⁸⁴.

Davayı değiştirme veya genişletme yasağı bakımından incelendiğinde, davanın açılmasından sonra ortaya çıkan vakıalar bu yasak kapsamında sayılmadığından⁸⁵ davalının muvafakatine ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim İİK m. 72/VI.fıkra hükmüne göre de, borçlu menfî tespit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilebilecektir.

⁸⁴ Postacioğlu, s. 239-240; Kuru, C. II, s. 1461. Yazar daha önce Tesbit Dâvaları eserinde, konunun davayı genişletme ve mahiyetini değiştirme yasağı nedeniyle davalının rızasını gerektirdiği, aksi halde bunun ancak ıslah yoluyla mümkün olabileceği görüşünde idi (Kuru, s. 46).

⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 323; Konuralp, s. 99.

§ 3. TESPİT DAVASININ TÜRLERİ

Tespit davası, bir hukukî ilişki veya hakkın varlığının ya da yokluğunun belirlenmesine yönelik olduğuna göre, bu davalar “menfî” ve “müspet” tespit davası olmak üzere iki türdür. Her iki tespit davasında da hukukî yarar aynıdır: Çekişmeli hukukî durumun aydınlatılması. Bunun sonucu olarak, gerek müspet gerek menfî tespit davasında kesin bir belirleme, açıklama yönüyle hükmün içeriği de özünde aynıdır⁸⁶.

Bir hukukî ilişkinin ya da hakkın mevcut olduğunun belirlenmesini amaçlayan tespit davaları müspet tespit davasıdır. Hakkın ya da hukukî ilişkinin varlığının tespiti istendiğine göre bu davalarda davacının varlığını ileri sürdüğü hakkın, hukukî ilişkinin davalı tarafından inkârı söz konusudur⁸⁷. Davanın kabulüyle taraflar arasındaki hukukî ilişkinin mevcudiyeti, (esastan) red hükmüyle de hukukî ilişkinin bulunmadığı tespit edilmiş olur. Sosyal Sigortalar Kurumu’na bildirilmeyen hizmet akdine dayalı çalışmaların tespiti (hizmet tespiti) davaları müspet tespit davalarındandır.

Menfî tespit davasıyla ise, müspet tespit davasının aksine davalı tarafından iddia olunan hukukî ilişkinin mevcut bulunmadığının tespiti istenir⁸⁸. Bu davada hukukî ilişkinin hiç kurulmadığı ya da sona erdiği ileri sürülür. Örneğin işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesi akdetmeye yetkili olduğunun Bakanlık tarafından tespit edilmesine karşı, sendikanın böyle bir hakkı bulunmadığı, yeterli çoğunluğu sağlamadığı ya da işyeriyle aynı işkolunda kurulu olmadığı gibi iddialarla açılan davalar menfî tespit davasıdır.

İİK 72. maddede borçlunun borçlu bulunmadığını ispat için icra takibinden önce veya takip sırasında menfî tespit davası açabileceği açıkça düzenlenmiştir (f.1). Senedin iptali ya da ipoteğin fekki talebiyle açılan davalar da bir menfî tespit

⁸⁶ **Flechtheim, J.**, Die Struktur der negativen Feststellungsklage, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, 1899, Band XXV, s. 434.

⁸⁷ **Kuru**, s. 21.

⁸⁸ **Kuru**, Menfî Tespit, s. 11.

davasıdır. İİK m.150 son cümleye göre; ipoteğin iptali hakkında dava açılması halinde 72 nci madde hükmü kıyasen uygulanır.

Takip konusu alacağın muaccel olmadığına tespiti için de menfî tespit davası açılabilir: *“Davacının davadaki talebinin, borcun muaccel olmadığına tespitine yönelik bir menfî tespit davası bulunmasına ...dava İİK'nun 72. maddesine temas eden bir menfî tespit davası niteliğinde olup, mahkemece İİK'nun 72/4.maddesindeki koşullar da gözetilerek davalı alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi gerekir”*⁸⁹. Esasen alacağın müaccel olmasının hukukî ilişkinin mevcut bulunmamasıyla ilgisi yoktur. Taraflar arasındaki bir hukukî ilişkiden alacaklı lehine alacak hakkı doğmuştur, borçlu sıfatı da mevcuttur fakat henüz vade gelmediğinden alacak talep edilebilir nitelikte değildir. İİK 72. maddedeki menfî tespit davası takip hukuku prosedürü, tekniği içinde bir dava olup borçlu davacı, menfî tespit davasıyla takibe konu alacağın henüz talep edilemeyeceğini, alacaklının henüz böyle bir hakkı olmadığını, takip tarihi itibariyle ödenmesi gereken bir borcu olmadığına tespitini talep etmektedir.

Bazı durumlarda hukukî ilişkinin tarafının kim olduğunun, hukukî ilişkinin kiminle kurulu bulunduğu tespiti de talep konusu olabilir. Örneğin bir işverenle aralarında herhangi bir hizmet akdi, iş ilişkisi bulunmadığı halde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bu kişi için bildirge istemesi halinde; işveren, söz konusu kişiyle arasında sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında bir ilişki bulunmadığını tespit için dava açabileceği gibi (menfî tespit davası), hukukî ilişkinin bir başka kişiyle kurulu olduğunun tespiti (müspet tespit) yoluyla söz konusu Kurum işlemine esas kişiyle aralarında hukukî ilişki bulunmadığını (menfî tespit) tespit ettirebilir ve bunda da hukukî yararı bulunmaktadır. Bir Yargıtay içtihadına⁹⁰ konu uyuşmazlıkta Kurum, Ş. Nergiz isimli bir şahıs hakkında işverenden bildirge istemiş, işveren ise Kurum aleyhine açtığı tespit davasında bu kişiyle aralarında hukukî ilişki bulunmadığının ve hizmet akdiyle çalışan apartman kapıcısının H. Nergiz olduğunun tespitini talep etmiştir. Yargıtay'ca da belirtildiği üzere, arada hukukî ilişki olan şahsın gerçek olarak tespitinde davacının hukukî yararı olduğu açıktır. Öyle ki 5510 sayılı Sosyal

⁸⁹ 19.HD. 31.3.1995 T., 1994/9552 E., 1995/3059 K. (Kuru, Menfî Tespit, s. 23).

⁹⁰ 10. HD. 26.9.1974 T., 4401/5742 (Çakmak, İ., Hizmet Tesbiti Davaları, Ankara 2005, s. 25).

Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun birçok hükmü (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda olduğu gibi) ve bu arada gerçeğe uymayan bildiri ve işlemler işverenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Böylelikle aynı tespit davasında menfî ve müspet tespit hükmü birarada yer almaktadır. İş sözleşmesinin işverenle H. arasında mevcut olduğu, Ş. ile işveren arasında iş ilişkisi bulunmadığı tespit edilmektedir. Benzer şekilde, davacının işveren olmadığını öne sürerek primlerden sorumlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemede hukukî menfaati bulunmaktadır⁹¹.

⁹¹ 10. HD. 17.1.1995 T., 1994/15866 E., 1995/145 K. (**Aslanköylü**, s. 792). Bu dava menfî tespit davasıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ KANUNU, SENDİKALAR KANUNU İLE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ GREV VE LOKAVT KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI

İş hukuku, genel bir tanımla iş ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. İşçi ile işveren arasındaki hukukî ilişki (iş ilişkisi) temelde iş sözleşmesine dayanır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesine göre iş sözleşmesi; bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde yer alan tanıma göre ise "hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayrî muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder". İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesine dayalı olarak şekillenen bu hukukî ilişkinin kuruluşu, süresi, tarafların hak ve yükümlülükleri, iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçları, sona ermesi gibi hususlar bireysel iş ilişkisinin konusunu teşkil eder. Kavramdan da anlaşıldığı üzere, buradaki nitelikleme iş sözleşmesinin taraflarını esas alır ve sözleşmenin bir tarafı "işçi" ile diğer tarafı "işveren" arasındaki ilişkiler bu çerçevede ele alınır.

İş ilişkileri sadece bireysel düzeyde işçi ve işveren arasında şekillenmeyip, tarihsel gelişim içinde işçi ve işverenlerin kendi aralarında oluşturdukları topluluklar, meslekî örgütlenme süreci neticesinde sendikalar ile bunların biraraya gelmesiyle konfederasyonlar da iş hukukunun aktörleri arasında yerini almıştır. Nitekim Anayasa'nın 51. maddesinde dayanağını bulan sendika kurma hakkıyla, çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme haklarına sahiptirler. Bu kuruluşların birbirleriyle ve üyeleriyle olan ilişkileri de iş hukukunun konusunu oluşturur. Elbette çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi, ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerin korunup geliştirilmesi salt bu örgütlenmeyle sınırlı değerlendirilemez. Bir diğer ifadeyle işçi ve işverenlerin kendi meslek kuruluşlarında bir araya gelmelerinin pratik bir anlam ifade etmesi, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını, çalışma şartlarını düzenleyebilmeleri, iş mücadelesinde etkin rol

alabilmeleri ile sağlanır ki, bunu sağlayan araç toplu iş sözleşmeleridir. Burada hukuk sujeleri münferit işçi ve işveren değil; kolektif nitelikte işçi ve işveren kuruluşları olduğundan sendikalar ve toplu iş sözleşmesi grev lokavt hukuku kolektif iş hukuku kapsamındadır.

Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir ve Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar (m. 60). Sosyal güvenlik hukuku da kendi mevzuatıyla bu alana özgü ilke ve esasları düzenlemektedir.

§ 4. GÖREV, YETKİ, HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE, YARGILAMA USÛLÜ VE YARGILAMA GİDERLERİ BAKIMINDAN DAVALARA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

I. GÖREVLİ MAHKEME VE İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANI

Görevli oldukları işler belirli kişi ve iş gruplarına göre sınıflandırılarak belirli uyuşmazlıkları çözmek üzere özel kanunlarla kurulmuş, uzmanlığı olan mahkemeler özel mahkemelerdir⁹². 30.01.1950 tarihinde kabul edilen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş davalarına bakmakla görevli özel bir mahkeme olan iş mahkemeleri kurulmuştur⁹³. Ayrı iş mahkemesi bulunmayan yerlerde iş davaları da asliye hukuk mahkemesince görülür. Davaların genel mahkemelerde görülmesi asıl ilke olup, özel mahkemeler ancak ilgili kanunlarda özel olarak görevlendirildikleri uyuşmazlıklara bakabilirler.

Tespit davaları, eda davasının öncüsü olduğundan tespit davası bakımından görevli mahkeme de eda davasına göre tayin olunur⁹⁴. Ancak iş mahkemeleri özel mahkeme olduğundan, iş uyuşmazlıklarında bu mahkemelerin görevi 5521 sayılı İş

⁹² **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, s. 60-61; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 83.

⁹³ İş mahkemeleri, İzmir, Karşıyaka, Ankara, İstanbul, Bakırköy, Eyüp, Kartal, Zonguldak, Bursa, Balıkesir, Eskişehir, Gaziantep, Kayseri, Manisa, Adana, Kırıkkale, Kocaeli, Konya, Antalya, Samsun, Sivas, Mersin, Sakarya, Kütahya, Aydın, Denizli, Karaman'da kuruludur.

⁹⁴ İBK. 7.7.1965 T., S. 5-5 (RG. 21.7.1965 T., S. 12054).

Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde sayıldığı gibi, ayrıca diğer bazı kanunlarda da iş mahkemeleri görevlendirilmiştir. İş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesi bir davanın iş davası sayılabilmesi için gerekli unsurları şahıs ve konu itibarıyla belirlenmiştir. Bu madde dışında iş mahkemesinin tespit ya da diğer davalarda görevli olması açık yasa hükmüne bağlıdır⁹⁵.

İş Mahkemeleri, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarında görevlidir (5521 sK. m.1/f.1). Görüldüğü gibi iş mahkemesinin iş sözleşmesi ve İş Kanunu'na dayanan uyuşmazlıklar bakımından görev alanı sınırlanmış olup, sadece iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmak yeterli değildir. Görev alanının belirlenmesinde İş Kanunu'na göre işçi sayılma kistasından hareket edilir⁹⁶. Bu hüküm kapsamında örneğin işçinin normal çalışma ücreti, fazla çalışma, yıllık izin, hafta ve genel tatil çalışma ücretleri, akdin sona ermesine bağlı ihbar, kıdem tazminatı ya da fesih hakkının kötüye kullanılması halinde kötüniyet tazminatı gibi alacaklarının tahsiline ilişkin eda davaları, feshin geçersizliğinin tespiti davaları iş mahkemesinde açılır. Aynı doğrultuda 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümlerine tâbi olarak çalışan gemi adamları ile bunların işverenleri arasındaki uyuşmazlıkların (m. 46) ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun uyarınca gazeteci ve işvereni arasındaki bu Kanun'a dayanan her türlü hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na atfen, iş mahkemeleridir (Ek Madde 4).

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman ve usta öğreticiler, bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tâbi olup (m. 9) bu alanda da iş mahkemeleri görevlidir.

⁹⁵ 10. HD. 17.4.1978 T., 5349/2844 (İnal, C. I, s. 21).

⁹⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde deniz ve hava taşıma işleri, ev hizmetleri gibi bazı işler ve iş ilişkileri kapsam dışı tutulmuştur. İş sözleşmesine dayalı olarak çalışmakla birlikte İş Kanunu kapsamına girmeyen, bu kanun anlamında işçi sayılmayan kimselerle işverenleri arasındaki hak uyuşmazlıklarında genel mahkemeler görevlidir.

Sendikaların açacakları ve bu sıfatla aleyhlerine açılacak hukuk davalarında da iş mahkemeleri görevlidir (5521 sK. m. 1/a). Yine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 63. maddesinde bu kanunun uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıkların iş davalarına bakmakla görevli mahkemede çözümleneceği öngörülmüştür. Bu çerçevede işkolu tespitine itiraz, sendika genel kurul seçimlerinin denetlenmesi ve iptali, sendika üyelik başvurusunun kabul edilmemesi üzerine açılacak davalar, üyelikten çıkarma kararına itiraz, sendikanın uluslararası kuruluşlara üyeliği halinde Bakanlık tarafından açılacak davalar (m. 28), sendikal tazminat, sendika veya konfederasyonların kapatılması (m. 54, 58) ve faaliyetin durdurulması (m. 56) hakkındaki davalar iş mahkemelerinde görülür.⁹⁷

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi de bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemelerini görevlendirmiştir. Örneğin işletme toplu iş sözleşmesinde işyerlerinin aranan niteliğe sahip olup olmadıklarının belirlenmesi (m. 3), toplu iş sözleşmesi akdetmeye yetkili sendikanın belirlenmesi (m. 12) ve yetki itirazı (m. 15), grevin veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti (m. 46), lokavtın işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla yapıldığının tespiti (m. 47), uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan yorum davaları (m. 60) gibi tespit davaları ile toplu iş sözleşmesine dayanan eda davaları (m. 61) iş mahkemelerinde görülür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun uyuşmazlıkların çözüm yerine ilişkin 101. maddesine göre, aksine hüküm bulunmayan hallerde bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür. Belirtmek gerekir ki, sosyal güvenlik hukukunun kapsamı 4857 sayılı İş Kanunu'ndan daha geniştir. Sigortalı sayılmak için hizmet akdi ile çalışmak yeterli⁹⁸ iken İş Kanunu, hizmet akdine dayalı olsa da, 4. maddede belirtilen istisna kapsamındaki iş ve işyerlerinde çalışan kimselere

⁹⁷ Kamu görevlilerince 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendika Kanunu uyarınca kurulan sendikaların taraf olduğu uyuşmazlıklarda da iş mahkemeleri görevlidir (örneğin m. 6, 10, 14, 16, 30,31, 37).

⁹⁸ 5510 sayılı Kanunu m.3/11: Hizmet akdi, 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini...ifade eder. Yine 506 sayılı SSK m. 2'ye göre, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.

uygulanmamaktadır. O itibarla örneğin Borçlar Kanunu'na göre ev hizmetlerinde çalışan bir kimse İş Kanunu kapsamına girmediğinden bu kişinin ücret alacağı davasında iş mahkemesi görevli değilken, çalışmanın hizmet akdine dayanması sebebiyle (BK m. 313) ve sigortalı sayılması halinde (5510/m. 6-c) hizmet tespiti davası iş mahkemesinde açılacaktır.

Diğer yandan dava konusu talebi ortaya çıkaran hususun bir yönüyle iş ve sosyal güvenlik hukuku müesseseleriyle ilgili bulunması uyuşmazlıkta doğrudan doğruya iş mahkemesinin görevli olduğu sonucunu beraberinde getirmeyecektir. Önemli olan, davanın tarafları ve bu kişiler arasındaki hukukî ilişkinin niteliği, uyuşmazlığın hangi hukukî sebebe dayandığıdır. Örneğin iş kazaları sosyal güvenlik hukuku ile ilgili bir kavram olup, Sosyal Sigortalar Kanunu bağlamında tespit veya eda davasına konu edilerek Kurum aleyhine açılacak davalar ile Kurum tarafından işverene, sigortalıya zarar veren üçüncü kişiye veya sigorta şirketine husumet yöneltilecek davalarda iş mahkemeleri görevli ise de, bu Kanun'a dayanmayan bir uyuşmazlıkta zarar verici olayın iş kazası olduğundan bahisle davanın iş mahkemesinde görülmesi söz konusu edilemeyecektir⁹⁹. Yine alt işveren - asıl işveren ilişkisi, bunların işçiye karşı sorumlulukları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İşçi tarafından bunlardan biri ya da her ikisine karşı İş Kanunu'ndan, hizmet akdinden ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan taleplerle ikame edilecek bir eda davasında veyahut aracı işverene karşı açılacak hizmet tespit davasında iş mahkemesi görevli ise de, işverenlerin kendi aralarında bu işçilik alacaklarından kaynaklanan rücu talepleri iş mahkemesinin görev alanı dışındadır. Zira alt işveren, asıl işverenin işçisi olmayıp bağımsız bir işverendir ve aralarındaki hukukî ilişki iş sözleşmesine dayanmamaktadır. Fakat, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit eden iş müfettişliği raporu ü olduğunu tespit eden iş müfettişliği raporu üzerine, işverenlerce Çalışma ve Sosyal

⁹⁹ “Davacı kadın, kocasının bir iş kazası sonucunda sağ elinin bilekten kesilmesi, sol elinin de üç parmağının kesilmesi suretiyle %69 oranında malul kaldığını, bu durumun kocası ile arasındaki manevi dengeyi bozduğunu ileri sürerek manevi tazminat istemiş, mahkemece de manevi tazminata karar verilmiştir. Davacı ile davalı arasında bir hizmet ilişkisi söz konusu değildir. Böyle olunca davaya bakmak iş mahkemesinin görevi dahilinde olmayıp asliye hukuk mahkemesinin görevindedir. O halde dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekmektedir. Yargıtay HGK.nun 21.3.1979 T., 10/839-284 sayılı kararı da bu doğrultudadır.” 9. HD. 3.11.1987 T., 9646/9807 (İnal, C. I, s. 56).

Güvenlik Bakanlığı'na karşı açılacak tespit davalarında İş Kanunu 3. madde gereğince iş mahkemeleri görevlidir.

II. YETKİ

1. İş Mahkemeleri Kanunu'na ve İşyeri Esasına Göre Yetki

Görev kurallarında olduğu gibi, tespit davalarında yetki bakımından da kural, yetkili mahkemenin genel esaslara göre (HUMK m. 9-27) belirlenmesidir. Ancak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen 5. maddesine göre; iş davaları, dava tarihinde “davalının ikametgahı mahkemesinde” ya da “işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede” açılabilir. Bunlara aykırı sözleşmeler geçerli değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesindeki tanıma göre, “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir* (f. 1). *İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler¹⁰⁰) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır* (f. 2). *İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür* (f. 3)”. Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde de işyeri, işin yapıldığı yer olarak tanımlanmış, işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, eklentiler ve araçların da işyerinden sayılacağı belirtilmiştir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 11. maddesindeki tanıma göre işyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerine bağlı yerler ve işyerinden sayılan yerler hakkında da İş Kanunu'ndaki tanımla paralellik sağlanmıştır¹⁰¹.

¹⁰⁰ Örneğin bir mobilya fabrikasına bağlı cila ya da boya atölyesi.

¹⁰¹ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 5. maddesinde de işin yapıldığı yer tanımlamasından hareketle, bu Kanun'un uygulamasında, 2 nci maddede belirtilen sigortalıların işleri yaptıkları yerlerin işyeri olduğu belirtilmiştir.

Yasal tanımlarda görüldüğü gibi, işyeri kavramı bakımından o işyerinde görülen işin türünün, vasfının önemi bulunmadığı gibi çalışan işçi sayısı da işyerinin unsurlarından değildir. 4857 sayılı İş Kanunu, önceki Kanun'daki "işin yapıldığı yere işyeri denir" tanımlamasını benimsememiştir. Çünkü yeni İş Kanunu daha geniş bir tanımlama getirerek anılan unsurların mal veya hizmet üretmek amacıyla biraraya getirildiği organizasyonu ele almıştır. Elbette işin ifa edildiği yerin de bu tanım, organizasyon içinde yer aldığı şüphesizdir. "İşin ifa edildiği yer, işlerin yapıldığı yer" ibareleri aslında bütünüyle işyeri organizasyonunu ifade etmekten çok "çalışma yeri" kavramını işaret eder mahiyettedir. Doktrinde işyeri kavramının temelinde bulunan ve çalışma yeri olarak ifade edilebilecek bu birimin "asıl işyeri" olarak adlandırıldığına rastlanmaktadır¹⁰². *Süzek* ise, işin esas itibarıyla yapıldığı yerin asıl işyeri olarak nitelenmesini uygun bulmamaktadır¹⁰³. Gerçekten 2. madde işyerinin bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu açıkça hükme bağlamıştır (f. 3). Sözgelimi, sayılan bu yerlerden herhangi birinde meydana gelebilecek bir kaza iş kazası sayılacak ve bu niteliğin tespiti ile ilgili davada olayın işyerinde vuku bulması esas alınacaktır.

Davanın işyeri mahkemesinde açılabilmesi, hem genelde işçi açısından ucuzluk ve kolaylık sağlamak hem de delillere daha çabuk, rahat ulaşılmasıyla doğrudanlık ilkesine hizmet etmektedir. İşyeri esasına göre yetkili mahkemenin belirlenmesinde, davacı işçinin "dava tarihinde çalışmakta olduğu işyerinin" göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmekte¹⁰⁴ ise de, kanımızca "uyuşmazlık konusu işyerinin" bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili sayan görüşe¹⁰⁵ üstünlük

¹⁰² **Sümer, H.H.**, İş Hukuku, Konya, Eylül 2006, s. 11; **Çelik, N.**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul Ekim 2003, s. 54; **Andaç, F.**, İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku) Uygulaması, Ankara 2005, s. 77.

¹⁰³ **Süzek, S.**, İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 175. Yeni İş Kanunu'ndaki tanım bir bütün olarak değerlendirildiğinde, işyerinin fiziksel bağlarından sıyrılmış bir organizasyon olduğu sonucuna varılabilir (**Yenisey-Doğan, K.**, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 31).

¹⁰⁴ **Sancar, M.**, Özel Mahkemelerde Uygulanan Özel Yargılama Usulleri, Diyarbakır 1987 (YL Tezi) s. 32; **Şahlanan, F.**, İş Yargılaması, İHFM, 1976/1-4, s. 401; **Serim, E.**, Yargılama Hukuku Bakımından İş Mahkemeleri, Balıkesir Barosu Dergisi, 1981/7, s. 13; **Canbolat, T.**, İş Yargılaması ve Özellikleri, Argumentum, C. I, S. 4, s. 51; **Kurucu, O.**, İçtihatlarla İş Yargısı, Ankara 1994, s. 125. Bu yazarlara göre, hüküm işçiyi korumak için getirilmiş, işçiyi yeni çalıştığı işyerinden uzaklaştırmak istenmemiş ve ona kolaylık sağlanmıştır. Usûl ekonomisinin gerekleri de bu görüşü desteklemektedir (**Gökçe, E.**, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul 2008, s. 82).

¹⁰⁵ **Çenberci, M.**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, s. 65; **Uygun, T.**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara 1980, s. 416; **Başterzi, F.**, İş Yargısı, Ankara 1999 (YL Tezi) s. 108; **Birben, E./Öktem, S.**, İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna

tanınmalıdır. İlk bakışta işçinin dava tarihindeki işyerinin bulunduğu yerde dava açabilmesi işçi lehine görünmekle birlikte, tanıkların dinlenmesi, keşif, işyeri kayıtlarının incelenmesi gibi birçok işlemin yerine getirilmesinde karşılaşılabilecek zaman kaybı ve masraf sonuçta usûl ekonomisine aykırı düşecektir. Bu yüzden ilk görüşün kabulü ile sadece başlangıçta, davanın açılması esnasında sağlandığı düşünülen kolaylık yargılamanın ilerleyen aşamalarında işçi aleyhine bir hal alabilecektir. Ayrıca kanunun lafzında “işçinin işini yapmakta olduğu işyerinden” değil; “işçinin işini yaptığı işyerinden” söz edilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Nitekim Yargıtay da işyeri esasına dayalı yetkiyi, uyuşmazlık konusu işyerini dikkate alarak yorumlamaktadır¹⁰⁶.

5. madde “iş mahkemelerinde açılacak her dava” ibaresiyle başladığı için işyeri mahkemesini de yetkili kılan bu özel yetki kuralının sadece işçinin taraf olduğu davalar bakımından getirilmediği akla gelmekte ise de, maddenin devamında “işçinin işini yaptığı işyerinden” söz edilmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak işçinin taraf olduğu bir dava bakımından işçinin işini yaptığı işyeri söz konusu edilebilir. İş Mahkemeleri Kanunu 5. maddesi genel bir ifadeyle işyeri mahkemesini veya uyuşmazlığa konu işyerini esas almak yerine, işyerini işçi ile bağlantılı olarak ele almış olup, bu özel yetki kuralı işçilerin taraf olduğu davalar bakımından işçileri korumak, davaları takip etmelerini kolaylaştırmak için getirilmiştir¹⁰⁷ ve aynı Kanun’un 1. maddesinin ilk fıkrasındaki işçi ile işverenler arasındaki hukuk uyuşmazlıklarına dair görev kuralı bağlamında düzenlenmiş bir yetkidir.

O halde, örneğin İş Kanunu 3. madde uyarınca işverenlerce muvazaalı alt işverenlik sözleşmesinin tespitine ilişkin iş müfettişliği raporuna karşı Çalışma ve

Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1121.

¹⁰⁶ HGK. 23.9.1964 T., 1118 E., 575 K. (Çenberci, s. 190); “5521 sayılı İş Mahkemeleri Yasası’nın 5. maddesinde davalının ikametgahı mahkemesinden başka işçinin işini yaptığı yer mahkemesinde bakılacağı yolunda özel bir yetki kuralı getirmiştir. Davacının uyuşmazlık konusu işini yaptığı yer İzmir olduğuna göre...” 9. HD. 07.6.1982 T., 4961 E., 5509 K. (Günay, C. I., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 216).

¹⁰⁷ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, s. 5635-5636; Aslanköylü, s. 496; “5521 sayılı İş Mahkemeleri Yasası’nın 5. maddesinde davalının ikametgahı ile ilgili genel yetkiye ilaveten işçi yararına işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesinin de yetkili olduğu yolunda özel bir yetki kabul edilmiştir.” 9. HD. 17.1.1983 T., 1982/10345 E., 1983/29 K. (Bozkurt, A., İş Davaları, Ankara 2001, s. 266).

Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine açılan davalarda, işçi taraf olmadığından işyeri esasına göre yetkili mahkeme belirlenmemelidir. Davalı Bakanlık olduğuna göre 5. maddede tekrarlanan genel yetki kuralı uyarınca Ankara İş Mahkemesi yetkilidir. Öte yandan uyuşmazlık o işyerinde taşeronla verilen işlerle, yargılamaya konu alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyeriyle doğrudan ilgili bulunduğundan yargılamanın usûl ekonomisine uygun şekilde yürütülebilmesi, delillere çabuk, rahatlıkla ulaşılabilmesi bakımından doğrudanlık ilkesine hizmet etmesi yönleriyle davanın işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde açılması olanağının yarar sağlayabileceği düşünülmekte ise de mevcut yetki kuralları uyarınca kanımızca mahkemenin yetkisi işyerinin bulunduğu yere göre belirlenemeyecektir¹⁰⁸.

Bakanlık'ın bazı illerde Bölge Müdürlüğü gibi taşra teşkilatı ve İş Teftiş Grup Başkanlığı bulunmasından hareketle HUMK 17. maddesindeki yetki kuralı uygulanabilir. Gerçek ya da tüzel kişinin çeşitli yerlerde şubelerinin bulunması halinde şubenin işlemlerinden dolayı şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilmektedir. Taşeronluk sözleşmesini inceleyip davaya konu raporu tanzim eden iş müfettişleri Bölge Müdürlüğü'ne bağlı çalışan kimseler olmayıp Bakanlık teşkilat yapısına göre¹⁰⁹ danışma ve denetim birimleri arasında yer alan İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın talimatları doğrultusunda görev yaparlar. Ankara dışında, Adana, Antalya, Bursa, Erzurum, İstanbul, İzmir, Malatya, Samsun ve Zonguldak'ta İl İş Teftiş Grup Başkanlığı bulunmaktadır ve bu Grup Başkanlıkları'na bağlı olan illerde denetimlerini sürdürmektedirler¹¹⁰. O halde bu Teftiş Grup Başkanlıkları'nın bulunduğu yerlerde de Bakanlık aleyhine dava açılabilir¹¹¹. Yine Bölge Müdürlükleri

¹⁰⁸ *Centel*, asıl işverene ait işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğu görüşündedir (**Centel, T.**, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran/2008, S. 10, s. 9).

¹⁰⁹ Bkz. 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (R.G. 18.01.1985 T., S. 18639).

¹¹⁰ <http://www.csgb.gov.tr/teftis/>; <http://www.itkb.gov.tr>

¹¹¹ “Davalı SSK Genel Müdürlüğü ikametgahının Ankara ve hizmetin geçtiği yerin de Tosya ilçesi kabul edilerek davaya bakmaya Ankara ve Tosya İş Mahkemesi'nin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş ise de, HUMK.nun 17.maddesi uyarınca Genel Müdürlük aleyhine açılan işbu davanın Genel Müdürlük işlemlerini yürüten şubenin bulunduğu Kastamonu'da dahi açılmasının mümkün bulunmasına göre işin esasına girilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”. 10. HD. 13.4.1999 T., 2501-2486 (**Günay**, İş Mahkemeleri, s. 217). “...Yetkili mahkeme yönünden ise işveren seçimlik hakka sahiptir. Dilerse davalı Kurum'un

Bakanlık'ın taşra teşkilatı olduğuna göre, işyerinin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu kabul edilmelidir. İşyerinin de aynı yerde bulunması ihtimal dahilinde olmakla birlikte, yetki kuralı bağlamında davanın o yer mahkemesinde açılmasının tek başına işyerinin orada bulunmasından kaynaklanmadığı tekrarlanmalıdır. Yetki bakımından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesine işlerlik tanınmazsa, ülke çapındaki tüm muvazaalı alt işverenlik tespitlerine karşı açılacak davaların Ankara İş Mahkemeleri'nde yığılması sorunuyla karşılaşılır ki, murad edilen herhalde bu değildir. İşyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kabulü ise Bakanlık'ın davaları takibi bakımından sorun arz edeceği gibi Yargıtay içtihatlarında da 5521 sayılı Kanun 5. maddesindeki işçinin işini yaptığı yer mahkemesinin de yetkili olduğu hükmünün işçi ile işveren arasındaki davalarda geçerli bir kural olduğu, tarafların anılan sıfatları bulunmadıkça bu yetki kuralının uygulanamayacağına karar verilmiştir¹¹².

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesindeki yetki kuralının ve işyeri mahkemesinin yanısıra, iş mevzuatında birçok hükümlerle yetki kuralları düzenlenmiştir. Bunlar incelendiğinde “işletme” ile “Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yer” kavramlarının esas alındığı, iş mahkemesinin yetkisinin buna göre belirlendiği, bazı davalar bakımından ise Ankara iş mahkemelerinin kesin yetkili olduğu görülmektedir.

2. İşletme Merkezinin ve Bölge Müdürlüğünün Bulunduğu Yer Mahkemesinin Yetkisi

İşletme esasına göre yetki kuralı toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde yetkili mahkemenin belirlenmesinde geniş yer tutmaktadır. Ayrıca özellikle Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu kapsamında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı birçok işlemde görevli olduğundan davaların büyük kısmında taraf olarak yer almaktadır. Hal böyle olunca yetkili mahkeme bakımından Bakanlık'ın taşra

merkezinde dilerse prim borcunu tahakkuk ettiren kurum şubesinin bulunduğu yerde...davasını açabilir” 9. HD. 10.4.1990 T., 924 E., 4734 K. (Bozkurt, s. 254-255).

¹¹² Örn. 10. HD. 25.1.1980 T., 41/390 (Bozkurt, s. 279). Ayrıca bkz. yukarıda dn. 107.

örgütü olan bölge müdürlüklerinin bulunduğu yer esasına göre de kesin yetki kuralları getirilmiştir.

Bu yetki kurallarını incelemeye geçmeden önce işletme kavramına kısaca yer vermek gerekir. Dar anlamda işletme, üretim faktörlerinin biraraya getirilmesi suretiyle gerçekleştirilen faaliyeti, geniş anlamda ise finansman, organizasyon, tedarikleme ve pazarlama gibi hukukî ve malî tüm faaliyetleri kapsar. Kural olarak ekonomik bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden çok işyerinin örgütlenmesiyle oluşan ünite işletmedir ve genellikle işyerinden daha geniş bir kavramdır. İşyerinin mal veya hizmet üretilmesine yönelik teknik bir amacı olmasına karşılık işletmede iktisadî amaç ön plandadır. Bir bankanın her bir şubesi ya da bir otelcilik işletmesinin otelleri ayrı ayrı bir işyeri teşkil ederken, aynı işletmenin kapsamında yer almaktadırlar.¹¹³ Elbette işletmenin mutlaka birden çok işyerinden oluşması zorunlu değildir.

2822 Sayılı TSGLK 3. maddesine göre, işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamının tespitine ilişkin davalarda yetkili mahkeme işletme merkezinin bulunduğu yere göre belirlenir. Yasal esaslar gereğince bir gerçek ve tüzelkişiye ait (kamu kurum ve kuruluşları farklı tüzelkişiliğe sahip olsalar da bunlara ait) aynı işkolundaki birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir (m.3/f.2). İşletme toplu iş sözleşmesi bağlanmak istenen işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarının, bir diğer ifadeyle işletme toplu iş sözleşmesinin hangi işyerlerini kapsayacağını tespiti “*işletme merkezinin bulunduğu yerdeki*” iş davalarına bakmakla görevli mahkemede karara bağlanır (f. 3, ilk cümle). Bu noktada mahkemenin yetkisi işletme kapsamındaki tespit istemine konu işyerinin bulunduğu yere bağlı olmayıp, işletme merkezi esas alınmaktadır¹¹⁴.

¹¹³ **Süzek**, s. 178-179; **Çelik**, s. 53; **Sümer**, s. 27; **Berksun, A./Eşmelioglu, İ.**, Açıklamalı Gerekçeli – İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s. 50. Geniş bilgi için bkz. **Yenisey-Doğan**, s. 66 vd.

¹¹⁴ “...Sendikası, merkezi Bursa’da bulunan birlik ambarına bağlı İstanbul Topkapı’da 2 işyeri, İzmir Hankırı ve Bornova’da 2 işyeri olmak üzere toplam 4 işyerinde yetkili sendikanın tespitini Çalışma Bakanlığı’ndan istemiş, Bakanlık ta işyerlerini ayrı ayrı belirtmeksizin Bursa birlik ambarına bağlı işyerleri demek suretiyle işletmede bu sendikanın yetkili bulunduğunu ilgililere tebliğ etmiştir. Bunun üzerine Bursa birlik ambarının üyesi bulunduğu işveren sendikası, bildiri yazısındaki belirsizliği ve bu yerlerde bir işletmeden ve bir işletme yetkisinden bahsetmek mümkün bulunmadığını esas alarak itiraz etmiştir...bu konuda belirlenen yetkili mahkeme işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş

2822 sayılı Kanun'un yetkili sendikanın tespiti ile ilgili ve uygulamada en sık rastlanan düzenlemesi, yetki itirazını düzenleyen 15. maddesidir¹¹⁵. Düzenleme sadece bu madde açısından değil, mahkemenin yetkisini bu maddeye atıfla belirleyen başkaca hükümlerin varlığı sebebiyle de önemlidir. Toplu Sözleşme Grev Lokavt Kanunu'nun m.15/1. fıkra hükmü uyarınca sendikanın gerçekte toplu sözleşme yetkisi bulunup bulunmadığının tespiti için açılan davalarda (yetki itirazı) *işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkeme*; eğer toplu iş sözleşmesi birden fazla müdürlüğün yetki alanına giren işyerlerini kapsıyorsa *Ankara iş mahkemesi yetkilidir*. İşletme toplu iş sözleşmesi yetkisi için ise bu dava "*işletme merkezinin bulunduğu yerdeki*" iş mahkemesinde açılır. Görüldüğü gibi yasakoyucu burada 3. maddedeki yetki kuralına paralel şekilde, işletme toplu iş sözleşmesi ile ilgili yetki uyuşmazlıklarında işletme merkezinin bulunduğu yeri esas almış, maddedeki işyeri toplu iş sözleşmelerine kıyasen işletme merkezinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerden hareketle yetki kuralı getirmemiştir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında¹¹⁶ "*Dava 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi gereğince açılmış yetki itirazı niteliğinde olup bu tür davaların işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi tarafından bakılması gerekir. Çerkeş'te Bölge Çalışma Müdürlüğü bulunmadığından davalı Bakanlığın yetki itirazı kabul edilerek,*

mahkemesidir. İşletme merkezi Bursa'da olduğuna göre Bursa İş Mahkemesi'nin uyuşmazlığı inceleyip karar vermesi gerekir" 9. HD. 09.10.1986 T., 8380/9031 (Günay, C.İ., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara Ocak 1999, s. 145).

¹¹⁵ Hemen belirtelim, söz konusu kavram mahkemenin yetkisine dair usûl hukukundaki yetki itirazı olmayıp, toplu iş sözleşmesi akdetmek için gerekli çoğunluğu haiz yetkili sendikanın belirlenmesi ile ilgili bir kavramdır.

¹¹⁶ 9. HD. 10.7.1996 T., 13408/15817 (Günay, s. 649). Bir diğer kararda da 9. Daire şu değerlendirmeye aynı sonuca ulaşmıştır: "...2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde...İşletme Toplu İş Sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Yasa'daki bu açık düzenleme karşısında; öncelikle işletme merkezinin İzmir'de bulunup bulunmadığı ve yetki tespitine konu işyerlerinin bu merkezden sevk ve idare edilip edilmediği saptanmalıdır. Bu konuda dosya içerisinde yeterli bilgi ve belge bulunmadığından gerekli delillerin toplanmak suretiyle işletme merkezinin bulunduğu yer kesin olarak tespit edilmelidir. Daha sonra anılan maddede işletme merkezinin bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün olduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğu dikkate alınarak, ya yetkisizlik kararı verilip dosya yetkili iş mahkemesine gönderilmeli ya da işletme merkezinin İzmir olduğu anlaşılırsa çoğunluk tespitine itiraz davasının esastan incelemesi gerekir."9. HD. 30.01.2007 T., 984/1345 (www.kazanci.com.tr). Bir yandan açıkça 15. maddedeki yetki kuralının dikkate alınmasına işaret edilirken diğer yandan işletme merkezinin bulunduğu Bölge Müdürlüğü'nün olduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkisinden söz edilmesi kanımızca isabetsizdir.

yetkinin işletme düzeyinde talep edildiği ve birçok Bölge Çalışma Müdürlüğü'nü kapsadığı da göz önünde bulundurularak yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği” ne içtihat edilmiştir. Davanın işyeri toplu iş sözleşmesi ile ilgili yetki tespiti hakkında olması halinde kararda Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerden söz edilerek mahkemenin yetkisine yönelik itirazının ele alınması doğrudur. Ne var ki, izleyen bölümden toplu sözleşme yetkisinin işletme düzeyinde talep edildiği anlaşılmaktadır. Oysa işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından, mahkemenin yetkisinin Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerle, işyerlerinin birden fazla müdürlüğün alanına girmesiyle herhangi bir ilgisi yoktur. İşletme merkezi neredeyse oradaki iş mahkemesi kesin yetkilidir. İşletme merkezinin (İzmir) Karşıyaka'da bulunduğu bir örnekte, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisine karşı davanın Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yer olan İzmir İş Mahkemesi'nde değil, işletme merkezinin bulunduğu Karşıyaka İş Mahkemesi'nde açılması gerekir.

9. Hukuk Dairesi'nin şu anki Başkanı *Kılıçoğlu*, eserinde 2822 sayılı Kanun'un m.15/f. 1, 3. cümlesindeki “işletme toplu iş sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır” hükmünü aktarmış, ancak hemen ardından işletme toplu iş sözleşmesine yapılan itiraz işletme merkezinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu iş mahkemesine yapılır diyerek bu yöndeki bir içtihadı yer vermiştir. 15. maddeye aykırı bulduğumuz karara göre; “2822 sayılı *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde işyeri düzeyindeki çoğunluk tespitine itirazın, işyerinin bağlı olduğu bölge çalışma müdürlüğünün kurulu bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde bakılacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Aynı maddenin 3. cümlesinde de; bu genel kuralın işletme düzeyindeki çoğunluk tespitine itiraz davalarında uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu aynı kuralı işletme düzeyindeki itirazlar için tekrarlamak yerine sadece ...şirket merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi...şeklinde ifade ile yetinmiştir. Kanun koyucu anılan maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi evrakların ibrazında, yetki itirazlarının incelenmesinde kolaylık sağlayarak, ana kurala açıklık getirmek istemiştir. Kaldı ki, bunun aksine bir düzenleme yapılmasını gerektiren bir neden de bulunmamaktadır. Böyle olunca işyeri düzeyinde yapılan çoğunluk tespitine itirazlarda olduğu gibi, işletme düzeyindeki yetki itirazlarında da bölge çalışma*

*müdürlüğünün yetki alanı esas alınmak suretiyle yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekir. Daha açık bir anlatım ile, işletme düzeyindeki çoğunluk tespitine itiraz davalarında da yetkili mahkeme, işletme merkezinin bağlı olduğu bölge çalışma müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir”.*¹¹⁷

Anayasa'nın 142. maddesine göre, mahkemelerin yetkileri kanunla düzenlenir ve 2822 sayılı Kanun, işletme toplu iş sözleşmesi için mahkemenin yetkisini bölge müdürlüğünün olduğu yere göre değil, işletme merkezinin bulunduğu yere göre belirlemiştir. Kanun'un 3. maddesinde de aynı yetki kuralına yer verilerek işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aramılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıkların “işletme merkezinin bulunduğu yerdeki” iş davalarına bakmakla görevli mahkemede çözümlenmesi benimsenmiş, burada da bölge müdürlüğünün bulunduğu yer ile irtibat kurulmamıştır. Zaten uyuşmazlık, işletmeyle ilgili olduğuna göre yargılamanın usûl ekonomisine uygun şekilde yürütülmesi, delillere daha kolay ulaşılabilmesi bakımından da işletmenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili kılınması isabetlidir. Kararda madde gerekçesine dayanılarak ulaşılan sonucun aksine yasakoyucu 15. maddede bu düzenlemeyi getirirken kelime tasarrufuna gitmemiş, yetkili mahkeme konusunda açık bir tercihte bulunmuştur. Öyle ki, değişiklik gerekçesinde¹¹⁸ “2822 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinde işletme toplu iş sözleşmeleri için itirazın hangi iş mahkemesine yapılacağı konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. *Bu itibarla mahkemelerce istenecek kayıt ve belgelerin de işletme merkezinde bulunması sebebiyle, belgelerin ibrazında ve itirazın incelenmesinde kolaylığın sağlanması bakımından ve Kanun'un diğer maddeleri ile de uyum sağlamak üzere itirazın işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemelerine yapılması konusunda maddenin birinci fıkrasına açıklık getirilmiştir”* denilmektedir. Görüldüğü gibi

¹¹⁷ 9. HD. 24.1.2006 T., 376/1202 (**Kılıçoğlu, M.**, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul 2007, s. 462; ayrıca bkz. s. 459). Aynı görüş **Günay, C. İ.**, İş Davaları, Ankara 2008, s. 1568. Bir başka kararda dava Sındırgı Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi'nde açılmış, Yargıtay “...Tespitte konu işletme merkezi Balıkesir ili Sındırgı ilçesinde bulunmakta olup Bursa Bölge Çalışma Müdürlüğüne bağlıdır. Bu durumda itirazların Bursa İş Mahkemesine yapılması gerekir. O halde mahkemece yetkisizlik kararı verilmesi gerekir iken yazılı şekilde işin esası incelenerek hüküm kurulması hatalıdır” gerekçesiyle karar bozulmuş, bize göre yetkili mahkeme tarafından verilen karar 15. maddeye uygun olmayan şekilde bozularak toplu sözleşme yetki prosedürünün de uzamasına yol açılmıştır. Bkz. 9. HD. 4.7.2006 T., 18561/19698 (**LEGAL İSGHD**, 2007/13, C. 4, S. 346).

¹¹⁸ Bkz. 15. maddeye ilişkin, 3451 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesi (**Berksun/Eşmeliöğlu**, s. 332-333).

gerekçede de işletme merkezinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinden hiç söz edilmeksizin işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğu açıkça öngörülmüş, kayıt ve belgelerin ibrazındaki kolaylık bakımından bunların işletme merkezinde bulunması sebebiyle yetkinin özellikle buna göre belirlendiği vurgulanmıştır. Yine Kanun'un diğer maddeleriyle uyum sağlanması amaçlanarak 3. madde ile paralel bir yetki kuralı getirildiğine temas edilmiştir. Bize göre, madde de, yasa koyucunun tercih ve gerekçesi de belli olup esasen ele alınan bir yetki kuralı olduğuna göre kanunun öngörmediği bir yetkiyi yorum yoluyla ihdas etmeye cevaz yoktur. HUMK m. 13 uyarınca gayrimenkulün aynına ilişkin bir davanın, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde açılmasına dair kesin yetki kuralı nasıl Tapu ve Kadastro Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesi olarak anlaşılamazsa, işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinde de aslında maddenin, merkezin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesini kastettiği sonucuna ulaşılmamalıdır¹¹⁹.

Buna karşılık Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işyerinin girdiği işkolunu tespit eden kararına karşı "mahalli mahkemede" dava açılabilirliğini öngörmüştür. Yargıtay, 15. maddedeki değerlendirmesinin aksine, Bakanlık'ın işkolu tespitine karşı Sendikalar Kanunu 4. madde uyarınca açılacak davalarda 2822 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre yorum yaparak işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermekte, işletme merkezinin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğu gibi bir sonuca ulaşmamaktadır¹²⁰. Kanaatimizce işkolu tespitinin işletme kavramıyla irtibatlı şekilde ele alınması ve bu doğrultuda yetkili mahkemenin de işletme merkezine göre belirlenmesi isabetsizdir. İşletmenin değil; ancak işyerinin girdiği işkolundan söz edilebilir. Sendikalar Kanunu'nun 4.

¹¹⁹ Bir diğer kararda; ...tespit kararı işletmeye yöneliktir. İşletme toplu iş sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır. Mahkemece Bölge Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğu düşüncesiyle yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir, denilerek 15. maddeye riayet edilmiştir. 9. HD. 20.9.2004 T., 24786/19238 (LEGAL İSGHD, 2005/5, s. 305-306).

¹²⁰ İşkolu tespiti, toplu iş sözleşmesine hazırlıktır. Bu bağlamda bir işletme sözkonusu ise işletme merkezi(ndeki mahkeme) yetkilidir. Değilse işyeri iş mahkemesi göz önünde bulundurulur. Mahalli mahkemenin tespitinde 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 2822 sayılı Kanun'un 3. maddesi birlikte yorumlanmalıdır. 9. HD. 24.5.2005 T., 16268/19306 (LEGAL İSGHD, 2005/7, s. 1247-1248).

maddesinde açıkça Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın “*bir işyerinin girdiği işkolunu*” tespit edeceği hükmüyle bu kurala işaret edilmiştir. Yine 60. madde “bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır” hükmüyle işkolu tespitine konu birimin işyeri olduğunu tekrarlamıştır. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesi dahi, işkolu kavramının işletmeden ayrı, işyerine ilişkin olduğunu göstermektedir. Öyle ki, maddede “... aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede” ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceği düzenlenmiştir. Demek ki, bir işletmenin aynı veya ayrı işkollarında işyerleri bulunabilir, fakat bir işletmenin girdiği işkolundan söz edilemez. İşkolu tespiti o işletmenin işyerleri bakımından yapılır ve bir işletmede ayrı ayrı işyeri niteliğine sahip ünitelerden birinde görülen işin diğer işyerindeki asıl işe yardımcı olup olmamasının da işkolu tespitinde önemi yoktur¹²¹. Dolayısıyla işkolu tespitine karşı açılacak davada, işletme merkezinin bulunduğu yere göre hangi mahkemenin yetkili olduğu belirlenemez. Örneğin bir işletmenin merkezi İzmir'de iken Aydın'daki işyeri için yapılan işkolu tespitine karşı İzmir'deki mahkemenin yetkili olması yargılamanın uzamasına yol açabileceği gibi işyerinin doğrudan hakim tarafından incelenmesi de engellenmiş olacaktır. Üstelik 4. madde bu yönde bir özel yetki kuralı da öngörmemiştir. Doktrinde, işyerinin niteliğini en kolay inceleyip saptayabilecek olması sebebiyle mahallî mahkemenin, işyerinin bulunduğu yer mahkemesi olduğu kabul edilmektedir ve, işletme ile ilgili belirtilen durum hariç Yargıtay da bu yetki kuralını benimsemiş durumdadır¹²².

Görüldüğü gibi Yargıtay, işkolu tespitine karşı açılan davalarda işletme merkezinin yetkisi açıkça öngörülmediği ve esasen böyle bir yetki kuralı isabetli de olmadığı halde mahkemenin yetkisini, TSGLK'nun 3. maddesindeki yetki kuralına bağlı tutmakta iken, 15. maddede açıkça yetkili mahkemenin gösterilmiş olmasına ve bunun da 3. maddeyle uyumlu düzenlenmesine rağmen yetkili mahkemenin içtihatlarla değiştirilmesi doğru değildir¹²³.

¹²¹ **Ekonomi, M.**, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyet ve Yetki, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Milli Komite, Ankara 1990, s. 29-30; **Çelik**, s. 377; **Narmanhoğlu, Ü.**, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 80-81.

¹²² **Şahlanan, F.**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 31; **Günay**, İş Davaları, s. 1506; **Çelik**, s. 376.

¹²³ Yakın tarihli bir kararda ise bu içtihatlardaki görüşten isabetle dönüldüğü ve 2822 sayılı Kanun 15. madde bakımından işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğunun belirtildiği

Kanunî grev lokavta katılamayacak işçi kadrosunun belirlenmesinde yetkili mahkeme, işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu ise işletmenin bulunduğu merkeze; bölge çalışma müdürlüğü ise her işyerinin bağlı bulunduğu bölgeye göre belirlenir (TSGLK m. 39/son). Hükümde bu esasa göre *görevli mahkemenin* belirlenmesinden söz edilmişse de düzenlemenin yetki ile ilgili olduğu tabîdir.

Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu'nun 46. maddesinde karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespit davası yoluyla belirleneceği öngörülmüş olup, yetkili mahkeme hususunda 15. maddeye atıf yapılmıştır. Aynı şekilde grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması, kanunî bir lokavtın işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla yapıldığının da 15. maddedeki esaslara göre yetkili olan iş mahkemesince karara bağlanması gerekmektedir (m. 47).

Aynı Kanun'un 60. maddesine göre, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta sözleşmenin taraflarından her birinin yoruma ilişkin bir tespit davası açabilmesi mümkündür ve bu tespit davası da 15. maddedeki kurala göre yetkili olan mahkemede açılır (ilk cümle).

3. Ankara İş Mahkemesi'nin Yetkisi

Kollektif iş hukukunda bazı hükümlerle Ankara İş Mahkemesi'nin kesin yetkisi kabul edilmiştir. Toplu sözleşme yetkisine sahip sendikanın belirlenmesi için gerekli koşullardan biri sendikanın o işkolundaki işçilerin en az %10'unu temsil edebilmesidir (2822 sK./m.12, ilk cümle). Bir işkolunda çalışan işçilerinin yüzde onunun tespitinde ise ÇSGB'nın her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımladığı

görülmektedir: "Kural olarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tespiti istenen işyeri veya işyerlerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne göre, Bakanlık kararına itiraz edilecek mahkeme belirlenir. Ancak bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin oluşturduğu işletme kapsamında yer alan işyerlerinde çoğunlukla ilgili itirazın yapılacağı yere ilişkin 2822 sayılı Yasadaki boşluk, işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılarak doldurulmuştur. Her ne kadar işveren ve sendika tarafından Bakanlığa gönderilen kayıt ve belgelerinin birer örneği Bölge Müdürlüğünde bulunmakta ve yetki tespitine itiraz davası anılan müdürlüğe kayıt ettirilerek açılmakta ise de; yasada yer alan açık kuralın yorum ve içtihatla değiştirilmesi hukuken mümkün değildir. 2822 sayılı Yasanın 15. maddesinde gösterilen yetki belirlemesi, kamu düzeni ile ilgili olup kesin yetki saptamasıdır. Kaldı ki iş mahkemelerinin yaygınlaştırılması karşısında işletme merkezinde bulunan ve bir ihtisas mahkemesi olan Isparta İş Mahkemesinin, önceki Daire Kararının uygulanmasına devam etmesi de yerinde değildir". 9. HD. 20.3.2008 T., 9068/5485 (www.legalbank.net)

istatistikler esas alınır (f. 2). İşte bu istatistiklerin gerçeğe aykırı olduğu iddiasıyla açılan tespit davalarında kesin yetkili mahkeme aynı maddenin son fıkrasında “Ankara İş Mahkemesi” olarak belirlenmiştir.

15. maddeye göre sendikanın yetkisi ile ilgili davalarda, yukarıda değinildiği gibi toplu sözleşme yetkisine konu işyerleri, birden fazla bölge müdürlüğü alanına giriyorsa dava Ankara’da açılacaktır. Tespit davasının Ankara İş Mahkemesi’nde açılması işyerlerinin birden fazla il sınırı içinde kalmasıyla değil; birden fazla bölge müdürlüğünün yetki alanına girmesiyle ilgilidir¹²⁴. İşyeri birden çok il sınırı içinde kalmakla birlikte o iller tek bir bölge müdürlüğü alanında ise dava Ankara’da değil, o bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde görülecektir¹²⁵.

4. Yetki Kurallarının Niteliği

İş Mahkemeleri Kanunu iş davalarında yetkili iki yer mahkemesini gösterdikten sonra, bunlara aykırı sözleşmelerin geçerli olmadığını belirtmiştir (m. 5). Bu yetki kuralının niteliği hakkında görüş ayrılıkları bulunmaktadır:

Bir görüşe göre, iş mahkemelerinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin olmadığından, mutlaka iptidaî (ilk) itiraz olarak ilk celsede esasa girilmeden önce ileri sürülmesi gerekir. Hakim tarafından re’sen dikkate alınmaz. Taraflar bu iki yer mahkemesinin yetkisini kaldırmamak kaydıyla, başka bir mahkemenin de yetkisini yetki sözleşmesiyle kararlaştırabilirler.¹²⁶ Karşıt görüş ise, 5. maddedeki yetkinin, kamu düzeniyle ilgili, emredici kural olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, yetki

¹²⁴ Bölge Çalışma Müdürlükleri tüm illerde değil, Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Bursa, Diyarbakır, Edirne, Elazığ, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Kocaeli, Konya, Kütahya, Malatya, Samsun, Sivas, Trabzon, Van, Zonguldak’ta kuruludur.

¹²⁵ “Davada sözkonusu edilen işyerlerinin muhtelif il sınırları içinde kaldığı anlaşılmakta ise de, BÇM yönünden birden fazla Bölge Çalışma Müdürlüğü alanına girdikleri dosyadan belli olmamaktadır. O halde, bu konuda gerekli araştırma yapılarak işyerlerinin tamamının Trabzon Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün yetki alanına girdiği anlaşılırsa, karşı tarafın ileri sürdüğü gibi itirazın Trabzon İş Mahkemesi’ne yapılması gerekeceğinden yetkisizlik kararı verilmesi gerekir. Bu konuda noksan tahkikat ve yanlış değerlendirme ile itirazın Ankara İş Mahkemesi’nce incelenerek karar verilmiş olması usûl ve yasaya aykırıdır”. 9. HD. 3.2.1986 T., 1194/1026. (Berksun/Eşmelioglu, TSGLK Şerhi, s. 347-348).

¹²⁶ Erol, N., Türk İş Hukukunda Mahkemelerin Yer İtibariyle Yetkisi (Selahiyeti) ve Selahiyet Anlaşmaları, İBD., C. 42, 1968/5-6, s. 336-337; Çenberci, s. 67 vd.; Serim, s. 13; Sazak, Ö. G., Bireysel Hak İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İş Mahkemelerinin ve İş Yargılamasının Önemi ve Değerlendirilmesi, İstanbul 1989, s. 67 (Yüksek Lisans Tezi).

itirazı ilk itiraz değildir. Kanunda yetkili kılınan iki mahkemenin dışında, başka bir yer mahkemesi sözleşmeyle yetkilendirilemez¹²⁷. Madde gerekçesinde de “...*kamu intizamı bakımından konulan bu yetki hükmünün hilafına mukavele olunamayacağı*”ndan söz edilmektedir¹²⁸.

Yargıtay ise, yetki itirazının ancak ilk itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. “...5521 sayılı *İş Mahkemeleri Kanunu*’ nun 7 nci maddesine göre *İş Mahkemelerinde şifahi yargılama usûlü uygulanır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu*’ nun 478 nci maddesine göre ise yetkisizlik ilk itirazının ilk oturumda ve esas davaya girişmezden önce ileri sürülmesi gerekir. Bu yasal süre emredici nitelikte olup hakim tarafından dahi uzatılamaz...”¹²⁹. Buna karşılık Yargıtay, özellikle yetki sözleşmesi yasağıyla ilgili kararlarında, İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 hükmünün kamu düzeniyle ilgili olduğu tespitine de yer vermektedir: “...5521 sayılı *İş Mahkemeleri Kanununun* 5 nci maddesinde...*bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz hükmü öngörülmüştür. Kamu düzeni düşüncesiyle kanuna konulan bu hükmün başka bir şekilde yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir. Zira, anılan maddede (bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz) denilmek suretiyle yetki konusunda, madde hükmü dışında sözleşme yapma serbestisi ortadan kaldırılmıştır...*”¹³⁰.

Bu içtihatların değerlendirilmesi sonucunda, Yargıtay’ın iki hususa ayrı yaklaştığını söylemek mümkündür. Yargıtay, İş Mahkemeleri Kanunu 5. maddenin ilk cümlesindeki hükümle yetkili kılınan iki ayrı yer iş mahkemesiyle ilgili yetki

¹²⁷ **Kuru, B.**, İş Mahkemeleri, TBB’nin Düzenlediği 1.Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğ, Ankara 1971, s. 19. Ancak Yazar, yetki incelemesinin ancak ilk oturumun sonuna kadar yapılmasını önermektedir (aynı yer). *Sarısözen* de bu öneriye katılmaktadır (**Sarısözen, İ.**, İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Akif Erginay’a Armağan, Ankara 1981, s. 213); **Tunçomağ, K.**, İş Hukuku, C. II, Kırklareli – Vize 1980, s. 476; **Canbolat**, s. 51; **Sancar**, s. 34; **Kuru, C.V.**, s. 5632- 5633; **Erdönmez, G.**, İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Eskişehir 1998 (YL Tezi), s. 66; **Şahlanan, F.**, İş Mahkemeleri ve İş Yargısı, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, 14-16 Ekim 1998, s. 121-122; **Başterzi**, s. 113; **Günay**, İş Mahkemeleri, s. 209; **Birben/Öktem**, s. 1122.

¹²⁸ Adalet Komisyonu Raporu, m.5’ e dair açıklama (TBMM Tutanak Dergisi, S.Sayı. 131, s. 8).

¹²⁹ 10. HD. 8.7.1976 T., 5334 E., 5475 K. (**Uygur**, s. 439). Aynı yönde 10. HD. 8.2.1977 T., 1048 E., 820 K. (**Uygur**, s. 440, 441); 9. HD. 24.12.1966 T., 12472 E., 11863 K. (**Çenberci**, s. 194); HGK., 8.1.1964 T., 4/729 E., 30 K. (*İş ve Sigorta*, Nisan 1963., S. 13., s. 33 vd.).

¹³⁰ HGK., 27.3.1968 T., 1968/9-198 E., 197 K. (**Egemen, E.**, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1968, s. 224). Aynı yönde 9. HD. 29.4.1974 T., 24172/7987 K. (**Uygur**, s. 446); 9. HD. 10.9.1998 T.,12751/ 12724 (özel arşiv).

itirazlarının, ilk itiraz olduğunu kabul etmekte ve bu noktada kamu düzenine ilişkin yetkiden söz etmemektedir. Buna karşılık, yetki sözleşmesinin ele alındığı içtihatlarda, aynı maddenin son cümlesinde yer alan yetki sözleşmesi yasağını kamu düzeniyle ilgili bir hüküm olarak değerlendirmekte ve bu iki yer mahkemesi dışında bir mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınamayacağına işaret etmektedir.

Buna göre iş mahkemelerinin yetkisini belirleyen kurallar, kamu düzenine ilişkin ancak kesin olmayan özel yetki kurallarıdır¹³¹. İş mahkemelerinin yetkisine benzer yetki kuralları, boşanma davaları ve hayat sigortası sözleşmelerinden doğan davalar bakımından da düzenlenmiştir. Hayat sigortalarında; dava, sigorta şirketinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi, sigorta olunan kişinin ikâmetgahında da açılabilir (m. 19/1). Sigorta sözleşmesine bu düzenlemeye aykırı olarak konan şartların hükmü yoktur (m. 19/3). Aynı şekilde boşanma davalarında; davacı kendi ikâmetgahındaki asliye hukuk mahkemesinde dava açabileceği gibi, davanın eşlerin son altı aydan beri ikamet ettikleri yer mahkemesinde de açılması mümkündür (HUMK m. 9/3, MK. m. 136). Davacı bu davalar bakımından da, seçme hakkına sahiptir. Kanunla yetkili kılınmış iki yer mahkemesinden dilediği birinde davasını açabilir.

Bir yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olmasına rağmen, Yargıtay'ın kabul ettiği üzere, yetki itirazının ilk itiraz olduğuna karar vermek çelişkidir ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu' na gerekse İş Mahkemeleri Kanunu' na aykırıdır. Esasen Yargıtay, iş mahkemelerinde yetki itirazının ilk itirazlardan olduğunu kabul ederek, üzerinde hassasiyetle durduğu ve kanunun mutlak hükmüyle getirilen yetki sözleşmesi yasağının, bir bakıma fiilen ve zımnen ihlal edilmesine yol açmaktadır. Öyle ki dava yetkisiz mahkemede açıldığında, davalının ilk oturumda yetki itirazında bulunmaması üzerine hakim de bu hususu re'sen araştırmayacağından, esasen 5. maddeye aykırı zımnî bir yetki sözleşmesine geçerlik tanınmış olacaktır. Bu

¹³¹ Burada yetkinin kesin yetki olmayışının sebebi, biri genel yetkili mahkeme olmak üzere, iki yetki kuralı getirilmesine ve davacının -mutlaka bu iki yetkili mahkemeden birinde- dava açmak için seçim hakkına sahip olmasına dayandırılmaktadır (**Kuru, C. I, s. 551-553; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medenî Usul Hukuku, Ankara 1999, s. 161; Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 118 vd**). Yargıtay da davacının yetki bakımından seçim hakkına işaret etmektedir. Bkz. 9. HD. 10.4.1967 T., 2807 E., 3075 K. (**İplikçioğlu, İ. H., Tatbikatta İş Davaları, İstanbul 1980. s. 355**).

sebeplerle, biz de iş mahkemelerinin kamu düzenine ilişkin yetkisinin kabulü ile yetki itirazının davanın her aşamasında ileri sürülebileceği, hakimin de re'sen yetkisizlik kararı verebileceği görüşüne katılmaktayız.

Bundan başka, sadece işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin ve Ankara İş Mahkemesi'nin yetkili olduğuna dair hükümlerdeki yetki kuralları ise kesin yetki kurallarıdır¹³².

III. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

1. Genel Olarak

Bazı hakların yasa veya sözleşme ile belirlenen sürede kullanılmaması doğrudan doğruya hakkı sona erdirir. Hak düşürücü süre niteliğindeki bu tür süreler de zamanaşımı gibi maddî hukuka dayanan savunma sebepleridir. Ancak zamanaşımının dolmuş olması hakkı değil, bunun dava yoluyla talep edilebilirliğini ortadan kaldırarak borçluya sürekli olarak (artık eksik borç niteliğindeki) borcun ifasından kaçınma hakkı verirken, hak düşürücü süreler hakkı sona erdirir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹³³.

Tespit davalarının açılmasının bir süreye bağlı olup olmaması genel olarak zamanaşımı süreleri ekseninde değerlendirilmiştir. Yargıtay tespit davalarının zamanaşımına tâbi olmadığı görüşünde olup, Borçlar Kanunu' nun 125. maddesindeki – her davanın on senelik müruru zamana tâbi olduğu- kuralının bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını gerekli kılan bir edaya ilişkin dava hakkıyla ilgili olduğu, tespit davasında ise belli bir hukukî durumun tespiti istendiğinden zamanaşımının söz konusu olmadığı, bir hakkın tespiti davasının zamanla sınırlandırılmadığı belirtilmektedir¹³⁴.

¹³² “İtiraz, işletme TİS yetkisine ilişkindir. Buradaki yetki konusu kamu düzeni ile ilgili olup, resen nazara alınmalıdır” 9. HD. 12.5.1986 T., 4122/4951 (**Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 58).

¹³³ **Reisoğlu, S.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2004, s. 359.

¹³⁴ 4. HD. 4.1.1957 T., 7803/61 K. (Jurisdictio, 1957/9, s. 815-816); HGK. 12.2.1958 T., 4/19-12 (ABD. 1958/3, s. 153-154). Aynı yönde **Kuru**, s. 107.

Bir hakkın tespitinin zamanla sınırlanmadığı ve tespit davasının hukukî ilişki devam ettiği müddetçe açılabilceği yolundaki değerlendirmeler zamanaşımıyla ilgili olup, iş hukukunda tespit davalarının çoğunun hak düşürücü süreye bağlandığı görülmektedir. Bu hallerde mahkemeden tespitin belli bir hak düşürücü süre içinde istenmesi gerekmekte, aksi takdirde dava hakkı ortadan kalkmaktadır. İş uyuşmazlıklarının kısa sürede çözüme bağlanması gereği, bazen bir prosedür içindeki işlemlere karşı dava hakkı tanınması ve bir sonraki aşamaya geçilebilmesinin önceki hukukî durumun kesinleşmesine, uyuşmazlığın giderilmesine bağlı olması sebebiyle oldukça kısa sayılabilecek dava süreleri kabul edilmiştir. Örneğin sendikanın toplu sözleşme yetkisinin tespiti, işkolu baraj istatistiklerine karşı açılan davalar, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespitine ilişkin uyuşmazlıklar gibi.

İş Kanunu 3. maddesine göre, alt işverenin işyeri tescil işlemi sırasında Bölge Müdürlüğü'ne ibraz edeceği belgeler arasındaki alt işverenlik sözleşmesi gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. Bu inceleme sonucunda, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, gerekçeli iş müfettişliği raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı altı işgünü içinde işverenlerce iş mahkemesinde dava açılabilir. Kanun açıkça, hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için muvazaalı işlemin tespitine ilişkin gerekçeli raporun tebliğ edilmesini esas aldığına göre, raporun sadece bu tespiti içeren sonuç kısmının tebliğ edilmesi ya da gerekçesiz bir rapor tebliğ edilmesi halinde hak düşürücü sürenin de işlemeye başlamadığı kabul edilmelidir¹³⁵. İlgilinin kendisine yapılan yazılı bildirimden hakkında alınan kararın, söz konusu hukukî işlemin muvazaalı olduğuna dair iş müfettişliği tespitinin hukuka uygun olup olmadığını inceleyebilme olanağına sahip olması gerektiğinden, yazılı bildirim tam sayılması ve dava açma süresine başlangıç teşkil edebilmesi için işlemin nedenlerinin de belirtilmiş olması gerekir. Yine de muvazaalı tespitinin kesinleşip kesinleşmediği ve buna bağlı sonuçların doğru doğmadığı hakkında olası yeni uyuşmazlıkların engellenmesi bakımından, gerekçesiz rapor ya da sadece sonuç kısmı tebliğ edildiği hallerde de tedbiren altı işgünü içinde dava açılması önerilebilir.

¹³⁵ Gözübüyük, Ş. A./Tan, T., İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C. 2, Ankara 2006, s. 942; Kanlıgöz, C., İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim, AÜHFD, 1988/1-4, C. 40, s. 180.

Taşeronluk sözleşmesinin tarafları alt işveren ve asıl işveren olup, hak ve menfaatlerini doğrudan etkileyen iş müfettişliği raporunun her ikisine de tebliğ edilmesi gerekmektedir. 3. madde, raporun *işverenlere* tebliğ edileceğini, rapora iş mahkemesinde *işverenlerce* itiraz edilebileceğini düzenlemiş, ilişkinin muvazaaya dayandığı sonucunun yer aldığı rapora karşı her iki işverene de iş mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır. Asıl işveren ve alt işveren ayrı, birbirinden bağımsız tüzel veya gerçek kişiler olup, ayrı ayrı tebliğ edilen iş müfettişliği raporuna karşı hak düşürücü sürenin ayrı ayrı inceleneceği tabiidir. Bir işverenin rapora altı işgünü içinde itiraz etmemesi, diğeri bakımından da raporun kesinleştiği ve iş müfettişliği raporuyla muvazaa tespitinin bağlayıcılık kazandığı sonucunu beraberinde getirmemektedir. Raporun tebliğ tarihi itibarıyla henüz altı işgünlük süresi geçmeyen işveren kendisine yasayla tanınan dava hakkını kullanabilmelidir¹³⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine göre iş akdi feshedilen işçinin açacağı feshin geçersizliğinin tespiti davası bir aylık hak düşürücü süreye bağlıdır¹³⁷. Bu süre fesih bildirimini tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Yasa, "fesih bildirimini tebliğini" esas aldığına göre, öneli fesihte 17. maddeye göre ihbar öneleri fesih bildirimini tebliği ile birlikte işlemeye başlayacak ancak iş sözleşmesi önelerin sonuna kadar yürürlükte kalacaktır. O itibarla bu tür fesihtelerde işçinin işyerindeki çalışması ve işverenin ücret ödeme borcu, tarafların diğerk hak ve yükümlülükleri devam etmekte ise de, bu durum daha önce hak düşürücü sürenin tebliğden itibaren başlayarak işlemekte olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla davacı işçi, önelerin sona ererek işyerinden ayrılacağı tarihten sonra bir ay içinde değil, çalışmaya devam ederken önel süreleri içinde dava açacaktır. Örneğin işyerinde dört yıldır çalışan bir işçinin sözleşmesinin işverence feshinin 02.3.2007 tarihinde ihbar önelerine riayet edilerek feshedildiği bir hadisede, İş K. 17.maddesine göre sekiz haftalık ihbar öneli boyunca iş akdi yürürlüktedir ve bu sekiz haftanın sonunda iş ilişkisi çözülecek, işçi işyerinden 27.4.2007 tarihi itibarıyla ayrılacaktır. Ancak bir aylık hak düşürücü süre 27.4.2007 tarihinden değil; fesih

¹³⁶ Bu dava sonunda verilen hüküm, dava açmayan işveren ve diğerk ilgililer bakımından da bağlayıcı etki doğuracak, örneğin ilişkinin incelenerek davanın kabulüyle o işyerinde kurulmuş taşeronluk ilişkisinin muvazaalı olmadığı sonucu (ya da red halinde aksi) ortaya çıkacaktır.

¹³⁷ Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda 3 haftalık süre öngörülmüştür (**Dütz, W.**, Arbeitsrecht, München 2005, s. 179).

yazısının tebliği tarihi olan 02.3.2007'den itibaren başlayacak olup davanın en geç 02.4.2007 tarihinde açılmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde fesih bildirimimin geçerliliğinin yargısal denetime tâbi tutulması suretiyle feshin geçersizliğinin tespitini talep hakkı ortadan kalkmaktadır.

Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti davası Çalışma Bakanlığı'nın işkolu tespitine dair kararının Resmî Gazete'de yayımından itibaren onbeş günlük hak düşürücü süre içinde açılmalıdır¹³⁸ (2821 sK. m. 4). Kararın Resmî Gazete'de yayımlanması tebliğ mahiyetindedir ve yine 4. madde uyarınca yasal bir zorunluluktur. Ancak işkolunun tespiti istemi sadece bu yolla değil, işletme toplu iş sözleşmesinin düzeyinin belirlenmesiyle ilgili olarak TSGLK 3. maddesinde yer alan uyuşmazlıklar kapsamında da dava konusu edilebilir. Bu dava bakımından ise herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Uygulamada bu yöndeki tespit istemleriyle genellikle yetki itirazı, toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisi verilen sendikanın aranılan yetkiyi haiz olmadığına tespiti davalarında (2822 sK. m. 15) karşılaşılmaktadır ki, bu durumda öncelikle işkolunun ön sorun olarak incelenip karara bağlanması gereklidir. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesine göre açılacak bu davalar ise altı işgünlük hak düşürücü süreye bağlı tutulmuştur. Süre, Bakanlığın tespit yazısının (sendikaya yetki verilmemişse yetki başvurusunun reddine ilişkin yazının) tebliğinden itibaren başlar.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesine göre üyelik başvurusunun haklı bir neden olmaksızın reddi halinde sendikanın bu kararının tebliğinden itibaren otuz gün, 25. maddeye göre üyelikten çıkarma kararının tebliğinden itibaren yine otuz gün içinde dava açılması gerekmektedir.

Üyeliğin ya da sendikal yöneticilik görevinin kendiliğinden sona ermesi yönündeki toplu sözleşme, sendika tüzüğü hükümleri ya da sendika yönetim kurulu

¹³⁸ “2821 sayılı Kanununun 4. maddesiyle tanınan bu 15 günlük süre hak düşürücü süredir. Resen dikkate alınması gerekir. Uyuşmazlık konusu işyerinin girdiği işkolunun tespitine dair Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın kararı 27.2.1986 gün ve 19032 sayılı resmi gazetede ilan edildiği halde dava 15 günlük hak düşürücü süre geçtikten çok sonra 10.4.1986 tarihinde açılmıştır. Bakanlığın bu yöne ilişkin temyiz itirazı yerindedir. Karar bu sebepten bozulmalıdır.” 9. HD. 11.3.1987 T., 2597/2807 (Kılıçoğlu, M., Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, s. 80).

işlemlerine karşı bu sıfatın sona erip ermediğinin, devam ettiğinin tespitine yönelik davaların ise 25. maddedeki hak düşürücü süreye tâbi olmadığına hükmedilmiştir. Şöyle ki; bir uyuşmazlıkta sendika şube sekreteri olarak seçilen kişinin işyerinde bölge müdür muavini olarak atanması üzerine sendika tarafından yöneticilik görevinin kendiliğinden sona erdiği bildirilmiş, davacı ise sendika şube sekreteri görev ve sıfatının devam ettiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiş, ancak dava 25. maddede öngörülen hak düşürücü süreden çok sonra, sendika yazısının tebliğinden sekiz ay sonra açılmıştı. Dava konusu olayın ve kararın maddî hukuka ilişkin diğer yanları konuyla ilgili olmadığından hariç tutulmak üzere, hak düşürücü süre ile ilgili değerlendirmede uyuşmazlık bakımından kendiliğinden sona erme hali söz konusu olduğuna ve davalı sendika tarafından bu yönde savunma yapıldığına göre çıkarma kararına ilişkin olarak düzenlenen 25. maddedeki bir aylık hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmıştır¹³⁹.

2822 sayılı Kanun'un 39. maddesine göre grev lokavta katılamayacak işçiler, toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı işgünü içinde işverence tespit ve ilan edilir. İlanın bir örneği toplu görüşmeye taraf işçi sendikasına gönderilir. Bu tespite karşı mahkemeye yapılacak itirazlar ve grev lokavta katılamayacak işçi kadrosunun tespit talebi için hak düşürücü süre ilandan itibaren altı işgünüdür. Sendikaya tebligat daha sonra yapılmış olsa da, ilan tarihi esas alındığından, bu tarihten itibaren altı işgünü geçmişse dava, hak düşürücü süreye riayet edilmediği için reddedilmelidir. İşveren yasal süre içinde tespit yapmamışsa, kanunî grev-lokavta katılamayacak işçiler bölge çalışma müdürlüğü tarafından tespit edilir. Yasa bölge çalışma müdürlüğünce yapılacak bu tespite karşı da aynı şekilde iş mahkemesinde dava açılabileceğini düzenlemişse de herhangi bir hak düşürücü süreden bahsetmemiştir. Ancak burada da 2. fıkradaki gibi altı işgünü içinde mahkemeye başvurulabileceği, mahkemenin de altı işgünü içinde karar vereceği kabul edilmektedir. Hakkında mahkemeye başvuru yapılan tespit, işveren ya da bölge çalışma müdürlüğü tarafından

¹³⁹ İzmir 1. İş Mahkemesi'nin 25.5.1997 T., 1996/402 E., 1997/461 K. sayılı hükmünü onayan 9. HD.nin 6.11.1997 T., 16937/18658 sayılı içtihadı (**Kılıçoğlu**, s. 180 vd.).

yapılmasının farklılık yaratmayacağı, yasa koyucunun tekrar 2. fıkraya gerekli atfı ihmal ettiği söylenebilir¹⁴⁰.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda düzenlenen grev/lokavtın kanun dışı olduğunun tespiti davası (m. 46) ile 60. maddedeki uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta yoruma ilişkin tespit davaları belirli bir gün bazında hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Fakat her iki düzenlemede “karar verilen veya uygulanmakta olan” bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitinin istenebileceği, “uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin” yorumundan doğan uyuşmazlığın tespit davasıyla çözümleneceği belirtildiğine göre davanın açılabileceği süre bakımından bu esaslara bağlı kalınmak gerekmektedir. Konuya, bu davalarla ilgili başlıklar altında ayrıca yer verilecektir.

2. Görevsiz ya da Yetkisiz Mahkemede Açılan Davanın Hak Düşürücü Sürenin Korunmasına Etkisi

Davanın açılmasıyla ortaya çıkan maddî hukuka ilişkin sonuçlardan biri hak düşürücü sürenin korunmasıdır. HUMK m. 27 uyarınca mahkeme, görevli veya yetkili¹⁴¹ olmaması nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verdiğinde m. 193'e göre 10 gün içinde görevli mahkemeye başvurulması üzerine, bu mahkemede görülen dava yeni bir dava değil, görevsiz mahkemede açılan davanın devamıdır. Nitekim bu halde görevli mahkemede yeniden (başvuru) harcı alınmaz (m. 27). O halde, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde görevli mahkemeye başvurulmasıyla davanın ilk açıldığı (görevsiz mahkemede açıldığı) tarih, dava tarihi olarak korunacak, hak düşürücü sürenin de buna göre hesaplanması

¹⁴⁰ **Reisoğlu, S.**, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ağustos 1986, s.339.

¹⁴¹ Tabiidir ki, adli teşkilattaki değişiklik nedeniyle mahkemelerin yargı çevrelerinin değişmesi hallerinde davaya bakan mahkemenin dosyasını o yeni mahkemeye göndermesi, bir devir kararı olup teknik anlamda yetkisizlik kararı olmadığından 193. maddede öngörülen başvurma süresi uygulanmaz. İBK. 18.6.1958 T., 1957/21 E., 1958/10 K. (RG. 01.10.1958 T., S. 10021); 9. HD. 26.5.2005 T., 16189/19444 (**Çankaya, O.G/Günay, C. İ./Göktaş, S.**, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 1044). “Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda...Mahkemece görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra 10 gün içinde tahrik dilekçesi verilmediği gerekçesiyle, HUMK’un 193/son maddesine göre davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir...Karar, yasa gereği aktarma devir niteliğinde bir karar olup, bu tür kararlar yönünden HUMK’nun 193/son maddesi hükmünün uygulanma yeteneği bulunmamaktadır...” 19.HD. 12.02.2007 T., 2006/10779 E., 2007/1150 K. (MİHDER, 2007/3, S: 8, s. 857-858).

gerekecektir. O dava tarihi itibariyle hak düşürücü süre geçmemiş ise süresinde görevli mahkemeye yapılan başvuru olarak değerlendirilecektir¹⁴². Aksi halde dava açılmamış sayılır (HUMK m.193/son fıkra).

Borçlar Kanunu 137. maddesinde, muacceliyet tarihi ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 193/son fıkra gereğince davanın açılmamış sayıldığı tarih arasında “*zamanaşımı*” süresi dolmuş, alacak zamanaşımına uğramış ise 60 günlük ek süreden yararlanarak davanın yeniden açılabilmesi olanağı tanınmıştır. Kanun’da zamanaşımı bakımından getirilen bu ek sürenin hak düşürücü süre bakımından kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hakkında farklı sonuçlara ulaşan Hukuk Genel Kurulu kararlarına rastlanmıştır. Bunlardan daha eski tarihli kararda BK m. 137 hükmünün hak düşürücü süreler bakımından da kıyasen uygulanması gerektiğine karar verilmiş iken¹⁴³, bir başka kararda “Yetkili iş mahkemesinde bir aylık hak düşürücü süre içinde dava açma yükümlülüğü bir sukutu hak süresidir. İki ay içinde dava açılmış olsa bile bir aylık hak düşürücü süre geçirilmiştir. Zira hak düşürücü süreler zamanaşımında olduğu gibi herhangi bir dava ile kesilemez, durdurulamaz. Bu yüzden BK’nun 137. maddesinin kabul ettiği ek süre olayda dava hakkının devamını sağlayamaz” gerekçelerine dayalı direnme kararı, hak düşürücü sürelerle tâbi davaların BK’nun 137. maddesinde öngörülen nedenlerle reddi halinde gene bu maddedeki ek süreye ilişkin hükmün uygulanamayacağı gerekçesiyle onanmıştır.¹⁴⁴ Doktrinde ek sürenin, İsviçre Federal Mahkeme kararları ve 1954 yılındaki HGK

¹⁴² “...İş sözleşmesinin davalı işverence 05.8.2004 tarihinde feshedildiği, davacının 27.8.2004 tarihinde işe iadesine karar verilmesi isteği ile Afyon İdare Mahkemesi’ne dava açtığı, anılan mahkemece 9.9.2004 tarih ve 121-36 sayılı karar ile adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği ve kararın 14.9.2004 tarihinde tebliğ edilmesinden sonra davacının Sandıklı Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi’nde 20.9.2004 tarihinde dava açtığı anlaşılmaktadır...Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesine göre...görevsiz Afyon İdare Mahkemesi’ne açılan dava tarihi itibariyle dava süresinde açılmış olduğundan işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bir aylık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın reddedilmesi hatalıdır.” 9. HD. 14.4.2005 T., 11229/13350 (Akyiğit, E., Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi -İşe İade- Ankara 2007, s. 701). “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesine göre görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde görevli mahkemeye başvurularak davaya devam olunabilir. Böyle olunca...hak düşürücü sürenin de görevsiz mahkemede davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece idare mahkemesi dava dosyası getirtilmeli ve davacının süresi içinde iş mahkemesine başvurup başvurmadığı belirlenmelidir”. 9. HD. 10.4.2007 T., 2006/33094 E., 2007/10201 K. (Günay, İş Davaları, s. 1184, dn. 71).

¹⁴³ HGK 08.12.1954 T., 10/103 (www.kazanci.com)

¹⁴⁴ HGK. 14.4.1976 T., 1974/9-522 E., 1976/1241 K. (YKD. 1977/2, s. 165).

kararındaki gibi hak düşürücü süreler bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁵.

IV. YARGILAMA USÛLÜ

Genel olarak yargılama usûlü, maddî anlamda yargısal faaliyetin icrası sırasında uyulması gereken, taraflara ve yargı organlarına yönelik şeklî kurallar bütünüdür. Bir tanıma göre “*usûlü muhakeme, hakkın istenilmesinde, hakkın tesbitinde tatbik edilen şekillerden ve merasimden ibarettir*”¹⁴⁶. Genel yargılama usûlü, özellikle asliye mahkemelerinde bir davanın yürütülmesi ile ilgili olan ve ayrı bir usûlün öngörülmediği tüm davalarda uygulanma alanı bulmasından ötürü genel (adi/yazılı) sayılan usûldür¹⁴⁷. Ancak bazı davaların niteliği, özellik arz etmeleri sonucunda daha basitleştirilen, sürelerin kısaltıldığı özel yargılama usûllerine kanunen yer verilmiştir. Örneğin, çabuk bozulan mallar ve belirli bir ikametgâhı olmayıp kaçmak üzere olan kimseler hakkında seri yargılama usûlünün (m. 501); her çeşit nafaka davaları, velayet-vesayet işlerine ilişkin davalar, nüfus davaları, kıymetli evrakın kaybindan doğan davalar, iflas ve konkordatoya ilişkin davalarda (m. 507) basit yargılama usûlünün; iş mahkemelerinde görülen iş davalarında sözlü yargılama usûlünün (İşM. K. m. 7) uygulanması gibi.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, iş yargılaması bakımından öngörülen birkaç istisnaî hükümle bu uyumsuzlukların niteliği gereği daha çabuk ve basit bir şekilde sonuçlandırılmasına elverişli değildir. Kanun başlıca, görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin yanında, idarî yoldan dava açılabilmesi, tarafların ilk celsede sulhe

¹⁴⁵ **Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak Muameleler, AÜHFD, C. XXIV, 1967/1-4, s. 173-174. Ancak *Kuru*, davanın tâbi olduğu hak düşürücü süre 10 günden daha az ise ek sürenin de ancak asıl davanın tâbi olduğu hak düşürücü süre kadar olabileceğine işaret etmektedir (**Kuru**, C.I, s. 365). **Gençcan, Ö. U.**, Soybağının Kurulması Reddi – Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002, s. 214.

¹⁴⁶ **Onar S.S./Belgesay M.R.**, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s.7; Dar anlamda yargılama usûlünü işaret eden bu tanımın yanında, geniş anlamda yargılama usûlü ise, uyumsuzlukları gidererek hakkı yerine getirecek makamların oluşumuna, bunların uyacakları usûllere, hakkın kamu gücüyle cebren yerine getirilme araçlarına ve bu hususun tabi olduğu şekil ve formalitelere dair kuralların tümüdür (aynı eser, s.6). Ayrıca bkz. **Karafakih, İ. H.**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952, s. 2; **Çenberci**, s. 77.

¹⁴⁷ **Bilge, N.**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967. s.636; **Çeliksular, A.**, Özel Yargılama Usûlleri, ABD., S. 5, Eylül-Ekim 1975, s.726.

teşvik edilmeleri ve kanun yoluyla ilgili düzenlemeleri getirmekten öteye gitmemektedir. Özellikle yargılamaya egemen olan ilkeler bakımından re'sen araştırma ilkesinin benimsenmesi, hakimin etkinliğinin artırılması, duruşmadan önce davanın hazırlanması, dosyadaki eksikliklerin giderilmesi, hakimin uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli gördüğü kayıtların getirilmesi amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlardan bunların gönderilmesini isteyebilmesi gerekir. Uygulamada iş mahkemesinde bir dava açıldıktan ortalama 2 ay sonrası için ilk duruşma günü belirlenebilmektedir. İş yükü, teşkilat ve personel durumu itibariyle bunu kısaltmak mümkün olamıyorsa bile, halihazırda atıl kalan bu süre en azından hakimin gerekli gördüğü belgeleri isteyip duruşma gününe kadar temini bakımından değerlendirilebilmelidir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine göre, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usûlü uygulanır. Ayrıca feshin geçersizliğinin tespiti davaları bakımından İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince seri yargılama usûlü uygulanacaktır. O halde iş mahkemelerinde, bireysel ve toplu iş hukukuna ilişkin tespit davalarının çözümünde takip edilecek bu iki yargılama usûlünün özelliklerinin ele alınması gerekmektedir.

1. Sözlü Yargılama Usûlü

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 473 ila 491. maddeleri arasında düzenlenen sözlü yargılama usûlünde de, kanunda belirtilen özel hükümler dışında, yazılı yargılama usûlüne ilişkin kurallar uygulanır. Dava dilekçesi, bir nüshası diğer tarafa tebliğ edilmek üzere verilmelidir (HUMK m. 474). Sözlü yargılama usûlünde, yazılı usûlde olduğu gibi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren 10 günlük cevap süresi yoktur. Davalı, ilk celsede cevaplarını sözlü olarak açıklayabilir (m. 479), dilerse duruşmadan önce cevaplarını yazılı olarak da bildirebilir. Sözlü yargılama usûlüne ilişkin özelliklerden biri replik, düplik dilekçelerinin verilmesi veya bunlar hakkındaki sürelerin geçmesiyle tamamlanan dilekçelerin teatisi aşamasının bulunmayışıdır. Tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri ve tahkikat, celselerde yapılır. Hüküm temeli de ağırlıklı olarak duruşmalarda ileri sürülen

hususlara ve işlemlere dayanmaktadır.¹⁴⁸ Deliller diğer tarafa tebliğe gerek bulunmaksızın incelenir (m. 487).

Tespit davalarında bölünebilir bir alacak dava konusu değildir. Örneğin İş Kanunu 3. madde uyarınca muvazaa ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespitinde, 20. maddeye göre feshin geçersizliğinin tespitinde, Sendikalar Kanunu'na göre üyelik başvurusunun haksız reddedilmesine ilişkin davalarda, yetkili sendikanın belirlenmesine yönelik Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu 15. maddeye göre açılan davalarda kısmî dava açıldığından, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğundan söz edilemez¹⁴⁹. Yine aynı sebepten davalının takas-mahsup def'i ileri sürmesi, kendisinin de davacıya karşı bir hakkının hüküm altına alınması talebini içeren karşılık dava¹⁵⁰ açması kural olarak gündeme gelmez. İş hukukundaki birçok tespit davasında davalı olarak yer alan Bakanlık ile davacı işverenler yahut sendikalar arasında, böyle bir karşılık davaya konu olabilecek herhangi bir hukukî ilişki, asıl dava ile irtibatlı bir karşı hak bulunmamaktadır.

Ancak 2822 sayılı TSGLK'nın 46. maddesinde düzenlenen grev/lokavtın hukuka aykırılığının tespiti davası bakımından; grevin kanun dışı olduğunun tespitini talep eden işveren yahut işveren sendikasına karşı, yine aynı maddeye göre lokavtın kanun dışı olduğunun tespitine yönelik karşı dava açılması mümkündür. Karşılık dava, ilk celsede açılabilir (m. 480). İstisnaen davalıya esasa cevap için mehil verilmiş yahut ilk itirazların incelenip karara bağlanması ilk celsede mümkün olmamışsa, davalının bu süre içinde de karşılık dava açması düşünülebilir¹⁵¹. Çünkü 479. maddeye göre, iddia ve savunmaların ileri sürülüp açıklanması için önce ilk itirazların incelenmesi gerekmektedir. Mehil verilmesi durumunda henüz esasa cevap süresi dolmadığından karşılık davanın ilk celseden sonra da açılabilmesi gerekir.

¹⁴⁸ Bkz. **Kuru, B.**, Sözlü Yargılama Usûlü, AD., 1963/9-10, s. 910-928; **Ansay**, s. 391-394; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 659-660.

¹⁴⁹ "Tespit davasında tespit edilecek hukukî ilişki bölünüp bir parçasının tespitinin istenmesi söz konusu olamaz...fazlaya ait hak saklı tutularak bu haktan bahisle ikinci bir tespit davası açılmaz" 3. HD. 21.6.1984 T., 3376 E., 3530 K. (**İnal, C. I.**, s. 482).

¹⁵⁰ **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 341.

¹⁵¹ *Üstündağ*'ın belirttiği gibi "Kanunumuz cevap süresine elastikiyet tanıdığı için bu imkanlardan yararlanmak mümkün olan hallerde karşı dava da uzatılan cevap süresi içinde ikame edilebilecektir" (**Üstündağ**, s. 520).

Tarafların ilk celsede esasa dair iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri için öncelikle ilk itirazlar, hadiseler gibi çözümlenip karara bağlanmalıdır (m. 479). Sözlü yargılama usûlünde 478 ve 479. maddelerin getirdiği esas uyarınca, ileri sürülen ilk itirazların incelenip karara bağlanmasıyla iddia ve savunmaların ilk (ve aynı) celsede beyan edilmesi gerekmektedir. Bu esasa uygun olmamakla beraber, ilk itirazların incelenmesi ilk oturumda gerçekleşip tamamlanamamış ise iddia ve savunmaların diğer celsede beyan edilerek tutanağa geçirilmesi söz konusu olacaktır. Tarafların bildirdikleri iddia ve savunmaların tutanağa geçirilmesiyle, genişletme ve değiştirme yasağı da başlamış olur ve bu aşamadan sonra ıslah, feragat, karşı tarafın rızası gibi kanundaki istisnalar hariç, zapta geçen iddia ve savunmalar değiştirilip genişletilemez (m. 482)¹⁵².

Sözlü yargılama usûlünde deliller kural olarak ilk celsede sunulur. 479. maddede bu husus “...iki taraf iddialarını şifahen izah ederler ve neticei iddialarını teyit için ilk celsede vesikalarını ibraz ederler.” hükmüyle düzenlenmiştir. 486. maddenin ilk cümlesi de, iki tarafın iddialarını beyan etmelerinin ardından ispat sebeplerini söylemeye davet olunacakları hükmünü içermektedir.¹⁵³ Ancak delillerin ileri sürülme zamanı konusunda sonraki maddelerde (m. 482, 486/son), hakimin delillerin ibrazı için taraflara süre vermesi, tahkikat sona erene dek tarafların yeni delil gösterebilmeleri hükme bağlanmaktadır. Aynı durum yazılı yargılama usûlü için de geçerlidir. Öyle ki, 180. maddeye göre davacı dava dilekçesine; 202. maddeye göre de davalı cevap dilekçesine delillerini eklemek zorundadır. Bu yapılmadığı takdirde hakim ilk celsede taraflara 10 günlük süre vererek eksikliğin giderilmesini isteyecektir. Ancak, Kanun’un 75, 217, 244 ve 378. maddeleri bu süreye bağlı olmaksızın yeni delil gösterilmesine olanak tanıyan hükümler içermektedir.

¹⁵² Buna karşılık *Günay*, sözlü yargılama usûlünde m. 202’yi esas alarak ortaya koyduğu açıklamalarında; “*Davalı davaya karşı sözlü olarak cevap verse de cevap dilekçesinde ...bütün savunma ile sebeplerini birlikte bildirmeye mecbur bulunmaktadır. Zira, davalı cevap dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirdikten sonra onun izni olmaksızın savunma sebeplerini genişletemez ve değiştiremez. Bunun istisnası iş davaları yönünden sadece ıslah durumudur.*” demektedir (**Günay, C.I.**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara 2007, s. 139; Aynı Yazar, İş Mahkemeleri, s. 235). Oysa yazılı yargılama usûlünde savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına ilişkin bu maddenin, sözlü yargılama usûlünde yeri yoktur. Burada uygulanacak hüküm 482. maddedir.

¹⁵³ Delillerin prensip olarak belli bir sürede ibrazı, hiç olmazsa tarafların başlangıçta ellerinde olan delillerin mahkemeye sunulmasını, getirilmesi gereken delillerle ilgili giderlerin yatırılmasını sağlamak, özellikle davayı uzatma kastıyla sürekli yeni delil ileri sürülmesini önlemek amacıyla (Pekcanitez/Atalay/Özekes, 446).

Delillerin ileri sürülmesinde taraflar arasında ayırım yapılmadan, adil ve eşitlik ilkesine uygun davranılmalıdır. Bu amaç, “silahların eşitliği” ilkesiyle gerçekleşebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin unsurları arasında yer alan silahların eşitliği prensibi ile; taraflar verilecek karara eşit olarak etki edebilme, dengeli ve rasyonel bir ölçekte, iddia ve savunmaları çerçevesinde vakıalar ile bunları kanıtlamaya yönelik delillerini mahkemeye sunabilme, bunların incelenmesini talep edebilme hakkına sahip olmaktadır¹⁵⁴.

Taraflar ancak iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıalar hakkında yeni delil gösterebilirler. Sunulan delil yeni bir vakıanın davaya dahil edilmesine yol açmamalıdır. Tespit davalarında bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu tespit edilirken dava temelini bu yöndeki ana vakıa oluşturacaktır ve bu arada hukuka aykırılık, muvazaaya dayanıp dayanmama gibi hususlar önem taşımaktadır. Örneğin, işverenler arasındaki alt işveren-asıl işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespiti, grev ve lokavtın hukuka aykırılığının tespiti davalarında tarafların iddia ve savunmalarının özünü teşkil eden asıl vakıalar ilişkinin geçersizliğini, muvazaaya dayanıp dayanmadığını, kanuna aykırılığını ortaya koymaya yönelik olacak ve deliller de bunun ispatını hedefleyecektir. Bu bakımdan sonradan ibraz edilecek delillerin de genellikle asıl vakıa kapsamında kalacağı ve ayrı, yeni bir vakıanın yeni delil yoluyla yargılamaya dahil edilmesi ihtimalinin düşük olduğu söylenebilir¹⁵⁵.

Tahkikatın tamamlanmasının ardından taraflara layiha için süre verilmişse, diğer oturumda; aksi takdirde hemen aynı celsede sözlü yargılamaya geçilir¹⁵⁶. Sözlü usûlde sözlü yargılamanın icrası bakımından 376. maddeye atıf yapılmıştır (m. 489).

¹⁵⁴ **Yıldırım, M. K.**, Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 98 vd.; **Pekcanitez, H.**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD., S. 2, Nisan 1997, s. 46; **Schroeder, F.C.**, Der Grundsatz des “fair trial” im Strafverfahren, İstanbul Barosu Adil Yargılama Semineri, İstanbul 1999, s. 97.

¹⁵⁵ İşe iade davalarında ise fesih sebebi değiştirilemeyeceğinden konu özellik arz etmektedir. Bkz. aşağıda

¹⁵⁶ Sözlü yargılama, tahkikat ile hükmün verilmesi arasında yer alan bir aşama olup, bu yolla taraflar tüm yargılama hakkında görüşlerini belirtmek, vakıalar ve deliller üzerinde toplu değerlendirmeye lehlerine sonuç çıkarma olanağı bulurlar (**Onar/Belgesay**, s. 127; **Berkin, N.**, Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 206; **Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 266; **Pekcanitez/Atalay/Özokes**, s. 398).

Buna göre hakim taraflara ikişer defa söz verdikten sonra, dava hüküm için yeterince aydınlanmışsa yargılamanın sona erdiğini bildirir¹⁵⁷.

2. Seri Yargılama Usûlü

Özel yargılama usûllerinden biri seri yargılama usûlüdür. İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel olarak iş mahkemeleri için kabul ettiği yargılama usûlü, sözlü usûl olmasına karşılık İş Kanunu'nun 20. maddesi ayrı bir düzenleme ile feshin geçersizliğinin tespiti davalarında seri yargılama usûlünün uygulanmasını kabul etmiştir. Madde gerekçesinde tercihin amacı, davanın kısa sürede sonuçlanması olarak açıklanmıştır. Ancak seri usûlün, “seri” ifadesi dışında hiçbir serilik sağlamadığı, davanın öngörülen kısa sürede cevaplanması, replik düplik dilekçelerinin verilmesi güçlük arz edebildiğinden uzatılan sürelerle bu yargılama usûlünün oldukça yavaş işlediği, tecrübelerin yargılamada çabukluk mülahasasıyla yapılan düzenlemelerin işlevsel olmadığını gösterdiği, yargılamadaki çabukluğun kararın sağlıklı olmasından daha önemli olmadığı ifade edilmiştir¹⁵⁸. Uygulamada da, işe iade davalarının örneğin işçilik alacaklarının tahsilini hedefleyen eda davalarından daha kısa sürede sonuçlandığı söylenememektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da, mevcut dört ayrı yargılama usûlü yerine, esas itibariyle yazılı usûl korunmuş, onun yanında özel yargılama usûlü olarak basit yargılama usûlü düzenlenmiştir (Tasarı m. 320)¹⁵⁹. Seri ve sözlü yargılama usûllerine yer verilmemiştir.

¹⁵⁷ Hükümün verilmesi ve özellikleri aşağıda son bölümde incelenecektir. Bkz.

¹⁵⁸ **Kuru, B.**, Sulh/Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımı Kaldırılmalıdır, Bursa Barosu Dergisi, 1987/29, s. 2-3; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 661-662; **Ekmekçi, Ö.**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Toplantısı, Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2005, s. 174; **Yılmaz, E.**, İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü İle İlgili Özellikler, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4, s. 25.

¹⁵⁹ Seri ve sözlü yargılama usûllerine yer verilmemesinin nedeni gerekçede; “1086 sayılı Kanunda seri yargılama usûlü, sadece cevap dilekçesi ile cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için yazılı yargılama usûlüne nazaran kısa süreler öngörmekteydi. Bu kısa süreler dışında yazılı yargılama usûlüne atf yapıldığı için, seri yargılama usûlü ile yazılı yargılama usûlü arasında bir fark bulunmamakta idi. Hatta cevap ve diğer dilekçeler için çoğu kez mahkemeye müracaat ederek sürenin uzatılması istendiğinden ve bu talep kabul edildiğinden, adı seri olan yargılama usûlü çoğu kez yazılı yargılama usûlünden daha uzun sürmekte idi. Bu nedenle uygulamada ismi dışında seri bir yargılama öngörmeyen bu usûle yer verilmemiştir. Keza sözlü yargılama usûlü de uygulamada yazılı yargılama usûlü gibi uygulandığından, bu iki yargılama usûlü kaldırılarak, basit yargılama usûlü, yazılı

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 503 ila 506. maddeleri arasında özel olarak seri yargılama usûlüne mahsus düzenlemeler dışında, genel olarak yazılı yargılama usûlünde geçerli kurallar uygulanır (m. 502). Bu usûlde cevap süresi yedi, replik ve düplik dilekçelerini verme süreleri beş günü geçemez ve hakim, yargılamayı en yakın güne erteler (m. 505). İki tarafın muvafakat etmeleri istisna olmak üzere, delillerin ibrazı için ancak bir defa süre verilir (m. 504).

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesindeki özel bir düzenlemeye göre, İş Kanunu'nun uygulanmasıyla görevli idarî merciler¹⁶⁰, kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idarî yoldan sonuçlandıramaz ve iş mahkemelerinin görevi içinde görürlerse, konuyla ilgili belgeleri yetkili iş mahkemesine tevdi ederler. Burada idarî merciin fonksiyonu, konunun mahkeme önüne getirilmesi esnasında bazı formaliteleri üstlenerek aracılık etmektir¹⁶¹. Bu sayede kolaylık sağlanmıştır. İdarî makam tarafından gönderilen yazı, bir dava dilekçesi olmadığından mahkemede esas defterine değil; muhabere defteri veya değişik işler defterine kaydedilir (Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği m. 7).

Başvurunun idarî makam tarafından mahkemeye tevdi edilmesi üzerine mahkemece yapılacak işler de aynı maddede gösterilmiştir. Buna göre mahkeme re'sen duruşma günü belirleyerek tarafları çağırır ve bu ilk celsede başvuru sahibinin davacı olduğunu tespit ederek tutanağı imzalatır. Davanın açıldığı tarih, davacı sıfatının tespiti ile istemlerin ayrıntılı olarak davacıya sorularak tutanağa geçirildikten sonra okunup davacının imzasının alındığı tarihtir¹⁶². 10. maddenin uygulanması bakımından da, davanın açılmasıyla ilgili genel hükümleri göz ardı etmemek zorunludur. Bu davalar da harca tâbidir ve işçi, duruşmada davacı

yargılama usûlüne nazaran daha hızlı daha kolay bir usûl haline gerilmeye çalışılmıştır" şeklinde açıklanmıştır.

¹⁶⁰ Çalışma Bakanlığı'nın tüm teşkilatı, özellikle bölge müdürlükleridir.

¹⁶¹ **Tunçomağ**, s. 480.

¹⁶² 9. HD. 12.6.1967 T., 5416 E., 5493 K. (**Uygur**, s. 583); 9. HD. 9.12.1969 T., 8148 E., 11629 K. (**İplikçioğlu**, s. 388); 9. HD. 21.4.1969 T., 1253 E., 4700 K. (*İş Hukuku Dergisi*, C.I., S.6., Haziran 1969, s. 583); **Devres, D.**, İş Mahkemelerinde Dava Açılması, İHD. 1969, S. 10, s. 854; **Şahlanan**, İş Yargılaması, s. 413; **Uygur**, s. 583; **Sarisözen**, s. 223; **Kuru, C.V.**, s. 5637-5638; **Narmanhoğlu, Ü.**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 65, dn. 178; **Bozkurt**, s. 46; **Birben/Öktem**, s. 1084-1085.

olduğunu, taleplerini bildirdikten sonra, harç yatırmak zorunda olduğundan 6.2.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁶³ ışığında harcın ödendiği tarihte dava açılmış sayılır¹⁶⁴. O itibarla tutanağın imzalandığı tarih ile harcın yatırıldığı tarih farklı ise, davanın harcın yatırıldığı tarihte açıldığını kabul etmek gerekir.

Mahkemenin 10. maddede belirlenen işlemlerini ve tutanağın hazırlanmasını tamamlayıcı bir işlem gibi görerek niteliğini indirgemek mümkün değildir. Çünkü, başvuru sahibinin gerçekten davacı olup olmadığının tespiti ile dava konusunun, taleplerinin belirlenmesi ancak bu işlemlerin yapılması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu yolla iradenin ayrıca ve açıkça belirlenmesi gereklidir¹⁶⁵. Davacı, idarî mercie başvurusundaki talepleriyle bağlı olmayıp ilk celsede yeni talepler ileri sürebilir.

Feshin geçersizliğinin tespiti davası ise, hak düşürücü süreye bağlıdır ve zamanaşımından farklı olarak bu sürelerin uzayıp kesilmesi mümkün değildir. Kanun, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin hangi sürede nereye başvurabileceğini açıkça göstermiştir. İdarî makama başvurunun İş K. 20. maddesindeki süreyi koruyabileceğine dair herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, İş Mahkemeleri Kanunu 10. madde uyarınca mahkemeye intikal ettirilen uyuşmazlıklarda dava, ilk celsede işçinin davacı olduğunun ve taleplerinin tutanağa geçirilip imzalanması suretiyle açılmaktadır. Hak düşürücü sürenin korunduğu kabul edilse dahi, Bölge Müdürlüğü'nün ya da iş müfettişlerinin feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını, feshin geçersizliğini tespit ederek işçiyi işine iade etmesi ve işe başlatılmama durumunda hakime tanınan takdir yetkisiyle

¹⁶³ İBK 6.2.1984 T., 7/3., RG. 19.3.1984 T., S. 18346.

¹⁶⁴ **Günay**, İş Mahkemeleri, s. 295; **Birben/Öktem**, s. 1085; Aynı yönde 9. HD. 12.12.1995 T., 21088 E., 35429 K. (**Günay**, İş Davaları, s. 138). Doktrinde idarî merciler yoluyla mahkemeye intikal eden davanın açılma zamanının, idarî makama yapılan başvuru tarihine doğru geri götürülmesinin özellikle zamanaşımına uğrama riski olan işçi alacakları için uygun olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, mahkemeye intikal ve mahkemece gün tayin edilene kadar hakların zamanaşımına uğrayabilecek olması, hükmün konuluş nedeni ve dayandığı koruyucu amaca ters düşeceğinden, hüküm aksi şekilde yorumlanmamalıdır. Burada sözü edilen tutanağa geçirme işlemi tamamlayıcı niteliklidir (**Çenberci**, s. 101-102; **Canbolat**, s. 49; **Başterzi**, s. 176, 177). İşe iade davalarında da İş Mahkemeleri Kanunu 10. maddesinin uygulanabileceği, bir aylık hak düşürücü sürenin idareye yapılan başvuru tarihine göre korunacağı görüşü (**Gökçe**, s. 112-113).

¹⁶⁵ **Devres**, s. 856.

tazminat miktarını belirleyebilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu davaların uyuşmazlığın niteliği gereği kısa sürede sonuçlanması, yasal düzenlemelerden de görüldüğü üzere önem arz etmektedir. İdarî makama başvurunun ardından, iş müfettişinin teftişle görevlendirilmesi, yerinde denetim ve ardından teftiş raporunun hazırlanması, ulaşılan sonucun tebliği gibi aşamaların tamamlanması oldukça uzun zaman almaktadır. Neticede bu sürecin ardından, işçinin elinde 21. maddede düzenlenen nitelikte bir mahkeme veya hakem kararı da bulunmayacak, bir kesin hüküm elde edilmesi yine yargı yoluna başvuruyu gerekli kılacaktır.

3. İş Davalarında İtiraz Kavramı ve Dava Hakkı

İş mevzuatındaki birçok düzenlemede, esasen dava açılması hakkında hükümlere yer verilirken itiraz kavramının kullanıldığı görülmektedir. İş Kanunu'nun 3. maddesine göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna dair iş müfettişi raporuna karşı açılan davalar bakımından, maddede “rapora itiraz edilebilir; itiraz üzerine verilen kararlar kesindir; rapora itiraz edilmemiş...ise” gibi ifadelerle yer verilmiştir. Bu maddeye ilişkin doktrinindeki bazı değerlendirmelerde de “itiraz yetkisi, itiraz edilmesi, itiraz süresi” gibi tanımlamalar kullanılmaktadır¹⁶⁶. Dava; mahkemeden verilecek hükümle hukukî korunmanın sağlanması dileği¹⁶⁷ ya da başkaları tarafından subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan yahut kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukukî koruma (himaye) istemesidir¹⁶⁸ şeklinde tanımlanır. İtiraz ise genelde bazı çekişmesiz yargı işleri için bazı durumlarda (örneğin TMK m. 422, 488) kabul edilmiş, kanun yolu niteliği taşımayan hukukî çaredir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Bkz. Centel, s. 9; Kılıçoğlu, M./Şenocak, K., İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul, Temmuz 2008, s. 133.

¹⁶⁷ Ansay, s. 200; 07.12.1964 T., 3/5 sayılı İBK’da yer alan benzer bir tanıma göre “dava, mahkemeden verilecek bir hükümle, bir iddia üzerinde hukukî korunmanın sağlanması dileğidir” (RG. 12.12.1964 T., S. 11880, s.2).

¹⁶⁸ Kuru, C. I, s. 871; Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 279.

¹⁶⁹ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 78. (Çekişmesiz yargıda itiraz müessesesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 199 vd.). İdarî yargılama hukukunda da, idare ve vergi mahkemelerinin tek yargıçla verdiği nihai kararlara karşı, bir tür temyiz yoluna benzeyen, mahkemenin yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine başvurma olanağıdır (Gözübüyük/Tan, s. 1159).

İş Kanunu'nun 20. maddesi -Fesih bildirimine itiraz ve usûlü- kenar başlığı¹⁷⁰ altında düzenlenmiş, ancak fıkralarında “dava” terimine (f. 1, 3) ve tümüyle dava niteliğini ortaya koyan esaslara yer verilmiş, ispat yüküne, davanın seri muhakeme usûlüne göre sonuçlandırılacağına ilişkin hükümler sevk edilmiştir. O halde, İş Kanunu'nda yasa koyucunun itiraz ve dava kavramlarını kullandığı hallerde, idarî mercilerce yapılan bir işlem bulunması ya da hukukî işlemin örneğin bir özel hukuk kişisi işveren tarafından gerçekleştirilmesine göre ayırım yapılmadığı söylenebilecektir. Yine 20. maddede her iki terim de birlikte zikredilmekle itiraz, dava anlamında kullanılmaktadır¹⁷¹. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu incelendiğinde; örneğin Sendikalar Kanunu'nun üyeliğinin kazanılmasına ilişkin 22. maddesinde dava açma hakkından, üyeliğin sona ermesi ile ilgili 25. maddesinde mahkemeye itiraz edebilmeden söz edilmiştir. Aynı Kanun'un 3. maddesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işkolu tespitine karşı görevli mahkemede dava açılacağı; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde ise Bakanlık'ın yetki tespitine itiraz düzenlenmiştir. Birçok Yargıtay kararında¹⁷² ise her iki kavramın biraraya getirilerek

¹⁷⁰ “Burada kullanılan ve 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 8. maddesinden geldiği anlaşılan “itiraz” tabiri yerinde değildir. Zira, hukuk dilimizde “itiraz”ın özel bir anlamı vardır ve buradaki kullanım, sanki feshе karşı bir idarî makamda itirazda bulunulabilecekmiş gibi yanıltıcı içerik taşımaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, bunun yerine “yargı yolu” tabirini kullanmak daha yerinde olurdu” (Yılmaz, İşe İade Davaları, s. 31, dn. 6).

¹⁷¹ Buna benzer kavramsal sorunlara diğer yargı çeşitlerinde de rastlanmaktadır. Örneğin ceza yargılamasında, savcının kamu davası açmama kararı üzerine, bunun yargısal denetimini sağlamaya yönelik olarak getirilen yol, kanunda “itiraz” olarak adlandırılmakta ise de, burada esasen bir uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması maksadıyla yargılama makamı önüne götürülmesi yani dava açılması söz konusu olduğundan bu yola –koğuşurma davası- denmesi daha uygun bulunmaktadır (Kunter, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 800, No. 426 II a; Öztürk, B., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, s. 190, No. 176d). İdarî yargılamada da, idare ve vergi mahkemelerinin tek yargıçla verdiği nihaî kararlara karşı, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine “itiraz” edilebilir. Ancak kanunda “itiraz” deyimini kullanılmasına karşın, bu bir temyiz yoludur (Gözübüyük/Tan, s. 1159, No. 782.). Medenî usûl hukuku disiplininde de yargı makamlarına yapılan başvuruların niteliği gözetilmeksizin, çekişmesiz yargıya hasım yoksa dava da yoktur kuralına rağmen hasımsız dava denilmesi, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî korumaların, icra takiplerindeki şikayet prosedürlerinin davaymış gibi incelenmesi, bunun sonucunda yanlış hukukî nitelendirmelere, yanlış yargılamalara ve yanlış sonuçlara ulaşılması haklı olarak eleştirilmektedir (Pekcanitez, /Atalay/Özkes, s. 279-280).

¹⁷² “Davacı işveren davalı sendikanın çoğunluğunun bulunmadığı yolunda Kanunun 15. maddesi uyarınca itiraz davası açmışsa da...” 9. HD. 23.01.1997 T., 1996/22921 E., 1997/975 K. (Kılıçoğlu, Çözüm Yolları, s. 453); “...çoğunluk tespitine itiraz davasını iş mahkemesinde açmadan önce...” 9. HD. 17.01.2002 T., 2001/20688 E., 2002/325 K. (Kılıçoğlu, Çözüm Yolları, s. 455).

“itiraz davası” şeklinde adlandırmaya rastlanmakta olup, burada da vurgulanan dava kavramıdır.¹⁷³

Diğer mevzuat hükümlerinde de örneğin idarî para cezalarına karşı idare mahkemesine “itiraz” edilebileceğine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un *Cezalarda Yetki, İtiraz ve Zamanaşımı* başlıklı (eski) 26. maddesinde; bu Kanun çerçevesinde verilen idarî para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayaacağı ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılacağı, itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğu düzenlenmişti. Ne var ki, başlığı aynı kalmak üzere madde, 23.01.2008 T., 5728 sayılı Kanun’un 477. maddesiyle değiştirilmiş olup uyuşmazlığın dava yoluyla çözümleneceğine ve bunun idarî yargıdaki dava türleri arasında iptal davası olduğuna vurgu yapılarak şu yönde düzenlenmiştir: “...Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz” (son f.). İş Kanunu’nun 108. maddesinde yer alan, idarî para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu, itirazın zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinden inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılacağına dair son fıkradaki düzenleme de 5763 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır¹⁷⁴.

¹⁷³ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir işyerinin Sendikalar İşkolları Yönetmeliğinin hangi sırasına girdiğinin tesbiti isteğine münhasır bulunmuştur. Dava, tesbit isteğinden ibaret bulunması bakımından uyuşmazlık, hukukî bir meselenin çözümüne yönelmiştir. O halde hukukî bir meselenin çözümünü hedef tutan uyuşmazlık, mahkemede taraf teşkil edildikten sonra bir dava olarak görülüp sonuçlandırılmak gerekir. Mahkemece meselenin bir itiraz niteliğinde düşünülerek kağıtlar üzerinde inceleme yapıp karar verilmesi yasaya ve usûle aykırıdır” 9. HD. 28.11.1968 T., 15925/14795 (*İş Hukuku Dergisi*, 1969/Şubat, s. 204-205).

¹⁷⁴ Önceki düzenleme ve itiraz ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Akyiğit, E.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2006, s. 2250 vd.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesine göre, “*Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim, her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez*”. 2822 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmesi yetki aşamasında, yetki itirazını düzenleyen 15. maddesinin 2. fıkrası bu yöndeki uyuşmazlıkların çözümünde ikili bir ayrıma gitmesiyle özellik arz etmektedir. Anılan madde işçi ve üye sayılarının tespitinde *maddî hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazların duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağını; bunlar dışındaki itirazlar için duruşma yapılarak karar verileceğini* öngörmüştür. 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi kapsamında Bakanlık'ın yetki tespitine karşı, örneğin işkolu uyuşmazlığı, işyerlerinin toplu iş sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği, sendikanın o işkolunda çalışan işçilerin yarısından fazla çoğunluğu temsil edip etmediği veya sahte üyelik gibi her türlü hukukî sebepten doğabilecek¹⁷⁵ uyuşmazlıklarda kanun, duruşma yapılması zorunluluğunu açıkça getirerek dosya üzerinden inceleme yönteminden ayrılmıştır. Bu halde ortada davalı ve davacı tarafları ile çekişmeli bir davadan söz edilir. Dolayısıyla mahkeme, dava dilekçesini ve duruşma gününü tebliğ edecek, taraf teşkili yaptıktan sonra, tarafları dinleyip delilleri toplayacak ve gerekli incelemeleri yaparak hükmünü verecektir¹⁷⁶. Yargıtay da “*Kanunlarda evrak üzerinde inceleneceği açıkça belirtilmeyen davalarda HUMK hükümlerine uymak gerekir. Mahkemece evrak üzerinden inceleme yapılarak savunma haklarının takyidi esasa müessir usûli hatadır*” diyerek, evrak üzerinden incelemeyle yetinilemeyeceğine, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu' na göre yargılama yapılması gereğine haklı olarak işaret etmiştir¹⁷⁷. İş Kanunu 3. maddesi ve anılan diğer maddelerde uyuşmazlığın evrak üzerinden çözümleneceğine dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Zaten uyuşmazlıkların niteliği de buna elverişli değildir.

¹⁷⁵ **Günay**, İş Davaları, s. 1575 vd.; **Reisoğlu**, s. 196 vd.; **Sur, M.**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s. 235 vd.

¹⁷⁶ **Oğuzman, M.K.**, Hukukî Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C.I., İstanbul 1984, s. 39; **Tuğ, A.**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, s. 107; **Çelik, N.**, Karar İncelemesi, İHU, 1984/II, TSGLK 15 No.1.; 9. HD., 19.6.1978 T., 8214 E., 8648 K.(**Reisoğlu**, s. 199).

¹⁷⁷ 9. HD. 29.6.1984 T., 7047 E., 7215 K. (**Reisoğlu**, s. 64); “*İtiraz konusu niteliği itibarıyla üye tamsayısının tesbiti ile süreye ilişkin bulunmamakta dolayısıyla duruşma açılarak yargılama suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir...Uyuşmazlık mahiyeti itibarıyla karşı sendikaya husumet yöneltilmek, duruşma açılıp yargılama yapılarak çözümlenmesi gerektiğinden öncelikle bu usûlü eksiklik tamamlanıp tarafların delilleri incelenip sonucu uyarınca karar verilmelidir.*” 9. HD. 18.6.1984 T., 6441 E., 6675 K. (İHU, 1984/II, TSGLK 15 No.1). Aynı yönde 9. HD. 27.5.1985 T., 6074 E., 5757 K. (**Berksun/Eşmelioglu**, s. 344).

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu' nun işkolu istatistiklerine itirazdan söz eden 12. maddenin son fıkrası ile 15. maddenin ikinci fıkrasını birlikte değerlendiren Hukuk Genel Kurulu kararında¹⁷⁸ konuya ilişkin tespitlere yer verilmiştir. Buna göre;

“ ...2822 sayılı Yasa'da yetki itirazı kapsamında ileri sürülen iddiaların incelenmesi bakımından bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Gerçekten 15. maddenin ikinci fıkrasında ‘...maddê hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme altı işgünü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme duruşma yaparak karar verir’ denilmektedir. Konu ile doğrudan ilgili 12. maddenin son fıkrasında ise belgeler üzerinden incelemeye yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak da itirazların mahkemece duruşma yapılarak incelenip karara bağlanması zorunluluğu vardır. İstatistikî tesbite itiraz davalarında Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi uygulamasının da aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Gerçekten anılan daire bu tür itiraz davalarında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile birlikte aynı işkolunda kurulu sendikalara husumetin yöneltmesini ve duruşma yapılmasını gerekli görmektedir (9. Hukuk Dairesi 30.10.1986, 8874-9637). Bu yasal düzenleme karşısında, istatistikî tesbite itiraz davasının taraf teşkili yapıp duruşma açılmak suretiyle görülüp sonuçlandırılması, bunun için de Yasa'da öngörülen sürelerle olabildiğince uyulması zorunluluğu vardır...”

Karşı oy yazısında ise “Bu dava klasik dava olmayıp, özel prosedürün işlemesine bağlı itiraz şeklinde bir yasal hukuk yoludur. Toplu İş Sözleşmesi yetki prosedürünün en kısa sürede sonuçlandırılması için mahkemece de kabul edildiği üzere, dosyanın takip edilmemesi sebebiyle işlem den kaldırılması söz konusu edilemez. Aksinin kabulü ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 409/son maddesi uyarınca işlem yapılması durumunda, itiraz edenin kötüniyetle dosyayı üçer aya yakın olmak üzere iki kez müracaata bırakması mümkündür. Bu durum işkolu istatistiğine itiraz işleminin kesinleşmesi yasakoyucu tarafından direktif olarak öngörülse de 15 günlük süreleri oldukça fazla bir süre uzatabileceğinden; bu hal

¹⁷⁸ HGK., 4.2.1998 T., 1997/9-840 E., 1998/3 K. (Günay, s. 507 vd.). Aynı yöndeki bir karar ve karşı oy yazısı için bkz. 9. HD. 15.7.1997 T., 1997/13006-14451 (Günay, s. 509 vd.).

Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre yasaca korunamaz. Bu nedenle mahkeme tarafından 2822 sayılı Kanununun 12. maddesinde belirtilen sürelere imkan nisbetinde uyulmak suretiyle Bakanlık kayıtları üzerinde re'sen inceleme yapıp sonucuna göre itiraz hakkında bir karar verilmesi gerektiği” görüşlerine yer verilmiştir.

Kanımızca, yasanın ayrı bir yargılama usûlü, inceleme yöntemi öngörmediği durumları bazı varsayımlarla genişletmek olanaklı değildir ve yargılama usûllerinin kanunîliği prensibine de aykırıdır. Yasa, mevcut yargılama usûlünden ayrılmak istediğinde bunu açıkça hükümlerinde belirtmiş hatta incelemenin nasıl yapılacağını da göstermiştir. Böyle açık bir düzenleme olmadıkça iş mahkemelerinde uygulanan yargılama usûlünden vazgeçmek söz konusu olamaz. İddia ve savunmaların araştırılması, tahkiki, aksi öngörülmedikçe duruşma açılması mahkemelerin birincil görevidir¹⁷⁹. Buna uyulmaması hukukî dinlenilme hakkının, hak arama özgürlüğünün ağır biçimde ihlaline yol açar. Karşı oy yazısında yer verilen bir bakıma haklı kaygılar da bu durumu değiştirmemelidir. Öyle ki esasen her hakkın kötüye kullanılması ihtimali vardır. Ayrıca 12. maddenin esas bakımından da, Bakanlık istatistiklerinin gerçeği yansıtmadığı iddiasının yine Bakanlık kayıtları üzerinden re'sen incelenmesinin gerçek durumun ortaya çıkarılmasında her zaman sağlıklı ve yeterli bir yol olamayacağı da açıktır.

Çekişmesiz yargı işlerinin unsurlarından ve çekişmeli yargıyla arasındaki farklardan yararlanarak da itiraz olarak adlandırılan müesseselerin çekişmeli yargı alanına girdiği ve bir dava olduğu anlaşılmaktadır. Çekişmesiz yargı¹⁸⁰ işlerindeki, ihtilaf yokluğu ve buna bağlı olarak hasmın bulunmaması, mahkemenin yargısal faaliyetinin bir uyuşmazlığın çözümüne yönelik olmaması, subjektif hakkın yokluğu, re'sen harekete geçme ilkesinin geçerli olması, verilen kararların kesin hüküm

¹⁷⁹ Grevin kanunsuzluğunun tespiti isteğine ilişkin bir davada mahkemece duruşma yapılmayarak evrak üzerinden hüküm tesis edilmesi üzerine Yargıtay, “*HUMK m.73'e göre –Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez-. Grevin kanunsuz olduğunun tespitine ilişkin dava, sözü edilen istisnalar arasında yer almamaktadır*”. 9. HD. 18.12.1967 T., 8866 E., 12518 K. (Çenberci, s. 158), diyerek aynı hususa işaret etmiştir.

¹⁸⁰ **Kuru**, Nizasız Kaza, s. 16 vd., 39-40; **Berkin**, N., Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 22-23; **Postacıoğlu**, İ. E., Medeni Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1970, s. 27-29; **Üstündağ**, s. 33 vd.; **Alangoya**, s. 52 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 75 vd.

niteliği taşımaması ve hakim tarafından geri alınıp değiştirilebilmesinin aksine örneğin İş Kanunu 3. maddede, işverenlerle bu ilişkinin muvazaalı olduğunu belirten idare arasında bir uyuşmazlığın varlığı açıktır. İş müfettişliği incelemesi neticesinde taşeron sۆzleşmesinin hukuka aykırı olduğu, muvazaaya dayandığı ileri sürülürken, işverenler bunun aksine aralarında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunduğunu, raporun hukuka aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Yine toplu iş sۆzleşmesi prosedüründe sendikanın ehliyet ve yetkisinin bulunup bulunmadığı veya iş sۆzleşmesinin işverence feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı taraflar arasında çekişmelidir. Davanın temelini de zaten bu uyuşmazlık teşkil etmektedir. Mahkeme bu uyuşmazlığı çözmekte ve karar maddê anlamda kesin hüküm niteliği taşımaktadır; daha sonra geri alınıp değiştirilmesi de sۆz konusu değildir.

Özetle, itiraz olarak adlandırılan hususların, iş mahkemesine başvuruların bir dava olduğu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre řifahê ya da seri muhakeme usûlünün uygulanacağı, taraf teşkili, tahkikat, sۆzlü yargılama ve hüküm aşamalarından geçilerek uyuşmazlığın çözümleneceği sۆylenmelidir. İtiraz yetkisi olarak bahsedilen ise, teknik anlamda ve hukukê nitelikçe dava hakkıdır. Bunlar uyuşmazlığın konusuna göre husumetin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, sendikaya ya da işe iade davalarında işverene yñeltileceđi iki taraf sistemi üzerine kurulu davalardır.

V. YARGILAMA GİDERLERİ

Yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan yargılama giderleri¹⁸¹; harçlar, masraflar ve vekalet ücreti olmak üzere üçe ayrılır.

Tespit davaları da harca tâbidir. Dava açarken davacıdan peşin olarak alınan, maktu bir harç olan *başvurma harcı* (Harçlar Kanunu m. 27), davanın niteliğine göre özellik göstermez. Taraflar veya vekillerinden ertelenmesine neden oldukları

¹⁸¹ Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 638 vd.; **Aldemir, H.**, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2000.

oturumlar için alınan *celse harcı* (m. 12) da diğer dava türlerinde olduğu gibi tespit davasında da alınabilecek bir harçtır. Ancak iş mahkemesinin 2822 sayılı Kanun 15. madde uyarınca evrak üzerinden incelemeye karar vereceği hallerde celse harcı uygulama alanı bulmaz. *Karar ve ilam harçları* ise, konusu parayla ölçülemeyen, malvarlığıyla ilgili olmayan davalarda maktu olarak alınır (m. 15)¹⁸². Bireysel ve toplu iş hukukunda inceleyeceğimiz muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespiti, işkolu tespiti, sendika üyeliğinin kabulü ve üyelikten çıkarılma ile ilgili uyuşmazlıklar hakkındaki tespit davaları, sendika genel kurul kararlarının ya da toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespiti, yetki tespiti, yasa dışı grev ve lokavtın tespiti gibi davalar, konusu belli bir değerle ilgili olmadığından maktu harca tâbidir. Aynı sebeple, vekalet ücretinin de maktu olarak alınması gerekir. Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez (m. 28/a). Alınacak harç ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla birlikte bu para dava sonunda ayrıca bir talebe gerek bulunmaksızın hükümde dikkate alınır (m. 32).

Davadan feragat, davayı kabul veya sulh, muhakemenin ilk celsesinde vuku bulursa, karar ve ilam harcının üçte biri, daha sonra olursa üçte ikisi alınır (m. 22). Davalı, davanın açılmasına kendisi sebebiyet verdiyse yargılama giderlerine mahkûm edilir¹⁸³.

Yargıtay feshin geçersizliğinin tespiti (işe iade) davaları¹⁸⁴ bakımından da maktu harç alınması ve maktu vekalet ücretine hükmedilmesi görüşündedir. İçtihatlar bu yönde yerleşmiştir¹⁸⁵. *Özkes*, işe iadenin gerçekleşmemesi ihtimali dikkate

¹⁸² **Kuru**, C. V, s. 5307.

¹⁸³ Bkz. HUMK m. 94/II.

¹⁸⁴ Bkz. § 5, II; § 9, VII.

¹⁸⁵ “Feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, davacının başvurusu ve davalının işe başlatmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olduğundan, miktar belirtilmeksizin karar altına alınmalıdır ...Keza tespit niteliğindeki bu hüküm nedeni ile karar harcı ve vekalet ücretinin maktu olarak takdiri gerekir. 9. HD. 7.2.2005 T., 1606/3297 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 1054); “Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına...karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450.-YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine...” 9. HD. 25.12.2006 T., 27238/33878 (**Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul Temmuz 2008, s. 116). Aynı görüş, **Süzek**, s. 571; **Akı, E.**, İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukukî Sonuçları, İş Hukuku

alınarak talep edilen tazminat miktarı değerle ifade edilebildiğinden karar ve ilam harcı olarak bu miktarın göz önünde tutulması, harcın bu tazminat miktarı ile işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için belirlenecek ücretin toplamı üzerinden nisbî harç şeklinde hesaplanması gerektiği görüşündedir¹⁸⁶.

Harcın belirlenmesine yarayan müddeabih, neticei talepten anlaşılabilir ise de dava dilekçesinin bu iki unsuru esasen özdeş kavramlar değildir. Dava dilekçesinde harca esas olmak üzere parayla ölçülebilen bir hakkın değerinin gösterilmesi, neticei talepte de para alacağının tahsilinin talep edileceği, mahkemenin müddeabihte gösterilen değeri ödemeye dair bir eda kararıyla hüküm vereceği anlamına gelmemektedir. Bir diğer ifadeyle, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak davası ile dava değerinin parayla ölçülebilir olması aynı şey değildir¹⁸⁷. Karar ve ilam harcının nisbî şekilde alınması, dava değerinin parayla belirlenebilir olmasına bağlıdır ve böyle olduğu müddetçe, bir tespit davasında da nisbî harç alınması gereklidir¹⁸⁸. Ancak işçinin 21. maddede öngörülen süre içinde işverene başvurusu ve işverence işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı, Yargıtay'ın sürelilik kazanan içtihatlarında da benimsendiği gibi “işe başlatmama tarihindeki ücret üzerinden” ödenecektir¹⁸⁹. Yargılamanın ne kadar süreceği, hükmün hangi tarihte kesinleşip işçiye tebliğ edileceği ve işçinin işe iade başvurusunda bulunacağı tarih, bu başvurunun ardından işverence işe başlatılmayacağına ne zaman bildirileceği gibi hususların hiçbiri henüz bilinmemektedir. Dolayısıyla, söz

ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 320. Ayrıca bkz. **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 238.

¹⁸⁶ **Özekes, M.**, İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 488-489. Aynı yönde **Yılmaz**, İşe İade Davaları, s. 25; **Duran, A.**, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi “Geçersiz Sebep ile Yapılan İşin Sonuçları”, *LEGAL İSGHD*, 2004/3, s. 811.

¹⁸⁷ “tapu iptal ve tescil davası(nın), taşınmaz malın aynına ilişkin olduğu ve konusunu oluşturan hakkın para ile değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu açıktır” 1. HD. 2.4.1998 T., 3855/4380; “El atmanın önlenmesi davası ve muarazanın men'i konusunu oluşturan isteğin para ile değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu açıktır...Hal böyle olunca, davacıya; dava değerinin açıklattırılması gerekirken, değer belli edilmeksizin maktu harç alınmak suretiyle yetinilmesi isabetsizdir” 1. HD. 10.6.1996 T., 7247/7121 (**İnal**, C. II, s. 1913-1914).

¹⁸⁸ “Para ile değerlendirilmesi mümkün olan salt tespitiye yönelik davalar dahi, bilahare açılması gereken eda davalarının öncüsü olması nedeniyle değer üzerinden nisbi harca tâbidir” 13. HD. 18.5.1993 T., 3050/4336 (**Kuru**, C. II, s. 1416).

¹⁸⁹ **Akyiğit, E.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2006, s. 810; **Akı**, s. 314; **Sarioğlu, H.İ.**, Türk Hukukunda İş Güvencesi, *Hukuk Dünyası*, 2006/Ocak-Mart, s. 68; **Günay**, İş Davaları, s. 1216; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 306; 9. HD. 7.7.2005 T. 2004/30922 E., 2005/23248 (**Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul Mart 2007, s. 484).

konusu iş güvencesi tazminatı miktarının ana hesap unsurunu teşkil eden aylık ücret tutarı, dava tarihinde belli ve belirlenebilir olmadığından nisbî harca esas matrah da tam olarak tespit edilemeyecektir. Aynı şekilde feshi izleyen ve kararın kesinleşmesine kadar boşta geçen en çok dört aya kadarki ücret ile diğer haklar bakımından da, bu alacağa esas süre, ücret ve ekleri belli değildir. Örneğin bu sürede ücret zammı, Bakanlar Kurulu'nca ilave tediye ödeme döneminin kararlaştırılması, yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi vs. yollarla ücret ve eklerinde artışların, değişmelerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Ayrıca harca esas dava değerinin gösterilmesinde öncelikle ücretten hareket edilmek gerekeceğinden fesih tarihindeki ücret miktarı hakkında dahi taraflar arasında uyuşmazlık çıkabilecektir. Birçok işçi alacağı davasında karşılaşılan bu çekişme, feshin geçersizliğinin tespiti davasında esası etkilemediği halde ayrıca ispata ve incelemeye muhtaç kalacaktır. Bu durum ise, davadaki ana hukukî sorunun çözümünü, yargılamayı geciktirecektir. Oysa bu davaların olabildiğince kısa sürede görülmesi gerekmektedir. Bu nedenden kaynaklanabilecek gecikmeler göze alınsa dahi, neticede yine de dava değeri ve harç miktarı yukarıda belirttiğimiz nedenlerden ötürü tam olarak belirlenemeyecektir. Tüm bu durum karşısında, feshin geçersizliğinin tespit edilmesinin parasal sonuçları, davanın sona erip hükmün kesinleşmesini ve 21. madde uyarınca bunu izleyen başvuru, işe başlatmama aşamalarını izleyen gelecekteki sürecin sonunda ortaya çıkıp buna bağlı olarak şekilleneceğinden henüz dava ve hüküm tarihinde dava değerinin usûlünce miktar itibariyle gösterilemeyeceği kanaatindeyiz.

§ 5. İŞ KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI

I. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN TESPİTİ

1. Genel Olarak 5763 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Düzenleme

26.5.2008 T., 26887 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

1. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun işyerini bildirme hakkındaki 3. maddesinin
2. fıkrasında yapılan değişikliğe göre;

"Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır." 27.9.2008 Tarih 27010 sayılı Resmî Gazete'de bu maddeye dayanarak hazırlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği yayımlanmıştır.

Bilindiği gibi İş Kanunu'nun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son verip işyerini kapatan her işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, kendi ad-soyadı yahut unvanını, varsa işveren vekili veya vekillerinin ad soyadlarını bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır (İş K. m. 3). Alt işveren de asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğuna göre, asıl işverenden aldığı işler için orada meydana getirdiği kendi işyeri bakımından bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Yeni yasal düzenleme ile alt işverenin kendi işyerini tescil için Bölge Müdürlüğü'ne başvurusu sırasında, o işyerini kurup orada faaliyet göstermesinin dayanağını teşkil eden alt işverenlik sözleşmesinin de ibrazı mecburiyeti öngörülmüştür.

İş Kanunu'nun 2. maddesi, önceki dönemde uygulamada yaşanan sorunlar, alt işverenlik müessesesinin zaman zaman işçilerin özellikle sendikal haklarının kısıtlanması ve toplu iş sözleşmelerinden yararlanmayı engellemek gibi nedenlerle amacından saptırılarak kullanılması yüzünden Yargıtay içtihatlarında muvazaaya

ilişkin tespitler de dikkate alınarak bir tepki hükmü niteliğinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede alt işverenlik ilişkisinin kurulmasına ilişkin unsurlar, sınırlamalar, muvazaalı alt işverenlik ilişkisi ve bunun yaptırımına yer verilmiştir. Bu bağlamda asıl işveren – alt işveren ilişkisi; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlanmıştır (m.2/f.6). Yine aynı madde uyarınca işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (f.7/son cümle). İş Kanunu'nun 2. maddesi ayrıca, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağını veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağını öngörmüştür. “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” (m.2/f.7).

Muvazaalı şekilde kurulan alt işverenlik ilişkisinin iş sözleşmelerine en önemli etkisi, işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleridir. Bir diğer ifadeyle muvazaalı asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulduğu işyerlerinde iş sözleşmelerinin tarafı görünürdeki alt işveren değil, asıl işverendir. Her iki maddedeki “başlangıçtan itibaren” ifadesi, asıl işveren işyerinde alınan işle ilgili taşeronluk sözleşmesinin hüküm sonuç doğurduğu ve işçinin bu sözleşme kapsamında çalışmaya başladığı tarihi ifade etmektedir. Konu, toplu iş sözleşmelerinden yararlanma talepli eda davaları, feshin geçersizliğinin tespiti davaları (işyerinde 30 işçi çalışıp çalışmadığın tespiti, husumet, işe iadeye karar verilecek işveren ve işyeri gibi konularda), işkolu baraj istatistiklerine itiraz, toplu sözleşme yetki itirazı gibi pek çok dava bakımından önem taşıyan geniş bir uyuşmazlık alanıyla ilgilidir ve mahkemeler önlerine gelen davalarda öncelikle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin niteliğini belirlemek, muvazaalı olup olmadığını tespit etmek durumundadırlar. İşverenle, işçi, işçi sendikası ya da bakanlık arasında örneklenen bu davalarda, taşeronluk sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesi bir ön

mesele teşkil etmektedir¹⁹⁰. İş Kanunu 3. maddeye eklenen düzenlemeyle, örneğin işçi ile asıl işveren arasında görülen ve işverenler arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasına dayalı olarak, asıl işverenin işyerinde sağlanan sosyal yardımlardan yararlanma isteğini konu edinen bir alacak davasında mahkemece öncelikle halli gereken bu mesele ayrı, bağımsız bir davada incelenip karara bağlanacak şekilde düzenlenmiştir. Bir işe iade davasında otuz işçi sayısının tespiti, işçinin altı aylık kıdemi, husumet, hakkında işe iade kararı verilecek işveren gibi konularda ele alınacak muvazaa iddiası bakımından da, yeni düzenlemeyle işçi ile işveren arasındaki böyle bir davadan önce muvazaanın tespit edilmesine, alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ile ilgili uyuşmazlıkların önceden, daha işyerinin tesciliyle birlikte ve iş ilişkisinin sürdüğü esnada çözümlenmesine imkan sağlanmaktadır¹⁹¹. Gerekçede belirtildiği üzere, Kanun'un 2. maddesinde hangi işlerin alt işverene bırakılabileceği düzenlenmiş ise de, sözleşmenin kurulduğu, hüküm-sonuç doğurmaya başladığı esnada bunun kontrolü yapılamamaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 3146 sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetki ve görevlere dayalı olarak, ki bunlar arasında çalışma hayatını denetleme de bulunur, İş Kanunu 3. madde uyarınca asıl işveren – alt işveren ilişkisini iş müfettişleri eliyle inceleyebilecektir. 3. madde uyarınca, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Alt işveren, asıl işverenden aldığı işle ilgili “yazılı” sözleşmeyi, işyerini tescil ettirirken Bölge Müdürlüğü'ne verecektir. Bu düzenlemeye göre yazılı alt işveren sözleşmesi, ibraz edilecek belgeler arasındadır. İş müfettişliği incelemesinin her durumda zorunlu olmadığı hükümdeki “gerektiğinde” ifadesinden anlaşılmaktadır. Başvuru neticesinde tescil işlemi yapılacaktır. Yoksa alt işverenlik sözleşmesinin iş müfettişlerince incelenmesi, muvazaanın tespitiyle ilgili izleyen prosedür tescil işlemi erteleyen bir sonuç doğurmamaktadır. Öyle ki, hükmün açık ifadesiyle *rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme*

¹⁹⁰ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 222 vd. maddelerinde düzenlenen ön sorun, bir davada, davaya devam edilebilmesi veya karar verilebilmesi için öncelikle çözümlenmesi gereken meselelerdir (Pekcanitez, H., Bekletici Sorun, EÜHFD, 1980/I, No: 1-4'den Ayrı Baskı, s. 252-253).

¹⁹¹ Böylelikle bir bakıma, alt işveren ilişkisini sınırlayarak düzenleyen 2. maddenin isabetli ve etkin bir güvence oluşturmakla birlikte, önemli olanın alt işveren işçileriyle asıl işveren işçileri arasında, iş ilişkisi devam ederken bir statü farklılığının ortaya çıkmaması ve bunu engelleyici kuralların oluşturulması olduğu yönündeki değerlendirmeler (Bkz. Güzel, A., İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, *Çalışma ve Toplum*, 2004/1, s. 56) de karşılanmış olmaktadır.

muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işleminin “iptal” edileceği öngörülmüştür.

2. İş Müfettişliği Raporunun Tanzimi

Alt işverenlik sözleşmesinin Bölge Müdürlüğü'ne verilmesinden sonra bu sözleşme gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecektir. İdarî merci bu incelemeyi re'sen gerekli görebileceği gibi, kanımızca alt işveren işçileri ya da ilgili sendika tarafından da böyle bir inceleme talebiyle, şikayetle Bölge Müdürlüğü veya İş Teftiş Kurulu tahrik edilebilecektir. Örneğin işyerinde aynı işlerin asıl işveren işçileriyle birlikte yapıldığı, daha önce asıl işveren işçisi olarak çalışan işçilerin alt işveren nezdinde çalıştırılmaya başlandığı, işverenin kısa süre önce işten çıkardığı bir işçisiyle bu kez alt işverenlik ilişkisi içine girdiği gibi somutlaştırılmış iddialara dayalı bir inceleme isteği karşısında keyfi, gerekçesiz şekilde talep inceleme yapılmaksızın reddedilmemeli, muvazaa iddiasına dair başvuru yasa da yer alan gereklilik hallerinden biri olarak nitelenmelidir. Yasa'nın “gerektiğinde” ifadesi idareye yer, zaman ve durumun gerektirdiği ölçüde bir serbest alan tanımakla takdir yetkisi vermektedir. Buradaki takdir yetkisi belli bir yönde hareket edip etmeme olanağının yanısıra harekete geçme zamanının saptanmasını da içerir. Ancak idarenin takdir yetkisi sınırsız, mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlıdır.¹⁹² Centel¹⁹³, 3. madde düzenlenirken söz konusu inceleme yetkisini kullanabilmenin ölçütlerinin ortaya konulmasının hukuken doğru ve yerinde olacağını belirterek bunun eksikliğine işaret etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Bölge Müdürlüğü'nün İş Teftiş Kurulu'na, iş müfettişlerine talimat verme yetkisi yoktur. 3. maddedeki düzenleme de aksi bir esas benimsemiş değildir. Yasa'da Bölge Müdürlüğü'nün anılması, işyeri tescil işlemleri ile ilgili başvurunun yapılması ve bu esnada yazılı taşeron sözleşmesinin Bölge Müdürlüğü'ne ibrazından ibarettir. Yoksa Bölge Müdürlüğü, iş müfettişlerine ilgili işyerinde teftiş yapılarak alt işveren sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığının incelenmesi yönünde talimat veremez. Bu nedenle ele aldığımız hükümde sadece

¹⁹² Giritli, İ./Bilgen, P./Akgüner, T., İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 74 vd.; Gözübüyük/Tan., s. 580 vd.; Çağlayan, R., İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004, s. 165-166.

¹⁹³ Centel, s. 7.

bölge müdürlüklerine incelemeyi harekete geçirme yetkisinin tanındığı, bunların da sendikaların baskısı altında kalarak salt kendiliğinden inceleme başlatacağı yönündeki, gerekçeden hareket eden bazı tespit ve değerlendirmelere¹⁹⁴ katılamamaktayız. İncelemenin Bölge Müdürlüğü'nce yapılması söz konusu olmadığı gibi, iş müfettişlerinin Bölge Müdürlüğü'nün talimatıyla harekete geçebileceği yönünde bir sonuca ulaşılmamak gereklidir. Ne var ki, yasa gerekçelerinin hazırlanmasında çoğu zaman karşılaşılan yanıltıcı ya da uyumsuz ifadeler bu madde ile ilgili olarak da karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, genel gerekçede “...Bölge Müdürlüklerine alt işverenliğin tescilinden sonra inceleme yetkisi verilmiştir” denirken, madde gerekçesinde “...Bölge Müdürlüğü'nce başvuru belgelerinin gerektiğinde İş Müfettişi'ne incelettirilmesi”nden söz edilmektedir. Yasa metninde ise “...bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” hükmü öngörülmüştür. İş Teftiş Tüzüğü'ne göre iş teftişi, İş Teftiş Kurulu'na yürütülür. Kurul, Bakanlık makamına bağlıdır (3146 sayılı Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.13,15; Tüzük m. 3). Bölge Müdürlüğü'nün teftiş programı hazırlama yetki ve görevi de bulunmamaktadır. Bakanlık'ın taşra teşkilatında yer alan Bölge Müdürlükleri tescil sırasında ibraz edilen sözleşmeyle ilgili olarak konuyu kendiliğinden ya da varsa şikayet üzerine İş Teftiş Kurulu yahut İş Teftiş Grup Başkanlığı'na iletebilirler. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12. maddesinde söz konusu belgelerin gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere Bölge Müdürlüğü'nce İş Teftiş Grup Başkanlığı'na intikal ettirileceği düzenlenmiştir.

İş Teftiş Tüzüğü'ne göre, iş müfettişleri teftiş görevine alındıkları alanlara göre hukuk, siyasal bilgiler, işletme, iktisadî ve idarî bilimler fakülteleri mezunu olabileceği gibi özellikle işçi sağlığı ve iş güvenliğiyle ilgili teftiş görevine alınanlar, tıp doktoru, elektrik, elektronik, maden, kimya, makine, inşaat, fizik, bilgisayar yüksek mühendisleri veya mühendisleridir. İş müfettişleri tarafından incelenecek sözleşmenin konusuna, işin özelliklerine göre örneğin hukukçu bir iş müfettişinin yanısıra elektronik mühendisi gibi teknik alandan bir iş müfettişinin birlikte

¹⁹⁴ Bkz. Centel, s. 7.

görevlendirilmesinde fayda vardır¹⁹⁵. Asıl işin bir kısmının alt işverene bırakılması hallerinde bunun işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığının incelenip değerlendirilebilmesinde böyle bir gereklilik kendisini daha fazla hissettirmektedir. Bundan başka, sigorta ve işyeri kayıtlarının işverenlere yapılan tebligatla incelemeye getirmelerinin istenmesi yoluyla değil; bilfiil işyerinde yapılan doğrudan gözlem, inceleme ve tespit sonuçlarına göre rapor hazırlanmalıdır (yerinde denetim ilkesi¹⁹⁶). Örneğin üretim bandının bir yanında alt işveren, diğer yanında asıl işveren işçilerinin çalıştıklarının görülüp tespit edilmesi maddî gerçeğe uygun sonuçlara ulaşmayı kolaylaştıracaktır. İş Kanunu 3. madde uyarınca hazırlanacak rapor ve dosya müdrecatının, daha sonra işverenlerce açılacak davada tahkikata da yardımcı olacağı, tanzim edilen tutanaklar ve işyerinde işin yürütümüyle ilgili belirlemelerin somut uyuşmazlık hakkında hakimin kanaatinde etkili olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. 3. maddenin lafzında sanki sadece sözleşmenin, hükümlerinin incelenmesine yer verilmekte ise de, bunun salt evrak üzerinde bir incelemeyi işaret ettiği düşünülmemelidir. Öyle ki, İş Teftiş Tüzüğü hükümleri de denetim, inceleme görev ve yetkilerinde doğrudan yerinde incelemeyi esas almaktadır.

Yasa'nın bir hukukî işlemin muvazaalı olduğunu, hukuka aykırı akdedildiğini tespit yetkisini, her ne kadar uyuşmazlık daha sonra dava konusu edilebilecek ise de, bir idarî makama tanınmasının isabet derecesi tartışmalıdır¹⁹⁷. Yapılan, özünde tümüyle hukukî bir nitelime olup yargıcın yetkisindedir ve müessesenin çok önemli, üçüncü kişiler üzerinde de etkili hukukî sonuçları bulunmaktadır.

Ele aldığımız hüküm, hazırlanacak raporun gerekçeli olma zorunluluğunu açıkça öngörmüş, muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin **gerekçeli** müfettiş raporunun işverenlere tebliğ edileceğini belirtmiştir. İş ilişkileri üzerinde böylesine önemli etki ve sonuçlar doğuracak tespitlerin yer aldığı bu raporların neden-sonuç ilişkisine dayanmayan, gerekçeden yoksun, mücerret

¹⁹⁵ Muvazaalı işlemin saptanması teknik bir hukukî sorun olup, bugün için Bakanlık'ın iş denetimi örgütünde hemen hiç hukukçu müfettiş bulunmadığı ve bu nedenle denetim aşamasında sağlıklı sonuca ulaşılabilmesinin güç görüldüğü kaydedilmektedir (**Süzek**, s. 161).

¹⁹⁶ Bkz. **Akyiğit**, C. II, s. 2162.

¹⁹⁷ Bu yönde **Centel**, s. 7, 8.

değerlendirmelerle düzenlenemeyeceği tabiidir¹⁹⁸. Gereksiz raporlar yargısal denetime elverişli değildir¹⁹⁹. Gereçeli işlemlerde işlem gerekçesinin de bildirimde yer alması gerekir, çünkü yazılı bildirim içeriği ya da eki esas itibari ile işlemin kendisidir. Sadece sonuç kısmının bildirilmesi, örneğin sözleşmenin İş Kanunu'nun 2. maddesine göre muvazaalı olduğunun tespit edildiğinin belirtilmesi yeterli değildir.

3. Muvazaalı İşlemin Tespiti

İş Kanunu'na bu son değişiklikle getirilen hükümde “*muvazaalı işlemin*” *tespiti* kavramı esas alınmış ve iki yerde bu şekilde kullanılmıştır. Yine Kanun'un 2. maddesinde alt işverenlik ilişkisi tanımlanıp, yasal esas ve unsurları gösterilmiş ve ayrıca ne şekilde alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağına dair emredici düzenlemeler öngörülmüştür. 6. fıkra da alt işverenin tanımı yapıp unsurlarına yer verilmiş; 7. fıkra da ise “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz*” şeklinde iki durum yasaklanarak, izleyen cümlede “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” hükmü getirilmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde ise, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi engellenmiştir. Bu haliyle İş Kanunu'nun alt işverenlik müessesesini düzenleyen maddesi, hem bu ilişkinin kurulabilmesinin şartlarını hem de muvazaalı işlemlerle ilgili aksi ispatlanabilen kanunî karinelere²⁰⁰ getiren düzenlemeleri içermektedir.

¹⁹⁸ İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 49. maddesinde de genel teftiş raporu ve inceleme raporlarındaki tespitlerin kanuni gerekçelerinin belirtileceği, tespit edilen kanuna aykırılığın gerekçeleriyle raporda değerlendirileceğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir.

¹⁹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28.9.1977 tarihinde kabul edilen İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunması Hakkında (77) 31 sayılı kararı da, ilgilinin hak veya çıkarlarının etkilendiği idari işlemlerde, olabilecek itiraza olanak vermek için kişilere “dinlenilme hakkı tanınması”, “işlemlerle ilgili bilgilere ulaşma hakkı tanınması”, “işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu” ve “işlemlerde, işleme karşı başvuru yolunun gösterilmesi” ilkelerini içermektedir.

²⁰⁰ **Eyrenci, Ö.**, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, *LEGAL İSGHD*, 2004/1, s. 22; **Süzek**, s. 157 vd.; **Şahlanan, F.**, İntes Çözüm Arama Konferansları, Ankara 2004, s. 47; **Demir, F.**, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, Eylül 2003, s. 14; **Özdemir, E.**, İş

Borçlar hukukunun genel ilkelerine göre; bir hukukî işlemin batıl olması BK m. 19-20 uyarınca emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine yahut kişilik haklarına aykırılık, imkansızlık sebeplerinden kaynaklanabileceği gibi 18. maddeye göre muvazaalı olmasından da kaynaklanabilir. Bir diğer ifadeyle muvazaalı her işlem batıl, muvazaa nedeniyle geçersiz ise de, batıl her işlem muvazaalı değildir. Örneğin taraflar kanunun geçerlik şartı olarak aradığı şekle aykırı bir işlem yaptıklarında bu işlem geçersiz olmasına rağmen üçüncü kişileri aldatmak kastıyla görünürde (muvazaalı) bir işlem yapma iradesi taşımadıklarından burada muvazaadan söz edilemez. Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır²⁰¹. Butlan yaptırımıyla karşılanan her hukukî işlemde ise mutlaka muvazaadan, üçüncü kişileri aldatma kastından ve görünürde bir işlem yapıldığından söz etmek borçlar hukuku ilkeleri uyarınca da mantıken de mümkün değildir. Öyle ki muvazaa, tüm geçersizlik hallerini kapsayan bir kavram değildir.

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için İş Kanunu emredici kurallar getirmiş, yine bazı yasaklayıcı hükümler öngörmüştür. Borçlar Kanunu 19 ve 20. maddelerine göre emredici kurallara aykırılığın yaptırımı butlandır. Ayrıca İş Kanunu 2. maddesinin 7. fıkrasında özel olarak zikrettiği iki durumda ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu kabul edildiğinde alt işveren işçileri, yasa gereği baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaklardır. İlişkinin muvazaalı olduğuna dair getirilen adi karineyle asıl işveren işçilerinin hakları, alt işverence işe alınıp çalıştırılmaya devam edilmek suretiyle kısıtlanmış ya da daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseyle alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, yasa böyle bir durumda alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu kabul etmiştir²⁰². Hükümün

Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Şubat 2006, s. 78; **Aydınlı, İ.**, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, Haziran 2008, s. 239.

²⁰¹ **Esener, T.**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 7; **Eren**, s. 315; "...B.K. 18/1. maddesinde açıklandığı gibi taraflar üçüncü kişileri aldatmak kastıyla sözleşmedeki gerçek niyetlerini gizlemektedirler. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetleridir..." HGK. 6.6.2001 T., 9-711 E., 820 K. (**Çankaya, O.G./Çil, Ş.**, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 41 vd.).

²⁰² Akyiğit, bunların muvazaa dışı özel geçersizlik sebepleri olduğu, Yasa'nın muvazaa uygulaması örneği vermediği, bunların muvazaa ile ilgilenmeksizin öngörülen kesin yasaklar ve geçersizlik sebepleri olduğu görüşündedir (**Akyiğit, C. I.**, s. 118-119).

kaleme alınış şeklinde bir ifade bozukluğu bulunmakla birlikte, 7. fıkrada geçen “kabul edilerek” ifadesinden aynen yararlanmak suretiyle de ilk cümledeki iki durumun yasa gereği muvazaalı işlem sayıldığı, Süzek’in²⁰³ ifade ettiği gibi geçmişte uygulamada en çok görülen muvazaalı işlem yöntemlerinden hareketle burada bir muvazaa karinesinin getirildiği düşünülebilecektir. Şöyle ki; “Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görür”. Esasen önem taşıyan husus, ister muvazaa karinesi ister özel geçersizlik sebebi olarak görülsün, alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi sayılacağı yönündeki hukukî sonuçtur. Elbette 2. madde, alt işveren işçilerini sadece bu iki halde değil, genel olarak muvazaanın ortaya konduğu tüm hallerde, başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak kabul etmektedir; maddede açıkça gösterilen iki durumda ise ayrıca muvazaa incelemesine gerek bulunmamaktadır²⁰⁴. Daha doğrusu bu iki halde muvazaanın iddia sahibi tarafından ayrıca ispat edilmesi aranmamaktadır.

Bu karineye dayalı şekilde ya da genel olarak asıl işverenle alt işverenin muvazaalı bir alt işveren sözleşmesi bağladıkları anlaşıldığında zaten Borçlar Kanunu uyarınca geçersizlik müeyyidesine tabi muvazaalı sözleşmenin iş hukukuna özgü bir yaptırımıyla karşılaşılmakta ve alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görecekları kabul edilmektedir. Böylelikle işçiler korunmaya çalışılmakta, asıl işveren görünümündeki işverenin muvazaalı işleme ulaşmak istediği amaç, hukuk düzenince engellenmektedir²⁰⁵. 2. madde alt işveren

²⁰³ **Süzek**, s. 157. Nitekim madde gerekçesinde de; “...1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukukî sonuçları önemli bir fren olmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür” denilerek bu hususa işaret edilmiştir (Gerekçe için bkz. **Günay, C.İ.**, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2003, s. 1253).

²⁰⁴ **Çelik**, s. 51; **Güzel**, s. 61.

²⁰⁵ *Aydınlı*, hukuka aykırı alt işveren ilişkisinin geçersizliğine muvazaa denmiş olmasının uygunsuzluğuna işaret ederek, muvazaanın hukuken geçerli işlemlerle yapılabileceğini, alt işveren

işçilerinin başlangıçtan itibaren yasa gereği asıl işveren işçisi sayılmalarına dair yaptırımı, alt işveren sözleşmesinin çeşitli nedenlerle hükümsüz/geçersiz olduğu her durumda değil; muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu hallerde devreye sokmuştur²⁰⁶.

ilişkinin öncelikle muvazaalı sayılabilmesi için unsurlarında bir eksiklik olmaması veya başkaca bir geçersizlik halini üzerinde taşımaması gerektiğini, muvazaanın kurucu unsuru olarak aranması gereken aldatma kastının ispatının da güç olduğunu, konunun kanuna karşı hile ile açıklanması gerektiğini ve kendi içinde geçersizlik yaptırımı barındıran emredici İş K. m.2/7'de kanuna karşı hilenin sonuçlarının neredeyse tümünün görülebildiğini ifade etmektedir (Aydınli, s. 303,304, 309 vd.). Ancak yine Aydınli'nın belirttiği gibi kanuna karşı hilede araç olarak kullanılan hukukî işlemin hukuk düzenince geçerli ve yasak olmayan bir işlem olması gerekir. Yasak olan amaca yasakoyucunun yasakladığı bir araçla ulaşmak mümkün değildir. Geçersiz bir işlemle yasağı delmek kuru sıkı tabancayla adam öldürmeye benzer (Aydınli, s. 121). Buna karşılık 2. maddenin 7. fıkrasında asıl işin bölünmesiyle ilgili kural emredici bir hukuk kuralıdır ve açık bir yasaklama hükmüdür. Hukuk düzeninin yasakladığı bir işlemle, emredici hukuk kuralına aykırı bir işlemle kanuna karşı hile yapmak mümkün olmadığına göre bu iki durumun bağdaştırılmasında da tereddüt hasıl olmaktadır. Her ne kadar Yazar, ilişkinin geçersizliğini, emredici hukuk kurallarına aykırılığı zikretmeksizin genel olarak ehliyetsizlik, şekil eksikliği, imkansızlık gibi nedenler bağlamında değerlendirmiş, işlemin geçerliliğini borçlar hukuku açısından ele almak gerektiğini belirtmiş ve buna karşılık asıl işin bölünmesiyle ilgili normun sözleşme hukukundaki geçersizlik halleri ile ilgisi bulunmadığını ileri sürmüş ise de (bkz. Aydınli, s. 314), borçlar hukukuna göre kanunun kat'î surette emrelediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet de bir geçersizlik nedenidir (BK m. 19/II) ve bu genel ilkede işaret edilen kanun kapsamına İş Kanunu ve onun emredici kaideleri de dahildir. Önemli olan normun emredici niteliği haiz bulunmasıdır. Muvazaa kavramında eleştirildiği gibi iş hukuku muvazaası-borçlar hukuku muvazaası yönünde bir ayırım kadar, iş hukuku geçersizliği-borçlar hukuku geçersizliği ayırımı da mümkün değildir. 2. maddenin 7. fıkrasının kendi içinde geçersizlik yaptırımı barındıran emredici bir hüküm olduğu kabul edilmiş ve muvazaa nitelemesi, alt işverenlik ilişkisinin geçersizliği halinde zaten muvazaadan söz edilemeyeceği sebebiyle eleştirilmekte iken, kanuna karşı hilede bu geçersizliğin dikkate alınmamasının pek isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca taraflar muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi içine girerken bu ilişkinin kendi aralarında hüküm sonuç doğurmasını istememektedirler. İşçileri alt işveren işçisiymiş gibi gösterirlerken asıl işveren görünümündeki işveren, işçilere emir ve talimat verme hakkını, ücret politikasını, işin sevk ve idaresini, iş sözleşmelerinin sürmesi ya da hangi sebeple, nasıl feshedileceği ile ilgili kararları, disiplin yaptırımlarını uygulamayı vs. hususları halen elinde tutmayı isteyip sürdürmekte, bunları sözde alt işverene bırakma, gerçekten alt işverenin kendi işçileri karşısında ayrı bir işveren sıfatını tanıyarak bunun getirdiği hak ile yetkiler alanının dışında kalma arzusunda değildir. Aydınli ise, tam aksine her iki işverenin de aralarındaki alt işverenlik ilişkisinin geçerli olmasını istediklerini, böyle bir ilişkinin geçerli olması ile işçilik haklarında maliyeti düşürme, sendikal hakları engelleme gibi amaçlarına ulaşabileceklerini, bu nedenle işverenlerin aralarındaki ilişkinin geçersiz olmasını istemelerinin kendi amaçlarıyla çatışacağını savunmaktadır (Aydınli, s. 290). Muvazaayı kanuna karşı hileden ayıran ölçüt olan, tarafların görünürdeki işlemin geçerliliğini isteyip istemediklerinden kasıt, bunun kendi aralarındaki iç ilişkide, anlaşmalarında ne şekilde değerlendirildiğidir. Yoksa dışa karşı aldatma kastıyla hareket ettiklerine göre, elbette görünürdeki ilişkinin üçüncü kişiler nezdinde geçerli olmasını isteyeceklerdir. Nitekim Yazar da, eserin işverenler arasındaki rücu ilişkisiyle ilgili kısmında yukarıdaki değerlendirmesinden ayrılarak alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasının anlamının bu sözleşmenin aralarında hüküm sonuç doğurmasını istemeleri olduğunu ve böyle bir işlemde rücu hakkı da doğmayacağını belirtmektedir (Aydınli, s. 207). Esasen Özdemir'in de ifade ettiği gibi (Özdemir, s. 76), ister muvazaa isterse kanuna karşı hile veya hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilsin sonuç itibarıyla hukuken korunmaması gereken uygulamalara karşı 2. maddede alt işverenlik ilişkisi yeni ve farklı esaslara bağlanmış bulunmaktadır.

²⁰⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce de Yargıtay'ın alt işveren işçilerinin asıl işveren işyerindeki toplu sözleşmeden yararlanabileceğine dair onları asıl işveren işçisi olarak değerlendiren kabulleri, örneğin işverenin yanında çalışıp emekli olmuş eski bir işçisine grevden kısa süre önce, yasal grevi kırmak ve tesirsiz hale getirmek için şirketin amacını gerçekleştirecek tüm işleri muvazaalı şekilde taşeronla devredip sendikasız işçileri çalıştırması gibi uygulamanın muvazaalı olduğu tespitine dayanmaktadır.

Sözgelimi, alt işveren hukukî işlemi yaptığı esnada ayırtım gücünden yoksun ise alt işverenlik sözleşmesi batıldır (MK m. 14, 15). Ancak burada muvazaalı bir işlem olmadığına göre İş Kanunu'nun benimsediği alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları sonucunu beraberinde getirmeyecektir. Bir adım ileri gidilerek İş Kanunu'nun emredici kurullarla geçerli bir alt işverenlik sözleşmesinin kurulması, hüküm sonuç doğurması bakımından getirdiği şart ve unsurlar incelendiğinde; asıl işin verilmesiyle ilgili olarak, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde asıl işin bölünerek alt işverene verilebileceği, bu koşullar mevcut değilse verilemeyeceği kabul edilmiştir (m.2/f.7 son c.). Ne var ki bu koşula uyulmadığı hallerde alt işveren işçilerinin salt bu gerekçeyle doğrudan doğruya asıl işveren işçisi olarak kabul edilemeyeceği, ilişkinin muvazaaya dayandığının ispatlanması gereğinin bulunduğu, yasanın bu sınırlama hükmünü fıkradaki muvazaa karinesi ve muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımından sonra ayrı şekilde düzenlemekle de böyle bir sonuca yol açtığı kanaatindeyiz²⁰⁷. Bu yaptırım bakımından belirleyici olan muvazaalı işlemin

Örn. 9. HD. 12.4.1991 T., 7302/7518 (**Çelik, N.**, İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukukî Sorunlar, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Abant-Bolu, 9-12 Aralık 1997, s. 172); 9. HD. 4.11.1996 T., 18799/20485 (İlmî Kazaî İçtihatlar Dergisi, Nisan 1997, s. 12529-12530).

²⁰⁷ *Soyer* asıl işin bölünerek alt işverene verildiği bir örnekle ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Ben cam ürünleri imal eden bir işverenim. Ürün yelpazem arasına şu yeni ürünü de katmak istiyorum fakat bunu bizzat yapmam benim için nispeten pahalı. Tamamen ucuz üretim için yeni ürünün imalini alt işverene veriyorum. Beğensek de beğenmesek de, yasanın böyle bir uygulamayı engellediği kanaatinde değilim. İşin ve işletmenin gereği kavramına dar ya da geniş anlam verilmesi ise, alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği ile ilgili olmayan bir konu. Biraz önce de söylediğim gibi, böyle bir durumda alt işveren işçisinin asıl işverenin işçisi sayılmasını gerektiren bir düzenleme kanunda yoktur ve esasen böyle bir düzenleme getirmek isabetli de değildir. Onlar alt işveren işçisidir. –Hayır, asıl işveren işçisi haline gelir- dersiniz bu, ilişkide yer alan üç tarafın da iradesine aykırı bir durum olacaktır ki, işçiyi de belki hiç istemediği halde asıl işverene bağlamak anlamına gelecektir...” (**Soyer, P.**, III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, Genel Görüşme, s. 86-87). Bu görüşlere karşılık *Güzel*, alt işverene verilip verilmemeye sınır getirilirken yasanın temel amacının alt işveren yanında çalışacak işçinin korunması olduğunu, tabii ki işletmenin gereklerini dikkate almak gerektiğini, ama bu yöndeki düzenlemenin de gözden uzak tutulamayacağını, eğer hakları kısıtlamıyorsa, eğer bu yasaklara aykırı davranılmışsa yasanın bu ilişkiyi tanımadığını ifade etmiştir ve *Yazar*, 2. maddeye aykırı her alt işveren ilişkisinin işçinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılması yaptırımına tabi olduğu görüşündedir (**Güzel, A.**, III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, Genel Görüşme, s. 76, 87-88). Bu arada *Aydınlı* da ekonomik neden görüşüne yakın durarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde yasanın koyduğu ölçütleri dar yorumlamanın hem çalışma hayatının gerçekleriyle uyumadığını hem de işçileri müteselsil sorumluluğun çifte korumasından çıkardığını, kanun koyucunun zaten geçersiz sayıldığında yaptırımı bağladığı bir ilişkiyi daha baştan kanun hükümleri ile getirilen bir takım ölçütleri dar yorumlamanın işçiyi koruma ilkesiyle ne kadar bağdaşacağını tartışma konusu olduğunu, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin sadece gerçekçi ekonomik gerekçelere dayandırılmasının yeterli olup aynı olayda bir de ayrıca uzmanlık ölçütünün aranmasının gerekmediğini, uzmanlık gerektiren işlerin ise ekonomik gerekçeye ihtiyaç duyulmadan alt işverene verilmesinin ise zaten işin tabiatı gereği olduğunu belirtmektedir (**Aydınlı**, s. 177-178).

bulunmasıdır. Asıl işin yasaya aykırı şekilde bölünerek alt işverene verilmesi ancak ispat yükü iddia eden tarafa ait olmak üzere, muvazaanın ispatlanması halinde yasanın buna özel olarak bağladığı yaptırımla karşılanabilir. Son cümlede ve tanımda yer alan haliyle asıl işin bir bölümünün hangi unsurların varlığı halinde alt işverene verilebileceğine dair sınırlama hükmüne aykırılığın sonucunun geçersizlik olması sorunu çözmekte ve muradedilen korumayı sağlamamaktadır. Çünkü akdedilen bir sözleşmenin kanuni unsurlardan birini taşıması, kanuna aykırılığı nedeniyle geçersizliği müeyyidesi esasen sözleşme taraflarının hukukî alanında etkili, onlar bakımından hüküm sonuç doğuran bir işlev taşımakta olup bir sözleşmenin geçersiz sayılması, kendiliğinden bir başka sözleşmenin doğumunu ve geçersiz sözleşme taraflarından biriyle üçüncü kişi arasında bir sözleşme akdedildiğini göstermemektedir. Oysa arzulanan bu sözleşmeye yabancı üçüncü kişi işçilerin hukukî durumlarının lehe etkilenmesi, onlarla “asıl işveren” arasında iş sözleşmelerinin kurulmasıdır. Böyle bir ilişkide işçileri koruma şemsiyesi altına alabilmek onları asıl işverene bağlayabilmekle mümkündür. Bu bağ ise, maddenin düzenlenişi itibariyle ancak işçilerin haklarını kısıtlayan, muvazaalı alt işverenlik uygulamasının belirlenmesiyle kurulabileceğinden kanuni şarta uymadan asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılmasının işçilerin haklarını kısıtlamak adına muvazaaya dayanan bir nitelik taşıdığı ispatlanarak ortaya konmalıdır. Bu sınırlamada Yasa'nın amacı, *Soyer*'in ifade ettiği gibi “*Yargıtay'ın önceki içtihadına da uygun olarak, tamamen ve sadece, alt işverenlik müessesesinin muvazaalı işlemlere dayanmasını ve bu yolla özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanılmasını önlemek amacıyla dayanmaktadır*”²⁰⁸.

2. maddenin 7. fıkrasının ilk iki cümlesinde, getirilen kısıtlamalarla yöntemden çok amacın yasaklandığı, hukuk düzenince tanınmadığı ifade edilmektedir. Bu amaç,

²⁰⁸ **Soyer, P.**, 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2006, S. 1, s. 19-20. *Ekonomi* de hükmün anlamının, işverenlerin İşK'nda öngörülen yükümlülüklerinden kurtulmak veya işçilerin sendikal haklarını kullanmasını engellemek amacıyla asıl işin suni şekilde küçük bölümlere ayrılarak alt işverenlere verilmesini önlemek olduğunu, böyle ise işlemin kanuna karşı hile ve muvazaa teşkil edeceğini, yoksa işverenin işletmecilik esaslarına göre üretim sürecini, yönetim işleri ve yardımcı işleri bölümlere ayırarak iş organizasyonunu kurma yetkisini sınırlayıcı bir anlam taşımadığını açıklamaktadır (**Ekonomi, M.**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul Mart 2008, s. 36).

artık alt işveren işçisi olarak asıl işveren işyerinde üretim ya da hizmet sürecine dahil olan işçilerin haklarının kısıtlanması gayretidir. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacak veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır. Ancak ispat yükü işverende olmak üzere işverenin eski bir işçisiyle kurulan alt işverenlik ilişkisi işçi haklarında bir ihlal gerçekleştiriyorsa, uzun yıllar önce asıl işveren işçisi olarak çalışmış ve gerçekten bir girişimci olarak faaliyet gösteren bir kimseyle alt işveren ilişkisi kurulmuşsa ortada bir muvazaanın bulunmadığı, ilişkinin hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir ve her ilişkide muvazaanın bulunup bulunmadığı mevcut koşulların değerlendirilmesine göre belirlenecektir.²⁰⁹

Ayrıca 7. fıkranın son cümlesindeki “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” kuralı, fıkranın 2. cümlesindeki muvazaalı işlem halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağı yaptırımından sonraya alınmıştır. Buna göre salt bu son cümledeki esasa aykırılık başlı başına alt işverenlik ilişkisinin aynı zamanda muvazaalı olduğunun kabulüne yetmemektedir. Meclis’e sunulan metinde “...işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren alt işverenin işçisi sayılırlar” şeklindeki düzenlemeyle asıl işin bu koşula aykırı şekilde alt işverene verilmesi hali de muvazaalı işlem niteliğinde sayılmış iken, görüşmeler sırasında verilen ve kabul edilen önerge²¹⁰ ile; “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” şekline dönüşmüş, asıl işin bölünerek alt işverene bırakılması ile ilgili kısım muvazaanın

²⁰⁹ Eyrenci, s. 21; Süzek, s. 157; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Ankara 2005, s. 145-146; Aydınli, s. 239. Ayrıca bkz. Çankaya, O.G./Çil, Ş., 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006/Eylül, S. 3, s. 61.

²¹⁰ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 1. Yasama Yılı, 45. Birleşim, s. 46.

yaptırımına bağlanan önceki cümlelerin işaret ettiği kısmın dışına alınmıştır. Nihayet, 22.5.2003 tarihli birleşimde verilen bir önerenin²¹¹ kabulüyle madde yürürlükteki halini almıştır. Gerekçede 7. fıkradaki yer değişikliğiyle, asıl işin verilmesi hakkındaki cümlelerin muvazaalı karinesiyle irtibatlandırıldığı cümleden çözümlenerek, fıkranın sonunda ayrı bir hüküm olarak bırakılmasının sebebi somutlaştırılmamıştır. *Çelik*, sıralama değiştirilmiş ise de, son cümledeki işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği kuralına aykırılığın yaptırımını da yine ikinci cümle hükmünün oluşturduğunu kabul etmektedir²¹². Bu hususta, asıl işin alt işverene bırakılmasıyla ilgili sınırlamaya aykırılık halinde sonucun ne olacağını yasada belirtilmediğini teslim eden bazı görüş sahipleri ise madde bütünlüğünü dikkate alarak yine de işçilerin asıl işveren işçisi olduğunu kabul etmekten yanadır²¹³. *Soyer* ise, bu değişiklik karşısında son cümlelerin yaptırımın da ikinci cümle hükmü olduğunu söylemenin mümkün olmadığı kanaatindedir ve Yazar'a göre bu hükmü, asıl işverenin alt işverene vermiş olduğu işlerde kendi işçilerini de çalıştırmasını yasaklayan bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekmektedir²¹⁴. Madde gerekçesine göre de *“asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamı, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştıramayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır”*.

2. maddenin 7. fıkrasındaki karinelerin varlığı halinde dahi alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığı işverence ileri sürülüp kanıtlanabilirken, hükümde doğrudan ve açıkça bu karineye bağlanmamış asıl işin bölünmesi ile ilgili sınırlamaya aykırılığın kendiliğinden, mutlak şekilde muvazaalı işlem kabul edilmesi sonucunu ortaya koyan bir fiksiyona maddede yer verilmediğini görmekteyiz. Kaldı ki, yarattıkları etki ve sonuç bakımından ancak kesin karineyle varsayım arasında bir

²¹¹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 1. Yasama Yılı, 83. Birleşim, s. 37-38.

²¹² *Çelik*, s. 51; Aynı yönde *Güzel*, s. 62; *Kaplan, E.T.*, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, s. 233.

²¹³ *Çil, Ş.*, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 24; *Çankaya/Çil*, Üçlü İlişkiler, s. 19.

²¹⁴ *Soyer*, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, s. 20-21.

fark bulunmamakta olup her ikisinin ortak özelliği, aksinin ispat edilememesidir²¹⁵. Oysa 7. fıkranın ilk cümlesindeki sınırlamalara aykırı davranılması halinde de işlemin muvazaaya dayanmadığının ispatı mümkün bulunduğuna, yasakoyucu aksinin ispatını yasaklamadığına göre ortada bir adi karine bulunmaktadır²¹⁶. Hal böyleyken ve asıl işin alt işverene verilmesiyle ilgili olarak son cümle ikinci cümleden ayrı şekilde düzenlenmiş iken asıl işin hangi hallerde alt işverene bırakılmayacağına dair kuralın yorum yoluyla hem doğrudan doğruya söz konusu karinenin içine alınması hem de bunun ötesine geçilerek yasanın bir kesin karine ya da fiksiyon öngördüğü sonucuna ulaşılamayacağı kanaatindeyiz. Yasada öngörülen unsurlar bulunmadığı halde asıl işin bir kısmı için alt işverenlik sözleşmesi akdedildiği her durumda tarafların gerçekte bu sözleşmenin kendi aralarında hüküm sonuç doğurmayacağını da kararlaştırdıkları ve aldatma kastı taşıdıkları doğrudan doğruya söylenemeyeceği gibi yasa da bu yönde bir mutlak kabulden hareket etmemiştir. Öyle olup olmadığı muvazaa anlaşmasının ispatlanmasıyla ortaya çıkacaktır²¹⁷. Konu henüz halen muvazaanın ispat ve tespitine muhtaçtır.

Diğer yandan işverence asıl işin bir bölümünün, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirir nitelik taşımamasına rağmen alt işverene verilmesi, böyle bir uygulamaya yol açan saik ortaya konulurken muvazaa iddiasını güçlendiren bir argüman olarak kullanılabilir. Kanun asıl işle ilgili kısıtlamalar

²¹⁵ **Umar, B.**, Hususi Hukukta Karineler, Sabri Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964, s. 185; **Taşınar, S.**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.156; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 418-420.

²¹⁶ **Musielak, H.J.**, Grundkurs ZPO, 8. Auflage, München 2005, Rn.412, 481; **Umar**, s. 187. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 200.

²¹⁷ Yakın tarihte verilen bir kararda asıl işin bir kısmının taşeronla verildiği bir uyuşmazlıkta sadece bu kısımdan hareket edilmemiş, bunun yanı sıra işçinin işe alınmasına asıl işveren olarak görünen şirketin onay vermesi olgusuna da dayanılarak uygulamanın muvazaaya dayandığı sonucuna ulaşılmıştır: “Davacı işçinin davalı B Plas Plastik Metal İnşaat ve Turizm A.Ş.’ye ait işyerinde boyahane bölümünde boyacı olarak ve diğer davalı işçisi gibi gösterilmek suretiyle çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Yazılı bir taşeronluk sözleşmesi yapıp yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılacakla birlikte, tanık anlatımlarına göre asıl işin bir bölümü taşeron olduğu belirtilen davalı Y. Özel Güvenlik ve Danışmanlık Hizmetleri Pazarlama Nakliyat ve Otomotiv Tic.Ltd. Şti.’ye yaptırılmaktadır. Söz konusu işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği kanıtlanmadığı gibi, davacının işyeri sicil kayıtlarına göre işe girişine davalı B Plas A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı ve Genel Müdürü onay vermiştir. Mevcut olgulara göre davalılar arasındaki alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır” 9. HD. 15.10.2007 T., 16559/30529 (**Aydınlı**, s. 174, dn. 131). Taşeron firmanın, üstlendiği işin uzmanı olup olmadığı da yardımcı bir kriter şeklinde kullanılarak, örneğin ticari faaliyetlerini o ana kadar sürekli ticaret unvanında yer alan güvenlik hizmetlerine özgülemiş bir şirketin asıl işverenin boya işinde teknolojik nedenlerle uzmanlık ihtiyacına cevap vermesinin de pek gerçekçi gözükmediği söylenebilir.

getirirken sözleşmenin konusuna müdahale etmekte, hangi koşullar altında bunun alt işverenlik sözleşmesine konu olabileceğini göstermektedir. Bir işyeri işverence işteğal konusu olan asıl işi yerine getirmek üzere örgütlendiğine göre bu işin bir kısmının neden bir başka işverene bırakılmasına ihtiyaç duyulduğu sorgulanmakta, böyle bir ihtiyacın işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde duyulabileceği kabul edilmektedir²¹⁸. Tüm bu açıklananların ışığında bize göre asıl işin bir bölümünün verilmesiyle ilgili olarak, hükümde zikredilen unsurlara aykırılık muvazaalı alt işveren ilişkisinin ortaya konabilmesi bakımından değer taşıyabilecektir²¹⁹. Örneğin, bir yandan işin niteliği gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğunu ve bu sebeple, o alanda uzmanlaşmış bir firmaya işin bu kısmını bıraktığını ileri süren işveren, aynı zamanda işi bir yandan kendi işçileriyle de sürdürüyorsa artık o işte kendisinde bulunmayan ihtisaslaşmaya olan gereksinim iddiası samimiyetten yoksun kalacaktır²²⁰. Fakat burada 2. maddedeki yaptırımı ortaya çıkaran, sadece asıl işin yasanın öngörülmemiş şekilde bölünerek verilmesi değil, buna ek olarak muvazaalı işlemi ortaya koyan başkaca vakıalarla birlikte ilişkinin incelenerek muvazaanın tespit edilmiş olmasıdır.

²¹⁸ İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir. İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır. Ancak asıl iş; İşletmenin ve işin gereği, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir. Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez (Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 11).

²¹⁹ Yargıtay'ın şu kararlarında da asıl işin verilmesinin yanısıra işçilerin hizmet seyri, işin ifa şekli, yönetim hakkını kimin kullandığı gibi somut olayın başkaca özelliklerini de birlikte değerlendirdiği görülmektedir: "...Davalı kurum posta tekeli dışında kalan dağıtım işinde de aynı prosedürü uygulamaktadır. Posta tekeli dışında kalan gönderilerin kabulü, nakli ve dağıtım işi, yardımcı iş kabul edilemez. Davalı kurumun verdiği asıl işin bir bölümü olan posta dağıtım işinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmamaktadır. Kaldı ki bu iş alt işverenlere verildiği ve alt işverenler değiştiği halde davacı aynı şekilde görevine devam etmektedir. Yönetim hakkının davalı kurumda olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle PTT Genel Müdürlüğü yönünden davanın husumet yönünden reddi hatalıdır" 9. HD. 14.5.2007 T., 3132 E., 14914 K. (Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 240 vd.). "davacının, davalıdan hizmet alımı yapan değişik firmalarda çalıştığı, firmalar değişse de çalışmasına devam ettiği, davacıya hizmet içi eğitim verilerek davalıya ait asıl işi yapan işçilerle birlikte asıl işte çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Bu durumda davacının davalı işverenin asıl işçisi sayılması gerektiği..." 9. HD. 9.11.2005 T., 30958/35533 (Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, s. 54-55).

²²⁰ Benzer şekilde alt işverenin uzmanı gözüktüğü bir işte gerekli asgari ekipmana dahi sahip olmadığı, tüm malzeme ve gereçlerin asıl işverence sağlandığı bir ilişkinin de muvazaalı olması kuvvetle muhtemeldir (Akyiğit, İşe İade, s. 57). Yönetmelik'in 10. maddesinin son fıkrasında da "bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla" sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi ile operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesi öngörülmüştür.

Muvazaanın ana unsuru olan muvazaaa anlaşması yoksa, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinden de yasanın muvazaalı alt işverenlik ilişkisine bağladığı yaptırımdan da söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. 2. maddede benimsenen yaptırımın işlerlik kazanabilmesinde araştırılacak olan, belirleyici olan yasanın ifadesiyle muvazaanın varlığıdır. Asıl işin yasal tanımdaki unsura ve 7. fıkranın son cümlesindeki sınırlamaya uygun olmayan şekilde alt işverene verilmesi her durumda ve bir karine olarak işlemin muvazaalı olduğunu kabul etmeyi gerektirmeyeceği gibi, aynı değerlendirmeden hareketle, verilen işin yardımcı iş olması da işverenler arasında muvazaalı bir işlem bulunmadığı ön kabulünü beraberinde getirmemelidir. Nitekim, 2. maddenin 7. fıkrasında alt işverenlik ilişkisinin yasa gereği muvazaalı sayıldığı haller sadece asıl işin verilmesine münhasır değildir. Örneğin, alt işveren olarak seçilen kimsenin işverenin kısa süre önce işten çıkardığı bir işçisi olduğu, onun sözleşme hükümlerine göre veya işin yürütümünde bir işveren vekiliymişçesine davrandığı ve daha önce (asıl) işverenin işçisi iken birçok işçinin bu alt işveren nezdinde daha düşük ücretlerle çalıştırılmaya devam olunduğu hallerde verilen iş yardımcı işlerden dahi olsa böyle bir ilişkide muvazaaa bakımından denetim yapılmalı ve muvazaanın kabulü halinde kanımızca o işçiler yine asıl işveren işçisi sayılmalıdır. İş Kanunu'nun yardımcı işlerde, asıl işin verilmesindeki gibi unsurlar öngörmemesi bu işlerde çalışan işçilerin kötüniyetli alt işverenlik uygulamalarına terk edildiği ve haklarının kısıtlanabileceği yönünde değerlendirilemez. Bilhassa işyerinde çoğunlukla yardımcı işlerde çalışan işçilerin sendikalı olduğu bir örnekte 7. fıkranın ilk cümlesine aykırı şekilde bu yardımcı işin taşeronla verilmesi veyahut işyerinde asıl işte çalışan sendika üyesi işçilerin önce topluca yardımcı işlerde görevlendirilmesi ve ardından bu yardımcı işin alt işverene bırakıldığından bahisle işçilerin alt işverence çalıştırılmaya devam edilmesi durumunda yine muvazaadan söz edilmeli, ilişki muvazaalı işlemin yaptırımıyla karşılanmalıdır.

Yasakoyucu sadece muvazaalı alt işverenlik ilişkilerinde değil, bütünüyle 2. maddede tanımlayıp öngördüğü şart ve esaslara uymayan her türlü alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığını ve işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları sonucunu benimsiyorsa buna ilgili normda yer vermelidir. Yorumun sınırı yasa hükmünün kendisidir. Olması gereken hukuk açısından ileri sürülecek görüşler, yasanın bu haliyle yeterli koruma sağlamadığını, değiştirilmesi ihtiyacını

ortaya koyan değerlendirmeler ve bu noktadaki öneriler, esasen ilişkinin başkaca görünüm biçimi hükümde doğrudan aynı şekilde yaptırıma bağlanmadığı halde, bu yaptırım ona da teşmil edilerek aslında yasa koyucunun niyetinin, arzusunun da böyle olduğu varsayımının kaynağı olmamalıdır. Yasada gizli niyetlere yer yoktur ve yürürlüğe soktuğu metinle yasakoyucu bağlayıcı bir tercih belirlemiştir.

Ele aldığımız 3. madde de muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kavramını 2. maddeye paralel şekilde sürdürerek korumaktadır. Madde gerekçesinde “...4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır...” denildiğine göre, gerçekleştirilen inceleme ve sonucunda tanzim edilen rapordaki tespitlerin muvazaayı ortaya koymanın yanında alt işverenlik ilişkisinin geçerli sayılabilmesi için yasanın öngördüğü kurallara aykırılığı da kapsamının amaçlandığı değerlendirilmektedir²²¹. Gerekçe bağlayıcı olmadığı gibi 3. maddedeki muvazaalı işlemin tespiti faaliyeti, 2. madde uyarınca muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin düzenlenişinden soyutlanmamalıdır. Hüküm; genel olarak emredici hukuk kurallarına aykırı, 2. maddede alt işverenlik müessesini düzenleyen tüm unsurlara atıfla bunlara uymadığı için geçersiz alt işverenlik ilişkilerinin değil, muvazaalı alt işverenlik ilişkilerinin tespitini öngörmüştür. Yine bu maddede alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılması 2. madde doğrultusunda muvazaalı alt işverenlik ilişkilerine özgülenen bir hukukî sonuç olduğuna göre iş müfettişlerince incelenip tespit edilecek olan, muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Asıl işin yasal unsurlara uygun şekilde verilip verilmediği meselesi de işverenler arasındaki muvazaa anlaşmasını ortaya koyan somut vakıa özellikleriyle desteklenip bunu kanıtladığı ölçüde muvazaa tespitinin dayanakları arasında yer almalıdır. Yönetmelik’in 12. maddesinde de konu muvazaa incelemesinde göz önünde bulundurulacak hususlar arasında sayılmıştır. Buna göre, muvazaanın incelenmesinde özellikle;

a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

²²¹ Centel, s. 8.

- b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,
- c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,
- ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,
- d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,
- e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,
- f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,
- g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı hususları göz önünde bulundurulur.

Fakat aynı Yönetmelik 3. maddesinin g bendinde²²² işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini muvazaa tanımına alarak bu durumu başlı başına bir muvazaa niteliğinde görmeye elverişli bir hüküm sevk etmiştir. Yönetmelik de bir yasaya dayalı olarak, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir (Anayasa m. 124)²²³. Yönetmelik 3. maddesinde, Kanun'da yer almayan tanımlayıcı bir hukuk kuralı getirmekte ve bu esnada kanımızca gerek İş Kanunu 2. ve 3. maddelerin kapsam ve bütünlüğünü gerekse yine Yönetmelik'in 12. maddesiyle uyumu göz ardı etmektedir. 4857 sayılı

²²² Hükme göre “muvazaa, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini; daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini; asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini; kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri ihtiva eden sözleşmeyi ifade eder”.

²²³ “Yönetmelikler, normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra gelmekte oldukları gibi yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerini değiştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır. Anayasamızın 124. maddesi bu hususa yeterince açıklık getirmiş bulunmaktadır” Danıştay 5. D. 25.5.1988 T., 1987/2545 E., 1988/2659 K. (*Danıştay Dergisi*, S. 72-73, s. 302 vd.). İş Kanunu 41. maddede fazla çalışmayı, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar olarak tanımlamış iken, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin günlük onbir saati aşan çalışmaların da fazla çalışma sayılacağına ilişkin 4. maddesi hakkındaki tartışmalar için bkz. **Soyer, P.**, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, *LEGAL İSGHD*, 2004/3, s. 798-799; **Süzek**, s. 750-751; **Günay, C.İ.**, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, s. 51.

İş Kanunu yasalaşırken verilen değişiklik önergesiyle 2. madde mevcut halini almış ve asıl işin alt işverene verilebilmesiyle ilgili düzenleme, yukarıda da açıklandığı haliyle doğrudan ve tek başına muvazaalı işlem niteliğinde kabul edilmemiştir. 3 g maddesindeki yönetmelik tanımı ise bunu yeniden muvazaalı alt işverenlik sözleşmesi olarak nitelemiş, buna karşılık 12. maddesinde muvazaa incelemesinde göz önünde tutulacak hususlardan biri olarak sıralamıştır. Bu haliyle 12. madde, kanımızca İş Kanunu'nun 2. maddesine de uyum arz edecek şekilde, asıl işin verilmesiyle ilgili Yasa'da belirtilen sınırlamaya aykırılığın, somut olayda muvazaalı alt işverenlik uygulamalarını gösteren diğer hususlarla birlikte incelenerek idarî denetimdeki tespitin dayanakları arasında yer almasını benimsemiştir. Fakat Yönetmelik'in 3. maddesindeki tanım, tüm bunlardan farklı olarak İş Kanunu 2. maddesini, meclis görüşmelerindeki ve hükmün yasalaştığı halinden önceki duruma getirmekte, ancak yasa değişikliğiyle gerçekleştirilebilecek sonucu bir muvazaa tanımı yapmakla ortaya koymaktadır. Bununla Bakanlık, Kanun'un 2. maddesinin nasıl yorumlanması gerektiği hakkında görüş beyan etmekte, anayasal ilkeye göre kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere, bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabilecek bir yönetmelikte getirdiği düzenlemeyle kanun yorumu yapmaktadır. Oysa Anayasa'yı ve kanunları yorumla yetkisi, Anayasa Mahkemesi ile mahkemelere aittir. 1961 ve 1982 Anayasaları, *meclis yorumlarını* kaldırmış olup TBMM tarafından dahi bir kanun hükmünün yorumlanması mümkün değildir²²⁴. Bakanlık'ın yönetmelik çıkarma yetkisi ilk elden norm koyma yetkisi olmadığından bağımlı bir yetkiyi kullanan idare, çerçevesi yasada çizilmiş, sınırlı, belirli bir alanda düzenleme yapabilir²²⁵. Özellikle çalışma, teşebbüs ve sözleşme özgürlüklerinin anayasal temel haklar olduğu da dikkate alındığında, *Duran*'ın ifadesiyle denilebilir ki “*gerek müdahaleci idarî faaliyetler gerek yapıcı idarî faaliyetler, bünyelerinde idare edilenlerin hak sahasına taşmak istidadını ve hattâ kaçınılmazlık hassasını haiz olduğundan; bunlar, kanunî bir mesnede dayanmak gerektiği gibi; zımnî bir hükümden kuvvet alamazlar*”²²⁶. Tüm bu gerekçelerle, Yönetmelik'in ilgili hükmünün belirtilen ilke ve esaslara uygun düşmediğini kanaatindeyiz.

²²⁴ Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 24 vd.

²²⁵ Gözübüyük, Ş. A./Tan, T., İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Ankara 2006, s. 112 vd.; Anayasa Mahkemesi 6.7.1993 T., 5/25 (RG. 25.2.1995 T., S. 22213).

²²⁶ Duran, L., İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları, İÜHFİM, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı, 1964/3-4, C. XXX, s. 482.

4. Muvazaalı İşlemin Tespitine Karşı İş Mahkemesine Başvuru

Genel olarak muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersizliği iddiası, ya muvazaalı işlemin tarafları arasında, ya sözleşmeyi akdedenlerin biri veya her ikisi tarafından üçüncü kişiye karşı savunma sebebi olarak ya da üçüncü kişinin muvazaanın varlığıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi şeklinde karşımıza çıkar²²⁷. Tarafların hukukî ilişkiyi ve sözleşmelerinin geçerliliğini korumaya yönelik menfaatleri olağan koşullar altında ancak “üçüncü bir kişinin” muvazaa iddiasıyla açtığı ve muvazaalı olduğu öne sürülen “işlemin taraflarının davalı” olarak yer aldığı bir davada söz konusu iken, burada tüm bunlardan farklı olarak, işlemin tarafları davada davacı sıfatıyla yer almaktadırlar ve sözleşmenin geçerliliğini, muvazaaya dayanmadığını davacıya karşı savunmamakta, bizzat davacı olarak ileri sürmektedirler. Zira İş Kanunu’nun bu yeni düzenlemesine göre, dava dışı bir yolla herhangi bir yargılama konusu olmaksızın iş müfettişliğinin muvazaayı tespit ettiği raporu o hukukî işlemin muvazaalı sayılması riskini beraberinde getirmektedir; rapora karşı altı işgünü içinde dava açılmazsa işlemin muvazaalı niteliği kesinleşecektir. Böyle bir hukukî sonuçla karşı karşıya kalmamak için dava açmak işverenlere düşmektedir²²⁸.

a. Davanın Niteliği

Dava, bir tespit davasıdır²²⁹. Raporda muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edilmesi halinde işverenlerin böyle bir davayı açabilmeleri doğrudan açık bir yasa hükmüyle öngörülerek hukukî yararın varlığı bizzat yasa koyucu tarafından varsayıldığından dava şartı olan hukukî menfaat ayrıca araştırılmayacaktır²³⁰. Zaten davanın açılmaması halinde işverenler arasındaki ilişki muvazaa nedeniyle geçersiz kabul edileceğinden hukukî menfaatin bulunduğu açıktır.

²²⁷ Özkaya, E, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004, s. 197-205.

²²⁸ Düzenleme, bir yönüyle tahrik davalarını düşündürmekle birlikte getirilen sistem bunun bile tam aksinedir. Tahrik davasında, bir kimse birini bir iddia ile tehdit eder (veya ona karşı bir iddia ileri sürer) ise, tehdit edilen mahkemeye başvurarak o kişiyi kendisine karşı dava açmaya davet ettirir. Bu kimse yargıç tarafından belirlenen sürede dava açmazsa kendisinin daha önce ileri sürmüş olduğu iddia sakıt olur (Ansay, s. 226; Kuru, s. 76 vd). Burada ise tam aksine kendisine dava dışı yolla yöneltilen muvazaa iddiasına, tespitine karşı bizzat buna muhatap olan dava açma mükellefiyeti altındadır. Aksi halde muvazaa tespiti sakıt olmayıp tersine kesinleşmektedir.

²²⁹ Ayrıca bkz. aşağıda § 9, VI.

²³⁰ Özekes, Karar İncelemesi, s. 1389; 4. HD. 07.6.1983 T., 5345/5964 (Yasa 1983/12, s. 1777). Elbette maddede bu hukukî menfaat, iş müfettişlerince hazırlanan raporda alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu yönünde nitelenmesi halinde kabul edilmiştir.

Dava konusu, iş müfettişlerince incelenip hakkında rapor tanzim edilen, işyerinin tescili sırasında ibraz edilen alt işverenlik sözleşmesine dayalı ilişki olduğundan aynı asıl işverenin bir başka alt işverenle kurduğu ya da aynı alt işverene bir başka işin verilmesi hakkındaki diğer sözleşme bu davanın konusu değildir. Yine aynı taşeronun bir başka asıl işverenle arasındaki alt işverenlik ilişkisi de tek bir tespit davasına konu edilemez ya da bu davalar, aralarında bağlantı olduğundan bahisle birleştirilemez. Her ilişki ayrı bir hukukî işleme dayandığı gibi sözleşmenin konusu, tarafları, hükümleri farklıdır ve tescil işlemi de birbirinden bağımsız işverenlerin işyerleri ile ilgilidir.

Davaya konu ve alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığını tespit eden iş müfettişliği raporunun hukuka aykırı olduğu, alt işverenlik sözleşmesini inkâr eden tespitlerinin herhangi bir sonuç doğurmayacağı ve dolayısıyla işverenler arasındaki söz konusu sözleşmeye dayalı hukukî ilişkinin geçerli, mevcut olduğunun tespiti amaçlanmaktadır. Davanın kabulüyle işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmadığı, alt işverenlik ilişkisinin mevcut olduğu; reddedilmesi halinde ilişkinin muvazaalı olduğu kesin hükümlerle tespit edilmektedir²³¹. Bu dava bir inşâî hakka dayanmamaktadır ve mahkemenin verdiği kararlar davacının maddî hukuka özgü inşâî bir hakkına işlerlik kazandırılmamaktadır²³². Dava sonunda verilen hüküm izharî (açıklayıcı) niteliğiyle o hukukî ilişkinin, konumuz bakımından alt işverenlik ilişkisinin mevcudiyetini veya muvazaalı akdedildiği için mevcut bulunmadığını deklare etmektedir. İş müfettişliği raporundaki tespit ve değerlendirmelerin aksine, mahkemece asıl işverenlik ilişkisinde muvazaa tespit edilmemesi nedeniyle davanın kabulü halinde de o hukukî ilişki verilen hükümlerle doğup ortaya çıkmamaktadır; hukukî ilişki bu hükümden bağımsız ve önceden gerçekleşmiş bir olgudur²³³.

²³¹ **Kuru**, s. 21, 99 vd. "...Muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından, açılan dava sonunda verilen karar, inşâî bir hüküm değil, açıklayıcı bir hüküm durumundadır". 1. HD. 14.2.1996 T., 1179/1570 (**Uygur, T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, s. 800).

²³² **Önen**, s. 56-59. "...Muvazaalı işlem geçersiz olup hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ayrıca belirli bir sürenin geçmesiyle ve tarafların olurları ile geçerli hale gelmez...Açılan dava sonunda verilen karar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı bir karar olduğundan geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur." 1. HD. 8.10.1997 T., 10570/11956 (**Uygur**, Sorumluluk Hukuku, s. 823).

²³³ **Önen**, s. 190, dn.82.; *Aydınlı* da alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasına ilişkin mahkeme kararının açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir (**Aydınlı**, s. 61).

İşverenlerce açılan bu davada, eda davalarında olduğu gibi davalının belirli bir edaya mahkumiyeti de talep edilmemektedir.

b. Taraflar ve Dava Arkadaşlığı

aa. Taraflar

İş Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde görev yapan iş müfettişleri, Bakanlık'ın denetleme birimleri olduğundan davada husumetin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yöneltilmesi gerekmektedir²³⁴. Bu davada davacı tarafından hukukî ilişkinin tespiti, o ilişkinin diğer tarafına karşı talep edilmemektedir. Sözgelimi davacı alt işveren, davalı asıl işverenin inkâr ettiği alt işverenlik ilişkisinin tespitini ona karşı değil; aksine sözleşmenin tarafları, aralarında İş Kanunu 2. maddeye dayalı bir hukukî ilişkinin mevcudiyetini, bunun geçerli bir hukukî işlem olduğunu, bu hukukî ilişkinin varlığını kabul etmeyen, muvazaalı olarak niteleyen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı ileri sürmektedirler. Zaten tespit davasına konu hukukî ilişkinin mutlaka davanın tarafları arasında olması zorunlu değildir.²³⁵ Kaldı ki Bakanlık, iş hayatını denetleme yetki ve görevi çerçevesinde Yasa'nın 3. maddesine istinaden yapılan inceleme sonucu bu ilişkiyle ilgilenmekte, onun muvazaalı olduğu değerlendirmesini yapmaktadır. İşlemi yapan, o işleme karşı açılan davada hasım olarak yer almaktadır.

Kanun maddesinde açıkça gösterildiği üzere, sözleşmenin tarafı işverenlere dava hakkı tanınmış olup, davacı tarafta işverenler ya da işveren yer alacaktır. Uygulamada zaman zaman görüldüğü gibi, asıl işveren işyerinden iş alan taşeron bir adi ortaklık ise ya da o ihale dönemi için müşterek iş ortaklığı kurulmuş ise, bunlar arasındaki ilişki de hukukî nitelikçe adi ortaklık hükümlerine tabi olduğundan²³⁶,

²³⁴ Aynı şekilde örneğin Talim ve Terbiye Kurulu'nun bir işlemine karşı açılan davada bu kurulun bağlı olduğu Milli Eğitim Bakanlığı'nın davalı gösterilmesi gerekir (**Gözübüyük/Tan**, s. 908).

²³⁵ **Rosenberg/Schwab**, s. 553; **Kuru**, s. 24. *Trzaskalik* ise hukukî ilişkinin daima davanın tarafları arasında olması gerektiği görüşündedir (**Trzaskalik**, s. 158).

²³⁶ "...yeni ihaleyi davalının da içinde bulunduğu Güneş Albayrak Tur. Sey. San.Tic A.Ş. ile ALKA İnş. ve Tur. Ltd.Şti. ortak girişiminin aldığı anlaşılmaktadır...Ortak girişim bir davalı olan iki şirketten oluşmaktadır. Her iki şirket arasında adi ortaklık hükümleri geçerlidir. Her şirket tüzel kişiliğini korumaktadır. Ortak girişimin tek başına tüzel kişiliği yoktur. Somut olayda davalı işveren ilk başta tek başına ihale ile alınan işi yüklenirken, daha sonra adi ortaklık hükümleri çerçevesinde

tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın dava şartlarından taraf ehliyeti bulunmamaktadır; bu nedenle davanın tüm ortaklar tarafından açılması gerekmektedir²³⁷. Davayı ortaklardan biri açmış ise dava, dava şartı yokluğundan hemen reddedilmeyip mahkeme diğer ortakların davaya katılmasını veya muvafakat etmelerini sağlaması için davacı ortağa süre vermelidir²³⁸.

bb. Dava arkadaşlığı ve davaların birleştirilmesi

İş müfettişliği raporundaki değerlendirmelere göre muvazaalı olduğu tespit edilen, her iki işveren bakımından da aynı, tek bir hukukî işlemdir. Dava her iki işveren bakımından da aynı sebepten, davacıların taraf oldukları sözleşme ve bu sözleşmeyi muvazaalı olarak niteleyen iş müfettişliği raporundan doğmaktadır. İş müfettişliği raporundaki muvazaa nitelmesi, sadece alt işverene veya diğerine değil, her ikisine de yöneltilmektedir. Gerek alt işveren gerekse asıl işveren bu tespit hükmünde menfaat sahibidir. Her iki işverenin de iddia ve talebi, bu davayı açmakla elde etmeye çalıştığı sonuç, iş müfettişliğinin muvazaa tespitine ilişkin raporunun doğru olmadığı, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayanmadığı ve bu nedenle aralarında geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığının tespitine yöneliktir. Aynı hukukî işlemin hem muvazaalı olduğu hem de muvazaaya dayanmadığı tespit edilemeyeceğine göre, dava konusunun ayrıntılı sonucunu olan aynı yönde, tek (birlikte) karar gerekliliği ile karşılaşılmaktadır. Tespit davalarında birden çok kişinin bir hukukî ilişkinin tespitinde yararları olmak şartıyla birlikte dava

diğer bir şirket ile birlikte yerine getirmektedir...” 9. HD. 18.12.2006 T., 2006/26360-33190 (Çalışma ve Toplum, 2007/2, S. 13, s. 174 vd.).

²³⁷ **Kuru, C. I.**, s. 964 vd.; **Erişir, E.**, Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 219 vd. O itibarla, İş Kanunu'nun işveren tanımıyla ilgili olarak “Konunun en yaygın uygulaması adi şirket, adi ortaklık hükümlerine göre işçi çalıştıranların da yine işveren sayılabileceği hususudur. Tabii, burada tüzel kişiliğin olmaması, bu kişiyi işveren saydıktan sonra usûl hukukunun –davalarda vesaire taraf olabilmek için kişi olması gerekir- temel kuralını değiştirmez, ama kanunun tanıdığı hüküm nedeniyle elbette bunların da taraf ehliyeti olacaktır” görüşüne (**Şahlanan, F.**, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Temmuz 2003, Koru Otel Bolu, s. 67) katılmıyoruz. BK m. 520 vd. maddelerinde düzenlenen adi ortaklık, İş K. m.2/f. 1 uyarınca işverendir; ancak ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyeti yoktur. Bunun sonucu olarak da, adi ortaklığın değil, onu oluşturan kişilerin mecburi dava arkadaşları birlikte davaları açmaları gerekir. İş Kanunu, Borçlar Kanunu'ndan ayrılarak adi ortaklığa tüzel kişilik tanımış da değildir. Aksine bunların tüzel kişiliği bulunmadığını işaret edip tekrarlamıştır. Tüzel kişiliği olmamanın usûl hukukumuzdaki sonucu ise bu toplulukların taraf ehliyeti bulunmaması, ehliyetin ortakların tümüne ait olmasıdır. “Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından dava ve takip ehliyeti yoktur, ona karşı dava da açılmaz. Adi ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından bütün ortakların birlikte davacı veya davalı olmaları gerekir. Davalının tüzel kişiliği olmaması nedeniyle davanın reddi lazım gelir”. 4. HD. 05.05.1967 T., 2320-4247 (**İnal, C. I.**, s. 553-554).

²³⁸ **Kuru, C. I.**, s. 969; **Alangoya**, s. 144; HGK 13.03.1987 T., 14/79-188 (**İnal, C. I.**, s. 614).

açmaları durumunda dava arkadaşları arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır ve tespit davalarında birlikte dava açılması kuraldır²³⁹. Bir hukukî ilişkinin geçerliliği ya da muvazaaya dayalı olduğunun tüm dava arkadaşlarına yönelik verilecek yegane tespit hükmüyle belirlenmesi hukukî güvenlik ve çelişkili kararların önlenmesi bakımından da gereklidir. 6 işgünlük sürede muvazaayı tespit eden rapora karşı alt işverenin ayrı, asıl işverenin ayrı bir dava açtığı ve birinde davanın kabul diğerinde red ile sonuçlanması ihtimalinde, her iki davada incelenmiş olan tek bir taşeronluk ilişkisi, sözleşmesi bulunmasına rağmen, örneğin asıl işverenin elde ettiği kesin hükme göre İş Kanunu 2. maddeye uygun bir ilişki; alt işverenin açtığı davada verilen kesin hükme göre ise muvazaalı bir hukukî işlem olduğu yönünde birbirleriyle çelişik hükümler ortaya çıkması ihtimal dahilindedir.

Ancak alt işverenle asıl işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edildiğinde, davayı işverenlerden birinin tek başına açması halinde diğer işverenin de buna rızası, davaya dahil edilmesi için davacı işverene süre verilmesi, bu sağlanamazsa davanın sıfat yokluğundan reddi gerekir²⁴⁰. Oysa 3. maddede her iki işverene de tanınan dava hakkı, diğerinin inisiyatifine terk edilmiş değildir. Nasıl ki, her mirasçı ölüme bağlı tasarrufun iptalini (MK m. 558) ya da murisin yaptığı bir borçlanmanın hükümsüzlüğünün tespitini yalnız başına talep edebiliyorsa²⁴¹ işverenlerden biri de müfettiş raporunun hukuka aykırı olduğunu, taşeronluk sözleşmesinin muvazaaya dayanmayıp geçerli olduğunun tespitini talep edebilmelidir. Kaldı ki, işverenler bakımından hak düşürücü sürenin başlama ve sona erme tarihleri farklı olabileceğinden, davacı işverenin dava açtığı tarihte zaten diğerinin bu davayı açma hakkı bulunmayabilecektir veya işverenlerden biri davayı açtığı anda, diğer işverene henüz rapor tebliğ edilmediğinden onun bakımından dava açması için süre işlemeye başlamadığı gibi muvazaa tespitinden haberdar dahi değildir ve davasının temellerini dayandıracağı iddialarını belirleyebilmek için iş müfettişliğinin raporda dayandığı, ileri sürdüğü olguları bilmemektedir.

²³⁹ **Ulukapı, Ö.**, Medeni Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 67.

²⁴⁰ **Üstündağ**, s. 369-370; **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, İstanbul 2001, s. 3315; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 214; 11.HD. 16.12.2000 T., 7589 E., 8989 K.(**Alangoya**, s. 142, dn. 3).

²⁴¹ **Kuru, C. I**, s. 1001; **Özkaya**, s. 420.

Medenî Kanun 693. maddesine göre müşterek mülkiyette, maliklerden (paydaşlardan) her birinin müşterek malın korunmasına, bölünemeyen ortak menfaatlere ilişkin bir davayı yalnız başına açabilmesi mümkündür (son fıkra)²⁴². 693. maddenin son fıkrasında “diğer paydaşları temsilen” ifadesi kullanılmış ise de bu, teknik anlamda bir temsil değil, her paydaşın müşterek malın korunmasında olduğu gibi müşterek menfaatlerin korunmasında yalnız başına hareket edebileceği anlamındadır²⁴³. İstihkak, el atmanın önlenmesi, zilyetlik davaları gibi davaların yanısıra tespit davaları da bu madde kapsamındadır²⁴⁴. İşverenler arasındaki müşterek hukukî ilişkinin korunması, onun muvazaalı sayılmayıp yürürlüğünün devam ettirilmesi her iki işverenin de bölünemez nitelikte, ortak menfaattir. Tespit davası sonunda verilen hükümden dava açmayan diğer âkid işveren de (lehe sonuçlanmışsa) yararlanacak; muvazaalı işlem tespit edilerek davanın reddine karar verildiğinde yine bu sonuç davada taraf olmayan işvereni de bağlayacaktır. Tüm bu değerlendirmelerden işverenlerden birinin tek başına dava açabileceği kanaatine ulaşmaktayız.

Elbette işverenlerin birlikte dava açmaları mümkündür; hatta hak düşürücü süreye riayet edilerek birlikte dava açmaları isabetli olacaktır. Aynı ayrı dava açmışlarsa bu davaların HUMK m. 43 uyarınca birleştirilmesi gerekmektedir. HUMK 45. maddesinde davaların birleştirilmesi için gerekli olan, davalar arasında bağlantı bulunması şartına açıklık getirilerek davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde davalar arasındaki bağlantı kabul edilmiştir (f. 3). Dava her davacı bakımından aynı sebepten doğmaktadır ve her iki işveren de muvazaalı olduğu belirtilen hukukî işlemin taraflarıdır. Verilecek kararın da aynı yönde olması gerekmektedir. Mahkeme kesin olarak karar verdiği için birleştirme talebinin incelenmemesi ya da birleştirme talebi haksız olarak reddedilip sonuçta yanlış bir hüküm verilmesine rağmen temyiz

²⁴² Yine benzer bir düzenleme, Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinde, dava hakkına ilişkin hükümdür. Buna göre iştirak halinde veya müşterek mülkiyette paydaşlara tek başına dava hakkı tanınmıştır; ancak bu halde açık düzenleme uyarınca açılan davanın sonuçlarının dava açmayanları etkilemeyeceği kabul edilmiştir.

²⁴³ Bkz. **Kuru**, C. III, s. 3385, dn. 341 ve orada anılan 21.6.1944 tarihli İBK.; *Yıldırım*, buradaki davacıyı “dava yetkini” olarak nitelemektedir (**Deren Yıldırım, N.**, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul Şubat 1996, s. 99-100).

²⁴⁴ **Deren Yıldırım**, s. 102.

yolu kapalıdır. Ayrıca iki tarafı ve dava sebebi aynı olan bir dava hakkında birbiriyle çelişen iki hüküm bulunması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiş ise de (HUMK m. 445/10) burada davacılar farklı olduğundan her iki hükmün tarafları aynı değildir. Dolayısıyla birleştirme kararı verilmesi bu davalarda önemli bir gerekliliktir.

Aynı yerde açılan davalar bakımından mahkeme talep üzerine veya kendiliğinden davanın her aşamasında birleştirme kararı verebilir (HUMK m. 45/I). Aynı yerde birden fazla mahkemenin kurulduğu hallerde sözgelimi İzmir 3. İş Mahkemesi ile İzmir 7. İş Mahkemesi aynı mahkeme sayılır²⁴⁵. Ancak yukarıda açıklandığı üzere davaya bakmaya farklı yer mahkemeleri de yetkili olduğundan örneğin alt işveren Ankara'da, asıl işveren İzmir'de dava açmış olabilir. Aynı mahkemelerde açılan davalarda birleştirme talebi ancak ikinci davanın açıldığı mahkemede ilk itiraz olarak öne sürülebileceğinden mahkeme kendiliğinden birleştirme kararı veremeyecektir. İlk itirazlar, usûlî savunma sebeplerinden olduğuna göre (m.187/5) birleştirme ancak davalı tarafından talep edilebilecektir²⁴⁶. Sözlü yargılama usûlünün uygulandığı iş mahkemelerinde ilk itirazların en geç ilk celsede, esasa girişmeden önce bildirilmesi gereklidir (HUMK m. 478). İşverenlerce davaların ayrı iş mahkemelerinde açıldığı hallerde ikinci davanın davacısı işveren, diğer işverenin de dava açtığından bahisle birleştirme talebinde bulunamayacağı gibi mahkeme de re'sen bu yönde karar veremeyecek, 478. maddedeki sürenin geçmesinden sonra davalı da birleştirme talebinde bulunamayacaktır. Her iki davanın tarafları farklı olduğundan derdestlik ilk itirazı da ileri sürülemez. Bu durum

²⁴⁵ İBK. 14.2.1992 T., 3/2 (RG. 1.5.1992 T., S. 21215).

²⁴⁶ "...ayrı mahkemelerde açılan davalarda birleştirme talebi ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. İkinci davanın davalısı ilk itiraz olarak davaların birleştirilmesini istemezse artık bu iki davanın birleştirilmesi mümkün değildir. Somut olayda davalı vekilinin usûlüne uygun birleştirme talebi olmadığı halde davacı vekilinin istemi ile birleştirme kararı yerinde görülmediğinden..." 11.HD. 24.01.2005 T., 13057/405 (YKD. 2005/5, s. 713); "Mahkemece birleştirilmesine karar verilen davalar ayrı mahkemelerde açılmış ve görülmektedir. HUMK.nun 45. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, bu durumda bağlantı nedeniyle birleştirme talebi ikinci davanın açıldığı mahkeme önünde ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. İlk itiraz, başka bir ifade ile birleştirme istemi davacının değil, davalının hakkıdır. Yasanın açıklanan kuralı gözetilmeden davacının dava dilekçesindeki talebi üzerine bu davanın Hatay 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin davası ile birleştirilmesi uygun değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır." 13. HD. 07.4.1987 T., 1785 E., 2502 K. (İnal, C. I, s. 615).

karşısında, mahkeme çelişkili hüküm ihtimalini engellemek için ilk davanın sonuçlanmasını bekletici mesele yapmalıdır²⁴⁷.

c. Fer'i Müdahale ve Davanın İhbarı

aa. Fer'i müdahale

Fer'i müdahale, bir dava sonunda verilen hükmün üçüncü kişilerin hukukî durumunu olumlu veya olumsuz etkileyecek olması halinde, üçüncü kişinin davanın taraflarından biri yanında onun davayı kazanması amacıyla davaya katılmasıdır²⁴⁸. Bu dava sonunda verilen hükümlerle tespit edilen hukukî ilişki, davanın tarafları dışında alt işveren işçileri ile diğer üçüncü kişileri etkilemektedir. Kanımızca, alt işverene bağlı olarak asıl işveren işyerinde çalışan işçilerin bu davaya fer'i müdahil olarak katılabilmeleri gerekir. Çünkü, davanın tarafı olmayan bu işçiler sadece bu davadaki kesin hükmün etkisini kabul etmek zorunda kalan üçüncü kişiler değildir; aynı zamanda bizzat hukukî durumları taraflar arasında verilen hükümden yasa gereği etkilenmektedir ve hukukî menfaatleri vardır²⁴⁹. Bu etkilenme, İş Kanunu'nun anılan her iki maddesinde zikredildiği haliyle işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacak olmasıdır ve Usûl'ün 53. maddesine göre, hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs iki taraftan birine iltihak için davaya müdahale edebilir.

İşverenlerce açılan dava sonucuna üçüncü kişi (işçiler) açısından yasa gereği bağlanan hukukî etkiler kapsamında; işçinin işvereni, işyeri, ücreti ve sosyal hakları, üye olabileceği sendika, varsa mevcut sendika üyeliğinin durumu, toplu sözleşme düzeniyle çalışılan işyerlerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı bulunup bulunmadığı gibi pek çok husus belirlilik kazanacak ya da değişecektir. İşçi, bu davanın tarafı olmadığı için dava sonunda verilen hükmün kendisi bakımından göstereceği etki, kesin hüküm etkisi değil; kesin hükmün üçüncü kişiye etkisidir. Burada hükmün sadece davanın taraflarını etkileyeceği kuralının istisnalarından biriyle karşılaşılmaktadır. İşçi, tarafı olmadığı bir kesin hükmün etkisinde, bunu

²⁴⁷ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 396.

²⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. Pekcamtez, Fer'i Müdahale.

²⁴⁹ Pekcamtez, Fer'i Müdahale, s. 91, 97.

kabul etmek zorunda kalmaktadır ve onun hukukî durumunu etkileyen hukukî ilişkinin bu davada tespiti aynı zamanda onun daha sonra tarafı olacağı bir iş davasında da unsur etki olarak adlandırabileceğimiz dolaylı bir etki göstermektedir²⁵⁰. İş Kanunu, bu kesin hükmün mevcut iş sözleşmeleri, alt işveren işçilerinin hukukî durumları üzerinde yaratacağı etkiyi de açıkça göstermiş, işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaklarını kabul etmiştir. Sözgelimi daha sonra açılan bir feshin geçersizliğinin tespiti davasında, artık işverenin kim olduğu, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı tartışılıp incelenmeyeceği gibi, taraflarca önceki kesin hükmün aksine bir iddia da ileri sürülemeyecektir. Bu, daha önce İş Kanunu 3. madde çerçevesinde açılan davada yargılama konusu olmuş ve kesin hükme bağlanmıştır. İşçinin hukukî durumunda davada verilen tespit hükmünün etkisiyle doğacak değişiklik nedeniyle o da hukukî dinlenilme hakkına gereksinim duymaktadır. Bu gereksinim, işçi davada taraf olarak yer almadığından ve hakkında bir hüküm verilemeyeceğinden kendi subjektif hakkını ileri sürmek için değil, daha çok hükmün kendisine karşı olumsuz bir etki doğurmasını engellemek içindir.²⁵¹

Fer'i müdahil olarak davaya katılmak isteyen üçüncü kişi ile yanında yer alacağı taraf arasında hukukî ilişki bulunabileceği gibi bu ilişki dava konusu ile de olabilir²⁵². Taşeron işçisinin iradesi kendi işvereniyle arasındaki ilişkinin çözülmemesinden, devamından yana da olabileceğinden bu ihtimalde davacı işveren yanında davaya müdahale etmek isteyecektir. Davacı alt işveren ile arasındaki hukukî ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır ve bu hukukî ilişki, dava sonunda verilecek hükmün etkisine doğrudan açıktır. Buna karşılık alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine karar verilmesi halinde asıl işveren işçisi sayılacak işçinin, uygulamada sıklıkla görüleceği üzere menfaatinin davanın reddedilmesi yönünde olduğu düşünüldüğünde davalı yanında davaya katılmak istenecektir ve bu halde davalı Bakanlık ile işçi arasında bir hukukî ilişki bulunmadığına göre işçinin müdahalesini gerektiren durum, tarafın davayı kazanması ya da kaybetmesinin onun hukukî durumunu etkileyecek olması nedeninden kaynaklanmaktadır. Nasıl ki, bir

²⁵⁰ Pekcamtez, Fer'i Müdahale, s. 96-97; Üstündağ, s. 377.

²⁵¹ Özekes, M., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 260-263.

²⁵² Pekcamtez, Fer'i Müdahale, s. 90.

işçi alt işverenlik ilişkisi muvazaaya dayandığı için kendisinin doğrudan doğruya asıl işveren işçisi olduğunu iddia etmek suretiyle iş sözleşmesinden doğan subjektif haklarını, maddî hukukun muvazaalı alt işverenlik ilişkisine bağladığı sonuçlara dayalı olarak bu işverenden talep edebilecek, işverenler arasındaki hukukî işlemi kendi açtığı bir davada yargısal denetime tabi kılabilir ise, 3. maddenin düzenlediği prosedür çerçevesinde başlı başına bu sözleşmenin geçerliliğinin ele alındığı davaya davalı yanında müdahale etmek suretiyle de kendi hukukî durumunu etkileyecek bu davaya ve hükme etki etme olanağına sahip olmalıdır. Hükümle etkilenecek olan menfaatin beklenen bir hak olması halinde davada üçüncü kişinin dinlenilme hakkı bulunmadığı değerlendirilmesi²⁵³ bağlamında ifade etmek gerekir ki, bu dava sonunda verilen hüküm geçmişe etkilidir. Davadan önce iş müfettişlerince alt işverenlik sözleşmesinin incelendiği, davanın açılıp yargılamanın devam ettiği süreçte de o taşeronluk sözleşmesi çerçevesinde işyerinde istihdam edilmiş olan işçinin hukukî durumu ve iş ilişkisinin geçmişteki yürürlüğü esnasında doğmuş hakları etkilenmektedir. Zira işçinin, hükmün verildiği tarihten itibaren değil; başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceği yasa da açıkça belirtilmiştir. O halde bu davaya müdahale edecek işçinin durumu, örneğin nesebin reddi davasına muhtemel miras hisselerini (ki bunlar beklenen haklardır) öne sürerek davacı yanında müdahale etmek isteyen davacının diğer çocuklarının durumundan farklıdır. Üstelik, 2. madde ve bunun denetimine dair 3. maddenin koruma normu niteliği ve zaten korunması amaçlananın alt işveren işçileri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bizzat hükme mündemiç bu esas doğrultusunda işçinin fer'i müdahale hakkı bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Alt işverenin çok sayıda işçisinin müdahale talebinde bulunması halinde bunun yargılamayı uzatıp güçleştirebilecek olması ise bu konuda başlıca sorunu teşkil edebilecektir. İşçilerin ortak bir vekil aracılığıyla davaya katılmaları pratik bir yarar sağlayabilecek ise de, sözleşmenin karşı tarafını belirleyebilme özgürlüğü karşısında tek avukatla vekalet sözleşmesi yapılması yönünde bir yasal zorunluluktan söz edilemez. Sendikalar Kanunu m. 32/3. bent uyarınca işçilerin hakları için sendikanın devreye girmesi düşünülebilir. Ancak sendikanın bizzat hukukî durumu da

²⁵³ **Budak, A.C.**, Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul, Ekim 2000, s. 34-35.

etkilendiğinden bu davaya sendikanın kendi adına fer'i müdahil olarak katılması gündeme gelebileceği gibi bazı işçilerin davacı işveren bazılarının davalı yanında davaya katılmak istemeleri pekala mümkündür. Bu noktada çatışan menfaatlerle karşı karşıya kalınabilecektir ve sendikanın her iki taraf yanında birden fer'i müdahil olması mümkün değildir (HUMK m. 53).

Sendikaların durumuna bakıldığında akla gelen, bu davanın reddedilmesine bağlı olarak işçi sayısı, işçilerin durumu değişeceğinden ilgili işkolundaki sendikaların toplu sözleşme yetkisini elde etmesi ya da kaybetmesi, yetki alabilecek sendikanın değişmesi, üyelik durumu, toplu sözleşmeye taraf sendikanın sendika aidatı ve dayanışma aidatı gelirleri, atayabileceği sendika temsilcisi sayısı gibi çeşitli yönlerden göstereceği etkilerdir. O halde bu davaya ilgili işkolundaki ya da toplu sözleşmeye taraf sendikanın fer'i müdahil olarak katılması salt mesleki bir dayanışma gibi algılanamaz²⁵⁴.

Altı işgünlük hak düşürücü süreyi geçirdiği için dava açamayan işverenin, diğer işverenin açtığı davaya fer'i müdahil olarak katılabilmesi işverenin kendi hukukî durumu dava sonunda verilecek hükümden etkilenecektir. Bu yüzden davacı yanında davaya katılıp ona yardımcı olmasında hukukî menfaati bulunmaktadır.

Fer'i müdahale talebinin mahkemece kabul edilmemesi halinde, bu karar fer'i müdahil bakımından nihaî bir karar olmakla birlikte mümkündür. Hak düşürücü süre dava açabilme olanağını, davacı sıfatını ortadan kaldırmaktadır. Bu işveren, fer'i müdahil olarak davayı kazanmasında menfaati bulunan davacı işveren yanında davaya katılmakla taraf haline gelmeyecektir. Sözleşmenin diğer tarafı olan dava dışı davanın tarafları açısından ara karardır²⁵⁵. Doktrinde genel olarak dava sonuçlanmadan önce bu kararın temyiz edilemeyeceği, ancak esas hükümlerle birlikte temyize başvurulabileceği kabul edilmektedir²⁵⁶. Yargıtay'a göre de fer'i müdahil,

²⁵⁴ Sendikanın davaya müdahalesinde hukukî yararının bulunduğu söylenmesi için, kanımızca işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve sendikanın da bu sözleşmenin tarafı olması gibi mutlak bir şart bulunmamaktadır.

²⁵⁵ **Ansay**, s. 142; **Pekcamtez**, Fer'i Müdahale, s. 127.

²⁵⁶ **Karafakih**, s. 135; **Alangoya**, s. 156; **Üstündağ**, s. 378; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 479; **Pekcamtez**, Fer'i Müdahale, s. 128; **Erdemir, İ.**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I,

asıl hüküm verildikten sonra lehine müdahale etmek istediği taraf aleyhine verilmiş olan hükme karşı temyiz yoluna başvurarak hükmün, müdahale talebinin haksız reddedilmiş olması sebebiyle bozulmasını isteyebilir ve hükmü lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz edebilir²⁵⁷. Ancak İş Kanunu 3. maddesine göre, bu davada verilen hüküm kesin olup temyiz yoluna gidilemeyeceğinden fer'i müdahale talebinin reddine ilişkin kararın da temyiz edilmesi olanağı bulunmamaktadır.

bb. Davanın ihbarı ve ihbar sebebi

Alt işveren işçilerinin, iki işveren arasındaki alt işverenlik sözleşmesiyle ilgili iş müfettişliği raporundaki muvazaa tespiti ve buna karşı işverenlerin açtığı davadan haberdar olması çoğu zaman tesadüfidir. Medenî usûl hukukumuzda davanın mahkemece kendiliğinden üçüncü kişiye ihbarı müessesesi özel olarak düzenlenip kabul edilmediğinden²⁵⁸ davanın ihbarı taraflardan birinin kendisini desteklemesi amacıyla davayı üçüncü kişiye bildirmesiyle gündeme gelebilecektir²⁵⁹. Ancak HUMK 49. maddesinde davanın ihbarı ile ilgili olarak sevk edilen hükme göre “İki taraftan biri davayı kaybettiği takdirde üçüncü şahsa rücu hakkı olduğu mülahazasında bulunursa...” davayı üçüncü kişiye ihbar edebilecektir. Fer'i müdahalede, davaya katılmak isteyen üçüncü kişinin bunda bir hukukî yararı bulunması gerekirken, davanın ihbarında ihbar eden tarafın hukukî yararının bulunması gerekir ve bu hukukî yarar geçerli bir ihbar sebebinin bulunup bulunmamasıyla kendisini gösterir²⁶⁰. Davayı ihbar eden tarafla ihbar edilen üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkiye dayanılarak daha sonra ya ihbar eden bu üçüncü kişiye

Ankara 1998, s. 581. Davanın tarafları temyiz yoluna başvurmadıklarından hüküm kesinleşmişse, davaya fer'i müdahil olarak katılma talebi reddedilen üçüncü kişi de red kararına karşı temyiz yoluna gidemeyecektir (**Pekcantez**, Fer'i Müdahale, s. 129).

²⁵⁷ HGK. 26.02.2003 T., 2003/9-32 E., 2003/96 K. (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 165-166). Aynı yönde HGK. 11.11.1981 T., 11/2751-733 (Yasa 1981/12, s. 1666 vd.). 01.4.1987 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında aksi sonuca ulaşılmıştır (bkz. **Alangoya**, s. 156).

²⁵⁸ “HUMK.nun 49. maddesi hükmü gereğince davanın ihbarı mahkemenin değil tarafların yükümlülüğü altında bulunmasına göre...” 11. HD. 08.02.1991 T., 593 E., 719 K. (**Erdemir**, C. I, s. 565). Bu kararda, davanın ihbarından bir yükümlülük olarak söz edilmesi isabetsiz ise de, usûl hukukumuzda mahkemenin davayı re'sen ihbar etmeyeceği hususuyla ilgili olarak karara yer verilmiştir.

²⁵⁹ Ancak Medeni Kanun'un mal rejimine (m. 229), babalık davasına (m. 301) ilişkin hükümlerinde ise, mahkemenin kendiliğinden davayı ihbar edebileceği görülmektedir (bkz. **Özkes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 264, 265). Tasarı'nın 70. maddesinde de re'sen ihbar kabul edilmiş olup, buna göre üçüncü kişinin hakkının korunması için yargılamada yer alması gereken durumlarda mahkeme, konusunu ve taraflarını belirterek davayı üçüncü kişiye ihbar eder.

²⁶⁰ **Atalı, M.**, Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 168.

rücu edebilecek ya da üçüncü kişi ona karşı bir tazminat talebi yöneltebilecektir ve işte davanın ihbarı da, davayı ihbar eden kişinin davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı rücu talebiyle dava açabilecek olması ya da üçüncü kişinin kendisine karşı bir talepte bulunmasından endişe duyulan haller için kabul edilmiştir²⁶¹. Öyle ise İş Kanunu 3. madde uyarınca açılan davalarda davanın tarafları ile muhtemel üçüncü kişiler arasında böyle bir hukukî ilişki ve ihbar sebebinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Daha açık olduğu için öncelikle davalı bakımından ele alındığında, bu davada davanın tarafı Bakanlık ile anılan üçüncü kişi sendika veya işçiler arasında herhangi bir hukukî ilişki ve buna dayalı rücu ilişkisi bulunmamaktadır. O halde dava, davalı Bakanlık tarafından ihbar edilemez.

İşverenlerden yalnız birinin (asıl işveren ya da alt işverenin) dava açması halinde bu işveren davayı diğer işverene ihbar ederek onun katılımı ve katkısı sayesinde davayı kazanmayı amaçlayabilir. İhbar eden tarafça bilinmeyen, dava dışı işverenin sahip olduğu bilgi ve belgeler, bu kişinin yargılamaya getireceği iddia ve savunma araçları ihbar eden işverenin davayı kazanma şansını artırıp etkileyebilecektir. Fakat ihbar sebebi ve ihbarın etkisi açısından incelendiğinde²⁶², davanın reddedilmesi halinde işçiler yasa gereği asıl işverenin kendi işçisi sayıldıklarından artık bu kişi, asıl işveren değil; bizzat iş sözleşmesinin tarafı işveren olduğundan işçi alacaklarını asıl işveren sıfatı ve yasanın birlikte sorumluluk esasıyla ilintili olmaksızın doğrudan doğruya iş sözleşmesinden doğan kendi borcunun ifası niteliğinde yerine getirecektir. Asıl işveren sıfatı bulunmadığına göre geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin aksine, yasal birlikte sorumluluk esası gereğince asıl işverenin, alt işveren işçilerine yaptığı ödemelerden kaynaklanan bir rücu alacağı bulunmayacaktır²⁶³. 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki uyuşmazlıklarla ilgili olarak Yargıtay kararlarında ise, İş Kanunu'ndaki düzenlemelerin sadece işçilik haklarını ilgilendirdiği, taraflar arasındaki rücu hakkına ilişkin olmadığı, bunun alt işveren

²⁶¹ **Atalı**, s. 42, 168.

²⁶² Bu arada belirtmek gerekir ki, ihbar edilecek davada esasa dair verilen hükmün eda, tespit hükmü veya inşaî hüküm olmasının herhangi bir önemi yoktur (**Atalı**, s. 198-199).

²⁶³ Aynı yönde **Aydınlı**, s. 207.

sözleşmesi hükümlerine göre çözümleneceği belirtilerek, iş mahkemesi kararındaki sözleşmenin muvazaalı niteliğinin taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini geçersiz kılmadığı, yüklenicilerin basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranarak sözleşme ilişkisi kurmaları gerektiği ve sözleşmeyle kabul ettiği rücu yükümlülüğünden kurtulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır²⁶⁴. 2004 yılında verilen ancak eski İş Kanunu'nun yürürlüğü sırasındaki bir alt işverenlik ilişkisinden doğan uyumsuzlukta da Hukuk Genel Kurulu benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmış, bilhassa 4857 sayılı İş Kanunu'nun muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine bağladığı sonuç karşısında isabetli bulduğumuz karşı oy yazısında ise, *taraflar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair hükümlerin muvazaalı; müteahhit işçisi olarak adlandırılan çalışanların ise gerçekte bu davanın davacısı asıl işverenin kendi işçileri olduğu kesinleşen iş mahkemesi kararları ile tespit edildiğinden bu işçilere ödenen tazminatların alt işveren olmadığı saptanmış davalı şirketten, işçilerin halen kendi işçileri olduğu iddia edilerek ve artık geçersizliği tespit edilen alt işverenlik sözleşmesi hükümleri dayanak yapılarak rücu tahsilinin mümkün olmadığı savunulmuştur*²⁶⁵.

İşverenlerin ticarî ilişkileri bağlamında muvazaalı işlemin tespit edilmesi nedeninden kaynaklı birtakım tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi ihtimali düşünüldüğünde de, artık aralarındaki ilişkinin muvazaalı olduğu bir kesin hükümle tespit edildiğine göre bizzat muvazaalı işlemin ve muvazaa anlaşmasının tarafının diğerinden tazminat talep edemeyeceği kanaatindeyiz²⁶⁶. Öyle ki muvazaa anlaşması

²⁶⁴ 11. HD. 20.11.2003 T., 4353/11172 K.; 11. HD. 16.9.2002 T., 4835/7702 (**Aydınlı**, s. 205, dn. 264).

²⁶⁵ HGK. 12.5.2004 T., 2004/11-254 E., 2004/295 K. (Bkz. **Aydınlı**, s. 205-206). *Aydınlı*'nın da isabetle tespit ettiği gibi bir kanunun veya kesinleşen yargı kararının geçersiz saydığı bir sözleşmeye rücu hakkını dayandırmak hukuken mümkün gözükmemektedir. Karşı oy yazısında belirtildiği üzere alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasının anlamı iki işverenin bu sözleşmenin aralarında hüküm ve sonuç doğurmamasını istemeleridir. Rücu hakkı ise böyle bir sözleşmenin hükümlerine dayanan ve iki işveren arasında doğan bir sonuçtur. O halde taraflar muvazaalı sayılan bir işleme dayanarak rücu hakkına hüküm bağlanmasını isteyemezler. Böyle bir sonuç işleme geçerlilik kazandırma anlamına gelir. Ayrıca böyle bir kararlar iş hukuku muvazaası-borçlar hukuku muvazaası gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Asıl işverene bu ilişkiye dayanarak rücu hakkı tanınırsa 4857 sayılı İş Kanunu'nda getirilen yaptırım anlamsız kalıp içi boşaltılmış olur (**Aydınlı**, s. 207).

²⁶⁶ **Eren**, s. 321. *Demir* tarafından benimsenen, İş Kanunu açısından muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde, sözleşmenin mutlak butlanla hükümsüz değil, kısmen geçersiz olduğu, varsa işçi aleyhine doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından geçersiz sayılacağı, bu gibi hallerde taşeron sözleşmesi taraflarının haksız fiil veya ayıplı mal ya da hizmet üretimi nedeniyle uğradıkları zararları birbirine karşı tazmin ettirmesinin mümkün olacağı görüşünde (**Demir**, s. 14) yer verilen tazminat taleplerinin

tek taraflı bir işlemle gerçekleşmeyip her iki işverenin aralarındaki sözleşmenin hüküm sonuç doğurmayacağı yönündeki iradelerinin uyuşması ve üçüncü kişileri aldatma kastıyla ortaya çıkmıştır. Bize göre, asıl işverence açılan davanın alt işverene ihbar edilmemesi üzerine alt işveren, davacı asıl işverenin davayı iyi yürütemediği, dava ihbar edilmiş olsa idi sonucun farklı olacağı, o davada maddî hukuk ve usûl hukuku kurallarının doğru uygulanmadığı ve bu yüzden davanın kaybedildiği²⁶⁷, bunun sonucunda kendi işçilerinin asıl işveren işçisi kabul edilmesi dolayısıyla işçilerini kaybettiği, diğer üçüncü kişilere karşı ticarî taahhütlerini yerine getiremediğinden bahisle de asıl işverenden tazminat talep edememelidir. 3. maddede dava hakkı alt işverene de tanınmış, ilişkinin muvazaalı olduğunu tespit eden rapor kendisine de tebliğ edilmiştir. Kanımızca bu imkânını bizzat davanın tarafı olarak daha etkin bir biçimde kullanmayan (davanın taraflarına göre üçüncü kişi) işveren davanın tarafı işverene karşı sonradan bu yönde bir talepte bulunamamalıdır. Davanın ihbarına karşı hareketsiz kalan muhatap bakımından dahi ihbar etkisi kendisini gösterip o, davadaki tespit ve değerlendirmelere karşı çıkamıyor ve tarafın davayı gerektiği gibi yürütmediğini ileri süremiyor²⁶⁸ ise, bizzat o davanın konusunu teşkil eden müfettiş raporuna karşı hareketsiz kalan, aynı davacı işveren gibi kendisine de tanınmış dava hakkını kullanmayan işverenin evleviyetle bu tür iddia ve talepte bulunamaması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik ilişkisini tespit eden iş müfettişliği raporunun yakın bir gelecekte bu sözleşmeyi geçersiz kılma ve alt işveren işçilerini asıl işverene bağlama riskini beraberinde getireceği her iki işverence de bilinmektedir. Dava açılmaz yahut kaybedilirse ortaya çıkacak sonuç budur. Dava açmaktan imtina eden işveren zaten baştan böyle bir sonucu kabullenmiş ya da önemsememiş durumdadır. Kendisi bakımından doğabilecek aleyhe sonuçtan ve zarara uğrama ihtimalinden de davanın ihbar edilmesiyle haberdar olacak değildir. Diğer işverence böyle bir dava hiç açılmamış olsaydı bile bu işveren bakımından da geçerli olacak sonucun değişmeyeceği, sözleşmenin

de burada incelediğimiz dava bakımından bir ihbar sebebi teşkil etmediğini belirtmeliyiz. Bu görüşte sözü eden taleplerin ilişkinin muvazaalı olduğunun tespitiyle ilgisi bulunmamakta, tazminat taleplerinin dayanağını da sözleşmenin muvazaalı sayılması oluşturmamaktadır. Oysa 3. maddedeki dava bakımından ihbar sebebi ise, bu davanın sonucuna, kaybedilmesine bağlı olarak yani ilişkinin muvazaalı sayılması nedenine dayanarak işverenlerin birbirinden tazminat talep edemeyeceği hususuyla ilgilidir.

²⁶⁷ İhbar etkisinin kapsamıyla ilgili olarak geniş bilgi için bkz. **Atalı**, s. 201 vd.

²⁶⁸ **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 225-226; **Atalı**, s. 129, 201.

muvazaalı olduğunun kesinlik kazanacağı açıktır. Yasa'nın tanıdığı dava hakkını kullanmayan ve bu sonucun doğumunu engellemek amacıyla harekete geçmeyen işveren, aksine tutumla yargısal mücadeleye girişip de neticede kaybeden diğer işverenin dava açmasını fırsat bilerek bu sonuçtan kendi lehine haklar çıkararak onu sorumlu tutamamalıdır. Bu hususların, verilen şeylerin iadesi bakımından da geçerli olmasının yanısıra esasen haksız yahut ahlaka adaba aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeyler geri istenemeyecektir (BK m. 65). İşçilerin haklarının kısıtlanması, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninden kaçılması amacıyla girişilen muvazaalı alt işverenlik ilişkilerini de herhalde bu nitelikte görmek gereklidir.

O itibarla kanımızca işverenlerden biri tarafından açılan davanın diğer işverene ihbarı için HUMK 49. madde uyarınca geçerli bir ihbar sebebi bulunmamaktadır. Elbette mahkeme dışında davanın diğer işverene duyurulması ve bunun üzerine işverenin fer'i müdahale talebinde bulunması imkân dahilindedir.

5. İspat Yükü ve Deliller

İş Kanunu'nun 3. maddesi ispat yükünün dağılımına ilişkin ayrık kural koymamıştır. O halde kanun aksini emretmedikçe herkes iddiasını, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (MK. m. 6). İspat yükü, maddî hukuk kurallarından çıkarılmaktadır ve başka bir kanun hükmü olmadıkça yer değiştirmez. Hakkın doğumunu engelleyen itiraz sebeplerinden olan muvazaanın varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmek zorunda olup ister bir davada itiraz suretiyle ister dava açmak yoluyla ileri sürülmüş olsun ispat yükü kurallarının belirtilen niteliği gereği bu kural değişmez²⁶⁹. 2. maddenin 7. fıkrasındaki yasal karinelerde de, karinenin unsur vakıası ispat edilmeli ya da bunlar hakimnin bilgisine usûlünce varmalıdır²⁷⁰. Karineye dayanan taraf karinenin varlığını ortaya koyan vakıaları, örneğin taşeronun asıl işverenin eski işçisi olduğunu ya da

²⁶⁹ **Atalay, O.**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 15; **Umar, B./Yılmaz, E.**, İsbat Yükü, Büyükçekmece 1980, s. 150; **Alangoya**, s. 207; **Özkaya**, s. 199; **Eren**, s. 328; **Özdemir**, s. 79; “..muvazaa olduğunu iddia eden muvazaanın varlığını kanıtlamak durumundadır” HGK. 12.11.1997 T., 6-711 E., 948 K. (**Uygur**, Sorumluluk Hukuku, s. 860).

²⁷⁰ **Umar**, s. 189; **Umar/Yılmaz**, s. 171; **Atalay**, s. 47. Ayrıca, kanuni karineler ispat yükü taşıyan tarafın sadece ilgili karinenin temelini ispatlaması suretiyle davadaki durumunu kolaylaştırıcı kurallardır. Ancak bu avantaj daha da ileri götürülemez; özellikle karineye dayanan taraf *açıklama ödevinden* de kurtulmuş olmaz (**Atalay**, s. 151).

asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlandığını ispat etmek suretiyle bu karineden yararlanabilecek ayrıca işlemin muvazaalı olduğunu, taraflar arasında muvazaa anlaşmasının varlığını ispat etmesi gerekmeyecektir.

Tarafların mevcut vakıanın içeriğine dahil olan bir hususu ileri sürmesi veya açıklaması yeni vakıa ileri sürüldüğü anlamına gelmediğinden bunlar iddia ve savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağına tabi değildir²⁷¹. Dava sebebinin dayanağı vakıalar son tahlilde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı, işverenler arasında geçerli bir alt işverenlik sözleşmesi bulunup bulunmadığına ilişkin olduğundan bu ana vakıayı destekleyen, tamamlayan ve sonradan ileri sürülen vakıalar da ona zımnen dahil hususlardır. Ayrıca muvazaa, def'i değil itiraz niteliğinde olduğundan hakim dosyadan tespit ettiği ve muvazaayı ortaya koyan vakıaları re'sen dikkate alacaktır²⁷². Fakat çekişmesiz yargıda ve istisnaen kamu düzeniyle ilgili davalarda, açık bir yasa hükmüyle geçerli kılınan kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmadığından hakim, taraflarca ileri sürülmemiş ve dava malzemesi arasında bulunmayan vakıaları da kendiliğinden araştıramaz yahut taraflar keşif giderlerini ödemezlerse giderin Devlet Hazinesi'nden karşılanmasına karar verilmesi zorunlu değildir (HUMK m. 414, 415)²⁷³. Buna karşılık HUMK m. 75/III, 482/son c., 486/son f. uyarınca, hakim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları dahilinde olmak üzere gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebileceği gibi taraflar da tahkikat bitinceye kadar neticei iddialarını teyit için yeni delil ibraz ve ikame edebilirler. 378. maddeye göre de maddî gerçeğin ortaya çıkması için tarafların tahkikat sırasında ispatladıkları hususların yeni delillerle ispatına karar verilebilir. Davada tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarının temelini işverenler arasındaki sözleşmenin muvazaaya dayanıp dayanmadığı oluşturduğundan bu

²⁷¹ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 351; **Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Dava Sebebi, Makaleler, İstanbul Mart 2006, s. 230 vd.

²⁷² **Özkaya**, 185; **Özdemir**, s. 82; **Aydınlı**, s. 271.

²⁷³ **Kuru, C. II**, s. 1923; **Kuru, C. III**, s. 2848; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 240 vd.; **Aydınlı**, s. 60. "Dava, muvazaa nedenine dayalı tapu iptali, tescil isteğine ilişkindir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun niteliği itibarıyla davada delillerin taraflarca hazırlanması prensibi egemen olup taraflar dinletmek istedikleri tanıkların ve bilgisine başvurulmasını istedikleri bilirkişilerin masraflarını karşılamakla yükümlüdürler. Bunun tek istisnası kamu düzenine dayanan re'sen araştırma ilkesinin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır..." HGK. 28.5.2003 T., 1-374/370 (**Pekcantez, H./Korkmaz Taş, H./Meriç, N.**, İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s. 219 vd.).

hususta mahkemece ibrazı istenecek birçok delilin de tarafların iddia ve savunmaları kapsamında olacağı, hakimin gerekli gördüğü delillerin ibrazını emretme yetkisinin geniş bir uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Örneğin işverenler arasındaki sözleşme, sigortalı hizmet listeleri, işyeri evrakı, taşeron firmanın ticaret sicil kayıtlarının dosyaya ibrazı istenebilecektir. Yine re'sen keşfe karar verilebilecektir (HUMK m. 363, 415). Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 10. maddesinde “alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla” sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi ile operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesi öngörüldüğünden bunlar da ispat aracı olarak kullanılacaktır.

Davada muvazaa iddiasını ileri süren taraf davacı işverenler değil, aksine davalıdır ve iddia Bakanlık iş müfettişlerinin bu konuda düzenledikleri rapora dayanmaktadır. İş Kanunu'nun 92. maddesinde (1475 sayılı Kanun'un 89. maddesinde olduğu gibi) çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan *tutanakların* aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olduğu kabul edilmekle (son f.) bu tutanaklara ispat gücü bakımından kesin delil niteliği tanınmıştır (HUMK m. 295/I). İşveren ya da işveren vekilinin tutanağa geçen beyanı davada aleyhine kullanılabilir, bağlayıcılık taşıyacaktır²⁷⁴. İş müfettişlerinin inceleme ve denetim sırasında karşılaştıkları durumu gösterir biçimde tutanak tutup denetim raporu düzenlemeleri gerekmektedir²⁷⁵. 92. madde, açıkça raporları zikretmeyip tutanakların aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğunu öngörmektedir. Raporlar büyük ölçüde bu tutanaklara dayalı şekilde tespit edilen hususların, alınan beyanların değerlendirilip aktarılması suretiyle tanzim edilecektir ve ekinde bu tutanaklar yer almaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında iş müfettişi raporları da anılan madde kapsamında değerlendirilmektedir²⁷⁶. Ancak İş Kanunu 3. madde uyarınca

²⁷⁴ “Davacı tapulama komisyonu soruşturması sırasında, davalının ileri sürdüğü olayların doğruluğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Tapulama komisyonu önünde taraflardan birinin maddî olayın oluş biçimine ilişkin olarak vaki beyanı, o beyan sahibini bağlar” 7. HD. 29.4.1969 T., 2401/3474 (Erdemir, C. I, s. 1007).

²⁷⁵ Akyigit, C. II, s. 2167.

²⁷⁶ “İş müfettişliğince yapılan tahkikat sonucu düzenlenen raporda, davacının çalışma tarihleri davalı savunmasında olduğu şekilde belirlenmiştir. Davacı aksi kanıtlanıncaya kadar resmi belge niteliğinde olan iş müfettişliği raporundaki tespitlerin aksini inandırıcı delillerle kanıtlayamamıştır. Bu durumda iş müfettişliğinin çalışma süresi ile ilgili tespitlerine itibar etmek gerekir.” 9. HD. 22.11.1995 T., 19524/34477 (Bozkurt, s. 454). Karara konu olayda teftiş raporu esas alınarak sonuca ulaşılan meselenin kayden tespit edilebilen işe giriş çıkış tarihleri olduğuna dikkat çekilmelidir. “Davacının hizmet akdinin işveren tarafından başka bir sendikaya üye olması nedeniyle kötüniyetle bozulduğu

düzenlenen raporlar, sadece ve doğrudan belgelere dayalı örneğin sayısal tespitlerden ibaret olmayıp bir hukukî ilişkinin muvazaaya dayandığına dair hukukî bir değerlendirme ve nitelermeye yöneliktir. Hukuku uygulamak, soyut hukuk kuralını somut olaya uygulayıp delilleri serbestçe takdir ederek yargılama faaliyeti neticesinde vereceği hükümle uyuşmazlığı çözmek yargıcın görev ve yetkisindedir²⁷⁷. Nitekim raporlardaki değerlendirmelerin mahkeme için bağlayıcı olmadığına Yargıtay kararlarında da işaret edilmektedir²⁷⁸. Düzenlenen rapordaki değerlendirmelerin bağlayıcı olduğu kabul edilecekse rapora karşı sözde dava hakkı tanınmış olacaktır ve bu, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahip olduğu yönündeki hak arama özgürlüğüne de (Anayasa m. 36/I) adil yargılanma hakkına da (AİHS m. 6) aykırılık teşkil eder. Esasen 3. maddeye göre bu raporlara karşı yargı yolu açıldığına göre bizzat hükmün özünden raporun bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır.

Davanın niteliği ve ispatı gereken vakıaların özelliği gereği Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesi uyarınca kesin delille ispat kuralı geçerli

Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün incelemeye dayalı ayrıntılı rapor içerikleri ile diğer belgelerden anlaşılmaktadır. Diğer taraftan davalı da bu rapor ve belgelere açıkça itiraz etmediği gibi savunması da kanıtlanamamıştır. Bu durumda kötünîyet tazminatına hükmedilmesi gerekirken..." İspat yükü esasları ve Yargıtay'ın kötünîyetli fesih iddiasının somut, tereddüte yer bırakmayacak şekilde ispatlanması gereğine işaret eden yerleşik içtihatlarına göre bizce daha isabetli olan karşı oy yazısında ise; "*Davacı, davalının kötünîyetli olduğunu ispat hususunda Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün dosyasına dayanmış başka delil göstermemiştir. Mahkeme hükme yeterli olmayan Bölge Çalışma Müdürlüğü soruşturmasını nazara almayarak kötünîyet tazminatını reddetmiş olmasına göre hükmün onanması*" gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. 9. HD. 6.10.1980 T., 11579/10332 (**Kılıçoğlu, M.**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 301).

²⁷⁷ "HUMK.nun 74 ve 75 inci maddeleriyle 76 inci maddesi hükümleri karşılaştırılınca, hakim bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddî vakıalar ve netice taleplerle bağlı olup, dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukukî tavsiyeleri ile bağlı olmadığı ve kanunları re'sen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki netice talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır..." İBK 4.6.1958 T., 15/16 (RG. 1.10.1958 T., S. 10021).

²⁷⁸ "...Her ne kadar Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce yapılan tespitlerde feshin haksız olduğu sonucuna varılmış ise de, yukarıda açıklanan tanık anlatımları varılan sonucun dayanaksız olduğunu göstermektedir. Bu maddî ve hukukî olgular karşısında isteklerin reddine karar vermek gerekirken..." 9. HD. 30.9.1996 T., 6577/18034 (**Kılıçoğlu, M.**, İş Kanunu Şerhi, s. 582-583); "...Bölge Çalışma Müdürlüğü tespitlerinde feshin haksız olduğu sonucuna varılmış ise de mevcut delillerle bu tespitler çürütülmüş olduğu gibi soruşturma evrakında fesihden önce devamsızlık nedenlerinin işveren tarafından sorulmadığı da gerekçe olarak gösterilmektedir ki, böyle bir görüşün kabulü olanağı yoktur" 9. HD. 19.2.1998 T., 73/2245 (**Akyiğit, C. I.**, s. 1078); "Mahkemece Bölge Çalışma Müdürlüğüne yaptırılan araştırma ve inceleme sonucunda düzenlenen ve hizmet akdinin haklı feshedildiği sonucuna varan rapora dayanılarak ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş ise de,...bu delil durumu karşısında davalı tanıklarınca doğrulanmayan devamsızlık tutanağı dikkate alınarak düzenlenen iş müfettişi raporuna itibar edilerek feshin haklı olduğu sonucuna varılması mümkün değildir..." 9. HD. 28.4.1998 T., 2560/7796 (**Akyiğit, C. I.**, s. 1079-1080); Aynı yönde 9. HD. 22.1.2002 T., 20341/585 E. (**Akyiğit, C. I.**, s. 1108)

olmayacak, işverenler arasındaki alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı, yasanın öngördüğü şart ve unsurları içeren bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu tanık, keşif gibi delillerle de ispatlanabilecektir. Esasen davalı, muvazaalı ilişkiye yabancı üçüncü kişi konumunda olduğundan muvazaayı her türlü delille ispat edebilecektir²⁷⁹. İşyerinde işin ne şekilde dağıtıldığı, görülen işin özellikleri, asıl işveren işyerindeki mal veya hizmet üretime ilişkin işlerle alt işverene bırakılan işin nasıl ifa edildiği gibi²⁸⁰ çözüme etkili tespitler için keşif yapılması hatta bu aşamada özel ve teknik bilgiye de ihtiyaç duyulabileceğinden keşfin bilirkişinin görüşüne başvurularak yapılması, doğrudanlık ilkesinin uygulanması ve sağlıklı sonuca ulaşılabilmesi açısından önemlidir.

II. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVASI

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki 158 Sayılı Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmasının ardından 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun kabul edilmiştir. 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun'la iş güvencesi kurumuna yer verilmiştir. Daha önce sadece 2821 sayılı Sendikalar Kanunu uyarınca, işyeri sendika temsilcilerine tanınan işe iade davası açma hakkı (m. 30), 4773 sayılı Kanun'un öngördüğü esaslar dahilinde kapsama alınan diğer işçilere de tanınmıştır. 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu da bu doğrultuda 18 vd. maddelerinde iş güvencesine ilişkin düzenlemeleri kabul etmiştir. 4773 sayılı Kanun, 1475 sayılı önceki İş Kanunu'nu değiştirdiğinden bu çerçevede söz konusu maddelerin yürürlüğü sona ermiştir. Ancak sistem, işçi sayısı ile ilgili koşulun 10'dan 30'a çıkarılması, işe başlatmama tazminatının alt sınırının altı aydan dört

²⁷⁹ Yıldırım, s. 214; Eren, s. 328.

²⁸⁰ Yargıtay muvazaaya ilişkin ölçütler getirmeye çalışırken işi üstlenen firmadan az teminat alınması, firmanın sermaye ve ödediği verginin düşük olması, bir kısım alet ve malzemelerin davalı işverence karşılanması, sözleşmede firmanın çalıştıracağı işçilerin yemek ve servis giderlerinin asıl işverene yükletilmiş olması, yine taşeron yaptığı işten kazanç sağlayacağına göre taşeronu ödenen bedelin işçiye ödenen ücretlerin üzerinde kararlaştırılması gibi hususların muvazaanın gerekçesi olamayacağına içtihat etmiştir. 9. HD. 22.4.2004 T., 6280/9180 (Tekstil İşveren, Ağustos 2004, S. 296, T. Centel'in incelemesiyle).

aylık ücrete indirilmesi gibi bir takım değişiklikler yapılmak suretiyle, genel olarak 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun yürürlüğü ile sürdürülmektedir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı, geçerli neden teşkil edip etmeyecek fesih halleri; sözleşmenin feshinde usûlü düzenleyen 19. maddede yazılılık, fesih sebebinin açık ve kesin şekilde gösterilmesi zorunluluğu, savunma alınması gibi şeklî şartlar öngörülmüştür. Kanun'un 20. maddesi, davanın açılması, hak düşürücü süre ve ispat yükü ile ilgili esaslara; 21. madde ise geçersiz feshin sonuçlarına ayrılmıştır²⁸¹.

1. İş Güvencesiyle İlgili Hükümlerin Uygulama Alanı

a. Genel Olarak

Feshin geçersizliğinin tespiti müessesesi bakımından iş güvencesine ilişkin hükümler tüm işçilere tanınmış değildir. Düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi işçilerin tamamını değil, 18. maddede sıralanan koşulların sağlandığı işçiler ve işyerleri ile 116. madde uyarınca, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 6. maddesindeki değişikliklerle bu Kanun'un 6. maddesine göre basın çalışanları hakkında kıyas yoluyla uygulanır.

Gemi adamları bakımından ise herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bilindiği gibi denizde çalışma, iş ilişkisinin niteliği ve farklılıkları sebebiyle özel düzenlemeleri gerektirmiş olup bunlar 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir. Anayasa'daki eşitlik ilkesi (m. 11) bağlamında değerlendirildiğinde, eşitlik mutlak bir eşitliği değil; din, dil, ırk, cinsiyet, siyasî görüş, felsefî inanç gibi nedenlerle ayrımcılık yasağının yanısıra aynı durumda bulunanların hak ve ödevlerinde eşitliği ifade eder. Farklı gruplara farklı statülerin uygulanması tabiidir ve eşitliğe aykırı sayılmaz²⁸². İşçinin feshe karşı korunması 158 sayılı ILO

²⁸¹ Açıklamalarda “feshin geçersizliğinin tespiti davası” ile “işe iade davası” eş anlamlı kullanımlardır. Aynı şekilde, “işe başlatmama tazminatı” kavramı, “iş güvencesi tazminatı” adıyla da anılabilecektir.

²⁸² Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002, s. 137; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 114.

Sözleşmesi'nin 8. maddesinde “*Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakem kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır*” hükmüyle çeşitli seçenekler öngörülürken, maddenin 2. fıkrasıyla bu bendin ulusal mevzuat veya uygulamaya göre değişik şekillerde uygulanabileceği esası benimsendiğinden diğerleri gibi bu hükmün de iç hukukta doğrudan uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır²⁸³. Hukuk Genel Kurulu da bir kararında²⁸⁴ “TBMM’nce kanun ile kabul edilen bu sözleşmeler doğrudan doğruya konuyu düzenlememekte üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevi yüklemektedir. ILO Sözleşmesi’nin kabulünden sonra henüz bu konudaki özel yasa kabul edilip yürürlüğe konulmadığından...” denilerek uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmadığına işaret edilmiştir. Tüm bu durum karşısında gemi adamları iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışındadırlar²⁸⁵.

İş Kanunu 18.maddeye göre;

√ *Otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde*

√ *en az altı aylık kıdemi olan işçinin*

√ *belirsiz süreli iş sözleşmesini*

√ *fesheden*

√ *işveren*

√ *geçerli bir sebebe*²⁸⁶ dayanmak zorundadır. Yine aynı maddenin son fıkrasına göre;

√ *işletmenin bütününi sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününi sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.*

²⁸³ **Taşkent, S.**, İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul Mayıs 2005, s. 590.

²⁸⁴ HGK. 24.5.1995 T., 4-367 E., 550 K. (Karar, memur sendikalarının tüzel kişilik kazanmasıyla ilgilidir). Aynı yönde 4. HD. 13.12.1994 T., 5865/11183 (www.kazanci.com.tr).

²⁸⁵ Daha geniş bilgi için bkz. **Taşkent**, s. 587 vd.

²⁸⁶ İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda fesih geçerli nedene dayanır. Geçerli neden, yasada haklı nedenle/derhal fesih (m. 25) için belirtilenler kadar ağırlıklı ve önemli olmayan; ancak yine de işyerinde işin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine olanak vermeyen sebeptir (bkz. 18. madde gerekçesi).

Görüldüğü gibi, hükümde işe iade davası hakkının tanınması ve fesih işleminin geçerli nedene dayandırılması zorunluluğu bakımından birçok kanunî unsur öngörülmüştür. Bunlardan işveren vekili olmamaya ilişkin koşul menfî, diğerleri müspet içerikte koşullardır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin, iş sözleşmelerinin feshedilmesi üzerine genel olarak bir tespit davası açmaları ve feshin haklı veya geçerli nedene dayanmadığını tespit ettirmeleri mümkün değildir. Çünkü bu işçiler bakımından, işverence gerçekleştirilen feshin İş K. 18 vd. maddelerine göre geçerli nedene dayanma mecburiyeti bulunmadığı gibi, fesih İş K. m. 25 uyarınca haklı nedene dayansa da dayanmasa da iş sözleşmesi sona ermiştir. Kapsam dışı işçiler bakımından bir davaya konu olabilecek hususlar, akdin varlığının tespiti değil; akdin sona ermesine bağlı kıdem, ihbar tazminatı gibi hukukî sonuçlardır. Bu alacaklar bakımından ise eda davası açılabileceğinden feshin önceden tespit davasına konu edilmesinde hukukî menfaat bulunmamaktadır. Feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının tespiti, böyle bir eda davasında delil olarak kullanılmak amacıyla da tespit davasına konu edilemeyecektir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilen işçiler de, İş K. 20. maddedeki hak düşürücü süreyi dava açmaksızın geçirdiklerinde durumları kapsam dışı işçilerden farksızdır.

b. İş Kanunu 18. Maddedeki Koşulların Niteliği

Hukuk kuralları içerik itibariyle bir hakkı doğurma, ortadan kaldırma ya da hakkı engelleme etkisi gösteren düzenlemelerini, yapısal olarak soyut ve genel nitelikte bazı koşul vakıalar, öge unsurlar ve bunlara bağlı hukukî sonuçlardan ibaret şekilde ortaya koyarlar. Bir hukuk kuralının uygulanması, hukukî sonucun ortaya çıkabilmesi için varlığı öncelikle zorunlu olan bu unsurlar, bir araya gelmesi gereken vakıalar o kuralın “koşul vakıalarıdır”²⁸⁷. İşverenin fesih işleminde sebep göstermesi ve bunun geçerli bir fesih sebebi olması zorunluluğu ile feshin yargısal denetimi için öncelikle taraflar arasında iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisinin bulunması, iş

²⁸⁷ **Atalay**, s. 58, dn. 8, s. 69; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 355. *Özekes* de, 18. maddedeki unsurların koşul vakıalar olduğunu ve bunlara uygun somut vakıaların dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (**Özekes, M.**, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul, Mayıs 2005, s. 135).

sözleşmesinin belirsiz süreli nitelikte olması, bu ilişkinin işverence fesih yoluyla sona erdirilmesi, o işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması, akdi feshedilen (davacı) işçinin en az altı aylık kıdemi bulunması ve Yasa'da tanımlanan haliyle kapsam dışı işveren vekili sıfatını haiz olmaması gerekir. Tüm bu şartların birlikte sağlanması ve mahkemece re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, feshin geçersizliğinin tespiti davasındaki ana uyuşmazlık ve talep, işverence gerçekleştirilen feshin Yasa'da öngörülen şekil şartlarına (m. 19) uymadığı ya da geçerli bir nedene dayanmadığının, böylelikle taraflar arasındaki hukukî ilişkinin işverenin dava konusu feshiyle sona ermediğinin tespitine yöneliktir. Bu açıdan, genel olarak davanın esastan reddi veya kabulü yönündeki hüküm de “feshin geçerli nedene dayanması nedeniyle davanın reddine” ya da “feshin geçerli nedene dayanmaması ve/veya şekil şartlarına aykırılığı nedeniyle feshin geçersizliğinin tespitine” ilişkin olacaktır. Dava konusu, işverence gerçekleştirilmiş bir feshin geçersizliğinin tespit edilmesi olduğuna göre henüz böyle bir fesih işlemi bulunmaksızın işe iade davası açılamaz. Bu sonuç ihtimale dayalı, mücerret ilişkilerin tespitinin dava edilememesinin de gereğidir²⁸⁸.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan koşul vakıalar, 20. maddede düzenlenen feshin geçersizliğinin tespiti davasına ilişkin hükümden ayrı düşünülemez. Re'sen dikkate alınacak bu şartlardan herhangi birinin mevcut olmadığının, örneğin işçinin 6 aydan az bir süre çalıştığının tespiti halinde artık fesih işleminin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı inceleme konusu dahi yapılmayarak davanın reddine karar vermek gerekecektir.

²⁸⁸ Bir uyuşmazlıkta işçi, 8.9.2006 günü ücretli izne çıkarılmış, ancak izin ücretinin ödenmemesinden şüphelenerek akdinin feshedildiği düşüncesi ile 5.10.2006 tarihinde işe iade davası açmış, işveren, piyasadaki talep daralması nedeniyle davacıyı ücretli izne çıkardığını, bilahare izin ücretini de ödediğini, ancak işlerinin düzelmemesi üzerine davanın açılmasından sonra 12.11.2006 itibarıyla iş sözleşmesini feshettiğini savunmuş, yerel mahkeme davayı kabul etmiştir. İzne çıkarıldığı ve ücretinin ödendiği olgusu davacının da kabulündedir. Yargıtay'ca haklı olarak ulaşılan sonuca göre, anılan tarih itibarıyla bir fesihten söz edilemez. Bu dava tarihinden sonra işveren tarafından 12.11.2006 tarihi itibarıyla gerçekleştirilen fesih yeni bir işe iade davasına konu olabilir. 9. HD. 17.9.2007 T., 29639/26745 (*Çalışma ve Toplum*, 2008/1, S. 16, s. 277). Bu olayda sanırız, mahkemenin dava dilekçesindeki beyanlar ve davalı savunmasıyla taraflar arasında çekişmesiz olduğu açıklık kazanan ücretli izin olgusu nedeniyle, dava tarihinde bir fesih bulunmadığı, sözleşmenin yürürlükte olduğunu belirlemesi mümkündür. Var olmayan bir fesih işlemi geçerlik denetimine tâbi tutarak davaya devam etmek yerine hemen davanın reddine karar verilse idi, bu davayı yersiz açtığını hiç değilse o aşamada fark eden işçinin belki 12.11.2006 tarihindeki feshine karşı süresi içinde dava açma şansı olabilirdi.

Üstündağ, yargı organları önünde, talep edilen hukukî korumanın ancak yasaca belirlenmiş usûlî ya da maddî hukuka ilişkin dava şartların bulunması halinde sağlanabileceğini öne sürerken, davanın esasına girişilebilmesi için maddî hukuk normlarınınca getirilen bazı koşulları, unsurları da “dava şartları” kavramı içinde mütalaa ederek bunları “maddî hukuka ilişkin dava şartları” olarak adlandırmaktadır²⁸⁹. Örneğin, terk sebebiyle boşanma davası açabilmek için ihtar ön şartının gerçekleştirilmesi (MK m. 164), tasarrufun iptali davası açabilmek için İİK m. 277 gereğince alacaklının geçici ya da kesin aciz belgesine sahip olması gereği gibi²⁹⁰. Davanın esasına girilebilmesi, maddî hukuka ilişkin talep hakkının doğumu için öngörülen bu şartlarla kastedilen, subjektif hakkın değil, bunun talep edilebilirliğinin şartlarıdır. Dava hakkıyla ilgili olan bu şartlar maddî hukuk kurallarıyla belirlenir ve bunlar mevcut ise, davacı ancak o zaman dava ikame edebilmek için gerekli dava hakkına sahip sayılır. Dava hakkının doğumu şartları ile hakkın şartları birbirinden ayrı olduğundan dava hakkı, haktan mücerret olarak araştırılacaktır²⁹¹. Feshin geçersizliğinin tespiti davasında 18. maddede belirlenen akdin işverence feshedilmiş olması şartının da maddî hukuka ilişkin bir dava şartı olduğu ileri sürülmüştür²⁹².

4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinde belirlenen bu unsurlar, “dava hakkı” bağlamında değerlendirilmelidir. Dava hakkı, bir subjektif hakkın mahkemeler vasıtasıyla ileri sürülmesi yetkisidir²⁹³. Anayasa’nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ve hukukî korunma hakkı ile anayasal güvence altına alınan dava hakkı, asıl/subjektif haktan ayrı olmadığından yalnız başına başkasına devredilemez²⁹⁴. Örneğin Medenî Kanun’un 119. maddesinde “Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez” hükmüyle açıkça dava hakkı kavramına işaret edilmiş olup,

²⁸⁹ Üstündağ, s. 283.

²⁹⁰ *Kuru*’ya göre bunlar özel kanunlardaki “özel dava şartları”na örnektir (**Kuru**, C. II, s. 1388).

²⁹¹ Üstündağ, s. 284.

²⁹² **Uçum, M.**, Emeklilik Başvurusunun İşe İade Davasına ve Sonuçlarına Etkisi, *Legal YKİ* 2006/1, Ağustos 2006, s. 57. Yazar, bu hususta, sanırız inceleme konusunun çerçevesi bakımından, sadece iş sözleşmesinin işverence feshinden bahsetmiştir. İş K. 18. maddesinde yukarıda yer verilen başkaca birçok koşul öngörülmüş olup, sözleşmenin işverence feshedilmiş olması bunlardan sadece biridir ve anılan şartların birbirinden ayıramayacağı, tümünün birlikte sağlanması gerektiği tabiidir. Dolayısıyla Yazar’ın fesih unsuruyla ilgili bu değerlendirmesini diğer şartlar bakımından da esas alabileceği düşünülmektedir.

²⁹³ **Kuru**, C. I, s. 872.

²⁹⁴ **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 307.

madde başlığı da dava hakkının bulunmamasıdır. İş Kanunu 18. maddede belirlenen unsurların somut uyuşmazlıkta bulunup bulunmadığının tespitinin de çoğu zaman esasa müteallik bir tahkikat gerektirdiği söylenebilecektir. Örneğin işçinin 6 aylık kıdeminin belirlenmesinde, işe giriş tarihinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde bunun araştırılması, iddia olunan tarihte davacının iş sözleşmesine dayalı olarak, işçi sıfatıyla çalışıp çalışmadığı birer dava şartı değil, işin esasına girilerek tespit edilebilecek hususlardır. Ya da işçinin aynı işyerinde fasıllı çalışması halinde ilk hizmet döneminin kıdem-ihbar tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edilmiş bir iş ilişkisi niteliğinde olması ve daha sonraki çalışmanın artık yeni bir iş sözleşmesine dayanması²⁹⁵ karşısında, bu yöndeki vakıa iddialarının, ödeme belgelerinin ibrazı ve tetkiki yine esasa dair incelemeyi gerektirmektedir. Kıdem tespitleriyle ilgili bir başka uyuşmazlık konusu akdin askıya alındığı iddiasına dayalı olarak ortaya çıkabilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi her ne kadar hizmet süresinin tespitinde “*işçinin işe başladığı tarihten itibaren, (grev-lokavtta geçen süreler hariç) hizmet akdinin devamı süresini*” esas almakta ve akdin askıya alınması onun yürürlüğünü etkileyen bir husus olmayıp sadece karşılıklı edimlerin geçici olarak ifa edilmemesi sonucunu doğurmakta ise de, Yargıtay kararlarında öteden beri askı sürelerinin kıdemden dışlanması gerektiğine içtihat edilmektedir²⁹⁶. Bu durumda örneğin işyerinde 3 ay çalıştıktan sonra iş sözleşmesi 2 ay süreyle taraflarca askıya alınan ve askının kalkmasıyla 2 ay daha çalışmasını sürdürüp işten çıkarılan bir işçinin iş sözleşmesi esasen 7 ay süreyle yürürlükte bulunmasına rağmen, askı süresi dikkate alınamayacağından işçinin kıdemi 5 ay olarak belirlenecek ve dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağının bulunmadığına, yasanın uygulama alanı dışında kaldığına hükmetmek gerekecektir. Ki iş ilişkisi boyunca bu tür askı dönemlerinin bulunup bulunmadığının incelenmesi de ispat faaliyetini, delillerin incelenmesini gerektirecek bir husustur.

Hukukî ilişkinin (iş sözleşmesinin) ne şekilde sona erdiğine dair uyuşmazlığın giderilmesi de, özünde iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulama alanının

²⁹⁵ HGK. 1.2.1989 T., 1989/9-7 E., 1989/47 K. (Çil, Ş., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II, Haziran 2004, s. 1931-1932).

²⁹⁶ 9. HD. 8.5.2000 T., 2654/6658 (Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, s. 1265); 9. HD. 23.4.1981 T., 2594/5578 (Çenberci, M., İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 316).

belirlenmesiyle ilgili bir zorunluluktur. Öyle ki, feshin geçersizliğinin tespiti davası, adından da anlaşıldığı gibi ve 18. maddede açıkça öngörüldüğü üzere ancak “iş sözleşmesinin işverence feshi halinde” bu “fesih işleminin” geçerli nedene dayanmadığının, iş ilişkisinin feshe rağmen bozulmamış olduğunun tespitine yönelik bir davadır. İş sözleşmesinin örneğin her iki tarafın birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarıyla, ikale yoluyla sona erdirilmesi halinde ise ortada bir fesih işlemi bulunmayıp akit işverence feshedilmediğinden yine hükmün uygulanma alanı dışında kalan bir durumla karşılaşılacaktır. Bu sona erme halinin incelenmesi, akdin ne şekilde ve kim tarafından sona erdirildiği hakkındaki uyuşmazlığın çözümü de elbette işin esasına girilmesini gerektirecektir. İş sözleşmesini fesheden tarafın işçi olması da ancak işin esasına girilerek tespit edilebilir ve 18. madde uyarınca bu belirleme, aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı ile dava hakkının da sınırlarını çizmektedir.

Ayrıca dava şartlarının sonradan ikmalî çoğu zaman mümkün olup, örneğin bir dava şartının noksanlığına rağmen esasa girilmiş ve yargılama sırasında artık bu husus giderilmiş, ikmal edilmiş ise hüküm anında tüm şartlar sağlanmış olduğundan dava, başlangıçta şartların noksan olduğu gerekçesiyle usûlden reddedilemez²⁹⁷. Yine davanın dava şartı yokluğuna dayalı olarak reddi halinde bu durum kesin hüküm teşkil etmeyip (daha doğrusu hüküm ancak ilişkin olduğu dava şartının yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil ettiğinden) davanın noksan dava şartının tamamlanmasıyla tekrar açılması mümkündür ve buna karşı kesin hüküm itirazında bulunulamaz. Fakat 18. maddede yer alan unsurların bulunmaması halinde, bunların ne yargılama sırasında ne de davadan sonra tamamlanması mümkündür. Öyle ki, maddî hukuk kuralının feshin geçersizliğinin tespiti davası açabilme hakkını kime tanıdığı ile ilgili hususların tümü, davadan önce ancak iş ilişkisi boyunca ve “en geç fesih tarihi itibarıyla” ortaya çıkmış olup, mevcut olup olmadığının araştırılmasında esas alınacak süreç de bununla sınırlıdır. “Fesih tarihi itibarıyla” dokuz işçinin

²⁹⁷ “Hakim, daha davanın başında, dava şartlarının mevcut bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. Bir dava şartının bulunmadığını tespit etmesi halinde işin esasına girilmeden davayı usûl yönünden reddetmelidir. Ancak bu yön ihmal edilmiş ve işin esasına girilmiş olması halinde, dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmişse artık davanın usûlden reddedilmeyip esastan tetkikle çözüme ulaştırılması gerekir” HGK. 3.3.1993 T., 1992/2-773 E., 1993/82 K. (Gençcan, s. 230-231).

çalıştığı bir işyerinde çalışan işçi sayısının dava sırasında otuza çıkmış olmasının dava şartının sonradan ikmal edilmesiyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Yine davacı işçi, işyerinde belirli süreli iş sözleşmesiyle ya da işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili pozisyonunda çalışmış ise artık bunun değişmesinin söz konusu olamayacağı tabiidir. Asgarî altı aylık kıdem şartı bakımından incelendiğinde, işçi işyerinde beş ay süreyle çalışmış ve sözleşmesi feshedilmiş ise o işçinin fesih tarihi itibarıyla en az altı ay çalışmış olması elbette mümkün değildir ve örneğin işçi dava sırasında yeniden aynı işyerinde işe alınarak üç ay daha çalıştırılrsa derdest dava bakımından davacının altı aylık kıdem şartını sonradan ikmal ettiğinden söz edilemez. Dava konusu fesih işlemi, daha önceki tarihte gerçekleşen ve beş aylık kıdemi bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin olup, bununla sınırlıdır. İşçinin davalı işveren nezdinde tekrar işe alınıp yeniden bir süre çalıştırılması ve akdin yine işverence feshedilmesi ihtimalinde, Yasa uyarınca hizmet sürelerinin birlikte nazara alınması gerektiğinden, artık işçi o işyerinde altı aydan fazla kıdemli bir işçidir. Fakat bu durum ancak son (ikinci) fesih işlemine karşı açılacak ayrı/başka bir tespit davası bakımından önem taşımaktadır. Yoksa böyle bir durumda ne işçi ilk dava bakımından altı aylık kıdem şartını ikmal etmiş olmaktadır ne de ikinci davanın konusu önceki/ilk fesih işlemidir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen koşullar, Yasa'nın, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını, kapsamını belirlemektedir. Bu belirlemede hükmün *yer bakımından* uygulama alanı (en az 30 işçi çalıştırılan işyerleri) ile *kişi bakımından* uygulama alanı (en az 6 ay kıdemli, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan, kapsam dışı işveren vekili olmayan ve sözleşmesi işverence feshedilen işçiler) gösterilmiştir. Esasen her yasa ya da hukuk kuralının yürürlük tarihi de *zaman bakımından* uygulama alanını belirleyen bir unsur olarak aynı niteliktedir. Öyle ki, 4773 ve 4857 sayılı yasaların yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen bir fesih işleminin, yargısal denetimden geçirilerek feshin geçersizliğinin tespiti davası açılması (işyeri sendika temsilcilerinin durumu hariç) söz konusu edilemeyecektir. Zira hukuk düzenince buna dair dava hakkı tanınmamış, maddî hukuk normları henüz böyle bir dava hakkı bahşetmemiştir.

1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki bir kararında Yargıtay, akdin işverence feshedilmesinin ardından bu fesih işleminin geçerli olmadığı ve fesih dayanağı disiplin kurulu kararının iptali istemiyle açılan bir davada “*İş akdi feshedilen işçinin feshin iptali konusunda iş mahkemesinde dava açmasına imkan tanıyan bir hüküm yasalarımızda yer almamıştır. Sadece 2821 sayılı Yasa’nın 30.maddesinde işyeri sendika temsilcileri için ayrık bir hüküm getirilmiştir. Şayet davacı feshin hukukî sonucu ile ilgili olarak alacak haklarını dava edebilir. Bu nedenle, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...*”²⁹⁸ sonucuna ulaşmıştır. Karardaki “...iş mahkemesinde dava açılmasına imkân tanıyan bir hükmün yasalarımızda yer almadığı” gerekçesi, açıkça dava hakkı ile ilgili bir değerlendirme olup iş güvencesi hükümlerinin kabulüyle birlikte artık bu dava hakkı tanınmıştır. Ancak dava hakkının kimlere tanındığı da Yasa’nın 18. maddesinde ele aldığımız bu şartlarla düzenlenmiş durumdadır. Dolayısıyla hüküm, bu haliyle dava şartlarını değil, dava hakkını belirleyen bir norm niteliğindedir kanısındayız.

Esasen İş K. m. 18 vd. hükümlerinin öngördüğü sistem, feshin dava ile, yargısal denetimden geçirilmesi yoluyla iş güvencesi sağlanması yöntemini benimsediğinden burada bireye tanınan subjektif hak ile dava hakkı özdeşleşmiş bir görünüm arz etmektedir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler, doğrudan doğruya işverenin feshiyle iş ilişkisinin ortadan kalkması sonucuna maruz kalmayıp iş sözleşmesine dayalı hukukî ilişkinin sürekliliğini koruma, sağlayabilme hakkına sahiptirler. Bu yönüyle maddî norm, özünde sosyal karakterli subjektif bir hak tanımaktadır. Bunun yanısıra söz konusu hak, ancak dava yoluyla kullanılabileceğinden anılan şartlar uyarınca dava hakkının bulunup bulunmaması aynı zamanda işçinin bahsedilen (subjektif) hakka da sahip olup olmadığını göstermektedir.

Savunma sebepleri açısından değerlendirildiğinde; bilindiği gibi bunlar usûle ve maddî hukuka ilişkin savunma sebepleri olmak üzere ikiye ayrılır. Usûl hukukuna ilişkin savunma sebepleri dava şartları ile dava engelleridir. Meselenin dava şartları

²⁹⁸HGK. 29.6.1994 T., 1992/9-730 E., 1994/64 K. (Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, s. 639-640).

kavramıyla nitelenemeyeceğine yukarıda işaret edilmiştir. Dava engelleri de (ilk itirazlar), davanın esasına girmeyi engelleyen ve davanın başında ileri sürüldüğünde dikkate alınan, yasada sınırlı olarak belirtilen (HUMK m. 187) teminat gösterilmesi talebi, kesin olmayan yetki hallerinde yetki itirazı, işbölümü itirazı, dava veya cevap dilekçesinde kanuni noksanlık bulunduğu itirazı, derdestlik itirazı, davaların birleştirilmesi itirazı ve karşılık davanın kabule şayan olmadığı itirazıdır. 4857 sayılı İş Kanunu 18. maddesinde öngörülen unsurların bunlar arasında yer almadığı açıktır. Ayrıca dava şartlarından farklı olarak dava engelleri ancak taraflarca ileri sürülebilecek olup dosyadan anlaşılrsa dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınamazlar. 18. maddedeki koşullar, maddî hukuka dayanan savunma sebeplerinden “def’i” niteliği de taşımamaktadır. Zira def’iler (örneğin zamanaşımı def’i) ancak davalı tarafından usûlünce ileri sürülmesi halinde dikkate alınabilecektir. Tüm bu durum karşısında söz konusu şartların dava engelleri ve def’ilerle de ilgisi bulunmamaktadır.

Maddî hukuka dayanan diğer savunma sebepleri; bir hakkın doğumuna engel olan veya mevcut bir hakkın sona ermesini gerektiren “*itirazlar*”dır ve bunlar taraflarca ileri sürülme dahi hakim tarafından re’sen dikkate alınırlar. İtirazların dava dosyasından anlaşılıp anlaşılmaması haline daha sonra değinilecek olmakla beraber, itiraz türleri bakımından tanımdan da anlaşıldığı üzere belirtmek gerekir ki, itirazlar ya hakkın doğumunu engeller ya da doğmuş bir hakkın ortadan kalkması sonucunu doğururlar. Örneğin ivazlı bir sözleşmeden doğan alacak hakkının ifa, ibra gibi nedenlerle ortadan kalkması hakkı sona erdiren itiraz sebepleridir. Buna karşılık hukukî işlemin tarafının ayırt etme gücünden yoksunluğu, geçerlik şartı olan şekle aykırılık gibi haller ise hakkın doğumuna engel olan itirazlardır. İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını belirleyen ve işe iade davası açabilme hakkını bahşeden yasal şartlar da hakkın doğumunu sağlayan, bir diğer ifadeyle bunlardan birinin eksikliği halinde böyle bir dava hakkını ve feshin yargısal denetim neticesinde geçersizliğinin tespitini talep edebilmeyi engelleyen sebepler olmakla, maddî hukuka dayanan savunma sebeplerinden hakkın doğumuna engel olan itirazlar niteliğindedir.

İtirazların hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması için bunun dava malzemesi arasında dosyaya girmesi gerekir. Davalı açıkça ileri sürmemiş olsa bile dosyadaki delillerden, tarafların genel olarak ileri sürdükleri olaylardan hakim bir itiraz sebebini tespit ettiğinde bunu kendiliğinden dikkate almalıdır²⁹⁹. Dosyadan anlaşılabilen itirazlar ise savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir³⁰⁰. Bu noktada medenî yargılama hukukuna egemen olan ilkelerden taraflarca getirilme ile hakim tarafından kendiliğinden araştırma ilkeleri özel önem taşımaktadır. HUMK 75. maddesine göre, kanunun belirlediği istisnalardan başka hallerde hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen dikkate alamaz ve onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz (f. 1). O halde davada aslolan, dava malzemesinin taraflarca getirilmesidir ve hükme esas vakıaların ileri sürülmesi taraflara ait olup, hakim davaya kendiliğinden yeni vakıalar getiremez³⁰¹. Dava dosyasından anlaşılan itiraz sebeplerini ise hakim kendiliğinden dikkate alacaktır.

Tüm bu durum karşısında dava hakkının usûle değil, esasa müteallik bir hak olduğu ve davanın 18. maddedeki şartların bulunmaması, dava hakkının yokluğu nedeniyle reddinin de esastan red niteliği taşıdığı, dava şartının yokluğu halinde ortaya çıkan davanın mesmu olmaması kavramını karşılamadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Taraflar

a. Davacı

aa. İşçi

İş Kanunu'nun 20. maddesinde “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile...*

²⁹⁹ “Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden (*davacının*) belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir” 9. HD. 31.1.2005 T., 70/2290 (**Akyigit**, İşe İade, s. 423).

³⁰⁰ İBK. 08.11.1991 T., 1990/4, 1991/3 (**Erdemir**, C. I, s. 953); 9. HD. 28.5.2007 T., 2006/30279 E., 2007/16468 K. (özel arşiv). **Üstündağ**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi, s. 81.

³⁰¹ **Schilken, E.**, “Die Rolle des Richters im Zivilprozess” (Çev. **Deren-Yıldırım, N.**, İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2006, s. 50); **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 242. Bu konuda aşağıda vakıalar ve ispat ile ilgili olarak ayrıca ele alınacaktır (Bkz. § 5, II, 3, a, aa).

iş mahkemesinde dava açabilir” hükmüyle, davacının işçi olduğu açıkça belirtilmiştir. Esasen konu, iş güvencesi müessesesiyle ilgili olduğu ve işçinin feshe karşı korunması amacına hizmet ettiğine göre davacı tarafın işçi olacağı tabiidir. Aynı gün, aynı ya da farklı fesih nedenleriyle işten çıkarılan birden çok işçi arasında dava arkadaşlığı bulunmadığından bunların birlikte dava açabilmeleri mümkün değildir. Her biriyle işveren arasında ayrı ayrı, birbirinden bağımsız iş sözleşmeleri kurulu olup, bu sözleşmelerin işverence feshi de ayrı hukukî işlemlerdir³⁰².

Ayrıca 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 32. maddesinde; yazılı başvuruları üzerine, hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak, sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri arasında sayılmıştır³⁰³ (b. 3). Sendika bu davayı ancak üye işçinin yazılı başvurusu veya yetki belgesi verilmesi halinde açabilir³⁰⁴. Konunun temsille sınırlı olarak açıklanamayacağını belirten yazarlara göre, burada sadece iradî temsille sınırlı bir müesseseden söz etmek mümkün değildir. Öncelikle sendika 32. madde gereğince açtığı davayı üye adına değil, kendi adına açmaktadır. Aynı sebepten, sendikaya işçi tarafından verilen yetki

³⁰² “Davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığından her iki davacıya ait dosyanın ayrılarak sonuca ulaştırılması gerekirken birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması ayrı bozma nedenidir” 9. HD. 07.6.2006 T., 2005/36951 E., 2006/16424 (Günay, İş Hukuku Uygulaması, s. 262). Belirtmek gerekir ki, davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı da bulunmamaktadır. “Davacı işçilerin iş sözleşmeleri aynı gün, ancak birbirinden farklı nedenlerle feshedilmiştir. Bu nedenle bu davaların birlikte görülmesi doğru olmaz. İşe iade davalarının özelliği gereği iş güvencesinden yararlanma koşullarının, geçerli neden kavramı ile işe başlatmama tazminatının her bir işçi yönünden değerlendirilmesi gerekir. Temyiz incelemesi sırasında kararın denetimindeki güçlüklerin yanında, her bir işçi yönünden hükmün infazı da sorun oluşturmaktadır. Bu nedenle, davaların tefrikine karar verilerek ayrı ayrı yapılacak yargılama sonucunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerekmiştir”. 9. HD. 09.05.2006 T., 2006/8221-13053 (LEGAL İSGHD 13/2007, C. 4, s. 373-374). Karar gerekçesindeki ifade, iş sözleşmeleri farklı nedenlerle feshedildiği için bu sonuca ulaşıldığı gibi bir anlam çıkarmaya elverişlidir. Oysa fesih aynı nedene dayalı olsa dahi, dava konusu hak ortak olmadığından, ortak bir işlem bulunmadığından ve dava sebebi aynı olmadığından davacılar arasında aktif dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Dava sebebi vakıa, her bir işçinin iş sözleşmesini ayrı ayrı sona erdiren bağımsız, birden çok fesih işlemidir. Fesih sebebi ile dava sebebi farklı kavramlardır.

³⁰³ Aynı bentte, kollektif menfaatlerin korunması bakımından çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda bizzat sendikaların davaya taraf olabilmeleri de düzenlenmiştir. Örneğin TSGLK 15. madde uyarınca açılacak yetki uyuşmazlıkları hakkındaki davalar ya da aynı Kanun’un 60. maddesindeki yorum davası böyledir. İşe iade davası ise, üyenin yazılı başvurusu üzerine açılacak bir davadır. Ayrıca bkz. Işık, R., İşçi Sendikalarının Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1977, s. 96 vd.

³⁰⁴ “Sendikanın işçiler adına eda davası açabilmesi için 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 32.maddesinin 3. bendi gereğince işçilerden yazılı yetki belgesi alması gerekir. Böyle bir yazılı başvuru veya belge olmadan sendikanın açmış olduğu eda davası görülemez...” 9. HD. 30.10.1987 T., 9401/9694 (İBD. 1988/7-9, s. 548-549). Aynı yönde 9. HD. 28.12.1988 T., 12912/12922 (YKD. 1989/7, s. 971-972).

de davayı takip yetkisi değil, davacı olma sıfatının (dava hakkının) devredilmesidir. İşçinin yazılı başvurusu üzerine sendikanın (ikinci) derecede davacı olma sıfatı doğmaktadır.³⁰⁵

Kanun'da her ne kadar "husumete ehil olmak"tan söz edilmiş ise de, burada kastedilen davayı takip yetkisidir³⁰⁶. Aynı fıkrada, tek cümleyle sendikaların bizzat taraf olarak yer alabilecekleri kollektif nitelikli davalar da düzenlenmiş olduğundan husumete ehil olmak ibaresinin esasen bu davaları işaret ettiği kanaatine ulaşılmaktadır. Üstelik bir sendika üyesi işçiye karşı açılacak dava 32. maddeden bahisle sendikaya husumet yöneltilecek şekilde açılmayacağına göre taraf sıfatının sendikaya değil, işçiye ait olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Sendika söz konusu subjektif hakka yabancı olup, hakkın sahibi işçidir. İşçi, davayı takip yetkisine de sahiptir, ancak bunu yasal bir olanakla devretmektedir. Kanımızca sendika işçiden bağımsız, ayrı bir dava hakkını kullanmamaktadır. 32. maddenin tanıdığı imkânla, iş sözleşmesinin tarafı olmayan sendika, fesih işleminin geçerli nedene dayanmadığını, iş sözleşmesinin hukuken mevcudiyetini koruduğunu ileri sürmekte, üyesi işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmektedir. 6 aylık kıdem, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışma, kapsam dışı işveren vekili olmama gibi koşullar da işçi bakımından incelenecektir. İşçi, davadan feragat etmek istediğinde şeklen taraf olan sendikanın davayı sürdürmesi mümkün değildir. Dolayısıyla konunun maddî hukuka göre belirlenen sıfat kavramıyla ilgisi bulunmamaktadır. Sendika, davanın açılmasından yürütülmesine ve karara ulaşılmışına kadarki sürece ilişkin usûlî bir bağlantıyı ifade eden davayı takip

³⁰⁵ **Kuru, C. I.**, s. 1178-1179; **Hatemi, K.**, İşçi Sendikalarının Usûl Hukuku Açısından Ehliyet Durumu, İBD. 1975/1-2, s. 45. "Bu yetki, sendikanın işçiyi temsil ederek hareket etmesini aşan özel bir yetkidir. Bu tür davaların şu veya bu şekilde sonuçlanması işçi kadar gerçekleştirmekle yükümlü olduğu amaçları bakımından sendikayı da doğrudan ilgilendirir. Dava nedeni ile sendikanın işçiye yaptığı yardım kanunun kendisine yüklediği sendikal faaliyetin bir gereğidir. Bu halde işçinin sendika vekiline ayrıca vekalet ücreti ödemesini gerektiren kanun veya sözleşme gereği bir zorunluluk bulunmamaktadır..." 3. HD. 23.9.1975 T., 5429/4482 (**Kuru, C. I.**, s. 1179).

³⁰⁶ **Deren-Yıldırım**, s. 35; **Erişir**, s. 210; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 201. Konuyu temsil müessesesiyle açıklayan görüşler, **Işık**, s. 107 vd.; **Şahlanan**, Sendikalar, s. 227 vd.; **Esener, T.**, İş Hukuku, Ankara 1978, s. 310; **Tunçomağ, K./Centel, T.**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul Eylül 2005, s. 308. Bir Yargıtay kararında da "anılan hüküm uyarınca Sendikanın temsilci sıfatıyla dava açabilmesi"nden söz edilmiştir. 9. HD. 28.10.1965 T., 8779/8787 (**Berksun, A./Eşmelioglu, İ.**, Açıklamalı Gerekçeli – İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 632).

yetkisini kullanmaktadır. Bu yüzden hüküm, davayı takip yetkisine sahip olan değil, asıl taraf/işçi hakkında verilmelidir³⁰⁷. Hükümün işçi hakkında “da” kesin hüküm teşkil edeceği veya bu kesin hükmün hak sahibine sirayet edeceği yönündeki değerlendirmeler³⁰⁸ ise sanırız özünde, hükmün zaten işçiye yönelik olarak verilmesinden ayrılmaktadır. Oysa davanın kabulüyle sendikanın değil, işçinin işe iadesine karar verilecektir. Hükümde gösterilen boşta geçen süre ücreti, işçinin ücretidir. Yine kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuracak olan sendika değil, işçidir. İş K. 21. maddeye göre, buna uyulmaması halinde feshin geçersizliğini tespit eden hükmün aksine feshin geçerli bir fesih sayılacağı sonucu da davayı yürüten sendika hakkında bir kesin hüküm verilmesi ve bunun işçiye sirayeti ile açıklanamamaktadır. Davacı sendika hakkında ve ona yönelik olarak verilmiş bir hüküm eş zamanlı olarak işçiyi de sirayet etmemekte, işçi doğrudan doğruya kendisine yönelik verilen hükümden hakkın sahibi ve asıl taraf olarak etkilenmektedir.

Sendika üyeliğinin geçersizliği halinde konunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Geçerli bir üyelik, ki bu sayede 2821 sK. m.32/3. bentteki yardımdan istifade edebilmek için Yasa'nın aradığı temel koşullardan biri, sendikanın kurulu bulunduğu işkolundaki bir işyerinde, işte çalışmaktır (m. 3, 22, 24/son, m.25/son). Sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışmayan bir işçi o sendikaya üye olamayacağından ya da başka işkolunda faaliyet gösteren bir işte çalışmaya başlamakla sendika üyeliği sona ereceğinden esasen işçi ile sendika arasında geçerli bir üyelik statüsü, bağı bulunmayacak ve sendikanın da 32. madde uyarınca davayı takip ettiğinden söz edilemeyecektir. Yargıtay da 2006 yılındaki bir içtihadında aynı sonuca ulaşmıştır: “İşçi adına üyesi olduğu sendikanın yetkili olması için, sendikanın davacının çalıştığı işkolunda örgütlenmesi gerekir. Bir başka anlatımla, davacı sadece işyerinin bağlı olduğu işkolundaki sendikaya üye olabilir. Farklı işkolundaki sendikaya üye olması halinde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu' nun 22. maddesi uyarınca üyelik geçersiz olacağından, söz konusu sendikanın işçi adına dava açma olanağı yoktur. Somut uyuşmazlıkta işveren vekili, işverenin güvenlik hizmeti verdiğini ve genel iş kolunda faaliyet gösterdiğini, davacının ise 19 nolu demiryolu

³⁰⁷ Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 203; **Konuralp**, s. 79; **Erişir**, s. 210.

³⁰⁸ **Kuru**, C. I, s. 1179; **Hatemi**, s. 45; **Deren-Yıldırım**, s. 37-38.

taşımacılığı işkolunda örgütlenen sendikaya üye olduğunu savunmuştur. Dosya içeriğine göre davacı işçinin dava dışı Metro A.Ş.nin güvenlik hizmetlerini ihale ile üstlenen davalı şirkette güvenlik elemanı olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, davacının Demiryol-İş Sendikası'nın üyesi olduğu ve davacı adına söz edilen sendika tarafından dava açıldığı anlaşılmaktadır. ...Davacının farklı bir işkoluna giren işyerinde çalıştığına ortaya çıkması durumunda adı geçen sendika ile üyelik ilişkisi sona erdiğinden davacı adına dava açması mümkün değildir”³⁰⁹.

Konumuz bakımından özellik arz eden husus, böyle bir ihtimalde esasen var olmayan üyeliğe rağmen sendikanın, işçinin yazılı yetkilendirmesine dayanarak açtığı davada hak düşürücü sürenin korunup korunmayacağıdır. Yukarıda aktarılan içtihatla salt bu durumun davanın reddini gerektirmeyeceğine, davacıya davasını bizzat ya da vekil aracılığı ile takip etmesi için süre tanınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gereğine işaret edilmiştir. Ulaşılan sonuç yerindedir. Dava ancak fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde açılabilir. Geçersiz üyelik ise sendikanın başka bir işkolunda kurulu bulunduğu anlaşılmasıyla, özellikle işkolu tespiti ya da işkolu tespitine itiraz davasının derdest olması halinde bu davanın sonucuna göre belli olacağından bir aylık sürenin geçirilmesi riski bulunmaktadır. O yüzden işçinin hak düşürücü sürede feshe itiraz yönünde açığa çıkıp mahkemeye yansıyan iradesine üstünlük, geçerlilik tanınarak davasını bizzat ya da bir vekil aracılığıyla takip etmesine cevaz verilmelidir. Kıyasen, yetkisiz temsilde temsil olunanın iradesine itibar eden Borçlar Kanunu 38. maddesine göre yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme temsil olunanın icazet vermesinde olduğu gibi işçi, sendikanın açtığı davayla korunan hak düşürücü süreden yararlanabilmelidir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu da gecikmesinde zarar umulan hallerde, bazı kurallara esneklik getirerek hak kayıplarını önlemeye çalışmıştır. Örneğin 67. maddeye göre vekâletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekil dava açamaz ve yargılama ile ilgili hiçbir görev yapamaz ise de, sürenin geçirilmesi gibi zarara yol açacak bir durum söz konusu ise mahkemenin vereceği kesin sürede vekâletnamesini getirmek şartıyla vekilin dava açmasına veya usûl işlemleri yapmasına izin verilebilmektedir.

³⁰⁹ 9. HD. 22.5.2006 T., 10869/15169 (özel arşiv).

Bu süre içinde vekâletname verilmez veya aynı sürede asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini mahkemeye bildirmezse dava açılmamış sayılır ve yapılan işlemler hükümsüz kalır (f. 1). Elbette, incelediğimiz konuda işçinin icazet vermesiyle sendikanın davaya devam edebilmesi, geçersiz üyelik ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Fakat davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemekte ya da hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle dava reddedilmemektedir.

bb. Mirasçılarının durumu

Feshin geçersizliğini tespit davasının işçinin mirasçıları tarafından açılıp açılmayacağına ayrıca değinmek gerekir. Ölmüş kişi adına dava açılmayacağından burada öncelikle ele alınan konu, murisin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde mirasçıların bunun geçersizliğinin tespitini talep edip edemeyecekleri ya da davanın ölenin terekesine ilişkin bir dava niteliği taşıyıp taşımadığı hakkındadır. Bilindiği gibi iş sözleşmesi, işçinin edim yükümü bakımından şahsî nitelikte olup, açılan işe iade davasının kabulüne ve feshin geçersizliğine karar verilse dahi, bunun hüküm sonuç doğurması için gerekli şart, kesinleşen hükmün tebliğinden itibaren “işçinin” on işgünü içinde “işe başlamak üzere” işverene başvurmasıdır. Bu şartın mirasçılar tarafından yerine getirilmesi, ölen işçi yerine mirasçının işe iade başvurusunda bulunması elbette mümkün olmadığından davanın da mirasçılar tarafından açılmayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Şahsî nitelikte bir hukukî ilişki kuran iş sözleşmesinin, geçersiz fesih işlemi nedeniyle devam ettiği iddiasına dayalı olan bu dava, yalnızca öleni ilgilendiren davalardandır³¹⁰. Dava sonucunda ve işçinin hak düşürücü sürede başvurusuna bağlı olarak doğabilecek boşa geçen süre ücreti ve işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatı parasal nitelikte sonuçlar ise de, henüz bu aşamaya gelmeden önce işçinin ölmesi halinde hak, mirasçılara geçen nitelikte değildir. Boşa geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatından mirasçıların halefiyet ilkesi gereğince hak sahipliği, öncelikle bunların murisin hak ve alacağı niteliğinde terekeye dahil olmasıyla mümkündür. İşçi bakımından bahsedilen alacak haklarının doğumu için, 21. maddedeki on işgünlük hak düşürücü sürede işverene

³¹⁰ **Akı**, s. 320; **Tuncay, C.**, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor?, *Çimento İşveren*, 2003/1, C. 17, s. 11; **Akyiğit, E.**, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Karar İncelemesi, Kamu İş, 2008/4, C. 9, www.kamu-is.org.tr/pdf/941.pdf, s. 12; **Akyiğit**, İşe İade, s. 283; **Süzek**, s. 578; **Sarıbay, G.**, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usûlü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s. 104.

başvuru şartı gereklidir ve dört aylık boшта geçen süre ücreti bakımından bu şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Zira işverence işe başlatılıp başlatılmama bu alacak yönünden etkili değildir. İşçi süresi içinde müracaatta bulunduktan sonra ölmüş ise, mirasçılar artık terekeye dahil bulunan bu alacağı işverenden talep edebilecektir. İş güvencesi (işe başlatmama tazminatı) yönünden ise, işçinin başvurudan sonra ancak henüz işe başlatma için işverene tanınan bir aylık önel içinde, işverence işe başlatmama yönünde bir irade açıklaması da bulunmadan önce ölümü halinde, geçersizliği tespit edilmekle halen yürürlükte bulunan iş sözleşmesinin ölüm nedeniyle son bulması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durum aynı zamanda işe başlatma bakımından da işçi tarafında meydana gelen bir imkânsızlık hali teşkil ettiğinden işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olmayacağı, buna göre mirasçılara talep hakkı sağlayan bir alacaktan söz edilmeyeceği kanaatindeyiz. Ancak böyle bir ihtimalde iş sözleşmesi ölümle sona ermiş olduğundan buna bağlı olarak kıdem tazminatının ayrıca dava edilmesi hakkı saklıdır.

Yargılama devam ederken davacı işçinin ölümü halinde ise, genel olarak öncelikle bunun “kanundan ötürü tarafta değişme” meydana getirmediği belirtilmelidir. Davacı işçinin ölümü taraf ehliyetini sona erdiren bir sonuç doğurur ama mirasçılar kanundan dolayı kendiliğinden davanın tarafı haline gelmeyeceğinden ölümle birlikte doğrudan doğruya taraf değişikliğinden söz edilemez. Zira henüz tarafın kim/kimler olduğu dahi belli değildir. Ancak bir kimsenin mirasçı olduğunu, ölen davacının halefi olduğunu ileri sürerek yargılamaya onun yerine girmesiyle taraf olması ve tarafın değişmesi gerçekleşir³¹¹.

Dava başlangıçta işçi tarafından açıldığına göre işçinin maruz kaldığı feshin geçersizliğini tespit ettirme ve işe iade yönündeki iradesi bizzat ortaya konmuş durumdadır. Ancak bu davanın sonunda davanın kabulüyle feshin geçersizliği tespit edilse dahi davacı işçi öldüğüne göre hak düşürücü sürede işe iade için başvuru şartının yerine getirilebilmesi imkânsızlaşmıştır. BK 153. maddesine göre, eğer şart iki taraftan birinin “bizzat yapması gerekmeyen” bir şeyin icrasından ibaret ise, o tarafın vefatı halinde mirasçısı onun yerine geçer. Oysa burada şartın bizzat işçi

³¹¹ **Alangoya, Y.**, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD, 1969/5, s. 127, dn. 2.

tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinden, kişisel edimle ilgili bir şart söz konusu olduğundan alacaklı işçinin mirasçılarının onun yerine geçerek şartı gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Burada önem taşıyan husus, on işgünlük hak düşürücü süre içinde işverene işe başlatma talebiyle başvurulmasının “olumlu şart”³¹² niteliğidir. Ne var ki ancak olumsuz şartlar bakımından, fiili gerçekleştirecek kişinin ölmesi sebebiyle şartın ilişkin olduğu olayın, fiilin artık meydana gelme olanağının bulunmaması nedeniyle şartın gerçekleşmiş sayıldığı kabul edilebilir³¹³. Zira olumsuz şartta içinde bulunulan durumun değişmemesi, devam etmesi şartı teşkil ettiğinden, kişi öldüğüne göre zaten o durumu değiştirecek bir davranışının bulunması da artık söz konusu değildir. İşçinin işverene on işgünü içinde başvurması zorunluluğu ise olumlu bir davranışa dayalı olup, yaşasaydı da bunu yerine getirip getirmeyeceği ya da süreye uygun şekilde başvuruda bulunup bulunmayacağı belli değildir. O itibarla Daire'nin boşa geçen süre ücreti vs. haklarının hüküm altına alınmasının davacı işçinin işe iade için işverene başvuru şartına bağlı olduğu, oysa davacının ölmesi nedeniyle bu başvuru imkânsız hale geldiğinden boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınamayacağına ilişkin kararı isabetlidir³¹⁴. Karşı oy yazısında boşa geçen süre ücreti vs. hakların ödenmesinin işverenin işe başlatma veya başlatmamasına bağlı olmadığı, geçersiz fesih ile ölüm tarihi arasında 4 aydan fazla süre geçtiğine göre bu hakların ölen davacının halefi olan mirasçılara ödenmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür³¹⁵. Ücret ve diğer sosyal haklara ilişkin alacağın

³¹² Hukukî işlemde mevcut durum veya ilişkide bir değişikliğin meydana gelmesi şart olarak belirlenmişse olumlu şart; mevcut durum veya ilişkinin değişmemesi, devam etmesi şart olarak kararlaştırılmışsa olumsuz şarttan söz edilir (**Pulaşlı, H.**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989, s. 39; **Eren**, s. 1123).

³¹³ **Pulaşlı**, s. 195 vd.

³¹⁴ 9. HD. 6.11.2006 T., 20109/29326 (İBD 2007/1, C. 81, s. 258 vd.). Aynı yönde **Alpagut, G.**, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, s. 244; **Akı**, s. 320; **Süzek**, s. 578; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 248-249; **Sarıbay**, s. 240-241; **Uşan, F.**, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, *Kamu İş*, 2008/1, C. 10, s. 26. Buna karşılık, dava özünde konusuz kalsa da mirasçılara boşa geçen süre ücretinin ödeneceği yönünde **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 153; **Tuncay**, İş Güvencesi Yasası, s. 11; **Ekmekçi, Ö.**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, *Mercek*, 2003/Temmuz, s. 136. Ayrıca bkz. **Akyiğit, E.**, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, *LEGAL İSGHD*, 2008/17, s. 23 vd.

³¹⁵ **Tuncay** da, karşı oy yazısını destekleyerek işe iade davası açanın davayı kazandığı takdirde işine dönmeyi amaçladığının kabulünün esas olduğu, ölüm olayının bu varsayımı tersine çevirmeyeceği görüşündedir (**Tuncay, C.**, Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları, İstanbul Aralık 2007, Yayın No. TÜSİAD-T/ 2007 – 12/445, s. 30). Kanımızca, kararın sonuç doğurması işçinin işine dönmeyi amaçlamasına değil, 10 işgünü içinde fiilen başvurmaya bağlıdır. Gerçekleşmesi imkânsız bir olumlu şartın varsayımdan hareketle gerçekleşmiş addedilmesi de mümkün değildir.

doğması, işverenin işe başlatıp başlatmamasına bağlı değil ise de, işçinin süresi içinde başvuru şartına bağlıdır. Ölmüş işçi böyle bir başvuruda bulunamayacağından hakkı doğuran şartın gerçekleşmesi imkânsızlaşmıştır. Karşı oy yazısında söz konusu şartın işverenin işe başlatma ya da başlatmama kararıyla irtibatlı olarak ele alınıp sonuca gidilmesi kanımızca yerinde değildir.

Yargıtay iş sözleşmesi işverence feshedilen işçinin yasal süresinde feshe itirazı üzerine dava sürerken ölmesi halinde davanın tümden reddine gidilmemesi gerektiğine işaret ederek, davacının yargılama sırasında ölmesi nedeniyle konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklar hakkında karar verilmesine yer olmadığına, mirasçılar bakımından feshin geçersizliğinin tespitinde hukukî yarar bulunduğu ve yargılama gideri ile vekalet ücreti yönünden işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitine karar vermiştir³¹⁶.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, konunun kıdem tazminatı bakımından İş K. 14. maddesindeki düzenleme gereğince, iş sözleşmesinin ölümle sona ermesi halinde mirasçılarının kıdem tazminatına ilişkin hak sahipliğiyle ilgisi bulunmamaktadır. İşçi feshin geçersizliğinin tespit edilmesinden ve on işgünü içinde başvurunun ardından ölmüş olsa idi, iş sözleşmesi işçinin ölümü nedeniyle sona ermiş olacaktı. İşçinin ölümü, maddî hukuk kuralları gereğince zaten doğrudan mirasçılar lehine kıdem tazminatı alacağı sağlayan bir hukukî olaydır. İş sözleşmesinin işverenin feshiyle sona ermesi halinde ise, mirasçılar doğrudan 14. maddeyle kendilerine tanınan bu subjektif hak nedeniyle değil; mirasçılar iş sözleşmesinin tazminata hak kazandırır şekilde feshedilmesine bağlı olarak terekeye dahil ve ölüm olayıyla kendilerine intikal eden bir alacağı dava etmektedirler. Kural olarak eda davası açılacak hallerde tespit davası açma olanağı bulunmadığından bu yönüyle de mirasçılarının tespit davasında hukukî menfaatleri bulunmamaktadır ve artık böyle bir alacak davasında işverenin fesih işleminin geçerliliği değil, kıdem tazminatı talebiyle ilgili olarak İş K. m. 25/II kapsamında olup olmadığı tartışılacaktır.

³¹⁶ 9. HD. 30.10.2006 T. 19624/28700 (Kamu-İş, 2008/4, C.9, www.kamu-is.org.tr/pdf/941.pdf, s. 1-2).

cc. İşyeri sendika temsilcisi

Sendikalar Kanunu'nun işyeri sendika temsilcisinin güvencesini düzenleyen 30. maddesi, 9.8.2002 tarihinde 4773 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Bu hükme göre,

“İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir.

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır”.

Hükmün önceki halinde; sendika temsilcisinin hizmet akdinin haklı bir sebep olmadıkça ve sebebi açık ve kesin şekilde belirtilmedikçe feshedilemeyeceği, bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkının bulunduğu, serî muhakeme usûlüne tâbi davada verilen hükmün kesin olduğu, temsilcinin işine iadesine karar verildiğinde temsilcinin altı işgünü içinde işe başlama zorunluluğu, işten çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün haklarının işveren tarafından ödeneceği düzenlenmişti. Görüldüğü gibi, henüz İş Kanunu'nda diğer işçiler bakımından iş güvencesi sistemi öngörülmemişken, işyeri sendika temsilcileri bakımından işe iade yolu ve feshin yargısal denetimden geçirilmesi olanağı mevcuttu. Yeni düzenleme ile birlikte, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshiyle ilgili olarak da İş Kanunu'nun ilgili maddelerine atıf yapılmış, fesih ikinci fıkra kapsamındaysa işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücretten az olamayacağı benimsenmiştir. Bu arada konunun İş Kanunu'na göndermeyle düzenlenmesi yüzünden işverenin işe başlatmama kararını işyeri sendika temsilcisine karşı da kullanabilme olanağı açılarak temsilcilik güvencesi zedelenmiştir³¹⁷.

³¹⁷ **Soyer, P.**, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İB-GSÜ Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, s. 292; **Ekmekçi, Ö.**, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş

Düşündürücü olan bir diğer nokta, sendika temsilcisinin davacı sıfatının iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını gösteren 18. maddedeki koşullara bağlı olup olmadığı meselesidir. Konu, otuzdan az işçi istihdam edilen işyerlerinde görev yapan ya da kıdemi altı aydan az sendika temsilcilerinin temsilcilik güvencesi yok mudur? sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu soruya bir görüş, “evet yoktur” yanıtını vermektedir. Çünkü Kanun, işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde –İş Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanır- demektedir. İlgili İş Kanunu hükümleri de 18,19, 20 ve 21. maddelerdir. Eğer bu maddelerden herhangi birisinin uygulanmamasını kanun koyucu istemiş olsaydı bu konudaki iradesini diğer atf maddelerinde yaptığı gibi açıkça ortaya koyabilirdi. Böylelikle temsilcinin eskiye göre zayıflayan korumadan yararlanabilmesi dahi, feshe karşı koruma düzeninin kapsamına girmesi şartına bağlanmış olmaktadır.³¹⁸ Karşı görüş ise, temsilciye sağlanan güvence doğrudan “temsilcilik sıfatına” dayandığından işçide sadece bu sıfatın bulunmasının ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmasının yeterli olduğunu, ayrıca çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdemin varlığına bakılmayacağını, İş Kanunu’na yapılan atıfla uygulanma koşulları ve kapsamın değil, sadece geçerli nedenler ve usûlün esas alınmak istendiğini savunmaktadır³¹⁹. Yargıtay da, işyeri sendika temsilcisinin güvencesinde işçi sayısı ve altı aylık kıdem şartlarının aranmayacağı görüşündedir³²⁰.

Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 55 vd.; **Ertürk, Ş.**, İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi, *LEGAL İSGHD*, 2007/13, s. 31.

³¹⁸ **Demir**, s. 251-252; **Tuncay**, İş Güvencesi Yasası, s. 16; **Ekmekçi**, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 55; **Soyer, P.**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul Mayıs 2005, s. 67-68; **Sur**, s. 46; **Ertürk**, s. 22, 31; **Akyiğit**, İşe İade, s. 359-360.

³¹⁹ **Ekonomi, M.**, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, *Çimento İşveren*, 2003/Mart, Özel Ek II, s. 7; **Ekonomi, M.**, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul Mart 2005, Yayın No. TÜSİAD-T/2005 – 03/390, s. 33; **Süzek**, s. 594; **Ulucan, D.**, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 93; **Yüreklî, S.**, İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, Nisan 2004, s. 176; **Akı, E./Altıntaş, O./Bahçivancılar, İ.**, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, Temmuz 2005, s. 133; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 186. Ayrıca bkz. **Çelik, N.**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, s. 417.

³²⁰ “Temsilci için özel yararlanma şartları gösteren söz konusu güvence doğrudan temsilcilik sıfatına dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdemin varlığına bakılmaz” 9. HD. 13.11.2006 T., 20901/30031; Aynı yönde 9. HD. 29.1.2007 T., 2006/29928 E., 2007/1032 K. (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 288-291). Bir kararda “işçi işyeri sendika temsilcisi olsa bile, iş sözleşmesinin feshinde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18-19-20 ve 21. maddelerinin uygulanması gerekir” ifadesi kullanılmış ise de, olayda işçi sayısı veya

Gerçekten işyeri sendika temsilcisinin güvencesi işçi olmasına değil, sendika temsilciliği sıfatına bağlıdır ve sendikal özgürlüklerin, sendikal örgütlenmenin korunmasına hizmet eden özel bir müessese olarak henüz diğer işçiler bakımından işe iade ve feshe karşı koruma sisteminin iş hukukumuzda yer almadığı bir dönemde dahi kabul edilmiştir. İşe iade yoluyla feshe karşı korumanın sendika temsilcilerinin yanısıra diğer işçilere de tanınarak genişletilmesi ve İş Kanunu'na bu yönde hükümler getirilmesinin, temsilcilik güvencesini sınırlayan hatta 18. maddedeki koşullar sebebiyle bir kısmı için tümüyle ortadan kaldıran bir hale dönüşmesi son derece isabetsizdir. Sendikalar Kanunu 30. maddede “temsilcilik güvencesi”, İş Kanunu 18 vd. maddelerde ise böyle bir görevle ilgisi olmaksızın diğer işçiler bakımından “iş güvencesi” hükümleri düzenlenmektedir. 30. madde, işyeri sendika temsilcisi bakımından güvence kapsamında yer almanın sınırını bizzat “*belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde*” ifadesiyle çizmiştir. O halde işyeri sendika temsilcisinin 1. fıkra uyarınca güvenceden yararlanabilmesinin koşulları, iş sözleşmesinin belirsiz süreli niteliği ve akdin işverence feshedilmesidir. 30. madde, İş Kanunu'nun 18. maddesindeki koşullardan bu ikisini alarak işyeri sendika temsilciliği açısından koşullara açıkça yer vermiştir. Geçerli nedenler, iş sözleşmesinin feshinde usûl ve işe iade davasının açılması, geçersiz feshin sonuçları ile ilgili olarak da 18-19-20 ve 21. maddelerdeki ifadeleri tekrarlamaksızın, iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçilerle paralellik kurulmuş ve 30. maddenin temsilcilik görevi bakımından ayrıca düzenlemediği bu alanlarda İş Kanunu'nun söz konusu ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek atıf yapılmıştır. Yine madde, bu atıf kapsamından bir noktada daha ayrılmış, temsilcinin akdinin sadece temsilcilik faaliyetinden dolayı feshi halinde işe başlatmama tazminatının en az 1 yıllık ücreti

temsilcinin kıdemiyile ilgili herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır ve konu, temsilcinin iş sözleşmesinin fesih nedenleri bağlamında ele alınmış olup geçerli nedenler de 18. maddede düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu kararın, diğer kararlarının aksine doğrudan doğruya Yargıtay'ın temsilcilik güvencesinde de 18. maddedeki güvence unsurlarını aradığına emsal olmayacağı kanaatindeyiz. Bkz. 9. HD. 10.7.2006 T., 16065/20340 (*Çalışma ve Toplum*, 2006/4, S. 11, s. 169 vd. Karş. **Ertürk**, s. 22, dn. 40). *Şahlanan*'a göre; “Yüksek Mahkeme İş K. Md. 18'den de söz etmiş ise de; kararda İş Güvencesi'nden yararlanmada temsilcinin de, güvenceden yararlanabilmeye ilişkin yukarıda belirtilen koşulları taşıması gerektiğine ilişkin açık bir ifade yoktur. Kuşkusuz bu konuda doğru çözüm Sen. K. Md. 30'da yer alan düzenlemeye bu konuda açıklık getirilmesidir. Bu değişiklik yapıncaya kadar Sendikalar Kanunu'nun 30'uncu Maddesi'nde yer alan hükmün bütünü itibarıyla ve özel olarak temsilcilik sıfatına bağlı bir düzenlemeyi öngörmesi nedeniyle, İş Kanunu'na yapılan yollamayı sadece geçerli sebep, feshin usûlü ve feshe itirazı kapsar şekilde anlamak gerekir” **Şahlanan, F.** İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Güvencesi, *Tekstil İşveren*, Eylül-Ekim 2007, S. 332, Hukuk Eki 17, s. 4.

tutarında hükmedileceğini öngörmüştür (f. 2). Böylece aynı Kanun'un 31. maddesindeki sendikal tazminatla denklik sağlanmıştır.

Diğer taraftan, 4773 sayılı Kanun'un bu konuya ilişkin 9. madde gerekçesinde "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 uncu maddesinde yapılan değişiklikle, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir. Böylelikle, işçiler arasında farklı güvence düzenlemelerinin yaratacağı sakıncalar da önlenmiş olmakta, birliktelik sağlanmaktadır. Ayrıca bu yolla, Sendikalar Kanunu'nun 30 uncu maddesinin uygulamada yarattığı sorunlar da ortadan kalkmış olacaktır" denilmektedir³²¹. Bilhassa gerekçedeki "*işçiler arasında farklı düzenlemelerin yaratacağı sakıncalar da önlenmiş olmakta, birliktelik sağlanmaktadır*" ifadesi, temsilcilik güvencesinde de İş Kanunu 18. maddesindeki işçi sayısı, kıdem şartlarının arandığı yönündeki görüşü destekler mahiyettedir. Ancak bu noktada 30. maddenin değişiklikten önceki haliyle, İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde yer alan iş güvencesi hükümlerinin mukayese edilmesi yararlı olabilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, 30. maddenin 4773 sayılı Kanun'la değişmeden önceki hükmünde, henüz iş hukukumuzda geçerli neden – haklı neden ayrımının da bulunmamasının bir sonucu olarak, temsilcinin iş sözleşmesinin "haklı bir sebep olmadıkça" feshedilemeyeceği kabul edilmekteydi. Artık feshe karşı güvence diğer işçiler bakımından da kabul edilerek geçerli neden kavramı getirildiğine göre, 30. maddede de bu yönde değişikliğe gidilmiştir. Yine temsilcilik görevi bulunmayan işçiler bakımından işverenin tutumu nedeniyle işe iade sağlanamazsa tazminat yaptırımını işlerlik kazanacağından aynı esas 30. madde bakımından da benimsenmiştir. Temsilciye, işinden çıkarıldığı tarihten itibaren temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları, diğerlerine ise 21. maddede sınırlanan süre kadar boşta geçen süre ücreti ödeneceğinden bu ayırım da giderilmiştir. İşe iade için işverene başvuru süreleri de eşitlenmiştir. Kanun, 30. maddenin öngördüğü şartlarla güvenceden yararlanan sendika temsilcisi ile bu görevi olmayıp iş güvencesi kapsamındaki diğer işçiler arasında birliktelik sağlamıştır.

³²¹ *Yürekli*'ye göre bu gerekçeyle işyeri sendika temsilcilerinin sahip olduğu iş güvencesi korunarak, diğer işçileri de içine alacak şekilde genişletildiği anlaşılmalıdır (**Yürekli**, s. 176).

Yine de 30. maddenin değiştirilmesine, farklı yorumlara yol açan hükmün sendika temsilcisinin güvencesi lehinde düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim Sendikalar Kanunu Tasarısı'nın 24. maddesinde işyeri sendika temsilcisinin güvencesi yeniden 4773 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hükme benzer şekilde düzenlenmiş, akdin ancak haklı nedenle feshedilebileceği, fesih bildirimiminin tebliğinden itibaren bir ay içinde dava açılabileceği gibi hükümler benimsenerek İş Kanunu'nun ilgili maddelerine yapılan atıf kaldırılmıştır.

b. Davalı

aa. İşveren

Davada husumetin, iş sözleşmesinin tarafı ve dolayısıyla dava konusu fesih işlemini gerçekleştiren işverene yöneltilmesi gerekmektedir³²². İşveren, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır (İş K. m. 2). Tüzel kişiliği olmayan örneğin adi ortaklık da işverendir ancak bu, adi şirketin tüzel kişiliği olmamasına rağmen davada husumetin adi ortaklığa yöneltilebileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü tüzel kişiliği olmayan toplulukların taraf ehliyeti yoktur ve taraf ehliyeti bir dava şartıdır³²³. İş Kanunu, Borçlar Kanunu'nun aksine adi ortaklığa tüzel kişilik tanımış değildir. Bilakis "tüzel kişiliği olmayanların" da işçi çalıştırabileceğini belirtmiştir.

Yargıtay bizce isabetli olmayan bir kararında şu sonuca ulaşmıştır. "Dosya içeriğine göre, davalı şirketin dava dışı belediyenin çöp toplama ve nakil hizmetini ihale sonucu aldığı ve davacının davalı şirket işçisi olarak çalıştığı, davalı şirketin tek başına aldığı ihalenin 31.12.2005 tarihinde sona erdiği, ancak yeni ihaleyi davalının

³²² Ticaret unvanındaki benzerlik gibi bir nedenle davalı yanlış gösterilmişse, dava husumet yokluğundan reddedilmemeli, temsilde hata nedeniyle davacıya davasını gerçek işverene yöneltme olanağı tanınmalıdır. 9. HD. 30.4.2007 T., 5725/13565 (Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 256-257).

³²³ **Kuru**, C. I, s. 964 vd. O itibarla, "Konunun en yaygın uygulaması adi şirket, adi ortaklık hükümlerine göre işçi çalıştıranların da yine işveren sayılabileceği hususudur. Tabii, burada tüzel kişiliğin olmaması, bu kişiyi işveren saydıktan sonra usûl hukukunun –davalarda vesaire taraf olabilmek için kişi olması gerekir- temel kuralını değiştirmez, ama kanunun tanıdığı hüküm nedeniyle elbette bunların da taraf ehliyeti olacaktır" görüşüne (**Şahlanan**, Konferans Notları, s. 67) katılmamaktayız. BK m. 520 vd. maddelerinde düzenlenen adi ortaklık işverendir, ancak ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından dava ve taraf ehliyeti yoktur. Bunun sonucu olarak da, adi ortaklığa değil, onu oluşturan kişilere karşı dava açılması gerekir. 4. HD. 05.05.1967 T., 2320-4247 (**İnal**, C. I, s. 553-554).

da içinde bulunduğu Güneş Albayrak Tur. Sey. San.Tic A.Ş. ile ALKA İnş. ve Tur. Ltd.Şti. ortak girişiminin aldığı, davacının yeni dönemde 12 gün çalıştığı anlaşılmaktadır. Esasen bu olgu mahkemenin de kabulünde olup uyumsuzluk dışıdır. Ortak girişim bir davalı olan iki şirketten oluşmaktadır. Her iki şirket arasında adi ortaklık hükümleri geçerlidir. Her şirket tüzel kişiliğini korumaktadır. Ortak girişimin tek başına tüzel kişiliği yoktur. Somut olayda davalı işveren ilk başta tek başına ihale ile alınan işi yüklenirken, daha sonra adi ortaklık hükümleri çerçevesinde diğer bir şirket ile birlikte yerine getirmektedir. Her iki işveren hizmeti vermek için çalışan işçilerini ve bu hizmete kullandıkları araçları birleştirmişlerdir. Bu birleştirme ve ortak girişim, davalı işverenin işveren sıfatını ortadan kaldırmaz. Bir başka anlatımla, davalı işverenin işverenlik sıfatı, yeni ihale döneminde de devam etmektedir. Dolayısı ile davacının davalı işveren ile olan iş sözleşmesi ilişkisi de sürmektedir. İş sözleşmesinin feshedildiği ve davalının işverenlik sıfatının devam ettiği tarihe göre, dava bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmıştır. Davanın yazılı şekilde reddi hatalıdır”³²⁴. Davacı, işten çıkarıldığı tarihte Daire'nin kabulündeki gibi adi ortaklık nezdinde çalışmaktadır. Tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti bulunmayan adi ortaklığı meydana getiren ortaklardan birinin önceki işveren olması, aksi sonuca ulaşmayı ve davada husumetin sadece bu ortağa yöneltilebilmesini sağlamamaktadır.

Şirket grupları, holdingler bakımından ise her şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olduğundan davalı sıfatı işçiyi çalıştıran, iş sözleşmesinin tarafı işveren şirkettedir. Holding bünyesindeki diğer şirketlerde de zaman zaman çalışılması ihtimal dahilinde olmakla birlikte, mahkemenin geçici iş ilişkisini (İş K. m. 7) göz ardı etmemesi gerekir³²⁵. Geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulan işveren, iş sözleşmesinin tarafı değildir;

³²⁴ 9. HD. 18.12.2006 T., 2006/26360-33190 (*Çalışma ve Toplum*, 2007/2, S. 13, s. 174 vd.). Bir başka kararda adi ortaklığı oluşturanlara zorunlu dava arkadaşı şeklinde husumetin birlikte yöneltilmesi gerektiği ve adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmaması kuralına uygun olarak bozma kararı verilmiştir: “Mahkemenin de kabul ettiği gibi davacının çalıştığı işyerinin davalı Tansu Alper ve dava dışı Yağız İnşaat Ltd. Şti. tarafından adi ortaklık şeklinde işletildiği anlaşılmaktadır. Adi ortaklıklarda ortakların birlikte davalı gösterilmesi gerekir. Bu nedenle Yağız İnşaat Ltd. Şirketinin de davaya dahil edilerek yargılamanın tamamlanması için hükmün bozulması gerekmiştir.” 9. HD. 28.3.2005 T., 20810/10375 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 528).

³²⁵ “Davacının aynı gruba bağlı şirketlerde muhabirlik yapması, diğer şirketlerin de işveren olduğunu göstermez. Şirketler arasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olabilir. Mahkemece her iki işveren hakkında feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi hatalıdır. Davanın son işveren olan davalı yönünden kabulü, diğer davalı hakkında husumetten reddi gerekir.” 9. HD. 19.6.2006 T., 14773/17530 (*LEGAL İSGHD*, 2006/12, s. 1503-1504).

işveren yine ödünç veren kişidir³²⁶. O sadece geçici iş ilişkisi süresince işçiyi fiilen çalıştırdığı için talimat verme yetkisini kullanmakta, yine bu sürede işçinin ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve primlerden kanun gereği işveren ile birlikte sorumlu tutulmaktadır (m.7/f.I).

bb. Asıl işverene husumet yöneltilmesi

İş Kanunu'nun 2. maddesi gereğince asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak taşıdığı yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu bulunduğundan, işe iade davasında işçinin kendi işvereni yanında asıl işverene karşı da husumet yöneltmesinin mümkün olup olmadığı, davalılar arasında dava arkadaşlığı bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir. Genel olarak belirtmek gerekir ki, bir alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin tarafı asıl işveren değildir ve bu sebeple, asıl işverenin 2. madde uyarınca işçilik alacaklarından sorumluluğu sözleşmeden değil, kanundan doğan bir sorumluluktur. Ancak bu sorumluluk öncelikle alt işverenin işçiye karşı borçlu olmasını gerektirir ve söz konusu olan bir para borcundan dolayı asıl işverenin müteselsil sorumluluğudur³²⁷. Ele aldığımız dava ise temelde feshin geçersizliğini tespit etmeyi amaçlar ve dava sonunda bir para borcunun ifasına yönelik hüküm verilmemektedir³²⁸. Hatta davanın kabulüyle 21. maddede öngörülen işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesi dahi henüz o aşamada işçiye, gerek kendi işverene gerekse asıl işverene yöneltebileceği bir alacak hakkı bahsetmemektedir. Önemli olan işçinin kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe iade talebiyle işverene başvurma koşulunu yerine getirmesidir. Bu takdirde boşa geçen en çok dört aylık ücret alacağına, işverence işe başlatılmaması halinde de iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak bundan sonradır ki, işçi alt işverenin yanında asıl işverene karşı 2. maddeye dayalı olarak ileri sürebileceği bir alacak hakkı elde etmekte, asıl işverenin de müteselsil borçluluk sıfatı, yasadan kaynaklanan birlikte sorumluluğu doğmaktadır.

³²⁶ Şahlanan, Konferans Notları, s. 78.

³²⁷ Bu sorumluluk da genel olarak dava arkadaşlığı müessesesi bakımından zorunlu değil, ihtiyarî dava arkadaşlığını meydana getirir.

³²⁸ İşe iade hükmü de sadece alt işveren, yani davacının kendi işvereni olan taşeron hakkındadır.

18. maddedeki koşullardan örneğin otuz iřçi ölçütünde de asıl işveren işyeri esas alınmaz. Davaya konu fesih işlemini gerçekleştiren, sözleşmenin tarafı olmadığına göre asıl işveren değildir. İade başvurusu da asıl işverene değil alt işverene yöneltilebilecek, bu husustaki kararı asıl işveren vermeyecektir. Asıl işverenin birlikte sorumluluğu işverenin gerçekleştirdiği feshin geçersizliğinin tespiti davasına ilişkin bir mesele olmayıp, bu davanın gelecekteki olası malî sonuçları bakımındandır. İşe iade davası ekseninde asıl işverenle davacı iřçi arasında ne bir iř sözleşmesi, hukukî işlem mevcuttur ne de davaya konu fesih işlemi asıl işverence gerçekleştirilmiştir. O halde davacı iřçi ile davalı asıl işveren arasında iře iade davasının açıldığı tarihte maddî hukuka göre kanuna dayalı herhangi bir sorumluluk esasý bulunmadığı gibi işçinin, sözleşmesinin tarafı işverence (alt işveren) yapılış feshin işleminin geçersizliğini bu ilişkiye yabancı üçüncü kiři asıl işverene karşı tespit ettirmede subjektif hakkı bulunmamaktadır.

İşe iade davasının konusu ve niteliği, bu davanın sonucuna ve daha sonraki gelişmelere göre ortaya çıkabilecek alacak haklarının tahsili talebini içeren eda davasından farklıdır. İşçi, işe iade davasının malî sonuçlarını elbette yasal müteselsil sorumluluk esasına göre, asıl işverenin sorumluluğunu gerektiren diğer şartların varlığı halinde³²⁹, asıl işverenden de talep edebilecektir. Fakat bu, daha sonra ikame edilecek alacak davasının konusudur. Nasıl ki, bir alt işveren (aracı) işçisi, Kurum'a bildirilmeyen hizmetlerinin tespiti davasında asıl işverene değil kendi işverenine husumet yöneltebilirse³³⁰ feshin geçersizliğinin tespiti davası bakımından da aynı esas geçerlidir. Feshin geçersizliğinin tespiti davasında işçinin bir alt işveren işçisi olmasının asıl işveren işyerinde çalışmasının önemi bulunmamaktadır. Davada incelenecek husus (dava şartları, davanın hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı, 18. maddedeki şartların bulunup bulunmadığının yanısıra) sözleşmenin tarafı işverence gerçekleştirilen feshin 19. maddedeki şekil şartlarına uygunluğu ile geçerli nedene dayanıp dayanmadığıdır. Bu bağlamda, davanın davalı asıl işveren yönünden husumet nedeniyle reddedilmesinin de, maddî hukuk bakımından onun asıl işveren olmadığı gibi bir sonuç çıkarmayla ilgisi bulunmamaktadır.

³²⁹ İlgili konuya bu başlık altında aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

³³⁰ "Bankanın temizlik işini yapan şirketin işe aldığı sigortalının açmış olduğu tespit davasının davalısı banka değil, temizlik şirketidir". HGK. 12.4.1985 T., 146 E., 280 K. (**Aslanköylü**, s. 759).

Yargıtay 9. HD.nin uygulamasını yansıtan değerlendirmelerde, konuyla ilgili katılmadığımız şu tespitlere yer verilmiştir: “Yargıtay, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülüyorsa, sadece asıl işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddinin gerekeceğine karar vermektedir. O halde...işe iade davasının özelliği gereği salt asıl işveren dava edilemeyecektir. Bu durumda, davanın alt işverene karşı veya alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gerekir”³³¹.

Şahlanan’a göre de, “Muvazaa iddiasının hiç söz konusu olmadığı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde işe iade davasının sadece asıl işverene yöneltilmeyeceği izahtan varestedir. İşçi davasını kendi işvereni olan sadece alt işverene yöneltebileceği gibi müteselsil sorumluluk kuralından hükmen yararlanabilmek için alt işveren ile birlikte asıl işvereni de hasım gösterebilecektir. İşe iade kararının gereğini yerine getirmek ve işçiyi işe başlatmak yükümlülüğü alt işverene ait olacak şekilde hüküm kurulacaktır. Bu yükümlülüğü asıl işverene yükleyecek şekilde hüküm kurulamaz zira davacı işçinin işvereni alt işverendir. Ancak bu durumda asıl işverenin kanundan doğan müteselsil sorumluluğu nedeniyle işçinin işe iade kararından sonra alt işverene başvurması ve bu başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde doğacak iş güvencesi tazminatından ve 4 aylık işsiz kalınan sürenin ücretinden asıl işverenin müteselsil sorumlu olduğuna hüküm fıkrasında yer vermesi gerekecektir. Ancak asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna hüküm fıkrasında yer verebilmek için davada hasım gösterilmesi gerekir”³³².

Oysa sıfat (husumet) kavramı, tamamen maddî hukuka göre belirlenir ve bunun bir davada kaç kişiye husumet yöneltildiğiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bir subjektif hakkın maddî hukuk gereğince muhatabı olmayan kişiye karşı bir davada ister tek başına ister başka davalılarla birlikte husumet yöneltilsin, şeklen davalı görüldüğü

³³¹ Çankaya/Çil, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, s. 71. Aynı görüş, Günay, İş Davaları, s. 1177. “Muvazaalı bir ilişki yoksa dava asıl işverene karşı açılmaz. Ancak burada mali sorumlu sıfatıyla davanın asıl işverene de yöneltilmesi usûl ekonomisi bakımından tartışılabilir bir yoldur. Bu durumda işe iade davasının dört aylık ücret ve tazminat sonuçları bakımından muacceliyet kazanması halinde asıl işverene başvuru imkanı da olabilecektir” görüşü (Uçum, M., İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s. 79). Ayrıca bkz. Sarıbay, s. 111 vd.

³³² Şahlanan, F., Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, S. 326, Hukuk Eki 11, s. 4-5.

halde gerçekte sıfatı olmayan kişi bakımından davanın husumet yokluğundan reddedilmesi gerekir. Sıfatın, dava dilekçesinde o kişinin yanında bir davalı daha ihdas edilerek doğrulması mümkün değildir. Aktarılan görüşler ve dolayısıyla genel olarak Yargıtay uygulamasına göre, işe iade davasında sadece asıl işveren davalı gösterilmişse sıfatı bulunmamakta ve buna dayalı olarak hakkındaki dava reddedilmekte fakat yanına bir başka davalı, alt işveren eklendiği takdirde birdenbire davacıyla arasında maddî hukuka dayalı bir bağ kurulup taraf sıfatını haiz olmaktadır. Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Sıfat yokluğu davalı sayısını arttırmak suretiyle giderilemez.

Sadece asıl işveren davalı gösterilirse davanın husumet nedeniyle reddine, asıl işverene alt işverenle birlikte husumet yöneltilirse asıl işverenin müştereken sorumlu olacağına, hakkında bu yönde hüküm kurulacağına ve bu nedenle asıl işverene de husumet yöneltilmesi gerektiğine dair görüşler, sanırız birbirinden bağımsız, iki ayrı dava sebebi ve konusunu birbirine karıştırmaktadır. Bu dava, alt işverenin işçiye karşı doğmuş bulunan bir borcunun asıl işverenden tahsilini amaçlayan bir dava değildir. Konuyla ilgili içtihatlar incelendiğinde³³³, asıl işverenin taraf sıfatı bulunup bulunmadığı hakkında farklı, birbiriyle uyum arz etmeyen kararlar verildiği saptanmaktadır. 9. Hukuk Dairesi 2004 yılındaki bir kararında yukarıda açıklanan görüşümüzle paralel bir sonuca vararak her iki işverene karşı açılan davada asıl işveren hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar vermiştir³³⁴. Bazı kararlarda feshin geçersizliğinin tespitiyle işe iade kararının asıl işveren hakkında verilemeyeceğine isabetle içtihat edildiği görülmektedir. *Asıl işveren aleyhinde işe iade kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Zira davacıyı işe iade edecek olan davacının çalıştığı işyerinin işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin kendi işyerinde işe başlatma mükellefiyeti olmadığı gibi alt işvereni de davacıyı işe*

³³³ Bu konu aynı zamanda hükmün verilmesi ve etkilerini de ilgilendirmekle birlikte taraf sıfatı açısından önem taşıdığından bu başlık altında ayrıca ele alınmak gerekmiştir.

³³⁴ “Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı işçi davalı belediyenin taşeronu olan diğer davalının işçisidir. İşe alma ve fesih işlemleri de sadece bu davalı tarafından gerçekleştirilmiştir. Taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğuna ilişkin bir iddia da bulunmamaktadır. Böyle olunca davalı belediye hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir”. 9. HD. 23.12.2004 T., 16644/29133 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 489-490).

*başlatması için zorlama imkanı mevcut değildir*³³⁵. Ancak birçok kararda iş başlatmama tazminatı ve boшта geçen en çok dört aylık süre ücreti ile diğer haklar bakımından davalı asıl işveren hakkında da hüküm verilmektedir. “*Mahkemeye davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu gerekçesiyle asıl işveren yönünden davanın reddine, işçinin alt işveren ait işyerine işe iadesine karar verilmiştir. Karar bu yönüyle isabetli ise de, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, -Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur- şeklinde kurala yer verilmiştir. Buna göre asıl işveren hakkında işe iadeye dair karar verilmemesi isabetli ise de, işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boшта geçen süre ücretinden davalı alt işverenle birlikte sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmemesi hatalı olmuştur*”³³⁶.

Yargıtay işe iade davasının bir tespit davası, dava sonucundaki işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücret alacağı belirlenmesinin de tespit hükmü niteliğinde olduğunu kabul ettiğine³³⁷ ve bu dava sonucundaki işe iade hükmü asıl işveren hakkında verilemeyeceğine göre, o hukukî ilişkinin tarafı olmayan asıl işverene karşı husumet yöneltilemez. Davacı işçinin davalı asıl işverenle mevcut bulunmayan hukukî münasebeti, gelecekte işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücret alacağı için İş Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca bu para borçlarının ifası bakımından doğabilecek olup, eda davası açılacak hallerde tespit davası dinlenmeyeceğinden yine asıl işveren yönünden tespit davasının reddi gerekir. Feshin geçersizliğinin tespiti davasında husumetin asıl işverene de yöneltildiği ve işe başlatmama tazminatı ile ücretten birlikte sorumluluk esasıyla hüküm verildiği hallerde, 2. maddeye dayalı müteselsil sorumluluk da dava konusu haline

³³⁵ Çankaya/Günay/Göktaş, s. 881. “Asıl işveren PTT Genel Müdürlüğü ile davacı arasında hizmet akdi bulunmadığından ve fesih PTT Genel Müdürlüğü’nce gerçekleştirilmediğinden PTT Genel Müdürlüğü aleyhine işe iade kararı verilmesi doğru değildir...” (Çalışma ve Toplum, 2005/4, S. 7, s. 236). Zira feshin geçersizliğinin tespit edilmesi ve işe iade kararı sayesinde artık iş ilişkisinin önceki geçersiz fesih nedeniyle ortadan kalkmadığı, devam ettiği sonucu ortaya çıkar. İş sözleşmesinin tarafı alt işveren olduğuna göre, işe iade kararı uyarınca işçiyi yeniden işyerinde çalıştırmaya devam edecek, işe başlatıp başlatmama kararını verecek, hizmet ifasını kabul edecek olan da bu işverendir. Konunun bu aşamada asıl işverenle, onun iradesiyle hiçbir hukukî ilgisi bulunmamaktadır.

³³⁶ 9. HD. 10.10.2006 T., 2006/19120-26775 (Çalışma ve Toplum, 2007/2, S. 13, s. 300-301).

³³⁷ 9. HD. 04.12.2007 T., 2007/22476-36807 (LEGAL İSGHD 17/2008, C. 5, s. 154-155).

getirilmekle daha sonra doğabilecek bir alacak hakkı ve bunun unsurları tespit ettirilmeye çalışılmakta, eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmayacağına ilişkin dava şartına da aykırı şekilde aslında bir eda davasıyla asıl işverenden talep edilebilecek alacaklar tespit davasında incelenip hüküm altına alınmış olmaktadır. Üstelik bu tespit henüz işe iade davası sırasında yapılması ve hükümde belirtilen süre ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti ve diğer haklar bakımından davalı asıl işveren hakkında da müşterek müteselsil sorumluluk esasıyla hüküm verilmesi isabetsizdir. Şöyle ki;

Bilindiği gibi, asıl işverenin işçiye karşı taşeron borcundan birlikte sorumluluğu ancak asıl işveren işyerinde geçen çalışmalar ve süreyle sınırlıdır (İş K. m. 2). Örneğin işçi 4 yıl süreyle iş sözleşmesine dayalı olarak bir işveren nezdinde çalışmış ve bu hizmetlerin sadece 1 yıllık kısmı asıl işveren işyerinde münhasıran çalışmak suretiyle, alt işveren işçisi olarak geçmiş ise asıl işverenin birlikte sorumlu tutulabileceği işçilik alacakları tutarı ancak bu bir yıllık süreyle sınırlı olup işçinin 4 yıllık kıdemine karşılık kendi işvereninden talep edebileceği kıdem tazminatının tümünün asıl işverenden tahsili cihetine gidilemez. Yine, daha önce bir süre asıl işveren işyerinde çalışıp, ihale döneminin bitmesi gibi bir nedenle alt işveren-asıl işveren ilişkisinin ortadan kalkmasının ardından kendi işvereniyle çalışmasını sürdüren işçinin daha sonra iş sözleşmesinin işverence usûlsüz feshedilmesi halinde hak kazanabileceği ihbar tazminatından asıl işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Asıl işverenin sorumluluğu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında, en çok bu ilişkinin bitimine kadar alt işverenin ödeme yükümlülüğü bulunan işçilik hakları ile sınırlıdır ve iş sözleşmesinin tarafı alt işverenin, işçinin o asıl işveren işyerindeki çalışmaları bakımından bir yükümlülüğünün ortaya çıkmış olması zorunludur³³⁸.

³³⁸ **Narmanhoğlu, Ü.**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul Mart 2008, s. 67. “Hizmet akdi ilişkisi alt işverenlik sözleşmesinin sona ermesinden üç ay sonra hizmet akdinin tarafı olan ...Ltd. Şti. tarafından sona erdirilmiştir. İhbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı dava hakkının doğduğu tarihte alt işverenlik sözleşmesi mevcut olmadığından E...AŞ. bu alacaklardan sorumlu tutulamaz”. 9. HD. 19.7.2005 T., 2005/22035-26438 (**Çankaya/Çil**, Üçlü İlişkiler, s. 64-65).

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte konumuz bakımından belirtmek gerekir ki, feshin geçersizliğinin tespiti davasının 21. maddedeki hüküm ve sonuçlarından olmak üzere; “işe başlatmama tazminatı” ancak dava sonunda işe iadeye karar verilip kararın kesinleşmesinin ardından, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işverenine müracaat etmesi ve işverenin de 1 aylık yasal mehil içinde işe başlatmaması halinde doğan, muaccel olan bir alacaktır. Tüm bu aşamaların geçip işverence işe başlatılmayacağına bildirildiği tarihte (yahut 1 aylık sürenin sonunda) halen işverenler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam edip etmediği/etmeyeceği hem dava hem de hüküm tarihi itibarıyla belli değildir, bunun önceden bilinebilmesi zaten mümkün değildir³³⁹. Asıl işverenin sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu olduğundan beklenen işçilik alacaklarından asıl işveren sorumlu tutulamaz³⁴⁰. Alt işveren-asıl işveren ilişkisi önceki bir tarihte sona erdiğinde, daha sonra davacı işçinin işverence işe başlatılmadığı, dolayısıyla akdin sona ermiş sayıldığı tarihte doğan ve o tarih itibarıyla geçerli ücret üzerinden ödenecek olan işe başlatmama tazminatından asıl işveren sorumlu değildir. Onun sorumlu tutulabilmesi ancak bu alacağın doğduğu işe başlatmama tarihinde halen asıl işveren sıfatının bulunmasına, işçinin işvereniyle arasında taşeronluk ilişkisinin devam etmesine bağlıdır³⁴¹. Hal böyle iken, davalı asıl işveren hakkında da birlikte sorumluluk esasıyla daha önce hüküm tesis edildiğinden, işçinin maddî hukuk bakımından doğmamış, hak kazanmadığı ya da asıl işverenden talep edilip edilemeyeceği dahi belli olmayan bir alacak kesin hükümle ihdas edilmiş olmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nce bir yandan asıl işverenin ancak belirtilen kayıtla sorumluluğunun doğabileceğine isabetle işaret edilirken, diğer yandan verilen

³³⁹ Çoğu zaman asıl işveren işyerinde ihaleyle üstlenilen işin süresinin bitmesi nedeniyle taşeronun iş sözleşmelerine son verdiği düşünüldüğünde, dava tarihi itibarıyla bile asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmayabilecektir. Bir kararda “Taşeronluk sözleşmesi sona erdikten sonra iş sözleşmesi feshedilmiş ise işe iade davası asıl işveren hakkında açılmaz” denilerek bu husus göz önünde bulundurulmuştur. Ancak mefhumu muhaliften anlaşılan, alt işverenlik ilişkisi sürerken iş sözleşmesi feshedildiğinde yine asıl işverenin davalı olabileceğidir. Bkz. 9. HD. 17.02.2005 T., 3257/4494 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 883).

³⁴⁰ **Narmanlıoğlu**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi, s. 71.

³⁴¹ “İşe başlatma aşamasına gelindiğinde asıl işveren ilişkisi sona ermiş ve bu tazminatın gerçekleştiği tarihte asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin doğmuş yükümlülükleri ile sınırlıdır. İlişkinin hüküm sürdüğü dönem içinde böyle bir tazminat doğmamıştır. Bu gerekçelerden hareketle, işe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için işçinin bu tazminata hak kazandığı tarih olan işe alınmama tarihinde asıl işveren ilişkisinin varlığı şarttır” (**Çankaya/Çil**, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, s. 75; **Günay**, İş Davaları, s. 1218; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 307-308).

kararlarda asıl işverene husumet yöneltmesi ve sorumluluğu bakımından maddî hukukun öngördüğü bu temel noktanın ve husumet kavramının tümüyle maddî hukuka göre belirleneceğinin gözden kaçırıldığı, bazı yerel mahkemelerin hukuka ve usûle uygun kararlarının bozularak aksi yönde kesin karar verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da örneklendiği gibi birçok kararda, işe iade talebinin asıl işveren yönünden reddine, alt işveren işyerinde işe iadeye, belirlenen işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücretinin ise davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili gerektiğinin tespitine hükmedilmektedir³⁴². Artık konu neredeyse, şarta bağlı hüküm vermekten de öte, varsayıma dayalı hüküm verme noktasına sürüklenmektedir. Açıklanan sebeplerle bu görüşlere ve kararlara katılmıyoruz. Dava sadece asıl işverene karşı açıldığında nasıl husumet yokluğundan reddediliyorsa, asıl işverene alt işverenle birlikte husumet yöneltmesi halinde de aksi sonuca ulaşamayacağını yineliyoruz.

cc. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu hallerde davalı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, *asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam edilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçi sayılarak işlem görürler...*(7. fıkra). 4857 İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bazı işverenlerce alt işverenlik uygulamalarının özellikle sendikal faaliyetin engellenmesi, kanunî yükümlülüklerin azaltılması gibi

³⁴² “Toplanan delillere, tüm dosya içeriğine göre; davacı işçinin davalı alt işveren işçisi olarak çalıştığı konusunda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmadığından mahkemece davacının davalı alt işveren işyerine iadesine dair verilen karar isabetlidir. Ancak 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca alt-asıl işveren ilişkisinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğu öngörüldüğünden işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre alacağından her iki davalının da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Mahkemece bu sorumluluk gözetilmeden, sadece alt işverenin sorumlu tutulması hatalıdır”. 9. HD. 25.12.2006 T., 2006/27342-33892 (Kılıçoğlu, M./Şenocak, K., İş Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul Ocak 2008, s. 96-97). Kararda 2. maddedeki müteselsil sorumluluk getiren hükmün etkisi altında kalınıp, bu davanın alt işverenin işçiye karşı doğmuş bulunan bir borcunun asıl işverenden tahsilini konu edinen bir eda davası olmadığı göz ardı edilmiştir. İşçi süresi içinde işe iade başvurusunda bulunsa ve işverence işe başlatılmasa dahi, hakkın asıl işverene karşı da doğup doğmayacağı belli olmadığı ve işe başvuru ile işverence başlatmama tarihlerinde davalılar arasında bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinin var olacağı bilinmediği, aksi halde asıl işveren İş K. 2. madde gereğince herhangi bir sorumluluk taşımadığı, ondan talep edilebilecek bir alacak hakkı bulunmadığı halde kesin hükümle davalı asıl işverene borç tahmil edilmiştir.

nedenlerle kötüye kullanılması üzerine 2. madde bir tepki hükmü olarak düzenlenmiştir³⁴³. Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımı, görünürdeki alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi olarak kabul edilerek işlem görmesidir. Böyle bir halde iş sözleşmesinin tarafı, “asıl” işverendir. Elbette madde işçiyi korumayı amaçlamakta kötüniyetli işverenlik uygulamalardan zarar görmesi, hak kaybına uğraması engellenmeye çalışılmaktadır³⁴⁴.

Daha önce incelendiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3. maddesine 5763 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemeye göre, alt işveren işyerinin tescil işlemleri sırasında Bölge Müdürlüğü’ne verilen yazılı taşeron sözleşmeleri, gerektiğinde iş müfettişlerince incelenerek ilişkinin muvazaaya dayandığı tespit edilebilecektir. İşverenlere tebliğ edilen rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren işverenlerce altı işgünü içinde iş mahkemesinde dava açılmaması ya da mahkeme tarafından da asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti halinde, işçi başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır. Daha sonra açılacak bir işe iade davasında artık tekrar bu taşeronluk ilişkisinin 2. maddeye uygunluğu, muvazaalı olup olmadığı incelenmeyecektir. Böyle bir ihtimalde dava alt işverene ya da her iki işverene birden yöneltilemez. Davalı sıfatı, sadece işçinin baştan itibaren hizmet akdinin tarafı olduğu belirlenip kesinleşmiş “asıl” işverene aittir. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitini konu edinen önceki davada verilen hüküm o davanın tarafı olmayan işçiyi de bağlayıp etkileyecektir. Burada hükmün sadece davanın taraflarını etkileyeceği kuralının istisnalarından biriyle karşılaşılmaktadır. Önceki

³⁴³ Kötü uygulamalara tepki olarak 2. maddeyle getirilen bu düzenleme, aşırı sınırlamalar içerdiği, ilişkiyi oldukça daralttığı, iş hayatının gereklerine uygun düşmediği, kanun hükümlerinin yorumunda mantıkî bağlantılara anlam kazandırma yönünden güçlükler yaratılması, yüzlerce işçi çalıştıran bir alt işverenin usûlüne uygun olarak bu ilişkinin kurulmasından sonra asıl işverenin önceki bir işçisini işe aldığı baştan itibaren alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı sayılmasının, esneklik iddiasında olan kanunun bu noktada bu kadar katı hüküm getirmesinin isabetli olmadığı gibi gerekçelerle haklı olarak eleştirilmektedir (**Ekonomi**, s. 43; **Çankaya/Çil**, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, s. 60 vd.; **Sahlanan**, Konferans Notları, s. 72-73).

³⁴⁴ İşyerinde alt işverene iş verilmesi(nin) çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukukî dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukukî sonuçları önemli bir fren olmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür (madde gerekçesinden).

davada hukukî ilişki tespit edildiğinden daha sonra üçüncü kişi işçi ile işveren arasındaki feshin geçersizliğinin tespiti davasında bu tespit bağlayıcıdır. İşverenlerin muvazaalı alt işveren ilişkisini tespit eden rapor üzerine iş mahkemesinde açtığı davada işçi taraf olmadığından, işçi bakımından kesin hükümden söz edilemez ise de işçi, tarafı olmadığı bir kesin hükmün etkisinde ve bunu kabul etmek zorunda kalmaktadır (kesin hükmün üçüncü kişiye etkisi)³⁴⁵. Söz konusu kesin hüküm, işe iade davasında işverenlik sıfatının kime ait olduğunun belirlenmesinde ve ispatında hükmün unsur etkisi olarak adlandırabileceğimiz dolaylı bir etki göstermektedir. Daha sonra açılan feshin geçersizliğinin tespiti davasında, artık işverenin kim olduğu, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı tartışılıp incelenmeyeceği gibi, taraflarca önceki kesin hükmün aksine bir iddia da ileri sürülemeyecektir. Bu, daha önce İş Kanunu 3. madde çerçevesinde açılan davada yargılama konusu olmuş ve kesin hükme bağlanmıştır. İşverenlerce açılan o dava reddedilmiş ise, buna maddî hukukun bağladığı sonuç, yine aynı maddede ve İş Kanunu'nun 2. maddesinde zikredildiği haliyle işçinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduğudur.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu yönündeki iş müfettişliği raporuna karşı dava açılmayan hallerde de, feshin geçersizliğinin tespiti davasında husumet alt işverene değil sadece asıl işverene yöneltilir. Esasen böyle bir durumda alt işverenin asıl işveren işyeri adresine göre işyeri tescili iptal edilmiş olacağından sigorta evrakında ya da ücret bordrolarında alt işverenin işverenlik sıfatına dair herhangi bir kaydın bulunmaması beklenir. Feshin geçersizliğinin tespiti davasını açmadan önce davacının bu tür kayıtları da inceleyip davayı doğru hasım belirleyerek açmasında yarar bulunmaktadır.

Elbette işe iade davasından önce İş Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan yargısal süreç gündeme gelmemiş, bu yönde bir dava konusu olabilecek şekilde alt işverenle asıl işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu bir iş müfettişliği raporunda tespit edilmemiş olabilir. Zira, 3. maddeye göre Bölge Müdürlüğü' ne ibraz edilen belgeler arasındaki taşeronluk sözleşmesinin mutlaka iş müfettişlerince

³⁴⁵ Pekcamtez, Fer'i Müdahale, s. 96-97.

incelenmesi şart değildir. Bu durumda feshin geçersizliğinin tespiti davasında davacı işçi İş Kanunu 2. maddeye aykırı, muvazaalı alt işverenlik ilişkisini ve bu nedenle işverenlik sıfatının asıl işverene ait olduğunu, kendisinin gerçekte asıl işveren işçisi olduğunu ileri sürüyorsa, davayı asıl işverene karşı husumet yöneltmek açması gerektiği tabiidir³⁴⁶. Yargıtay 2. maddeye aykırılık nedeniyle taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olması halinde işçi baştan itibaren asıl işveren işçisi sayıldığından, bir diğer ifadeyle iş sözleşmesinin tarafı alt işveren değil asıl işveren olduğundan diğer davalı alt işveren bakımından davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar vermektedir³⁴⁷.

Bir uyuşmazlıkta davacı, muvazaa iddiası ileri sürdüğü halde davayı görünürdeki işvereni alt işverene karşı açmış, asıl işveren pozisyonundaki ve esasen baştan itibaren işçisi sayılması gerektiği Ego Genel Müdürlüğü'ne husumet yöneltmemiştir. Yargıtay'ca, ilişkinin muvazaalı olduğu, davacının dava dışı Ego Genel Müdürlüğü işçisi olduğu, davalı şirket hakkında ise feshin geçersizliği ile işe iade davası açılmayacağı, dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını belirtmesine rağmen davalı şirket hakkında dava açtığından bu durumda temsilde yanılmadan da söz edilemeyeceği belirtilerek davacı, Ego Genel Müdürlüğü' nün işçisi olduğuna göre davalı şirket hakkındaki davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir³⁴⁸.

³⁴⁶ “Mahkemece, davacının davalının işçisi olmayıp, davalıya sözleşme ile hizmet veren taşeron firma işçisi olduğu gerekçesi ile husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının, davalıdan hizmet alımı yapan değişik firmalarda çalıştığı, alt işveren olan firmalar değişse de çalışmasına devam ettiği, davacıya hizmet içi eğitim verilerek davalıya ait asıl işi yapan işçileri ile birlikte asıl işte çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının asıl işveren işçisi sayılması gerektiği, geçerli fesih ispat edilemediği dikkate alınarak davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi hatalıdır”. 9. HD. 9.11.2005 T., 2005/30958-35533 (**Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler**, s. 54-55).

³⁴⁷ Gerek taşeronların değişmesine rağmen davacının davalı İMKB işyerinde çalışmasını devam ettirmesi gerek İMKB Başkanlığı'nın işçi alma yetkisini ve işçilere talimat verme hakkını kendinde bulundurması nedeniyle muvazaalı işlem açık olduğundan davacının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmesi gerektiğinden İMKB Başkanlığı hakkında davanın husumetten reddi hatalıdır. Diğer davalı Sardunya A.Ş.nin davasının husumetten reddine karar verilmesi gerekmiştir. 9. HD. 25.1.2005 T., 2004/32270 E., 2005/1470 K. (**Ertekin, Ö.**, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Ankara, Ağustos 2005, s. 351).

³⁴⁸ 9. HD. 27.2.2006 T., 2371/4767 (**Akyiğit, İşe İade**, s. 548-549). “Taşeron davalı firma ile dava dışı ÇİMSETAŞ arasında muvazaa ve asıl işverenin dava dışı ÇİMSETAŞ olduğunu iddia eden davacı; davasını asıl işvereni değil taşeron firmayı taraf göstererek açmıştır. Dava konusu uyuşmazlıkta maddî olay ve isteme göre davalı taşeron firmanın gerçek işveren olmadığı iddia edildiğinden dava (bu davalıya) değil asıl işverene yöneltilerek açılmalı idi. Asıl işveren olduğu iddia edilen işverene karşı süresinde ve usûlüne uygun bir dava açılmış değildir. Davacı da gerçek işveren olmadığına göre

Bu kararda davacının dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını ileri sürdüğü halde davada husumeti asıl işverene değil, sadece alt işverene yöneltmesi sebebiyle temsilde hatadan da söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Değerlendirmenin mefhumu muhalifinden, işçinin muvazaa iddiasında bulunmaksızın işverenin alt işveren olduğu zannıyla dava dilekçesinde bu işvereni davalı gösterdiği ancak yargılama esnasında asıl işverenlik ilişkisinin 2. maddeye aykırı ve muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde temsilde hata müessesesinden yararlanılabilmesine cevaz verileceğine dair bir izlenim edinilmektedir. Genel olarak, alt işveren ve asıl işverenin ayrı, birbirinden bağımsız gerçek ya da tüzel kişiliği bulunmaktadır ve alt işveren, asıl işverenin organı değildir. Burada örneğin bir Bakanlığa bağlı, tüzel kişiliği bulunmayan bir idarenin dava edilmesinde olduğu gibi organizasyon yapısının yanlış değerlendirilmesi söz konusu değildir³⁴⁹. Temsilde hatanın hasımda hata ile karıştırılmaması gerekir. Konu, davalının unvanının yanlış yazılmasındaki maddî hatanın düzeltilmesi niteliğinde de değildir. Doktrinde ıslah yoluyla hasım değiştirilebileceği, zira dava dilekçesinde davalı göstermenin bir usûl işlemi olduğu, ıslahın taraf usûl işlemlerindeki hataların düzeltilebilmesi amacına hizmet ettiği, diğer usûl işlemlerindeki yanlışlıklar gibi bunun da ıslah yoluyla düzeltilip davacının yanlış olarak davalı gösterdiği kişi yerine bu defa gerçekte davalı sıfatına sahip kişiyi davalı göstermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁵⁰. Fakat Yargıtay, yanlış husumet yöneltmekle açılan davada ıslah yoluyla bile sonradan hasım değiştirilemeyeceği prensibini benimsemektedir³⁵¹. 04.5.1978 tarihli İBK'ya göre; dava tarihinden önce ölmüş, bu nedenle taraf ehliyeti bulunmayan davalıya karşı açılan bir davanın mirasçılarının katılmasıyla yürütülemeyeceğine, ıslah yolu ile de bunun gerçekleştirilmesine olanak bulunmadığına karar verilmiştir³⁵². Bu durumda davacının davayı açarken alt işveren

hakkında açılan davanın husumet nedeni ile reddi gerekir." 9. HD. 03.5.2004 T., 22214/10373 (Akyiğit, C. I, s. 190-191).

³⁴⁹ Bakanlıklara bağlı ve ayrı tüzel kişiliği bulunmayan genel müdürlük veya kuruluşlara dava açılırsa; dava bu genel müdürlüklerin veya kuruluşların taraf ehliyeti (tüzel kişiliği) olmaması nedeniyle reddedilemez. Çünkü davacının amacı devlet tüzel kişiliğini (ilgili) bakanlığı dava etmektir. Davacı, davasını yanlış kuruluşa yöneltmekle hasımda değil, temsilcide yanlış olmaktadır. Bu durumda yanlışlığın düzeltilerek davaya bakanlığa karşı devam edilmelidir. HGK. 15.4.1992 T., 1/444-250 (İnal, C. I, s. 576).

³⁵⁰ Kuru, C. I, s. 1206; Ansay, s. 191; Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi, s. 196-197.

³⁵¹ 6. HD. 4.4.1995 T. 3451/3702 (İnal, C. I, s. 812); 16. HD. 15.9.1997 T., 3749/3585 (İnal, C. I, s. 813).

³⁵² İBK 04.5.1978 T., 4/5 (RG. 01.6.1978 T., S. 16303).

ile asıl işveren ilişkisini dikkatlice incelemesi, işyerinde gördüğü işin niteliğini, o işte asıl işveren işçilerinin de çalışıp çalışmadığı gibi bizzat bilebileceği hususları da göz önüne alarak davalıyı belirlemesi önemlidir. Muvazaa iddiasının kabul edilmemesi ihtimali göz önünde bulundurularak, davada alt işverenin de davalı gösterilmesinde yarar vardır. Zira aksi takdirde 1 aylık hak düşürücü süre geçmiş olacağından bu kez alt işverene karşı dava açma olanağı yitirilecektir. Ancak bu takdirde Yargıtay içtihatlarına göre alt işveren hakkındaki davanın reddine karar verildiğinden harç, vekalet ücreti ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalınacaktır.

Dava sadece alt işverene karşı açıldığında ve yargılama esnasında toplanan delillerden, dosya durumdan alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığının anlaşılması halinde esasen alt işverenin, gerçek işveren olan asıl işverenin talimatını yerine getirdiği, fesih iradesinin asıl işverende olduğu ve alt işverenin fesih beyanı açıklamasının bir nevi asıl işverenin temsilcisi tarafından gerçekleştirilmiş bir işlem niteliğinde görülmesi mümkündür. Temsil ilişkisinde özel veya tüzel kişi, temsilci olabileceğinden³⁵³ alt işverenin bir şahıs ya da şirket olması bu konuda sorun yaratmayacaktır. Nasıl ki, halihazır iş sözleşmesi işçi ile görünürde işveren/“alt işveren” arasında kurulu bulunduğu halde, Kanun 2. maddesindeki hükmüyle bu sözleşmenin tarafının asıl işveren olduğunu, alt işverence bağitlanan iş sözleşmesinin işverenin hukukî alanında hüküm sonuç doğurduğunu kabul ediyorsa, aynı sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin feshin de asıl işveren bakımından sonuç doğurmak üzere alt işverence yapıldığı, böyle bir durumda da alt işverenin mümessil olarak hareket ettiği kabul edilmelidir³⁵⁴. Zaten asıl işveren o fesih işleminin sonuçlarından sorumlu tutularak işçinin asıl işveren işyerinde işe iadesiyle karşı karşı kaldığımızı göre, işlemi yapan bir başka kişi, hukukî sonuçların doğduğu, etki gösterdiği kimse bir başka kişidir ve bu halde hukukî müessese temsil (ya da vekalet)

³⁵³ Eren, s. 386.

³⁵⁴ “...ibraz edilen iş yapım sözleşmeleri incelendiğinde davacı işçilerin Petkim’e ait işyerinde asli ve süreklilik arz eden işlerde ara vermeksizin birbirini izleyen zincirleme sözleşmelerle çalıştırıldıkları ve taşeronlar değişmesine rağmen aynı işleri sürdürdükleri anlaşılmıştır. Öte yandan sözleşmelerle işçilerin işe alınması, verilecek ücret, iş saatleri, çalışma koşulları, yıllık izinler, işçilerin cezalandırılması ve iş akitlerinin feshinde tek yetkili merci olarak Petkim gösterilmiş olup, taşeron adeta bir işveren vekili gibi işçi temini, bordro düzenleme, SSK primlerini yatırma vs. işleri ifa ile görevlidir... 9. HD. 28.4.1994 T., 1994/9686-9146 (Akyiğit, C. I, s. 163-164). Aynı yönde muvazaalı ilişkide görünürde alt işverence yapılan fesih bildiriminin işveren vekili tarafından yapılmış gibi düşünülmesi gerektiği görüşü (Çankaya/Çil, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, s. 72).

ilişkisidir. Buradan hareketle davanın sadece alt işverene karşı husumet yöneltilerek açılması halinde temsilde hata edildiğinin kabulüyle yanlışlığın düzeltilip asıl işveren konumundaki kişinin davalı gösterilmesi sağlanabilir. Böylece hak düşürücü süre engeli de aşılmış olur.

Bundan başka, muvazaalı işlem, görünürdeki “alt” işverenle “asıl” işveren arasında bağlanmış olup işçi bu işlem karşısında üçüncü kişidir. Kural olarak muvazaa üçüncü kişiler hakkında da batıl olup onlara karşı ileri sürülebilir ise de, dürüstlük kuralı bunun bir istisnasıdır. Alt işveren, işçiden tamamen bağımsız, kendisinin asıl işverenle yaptığı bir sözleşmenin muvazaalı, batıl olduğuna dayanarak işçiyle arasındaki iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu, kendisinin akdin tarafı olmadığını savunmaktadır. İş sözleşmesi, örneğin gayrimenkul satımında olduğu gibi illî bir işlem değildir. Öncesinde başka bir hukukî işleme de bu işlemin geçerliliğine de ihtiyaç göstermez. Hiç kimse dürüstlük kuralına aykırı şekilde kendi muvazaalı işlemine dayanarak menfaat temin edemeyeceğinden davanın sadece alt işverene husumet yöneltilerek açıldığı bir uyuşmazlıkta muvazaanın tespiti ve işçinin dava dışı asıl işverenin işçisi sayılması sebebiyle davanın reddedilmesi, alt işverenin kendi muvazaalı işleminden lehine sonuç elde etmesinin yanısıra işçinin bir aylık hak düşürücü süreyi geçirmesi ve artık asıl işverene karşı dava açamamasını ortaya çıkaracaktır. Böylelikle asıl işveren de bu muvazaalı işleminden faydalanmış olacak ve aslında işçiyi muvazaalı alt işverenlik ilişkilerine karşı korumak amacıyla getirilen düzenleme bizzat onun aleyhine sonuç doğurmuş olacaktır.

3. Vakıalar ve İspat

a. Davacı Bakımından

aa. Koşul vakıaların ileri sürülmesi ve incelenmesi

Fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde feshin geçersizliğinin tespiti davası açan işçi, dava dilekçesinde öncelikle 18. maddede belirtilen koşul

vakıalara uygun somut vakıalarını ileri sürüp ispatlamalıdır³⁵⁵. Sözleşmenin feshine dair hukukî işlem dava edildiğine göre, öncelikle taraflar arasında bir iş sözleşmesinin mevcut bulunması gerektiği tabiidir ve iş sözleşmesinin varlığını ispat yükü davacı işçiye aittir³⁵⁶.

Davacı, işyerinde en az otuz işçi çalıştığını, işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri varsa toplam işçi sayısının otuza ulaştığını, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle en az altı aydır çalıştığını, kapsam dışı işveren vekili olmadığını, iş sözleşmesinin işverence 19. maddedeki şekle uyulmaksızın feshedildiğini ve/veya fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığını ileri sürmelidir. Ayrıca hak düşürücü süre ile ilgili olarak fesih bildiriminin tebliğ tarihini de bildirmelidir. Yazılı şekle riayet edilmeksizin, sözleşme şifahî beyanla feshedilmişse bu tarihi açıklamalıdır. Yasa'nın kişi ve yer itibariyle uygulanma alanını gösteren şartlar işçi lehine toplu sözleşme ya da iş sözleşmesiyle hafifletilmiş, sözgelimi dört ay kıdem veya yirmi beş işçi çalıştırılması yeterli görülümüşse, davacı kendi lehine olan bu durumu da yargılamaya taşınmalıdır.

18. maddedeki işçi sayısı dışındaki şartlar işçiyle ilgili olduğundan bunların ibraz edilen işyeri kayıtları gibi dosyadaki delillerden tespit edilip incelenmesi, dava malzemesi arasında yer alması kuvvetle muhtemeldir. Fakat çalışan işçi sayısının belirlenmesi, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin olup olmadığı gibi işyeriyle ilgili hususlar, işverenin davacı işçiyle arasındaki ferdî hukukî ilişki zeminine nispeten yabancı konular olduğundan ve çoğu zaman Bölge Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi resmî kurumlar nezdindeki kayıt ve belgelerin

³⁵⁵ **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 134 vd. **Günay**, İş Hukuku Uygulaması, s. 242; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 200, 241. **Ekonomi**, İş Güvencesi, s. 3-4; **Güzel, A.**, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, s. 32; **Akyiğit**, İşe İade, s. 304-305; **Schaub, G.**, Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 1996, s. 1155; **Kılıçoğlu, M.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 115. Bu Yazar, ABD.de uygulanan ispat yükünün bu işi kolay başarabilecek durumda olan tarafa yüklenmesinin türk hukukuna da en uygun çözüm olduğunu değerlendirmektedir (**Kılıçoğlu**, aynı yer). Kanıtlama yükünü işçinin üzerinde bırakmak ve ispatlanamamasından işçinin aleyhine sonuç çıkarmanın adil görünmediği, işçinin çaba harcaması ve başarısız olması durumunda kararın aleyhine olmasının kolay kabul edilebilir olmadığı görüşü için bkz. **Özdemir**, s. 293 vd.

³⁵⁶ HGK. 23.12.1964 T., 9-1252 E., 751 K.(AD. 1965/9, s. 1095); **Umar/Yılmaz**, s. 106-107; **Özdemir**, s. 67.

tetkikini gerektirdiğinden³⁵⁷ bunların her zaman doğrudan doğruya dosyadaki mübrez delillerden anlaşılması ihtimali diğer koşullara kıyasla daha düşüktür. Hatta davacı işçi, işverenin aynı işkolunda başka işyerleri bulunduğu dahi habersiz olabileceğinden buna ilişkin bir vakıa da ileri süremeyebilir. Dolayısıyla hakimin re'sen araştırma prensibi ışığındaki etkinliği özellikle işyerinde çalışan işçi sayısı bakımından önem arz eder. “...İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işyerinde fesih tarihi itibarıyla 30 veya daha fazla işçinin çalışması gerekir. Dosya içeriğine göre işyerinde çalışan işçi sayısı belirlenmemektedir. Öncelikle işçi sayısı davalı işverenden, SSK İl Müdürlüğü ve Bölge Çalışma Müdürlüğü’nden sorularak gerekirse bu hususta tanık dinlenmek suretiyle saptanmalıdır.”³⁵⁸ İş yargısında da, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi kural ise de, iş davalarının çabuk ve basit şekilde sonuçlanabilmesi için bu davalarda re'sen araştırma prensibinin geçerli olduğunun kabulü gerekliliği üzerinde durulmuştur³⁵⁹. Mahkeme çalışan işçi sayısını tespit ederken, işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki toplam işçi sayısını dikkate alacak ise de, Yasa’da bu işyerlerinin aynı il sınırları içinde bulunması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Ne var ki, mahkeme konuyu esasen İl Müdürlüğü ya da Bölge Müdürlüğü’nden soracağından bu kurumların verebileceği bilgiler de ancak kendi yetki ve görev alanları içindeki işyerleriyle sınırlı olabilecektir. Ancak işverenin ülkenin herhangi bir yerinde aynı işkolunda başka bir işyerinin mevcudiyeti ihtimal dahilindedir ve mahkemenin böyle bir olasılıktan hareketle hemen her davada ülke çapındaki tüm müdürlüklerden ayrı ayrı konuyu araştırarak sonuca gitmesi pek pratik ve gerçekçi gözükmemektedir. Bu noktada, tarafların doğruyu söyleme ödevi ve dürüstlük kuralı gereğince hakimin öncelikle davalı işverenden aynı işkolunda başka bir işyeri bulunup bulunmadığı hakkında izahat istemesi halinde davalı bilerek,

³⁵⁷ Mahkemenin SSK ya da BÇM’den celbedeceği kayıtlar bakımından, sadece davacı işçinin çalıştığı işyeri sicil numarasına göre bir sorgulama, bilhassa işverenin aynı işkolunda başka işyeri bulunup bulunmadığı ve toplam işçi sayısının tespiti bakımından yeterli olmayabilecektir. Bu yüzden işçinin çalıştığı işyeri kayıtlarının yanısıra işverenliğe ait aynı işkolunda başka işyerinin bulunup bulunmadığı, var ise ona ait kayıtların da gönderilmesi eş zamanlı olarak istenmelidir. Sadece davalı işyeri için istenen kayıtlarda çalışan sayısının 30’un altında olması halinde bu kez davacının, işverenin o işkolunda başka bir işyeri daha bulunduğu iddiasını ileri sürmesi ve konu hakkında tekrar tahkikata girişilmesi gereği yargılamayı geciktirebilecek ve usûl ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Bu tür davaların niteliği ve Yasa’nın 20. maddesinde davanın sonuçlanması bakımından ayrıca süre zikredilmesi de göz önünde tutularak olabildiğince az yazışma ile sonuca gidilmesi önemlidir.

³⁵⁸ 9. HD. 10.10.2005 T., 28968/33031 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 379).

³⁵⁹ **Kuru, B.**, İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözülmesi), Türkiye Barolar Birliği’nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi, Ankara 1971, Makalelerim, İstanbul, Mart 2006, s. 445; **Çenberci**, s. 235, dn. 90; **Başterzi**, 180-181.

gerçeğe aykırı beyanda bulunmamalıdır³⁶⁰. Maddî gerçeğe ulaşma, yargılamanın sağlıklı yürütülmesi bakımından teknolojik gelişmelerden evleviyetle yararlanılarak elektronik ortamda veri paylaşımı sağlanmalı, Kurum kayıtları doğrudan mahkemelerin erişimine açık olmalıdır.

Bir başka kararında³⁶¹ Yargıtay, işyerinde fesih tarihi itibariyle yasada belirlenen sayıda işçi çalışıp çalışmadığının araştırılmasının kamu düzeniyle ilgili olduğunu belirterek bu yönde hiçbir araştırma ve değerlendirme yapılmadan davanın kabul edilmesini hatalı bulmuştur. Daire'nin "*Davalı, işyerinde 30 işçiden az işçi çalıştığını, bu nedenle iş güvencesi hükümlerinin uygulanamayacağını savunmuştur. Dosyaya sunulan Temmuz ayı ücret bordrosunda işyerinde 8 kişinin çalıştığı görülmektedir. Davacı işyerinde daha fazla işçi çalıştırıldığını iddia edip kanıtlamamıştır. Mahkemece işyerinde fesih tarihinde çalışan işçi sayısı üzerinde durulmadan işe iade davasının kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*"³⁶² yönündeki değerlendirmesinde yer alan davacının daha fazla işçi çalıştığını iddia edip kanıtlamadığına işaret edilmesi esasen bu hususta taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğunu ve ispat yükünü davacının taşıdığını göstermektedir. Yargıtay, böyle bir durumda davayı reddeden bir kararı değil; çalışan sayısı dosya durumuna göre otuzdan az olmasına, davacının aksine bir iddia ileri sürüp ispat faaliyetine girişmemesine rağmen davanın kabul edilmesini hatalı bulmakta ve mahkemenin bu hususu hiç dikkate almamasını, değerlendirmemesini eleştirmektedir. Fakat mahkeme konuyla ilgili herhangi bir inceleme yapmadığından ve gerekçede de buna yer vermediğinden bu koşul vakıya yönünden gördüğü kapalılığın açıklığa kavuşması gerektiği üzerinde durmaktadır. Bir diğer kararda da "*Dosyadaki SSK Dönem bordroları, aylık prim ve hizmet belgelerinden işyerinde davacı dahil toplam 8 işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece belediyenin 30 işçi çalıştırılabilecek*

³⁶⁰ Arslan, R., Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116 vd.; Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 274-275.

³⁶¹ 9. HD. 26.5.2005 T., 13683/19424 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 381).

³⁶² 9. HD. 30.3.2005 T., 8336/10992 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 383). Kararı, re'sen araştırma ilkesinin benimsendiğine emsal alan görüş (Özdemir, s. 294; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 473).

kapasitede olduğu kanaati ile davanın kabulü doğru değildir” diyerek davanın reddine karar verilmiştir³⁶³.

Konunun kamu düzenini ilgilendirdiğine işaret eden içtihatlar karşısında, yasanın uygulama alanını belirleme bakımından önem taşıyan bu hususun sadece tarafın ileri sürmesine ya da ispatına bırakılan bir alan olduğunu, davacı bu hususta herhangi bir iddia ve ispat faaliyetine girişmediğine göre talebin doğrudan redde mahkum olduğunu, sorumluluğu kendisinin taşıdığını söylemek çelişki olacaktır. Nitekim karar metninde çok açık olmamakla birlikte, izleyen cümlede yer verilen “mahkemece işyerinde çalışan işçi sayısı üzerinde durulmadan” ibaresi mahkemenin konuyu re’sen araştırmasına, ücret bordrosunda kayıtlı işçi sayısından daha çok işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı hakkında davanın aydınlatılmasında mahkemenin rolüne ve etkinliğine işaret eder mahiyettedir. Davacı, davayı açarken işyerinde asgarî otuz işçi çalıştırıldığı vakıasını ileri sürdüğüne göre, HUMK m. 378 uyarınca mahkemenin gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla, ileri sürülen vakıaların ispatı için yeni delil ibrazını emredebilme serbestisi, bu kapsamda değerlendirilmeli, mahkemenin işçi sayısını belirleme faaliyeti ileri sürülen bu vakıanın ispatına yönelik kabul edilmelidir³⁶⁴.

Doktrinde bazı eserlerde ve Yargıtay kararlarında, 18. maddedeki koşul vakıaların işçi tarafından iddia ve ispat edilmesi gerektiği tespitinin ardından örneğin işçi sayısı ile ilgili olarak bu hususun kamu düzenine ilişkin olduğu ve re’sen araştırılması gerektiği, tarafların bu konuda talepte bulunup bulunmadıklarına

³⁶³ 9. HD. 5.7.2005 T., 17838/23813 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 380-381).

³⁶⁴ “Mahkemeye ibraz edilen 2. Etap Konutları...parsel kurulları tarafından imzalanan Ortaklık Protokolünde müşterek kurul, müşterek hizmetler, müşterek ihale ve sözleşmeler, demirbaşlar, müşterek hizmetler için personel alımından bahsedildiği gibi, muhasebe elemanı ve sekreter olarak görev yaptığı anlaşılan davacının protokolün personel başlıklı maddesinin A/b bendinde yer alan yönetim ve genel hizmetler personeli olarak her iki parsel işlerinde çalıştığı intibai uyanmaktadır...birbiri ardına kayıtlı bu işyerinin aynı yönetim altında örgütlendiği, aynı iş organizasyonu kapsamında olup olmadığı kesin olarak belirlenmiş değildir. Mahkemece ortaklık protokolü değerlendirilmeli, davacının her iki parsel hizmet verip vermediği saptanmalı, iki parselin ortak protokol gereği bir üst yönetim oluşturup oluşturmadığı belirlenmeli, bundan sonra yasada belirtilen işyerinde 30 işçi çalışıp çalışmadığı kesin olarak tespit edilerek sonuca gidilmelidir” 9. HD. 29.1.2004 T., 244/1442 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 442).

bakılmayacağı belirtilmektedir³⁶⁵. 18. maddedeki koşul vakıaların niteliği aynı olup bunların tümü işe iade davasının görülebilmesi için hepsinin birden mevcudiyeti gerekli olan unsurlardır. Şartlardan herhangi birinin eksikliği işe iade davasının görülmesine ve feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususundaki yargı denetimine engeldir. Dolayısıyla bu şartlardan birinin diğerine nazaran önceliği olduğu söylenemez. O halde işçi sayısına dair şart bakımından re'sen araştırma ilkesinin, diğer şartlar bakımından taraflarca getirilme ilkesinin uygulanacağı gibi bir ayırmadan da bahsetmemek gerekir. Dolayısıyla yukarıda zikredilen görüş ve içtihatlardaki işçi sayısının re'sen araştırılması yönündeki tespit ve değerlendirmelerin tutarlı bir biçimde sürdürülmesi ve bu koşulların niteliğinin, işlevinin aynı olması karşısında 18. maddede öngörülen diğer şartların da re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğunun söylenmesi beklenebilecektir. Bunun anlamı, dosyada taraflarca herhangi bir iddia ileri sürülmemiş, delil ibraz edilmemiş olsa dahi hakimin işçinin o işyerinde ne kadar süre çalıştığı, ne tür bir hizmet akdiyle çalıştığı, kapsam dışı işveren vekili olup olmadığı hatta akdin ne şekilde sona erdiğini, işverenin feshiyle sona erip ermediğini kendiliğinden araştırması zaruretidir³⁶⁶.

Ulucan, bir işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştığını davacı işçinin değil; o işyerinde 29 veya daha az işçi çalıştığını işverenin kanıtlamak durumunda olduğunu, ancak işçinin düşük gösterilen işçi sayısının aksini her türlü delille kanıtlayabileceğini ileri sürmektedir³⁶⁷. Bu değerlendirmenin, taraflarca getirilme ilkesini esas aldığı ve konuya özellikle ispat yükü ile delil ikame yükü bakımından yaklaştığı anlaşılmaktadır.

Re'sen araştırma prensibi ile 18. maddedeki koşulların maddî hukuka dayanan itiraz sebepleri olması sebebiyle hakimce re'sen dikkate alınacağı hususu birbirine

³⁶⁵ **Günay**, İş Hukuku Uygulaması, s. 242; 9. HD. 8.5.2006 T., 10023/13003 (**Günay**, İş Davaları, s. 1134). Ayrıca bkz. **Kar, B.**, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, *LEGAL İSGHD* 2005/7, s. 1005 vd.

³⁶⁶ Oysa örneğin, “Akdin davalı tarafından feshedildiğini iddia eden davacının bu iddiasını kanıtlaması gerekir” 9. HD. 30.12.2005 T., 2004/24866 E., 2005/1085 K. (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 1031).

³⁶⁷ **Ulucan**, İş Güvencesi, s. 33. Aynı görüş, **Kar**, s. 1007. Fakat son Yazar, aynı zamanda iş güvencesi kapsamında bir işyerinde çalıştığını davacı işçinin iddia ve ispat etmesi gerektiğini, çünkü bunların işçinin lehine hak çıkarabilmesi için kanunda belirlenmiş koşul olgular olduğunu ifade etmektedir (**Kar**, aynı yer).

karıştırılmamalıdır. Ve aslında hakimin re'sen araştırma gereğinden bahseden açıklamaları da tarafın iddia, ispat ve delil ikame yükünün bertaraf edildiği, ispat yükünün taraflara ait olmadığı ve taraflarca getirilme ilkesinin feshin geçersizliğinin tespiti davasında uygulanmayacağı şeklinde anlamamak gerekir. 18. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, mevcut olup olmadığı hakkındaki vakıa iddiaları elbette taraflarca yargılamaya dahil edilecek, bu iddialarını kanıtlayan deliller de dava malzemesine taraflarca dahil edilecektir. Ancak 18. maddenin belirlediği koşul vakıalar birer itiraz sebebi olduğundan, açıkça taraflarca ileri sürülmesi dahi hakim dava dosyasından anlaşılan bu itiraz sebeplerini ya da sözkonusu şartların gerçekleştiğini kendiliğinden dikkate alacaktır³⁶⁸. Örneğin dosyadaki işyeri ve sigorta kayıtlarından işyerinde yirmi işçinin çalıştığını tespit eden, gören mahkeme aslında işyerinde daha fazla işçi çalıştığı ya da işverenin aynı işkolunda başka işyeri de bulunduğu davacı tarafından ileri sürülmedikçe böyle bir vakıayı yargılamaya kendiliğinden dahil edemeyecek ya da taraf hiçbir iddia ileri sürmediği, aksini ispat faaliyetine girişmediği halde acaba işyerinde daha fazla işçi çalışıyor mu sorusunu re'sen sorup bu hususta re'sen araştırmaya girmeyecektir. Aksine, böyle bir dosya durumuyla karşı karşıya olan hakim, dosyadaki delillerden işyerinde 30'dan az işçi çalıştığını anladığı ve bu husus hakkın varlığını belirleyen bir itiraz sebebi olduğu için davalı tarafından bu konuda ayrıca herhangi bir savunma yapılmasa dahi, kendiliğinden bu itiraz sebebini dikkate alarak işyerinin iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı kapsamı dışında kalması nedeniyle davanın reddine karar verecektir. Nitekim bir Yargıtay kararında “*Dosyadaki belgelerden fesih tarihinde işyerinde sadece 14 işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda işe iade hükümlerinden yararlanılması mümkün değildir. Kararın bozularak ortadan kaldırılmasına, davanın reddine...*”³⁶⁹ hükmedilmiş olup mahkemenin kendiliğinden ondörtten fazla işçi çalıştığını araştırması gerektiği yönünde herhangi bir hususa işaret edilmemiştir. Bir vakıanın hakkın doğumuna engel olduğu için hakim

³⁶⁸ “Dosyada bulunan 2003 yılı 2. dönem SSK dört aylık sigorta bildirgesinden bu işyerlerinde toplam 80 kadar işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiştir. Böyle olunca mahkemenin davayı redde ilişkin gerekçesi doğru kabul edilemez” 9. HD. 11.11.2003 T., 19269/20526 (Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s. 115).

³⁶⁹ 9. HD. 18.10.2004 T., 26855/23284 (Kılıçoğlu, Yorum, s. 110). Birkaç ay sonra verilen bir kararda ise aksi sonuca ulaşılmıştır: “Dosyada mevcut bordrolarda aktin feshi tarihinde 15 işçi çalıştığı anlaşılmaktadır. 18 ve devamı maddelerinin uygulanması için işyerinde 30 ve daha fazla işçi işçinin çalışması gerekir. Mahkemece işyerinde çalışan işçi sayısı kesin olarak belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır” 9. HD. 8.2.2005 T., 33948/3661 (Akyiğit, İşe İade, s. 442).

tarafından re'sen gözetilmesi ayrı, kendiliğinden araştırma ilkesinin egemen olduğu davalardaki (örneğin babalık davası, nüfus kayıt düzeltme davası, evlenmenin butlanı, hizmet tespiti) gibi hakim tarafından ikrarıyla bağlı olmaksızın, taraflarca o vakıa ve deliller dosyaya getirilmese de re'sen bunları araştırıp, yargılamaya kendiliğinden dahil etmesi ayrı hususlardır. Re'sen dikkate alma prensibine işaret eden 1944 yılındaki İçtihadı Birleştirme Kararına göre, "Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle davanın esaslı şartlarından olan (hak) vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise diğer tarafın talebini beklemeksizin hakim bu davayı dinlememesi ve reddetmesi icabeder...Aksi takdirde hakim dava edileni, borçlu olmadığı ve davacının talebe hakkı bulunmadığı bir şeye mahkum etmesi gibi batıl bir netice husûle gelir...hususunun hakim tarafından re'sen nazara alınması lazımdır."³⁷⁰ Hakim, dava dosyasından anlaşılamayan bir itiraz sebebinin varlığını ise kendiliğinden araştırıp o itiraz sebebinin kendiliğinden gözetemez³⁷¹.

Üstelik 18. maddede öngörülen koşullar işçi lehine değiştirilebilecek nisbî emredici düzenlemelerdir³⁷². O halde, mahkemenin 18. maddedeki koşulların sözleşmelerle değiştirildiğinden haberdar olabilmesi de taraflarca getirilme ilkesi çevresinde mümkündür. Dosyaya taraflarca, özellikle işçi tarafından bu hususta hiçbir iddia taşınmamış veya delil ibraz edilmemiş olmasına rağmen hakim bu yönden de re'sen araştırma yapması söz konusu değildir. Ayrıca ceza yargılaması ve çekişmesiz yargı işlerindeki gibi hakim kendiliğinden araştırma yapabileceği kabul edilmiş olsa idi, hakim tarafından ikrarı ile de bağlı olmaması gerekirdi. Aynı şekilde taraflar sulh olamaz, tahkim sözleşmesi yapamazlardı (HUMK m. 518). Oysa işe iade davasının sulh yoluyla sona erdirilmesi mümkün olduğu gibi bizzat 20 ve 21. maddelerde görülmektedir ki, bu davalarda tahkim yolunu tercih etmek mümkündür. Davada taraflar arasında çekişmesiz olan hususlarda, davacının ileri sürdüğü bir vakıayı davalının doğrulayıp ikrar etmesi halinde artık hakim, bu ikrarla bağlı olup

³⁷⁰ 12.4.1944 T., 14/13 sayılı İBK (RG. 25.7.1944 T., S. 5765).

³⁷¹ **Kuru**, C. II, s. 1775; **Üstündağ**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi, s. 78.

³⁷² **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 37-38, 43; **Sarıbay**, s. 77 vd.; **Hueck/v. Hoyningen-Huene, G.**, Kündigungsschutzgesetz, 12. Aufl., München 1997, s. 77-78; 9. HD. 26.05.2005 T., 12317/19404 (ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/2, S. 9, s. 275 vd).

çekişmesiz bir vakıa hakkında kendiliğinden araştırmaya girişmeyecektir³⁷³. Bu da feshin geçersizliğinin tespit davası ve 18. maddedeki koşul vakıaların re'sen araştırma ilkesine tâbi olmadığını göstermektedir. Aynı örnekten hareketle, davacı işyerinde 30'dan fazla işçi çalıştığını ileri sürmüş, davalı işveren de bu hususu doğrulamışsa ya da işçinin kıdeminin 6 aydan fazla olduğu hakkında taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık yoksa hakim, buna rağmen işyerinde kaç işçi çalıştığını re'sen SSK kayıtlarından sorup ayrıca delil araştırmayacaktır. Yine davacının işyerinde, kapsam dışı işveren vekili olmadığı uyuşmazlık konusu değilse, hakim kendiliğinden tanık dinleyerek, işçinin görev tanımlarının ibrazına hükmederek bu konuda tahkikata girişmeyecektir.

Yargıtay kararlarında genel olarak hakimin yargılamada daha etkin olması, yargılamayı tümüyle tarafların ileri sürdüğü ya da eksik ileri sürdüğü vakıa ve delillere teslim etmeme anlayışı ve bu çerçevede hakimin davayı aydınlatma ödevine vurgu yapıldığı³⁷⁴, bu konuya özellikle çalışan işçi sayısı bakımından ayrı bir hassasiyetle yaklaşıldığı gözlenmektedir. Medenî yargılama hukuku sistemimizde asıl olarak taraflarca getirilme ilkesinin benimsenmesinin yanısıra, bu ilke her durumda istisnasız uygulanmamaktadır. Uyuşmazlığın iş sözleşmesinden kaynaklanan niteliği ve iş davalarında hakimin kendiliğinden araştırma yetkisinin daha geniş uygulama alanı bulduğu da bu değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nda benimsenen hakimin taraflarla işbirliği ilkesi, vakıaların getirilmesinde öncelikli yükümlülük taraflara ait olmak üzere, hakimin davayı aydınlatma ödevi (§182/I) gereğince soru sorma veya başka yollarla hüküm için önemli vakıaların dermeyanını, eksiklerin tamamlanmasını, vakıaların ispatı için delil gösterilmesini ya da tamamlanmasını,

³⁷³ **Schilken**, s. 51.

³⁷⁴ "...Samsun Bölge Müdürlüğünce işyeri ile ilgili olarak bildirimlerin sağlıklı yapılmadığı ancak 7263 sayılı Yetki Tespit Belgesine göre 47 işçinin çalıştığı bildirilmiş ise de, işverence sunulan Haziran 2004 ayına ilişkin ücret listesinde 19 işçinin görüldüğü, SSK İl Müdürlüğünce bildirilen prim ve hizmet belgesine göre ise Haziran 2004 tarihi itibarıyla 8 işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosyadaki belgelere göre işçi sayısının kesin olarak belirlenmesi mümkün görülmemektedir. Öncelikle işyerinde fesih tarihi itibarıyla işçi sayısı açık ve kesin olarak tespit edilmelidir" 9. HD. 13.9.2005 T., 22957/29644 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 380).

vakıaların gerçeğe uygun şekilde belirlenmesini sağlamaya yönelik bir ilkedir³⁷⁵. Hatta hakime vakıaların ispatı için önem taşıyan delilleri re'sen ikame etme yetkisi de verilmiştir (§ 183/I).

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflarca getirilme ilkesi esas olsa da elbette yargılama hakim tarafından yürütülmektedir. Yine doğru hüküm verilebilmesi ve maddî gerçeğe ulaşılması bakımından hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü önem arz etmektedir. HUMK m. 75 uyarınca hakim kanunun belirlediği istisnalar dışında iki taraftan birinin söylemediği şeyi ya da iddia sebeplerini re'sen nazara alamaz, onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz (f. 1) ise de, belirsiz ve çelişkili iddia veya sebepler hakkında izahat isteyebilir, davanın her aşamasında iki tarafın iddiaları çerçevesinde olmak üzere kendilerini istima ve gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir (son f.). Mahkeme, hakikatin tezahürü için gerekli görürse iki tarafın dermeyan ve ispat ettikleri hususların yeni delillerle ispat olunmasına karar verebilir (m. 378). 230. madde uyarınca hakim, iki taraftan her birini re'sen isticvap edebilir. Görüldüğü gibi hakim, tarafların getirdiği dava malzemesi karşısında herhangi bir insiyatiften yoksun, hareketsiz konumda değildir. Taraflarca getirilme ilkesinin bir tamamlayıcısı olan hakimin davayı aydınlatma ödevi sayesinde dava malzemesi hüküm vermeye elverişli hale gelebilir ve yargılama için önem taşıyan vakıalar açıklık kazanır. Hakim, soyut hukuk kuralının koşul vakıalarını karşılayan, altlama faaliyetine olanak tanıyacak bir vakıa eksikliğini de m. 75/2'den yararlanarak giderebilecektir³⁷⁶. Ancak bunu yaparken hakimin bir tarafa yol gösterme, tarafı yönlendirme sonucuna yol açmaması gerekir (HUMK m. 29). Feshin geçersizliğinin tespiti davasında da örneğin iş sözleşmesi 15.7.2006 tarihinde feshedilen davacı belirli bir tarih zikretmeksizin 2006/Ocak ayında işe girdiğini ileri sürmüş ise dava malzemesi arasında belirsiz olan kesin işe giriş tarihi, hakimin tarafları dinleme, soru sorma ve bu konuda delil ibrazını emretmesiyle açıklık kazanabilir. Zira bu olgunun belirlenmesi altı aylık kıdem şartına dair koşul vakıa bakımından hüküm için önemlidir ve bu belirsiz, eksik

³⁷⁵ **Deren-Yıldırım, N.**, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 821.

³⁷⁶ **Alangoya, Y./Yıldırım, M.K./Deren-Yıldırım, N.**, Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2006, s. 311 vd.; **Yavaş, M.**, Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 308.

vakianın aydınlatılması gerekir³⁷⁷. Davacı işçinin “işveren vekili” olduğu vakiasının ileri sürüldüğü bir davada da, maddê hukuk uyarınca tüm işveren vekilleri değil; ancak 18. maddenin son fıkrasında belirtilen nitelikteki işveren vekilleri güvence kapsamı dışında bırakılarak bu kişilere dava hakkı tanınmadığından hakimin yeterince açık olmayan bu vakıayı da aydınlatarak sonuca ulaşması gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 31. maddesinde taraflarca getirilmesi ilkesi açıkça düzenlenerek 2. fıkrada Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkimin kendiliğinden delil toplayamayacağı esası benimsenmiştir. Ancak tarafların davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlü olduklarının belirtilmesi (Tasarı m. 35/2) ve davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde (m. 37) hakimin uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddê veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilme, soru sorabilme ve delil gösterilmesini isteyebilme yetkileri bulunmaktadır. Örneğin geçerli nedene dayanmadığı iddia edilen fesih yazısının dosyada bulunmadığı hallerde hakim, bunun ibraz edilmesine re'sen karar vermelidir. Zaten dava konusu, fesih işleminin 18 vd. maddeleri uyarınca denetlenmesi olduğuna göre hakim fesih iradesinin ne şekilde ve hangi sebeplerle beyan edildiğini görmek, böylelikle ana uyuşmazlığın sınırlarını da tespit etmek durumundadır. Yazılı fesih bildirimimin dosyada yer alması sayesinde, hakim belki de fesih işleminin 19. maddede gösterilen şekle uygun olmadığını

³⁷⁷ “Somut olayda davacı, davalı işyerinde 10.6.2004 tarihinde çalışmaya başladığını iddia etmiştir. Kayıtlarda ise, işe başlama tarihi 21.12.2004 olarak görülmekte ve davalı işveren 10.5.2005 fesih tarihine göre davacının işyerinde 6 aylık kıdeminin bulunmadığını, iş güvencesinden yararlanmayacağını savunmaktadır. Mahkemece bu yönde herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Davacıdan işe giriş tarihi iddiası ile ilgili kanıtları sorulmalı, bildirilen kanıtlar toplanmalı ve davacının işyerindeki kıdemi saptanmalıdır. Eksik inceleme ile hüküm tesis edilmesi hatalıdır”. 9. HD. 13.3.2006 T., 3717/6132 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 359). Bir başka kararında 9. Hukuk Dairesi, işe iade isteği 6 aylık çalışma süresi dolmadığından reddedilen bir davada, dosya içerisinde davacının Ocak 2003 tarihinden önce 81026085 sicil no.lu işyerinden prim bildirgesi verildiği görülmüş olup, bu işyerinin davalı ile ilgili olup olmadığı, m.18/f.4 koşullarının oluşup oluşmadığı belirlenerek sonuca göre karar verilmesi gereğine işaret etmiştir. 22.4.2004 T., 6849/9030 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 374). Burada dikkat edilecek husus, hakimin işçinin 6 aylık kıdemi bakımından re'sen delil araştırması, yeni bir delili dosyaya kendisinin dahil etmesi değil; dava dosyasında mevcut dava malzemesi arasında yer alan bir belgenin incelenerek davanın aydınlatılmasıdır. Taraf dosyaya bir kayıt getirmiştir. Ancak işyeri sicil numarasının ait olduğu işveren belli olmadığından dava malzemesinde bu haliyle açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay'ın işaret ettiği, mahkemenin bu dava malzemesini berraklaştırmasıdır. Hakim, tarafları dinleyerek, bu işyeri sicil numarasının işverene ait olup olmadığını davalıya sormak suretiyle alacağı müspet yanıtla sonuca gidebileceği gibi bunu Kurum'dan sorarak da belirleyebilecektir.

görebileceğinden geçerli nedenin varlığı hususunda tahkikat dahi yapmaksızın hükmünü verebilecektir. Davalı işverenin, fesih sırasında gösterdiği sebeplerle bağlı olmasının bir sonucu olarak, bu davalarda fesih bildirimimin içeriği hangi fesih nedeni bakımından inceleme yapılacağını da belirleyip etkilemektedir. Dolayısıyla işçinin verimsizliği nedeniyle işten çıkarıldığı bir olayda, işletme gereklerine dayalı geçerli neden incelenmeyecektir. Hakim, tarafların dava malzemesini bu yönüyle eksik hazırlamalarına seyirci kalmayarak belirsizliği aydınlatmalıdır.

bb. Başka bir fesih sebebinin ileri sürülmesi

İş Kanunu 20. maddeye göre, fesih bildiriminde gösterilen sebepleri ispat yükü işverene düşmekte ise de, davacı feshin başka bir nedene dayandığını iddia ve ispat edebilecektir. O halde, işçi mesela her ne kadar fesih sırasında işletme gerekleri öne sürülmüş ise de, gerçekte sendikaya üye olduğu için işten çıkarıldığını düşünüyorsa bu iddiasının dayanağı somut vakıaları da göstermesi ve kanıtlaması gerekmektedir³⁷⁸.

Düzenleme şöyledir: “*Feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür*” (f. 2). Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen “işverenin iş sözleşmesini yasada sayılan geçerli bir sebebe dayanarak feshettiğini ispat etmesinden sonra, işçinin artık feshin başka bir sebeple yapılmış olduğunu ispat etmesi gereksiz hale gelecektir” görüşüne³⁷⁹ katılmıyoruz. İşveren, görünüşte bir geçerli fesih sebebine dayanarak bunu ispatlamış olabilir. Davacı işçinin, feshin aslında başka bir sebeple yapılmış olduğu iddiasını, örneğin hamilelik gibi, ileri sürerek bunu ispatlayabilmesi, tam da böyle bir ihtimalde gereklidir. Aksi halde davayı kaybedecektir. İleri sürülen görüşün tersine, ispat yükünü taşıyan davalının feshin şekle uygunluğunu ve geçerli nedene dayandığını ispatlayamaması halinde, zaten davalı ispatsızlığın riskiyle karşı karşıya kalacak ve aleyhine karar verileceğinden, işçinin kural olarak bir başka fesih nedenine dayanması gerekmemektedir.

³⁷⁸ 9. HD. 13.6.2005 T., 17441/20762 (LEGAL İSGHD, 2005/8, s. 1684).

³⁷⁹ Çelik, s. 206; Okur, Z., İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, s. 762. Aksi yönde, Özekes, Armağan, s. 491.

Ancak sendikal nedenle fesih iddiasına dayalı davada durum tümüyle aynı değildir. Çünkü, işveren sendikal nedenle sözleşmeyi feshetmişse, hükmedilecek işe başlatmama tazminatının miktarı İş Kanunu 21. maddedeki tazminattan (en az 4 en çok 8 aylık ücret) fazladır. Bu takdirde tazminatın miktarı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz (SK m.31/f.6-son cümle). O halde davacının asgarî bir yıllık ücreti tutarında talep ettiği tazminata hükmedilmesi için, davalının ispat faaliyetinin başarısız kalması yetmeyip, bunun ötesinde davacı işçinin de ayrıca ispat faaliyetine girişerek sendikal nedeni ispatlaması gerekmektedir. O da bunu yapamazsa davası reddedilmemekle birlikte, tazminata 21. maddeye göre hükmedilecektir.

Sendikal nedenle fesih iddiası ve sendikal tazminat talebi bakımından, ispat yükünün dağılımında iş güvencesinden yararlanan işçilerle diğerleri arasında farklılık yaratılmıştır. İş Kanunu, işe iade davalarında ispat yükünün davacı işçide olduğunu; Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi ise, iş güvencesi hükümleri dışında kalan işçilerin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı fesih iddiasıyla açacakları davalarda ispat yükünün işverende olduğunu kabul etmiştir. Sendikalar Kanunu'na göre işveren feshin sendikal dayanmadığını ispat yükü altında olduğundan menfî vakıa ispatıyla karşı karşıyadır. Her iki davada da vakıa iddiası ve bunu ileri süren taraf aynıdır. Bir işyerinde kıdemi 5 ay 29 gün olan işçi, sendikal tazminat talebinin dayanağını ispat yükünü taşımazken, 6 ay kıdemli diğer işçi bu hususta ispat yükü altındadır. İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usûlî bir yükür³⁸⁰ ve davada bu vakıanın ispatı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçi kadar kapsam dışı davacı işçinin de lehinedir. İspat yükü bir maddî hukuk sorunu ve bu örnekteki gibi yasakoyucunun tercihinden ibaret ise de, hiç değilse aynı koşul vakıayı ve buna bağlanan hukukî sonucu düzenleyen iki hüküm arasında, ispat yükü bakımından salt davacı işçinin subjektif konumunu esas alan bir ayrıcalığa gidilmemelidir³⁸¹. Akdın sendikal nedenle feshedildiği iddiası, özünde işverence fesih hakkının kötüye

³⁸⁰ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 421.

³⁸¹ İş Kanunu 20. maddesi ile Sendikalar Kanunu 31. madde arasında haklı görülemeyecek ayrıma işaret eden *Soyer*'e göre, bu ayırım ispat hukukuna ilişkin genel kural doğrultusunda ortadan kaldırılmalıdır (*Soyer*, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 60). Aynı yönde *Tuncay*, İşe İade Davaları Toplantısı, s. 28. Sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde, iş güvencesi kapsamında kalanların, kapsam dışındakilere nazaran daha güç duruma düşürüldüğü, bu aksaklığın benimsenemeyeceği ve İş Kanunu 20. maddesinde yapılacak değişiklikle giderilmesi gerektiği görüşü (*Süzek*, s. 570).

kullanıldığını ileri sürmektir. İyiniyet karinesi nedeniyle de, bunun aksini iddia eden taraf ispat yükü altında olmalıdır³⁸². Genel olarak İş Kanunu 17. madde uyarınca fesih hakkının kötüye kullanıldığını ispat yükü de davacı işçidedir³⁸³.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin açacağı sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işverende olduğunu öngören Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesiyle ilgili olarak *sendikal fesih karinesi* şeklinde adlandırılan düzenleme, işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, ilişki sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle sendikal nedenin işvereni feshe yönelttiği şeklinde, çalışma yaşamı, sendikal yaşam ve iş yargısı tecrübelerine dayanarak hakimin çıkardığı sonuçlar olarak tanımlanmakta ve "iş hukukuna özgü bir fiilî karine" olarak nitelenmektedir. Yine bu görüş doğrultusunda, işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyuşmazlığın işçi lehine çözümleneceği belirtilmektedir³⁸⁴. Sanırız, maddede herhangi bir karine düzenlenmediği ve "yasal karineler" kanunlarda belli bir olaydan belli olmayan bir olay hakkında kanun tarafından çıkarılan sonuçlar olduğu için konu, fiilî karine kavramıyla ele alınmaktadır. Oysa, fiilî karineler ispat yükü bakımından herhangi bir değişiklik oluşturmaz; ispat yükünü taşıyan taraf belli olan vakıayı ispat edecek, hakim de bundan bir sonuç çıkararak belirli olmayan hususu ispat edilmiş sayacaktır³⁸⁵. 31. maddede söz konusu olan ise, ispat yükünün değiştirilmesidir. Öte yandan, meselenin işçi lehine çözümlenmesi sonucuna, davalı işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde ulaşıyor olması, işverenin böyle bir nedeni ispatlaması ihtimalinde bu kez sendikal nedenle feshi ispat yükünü yine davacı işçiye bırakmaktadır ve bu halde ortaya çıkan sonuç, zaten İş Kanunu 20. maddeden farksızdır.

³⁸² Özdemir, s. 349.

³⁸³ 9. HD. 7.6.2001 T., 7310/9778 (Akyiğit, C. I, s. 719); 9. HD. 23.3.2006 T., 2005/29542 E., 2006/7329 (Çalışma ve Toplum, 2006/3, S. 10, s. 228-229); Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 306; Çelik, s. 185; Özdemir, s. 341-349. Ayrıca bkz. Süzek, S., İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

³⁸⁴ Bayram, F., Sendikal Fesih Karinesi, LEGAL İSGHD, 2006/12, s. 1228; Süzek, s. 485. 31. maddenin değiştirilmesinden önceki dönemde, aynı yönde görüşler (Şahlanan, Sendikalar, s. 184; Eyrenci, Ö., Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 141).

³⁸⁵ Üstündağ, 621; Pekcamitez/Atalay/Özkes, s. 417; Taşpınar, S., Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, 1996/1-4, s. 563 vd.

b. Davalı Bakımından

Davalı işveren, 18. maddede yer alan koşul vakıaların sağlanmadığını, örneğin otuzdan az işçi çalıştırdığını, işçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edildiğini ya da kıdeminin altı aydan az olduğunu ileri sürebileceği gibi sözleşmenin 18. maddede öngörüldüğü haliyle işyeri gerekleri ya da işçinin verimsizliği, davranışları ile ilgili nedenlerle, usûlünce feshedildiğini savunabilecektir. Sözleşmenin İş Kanunu 25. madde uyarınca haklı nedenle feshedildiği veya sözleşmeyi kendisinin değil de davacının feshettiği vakıalarına dayanabilecektir.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli şartlar (m. 18), aynı zamanda hakkın doğumunu engelleyen itiraz sebepleri olduğundan davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa dahi mahkemece re'sen dikkate alınmalıdır. Hak düşürücü süre de def'i olmadığından mahkemece re'sen dikkate alınacağı gibi davanın süresinde açıldığını ispat yükü davacıdadır.

Feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü davalıdadır (m. 20/f. 2). 19. maddede öngörülen geçerli feshin şekline ilişkin şartlar ve işçinin davranışı veya performansı ile ilgili fesihlerde savunma alındığının ispatı da bu kapsamdadır. İş güvencesi sisteminde, iş ilişkisinin sürekliliği kural, fesih istisna olduğundan, ispat yükü olağan durumun aksini iddia eden işverene düşmektedir³⁸⁶.

Davalı işverence ileri sürülebilecek vakıalarla savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bakımından özellik arz eden husus, işverenin daha önce fesih bildiriminde gösterdiği sebeple bağlı olması, bunu davaya cevap aşamasında dahi değiştirip genişletmemesidir. Gerçekten, 19. maddeye göre işveren fesih bildirimini yazılı şekilde yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yargı denetimine konu olan, sözleşmeyi sona erdirmek için geçerli neden teşkil etmediği ileri sürülen de bu fesih sebebidir. İşveren ancak, fesih bildiriminde dayandığı sebebin geçerli bir fesih nedeni olduğunu ispat edebilecektir. Yoksa bundan başka, yeni bir fesih nedenine dayanması mümkün değildir. Yasa'nın fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtilmesi zorunluluğunu öngörmesinin anlamı

³⁸⁶ **Güzel**, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar, s. 95; **Özdemir**, s. 292.

da budur. Dolayısıyla işe iade davasında, davalının davaya cevap verirken bu konuda savunma sebebi yapabileceği vakıaların ne olduğu daha önce fesih iradesini açıkladığı sırada şekillenmektedir. Dava sırasında yapacağı, daha önce fesih bildiriminde ileri sürdüğü sebebi kanıtlamak yine bu nedeni haklı göstermeye yarayacak somut vakıaları ortaya koyup ispat faaliyetine girişmek olacaktır. Örneğin işletme gerekleri ile iş sözleşmesini feshetmiş ise işyerinde davacının işgücüne artık neden ihtiyaç duyulmadığını, talep azalması ve rekabet koşulları nedenleriyle küçülmeye gittiğini, istihdam fazlalığı bulunduğunu vb. hususları ispatlamaya çalışacaktır. Ayrıca davalı işveren fesih işleminde dayandığı fesih nedenini bırakıp dava sırasında başkaca yeni nedenlere dayanmaya kalkıştığında zaten bu nedenler, fesih yazısında gösterilmediği için sözleşmeyi 19. maddeye uygun şekilde feshetmemiş olacaktır. Geçersizliğin tespiti bakımından önem taşıyan, fesih işleminde işvereni, işçiyi işten çıkarmaya sevk eden olguların, sebebin ne olduğunun anlaşılması ve bunun gerçekten iş güvencesi ilkeleri karşısında sözleşmeye son vermeyi mazur gösterecek geçerli neden teşkil edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu değerlendirme ise, ispat yükü işverende olmak üzere, ancak bildirimde yer alan sebeplere bakılarak yapılabilir.³⁸⁷

İşletme, işyeri veya işin gereği ile yapılan fesihlerde, işveren işletmesel kararını, bu anlamda aldığı örgütsel yahut ekonomik tedbirleri açıklayacak, bu tedbirleri de tutarlı ve ciddi biçimde uyguladığını gösteren vakıaları ispat edecektir. Alınan kararın işvereni amaca ulaştırmada ekonomik açıdan mantıklı, işlevsel olup olmaması yargı denetiminin dışında olup teşebbüs hürriyeti kapsamındadır. Ancak

³⁸⁷ “Davalı işveren ilk fesih sebepleri ile bağlıdır. Fesih yazısındaki nedenler kanıtlanmadığı gibi davacının çalıştığı birimde hizmetine ihtiyaç duyulduğu da dosya içindeki delillerden anlaşılmaktadır” 9. HD. 11.10.2004 T., 10587/22804 (**Günay**, İş Davaları, s. 1411-1412); “...davalı işveren yazılı fesih bildiriminde, üretimde yaşanan olumsuzluklar nedeniyle yeni bir organizasyon oluşturulacağını, bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiştir. Bu fesih nedeni, yasada belirtilen, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanan nedendir. Ancak yargılama aşamasında fesih sebebini değiştirmiş, iş organizasyonunu davacının görevini gereği gibi ifa edememesi, olumsuzluklara neden olması, yerine yeni vardiya sorumlusu atanması gibi nedenlerle oluşturulduğunu savunmuştur. Belirtilen nedenler, işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. Bu nedenlerin varlığı halinde ise, 19. madde uyarınca işçinin savunmasının alınması gerekir. Davalı işveren, davacı işçinin savunmasını almış değildir...” 9. HD. 6.2.2006 T., 946/2410 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 773-774). Gerçekten, davranış ve performans sebepleri varsa bunlar zaten müstakil birer fesih sebebidir. Ona dayanılarak fesih yapılması gerekir. Ayrıca işletme gereklerine dayanılmaz, işyeri gerekleri işçinin davranış ve performansının düşmüş olmasına dayalı olarak açıklanamaz. Bunlar birbirinden ayrı olgu gruplarıdır (**Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, Soru-Cevap-Tartışma, s. 119).

kararın uygulanması tutarlılık denetimine tâbidir. Bu çerçevede, alınan kararın feshi gerekli kıldığı, işçinin işgücüne olan ihtiyacı ortadan kaldırdığı da davalı tarafından ortaya konacaktır.³⁸⁸

İşverenin feshin haklı nedene dayandığını ileri sürerek İş Kanunu 25. madde kapsamında savunma yaptığı hallerde, hakimin fesih nedeninin 25. maddede sayılan haklı neden ağırlığında olmasa da, 18. madde uyarınca geçerli neden teşkil ettiğini tespit ederek feshe konu vakıayı nitelemesi ve buna göre davanın reddine karar verebilmesi gerekir³⁸⁹. Böyle bir ihtimalde davalı, savunmasında dayandığı fesih sebebini değiştirmiş değildir. İş ilişkisine son verilmesine neden olan, fesih yazısında ve davaya cevaplarda ileri sürülen feshe konu fiil, fesih nedeni aynıdır. Sadece fiilin ağırlığı konusunda işveren haklı neden nitelemesinde bulanarak sözleşmeyi derhal feshetmiş iken, mahkeme konunun haklı neden ağırlığında olmadığına ancak bunun iş ilişkisine son vermeyi meşru gösterebilecek şekilde işyerinde işin akışını olumsuz etkileyebilecek bir neden olduğuna hükmedebilir. Çoğun içinde az da vardır prensibinin yanısıra uyuşmazlığa uygulanacak hukukî sebebi saptamak hakimin görevi olduğuna göre davayı 25. maddeye değil, 18. maddeye dayanarak reddetmesine engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, İş Kanunu'nda m. 18 ve m. 25/II. bendin karşılıklı durumları incelendiğinde, geçerli neden - haklı neden ayırımın her durumda kolaylıkla yapılamayacağı görülür³⁹⁰. Yasal düzenlemenin de yol açtığı aksaklıklarla, iki kavramın kapsamı bakımından doktrini ve yargıyı meşgul eden bir konuda işverenin daima doğru niteleme yapması, aksi halde işe iade sonucuyla

³⁸⁸ **Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R.**, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Auflage, München 2002, s. 359-360; **Engin, M.**, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, Ekim 2003, s. 72 vd.; 28.4.2008 T., 2007/33518 E., 2008/10645 K.(LEGAL İSGHD, 2008/19, s. 1123 vd).

³⁸⁹ Aksi görüşteki *Taşkent*'e göre, mahkemelerin dava yükü göz önünde tutulduğunda, haklılık denetimi yanında kendiliklerinden bir de geçerlilik denetimi yapmalarının, böyle bir görev üstlenmelerinin nedenini anlamak güçtür. Yargıtay, adeta mahkemelere durumdan görev çıkarmaktadır. Oysa davalı fesih nedeni ile bağlı olduğuna göre, mahkemenin de fesih nedeni ve bu nedene yasada bağlanan yaptırım ile bağlı olduğu tartışma götürmez...Burada araştırılacak olan, meydana geldiği iddia edilen olayın işverene sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı verip vermediğidir. Şayet fesih işlemi, 26. maddedeki süre içinde yapılmış ve m.25/II'ye de uygunsu dava reddedilecek; böyle değilse dava kabul edilecektir (**Taşkent, S.**, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2004), Milli Komite, Ankara 2006, s. 76-77). Bizim de katıldığımız aksi görüşte **Süzek, S.**, Millî Komite 2004, Genel Görüşme, s. 102-103; **Ekonomi, M.**, Millî Komite 2004, Genel Görüşme, s. 106-107.

³⁹⁰ Bu yöndeki eleştiriler ve m.25/II'nin yeniden düzenlenmesi gereği hakkında bkz. **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, 45-46; **Ulucan**, İş Güvencesi, s. 51; **Eyrenci**, Yeni Düzenlemeler, s. 34.

karşılaşması beklenmemelidir. Böyle bir değerlendirme, derhal fesih hakkını büyük ölçüde sınırlamak ve işe iade davasında haklı nedenin kabul edilmemesi riski nedeniyle hiç değilse bunun sonuçlarından sakınmak adına sözleşmeyi kıdem-ihbar tazminatlarını üstlenerek 18. madde uyarınca feshetmeye zorlamak olacaktır. Derhal fesih hakkını kullanmak için 26. maddede öngörülen hak düşürücü sürenin geçip geçmediği, feshe yetkili makamın fesih nedeni olayı hangi tarihte öğrendiği de bazen davada ana uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Hak düşürücü süre geçirildiği için derhal fesih hakkının sukut ettiğine hükmedildiğinde, mahkemenin geçerlilik denetimi yapamayacağı kabul edilirse, örneğin işyerinde hırsızlık yapan ya da işverenin meslek sırlarını ortaya atan bir işçinin sözleşmesinin geçerli nedenle bile feshedilmediği tespitiyle işe iade davasının kabulü gerekecektir. Bu dava, kıdem - ihbar tazminatlarının talep edildiği bir alacak davası değildir. İşçi, sözleşmenin m. 25/II. bent kapsamında haklı nedenle feshedilmediği yahut hak düşürücü sürenin geçirildiği iddiasıyla tazminat talep etmiş olsa idi, mahkeme elbette sadece feshi bu yönüyle inceleyecek ve derhal feshin unsurlarının bulunmadığını belirlediğinde alacağın ödenmesine hükmedecekti. Oysa işe iade davasında, fesih hakkının kullanılmasında geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Fesih sebebinin haklı değilse de geçerli neden teşkil ettiği saptanarak, 19. maddedeki şekil şartlarına da uyulmuş ise, bunun hükme esas alınması mümkündür³⁹¹.

Yargıtay'ın işçinin derhal fesih iddiasıyla işten çıkarıldığı hallerde 19. maddedeki yazılı şekil, fesih sebebinin açıkça gösterilmesi ve savunma alınması zorunluluğunun bulunmadığı görüşüne ise katılmıyoruz. İşveren haklı nedeni ispatlayabiliyorsa sorun yoktur. 19. maddenin son fıkrasına göre, buradaki usûle uyulmaması, haklı feshi ortadan kaldıran ve feshi geçersiz kılan bir sonuç doğurmaz. Ancak yukarıda incelenen durumda olduğu gibi, haklı nedene dayanılmış fakat hak düşürücü süre geçirilmiş ya da fesih bu ağırlıkta değilse artık geçerlilik denetimi yalnız neden bakımından değil, şekil bakımından da yapılmalıdır. Bütünlük arz eden iş güvencesi hükümlerinin bölünerek 18. maddenin uygulanması, 19. maddenin göz

³⁹¹ Davacının işlediği hırsızlık suçunun tarihi itibarıyla 26. maddedeki hak düşürücü süre içerisinde akdin haklı nedenle feshi kabul edilemez ise de feshin geçerli bir fesih olduğunun kabulü gerekir. İşe iadesinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır. 9. HD. 6.7.2005 T., 18273/23900 (Akyiğit, İşe İade, s. 676).

ardı edilmesi isabetli değildir. Ayrıca aksi düşünce işverenlerin, haklı nedene dayalı fesih görüntüsü altında 19. maddeyi dolanmalarına fırsat vermek anlamındadır. Davalı, sözleşmeyi 25. madde kapsamında haklı nedenle feshettiğini ispatlayamıyor ise de, davanın reddini sağlayabilmek üzere, 18 vd. maddelerine göre esas ve usûle ilişkin koşulların varlığını, bu yüzden dava konusu fesih işleminin iş ilişkisini sona erdirmeye elverişli olduğunu kanıtlamak durumundadır.

Fesih sebebinin işletme gereklerine dayandığı hallerde şirket malî yapısının incelenmesi, işletmenin kârlılık durumu, üretim ve satış miktarları, stok durumu, aldığı siparişler ve iş bağlantıları, bilançosu gibi hususlar tartışma konusu olabilmektedir. Davacı tarafından, feshin gösterilenden başka bir nedene dayandığının iddia edildiği hallerde de örneğin kişinin cinsel tercihleri ya da din, mezhep gibi inanç sistemine özgü kişisel değerleri davaya taşınabilecektir. Yargılamaya katılanların (tarafklar, tanıklar gibi) giz alanlarına, ticarî sırlarına ait konuların kamuya deşifre edilmesi, bu kişilerin otorite ve saygınlıklarının zedelenmesi, güvenilirliklerine gölge düşürülmesi, kredilerinin azalması v.b. sonuçlara yol açabilir. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri *aleniyet ilkesi* ise de, AİHS 6. maddesine göre davaya taraf olanların korunması, mahkemece zarurî görülecek ölçüde davanın devamınca tamamen ve kısmen aleniyetin sınırlanması sebepleri arasında kabul edilmiştir. Anayasa'nın 141 ve HUMK 149. maddeleri ise, daha sınırlı nedenlerden hareket etmiştir. Buna göre sadece *genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebilecektir*. Ancak özellikle kişilerin şeref ve onurlarını zedeleyecek, kişilik haklarını etkileyecek hallerde de duruşmaların gizli yapılabilmesi ve bir iç hukuk kuralı olarak medenî yargılama hukukunda da geçerli AİHS 6. maddesindeki nedenlerin dikkate alınması gerekir³⁹². Bundan başka tanıkların beyanlarını daha açık ve serbest olarak elde edebilmek için, önemli bir sebebe dayanarak hakim tarafından iki tarafın hazır bulunmamasına karar verilebilir (HUMK m.255/2).

³⁹² **Pekcanitez, H.**, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, İzBD., 1999/Ekim, S. 4, s. 37.

4. Davanın Niteliği

a. Tespit Davası

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi "Fesih bildirimine itiraz ve usûlü" başlığını taşımakta olup, hükme göre "*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.* 21. maddede, "*İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde...*" ifadesiyle davanın nitelikçe bir tespit davası olduğuna işaret edilmektedir.

Davaya konu hukukî işlem, işverenin fesih işlemidir. Bilindiği gibi bozucu yenilik doğuran niteliği olan fesih hakkı, kural olarak muhataba ulaşmakla hüküm ve sonuç doğurur. İki taraflı bir hukukî ilişkide taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle mevcut hukukî ilişkiyi ortadan kaldırma serbestisi, iş hukukunda (iş güvencesi hükümlerinin uygulandığı hallerde) tümüyle işverenin değerlendirmesi ve iradesine teslim edilmemiştir. Yenilik doğuran fesih hakkının herhangi bir sebepten bağımsız olarak kullanılabilirdiği temsil yetkisinin geri alınması (BK m. 34/I), vekaletin feshi (BK m. 396/I), kira sözleşmesinin olağan feshi (BK m. 262), iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin iş sözleşmesinin feshi (İş K. m. 17) gibi sona erme hallerinin aksine, 18. madde uyarınca işverence fesih hakkının kullanılabilmesi ve hakkın istenen hukukî sonucu doğurması ancak Yasa'da öngörülen şekle uyulmasına ve "geçerli sebebin" varlığına bağlıdır. Yenilik doğurucu sebep olarak adlandırılan³⁹³ bu sebebin yenilik doğuran hakkın (fesih hakkının) kullanılması sırasında belirtilmesi de 19. maddede zorunlu kılınmıştır³⁹⁴. Bir sebebe bağlı olarak kullanılması gereken yenilik doğurucu haklarda "inşâî işlemin geçerliliği yönünden" sebep, vazgeçilmez

³⁹³ Bkz. **Buz, V.**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 210. İş güvencesi sisteminde işverenin, muhik sebeple fesih dışındaki fesih hakkı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren değil ancak geçerli bir fesih nedeninin ortaya çıkmasıyla doğmaktadır (**Engin, M.**, Toplu İşçi Çıkarma, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul 2003, Tartışma, s. 104).

³⁹⁴ İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (m. 19/f.1). Benzer bir sebep gösterme zorunluluğu Medenî Kanun'da mirastan ıskat için öngörülmüştür (m. 512/1).

bir unsur teşkil eder; böyle bir sebep mevcut bulunmadığında kişi, sadece bir beyanda bulunmuş olur; yoksa yürürlükteki hukukî ilişkide herhangi bir değişiklik meydana gelmez³⁹⁵. Nitekim Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun §4 hükmünde işçinin, fesih yoluyla iş ilişkisinin çözülmediğinin, ortadan kalkmadığının tespitini dava etmesinden, yine 9. paragrafta mahkemenin fesihle iş ilişkisinin sona ermediğini tespit etmesinden söz edilmiştir. Mahkemenin bu tespitle feshin geçersizliğine karar vermesi, özünde iş ilişkisinin geçersiz fesihle sona ermeyip, hukukî ilişkinin devam ettiği, mevcudiyetini koruduğu tespitini içermektedir ve dava bir tespit davasıdır³⁹⁶.

Nitekim 21. maddenin 3. fıkrasında kararın kesinleşmesine kadar “*çalıştırılmadığı süre için*” işçiye en çok dört aya kadar “*doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi*”, “işverenin işçiyi...işe başlatma zorunluluğu (f. 1), işçi işe başlatılırsa daha önce (geçersiz fesih sırasında) ödenmiş bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatının dört aylık boşta geçen süre ücretinden mahsup edilecek olması ve işe başlatılmayan işçiye daha önceki fesih beyanısirasında ihbar öneli tanınmamış veya peşin ödeme yoluyla fesih yoluna gidilmemişse bu sürelerle ait ücretinin ayrıca ödeneceğinin öngörülmesi (f. 4) gibi esas ve sonuçlar hep iş ilişkisinin geçersizliği tespit edilen fesih beyanıyla sona ermeyip, devam ettiğinin benimsendiğini göstermektedir. Zira ancak feshi izleyen süreçte işçi ile işveren arasında iş sözleşmesine dayanan bu hukukî ilişki sürmelidir ki; işveren ücret ödeme

³⁹⁵ **Önen**, s. 13; **Buz**, s. 236. İş Kanunu sadece fesih için geçerli bir sebep bulunmamasını değil, şekli olarak bildirim yazılı yapılmaması, yazılı bildirimde bulunulsa dahi fesih sebebinin gösterilmemesi ve işçinin davranışı veya performansı ile ilgili fesihlerde işçiden savunma alınmamasını da eşdeğerde görerek geçersizlik yaptırımına bağlamıştır.

³⁹⁶ **Berkowsky, W.**, Die betriebsbedingte Kündigung, München 2002, s. 67; **Löwisch, M.**, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Düsseldorf 2004, s. 376; **Schaub/Künzl**, s. 31; **Süzek**, s. 570. “Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle hüküm sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiği saptanmış bulunmaktadır” 9. HD. 10.10.2005 T., 2277/32778 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, İş Güvencesi, s. 1315-1316). 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4773 sayılı Kanun'la uğradığı değişiklikten önceki 30. maddesi uyarınca, işyeri sendika temsilcisi tarafından açılan işe iade davasında da; mahkemenin, feshin kanuna uygun olup olmadığını tespit edeceği, fesih işleminin geçerliliği veya geçersizliğini hüküm altına alıp bunun dışında bir karar veremeyeceği, mahkeme tarafından kanuna aykırılığı tespit edilen feshin hiç yapılmamış gibi herhangi bir sonuç meydana getirmeyeceği, iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilmektedir (**Narmanhoğlu**, 269 vd.; **Şahlanan, F.**, Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları, Sorunları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1696).

borcu altında bulunsun ya da işe başlatılmama halinde akdin o tarihte sona erdiği kabul edilebilir³⁹⁷.

Doktrinde; Yasa'da öngörülen geçersizlik yaptırımının mutlak ve gerçek anlamda bir geçersizlik niteliğinde olmadığı, çünkü işverenin bozucu yenilik doğuran fesih beyanının geçersizliğinin sözleşme üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaksızın iş ilişkisinin taraflar arasında aynen devamını gerektirdiği, oysa işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmama serbestisiyle seçim hakkı olması, boşta geçen tüm süre ücretinin değil, en çok dört aya kadarki kısmının ödenmesi gibi esasların benimsendiği, bunun da genel anlamdaki geçersizliği ifade etmediği, kendine özgü bir geçersizlik öngörüldüğü dile getirilmiştir³⁹⁸. Yine 21. maddede işçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünlük hak düşürücü süre içinde işverene başvuruda bulunmak zorunda olması ve aksi halde işverence yapılmış feshin geçerli bir fesih sayılacağına ilişkin düzenleme de, geçersizlik halinde belli bir sürenin geçmesinin geçersiz sayılan işleme sıhhat kazandıramayacağı ilkesi karşısında, feshin geçersizliği kavramı bakımından eleştirilmektedir³⁹⁹.

Öngörülen sistemin teknik anlamda geçersizlik yaptırımı niteliği taşıması ve buna uymaması bir yana bırakılacak olursa konumuz açısından önem taşıyan husus, bu davanın tespit davası niteliğidir. Dava konusu uyuşmazlığın ve yargılama faaliyetinin temeli, işverenin fesih işleminin hukuk düzenince öngörülen şekil ve esasa dair meşruiyet kıstasına uygun olup olmadığının ve bunun sonucunda mevcut hukukî ilişkinin ortadan kalkıp kalkmadığının tespitidir⁴⁰⁰. Ve kanımızca yasanın asıl olarak benimseyip öngördüğü, işverenin (başvurudan itibaren bir ay içinde) işçiyi işe başlatma zorunluluğudur. Aslında İş Kanunu, işverenin bu tespit kararının ardından “ya işçiyi işe başlatabileceği ya da tazminat ödeyebileceği” gibi alternatifli bir seçim hakkından hareket etmemiştir. 21. maddenin ilk cümlesinde, işverence geçerli sebep

³⁹⁷ “İş akdinin feshi, işe iade kararı üzerine işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşmiş olmaktadır...” 9. HD. 24.11.2005 T., 8851/37122 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 1011).

³⁹⁸ Süzek, s. 580; Çelik, s. 214.

³⁹⁹ Buz, s. 216, dn. 37. Mesele, kesin hüküm kavramıyla bağdaşmama açısından da farklı değildir.

⁴⁰⁰ “Taraflardan biri sözleşmeyi feshetmesine rağmen, diğer taraf bu konuda aksini iddia ediyor veya gerekli hukukî sonucun doğmadığını ileri sürüyorsa, bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık, inşaf dava yoluyla değil, duruma göre eda veya tespit davasıyla giderilir” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 293).

gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde “işveren,...işçiyi işe başlatmak zorundadır” hükmüyle benimsenen esas, işçinin işe başlatılmasıdır. İzleyen cümledeki işçiyi başvurusu üzerine işe başlatmaz ise, işçiyeye...tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur hükmü, buna aykırılığın yaptırımıdır⁴⁰¹. Elbette meselenin, işçi-işveren arasında çalışma barışını ilgilendiren, iş sözleşmesinin kişisel ilişki yanı ağır bastığından ve işçi zorla işyerine kabul ettirilemeyeceğinden aykırılık, tazminat yaptırımına bağlanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nce de “Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir”⁴⁰².

Tespit davası, bir hakkın yerine getirilmesini veya hakkın ihlali nedeniyle başka bir müeyyidenin hüküm altına alınmasını kapsamaz. Onun işlevi hakkın tanınması suretiyle hukukî himayeyi sağlayabilmektir⁴⁰³. İşe başlatmama tazminatının belirlenmesi bakımından, henüz işveren mahkemece tanınan hakkı ihlal etmemiştir. Böyle bir yaptırım, işçinin işverene başvurusu şartına ve işe başlatmama ihtimaline binaen hükümde yer almaktadır. Bu yüzden davadaki talep de işe başlatmama tazminatının ödenmesi değil, belirlenmesine yöneliktir. Muaccel olmayan ve doğup doğmayacağı belli olmayan bir borcun edasına

⁴⁰¹ “Mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren mahkemenin veya özel hakemin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içinde işe başlatmaz ise, işçiyeye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır” (21. madde gerekçesinden). Görüldüğü gibi, aslolan işverenin işçiyi işe başlatmasıdır. Yasanın öngördüğü bir seçimlik yetki olmayıp tazminat, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, madde gerekçesi işverenin işe başlatma yükümlülüğünde 1 aylık sürenin başlangıcı açısından hatalı olup hükümle uyum arz etmemektedir. 1 aylık süre, karar tarihinden değil; işçinin işverene başvuru tarihinden itibaren işlemektedir.

⁴⁰² Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 T., 2003/66 E., 2005/72 K. (RG. 24.11.2007 T., S. 26710).

⁴⁰³ Postacıoğlu, s. 230.

hükmedilemeyeceği gibi henüz Yasa'nın öngördüğü şekilde hak ihlal edilmediğinden bunun müeyyidesinin ifası da söz konusu değildir.

Bu dava neticesinde mahkemenin feshin geçerli bir nedene dayanmadığını tespit etmesi, hükmün verildiği andan sonrası için yeni bir hukukî ilişki kuran, işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesine dayalı ilişkiyi meydana getiren inşâî bir karar olmayıp, daha önceki (geçersiz, meşru nedene dayanmayan) fesih işlemiyle sözleşmenin ortadan kalkmadığını, taraflar arasında halen devam etmekte olduğunu tespit eden bir hükümdür. Geçerli nedenden yoksun ya da şekle aykırı fesih, bozucu yenilik doğuran hüküm sonuç doğurmamakta, iş ilişkisi aynen sürmektedir.⁴⁰⁴ Aşağıda hüküm bahsinde daha geniş yer verilmekle birlikte burada belirtmekle yetinelim ki, mahkemenin sadece bu hususu tespit eden kararı feshin geçersizliği bakımından yeterli olmayıp buna daha sonra davacı işçinin hukukî bir eyleminin eklenmesi; işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir (İş K. m. 21). Şarta veya vadeye bağlı bir hukukî münasebetin tespitine yönelmiş dava da kabule şayandır⁴⁰⁵. İş sözleşmesinde işveren bakımından işin işçi tarafından görülmesini

⁴⁰⁴ **Süzek**, s. 489-490; **Özekes**, Armağan, s. 495. İşe başlatmama tazminatının belirlenmesi de tespit hükmü niteliğindedir (aynı yer; **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 148). Davanın inşâî dava olduğu, mahkeme hükmünün fesih işlemi ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir karar olduğu görüşü de ileri sürülmüştür (**Engin**, s. 30; **Gökçe**, s. 144-145). Kararı, bozucu yenilik doğurucu nitelikte gören değerlendirme, fesih işlemi ve bunun ortadan kaldırılmasını esas almaktadır. Oysa burada aslolan hukukî ilişkinin sürekliliğinin sağlanması, varlığının tespit edilmesidir. İnşâî dava görüşünden hareketle, burada önce bozucu inşâî karakterli bir hükümle feshin ortadan kaldırıldığını, sonra yine aynı hükümle ve bu kez kurucu inşâî fonksiyonla iş sözleşmesinin yeniden kurulduğunu düşünmek gerekecektir. İş güvencesi sistemine dair yasal düzenlemeler birbirinden ayrılmaksızın bütünüyle göz önüne alındığında, “işveren, ...geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır;...hususlar fesih için geçerli sebep oluşturmaz;...savunmasını almadan bir işçinin iş sözleşmesi...feshedilemez” gibi hükümlerle sözleşmenin nasıl feshedilebileceği, bu kurallara uyulmazsa iş sözleşmesinin feshinin, geçerli bir hukukî işlem olarak fesihten beklenen hüküm sonuçlara ulaşmaya elverişli olmayacağı benimsenmiştir. Mahkeme de bu geçersizliği ve hukukî ilişkinin varlığını, sürdüğünü tespit etmektedir. Yasa'nın geçerlik şartı olarak öngördüğü unsurlardan yoksunluğu sebebiyle geçersiz bir hukukî işlemin tekrar mahkemece iptal edilmesinden değil, geçersizliğin tespitinden söz etmek kanımızca daha isabetlidir. Nitekim, inşâî dava görüşü benimsenirken izleyen açıklamalarda “hakimin feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiğini ve iş görme edimini kabul etmeyen işverenin temerrüde düştüğünü tespit ettiği” ileri sürülmektedir (**Engin**, s. 30-31. Ayrıca Yazar'ın iş güvencesinde, geçerli neden bulunmadıkça işverenin zaten fesih hakkının doğmadığı yolundaki açıklamaları için bkz. **Engin**, İş Güvencesi Semineri, s. 104). Bunun yanısıra inşâî dava, davacının inşâî hakkına dayanır ve inşâî hak sahibinin karşısında, onun lehine bir şey yapmak veya yapmamak durumunda olan bir yükümlü de yoktur (bkz. **Önen**, s. 10; **Buz**, s. 45). Oysa işe iade davasında işveren, işçiyi çalıştırmak, işin ifasını kabul etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması da ayrıca tazminat yaptırımına tâbidir.

⁴⁰⁵ **Üstündağ**, s. 331; **Kuru**, s. 24.

isteme salt bir hak değil, aynı zamanda işçiye iş verme yönünde bir borçtur. İş sözleşmesi yürürlüğünü sürdürdüğüne göre işverenin ifayı kabul ve ifaya katılma yükümlülüğü bulunmaktadır. Davada feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadede amaç, işverenin bu yükümlülüğünün tespitidir. Elbette ifayı kabul borcundan söz edilebilmesi için, işçinin ifa teklifinde bulunması, ifaya hazır olduğu yönündeki iradesini muhatap işverene göstermesi gerekmektedir.⁴⁰⁶

Hükümde yer alan işe başlatmama tazminatı⁴⁰⁷ da, hükmün verilmesinden sonraki aşamada, işverence işe başlatmama tarihindeki ücrete göre belirlenebileceğinden henüz hakim tarafından miktar olarak hesap edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden sadece tazminata esas süre (altı aylık ücret gibi) itibariyle tespit edilebilmektedir. Ayrıca henüz işveren aleyhine ifaya hükmedilecek böyle bir borç bulunmamaktadır. Bu tazminat, kesinleşen mahkeme kararına istinaden işçinin süresi içinde işverene başvurması ve azamî bir aylık yasal mehil içinde işe başlatmama üzerine doğacak bir borçtur. Yargıtay da bu davaları tespit davası olarak nitelendirmektedir⁴⁰⁸.

b. Objektif Dava Birleşmesi

Talep sonucunda birden fazla talebin yer aldığı durumlarda objektif dava birleşmesinden söz edilir⁴⁰⁹. İş mahkemelerindeki alacak davalarında bu dava türüne oldukça sık rastlanır. Davacı işçinin işverene karşı kıdem-ihbar tazminatı, yıllık izin

⁴⁰⁶ *Birben* de, işe iade kararını feshin geçersizliğine ilişkin olarak verilmiş tespit hükmü niteliğinde görürken (**Birben, E.**, İşe İade Davalarında Verilen Kesin Hükmün İşçilik Haklarına İlişkin Alacak Davasına Etkisi, *MİHDER*, 2007/2, s. 350) *Özekes*, işe iadenin eda hükmü olduğu görüşündedir (**Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 148). Konu aşağıda hüküm bahsinde daha geniş ele alınmıştır. Bkz. aşağıda § 9, VII, 2, 3.

⁴⁰⁷ Bkz. aşağıda § 9, VII, 2, b.

⁴⁰⁸ Feshin geçersizliği davasında dört aylık ücret ve işe başlatmama tazminatının tahsiline değil, belirlenmesine karar verilmesi gerekir. 9. HD. 18.12.2003 T., 2003/20421 E., 2004/22149 K. (**Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, s. 172-173). Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup mahkemenin miktar hükmüne bağlaması hatalıdır. Tutar gösterilmeden hüküm altına alınması gerekir. Zira işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış tespit niteliğindedir. 9. HD. 27.9.2004 T., 5520/ 19992 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 1076-1077). Yargıtay'ın yaklaşımını özetleyen değerlendirmelere göre; davanın niteliği asıl talebe göre belirlenir. Fesih bildirimine itiraz da asıl talep, feshin geçersizliği olup iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti asıl talebin kabulüne bağlı unsurlardandır. İş mahkemesinin vereceği işe iade kararı ile iş sözleşmesi yeniden kurulmaz. Mahkeme, iş ilişkisinin devam ettiğini kararla tespit etmektedir (aynı eser, s. 220 vd.; **Kılıçoğlu/Şenocak**, C. I, s. 1406 vd).

⁴⁰⁹ **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 296.

ücreti, fazla mesai ücreti, ikramiye alacağı gibi taleplerini aynı davada birleştirerek talep etmesi objektif dava birleşmesidir. İş sözleşmesine dayalı çalışmadan kaynaklanan ve aynı davalıya karşı, her biri ayrı davaya konu olabilecek talepler tek davada birleştirilmektedir. Dava sonunda taleplerin hepsi için ayrı ayrı karar verilmesi gerekmektedir⁴¹⁰.

aa. Boşta geçen süre ücretinin talep edilmesi

Fesih işleminin geçersizliği nedeniyle iş sözleşmesi devam ettiğine göre işverenin ücret ödeme borcu sürmektedir. Kural olarak ücret, görülen iş karşılığı olmakla birlikte burada işçi, feshi izleyen ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık sürede fiilen işyerinde çalışmamaktadır. Ancak bu işçiden değil; işverenin geçersiz fesih işleminden kaynaklanmaktadır. Aslında işverence açıklanan fesih beyanı İş Kanunu 18 vd. maddelerinde şekil ve esaslara aykırı olması sebebiyle iş akdini ortadan kaldırmaya elverişli bulunmadığı, işçiye iş verilmesi, işin ifasının kabul edilmesi gerektiği halde, işveren bu borcuna kendi tutumuyla aykırı davranmakta ve işin görülmesine bizzat engel olmaktadır. Bunun sonucu olarak da işçiye bir süre daha ücret ödemesi gerekmektedir. Ancak Kanun burada riski, işverenin işi kabulde temerrüdünün sonuçlarını bir bakıma paylaşmış ve dava daha uzun sürse, işçi aylarca işinden ve gelirinden yoksun kalsa dahi, işvereni kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık süre için ücret ve diğer hakları ödemekle yükümlü kılmıştır.

Davada bu ücretin talebi, feshin geçersizliğinin tespitine bağlı ancak ayrı bir taleptir. Boşta geçen süre ücretinin kaynaklandığı dönem de, davadaki diğer taleplerden farklı olarak ne fesih tarihi ne de işverence işe başlatmama tarihi ile ilgilidir. Feshin geçersizliği fesih bildirim tarihi itibarıyla incelenip karara bağlanmakta yine işe başlatmama tazminatı, işçinin işe iade için işverene başvurusunun ardından işverence işe başlatılmadığı tarihi esas almaktadır. Oysa

⁴¹⁰ İşe iade davasında objektif dava birleşmesi, taleple bağlılık ile tasarruf ilkelerini yeterince dikkate almayan ve katılmadığımız bir görüşe göre “mahkemenin bir bütün olarak takdirine sunulan iş güvencesi sisteminin işçi tarafından kırılarak örselenmesine imkan tanınmadığını söylemek mümkündür...Zira iş güvencesi, feshin geçersizliği, işe iade, boşta geçen sürenin ücret ve diğer hakları ile işe iade sonrası işe başlatılmama halinde ödenecek tazminattan oluşan bir pakettir. Bundan ya paket olarak vazgeçilir ya da paket olarak karara bağlanır” (Akyiğit, İşe İade, s. 292).

boşta geçen süre ücreti ve sosyal yardımlar gibi diğer haklar, feshi izleyen ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık döneme ilişkin olarak talep edilmektedir. Bu hak, işverence işe başlatılıp başlatılmamadan etkilenmemekte, işçi yeniden aynı işyerinde çalışmasını sürdürse dahi mahkemece belirlenen ücretin ödenmesi gerekmektedir. O halde, boşta geçen süre ücreti hakkındaki talep bu davaya objektif dava birleşmesi karakteri kazandırmaktadır. Bu nedenle, boşta geçen süre ücreti baştan dava dilekçesinde talep edilmeyip sonradan istenirse iddianın ve neticeyi talebin genişletilmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir⁴¹¹. Boşta geçen süre ücreti hakkındaki talebin bu davaya objektif dava birleşmesi özelliği kazandırması bilhassa dava sırasında işçinin işe başlatılması halinde davanın konusuz kalması bakımından ileride ele alınacaktır⁴¹².

bb. Diğer işçilik alacaklarının talep edilmesi ve terdit ilişkisi

Feshin geçersizliğinin tespiti davasında terditli olarak, feshin geçersiz sayılmaması ve işe iade yönünde karar verilmemesi ihtimaline karşılık, akdin sona ermesine bağlı kıdem ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti ile fazla çalışma ücreti gibi işçilik alacaklarının talep edilebileceği ileri sürülmüştür⁴¹³.

Terditli talep yığılmasında genellikle taleplerin hukukî veya iktisadî bakımdan aynı veya benzer bir hedefe yönelmesi ya da her iki talebin esas itibariyle aynı vakıa karışımına dayanıp aynı amacı izlemesi aranmakta, birbirine yabancı talepler terditli olarak ileri sürülememektedir⁴¹⁴. Örneğin davacının taşınmaz tescilinin düzeltilmesini bu olmazsa vefa hakkına dayanarak taşınmazın kendisine geri verilmesini istemesinde aynı hedef, taşınmaz mülkiyetine sahip olmaktır. Yine asıl talebin ölüme bağlı tasarrufun iptali, bu olmazsa tenkisinde de mirasçı kendi miras payını korumaya çalışmakta, asıl talebiyle bunu tamamen sağlamayı, yardımcı talebiyle de hiç olmazsa saklı payı oranındaki kısmını elde etmeyi hedef tutmaktadır.

⁴¹¹ **Özekes**, Armağan, s. 485. Yargıtay'ın talep edilmese bile bu kalem alacağın re'sen hüküm altına alınmasına dair katılmadığımız görüşü, hükümle ilgili olarak aşağıda değerlendirilecektir.

⁴¹² Bkz. § 10, III, 1.

⁴¹³ **Özekes**, Armağan, s. 485 vd; **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 138 vd. Karşı görüş, **Ekmekçi, Ö.**, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, *LEGAL İSGHD*, 2004/1, s. 169 vd.; **Ekmekçi**, Dava Süreci, s. 137-138.

⁴¹⁴ Bkz. **Muşul, T.**, Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984, s. 70 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 295.

Burada her iki talebin yöneldiği amaç ortaktır. İşe iade davalarında ise bir yandan feshin geçersiz olduğu, bu nedenle işverence işe kabulün gerektiği ileri sürülürken bu davanın kabul edilmemesi halinde tazminat ve yıllık izin ücreti alacaklarının hüküm altına alınması artık yeni, bağımsız bir taleptir. Yukarıda iki örnekteki aynı veya benzer gaye burada kolaylıkla görünmemektedir. Davacıya kıdem-ihbar tazminatı ve izin ücretinin ödenmesi, asıl talep olan feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeyi bir başka yolla, yardımcı taleple sağlayan ya da onu kısmen telafi eden bir nitelik taşımamaktadır.

Taleplerin aynı ya da benzer gayeye dayanmadığı ve vakıaların da ayrı olduğu işe iade davasında örneğin fazla çalışma ücretinin, yakacak yardımının talep edilmesinde daha açık görülür. Böyle bir ihtimalde, terdit ilişkisi içine sokulabilecek yani “feshin geçersizliğinin tespitini, bu kabul edilmezse fazla çalışma ücretinin ödenmesini talep ederim” şeklindeki bir talepte, fazla çalışma olgusuna dayalı alacak talebiyle akdin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmaması arasında hiçbir irtibat yoktur ve bu işçilik alacağının kabul edilebilmesi, diğerinin reddi şartına bağlı değildir. Bu bakımdan fazla çalışma, genel tatil ücreti, sosyal yardım ve ücret ekleri gibi alacaklarının işe iade davasında talep edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Diğer yandan kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, yeni iş arama izin ücreti bakımından ise, neticede bu taleplerin akdin sona ermesine bağlı haklar olduğundan hareketle ileri sürülebileceği düşünüldüğünde ise, işe iade davasının gereksiz yere uzaması sakıncası doğabilecektir. Öyle ki, iş mahkemesi önce asıl taleple ilgili olarak fesih işlemini inceleyecek, feshin geçerli olduğu sonucuna ulaşırsa hemen hüküm vermek yerine, bu kez akdin sona erdiğinden bahisle yargılamayı kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi taleplere hasrederek sürdürecektir. Yıllık izin kayıtlarının, ücret bordrolarının, işçiye ihbar öneli tanınıp tanınmadığının, tanınmışsa yeni iş arama izni kullanılarak kullanılmadığının araştırmasına girişecek yine taraflar arasında başlıca uyuşmazlık konularından olan ücret tutarı ve sağlanan sosyal haklar bakımından inceleme ve belirleme yapması gerekecektir. Hele bu esnada işçinin sigortasız çalıştırıldığı dönemler de bulunduğu ve davalı işveren ile Kurum aleyhine ayrı bir hizmet tespit davası açılmış ve mahkeme, işçinin talep

konusu alacaklarına esas kıdemini belirleyebilmek bakımından bu davada verilecek hükmü bekletici mesele yaptığı⁴¹⁵, ki hizmet tespiti davaları genellikle alacak davalarından da uzun sürmektedir, derdest davadan bir karar çıkması yıllara sari bir iş haline gelebilecektir. Bir de kararın kesinleşme sürecinde, Yargıtay tarafından feshin geçersizliğinin tespitine yönelik ilk talebin reddine dair karar ortadan kaldırılıp, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iadeye hükmedilirse akdin sona erdiği kabulüne dayalı tüm inceleme ve aradan geçen onca zaman beyhude olacaktır. Oysa Kanun'da işe iade davalarının, diğer iş davalarından da kısa sürede çözümlenmesi esas alınmış, bu amaçla serî yargılama usûlü kabul edilerek davanın sonuçlanması için tavsiye süreleri öngörülmüştür. Talepler birleştirilerek dava edilse bile, mahkeme yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için HUMK 46. madde uyarınca davaların ayrılmasına karar vermelidir. Yargıtay da farklı yargılama usûllerine tâbi bu taleplerin işe iade davasıyla birlikte dava konusu yapılamayacağını kabul etmektedir⁴¹⁶.

5. Özel Hakeme Başvuru

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi işçinin bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilmesinin yanısıra, toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığın aynı sürede özel hakeme götürülmesini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005 T., 2003/66 E., 2005/72 K. sayılı kararıyla *“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İptali istenilen kuralın, 'Toplu iş*

⁴¹⁵ Hizmet süresi konusundaki tespit davasının sonucu beklenmeden, talep edilen alacakların hüküm altına alınması hatalıdır. 9. HD. 17.4.2000 T., 2042/5640 (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf, s. 154-155).

⁴¹⁶ “İşçinin işe iade ile ilgili isteklerin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle...davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Esasen, işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarının da talep edilmiş olması bir çelişkiyi oluşturur. Bir taraftan feshin geçersizliği ile işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi doğru olmaz” 9. HD. 12.1.2005 T., 2004/21865 E., 2005/593 K.; 9. HD. 11.9.2003 T., 14994/14267 (**Ertekin**, s. 522 vd.). Davada farklı yargılama usûllerinin uygulanacağı istemlerin yan yana getirilemeyeceğini belirten *Yılmaz*, işe iade davaları bakımından da sözlü usûlün uygulanması halinde bu yöndeki sakıncanın ortadan kalkacağına işaret etmektedir (**Yılmaz**, İşe İade Davaları, s. 25).

sözleşmesinde hüküm varsa veya' bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır. Özel hakem kararları ancak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu' nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır” gerekçesiyle kuralın “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁴¹⁷.

Yargıtay'ın özellikle tasarruf ilkesiyle ilgili olarak değerlendirilebilecek içtihatlarında da, örneğin toplu iş sözleşmelerinde işverene karşı açılan davalardan feragat ilişkin hükümlerin, bu davalardan vazgeçmiş olduklarına dair düzenlemelerin hak sahibi işçileri bağlamayacağı kabul edilmekte⁴¹⁸ ve bu görüş doktrin⁴¹⁹ tarafından da savunulmaktadır. Konu özellikle hak arama hürriyeti, sendikaların üyelerini temsil ehliyetleri ve iş hukukunun işçiyi işverene karşı koruma amacı gibi çeşitli açılardan değerlendirilmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu' na göre vekilin dahi feragatte bulunabilmesi için ayrıca ve açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir (m. 63). Sendikalar Kanunu m. 32 uyarınca da sendikanın davayı takip yetkisini kullanabilmesi için üye işçi tarafından yetkilendirilmesi şarttır. Dava açılmasında üye işçinin sahip olduğu tasarruf hakkı, aynı esasa davadan feragat için de söz konusu olmalıdır. O itibarla eğer toplu iş sözleşmesindeki feragat ile ilgili hüküm işçi tarafından ayrıca imzalanarak bu yöndeki irade beyanı açıklanmamışsa davacı işçinin görülmekte olan davadan feragat ettiği sonucuna ulaşamaz. Aynı yönde tahkim şartının toplu iş sözleşmesinde öngörülmesine olanak tanıyan hükmün iptali isabetlidir.

⁴¹⁷ RG. 24.11.2007 T., S. 26710.

⁴¹⁸ 9. HD. 23.9.1971 T., 14646 E., 20165 K. (İHU 1976, TSGLK 1. No. 5); Aynı yönde 9. HD. 26.6.1970 T., 6739 E., 6972 K. (Uygur, T./Dönmez, İ./Kars, B., Tatbikatta Açıklamalı ve İctihatlı İş Davaları, İstanbul 1974, s. 786-787). Söz konusu feragat şartının işçiyi bağlaması, ancak davacı işçinin toplu iş sözleşmesinde imzasının bulunup bulunmadığına, işçinin bu şarta ayrıca muvafakat edip etmediğine göre değerlendirilmektedir.

⁴¹⁹ **Tuncay, C.**, Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Davadan Feragat Şartı İşçiyi Bağlar Mı?, İBD. 1972/9-10, C. XLVI, s. 889 vd.; **Narmanhoğlu, Ü.**, Toplu İş Sözleşmesi İle Davadan Feragat, Karar İncelemesi, İHU 1976, TSGLK 1., No. 5, **Birben/Öktem**, s. 1093-1094.

Süzek, 20. madde işçinin başvurabileceği yolları düzenlediğinden iş akdi yapılırken veya sözleşme devam ettiği müddetçe fesih halinde özel hakeme başvurunun kararlaştırılmayacağını, ekonomik bakımdan güçsüz ve bağımlı olan işçinin böyle bir koşulu serbest iradesiyle kabul ettiğinin de söylenemeyeceğini, bunun ancak fesih bildiriminin tebliğinden sonraki bir ay içinde kararlaştırılırsa geçerli olacağını, iç yönetmelikle de özel hakem şartı konulamayacağını belirtmektedir⁴²⁰.

6. Sözleşmenin İkale Yoluyla Sona Ermesi ve İşe İade Davaları Bakımından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Feshin geçersizliğinin tespiti davasının, ancak belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde açılabileceğini incelemiştik. İşçiyi feshe karşı koruma amaç ve işlevi taşıyan bu yasal olanağın, akdi sona erdirme iradesi zaten işçiden geldiğinde ya da sözleşmeye tarafların anlaşarak son vermeleri halinde tanınmayacağı işin niteliği gereğidir. Bilindiği gibi iş sözleşmesini sona erdiren nedenler sadece fesihten ibaret olmayıp, örneğin işçinin ölümü, temyiz kudretini sürekli olarak kaybetmesi ya da tarafların karşılıklı anlaşma yoluyla iş sözleşmesini ortadan kaldırmaları hallerinde de akit sona erer. Borçlar hukukunun ana ilkelerinden biri olan sözleşme hürriyeti (AY m. 48/1, BK m. 19) taraflara bir akdi kurmak, değiştirmek kadar onu ortadan kaldırma muhtariyetini de tanımış olup, borçlar hukuku sözleşmeleri arasında yer alan iş sözleşmesinin de ikale yoluyla sona erdirilmesi mümkündür. İkale, tarafların mevcut sözleşmeyi sona erdirme, ortadan kaldırma hususunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana getirdikleri iki taraflı bir hukukî işlemidir ve bu yönüyle fesihten ayrılır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde uygulamaya neredeyse hiç yansımayan iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona ermesi, iş güvencesi hükümlerinin kabulüyle birlikte yaygınlaşmaya başlamıştır. Yargıtay'ın bu süreçte verdiği kararları irdelendiğinde ibranamede olduğu gibi ikaleye de sınırlı bir uygulama alanı

⁴²⁰ *Süzek*, s. 561-562.

tanınmakta olduğu izlenimi edinilmektedir. Sözleşmenin ikaleyle ortadan kalkması halinde işçi, işsizlik sigortasından, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gibi kural olarak ihbar, kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Varılan anlaşmada işçinin tazminat tutarlarını karşılayan bir ivaz kararlaştırılmasına engel bulunmadığından, bu yönde ödemelerin yer aldığı bozma sözleşmelerinde işçinin tazminat alacaklarından tümüyle yoksun kaldığı elbette söylenemeyecektir. Ancak genel olarak konuya iş hukukunun özellikleri ile işçinin korunması amacı da göz önünde bulundurularak yaklaşılmalı ve bu müessesenin iş güvencesi hükümlerini dolanmanın bir anahtarı haline dönüşmemesine dikkat edilmelidir. Ancak ikalenin geçersizliği ile ilgili ölçütlerin değerlendirilmesinde ve kolaylıkla feshe tahvilinin söylenmesinde sorunlar bulunduğu göz ardı edilemeyeceği gibi iş hukukunda ikaleyi yok sayma noktasına da gelinmemelidir.

b. Taraf İddia ve Savunmaları Bakımından

İş sözleşmesine ikale yoluyla son verilmesi, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında kaldığından, davalı işveren savunma sebepleri arasında ikaleye dayanabilecektir. Davacı ise, sözleşmenin işverence feshedildiği iddiasıyla bu davayı açtığına göre, ortada bir ikale bulunmadığını ileri sürecek ya da irade sakatlığına dayanacaktır. Sözleşmenin ne şekilde ve kim tarafından feshedildiği meselesi aynı zamanda işe iade davası açılabilmesine ilişkin koşul vakıalar olduğundan ve dava hakkının temelini teşkil ettiğinden bu kapsamda ispat yükü de davacıya ait olmalıdır. Yine irade sakatlığı iddiasının işçi tarafından ispatlanması gerekir.

c. İkalenin Geçerliliği Bakımından

Tarafların ikalenin kurulmasına ilişkin beyanları açık veya örtülü olabilir⁴²¹. Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi, kanunen yazılı şekil şartına bağlı olan bir akdin değiştirilmesinin de yazılı şekilde yapılmasını geçerlik şartı olarak öngörmüştür. Doktrinde bu hükmün sadece sözleşmenin değiştirilmesini ele aldığı, daha önceki sözleşmenin değiştirilerek ayakta tutulması, muhafaza edilmesi söz konusu olduğu

⁴²¹ Eren, s. 1210; Narmanlıoğlu, s. 253; Süzek, s. 448; “Memur statüsüne geçirilmeye itiraz etmeyen işçinin sözleşmesi örtülü olarak ikale yoluyla ortadan kaldırılmış sayılmalıdır” 9. HD. 06.05.1986 T. 3589/4642 (Tekstil İşveren, Ocak 1987, S. 106, s. 15).

için sözleşmenin kurulmasında aranan yazılı şekil şartının değişiklikler bakımından da arandığı, oysa ikalede artık sözleşme ortadan kalktığından 12. maddenin bozma sözleşmesini kapsamadığı görüşü ileri sürülürken⁴²², aksi görüş bu esasın sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde de geçerli olduğunu savunmaktadır⁴²³. İlgili maddenin sözleşmenin ortadan kaldırılmasını da içerdiği kabul edilse dahi, İş Kanunu' na göre iş sözleşmesi kural olarak özel bir şekle tâbi olmayıp, sadece süresi bir yıl ya da daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (m. 8) ve belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından zaten işe iade davası yolu kapalı olduğundan, ikalenin yazılı şekilde yapılması gereğini bu noktada BK 12. maddeye dayandırmak kanımızca isabetli değildir. Elbette ispat kolaylığı bakımından, tarafların özellikle işçinin gerçek ve bilgiye dayanan iradesinin sağlıklı bir biçimde ortaya konabilmesi için yazılı şekilde yapılması yararlı olacaktır⁴²⁴. İş sözleşmesinin bu yolla sona erdirilebilmesi için her iki tarafın sözleşmeden kurtulmayı amaç edinmiş olmaları, iradelerinin açıkça bu hukukî sonuca yönelmesi gerektiğinden işçinin susması ya da feshe katlanması ikalenin varlığını kabule yeterli değildir⁴²⁵.

İkale de nitelikçe bir sözleşmedir ve ivazlı olarak akdedilmesine bir engel yoktur. Nitekim uygulamada rastlandığı gibi, iş sözleşmesi anlaşmayla ortadan kaldırılırken, işten ayrılma paketi gibi adlarla işçiye işverence ödeme yapılması, kıdem-ihbar tazminatını karşılayan tutarlarda menfaat sağlanması mümkündür. Sözleşmenin ikaleyle son bulması yasal düzenleme uyarınca tazminata hak

⁴²² **Eren**, s. 1210-1211; **Tunçomağ, K.**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 1157; **Aydın, U.**, İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren, Mayıs/2004, C. 18, S. 3, s. 4; **Akyiğit**, İşe İade, s. 123.

⁴²³ **Saymen, F. H.**, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 541; **Oğuzman, K.**, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1987, s. 333; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s. 254; **Astarlı, M.**, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi? Karar İncelemesi, TÜHİS, Mayıs-Ağustos/2007; C. 20 S. 6-C. 21 S. 1, s. 38; **Mollamahmutoğlu**, s. 463. Bu arada Almanya'da sadece feshin değil, iş sözleşmesini sona erdiren anlaşmanın da geçerliliğinin 01.5.2000 tarihli düzenlemeyle yazılı şekil şartına bağlandığı belirtilmelidir (BGB § 623).

⁴²⁴ **Ekonomi, M.**, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, *LEGAL YKİ*, 2006/1 C. I, s. 40; **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 32. "Tarafların amacının ortak irade, arzuya iş ilişkisini ortadan kaldırmak yönünde olduğu, bu tür bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için gereklidir, yoksa örneğin, işçinin sözleşmeyi feshediyorum şeklindeki dilekçesine işveren yetkilisince yazılan "uygundur" gibi ibareler sözleşmenin anlaşmayla son bulduğu anlamını vermez" 9. HD. 16.01.2001 T., 1535/255 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 124, dn. 282).

⁴²⁵ **Kılıçoğlu/Şenocak**, İş Güvencesi, s. 100.

kazandırmamakla birlikte işverenin ödeme yapmasına bir engel yoktur. 1475 sayılı 14. maddesindeki kıdem tazminatının öngörülen esaslar dışında ödenmesini cezaî yaptırıma bağlayan m. 98/D bendine 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemesi karşısında, işçi lehine bir anlaşmayla esasen kıdem tazminatına hak kazanmamakla birlikte işçiye tazminat ödenebilir ve ikale hükümlerinde böyle bir ödemeye yer verilmiş olması, gizlenmiş fesih iradesi ve dolayısıyla iş sözleşmesinin fesihle sona erdiği sonucunu ortaya çıkarmaz. Yapılacak ödemenin işçinin işsizlik sigortasından alabileceği ödenek veya 21. maddedeki tazminat ve ücret tutarlarından yararlanarak, belirli miktarlarda bunların ölçüt alınarak karşılaştırılması halinde de ikalenin geçerliliğine halel gelmeyeceği gibi bunun m.21/6'daki iş güvencesine dair mutlak emredici hükümlere aykırı olduğu söylenemeyecektir⁴²⁶. Bunlar sözleşme özgürlüğü prensibi muvacehesinde tarafların aralarındaki hukukî işleme yasal sınırlamaları aşmaksızın diledikleri içeriği vermelerinden, akdî şartlar öngörmelerinden ibaret hususlardır. İşçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesinin karşılaştırılmasının, işverence gerçekleştirilmiş bir fesih işlemi niteliğinde değerlendirilerek işe iade davasının dinlenmemesi gerekir ve tazminat ödenmesi, aslında gerçek iradenin fesih olduğu varsayımını beraberinde getirmemelidir. Anlaşmada ödeme tutarlarının bu tazminatlara denk, ancak adının kıdem/ihbar tazminatı şeklinde zikredilmediği bir örnekte rastlanabileceği gibi önemli olan, bu iki taraflı hukukî işlemde işverenin üstlendiği borca ne ad verildiği değil; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla yürürlükteki iş sözleşmesini sona erdirme amacına yönelmeleridir.

Sözleşmenin akdedilmesiyle taraflardan biri bakımından borç doğması akdin hüküm ve sonuçlarından biri olup, hukukî işlemi karakterize eden bir unsur değildir. Böyle bir ödeme yükümlülüğünün, ivazın karşılaştırılmadığı halde dahi geçerli olabilecek bozma anlaşması, işçi lehine ödeme yapılmasının karşılaştırıldığı ve bu ödeme feshin hüküm ve sonuçları arasında yer aldığı için geçersiz sayılmamalıdır. Bir borcun kaynağı sadece kanun olmadığına göre, kanunda düzenlenmiş bir müessesenin hüküm ve sonucu olan borç aynı zamanda bir başka hukukî işlemin,

⁴²⁶ **Ekonomi**, Tarafların Anlaşması, s. 38.

sözleşmenin de hükümleri arasında yer almış, taraflarca kararlaştırılmış olabilir⁴²⁷. Bu borçtan geri giderek esasen tarafların amaçlamadıkları ve nitelikçe de farklı bir müesseseye ulaşmak yerine, mevcut hukukî işlemin nitelik, amaç ve içeriğine uygun şekilde o işlemin hüküm ve sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ortada iki taraflı bir hukukî işlem, sözleşme mevcut iken, bunun tek taraflı bir hukukî işlem olan fesih niteliğinin kabulü güç görünmektedir⁴²⁸. Üstelik ikalenin geçerliliği bakımından *menfaat dengesi* bir ölçüt olarak kullanıldığına göre⁴²⁹ tazminatların yanısıra bir miktar ek ödeme kararlaştırılmasının, işlemin kanuna karşı hile teşkil ettiği değil, menfaatler dengesi sağlamaya özen gösterildiği yönüyle değerlendirilip yorumlanması kanımızca daha isabetli ve tutarlıdır.

İkale, bir fesih olmadığı için akdin bu şekilde sona ermesi halinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şansı ortadan kalkacağından gerçek iradenin tespiti ve sözleşmeye yansımaları önem taşımaktadır. Her sözleşme gibi, irade sakatlığı nedeniyle ikalenin de iptali istenebilir (BK m. 23 vd, 31). İş hukukunda ve konumuzla ilgili olarak ikalenin uyuşmazlığa taşındığı işe iade davalarında sıklıkla karşılaşılan irade sakatlığı iddiaları ikraha dayandırılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 30. maddesine göre “*İkrah olunan taraf, hal ve mevkiine nazaran kendisinin yahut yakın akrabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut malları ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikrah, muteber addolunur*” (f. 1). Kural olarak bir hakkın ya da kanunî bir yetkinin kullanılacağına bildirilmesi tehdit değildir. Ancak 2. fıkraya göre, böyle bir hakkın kullanılacağı ileri sürülerek muhatabın güç durumundan aşırı menfaat temin edilmiş ise kişideki bu korku dikkate alınır ve işlem ikrah nedeniyle iptal edilebilir. Burada “aşırı menfaat” kavramı önem taşır. *Ekonomi*’ye göre, işverenin haklı sebeple derhal fesih yetkisini kullanacağı tehdidi ile işçide yarattığı güç durumdan aşırı menfaat elde etmek üzere yararlanılıp işçiye ikale yolunda irade açıklattırılmış ise yapılan tehdit hukuka aykırıdır. Uzun yıllar çalışmış işçinin bildirim süresine ait ücret

⁴²⁷ Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer hakları kararlaştırmalarının mümkün olduğu bazı Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir. 9. HD. 21.4.2008 T., 2007/30761 E., 2008/9209 K. (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. I, s. 1350 vd).

⁴²⁸ Aynı nitelik farkından hareketle ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip feshe tahvil edilemez (**Kılıçoğlu/Şenocak**, İş Güvencesi, s. 99).

⁴²⁹ **Alp, M.**, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, *LEGAL İSGHD*, 2008/17, C. 5, s. 30 vd.

tutarından, kıdem tazminatından ve iş güvencesinden yararlanan hallerde iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretiyle diğer haklardan kurtulan işverenin elde ettiği menfaat aşırı çıkar sayılabilecektir⁴³⁰. İş sözleşmesinin derhal feshini haklı gösteren bir fesih sebebinin mevcudiyeti karşısında, işveren zaten derhal fesih hakkına sahip olup böyle bir durumda işçiye ne kıdem-ihbar tazminatı ödeneceğinden ne de feshin geçersizliğine bağlı sonuçlar ortaya çıkacağından akdin ikale yoluyla sona erdirilmesi hususunda tarafların anlaşması halinde kanımızca hukuka aykırı bir tehditten de işverenin elde ettiği aşırı çıkardan da söz edilmemek gerekmektedir. Bu konuda böyle bir mukayese ve aşırı menfaat elde edilip edilmediği her iki hukukî işlemin (ikale ve fesih) hüküm sonuçları arasında bir mukayeseyi gerektirir. İşverenin derhal fesih hakkının mevcudiyeti karşısında sözleşme ister fesihle ister ikaleyle sona ermiş olsun işveren açısından akdin sona ermesinin hüküm ve sonuçlarıyla, ödemekle sorumlu tutulabileceği alacak kalemleriyle ilgili bir farklılık bulunmadığına göre işverenin aşırı menfaat elde ettiği tespiti dayanaksız kalmaktadır. Hatta bize göre ikale anlaşmasının yapılması sırasında, işverenin iş akdini feshedeceği yönündeki herhangi bir beyanı işçide irade sakatlığına sebebiyet verebilecek bir hal teşkil etmemektedir. İkale anlaşmasının alternatifini olarak işverence sunulan husus, iş akdinin feshedileceğidir ve fesih de zaten akdi sona erdiren bir hukukî işlemidir. Bir diğer ifadeyle işçinin ikale anlaşmasında iradesinin sakatlanmasına sebep olarak gösterilen, yine akdin sona ermesine yol açacak fesih “*tehdidi*”dir. Burada örneğin işçi, gerçek ücreti içermediği halde bordroyu imzalaması aksi halde iş akdinin feshedileceği gibi bir tehdit ile karşı karşıya değildir. Bu örnekte bordroyu imzalamaması halinde işçinin karşılaşacağı sonuç; işten çıkarılması, iş sözleşmesine son verilmesidir ve böyle bir durumda işinden mahrum kalmayı göze alamayacak işçinin iradesinin sakatlandığından söz edilebilir. Oysa ikale anlaşmasını kabul etmemesi halinde akdin bu kez fesih yoluyla sona erdirileceği beyanı yine yürürlükteki iş sözleşmesinin ortadan kalkacağına ilişkin bir açıklamadır ve bu ana sonuç itibarıyla hukukî ilişkinin akıbetinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmayıp işçi ikale anlaşmasını imzalasa da imzalamasa da iş sözleşmesi sona erecektir. Fakat ortada normal şartlar altında haklı nedenle fesih

⁴³⁰ **Ekonomi**, Tarafların Anlaşması, s. 38.

hakkı bulunmadığı halde işçiye derhal fesih baskısı altında ikalenin imzalatırılması halinde sözleşmenin geçersizliği kabul edilmektedir⁴³¹.

Yargıtay'ın aşağıda incelediğimiz kararında olduğu gibi, ikalenin geçersiz sayıldığı hallerde, bozma sözleşmesinin geçersizliğini tespit etmekle kalmayıp bunun rahatlıkla işverence gerçekleştirilmiş fesih olarak nitelendiği, tahvilin şartlarını tartışmadan, bu sonuca ulaşmanın gerekçelerini belirtmeden geçersiz bozma sözleşmesinin feshe tahvil edildiği görülmektedir. Tahvil, batıl bir muamele yerine bu muamelenin yapılması sebebiyle şekli şartları gerçekleşmiş bir diğer muteber muamelenin ikame edilmesidir⁴³². Özellikle kanunun geçerlik şekli olarak öngördüğü şekle aykırılık nedeniyle batıl bir hukukî işlem yerine, mevcut hukukî işlemin şeklinin yeterli olduğu ve aynı sonuca ulaşmayı mümkün kılan bir diğer hukukî işlemin geçerek tarafların o hukukî sonuca ulaşabilmelerinin sağlanmasında tahvil bir çözüm teşkil edebilir. Tarafların yaptığı ancak kanunun aradığı şartlara uygun olmayan işlem, benzer bir amaç ve sonucu esas alan başka bir işlemin şartlarını taşıyorsa ve tarafların yaptıkları işlemin hukuka aykırılığını bilselerdi diğer işlemi yapmak istediklerinin söylenebileceği hallerde tahvil bir çözüm olarak kabul edilebilir. Görüldüğü gibi burada farazî bir iradeden hareket edilmektedir. Hakim, tarafların “işlemi yaptıkları esnada” böyle bir farazî iradelerinin bulunup bulunmadığını güven teorisi yardımıyla belirlerken kendi değer yargılarına değil, tarafların işlemin batıl olduğunu bilmeleri ihtimalinde nasıl davranacakları sorusuna verilecek yanıtı göre saptayacaktır. Tarafların sadece batıl muameleyi istediklerinin varsayıldığı hallerde tahvil mümkün değildir⁴³³.

Ele aldığımız konuda ikale, şekil şartına aykırılık ya da ehliyet gibi bir sebeple geçersiz addolunmamaktadır. Ağırlıklı olarak iş hukukuna ilişkin ilkeler ve menfaat dengesi, makul yarar gibi ölçütlerle bir içerik ve hakkaniyet denetimine gidilerek ikalenin hüküm sonucu doğurmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Mesele bu haliyle geçersiz olan bozma sözleşmesinin arkasına bir başka hukukî işlemin gizlendiği değerlendirilmesine tâbi tutulmaktadır. Bu noktada muvazaa ya da kanuna karşı hile

⁴³¹ **Alp**, s. 35.

⁴³² **Esener, T.**, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s. 215.

⁴³³ **Buz**, s. 242-243; **Esener**, s. 217.

akla gelebilir. Ne var ki, muvazaa tahvile asla bağdaşmayacak bir durumdur. Çünkü, tahvilin devreye girebilmesi için tarafların yaptıkları muameleyi ciddî olarak istemiş, iyiniyetle geçerli bir muamele yaptıklarını zannetmiş olmaları gerekir⁴³⁴. Böylece tahvilin himaye sağlayıcı fonksiyonu hukuk düzenince kabul görür. Yine işçinin iradesinin sakatlandığı hallerde yaptırım ikalenin iptal edilebilirliği olduğundan, bu halde de tahvil mümkün değildir⁴³⁵.

9. Hukuk Dairesi'nin yakın geçmişte verdiği bir kararında ilkesel saptamalarda bulunduğu ve özellikle icabın işverenden geldiği hallerde ikaleye şüpheyile baktığı görülmektedir. Bu içtihadında Yargıtay şu değerlendirmelere yer vermektedir⁴³⁶:
“...İş sözleşmesinin bozma yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır. Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması düşündürücüdür.

İş ilişkisini taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik

⁴³⁴ Esener, T., Hukukî Muamelelerde Tahvil, AÜHFHD, 1959, C. XVI, S. 1-4, s. 236, 238.

⁴³⁵ Esener, Tahvil, s. 249.

⁴³⁶ 9. HD. 18.3.2008 T., 2007/26232 E., 2008/5313 K. (özel arşiv). Aynı yönde bir başka karar için bkz. 9. HD. 28.4.2008 T., 2007/34013 E., 2008/10351 K. (LEGAL İSGHD, 2008/19, s. 1136 vd.).

sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi hatta daha da ötesinde ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren küresel bir operasyon sonucu H. Grubu tarafından satın alınması ve organizasyon yapısının değiştirilmesi nedeniyle kararlar alındığı ve mali tabloların olumsuz olduğu, şirketin zarara uğradığı, departmanların küçültülmesine karar verildiği, yasal tensikata gidilmesi gerektiği gerekçesi ile fesih kararı almıştır. Ancak bu kararı alırken davacıya kıdem ve ihbar tazminatları dışında beş aylık ücreti tutarında ekstra ödeme teklif etmiş ve davacının bu teklifi kabul ettiğini belirterek karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona ermesi belgesini imzalatmıştır. Anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesi 13.02.2007 tarihinde imzalanmış, ancak iş sözleşmesinin 15.3.2007 tarihinde sona ereceği, davacı işçinin bu süre sonuna kadar ücretli izinli olacağı belirtilmiştir. Ne var ki bu sözleşme ekli ibraname ve feragatnameye bağlanmış, tazminatlar ile ilave beş aylık ödemenin 15.3.2007 tarihinde yapılacağı açıklanmıştır. İbraname ve feragatnamenin alındığı 13.02.2007 tarihinde iş sözleşmesi sona ermemiştir. İş sözleşmesi devam ederken alınan ibraname ve özellikle iş güvencesi sağlayan işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Geçerli olmayan ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kısaca ikale de geçersiz sayılmalıdır. Davalı işverenin iş sözleşmesi devam ederken karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini 32 gün ücretli izin vererek imzalatması, ödemeleri ise süre sonunda ödemeyi öngörmesi işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmeye yönelik bir davranıştır. İş sözleşmesi davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Davalı işverenin bu fesih nedeni ile ilgili kanıtları üzerinde durulmalı, işverenin işletmesel kararı aranmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği...açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir”.

Bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için icabın kimden geldiği belirleyici değildir. Bu kural ikale için de geçerli olup, icabın işçi ya da işveren tarafından yöneltilmesinin sözleşmenin bağtlanmasına etkisi bulunmamaktadır. Zira “kurucu” unsur icap değil; “kabul” beyanıdır. İş hukukunun sosyal temelli, ekonomik bakımdan güçsüzü korumak amacına ulaşmayı sağlama araçlarından biri olan işçi lehine yorum ilkesi, fiil ehliyetine sahip işçinin (emredici hükümlerin zorlayıcı etkisi hariç olmak üzere) her hukuk sujesi gibi irade açıklaması ile hukukî işlemlerin tarafı

olabilme hak ve yeteneğine sahip bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir. İşçinin önce bozma anlaşmasını imzalayıp daha sonra feshin geçersizliğinin tespiti istemiyle dava açması ise bize göre, önceki hukukî işlemin geçerliliğine etki eden bir yan, işlev taşımamaktadır. Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü gereğince herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanarak mahkemeler önünde davacı ve davalı olabileceğine göre, salt böyle bir davanın açılması daha önceki hukukî işlemi geçersiz kılan, önceki iradeyi etkisizleştiren gerekçeler arasında görülmemek gerekir. Esasen hukuk düzenlerinde ahde vefa ve çelişki yasağı gibi prensipler böyle ihtimalleri göz önünde tutarak benimsenmiş koruyucu, hukuk etiği değerleridir. Bozma sözleşmesini akdeden, muhatabında bu yönde güven uyandıran ve hatta bu anlaşmada kararlaştırılan ek ödemeyi tahsil eden işçi, ardından işe iade davası açmakla kendi davranışına karşı ve muhatabının güvenine aykırı şekilde davranmaktadır. Bu çelişkili davranış hukuk düzenince korunmaz⁴³⁷. Özellikle yukarıdaki içtihadı konu uyuşmazlıkta olduğu gibi, ikalede işçiye tazminat tutarlarının yanında ek bir ödemenin daha kararlaştırıldığı hallerde işçinin bu parayı da alması, “bir yandan ortada bir fesih olduğu iddiası ileri sürüldüğüne göre” hangi kabul ve iradeye dayanmaktadır?

Yargıtay kararında, iş sözleşmesinin ikalenin kurulduğu anda değil de, işçiye ücretli izin kullandırılmasıyla 32 gün sonra sona ereceğinin kararlaştırılmış olması açıkça işverenin işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmeye yönelik bir davranışı niteliğinde görülmektedir. Hukuken bir sözleşmenin kurulması ile hüküm sonuç doğurmasının farklı kavramlar olduğu tabîdir ve sözleşmenin kurulduğu anda değil, daha sonraki bir tarihte hüküm sonuç doğurmasının kararlaştırılması mümkündür. Bunun yanısıra örneğin süreli fesihte de iş sözleşmesi fesih beyanının muhataba ulaştığı tarihte değil; yasa gereği asgarî 2 ila 8 haftalık ihbar önellerinin sonunda ortadan kalkmakta, işverenin kıdem tazminatı gibi feshe bağlı alacakları ödeme borcu da bu tarihte doğup, muaccel olmaktadır. Böyle bir durumda işçi ihbar önellerinin geçmesini beklemeksizin 1 aylık hak düşürücü süre içinde dava açmak durumundadır⁴³⁸ ve bu tarihte halen iş sözleşmesi yürürlükte olduğu gibi henüz

⁴³⁷ Bkz. **Akyol, Ş.**, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 2.

⁴³⁸ Zira 20. madde uyarınca hak düşürücü süre akdin sona ermesinden itibaren değil; fesih bildirimini tebliğ tarihinden itibaren başlamaktadır.

işverence ödenmiş ya da ödenmesi gereken bir tazminat da bulunmamaktadır. Nasıl ki yasa hükmüne, usûlüne uygun bir fesih işleminde *işverenin işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmek için* akdi bir süre daha yürürlükte tutarak ödemeyi 56 günlük ihbar önelinin sonunda yaptığı söylenemeyecekse, ikalenin hüküm ve sonuç doğuracağı tarihin taraflarca ileriki bir tarih olarak kararlaştırılması da bize göre bir geçersizlik nedeni değildir. Artık taraflar arasındaki iş ilişkisi çözülmekte, sona ermekte olduğuna göre örneğin işçiye varsa hak edip de kullandırılmamış ücretli izinlerinin kullandırılmasına da hukuken bir engel bulunmamaktadır. Üstelik yıllık izin kullandırılması zaten İş Yasası'nın işverene yüklediği bir borçtur. Esasen böyle bir kararlaştırma vesilesiyle işçi iş sözleşmesinin ikalenin kurulmasıyla birlikte derhal ortadan kalkması sonucuyla karşı karşıya kalmamakta, aradaki ücretli izin döneminde ücretinden mahrum olmaksızın sözleşmenin sona ermesine hazırlanma olanağı da bulmaktadır. Yine sözleşme ikale yerine fesihle sona erdirilse idi, öncesinde işçiye ücretli izin verilmesi de pekala mümkündü. Ayrıca ikalenin 32 gün sonra hüküm sonuç doğurmasının kararlaştırıldığı bu örnekte, işçi hak düşürücü süre dolmakta iken 30. gün dava açsa, bir gün içinde dava dilekçesinin tebliğe çıkarılması ve davalı işverene tebliğ edilmesi neredeyse imkânsız olduğundan işe iade davasının açıldığından henüz işverenin haberi dahi olmaksızın ödemeler yapılabilecektir. O halde sözleşmedeki böyle bir hükmün, davayı engellemek için getirildiğini söylemek, en azından bu içtihada konu olay bakımından pek kolay değildir.

Yargıtay ikalenin geçersizliğini, iş sözleşmesi devam etmekte iken, anlaşmanın eki olarak düzenlenen ibraname ve feragatname ile de irtibatlandırmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ibra alacaklının “alacak hakkından” vazgeçerek borçlunun borçtan kurtarılmasına ilişkin bir akit olup⁴³⁹ konuyla ilgisi yoktur. İş sözleşmesinin ikaleyle sona ermesi halinde ortada işverence feshedilmiş bir iş sözleşmesi bulunmadığından bu sona erme sebebinden hareketle işe iade davası açılmayacağı, bir diğer ifadeyle işe iade davasında hakkın doğumunu sağlayan koşul vakıaların gerçekleşmediği tabiidir. Mevcut bir hakkın varlığı halinde bu haktan feragat edilmesi mümkün olduğuna ve sözleşmenin ikale ile sona ermesi,

⁴³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985.

feshin geçersizliğini tespit talebini, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı engellediğine göre, esasen ikalede yer alan işe iade davası açılmayacağına dair hüküm de özünde malumun ilanı niteliğindedir. Böyle bir hüküm bulunmasa dahi geçerli bir ikale anlaşmasının ardından açılan işe iade davası redde mahkûmdur. Kaldı ki ikalenin hükümleri arasında işçinin işe iade davası açamayacağına dair düzenleme, aydınlatma ve dikkat çekme yükümlülüğünün gerçekleştirildiğini, işçinin bunun da farkında olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Konu, hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek böyle bir feragat hükmüne yer verilemeyeceği kabul edildiğinde de, aksine bir ibarenin yer aldığı sözleşmenin bu maddesindeki geçersizliğin tüm hukukî işlemi sakatladığı sonucuna ulaşılamamaktadır. Akdin içerdiği şartlardan bir kısmının butlanı sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz, batıl kısım bağlayıcı olmayıp sözleşmenin geri kalan kısmı geçerli olarak kalır (BK m. 20/f. 2, c.1)⁴⁴⁰. İkaledede taraf iradelerinin yöneldiği amaç, iş sözleşmesinin ortadan kaldırılması olup daha sonra açılabilecek bir işe iade davasından feragat edilip edilmesinin, sözleşme metni ya da ekinde böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin anılan sonucu doğurmaya herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Feragat hükmüne yer verilmesi ikalenin kurulma amacı değildir ve böyle bir ihtimalde açılan işe iade davası da, daha önce davadan feragat edilmesi sebebiyle değil sözleşmenin ikale yoluyla sona ermesine dayalı olarak reddedilecektir.

Yine uygulamada irade sakatlığı hallerine ilişkin iddialar arasında ileri sürülen işçinin taahhüt edilen bir miktar parayı ya da kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti gibi bir kısım işçilik alacaklarını alabilmek için ikale anlaşmasına rıza göstermek zorunda kaldığı iddiaları da kanımızca ikrahla ilgili değildir. İşçinin muaccel işçilik alacaklarının ödenmemesi borca aykırılık, borçlu temerrüdü ile ilgili olup, bunların icra takibi veya dava yoluyla tahsili mümkündür. Bir alacağa derhal, ispat yükü

⁴⁴⁰ Nitekim ikalede işçinin işe iade davası açmaktan feragat ettiğine dair beyanı bulunan bir uyuşmazlıkta “bu beyanın geçersiz olduğuna” işaret etmekle yetinilerek ikalenin tümüyle geçersiz olmadığı sonucuna ulaşılmıştır: “...her ne kadar ibranamede, davacının işe iade davası açmaktan feragat ettiğine ilişkin beyan geçersiz ise de olayların bütün halinde gelişimi dikkate alındığında davalı şirkete ait iki birimin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan istihdam fazlalığının giderilmesi amacıyla işverence yapılan bu işleme davacının muvafakat ederek iş sözleşmesinin tarafların karşılıklı iradesiyle sona erdirildiği, bu nedenle işe iade taleplerinin reddi gerektiği” gerekçelerine dayalı İzmir 3. İş Mahkemesi’nin 2006/455 K. sayılı hükmünü onayan 9. HD. 29.01.2007 T., 2006/27843 E., 2007/1013 K. (LEGAL İSGHD 2007/14, s. 698 vd.).

altına girmeden ve ispatsızlık riskiyle karşılaşmadan ulaşmak ile yargı süreci sonucunda ulaşmak bir tercih olup, bu tercihe göre bir hukukî işleme katılarak ikale anlaşmasına rıza gösterilmesi iradenin sakatlandığı hallerden değildir. Nitekim Kanun'un 22. maddesindeki düzenleme de dikkate alındığında, işçiye, iş şartlarındaki esaslı değişiklik tekliflerini henüz iş ilişkisi sırasında dahi reddetme yetkisi tanıyan yasa koyucu onun mutlaka zor durumda olacağı varsayımına üstünlük tanımamıştır⁴⁴¹. Anlaşma imzalanmazsa tazminatların ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatladığını kabul etmenin mümkün olmadığı yine 9. Hukuk Dairesi'nin ilgili içtihatlarında ifade edilmektedir⁴⁴². Ancak, işverenin zaten ödemekle yükümlü olduğu hakları, pazarlık konusu yapması ve iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmeye çalışması da dürüstlük kuralına aykırıdır. Bozma sözleşmesini iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak için sosyal amacından saptırarak kullanma MK. 2. maddesine göre geçersiz sayılmalıdır⁴⁴³.

Gabin hükümleri açısından incelendiğinde işçinin daha zayıf konumda olması ve tecrübesizliği⁴⁴⁴, belirli bir konuda uzağı görememesi nedeniyle yaptığı sözleşmenin sonuçlarını gereği gibi düşünmemesine karşılık işverenin bu durumdan yararlanarak sömürme kastıyla hareket etmesi şeklinde sıralanabilecek subjektif unsurların (BK m. 21/1) varlığının ileri sürülebilmesi olanağı da akla gelmektedir. Ancak, Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi açıkça "bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde..." hükmüyle, gabinin objektif unsuru bakımından edimler arasındaki aşırı dengesizliği öngördüğüne göre bu unsur esasen iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı edimlerin değiş tokuşunun bulunduğu bir sözleşmeyi gerektirmektedir. İşçinin ikale olmasaydı elde edebileceği ve dolayısıyla işverenin

⁴⁴¹ **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 32.

⁴⁴² 9. HD. 26.11.2007 T., 2007/35800-35329; aynı yönde 9. HD. 17.09.2007 T., 2007/30312-26763 (www.kazanci.com.tr). Her iki kararda da Daire, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi sebebiyle davanın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Belirtmek gerekir ki, kararlara konu uyumsuzlukların ortak yanı iş sözleşmesinin mutabakatla sona erdirilmesinde teklifin davacı işçilerden gelmesidir. Bazı kararlarda ise, davacıya kıdem-ihbar tazminatı ödenmesinin, davacının iş akdinin tazminatları ödenerek karşılıklı olarak sona ermesine dair dilekçeyi imzalaması koşuluna bağlanması, işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması niteliğinde görülmüştür. Örneğin, 9. HD. 21.4.2008 T., 2007/30801 E., 2008/9236 K. (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. I, s. 1348 vd).

⁴⁴³ **Alp**, s. 38.

⁴⁴⁴ Tecrübesiz sayılmak için mutlaka çok genç olmaya ihtiyaç yoktur. Normal iktisadî ilişkilere ilgisiz bulunmak yeterli olduğu gibi kişi karşısına çıkan türden bir durumu değerlendirebilmek için genellikle lüzumlu sayılan bilgiye sahip bulunmuyorsa böyle bir halde de tecrübesiz demektir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 463).

ödemekle yükümlü olacağı tutarlar esas alınarak nispetsizlik değerlendirmesi yapılsa dahi, 21. maddenin ilk fıkrası, gabinin hukukî sonucunu edimin iadesi olarak düzenlemiştir. Oysa işçi ile işveren arasında akdedilen ikalede ya herhangi bir ivaz kararlaştırılmamakta ya da tek taraflı edim yükümü altına giren işveren olmaktadır. Dolayısıyla gabinin şartları bakımından ikalede açık nispetsizlik değerlendirmesine ve özellikle iadeye esas karşılıklı edimlerin varlığından söz edilememektedir. Muhatabın tecrübesizliğinden bilerek yararlanma hali aynı zamanda iradeyi sakatlayan hallerden hileyi oluşturabileceğinden⁴⁴⁵ irade sakatlığı nedeniyle ikalenin iptali yoluna gidilebilir. Örneğin bozma sözleşmesinin yapılması sırasında işverenin gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak işçiyi yanıltması, herhangi bir hak kaybına uğramayacağı, yakında işyerinin kapanacağını ifade etmesi gibi hallerde işçi hile nedeniyle bozma sözleşmesini iptal edebileceği gibi diğer irade sakatlığı nedenleriyle de iptal edilebilir, ancak irade sakatlığını ispat yükünü taşıyan işçi bakımından ispat güçlüğü yaşanabilecektir⁴⁴⁶.

Hemen her sözleşmede olduğu gibi ikalenin yapılmasından önce de işçiyle işveren arasında sözleşmenin içeriği, koşulları hakkında görüşmeler yapılacaktır. Sözleşme görüşmeleri esnasında MK 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayanan güven ilişkisi kurulur. Bu bağlamda tarafların birbirini aydınlatma, kararlarını etkileyebilecek bilgileri verme, dürüstlük kuralına uygun davranma, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme gibi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir⁴⁴⁷. İş sözleşmesinin taraflar arasında şahsî bir sürekli ilişki kurması, işçinin ekonomik, sosyal açıdan güçlü işverene hem hukukî hem de ekonomik açıdan bağımlı olması korunma menfaatine yönelik ihtiyacı artırmakta ve sosyal temasın yoğun olduğu böyle sürekli borç ilişkilerinde koruma yükümlülükleri daha da önem kazanmaktadır⁴⁴⁸. Bilgi verme, açıklama yükümlülüğünün yanısıra gerçeğe uygun olmayan davranışta bulunmama

⁴⁴⁵ Eren, s. 381.

⁴⁴⁶ Bietmann, R., Aktuelles zum Aufhebungsvertrag, Köln, Oktober 2007, s. 2.

⁴⁴⁷ Eren, s. 1083-1084; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 292.

⁴⁴⁸ Aydın, İ., Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2003, s.4, 62 (doktora tezi); Kaplan, T. E., İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/52/1/28-emine_tuncay_kaplan.pdf; İşverenin bu yükümlülüğü işverenin işçiyi gözetme borcunun da gereğidir (Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 42).

yükümlülüğü tarafların birbirlerini zarara sokacak şekilde sırf sözleşmeyi imzalatma amacıyla hataya sürüklememeleri anlamındadır⁴⁴⁹. Almanya’da da kabul edildiği üzere iş sözleşmesini karşılıklı mutabakatla sona erdirmeye teklifinde bulunan işveren, bazı talep haklarının ortadan kalkabileceği, bunun doğuracağı sonuçlar hususunda işçinin dikkatini çekmelidir; ancak işverenin sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi geçerliliği engellemeyip işçiye tazminat talep hakkı vermektedir⁴⁵⁰.

Bozma sözleşmesinin amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını belirlemede kullanılacak bir diğer ölçüt *makul yarar*dır. Somut olayın özelliklerinin yanında işçinin bozma sözleşmesini kabul ederek iş güvencesine bağlı haklarının dışına çıkmasını haklı gösteren makul bir yararı varsa bunun varlığı, hakkın kötüye kullanılmadığı sonucuna ulaşmayı gerektirir. İşverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü de makul yarar ölçütünün dayanaklarındadır ve normal koşullar altında hiçbir işçi makul bir yararı bulunmadan bozma sözleşmesine rıza göstermeyeceğine göre işçisini gözetken işveren de onun zarar görmemesi, makul bir yarar elde etmesi için özenli davranmalıdır⁴⁵¹. Bu ölçütün somutlaştırılmasında, işçinin kıdemi, olayın özellikleri, işletmenin malî durumu, genel uygulama, iş sözleşmesini ortadan kaldırmayı gerektiren nedenler ve yapılan ödemelerin miktarı dikkate alınabilir. Yukarıda aktarılan kararda Yargıtay açıkça “makul yarar” ölçütüne genel olarak yer vermiş ise de, somut olayda işverence kıdem-ihbar tazminatlarının yanında beş aylık ücret tutarında ekstra bir ödeme de kararlaştırılmasına rağmen bunu makul yarar ölçütü bakımından değerlendirmeksizin, ikalenin geçersizliği sonucuna ulaşılmıştır. Aksine bir başka kararda, altı aylık ücret tutarında ek ödeme içeren bozma sözleşmesi geçerli kabul edilmiştir⁴⁵².

İşçinin, irade sakatlığına dayanarak bozma sözleşmesini kuran kabul beyanını iptal etmesiyle, diğer beyan olan işverenin ikaleye dair icabının feshe nasıl tahvil

⁴⁴⁹ **Aydınlı**, s. 65.

⁴⁵⁰ **Ekonomi**, Tarafların Anlaşması, s. 42-43; **Alp**, s. 34, 41. *Ekonomi*, Alman hukukunda işverenin açıklama yapma yükümlülüğüne aykırı davranışı dolayısıyla istisnaî halde benimsenen işçinin tekrar işe alınmasını talep hakkının varlığını Türk hukukunda ileri sürmenin çok güç olduğunu belirtmektedir (**Ekonomi**, Tarafların Anlaşması, s. 43).

⁴⁵¹ **Alp**, s. 38-39.

⁴⁵² 9. HD. 29.01.2007 T., 2006/27843 E., 2007/1013 K. (*LEGAL İSGHD* 2007/14, s. 698 vd).

edildiği kararlarda gerekçelendirilmelidir. Yargıtay'ca bozma sözleşmesi akdetmeye yönelik icabın feshe tahvil edilemeyeceği kuralının zikredilmesinin hemen ardından ulaşılan bu sonuç, çelişki algılamasına elverişlidir. Kanuna karşı hile bakımından, öncelikle ortada geçerli bir hukukî işlem olması gerekli iken burada ikale geçersizdir. Ayrıca ne ikale ne fesih işlemi, yasaklayıcı bir hukuk kuralına tâbi değildir. İrade sakatlığı nedeniyle ikale iptal edildiğinde de, kanuna karşı hilenin aksine, yasaklayıcı hukuk kuralının etkisinden uzak işlemin varlığından söz edilememektedir. Hakkın kötüye kullanılması bakımından değerlendirildiğinde, ikale tek taraflı, işverence gerçekleştirilmiş bir hukukî işlem olmayıp işçinin de katıldığı bir sözleşmedir. Dolayısıyla işverenin fesih hakkını kötüye kullanması gibi sadece onun irade açıklamasıyla sonuca ulaşması mümkün değildir. Bu noktada sözleşme özgürlüğünün, sırf o ilişkiye yabancı üçüncü bir kişiye zarar vermek amacıyla kullanılmasındaki gibi bir hukuka aykırılık da görülmemektedir. İşlemin niteliği gereği, işverenin tek başına kötüye kullanabileceği hak bulunmadığına göre, sözleşme özgürlüğünü işçiye karşı sosyal amacından saptırarak kullanabilmek için, yine işçinin taraf olarak işleme katılmasına ihtiyaç duyulduğu ve bunun da işçinin iradesinin sakatlanarak elde edildiği gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Eğer yer verilen kıstaslarla ikalenin geçersiz olduğu, herhangi bir hüküm sonuç doğurmadığı kabul ediliyorsa o takdirde iş sözleşmesinin sona ermeyip sürdüğüne hükmedilmesi beklenir. Yine ikale geçersiz ise, işe iade davasının akdin sona erdiği kabulüyle görülmesi karşısında fiilî bir durumdan ve artık işçinin işyerinde çalışmıyor olmasından hareketle *eylemli fesih* müessesesinin mi işletildiği sorusu akla gelir. Zira dış dünyaya yansımış, iş sözleşmesinin tek taraflı hukukî işlemle bozulması sonucunu ortaya çıkaran sözlü ya da yazılı herhangi bir irade beyanı mevcut değildir. İçtihatlarda bu hususta açıklık bulunmaması bir yana, eğer değerlendirme eylemli fesih yönünde ise o takdirde 19. maddedeki şekle aykırılıktan dolayı, doğrudan davanın kabulüyle sonuçlanması gereği ortaya çıkar. Oysa aktardığımız kararda olduğu gibi birçok içtihatla dava bu nedenle kabul edilmeyip geçerli neden bağlamında yargılama sürdürülmektedir. Esasen işçinin de imzasını taşıyan ve tarafların hangi koşullar sonucunda, ne sebeple iş sözleşmesini ortadan kaldırmaya karar verdiklerini gösteren bozma sözleşmeleri gibi deliller karşısında, yazılı şekil şartına

uyulmadığını, akdin sona erme sebepleri hususunda işçinin bilgilendirilmediğini söylemek herhalde mümkün değildir.

III. KISA ÇALIŞMA KOŞULLARININ TESPİTİ

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenen kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği ile ilgili hüküm, 26.5.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 5763 sayılı Kanun'la İş Kanunu'ndan çıkarılmış, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na ek 2 nci madde olarak eklenmiştir. Böylece sadece İş Kanunu kapsamındaki işyerleri ve işçiler hakkında uygulanabilecek kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinden Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tâbi olarak çalışanlar gibi İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına girenler de yararlanabilecektir. Böylelikle kapsam genişletilmiştir. Kısa çalışma, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işverence işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak, önemli ölçüde azaltılması veya faaliyetin kısmen ya da tamamen geçici olarak durdurulması halini ifade eder. Konunun işçilere kısa çalışma ödeneği ödenmesi ile ilgili esasları da aynı maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, konumuzu ilgilendiren kısa çalışma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yönüdür.

Bu madde, kısa çalışma uygulaması bakımından “genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepleri” esas almakta, işyerinde faaliyetin belirtilen şekilde durdurulması veya çalışma sürelerinin azaltılması halinde işverenin durumu derhal gerekçeleriyle birlikte Türkiye İş Kurumu'na (varsa toplu sözleşme tarafı sendikaya) bildirmesini öngörmekte, talebin uygunluğu tespit yetkisini de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na vermektedir (f. 2). İşkur'a yapılan bildirim sadece bir bildirim değil; aynı zamanda kısa çalışma uygulaması yönündeki tedbirin yasal esaslara uygun olup olmadığının tespitini amaçlayan bir taleptir⁴⁵³. Bu maddeye dayalı çıkarılan Kısa Çalışma Yönetmeliği'nde⁴⁵⁴ talebinin uygunluğunun Bakanlıkça tespiti usûlü

⁴⁵³ Akyiğit, E., Kısa Çalışma, TÜHİS Ağustos-Kasım/2004, C. 19, S. 1-2, s. 15.

⁴⁵⁴ RG. 31.03.2004 T., S. 25419. Ayrıca bkz. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin 1. No.lu Tebliğ (RG.26.8.2004 T., S. 25565).

düzenlenmiştir. İşveren, Kanun'a ve Yönetmelik'in 4.maddesine göre yapacağı bildiriminde;

a) İşyerindeki genel ekonomik krizin veya zorlayıcı sebeplerin ne olduğunu ve etkilerini,

b) İşyerinde kısa çalışmanın başlatıldığı veya faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulduğu süreyi,

c) İşyerinde kısa çalışma veya faaliyetin durdurulma kararının işyerinin bütününe ya da belli bölümlerine uygulanacağını,

d) Bu uygulama nedeniyle kısa çalışma yaptırılacak işçilerin adı ve soyadı, sosyal güvenlik sicil numaraları ile haftalık ortalama çalışma sürelerini ve her bir işçi için ne kadar süreyle kısa çalışma yaptırılacağını,

e) Faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması kararı nedeniyle çalıştırılmayacak işçilerin adı ve soyadı, sosyal güvenlik sicil numaraları ile her bir işçinin ne kadar süre ile çalıştırılmayacağını,

f) İşyerinin unvan, adres, Bakanlık bölge müdürlüğü ile sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını bildirmek,

g) İleri sürdüğü kısa çalışma veya geçici olarak kısmen veya tamamen işin durdurulmasına ait kanıtları başvurusuna eklemek, zorundadır (KÇY m. 5).

Genel ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Bakanlık krizin varlığı ve niteliği hakkında ilgili kuruluşların görüşlerini alarak duruma açıklık getirir (KÇY m. 6).

Zorlayıcı sebeplerle haftalık çalışma süresini en az üçte bir oranında azaltan ya da faaliyetini tamamen veya kısmen durduran işverenin, bildirimde bulunduğu veya zorlayıcı sebeplerin varlığının açıkça ortaya çıktığı durumlarda Bakanlık tarafından uygunluk tespiti yapılır (KÇY m. 7).

İşverenin bildiriminin uygunluğu ivedilikle Bakanlıkça incelenir. İnceleme sonucu Kurum'a bildirilir. Kurum tarafından da işverene ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirilir (KÇY m. 8).

2. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Uygunluk Tespiti

Kısa çalışmayı gerektiren, “genel ekonomik kriz” veya “zorlayıcı sebep” olgularıdır⁴⁵⁵. Tespit edilen bir hukukî ilişki değildir. Diğer yandan sözkonusu olguların varlığı kısa çalışma uygulamasının geçerliliğini sağlamaktadır. Kısa Çalışma Yönetmeliği' ne göre, *genel ekonomik kriz*, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar; *zorlayıcı sebep*, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması ve faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenlerdir. Bu nedenlerin varlığı ve yasal koşullara riayet edilmesi halinde hukuka uygun bir kısa çalışmadan söz edilebilir ve Bakanlık'ın işlemi inşaî değil, zaten mevcut yaşanan bir olgunun varlığını açıklayıcı nitelikte bir uygunluk tespitidir. Ekonomik krizin bulunduğu yönündeki tespit ve Bakanlık açıklaması, genel ve işyerlerinden soyut bir açıklama niteliğindedir (KÇY m. 6). Somut olarak herhangi bir işyerinin bundan etkilenip etkilenmediği ya da etkilenme derecesi işverenin yaptığı başvuru üzerine değerlendirilerek talebin uygunluğu tespit edilecektir (KÇY m. 8).⁴⁵⁶

Genel ekonomik krizle ilgili iddianın ileri sürülmesi sendikalara değil, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarına bırakılmıştır. Krizin genel olmasının aranması, sanırım bu tercihte belirleyici olmuştur. Elbette 6. maddede, konfederasyonların iddia etmesi dışında Bakanlık'ın da bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması halinde krizin varlığı ve niteliği hakkında ilgili kuruluşların görüşlerini alarak kendiliğinden değerlendirme yapması mümkün olduğuna göre, sendikaların da

⁴⁵⁵ Zorlayıcı nedenler kavramının, mücbir sebep olarak anlaşılması gerekir. Ekonomik krizin sektörel değil genel ekonomik kriz olmasının aranması ise kısa çalışma uygulamasını haklı görülemeyecek ölçüde daraltmaktadır (Soyer, P., 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Kuru Otel Bolu, 12-13 Temmuz 2003, s. 31). Aynı eleştiri Demir, s. 108; Akyiğit, C. II, s. 1787.

⁴⁵⁶ Akyiğit, C. II, s. 1788-1790.

Bakanlık'ı harekete geçirmesine, Yönetmelik'te söz edilen emareleri dikkate sunmasına bir engel olmadığı görüşündeyiz⁴⁵⁷.

Bakanlık tespiti iş hukuku ile ilgili bir idarî işlemdir. ÇSGB talebin uygunluğu yönünde karar verirse, bu karara karşı ilgili işçilerin ya da toplu sözleşmeye taraf işçi sendikasının; talebi olumsuz bulan karara karşı da işverenin, koşulların gerçekleştiğini ya da gerçekleşmediğini ileri sürerek, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tâbi olmasına ilişkin anayasal ilke gereğince dava hakkı bulunmaktadır ve dava Bakanlık'a karşı açılmalıdır⁴⁵⁸. Bilim Komisyonu Taslağı ile İş Kanunu madde gerekçesinde “kısa çalışma nedenleri ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine uygun olarak iş mahkemelerinin görevli olacağı” belirtildiğinden davanın yetkili iş mahkemesinde açılacağı ileri sürülmektedir⁴⁵⁹. Kısa çalışma müessesesinin sadece idarî makamların işlemleri, talebin uygunluğunun tespiti değil; işçi işveren arasındaki iş sözleşmesine etkisi ve bu hukukî işlemde doğan boyutu da bulunmaktadır. Dava konusu uyuşmazlık, kısa çalışma uygulamasının sonuçları ve bu bağlamda iş sözleşmesiyle ilgili ise, 5521 sK. m. 1 uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işverenleri arasındaki iş akdinden veya İş Kanunu'ndan doğan uyuşmazlık niteliği taşıdığından iş mahkemelerinin görevli olduğu tabiidir. Fakat kısa çalışma talebinin uygunluk tespiti ile ilgili karar idarî bir makam tarafından verildiğinden, bu tür uyuşmazlıklarda idarî bir işlem hakkında ve idarî bir makama karşı dava açıldığından idarî yargının görevli olması gerekir⁴⁶⁰. Anayasa'nın 142. maddesine göre mahkemelerin görev ve yetkileri kanunla düzenlenir. Gerek 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde gerekse İşsizlik Sigortası Kanunu'nun anılan maddesinde idare mahkemeleri yerine iş mahkemelerinin görevli olduğuna dair düzenleme öngörülmemiştir. Madde gerekçesi ise, kanun hükmü olmayıp bir hükmün yorumunda başvurulabilecek yardımcı araçlardır. Mahkemelerinin

⁴⁵⁷ Bkz. **Akyiğit**, C. II, s. 1789.

⁴⁵⁸ **Caniklioğlu, N.**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 516.

⁴⁵⁹ **Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul Mart 2004, s. 181; **Mollamahmutoglu**, s. 714; **Eyrenci, Ö.**, 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, Yeni İş Yasası Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003, s. 60; **Kılçoğlu/Şenocak**, Şerh, Ocak 2008, s. 693; **Çil**, C. II, s. 1257.

⁴⁶⁰ **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 16; **Akyiğit**, C. II, s. 1798.

görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa buyruğu karşısında, görev meselesi esasen yoruma ve dolayısıyla yorum araçlarından madde gerekçesine dayanmaya elverişli bir alan da değildir. Bu durum karşısında söz konusu idarî işlemlere karşı davanın idare mahkemesinde açılması gerekmektedir. Ancak gerekçede yer aldığı şekilde iş mahkemelerinin görevli olduğuna madde metninde yer verilmesi daha isabetlidir⁴⁶¹. Kısa süre önce madde 5763 sayılı Kanun'la ele alınmış ve İşsizlik Sigortası Kanunu'na aktarılmış ise de, görevli mahkeme meselesine yine değinilmemiştir.

14.11.2005 tarihli bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bir işyerinin 4857 sK. m. 3'e göre ikinci kez tescil edilme işlemine karşı açılan davanın, "*idare işleminin dayanağının iş hukuku alanına ilişkin bulunması karşısında davanın çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiği kuşkusuzdur*" gerekçesiyle iş mahkemesince verilen görevsizlik kararı kaldırılmış ve idare mahkemesinin değil; iş mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir⁴⁶². Karara karşı oy yazısında ise yasa ile idareye tanınan yetki kapsamında olmak üzere, işyerini resen tescil etme işlemi kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen idarî işlem niteliğini taşıdığından, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde sayılan "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" kapsamında görülmesi ve çözümünde idarî yargı yerlerinin görevli olduğu, kaldı ki, 4857 sayılı Kanun'da 3. maddenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümünde adli yargının görevli olduğu konusunda özel bir düzenleme de bulunmadığı, bu durumda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Malatya Bölge Müdürlüğü'nce tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın idarî yargı yerinde bakılması gerekeceği belirtilmiştir. Karşı oy yazısında belirtilen gerekçeler ve ulaşılan sonuç isabetlidir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işverenleri

⁴⁶¹ *Canikoğlu*'na göre, gerekçeler kanun metni sayılmamakla birlikte, yasa koyucunun bu konudaki iradesinin tamamen yadsınması da mümkün değildir. Bakanlık'ın kısa çalışma kararına karşı açılan davalarda özel ihtisas mahkemesi olan iş mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmek yararlı olacaktır (**Caniklioğlu**, s. 517).

⁴⁶² 14.11.2005 T., 2005/64-85, www.kazanci.com.tr

arasındaki iş uyuşmazlıklarında görevli olup, kısa çalışma uygulaması ve bu yöndeki Bakanlık tespitinin iş hukuku ile ilgili bir işlem olması, İş Kanunu'ndan kaynaklanması iş mahkemelerini görevli kılan bir sonuç ortaya çıkarmaz. İşçi ile işveren arasındaki bir uyuşmazlık söz konusu olmadığı gibi iş mahkemeleri özel bir düzenlemeyle görevlendirilmiş de değildir.

Kısa çalışma nedenleri ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünü hedef alan bu davada, ülkede genel ekonomik krizin bulunup bulunmadığı yargısal bir karara konu olmaktadır. Mahkeme sadece Kanun'da belirtilen kısa çalışma sebeplerinin varlığını değil, kısa çalışmayla ilgili olarak Yasa ve Yönetmelik'te belirtilen usûl ve esaslara da uygunluğu inceleyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunen kısa çalışma, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde üç ayı aşamaz. İdarî ve yargısal sürecin de bu sürede işleyip sonuçlanması büyük ihtimalle bir temenni olacaktır. Aslında sorunsuz olan işverenin önce kısa çalışma nedenlerinin varlığını Bakanlık'ın uygun bulma değerlendirmesiyle görmek ve bunun üzerine çalışma sürelerini azaltma yahut faaliyeti durdurma yoluna gitmesidir. Fakat gerek Kanun gerekse Yönetmelik hükümlerinde işverenin bu uygulamaya geçtikten sonra durumu derhal bildireceği ve prosedürün bunu izleyeceği açıktır⁴⁶³. Gerçekten, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde başvuru ve talebin uygun bulunmasının uzun zaman alabileceği, işin niteliğinin buna tahammülü olmadığı ve gecikmeyle yürüyen işlemler sonucunda talep doğrultusunda karar verilse dahi bunun artık pratik bir değer taşımaması da söylenebilir. Bu yüzden işveren öncelikle kendisi kısa çalışma uygulamasına karar verebilmektedir. Türkiye İş Kurumu, Bakanlık ve gerektiğinde dava aşamalarından geçilmesi ise üç aydan uzun sürebileceğinden bir karara varıldığında kısa çalışma uygulaması sona ermiş olabilecektir.

Dava sırasında zorlayıcı sebep ortadan kalkmış yahut üç aylık süre dolmuş olsa da davanın konusuz kaldığına karar verilmeyip kısa çalışma sebeplerinin varlığı ve talebin hukuka uygunluğu tespit edilmelidir. Kısa çalışmanın, gerek fesih hakkı gerekse kısa çalışma ödeneği bakımından sonuçları olup çok sayıda işçiyi de ilgilendirdiğinden, meselenin derdest davada verilecek hükümlerle açıklığa kavuşturulmasında ve uyuşmazlığa yakın tarihli bu davada incelenmesinde fayda

⁴⁶³ Bkz. **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 13; **Caniklioğlu**, s. 513-514.

vardır. Temel uyuşmazlığın, müessesenin çok yönlü boyutuyla münferid davalara konu olması aynı konuda birbiriyle çelişen kararlar verilmesine de yol açabilecektir.

§ 6. SENDİKALAR KANUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI

I. İŞKOLU TESPİTİ

1. Genel Olarak

İşçi ve işveren sendikaları bakımından sendikalar hukukumuzun kabul ettiği sistem, işkolu sendikacılığı olduğundan (2821 sK. m.3)⁴⁶⁴ işkolu kavramı ve işyerlerinin girdiği işkolunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Konu, işçi ya da işveren ile sendika arasındaki üyelik ilişkisi, sendikanın toplu sözleşme ehliyet ve yetkisi, yetki tespitine itiraz meseleleriyle doğrudan irtibatlıdır. Yine işkolunun tespiti, belirli sendikaların güçlenmesi ya da zayıflamasına yol açabileceğinden bu yönüyle de özellik arz etmektedir⁴⁶⁵. İşkolu tespiti toplu iş sözleşmesi yetki prosedüründen bağımsız olup işkolu tespiti yapılmamış bir işyeri için her zaman talepte bulunulabileceği gibi konu, yetki ve yetki itirazı aşamasında ya da toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken de gündeme gelebilir⁴⁶⁶.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma Bakanlığı'nca yapılır ve tespit kararı Resmî Gazete'de yayımlanır. Bu karara karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahkemede yayım tarihinden itibaren 15 gün içinde dava açabilirler. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanması konuya aleniyet getirdiği gibi, dava açmak için tanınan sürenin bu tarihten itibaren başlaması yasada ilgililer ibaresiyle işaret edilen tüm davacılar bakımından sürenin eş zamanlı olarak başlayıp bitmesini ve kararın kesinleştiğinin kolaylıkla saptanabilmesini sağlamak bakımından isabetlidir⁴⁶⁷. 60. maddede işçi ve

⁴⁶⁴ Kamu görevlileri sendikaları bakımından hizmet kolu esası benimsenmiş olup (4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu m. 4) bu hizmet kollarının neler olduğu 5. maddede 11 bent halinde sayılmıştır. Ayrıca kamu işveren sendikalarının aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmamaktadır (Sen. K. m.3/II).

⁴⁶⁵ **Sur**, s. 61.

⁴⁶⁶ **Tuncay, A. C.**, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 33; **Çelik**, s. 376.

⁴⁶⁷ Bakanlığın işyerinin tespitine yönelik işlemi tüzük, yönetmelik gibi objektif kural koyucu idarî bir işlem değil; çoğu kez taraflardan birinin başvurusu üzerine verilmiş bir karardır. Bu yüzden *Şahlanan*,

işveren sendikalarının kurulabileceği 28 işkolu belirlenmiş olup (madencilik, petrol, kimya ve lastik, şeker, dokuma, deri, ağaç, kağıt, basın ve yayın, banka ve sigorta, metal, gemi, inşaat, enerji, kara/hava/deniz/demiryolu taşımacılığı, haberleşme, sağlık, genel işler gibi) bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır (m. 60/2). Bir işkoluna giren işlerin neler olacağı işçi ve konfederasyonlarının görüşleri alınıp uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenlenecek olup, konu İşkolları Tüzüğü'nde düzenlenmiştir⁴⁶⁸. Bakanlık işkolu tespitini yaparken 60. madde ve İşkolları Tüzüğü'nden yararlanmaktadır.

Bir işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti doğrudan doğruya mahkemeden talep edilemez. Sendikalar Kanunu 4. maddeye göre tespit Çalışma Bakanlığı tarafından yapılır. Bakanlık re'sen işkolunu tespit edebileceği gibi yapılacak tespitten etkilenen kişi ve kuruluşlar olarak işçi sendikası, işveren veya işveren sendikası da her zaman başvuruda bulunabilir⁴⁶⁹. Bir işyerinin girdiği işkolunun mahkeme tarafından tespiti ise bu yöndeki Bakanlık tespitine ilgililerin itirazı üzerine gündeme gelir. Mahkeme, davayı kabul ederken sadece Bakanlık tespitinin yanlış olduğunu

Bakanlık kararının işkolu tespiti talep edene tebliğ edilmesini ve dava süresinin de buna göre düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir (**Şahlanan**, Örgütlenme Hakkı, s. 1664; **Şahlanan**, Sendikalar Hukuku, 30-31). Bize göre sürenin tebliğ ile başlatılmasının kabulü halinde, Bakanlık kararının sadece başvuruda bulunana tebliği işkolu tespitine karşı dava hakkının kullanılabilmesini büyük ölçüde sınırlamak anlamına gelir. Örneğin başvuruda bulunan sendika beklediğinin aksine karar alması halinde dava açabilecek, işyerinin kendi kurulu bulunduğu işkolunda olduğu yönünde bir karar aldığı anda ise hukukî menfaat bulunmadığından elbette karar davaya konu edilmeyecektir. Öte yandan karar salt başvuruda bulunana tebliğ edileceğinden işveren de diğer işkollarında kurulu sendikalar da karardan haberdar olmayacaktır. Dava süresinin 15 gün gibi kısa bir süre olduğu da düşünüldüğünde kararın bu haliyle kesinleşmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Tebliğ tarihinin esas alınmasını öneren görüş, 4. maddedeki "ilgililer" şeklinde yer alan ifadeyi de sınırlayarak belirlemek ve her birine ayrı ayrı tebliğ şartını aramalıdır. Bu ise, hükmün dava hakkını tanımayı esnekleştiren ve hukukî menfaat kavramının yargısal denetime bırakılmasını tercih eden yaklaşımın da gerisinde kalmayı beraberinde getirebilir. Maddede sayılan ilgililer, Bakanlık'a başvuran örneğin işçi sendikasının yanısıra işvereni, işçileri, diğer tüm işkollarında kurulu tüm sendikaları kapsar ki, her birine ayrı ayrı kararın tebliğ edilmesi zaruretinden söz etmek, herhalde gerçekçi değildir ve işkolu tespitini, buna bağlı olarak sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme sürecini imkânsızca yakın ölçüde güçleştirir. O yüzden genel bir bilgilendirme, aleniyet sağlayan, ayrı ayrı tebliğ edilmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldıran, kararın kesinleşmesini belirli bir tarih sayesinde kolaylıkla belirlemeye yarayan bu yöntemin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁶⁸ RG. 16.6.1983 T., 18079 S. (Değişik: RG. 06.12.1983 T., 18423 S.).

⁴⁶⁹ **Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 88; **Çelik**, s. 376.

belirtmekle yetinmeyecek, işkolunun gerçekte hangi işkoluna girdiğini tespit etmek suretiyle Bakanlık tespitinin yerinde olmadığı sonucunu ortaya koyacaktır⁴⁷⁰.

Bir işçi sendikasının, işyerinde toplu iş sözleşmesi akdetmek üzere yetki başvurusu Bakanlık tarafından sendikanın ilgili işkolunda kurulu bulunmadığı gerekçesiyle red edilmişse Bakanlık tarafından karara konu işyeri ve işyerleri hakkındaki işkolu tespitinin Resmî Gazete’de yayımlanması gereklidir⁴⁷¹. Buna karşı izlenecek yol da, Sendikalar Kanunu 4. madde uyarınca dava açılmasıdır.

2. Taraflar

a. İlgililer ve Bakanlık

Yasa’daki “ilgililer“ ibaresinden genellikle işveren, o işkolunda kurulu ya da işyerinin kendi işkolunda olduğunu iddia eden sendikanın anlaşılabilmesine bir Yargıtay kararında açıklık getirilmiştir⁴⁷². *Narmanlıoğlu*’nun işaret ettiği gibi⁴⁷³, çalıştıkları işyerinin hangi işkolunda yer aldığını bilmede işçilerin de menfaati bulunduğundan onların da tespit talep etmeleri ve bu tespite karşı iş mahkemesinde dava açabilmeleri mümkündür. Özellikle sendika üyeliğinin kazanılıp yitirilmesinin, sendikanın faaliyette bulunduğu işkolunda çalışma şartına bağlı olması karşısında işçilerin de ilgili kavramı içinde değerlendirilmesi gereği açıktır.

Yargıtay’a göre davada Bakanlık’ın yanısıra işverene de husumet yöneltilmelidir⁴⁷⁴. Davanın işveren tarafından açılması ya da yetki itirazı aşamasında açılması halinde davalı tarafta bu kez o işkolunda bulunduğu dair tespit yapılan işçi sendikası ve Bakanlık yer alacaktır. Yargıtay, Bakanlık tespitine itirazda bulunmayan işverenin de işkolu tespit kararından etkilenecek ve açılan davayla işkolu tespitinin değişmesi halinde itiraz hakkını kaybedecek olması nedeniyle, varsa işyerinde örgütlü diğer sendikalarla birlikte davaya dahil edilerek göstereceği deliller

⁴⁷⁰ Esasen davanın tespit davasının tanımına uymadığı ve burada bir hukukî ilişkinin tespitinin söz konusu olmadığı görüşümüz için bkz. aşağıda § 9, II.

⁴⁷¹ **Ekonomi, M.**, İş Kolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Abant Bolu 9-12 Aralık 1997, s. 45; **Oğuzman, K.**, Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1987, C. I, s. 36.

⁴⁷² 9. HD. 09.7.1997 T., 11575/13557 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 108-109).

⁴⁷³ **Narmanlıoğlu**, s. 82.

⁴⁷⁴ 9. HD. 11.3.1987 T., 597/2807 (*Kamu-İş*, 1987/Temmuz, C. 1, s. 49).

ve karşı delillerin toplanması suretiyle hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğine içtihat etmektedir⁴⁷⁵. Bu karara karşı oy yazısında ise;

“Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Makine Kimya Kurumu’ na ait işyerlerinin - metal iş- ve -petrol, kimya, lastik- işkoluna girecekleri şeklinde iş kolu tespiti yapmış ve bu tespiti karşı Harp-İş Sendikası dava açmış olup mahkeme yargılama sonunda Bakanlık tesbitinin yerinde olduğunu kabul ederek davayı red etmiştir. Bakanlık kararı bu tespitten hakları tehlikeye düşebilecek kişilerin haberdar olmaları amacıyla Resmi Gazete’de yayımlanmaktadır. Yayımlanma tarihinden itibaren süre işlemeye başlamaktadır. İşveren itirazda bulunmamışsa sonucuna katlanmak durumundadır. Dava açmayan, açılan davaya müdahale etmeyen işverenin yeniden davada yer almasının sağlanması yasanın amacına aykırıdır. Tespite karşı dava açmayan kuruluşun davalı olarak gösterilmesi de mümkün değildir. Ancak davaya müdahale etmek hakkı mevcut olup bu hakkını da yasal süresinde kullanmamıştır. İşlemi yapan kişiye karşı dava açılır. Yasa açıkça Bakanlığın tespitine karşı dava açılacağını belirtmiş olup davacı sendika da yasaya uygun olarak davasını Bakanlığa karşı açmıştır. Diğer sendikalar müdahil olarak davalının yanında yer almışlardır. Ayrıca Makine Kimya Kurumu’nun da işkolu tespitinden ve bu husustaki çalışmalardan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Bu kuruluş bilgisine rağmen daha önceden devam eden işkolu sıralaması değişmediği için davaya müdahale etmemiştir. Bütün bu anlatımlardan, bu gibi davaların işlemi yapana karşı açılması gerektiğinden ve dahili dava yoluyla kurum ve diğer sendikaların davacı tarafından davaya katılması yönünde zorlama yapılamayacağından yasal sürede ve usûlüne göre açılmış davanın Dairemizce esas yönünden incelenmesi görüşüyle bozma kararına” karşı görüş belirtilmiştir.

Bu değerlendirmelerden hareketle davalı tarafta dava arkadaşlığı ve husumetin kimlere yöneltileceği meselesine ayrıca yer verilmek gerekmektedir. İşyerinin girdiği işkoluyla ilgili karar veren, bu yönde bir tespit işlemi yapan makam Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olduğundan davalı tarafta her halükarda Bakanlık’ın bulunacağı, husumetin Bakanlık’a yöneltileceği tabiidir. Diğer yandan işlem idare tarafından yerine getirilmekle birlikte uyumsuzluğun doğumuna neden olan iddia aslında idareye değil, işleme yöneliktir ve dava konusu, ilgili işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti istemiyle bunun Bakanlık’ça tespit edilen işkolundan başka bir işkolu olduğu iddiasına dayandığından davanın doğrudan doğruya işvereni ilgilendirdiği, o işverenin işyeri hakkında bir hüküm verileceği açıktır. Dava, sadece

⁴⁷⁵ 9. HD. 16.6.2005 T., 16895/21462 (Günay, İş Davaları, s. 1509-1510).

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yöneltildiğinde davada üçüncü kişi konumundaki işverenin durumu ve haklarının korunması önem taşımaktadır. İşkolu tespitine itirazda, davacıyla her davalı arasında ayrı ayrı, birbirinden bağımsız davalar bulunmadığı, dava temelini bir işyerinin hangi işkolunda bulunduğunun tespitine yönelik olduğu, Bakanlık ve işveren hakkında ayrı kararlar verilemeyeceği, dava konusu tespit işleminin bölünemeyeceği, dolayısıyla HUMK 43. madde uyarınca ihtiyarî dava arkadaşlığından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Burada işverenin tutumuna dayanarak onun davaya dahil edilmemesi gerektiği görüşünü savunan karşı oy yazısındaki bazı tespit ve değerlendirmeleri isabetli bulmadığımız belirtilmelidir. Bu gerekçelerde işveren, yayımlanan işkolu tespit kararına itiraz etmemiş ise sonucuna katlanmalıdır yargısı, davanın hangi iddiayla açıldığını, dava ile ulaşılmak istenen amacı gözden kaçırmaktadır. Bakanlık o işyerinin girdiği işkolu hakkında bir belirleme yaparak karar vermiştir. İşveren bu tespite katılıyorsa zaten iş mahkemesinde bunu uyuşmazlık konusu yapmayacağı tabiidir. Davacı, işyerinin başka bir işkolunda faaliyet gösterdiğini, Bakanlık tespitinin hatalı olduğunu iddia eden bir sendikadır ve bu dava neticesinde dava kabul edilerek gerçekten Bakanlık kararındaki aksine davacının iddia ettiği işkolu yönünde bir tespit yapıldığında işverenin işyeri hakkında esasen onun katıldığı Bakanlık kararı artık hüküm ifade etmeyecektir. O halde işlemi yerinde gördüğü için dava açmayan, bu bağlamda açmakta hukukî menfaati de bulunmayan işverenin dava açmadığı için sonucuna katlanmak durumunda olduğunu söylemek çelişkidir ve mümkün değildir. Kaldı ki mesele işverenin davalı tarafta yer almasıyla ilgili olduğuna, pasif dava arkadaşlığına işaret edildiğine göre hak düşürücü süre içinde tespite itiraz etmediği halde ona yeni bir dava hakkı tanımak da söz konusu değildir ve bu yöndeki gerekçe de olaya uygun düşmemektedir.

Yargıtay'ın davalı Bakanlık ile işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığını esas alan yerleşmiş içtihatları karşısında, zorunlu dava arkadaşlığının şartlarını ayrıca inceleyerek değerlendirmek gerekmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 47. maddesindeki Kanunu Medeni mucibince müştereken dava ikame etmeleri veya aleyhlerine ikame olunması iktiza edenlerin davalarında tefrik kararı

verilemeyeceği hükmünden, hukukumuzda zorunlu dava arkadaşlığının maddî hukuk kurallarına dayandırıldığı anlaşılmaktadır⁴⁷⁶. Maddî hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılması veya aleyhlerinde ileri sürülmesini, dava edilmesini zorunlu gördüğü durumlarda zorunlu dava arkadaşlığından söz edilir (*maddî bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı*)⁴⁷⁷. Kararın tek ve aynı doğrultuda olma mecburiyeti ve çelişkili kararların engellenmesi gerekliliği zorunlu dava arkadaşlığını beraberinde getirmektedir. Bütün dava arkadaşlarına karşı uyuşmazlık konusu birden fazla değil, sadece bir hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır ve dava konusu da her biri bakımından aynıdır. Örneğin elbirliğiyle mülkiyet, adi ortaklık, miras şirketinde ya da bir taşınmazın tahliyesi gibi bölünemeyen borçlarda dava konusu üzerinde dava arkadaşlarının birliği söz konusudur. Medeni Kanun'un 702. maddesine göre elbirliğiyle mülkiyette gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir (f. 2). Adi şirketle ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun şirket kararlarının bütün şeriklerin ittifakıyla ittihat olunacağı (m. 524), şirket malları üzerinde elbirliğiyle mülkiyet kuralının geçerli olması (m. 534) gibi hükümleri maddî bakımından zorunlu dava arkadaşlığını oluşturan hallerdendir. Yine miras ortaklığında mirasçıların terekeye elbirliğiyle sahip olduklarını, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edebileceklerini düzenleyen MK 640. maddesi de zorunlu dava arkadaşlığını gerektiren hallerdendir.

İncelemekte olduğumuz işkolu tespitini amaçlayan davalarda, Bakanlık ile işveren arasında yukarıda belirtilenlerin aksine aynı, tek bir hukukî işlem ortaklığı, elbirliğiyle mülkiyet ya da bölünemeyen bir borç bulunmadığı gibi Bakanlık ile işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığını öngören herhangi bir maddî hukuk kuralı da mevcut değildir. O halde davalılar arasında *maddî hukuk sebeplerinden mecburî dava arkadaşlığının* bulunduğu söylenememektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yasa'nın kendisine verdiği göreve, yetkiye dayanarak bir idarî işlem tesis etmekte ve fakat bu işlemin özünü, yegane konusunu işverenin işyeri teşkil etmektedir. Gerek bu işlemin gerekse Bakanlık'ın işkolu tespitine ilişkin kararına karşı iş mahkemesinde dava açılması halinde yargılamanın ve verilecek hükmün

⁴⁷⁶ Maddedeki Medeni Kanun ibaresini bu Kanun'un yanısıra "diğer maddî kanunlar" olarak anlamak gerekmektedir.

⁴⁷⁷ **Ulukapı**, s. 59.

doğrudan doğruya o işyeri hakkında olacağı, işvereni ilgilendirdiği tabiidir. İşveren, bu madde uyarınca dava hakkına sahip bir “ilgili” kabul edildiğine göre, onun karşı çıkmadığı işleme yönelik olarak bir başka ilgilinin dava açması halinde davanın işverenin hukukî durumunu ilgilendirdiği, ona da husumet yöneltmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. İşverenin üye olabileceği işveren sendikası da bu tespite göre belirlenecek ya da işveren, yapılan tespitten farklı bir işkolundaki sendikaya üye ise bu üyeliği geçersiz olacaktır. Bunun yanısıra Bakanlık da o işyeriyle ilgili yetki başvurularını cevaplandırırken öncelikle yetki tespiti isteyen sendikanın o işyerinin dahil olduğu işkolunda kurulu bulunduğunu, %10'luk barajın tespitinde hangi işkoluna ilişkin istatistiği esas alacağını mahkemenin işkolu tespit hükmü doğrultusunda belirleyecektir. Dolayısıyla verilen hüküm, Bakanlık işlemlerini de etkileyip yönlendirecektir. Davalı Bakanlık ve işveren bakımından ayrı ayrı değerlendirildiğinde, dava konusunun her ikisi bakımından da aynı olduğu, o işyerinin tespit edilen işkolunda kurulu bulunmadığı, davacı tarafça ileri sürülüp tespiti istenen bir başka işkoluna girdiği iddiasına dayandığı açıktır. Bu da tek (birlikte) karar verilmesini gerektirmekte, tek karar gerekliliği de esasen aynı doğrultuda bir tahkikat ve yargılama ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır⁴⁷⁸. Bu noktada işin niteliğinden kaynaklanan *şeklî bakımından mecburî dava arkadaşılığıyla* karşılaşılmaktadır. Ancak bu dava arkadaşılığının yasada açıkça öngörülmuş gerekir. Örneğin koca tarafından açılan nesebin reddi davasında ana ve çocuğa; çocuk tarafından açılan davada ana ve kocaya karşı husumet yöneltmesi gerekliliğini öngören Medenî Kanun'un 286. maddesinde olduğu gibi. Sendikalar Kanunu ise benzer bir düzenleme içermemektedir.

Davanın sadece işkolu tespitini yapan Bakanlık aleyhine açılması kabul edildiğinde de verilecek hüküm, davanın tarafı olmayan işvereni ve diğer üçüncü kişileri bağlayacaktır. İşveren ile Bakanlık arasında halefiyet ilişkisi bulunmadığı ya da bu kesin hükmün üçüncü kişileri kapsamına dair herhangi bir açık kanun hükmü bulunmadığı halde⁴⁷⁹, o işyerinin hangi işkoluna girdiğini tespit eden kesin hükümle birlikte artık uyuşmazlık gerek davanın tarafları gerekse üçüncü kişiler bakımından

⁴⁷⁸ **Ulukapı**, s. 49.

⁴⁷⁹ Halefiyet ve açık kanun hükmü, kesin hükmün üçüncü kişilere karşı da geçerli olmasını sağlayan hallerdir (**Budak**, s. 16 vd.).

etki gösterecektir. Bu nedenle sadece Bakanlık'a karşı açılan davanın işverene ihbar edilmesi ya da işverenin fer'i müdahalede bulunması mümkündür.

İşkolu tespiti neticesinde işyerinin, tespiti isteyen sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda faaliyet gösterdiğinin tespit edilmesi halinde bu sendikanın, hukukî menfaati bulunmadığından işkolu tespitine itiraz etmesi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir tespite karşı örneğin başka işkolunda kurulu bir sendika tarafından açılan davada Bakanlık'tan tespiti isteyen sendikanın da davalı gösterilmesi gerekmektedir, verilen karar bu sendikayı da etkilemektedir⁴⁸⁰. Aynı şekilde o işkolunda (Bakanlık'ın tespit ettiği işkolunda) kurulu diğer sendikaların da davalı olarak gösterilmesi gerekir. Bir değerlendirmede, varsa "işyerinde örgütlenmiş diğer sendikalardan" söz edilmiş ise de⁴⁸¹, bize göre bu sendikaların işyerinde örgütlenmiş olmaları şartı aranmamalıdır. Sendika henüz o işyerinde üye kaydetmemiş olsa dahi, yapılacak tespit onun hukukî durumunu etkileyecek ve işyerinde örgütlenmesini, yetki başvurusunda bulunmasını engelleyecektir.

b. İşyerinin El Değiştirmesinin Taraflara ve Davaya Etkisi

Yargılama devam etmekte iken davanın tarafı olan işveren işyerini devretmiş ise; davanın tarafında meydana gelen bir değişiklik karşılıklı kalınacak ve işyerini devralan yeni işveren davaya devam edebilecektir⁴⁸². Müddeabihin temlikıyla gerçekleşen iradî taraf değişikliğini düzenleyen HUMK 186. maddeye göre, diğer taraf dilerse davanın temlik edene karşı tazminat davasına çevrilmesini dilerse davaya temlik alana karşı devam edilmesini isteyebilir. Ancak burada davanın konusu bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti olmakla, bir malla doğrudan ilgili bulunmakla birlikte o malın teslimine, verilmesine ilişkin olmadığından dava sırasında işyerinin el değiştirmesi halinde HUMK 186. maddesinin

⁴⁸⁰ 9. HD. 02.4.1996 T., 6998/9487 (**Kocabıyık, S.**, Yargıtay'ın İşkolu Tespitine İtiraz Konulu Bir Kararının İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008/Mart S. 9, s. 116).

⁴⁸¹ Bkz. **Günay**, İş Davaları, s. 1506 ve dn. 6'da anılan Yargıtay kararı.

⁴⁸² "...HUMK'nun 186. maddesi gereğince dava açıldıktan sonra her iki taraftan birinin müddeabihi başkasına temlik hakkı vardır. Dava konusu olayda; davacı (kiralayan) kiracıya karşı kira bedelinin tespiti davası açmış dava devam ederken (kiracıya kiralamış olduğu) gayrimenkulü üçüncü kişi E... 'e satıp devretmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre bu gibi durumlarda (müddeabih dava sırasında davacı tarafından üçüncü kişiye devredilirse), müddeabihi devralan üçüncü kişi, devreden davacının yerine geçer ve onun hak ve yetkilerini kullanır; yani davaya devam eder..." 3. HD. 01.5.2000 T., 3986/4069 (**Pekcanitez/Korkmaz/Meriç**, s. 347).

uygulanmayacağı, davanın tazminat davasına dönüşmesinin söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmaktayız⁴⁸³. Ayrıca işverenin değişmesi kural olarak işkolu tespitinde sonucu etkilememektedir⁴⁸⁴. Gerçekten, işyerinde sürdürülen faaliyet işyerinin devrinden etkilenmeksizin devam edebileceğinden işyerinin hangi işverene ait olduğunun ya da bir işverenden diğerine kira, satım gibi bir hukukî işleme dayalı olarak devredilmesinin sonuca etkisi bulunmaması gerekir. Ancak devralan işveren o işyerinde daha önce sürdürülen faaliyeti değiştirmiş, örneğin ticarî faaliyetini başka bir alanda sürdürmeye karar vermiş ve işyerini buna uygun olarak örgütlemiş ise eldeki dava konusuz kalacaktır. Bu yeni duruma göre işkolu tespit işlemlerinin yeniden yerine getirilmesi gerekmektedir.

3. İşkolu Tespitine İlişkin Uyuşmazlığın Bekletici Mesele Teşkil Etmesi

Toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisi ile ilgili (örneğin yetki tespitine itiraz) uyuşmazlıklarda, yetki alan sendikanın aslında işyerinin girdiği işkolunda kurulu bulunmadığı iddiasına dayalı olarak işkolu itirazı yöneltilebilir. Bu halde 2822 sayılı TSGLK m. 15 uyarınca açılan davada (yetki itirazı) öncelikle işkolunun tespiti hakkındaki uyuşmazlığın bekletici mesele olarak kabul edilip çözümlenmesi gerekir. Öyle ki, sendikanın toplu sözleşme akdetme yetkisinden önce “ehliyeti” bakımından, yapılacak sözleşmenin kapsamına girecek işyerinin dahil olduğu işkolunda kurulmuş olması ana koşuldur (TSGLK m. 12). Sendikanın toplu sözleşme yetkisinin ya da yetkisiz olduğunun tespiti davasında bir karar verilebilmesi için öncelikle işkolunun doğru tespit edilmesi gerekir ki, daha sonra o işkolundaki işçi sayısı ile, ilgili işyeri veya işletmedeki üye sayısına göre bir tespit yapılabilsin.

Ancak TSGLK 4. maddesine göre işkolu tespitinin yapılması Bakanlığın yetki ve görevine girdiğinden mahkeme derdest davada işkolu tespitini bekletici mesele niteliğinde kabul etmelidir. Yargıtay işkolunun tespiti için 4. maddeyi işletmek ve Bakanlığa başvurmasını sağlamak üzere muterize mehil verilerek bunun sonucuna

⁴⁸³ Bkz. **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, s. 3803. “Dava hisse senetlerinin aynına ilişkin bir teslim ve eda davası değildir. Konusu apel borcunun konkordato şartlarına göre eda edilmesine davalının mecbur tutulması gerektiğine ilişkin bir tespit davasıdır. Şu halde hisse senetlerinin başkasına devredilip devredilmemesi dava konusu ile ilgili değildir.” TD. 13.10.1971 T., 3150/6277 (ABD. 1972/4, s. 730-731).

⁴⁸⁴ **Çelik**, s. 376.

göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğinde içtihat etmektedir⁴⁸⁵. Yargıtay'ın işkolu tespitinin Bakanlık tarafından yapılacağına ilişkin 4. maddedeki prosedürün işletilmesini zorunlu gören kararları istikrar arz etmekte olup yetki itirazı içinde işkolu itirazının da bulunması halinde uyuşmazlığın SenK. 4. madde çerçevesinde çözülmesi zorunlu bekletici mesele halidir; çünkü işkoluna itiraz usûlü 4. maddede özel olarak ve emredici nitelikte düzenlenmiştir⁴⁸⁶.

4. İşkolu Tespitine İlişkin Esaslar

Davanın konusu bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti, bu hususta Bakanlık kararının doğru olup olmadığıdır. Dolayısıyla evrak üzerinden incelemeyle karar verilemez. Yasa'da böyle bir istisna hükmü öngörülmemiştir⁴⁸⁷. Uyuşmazlığın niteliği gereği keşif ve bilirkişi delilleri önem taşımaktadır. Uzman bilirkişilerin, sadece Bakanlık kararındaki işkolu belirlemesine göre değil, davacının iddiasında yer alan işkolu da dikkate alınarak seçilmesi isabetli olur.

İşkolu kavramında o işyerinde yürütülen asıl iş esas alınacaktır. Örneğin buzdolabı imal eden bir fabrika metal işkoluna dahildir. Nitekim İşkolları Tüzüğü'nde de işkollarına giren işler sayılmış olup, metal yapımı, her türlü maden cevherlerinin ve bunların alaşım ve karışımlarının ergitilmesi, artırılması, haddelenmesi, çekilmesi, dökülmesi ve şekillendirilmesi, çelik sanayii, madensel eşya, makina yapımı, başkaca madensel eşya ve gereç yapımı, kurma (montaj) sanayii işleri metal işkolu arasında sayılmıştır. Asıl işe yardımcı işler de asıl işin girdiği işkolundan sayılacağından, buzdolabı fabrikasının yemekhanesinde çalışan işçiler söz konusu metal işkolundaki asıl işe yardımcı nitelikte bir iş görmektedirler

⁴⁸⁵ 9. HD. 31.7.1985 T., 8207/7590 (*TÜHİS* Ocak 1986, s. 16; 9. HD. 18.01.1996 T., 10/191 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 115). Aynı yönde 9. HD. 20.01.2004 T., 23766/466 (*Çimento İşveren*, Mart 2004 s. 63).

⁴⁸⁶ **Tuncay, A. C.**, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 130-131; **Reisoğlu**, s. 199; **Şahlanan, F.**, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 77; **Centel, T.**, Toplu Sözleşme Yetkisine İtirazda İşkolunun Tespiti, Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren*, 2004/Nisan, S. 292; **Narmanhoğlu**, s. 377. Yetki itirazı sırasında işkolu tespitine ilişkin olarak mahkemece yapılacak bir inceleme yasakoyucunun amacını aşan bir uygulamaya yol açacağından mahkemenin bilirkişi aracılığıyla da olsa işkolu tespiti yapamaması gerekir. 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Bakanlık tespitinin ilgililere tebliğiyle ayrı bir dava açılıp işkolu uyuşmazlığı çözümlenmelidir (**Günay**, İş Hukuku Uygulaması, s. 541). Yasal prosedürün kısmen uygulanması söz konusu olamayacağından, ilgililere tebliğ edilmeden kasıt, herhalde tespit kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasıdır.

⁴⁸⁷ 9. HD. 29.6.1984 T., 7047/7215 (**Berksun/Eşmelioglu**, Sendikalar Kanunu Şerhi, s. 163).

ve onlar da metal işkoluna dahildir. Asıl işin belirlenmesinde o işyerinin yöneldiği amaç, işyerinin tümüyle hangi hizmeti, sonucu elde etmeyi hedeflediği önem taşımakta olup bu amacın belirlenmesinde de işin organizasyonu, yatırımın ağırlığı, çeşitli işlerde kullanılan işçi sayısı, işlerin görülmesine özgülenen çalışma süresi gibi faktörler göz önünde bulundurulur⁴⁸⁸. Yargıtay da işyerinde mal ve hizmetler için yatırım oranı ve fazlalığı, işin genel organizasyonu dikkate alınarak asıl işin belirlenip işkolunun da buna göre tespit edileceğini belirtmiştir⁴⁸⁹. İşkolu tespiti yapılırken işyeri bir şirket ise ticaret sicilindeki işgal konusu da dikkate alınır ise de, şirketin hukukî işlem ehliyetiyle ilgili olduğu için şirket sözleşmelerinde genellikle faaliyet alanları geniş tutulduğundan fiilî durumun irdelenip belirlenmesi gerekmektedir⁴⁹⁰.

İşkolu tespitinde belirleyici olan işletme değil; işyeridir. Dolayısıyla bir işletmeye dahil birden çok işyerinin her birinin ayrı ayrı hangi işkoluna girdiği önem taşımakta olup, tümü bağımsız işyerleri olarak bu işyerlerinde görülen işe göre tespit yapılması gerekmektedir⁴⁹¹. Bir işyerinde faaliyet gösteren alt işverenler, asıl işverenden bağımsız birer işveren olduklarından her bir alt işveren bakımından da işkolu tespitinin ayrı ayrı talep edilmesi gerekir⁴⁹². Yine asıl işverenle taşeronlar arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığı ileride çoğunluk tespitine itiraz ya da açılacak eda davalarında görevli ve yetkili mahkemelerce incelenip çözümleneceğinden Bakanlığın işkolu tespiti kararında bu konuda muvazaalı işlemleri de tespit etmesinin yasa ve içtihatlarla aykırı olduğuna işaret edilmiştir⁴⁹³. Ancak İş Kanunu 3. maddesi uyarınca alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını tespit eden iş müfettişi raporuna karşı iş mahkemesinde dava açılmamış veya bu dava reddedilmişse artık orada alt işverene ait görünen bir işyeri bulunmayacağından bu hükmün dikkate alınması ve o işyeri için ayrı bir işkolu tespiti yapılmaması gerekir. Esasen 3. madde uyarınca muvazaanın tespit edilmesi sonucuna göre işyeri tescili iptal edileceğinden kayden böyle bir işyerinin de

⁴⁸⁸ **Oğuzman, K.**, Hukukî Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler Toplu İlişkiler, C.I, İstanbul 1975, s. 12; **Günay**, s. 448; **Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 90.

⁴⁸⁹ 9. HD. 24.05.2005 T., 16268/19306 (özel arşiv).

⁴⁹⁰ **Kılıçoğlu**, Toplu İş Uyuşmazlıkları, s. 69.

⁴⁹¹ **Narmanlıoğlu**, s. 84-85.

⁴⁹² **Kocabıyık**, s. 115.

⁴⁹³ 9. HD. 19.7.2007 T., 2007/27214-25682 (Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008/Mart S. 9, s. 112 vd.).

bulunmaması gerekir. Bunun yanısıra, daha önce o işyerindeki alt işverenlik uygulamalarıyla ilgili inceleme yapılmamış ise, 3. madde gerektiğinde alt işverenlik sözleşmesinin iş müfettişlerince incelenbilmesini kabul ettiğinden, Bakanlık'ın işkolu tespiti yaparken bu hususta bir ihtiyaç hissetmesi üzerine muvazaa yönünden inceleme yapmasının mümkün olduğu, eğer bu yol izlenmişse muvazaa tespitinin 3. madde uyarınca kesinleşmesinin de beklenmesi gerektiği görüşündeyiz. Tüm bu işlemlerin ise zaman zaman gerek işkolu tespitini gerekse toplu iş sözleşmesi yetki prosedürünü daha da uzattığı önümüzdeki dönemde gözlenebilecektir.

II. GENEL KURUL KARARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TESPİTİ DAVASI

Sendikaların karar alma organı genel kuruldur ve genel kurul sendikaların zorunlu organlarındadır (2821/m. 9). Organların seçimi, tüzük değişikliği, yönetim ve denetleme kurulu raporlarının görüşülmesi ve bu kurulların ibrası, yönetim kurulunca hazırlanan bütçenin görüşülüp aynen veya değiştirilerek kabulü, gerekli taşınmaz malların satın alınması veya mevcut taşınmazların satımı konusunda yönetim kurulunun yetkilendirilmesi, konfederasyonlara üye olma veya üyelikten çekilme, şube açma veya bu konuda yetki verme, şubeleri kapatma ve birleştirme, aynı türden olmak şartıyla bir başka sendika ya da konfederasyona katılma ya da birleşme, sendika ve konfederasyonun uluslararası işçi veya işveren kuruluşlarına üye olması veya üyelikten çekilmesi, fesih, delege seçimlerinde uygulanacak esasların kanuna aykırı olmamak üzere düzenlenmesi ile mevzuat veya tüzüklerinde genel kurulca yapılması belirtilen diğer işlerin yerine getirilmesi ve başka bir organa bırakılmamış konuların karara bağlanması genel kurulun yetki ve görevleridir (Sendikalar Kanunu m. 11)⁴⁹⁴. İşçi ve işveren kuruluşlarının en üst organı olan ve çok geniş, önemli yetkileri haiz genel kurul kararları, kuruluşun işlem ve faaliyetini şekillendirmektedir. Genel kurul kararları yargı denetimine tâbi olup, kararlara karşı hukuka uygunluk denetimi yaptırılabilir ve kararın kanun ve/veya tüzük hükümlerine aykırı olduğunun tespiti istenebilir. Genel kurul kararları sendikanın işleyişine, pek

⁴⁹⁴ Şube genel kurullarının yetkileri daha sınırlı olup, örneğin malî ibra yetkisi yoktur. Şube genel kurullarının organ seçimi, kurul raporlarının görüşülmesi gibi yetkileri bulunmaktadır (Sendikalar Kanunu m. 11/son f.).

çok hukukî işleme yön verip temel teşkil ettiğinden bu kararlarla ilgili tereddütlerin bir tespit hükmüyle giderilmesinde menfaat vardır. Böyle bir dava genel kurul toplantısının hukuka uygun olup olmadığı noktasında doğacak duraksamaların ortadan kaldırılması, sendika içi istikrarın sağlanması açısından yararlıdır⁴⁹⁵. Diğer yandan “genel kurul kararlarının iptali” Medeni Kanun’un 83. maddesine göre (Sendikalar Kanunu’nun 63. maddesinin atfıyla), toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına katılmayan her üye tarafından karar tarihinden; toplantıda hazır bulunmayan üye tarafından kararı öğrenmesinden başlayarak 1 ay ve her halde karar tarihinden itibaren 3 ay içinde mahkemeye başvurmak suretiyle istenebilir iken, maddenin son fıkrasında genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumların saklı olduğu belirtildiğinden tespit davası bu sürelerle bağlı olmaksızın açılabilir.

Sendikalar ve dernekler gibi bir diğer özel hukuk tüzel kişisi olan ticaret şirketleri bakımından ise TTK 381 vd. maddeleri ile genel kurula katılma hakkı bulunmayanların karara iştirak etmeleriyle ilgili m.361/3. fıkradaki düzenlemeler yine genel kurul kararlarının yargısal denetimine ilişkindir. Bu maddelerle iptal edilebilirlik hali düzenlenmiş, yokluk ve butlan halleri genel hükümlere bırakılmıştır. Genel kurul kararının içeriği, açıkça kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı yahut konusu imkânsız ise, baştan itibaren hükümsüz olan bu kararın hükümsüzlüğünün tespiti, kararın geçersiz sayılmasında menfaati bulunan herkes tarafından talep edebilir; karar lehinde oy kullanılması veya karara muhalefet edilmemesi butlanın tespiti konusunda açılan davanın dinlenilmesine engel değildir⁴⁹⁶. Yokluk ve butlan hallerinde, ortada iptale konu bir karar da

⁴⁹⁵ **Sahlanan, F.**, Sendikaların İşleyişlerinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, İstanbul 1980, s. 236; **Narmanlıoğlu**, s. 139. Yargıtay da bu konuda açılacak bir tespit davasına cevaz vermekte ve hükmün genel bağlayıcını kabul etmektedir. “Kişisel iş ilişkisinden farklı olarak çok taraflı oluşan bir kongrenin yapılışına ve kararlarına ilişkin olan yasalara uygunluk veya aykırılık tespitleri üyelere her biri ve sendika tüzel kişiliği bakımından bağlayıcıdır. Kongrede doğan statüsel durum üyeler yönünden farklı yorumlanamaz; burada önemli olan kongrenin kamu düzenine ilişkin yasalara ve sendika ana tüzüğüne uygun olarak yapıp yapılmadığının saptanmasıdır” 10. HD. 17.9.1976 T., 6679/5907 (YKD. Ocak 1977, S. 1, s. 71 vd.).

⁴⁹⁶ **Kaplan, T. E.**, Sendika Genel Kurul Kararlarının İptali Davası ve Şartları, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/18_emine_tuncay_kaplan.pdf, s. 256; **Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1982, s. 374 vd. **Moroğlu, E.**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 1993, s. 111.

bulunmadığından bu durum ancak bir tespit davasına konu olabilir⁴⁹⁷. Medenî Kanun'un 83. maddesi bu halde iptal edilebilirliğin aksine herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir. Ne var ki, hükümsüzlüğün her zaman ileri sürülebilmesinin yaratacağı hukukî güvensizlik nedeniyle hükümsüzlük dar yorumlanmalı ve bir kararın tâbi olduğu yaptırım bakımından tereddüt halinde kararın iptal edilebilir olduğu kabul edilerek buna ilişkin süre ve maddî şartlar doğrultusunda sonuca ulaşılmalıdır⁴⁹⁸.

Diğer yandan bir genel kurul kararının geçerli olduğunun tespiti istenemez⁴⁹⁹. Geçerli bir kararın hüküm sonuç doğurması için bunun ayrıca bir mahkeme hükmüyle tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır ve dolayısıyla böyle bir talepte hukukî menfaat yoktur.

III. SENDİKA ÜYELİK BAŞVURUSUNUN REDDİ VE ÜYELİKTEN ÇIKARMA KARARLARINA KARŞI AÇILAN DAVALAR

Genel olarak üyelik, üye ile topluluk arasında çeşitli hak ve yükümlülükler meydana getiren hukukî ilişki olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Anayasa'nın sendika kurma hakkını düzenleyen 51. maddesi, aynı zamanda pozitif ve negatif sendika özgürlüğüne de yer vererek çalışanlar ve işverenlerin önceden izin almaksızın...sendikaya üye olma ve üyelikten çekilme haklarına sahip olduğu, hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı ilkesini getirmiştir (f. 1). 3. fıkraya göre, sendika hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usûller kanunda gösterilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesine göre, sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz (f. 1). Aynı madde 3. fıkrasında, işçi sendikası üyeliğinin işçinin beş nüsha olarak doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen

⁴⁹⁷ Genel kurul öngörülen yetersayıda toplanamadığı halde karar almışsa, alınan bu karar geçersiz yani batıldır. Batıl kararların iptali değil, batıl olduğunun tespiti istenir. 11. HD. 24.9.1993 T., 5419 E., 5826 K. (Eriş, G., Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 480).

⁴⁹⁸ Kaplan, s. 257; Poroy, s. 376.

⁴⁹⁹ 11. HD. 17.11.1988 T., 3919 E., 6845 K. (Eriş, s. 467).

⁵⁰⁰ Tuncay, C., İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, s. 103.

“yetkili organın kabulü ile” kazanılacağı, üyelik başvurusun sendika tarafından en çok 30 gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik isteminin kabul edilmiş sayılacağı öngörülmüştür. Aynı usûl ve esaslar maddenin 5. fıkrasında işveren sendikaları bakımından da benimsenmiştir.

Bireyin sendikaya üye olabilme, dilediği sendikaya üye olabilme ve bir sendikadan ayrılmaya zorlanamama, üye olduğu sendikada kalma özgürlüğünü içeren olumlu sendika özgürlüğü, sendika tarafından üyelik başvurusunun reddedilmesi ya da üyelikten çıkarma kararlarına karşı yargı denetiminin işletilebilmesiyle de güvence altına alınmıştır. Sendikalar Kanunu’nun 22. ve 25. maddelerinde sendikanın bu yöndeki kararlarına karşı dava hakkı düzenlenmiştir. Aşağıda bu davalar işçi sendikasına üyeliğin reddi ve üyelikten çıkarma kararları bağlamında incelenmiş olup, konunun işverenler bakımından aynı maddelerde paralel şekilde düzenlendiği belirtilmelidir.

1. Üyelik Başvurusunun Reddine Karşı Açılan Davalar

a. Genel Olarak

Sendika, her üyelik isteğini kabul etmek zorunda olmadığı gibi kendi varlığı veya amaçları açısından zararlı bulduğu bir üyesini de çıkarma yetkisine sahiptir. Fakat aynı zamanda olumlu sendika özgürlüğü ile diğer üyelik hakları ve sendikanın varlığını koruyup faaliyette bulunma hakları arasında öyle bir denge kurulmalıdır ki, pratik uyum ilkesinin ışığında her hak mümkün olduğunca normatif etkinlik kazanabilsin. Yasakoyucu sendika kararlarına karşı dava hakkı tanıyarak bireyin serbestçe sendikaya üye olma hakkı ile sendikanın üyeliği kabul özgürlüğü arasında makul bir denge kurmuştur.⁵⁰¹

Sendikaya üyeliği, üyelik iradesini ortaya koyarak sendikaya başvuru ve bu başvurunun yetkili organ tarafından kabul edilmesi ile kazanıldığından bu ilişkinin sözleşmeler gibi icabın muhatap tarafından kabulüyle kurulduğunu söyleyebiliriz. Ancak borçlar hukukundan farklı olarak burada sendikaya açık bir red külfeti

⁵⁰¹ Eyrenci, Sendikalar, s. 45; Şahlanan, Örgütlenme Hakkı, s. 1673.

yüklenmiş olup, yasada başvurunun en çok 30 gün içinde reddedilmemesi halinde üyelik isteminin kabul edildiği sonucu benimsenmiştir. O halde sendika üyeliğinin kazanılmasında susma, kabul sayılmaktadır. Oysa borçlar hukukunda kural olarak, susma ne müspet ne menfî ne de zımnî bir irade açıklamasıdır ve icapçı tek taraflı irade beyanıyla susmanın kabul sayılacağını öngörmüş olsa dahi bununla sözleşme kurulmuş sayılmaz⁵⁰². Ancak bazı hallerde yasa gereği muhatap cevap verme yükümlülüğü altında olduğundan icap reddedilmedikçe sözleşme kurulmuş sayılır⁵⁰³. Bunun tipik bir örneği, Borçlar Kanunu'nun 387. maddesindeki vekalet akdinin kurulmasına ilişkin düzenlemedir. Öyle ki, vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmî bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır. Yine hukuk düzeni bazı hallerde emredici kurallarla sözleşme özgürlüğüne müdahale ederek sözleşmenin kurulmasını ancak bir kısım haklı nedenler dışında muhatabın engelleyemeyeceğini, icabın kabul edilmesi zorunluluğunu öngörmüş olabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında 4077 Sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince, üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilmesi halinde satıcının bu malların satışından veya hizmet sağlamadan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağı kuralı gibi. İş Kanunu'nun 31. maddesine göre de, herhangi bir askerî ve kanunî ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevlerin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bu kimseleri eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla almak zorundadır.

İşçi, sendika üyesi olmakla aynı zamanda bir hukukî statü de kazanmakta, üye olduğu sendikanın daha önceden hazırlanıp, objektif kuralları belirlenmiş tüzüğüne tâbi olmaktadır. Bu durum, ilişkinin kurulmasının esasen bir sözleşme niteliği taşımasını etkilememektedir. Zira her sözleşmenin taraflarca önceden müzakere edilerek koşullarının birlikte belirlendiği de söylenememektedir (Tip sözleşmelerde ya da çalışma koşullarının toplu sözleşmeyle belirlendiği bir işyerinde işe başlayan

⁵⁰² Eren, s. 230.

⁵⁰³ Zevkliler, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s. 355; Eren, s. 230.

bir işçinin durumunda olduğu gibi). O halde sendika üyeliği sadece bir hukukî statüye girme⁵⁰⁴ olmayıp, sözleşme niteliğinde bir işlemdir⁵⁰⁵.

Sendikanın üyelik başvurusunu kabul etmek zorunda olmadığı, üyeliğin başvuruyla birlikte otomatik olarak kazanılmayacağı 22. maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Sendika üyeliği, şekli şartlara uygun bir başvurunun sendikanın yetkili organınca kabulü yahut 30 gün içinde reddedilmemesi halinde kazanılmaktadır. Aynı maddede dava hakkı da haklı bir sebep gösterilmeksizin üyelik başvurusu kabul edilmeyen başvuru sahibine tanınmıştır. Buna göre, işçi red kararının kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde iş mahkemesinde dava açabilecektir.

274 sayılı eski Sendikalar Kanunu'nda (m. 5) üyeliğe kabul isteğinin reddedilmesine karşı ilgilere dava hakkı tanınmamıştı. O dönemde bazı Yargıtay kararlarında ve doktrinde üyeliğe kabul özgürlüğü ilkesini esas alan değerlendirmelere göre, sendikaya üye olup olmama serbestisi gibi sendika da yapılan başvuruları kabul edip etmeme serbestisine sahiptir. Belli bir amaç için bir araya gelenlerin bu amacı koruma hakkı bulunduğu gibi sendikalara derneklere ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir ve üyeliğe alınmayı dava yoluyla isteme hakkı bulunmamaktadır⁵⁰⁶. Buna karşılık *Tuncay* ise, başvurusu kabul edilmeyen işçinin dava hakkı olması gerektiğini, ekonomik yönden güçsüz işçiyi işverene karşı koruma görevini üstlenmiş, sınırlı gelirle yaşamaya çalışan kitlelerin ekonomik, sosyal ve meslekî çıkarlarını koruyup gözeterek sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine de yardımcı olan sendikaların sahip oldukları yetkileri kötüye kullanarak işçileri zarara sokmalarına cevaz verilemeyeceğini, bir sendikanın ancak varlığını ve amacını tehlikeye sokacak önemli sebepler varsa üyeliği reddedebileceğini, bu noktada karşılıklı çıkarları tartarak hangisinin üstün olduğuna

⁵⁰⁴ Bu görüşte **Özsunay, E.**, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1974, s. 167; **Doğanay, Ü.**, *Hükmî Şahıslar*, İstanbul 1969, s. 63.

⁵⁰⁵ **Tuncay**, *Sendika Üyeliği*, s. 112 vd.; **Tuğ, A.**, *Sendikalar Hukuku*, Ankara 1992, s. 111, 123 vd.; **Akıpek/Akıntürk**, s. 635.

⁵⁰⁶ **Esener, T.**, *Sendika Hukuku*, Ankara 1972, s. 74. Derneğe üyelikle ilgili olmak üzere bu yönde görüş **İnan, N.A.**, *Cemiyetlerde Azalık Sıfatının Kazanılması ve Kaybı*, AÜHF. 1960/1-4, C. XVII, s. 378. Bununla beraber, sendikanın geçerli bir sebebe dayanmaksızın üyeliği kabul etmemesi halinde, hakkın kötüye kullanılması ileri sürülerek bir dava yolunun açık bulundurulmasının doğru olacağı ileri sürülmüştür (**Esener**, *İş Hukuku*, s. 346).

karar verecek bağımsız yargı oranına ihtiyaç duyulduğunu, sendika üyeliği kabul edilmeyen bir kimsenin bu karara karşı mahkemeye başvurabilmesinin sendikaların kuruluş ve işleyişine hakim, anayasal bir ilke olan demokratik esaslara uygunluğun da bir gereği olduğunu savunmuştur⁵⁰⁷.

b. Taraflar

Davacı sıfatı, işçi sendikalarına üyelik başvurusu halinde talebi reddedilen işçiye (işveren sendikasına üyeliğin reddi halinde işverene) aittir. Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesine göre onaltı yaşını doldurmuş işçiler sendikaya üye olabilirler. Onaltı yaşından küçüklerin üyeliği kanunî temsilcilerinin yazılı iznine bağlıdır. Medenî Kanun'a göre erginlik, onsekiz yaşın tamamlanmasıyla başladığından (MK m. 11), henüz ergin olmayan bir işçinin üyelik başvurusunun reddi halinde bu işçinin dava ehliyeti bulunup bulunmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. Dava ehliyeti medenî hukuktaki fiil ehliyetine göre belirlenir (HUMK m. 38). Ancak Kanun'un sınırlı ehliyetsizlere kendi başlarına hukukî işlem yapma ehliyeti tanıdığı hallerde dava ehliyeti de bulunmaktadır⁵⁰⁸. Örneğin Medenî Kanun'un 453. maddesi uyarınca kendisine vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatı yürütmek için izin verilen vesayet altındaki kişi, bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya da yetkilidir. Sendikalar Kanunu onaltı yaşını dolduran işçiye tek başına, yasal temsilcisinin iznine bağlı kalmaksızın sendikaya üye olma ehliyeti tanıdığına göre başvurusu kabul edilmeyen bu işçi 22. maddeye göre açacağı davada, dava ehliyetine de sahiptir.

Bir derneğe üye olma hakkı gibi, sendikaya üye olma da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁵⁰⁹. Sınırlı ehliyetsizler kural olarak bu nitelikte haklarını tek başlarına kullanabilir iseler de (MK m. 16/I), hukuk düzeni bazı hallerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasını da yasal temsilcinin iznine bağlı tutmuştur (erken evlenme yaşında evlenmeye izin gibi). Onaltı yaşından küçükün sendika üyeliği de yasal temsilcinin iznine bağlıdır (Sen K. m.20/1). O halde burada belirleyici olan

⁵⁰⁷ **Tuncay**, Sendika Üyeliği, s. 226 vd.; Aynı yönde **Şahlanan**, Demokratik İlkelere Uygunluk, s. 68 vd.

⁵⁰⁸ **Konuralp**, s. 78; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 200.

⁵⁰⁹ **Zevkliler, A.**, Medeni Hukuk, Ankara 1992, s. 597; **Çelik**, s. 340 vd.

hakkın şahsa bağı niteliği değil, bu hakkın kullanılmasında maddî hukukun getirdiği belirlemedir. Onaltı yaşından küçük işçinin bu şahsa bağı hakkını kullanması açısından fiil ehliyeti sınırlanmış olup dava ehliyeti de bu minvalde değerlendirilmelidir. Buna göre, yasal temsilcisi dava açmak ve takip etmek için mümeyyiz küçüğe yetki verebilir ya da onun tarafından açılmış davaya icazet verebilir. Bu şekilde sınırlı dava ehliyetinin kabulü, maddî hukukun yasal temsilcinin iznine bağı, sınırlı bir fiil ehliyeti tanınmasının doğal sonucudur⁵¹⁰.

Davada husumet, başvuruyu kabul etmeyen sendikaya karşı yöneltilenektir.

c. Red Kararının Yargısal Denetimi

aa. İşlemden sebep gösterme zorunluluğu

Haklı bir sebep gösterilmeden üyelik başvurusunun reddedilmesi halinde tanınan dava hakkı sebep gösterilmeksizin verilen ret kararları için evleviyetle mevcuttur. Mahkemenin inceleyeceği ret kararında gösterilen sebebin haklı olup olmadığıdır ve bu, sendikanın başvuruyu reddettiği tarihteki olgulara göre yapılacaktır. Sebebin belirlilik kazanıp değiştirilememesi bakımından kanımızca sendikanın ret kararında gerekçe göstermek zorunda olduğu, aksi takdirde işlemin geçersiz olacağı söylenmelidir; ki böyle bir ihtimalde davanın kabul edilmesi gerekmektedir. Sendikalar Kanunu, irade beyanının üyeliğin kazanılmasını engelleyecek güçte olabilmesi için sebep gösterilmesini dahi yeterli bulmamış, bunun haklı neden olmasını aramıştır. Çoğun içinde az da vardır prensibi gereğince herhangi bir neden gösterilmemesi halinde Yasa'nın aradığı esasa uygun bir ret beyanından söz edilmemelidir. Sendika, ret beyanının sebebinin mahkemeden önce muhatap başvuru sahibine açıklamalıdır. Buna karşılık, sebep gösterme yükümlülüğünün daha sonra yerine getirilebileceği, üyelik istemine ilişkin ret gerekçesinin açılacak davada gösterilebileceği görüşü de ileri sürülmektedir⁵¹¹.

⁵¹⁰ Kuru, C. I., s. 1046.

⁵¹¹ Okur, Z., İşçinin Sendikaya Üye Olma Hakkının Üye Olmak İsteddiği Sendikaya Karşı Korunması, *LEGAL İSGHD*, 2005/6, s. 557.

bb. İçerik denetimi

Gösterilen nedenin haklı olup olmadığı yargısal denetime tâbidir. Başvuru sahibinin kanun ve sendika tüzüğünde belirtilen koşulları haiz olmasına rağmen ahlaka aykırı şekilde, sırf o kişiye zarar vermek kastıyla ya da ırk, din, mezhep, cinsiyet, siyasî görüş gibi ayrımcı nedenlerle üyelik başvurusunun kabul edilmemesi haksız bir sebep olarak nitelenir⁵¹². Sendikanın başvuruyu tüzüğünde yer alan bir düzenlemeye dayalı olarak reddetmesi halinde, bu düzenlemenin de mahkeme tarafından incelenip hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Sendikalar Kanunu'nun 7. maddesine göre sendikaya üye olmanın şart ve şekillerinin sendika tüzüğünde belirtilmesi zorunludur (b. 5). Dolayısıyla, ret kararlarında Sendikalar Kanunu'nun yanısıra ağırlıkla sendika tüzüğüne dayanılacağından buna karşı açılacak davada mahkeme, esasen tüzüğün ilgili hükmü hakkında bir hukuka uygunluk ve içerik denetimi de yapmaktadır. Sendikanın üyelerde aranacak şartları belirleme serbestisi⁵¹³ bulunmakla birlikte, tüzükler Cumhuriyet'in nitelikleri ile demokratik esaslara aykırı olamaz (Anayasa m. 51/son, Sendikalar Kanunu m. 6/f.6). Aynı esas Sendikalar Kanunu'nun 37. maddesinde temel yasaklar arasında sayılmış olup, sendika ve konfederasyonların yönetim ve işleyişleri Anayasa'da belirlenen Cumhuriyet'in niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz (f. 1). Tüzüğe konmuş "*herhangi bir suçtan hüküm giymemiş olma*" şartı da sosyal devlet ve sendika özgürlüğü ilkelerine aykırı olduğundan geçerli bir düzenleme ve dolayısıyla üyeliğe kabul edilmeme bakımından haklı sebep olarak görülemez⁵¹⁴. Sendika gelirlerinin hangi kalemlerden ibaret olacağı Kanun'un 40. maddesinde, üyelik aidatı, dayanışma aidatı, Kanun'a göre yapabilecekleri faaliyetler ile eğlence, konser gibi faaliyetlerden sağlanacak gelirler, bağışlar, mal varlığı gelirleri, mal varlığı değerlerinin devir, temlik ve satışlarından doğan kazançlar olarak sayıldığına göre

⁵¹² **Tuncay**, Sendika Üyeliği, s. 230; **Eyrenci**, Sendikalar, s. 113; **Tuğ**, s. 125.

⁵¹³ 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında ILO Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de bu serbestiye yer verilmiştir.

⁵¹⁴ **Şahlanan**, Demokratik İlkere Uygunluk, s. 76-77. **Tuncay** ise, ağır hapis veya yüz kızartıcı suçlar gibi toplumda tepkiyle karşılanıp kamu vicdanını incitecek nitelikte suçtan hüküm giyme durumunda bu tür sınırlamaların haklı görülebileceğini belirtmektedir (**Tuncay**, Sendika Üyeliği, s. 202). Oysa Sendikalar Kanunu yüz kızartıcı suçlar ve ağır hapis cezasına mahkum edilmemiş olmayı içeren sınırlama kaydını sendika kurucuları bakımından aramış (m. 5/I), üyeliğe ilgili olarak böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. O halde sınırlama hükmünün üyeliğe kabul şartlarına teşmil edilmemesi gerektiği kanaatiyle ilk görüşe katılmaktayız.

üyeliğe girişte belli bir miktar ödeme yapılmasının kararlaştırılması ve bunun ödenmemesi sebebiyle üyelik başvurusunun reddi kanımızca haklı bir neden değildir. Üyelik başvurusunda bulunan kişinin bir sendika yöneticisine rakip olarak görülmesi sebebiyle üyeliğin reddedilmesi de haksız bir nedendir⁵¹⁵.

Ret gerekçesinin haklı olduğunu ispat yükü davalı sendikadadır⁵¹⁶. Kanun'un öngördüğü sistem, en çok otuz gün içinde başvurunun reddedilmemesi halinde, üyeliğin kazanılmış olduğudur. Üyeliğin kazanılmadığını, zira bunun için haklı bir ret nedeninin bulunduğuna ilişkin olguları davalı ileri sürdüğüne göre, 22. maddenin davalı sendikaya tanıdığı üyeliği kabul özgürlüğünün kullanılmasına dair koşul vakıanın gerçekleştiğini davalı ispatlamalıdır. Davacı, sadece inkâra dayanmaktadır. Sendika ret gerekçesini ortaya koyup bunu ispatladığında, davacı üyelik talebinin reddedilmesinin gerçekte bir başka nedene dayandığını iddia ederek karşı ispat faaliyetine girişebilir. Böylelikle sendika tarafından gerçekleştirilen ispat faaliyetinden sonra hakimde oluşan geçici kanaati sarsmak veya çürütmek amacı güdülür⁵¹⁷. Bu ise, asıl ispat sonucunu sarsacak, üyeliğin reddinin gösterilenden başka bir nedene dayalı olduğuna dair ileri sürülen yeni vakıaların ispatıyla gerçekleşen dolaylı karşı ispattır⁵¹⁸.

d. Davanın Niteliği

Bu dava, sendikanın üyelik başvurusunu ret beyanına karşı açılan bir dava olup, doktrinde davanın kabulü hükmünün, sendika yetkili organının kabul beyanı yerine geçtiği ve böylelikle üyeliğin kazanıldığı belirtilmektedir⁵¹⁹. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 894. paragrafının benimsediği temel çözüme göre, borçluya bir irade beyanında bulunma yükümlülüğü getiren bir hüküm kesinleşir kesinleşmez bu beyanın yapıldığı varsayılır⁵²⁰. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzda ise bu yönde genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Medenî Kanun ve Borçlar

⁵¹⁵ Tuğ, s. 126.

⁵¹⁶ Şahlanan, Sendikalar, s. 166; Tuğ, s. 126; Okur, s. 557.

⁵¹⁷ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 439-440.

⁵¹⁸ Atalay, s. 6.

⁵¹⁹ Şahlanan, Sendikalar, s. 166; Berksun/Eşmelioglu, Sendikalar Kanunu Şerhi, s. 416; Tuğ, s. 126; Okur, s. 557. *Tuncay*, burada mahkemenin sendikaya üyeliği kabul zorunluluğu, bir diğer ifadeyle sözleşme yapma zorunluluğu yükleyebilmesi gerektiğine işaret etmektedir (*Tuncay*, Sendika Üyeliği, s. 230).

⁵²⁰ Musielak, s. 421-422.

Kanunu'nun birkaç maddesinde benzer sonuca ulaşıldığı görülür. Örneğin alacağın mahkeme kararıyla temlikinde, başkaca bir işleme ve önceki alacaklı tarafından kabul beyanında bulunulmasına dahi gerek bulunmaksızın alacağın temliki üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (BK. m. 164). Burada alacağın temliki vaad edilmesine rağmen, tasarruf işlemi olan temlik gerçekleştirilmediğinde mahkeme kararıyla önceki alacaklının kaçındığı temlik sağlanmakta ve hüküm, bu alacaklının temlik beyanı yerine geçmektedir⁵²¹. Benzer şekilde Medenî Kanun'un 716. maddesinde düzenlenen tescili isteme hakkı uyarınca, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir (f. 1). Bu tür davalar Yasa'da açıkça düzenlenen inşâî bir hakka dayanan davalar olup, verilen hüküm de inşâî hükümdür⁵²².

Sendikalar Kanunu 22. maddesindeki davanın inşâî bir dava mı tespit davası mı olduğunu belirleyebilmek için ise konuya biraz daha yakından bakmak gereklidir. Bilindiği gibi inşâî davaların en önemli özelliği inşâî bir hakka dayanmasıdır⁵²³. Dava bakımından önem taşıyan husus, davacının özel hukukun karakteristik özelliklerini taşıyan, doğrudan doğruya maddî hukuk karakterli bir inşâî hakkından kaynaklanmasıdır ve dava sonucunda vereceği kararlar mahkeme, davacının maddî hukuka özgü bu inşâî hakkına işlerlik kazandırmaktadır. Örneğin boşanma davasında, eşlerin boşanmaya yönelik hakkının, boşanma hakkının bulunması ve özel sebeplerden dolayı bu hakkın ancak dava yoluyla kullanılabilmesinde olduğu gibi. İnşâî davanın kaynaklandığı inşâî hak özünde, nitelikçe basit bir beyanla kullanılacak fesih, iptal, rücu hakları gibi haklardan farklı nitelikte değildir; sadece bu hak, ancak dava yoluyla kullanılabilir⁵²⁴. O halde, bir davanın inşâî dava olduğuna karar vermek, davayı bu şekilde nitelenmek için asıl ve öncelikle

⁵²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 265.

⁵²² Önen, s. 87. "...(eski) Medeni Kanunun 642nci maddesi uyarınca hakimden verdiği hüküm, hukukî mahiyette yenilik doğuran (inşâî veya ihdasî) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan davacı, her zaman tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere icra memuruna veya 642 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce doğrudan doğruya tapu memuruna başvurabilir." İBK 11.02.1959 T., 1958/10 E., 1959/12 K. (RG. 29.04.1959 T., S. 10194).

⁵²³ Önen, s. 56; Sungurtekin Özkan, M., İnşâî Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Ocak 2004, s. 553 vd.

⁵²⁴ Önen, s. 57-59.

bakılması gereken davacının bir inşâî hakkını kullanmasına işlerlik kazandırılıp kazandırılmadığıdır. Sendika üyelik başvurusunun reddine ilişkin Sendikalar Kanunu 22. madde uyarınca açılan davaları inşâî dava olarak niteleyen görüş, kanımızca bu yönü gözden kaçırmaktadır ve sendikanın üyeliği kabul yetkisi taşıyan taraf olmasından, davanın üyeliğin kabul edilmemesiyle ilgili olmasından etkilenmektedir. Oysa bize göre, inşâî davayla ilgili olarak burada aktardığımız esaslardan dolayı, davadan önce tarafların durumuna ve davaya konu meselede maddî hukuk bakımından kimin inşâî hak sahibi olduğuna bakmak gerekir. Sendika üyeliğinin kazanılmasında davacı sadece bu hususta başvuru yapan, icapta bulunan bir kimsedir ve hukukî ilişkiyi kuran, üyelik statüsünü kazandıran beyan, iki taraflı her hukukî işlemde olduğu gibi, icap değil; kabul beyanıdır. Kabul beyanında bulunacak olan, konumuz bakımından önem taşıyan inşâî hak davacıya değil, sendikaya aittir. O halde 22. maddeye göre davacının bu davayı ikame etmesinde söz konusu ilişkiyi kuran inşâî hakkı bulunmamaktadır. Sendikal hakların önemine binaen ona tanınan, sendikanın üyeliğe kabul yetkisini kullanmasını hak arama özgürlüğü bağlamında mahkemeye denetletmekten ve üyeliğin kazanıldığını tespit ettirmekten ibarettir. Böylece üyeliğe kabulün haklı bir nedene dayanmadan reddiyle sendikaların keyfî şekilde bireylerin pozitif sendika özgürlüğünü ihlal etmelerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Sendikaya yönelttiği icabı reddedilen davacı, üyelik ilişkisinin tesisinde kurucu inşâî hakkın sahibi olmadığına göre, dava sonunda verilen kabul hükmüyle davacının inşâî hakkına işlerlik kazandırılması da söz konusu değildir. Mahkemenin hukuka uygunluk denetimiyle sendikanın icabı kabul etmemesinin tüzük veya kanun hükümlerine göre haksız olduğu, haklı bir nedene dayanmadığı ve üyelik ilişkisinin mevcudiyeti tespit edilmektedir.

Sendikalar Kanunu 22. maddeye göre, sendikanın açık bir kabul beyanında bulunması üyeliğin kazanılması için zorunlu olmayıp başvuru otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır. Bu hüküm bir fiksiyondur; yasakoyucu susma veya eylemsizliğe örtülü bir kabul sonucu bağlamaktadır⁵²⁵. Sendikayla başvuran arasında üyelik ilişkisinin kurulması için açık bir kabul beyanına, sendikanın üyeliği kabul iradesini açıklamasına ihtiyaç

⁵²⁵ Bkz. **Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri, s. 156.

bulunmadığından belirleyici olan ve üyeliğin engellenmesi için yasa gereği açıklanması gereken, icabın reddidir. Bir diğer ifadeyle üyeliğin kazanılmamasının şartı, haklı bir sebeple üyeliğin kabul edilmemesidir. Üyelik, başvuru otuz gün içinde haklı bir neden olmaksızın reddedilmişse zaten kazanılmıştır ve mahkemenin de varolan bir hukukî ilişkiyi tekrar kurmasından söz edilemez. Ortada mahkemece tespit edildiği üzere haklı nedene dayanan bir red beyanı bulunmadığına göre bu tespitin özünde mündemiç olan, üyeliğin dava tarihinden önce kazanılmış olduğu, zaten taraflar arasında üyelik ilişkisinin mevcudiyetidir. Bu özelliğiyle de verilen hüküm, ihdasî değil izharîdir.

Üstelik, inşaî davadan söz edebilmek için bir hukukî ilişkinin doğması, ortadan kaldırılmasına yönelik inşaî hakkın mutlak surette hakim kararı ile olması gerekmektedir. Öyle ki taraflar anlaşsalar bile bir evliliği sona erdiremezler, evlilik birliği içinde doğmuş çocuğun babasının koca olmadığını kabul edip soybağını ortadan kaldıramazlar. İnşaî davalar bu durumlarda inşaî hakkın kullanılması için açılan davalardır⁵²⁶. Oysa sendika üyeliği böyle bir mahkeme hükmüne ihtiyaç göstermeksizin kazanılır.

Yine davanın reddi ihtimalinden hareket edildiğinde, dava bir inşaî dava olsa idi bu red hükmü ile davacının iddia ettiği inşaî hakkının mevcut olmadığı tespit edilmiş olurdu⁵²⁷. Bu davada ise davacının inşaî hakkının bulunmadığı değil, sendikanın red kararının hukuka uygun olduğu, haklı nedene dayandığı tespit edilmiş olmaktadır.

Ayrıca inşaî hükümler kural olarak ileriye etkili sonuç doğurduklarından, davacının sendika üyeliğini mahkeme kararıyla kazandığı kabul edilirse, işçi yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinden de bu kararla birlikte ve “üyeliğinin işverene bildirildiği tarihten itibaren” (2822/m.9) yararlanabilecektir. Oysa tespit davası niteliği benimsendiğinde, işçinin geçmişe dönük şekilde toplu sözleşmeyle sağlanan haklardan yararlanması, sendikanın keyfî red kararı ve uzun dava süreci nedeniyle uğrayabileceği maddî kayıpların da önüne geçilmesi sağlanabilecektir.

⁵²⁶ Önen, s. 59; Kuru, s. 9.

⁵²⁷ Kuru, s. 11.

2. Üyelikten Çıkarma Kararına Karşı Açılan Davalar

a. Genel Olarak

Sendikalar Kanunu'nun 25. maddesine göre; üyenin sendika veya konfederasyondan çıkarılma kararı genel kurulca verilir. Çıkarma kararı çıkarılana, Bölge Müdürlüğü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı' na tebliğ edilir. Çıkarma kararına karşı üye veya işyerinin bağlı bulunduğu bölge müdürlüğü kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir. Üyelik, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder (f. 3).

Üyeliğe sendika veya konfederasyonun tek taraflı irade beyanıyla son verilmesi olan üyelikten çıkarma, en ağır disiplin yaptırımıdır. Sendikalar Kanunu'nun 7. maddesine göre üyelikten çıkarılmanın şart ve şekilleri sendika veya konfederasyon tüzüğünde gösterilmek zorundadır (bent 5). Ancak her türlü ihtimalin göz önünde bulundurularak tüzüklerde kazuistik bir yöntemle çıkarma sebeplerinin gösterilmesi mümkün olmayabileceğinden haklı bir neden varsa tüzükte gösterilmese de üyelikten çıkarma mümkündür. Genel hukuk kurallarının sendikayı üyeyle ilişkisini sona erdirmeye haklı gördüğü durumların, dürüstlük kuralına göre üyenin sendikada kalmasının artık sendikadan beklenemeyeceği önemli sebeplerin ortaya çıkması halinde kanunî çıkarma yetkisi uyarınca tüzükte yer almayan bu nedene dayanarak üyelik ilişkisine son verilebilir⁵²⁸. Medenî Kanun'un dernek üyesinin ihracına ilişkin 67. maddesinde; tüzükte üyelerin çıkarılma sebeplerinin gösterilebileceği, çıkarma sebepleri gösterilmişse, çıkarma kararına bu sebeplerin haklı sayılamayacağı iddiasıyla itiraz edilemeyeceği, tüzükte çıkarma düzenlenmemişse üyenin ancak haklı sebeple çıkarılabileceği ve bu çıkarma kararına karşı haklı sebep bulunmadığı ileri sürülerek itiraz edilebileceği düzenlenmiştir⁵²⁹.

⁵²⁸ **Berksun/Eşmeliöglü**, Sendikalar Kanunu Şerhi, s. 449; **Tuncay**, Sendika Üyeliği, s. 281; **Şahlanan**, Sendikalar, s. 199-200; **Eyrenci**, Sendikalar, s. 127; **Tuğ**, s. 148. Kooperatifler Kanunu'nun 16. maddesinde ise, 1988 yılında yapılan değişiklikle ortakların anasözleşmede açıkça gösterilmeyen sebeplerle ortaklıktan çıkarılamayacağı kabul edilmiştir.

⁵²⁹ 20.9.1950 günlü İBK'ya göre, tüzükte ihraç sebebi gösterilmeyen hallerde, verilen ihraç kararının, hakkın kötüye kullanıldığından dolayı iptali için dava açılabilir (4/10 sayılı İBK).

Çıkarma kararının yasanın amir hükmü gereğince mutlaka genel kurulca verilmesi gerekmektedir ve bu yetki başka bir organa devredilemez.

b. Taraflar

Davalı, çıkarma kararı veren sendika veya konfederasyondur. Çıkarılma kararına karşı davacı tarafta yer alabilecek kişiler çıkarılmayla sona erecek üyeliğin sendika ve konfederasyon üyeliği olmasına göre değişir. Konfederasyonlar, sendikalar tarafından kurulan üst kuruluşlar olup (Sendikalar Kanunu m. 2) üyeleri sadece sendikalar olabileceğinden (m. 26) çıkarma kararı da ancak bir sendika hakkındadır, dolayısıyla konfederasyon genel kurulunun çıkarma kararına karşı açılan davalarda davacı tüzel kişi sendikadır.

Sendika üyeliğinden çıkarılma halinde davacı, hakkında çıkarılma kararı verilen üye işçi veya işveren sendikası üyeliğinde işverendir. 25. maddede aynı zamanda davanın, işyerinin bağlı bulunduğu bölge müdürlüğü tarafından da açılabileceği kabul edilmiştir. Bu yetkinin herhangi bir nedenle mahkemeye başvurmayan bireyin hakkının devlet tarafından korunması amacıyla tanındığı, ancak sendika üyeliğinden çıkarma kararları bakımından söz konusu olabileceği, zaten maddede işyerinin bağlı bulunduğu bölge müdürlüğünden söz edildiğine göre konfederasyondan çıkarma halinde tanınmadığı isabetle ileri sürülmektedir⁵³⁰. Bölge müdürlüklerinin tüzel kişiliği bulunmadığı halde, çıkarma kararına karşı dava açabilmektedirler⁵³¹.

Bir görüş⁵³², üyelikten çıkarma kararına karşı bölge müdürlüğünün mahkemeye re'sen başvurabileceğini, ayrıca üyenin istemde bulunması gerekmediğini, çıkarmayı gerektiren nedenlerin mevcut olmadığı ya da bu hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna

⁵³⁰ **Eyrenci**, Sendikalar, s. 144; **Şahlanan**, Sendikalar, s. 212. Ön tasarıda üyelikten çıkarma kararının Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirilme zorunluluğunun kaldırılmasına paralel şekilde Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün çıkarma kararına karşı dava açabilmesi de kaldırılmıştır (bkz. **Şahlanan, F.**, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, *LEGAL İSGHD*, 2004/4, s. 1275).

⁵³¹ Hukuk düzeni tüzel kişiliği olmadığı halde bazı toplulukların bir davada taraf olabilmelerine izin verebilir. Ancak kanun koyucunun bir topluluğu davada doğrudan muhatap ya da talepte bulunan olarak kabul ettiğine ilişkin somut bir dayanak bulunmadıkça topluluğun taraf ehliyeti bulunmadığı sonucuna varılmalıdır (**Erişir**, s. 217, 219).

⁵³² **Berksun/Eşmelioğlu**, Sendikalar Kanunu Şerhi, s. 450. Ayrıca bkz. **Şahlanan**, Sendikalar, s. 206; **Tuncay**, Sendika Üyeliği, s. 308-309.

varan idarenin demokratik yapıya uygunluğun sağlanması açısından önem taşıyan dava hakkını mahkeme nezdinde kullanma yükümlülüğünde olduğunu, o kimse buna rağmen çıkarıldığı sendikaya girmek istemiyorsa çıkma yolunun nasıl olsa her zaman açık olduğunu ileri sürerken, diğer görüş⁵³³ bölge müdürlüğünün mahkemeye itirazının herhalde çıkarılan üyenin talebi halinde söz konusu olacağını kabul etmektedir. Sendika üyeliği kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve pozitif sendika özgürlüğü kadar negatif sendika özgürlüğünün de korunması gerekmektedir. Bu bağlamda aslolan bireyin iradesidir. Sendikanın çıkarma kararını haklı bulan bir üye pekâlâ 25. maddedeki davayı açmak istemeyebilecek ya da bu çıkarma kararı vesilesiyle sendika üyeliğinin son bulmasını uyuşmazlık konusu olarak görmeyebilecektir. Üyelikten ihraç edilen kişi, özgür iradeye, fiil ehliyetine sahiptir ve bölge müdürlüklerinin sendika üyeleri üzerinde bir vesayet makamı gibi davranabilmeleri, hele hele bireyin iradesi hilafına re'sen ihraç kararını yargısal denetime tâbi tutmaları mümkün olmamalıdır. Burada doğrudan gidip dava açmayan ya da açamayan ve hakkında çıkarılma kararı verilen üyenin başvurusu, bu yöndeki iradesini ortaya koyması üzerine devletin desteği devreye girmelidir. Üyelikten çıkarılan kişi öncelikle sendikanın ihraç kararına direnme iradesi taşımalıdır ki, o bu aşamada 25. maddede düzenlenen haliyle yardıma gereksinim duysun. Üstelik, kanımızca hakkında çıkarma kararı verilen kişinin böyle bir talebi olmasa dahi bölge müdürlüğünün re'sen dava açarak onun gıyabında çıkarma kararını yargısal denetime tâbi tutması zaman zaman bireyin sendikal haklarının korunmasına hizmet etmek bir yana bunun tam aksi sonuçlar doğurma tehlikesi taşımaktadır. Öyle ki, Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesi, aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olunamayacağını amirdir ve birden çok sendikaya üye olunması halinde sonraki üyelik geçersizdir (f. 1). Bir üye işçi, pekala sendika üyeliğinden çıkarılmasının üzerinden otuz gün geçtikten sonra o işkolundaki bir başka sendikaya üye olmak isteyecek ve olabilecektir. İşçinin önceki çıkarma kararına karşı dava açma iradesi bulunmadığı halde bölge müdürlüğünün kendiliğinden dava açabileceğini kabul eden görüş esas alındığında, bu dava sonunda davanın kabul edilmesiyle önceki sendikayla üyelik ilişkisinin sona ermediği sonucuyla karşı karşıya kalınacağından işçinin halihazırda kendisini üyesi zannettiği ikinci sendika üyeliği geçersizlik yaptırımına

⁵³³ Çelik, s. 404, dn. 73.

bağlanacaktır. Bilhassa üye olunan diğer sendikanın o işyerinde akdedilen toplu sözleşmeye taraf olduğu bir ihtimalde işçinin sözleşme kapsamında üye işçilere sağlanan hak ve menfaatlerden de mahrum kalması söz konusu olabilecektir. Yine toplu sözleşme yetkisinin kazanılmasıyla ilgili olarak başkaca uyuşmazlıklar vuku bulabilecektir. Ayrıca bölge müdürlüğünün üyenin talebi olmaksızın harekete geçerek dava açması, diğer yandan üyenin de bizzat dava açması halinde aynı konuda çelişkili kararların verilmesi ihtimali de belirlemektedir. Bölge müdürlüğünün her halükârda dava açması ve dava kabul edildiğinde üyeliğin devam etmesi, buna karşılık üyenin çıkarıldığı sendikaya girmek istememesi üzerine zaten üyelikten çıkabileceği yolundaki değerlendirmeler hem mahkemelerin iş yükünü gereksiz artıracak, beyhude emek, zaman ve masrafa yol açacak hem de kişinin burada söz edilen ve aynı ölçüde korunmaya değer haklarının kısıtlanmasına, engellenmesine sebep olacaktır. Benzer düzenlemelerin yer aldığı gerek Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesine göre sendikanın davayı takip yetkisinde gerekse İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde uyuşmazlığın idarî yoldan mahkemeye intikal ettirilmesinde kişinin iradesinin ve talebinin belirleyici olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bölge müdürlüğü subjektif hakkın sahibi olmayıp, maddeyle tanınan davayı takip yetkisidir. Ancak davayı açan ve davacı sıfatıyla davranan bölge müdürlüğü bakımından davayı takip yetkisi, şeklî taraf kavramının bir tamamlayıcısıdır. O, maddî hukuk ilişkisinin sujesi olmasa da davanın tarafıdır⁵³⁴, daha doğrusu davada şeklen taraf gibi hareket etmektedir. Bölge müdürlüğünün sendika üyesi olmadığı, hakkında bir çıkarma kararı verilmesinin mümkün olmadığı açıktır; dolayısıyla kendi adına hukukî koruma talep etmediği gibi hüküm yine üyelikten çıkarılan hakkında verilmektedir. Üye, tek başına taraf ve dava ehliyetine de davayı takip yetkisine de sahip olup, bölge müdürlüğü üyenin temsilcisi değildir ve bu sıfatla davada yer almamaktadır. Davayı takip yetkisi üyeden esirgenmiş ve görevinden ötürü sadece bölge müdürlüğüne bırakılmış değildir⁵³⁵. Burada örneğin vasiyeti tenfiz memurunun göreve başlamasıyla birlikte mirasçılardan muristen kalan mallar üzerindeki idare ve tasarruf yetkilerini yitirerek, genel olarak dava ve taraf ehliyetine sahip olmalarına

⁵³⁴ Alangoya, s. 120.

⁵³⁵ Bkz. Deren-Yıldırım, s. 29-30.

rağmen davayı takip yetkisinden yoksun bulunmaları gibi bir durum da söz konusu değildir⁵³⁶. Davayı takip yetkisinin sıfattan da ayrılması gerekir. Bölge müdürlüğüne davayı takip yetkisinin tanınmış olması taraf sıfatını, bunun çıkarma kararı verilen üyeye aidiyetini değiştirmez. Zaten bu nedenle hüküm bölge müdürlüğüne karşı değil, üye adına verilir ve onun hakkında kesin hüküm teşkil eder⁵³⁷.

Sendikalar Kanunu 32. maddesinin 3. bendinde sendikanın yargısal alandaki faaliyetleri kapsamında üyelerine ya da mirasçılara destek olmaları amacıyla tanınan davayı takip yetkisi, ele aldığımız 25. madde hükmünde uyuşmazlık bu kez bizzat sendikayla üyesi arasında doğduğundan, bölge müdürlüğüne verilmiştir. Aynı kapsam ve nitelikte olmasa da, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan idarî yoldan dava açılması müessesesi de benzer bir işlev taşımaktadır ve yine bölge müdürlükleri görevlidir. *Şahlanan* da Sendikalar Kanunu m. 25/3. fıkrasındaki bu hükmün, İşM. K. m. 10'un özel bir uygulama biçimi olarak düşünülebileceği görüşündedir⁵³⁸.

Yeni Sendikalar Kanunu Tasarısı'nda, 25. maddedeki bu hüküm değiştirilerek davanın bölge müdürlüğü tarafından açılabilmesi kaldırılmıştır.

c. Çıkarma Kararının Yargısal Denetimi

Dava şartlarının mevcudiyetini tespit eden mahkeme daha sonra davanın hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığını incelemelidir. Dava süresinde açılmışsa, çıkarma sebebinin esası incelenmeden kararın genel kurulca verilip verilmediği tespit edilmelidir. Yukarıda açıkladığımız gibi, çıkarma kararını vermeye yetkili organ genel kuruldur ve bu yetki devredilemez. O halde genel kurul dışında, örneğin yönetim kurulu veya disiplin kurulu gibi başka bir organ tarafından alınmışsa çıkarma kararı geçersizdir ve çıkarma nedeniyle ilgili herhangi bir inceleme yapılmaksızın dava kabul edilmelidir. Tüzükte başka bir organın üyelikten çıkarma kararında yetkili olduğu gösterilmiş olsa dahi, bu organın kararı ancak genel kurula

⁵³⁶ Vasiyeti tenfiz memurunun durumu "görevden ötürü taraf" olarak adlandırılmaktadır (**Deren-Yıldırım**, s. 84).

⁵³⁷ **Kuru**, C. I., s. 1155.

⁵³⁸ **Şahlanan**, Sendikalar, s. 207.

teklif niteliğinde olabilir ve kararın genel kurulca alınması gerekir⁵³⁹. Genel kurulun usûlünce toplanması gerekmektedir. Ayrıca genel kurul toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi gereğince gündemde bulunmadığı halde üyenin durumu görüşülüp çıkarma kararı verilemez⁵⁴⁰.

Tüzükte gösterilen çıkarma nedenlerinin sendika tüzüğünü yapma serbestisi içinde olması gerektiğinden gösterilen nedenin bu nitelikte olup olmadığı mahkemece incelenebilmelidir. Gösterilen sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği, sebeple çıkarma cezası arasında oranlılık bulunup bulunmadığı ve üyeye savunma hakkı tanınması gibi hususlar yargı denetiminin kapsamındadır. Sendikaların işleyişlerinin demokratik ilkelere uygunluğunun gereği olarak, üyeye isnat edilen suç önceden bildirilerek kendini savunma hakkı tanınmalı ve savunma için makul bir süre verilmelidir. Bildirilen sebep bağlayıcı olup daha sonra yargılama esnasında değiştirilemez. Üyenin kusurlu olup olmadığı da inceleme yetkisi kapsamındadır. Yeterli kanıtlar toplanmadan, olgular doğrulanmadan çıkarma kararı verilmişse somut olguyla değerlendirme arasında uyumsuzluk söz konusu olacağından çıkarma kararı haksız kabul edilmelidir. Kısacası mahkeme sadece şeklî yönden değil, maddî bakımdan da çıkarma kararını inceleyecektir⁵⁴¹. *Yıldırım*'ın haklı olarak belirttiği gibi, mahkeme sadece tüzükte yer alan nedenlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini değil, bu nedenlerin demokratik esaslara uygun olup olmadığını da incelemelidir⁵⁴².

İş sözleşmesinin işverence feshinde haklı veya geçerli nedeni ispat yükünü, çıkarma kararını veren işverenin taşımasında olduğu gibi, burada da ispat yükü

⁵³⁹ **Tuncay**, *Toplu İş*, s. 79. Tüzükte açıkça gösterilmek kaydıyla şube genel kuruluna da üyeyi çıkarma yetkisi tanınabilir (**Şahlanan**, *Sendikalar*, s. 201).

⁵⁴⁰ **Şahlanan**, *Sendikalar*, s. 201.

⁵⁴¹ **Tuncay**, *Sendika Üyeliği*, s. 295 vd.; **Eyrenci**, *Sendikalar*, s. 130; **Şahlanan**, *Demokratik İlkelere Uygunluk*, s. 112-113; **Şahlanan**, *Sendikalar*, s. 205; **Sur**, s. 124-125; **Narmanlıoğlu**, s. 197. *Esener* ise, mahkemenin inceleme yetkisinin derneklerde olduğu gibi tüzükte gösterilen nedenin varlığına ve kararın usûlsüz alınıp alınmadığına ilişkin olduğunu ileri sürmüştür (**Esener**, *İş Hukuku*, s. 357).

⁵⁴² **Deren-Yıldırım, N.**, *Sendikacı Demokrasi*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1716. Dernekler bakımından ise MK. 67. maddesinin kabul ettiği sistem, tüzükte çıkarma sebepleri gösterilmiş ise bu sebeplerin haklı sayılamayacağı iddiasıyla dava açılmayacağı, tüzükte çıkarma düzenlenmemişse üyenin ancak haklı sebeple çıkarılabileceği yönündedir.

davalı sendikada olmalıdır⁵⁴³. Çıkarma işlemini haklı kılan vakıaları davalı iddia etmektedir.

d. Davanın Niteliği

Dava, genel kurulca verilen çıkarma kararının hukuka aykırı olduğu, yetkili organca verilmediği, haklı nedene dayanmadığı veya ileri sürülen nedenin gerçekleşmediği iddialarına dayalı olarak kararın üyelik ilişkisini sona erdirmeye elverişli olmadığının, üyelik ilişkisinin bu karara rağmen sürdüğünün tespitine yöneliktir. Sendika üyeliği çıkarma kararının verildiği daha doğrusu üyeye tebliğ edildiği tarihte sona ermemekte, yasadaki ifadesiyle üyelik çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam etmektedir (m.25/f.3 son c.). Çıkarılma kararının tebliğinden itibaren 30 günlük hak düşürücü süre içinde dava açılabileceğinden, çıkarma kararı ya bu sürenin dava açılmaksızın geçirilmesi ya da açılan davanın reddi halinde hüküm sonuç doğuracaktır. Aynı madde uyarınca mahkemenin kararı kesin olup kanun yolu kapalıdır. Buna göre sendika üyeliği, davanın reddine ilişkin hükmün verilmesine kadar devam edecektir.

Kanun açıkça sendika ile üyesi arasındaki ilişkinin ve üyelik statüsünün sona ermesini, karara karşı dava açıldığı hallerde, hükmün verilmesine kadar ertelemiştir⁵⁴⁴. Dava kabul edilmişse üyeliğin sona ermeyeceği, çıkarma kararının herhangi bir hüküm sonuç doğurmayacağı tabiidir. Davanın reddi halinde ise üye, bu sıfatını hükmün verilmesiyle birlikte kaybedecek, davalı sendika ya da konfederasyonla aralarındaki hukukî ilişki yasanın açık düzenlemesi gereği mahkemenin hükmüyle ortadan kalkacaktır. O halde, verilen karar bozucu nitelikte inşaî etki göstermektedir⁵⁴⁵. Kural olarak inşaî davanın amacı, verilen olumlu kararlar

⁵⁴³ Dernekten çıkarılmaya karşı açılan davalar bakımından da, davacının herhangi bir hukuk normunun kendi lehine sonuç doğurduğunu değil, aksine, çıkarma yetkisini derneğe verebilecek normların somut olayda uygulanamayacağını, bu normlarla geçerli bir çıkarma kararına yol açabilecek olayların gerçekleşmediğini iddia etmesi sebebiyle, çıkarma yetkisi veren normlardaki öge olayların gerçekleştiğini ispat yükünün davalı dernekte olduğu kabul edilmektedir (Umar/Yılmaz, s. 91).

⁵⁴⁴ Çıkarma kararı en erken tebliğden itibaren 30 günün geçmesiyle; ki bu da dava açılmaması halinde, kesinleşecektir.

⁵⁴⁵ 274 sayılı eski Sendikalar Kanunu'nun üyelikten çıkarmayı düzenleyen 8. maddesinde, 2821 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki gibi çıkarma kararı kesinleşinceye kadar üyeliğin devam edeceğine dair hüküm bulunmamakta idi. O dönemde *Tuncay*, 274 sayılı Kanun hükümlerini esas alarak ileri sürdüğü görüşlerini "... çıkarılan üyenin bu karara karşı mahkemeye başvurmasında bir tespit davası özelliği vardır. Aslında sendikadan çıkarma bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Dolayısıyla bu

inşâî sonuca ulaşmak iken ve inşâî davada red hükmü hukukî nitelikçe bir tespit hükmü olmasına⁵⁴⁶ rağmen burada tam aksine davanın kabul edilmesi değil reddi, üyeliği sona erdirmekle inşâî bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Davanın kabulü ise, çıkarma kararının hukuka aykırılığını, haklı nedene dayanmadığını ve dolayısıyla üyelik ilişkisinin devam ettiğini tespit edip bildiren izharî nitelikte etki ve sonuçlar gösterecektir. Çıkarma kararının verilmesiyle zaten sona ermemiş olan üyelik sıfatı kesintisiz devam etmektedir.

§ 7. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ GREV VE LOKAVT KANUNUNU'NDAN DOĞAN TESPİT DAVALARI

I. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMININ TESPİTİ

1. Genel Olarak

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesine göre; bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir (f. 1). Bir gerçek veya tüzelkişiyeye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait, aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır (f. 2).

İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş

beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla hukukî sonuç doğar, bunun için bir mahkeme hükmüne ihtiyaç yoksa da, taraflar hukukî sonucun doğup doğmadığı hususunda uyuşmazlığa düşer ve bu mahkemeye intikal ederse, mahkemenin vereceği karar bir yenilik doğuran karar değil, fakat bir tespit kararı olacaktır. Hakim çıkarma kararını onaylarsa (*davayı reddederse*) üyeliğin sendika genel kurulu kararının tebliğinden itibaren sona ermiş olduğu tespit edilmiş olur. Buna karşılık iptal davasını onaylarsa (*üyenin açtığı davayı kabul ederse*) bununla da üyeliğin sanki hiç kesintiye uğramamış gibi devam ettiği tespit edilmiş olur” şeklinde dile getirmiştir (Tuncay, Sendika Üyeliği, s. 305-306).

⁵⁴⁶ Önen, s. 182-183.

davalarına bakmakla görevli mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtay'ca onbeş gün içinde kesin karar verilir (f. 3).

Özel sektörde işletme toplu iş sözleşmesinde işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olması gerekirken kamu kesimine ait işyerleri veya müesseselerin ayrı tüzel kişiliği bulunsa dahi bunların tamamını kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmektedir. Ancak her ikisi bakımından ortak yön, işyerlerinin aynı işkolunda kurulu bulunmasıdır. Holding bünyesindeki şirketler ise birbirinden bağımsız tüzel kişiliğe sahip olduğundan, bunlar holdingin birden çok işyeri sayılamaz⁵⁴⁷. Toplu iş sözleşmesi yapılacak ünitenin aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsamaması halinde işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunlu olup işyeri düzeyinde yetki alınarak sözleşme akdedilemez⁵⁴⁸. Bu sözleşmelerle özellikle bankalar, denizyolları işletmeleri gibi birden çok işyerinin aynı işkolunda olmakla birlikte işçilerin ayrı sendikalarda örgütlenmesi halinde yeknesak toplu iş sözleşmelerinin gerçekleştirilmesinin zor olduğu işletmelerle ilgili sorunların çözümlenmesi amaçlanmıştır⁵⁴⁹. Ülkenin pek çok iline yayılmış hipermarketler, mağaza zincirleri için de işletme toplu iş sözleşmeleri yeknesaklık sağlayabilecek, örneğin İzmir merkezli bir hipermarketin İstanbul'daki mağazasında da Bodrum mağazasında da aynı toplu iş sözleşmesi uygulanacaktır.

2. İşletme Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

Maddede sözü edilen işletme, bir işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi ünitesi olup, Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesi anlamında ya da iktisadî anlamda işletmeden farklı,

⁵⁴⁷ “Ayrı ayrı tüzel kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin işletme kapsamı içinde kabul edilmesi sadece kamu kuruluşları için söz konusu olup özel hukuk tüzel kişileri için bu kural kıyas yoluyla da olsa uygulanamayacağından; tüzel kişiliğe sahip bir şirketin holding adı verilen diğer bir tüzel kişiliğe sahip şirket işyeri için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir” 9. HD. 9.2.1990 T., 719 E., 1242 K. (Günay, s. 137-138).

⁵⁴⁸ “...hüküm kamu düzeni ile ilgili ve emredici olup uyulması zorunludur. Böyle olunca bu kanun anlamında işletme kapsamında bulunan bir işyeri veya işyerlerinde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi ve işyeri düzeyinde çoğunluk tespiti istenmesi ve Bakanlıkça işyeri düzeyinde çoğunluk tespitine gidilmesi mümkün olmaz.” 9. HD. 8.4.1996 T., 6836 E., 7221 K. (Günay, s. 132).

⁵⁴⁹ 2822 sayılı Kanun'a ilişkin komisyon gerekçesinden.

nispeten daha geniş bir kavramdır ve işyerlerinin iktisadî, teknik bütünlüğü şartı olmaksızın işverenin aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması gerekli ve yeterli sayılmaktadır⁵⁵⁰. 3. maddede 3299 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda “işçinin işyerleri arasındaki naklinin işletmenin niteliği gereği olması” şartı kaldırıldığından işletme toplu iş sözleşmesi ile ilgili düzenlemede mevcut haliyle, bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletme ile genel anlamda işletme arasında kurulabilecek bağların tamamen ortadan kalktığı ileri sürülmektedir⁵⁵¹. Çünkü, 3. fıkrada yer alan “işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar” ifadesiyle, 2. fıkranın önceki halindeki, işçi nakillerinin işletmenin niteliği gereği olması kıstasına atıf yapılmış, ne var ki bu kıstas 3299 sayılı Yasa ile kaldırılmıştır. Buna göre bir işverenin tamamen bağımsız biçimde örgütlenmiş iki ayrı işyerinin, örneğin bir anonim şirketin çimento fabrikasıyla cam fabrikasının, aynı işkolunda olduklarından, tek bir toplu sözleşme ünitesi olarak niteleneceği kabul edilmektedir⁵⁵².

Yargıtay’ın ise doktrindeki bu değerlendirmelere karşılık konuyu, ekonomik bir ünite olan işletme kapsamında ele almaya çalıştığı, sadece teknik anlamda işletme kavramına bağlı kalarak üretim sürecinde bütünlük, yönetimde birlik gibi koşullar aramamakla birlikte işyerleri arasında malî, idarî yönler ile organizasyon yönünden bağlılık aradığı gözlenmektedir⁵⁵³. Kanımızca Yargıtay’ın bu yaklaşımı pek de

⁵⁵⁰ **Ekonomi, M.**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş, Temmuz 1987, s. 11; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 33; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 41; **Narmanhoğlu**, s. 316, 318.

⁵⁵¹ Bkz. **Yenisey-Doğan**, s. 346.

⁵⁵² **Yenisey-Doğan**, s. 346.

⁵⁵³ **Sur**, s. 218; **Yenisey-Doğan**, s. 344. “...Mahkemece Adapazarı ve Erzurum’da bulunan işyerleri için işverence yapılan işkolu tespit başvurusunun yetki sürecini geciktirmek amacı ile yapıldığı kabul edilerek bu husus bekletici mesele yapılmamıştır. Bu nedenle sadece Gebze ve İstanbul’daki işyerleri bir işletme olarak kabul edilip Bakanlık (yetki) tespitinin sonucu itibarıyla doğru olduğu gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden tespiti konu işyerinde üretilen kablo ve ek kutuların Adapazarı’ndaki işyerinde depolandığı, montaj yapılacak yerlere buradan sevk edildiği, montaj işinde de zaman zaman üretimde çalışan işçilerin görev aldığı, her iki işyerinin birbiriyle organik bir bağ içerisinde olduğu, aynı meskenden sevk ve idare edildiği anlaşılmaktadır. Bu işyerlerinin 2822 sayılı TİSGLK’nun üçüncü maddesi anlamında işletme olup olmadığı belirlenmelidir...” 9. HD. 21.4.2004 T., 9695 E., 8995 K. (LEGAL İSGHD, 2005/5, s. 360-361). “...Mahkemece işletme bütünlüğü içerisinde olmadığı gerekçesi ile Eskişehir, Bursa ve İzmir satış mağazalarında çalışan 9 işçinin de çoğunluk tespitinde nazara alınmaması yerinde görülmemiştir. Zira Bakanlıkça da belirlendiği gibi bu işyerlerinde yalnız Kütahya fabrikalarında üretilen ürünlerin pazarlandığı ve bu pazarlama işinde davalı şirketin işçilerinin çalıştığı, bu mağazaların işletme bütünlüğü içerisinde bulunduğu anlaşılmaktadır” 9. HD. 25.4.2006 T., 11284 E., 11630 K. (**Günay**, İş Davaları, s. 1578).

haksız değildir. Öyle ki 3. madde, 3299 sayılı Kanun’la getirilen değişikliğin ardından da “işletme” kavramını esas almaktan vazgeçmiş olmayıp, “bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip **bir işletmede**” ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğini öngörmüştür. Madde, bir işverene ait aynı işkolunda **birden çok işyerinde** ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinden söz etmediği⁵⁵⁴ gibi işverenin birden çok işletmesi için de tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını esas alacak kadar ileri gitmemiştir. Bir gerçek veya tüzel kişiye, aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerleri bulunan birden çok işletmenin ait olması mümkündür. *Yenisey*’in⁵⁵⁵ açıkladığı haliyle; “*aynı işverene ait birden çok işyeri bulunması bunların tek bir işletmeye ait olmalarını gerektirmez. Eğer birden çok işyeri farklı amaçlar çerçevesinde örgütlenmişse, örgütsel olarak birbirine bağlı değillerse, örneğin aynı anonim şirkete ait bir kimya ve ilaç fabrikası, bu iki işyerinin tek bir işletme oluşturduğundan bahsedebilmek mümkün değildir.*” O halde bir firma örneğin Kocaeli’nde kozmetik, Antalya’da plastik kova imal ediyorsa aynı işkolunda (petrol, kimya, lastik) kurulu bulduklarından bahisle bunların tek bir işletme sayılması ve her iki ilde çalışan işçileri kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasından söz edilebilecek midir? Sözleşmenin ekipmanı, işçileri, muhasebesi, üretim hedefleri ve teknikleri, organizasyon yapısıyla birbirinden bağımsız biçimde örgütlenmiş, bağlantısız birden çok işletmeyi kapsayabileceği sonucuna rahatlıkla ulaşılammaktadır. Kanun aynı işverenin birden çok işletmesinde ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını değil, aynı işkolundaki birden çok işyerine sahip “bir işletmede” işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla birden çok işyerinin işletme olarak nitelenmesinde bunlar arasında bir irtibat bulunması gerektiğini, örgütsel olarak da birbirinden bağımsız işletmelerin aynı işletmeymiş gibi tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamında yer almayacağını düşünmekteyiz. Yasa hükmü de bu şekilde birbirinden ayrı işletmeleri bir toplu iş sözleşmesi kapsamına almayı değil, aynı işkolunda ve bir işletme niteliği taşıyan, bir işletme teşkil eden birden çok işyerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını esas almaktadır.

⁵⁵⁴ Oysa örneğin İş Kanunu 18. maddede, çalışan işçi sayısının belirlenmesiyle ilgili olarak getirilen düzenlemede işletme kavramına yer verilmeksizin, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması, bu işyerlerinin birlikte dikkate alınması için yeterlidir.

⁵⁵⁵ **Yenisey-Doğan**, s. 36. Ayrıca **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s. 127.

Bir işverene ait esasen ayrı işletmelerdeki işyerlerinin Sendikalar Kanunu 60. maddede sıralanan işkolları karşısında aynı işkolunda sayılması sebebiyle doğabilecek tereddütlerin azaltılması açısından işkollarının yeniden gözden geçirilerek düzenlenmesine de ihtiyaç bulunmaktadır. *Oğuzman*'ın da işaret ettiği gibi⁵⁵⁶, örneğin deri konfeksiyonunu, deriden elbise imal edenleri deri işi saymak ne derece isabetlidir? Burada bir aksaklık bulunmaktadır. Benzer durum dokuma işkolu için de geçerli olup kumaş dokuyanla elbise yapanın aynı işkolunda yer alması isabetsizdir.

Özellikle, aynı işkolunda yer almakla birlikte bazı işyerleri grev-lokavt yasağı kapsamında iken diğer işyerleri için böyle bir yasak söz konusu olmayabilir. Doktrinde, böyle bir ihtimalde durumlarına uygun olarak bu işyerlerinin ayrı sözleşme üniteleri olarak kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülmekte ve 3. maddenin grev lokavt serbestisine göre aynı durumda bulunan işyerleri için geçerli olacağı yorumu benimsenmektedir⁵⁵⁷.

Bundan başka 3. madde 3299 sayılı değişiklikten sonra da 3. fıkrada halen, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıkları ve bunların çözüm yolunu düzenlemeyi sürdürdüğüne göre işletme toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinde bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerinin tamamının daima tek bir işletme teşkil etmeyebileceğinin göz önünde bulundurulduğu düşünülmektedir. Aksi takdirde zaten 3299 sayılı değişiklikle beraber 3. fıkranın da kaldırılması beklenebilirdi. Özellikle yetki itirazına ilişkin uyuşmazlıklarda; 15. madde uyarınca davaya bakan mahkemenin bu uyuşmazlığı çözemeyeceği, 3. maddenin 3. fıkrasına göre açılacak davada işletme niteliğinin tespit edilmesi gerektiği ve bunun yetki itirazı bakımından bekletici

⁵⁵⁶ **Oğuzman, K.**, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, Genel Görüşme, s. 131.

⁵⁵⁷ **Ekonomi**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, s. 20-21; **Çelik, N.**, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 172. Karşı görüşte olan *Reisoğlu* ise, grev lokavt yasağı olan işyeri dolayısıyla Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulduğu takdirde bu kurulca bağtlanacak sözleşmenin tüm işyerleri için geçerli olacağını ve yasak kapsamına girmeyen işyerlerinde uygulanan grev ve lokavtların da sona ereceğini belirtmektedir (**Reisoğlu**, s. 277-278). *Sur*, işletmenin grev yasağı bulunmayan diğer işyerlerinde grev yapılabileceği ve serbest toplu pazarlık sonucu işletmenin bütününe kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi gerçekleştirileceğini kabul etmektedir (**Sur, M.**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, s. 95-96).

mesele yapılması savunulduğuna, keza söz konusu 3. fıkra zaten işkoluyla ilgili uyuşmazlıkları kapsamadığına göre, 3. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ve yetki itirazı bakımından bekletici mesele yapılacak davadaki inceleme, o işyerlerinin işletme olarak nitelenip nitelenemeyeceği, aynı işletme kapsamında olup olmadıkları, aralarında organik bir bağ, üretim sürecinde bağlantı bulunup bulunmadığı gibi hususları kapsayacaktır. Eğer sadece aynı işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması, işletme kavramından tümüyle soyutlanarak işletme toplu iş sözleşmesi yapılması için yeterli olsa idi zaten 15. madde uyarınca yetki itirazı incelenirken işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığına bakılarak, bu arada işkolu belirlenmemiş ve uyuşmazlık konusu işyeri varsa Sendikalar Kanunu 4. madde gereğince onla ilgili sorunun çözümünün ardından işçi ve üye sayılarına göre sendikanın yetkili olup olmadığı tespit edilebilirdi. Demek ki işletme toplu iş sözleşmesi için salt aynı işkolunda aynı işverene ait birden çok işyeri bulunması yeterli olmayıp bunların bir işletme niteliği taşıması, işletme kapsamında değerlendirilebilecek olması gerekmektedir. 3. fıkrada halen korunduğu üzere, “işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar” ibaresi de bunu ifade etmekte olup, işverenin aynı işkolundaki birden çok işyeri bir işletme kapsamında mıdır değil midir, bu işyerleri bir tek işletme olarak nitelenebilir mi sorusuna yanıt aranmaktadır⁵⁵⁸. Bu noktada da işletme kavramının tümüyle göz ardı edilmesi, 3. maddenin sadece toplu sözleşme ünitesini işletme diye ifade ettiğinin kabulü bize göre eşyanın tabiatına aykırıdır ve işyerleri arasında içtihatlarda gördüğümüz gibi bir bağlantı ve mümkün olduğu kadar ekonomik bir ünite olan işletme kapsamında değerlendirme kaygısı yersiz değildir. Şimdi bu konuyu biraz daha yakından inceleyelim.

2822 sayılı Kanun’un 3. maddesi, 3.6.1986 tarihinde 3299 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce “Bir tüzel kişiye veya bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede *işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı olduğu hallerde* bu işyerlerinin tümü için ancak bir

⁵⁵⁸ “...O halde işverenin itirazda sözkonusu edilen işyerleriyle birlikte işletme kavramına girebilecek başka işyerleri de olup olmadığını araştırmak, şayet bu işyeri diğerleri yanında işletme kavramı içinde yer almakta ise, bu takdirde sadece bu işyeri için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılamayacağından istek ve itirazın bu sebepten reddi gerekir. Aksi halde, yani bu işyeri işletme kavramı dışında müstakil işyeri niteliğinde ise şimdiki gibi karar vermek gerekir...” 9. HD. 22.9.1987 T., 8923/8365 (**Berksun/Eşmeliolu**, TSGLK Şerhi, s. 65-66).

toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir” şeklindeydi. 3. fıkrada da yargısal denetime duyulan ihtiyaç, “işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı olması” kıstasının beraberinde getirdiği güçlükler ve bu noktadaki uyuşmazlıklardan kaynaklanmaktaydı. Değişikle bu kıstas kaldırılmış olup artık 3. madde uyarınca çıkan uyuşmazlıkların uygulama alanının son derece daraldığı, işyerlerinin aynı işkolunda kurulu olup olmadığıyla özdeşleştiği ve bu uyuşmazlığın da toplu sözleşme yetki prosedürü aşamasında kendisini gösterdiği belirtilmektedir⁵⁵⁹. O zaman 3. fıkradaki bu düzenlemenin halen korunmasının yerindeliği tartışılabilir. Öyle ki, Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu her iki uyuşmazlığın çözümünü zaten ayrı ayrı düzenleyip göstermiş durumdadır (2821 sK. m.4; 2822 sK. m. 15).

İşletme toplu iş sözleşmesiyle ilgili uyuşmazlıklar, bu nitelikte bir toplu sözleşme akdedebilmek için 3. maddedeki koşulların bulunup bulunmadığı ile ilgili olarak ve genellikle de sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisi çerçevesinde bir ön sorun hatta bekletici mesele olarak karşımıza çıkar. Bir işyerinin işletmeye dahil olup olmadığı belirlenmesinde o işyerinin kurulu bulunduğu işkolu ile ilgili uyuşmazlıklar önem taşır. Zira işkolu farklı ise, söz konusu işyeri işletme toplu sözleşmesi kapsamında mütalaa edilemeyecektir. İster özel ister kamu işverenleri olsun, bir işletme toplu iş sözleşmesi yapabilmek için aranan şart işyerlerinin aynı işkolunda kurulu bulunması olduğuna ve işkolunun belirlenmesi ile buna dair uyuşmazlıkların çözümü zaten Sendikalar Kanunu 4. maddesinde özel olarak düzenlendiğine göre demek ki, 2822 sayılı Kanun’un 3. madde 3. fıkrasındaki davanın konusu işyerlerinin girdiği işkolunun belirlenmesi değildir.

Daha önce incelendiği gibi bir işyerinin girdiği işkolunun doğrudan bir tespit davasıyla mahkeme tarafından belirlenmesi söz konusu olmayıp Sendikalar Kanunu’nun 4. maddesine göre bu yetki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na aittir. O itibarla, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 3. maddesine göre işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamının belirlenmesine ya da aynı Kanun’un 15. maddesine göre toplu iş sözleşmesi yetki itirazına yönelik bir davada,

⁵⁵⁹ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 39.

öncelikle bu işyeri veya işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenip açıklığa kavuşturulması zorunludur. Ne var ki mahkeme, önündeki davayı karara bağlayabilmek için uyuşmazlığa konu işyerlerinin hangi işkoluna girdiğini kendiliğinden inceleyip tespit edemeyecektir. İşkolunun tespiti mahkeme dışında başka bir merciin görevine girdiğinden her halükarda Sendikalar Kanunu 4. maddesindeki prosedürün işletilmesi gerekecektir. 3. maddenin 3. fıkrasına göre dava açılmış olsa dahi mahkeme davacıya mehil vererek bu hususu bekletici mesele yapmalıdır⁵⁶⁰.

Yetki itirazı ile ilgili uyuşmazlıklar ise 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüş, çoğunluk tespitine karşı yapılan itiraz (yetki itirazı) işletme sözleşmesinin kapsamıyla ilgiliyse 3. maddede özel bir süre ve yöntem gösterildiğinden yetki itirazına bakan mahkemenin görevli olmadığını, bu uyuşmazlığın çözümünün de bekletici mesele sayılması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶¹. Bu bağlamda *Çelik*⁵⁶², meseleyi ikili bir ayrıma tâbi tutarak *işyeri*

⁵⁶⁰ **Ekonomi, M.**, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul 1999, s. 186-187; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 37; **Güzel, A.**, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1996), İstanbul 1998, s. 151-152; **Pekcamtez**, Bekletici Sorun, s. 253. "...Olayda muteriz işveren bu maddede öngörülen prosedüre uymadan dava açmıştır. Bu durumda öncelikle bu işyerinin girdiği işkolunun tesbiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurmak üzere davacıya mehil vermek ve bu tesbit sonucu ön mesele (bekletici mesele) yapılmak ve bunun sonucuna göre işin esasını çözüme kavuşturmak gerekirken..." 9. HD. 30.5.1997 T., 8907/10537 (**Günay**, s. 645).

⁵⁶¹ **Tunçomağ-Centel**, s. 358; **Sur**, s. 220; **Günay**, İş Davaları, s. 1576; **Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 460. **Narmanlıoğlu** ise, eserin işletme toplu iş sözleşmesiyle ilgili kısmında bu görüşe katılarak yetki itirazı sırasında işletmenin mevcut olup olmadığı sorunu kanunda ayrıca çözümlenecek bir uyuşmazlık olarak öngörüldüğünden (TSGLK m.3/3) bunun bekletici mesele sayılması gerektiğini ileri sürmekte (**Narmanlıoğlu**, s. 319); yetki itirazı ile ilgili kısımda ise, Yargıtay içtihadıyla görüşünü destekleyerek m.3'de hasren ya da görevli mahkeme bakımından bir özellik bulunmadığını, işletme toplu iş sözleşmesinin kanundaki halihazır düzenlenişinden bu tür sözleşmenin belirlenmesinde ihtisası ya da özel bir incelemeyi gerektirici bir yön bulunmadığını, itirazın yapıldığı mahkemenin bu hususa da karar vermesinin hem işin niteliğine hem de usûl ekonomisine uygun düşeceğini savunmaktadır (**Narmanlıoğlu**, s. 377, dn. 276). **Tuncay** da, işletme toplu iş sözleşmesinin niteliğine ilişkin uyuşmazlıkları incelerken, bu uyuşmazlığın TSGLK 15. madde uyarınca açılacak yetki itirazı davalarında dahi ileri sürülebileceğini, bu takdirde mahkemenin m.3/3' e göre açılacak davanın sonucuna kadar davayı bekletici mesele yapmak zorunda olduğunu benimsemekte (bkz. **Tuncay**, Toplu İş, s. 139), bunun yanısıra 15. madde ile ilgili açıklamalarda; "Yasakoyucunun işletme TİS'ni emredici nitelikte düzenlemiş olması işletme TİS yapılması gerektiği durumlarda işyeri veya işyerleri TİS'nin yapılmasına engel olmak içindir. Yoksa Yasakoyucunun sırf bu nedenle itiraz merciini değiştirerek işin gereksiz yere uzamasını amaçladığı söylenemez. Kamu düzenine ilişkin olduğu için yetki itirazı safhasında yargıcın resen inceleyebileceği bir hususu inceleme yetkisini başka bir hakime bırakması usûl ekonomisine de uygun düşmez. Bu nedenle yetki itirazı davasını inceleyen hakimin işletme niteliğinin bulunup bulunmadığına ilişkin itirazı da inceleyebilmesinin kabulü gerekir" sonucuna ulaşmaktadır (**Tuncay**, Toplu İş, s. 152).

sözleşmesi yetki tespitine itirazda bu işyeriyle birlikte o işkolunda aynı işverene ait başka işyeri veya işyerlerinin varlığından söz edilerek *işletme sözleşmesi tespitinin yapılması* ileri sürülüyor ve eğer işletme merkezi ile davaya konu işyeri aynı yerde değilse 15. madde ve 3. maddedeki mahkemenin yetkisine ilişkin kurala göre mahkemeler farklı olduğundan, yetki itirazına bakan mahkeme işletme niteliğinin belirlenmesini bekletici mesele yapmalıdır. Buna karşılık, *işletme sözleşmesi yetkisinin tespiti* üzerine açılacak davada ise, uyuşmazlığın çözüm yeri 15. maddede de 3. maddeye uygun olarak işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi olduğundan itiraz herhangi bir sorunla karşılaşılmaksızın bu mahkemece karara bağlanmalıdır.

Diğer görüş ve birçok kararında Yargıtay ise, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlıkların bir işyeri toplu iş sözleşmesi yetki tespitine itiraz prosedürü içinde ileri sürülebileceğini, ileri sürülmesi dahi kamu düzeniyle ilgili ve emredici nitelikte bu kuralın mahkemece re'sen dikkate alınacağını, yargıcın re'sen inceleyebileceği bir hususu davacının itirazı inceleyen mahkemede ileri sürebileceğinin evleviyetle kabulü gerektiği sonucuna varmaktadır⁵⁶³.

Yetki itirazı aşağıda⁵⁶⁴ ayrıca incelenmekle birlikte konuyla ilgisi nedeniyle yetki tespiti ve TSGLK'nun 15. maddesinin bir yönüyle burada ele alınması gerekmektedir. Bilindiği gibi Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu yetki tespiti işini doğrudan mahkemeye değil, idareye yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik

⁵⁶² **Çelik**, s. 466; **Çelik, N.**, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1992), İstanbul 1994, s. 114-115. Yargıtay da 1998 yılında verdiği bir kararında, tespit yapılan Bandırma'daki işyerinin, İstanbul'da merkezi bulunan işletmeye dahil olduğu gerekçesiyle açılan davada işyerinin bağlı olduğu Bursa Bölge Çalışma Müdürlüğü bakımından Bursa İş Mahkemesi'nin yetkili olduğunu, uyuşmazlık işletmeye ilişkin bulunduğu işverene Bandırma'daki işyerinin, işletmesine dahil olup olmadığı konusunda İstanbul İş Mahkemesi'nde tespit davası açmak üzere mehil verilerek bu konunun bekletici sorun yapılması gerektiğini belirtmiştir. 9. HD. 14.5.1998 T., 8394/8858 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 458).

⁵⁶³ **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 39, 75-77; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 49. Ayrıca **Narmanhoğlu**, s. 377, dn. 276. "Olumlu yetki tespitine itiraz eden işveren, şirkete bağlı, aynı işkolunda Denizli'de kurulu bir işyerinin daha bulunduğu, bu nedenle yetki tespitinin işyeri düzeyinde değil, işletme düzeyinde olması gerektiğini belirterek ilgili bilgi ve belgeleri dosyaya sunmuştur. Bu durumda mahkemece Denizli'de bulunan işyerinin tespiti konu işyeri ile aynı işkolunda olup olmadığı ve her iki işyerinin de işletme oluşturup oluşturmadığı araştırılmamıştır. Yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırıdır" 9. HD. 28.2.2006 T., 3919/5180 (**Çalışma ve Toplum**, 2006/3, S. 10, s. 264-265). Aynı yönde 9. HD. 11.6.1997 T., 9729/11557 (**Günay**, s. 643); 9. HD. 22.9.1987 T., 8923/8365 (*İşveren*, 1989/Mart, s. 15).

⁵⁶⁴ Bkz. § 7, III.

Bakanlığı'na vermiştir (m. 13, 14, 15). Kanun'un 3. maddesine göre de bir işverenin aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmesinde ancak bir (işletme) toplu iş sözleşmesi yapılabilir (f. 2). İşletme sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak nazara alınır ve yarından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır (m. 12/f. 1 son c.). Bu kural emredici olup, işletmeye dahil işyerleri için ayrı yetki tespit talebinde bulunulmaz ve yetki tespiti yapılamaz⁵⁶⁵. Sendika, işletme düzeyinde değil de bu işletmeye dahil bir işyeri için yetki başvurusunda bulunmuş ise talebin geri çevrilmesi gerekir. Böyle olmayıp da Bakanlık işletmeye dahil bir işyeri için ayrı yetki tespiti yapmış ise, işverenin o işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde altı işgünü içinde dava açması gerekmektedir. Bu davada davacı elbette, 3. ve 12. maddelere dayanarak işyerinin bir işletme kapsamında bulunduğunu, tespit edilen işyerinin işletmeden ayrı ele alınarak yetki tespiti yapılamayacağını ileri sürecektir. Zaten davacının 15. maddeye göre açtığı davasında yetki itirazının temeli, dayanağı budur. İşveren haklı olarak çalışan işçi ve üye işçi sayıları, Bakanlık'ça sayının hatalı tespit edildiği gibi iddia ve itirazlar şöyle dursun, başlı başına o işyerinin bir toplu sözleşme için yetkiye esas alınamayacağını dava konusu etmektedir. Bu aşamada Bakanlık'ın yasaya aykırı yetki tespitini hükümden düşürebilmenin tek yolu 15. madde gereğince tespit yazısının tebliğinden itibaren altı işgünlük hak düşürücü süreye riayet ederek aynı maddede gösterilen iş mahkemesinde dava açmaktır. Şimdi bu davada zaten ana mesele, o işyerinin bir işletmeye dahil bulunup bulunmadığıdır. Eğer 15. madde uyarınca bu davaya bakan iş mahkemesinin konuyu inceleyemeyeceği kabul edilirse dava, sadece ve sadece yetki itirazı için tanınan 6 işgünlük süreyi korumak adına görünürde açılan bir davadan, mahkemeye verilen bir dava dilekçesinden başka bir anlam taşımayacaktır. Meselenin mutlaka 3. maddenin 3. fıkrası içinde çözümlenmesi ve ancak işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin bu uyuşmazlığa bakabileceğini kabul eden görüş bağlamında (ve elbette 3. madde ile 15. maddedeki yetki kuralları gereğince iki ayrı yer mahkemesinin yetkili olduğu bir ihtimalde⁵⁶⁶), 15. maddeye göre işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi

⁵⁶⁵ Narmanhoğlu, s. 373.

⁵⁶⁶ Örneğin merkezi İstanbul'da olan bir işletmenin İzmir'deki bir işyeri için yetki verilmesinde 3. madde uyarınca yetkili mahkeme, işletme merkezinin bulunduğu İstanbul; 15. maddeye göre yetki itirazı bakımından yetkili mahkeme işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu İzmir iş mahkemeleridir.

hiç tahkikata girişmeksizin davacıya gidip bu kez işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde m.3/3. fıkraya göre bir dava daha açması için mehil verecek ve sonra bu davanın sonucunu beklemeye başlayacaktır. İşletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi o işyerinin işletme kapsamında bulunduğunu tespit ederse, 15. maddeye göre davanın açıldığı mahkeme de muhtemelen sadece dava ve cevap dilekçeleri, tensip ve bir sayfa duruşma zaptından ibaret dava dosyasında, bekletici mesele yaptığı hüküm ışığında işverence açılan davanın kabulüne karar verecektir. Muradedilen ve yetki itirazının bir dava ile çözümlenmesinin anlamı her halde bu değildir. Bir davada ön sorun değil; uyuşmazlığın ta kendisi olan asıl sorunun o mahkeme için bekletici mesele teşkil etmesi düşünülemez⁵⁶⁷. Mahkeme zaten o uyuşmazlığı çözmek için görevlidir. Her iki maddedeki mahkeme, iş mahkemesi (veya iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi) olup, uyuşmazlığın çözümü mahkemenin görevi dışında kalmamakta, başka bir yargı yerine ya da idarî makama ait bulunmamaktadır. Ayrıca örneğin anayasaya aykırılık iddialarında Anayasa Mahkemesi'nin kararının bekletici mesele yapılması gibi yasal bir zorunluluk bulunmadıkça bekletici mesele yapıp yapmamak yargıcın takdirindedir⁵⁶⁸ ve yasakoyucu 15. maddeye göre yetki itirazını inceleyen hakime işletme toplu iş sözleşmesiyle ilgili 3. madde kapsamında bir davayı bekletici mesele yapma zorunluluğu öngörmemiştir. Kaldı ki, işletme merkezinin olduğu yerde ayrıca dava açıldığında, uyuşmazlığa konu işyeri o mahkemenin yargı çevresi dışında olduğundan (örneğin işletme merkezi İstanbul, işyeri Bandırma'da iken) yine işyerinin niteliği ile ilgili inceleme, keşif, tanıkların dinlenmesi vs. hususlarda, daha önce bu davayı bekletici mesele yapmaya karar veren mahkeme bu kez istinabe suretiyle devreye girecektir. Bekletici mesele yaptığı bir uyuşmazlıkla ilgili gerekli ve meselenin çözümüne etkili işlemleri istinabe vesilesiyle yine bizzat yerine getirecektir. Taraflar bakımından değerlendirildiğinde de, zaten 15. maddeye göre davanın, işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki bu mahkemede açılması gerektiğinden ve dava açılmış olduğundan, gerek işveren gerekse davalı sendika ve Bakanlık da davayı o yer mahkemesinde takip

⁵⁶⁷ Ancak işletme kapsamının tespitiyle ilgili daha önce 3. madde uyarınca açılmış bir dava varsa karar, derdest davayı etkileyeceğinden ve çelişkili karar verilmemesi için bekletici mesele yapılmalıdır.

⁵⁶⁸ **Pekcanitez**, Bekletici Sorun, s. 272.

etmektedirler. Bir davadan bu şekilde yeni bir dava türetmek usûl ekonomisine de elverişli değildir.

Bunun yanısıra 15. maddeye göre açılmış bu davanın konusu birebir 3. maddedeki dava konusuyla özdeş değildir. 3. madde sadece, “işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin” aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkındaki uyuşmazlıkları çözmeye münhasırdır. Bir sendika bir işletmenin birden çok işyerini kapsayacak şekilde, işletme düzeyinde yetki başvurusunda bulunmuş ve Bakanlık da bu işyerlerinin tümü bakımından işletme düzeyinde yetki vermiş ise, bu kapsamda değerlendirilen bir ya da daha çok işyerinin işletme toplu sözleşmesine konu edilemeyeceğini, aynı ünite içinde nitelenerek işletme düzeyinde yetki verilemeyeceğini tespit amacıyla gerek 3., gerek 15. maddenin öngördüğü şekilde elbette dava, işletme merkezinin bulunduğu yerde açılmalıdır. Oysa Sendika, ele aldığımız olayda işletme toplu iş sözleşmesi yapmak için yetki başvurusunda bulunmamış, Bakanlık da işletme toplu iş sözleşmesi için birden çok işyerini kapsayacak şekilde yetki vermemiştir. Yetki, tek işyeri hakkındadır. 15. madde gereğince de bu yetki tespitinin usûle ve yasaya aykırı olduğu, çünkü o işyeri bakımından ayrı bir yetki prosedürünün uygulanamayacağı, çoğunluğun işyeri esas alınarak belirlenemeyeceği ileri sürülmektedir. Kanun’un bu yetki tespitine karşı koymak için öngördüğü sistem, işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde, yetki tespit yazısının tebliğinden itibaren altı işgünü içinde dava açmaktır ve davacı da bunu yapmıştır. Eğer bu konudaki uyuşmazlığın da mutlak suretle 3. madde bağlamında çözümleneceği ve davanın işletme merkezinin bulunduğu yerde açılması zorunlu görülüyor ise, o takdirde ilgili maddelere, “işyeri yetki tespitine itiraz, işyerinin bir işletme bünyesinde yer aldığına dayalı olarak ileri sürülüyorsa bu konuda işletme merkezinin bulunduğu yerde dava açılacağına” dair hüküm sevkedilmelidir. Yahut altı işgünü içinde açılan böyle bir davanın, 15. maddedeki yetki tespitine itiraz mahiyetinde olduğu kabul edilmelidir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ Bir nevi icra iflas hukukunda, borçlunun itirazının geçici olarak kaldırılmasına karar verilmeden önce açtığı menfi tespit davasının, itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmesinden sonra borçtan kurtulma davası yerine geçmesi ve 7 gün içinde ayrıca borçtan kurtulma davası açılması

Hakim, daha önce 3. madde uyarınca işletme kapsamının tespiti için açılmış bir dava varsa, o davanın sonucu, yetki itirazıyla ilgili uyuşmazlığın çözümünü doğrudan etkileyeceğinden bekletici mesele yapılmalıdır. Ancak sadece 15. maddeye göre yetki tespitine karşı açılan bir dava söz konusu ise mahkeme, işletme ile ilgili itiraz bakımından bu uyuşmazlığı çözebilmelidir.

Doktrinde, Yargıtay'ın çoğunluk tespitine itirazda, işletme kapsamının belirlenemeyeceği bunun ayrı bir davada çözümlenmesi gerektiği görüşünde olduğuna dair atıf yapılan 9.7.1997 tarihli içtihat da aslında böyle bir sınırlama ve gerekliliği öngörmemektedir⁵⁷⁰. Karara konu olayda zaten açılmış iki dava bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şirketin Antalya'daki merkezine bağlı yedi işyerinden biri olan Marmaris'teki oteli için verilen yetkiye karşı açılmış bir dava, diğeri 3. madde uyarınca işletme kapsamının tespitine yönelik bir davadır. Yargıtay da, yetki tespitine karşı açılan dava dosyasının celbedilerek o davada işletme tespitinin bekletici mesele yapılıp yapılmadığının araştırılmasını, ikinci davanın reddedilmek yerine doğmuş ve doğacak uyuşmazlıklara karşı Antalya'daki merkez ve bağlı olduğu belirtilen işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadığının tespiti gerektiğini belirtmektedir.

Esasen sorun iki maddedeki farklı yetki kurallarından kaynaklanmaktadır. Maddî hukuk düzenlemelerinin arasına usûl hukuku ile ilgili kavramların, kuralların katılması ve çeşitli özel yetki kuralları ihdas edilmesi alışkanlığı, üstelik bu yapılırken usûl hukukçularına danışılmaması, komisyonların bu hususa dikkat edilmeksizin oluşturulması ve doğabilecek sorunlar göz önünde bulundurulmaksızın, birbirine paralel yetki kuralları getirilmeksizin düzenleme yapılması bu tür tartışmalara ve boşluklara yol açmaktadır.

Özetle, Toplu İş Sözleşme Grev Lokavt Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen işletme niteliğinin tespitine ve kapsamının belirlenmesine dair bu davanın uygulama alanının Sendikalar Kanunu 4. ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi karşısında oldukça daraldığı, yine de özellikle toplu sözleşme yetki

zorunluluğu olmadığı gibi (Kuru, B./Arslan, R., Yılmaz, E., İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2003, s. 221).

⁵⁷⁰ 9. HD. 9.7.1997 T., 12515/14535 (Günay, s. 129-130); Tunçomağ/Centel, s. 358.

başvurusunda bulunmadan önce ya da örgütlenme faaliyetlerinin daha sağlıklı yürütülmesi bakımından sözleşmenin kapsam ve düzeyinin tespit ettirilmesinin, bu husustaki tereddütlerin giderilmesinin yararlı olabileceği kanaatindeyiz.

II. İŞKOLU BARAJ İSTATİSTİKLERİ İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR

1. Genel Olarak

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisini elde edebilmesi için 2822 sayılı Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12. maddesi iki şartın gerçekleşmesini aramaktadır. Bunlardan biri toplu iş sözleşmesi yapılacak işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının (salt çoğunluğunun) o sendikanın üyesi olması, diğeri sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %10'unun (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolları hariç) yetki başvurusunda bulunan işçi sendikasının üyesi olmalarıdır. Salt çoğunluk bakımından toplu sözleşme yapılacak işyeri, işyerleri veya işletme esas alınacak iken, asgarî %10'luk baraj işkolu bakımındandır. Bir diğeri ifadeyle, toplu sözleşme ünitesi dışında olduğu halde o işkolundaki tüm işyerlerindeki işçilerinin %10'unun yetki almak isteyen işçi sendikasının üyesi olması gerekmektedir. Sendika, işkoluyla ilgili bu önşartı sağlamıyorsa toplu sözleşme akdetmek istediği işyeri ya da işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olmasının yetki alabilmek için faydası yoktur.

İşte bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunun tespitinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde belirtilecek işkolundaki bütün işçi sayısı ile bu işkolundaki sendikalara mensup üye sayısı toplu sözleşme ve diğeri işlemler için (yeni) istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir (f. 3). 4. fıkraya göre, yayımından itibaren onbeş gün içinde itiraz edilmeyen istatistikler kesinleşir. Ancak, istatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesi'ne başvurulabilir.

İşkolu istatistiklerini periodik olarak yasada belirtilen tarihlerde hazırlama görevi Bakanlık'a aittir. Bu istatistikler işyeri, işletme bazında değil her işkolunda çalışan işçi ve sendika üye sayılarını içermektedir. Maddede işkolundaki bütün işçi sayısından söz edildiğine göre istatistiğe esas olacak işçilerin fiilen çalışıp çalışmaması, sendikaya üye olup olmaması gibi ayrımlara gidilmeyecektir⁵⁷¹. İşkolları Tüzüğü'nün 5. maddesi uyarınca istatistiklerin Resmî Gazete'de yayımlanması zorunlu olup dava açmak için tanınan onbeş günlük hak düşürücü süre istatistiklerin yayımlanmasından itibaren başlamaktadır.

2. Taraflar

TSGLK 12. maddenin son fıkrasında istatistiklerin gerçeğe uymadığı iddiasıyla ilgililere dava hakkı tanınmıştır. “İlgililer”den kasıt, o işkolunda kurulu bulunan işçi ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverendir⁵⁷². İşkolunda %10'u aşan sendikaların da hukukî yararı bulunmaktadır. Yayımlanan istatistikler bir sonraki istatistiklerde nazara alınacağından ve üye sayısı ileride yapılacak tespitlerde o sendikaların da durumunu etkileyebileceğinden %10'u aşan bir sendika da dava hakkına sahiptir⁵⁷³. İşkolu istatistiklerinde sadece hangi sendikaların barajı aştığı, hangilerininin %10'un altında kaldığı ismen sıralanıp gösterilmemekte, işkollarında kurulu sendikaların her biri bakımından değişen oranları gösterilmektedir. Bir sendika, kendisi için tespit edilen orana karşı çıkabileceği gibi, o işkolunda ilan edilen başka sendika ya da sendikalar için belirlenen üyelik oranlarının gerçeği yansıtmadığını da ileri sürebilir.

Dava, ileri sürülen iddiaya göre o işkolundaki diğer sendikaların da hukukî durumunu etkileyip değiştirebileceğinden sadece Bakanlık'ın değil, bu sendikaların da davalı gösterilmesi gerekir. Ancak Yargıtay davalı tarafla ilgili olarak bazı kararlarında konuya işaret ederken “hukukî yarar”dan söz etmektedir: “...*sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı taraf gösterilmiş, hukukî yararı bulunan diğer*

⁵⁷¹ **Narmanhoğlu**, s. 345. Yasa'nın açık ifadesi karşısında katılmadığımız, sadece sendikalı işçi sayısının dikkate alınması gerektiği görüşü **Günay**, İş Davaları, s. 1498.

⁵⁷² **Reisoğlu**, s. 171; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 53; **Narmanhoğlu**, s. 345, dn. 169.

⁵⁷³ 9. HD. 6.11.1987 T., 9853/9893 (**Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 53).

sendikalar gösterilmemiştir”⁵⁷⁴. Hukukî yarar, davacı bakımından mevcut olması gereken dava şartlarından olup, husumetle ilgisi bulunmamaktadır. Araştırılacak olan davacının dava açmakta, yargısal koruma talep etmekte korunmaya değer bir hukukî menfaatinin bulunup bulunmadığıdır ve bu davanın açıldığı ana göre belirlenir⁵⁷⁵. Aleyhine dava açılan kişi ya da kişilerin kendilerine karşı böyle bir dava açılmasında hukukî yararlarının bulunup bulunmadığından söz edilemez. Davalı açısından mesele husumet ve dava arkadaşlığı kavramlarıyla irtibatlandırılabilir. Bu bağlamda davalı lehine davanın reddine karar verilmesi de, davalının hukukî yararının bulunmamasına değil husumet yokluğu gerekçesine dayanır. Elbette dava belirli bir hasma karşı yöneltildiğinden ve karar onun hukukî durumunu etkileyeceği, onun alanını ilgilendirdiği için davalıya menfaatlerini savunabilmesi için fırsat verilecektir⁵⁷⁶; ki bu da ağırlıklı olarak HUMK m. 73 uyarınca taraf teşkili ve hukukî dinlenilme hakkı ile ilgili bir konudur.

Davacı, işkolu istatistiklerinin gerçeği yansıtmadığını ileri sürerken o işkolunda yer alan ve üyelik oranları belirlenip sıralanan bir veya birden fazla sendikayla çekişme içinde olabilir ve hüküm de onların hukukî durumu hakkındadır. Sözelimi davacı işçi sendikası kendi yüzdesine karşı çıkmakla, gerçekte daha yüksek bir oranla üye kaydettiğini ileri sürmekle diğer sendikaların oranlarının belirlenenden daha az olduğunu iddia etmektedir ve bu onların hukukî durumlarına karşı bir iddiadır. Aynı şekilde işveren (yahut işveren sendikası) ilgili işkolunda hiçbir işçi sendikasının %10'luk barajı aşmadığı iddiası ile dava açarken %10'un üzerinde oranlarla tespit edilen sendikalara yönelik bir iddia yöneltmektedir. İşlemi yapan makam da Bakanlık olduğundan bu sıkı bağlılık nedeniyle Bakanlık ve istatistikte yer alan, haklarında itiraz yöneltilemeyen diğer sendika veya sendikalara karşı birlikte husumet yöneltilmesi gerekmektedir.

Öte yandan çalışan işçi sayısı ve diğer sendikaların üye sayılarına bir itiraz olmaması halinde uyuşmazlığın sadece davacı sendika üye sayısına yönelik olarak incelenmesi gerekir ve işkoluna ait istatistiğin tamamına yönelik hüküm

⁵⁷⁴ 9. HD. 10.6.1999 T., 9533 E., 10565 K. (Günay, İş Davaları, s. 1504).

⁵⁷⁵ Kuru, Dava Şartları, s. 177 vd.

⁵⁷⁶ Üstündağ, s. 272.

verilemez⁵⁷⁷. Davacı sendika sadece kendi üye sayısı ile ilgili bir itiraz ileri sürerek örneğin 3.000 değil, 3200 üyesi bulunduğunu iddia edebilir. Aradaki fark, o üyelerin bir başka sendika işçisi olarak kabul edilmesi sebebiyle değil de bundan tamamen bağımsız şekilde sendika üyesi işçi sayısının yanlış tespitinden ve bu 200 işçinin o işkolunda herhangi bir sendikaya üye olmadığı değerlendirilmesinden de kaynaklanabilir. Böyle bir ihtimalde işkolunda çalışan işçi sayısı ile diğer sendikaların üye sayıları değişmeyecek ancak davacı sendikanın hanesine 200 üye işçinin daha eklenmesi gerekecektir. O itibarla diğer sendikaların üye sayısı ya da oranlarıyla ilgili bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Üyelik oranı, işkolundaki tüm işçi sayısına göre belirlendiğinden sendika yüzdelerinin toplamı %100’u vermeyebilir. Bir diğer ifadeyle bunun anlamı söz konusu işkolunda sendikal örgütlenmenin %100’e ulaşmamış olmasıdır. O itibarla dava sonunda bir sendikanın daha fazla üye kaydettiğinin anlaşılacak yüzdesinin artması, otomatikman diğerlerinin azalması anlamına gelmemektedir. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde husumetin sadece Bakanlık’a yöneltilmesi gerekir. Buna karşılık, eğer davacı işçi sendikası aslında kendi üyesi olan işçilerin bir başka sendika üyesi olarak dikkate alındığını, Bakanlık işleminde Sendikalar Kanunu’nun üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesiyle ilgili kurallarının doğru uygulanmadığını ileri sürerek o sendikanın üye sayısı ve oranına karşı dava açıyorsa Bakanlık’ın yanısıra diğer sendikaya da husumet yöneltilmelidir.

Uygulama alanları, nitelikleri ve konuları farklı olmakla birlikte dava, bu yönden bir ölçüde icra-ıflaş hukukundaki sıra cetveline karşı şikayet yolu ve itiraz davalarını akla getirmektedir. İİK m. 142 (ıflaş ile ilgili olarak İİK 235. maddesinde düzenlenmiştir) uyarınca da sıra cetveline karşı koymak isteyen alacaklının, cetveldeki bir başka alacaklının alacağı miktar ve sırasına karşı çıkmayıp, takip hukuku kaidelerinin yanlış uygulanması, icra müdürünce hazırlanan sıra cetveline kendisinin istediği sıraya alınmamasına dayandığı hallerde sadece işlemi yapan icra dairesi karşı tarafta yer almakta (*şikayet*); eğer sıra cetveline alınan bir başka alacaklının alacağına ve sırasına itiraz ediliyorsa, o alacaklıya karşı husumet yöneltilerek dava açılmaktadır⁵⁷⁸. Bir başka sendikanın üye sayısı ve oranına karşı

⁵⁷⁷ Günay, s. 505.

⁵⁷⁸ Deynekli, A./Kısa, S., Hacizde ve İflaşta Sıra Cetveli, İstanbul 1996, s. 104-105, s. 421 vd.; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflaş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2002, s. 378 vd.

çıkılmayıp, davacının sadece kendi hukukî durumuyla, üye sayılarıyla ilgili olmak üzere, istatistiği hazırlayan Bakanlık'ın yanlış uygulama yaptığı ileri sürülüyorsa davada husumetin sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yöneltilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Diğer ihtimalde hem Bakanlık hem de çekişme içinde bulunulan sendika davalı tarafta mecburî dava arkadaşı şeklinde yer almalıdır. Burada yine durumlarıyla ilgili herhangi bir uyuşmazlık bulunmayan işkolundaki başkaca sendikalara husumet yöneltilemeyeceği, onlara karşı dava açmakta davacının hukukî yararının da bulunmadığı sonucuna ulaşmaktayız.

3. Yayınlanan İstatistiklerin Denetimi

İstatistiğin yayımlanmasından sonra ancak dava için tanınan 15 günlük süre içinde o işkolundaki sendikalar arasındaki birleşme veya katılma yoluyla ortaya çıkabilecek değişiklikler istatistiğin geçerliliğini etkilememelidir. 12. madde Ocak ve Temmuz ayında yayımlanacak istatistiklerde yayın tarihine kadar olan işçi ve üye sayılarının dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. İstatistiğin yayımından sonra bir sendikanın üye sayısı %10u hangi nedenle aşarsa aşsın yeni istatistik yayımlanıncaya kadar artık o sendikaya toplu sözleşme yetkisi için bir hak sağlamayacağı gibi, sendikanın üye sayısının daha sonra barajın altına düşmesi de yetki başvurusunu olumsuz etkilemeyecektir⁵⁷⁹. O yüzden davacı tarafça, daha sonra vukubulan bu değişiklik iddiaları yargılamaya taşınamaz. İstatistik yayımlandıktan sonra yüzde on barajını aştığını iddia eden sendika bu yoldaki iddiasını, Bakanlık'ça aksi yönde işlem yapılmışsa, yeni istatistiğe itiraz prosedürü içinde ileri sürmek zorundadır⁵⁸⁰.

Reisoğlu ise, istatistiğin diğeri yayımlanıncaya kadar geçerli olmasının, daha sonra işçi sayısının azalmasından kazanılmış bulunan en az yüzde on oranının etkilenmeyeceği anlamında olduğu, bu kuralın daha sonra yüzde onu aşacak sendikalarla ilgisi bulunmadığı görüşündedir. O tarihte yüzde ona ulaşamamış işçi sendikalarının daha sonra bu oranı aşsa bile yetki alamayacağı ve gelecek istatistiğin

⁵⁷⁹ **Çelik**, Komite 1988, s. 175. Aynı yönde 9. HD. 22.4.1988 T., 4772/4603 (*Kamu-İş*, Temmuz 1988, s. 27).

⁵⁸⁰ **Oğuzman, K.**, İşyeri ve İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetkiye İlişkin Sorunlar, *TÜTİS* 1985/Temmuz-Eylül, s. 7; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 56; **Tuncay**, Toplu İş, s. 146; **Çelik** de bu düzenlemenin yasal kararlılık ve belirlilik açısından yerinde olduğu görüşündedir (**Çelik**, Komite 1988, s. 175).

yayımlarını beklemesi gerektiği yönündeki yorumların yanlış olduğunu, bir sendika ne zaman yüzde onu bulursa yetki aldığının tespitini isteyebileceğini, örneğin bir ay sonra yüzde on üye kaydetmiş olan sendikayı beş ay bekletmek için hiçbir neden bulunmadığını belirten Yazar, bu görüşlerinde 13. maddeye göre işçi sendikasının Çalışma Bakanlığı'na başvurarak kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı itibarıyla yüzden onun belirlenmesini isteyebileceği hükmüne de dayanmaktadır⁵⁸¹.

Reisoğlu'nun görüşü, özellikle işyeri veya işyerlerinde yarıdan fazla çoğunluğu sağlamış bir sendikanın daha sonra işkolunda yüzde onu da aşmasıyla birlikte hemen yetki başvurusunda bulunmasını engellemesi ve birkaç ay daha beklemek zorunda kalması, toplu sözleşme düzeniyle çalışabilmeyi geciktirmesi yönleriyle sisteme yöneltilebilecek eleştiriler bakımından değer taşımaktadır. Ancak bu görüşün desteklenmesi halinde, Kanun'un istatistiklerin yılda iki kez yayımlanacağına ilişkin sistemi bir yana bırakılarak Bakanlık tarafından hemen her yetki başvurusunda istatistikle ilgili ayrı bir tespit yapılması söz konusu olur. Bu durumda ise daha önce kesinleşen ve halen geçerliliği süren istatistiğin değişmesi sonucu ortaya çıkar. Oysa 12. maddede açıkça Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistiklerde belirtilen bütün işçi sayısı ile üye sayılarının toplu sözleşme ve diğer işlemler için, bir sonraki istatistik yayınlanıncaya kadar geçerli olduğu vurgulanmıştır. Bakanlık'ın altışar aylık dönemler arasında da işkoluna ilişkin münferit yüzde tespitleri yapması, hem bu kesinliğe aykırıdır hem de kararlar Resmî Gazete'de yayınlanmayacağından sadece başvuran sendika ile Bakanlık arasındaki bir işlem olarak kalır ve 12. maddedeki dava prosedürü de dışlanmış olur. Bir sonraki istatistiğe karşı açılan davalarda da hangi sayısal veri ve tespitlerin incelemeye, değerlendirmeye alınacağı belirsizleşir. *Reisoğlu* bu görüşleri ileri sürerken sanırım büyük ölçüde, sanki bir sendikanın barajı daha sonra aşması sendika üyesi olmayan işçi kesiminden üye kaydederek yüzdesini arttırdığı kabulüne dayanmaktadır. Oysa yayımlanan ve kesinleşen istatistiğe göre bir başka sendikanın üyesi iken bu arada o sendikadan ayrılıp diğer sendika üyesi olan işçiler de bulunabilir. Böylece bir sendikanın azalan üyeleri, diğerinin üye sayısını artırır. Bakanlık ara dönemde üye sayısına göre yüzde on barajı aştığına dair bir tespit yapacak olursa aynı işçiler mükerrer şekilde

⁵⁸¹ **Reisoğlu**, s. 170-171.

değerlendirmeye alınmış olmakla, hem daha önce yayınlanan istatistikte A Sendikası'nın üye sayısında, hem de ardından başvuruda bulunan B Sendikası üyesi olarak tespiti girerler. Bu durumda başvuru sahibi sendika dışındaki, diğer sendikanın üyelik durumu hakkında ve üstelik gıyabında, kesinleşmeye aykırı şekilde tespit yapılması kabul edilemez. Böyle bir uygulama, Yasa'nın getirmeye çalıştığı belirliliği ortadan kaldıran, yetkiyi sürekli kaygan zemine taşıyan bir görünüm arz eder.

Sözü edilen görüşte, *istatistiğin diğeri yayımlanuncaya kadar geçerli olmasının, daha sonra işçi sayısının azalmasından kazanılmış bulunan en az yüzde on oranının etkilenmeyeceği anlamında olduğu*, şeklindeki değerlendirme 12. maddenin 3. fıkrasının son cümlesiyle ilgilidir. Nitekim bu cümlede, yetki belgesi almak üzere müracaat eden veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisinin daha sonraki değişikliklerden etkilenmeyeceği yazılıdır. Oysa tartışılan konu bununla ilgili olmayıp, bize göre sorunun yanıtı aynı fıkranın ilk iki cümlesinde verilmiş durumdadır: Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunun tespitinde her yıl Ocak ve Temmuz ayında yayımlanacak istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde belirtilen işçi ve üye sayıları da diğeri yayımlanuncaya kadar toplu sözleşme ve diğer işlemler bakımından geçerlidir. 13. maddede sendikanın başvurusunda, kurulu bulunduğu işkolundaki üye sayısı itibariyle yüzde on oranını sağladığının belirlenmesini de isteyeceği hükmü, aynı çerçevede ve yasanın hükümleri arasındaki bütünlük dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Bu madde 12. maddeden farklı bir sistem öngörmüş olmayıp, bir sendika yetki için gerekli çoğunluğu sağlayabilmede işyeri ve işyerlerinde çalışan işçilerinin yarısından fazlasını üye kaydetmek zorunda olduğu kadar, öncelikle o işkolunda yüzde on üyeye sahip olmalıdır. Yetki tespiti yapılabilmesi için bu ön şartın yerine getirilip getirilmediği de 12. maddede açıklandığı üzere, yayımlanıp kesinleşmiş istatistikler esas alınarak belirlenecektir.

Daha önce istatistikle ilgili verilen karar bağlayıcı olup istatistiklerin gerçeği yansıtmadığı iddiası, 12. madde dışında sonradan veya yetki itirazı sırasında öne sürülemez ve yetki itirazında tekrar tartışma konusu yapılamaz. Buna karşılık *Tunçomağ*, sahtelik yapıldığını gösteren belgeler elde olmadığından istatistik, yayımından itibaren 15 gün içinde mahkemeye başvurulmadığı için kesinleşmişse

aynı sonucun haklılıkla savunulamayacağını ileri sürmekte, fakat 2822 sayılı Kanun m. 12/4. fıkradaki düzenlemenin bu ikinci hal için de aynı sonucu kabul etmiş görüldüğünü belirtmektedir. Öte yandan Yazar'a göre, HUMK m. 445.de söz edilen hallerden biri varsa örneğin sahtecilik bir mahkeme kararıyla sabit olmuşsa yetki prosedürü dışında yargılamanın iadesinin istenebilmesi de mümkün sayılmalıdır.⁵⁸² Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesinde üyeliğin kazanılmasıyla ilgili getirilen prosedür sayesinde ve 2822 sayılı Kanun sisteminde sahtecilik iddiasının ileri sürülmesi daha güçtür. 2822 sayılı Kanun istatistiğin gerçeği yansıtmadığının tespiti için açılacak davada sahtecilik iddiasının öne sürülebilmesini kabul etmiştir. 275 sayılı Kanun döneminde sahtecilikle ilgili verilen kararlardan bazıları halen geçerliliğini korumaktadır. Örneğin bir günde ve kısa süre içinde 881 işçinin sendikaya üye kaydedilmesi normal hayat münasebetlerine uygun değildir ve sahtecilik iddiasının araştırılması gerekir⁵⁸³.

Davaya konu istatistiğin gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığı belirlenirken, önceki dönemde yayımlanıp kesinleşmiş istatistik baz alınarak sonraki hareketlerin bu sayıya eklenip çıkarılması suretiyle sonuca gidilmelidir. Örneğin 2001 Temmuz ayı istatistiğine karşı dava açılmış ise, mahkemece 2001 Ocak istatistiği esas alınarak 30.6.2001 tarihine kadar gerçekleşen işçi ve üye sayılarındaki değişikliklere göre Bakanlık tarafından hazırlanan istatistiğin gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığı, istatistikte ilan edilen yanlış ise doğru oranın ne olduğu tespit edilecektir⁵⁸⁴.

4. Davanın Niteliği

Davanın nitelikçe, bir tespit davası olup olmadığı sorgulanmalıdır. Tespit davasının tanımına göre, davada bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu yahut bir senedin sahte olup olmadığı mı araştırılmaktadır sorusu yanıt beklemektedir. İşkolu istatistiğinin o işkolunda çalışan işçi ve üye sayılarından ibaret olduğu düşünüldüğünde aslında mahkeme, önündeki uyuşmazlığı çözerken tek tek o işkolunda çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin ve aralarında sendika üyesi olanların üyelik ilişkilerinin tespitini yapmaktadır. Uyuşmazlık konusu dönemde iş

⁵⁸² **Tunçomağ, K.**, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Arabuluculuk ve Tahkim Konularında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, Aralık 1983, s. 105.

⁵⁸³ 9. HD. 19.2.1979 T., 1803/2187 (İHU TSGLK m. 11, No: 15, N. Çelik'in notuyla).

⁵⁸⁴ 9. HD. 10.6.2003 T., 10348/10525 (LEGAL İSGHD 2004/3, s. 1069-1070).

sözleşmeleri çeşitli nedenlerle sona erdiği için iş ilişkisi mevcut bulunmayan işçileri, yeni işe alınan işçiler bakımından varolan iş sözleşmelerini, bazı işçiler bakımından uzun süreli işsizlik ya da başka bir işkolunda çalışmaya başlama nedeniyle artık üye oldukları sendikayla aralarındaki üyelik ilişkisinin mevcut bulunmadığını (Sen. K. m. 25/son), zaten bir sendikaya üye olduğu halde tekrar bir başka sendikaya üye olanların Sendikalar Kanunu 22. maddesi uyarınca sonraki üyeliklerinin geçersiz olduğunu, üyelikten çekilme bir ay sonra hüküm sonuç doğuracağından (Sen. K. m. 25/2) bu işçilerin üyelik ilişkilerinin halen sürdüğünü, kısaca iş sözleşmesinin kurulması ve sona ermesi ile sendika üyeliğinin kazanılıp kaybedilmesiyle ilgili tüm yasal esasları göz önüne alarak bu hukukî ilişkilerin tespitine yönelik bir yargılama yürütülmektedir. Elbette işin niteliği gereği bunların kümülatif olarak da ifade edilmesi ve oransal karşılığının bulunması gerekmektedir.

TSGLK 12. maddeye göre açılan davada, tek hukukî ilişkinin değil çok sayıda, tarafları farklı, iş ilişkisi ve üyelik ilişkisi gibi iki ayrı nitelikte hukukî ilişkinin tespiti yapılmaktadır. Bu tespit sonucunda ulaşılan sonuç Bakanlık tarafından ilan edilenle örtüşüyorsa işlemin hukuka uygunluğu, mahkemenin tespiti dava konusu istatistikten farklı ise mevcut hukukî ilişkilere dayalı şekilde gerçek durum tespit edilmektedir. İşkolu istatistikleri yayımlandıkları anda kesinleşmediklerine göre, mahkemenin varlık kazanan, sonuçlanmış bir işlemi iptal etmesi söz konusu değildir. Geriye etkili verilen karar yenilik doğurucu nitelik taşımayıp açıklayıcı, beyan edicidir. Hüküm, bir eda emrini de içermemektedir. Buna göre, 12. maddede düzenlenen davanın bir tespit davası olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Aynı zamanda dava sonunda sendikanın işkolunda yüzde onun üzerinde üye kaydettiğinin tespit edilmesi, onun ilgili işkolunda toplu sözleşme ehliyetine sahip bulunduğunu da göstermektedir. Fakat bu 12. maddeye göre açılan davadaki hükümde yer alacak bir husus olmayıp, kesinleşen tespit hükmünün gösterdiği etki ve daha sonraki idarî işlemler ile hukukî uyuşmazlıklarda dikkate alınması, bağlayıcılık taşımasıyla ilgilidir.

5. Davanın Açılmamış Sayılması

İş mevzuatının pek çok hükmünde rastladığımız gibi, TSGLK'nun 12. maddesinde de istatistikle ilgili tespite karşı açılan davanın mahkemece 15 gün

içinde sonuçlandırılacağı, kararın temyiz edilmesi halinde 15 gün içinde kesin karara bağlanacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Uygulamada davaların yasa da belirtilen bu kısa süreler içinde sonuçlanmadığı ve esasen uyuşmazlıkların niteliği karşısında bu sürede sonuçlanamayacağı da tabiidir. Bir Hukuk Genel Kurulu kararında⁵⁸⁵ bu hususa dosyanın işlem den kaldırılması vesilesiyle işaret edilmiştir. Karara göre; “...Sendikaların yetkili olup olmadığının belirlenmesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca yapılan işçilerin işkollarına göre dağılımı ve sendika üye sayılarıyla ilgili istatistiki tesbitlerin büyük bir önemi kalmadığı bu tesbitlere karşı ilgili sendikalara iş mahkemelerinde itiraz davası açma imkanı tanınmasıyla da gerçek durumun ortaya çıkarılmasına özen gösterildiği tartışmasızdır, yasakoyucu, toplu iş sözleşmesinin gecikmeksizin yürürlüğe konabilmesi için, benzer konularda olduğu gibi, istatistiki tesbite itiraz davasının açılması, sonuçlandırılması ve temyiz incelemesi süresi ile ilgili olarak 15’er günlük kısa süreler öngörmüştür. Ne var ki bu sürelerle ilişkin yasa kurallarının mutlak şekilde bağlayıcı nitelikte yorumlanması doğru olmaz. Gerçekten kimi durumlarda yüzbinlerce işçiyi ve çok sayıda sendikayı ilgilendiren tesbitlere vaki itirazların 15 gün gibi kısa bir sürede sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı uygulamada sıkça görülmektedir. Gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve uyuşmazlıkların giderilebilmesi için bilirkişi incelemesine gerek duyulan hallerde, yargılamanın uzunca bir süre devam etmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu bakımdan, anılan 12. maddede öngörülen(in) bir temenni biçiminde vaz olduğunun kabulü yasakoyucunun amacına uygun düşecektir”.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 15. maddesine göre yetki itirazında işçi ve üye sayılarının tespitinde maddî hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazların duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağı yönündeki düzenlemenin aksine 12. madde uyarınca açılan davaların evrak üzerinden incelemeyle sonuçlandırılacağına ilişkin açık bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 73. maddesi uyarınca kanunun gösterdiği istisnalar dışında taraf teşkili sağlanmaksızın bir uyuşmazlığın çözümü mümkün değildir. 12. madde böyle bir istisnaî düzenleme içermediğine göre işkolu tespitleri ile ilgili uyuşmazlıkların da dava şeklinde, taraf teşkili sağlanıp tarafların iddia ve

⁵⁸⁵ HGK. 04.2.1998 T., 1997/9-840 E., 1998/3 K. (Günay, İş Davaları, s. 1500-1503).

savunmalarını ileri sürmelerine, delil ibraz etmelerine olanak tanınarak çözümlenmesi gerekmektedir. Yasa'da açıkça başka bir yargılama usûlünün gösterilmediği hallerde 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi gereğince sözlü yargılama usûlünün uygulandığı iş mahkemelerinde, bu yargılama usûlüne özgü farklı bir düzenleme bulunmayan hallerde yazılı yargılama usûlüne ilişkin kurallar geçerlidir. Gerek İş Mahkemeleri Kanunu'nda gerekse sözlü usûlün düzenlendiği Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 473 ila 491. maddelerinde tarafların çağrıldıkları duruşmaya gelmemeleri halinde yargılamaya yokluklarında devam edileceğine dair örneğin Kadastro Kanunu'nun 29. maddesindeki gibi özel bir düzenleme yer almadığından dosyanın işlemde kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması (HUMK m. 409) iş mahkemelerinde de uygulanacaktır. Yargıtay'a göre de *"...Konu kamu düzeni ile de ilgili olsa yasada hakimin kendiliğinden işi inceleyip sonuçlandırması şeklinde bir kural öngörülmediği için itiraz davasının anılan şekilde ret ile sonuçlandırılması hatalıdır. Bu durumda mahkemece yapılması gerekli iş Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 409. maddesinde öngörülen prosedürün uygulanması ile yetinmekten ibaret olması lazımdır. Bir başka anlatım ile davanın yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi zorunludur"*⁵⁸⁶. HUMK 213. maddesine göre, tahkikat sırasında taraflara gönderilecek çağrı kağıtlarında belli edilen günde mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde tahkikata yokluklarında devam edileceği bildirilir (f. 2) ve geçerli bir özrü olmadan gelmeyen taraf yokluğunda yapılan usûlî işlemlere itiraz edemez (f. 3). Yine 377. maddede düzenlendiği haliyle sözlü yargılama ve hüküm için usûlüne uygun şekilde çağrıldığı duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda sözlü yargılama yapılır ve hüküm verilir. Bir diğer ifadeyle herhangi bir özrü olmadan duruşmaya gelmeyen taraf yargılamanın devamını engelleyememektedir. Mazeret bildirildiğinde ise bu, mahkemece incelenecek olup hakim mazereti mutlaka kabul etmek zorunda değildir⁵⁸⁷. Ağır hastalık, mücbir sebep, elde olmayan bir sebep yüzünden duruşmaya

⁵⁸⁶ 9. HD. 15.7.1997 T., 13006/14451 (Günay, s. 509). Aynı sonuç, yukarıdaki Hukuk Genel Kurulu kararında da tekrarlanmıştır. Bu kararlara karşı oy yazılarında ise; 12. maddedeki davanın klasik bir dava olmayıp itiraz şeklinde özel bir prosedürün işlemesine bağlı bir yasal hukuk yolu olduğu, toplu sözleşme yetki prosedürünün en kısa sürede sonuçlandırılması için dosyanın takip edilmemesi sebebiyle işlemde kaldırılamayacağı, aksi halde 409/son madde uyarınca işlem yapılırsa kötüniyetle istatistiğe itiraz edenlerin süreyi uzatabilmelerinin yasaca korunmayacağı, mahkemece re'sen incelemeye devam olunarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır.

⁵⁸⁷ Ulukapı, Ö., Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 50.

katılmamış olan taraf ise korunmaya layıktır ve mahkeme davaya devam etmemelidir. 409. madde uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasının bu davalarda uygulanmayacağı kabulü tasarruf ilkesini de zedeler⁵⁸⁸. 409. maddenin uygulanmaması, duruşma yapılması zorunlu bulunmayan hallerde söz konusudur⁵⁸⁹. Bu davada duruşma yapılması takdire bağlı olmadığına, uyuşmazlık evrak üzerinden incelemeye çözümlenemeyeceğine göre dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin hükmün uygulanması gerekir.

Ayrıca dosyanın işlemde kaldırılması nedenleri incelendiğinde görülür ki, bu karara bir tarafın tek başına sebebiyet vermesi mümkün değildir. Oturuma çağırılmış olan tarafların hiçbiri gelmediği veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosya işlemde kaldırılmaktadır. Davalı, Bakanlık olduğuna göre hiç değilse onun duruşmaları özenli takip etmesi veya davacının aksine davayı takip edeceğini bildirmesi beklenir ki, böylece karşı oy yazısında dile getirilen istatistiğe kötüniyetle itiraz edenlerin, yargılamayı geciktirme niyetlerine hizmet edilmemiş olur.

III. YETKİLİ SENDİKANIN TESPİTİ

1. Genel Olarak

Sendika bir işyerinde veya işletmede toplu iş sözleşmesi akdedebilmek için, yetki başvurusu tarihi itibarıyla orada çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olmalıdır (2822/m. 12, 13)⁵⁹⁰. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikanın yetkili olduğunun tespiti amacıyla yazılı olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurusu gerekmektedir. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 13. maddesinin ilk cümlesinde "sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı itibarıyla yüzde on oranını sağladığının belirlenmesini..." istemesinden de söz edilmekle birlikte, zaten bu şartın sağlanıp sağlanmadığı daha önce Ocak veya Temmuz ayında yayımlanmış istatistikle belirlenmiş durumdadır.

⁵⁸⁸ Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 202.

⁵⁸⁹ Pekcanitez, H., İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 143-144.

⁵⁹⁰ İşveren sendikasının toplu sözleşme yetkisi bakımından, işverenin üyesi olması yeterli bulunmaktadır (m. 12/f. 2).

Bakanlık başvuru nedeniyle yeniden belirleme yapmayıp kesinleşmiş istatistiği esas almaktadır. Elbette bunun için öncelikle sendikanın ilgili işkolunda kurulu olup olmadığına bakılmalıdır. Ehliyet şartına göre bir sendika ancak kurulu olduğu işkolundaki işyerlerinde toplu sözleşme yapabileceğinden yetki istenen işyeriyle sendikanın işkolunun aynı olması gerekmektedir. *Narmanlıoğlu*'na göre, aynı işkolunda kurulma, ehliyet ve yetkiye ilişkin sayısal koşulların bir ön şartı ve temeli sayılmalıdır. Bunun ehliyet mi yetki mi olduğunun tartışılması gereksizdir. Mevcut olmayan bir şeyin şu ya da bu oranda gerçekleşmesi de söz konusu olamayacağından faaliyet alanı dışında üye kaydetmesi imkânsız olan bir sendikanın ehliyetli olması ya da yetki alması zaten mümkün değildir⁵⁹¹.

Bakanlık'ça yetki verilmeden önce, işyeri veya işletmede başkaca yetki alan sendika bulunmadığı kontrol edilmelidir. Yine daha önce bir başka sendika yetki yazısı ya da belgesi almışsa aynı işyeri, işyerleri yahut işletme için tekrar bir sendikaya yetki verilemez.⁵⁹²

Yetki işlemlerine en erken yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesine yüz yirmi gün kala başlanabilir (TSGLK m. 7/son f.). Bu kural emredicidir. Örneğin daha erken tarihli başvurunun kabul edilerek Bakanlık tarafından yetkiyle ilgili kararın yüz yirmi gün içinde verilmesi şeklinde bir yöntem izlenemez. Sendikanın yetkisi, başvuru tarihindeki durum esas alınarak saptanacağından aksine uygulama yasa hükmüne aykırıdır.

Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesi, üyeliği kesinleşen işçinin üye kayıt fişinin birer nüshasının Bakanlık'a ve işçinin çalıştığı işyerinin bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne gönderilmesi zorunluluğunu öngörmüştür. İşte Bakanlık da sendikanın yetki başvurusunu sonuçlandırırken bu üye kayıtlarını kullanmaktadır.

⁵⁹¹ **Narmanlıoğlu**, s. 369, dn. 252. Diğer yandan Yazar, aynı işkolunda kurulu bulunma unsurunu ehliyet kavramı ve ehliyetin kazanılması şartları içinde incelemiştir (Bkz. **Narmanlıoğlu**, s. 324 vd). Doktrinde de haklı olarak konu, toplu sözleşme ehliyetinin bir şartı olarak mütalaa edilmektedir (**Reisoğlu**, s. 167; **Çelik**, s. 457; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 47; **Tunçomağ/Centel**, s. 353; **Sur**, s. 224; **Tuncay**, Toplu İş, s. 142; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 73; **Aktay, N./Arıcı, K./Kaplan-Senyen, T. E.**, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 432; **Akyiğit, E.**, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 463).

⁵⁹² **Narmanlıoğlu**, s. 370.

Bakanlık, başvuru tarihinden itibaren altı işgünü içinde belirtilen esaslarla yaptığı inceleme sonucunda sendikanın gerekli çoğunluğu sağladığı sonucuna ulaşırsa işyerindeki işçi ve üye sayısını içeren yetki tespit yazısını, sendikaya, o işkolunda kurulu diğer sendikalara, taraf olacak işveren sendikasına (sendika üyesi değilse işverene) bildirir. Olumsuz yetki tespitinde, yani sendikanın çoğunluğu haiz olmadığının tespiti halinde bu bilgiler sadece başvuran sendikaya bildirilir (m. 13/son f.). Konunun iş mahkemesi önüne gelmesi de bu aşamayı izleyen bir süreçtir⁵⁹³.

2. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Müspet ya da Menfi Yetki Tespitine Karşı İş Mahkemesine Başvuru

Yetki başvurusu sonucunda Bakanlık'ın kararına karşı 15. madde uyarınca açılacak davalarda, öncelikle dava dilekçesinin bölge müdürlüğüne kaydı zorunludur. Bunun amacı, ilgili ünitelerde yapılan yetki tespitine bir itirazın bulunduğu ve böylece yetkinin/yetkisizliğinin henüz kesinleşmediği konusunda idarî makamı bilgilendirerek buna göre hareket etmesini sağlamaktır⁵⁹⁴. Bu kayıt şartının yerine getirilip getirilmediği mahkemece araştırılmalı, dilekçe kaydedilmemişse mahkeme esasa girmeden davayı reddetmelidir⁵⁹⁵. Yargıtay da bu işlemi, 2822 sayılı yasanın getirdiği sistem açısından zorunlu ve çok önemli bir koşul olarak gördüğünden, kayıt işlemi yapılmadan verilen dilekçenin reddi gerektiği ve mahkemenin esasa giremeyeceği sonucuna varmıştır⁵⁹⁶. Yetki itirazlarıyla ilgili davalarda, dilekçenin Bakanlık veya bölge çalışma müdürlüğüne kaydı özel bir dava şartıdır. Dava açılmadan önce dava dilekçesinin kaydı da 15. maddeye göre altı işgünlük sürede

⁵⁹³ Yetki tespitinin, bu tespiti karşı 6 işgünü içinde dava açılmaması veya açılan davanın reddedilmesi suretiyle kesinleşmesi üzerine 6 işgünü içinde sendikaya Bakanlık tarafından bir *yetki belgesi* verilir (m. 16/I). 17. maddeye göre işçi sendikası, bu yetki belgesinin alınmasından sonra ve 15 gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırabilir. Bir diğer ifadeyle çoğunluk tespiti yapılması, yetkinin tespiti ile yetkinin kesinleşmesi ve yetki belgesi verilmesi birbirinden farklı kavramlar, aşamalıdır. Önce, yapılan yetki tespiti belirtilen şekilde kesinleşecek, ardından yetki belgesi verilebilecektir.

⁵⁹⁴ Akyiğit, İş Hukuku, s. 469, dn. 42.

⁵⁹⁵ Reisoğlu, s. 192; Günay, s. 592; Berksun/Eşmelioğlu, TSGLK Şerhi, s. 335; Eyrenci, Ö., Karar İncelemesi, İHU, 1984/II, TSGLK 15, No.3.

⁵⁹⁶ Davacı işveren çoğunluk tespitine itiraz davasını iş mahkemesinde açmadan önce dava dilekçesini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ya da ilgili Bölge Müdürlüğüne kayıt ettirmiş değildir. Bu usûli eksiklik Dairemizin kararlık kazanmış uygulamasına göre davanın reddini gerektirir. 9. HD. 17.1.2002 T., 2001/20688 E., 2002/325 K. (Günay, İş Davaları, s. 1609); 9. HD. 22.10.1984 T., 9921 E., 8986 K. (Reisoğlu, s. 192); 9. HD. 8.10.1984 T., 9606 E., 8682 K. (İHU, 1984/II, TSGLK. 15, No. 3).

yerine getirilmesi gerekli bir işlem olup, işgünü kavramı kaydı yapacak makama göre belirleneceğinden cumartesi günleri işgününden sayılmaz⁵⁹⁷.

TSGLK 15. maddenin son fıkrasına göre, dava açılması kararın kesinleşmesine kadar yetki işlemlerini durdurur. Bu sonuç, yetki işlemlerinin durdurulması talebine ya da mahkemenin bu yönde ayrıca bir ihtiyatî tedbir kararı vermesine bağlı olmayıp, dava açılmasına bizzat yasanın doğrudan doğruya bağladığı bir sonuçtur.

a. Taraflar

aa. Sendikanın yetkili olduğunun tespiti halinde

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, sendikanın yetkisinin tespit edilmesi üzerine, gönderilen tespit yazısını alan o işkolundaki diğer işçi sendikaları, ilgili işveren sendikası veya sendikaya üye olmayan işveren altı işgünü içinde iş mahkemesine başvurarak Bakanlık'ın yetki tespitinin yerinde olmadığını, hukukî esaslar uyarınca sendikanın yeterli çoğunluğu sağlamadığını ileri sürebileceklerdir. O halde bu dava, maddede sayılan kimseler tarafından açabilecektir. Ancak ilgili işkolundaki diğer sendikalar bakımından belirtmek gerekir ki, %10 barajının altında üyesi olan işçi sendikalarına dava hakkı tanınmamıştır. Çünkü bu sendikalar zaten baraj koşulunu sağlayamadıklarından işyeri ya da işletmede çoğunluğu taşıyıp taşımadıklarına bakılmaz. Dolayısıyla o toplu sözleşme dönemi için yetki alabilmeleri söz konusu olmayıp, hukukî menfaatleri yoktur. Nitekim 15. maddede, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde onunu temsil edemeyen sendikanın dava hakkı olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu yüzden kanundaki *o işkolundaki sendikalar* ifadesini de (m. 13/2, 14/2) %10 barajını aşan diğer sendikalar olarak anlamak gereklidir.

Toplu sözleşme hukukunun işveren bakımından ehliyet koşullarına bakıldığında görülür ki, işverenin doğrudan doğruya bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmesi ancak onun işveren sendikası üyesi olmaması haline münhasırdır (m. 12/2, 14). İşveren, sendika üyesi ise yetki tespit yazısının işverene değil üyesi olduğu

⁵⁹⁷ 9. HD. 28.12.1990 T., 14364/14448 (Günay, s. 662).

sendikaya tebliğ edilmesi gerektiği gibi dava hakkı da işveren sendikasına aittir (m. 13/son, 15/1)⁵⁹⁸. Sendika üyesi işverenin davacı sıfatı bulunmamaktadır.

İşkolundaki diğer sendika ile işveren tarafından ayrı ayrı açılan davaların HUMK m. 45 uyarınca birleştirilmesi gerekir⁵⁹⁹.

Davalı tarafta ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile yetki alan sendika mecburî dava arkadaşı olarak yer alacaktır⁶⁰⁰. Halihazır hukukî durumuna, yetkisine karşı çıkılan sendika ile onun yetkisini tespit işlemini yapan Bakanlık'a karşı elde edilecek hükmün tek ve aynı yönde olması zorunludur. Dava, işveren tarafından açılmamış ise husumetin işverene de yöneltilmesi gerekir⁶⁰¹. Dava, mecburî dava arkadaşlarından birine karşı açılmışsa mahkeme ne dava dilekçesini kendiliğinden diğer dava arkadaşına tebliğ edecek ne de davayı hemen sıfat yokluğundan reddedecektir. Davacıya, davasını diğer dava arkadaşına karşı da teşmil etmesi için HUMK m. 163 uyarınca kesin süre verilmesi, buna uyulmaması halinde davanın reddedilmesi gerekir⁶⁰².

bb. Olumsuz yetki tespitinde

Bakanlık, başvuran sendikanın yetki tespitini reddetmiş ise, sonuç sadece başvuran sendikaya bildirilir (m. 13/son). Bu takdirde dava, başvurusu reddedilen sendika tarafından açılacaktır. Husumetin sadece Bakanlık'a yöneltilmesi

⁵⁹⁸ **Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 334. Tespit yazısının işveren sendikasının yerine, üye işverene tebliği halinde 6 işgünlük süre işlemeye başlamayacaktır (**Resioğlu**, s. 189, dn. 4).

⁵⁹⁹ 9. HD. 25.12.1997 T., 20461/22400 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 486).

⁶⁰⁰ **Sur**, s. 234; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 98; **Günay**, s. 591; Sendika taraf gösterilmeden işverenin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine açmış olduğu davada sendikanın aleyhine sonuç doğuracak şekilde hüküm kurulması doğru değildir. İlgili sendikaya tebligat icrasıyla davada taraf gösterilerek yargılamaya devam edilip hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. 9. HD. 13.5.1988 T., 5682/5643 (**Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 350-351); 9. HD. 23.01.1997 T., 1996/22921 E., 975 K. (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 453)

⁶⁰¹ "Yetki tespitine konu işyeri işverenin davaya dahil edilmesi usûl ekonomisi açısından gereklidir. Mahkemece sadece Bakanlık hasım gösterilerek hüküm kurulması hatalıdır" 9. HD. 19.7.2005 T., 23039/26471 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 468). Kararda usûl ekonomisi ilkesinden söz edilmiş ise de, bu ilke yargılamının basit, ucuz ve çabuk görülmesiyle ilgilidir. Kanımızca, konunun pasif taraf sıfatı ve dava arkadaşlığı bakımından ele alınması daha uygun olurdu. Yetki talep edilen ve bunun sonucunda toplu iş sözleşmesi akdedilecek işyeri, işverenindir. Sendikanın çoğunluk tespitine esas alınıp inceleme konusu olacak çalışan işçi ve sendika üyeleri de işveren nezdinde çalışan kimselerdir.

⁶⁰² **Kuru**, C. III, s. 3317.

yeterlidir⁶⁰³. Henüz uyuşmazlık sadece davacı sendika ile onun yetki başvurusunu reddeden Bakanlık arasındadır.

b. Yargılama ve İspat

Bakanlık'ın sendikanın yetkili olup olmadığı hakkında yaptığı tespite karşı iş mahkemesine başvurulduğunda; işçi ve üye sayılarının tespitinde maddî hata iddiası ve süreye ilişkin itirazlar yöneltilebileceği gibi, başkaca sebeplerle de dava açılabilir. 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 2. fıkrasında bu iki durum birbirinden ayırt edilerek düzenlenmiştir. Maddeye göre “İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddî hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme alt işgünü içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme duruşma yaparak karar verir. Duruşma sonunda verilecek karar temyiz edildiği takdirde Yargıtayca onbeş gün içinde kesin karara bağlanır”.

Mahkeme öncelikle itiraz sebeplerini doğru niteleyerek işin evrak üzerinden karar verilecek nitelikte mi yoksa duruşma yapılması gerekli hallerden mi olduğunu belirlemelidir. 15. maddeye göre, evrak üzerinden inceleme yapılacak hallerde mahkeme kesin karar verecek ise de, itiraz nedenlerinin yanlış nitelendirilmesiyle, esasen maddî hataya ilişkin olmayan bir hususun duruşmasız incelenmesine karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir.

aa. Evrak üzerinden inceleme yapılacak haller

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesine göre, “Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez”. İşte Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesindeki düzenleme, taraf teşkili ve duruşma yapılması zorunluluğunun kanunun gösterdiği istisnalarından biridir. Eğer sendikanın yetkisiyle ilgili olarak mahkemeye başvuruyu gerektiren hal, maddî hata veya süre ile ilgili bir nedene dayanıyorsa evrak üzerinden incelemeyle sonuca gidilecektir⁶⁰⁴.

⁶⁰³ 9. HD. 22.4.1998 T., 7282/7685 (YKD 1999/Mayıs C. 25, S. 5, s. 634).

⁶⁰⁴ 275 sayılı eski Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun benzer içerikteki 11. maddesiyle ilgili olarak verdiği bir kararda Yargıtay, söz konusu itirazın gerçek anlamda bir “itiraz” olduğuna,

Örneğin tespit yazısı Bakanlık'ın yayınladığı istatistiklerle tutarlı değilse, işyerinde çalışan işçi veya üye sayısı Bakanlık kayıtlarındaki bilgilerle çelişiyorsa ya da sayılar doğru fakat yarıdan fazla çoğunluk hesaplanırken hata yapılmış ise, mahkeme evrak üzerinden incelemeyle karar verecektir⁶⁰⁵. Süreden kasıt ise, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesinden önceki yüzyirmi gün içinde yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabileceğine ilişkin kuraldır (m. 7/son). Örneğin beş ay kala yetki başvurusunda bulunularak işlemlere başlanmış ise, bu başvuru üzerine yapılan yetki tespitine karşı iş mahkemesine başvurulduğunda konu yine evrak üzerinden incelenecektir. Gerçekten bu hallerde mahkemenin duruşma yapmasına gerek bulunmamaktadır. İşin niteliğine göre uyuşmazlık evrak üzerinden incelemeyle çözülebilecektir. Yürürlükteki toplu sözleşmenin hangi tarihte sona ereceği de sendikanın ne zaman yetki başvurusunda bulunduğu da bellidir. Ancak bu kayıtların dilekçe ekinde mahkemeye sunulması gerekir ki, hakim üzerinde inceleme yapabilme imkânına sahip olsun. Gerekli belgelerden bir kısmı eksik sunulmuş, örneğin önceki toplu sözleşmenin yürürlük maddesi dosyaya sunulmamış ise, hakimin bu tür kayıt ve belgelerin ibrazını emrederek, idarî makamlardan bunları getirterek inceleme yapması gereklidir⁶⁰⁶.

bb. Dava sebebi diğer vakıalar ve duruşma yapma mecburiyeti

15. maddede, maddî hata ve süreye ilişkin itirazların evrak üzerinden incelemeyle karara bağlanacağı belirtildikten sonra, bunların dışındaki itirazlar için duruşma yapılması gereğine açıkça işaret edilmiştir. Esasen Usûl'ün emrettiği, kanundaki istisnalar haricinde uyuşmazlığın duruşma yapılarak, dava yoluyla çözümlenmesidir. Ancak yetki tespitiyle ilgili uyuşmazlıklar sadece maddî hata ve

“dava” niteliğinde bir uyuşmazlık olmadığına işaret etmiştir. Buna göre; “Sözü edilen kanun maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde (bu itirazlar...6 iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır) denilmektedir. Şu sözlerden de açıkça anlaşıldığı üzere konu öncelikle belli süre içinde sonuçlandırılması gereken hallerden görülmüş fakat Hukuk Usûlünde sözü edilen (dava) niteliğinde olan uyuşmazlıklardan sayılmamıştır. 5521 sayılı kanun iş davaları için kolaylık, öncelik ve Yargıtay incelemelerinde iki ay gibi bu işe oranla daha uzunca bir inceleme süresi kabul ettiği halde görüşme yetkisi üzerindeki uyuşmazlıklarda...kanun olayın sosyal ve ekonomik düzen üzerindeki önemli etkilerini de gözetenek bu işleri (itiraz) niteliğinde görmüş ve belli bir iş günü süresi içinde çözümlenmesini amaç tutmuştur. Bu amacın gerçekleşmesi için incelemenin evrak üzerinde yapılması zorunluluğu kabul edilmiş ve inceleme kağıtlar üzerinde yapılmıştır”. 4. HD. 25.9.1963 T., 12605 E. 8498 K. (Mimaroglu, S.K., Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1964, s. 162, dn. 38); Tunçomağ, C.II, s. 63; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, s. 105; Günay, s. 592.

⁶⁰⁵ 9. HD. 9.5.1985 T., 5557/5043 (Reisoğlu, s. 195).

⁶⁰⁶ Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, s. 106.

süre ile ilgili olmayıp, burada ele alacağımız başkaca nedenlere de dayanabilecektir ve aynı fıkrada evrak üzerinden inceleme yapılabilmesini öngören iki durum da yer aldığından kanun, bir karışıklığa mahal vermemek amacıyla ve 15. madde kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların evrak üzerinden incelenmeye kalkışılması ihtimaline binaen bu ilkeyi tekrarlamıştır. Bu itirazlar; işkolu uyuşmazlığı, işyerlerinin toplu iş sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği, sendikanın o işkolunda çalışan işçilerin yarısından fazla çoğunluğu temsil edip etmediği veya sahte üyelik gibi her türlü hukukî sebepten doğabilir⁶⁰⁷. Bu noktada kanun, duruşma yapılması zorunluluğunu vurgulayarak dosya üzerinden inceleme yönteminden ayrılmıştır. Bu halde ortada davalı ve davacı tarafları ile çekişmeli bir davadan söz edilir. Dolayısıyla mahkeme, dava dilekçesini ve duruşma gününü tebliğ edecek, taraf teşkili yaptıktan sonra tarafları dinleyip delilleri toplayacak ve gerekli incelemeleri yaparak temyiz yolu açık olmak üzere hükmünü verecektir⁶⁰⁸. Kanunda bu yargılama açısından ayrı, özel bir usûl getirilmediğine göre, uyuşmazlığın çözümünde sözlü yargılama usûlünün uygulanması gereklidir. Yargıtay da “*Kanunlarda evrak üzerinde inceleneceği açıkça belirtilmeyen davalarda HUMK hükümlerine uymak gerekir. Mahkemece evrak üzerinden inceleme yapılarak savunma haklarının takyidi esasa müessir usûli hatadır*” diyerek, evrak üzerinden incelemeyle yetinilemeyeceğini, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ na göre yargılama yapılması gereğini haklı olarak içtihat etmiştir⁶⁰⁹. O itibarla, yetki itirazının gerçek manada bir itiraz olup dava sayılmayacağına, 15. maddede evrak üzerinden inceleme yapılacağı açıkça belirtilen haller dışında kabulü kanımızca mümkün değildir. Yargıtay kararları incelendiğinde bu konudaki uyuşmazlıkların “dava” şeklinde görülerek, yargılamanın da buna uygun olması gerektiği sonuca ulaşılmaktadır. Bu doğrultuda mahkemeden beklenen, tarafların iddia ve savunmalarının dinlenmesi, delillerin toplanması, gerek duyulduğunda bilirkişiye başvurulması, keşif yapılması, muvazaa iddialarının incelenmesi, hatta işverenin

⁶⁰⁷ Günay, s. 596 vd.; Reisoğlu, s. 196 vd.

⁶⁰⁸ Oğuzman, İlişkiler, s. 39; Tuğ, s. 107; Çelik, N., Karar İncelemesi, İHU, 1984/II, TSGLK 15 No.1.; Aynı yönde 9. HD., 19.6.1978 T., 8214/8648 (Reisoğlu, s. 199).

⁶⁰⁹ 9. HD. 29.6.1984 T., 7047/7215 (Reisoğlu, s. 64).; “İtiraz konusu niteliği itibariyle üye tamsayısının tesbiti ile süreye ilişkin bulunmamakta dolayısıyla duruşma açılarak yargılama suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir...Uyuşmazlık mahiyeti itibariyle karşı sendikaya husumet yöneltmek duruşma açılıp yargılama yapılarak çözümlenmesi gerektiğinden öncelikle bu usûlü eksiklik tamamlanıp tarafların delilleri incelenip sonucu uyarınca karar verilmelidir.” 9. HD. 18.6.1984 T., 6441 E., 6675 K. (İHU, 1984/II, TSGLK 15 (No.1).

üyesi bulunduğu sendika v.b. ilgililere davanın ihbar edilerek bunların davaya dahil edilmeleri gibi eylem ve işlemlerdir⁶¹⁰.

Birinci fıkraya göre, tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren, “tarafardan birinin veya her ikisinin gerekli yetkiyi haiz olmadıkları” veya “kendisinin çoğunluğu bulunduğu” yolundaki itiraz sebeplerini de göstererek dava açabilir. Tespitte yer verilmeyen fakat yetkiye etkili olan diğer hususlara dayanılabileceğini de kabul etmek gerekir⁶¹¹. Dava işveren yahut işveren sendikası tarafından açıldığında “kendisinin çoğunluğu bulunduğu” yönünde bir iddia ileri sürülmeyeceği açıktır. Maddedeki cümlenin bu kısmı işçi sendikalarıyla ilgilidir.

Bakanlık’ın henüz sendika üyeliği kazanmamış işçileri üye kabul etmesi ya da tam tersine üyeliği sona erdiği halde bazı işçileri üye olarak dikkate alması çoğunluk ile ilgili tespit gerçeği yansıtmadığı iddiasının dayanağı olabilir⁶¹². Yine sendikanın ilgili işkolunda kurulu bulunmadığı bir ehliyet şartı olduğundan, itiraz sebebi olarak öne sürülebilecektir. Ancak yukarıda işkolu tespitiyle ilgili olarak açıklandığı üzere, mahkemenin bu halde kendiliğinden işkolu tespiti yoluna gitmesi mümkün değildir. Davacıya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurarak işkolunu tespit ettirmesi için süre verilmeli ve işkolu tespitinin kesinleşmesi beklenmelidir. Sendikalar Kanunu 4. maddesinin öngördüğü prosedüre göre, işkolu tespitine karşı iş mahkemesinde dava açılmışsa bu davanın sonucu, 15. maddeye göre davaya bakan mahkeme açısından bekletici mesele teşkil etmektedir⁶¹³. Toplu iş sözleşmesi ünitesi bir işletme olduğu halde, bu işletmenin aynı işkolundaki işyerlerinden biri için ayrı yetki alınmış ise bu durum, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun işletme toplu iş sözleşmesini düzenleyen, emredici 3. maddesine uyulmadığından Bakanlık tarafından bir işletmeye dahil tek bir işyeri için yetki verilmesi hukuka aykırıdır. Bu

⁶¹⁰ 9. HD., 28.10.1998 T., 15982/15433; 9. HD. 13.1.1999 T., 861/68 (Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 374 vd.); 9. HD., 26.3.1998 T., 1997/5968 E., 1998/5922 K.; 12.2.1998 T., 1451/1400 (Bkz. **Günay**, s. 632 vd.)

⁶¹¹ **Narmanhoğlu**, s. 375.

⁶¹² “Uyuşmazlık niteliği itibariyle sadece işçi ve üye sayılarının tespitinde gerçek durumu ifade edecek rakamlardaki maddî hatadan ibaret olmayıp, başvuru tarihi itibariyle giren, çıkan, çalışan, sendikadan istifa eden ve üye olan işçilere ilişkin iddiaları da kapsadığından konunun duruşma yapılarak incelenmesi gerekirken evrak üzerinden inceleme ile yetinilmesi 2822 sayılı kanunun 15/2. maddesine aykırıdır” 9. HD. 27.5.1985 T., 6074 E., 5757 K. (**Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 344).

⁶¹³ 9. HD. 17.11.1989 T., 9745/9900 (**Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 99). Ayrıca bkz. yukarıda §6, I.

neden de 15. madde uyarınca açılan davada incelenip karara bağlanacaktır. Yakın tarihli bir kararında da Yargıtay, işyeri düzeyinde yetki tespitine karşı, davacının işyerinin TSGLK m. 3 anlamında bir işletme olduğunu ileri sürerek 15. maddeye göre açtığı davada, merkez işyeri ile tespiti konu işyerlerinin sicil numaralarının aynı olduğunu, davacının iddiasının araştırılmaya değer görüldüğünü belirterek dolayısıyla işverene ait Çaycuma ve Eskişehir’de bulunan işyerlerinin aynı işkolunda kurulup kurulmadıkları ve işletme oluşturdukları araştırılmak suretiyle daha sonra çoğunluk tespitine ilişkin uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi gerektiğine içtihat etmiştir⁶¹⁴.

İşe iade davaları, çoğunluğu etkileyecekse bu dava sonucunun beklenmesi gerekecektir⁶¹⁵. Yargıtay her ne kadar, kararın kesinleşmesinin beklenmesinden söz etmiş ise de, önemli olan kesinleşen kararın tebliğinden itibaren işçinin on işgünü içinde işe iade için işverene başvurmasıdır. Aksi halde işverence yapılmış fesih, geçerli bir fesih sayılır (İş K. m. 21) ve bu işçiler gerek çalışan işçi gerekse üye sayısında dikkate alınamazlar. O itibarla mahkemenin kararın kesinleşmesini beklemesi yetmez; kesinleşen kararların işçilere hangi tarihte tebliğ edildiğini ve on işgünü içinde işverene başvurulup başvurulmadığını açıklığa kavuşturarak yetki tespitine karşı açılan davayı bunun sonucuna göre karara bağlaması gerekmektedir.

Hakkında çıkarma kararı verilen üye işçiler var ise çıkarma kararının tebliğinden itibaren otuz gün geçip geçmediği kontrol edilmeli, başvuru tarihi otuz günlük süre içinde kalıyorsa bu esnada işçinin halen üyeliği devam ettiğinden üye sayısında dikkate alınmalıdır. Bu arada Sendikalar Kanunu 25. maddeye göre çıkarma kararına karşı açılmış bir dava varsa ve çoğunluk tespitinde sonuca etkili olacaksa, bu dava bekletici mesele yapılmalıdır.

⁶¹⁴ 9. HD. 17.4.2007 T., 11670/11148 (**Günay**, İş Davaları, s. 1604-1605).

⁶¹⁵ “...çoğunluk tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurmadan kısa süre önce iş akitleri feshedilen işçilerin açtıkları feshin geçersizliği ve işe iade davalarının sayı bakımından yetki itirazının sonucunu etkiler nitelikte oldukları dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda işe iade davalarının sonuçlanıp kesinleşmeleri beklenerek hasil olacak sonuca göre yetki itirazının sonuçlandırılması gerekir” 9. HD. 22.9.2004 T., 24208/19650 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 446).

Alt işveren, asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğundan asıl işverenin işinde çalışan işçiler, asıl işverenin değil, alt işverenin işçileridir ve bu nedenle çoğunluk tespitinde dikkate alınmazlar. Ancak muvazaalı alt işverenlik ilişkilerinin tespiti halinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceklerinden (İş K. m. 2/f. 7, m. 3/f.2) çalışan işçi sayısının tespitinde İş Kanunu 3. maddeye göre işverenlerce açılmış davada verilen tespit hükmü, yetki itirazının çözümünü etkileyebilecektir. Böyle bir ihtimalde mahkemenin, 3. madde uyarınca açılan davada muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespitini kural olarak bekletici mesele yapması gerekir. Ancak böyle bir karar vermeden önce, o alt işverenlik ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan taşeron işçi sayısından hareketle bir değerlendirme yapılarak bu işçilerin tamamı asıl işveren işçisi kabul edildiğinde dahi sendika üyelerinin çalışan işçi sayısının yarısından fazlasına tekabül ettiği söylenebiliyorsa dava bekletici mesele teşkil etmemelidir. Karara etkili olmadığı halde bekletici mesele yapılması, yetki uyuşmazlığının çözümünü boşuna uzatabilecektir.

Bir sendikanın toplu iş sözleşmesi akdedebilmek için yeterli çoğunluğu sağlayıp sağlamaması bakımından gerçek üyelik durumunun tespiti büyük önem taşımaktadır. 274 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde, üye kayıt fişlerinde sahtecilik, hayali üyelikler başlıca sorunu teşkil etmekteydi. İşçi sendikalarınca üye sayılarını göstermek adına sunulan belgeler, zaman zaman o işkolunda çalışan tüm işçi sayısının bile kat be kat üstünde olabilmiş, sendikalar arasındaki haksız, hileli mücadeleler yetkili sendikanın tespitini oldukça güçleştirmiştir. Yargıtay, sahtecilik iddiaları karşısında, işçilerin mahkemece üye kayıt fişleri ve diğer belgelerdeki imzaların kendilerine ait olup olmadığı hususunda isticvab edilmesi, bilirkişi incelemesiyle karar verilmesine işaret etmiştir.⁶¹⁶ 2821 sayılı Kanun'da sadece üyelikten çekilme değil, üyeliğin kazanılması bakımından da kayıt fişinin noter tasdikine bağlanmasının yanısıra üye kayıt fişlerinin bölge müdürlüğü ve Bakanlık'a gönderilmesi, kayıtların idare nezdinde de tutulması sahte üyelikleri önlemeye

⁶¹⁶ 9. HD. 9.10.1978 T., 8113/12012 (Reisoğlu, s. 197).

yönelik tedbirlerdir. Elbette yine de, sahte üyelikler veya bu yönde iddiaların özenle incelenip araştırılması gereklidir⁶¹⁷.

Üyelikten çekilme bildirimini, noterde münferiden kimliğin tespiti ve istifa edecek kişinin imzasının tasdiki ile olur (Sendikalar Kanunu m. 25/f. 2). Buna göre çekilme bildirimleri, noterlerce düzenleme suretiyle değil, onaylama biçiminde yapılan belgelerdir. Bir Yargıtay kararında⁶¹⁸ belirtildiği üzere 34 üyenin başvuru tarihinden önce sendikadan çekilmekle beraber, çekilme bildirimlerinin düzenlendiği noterin, çekilme tarihi olan 19.6.1995 tarihinden önce, 26.2.1995 tarihinde yaş haddinden emekli olduğu Noterler Birliği'nin ve Fatih Cumhuriyet Savcılığı'nın yazılarından anlaşılmaktadır. Ayrıca İstanbul 8. İş Mahkemesi'nin 1996/216 değişik iş sayılı kararında, çekilme bildirimini tarih ve yevmiyelerinde başka işlemlerin yapıldığı belirlenmiştir. Bu durumda 34 işçinin üyelikten çekilmelerinin geçerli olduğu kabul edilemeyeceğinden yetki itirazının reddedilmesi gerekmektedir. Karardan anlaşıldığına göre burada, ayrı bir sahtelik davası açılması söz konusu olmayıp, üyelikten çekilme bildiriminin sahte olduğu, sahtelik iddiası yoluyla yetki itirazı esnasında ileri sürülmüştür. Nitekim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun

⁶¹⁷ İstanbul İ.E.T.T. İdaresi'ne ait işletme kapsamındaki işyerlerinde yetki uyuşmazlığına konu bir olayda; Belediye-İş Sendikası, Hizmet-İş Sendikası tarafından ibraz olunan üyelik fişi ve istifanamerden 1650 sinin sahte olduğunu ileri sürmüş, noter, başkatip ve katipler hakkında kamu davası açılmış, Eyüp 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanan bu sanıklar beyanlarında "Hizmet İş Sendikası yetkililerine güvenerek işyerine gittiklerini, ilgili sendikanın doldurup verdiği belgeleri, kişileri görmeden ve belgelerin altındaki imzaların kendilerine ait olup olmadığını sormadan, kimlik bilgilerinin doğruluğunu kontrol etmeden, bildirim veren kişilerin bildirimde yazılı kişiler olup olmadıklarını kontrol etmeden tasdik işlemi yaptıklarını" açıklamışlar ve görevi ihmal suçundan mahkum olmuşlardır. Bu durum karşısında yerel mahkeme üyelik ve çekilme fişlerinin tamamının geçersiz olduğunu kabul ederek hüküm kurmuş ise de Daire, ceza mahkemesinde anılan noterlik işlemlerinin tamamının inceleme ve irdelemeye tâbi tutulmadığı, mahkûmiyet kararlarının incelenen toplam 27 bildirimle ilgili olduğu, bunun sonucunda irdeleme yapılmayan öteki bildirimlerin geçersiz olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı, davada gerçek durumun açık ve kesin biçimde anlaşılabilmesi için her üye kayıt fişi veya çekilme bildiriminin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerektiği gerekçesi ile hükmü bozmuştur. Karşı oy yazısında, ceza mahkemesinin uyuşmazlık konusu olan bir olayın tespitine, olayın varlığı ve bu olayın işlenmesine ilişkin kesinleşmiş hükmün göz ardı edilemeyeceği vurgulanmıştır. 9. HD. 14.02.2002 T., 2721/2771 (Karar ve karşı oy yazısının tam metni için bkz. **Kılıçoğlu, Çözüm Yolları**, s. 440 vd). Kararın içeriğinden ve ceza davasındaki beyanlardan, noter görevlilerin suç tarihinde tasdik ettikleri bildirimlerle ilgili hiçbir işçiyi görmedikleri, kimlik kontrolü de yapmaksızın tasdik şerhi verdikleri, sürecin sendika yöneticileri tarafından yönlendirildiği anlaşılmaktadır. Davaya konu çekilme bildirimini ve üye kayıt fişlerinin tümü söz konusu aynı güne ait ise bize göre yerel mahkeme kararı ve bu yöndeki karşı oy yazısı isabetlidir. Öte yandan bu vakıalara dayalı oluş kapsamında değerlendirilemeyecek, örneğin başka tarihli ya da farklı noterlerce tasdik edilmiş bildirimler varsa, topyekûn geçersiz olduğu elbette söylenemeyeceğinden bunlar bakımından ayrıca inceleme yapılarak sonuca ulaşılması gerekir.

⁶¹⁸ 9. HD. 23.10.1997 T., 16588/18031 (*Tekstil İşveren*, 1997/Aralık, s. 19).

314. maddesine göre sahtelik iddiası, ayrı bir sahtelik davası açmak suretiyle de ileri sürülebileceği gibi, asıl davaya bakan mahkemede bir savunma aracı olarak da ileri sürülebilir (davayı hadise).

Ayrıca bir içtihat⁶¹⁹ isabetle değerlendirildiği gibi, üye kayıt fişlerinin sahteliği, bir yetki uyuşmazlığı dışında ve sendikanın çoğunluğu sağlayıp sağlamadığı daha önce 15. madde uyarınca karara bağlanıp çözümlenmiş olsa dahi ayrı bir sahtelik davasına konu olabilir. Böyle bir davada yerel mahkemenin, zaten daha önce sendikaya işletme toplu iş sözleşmesi için Bakanlık'ça verilen tespit yazısına karşı açılan davanın kabul edilmiş olması sebebiyle, davacıların hukukî menfaatlerinin kalmadığına dayanarak davayı reddetmesi isabetsizdir. Davacıların sahte üyelik fişleriyle sendikaya üye olma iradeleri olmadığı halde adlarına üye fişleri düzenlendiğinin tespiti, olumsuz sendika özgürlüğünün ve bir anlamda da anayasal hakkın ihlalinin tespiti niteliğini taşır. Ayrıca bu üye kayıt fişlerinin bir başka yetki başvurusunda kullanılma riski de bulunmaktadır.

cc. İspat yükü ve deliller

2822 sayılı Kanun'un 15. maddesinde ispat yükünün dağılımına ilişkin açık bir kural öngörülmemiştir. Yetki tespitine karşı çıkan, itiraz sebeplerini öne süren davacının bu iddiasını kanıtlaması gerektiği kabul edilmektedir⁶²⁰. Karşı görüş ise; işveren, sendikanın çoğunluğu sağlamadığını çoğu zaman ispat olanağına sahip olmadığından ve genel esaslara göre olumsuz eylemlerin değil olumlu iddiaların ispatı gerektiğinden her olayda yetkiye itiraz edenin ispat yükü altında sayılmasının güç olduğunu” ileri sürmektedir⁶²¹.

Burada Bakanlık'ın yetki tespitinin ardından bir menfî tespit davası açılmaktadır. Ancak davacı, sendikanın ileri sürdüğü (ve Bakanlık'ın da tespit ettiği) hak iddiasının varlığını sadece genel olarak inkâr etmekle yetinememektedir. Yetkinin geçersiz olduğunu, maddî hukuk kurallarına aykırılığını bizzat iddia ettiği

⁶¹⁹ 9. HD. 18.4.1996 T., 6463/7219 (Kılıçoğlu, Çözüm Yolları, s. 448-449).

⁶²⁰ Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, Toplu İlişkiler, s. 24; Tunçomağ, C. II, s. 60; Işık, R., Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki, Ankara 1970, s. 93.

⁶²¹ Çenberci, s. 235, dn. 90.

vakıalarla ortaya koymak durumundadır. Öyle ki Kanun, davacının, yetki alan sendikanın gerekli yetkiyi haiz olmadığı yolundaki itiraz sebeplerini de göstererek dava açabileceğini öngörmüştür. Böylelikle, davalı iddia ettiği hakkı mahkeme önünde kanıtlayıp tespite davet edilmemekte, bunun ötesine geçilerek bu hakkın niçin var olmadığı, ispatı gereken hangi menfî ya da müspet vakıalar nedeniyle yetki tespiti işleminin geçersiz olduğu ve sendikayı yetkili kılmaya yetmediğinin davacı tarafından ayrıca iddia edilmesi beklenmektedir. Davacı, bir hakkın doğumuna engel olan vakıaları iddia ettiğinden ispat yükünü taşımaktadır⁶²². Örneğin davacı işveren, yetki tespitinde üye olarak dikkate alınan dört işçisinin aslında üye olmadığı iddiasını kanıtlayamadıkça ispatsızlığın riskiyle karşı karşıya gelmektedir. Soyut delil ikame yükü (mevcut bir davanın gidişatına bağlı olmaksızın taraflardan birinin aleyhte bir kararlar karşılama üzere belli bir koşul vakıa unsuru hakkında delil ikame yükü) de daima ispat yüküne bağlıdır⁶²³. Davacı, bu dört işçinin halihazırda bir başka sendika üyesi olduklarına dair üye kayıt fişini yahut başvuru tarihinden önce emekli olduklarını gösterir belgeyi dosyaya ibraz ederek delil ikame yükünü yerine getirebilir. Bu kez davalı sendika, adı geçen işçilerin o sendika üyeliğinden çekildiklerini ya da emekli olmalarına rağmen çalışmayı sürdürdüklerini ispatlayabilir. Ancak bu, ispat yükü değil, delil ikame yükünün taraflar arasında yer değiştirmesiyle ilgilidir⁶²⁴. Esasen bu davalarda davacının ispat yükünü taşıması, sadece menfî vakıaların ispatıyla baş başa bırakılması demek değildir. Zira anlamda bir menfîlik bulunması, vakıanın menfî olarak nitelenmesine yetmez⁶²⁵. Örneğin, davalı sendikanın başvuru yaptığı işyerleriyle aynı işkolunda kurulu bulunmaması bir başka işkolunda kurulu olduğu anlamındadır veya yukarıdaki örnekteki gibi üye olarak dikkate alınan bazı işçilerin aslında üye olmamaları yönündeki iddia, daha önce üye oldukları bir başka sendikayla o tarihte halen üyelik ilişkilerinin devam ettiğine ilişkin müspet vakıalara dayanabilir ve davacı bu müspet vakıaları kanıtlamak suretiyle ispat yükünü yerine getirebilir. Sendika üyeliğinden çekilme de içerik itibarıyla bir olumsuzluğu, üyeliğin sona ermesi, artık mevcut bulunmaması

⁶²² Bkz. **Alangoya**, s. 207; **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 83; **Kuru**, s. 99; **Atalay**, s. 89; **Umar/Yılmaz**, s. 150-151.

⁶²³ **Atalay**, s. 19; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 427-428.

⁶²⁴ **Atalay**, s. 21-22.

⁶²⁵ Bkz. **Atalay**, s. 67 vd.

gibi menfî bir durumu çağrıştırıyor ise de aslında dış dünyaya yansımış, mevcut bir hukukî işlemi işaret ettiğinden müspet bir vakıadır.

Olumsuz yetki tespitine karşı açılan davada (müspet tespit davası), davacı sendika yeterli çoğunluğu sağladığını ileri sürdüğüne ve yetki alması bu koşulun ispatına bağlı olduğuna göre ispatsızlığın riskini davacı sendika taşımaktadır. İddia ettiği hakkın doğumuna ilişkin vakıaları ispat yükü yine davacıdır. Ancak dava olumsuz yetki tespitine karşı açıldığından bu kez davacı, sendikadır.⁶²⁶

Bunun yanısıra yetki uyuşmazlıklarıyla ilgili davalar, kamu düzeni ile ilgili olduğundan delillerin mahkemece, tahkikatın her aşamasında kendiliğinden toplanabileceği kabul edilmektedir⁶²⁷. Dolayısıyla taraf, sadece iddiasını ispat için gerekli bir delili dosyaya getiremediği için ispatsızlığın riskiyle karşılaşmayacak, hakimin re'sen araştırması neticesinde elde edilen bir delil sayesinde de itiraz veya savunma sebebinin açıklığa kavuşması, lehine hüküm verilmesi şansına sahip olabilecektir.

Mahkemenin Bakanlık tespitine karşı yapılan itiraz nedeniyle bağlı olduğu görüşü⁶²⁸, Yargıtay'ın bu davaların kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle sendika üyeleri ve işyerinde çalışanların re'sen araştırılarak belirlenmesi gerektiği yönündeki değerlendirmeleriyle uyum arz etmemektedir. Taraflar sendikadan istifa eden üyelerle ya da geçersiz üyelikle ilgili olgulara dayanmamış olsalar dahi, hakim dosyadan tespit ettiği sona ermiş veya kazanılmamış üyelikleri re'sen dikkate alarak bunları hesap dışı tutmalı ve çoğunluk tespitinde dikkate almamalıdır. Hakimin dava dosyasından tespit ettiği bir hakkın doğumunu engelleyen veya sona erdiren itiraz sebeplerini re'sen dikkate alabileceği tabiidir. Üstelik, davada sendikanın gerekli çoğunluğu haiz olmadığı ana vakıasına dayanıldığına göre hakimin, Bakanlık ve

⁶²⁶ Bu nedenlerle, ispat yükünü çoğunluğa sahip olduğunu iddia eden tarafın, yani sendikanın taşıdığı görüşüne olumsuz yetki tespitine karşı açılan davalar bakımından katılmaktayız (Bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 118; **Bozkurt**, s. 375).

⁶²⁷ “2822 sayılı Yasanın 15. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir...” 9. HD. 10.4.2008 T., 12851/8003 (*Çalışma ve Toplum*, 2008/3, S. 18, s. 212 vd).

⁶²⁸ Bkz. **Günay**, İş Davaları, s. 1576.

bölge müdürlüklerindeki prosedür dosyalarını, sendikalardan üyelik fişlerini, işverenden ücret ve sigorta prim bordrolarını istemesi, gerekli belgelerin Kurum'dan getirilmesine karar verebilmesi⁶²⁹ HUMK 378, 379, 486. maddelerine de uygundur. İncelemede işyeri ya da işletmede çalışan ve üye işçilerin tek tek, denetime elverişli şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Sadece sayısal verinin zikredilmesiyle yetinilmemelidir⁶³⁰.

c. Olumsuz Yetki Tespiti

aa. Davanın TSGLK m. 15 uyarınca açılması

Bakanlık, yapacağı inceleme sonucunda sendikanın yeterli çoğunluğu sağlamadığı sonucuna da ulaşabilecektir. Bu takdirde sonuç, 13. maddeye göre sadece başvuran sendikaya bildirilecektir. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık bulunduğuna göre, sendikanın dava hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Sendikanın 15. maddeye göre açtığı tespit davasında, yeterli çoğunluğu sağladığını ileri sürebilmesi ya da işlemde maddî hata yapıldığına dayanması mümkündür. Esasen 15. madde, sadece müspet yetki tespitine karşı açılacak davayı düzenlememiş, aksine kendilerine 13. ve 14. maddeler uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikalarının bu işleme karşı yargı yoluna başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Olumsuz yetki tespit yazısı da, 13. maddeye göre işçi sendikasına gönderildiğine göre bu maddeye atıf yapan 15. maddenin olumsuz yetki tespitine karşı açılan davalar bakımından uygulanması mümkündür. Yine aynı maddede davacının “kendisinin çoğunluğu bulunduğu”na dair itiraz sebebi ileri sürmesine yer verilmiş olup, Bakanlık’ın aksi yöndeki değerlendirmesiyle karşılaşan sendikanın gerçekte yeterli çoğunluğu sağladığını iddia ederek 15. maddeye göre dava açması mümkündür⁶³¹. Doktrinde karşıt görüş ise, davanın 15. maddeye göre

⁶²⁹ 9. HD. 15.02.2005 T., 1736/4350 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 463 ve ayrıca s. 464).

⁶³⁰ Üyeliklerden çekilmeler olup olmadığı, işçilerin işyerlerine giriş tarihleri işyerinden ayrılıp ayrılmadıkları tereddüte yer vermeyecek şekilde cetvel halinde belirlenmelidir.

⁶³¹ 9. HD. 26.3.1985 T., 3329/3222 (**Reisoğlu**, s. 203-204). *Reisoğlu* da davanın genel hükümlere göre değil, 15. madde uyarınca açılacak bir dava olduğu görüşündedir (aynı yer). Bu yönde; **Kılıçoğlu**, Toplu İş Uyuşmazlıkları, s. 390; **Günay**, s. 611-612.

değil, genel hükümler uyarınca açılması gereken bir tespit davası olduğunu benimsemektedir⁶³².

Kanımızca yetki uyuşmazlıklarının çözümünde olabildiğince 15. maddenin öngördüğü sistem içinde kalınmalıdır. Öncelikle, yukarıda belirtildiği gibi madde olumlu – olumsuz yetki tespiti ayrımı yapmamış, konuyu 13. ve 14. maddelerle bütünlük içinde düzenlemiştir. Sendikanın yeterli çoğunluğu haiz bulunmadığı takdirde bu olumsuz tespit de ilgili sendikaya 13. maddeye göre bildirilmesi gerekmektedir. 15. madde de, bu bildirim karşılığında hak düşürücü sürede iş mahkemesinde dava açılmasını öngörmektedir. Üstelik, 15. madde işçi sendikasının “kendisinin çoğunluğu bulunduğu” yönünde bir itiraz sebebinin ileri sürmesine olanak tanımıştır. Bu itiraz sebebinin, maddede sadece olumlu yetki tespitine karşı davacı rakip bir sendika tarafından ileri sürebilecek bir neden olarak yer almadığı kanaatindeyiz. Öyle ki, başvuran sendikaya yetki tespit yazısı verilmesi üzerine aynı işkolunda bir başka rakip sendikanın 15. madde uyarınca açacağı davanın konusu, bu davacı sendikanın yetkili olup olmadığının tespitine yönelik değildir. Aksine davacı, gerekli çoğunluğu sağladığı Bakanlık’ça tespit edilen sendikanın böyle bir üye çoğunluğuna ulaşmadığını tespit ettirme gayretinde olup, iddiaları da bu menfî tespite yöneliktir. Zaten mahkemece davacı diğer sendikaya yetki verilmesi, onun yetkili olduğunun tespit edilmesi mümkün değildir⁶³³. Böyle bir görev ve yetki, münhasıran Bakanlık’a aittir. O itibarla işkolundaki bir diğer sendikanın, “kendisinin çoğunluğu bulunduğu”nu iddia ve ispat etmesinin, hükümde kendisi hakkında bir tespit yapılmasını sağlayan herhangi bir işlevi bulunmamaktadır. Açtığı dava kabul edildiğinde, bu davacı sendikanın yeterli çoğunluğu bulunduğu yönünde müspet tespit hükmü değil; davalı sendikanın Bakanlık değerlendirmesinin tersine toplu sözleşme yetkisini haiz bulunmadığı yönünde menfî tespit hükmü verilecektir. O halde, 15. maddede geçen “kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itiraz sebebi”nin, sadece Bakanlık’ın (olumlu) yetki tespitine karşı, işkolundaki diğer

⁶³² Çelik, s. 467; Oğuzman, K., Yetkisizlik Tespitine İtiraz ve Mahkeme Kararının Etkisi, İHU TSGLK 13, No. 1; Oğuzman, Yetkiye İlişkin Sorunlar, s. 8; Tuncay, Toplu İş, s. 153; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 85; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, s. 110; Günay, s. 610 (Belirtmek gerekir ki Günay, eserinin 611 ve 612. sayfalarında ise davanın 15. madde uyarınca açılacağını kabul etmiştir. Ulaşılan sonuçlardaki farklılık, İş Davaları adlı eserin 1589 ve 1590. sayfalarında da sürdürülmektedir).

⁶³³ 9. HD. 25.6.1996 T., 12660/14355 (Kılıçoğlu, Çözüm Yolları, s. 486-487).

sendikanın iddiaları bağlamında düzenlenmesinden öte bir anlamı da olduğu sonucuna ulaşılır.

Davanın niteliği, konusu ile verilecek hükmün içeriği bakımından düşünüldüğünde, incelenen itiraz sebebi tam da yetki başvurusu Bakanlık tarafından reddedilen, gerekli çoğunluğu sağlamadığına dair olumsuz yetki tespiti yapılan sendikanın 15. madde uyarınca açacağı davada ileri süreceği bir itiraz sebebidir. Çünkü bu davacı işçi sendikasının Yasa'da öngörülen çoğunluğa sahip olması, onun yetki alabilmesinin koşul vakıasıdır. Bakanlık, bu koşulun gerçekleşmediği kabulüyle hareket etmiş ve başvuruyu olumsuz yanıtlamıştır. Şimdi davacı sendikaya düşen, bu koşulun gerçekleştiğini, maddedeki ifadesiyle "*kendisinin çoğunluğu bulunduğu yolundaki itirazını sebeplerini de göstererek*" iddia ve ispat etmektir. Buna göre, 15. maddenin aslında, davacının ileri süreceği vakıaları düzenlerken olumsuz yetki tespitine karşı açılacak davayı da göz önünde tuttuğu kanaatindeyiz⁶³⁴.

Üstelik, yetki başvurusu olumsuz neticelenen sendikanın 15. maddeye göre değil, genel hükümlere göre açacağı bir tespit davasında tespit hükmü almasını kabul etmek, bu davanın 15. maddedeki hak düşürücü süreye uyulmaksızın açılacağı sonucunu da beraberinde getirecektir. Sendikanın bu süreye bağlı olmaksızın açtığı bir tespit davası sürerken o işkolundaki bir başka sendika yetki başvurusunda bulunduğu anda, Bakanlık bu yetki başvurusunu geri çeviremeyeceği gibi inceleme yapmaksızın askıda da tutamayacaktır. Çünkü, halen yetkili bir sendikanın bulunması, daha önce bir başka sendikaya tespit yazısı verilmesi⁶³⁵ söz konusu

⁶³⁴ Yargıtay da davanın 15. maddedeki usûl çerçevesinde açılacağı kabul etmiştir. "Ateşe Mukavim Malzeme Sanayi A.Ş. işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak üzere 6.3.1986 tarihi itibarıyla yetki tespiti için başvuruda bulunan Kristal Çitser İş Sendikası'na Çalışma Bakanlığınca bu işyerinde üye çoğunluğunu haiz olmadığı yolunda verilen cevaba karşı aynı sendikaca mahkemeye 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki usûl çerçevesinde itiraz edilmiştir...Çalışma Bakanlığı'nın olumsuz cevabına karşı açılan bu itiraz davası sonunda verilen ve kesinleşen tespit kararları Kanunun 13/2. maddesindeki Bakanlığın yaptığı tespit niteliğindedir..." 9. HD. 6.7.1987 T., 6793/7089 (Kılıçoğlu, Toplu İş Uyuşmazlıkları, s. 391). Aynı yönde ve itirazı düzenleyen 15. maddenin olumlu-olumsuz yetki tespiti ayrımı yapmadığını açıkça vurgulayan, yukarıda dn. 631'de yer verilen 26.3.1985 tarihli içtihat. Olumsuz yetki tespitine karşı açılan davada yetkili mahkeme bakımından TSGLK 15. maddesini esas alan kararlar da bu sonucun benimsendiğini göstermektedir. Örn. 9. HD. 14.6.2005 T., 19145/21343 (www.legalbank.net).

⁶³⁵ Davacı sendikanın -kesin yetki belgesine dayanarak toplu sözleşme prosedürünü yürüttüğü sırada-davalı sendikaya yetki verilmesi yasaya aykırıdır. Zira davacı sendikanın yetkisi düşmemiştir. 9. HD.

olmadığı gibi Bakanlık ile ilk sendika arasında dava 15. maddeye dayalı olmadığından yetki işlemlerinin dava sonuna kadar durması (m. 15/son) ya da bir başka sendikanın yetki başvurusunun ihtiyatî tedbir yoluyla durdurulması mümkün değildir. Dava sadece Bakanlık ile sendika arasında sürmekte olup, mahkemenin bu dava dışındaki başka sendikalar hakkında ve onların toplu sözleşme yetkisi için başvurularını engelleyen, daha önce alınmış herhangi bir yetki tespit yazısı bulunmadığı halde o işyeri veya işletmeyi toplu sözleşme sürecine bir süre de olsa kapatan bir karar vermesi kanımızca mümkün değildir⁶³⁶. Bu durumda Bakanlık yetki başvurusunda bulunan diğer sendikanın başvurusunu inceleyip 13. maddeye göre neticelendirmek zorundadır. İnceleme sonunda ilgili sendikaya yetki tespit yazısı verdiği ve bu arada tespit davasının da davacı (önceki) sendika lehine kabulle sonuçlandığını düşündüğümüzde Bakanlık, bu kez tekrar bu sendikaya aynı işyeri için nasıl tespit yazısı düzenleyip verecektir? Öyle ki, davanın 15. maddeye göre açılmayacağını savunan görüş sahipleri, sadece sendika ile Bakanlık arasında görülen ve onlar arasında bağlayıcı sonuç doğuran bu dava neticesinde sendikanın davayı kazanması halinde Bakanlık'ın yetki tespit yazısı düzenleyip vermek zorunda olduğunu da kabul etmektedirler⁶³⁷. Böyle bir ihtimalde ise, aynı toplu sözleşme ünitesi için, farklı başvuru tarihlerine göre birden çok sendika lehine yetki tespiti yapılmasıyla karşılaşılacaktır. Yetki işlemlerinin belirliliği ve sıhhati ile davanın karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durduracağına ilişkin son fıkradaki tedbir hükmünden yararlanabilmek bakımından da, olumsuz yetki tespitine karşı 15. madde uyarınca dava açılacağını kabul etmek kanımızca daha yerindedir.

Bakanlık tarafından maddî hata nedeniyle de olumsuz yetki tespiti yapılmış, sendikanın yeterli çoğunluğu elde ettiği yönündeki işlemde olduğu gibi maddî hata yüzünden bu kez çoğunluğun sağlanmadığı sonucuna ulaşılmış olabilir. 15. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen maddî hata iddiasıyla evrak üzerinden inceleme yapılmasının, olumsuz yetki tespitinde de uygulanmasını engelleyen bir hüküm

22.12.1994 T., 18490/18404 (Çimento İşveren, 1995/Mart, C. 9, S. 2, s. 23). Oysa ele aldığımız ihtimalde bir başka sendikaya daha önce yetki tespit yazısı verilmemiş, yetki işlemleri de durmamıştır.

⁶³⁶ Hatta bu dava sonunda verilen hüküm dahi diğer sendikalar ile işveren açısından bağlayıcı olmayacak, davanın kazanılması üzerine Bakanlık tarafından verilecek tespit yazısına karşı bu kişilerin yine 15. maddeye göre dava açması mümkün olacaktır.

⁶³⁷ Çelik, s. 467; Oğuzman, Yetkiye İlişkin Sorunlar, s. 12; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 86.

bulunmadığı gibi zaten aksinin kabulünü gerektiren bir neden yoktur. Bu açıdan bakıldığında da yetkisizlik tespitine karşı 15. maddenin işlerlik kazanacağı sonucuna ulaşılır.

Davanın kabulü halinde Bakanlık tarafından mahkeme hükmüne uygun şekilde sendikaya 13. madde uyarınca yetki tespit yazısı düzenlenip verilmeli ve işveren sendikası, sendika üyesi olmayan işveren ile işkolunda kurulu yüzde onu aşan diğer işçi sendikalarına bildirilmelidir. Bu aşamadan sonra, Bakanlık'ın yetki tespitine karşı 15. maddeye göre işveren, işveren sendikası ve diğer işçi sendikalarının dava hakkı bulunmaktadır. 2822 sayılı Kanun sisteminde, itiraz olanağı tanınmadan yetkinin kesinleşmesi mümkün olmadığı gibi sendikanın yetkisi, 6 işgünü içinde 15. maddeye göre dava açılmaması yahut davanın reddedilmesi suretiyle kesinleşmedikçe sendikaya toplu görüşmeye çağırmaya yarayan *yetki belgesi* de verilemez.⁶³⁸ Olumsuz yetki tespiti üzerine sendikanın Bakanlık aleyhine açtığı davada, anılan üçüncü kişiler taraf olmadığı gibi o işyeri veya işletmede sendikanın toplu sözleşme yetkisinin incelenip mahkeme kararıyla bir sonuca ulaşıldığından da habersizlerdir. Bakanlık'ın olumsuz yetki tespit işleminin yerinde olmadığı, maddî hataya dayandığı veya sendikanın yeterli çoğunluğu haiz bulunduğu mahkeme kararıyla Bakanlık'a karşı tespit edilmektedir. Bunun üzerine Bakanlık esasen en başta sendikanın başvurusunu olumlu yanıtlamalı iken aksine işlem tesis ettiğinden sendika, mahkemenin tespit hükmüyle durumu Bakanlık'a karşı açıklığa kavuşturmuş olmaktadır. Ancak henüz bu aşamada işverenin, diğer işçi sendikalarının yetkiye itiraz prosedürü devreye girmiş değildir. Buna işlerlik

⁶³⁸ **Reisoğlu**, s. 204-205; **Çelik**, s. 467; **Tuncay**, Toplu İş, s. 154; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 86-87; **Narmanhoğlu**, s. 379-380; **Günay**, s. 613; "...sendika, olumsuz yetki tespit yazısını aldıktan sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine itiraz davası açmıştır. Yapılan yargılama sonunda çoğunluğunun bulunduğu ilişkin verilen karar sadece Bakanlık açısından bağlayıcıdır. Olumlu yetki tespiti niteliğinde olan kararı alan Bakanlığın, kesinleşmiş mahkeme kararına göre olumlu yetki tespit yazısı düzenleyerek Kanunun 13/2 maddesinde(ki) işveren sendikası veya sendika üyesi işveren ile aynı işkolunda kurulu işçi sendikalarına tebliğ ederek aynı yasanın 15. maddesinde düzenlenen tespitte itiraz süresinin işletilmesine olanak sağlaması gerekir. Bu nedenle işçi sendikasına bu karara dayanarak yetki belgesi düzenleyip vermesi mümkün değildir". 9. HD. 8.3.2005 T., 5922/7723 (**Günay**, İş Davaları, s. 1600-1601). "Bakanlığın çoğunluk yönünden olumsuz kararının sadece başvuran sendikaya yapılan tebligat üzerine itirazın incelenmesinden ibaret mahkemece verilen karar kesin yetki değil, çoğunluk tespiti yerine geçeceğinden ve bu çoğunluk kararının aynı işkolunda kurulu diğer sendikalara ve işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tebliği ile 2822 sayılı Kanunun 15. maddesindeki itiraz prosedürünün işletilmesi ile tekemmül edeceğinden temyiz itirazlarının bu gerekçe ile reddine..." 9. HD. 1.10.1985 T., 9707/8804 (**Berksun/Eşmeliolu**, TSGLK Şerhi, s. 345).

kazandırmak ve toplu sözleşme yetkisinin kesinleşmesini sağlamanın yolu, Bakanlık tarafından mahkeme hükmüne göre verilen tespit yazısının m.13/2’de öngörüldüğü üzere tebliği ve ardından bu kez olumlu tespite karşı 15. maddeye göre açılacak davanın neticesini veya 6 işgünlük hak düşürücü sürenin geçmesini beklemektir. Çoğunluğun veya başka bir nedenle Bakanlık’ın olumsuz tespit yazısının hukuka aykırılığının tespit edilmesi üzerine sendikaya olumlu tespit yazısı verilmesi, aynı zamanda ve kendiliğinden toplu sözleşme yetkisinin kesinleştiği anlamına gelmemektedir ve bu kararlar birlikte sendikaya toplu görüşmeye çağrı için yetki belgesi verilemez.

Hal böyle iken, Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararda 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 13/2. fıkrasında yer alan düzenlemenin sadece sendikanın çoğunluğu haiz olması halinde Bakanlık tarafından uygulanması gereken bir prosedür olduğu, dolayısıyla olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu alınan yetki tespit kararına karşı da söz konusu prosedürün uygulanacağına ne madde metninde ne de toplu iş sözleşmesi mevzuatında yer aldığı, böyle olunca Bakanlığın çoğunluk tespiti işlemine uygulanacak prosedürün yargı yoluyla alınan yetki tespitine uygulanmasının mümkün olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁶³⁹. Böyle bir değerlendirme, burada açıkladığımız gibi öğretinin görüş birliği içindeki kabullerine de bizzat Yargıtay’ın yerleşik içtihadına da aykırıdır. Daha da önemlisi, çoğunluk tespiti ile yetkinin kesinleşmesi meseleleri arasındaki fark gözetilmemiş, 2822 sayılı Kanun’un yetkiye itiraz bakımından öngördüğü düzenlemeler, ki bu arada Daire’nin pek çok kararında işaret edildiği halde yetki itirazının kamu düzeniyle ilgili niteliği bir tarafa bırakılmıştır. Bakanlık’ın olumsuz tespiti üzerine sendikanın açtığı, sadece davacı sendika ile Bakanlık arasında görülen davada sendikanın yeterli çoğunluğu haiz bulunduğu tespit edildiğinde, bu çoğunluk tespiti m.13/2’nin kapsamına girmeyecek, Bakanlık kararın ardından çoğunluk tespitini işveren sendikasına, sendika üyesi olmayan işverene, o işkolundaki diğer işçi sendikalarına tebliğ etmeyecek ise bu kişiler çoğunluk tespitinden nasıl haberdar olacaktır? Alınan

⁶³⁹ 9. HD. 14.11.2003 T., 18857/18693 (*Legal İSGHD*, 2004/1, s. 185-186). Bozulan hükümde ise yerel mahkeme, daha önce Kocaeli 1. İş Mahkemesi’nde olumsuz yetki tespiti üzerine Bakanlık aleyhine açılan davada verilen karar çoğunluk tespiti niteliğinde olduğundan o işkolunda kurulu işçi sendikaları ve işverenin sendikasına tebliğ edilmesi gerektiği halde, Bakanlık prosedüre uymadığından, davacı işverenin davasını kabul ederek yetki belgesinin iptaline karar vermiştir.

yetkiye karşı 15. madde uyarınca nasıl dava açılacak, hak düşürücü süre ne şekilde işlemeye başlayacak, yetki nasıl ve ne zaman kesinleşecektir? Yetki kesinleşmeden yetki belgesi verilmesi, karşı tarafın kollektif müzakereye çağrılması mümkün müdür? Yoksa ne de olsa, sendikanın çoğunluk tespiti daha önce Bakanlık ile aralarındaki davada mahkemece yapıldığına göre bu yetkiye karşı 15. maddedeki dava hakkı bulunmayacak ve bu hüküm uygulanmayacak mıdır? Toplu sözleşme yetki süreci, muhatap işveren veya işveren sendikası ile işkolundaki diğer işçi sendikaları dışlanarak, başvuran sendika ile Bakanlık arasındaki davayla halledilip tamamlanacak mıdır? Tüm bu sorular ve sorunlar Yargıtay'ın kararıyla ortaya çıkmakta ancak yanıtları bulunmamaktadır. Kararda, olumsuz yetki tespitine karşı sendikanın Kocaeli 1. İş Mahkemesi'nde açtığı davada Bakanlık yanında işverene de husumet yöneltilip yöneltilmediği netlikle tespit edilememektedir. Ancak Yargıtay'ın o davada verilen hükmün, işbu davanın tarafları, konusu ve sebebi aynı olduğundan maddî anlamda kesin hüküm teşkil ettiği ve HUMK 237. madde gereğince davanın reddi gerektiğinden söz etmiş olması karşısında, herhalde davacı sendikanın olumsuz yetki tespitine karşı dava açarken işverene de husumet yönelttiği kanaatine ulaşılmaktadır. Olumsuz yetki tespiti halinde davanın sadece Bakanlık'a yöneltilmesi yeterli görüldüğü için her durumda mutlaka işverenin de taraf olmasından ve dolayısıyla her iki davanın taraflarının aynı olduğundan söz edilemez. Üstelik kesin hüküm itirazından söz edebilmek için tarafların aynılığı yeterli olmayıp, dava konusu ve sebebinin de aynı olması gerekir. O davanın sebebi Bakanlık'ın olumsuz yetki tespiti, bu davanın konusu ise yetki tespitinin 13. maddeye aykırı şekilde maddede belirtilen kimselere tebliğ edilmemesi, toplu sözleşme yetkisinin kesinleşmemesi ve 15. madde bağlamında kesinleşmeyen bir yetkiye rağmen sendikaya yetki belgesi verilmiş olmasıdır. Önceki davada sendika, Bakanlık'a karşı işyerinde yeterli çoğunlu haiz bulunduğu tespitini ve kendisine olumlu tespit yazısının verilmesi gerektiğini ileri sürerek talep ederken; bu davada işveren, yetkinin kesinleşmediğini, amir hükümler ve Yasa'nın öngördüğü prosedür, 15. madde göz ardı edildiği için sendikanın yetkisi kesinleşmediğinden bu haliyle yetki belgesi alamayacağını iddia ederek yetki belgesinin iptalini talep etmektedir.

Karar, Millî Komite'nin 2003 Yılı Değerlendirme Semineri'nde de ele alınmıştır. *Ulucan'a göre, karar 2822 sayılı Kanun'un 13. maddesi hükümleri ile HUMK 237. madde hükümleri açısından yerindedir. Ancak kesinleşmiş bir yargı kararı var iken HUMK'nun 237. maddesi karşısında, aynı konuda genel hükümlere göre uyumsuzluğun tekrar ele alınabileceğinin kabulü ayrı bir tartışma konusudur. Yazar ayrıca, olayda kesinleşmiş bir yetki bulunduğunu, bir sendikanın kesin yetkili olduğunun ortaya çıktığını, ama sonradan işverenin dava açarak 13. maddenin tekrar işletilmesini ve prosedürü tekrarlatmak istediğini, bunun mümkün olmadığını, Yargıtay'ın da –genel hükümlere göre bir menfî tespit davası açabilirsin- dediğini ifade etmektedir.*⁶⁴⁰

Oysa kanımızca, öncelikle olayın çıkış noktasında Bakanlık'ın olumsuz yetki tespitinin yattığı, bozma ilamındaki “...dolayısıyla olumsuz yetki tespitine itiraz sonucu alınan yetki tespit kararı” ifadesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca 13. maddenin ve prosedürün yeniden, tekrar işletilmek istenmesi söz konusu değildir. Bakanlık, olumsuz tespit yazısına karşı sendikanın açtığı davada verilen hükme göre yaptığı olumlu tespiti 13. madde uyarınca hiç bildirmedeğinden, 13. madde de yetki prosedürü ve itiraz aşamaları da zaten hiç vuku bulamamış, dolayısıyla yetki bu haliyle kesinleşmemiştir. Ayrıca Yargıtay, genel hükümlere göre menfî tespit davası açılmasından söz etmeyip, sorunun genel hükümlere çözümlenmesi gerektiğini belirterek bu bağlama cümlesiyle HUMK 237. madde uyarınca kesin hüküm itirazına geçmekte, kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. *Şahlanan*⁶⁴¹ da, haklı olarak *olayın başka şekilde cereyan ettiğini, olayda olumsuz tespit olduğunu, Kanun'un 13. maddesinde olumlu ve olumsuz tespit şeklinde iki tür tespit düzenlendiğini, sendikanın çoğunluğu yoktur diyen Bakanlık kararına karşı başvuran sendikanın iş mahkemesinde açtığı dava ile kararın aleyhine çoğunluğu bulunduğunu ispat ederek hüküm aldığını, bu hükmün henüz sendikayı doğrudan yetkili kılmaya elverişli bir hüküm olmadığını, Bakanlığın yetki tespitinin rakip sendikalara ve işverene bildirilmesi gerektiğini, Bakanlığın çıkan karara uyararak yapacağı bu bildirim teorik olarak itiraz imkanı olduğunu, çünkü mahkemenin*

⁶⁴⁰ **Ulucan, D.**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2003), Ankara 2005, s. 175, Genel Görüşme, s. 207.

⁶⁴¹ **Şahlanan**, Komite (2003), Genel Görüşme, s. 207-208.

kararının davada taraf olmadıklarından rakip sendikaları ve işvereni bağlamadığını, ne var ki 15. maddeye göre açılan davada delil teşkil edeceğini belirtmiştir.

Yargıtay, emsal nitelikteki bir başka davada ise yasal esaslar, doktrin ve yerleşik içtihatları ile tutarlı bir sonuca ulaşarak, olumsuz yetki tespitine karşı sendikanın Bakanlık ve işvereni hasım göstererek açtığı davada işçi sendikasının yeterli üye çoğunluğu olduğunun tespit edilip kesinleştiğini, bunun üzerine sendikaya Bakanlık tarafından *yetki belgesi verilmiş* ise de, hükmü tebellüğ eden Bakanlığın daha önce 13. madde uyarınca sendikanın çoğunluğunun bulunmadığı yolundaki tespitini kaldırarak veya yerine mahkemece yapılan tespiti ikame ederek, bu yeni tespiti anılan madde uyarınca o işkolunda kurulu işçi sendikası ile sendika üyesi olmayan işverene bildirmek suretiyle Yasa'nın 15 nci maddesindeki prosedürün işlemlerini sağlaması gereğini işaret ederek, Bakanlıkça bu yönetime başvurulmadan 2822 sayılı Yasa'nın 16. maddesi gereğince işçi sendikasına yetki belgesi verilmesinin yasal bulunmaması sebebiyle belgenin mahkemece iptali gerektiğine karar vermiştir⁶⁴².

Bakanlık tarafından olumsuz yetki tespiti yapılmasının ardından sendikanın Bakanlık aleyhine, bize göre 15. madde diğer görüşe göre genel hükümler uyarınca açtığı davada, sendikanın o işyeri ya da işyerlerinde yeterli çoğunluğu sağlayıp sağlamadığı mahkeme tarafından incelenip tespit edilmektedir. Elbette dava konusu sadece bununla sınırlı olmayıp Bakanlık'ın başvuruyu olumsuz yanıtlama nedenlerinden her birine dayalı olarak bu dava açılabilir. Davanın sendika lehine sonuçlanmasının ardından Bakanlık'ın 13. maddeye göre hazırlayıp işveren ve işkolundaki diğer işçi sendikalarına tebliğ ettiği tespit yazısına karşı bu kez bu kişilerin 15. maddeye göre dava açmaları ve sendikanın yetkisinin tekrar incelenmesi, hem toplu sözleşme sürecini uzatmakta hem de daha önce mahkemenin inceleyip karara bağladığı bir husus tekrar bir davada ele alınmaktadır. Bilhassa önceki dava ile bu davanın tarafları aynı olmadığından kesin hüküm itirazıyla karşılaşılacak ise de, her iki davada da ana sorun sendikanın toplu sözleşme akdetmek istediği ünitelerde yetkili olup olmadığıdır. Bakanlık ister olumsuz ister

⁶⁴² 9. HD. 16.4.1996 T., 6839/8377 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 491).

olumlu yetki tespiti yapmış olsun, bu uyuşmazlık iş mahkemesinin önüne taşınmaktadır. İlk ihtimalde başvurusu reddedilen sendika; diğerinde işveren, işveren sendikası ya da diğer işçi sendikaları davacıdır. O halde aynı ana sorun etrafında dönen, aynı işyerini ilgilendiren birden çok dava yerine, sendikanın olumsuz yetki tespitine karşı açtığı davada husumetin Bakanlık yanında işveren sendikasına, sendika üyesi değil ise işverene ve varsa o işkolunda yüzde on barajını aşmış diğer işçi sendikasına/sendikalarına da yöneltilmesi öngörülebilir. Böylece bu davalıların davacı sendikanın işyerinde niçin toplu sözleşme yetkisini haiz olmadığını savunup ortaya koymaları sağlanır. Olumlu yetki tespiti üzerine 15. maddeye göre zaten kendi açacakları davada iddia edeceklerini, olumsuz yetki tespitine karşı sendikanın açtığı davada savunma sebebi olarak yargılamaya getirebilirler ve bu sayede hukukî durumun açıklığa kavuşmasına olanak tanınmış, gereksiz, yersiz yetki itirazlarıyla sürecin uzatılması da engellenmiş olur.

bb. Yetki başvurusunun ehliyet sebebiyle reddedilmesi

Daha önce işkolu tespiti yapılmamış bir işyeriyle ilgili olarak işçi sendikasının başvurusu, işyeri veya işyerlerinde yeterli çoğunluğu haiz olmadığı sebebiyle değil de, sendikanın farklı işkolunda kurulu bulunduğu değerlendirilmesiyle ehliyet yönünden reddedilmiş ise Bakanlık aynı zamanda bu işyeriyle ilgili işkolu tespiti de yapmış olmaktadır. Örneğin 4 no.lu gıda işkolunda kurulu bir sendikanın yetki başvurusu yaptığı işyeri, Bakanlık tarafından 5 no.lu şeker işkolunda nitelenirse başvuru incelenirken hem o işyeri bakımından Bakanlık'ça bir işkolu tespiti yapılmış hem de buna dayalı olarak sendikanın o işyerinde toplu sözleşme ehliyeti bulunmaması gerekçesiyle başvuru olumsuz cevaplandırılmış olmaktadır. Böyle bir durumda, ehliyetsiz sendikanın ilgili işyerinde yeterli çoğunluğu bulunup bulunmadığının incelenmesine dahi geçilmeyeceği, ehliyetsiz bir sendikanın yetkili olup olmamasından söz edilemeyeceği tabiidir.

İşyeri bakımından ilk kez bu yetki başvurusu vesilesiyle yapılan işkolu tespitinin ya da örneğin işverenin değişmesi sebebiyle işkolunun değiştiğinin Bakanlık'ça re'sen saptanması halinde bu tespitin Sendikalar Kanunu 4. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de yayımlanması gerektiğini daha önce belirtmiştik.

Başvurusu reddedilen sendika, bu tespit aksine işyerinin şeker değil gıda işkoluna girdiği iddiasında ise Bakanlık'ın işkolu tespit kararına karşı 15 gün içinde yine 4. maddeye göre dava açmalıdır. Yetki başvurusunu reddeden Bakanlık kararının dayanağı, yetki bağlamında çoğunluk ile ilgili olmayıp ehliyet meselesiyle sınırlı bulunduğu sendikanın yukarıdaki başlıkta ele alınan şekilde olumsuz yetki tespitine karşı açacağı bir tespit davası onu sonuca götürmeye elverişli değildir. Öyle ki, Bakanlık bu başvuruya ilgili olarak yetki incelemesine geçmemiş, henüz ehliyet bakımından inceleme yaparken işyeri ile sendikanın ayrı işkollarında kurulu olduğu tespitiyle başvuruyu reddetmiştir. Oysa olumsuz yetki tespitine itirazı konu edinen bir davada mahkeme, sendikanın yetkisini tahkik ederek gerekli çoğunluğu haiz olup olmadığını tespit edecek ve böyle bir tespit hükmü üzerine Bakanlık 13. maddeye göre yetki tespit yazısını düzenleyip tebliğ edecektir. Kanımızca salt işkolu farklılığına dayalı menfî Bakanlık kararına karşı, sendikanın hem işkolu tespitine itiraz ederek, işyerinin kendi kurulu olduğu gıda işkoluna dahil bulunduğu tespitini hem de o işyerinde yeterli çoğunluğu haiz bulunması sebebiyle yetkili olduğunun tespitini mahkemeden talep etmesi mümkün değildir. Çünkü bir sendikanın yetkisinin Bakanlık devre dışı bırakılarak doğrudan iş mahkemesinden talep edilmesi ve mahkeme hükmüyle tespit edilerek sendikanın yetkili olduğunun açıklanması Yasa'nın öngördüğü sisteme aykırıdır. Kanun bu hususta doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nı görevli kılıp yetkilendirmiştir. O halde öncelikle işkolu farklılığından kaynaklanan ehliyet meselesinin çözümlenebilmesi için Sendikalar Kanunu 4. maddeye göre işkolu tespitine karşı dava açılması, bu davanın davacı sendikanın iddia ve talebi gibi sonuçlanması halinde artık sendikanın yetki başvurusunda bulunduğu işyeriyle aynı işkolunda kurulu olduğu tespit edildiğinden Bakanlık tarafından yetki incelemesi yapılmalıdır. Bu inceleme sonucunda ise henüz Bakanlık'ın hangi sonuca ulaşacağı belli olmayıp sendikanın sayısal çoğunluğu haiz bulunduğunu tespit etmesi pekâla ihtimal dahilindedir. O halde ortada sendikanın dava konusu yapacağı olumsuz bir yetki tespiti bulunmayacaktır. Bakanlık'a karşı davanın henüz o işlem yapılmadan, bir karara varılmamasına rağmen olasılığa dayalı şekilde ikame edilmesi kabul edilemez ve bunda hukukî menfaat de bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle yetki başvurusunun Bakanlık tarafından ehliyet gerekçesiyle reddedildiği hallerde konunun doğrudan

yetki itirazı bağlamında değil, Sendikalar Kanunu 4. madde uyarınca çözümlenebileceği kanaatindeyiz⁶⁴³.

Ayrıca Bakanlık, yetki koşulunun sağlanıp sağlanmadığını incelerken ehliyetsizlik nedeniyle reddettiği başvuru tarihini esas almalıdır. Zira Bakanlık bu başvuruyu, işyerinin girdiği işkolunu yanlış tespit ettiği için red etmiş ise de, mahkemenin tespit hükmüyle sabit olduğu üzere aslında işyeri ile sendika aynı işkolunda kuruludur ve başvuru esnasında ehliyet unsuru tamamdır. İşyerinin girdiği işkolu mahkeme kararıyla ihdas edilmiş değildir. O başvuru tarihi itibarıyla Bakanlık işkolu, ehliyet bakımından hukuka uygun nitelendirme ve değerlendirmeye işlem yapmış olsaydı sendikanın yetkisi ile ilgili unsurları incelemeye geçecek, yetki uyuşmazlıkları da 15. maddeye göre yine başvuru tarihine göre çözümlenecekti. Bakanlık'ın işkolu tespitindeki yanlılığı nedeniyle yetki prosedürünün sekteye uğraması ve bu arada işçi ve üye sayılarındaki aleyhe değişiklik riskinin sendikanın üzerinde bırakılması hakkaniyete aykırı olduğu gibi çoğunluğun başvuru tarihine göre belirleneceği yönündeki yasal ilkeye de uygun değildir. Sendika, işkolu tespiti hakkındaki yargı süreci tamamlanıncaya dek üye sayısını korumuş olsa dahi, işyerine yeni işçi alımları nedeniyle çalışan işçi sayısı yükselebileceğinden önceki başvuru tarihinde esasen yarıdan fazla çoğunluğu sağlamış olan sendikanın bu yeni durumda yetkisizleşmesi ihtimal dahilindedir. Ehliyetin ana unsuru olan işkolu tespiti, mahkemenin tespit hükmüyle çözümlendiğine ve sendikanın başvuru tarihinde ehliyetli olduğu anlaşıldığına göre şimdi Bakanlık'ın yapması gereken yine aynı başvuru tarihini esas alarak sendikanın gerekli çoğunluğu haiz olup olmadığını tespit etmektir. Ortaya çıkacak sonuca göre bu kez yetki uyuşmazlığı 15. maddeye göre iş mahkemesince çözümlenecektir.

⁶⁴³ Yargıtay da 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 4. maddesindeki prosedüre uyarak işlem yapılması gerektiğini işaret etmektedir. Daha önceki toplu iş sözleşmesi dönemlerinde o işyerinin girdiği işkolu ile ilgili bir uyuşmazlık bulunmadığı halde Bakanlık örneğin işveren değişikliğinin ardından işkolunun değiştiğini saptamış ise olumsuz yetki tespitinde 4. maddede öngörüldüğü şekilde işlem yapılmadan davacı sendikanın isteğinin ve açtığı davanın reddedilemeyeceğine karar vermiştir. 9. HD. 14.3.2006 T., 6018/6629 (Günay, İş Davaları, s. 1601).

IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TESPİTİ

Toplu iş sözleşmesinin tek tek iş sözleşmelerini etkilemesi bakımından kamu hukuku karakteri bulunmakla birlikte, taraflarını esas itibariyle özel hukuk kişilerinin oluşturduğu, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan, münhasıran özel hukuk ilişkilerini düzenleyerek borç ve alacak doğurucu nitelikte hükümler içeren toplu iş sözleşmesi bu yönleriyle bir özel hukuk sözleşmesidir⁶⁴⁴. Kurulması, geçerliliği, ifası veya sona ermesi borçlar hukukunun borç ilişkilerinin doğması ve sözleşmelere uygulanan hükümlerine tâbidir⁶⁴⁵. Toplu iş sözleşmesi, genel hükümler ve 2822 sayılı Kanun'da düzenlenen kurallar uyarınca hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. Ayrıca Kanun, 16. maddesinde yetki belgesi alınmadan yapılan toplu iş sözleşmesinin durumunu özel olarak düzenlemiştir. Buna göre biz de önce toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü, ardından 16. maddedeki düzenlemeyi inceleyeceğiz. Hükümsüzlüğün tespitinin etki ve sonuçlarına ise, son bölümde hükmün etkileri ile ilgili açıklamalar kapsamında yer vereceğiz⁶⁴⁶.

1. Hükümsüzlüğün Tespitinde Hukukî Yarar

Bütün hukukî işlemlerde olduğu gibi, toplu iş sözleşmesinin geçerli sayılması için de sözleşmenin hukuk düzeninin koyduğu kurallara uygun olması gerekir. Toplu iş sözleşmesi bu kurallara aykırı olarak yapılmışsa sözleşmenin hükümsüzlüğü istenebilecektir. Bir hukukî işlemin geçersizlik yaptırımına tâbi olması bu konuda ayrı bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermediği gibi bir dava sırasında hakim, geçersizliği re'sen dikkate alabilecektir. Bunun yanısıra geçersizliğin tespiti amacıyla dava açılması mümkündür⁶⁴⁷. Ne var ki, doktrinde haklı olarak eleştirilen bir kararda Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin butlan müeyyidesine tâbi bir hukuka aykırılık içermesi halinde bunun hakim tarafından re'sen dikkate alınacağını belirttikten sonra

⁶⁴⁴ **Tunçomağ**, C. II, s. 36; **Çelik**, s. 448-449; **Narmanhoğlu**, s. 454; **Sur**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, s. 13; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 24, 171; **Tunçomağ/Centel**, s. 331; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 30-31.

⁶⁴⁵ 9. HD. 11.2.1966 T., 125/1235 (**Egemen**, s. 89).

⁶⁴⁶ § 9, III.

⁶⁴⁷ **Tuncay**, Toplu İş, s. 206; **Sur**, s. 301; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 496; "Toplu iş sözleşmeleri hukukî nitelikleri itibariyle kamu hukuku ve özel hukuk özelliklerini taşıyan hukukî birer tasarruf olup, yapılmaları ve hukukî sonuç doğurmaları doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirir. Kamu düzenine aykırı bulunmaları halinde uygulanacak müeyyide butlan olup, görülmekte olan bir davada taraflarca ileri sürülmesi dahi hakim bu hususu re'sen dikkate alır" 9. HD. 23.6.1980 T., 5815/7523 (*İşveren*, 1980/Aralık, C. XIX, S. 3, s. 13).

“ancak toplu iş sözleşmelerinin özellikleri itibariyle yapılmalarını takiben hükümsüzlüğün bir tesbit davası yoluyla belirlenmesi istenilemez. Eda davası zımında bu yön tarafların ileri sürmesi üzerine veya hakim tarafından re’sen dikkate alınarak geçersizliğin tesbiti suretiyle gereken hüküm tesis olunur. Bu itibarla bir eda davası söz konusu olmadan toplu iş sözleşmesinin ilgili hükümlerinin iptaline hükmedilmesi isabetsizdir”⁶⁴⁸ sonucuna ulaşmıştır.

Butlan müeyyidesinin niteliğini ve bir toplu iş sözleşmesini geçersiz kılan nedenleri göz ardı eden bu karara katılmıyoruz. Öncelikle, toplu iş sözleşmesi sadece bir eda davasına konu olabilecek borç doğurucu hükümlerindeki geçersizlik sebepleri yüzünden hükümsüz olmaz. Hükümsüzlük, sadece tarafların edim yüküleriyle ilgilenen bir yaptırım olmadığından hükümsüzlüğün tespitinin eda davalarında re’sen dikkate alınmakla sınırlanması kanımızca isabetli değildir⁶⁴⁹. Özellikle, toplu iş sözleşmelerine özgü emredici etki açısından düşünüldüğünde, zaten kendisi hükümsüz, geçersiz olan bir toplu sözleşmenin hizmet akitleri üzerinde doğrudan ve emredici bir etki gösteremeyeceği tabiidir. Oysa bazı Yargıtay kararındaki gibi, bu geçersizliğin tespitinin bir tespit davasına konu edilemeyeceğinden söz edilerek konu, münferid işçilerin açtığı eda davalarına terk edildiğinde sözleşmenin yürürlüğü süresince o işyerinde düzen ilkesinin işlevi ve çalışma koşullarında olabildiğince tesis edilmeye çalışılan yeknesaklık da zedelenir. Tespit davası sayesinde uyuşmazlıklar büyümeden, az giderle ve daha çabuk çözümlenebileceğinden çalışma

⁶⁴⁸ 9. HD. 15.12.1980 T., 13720/13371 (**Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 173). 275 sayılı TSGLK döneminde verilen bir kararda da “kesinleşmiş bir yetkinin kaldırılmasını intaç edecek şekilde genel hükümlere dayanılarak hükümsüzlüğün tesbitine cevaz verilemez” sonucuna ulaşılmıştır. 9. HD. 29.6.1978 T., 8548/9377 (İHU, 1979/II, TSGLK. 11, No. 14; **Nuri Çelik**’in kararı isabetsiz bulan incelemesiyle). 2001 yılında verilen kısmî hükümsüzlükle ilgili bir kararda; hükümsüzlüğün her zaman her ilgili tarafından ileri sürülebileceği, bu ileri sürmenin bir tespit davası şeklinde yapılabilmesinin yanısıra eda davasına da konu teşkil edebileceği belirtilirken, karşı oy yazısında geçersizliğin tespiti için dava açılmayacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. 9. HD. 4.4.2001 T., 5461/5576 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 563).

⁶⁴⁹ “...Lakin kural bu olmakla birlikte her eda davasının açılma olanağının bulunduğu durumda tesbit davasının açılmasında hukukî yararın bulunmadığından söz edilemez. Eda davasının bu sonucu doğurması, tesbit davasına başvurmayı gerekli kılan hukukî korunma ihtiyacını derhal ve tam olarak karşılaması şartına bağlıdır. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti belirli işçi teşekküllerine tanınmış bulunmaktadır. Davalı işçi teşekkülü bu teşekküllerden değilse toplu iş sözleşmesi ehliyeti yoktur. Bu yönün tespitinde davacının hukukî yararı belirgindir. Davacının tespit davasının konusunu teşkil eden hukukî münasebet çevresinde ne gibi bir eda davasının açılacağı de belli değildir. Mahkeme hiçbir neden ve gerekçe göstermeksizin bu imkanı var saymış ve böyle bir varsayımdan hareket ederek hukukî yarar şartının gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Böyle bir varsayım, hükme esas tutulamaz” 9. HD. 26.11.1969 T. 9693/10446 (*İş Hukuku Dergisi*, 1969/Kasım-Aralık, S. 11-12, s. 944-945).

barışının korunmasına katkı sağlanır. Üstelik ideal olan sözleşmeden yararlanan işçilerin iş ilişkilerinin sürdüğü, toplu sözleşmenin uygulandığı esnada bu sözleşmeden fiilen, gerçek anlamda yararlanmalarının sağlanmasıdır. İş sözleşmesinin sona erdiği bir esnada, daha sonra açılacak eda davalarıyla alacakların hüküm altına alınmasının da her durumda amaçlanan bu hedefe layıkıyla ulaşmayı sağlamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Toplu sözleşme hükümlerinin bir ya da daha fazla işyerinde ve çok sayıda işçinin hizmet akitleri üzerindeki doğrudan ve emredici etkileri karşısında, bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespit edilmesine, hukukî tereddütlerin, belirsizliğin tespit davası yoluyla giderilmesine duyulan ihtiyaç belki de diğer hukukî işlemlerden daha çok bir toplu iş sözleşme bakımından kendisini hissettirir ve önem taşır. Ayrıca hükümsüzlüğün tespitini ancak bir eda davasına hasredip, verilecek red hükmünün gerekçesi olarak gören anlayış, aynı toplu sözleşme düzeniyle istihdam edildiklerini düşünen işçiler arasında farklı uygulamalara, çelişkili sonuçlara da yol açma riskini barındırmaktadır. Toplu sözleşmenin sürekli bir ilişki kurması ve devrî edimler öngörmesi nedeniyle, bu sözleşmeyi davadaki iddia gibi hükümsüz kılan bir hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığının baştan bir mahkeme hükmüyle tespit edilmesi, sürekli bir borca aykırılığın ya da hukuka aykırı bir sözleşmenin uygulanmasının önüne geçilmesini sağlayabilecektir. Diğer yandan hükümsüzlük, bir ya da birkaç işçiye karşı değil; mutlak olarak herkese karşı ileri sürülebilir ve tüm işçileri etkiler. Oysa işçiyle işveren arasındaki bir eda davasında incelenip dikkate alınacak hükümsüzlük hali, ancak o davanın taraflarını bağlayacaktır.

Eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmayacağı, bunda hukukî menfaat bulunmadığı prensibi açısından değerlendirildiğinde, hükümsüzlüğün tespiti davasının o toplu sözleşmenin uygulanmasıyla işçilere karşı borç altına girecek işveren tarafından da açılacağı ve bu doğrultuda zaten kendisi borcu ifa etmekle yükümlü kılınan kişinin bunun edasını talep edemeyeceği tabiidir. O itibarla tespit davasının davacısı işverenin, eda davası açabilecek iken tespit davası açtığı söylenemez. Hukukî menfaatle ilgili bu prensibi *Kuru*'nun ifadesiyle, davacının eda

davası açabileceği hallerde bir tespit davası açmada hukukî menfaati yoktur⁶⁵⁰, şeklinde dikkate almak daha isabetlidir.

Öte yandan işverenin, bir eda davasında *sözleşmenin geçersizliğini* savunma sebebi olarak ileri sürmesi mümkündür. Fakat öncelikle hukukî menfaat değerlendirmesi yapılırken bu prensibin mutlak şekilde uygulanması, kanımızca tespit davasının tanımı ve işlevine pek uygun düşmemektedir. Çünkü, tespit davasına sadece bir hukukî ilişkinin varlığı değil, *hukukî ilişkinin*⁶⁵¹ *mevcut bulunmadığının tespiti de* konu olabilmektedir. İşverenden bir tespit davası açmaksızın, kendisine karşı açılacak toplu iş sözleşmesine dayalı eda davalarını ve bu davalarda sözleşmenin (ya da ilgili hükmün) geçersizliğini ileri sürmeyi beklemesini istemek, hem onun tarafı olduğu çok sayıdaki iş ilişkisindeki hukukî durumunun belirsiz bırakılmasına, işçilerin haklı fesihleriyle karşılaşmasına hem de zamanında ifa etmediği toplu sözleşmeden kaynaklanan alacakları en yüksek işletme kredisi faiziyle ödeme gibi sorumluluğunun kapsamının genişlemesine yol açabilecektir.

Neyse ki Yargıtay'ın bu yaklaşımı kararlılık kazanmış bir içtihat haline dönüşmemiş ve bir başka uyuşmazlıkta sendika üyesi olduğu halde doğrudan işverenin taraf olarak yer aldığı toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmiştir.⁶⁵² Kıdem tazminatı fark talebine ilişkin bir alacak davasında da, davaya esas tutulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti için daha önce açılan tespit davasının sonucunun beklenmesine karar verilerek konunun ayrı bir tespit davasında incelenebileceği hususunda tereddüt gösterilmemiştir⁶⁵³. Alman toplu iş hukukunda da, toplu iş sözleşmesinin geçerliliğinin yargısal bir kararla tespit edilebileceği ve toplu iş sözleşmesinin tarafları arasındaki davada verilen bu kararın taraflar gibi üçüncü kişileri, mahkeme ve hakemleri bağlayacağı kabul edilmiştir (TVG § 9).

⁶⁵⁰ **Kuru**, s. 36.

⁶⁵¹ Ki bu kavrama, hukuk kuralları uyarınca bir kimsenin bir başkasına olan sorumluluk hukuku, aynı haklara dair ilişkiler ve bundan doğan iddia ve mükellefiyetleri de dahildir (**Ansay**, s. 230).

⁶⁵²9. HD. 9.2.1987 T., 1925/1557 (**Berksun/Eşmeliöğlü**, TSGLK Şerhi, s. 32-33).

⁶⁵³ 9. HD. 18.11.1982 T., 7939/9031 (**Berksun/Eşmeliöğlü**, TSGLK Şerhi, s. 359); 9. HD. 30.1.1995 T., 144/1257 (**Günay**, s. 684).

2. Toplu İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünü Doğuran Nedenler ve Hükümsüzlüğün Tespiti

Toplu iş sözleşmesi de bir hukukî işlem olduğundan hukukî işlemleri sakatlayan unsurları taşımaması gerekir. Aksi halde sözleşme batıldır⁶⁵⁴. Bunların başında ehliyet ile ilgili kurallar gelir. Bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilme ehliyeti, toplu sözleşme ehliyetidir. Öncelikle taraflar toplu sözleşme ehliyetine sahip olmalıdır ki, akdettikleri sözleşme geçerli olarak hüküm sonuç doğurabilsin⁶⁵⁵. Toplu iş sözleşmesinin bir tarafında mutlaka işçi sendikası yer alır. Fiilî işçi gruplarının, konfederasyonların toplu sözleşme ehliyeti bulunmamaktadır. Yine bu işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi akdedilecek işyeri veya işyerleriyle aynı işkolunda kurulu olması zorunludur. Metal işkolunda kurulu bir işçi sendikası, dokuma işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinde toplu sözleşme yapma ehliyetine sahip değildir. Sözleşmenin diğer tarafında ise işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren bulunur. Ancak işveren, bir işveren sendikasına üye değil ise ehliyetlidir. Aksi halde kendisi doğrudan doğruya toplu iş sözleşmesi akdedemeyeceğinden böyle bir toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Bu durumda ehliyet işveren sendikasına tanınmıştır.

Toplu iş sözleşmesine farklı işkolunda kurulu bir işçi sendikası taraf olduğunda bu toplu iş sözleşmesi kesin hükümsüzdür ve sözleşmenin geçersizliği bir süreye, bu arada TSGLK 16. maddedeki kırk beş günlük süreye tâbi olmadan her zaman ileri sürülüp tespit ettirilebilir⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ **Tunçomağ**, C. II, s. 75; **Işık**, Ehliyet ve Yetki, s. 24; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 172 vd.; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 129 *Oğuzman*, ehliyet ile ilgili geçersizlik halinin yokluk olduğu görüşündedir (**Oğuzman**, İlişkiler, s. 87).

⁶⁵⁵ **Hueck, A./Nipperdey, H.C./Stahlhacke, E.**, Tarifvertragsgesetz, München 1964, s. 143. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, bu konuda ehliyeti olan sendikanın sahibi bulunduğu bir güçtür. Yetkili olabilme için öncelikle ehliyetin bulunması zorunludur. Ehliyet yok ise, yetki de yok demektir. Bu bakımdan ehliyet, yetki için temel koşuldur. Ehliyetsizlik iddiaları, tespit davası ile çözümlenir (**Coşkun, E.**, Ehliyetsizliğin İleri Sürülmesi, İHU, 1976, TSGLK. 11, No. 6 ve orada anılan 9. HD. nin 6.3.1969 T., 2632/8, 10.2.1969 T., 14211/1394 sayılı kararları).

⁶⁵⁶ **Ekonomi**, İş Kolunun Değişmesi, s. 46; **Reisoğlu**, s. 215. TSGLK.nundaki yöntem ve süreler yetki uyuşmazlıkları için geçerlidir. Ehliyetsizlik itirazları her safhada ileri sürülebilir. 9. HD. 29.3.1976 T., 7322/10442 (İHU, 1976, TSGLK. 11, No. 6); 9. HD. 9.3.1977 T., 1986/4564 (**Berksun/Eşmelioğlu**, TSGLK Şerhi, s. 357-358).

Toplu iş sözleşmesi ehliyeti ile ilgili olarak, Yüksek Hakem Kurulu'nun konumunun da ele alınması gerekir. Çünkü, grev ve lokavt yasağı bulunan işler ile işyerlerinde taraflar toplu görüşme sonucunda anlaşmaya varamazlarsa uyuşmazlık, Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözümlenir ve Kurul kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir (2822 sK. m. 32, 52, 55). Uyuşmazlık yasak kapsamında olmayan bir işyeri hakkında olmasına rağmen, Yüksek Hakem Kurulu karar vermiş ise merciin bu kararı toplu sözleşme niteliğinde kabul edilemez ve hükümsüzdür⁶⁵⁷.

İki taraflı bir hukukî işlem olan toplu iş sözleşmesinin tarafları sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin içeriğini belirleyebilme serbestisine sahiptir. Ancak her hukukî işlemde olduğu gibi toplu iş sözleşmesi bakımından da tarafların bu serbestileri sınırsız değildir. Toplu sözleşme otonomisi de işçi sendikası ile işveren tarafına sınırsız bir kural koyma hakkı vermemektedir⁶⁵⁸. Anayasa, emredici hukuk kuralları ve bu arada sözleşme özgürlüğünün sınırlarını içeren genel hükümler niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddeleri toplu iş sözleşmeleri bakımından da serbestinin kapsamını, sınırlarını belirlemektedir⁶⁵⁹. 2822 sayılı TSGLK'nun "toplular iş sözleşmesine konulamayacak hükümler" başlığı altında düzenlenen 5. maddesine göre; toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyet'e, millî güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden ya da kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz. Bunlar birbirinden tümüyle bağımsız kavramlar olmayıp örneğin bölücülüğü, ırkçılığı amaçlayan toplu iş sözleşmesi hükümleri aynı zamanda Cumhuriyet'e, millî güvenliğe, kamu düzenine ve genel asayişe de aykırı olacaktır. Maddede yer verilen emredici hükümleri, mutlak emredici hükümler olarak anlamak gerekmektedir⁶⁶⁰. Çünkü bilindiği gibi, iş

⁶⁵⁷ **Narmanhoğlu, Ü.**, Yüksek Hakem Kurulunun Yaptığı Toplu İş Sözleşmesinin İptali İstemi, İHU TSGLK m. 55 (No. 1); **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 172.

⁶⁵⁸ **Narmanhoğlu**, s. 355.

⁶⁵⁹ Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesinde de, bu Kanun'da hüküm olmayan hallerde Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen kanunların bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir.

⁶⁶⁰ **Kutal, M.**, Toplu İş Sözleşmeleri, Kolektif İş İlişkilerini Düzenleyen 2821-2822 Sayılı Yasalar ve Uygulaması Semineri, İstanbul 1984, s. 81; **Reisoğlu, S.**, 2822 Sayılı Yasanın 5. Maddesi Açısından Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler, *TÜTİS*, 1984/Kasım, S. 6, C. 8, s. 6; **Narmanhoğlu**, s. 357; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 178 vd. "Toplu iş sözleşmesine, 274 sayılı

mevzuatının tüm emredici hükümleri mutlak nitelikte olmayıp bunların işçi lehine değiştirebilmeleri mümkündür ve asgarîlik öngören bu tür hükümlerin üzerinde işçilere daha fazla haklar sağlayan düzenlemeler geçerlidir. Toplu iş sözleşmeleri de, işçilere nisbî emredici kuralların ötesinde haklar sağlamanın en etkili ve geniş kapsamlı araçlarıdır. Ücretlerin asgarî ücret seviyesinin üstünde belirlenmesi, yıllık izin sürelerinin arttırılması gibi. O itibarla, ancak mutlak emredici hukuk kurallarına aykırı toplu iş sözleşmesi hükümleri bakımından geçersizlik söz konusu olmaktadır.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 5. maddesindeki, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yol açan nedenler bakımından kullanılan genel ahlak, kamu düzeni⁶⁶¹ gibi kavramlar büyük ölçüde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açabileceğinden önerilen sözleşme maddelerinin 5. maddeye aykırı olup olmadığının tespiti de istenebilecektir. Sırf bu maddelerdeki uyumsuzluk halinde gidilecek bir grev veya lokavt kanun dışı sayılabileceğinden davacının hukukî menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁶². Modern sayılan kamu düzeni anlayışı, kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığının yanısıra genel ahlakı da kamu düzeninin unsurları arasında görmektedir. Bazen, ahlakî alanda bir düzensizliğin, tutum ve davranışın toplumun maddî düzenini hemen ya da yakın bir gelecekte bozma tehlikesi doğurması ihtimal dahilindedir. Ancak genel ahlak anlayışı ve kamu düzeni zamana ve yere göre değişebilir. Bu nedenle toplumun maddî düzenini bozmayan kimi hareketlerin genel ahlak kavramıyla karıştırılmaması gerekir.⁶⁶³

Kanunun 19 uncu maddesinde öngörülen tazminattan daha fazla hak bahşeden hükmün konulmasına kanunî ve hukukî bir engel yoktur. Zira, anılan maddenin buyuruculuğu, mutlak olmayıp nisbî niteliktedir ve bu yüzden işçi yararına aşılması mümkündür” 9. HD. 22.12.1969 T., 1072/11806 (Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s. 41-42).

⁶⁶¹ “Kamu düzeni deyimi, belli edilmesi güç bir anlamı kapsamaktadır. Kamu düzeni deyiminin toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılacaktır” Anayasa Mahkemesi 28.1.1964 T., 128/8 (RG. 17.4.1964 T., S. 11685). Uyulmasında ve korunmasında toplum ile devletin genel menfaati bulunan hukuk kuralları kamu düzeni ile ilgili kabul edilir. Ancak kamu düzeni anlayışı ülkeden ülkeye değiştiği gibi her ülkede devirden devire de değişebileceğinden aslında nisbî bir kavramdır (Esener, İş Hukuku, s. 34 vd.; Eren, s. 288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 402; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 712).

⁶⁶² Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler, s. 7. Ayrıca bkz. Narmanhoğlu, Ü., Grev, Ankara 1990, s. 113 vd.

⁶⁶³ Konuralp, H., İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı –VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, 19-20 Ekim 2007, İzmir/Çeşme, s. 139-140.

Yine toplu iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunlu olup, Kanun'un "toplular iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli değildir" hükmünü içeren 4. maddesine göre yazılı şekil şartı, bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. O halde şekle aykırılık da toplu sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan nedenlerden biridir. Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca kanunen yazılı şekilde yapılması gerekli bir sözleşmenin değiştirilmesi de ancak yazılı şekil şartına uyularak gerçekleştirileceğinden, toplu sözleşme hükümlerinde tarafların ihtiyaç duyacakları değişiklikleri de yazılı olarak yapmaları zorunludur. Aksi takdirde bu değişiklikler hükümsüzdür.

Anayasa'nın 53. ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesinin son fıkralarına göre aynı iş yerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz. Aksi halde ikinci toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Tarafların ehliyetli ve yetkili olması, hatta önceki toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasının çoğunluğu yitirmiş olması dahi bu sonucu değiştirmez⁶⁶⁴. Zira sendikanın çoğunluğu haiz bulunması ile ilgili şartın, sözleşmenin yürürlüğü boyunca sürdürülmesi gerekli olmayıp başvuru tarihi itibarıyla sağlanması gerekli ve yeterlidir.

Kanun'un işletme toplu iş sözleşmesi ile ilgili emredici hükmüne aykırı şekilde, bir işletme kapsamındaki aynı işkolundaki işyerlerinde ancak tek toplu iş sözleşmesi yapılabilecek iken bu işyerlerinden biri için işyeri toplu iş sözleşmesi yapılmış ise, bu sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespiti de istenebilecektir.

3. Toplu İş Sözleşmesinin İptali (TSGLK m. 16)

Toplu iş sözleşmesi yetkisinin kesinleşmesi, yukarıda açıklandığı üzere Bakanlık'ın yetki tespit yazısının tebliğinden itibaren 15. madde uyarınca altı işgünü içinde dava açılmaması ya da açılan davanın reddedilmesi ile gerçekleşir. Yetkinin kesinleşmesini izleyen altı işgünü içinde ilgili sendikaya Çalışma Bakanlığı tarafından bir yetki belgesi verilir (m. 16/1).

⁶⁶⁴ Narmanlıoğlu, s. 456.

İkinci fıkraya göre, yetki belgesi alınmadan yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetkili olmadığı ve bu sebeple sözleşmenin hükümsüzlüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca durumun tespitinden itibaren 45 gün içinde ilgililerce veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca dava yolu ile ileri sürülebilir. Burada önem taşıyan husus, maddenin ehliyet ya da diğer geçersizlik sebeplerini değil, toplu sözleşme yetkisi ile ilgili düzenleme getirdiğidir. Çünkü zaten ehliyetsizlik, şekle aykırılık, yürürlükteki toplu sözleşmeye rağmen ikinci bir toplu iş sözleşmesi yapılması gibi nedenlerle kesin hükümsüzlük söz konusu ise, böyle bir sözleşmenin iptalinden bahsedilemez ve bu haller 16. madde kapsamında yer almaz⁶⁶⁵. Hükümsüzlüğün tarafların iradesiyle, belli bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkması mümkün olmadığı gibi tarafların yetkili olmaları da geçersizlik durumunu düzeltecek ya da sözleşmeyi geçersiz kılan nedenleri etkisizleştirecek bir husus değildir. Oysa 16. maddede 45 günlük hak düşürücü süre öngörülmüş olup, bu sürenin geçmesinden sonra esasen yetki bakımından gerekli çoğunluğu sağlamasa dahi bir sendikanın yaptığı toplu iş sözleşmesi iptal edilemeyecektir. Bu husus da ele aldığımız maddenin hükümsüzlüğün tespiti ile ilgili olmadığını göstermektedir.

16. madde, ancak kesin hükümsüzlüğü söz konusu olmayan bir toplu iş sözleşmesinin yetkisiz taraflarca yetki belgesi alınmadan akdedilmesi haline ilişkindir. Eğer taraflar kesinleşen yetkiye dayanarak toplu iş sözleşmesi imzalamışlarsa onların yetkisi tekrar genel hükümlere göre açılan bir tespit davasına yahut 16. madde uyarınca bir davaya konu edilemeyecektir⁶⁶⁶. Ayrıca, yetki belgesinin alınmamış olması gerçekte yetkili olan tarafların yetkisine hanel getirmez. Aksi durum, şekli öze feda etmek olur. Bu yüzden yetki belgesi alınmamış olsa dahi Kanun'da öngörülen her iki çoğunluk şartını sağlamış bir sendikanın taraf olduğu

⁶⁶⁵ Narmanhoğlu, s. 458; Reisoğlu, s. 210-211.

⁶⁶⁶ "...Bakanlığın çoğunluk tespit yazısı(nın) 3.12.1996 tarihinde davacının üyesi olduğu ...-İş Sendikasına tebliğ edildiği dosyadaki posta alma haberi belgesinden anlaşılmaktadır. Bu tarihten itibaren 6 işgünü içerisinde davacının üyesi bulunduğu sendika tarafından tesbite itiraz edilmeyerek 23.12.1996 tarihinde kesin yetki belgesi Tümtis Sendikasına verilmiştir. Kesinleşen yetki belgesinin yetki itirazı için özel bir yöntem öngörüldüğü halde süresinde bu yola gidilmeden genel hükümlere göre iptali istenemeyeceği gibi, işveren sendikasına üye olan davacının bu konuda dava açma...ehliyeti de bulunmadığından..." 9. HD. 8.7.1998 T., 11780/12331 (Günay, s. 683); Reisoğlu, s. 208; Narmanhoğlu, s. 459. Sendika üye kayıt fişlerinin ya da üyelikten çekilme belgelerinin sahteliğinin ortaya çıkması gibi bir nedenle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması müstesnadır.

toplu iş sözleşmesi iptal edilemez. Maddenin, “yetki belgesi” alınmamasının değil, tarafların “yetkili olmadığı”nın tespitini düzenlemesi bu görüşü doğrulamaktadır.⁶⁶⁷

Yargıtay’ın 1994 yılında verdiği bir kararda; gerek Bakanlık’ın gerekse Daire’nin hükümsüzlük ile yetki kavramlarını ve hükümsüzlüğün tespiti davasıyla yetkisiz taraflarca akdedilen toplu iş sözleşmesinin 16. maddeye göre iptali davasını yeterince birbirinden ayırmadığı anlaşılmaktadır. Bir işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü esnasında ikinci bir toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını, aksi halde bunun kesin hükümsüz olduğunu, bu toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ve dava yoluyla tespitinin 16. madde ile ilgili olmadığını yukarıda incelemiştik. Karar da bununla ilgilidir. Olayda, bir belediyeye ait grev lokavt yasağına tâbi bir toplu sözleşme ünitesinde yetki belgesi alınarak toplu görüşme safhası sonunda anlaşma sağlanamadığından prosedüre uygun şekilde Yüksek Hakem Kurulu’na başvurulmuş ve böylelikle iki yıl süreli toplu iş sözleşmesi yapılmıştır. Bu esnada davalı işveren Belediye, bir başka sendika ile (davalı), sözleşmeyle aynı tarihte yürürlüğe giren “protokol” adı altında ancak içeriği itibariyle toplu iş sözleşmesi niteliğinde bir anlaşma imzalamıştır. Bakanlık, protokolü yetki belgesi alınmadan imzalanan bir toplu iş sözleşmesi olarak niteleyerek 2822 sayılı Kanun’un 16/2 maddesi uyarınca dava açmıştır. Yargıtay, böyle bir anlaşmanın geçerli olmadığını, kanuna karşı hile teşkil ettiğinden hukukça korunmayacağını ve Bakanlık’ın Yasa’nın 16/2 maddesine dayanarak açtığı davanın kabulü gerektiğini kararlaştırmıştır⁶⁶⁸.

Protokolün geçersizliğinin zikredilmesi isabetli ise de, doktrinde⁶⁶⁹ haklı olarak eleştirildiği gibi, konunun Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 16. maddesi çerçevesinde ele alınması çelişkidir. Burada kesin hükümsüzlükle sakat olmayan ancak yetkisiz taraflarca imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi söz konusu değildir. İşyerinde yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesine rağmen işveren, başka bir sendikayla protokol adı altında ve esasen toplu iş sözleşmesi niteliğinde

⁶⁶⁷ Oğuzman, Yetkiye İlişkin Sorunlar, s. 13; Reisoğlu, s. 214-215; Çelik, s. 528; Narmanhoğlu, s. 462.

⁶⁶⁸ 9. HD. 7.3.1994 T., 3949/3264 (Tekstil İşveren, 1994/Şubat, S.148).

⁶⁶⁹ Ekonomi, M., Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1996, s. 94; Narmanhoğlu, s. 458-459, dn. 527.

ikinci bir toplu iş sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşme Anayasa'nın 53., Kanun'un 3. maddeleri karşısında kesin hükümsüzdür. Dava, bu hükümsüzlüğün tespitine yönelik olabilir. Oysa davacı Bakanlık, sanki geçerli bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış ancak bu sözleşme yetkisiz taraflarca ve yetki belgesi alınmadan akdedilmiş gibi 16. madde uyarınca iptal davası açmış, Yargıtay da aynı hukukî sebebe göre davanın kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. 16. maddedeki dava, 45 günlük hak düşürücü süreye tâbi olduğuna göre, Yargıtay'ın bu kararı kesin hükümsüz bir sözleşmenin de 45 gün içinde dava açılmaması halinde geçerli sayılması gibi bir değerlendirmeye yol açacak mahiyettedir. İkinci toplu iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, üzerinden herhangi bir süre geçmekle giderilemeyeceği gibi ilgililer tarafından 16. maddedeki hak düşürücü süre ve prosedüre bağlı olmaksızın her zaman tespit ettirilebilir. Ayrıca Kanun, anılan maddesinde yetkisizlik halini düzenlemekte olup, olaydaki gibi kesin hükümsüz bir toplu iş sözleşmesini akdeden tarafların sayısal çoğunluktan ibaret yetki şartını sağlayıp sağlamadığının incelenmesi dahi söz konusu edilemez.

TSGLK'nın 16. maddesiyle ilgili tüm bu hususlar göstermektedir ki, maddede sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespitinden ve bunun dava edilmesinden söz edilmesine karşın, esasen bu dava bir tespit davası değildir. Yetki alınmadan ve gerçekten yetkisiz taraflarca akdedilen toplu iş sözleşmesi mutlak şekilde hükümsüz değildir. Sözleşme, onu kesin hükümsüzlükle sakatlayan sebepleri üzerinde taşımadığından geçerli olarak kurulmuştur. 16. maddenin son fıkrasında yer verilen geçici hukukî koruma ile *hakimin talep üzerine gerekli görürse toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını dava sonuna kadar durdurabileceğine* ilişkin hüküm de, davanın yürürlükteki bir sözleşmeye karşı açıldığını ve onun yargılama esnasında ihtiyatî tedbir yoluyla askıya alınabileceğini göstermektedir. Zaten var olmayan, hükümsüz bir sözleşme askıya alınamayacağından 16. maddenin öngördüğü davanın yürürlükteki bir hukukî işlemi ve onun ortadan kaldırılmasını esas aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bakımdan kanımızca dava, kurulup yürürlüğe giren bir hukukî işlemi sona erdirmeye, iptal etmeye yönelik inşaî bir davadır. Doktrinde, “hükümsüzlük” ibaresi yerine maddede “iptal” kavramının kullanılmasının daha

isabetli olacağı belirtilmekte ve iptal davası terimi tercih edilmektedir⁶⁷⁰. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, 16. madde uyarınca Bakanlık'ın durumu tespiti üzerine ve kırkbeş gün içinde açılacak dava ile mümkündür. Bu düzenlemeye göre yenilik doğuran hak ancak dava yoluyla kullanılabilen ve dava neticesinde davacının bu hakkına işlerlik kazandırılmaktadır. Davanın hak düşürücü süre içinde açılmaması halinde sözleşmenin yetkisizlik nedeniyle iptali de söz konusu olamamakta, sözleşme hüküm ve sonuçlarını yürürlüğü müddetince göstermeye devam etmektedir. Davanın kabulü neticesinde verilecek inşâî hükümle, geçerlilik sorunu taşımayan bir hukukî işlemin, yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına müteallik inşâî sonuç gerçekleştirilmektedir⁶⁷¹.

V. KANUN DIŞI GREVİN VE LOKAVTIN TESPİTİ

1. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, tarafların kolektif müzakere sonucunda anlaşmaya varamamaları ve arabuluculuk girişiminin de sona ermesi üzerine mücadeleciler çözüm yoluna başvurularak grev kararı alınabilir. Grev özü itibariyle bir amaç değil, işverene karşı işçilerin yararlarını sağlamaya, korumaya hizmet edebilecek bir baskı unsuru ve mücadele aracıdır⁶⁷². Anayasa, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin *grev hakkına* sahip olduklarını kabul etmiş (m. 54/1), 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25 ila 51. maddeleri arasındaki İkinci Kısmı, grev ve lokavta ayrılmıştır. Kanun'un 25. maddesindeki tanıma göre grev; *işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarınıdır*. İzleyen maddede grev tanımından hareketle lokavt, *işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya vekili tarafından kendi teşebbüsü ile veya bir*

⁶⁷⁰ Esener, s. 471 vd.; Reisoğlu, s. 215. Ayrıca bkz. Oğuzman, Yetkiye İlişkin Sorunlar, s. 13-14; Narmanhoğlu, s. 457 vd.; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 181 vd.; Tuncay, s. 209; Tunçomağ/Centel, s. 373 vd. Yargıtay da kararlarında sözleşmenin iptalinden söz etmektedir. "...toplu iş sözleşmesinin iptali için dava açıldığı...İptal davası sonucu beklenmeden..." 12.10.1995 T., 10820/31543 (Günay, s. 683).

⁶⁷¹ Önen, s. 167; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 182.

⁶⁷² Narmanhoğlu, Grev, s. 6.

işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılması olarak tanımlanmıştır (m. 26)

Grevin kanunî grev olabilmesi için, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadî ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla 2822 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir. Kanunî grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev, kanun dışı grevdir. Siyasî amaçla grev, genel grev ve dayanışma grevinin kanun dışı grev olduğuna 25. maddede açıkça yer verilmiş, ayrıca işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyidelerinin uygulanması öngörülmüştür (f. 2). İşçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavt, kanunî lokavttır. Grevde olduğu gibi, lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışı lokavttır ve 26. maddeye göre siyasî amaçlı lokavt, genel lokavt ile dayanışma lokavtı kanun dışı lokavttır (f. 3). Nitekim Anayasa'nın 54. maddesi de bu tür grev lokavtları ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişlerin yapılmasını yasaklamıştır. Bundan başka Anayasa, aynı maddede grev hakkının iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılmayacağına işaret ederken, Kanun'un 25 ve 26. maddelerine göre devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyet'e, millî güvenliğe aykırı amaçla grev lokavtı yapılamaz (son fıkra).

2822 sayılı Kanun'un Tespit Davası başlığını taşıyan 46. maddesine göre, bir grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının dava yoluyla tespiti mümkündür. Buna göre *karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitini, uyuşmazlığın tarafı olanlardan her biri 15 inci maddeye göre yetkili iş mahkemesinden her zaman talep edebilir. Mahkeme bir ay içinde karar verir. Verilecek karar, tarafları ve işçi ve işveren sendikasının mensuplarını bağlar ve ceza davaları için de kesin delil teşkil eder* (f. 1).

275 sayılı önceki Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda, 46. maddedeki gibi tespit davası ayrıca düzenlenmemekle birlikte Yargıtay, grev

lokavttın hukuka aykırılığının tespiti davasının açılabilmesine olanak tanımakta ve konunun sadece eda davalarıyla sınırlı şekilde ele alınması yerine, tespit davasının amaca çok daha uygun olduğunu vurgulamaktaydı. O dönemde verilen bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre; “...hukukî yarar bulunduğu takdirde söz konusu olacak tesbit davası tarafların haklarına zararlı bir yol değil, haklarının korunmasında yararlı bir hukuk yoludur. Olayımızda davacının tesbit davası yerine hemen eda davası açmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur. Tam tersine, burada davacının bir eda davası açmaya zorlanması, onun kural olarak işçilere karşı bir takım eylemlere başvurması gibi kitleler üzerindeki etkileri bakımından gayet ağır sonuçlar doğurabilecek bir durum yaratacaktır. Halbuki, grevin haklılığı veya haksızlığının mahkeme eliyle belli edilmesinden sonra tarafların birbirlerine karşı başkaca harekete geçmeleri, sosyal güvenlik ve hukukî kararlılık bakımından çok doğru ve yerinde olacaktır. Bu sebeple, diğer tesbit davaları bakımından, eda davası açılabilen durumlarda tesbit davasına yer verilmemesi ilkesi uygulanmakla beraber, grev veya lokavt konularında açılacak haklılığın veya haksızlığın tespiti davalarında bu ilkenin uygulanmaması, tesbit davasıyla güdülen ve yukarıda açıklanan amaca uygun olacaktır. 275 sayılı yasanın düzenlediği ilişkilerin her safhası birbirinden ayrı birçok işlemleri kapsamaktadır; bunun için bir safhanın bile yasadışı olduğunun ortaya atılması ve ileride kullanılacak haklar bakımından tespiti istenilmesi bu yasanın koyduğu esaslara ve belirttiği amaca asla aykırı değildir”.⁶⁷³

Grev, sadece bir vakıa olmayıp anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır⁶⁷⁴. Bu hak sayesinde, işçilerin iş sözleşmeleri yürürlükte bulunmasına rağmen iş görme borcundan imtina etmeleri, borca aykırılık teşkil etmemekte ve işverene derhal fesih yetkisi vermemektedir. Dolayısıyla 46. madde uyarınca açılan dava, bir vakıa tespiti olmayıp hukuka uygunluk denetimidir. Madde, bir işyerinde grev ya da lokavt yapılıp yapılmadığının, işçilerin topluca iş bıraktıklarının, işyerinde faaliyetin tamamen durdurulmasına sebep olacak tarzda işçilerin topluca işten uzaklaştırıldıklarının tespitini değil; karar verilen yahut uygulanan grev veya lokavttın kanun dışı olup olmadığının tespitini öngörmektedir. Kanundışı grev ve lokavt, kanunda grev lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapıldığına göre, mahkemenin tespit davasında öncelikle grev lokavt sayılabilecek, kanuna göre grev

⁶⁷³ HGK. 17.3.1965 T., 9/656 E., 120 K. (Tunçomağ, C. II, s. 382-383).

⁶⁷⁴ Narmanlıoğlu, Grev, s. 8.

lokavt niteliği taşıyan bir davranışı ve ardından kanunî grev veya lokavt şartlarının mevcudiyetini arayıp tespit etmesi gerekecektir.

2. Kanun Dışı Grev Lokavtın Şartları

a. Grevin ve Lokavtın Varlığı

Kanundışı grev de bir grev türüdür⁶⁷⁵. Grev hakkının hukukî esaslar ve prosedüre uyulmadan, amacı dışında kullanılması ve bunun yaptırımla karşılanacak olması, kanun dışı grevin grev teşkil edebilecek bir davranış olmaksızın gerçekleştirilebileceği anlamına gelmemektedir. Grevden söz edebilmek için; işçilerin iradî olarak, topluca, fiilen işi bırakmaları, çalışmaktan kaçınmaları (*maddî unsur*) ve işin, işçilerin aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun kararına uyarak bırakılması (*psikolojik unsur*) olmak üzere iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gereklidir⁶⁷⁶. İş yavaşlama, verim düşürme gibi eylemlerde iş tamamen bırakılmadığından bunlar grev sayılmaz, fakat kanun dışı grevin müeyyidelerine tâbidirler⁶⁷⁷. Aynı şekilde, kanun dışı lokavttan söz edebilmek için öncelikle lokavtın unsurlarını taşıyan bir eylem bulunması, işveren tarafın kararıyla, işyerinde faaliyetin tamamen durmasına yol açacak şekilde işçilerin topluca uzaklaştırılmaları gerekir.

b. Grevin ve Lokavtın Kanunî Şartları Taşımaması

Başlangıçta grev lokavt kararının alınmasındaki şartların hukuka uygunluğu yeterli olmayıp, bunların uygulamaya konulması ve sürdürülmesi aşamasındaki şartlara da uyulması gerekmektedir. Buna göre kanunî grev lokavtın şartları; grev lokavt kararı alınabilmesine ilişkin şartlar, kanuna uygun olarak alınan kararın

⁶⁷⁵ Narmanhoğlu, Ü., Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri, *Kamu-İş*, 1997/Haziran, C. 4, S. 2, s. 303.

⁶⁷⁶ Sur, s. 340 vd.; Narmanhoğlu, Grev, s. 51 vd.

⁶⁷⁷ "...Davalı Birlik'e işlenmek üzere süt getiren kamyon rampaya yanaştığında, davacının süt alımından sorumlu olduğu halde, -maaşımızı öğrenmeden çalışmayız- şeklinde beyanda bulunarak işçilerin işi yapmalarına engel olacak şekilde güğümleri saymayarak saat 19.55'e kadar 45 dakikalık bir süre işin durmasına ve yaz sıcaklığında sütlerin kamyonunda kalarak bozulabilmesine yol açtığı anlaşılmaktadır...Hizmet akdinin feshine neden olarak gösterilen eylem *toplu eyleme teşvik ve işi boykot fiili*, kanun dışı grevin yaptırımına tabi olup işverene, feshin ihbarına gerek olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın fesih yetkisi vermektedir. Bu durumda mahkemenin demokratik hakkın kullanımı gerekçesi ile kanun dışı grev oluşturan kısa süreli de olsa iş bırakma eylemini, memur eylemlerine gösterilen hoşgörüyü esas alarak kanunen korunmaya layık bir eylem olarak nitelendirmesi, usûl ve yasaya aykırıdır" HGK. 13.12.2000 T., 9-1755 E., 1806 K. (Kılıçoğlu/Şenocak, C. II, s. 353-354).

uygulamaya konulabilmesine ilişkin şartlar ve usûlünce uygulanmaya başlayan grevin veya lokavtın sürdürülmesine ilişkin şartlar olmak üzere üç grupta şematize edilebilir. Bu şartların birbirinden ayrılması mümkün değildir ve kanundaki sıraya uyularak gerçekleştirilmesi gerekli bir bütünlük arz ederler⁶⁷⁸. Birinin eksikliği ya da ihlali söz konusu mücadele araçlarını kanunsuz hale getirmektedir.

aa. Grev lokavt kararı alınabilmesine ilişkin şartların bulunmaması

Greve ancak toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında bir uyuşmazlık çıkması ve bunun arabuluculuk yoluyla da giderilememesi halinde başvurulabilir. Söz konusu uyuşmazlığın ortaya konması da Yasa'da belli bir prosedüre bağlanmıştır. 27. maddeye göre, bir veya birden çok işyerinde veya bir işletmede, bu yerlere ilişkin 21 nci maddedeki uyuşmazlığın çözülemediğini 23 üncü madde uyarınca belirten tutanağın tebliğinden itibaren altı işgünü geçmeden grev kararı alınamaz. Hükmün atfı yaptığı 21. madde, uyuşmazlığın tespiti; 23. madde ise arabuluculuk ile ilgilidir.

Toplu görüşme için belirlenen⁶⁷⁹ yer, gün ve saatte *tarafardan bir toplantıya gelmezse* veya geldiği halde *görüşmeye başlamazsa* ya da toplu görüşmeye başladıktan sonra taraflardan biri *toplantıya devam etmezse* diğer taraf durumu 6 işgünü içinde görevli makama⁶⁸⁰ bildirir (m.21/I). İkinci fıkraya göre, tarafların görüşmelerin başlamasından itibaren 60 gün içinde anlaşamamaları halinde de uyuşmazlık ortaya konmuş olacaktır ve yine 6 işgünü içinde durumun görevli makama bildirilmesi gerekmektedir.

⁶⁷⁸ Narmanhoğlu, Grev, s. 183.

⁶⁷⁹ Toplu görüşmeye çağrı, tespit yazısını alan işveren sendikası, sendika üyesi olmayan işveren veya 16. maddeye göre yetki belgesini alan işçi sendikası tarafından, yetki belgesi ya da tespit yazısının alınmasından itibaren 15 gün içinde yapılır. Bu süre içinde çağrı yapılmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz. Çağrıya, toplu görüşmede ileri sürülecek tekliflerin bütününe eklenmesi zorunludur (m. 17). Çağrının diğer tarafa tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirleyip görevli makama bildirirler. Anlaşma sağlayamazlarsa taraflardan birinin üç işgünü içinde başvurması üzerine toplantının yapılacağı tarih, saat ve yer görevli makamca tespit edilerek taraflara bildirilir. Çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde çağrıyı yapan tarafın toplu görüşmeye gelmemesi ve başlamaması onun yetkisinin düşmesine sebep olur (m. 19).

⁶⁸⁰ “Görevli makam” dan neyin kastedildiği Yasa'nın 18. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre görevli makam; işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin bağlı olduğu, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bulunduğu yerdeki bölge müdürlüğü; birden çok bölge müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak toplu iş sözleşmesi için ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır.

Uyuşmazlığın bu yolla ortaya konmasının ardından 22. madde uyarınca uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamak üzere görev yapan arabulucu, tarafların anlaşmalarını sağlayamamışsa üç işgünü içinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve bu tutanağa uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü tavsiyelerini de ekleyerek görevli makama tevdi eder. Tutanak, en geç altı işgünü içinde görevli makamca taraflara tebliğ edilir (m. 23). İşte 27. maddenin esas aldığı ve işçi sendikasına grev kararı verebilme imkânı sağlayan da, uyuşmazlığı ve barışçı yollara rağmen anlaşmaya varılamadığını gösteren bu tutanaktır.

Grev kararı alınması Kanun'da münhasıran genel kurula verilmiş bir yetki değildir (Sendikalar Kanunu m. 11). Uygulamada karar genellikle yönetim kuruluna bırakılmakla birlikte belirleyici olan sendika tüzüğüdür. Sendika tüzüğünde gösterilen organ dışında bir organın verdiği grev kararı kanuna aykırıdır.⁶⁸¹

Çözümü için kanunî grev lokavta başvurulabilecek uyuşmazlıklar sadece, “toplu menfaat uyuşmazlıkları”dır. Bir kanun, tüzük, yönetmelik, iş sözleşmesi, toplu sözleşme, hakem kararı yahut bir örf adet kuralı gibi dayanağı ne olursa olsun bir hukuk kuralının uygulanıp uygulanmaması, hakkın ihlali veya yorumundaki görüş ayrılıkları nedeniyle doğan “hak uyuşmazlıkları”, grev lokavt yoluyla çözümlenemez⁶⁸². Yine toplu iş sözleşmesiyle işçi ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını, çalışma şartlarını düzenlemek amacına yöneldiklerinden bu amacı aşan tekliflerden dolayı tarafların anlaşmazlığa düşmeleri halinde grev lokavt kararları da kanuna uygun olmayacaktır.

Bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken başka bir toplu iş sözleşmesi akdedilemeyeceğinden, hükümsüz ikinci toplu iş sözleşmesi görüşmeleriyle ilgili olarak tarafların anlaşamamalarından bahisle grev ve lokavt kararı alınması da kural olarak mümkün değildir. Ancak, bilindiği gibi bir toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önceki yirmi gün içinde yetki işlemlerine başlanabilir. Bu süre içinde yapılacak olan toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermeden yürürlüğe giremez. Yetkiye itiraz ve yetkinin kesinleşmesi, dava süreci dikkate alındığında genellikle

⁶⁸¹ Esener, s. 606.

⁶⁸² Narmanlıoğlu, Grev, s. 111.

yüzyirmi gün içinde grev aşamasına gelinmesi güç gözükse de imkânsız değildir. Böyle bir ihtimalde, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanmakta ve bu sözleşme taraflara dirlik, çalışma barışını koruma borcu yüklemekte iken diğer sözleşmeyle ilgili olarak grev yapmak *Oğuzman*'a göre mümkün değildir. Uyuşmazlık çıkarılabilir ise de toplu iş sözleşmesi sona erene kadar grev yapılamaz⁶⁸³. Kanun, “diğer sözleşmenin yürürlüğe girmeyeceğini” düzenlediğine göre, sadece yetki işlemlerine başlanmasını değil, bir toplu sözleşme imzalamaya kadar geçen tüm aşamaların, prosedürün de bu sürede işleyebileceğini kabul etmiştir⁶⁸⁴. Geçici grev yasaklarını düzenleyen 31. maddede de bu durum sayılmamıştır⁶⁸⁵. Ayrıca grev kararı alındıktan sonra bunun belli bir sürede uygulamaya konulması zorunludur.

Yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin yeniden gözden geçirilmesi ile ilgili uyuşmazlıklarda işvereni çözüme ya da gözden geçirmeye zorlamak amacıyla greve başvurulamayacağı gibi yetki belgesinde belirli yerler dışındaki işyerleri için de uyuşmazlık çıkarılamaz. İşletme toplu iş sözleşmeleri bakımından, işverenin aynı işkolundaki tüm işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacaktır. Fakat bu kapsamda olmayan, ayrı işkolundaki bir işyeri ile ilgili olarak uyuşmazlık çıkarılması mümkün değildir. Zaten bu işyeri için, ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinden yetki alınan yerler arasında bulunmayan bu işyeri toplu görüşmenin ve uyuşmazlığın konusunu da teşkil etmemektedir.

Grup toplu iş sözleşmeleri için greve başvurulup başvurulamayacağı meselesi ise özellikle Yargıtay'ın buna imkân olmadığı sonucuna ulaşan içtihatları⁶⁸⁶ nedeniyle tartışmalıdır. Grup toplu iş sözleşmesi, sendikanın her işyerinde yetkili olması kaydıyla, farklı işverenlere ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan

⁶⁸³ *Oğuzman*, s. 178. Karşı görüş, *Narmanlıoğlu*, Grev, s. 131.

⁶⁸⁴ *Narmanlıoğlu*, yeni yapılacak sözleşmenin önceki sona ermedikçe yürürlüğe giremeyeceği esası getirilirken, bu arada çıkarılacak uyuşmazlığın iş mücadelesi yoluyla giderilmesi ihtimalinin göz önüne alınarak düzenleme yapılmamasının kanunun sistemiyle bağdaşmadığına işaret etmektedir (*Narmanlıoğlu*, Grev, s. 131, dn. 135).

⁶⁸⁵ Hak grevinin mümkün olduğu 275 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 10. bendinde ise, toplu sözleşmeyle tanınan hakların işveren tarafından ifa edilmemesi halinde başvurulacak grev dışında, kural olarak bir toplu iş sözleşmesi süresi içinde grev yapılması açıkça yasaklanmıştır.

⁶⁸⁶ 9. HD. 24.4.1986 T., 3377/4325 (*TÜHİS*, 1986/Mayıs-Temmuz, s. 18-19); Aynı yönde HGK. 21.12.1988 T., 1988/9-695 E., 1988/1021 K. (özel arşiv).

bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını ifade eder⁶⁸⁷. 2822 sayılı Kanun, grup toplu iş sözleşmesini engellememekte, aksine bu yolu açık tutmaktadır. İşveren, grev kararı olmadan lokavta karar veremeyeceği için işçi sendikasını grup toplu iş sözleşmesine zorlayamayacak ise de, işçi sendikası yetkili olduğu işyerlerindeki birden çok işvereni ya da bunların üye olduğu işveren sendikasını toplu görüşmeye çağırdıktan ve anlaşma sağlanamamasından sonra yasal prosedüre uygun şekilde greve karar verebilmelidir⁶⁸⁸.

Grev lokavt yasağının bulunduğu işler ve işyerlerinde⁶⁸⁹ grev lokavt yapılamayacaktır (m. 29, 30). Fiilen uygulamaya konulup sürdürülemeyecek bu işler ve işyerleri bakımından grev lokavt kararı alınamayacağı da tabiidir.

Aralarında meslekî iş uyuşmazlığı çıkmış tarafların, uyuşmazlığın her aşamasında bu uyuşmazlığı özel hakeme başvurarak çözmeleri mümkündür. Yasa'nın 58. maddesi, tarafların anlaşarak toplu menfaat (veya yürürlükteki bir toplu iş sözleşmesiyle ilgili olarak toplu hak) uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabileceklerini öngörmüştür. Elbette önceki toplu iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartı, o sözleşmenin tarafları arasında bağlayıcı ve sözleşmenin yürürlüğü esnasında çıkacak sorunların çözümüne ilişkin olduğundan, tarafların sonraki toplu iş sözleşmesinde ihtiyarî tahkime başvuracaklarına ilişkin getirdikleri düzenleme hükümsüzdür. Menfaat uyuşmazlıklarında işçi sendikası ile işveren ya da işveren sendikası arasındaki tahkim anlaşması, yeni toplu iş sözleşmesinin

⁶⁸⁷ **Çelik**, s. 450; **Tunçomağ/Centel**, s. 343.

⁶⁸⁸ **Narmanlıoğlu**, Grev, s. 138; **Ekonomi**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, s. 8; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 30-31; **Tuncay**, Toplu İş, s. 137; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 37 vd. Aksi yönde, taraflardan birinin diğerini grup toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağı görüşü, **Berksun/Eşmelioğlu**, TSGLK Şerhi, s. 46; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 474; **Çelik, N.**, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sorunlar, *TÜHİS*, 1991/Ağustos, S. 6, s. 4. Ancak **Çelik** daha sonra, işçi sendikasının grev kararı alıp işveren tarafı grup toplu iş sözleşmesine zorlayabileceğini belirterek Yargıtay kararlarına karşı öğretilere yöneltilen eleştirilere ve görüşlere katılmıştır. Bkz. **Çelik**, s. 451.

⁶⁸⁹ Can ve mal kurtarma işleri, cenaze ve tekfin işleri, su, elektrik, havagazı, termik santralleri besleyen linyit üretimi, doğalgaz ve petrol sondajı, üretimi, tasfiyesi, dağıtımı, üretimi nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işleri, banka ve noterlik hizmetleri ile ilaç imal eden işyerleri hariç olmak üzere, aşı ve serum imal eden müesseselerle hastane, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser ve eczane gibi sağlıkla ilgili işyerlerinde, eğitim ve öğretim kurumlarında, çocuk bakım yerlerinde ve huzurevlerinde, mezarlıklarda, Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca doğrudan işletilen işyerlerinde grev lokavt yapılamaz.

akdedilmesi sırasında uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılabilecektir⁶⁹⁰. Ayrıca burada bir hak uyuşmazlığı söz konusu değildir ve bir toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi, toplu görüşme esnasında toplu iş sözleşmesinin hükümleri, getireceği haklarla ilgili uyuşmazlıkların yargı yoluyla saptanıp çözülmesi mümkün bulunmadığından menfaat uyuşmazlığının çözümüne ilişkin tahkim anlaşması, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeler yerine karar vermek üzere hakeme başvurulmasından farklıdır. Burada, hakem kararı uyuşmazlığın yargısal yolla çözümündeki mahkeme kararı gibi etki göstermeyip, toplu iş sözleşmesi hükmündedir (TSGLK m.58/3). Böyle bir tahkim anlaşması kanuna uygun grev kararı alınmasını engeller. İşçi sendikası tahkime gitmek yerine grev kararı alırsa, bu grevin kanunsuzluğunun tespiti istenebilir.

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde lokavt kararı alınabilmesi, ancak işçi sendikasının greve karar vermesi halinde mümkündür. Toplu görüşme uyuşmazlıkla sonuçlansa dahi, işçi sendikası grev kararı alınmaksızın doğrudan lokavta karar verilmesi halinde lokavt hukuka aykırıdır. Lokavt kararı, uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren tarafından, grev kararının tebliğinden itibaren altı işgünü içinde alınabilir. Ancak grev kararı uyuşmazlık kapsamındaki işyerlerinden bir kısmı için alınmış olsa da, uyuşmazlık kapsamındaki başka işyerleri için de lokavt kararı alınabilir (m. 27/son). Grev kararında olduğu gibi, lokavt kararı da alındığı tarihten itibaren altı işgünü içinde karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve bir örneği görevli makama tevdi edilir⁶⁹¹. Karar, işyeri ve işyerlerinde ilan edilir (m. 28)⁶⁹². Sendika üyesi işverenin kendi başına lokavt kararı alma yetkisi bulunmadığından,

⁶⁹⁰ **Oğuzman**, s. 155.

⁶⁹¹ Grev kararının süresinde görevli makama bildirilmemesi nedeniyle grevin yapılamamış olması halinde, işveren yapılmayan bu grevin kanunsuzluğunun tespitini isteyemez. 9. HD. 28.1.1987 T., 862/742 (YKD, 1989/Mayıs, s. 664-665).

⁶⁹² İlanın yapılmamasının kanun dışılık bakımından etki göstermeyeceği, cezaî yaptırımla karşılanacağı görüşü ileri sürülmüştür (**Elbir, H.K.**, İş Hukuku Ders Notları, İstanbul 1984, s. 290; **Sur**, s. 348; **Güzel**, Komite 1996, s. 204 vd.; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 519; **Berksun/Eşmelioğlu**, TSGLK Şerhi, s. 492; **Kabakçı, M.**, Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004, s. 63). Aksi görüşte **Narmanhoğlu**, Grev, s. 199-200; **Demircioğlu, M./Centel, T.**, İş Hukuku, İstanbul, Eylül 2007, s. 329; **Demir**, s. 347-348. Yargıtay da 28. maddedeki “derhal ilan” sözünün konuya verilen önemi gösterdiğine, grev oylamasında salt çoğunluğun ve hak düşürücü sürelerin ilan tarihine göre belirleneceğine işaret ederek ilanı zorunlu görmektedir. Bkz. 9. HD. 29.2.1996 T., 2465/3361 (**Günay**, s. 765). Ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s. 280.

işveren sendikasinca alınmış bir lokavt kararı bulunmaksızın işverenin lokavta karar vermesi hukuka aykırıdır⁶⁹³.

Lokavt kararı, grev kararına bağlı olarak alındığına göre grev kararının kanun dışı olması, lokavt kararını da etkiler ve böyle bir greve karşı alınan lokavt kararı da kanun dışı olur⁶⁹⁴.

bb. Grevin ve lokavtın uygulanmasına ilişkin şartların bulunmaması

Grev ve lokavtın uygulamaya konulabilmesi için, alınan kararının yasa da belirtilen usûl ve sürelerle riayet edilerek bildirilmesi ve yine belli bir sürede uygulanması gerekmektedir. Grev ve lokavt kararı karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde ve noter aracılığıyla altı işgünü önce bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir (m. 37/1). Bu arada grev kararının işyerinde ilanı üzerine, işçilerin grev oylaması talep etme hakları bulunduğu (m. 35) grev oylamasının yapılması ve grev yapılması yönündeki oylama sonucunun 36. madde uyarınca kesinleşmesi gerekmektedir. Oylama sonucu aksi yönde olmasına rağmen, işçi sendikası onbeş gün içinde karşı tarafla anlaşmaya varmak veya Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmak yerine grevi uygulamaya koyarsa, yapılan grev kanun dışı olacaktır. Oylama kesinleşmeden yapılan grevler bakımından da sonuç aynıdır.

Kanun, uygulama tarihinin bir süre önceden karşı tarafa bildirilmesini ve işyerinde ilan edilmesini zorunlu kılarak sürpriz grevleri ve lokavtları engellemiştir⁶⁹⁵. Elbette sendikalar ya da işveren, kararın tebliğinden itibaren 60 günlük azamî süre içinde kalmak ve 6 işgünü önceden haber vermek kaydıyla, diledikleri tarihte grevi veya lokavtı uygulamaya başlayabilecektir.

Uygulamaya konulma için geçici bir grev lokavt yasağının bulunmaması ya da Bakanlar Kurulu'nca erteleme kararı verilmemiş olması gerekir. 31. maddeye göre savaş halinde, genel veya kısmî seferberlik süresince grev ve lokavt yapılamaz. Yangın, su baskını, toprak, çığ kayması veya depremlerin sebep olduğu, genel hayatı

⁶⁹³ Tuncay, Toplu İş, s. 289.

⁶⁹⁴ Kabakcı, s. 61.

⁶⁹⁵ Bkz. Çelik, s. 567; Oğuzman, s. 174; Narmanlıoğlu, Grev, s. 207 vd.

felce uğratan felaket hallerinde de Bakanlar Kurulu, bu hallerin meydana geldiği yerler ve süreyle sınırlı olmak üzere gerekli gördüğü işyerleri veya işkollarında grev lokavtı yasaklayabilir. Maddede yasağın kaldırılmasının da aynı usûle tâbi olduğu belirtildiğinden, böyle bir idarî tasarruf olmaksızın sendikalar ve işveren kendiliğinden, sayılan durumların yahut etkilerinin sona erdiği değerlendirilmesiyle grevi veya lokavtı uygulamaya girişemez. Uygulanmayı geçici bir süre engelleyen bir diğer hal, başladığı yolculuğu yurt içindeki varış mahallerinde bitirmemiş deniz, hava ve kara ulaştırma araçlarında grev lokavt yapılamayacağına ilişkin 31. maddenin son fıkra hükmüdür. Burada yolculuğun bitimine kadar yasak söz konusudur.

Grev lokavt kanunî olsa da, genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bir kararname ile altmış gün süreyle ertelemeye karar verebilir (m. 33/1). Erteleme kararı aleyhine Danıştay'da iptal davası açılabilmesi ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkündür (f. 2). Altmış günlük süre içinde erteleme kararı idare tarafından kaldırılırsa ya da Danıştay'ın yürütmeyi durdurma yahut iptal kararı verdiği hallerde, grev lokavt kararı altmış gün içinde ve karşı tarafa altı işgünü önceden noter aracılığıyla bildirilen tarihte uygulamaya konulabilecektir.

Yasa'daki azamî süre ve bildirim süresine uymak şartıyla, uyuşmazlık kapsamındaki işyerlerinde farklı tarihlerde grev uygulanabilir. Tüm işyerlerinde grevin aynı anda uygulamaya geçilmesi mecburî değildir. Fakat, işletme toplu iş sözleşmesinde sözleşme kapsamında yer alan işyerleri tek ünite sayıldığından bu işyerleri için ayrı uygulama tarihleri belirlenemez.⁶⁹⁶

cc. Grev lokavtın sürdürülmesine ilişkin şartların bulunmaması

Her hak gibi grev hakkı da kötüye kullanılamaz. Sırf toplum zararına ve millî serveti tahrip etmek amacıyla grev yapılamaz. Aksi halde uygulanan grev, bir tarafın ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın başvurusu üzerine iş mahkemesi kararıyla durdurulur (TSGLK m. 47).

⁶⁹⁶ Oğuzman, s. 175; Narmanlıoğlu, Grev, s. 215.

İncelemekte olduğumuz grevin kanun dışı olup olmadığının tespiti davasında da tedbiren tespit kararının kesinleşmesine kadar dava konusu grevin durdurulmasına karar verilebilecek olup (m. 46/son)⁶⁹⁷ bu ihtiyatî tedbir kararı müddetince grevin sürdürülmesi mümkün değildir.

Kanunî bir greve karar veren işçi sendikası bu kararını kaldırması üzerine, kararın en geç ertesi işgünü karşı tarafa, bölge müdürlüğüne bildirilmesi ve mahallinde çıkan en az bir gazetede, gazete yoksa mutad vasıtalarla ilan edilmesi gerekir. Grev de bu ilanın yapılmasıyla sona erer (m. 51/1). Buna rağmen sürdürülen grevler kanun dışıdır. Ancak grev ve lokavta son verilmesi karşılıklı olarak birbirini etkilemediğinden, birinin son verilmesine rağmen diğerinin sürdürülmesinde hukuka aykırılık yoktur (m. 51/2). Zaten grev kararı uyuşmazlık kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınsa dahi lokavt kararının uyuşmazlık kapsamındaki diğer işyerleri için de alınması mümkün olduğuna göre (m. 27/son) her durumda böyle bir bağlantıyı, etkilemeyi ortaya çıkarabilecek karşılıklı grev lokavttan söz edilemeyeceğinden, Kanun'da ulaşılan bu sonuç 27. maddeyle de tutarlıdır.

Grev, bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında doğan uyuşmazlığın barışçıl yollardan çözümlenememesi üzerine başvuru bir baskı aracı, mücadeleciler için çözüm yoludur. Grev uygulanmakta iken toplu sözleşmenin imzalanması artık tarafların bir anlaşmaya vardıklarını, aralarındaki uyuşmazlığı giderdiklerini gösterir. Bu durumda grevin de kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Buna rağmen grevin uygulanmaya devam edilmesi halinde, hak amacından saptırılmış, kötüye kullanılmış olacağından bu nedenle de grev kanun dışıdır⁶⁹⁸.

Grevi uygulayan sendikaların kapatılması, feshedilmesi, infisahı veya faaliyetinin durdurulması halinde grev kendiliğinden ortadan kalkacaktır, sürdürülemez. Aynı sonuç, işveren sendikası ve lokavt bakımından da geçerlidir (m. 51/3). Ayrıca işçi sendikasının grevin uygulandığı işyerlerindeki üyelerinden dörtte

⁶⁹⁷ Bkz. § 7, V, 3, d.

⁶⁹⁸ Narmanlıoğlu, Grev, s. 225-226.

üçünü kaybetmesi hali ise, grevin kendiliğinden sona ermesini gerektirmeyip bu hususta mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır (son f)⁶⁹⁹.

Grev lokavtın uygulamaya konulmasını engelleyen 31. maddedeki geçici yasaklar ile 33. maddeye göre grev lokavtın ertelenmesi, bunların sürdürülmesini de engelleyen sebeplerdendir. Böyle bir durumun ortaya çıkmasıyla grevin ve lokavtın derhal durdurulması gerekmektedir.

Taraflar uyuşmazlığın her aşamasında ihtiyarî tahkime başvuruyu kararlaştırabileceklerinden, grev sırasında böyle bir anlaşmaya varılmasıyla bir grev engeli ortaya çıkar⁷⁰⁰. Başlangıçta kanuna uygun olmakla birlikte, tahkim anlaşmasına rağmen sürdürülen grev kanundışı greve dönüşür.

İşverenin işyerini kapatma özgürlüğü (Anayasa m. 48) bulunmakta ise de, bunun istisnası işçilerin toplu iş hukukundan doğan haklarının kullanılmasını engellemek, toplu iş uyuşmazlığında avantajlı sonuçlar elde etmek veya grevden kaçınmak gibi sebeplerle işyerinin kapatılmasıdır. Artık işveren, kapatma kararında samimi olarak işini tasfiye etme arzusu taşımayarak hakkını dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullandığından bu davranış, yasa dışı lokavt oluşturur⁷⁰¹. 2822 sayılı Kanun'un 47. maddesinde, kanunî bir lokavtın işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit olursa, kararın lokavt yapmış işverene veya işveren sendikasına bildirilmesiyle birlikte lokavt durdurulur (f. 2). Bu karara rağmen sürdürülen lokavt, yasa dışı lokavt halinde dönüşür⁷⁰².

⁶⁹⁹ Bu dava, sürdürülmekte olan grevi ortadan kaldıran inşaf bir davadır. Mahkeme sadece üyelerin dörtte üçünün sendikadan ayrıldıklarını tespitle yetinemez. Madde, talebin grevi sona erdirmeye yönelik olduğunu açıkça göstermektedir ve hükümde grevin sona ereceği tarihin de belirlenmesi gerekmektedir. Sendikanın üye kaybının bulunup bulunmadığı ya da dörtte üç oranına ulaşmış olup olmadığı araştırılması, ilgili sendikaya husumet yöneltilmesini gerektiren çekişmeli yargıya konu bir uyuşmazlıktır.

⁷⁰⁰ **Oğuzman**, s. 203; **Narmanhoğlu**, Grev, s. 230.

⁷⁰¹ **Köseoğlu, A.C.**, İşyerinin Kapanması, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4, s. 52; **Süzek**, s. 194; **Çelik**, s. 60.

⁷⁰² **Narmanhoğlu**, s. 676; **Tuncay**, Toplu İş, s. 296.

3. Yargılama ve İspat

a. Davanın Açılması

TSGLK 46. maddede tespit davasının her zaman açılabilirliğinden söz edilmişse de, dava en erken greve karar verilmesinden sonra açılabilir. Henüz karar verilmemiş bir grev hakkında, varsayıma dayalı şekilde bu işyerinde grev kararı verilirse kanun dışı olacağına tespitine dair mücerret bir tespit hükmü alınmaz⁷⁰³. Maddede “*karar verilen veya uygulanmakta olan*” bir grevin ve lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti esas alınmıştır. Aynı nedenle, grev veya lokavtın sona ermesi halinde artık hukukî menfaat bulunmayacağından tespit davası açılmayacağı kabul edilmektedir⁷⁰⁴. Hukukî menfaat incelenirken grev lokavt kararının mutlaka uygulamaya konulması beklenmemelidir⁷⁰⁵. Grev lokavt kararının uyuşmazlığın tarafına tebliğ edilmesiyle birlikte tespit davası açılması ve 46. maddenin son fıkrası uyarınca ihtiyatî tedbir kararı alınması, kanun dışı grev lokavt uygulamasının yol açacağı zararların ve hukuka aykırı bir kararın fiilen uygulanmasının önüne geçilebilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca işçiler, doğrudan doğruya dahil olmadıkları grev kararı süresince yapılan işlemleri birebir her aşamada izleme şansından büyük ölçüde yoksun olduklarından böylelikle sendikanın kanun dışı grev kararına iştirak etmekten de korunmuş olabileceklerdir.

⁷⁰³ **Kuru**, s. 24.

⁷⁰⁴ **Narmanlıoğlu**, Kanun Dışı Grevin Etkileri, s. 311; **Reisoğlu**, s. 377; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 534. Aksi görüşte **Günay**, s. 872-873. Yargıtay, bir kararında tespit davasının toplu iş sözleşmesi bağlandıktan sonra da dillenebileceğini kabul etmiştir. 9. HD. 9.5.1996 T., 8681/9859 (**Günay**, İş Hukuku Uygulaması, s. 653). Bir başka kararda ise “2822 sayılı Kanunun 46. maddesine göre işverenin tesbit davası açmakta hukukî yararının bulunabilmesi için, greve karar verilmiş veya uygulanmış olması gerekir. Eğer herhangi bir sebeple grev sona ermiş veya uygulamaya konulamamışsa, işverenin burada hukukî yararının bulunduğu söylenemez. İşveren 45. maddeye göre işlem yapamayacağı gibi talepte de bulunamaz. Böylece konusu kalmayan davanın reddine karar verilmesi gerekir” 9. HD. 18.11.1986 T., 9465/10291 (**TÜHİS**, 1987/Şubat, S.1, C. II, s. 20). Bu davaya konu olayda, grev yasağı bulunduğu iddia edilen işyerinde grev kararı alınmış, tespit davasının açılmasından birkaç gün sonra grev oylaması neticesinde grevin uygulanmamasına karar verilmiştir. Dolayısıyla, uygulamaya konulma olanağını yitirmiş ve fiilen de uygulanmamış bir greve karşı açılan bu dava bakımından Yargıtay’ın ulaştığı sonuç yerinde ise de, uygulamaya konulan greve dava sırasında herhangi bir sebeple son verilmesi halinde aynı esasın benimsenmemesi gerekir. Bu durum davanın sonuçlandırılmasını engellemez (**Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 658; **Narmanlıoğlu**, Grev, s. 235). Dava sırasında sona ermenin yargılamaya etkisi açısından bkz. § 7, V, 3, e.

⁷⁰⁵ **Reisoğlu**, s. 376; **Narmanlıoğlu**, Kanun Dışı Grevin Etkileri, s. 311.

İşverenin kanun dışı grev nedeniyle iş sözleşmelerini 45. maddeye göre feshedebilmesi için, işçilerin kusurlu olmaları ve katıldıkları grevin kanun dışı olduğunu bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmaları gerekir⁷⁰⁶. Grev kararının ya da uygulamasının kanuna aykırı olduğunun tespit edilmesine karşın halen böyle bir karara katılan işçiler iş sözleşmelerinin feshedilmesi üzerine kusurlu olmadıklarını, grevin kanun dışı olduğunu bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir.

Tespit davasında dava dilekçesi bölge müdürlüğüne kaydedilmeyecektir. Bu dava şartı, 15. madde uyarınca yetki tespitine karşı açılan davalar için aranmaktadır⁷⁰⁷. 46. maddede ise tespitin “15 inci maddeye göre yetkili iş mahkemesinden” talep edilebileceği ibaresiyle, sadece tespit davasında yetkili mahkemeyi göstermek üzere Yasa'nın 15. maddesine atıf yapılmıştır.

b. Taraflar

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 46. maddesinde tespit davasını “uyuşmazlığın tarafı olanlardan her biri”nin açabileceği düzenlenmiştir. Menfaat uyuşmazlığının tarafları, işçi sendikası, işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işverendir⁷⁰⁸. Dava konusunun grev ya da lokavt olmasına göre davacı sıfatı değişecektir.

⁷⁰⁶ **Oğuzman**, Grev ve Lokavt, s. 139; **Akyol, Ş.**, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, s. 46 vd.; **Çifter, A.**, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi, Kocaeli 2001, s. 78 vd.; **Narmanlıoğlu**, Kanun Dışı Grevin Etkileri, s. 321-322; **Çelik**, s. 599; **Reisoğlu**, s. 366-367; **Tuncay**, Toplu İş, s. 280. Kendiliğinden kanun dışı greve katılma, böyle bir greve karar verme, böyle bir greve katılmaya veya devama teşvik etmenin kusur aranmaksızın işverene hizmet akdini fesih yetkisi veren haklı bir sebeptir görüşü için bkz. **Barokas, Y.**, Kanun Dışı Grevde İşverenin Fesih Hakkı, İBD, 1973/3-4, s. 368.

⁷⁰⁷ Kanun dışı grevin tespiti ile ilgili olarak açılan bir davada mahkeme, dava dilekçesinin bölge müdürlüğüne kaydedilmemesinden bahisle davayı reddetmiş; Yargıtay isabetle “böyle bir kaydın bu dava bakımından ön koşul olarak kabul edilmesi düşünülemez. Anılan kayıt, çoğunluk tespitine karşı açılan davalarda söz konusudur” gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. 9. HD. 20.1.2000 T., 395/223 (www.tisk.org.tr/hukuk). Tespit davasında 15. maddeye göre dava dilekçesinin kayıt şerhini arayan bir başka yerel mahkeme kararı için bkz. **Narmanlıoğlu**, s. 647, dn. 444.

⁷⁰⁸ “İşverenin bir işveren sendikasına üye olması halinde, toplu iş sözleşmesi yapılması ile ilgili konularda işverenleri temsilen işveren sendikası dava açmağa veya bu münasebetle açılan davalardan ötürü husumete ehil olabilir. İşveren husumete ehil olamaz. Olayda işverenin ilgili işveren sendikasına üye olduğu anlaşılmaktadır. O halde, işverenin davacı olarak davalı işçi sendikası aleyhine açtığı ve uyuşmazlıkta söz konusu edilen işyerinde görülen işin grev yasağına giren işlerden olduğunun dolayısı ile bu işyerinde grev yapılmayacağına tesbitine ve grevin ihtiyatı tedbir yolu ile durdurulmasına ilişkin isteğin husumetten reddine karar vermek gerekirken...” 9. HD. 4.5.1987 T., 4300/4437 (**Berksun/Eşmelioglu**, TSGLK Şerhi, s. 663).

Dava, kanundışı grevin tespiti istemiyle uyuşmazlığın diğer tarafı işveren sendikası veya işveren tarafından açılır. Bir görüşe göre, işçi sendikasının da gerektiğinde aldığı grev kararının kanun dışı olmadığına tespitini istemesi mümkündür⁷⁰⁹. Grev kararının alınıp uygulamaya konulması her aşamada işçi sendikasının karar, eylem ve işlemleriyle şekillenmektedir. Yasa takip edilecek yolu ayrıntılı ve açık seçik kurallarla adım adım göstermiştir. Direktiflerin muhatabı da işçi sendikasıdır. Sendikanın grevle ilgili olarak bizzat aldığı kararların, yerine getirdiği işlemlerin geçerliliğinin bir de mahkemenin hükmüyle bildirilmesinde hukukî himaye ihtiyacı yoktur. Esas olan işlemin hukuka uygun yapılmış olmasıdır ve bu uygunluk zaten yasa hükmüyle teslim edilmiştir. Sendikanın aldığı karar ve uyguladığı grevin hukuka uygunluğu karşı tarafça inkâr, ve aykırılık iddia edilmediğine göre zaten ortada hakimin tespit hükmüyle giderilecek bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Tespit davası, hukuka aykırılığın tespiti bakımından böyle bir kanundışı grevden etkilenen, uyuşmazlığın diğer tarafının hukukî menfaatinin korunmasına hizmet eder. Bu menfaate dayanarak da hukuka aykırılığı ileri süren taraf 46. madde uyarınca tespit davası açabilir.

Kanundışı grevin tespiti davasında husumetin işçi sendikasına yöneltilmesi gerekir. Ancak işçiler, sendikanın dahli olmaksızın, alınan bir grev kararı bulunmamasına rağmen greve kalkışmışlarsa husumetin işçilere yöneltilmesi gerekir⁷¹⁰. Kanun dışı grevle ilgili işçiler hakkında işverenin açacağı davada ne mecburî ne de ihtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu, işçilerin birlikte dava edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁷¹¹. Kanaatimizce davalılar arasında mecburî dava arkadaşlığı değil, fakat ihtiyarî dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Kanun dışı grevle ilgili olarak bu işçilere birlikte husumet yöneltilebilir. Hatta gerek yargılamanın sıhhati bakımından tahkikat aşamasının ortak yürütülmesi gerekse çelişkili kararların önlenmesi bakımından işçiler birlikte davalı gösterilmelidir. Esasen işçiler, müşterek hareket ederek kanun dışı bir grev yapmaktadırlar (HUMK m. 43). Birden fazla kişinin haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi burada da birden çok işçiye birlikte

⁷⁰⁹ Reisoglu, s. 376; Narmanhoğlu, Grev, s. 233; Bozkurt, s. 419.

⁷¹⁰ Tunçomağ, C. II, s. 384; Tunçomağ/Centel, s. 495.

⁷¹¹ Narmanhoğlu, Ü., Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, Millî Komite, İstanbul 1995, 160-161.

husumet yöneltilebilecektir. İhtiyarî dava arkadaşlığı, tüm davalılar bakımından tek ve aynı yönde hüküm verilmesini gerektirmediğinden, örneğin kanun dışı grevden doğan zararların tazmin edilmesinde işçilerin kusur durumları ayrı ayrı değerlendirilecektir. Tespit davasında da davalı işçilerden birinin eyleminin kanun dışı greve katılma olmayıp kendisine İş Kanunu'nun tanıdığı şekilde, ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkını kullandığını tespit eden mahkeme o davalı hakkındaki davayı reddedebilecektir.

Kanundışı lokavtın hukuka aykırılığının tespiti ise işçi sendikası istenir. Davalı, lokavta karar veren işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverendir.

46. maddenin yanısıra, 47. maddenin ikinci fıkrasında lokavtla ilgili özel bir düzenlemeye daha yer verilerek lokavtın işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla yapıldığının mahkemece tespit edilebileceği ve bu kararın tebliği ile birlikte lokavtın durdurulacağı öngörülmüştür. Bu dava da bir tespit davasıdır. Lokavtın bir savunma aracından öte işçiler üzerinde tek taraflı bir baskı aracı kullanılmasıyla amaç yönünden kanun dışı olduğu tespit edildiğine göre, esasen 46. maddedeki tespit davasının bu sonucu sağlamaya elverişli olduğu ileri sürülmüştür⁷¹². 46. maddede düzenlenen dava, yasa dışı grev lokavtın tespitini hedeflemektedir. Lokavt kararının alınmasında, uygulamaya konulmasında veya sürdürülmesinde Yasa'nın öngördüğü prosedüre, sürelerle uyulmaması, grev lokavt yasaklarına aykırılık söz konusudur. 47. maddeye bakıldığında ise bu lokavtın aslında kanunî bir lokavt olduğu görülür. Hüküm açıkça "kanunî bir lokavtın" işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığının tespit edilmesini esas almaktadır. Lokavt, görünürde kanunî grevin unsurlarını taşımaktadır. Lokavt kararının alınıp uygulamaya geçildiği iş veya işyerinde bir lokavt yasağı da bulunmamaktadır. Ancak dava konusu lokavt işçi sendikasının aldığı yasal grev kararına karşı savunma amaçlı olarak değil, işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla yapılmaktadır. İşyerini sürekli kapalı tutmak isteyen işveren, ihbar öneli tanıyarak ve kıdem tazminatı ödeyerek iş sözleşmelerini feshetmek yerine, işçilerin nasıl olsa uzun süren ve belirsiz bir süre devam edecek lokavt uygulamasına dayanamayıp sözleşmeleri kendilerinin feshedeceğini

⁷¹² Kabakcı, s. 234; Tunçomağ/Centel, s. 512.

hesaplayarak, greve karşı bir savunma aracı olarak tanınan lokavtı, kendisini yasal yükümlülüklerinden kurtarma ve işçileri feshe zorlama aracı gibi değerlendirmekte, lokavt olanağını kötüye kullanmaktadır⁷¹³. 47. maddeye göre açılan davada da mahkeme, bu amacı sorgulamakta ve tespit etmeye çalışmaktadır. Lokavt, 46. maddedeki tespit davasına konu lokavt gibi kanun dışı olsa zaten 45. maddenin son fıkrasının tanıdığı haklarla işçiler korunacaklardır. Ancak 47. maddede düzenlenen lokavt, şeklen ya da başka bir sebeple herhangi bir hukuka aykırılık içermediğinden işçilerin sözleşmelerini kendilerinin feshetmeleri halinde kıdem tazminatına hak kazanamayacakları da tabiidir. Bu yüzden, bir toplu menfaat uyuşmazlığı sürecinde grev kararına karşı uygulanan yasal bir lokavta, daha doğrusu görünürde bu nitelikte ancak kötüye kullanılmış bir lokavta karşı da işçilerin ayrıca korunması ihtiyacıyla 47. madde, bu ihtimali göz önüne alarak özel bir düzenleme getirmiştir. 46. maddeye göre açılan tespit davasında mahkeme, lokavtın kanun dışı olduğunu tespit etmekte iken, 47. madde kapsamındaki tespit davasına konusu lokavtın kanun dışı olduğunun tespitine hükmedilmemekte, işverenin bir bakıma kanuna karşı hile ile kanunî lokavtın arkasına gizlediği işyerini temelli kapalı tutma amacı tespit edilmektedir. Bu hükmün işveren sendikası veya işverene tebliğ edilmesinin ardından artık işyerinin faaliyete geçmesi, lokavt kararıyla işten uzaklaştırılan işçilerin çalıştırılması gerekir. Aksine davranış lokavtı 47. maddenin 2. fıkrasına aykırılık sebebiyle kanun dışı lokavt haline dönüştüreceği gibi işçiler sözleşmelerini ihbarsız ve tazminat alacaklarına zarar gelmeksizin feshedebilecekler, işveren hizmet akitlerinden doğan tüm hakları bir iş karşılığı olmaksızın ödemeye mecbur olacaktır (m. 47/3. fıkranın atfıyla m. 45/f.3)⁷¹⁴.

275 sayılı önceki TSGLK'nun 30. maddesindeki benzer düzenleme şöyle idi:
“Kanunî bir lokavtın işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı veya işçileri kıdem hakkından yoksun bırakmak amacını güttüğü, kesinleşmiş mahkeme kararı ile sâbit olursa, mahkeme kararının lokavt yapmış olan işverene veya işveren

⁷¹³ Oğuzman, s. 297; Tuncay, Toplu İş, s. 296; Aydemir, M., Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul, Haziran 2001, s. 185.

⁷¹⁴ Ancak işyerini temelli kapalı tutmak için yapılan lokavtta işçilerin ücret ve diğer haklarını talep edebilmeleri için bu işçilerin grev yapmıyor olmaları gerekir. İşçiler zaten grevdeyse, grev süresince iş sözleşmeleri askıda olduğundan grev nedeniyle talep edemeyecekleri ücretlere, 47. madde uyarınca hak kazanmaları mümkün değildir (Berksun/Eşmelioğlu, TSGLK Şerhi, s. 674-675).

teşekkülüne bildirilmesiyle birlikte lokavt durdurulur. Bu takdirde, 29 uncu maddenin 2 nci fıkrası ile işveren ve işçiler hakkında İş Kanununun ihbar ve kıdem hakkına ilişkin hükümleri uygulanır". Görüldüğü gibi bu maddede kanuna karşı hile olgusu ile lokavtın sosyal amacından saptırılarak kullanılması daha açık vurgulanmakta, işveren her ne kadar sözde kanunî bir lokavt kararı uygulamış gibi görünse de, bunun arkasında işyerini kapatmak ve işçileri iş sözleşmesinin bu sona erme şekline göre elde edecekleri haklardan yoksun bırakmak amacının gizlendiği anlaşıldığında, işverenin aynı işyerini kapatması sebebiyle işçilerini işten çıkaran işveren gibi bu haklardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

47. maddenin 2. fıkrasına göre açılan davalarda, 46. maddeden farklı olarak ihtiyatî tedbir kararı ile kanunî lokavt durdurulamaz⁷¹⁵. Lokavtın kanun dışı olduğunun tespiti davası bakımından düzenlenen ihtiyatî tedbire dair düzenlemeye 47. maddedeki bu fıkra ile ilgili olarak yer verilmemiştir. Davaya konu, uygulanmakta olan lokavt kanunî bir lokavttır. Bu nitelikte bir lokavtın durdurulması ise 2. fıkroda açıkça düzenlendiği üzere, ancak mahkemenin lokavtın işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla yapıldığını tespit etmesiyle mümkündür. Üstelik işçiler, böyle bir lokavt süresine ait hizmet akdinden doğan tüm haklarını bir iş karşılığı olmaksızın elde edebileceklerinden haklarının telafi edilemeyecek şekilde zarar görmesi söz konusu değildir. Bu bakımdan kanunî bir lokavta ihtiyatî tedbir yoluyla müdahale edilmemeli, iş mücadelesindeki denge bozulmamalıdır.

c. Tahkikat

Mahkemenin evrak üzerinden incelemeye sonuca gitmesi mümkün olmayıp taraf teşkili sağlanarak uyuşmazlığın dava şeklinde çözümlenmesi gerekmektedir⁷¹⁶. Aksi kanıtlanmadıkça grev lokavtın yasaya uygun sayılması gerektiğinden, tespit davasında ispat yükü davacıya aittir⁷¹⁷.

⁷¹⁵ **Reisoğlu**, s. 386; **Aydemir**, s. 185-186.

⁷¹⁶ "HUMK m.73'e göre –Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez-. Grevin kanunsuz olduğunun tespitine ilişkin dava, sözü edilen istisnalar arasında yer almamaktadır". 9. HD. 18.12.1967 T., 8866 E., 12518 K. (**Çenberci**, s. 158); 9. HD. 21.10.1988 T., 10495/9831 (**Berksun/Eşmelioğlu**, TSGLK Şerhi, s. 668).

⁷¹⁷ **Sur, M.**, Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme, İzmir 1987, s. 17-18; **Bozkurt**, s. 419.

Kanaatimizce kararın Yasa’da öngörülen süre ve usûle riayet edilerek alınmadığı gibi bir iddiaya dayalı tespit davasında hakimin mutlaka tanık dinlemesi, diğer takdirî delillerle tahkikata devam etmesi zorunlu değildir. Grev kararının 27. maddedeki altı işgününden kısa sürede alındığı ileri sürülüyorsa⁷¹⁸ ibraz edilen belgelerden uyuşmazlık tutanağının tebliği ile grev kararı tarihinin mukayese edilmesi neticesinde bir karara varılabilecektir. Bu hususun zaten tanık deliliyle ispatlanabilmesi de söz konusu değildir. Öyle ise Yargıtay’ın kanunsuz grevin tespiti davasında, “*dava ilk oturumda karara bağlanmıştır. Davalıların delil bildirme talebi kabul edilmediği gibi delil listesinde gösterilen tanıklar da dinlenilmemiştir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir*”⁷¹⁹ yönündeki içtihadı, tespit davasında ilk oturumda asla karar verilemeyeceği şeklinde algılanmamalıdır. Uyuşmazlığın çözümüne esas vakıa hüküm vermeye yetecek derecede ispatlanıp açıklığa kavuşturulmuşsa, hakimin zaten çekişmeli olmaktan çıkmış bir konuda halen delil incelemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Kararda işaret edilen hususlar, somut uyuşmazlık bakımından ileri sürülen hukuka aykırılık sebepleri ve çekişmeli vakıalara göre değişebilir. Tanık delili ve diğer ispat araçlarına başvurulabileceği gibi sadece uyuşmazlığı tespit eden 21. maddedeki tutanağın bulunup bulunmadığının ya da tebliğ tarihlerinin belirlenmesi suretiyle de hüküm verilmesi mümkündür.

d. İhtiyatî Tedbir

aa. Genel olarak

Kanundışı bir grev veya lokavtın uygulanması önemli sakıncalar doğurabileceğinden, hakimin iddiayı ciddi bulması halinde dava konusu grev veya lokavtın, tespit kararının kesinleşmesine kadar ihtiyatî tedbir olarak durdurulmasına karar verebileceği 46. maddede düzenlenmiştir. Hukuka aykırı grev, işverenin teşebbüs hürriyetine tecavüz teşkil etmektedir ve bu konuda yargılama sonucunda bir karar elde edilene kadar zaten grev gerçekleştirilmiş olacaktır⁷²⁰. Bu yönüyle

⁷¹⁸ Daha önce belirttiğimiz gibi 27. maddeye göre, uyuşmazlığın çözülemediğini belirten arabuluculuk tutanağının tebliğinden itibaren altı işgünü geçmeden grev kararı alınmaz.

⁷¹⁹ 9. HD. 23.10.1997 T., 16577/18030 (Günay, s. 881).

⁷²⁰ Walker, W-D., İş Hukukunda Geçici Hukukî Korumalara İlişkin Seçilmiş Problemler, Legal MİHDER, 2005/2, s. 386 (Çev. Özekes, M.).

durdurma hakkındaki tedbir kararının, bu davalarda yargılama sonunda davacı lehine verilen bir tespit hükmünden bile daha önemli ve etkili olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten ihtiyatî tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının dava konusu ile ilgili olarak hukukî durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukukî korumadır⁷²¹. Burada bir eda davası söz konusu olmadığından 46. maddedeki ihtiyatî tedbirle davacının edim sonucuna olan menfaati, hakkın müstakbel icrası teminat altına alınmamakta, kanundışı grev lokavt nedeniyle doğabilecek zararların ya da zarardaki artışın önlenmesi amaçlanmaktadır. İhtilafli hukukî ilişki hakkında hukukî barışın korunması için geçici olarak düzenlemeye gidilmektedir. Tespit davası sırasında verilen ihtiyatî tedbirle dava konusu grev hakkı veya lokavt değil; tam aksine bunun (kanun dışı olma ihtimaline karşın) uygulanması yahut uygulanmasının sürdürülmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek, davacının maruz kalabileceği zararların önlenmesiyle onun hukukî durumu korunmaya çalışılmaktadır. Nitekim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde, 101. maddede gösterilen hallerden başka, tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hakim gerekli tedbirlerin icrasına karar verebileceği düzenlenmiştir. 46. maddede düzenlenen dava bir tespit davası olmakla, dava sonunda grevin ya da lokavtın durdurulmasına, sona erdirilmesine hükmedilmeyecek ise de, yargılama esnasında geçici olarak ihtiyatî tedbir yoluyla durdurma kararı verilebilmektedir⁷²².

Grev hakkı ve lokavt mücadeleci yollardan biri olduğundan, özünde bir zarar vericilik mevcuttur ve etkililiği de zaten bu zarar vericilikle doğru orantılıdır. Yoksa işverenin faaliyetini hiç etkilemeyen, herhangi bir zarar vermeyen grev anlamsız bir davranıştır. Ancak anayasaya dayalı bir hakkın kullanılması olan bu mücadelede usûlünce işi bırakıp, grev yapan işçilerin menfaati işverenin uğrayacağı zarara üstün tutulup korunmuştur⁷²³. Dolayısıyla, yargıcın müdahalesi bir grev lokavtın zarar

⁷²¹ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 667.

⁷²² Bu yönüyle karar, geçici mahiyette olmakla birlikte inşaf bir etki göstermekte, yargılama hukukuna özgü bir usûlî inşaf karar niteliğinde kabul edilmektedir (Önen, s. 134). Tedbir kararının kaldırılması halinde de, daha önceki karar nedeniyle durmuş bulunan grev ve lokavta yeniden devam edilebildiğinden ihtiyatî tedbir kararının kaldırılması da aynı niteliktedir.

⁷²³ Narmanlıoğlu, Grev, s. 10.

vermesi nedeniyle durdurulmasına değil, kanun dışı grev lokavtın yol açacağı zararların önlenmesine yöneliktir ve bunun yolu, hukuka aykırılığın bir tespit davasına konu edilerek grev veya lokavtın kanun dışı olduğunu yaklaşık ispat ölçüsünde ortaya koyabilmektir.

bb. Tedbir kararının verilmesi

TSGLK 46. madde tedbir kararının verilmesinde, “talep üzerine” şeklinde sınırlayıcı bir ifade içermediği gibi hakimin bu tedbire re’sen başvurabileceğine dair açık bir hüküm de sevk etmemiştir⁷²⁴. Örneğin Medenî Kanun’un 169. maddesine göre boşanma ve ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri *re’sen* alır. Nafaka davalarında ise, hakim *davacının istemi üzerine* dava süresince gerekli önlemleri alır. (MK. m. 332/1). Kural olarak, iş mücadelesinde denge ilkesi de gözetilerek tedbir talebi olmaksızın yargıcın kendiliğinden durdurma kararı vermekten kaçınması gerekir. Fakat özellikle grev lokavt yasağının bulunduğu işler ve işyerleri ile ilgili olarak yasağın ihlali iddiasına dayalı davalarda, konu kamu yararını ve sağlığını yakından ilgilendirdiğinden hakimin re’sen karar verebilmesi mümkün görülmelidir.

Genel olarak ihtiyatî tedbirin davanın açılmasından önce de talep edilebilmesi mümkün olmakla birlikte (HUMK m. 101), 46. madde ihtiyatî tedbire ancak bu madde uyarınca açılmış bir tespit davasında karar verilebilmesini düzenlemiştir⁷²⁵. Dava açılmadan önce de genel hükümler uyarınca ihtiyatî tedbir talep edilebileceği görüşüne ise ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Maddenin ilk fıkrasında tespit davası ve 15. maddeye atıfla yetkili iş mahkemesi hakkında hüküm sevk edildikten sonra ikinci fıkrada hakimin, tespit kararının kesinleşmesine kadar ihtiyatî tedbir olarak “dava konusu” grev veya lokavtın durdurulmasına karar verebileceğine işaret edilmiştir. O

⁷²⁴ Bir görüşe göre, hakim kendiliğinden de geçici önlem olarak durdurma kararı verebilir (**Demircioğlu/Centel**, s. 364; **Berksun/Eşmeliolu**, TSGLK Şerhi, s. 659). Karşı görüş **Tuncay**, Toplu İş, s. 277.

⁷²⁵ Doktrindeki bir görüşe göre 46. madde, açılan tespit davası sırasında durdurmaya düzenlemiş ise de, genel hükümler uyarınca dava açılmadan önce de ihtiyatî tedbir talebinde bulunulması ve yerinde görülmesi halinde bu yönde ihtiyatî tedbir kararı verilmesi mümkündür. 10 gün içinde dava açılmazsa tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır (**Reisoğlu**, s. 378; **Narmanhoğlu**, s. 647, dn. 445; **Berksun/Eşmeliolu**, TSGLK Şerhi, s. 659-660).

halde davanın açılmasıyla birlikte ya da dava açıldıktan sonra ihtiyatî tedbir kararı vermeye, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 104. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine de uygun olarak, tespit davasının açıldığı mahkeme görevli ve yetkilidir. Ele aldığımız hüküm konuyu, açılan bir tespit davasında ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesiyle sınırlı şekilde düzenlemiş, hukuka aykırılığı iddia edilerek tespit davasına konu olmuş bir grev lokavtın yine davaya bakan hakimin kararıyla durdurulabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca toplu iş uyuşmazlıkları ve bunun çözümünde başvurulmuş mücadeleci çözüm yolları sadece iki birey arasındaki alelade bir hukukî çekişme gibi algılanamaz. Geniş işçi kitleleri, işyeri ve işletmeler üzerinde önemli etkileriyle sosyal ve ekonomik boyutu ağır basan bu mücadele başta Anayasa olmak üzere hukuk düzeninin koruması altındadır ve çizilen sınırlara tâbidir. 2822 sayılı Kanun, grev lokavtın kim tarafından, hangi şartlarda ve ne şekilde durdurulacağını ya da ertelenebileceğini maddelerinde özel olarak düzenlemiştir. Grev ve lokavta ilişkin sınırlama hükümlerinin Yasa'nın getirdiği çerçeveye bağlı kalınarak uygulanması, genişletici yoruma gidilmemesi gerekir. Özellikle grev hakkı ve buna karşı alınan lokavt kararının uygulanmasında sınırlamanın genişletilmesi, bu mücadele araçlarına bir müdahaleyi ve onların etkisizleşmesini yahut etkisinin azaltılmasını beraberinde getireceğinden kollektif tarafların pazarlık gücünü zedeleyebilecek, ekonomik baskıyla toplu pazarlığın ve iş mücadelesinin kendi seyrinde şekillenmesini aksatabilecektir. Grev lokavt kararının alınması, uygulanması ve sürdürülmesi ise karşı tarafın inisiyatifine bağlı kılınamaz. Oysa 46. maddede öngörülen esas dışında HUMK m.101/1 uyarınca böyle bir tespit davası açılmaksızın da ihtiyatî tedbir kararı alınması, daha sonra on gün içinde tespit davası açılmasa dahi, 10'ar günlük sürelerle grev veya lokavtın durdurulmasını sağlayabilecektir. Dava açılmadan önce istenecek ihtiyatî tedbirler hakkında kesin yetki kuralı getirilmediğinden (HUMK m. 104/1) zincirleme taleplerin farklı yer mahkemelerine yöneltilmesi mümkündür. TSGLK 46. maddeye göre yetkinin, dava açılmadan önceki ihtiyatî tedbir talepleri bakımından da bağlayıcı olduğu dahi kabul edilse, özellikle aynı mahkemenin birden fazla kurulu bulunduğu yerlerde örneğin İzmir 2. İş Mahkemesi'nin verdiği tedbir kararının ardından 10 gün içinde dava açılmayıp, bu kez İzmir 9. İş Mahkemesi'nden grevin durdurulması kararı alınmak suretiyle tekrarlanan ihtiyatî tedbir kararlarıyla süreci zedelemek riski doğabilir.

Ortada mevcut bir dava olmadığından derdestlik itirazı ileri sürülemeyeceği gibi, mahkemenin karşı tarafı haberdar edip dinlemeden ihtiyatî tedbir kararı vermesi durumunda bir tarafın kötüniyetli, kanuna karşı hile teşkil eden uygulamalarından sonuç almasına kapı aralanmış olacaktır. İhtiyatî tedbir talep eden tam ispat yükü altına girmeden ve tespit davasının reddi riskinden de uzak kalarak grev veya lokavtın durdurulmasını sağlayabilecektir. Tedbir kararına itiraz ise (HUMK m. 107 vd), ayrı bir karar verilmedikçe tedbirin uygulanmasını ertelemeyecek, aradaki sürede grev veya lokavt fiilen durdurulmuş olacaktır. Ayrıca bu yolla alınan ihtiyatî tedbir kararlarına rağmen grevi sürdüren işçilerin iş sözleşmelerinin derhal feshi, devam olunan grev lokavtın salt bu nedenle kanun dışı hale dönüşmesi, tedbir kararına uymama nedeniyle cezaî yaptırımların uygulanması gibi yeni uyuşmazlıklar doğabilecektir.⁷²⁶ Belirtilen nedenlerle, grev veya lokavtın durdurulmasına yönelik tedbir kararının, 46. maddedeki düzenlemeyle sınırlı olarak ancak davanın açılmasıyla birlikte ya da dava açıldıktan sonra verilebileceği kanaatindeyiz⁷²⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesine göre hakim iki tarafı dinleyerek, karşı tarafı ihtiyatî tedbir talebinden haberdar ederek tedbir kararı verebileceği gibi acele hallerde veya davacının hakkının derhal korunmasının gerektiği, diğer tarafın duruşmaya çağrılmasının tedbirin amacını ortadan kaldırayabileceği ve tedbirin uygulanmasının mümkün olamayacağı hallerde diğer tarafı dinlemeden ya da evrak üzerinden ihtiyatî tedbire karar verebilir⁷²⁸. Grev veya

⁷²⁶ Hakkında ihtiyatî tedbir istenen işlemin kaynağı ve türü farklı olmakla birlikte, sürekli bir biçimde icra edilmekte olan grev veya lokavtın, telafisi güç durumların ortaya çıkmasının engellenmesi, hukukî durum netlik kazanıncaya kadar koruma sağlanması amacıyla durdurulması bu yönüyle idarî yargıdaki yürütmenin durdurulması kararlarına benzemektedir. İdarî yargıda da yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi dava ile birlikte veya dava açıldıktan sonraki taleple mümkündür; dava açılmadan yürütmenin durdurulması istenememektedir (**Gözübüyük/Tan**, s. 1064).

⁷²⁷ Nitekim 2822 sayılı Kanun'da, 275 sayılı önceki TSGLK'nın 19. maddesinde yer alan "uyuşmazlıkta taraf olanların birinin veya Çalışma Bakanlığı'nın *esas hakkında dava açılmadan önce* grev veya lokavtın durdurulmamasında uyuşmazlığın konusu olan hakların korunması bakımından tehlikeli olan veyahut önemli bir zararın doğacağı hallerde, grev veya lokavtın durdurulmasına karar verilir...durdurma kararı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uyarınca ihtiyatî tedbir kararı ile birlikte veya ayrı olarak verilebilir" şeklinde, dava açılmadan önce de durdurma kararı verilebilmesine olanak tanıyan ve genel olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca özel bir kanun hükmüne dayanarak ihtiyatî tedbir talep edilmesi halinde mahkemenin ancak bu kanun hükümlerine ve oradaki şartlara uygun olarak ihtiyatî tedbire karar vermesi gerekmektedir (**Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 672).

⁷²⁸ **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 670; 11. HD. 24.3.1997 T., 9106/1953 (**İnal**, C. I, s. 910-911). Fakat, geçici de olsa ihtiyatî tedbir kararı tarafları etkileyecektir ve bu konudaki karar da asıl hukukî

lokavttın hukuka uygun olmadığının tespiti bakımından ise, diğerk tarafın dinlenmesinin tedbirin amacını ortadan kaldıran, karar verilse dahi uygulanmasını güçleştiren bir yanı bulunmamaktadır. Hakimin tedbir kararı verirken sağlıklı bir sonuca ulaşması, tedbir kararını nispeten somut nedenlere dayalı şekilde gerekçelendirebilmesi ve grev lokavta yersiz bir müdahalede bulunulmaması bakımından, somut olayın özelliklerine göre olabildiğince karşı taraf (örneğin uygulanmakta olan grevle ilgili olarak işverence açılan davada işçi sendikasının) dinlenerek tedbir kararı verilmesinin daha yararlı olacağı kanısındayız. Elbette bu noktada, grev lokavttın kanuna aykırılığı iddiasının hangi nedenden kaynaklandığı da etkili olacaktır. Sözgelimi, işverenin grev yasağına tâbi olduğu halde işyerinde grev uygulamasına geçildiği iddiasına dayalı olarak açtığı bir tespit davasında hakim ivedilikle dava dilekçesi ekindeki kayıtlara göre tedbir kararı vermek yerine karşı tarafı da dinlemeyi gerekli görebilir. Diğerk yandan grev lokavtt kararının alınıp uygulanması yasa maddeleriyle adım adım gösterilmiş bir sisteme bağlı olduğundan hakimin davanın açılmasıyla birlikte, ihtiyatî tedbir talebini incelerken bu prosedürün ihlal edilip edilmediğini tespiti her zaman çok güç değildir. Öyle ki, ihtiyatî tedbire karar verebilmek için ispat ölçüsü düşürülmüş ise de tümüyle ispat faaliyetinin gerekli olmadığından söz edilemez ve sadece dava dilekçesindeki iddiadan ibaret beyanlara itibar edilemez. Dolayısıyla davacı, iddialarını ortaya koyup destekleyen, hakimde bir kanaat uyandırmaya yarayan delillerini de dilekçesiyle birlikte mahkemeye sunacaktır. O itibarla grev kararının süresinde alınmadığı ileri sürülüyorsa ibraz edilen belgelerdeki uyuşmazlık tutanağının tebliği ile grev kararı tarihinin mukayese edilmesi neticesinde bir karara varılabilecektir. Aslında bu örnekte ihtiyatî tedbir kararının verilmesi davanın esasını da çözecek bir görünüm arz etmektedir. Kural olarak, davanın esasını çözümlenmeye yönelik şekilde ihtiyatî tedbir kararı verilemez ise de, 46. maddede olduğu gibi, kanunların açıkça öngördüğü ihtiyatî tedbir hallerinde uyuşmazlığın esasını çözümlen sonuç doğuracak nitelikte ihtiyatî tedbir kararı verilebilir⁷²⁹.

korumanın bir parçası olduğundan hukukî dinlenilme hakkı, geçici hukukî korumalar bakımından da geçerlidir. Hakimin tarafı dinlemeden tedbir kararı vermek yönündeki önemli takdir hakkını özenli, iyi bir şekilde kullanması gerekir. Aslolan duruşma yapılması esasıdır (**Özeker**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 212 vd.; **Yılmaz, E.**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 890).

⁷²⁹ **Kuru**, C. IV, s. 4312 vd.

İhtiyatî tedbir kararı, uyuşmazlığı kesin olarak çözen bir hüküm değildir. Geçici nitelik taşıdığı için temyiz edilemez⁷³⁰. Ancak hakkında dinlenmeden ihtiyatî tedbir kararı verilen kişi, karara itiraz edebilir (HUMK m. 107/ilk cümle). Ayrıca hakim, ihtiyatî tedbir kararını re'sen her zaman kaldırabilir (TSGLK m. 46/2). Kanun'da tedbir kararıyla dava konusu grev veya lokavtın "tespit kararının kesinleşmesine kadar" durdurulabileceği öngörülmüştür. Kararın kesinleşmesi, tedbir kararının devam edebileceği azamî süredir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesine göre, esas hakkında verilen hükmün tefhim veya tebliğ olunmasıyla birlikte ihtiyatî tedbir kararı da kendiliğinden kalkacak, ancak hükmün icrasını temin için mahkemenin belirleyeceği süre boyunca tedbirin devamına karar verilebilecektir. 46. maddeye göre açılan dava tespit davası olduğundan davacı lehine eda emri içermeyen bu hüküm icra edilemez. 112. maddenin son cümlesinde yer alan, tedbirin hükmün icrası için bir müddet daha devamına karar verilmesindeki amaç, tespit davası bakımından geçerli değildir. Bu esasa uygun olarak 46. maddede durdurma kararının hükmün kesinleşmesine kadar verilebileceği kabul edilmiştir.

cc. Tedbir kararına uyulmaması⁷³¹

TSGLK 46. maddeye göre açılan davada grev lokavtın durdurulmasına karar verilmiş ise, ihtiyatî tedbir kararına uyulmamasının yaptırımını 72. maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemece verilen karara uymayanlar hakkında fiilin niteliğine göre aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezalarına hükmolunur.

Ayrıca, tedbir kararıyla durdurulmuş olmasına rağmen greve devam edilmesi ya da grevin uygulamaya konulması grevi bu sebeple kanun dışı hale getirir⁷³². Bu sonucun, derdest davaya ve hükme etkisini ele almak gerekir. Bilindiği gibi bir dava,

⁷³⁰ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 671; Demircioğlu, M., Yasal Grev Yargısal Müdahale, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara 1993, s. 338.

⁷³¹ Genel olarak grev bakımından yapılan açıklamalar, lokavta karşı açılan davalar bakımından da geçerlidir.

⁷³² Reisoğlu, s. 378; Narmanlıoğlu, Grev, s. 223; Ulucan, D., İhtiyati Tedbir Kararına Rağmen Grev Katılmasını Sürdüren İşçinin Hizmet Akdinin Sona Erdirilmesi, İHU, 1979/II, TSGLK. 29 No. 4, s. 3; Aydemir, s. 187.

açıldığı tarihteki şartlara göre hükme bağlanır⁷³³. Yargılama sırasında ihtiyatî tedbir kararı verilmesi ve buna uyulmayarak grevin uygulanmaya başlanması ya da sürdürülmesi ise davanın açılmasından sonra ortaya çıkan yeni bir olgudur. Dolayısıyla, davacının hukuka aykırılığın tespiti talebiyle, daha önce davayı açarken dayandığı dava sebebi vakıa bu değildir. Zaten öncelik sonralık ilişkisi bakımından aksi mümkün de değildir. Davayı değiştirme yasağı, dava açılırken mevcut ve bu nedenle dilekçede ileri sürülmesi mümkün vakıalar bakımındandır. Dava açılmasından sonra doğan ve taraflar arasında aynı konuda yeni bir davanın sebebini oluşturabilecek nitelikteki vakıaların, davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmaksızın ileri sürülebileceği, bunun engellenmesinin davacıyı gereksiz yere ikinci bir dava açmaya zorlamakla usûl ekonomisine aykırı bir sonuç doğuracağı görüşü benimsenmektedir⁷³⁴. Konuyla ilgili olarak doktrinde ele alınan bir Hukuk Genel Kurulu kararında vasiyetnamenin ehliyetsizlik ve şekil yönünden sakatlığına dayalı olarak iptali dava edilmiş iken, dava sırasında davalı eş yeniden evlenmiş, bu kez davacının, söz konusu olayın vasiyetnamede yer alan şarta aykırılık teşkil ettiği sebebine dayanabileceğine karar verilmiştir⁷³⁵.

İhtiyatî tedbir kararına uyulmaması nedeniyle grevin hukuka aykırılığı, davaya tümüyle yabancı yeni bir vakıa değil, derdest dava sebebiyle doğan bir olgudur. Hakim davanın başında yahut yargılama devam ederken diğer tarafa, geçici olarak grevi sürdürmemesi ya da grev kararı henüz uygulanmamış iken verilen tedbir kararında, grevi uygulamaya koymama yönünde bir emir vermektedir. Burada artık

⁷³³ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 321, 323. “Feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiğini ileri süren davacı bunu tereddüde yer vermeyecek şekilde kanıtlamalıdır. Her dava açıldığı günün koşullarına göre değerlendirilir. Yargılama sırasında tüm üye işçilerin sendikadan istifa etmesi şartları varsa Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesini ilgilendiren ayrı bir konudur” 9. HD. 9.2.2006 T., 2005/38335 E., 2006/Karar numarası belirtilmemiştir (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 530-531).

⁷³⁴ **Kuru**, C. II, s. 1733 vd.; Ayrıca **Alangoya**, s. 241.

⁷³⁵ HGK. 16.2.1983 T., 1982/2-268 E., 1983/136 K. (Yasa HD., 1983/Aralık, s. 1711-1713). Karşı görüşle kararı eleştiren **Üstündağ** ise şunları kaydetmiştir: “...burada artık, önceki davada dayanılan tüm dava sebebi değişmektedir. Önceki davada vasiyetnamenin ehliyetsizlik ve...şekil bakımından da eksik bulunduğu ileri sürülmek suretiyle iptali istenmiş iken; bu kere, ileri sürülmüş olan bu dava sebeplerini takviyeye yarayan bir olay değil; başka bir dava sebebine vücut veren bir olay ortaya çıkmıştır Burada hem dava sebebi hem de hukuki sebep değişmektedir ve bu nedenle de dava, yasak teşkil eden değişikliğe uğratılmıştır...aynı yargulamada, davanın kurulması için çok önemli olan bu yeni durumun sonradan ileri sürülebilmesine cevaz tanınması, Türk kanununun sistemine de yabancıdır. Bu önemli olay ikinci dava sebebini inşa edecek kuvvettedir. Davacı eğer onun ilk davası ileri sürdüğü vakıaların netice talebi haklı göstermemesi sebebiyle reddedilmişse; ikinci davasını yine aynı kanuni sebebine dayanarak fakat yeni doğan vakıaları nazara alarak zaten dava açabilecektir (**Üstündağ**, s. 533-534).

davalının, yapmama borcu altında olduğu söylenebilir. Buna rağmen grev kararının uygulamaya konulması, greve devam edilmesi davacının hukuka aykırılık iddiasına ve bunun tespitini isteyen talebine ters düşmemektedir, bilakis onunla aynı yöndedir. Davaya bakan, grevin durdurulmasına karar veren hakim de uyuşmazlığın seyrini yakından bilmektedir. Davacının eşyanın tabiatı gereği zaten daha önce ileri süremeyeceği bu vakiya dayanmasına cevaz vermeyerek konuyu davanın değiştirilmesi yasağına tâbi tutmak, onun tekrar hukuka aykırılık sebebiyle aynı konuda dava açması, vakıaların ikinci davada tekrar ortaya konması gereğini ortaya çıkarır ki, bu husus usûl ekonomisine de aykırıdır. Ancak sanırız bu noktada bir ayrıma gitmek gerekir. Kanun dışı grev işçi sendikasının eylem ve işlemlerine dayanabileceği gibi sendikanın herhangi bir dahli olmaksızın fiilen işçilerin tutumlarından da kaynaklanabilir. Sendikanın aldığı fakat henüz uygulamaya konulmamış bir grev kararına karşı 46. madde uyarınca sendikaya husumet yöneltilerek açılan tespit davasında, sendikanın mahkemenin durdurma kararına uyarak grevi uygulamaya koymamasına rağmen, işçilerin kendi aralarında anlaşmak suretiyle grev yapmaya başlamaları halinde artık bu yeni vakıanın derdest tespit davasında ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Bu durumda sadece davanın temeli vakıalar değil, taraf da değişmektedir. Böyle bir eylem, işçi sendikasının değil, işçilerin davalı tarafta yer alacağı ayrı bir tespit davasına konu edilebilir. Burada tarafta iradî olarak gerçekleşmiş bir değişiklik de söz konusu değildir. Davaya yabancı üçüncü kişilerin yeni, farklı bir hukuka aykırılık sebebiyle yol açtıkları kanun dışı grev bu kez davacı işveren (veya işveren sendikası) ile işçiler arasındaki davayla tespit edilmelidir. Elbette bu durum, aynı davacıyla işçi sendikası arasında görülmekte olan önceki tespit davasının devamına engel teşkil etmeyecek, alınan grev kararının hukuka aykırı olup olmadığı hükme bağlanacaktır.

e. Dava Sırasında Grev Lokavtın Sona Ermesi

Uygulanmakta olan kanun dışı grev lokavta dava sırasında son verilmesi halinde davanın konusuz kaldığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Hukuka aykırı olduğu halde uygulamaya konulmuş grevin sona erdirilmiş olması menfaati etkisizleştiren, davayı konusuz bırakan bir sonuç doğurmaz. Bu dava, TSGLK 51. madde (son fıkra) uyarınca grevi uygulayan sendika üyelerinin dörtte üçünün sendikadan ayrılması

halinde “grevin sona erdirilmesi talebiyle” açılan bir dava olmadığına göre, karar verilip bir süre uygulanmış olan grevin kanuna uygun olup olmadığının tespiti gerekir. Tespit davası sırasında grevin herhangi bir nedenle sona ermesi, grevin durdurulması hakkında verilen ihtiyatî tedbir kararı bakımından etkili olur.

İşverene 45. maddenin tanıdığı derhal fesih hakkının kullanılabilmesinde bu davada verilecek hüküm belirleyici olacaktır. Maddeye göre işveren, kanun dışı grev yapılması halinde, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan, katılmaya veyahut devama tevsik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir. İşverene, fesih hakkı grevin devamıyla sınırlı sürede tanınmamıştır. İdeal olan, iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanmasıdır. Açılan dava neticesinde, grevin hukuka aykırı olup olmadığının tespit edilmesi sayesinde, gerçekte 45. madde uyarınca derhal fesih nedeni bulunmaksızın işverenin çok sayıda iş sözleşmesini sona erdirmesinin önüne geçilebilecek, grevin kanuna uygun olduğunun açıklığa kavuşmasıyla işveren bu madde bağlamında derhal fesih hakkının bulunmadığını anlamış olacaktır. İş güvencesi sistemiyle işçilerin işe iadesi de mutlak bir çözüm değildir. Tekrar işe alınsalar dahi yargılama süresince işsiz kaldıkları dönemin, grev lokavtın etkilerinin yanısıra çok sayıda işçinin işten çıkarılmasıyla bozulan çalışma barışının tam anlamıyla telafisi de mümkün olamayacaktır.

Öte yandan aynı madde, kanun dışı lokavt halinde de işçiye derhal fesih hakkı tanımaktadır. İşverenin lokavt kararı ve uygulamasına karşı açılan tespit davasının, lokavta son verilmesiyle konusuz kaldığı esas benimsenecek olursa, hüküm vermeye mahal bulunmadığından bahisle lokavtın niteliği tespit edilmeksizin dava sona erecektir. Kanun’da böylesine ayrıntılı prosedüre, sürelerle bağlanan lokavt kararının her aşamasında hukuka uygun davranıldığını işçinin belirleyebilmesi, bunu izleyebilmesi oldukça güçtür. İş sözleşmesini feshetmeden önce hukukî duruma açıklık kazandırılması bakımından tespit hükmü önem taşımaktadır. Yanlış bir değerlendirme ile iş sözleşmesini fesheden işçi, hem işini kaybedeceği, herhangi bir hak talep edemeyeceği gibi sözleşmeyi kendisi feshettiğine göre işe iade davası

açması da mümkün olmayacaktır. Grev veya lokavtın kanuna aykırılığı hakkında nitelendirme, göstereceği etkiler de göz önüne alındığında sadece kişilerin değerlendirmesine terk edilemez. Zaten Kanun böyle bir kabul ve ihtiyaçtan hareketle meselenin ayrı bir tespit davasına konu edilebileceğini açıkça düzenlemiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca da, grevin uygulamadan kaldırılmış olmasının daha önce açılan tespit davasının bitirilmesine engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır⁷³⁶. Dava ve grev devam ederken taraflar toplu iş sözleşmesi akdetmiş olsa da dava konusuz kalmaz. Grev kararının kanuna aykırı olduğunun sübutu halinde davacının hukukî yararı olduğu gibi reddi halinde de işçilerin hukukî yararı vardır. İki tarafın delilleri toplanarak varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekir⁷³⁷.

4. Toplu Menfaat Uyuşmazlığı Dışındaki Hallerde Tespit Davası

46. maddenin lafzına bakıldığında, tespit davasının toplu iş sözleşmesi akdetme aşamasında ve toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla başvuru grev lokavtın esas alınarak düzenlendiği izlenimi doğmaktadır. Öyle ki madde, hem dava hakkını menfaat uyuşmazlığının taraflarına tanımış, hem de yetkili mahkemeyi 15. madde uyarınca, toplu iş sözleşmesi yapılacak üniteye bağlı şekilde düzenlemiştir. Oysa kanun dışı bir grev lokavt sadece toplu menfaat uyuşmazlığı nedeniyle ve toplu sözleşme sürecinde ortaya çıkmayabilir. Örneğin hak uyuşmazlıkları için yapılan grevler, siyasî grevler, dayanışma grevleri böyledir. O halde böyle bir grevle karşı karşıya kalan işveren de 46. maddeye dayanarak tespit davası açabilecektir. Bu takdirde işveren, sendika üyesi olsa dahi kanımızca davacı sıfatını haizdir. Ortada bir

⁷³⁶ HGK. 13.7.1968 T., 26/9-193 E., 572 K. (Uygur/Dönmez/Kars, s. 885 vd). “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı sendikaca davacıya ait işyerinde uygulanmak üzere 23.6.1993 tarihinde grev kararı alınmış ve alınan bu karar 4.9.1993de uygulamaya konulmuştur. Davacı Belediye uygulanan grevin kanunsuz olduğunun tesbiti isteğinde bulunmuş olup, bu istek grevin sona ermesi nedeniyle mahkemece reddedilmiştir...istekte bulunan tarafın bu tesbitte hukukî menfaatinin bulunması gerekir. Kanun dışı grevin tesbitinde de hizmet akidlerinin ihbarsız ve tazminatsız feshi gibi hukukî sonuçlar bulunmasının yanısıra cezai sonuçlar da vardır. O halde grev başladıktan sonra sona ermesi hatta uyuşmazlığın toplu iş sözleşmesi ile sonuçlanması halinde dahi tesbit davası bundan etkilenmez. Tüm bu olgular karşısında mahkemece, davanın iddia, savunma ve toplanan deliller doğrultusunda hasıl olacak sonuca göre davanın karara bağlanması gerekir” 9. HD. 9.5.1996 T., 8681/9859 (Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, s. 646). Karşı görüş, Güzel, Komite 1996, s. 29.

⁷³⁷ 9. HD. 23.2.1976 T., 4910/6684 (Tunçomağ, s. 384).

menfaat uyuşmazlığı, toplu sözleşme süreci bulunmamaktadır ve sendika işverenin yasal temsilcisi de değildir.

Burada ayrıca İş Kanunu'nun 34. ve 83. maddeleriyle işçilere iş görmekten kaçınma hakkı tanınan ve sayıca toplu bir nitelik taşıma ihtimali güçlü olan iki duruma yer verilmelidir. Bunlar, ücretin gününde ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma ile iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma haklarıdır. Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. İşçilerin bu sebeple kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez (İş K. m. 34/1)⁷³⁸. 83. maddeye göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayafî bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir (f. 1). Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir (f. 3).

İşte bu bağlamda taraflar arasında iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması, buna ilişkin yasal şartların mevcut olup olmadığı hakkında uyuşmazlık çıkabilir. Birçok işçinin fiilen çalışmamaları hatta bunun sonucunda işyerinde faaliyetin durması söz konusu olduğunda, grevin unsurlarıyla paralellik kuran işverenin, işçilerin kanun dışı greve kalkıştıkları, kanun dışı grev teşkil eden direniş yaptıkları iddiası ile 46. madde uyarınca tespit davası açması ve ihtiyatî tedbir yoluyla bunun durdurulmasını talep etmesi ihtimali akla gelmektedir. Oysa koşullara uyulduğu sürece, ortada değil kanun dışı grev, bir grev dahi bulunmamaktadır. İşçiler sadece, kendilerine tanınan iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaktadırlar. İş bırakmanın grev sayılabilmesi ise bunun bir başka hakka dayanmamasına bağlıdır⁷³⁹. Nitekim 34. madde, sayıca toplu bir görünüm arz etse dahi işçilerin kişisel kararlarına

⁷³⁸ **Sur, M.**, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005, s. 395 vd. Ayrıca bkz. **Soyer, P.**, Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi, İHU, İşK. 26 (No. 1), 1979/I.

⁷³⁹ **Soyer, P.**, Konferans Notları, s. 46.

dayanarak işi bırakmalarının grev teşkil etmeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Diğer yandan yasanın öngördüğü esaslara uymadan, işçilerin aralarında anlaşarak topluca iş görmekten kaçınmaları yahut sendikanın çağrısıyla buna katılmaları halinde eylemin kanun dışı grev niteliği söz konusu olabilecektir⁷⁴⁰. İşveren 45. maddeye dayanarak iş sözleşmelerini tazminatsız feshedebilecek, uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir. Bize göre, böyle bir ihtimalde de 46. madde uyarınca tespit davası açılması mümkündür. Düzenleme, esasen kanun dışı grev lokavtın tespiti hakkında dava açılabilmesini öngördüğüne, bu nitelikte bir grev lokavt da her zaman toplu görüşme sonundaki menfaat uyuşmazlıklarında vuku bulmayacağına göre davanın dinlenmesi gerekir. Ancak hakimin, yeni İş Kanunu'nda iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasına olanak tanıyan hükümlerin varlığını da göz önünde bulundurarak, özellikle herhangi bir toplu görüşme mekanizmasının işlemediği bir işyerinde kanun dışı grev yapıldığı iddiasıyla işçilere husumet yöneltilerek açılan bir davada ihtiyatî tedbir kararı vermeden önce, davalıları da dinlemesi isabetli olur kanısındayız. Aksi halde, konu esasen İş Kanunu'nun tanıdığı bir hakkın kullanılmasından ibaret iken bu hakkın kullanılması geçici de olsa engellenebilecektir.

⁷⁴⁰ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 106; **Soyer**, Konferans Notları, s. 46. *Akyığıt*'e göre, sendika yahut başka bir örgütün bu yüzden işin bırakılacağı yönündeki açıklamaları işçileri de işvereni de bağlamayacağından işçiler yine bireysel tercihleriyle iş bırakmış olacaktırlar. Bu nedenle eylemin yasa dışı grev sayılması isabetli gözükmemektedir (**Akyığıt, E.**, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, *Legal İSGHD*, 2005/5, s. 22). Kanun'un aradığı, işçilerin kişisel kararlarıyla hareket etmeleri, iş bırakmanın işçilerin topluca anlaşmaları yahut bir örgütün yönlendirmesi ile yapılmamasıdır. Fakat buna aykırı davranılmış, işçiler bir araya gelen iradelerinin, topluca aldıkları kararların ışığında hareket etmişler, hatta birbirlerini iş bırakmaya teşvik etmişler ya da sendikanın direktifi ile iş görmekten kaçınmışlar ise herhalde burada yasaya uygun şekilde bir hakkın kullanıldığından söz edilmemek gerekir. İşçilerin önceden aralarında anlaşarak yahut bir kuruluşun kararına uyarak işi bırakmaları halinde artık grevin psikolojik unsuru mevcuttur (Bkz. **Narmanhoğlu**, *Grev*, s. 77 vd). Benzer şekilde, örneğin toplu sözleşme yetki belgesinin kapsamı dışındaki işyerleri için, yetkisi bulunmadığı halde sendikanın aldığı grev kararına katılarak iş bırakan işçiler de kanun dışı bir grev yapmaktadırlar. Sendikanın bu konuda yetkisinin bulunmaması, eylemin grev olduğu gerçeğini değiştirmeyip bilakis onu kanun dışı kılmaktadır. Kanun iş görmekten kaçınma hakkının unsurlarını bireysel kararlara bırakmıştır. O yüzden bu kararın nasıl alındığı önemlidir. 34. maddede hak, işçilerin birbirlerini teşvik etmesiyle, zorlamasıyla ya da sendikanın önderliğinde tanınmamıştır. Böyle olmuşsa artık işi bırakma, kanımızca başka bir hakka -34. maddedeki hakka- dayanmıyor demektir. Buradaki nüans, işi bırakmanın toplu olmasında, çok sayıda işçinin çalışmaktan kaçınmasında değil, bir araya gelerek yahut işçi teşekkülünün kararına uyarak işi bırakmadır. Aksi görüşteki *Sur*'a göre, işi bırakma kararının kişisel ya da toplu olması, hareketin hukukî tavsifini belirlememelidir. Eğer işi bırakma başka bir hakka dayanıyorsa, kararın nasıl alındığı önemli değildir; bu durumda ne grev ne de direniş söz konusudur (**Sur**, *Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*, s. 399).

Benzer şekilde, işverenin kısa çalışma uygulaması nedeniyle geçici olarak işyerinde faaliyeti durdurması bir lokavt olmadığından, toplu menfaat uyuşmazlığı dışında ortaya çıkan bu durumun yasadışı lokavt sayılmasına da engeldir. Aksi yönde iddialarla işverene karşı açılan davalarda da mahkemenin bu yasal müesseseyi göz önünde bulundurması gereklidir. Kısa çalışma sebepleri bulunmaksızın ve öngörülen esaslara aykırı kısa çalışma uygulamalarının ise yasadışı lokavt niteliği tespit edilmelidir.

VI. YORUM DAVASI

1. Genel Olarak

Medenî yargılama hukukunda, talep edilen hukukî korumaya göre dava türleri; eda davaları, tespit davaları ve inşâî davalardır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 60. maddesinde ise “yorum davası” adı altında ayrı bir düzenleme yer almaktadır⁷⁴¹. Maddenin lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi, aslında yorum davası da genel tasnifin dışında bir dava türü olmayıp nitelikçe bir tespit davasıdır: *“Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta sözleşmenin taraflarından her biri 15 inci maddeye göre yetkili iş mahkemesinde yoruma ilişkin bir tespit davası açabilir”* (m. 60/f. 1, 1. c). Dava, yorum davası şeklinde adlandırılırken talep edilen hukukî korumaya göre yapılan genel sınıflandırmaya kıyasla, somut dava konusunu vurgulayıp ön plana çıkararak bir kavram tercih edilmiştir.

Genel olarak bir sözleşmenin hükümlerinin ne anlama geldiği, yorumu hakkında bir tespit davası açılmaz. Örneğin rekabet yasağı sözleşmesinin yorumu, bir maddenin amacı hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi tespit davası yoluyla istenemez. Ancak işçinin yapmak istediği ya da yürütmekte olduğu belli bir faaliyetin rekabet yasağını ihlal edip etmediğinin, bu sözleşme kapsamına

⁷⁴¹ İdarî yargılama hukukunda, Danıştay Kanunu'nda öngörülen ancak 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda yer verilmeyen yorum davaları ile ilgili bilgi için bkz. (Gözübüyük/Tan, s. 826 vd.).

dahil olup olmadığının tespiti dava edilebilir⁷⁴². Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin yorumu hakkında tespit davası açılabilmesi, yasa hükmüyle açıkça kabul edilmiştir.

Yorum davası, 61. maddedeki eda davası ile birlikte Kanun'un toplu hak uyuşmazlıklarının yargısal yolla çözümüne ilişkin hükümlerini teşkil etmektedir. 2822 sayılı Kanun'un işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamının tespiti, işkolu istatistikleriyle ilgili uyuşmazlıklar, toplu sözleşme yetkisinin tespiti, grev ve lokavtın hukuka aykırılığının tespiti gibi davalar ile ilgili hükümleri, genel olarak bir toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında, o sözleşmeye hazırlık yolunda ortaya çıkan ve esas itibarıyla toplu menfaat uyuşmazlıkları hakkındaki düzenlemelerdir. Yorum davası ise, hak uyuşmazlıklarının çözümüne hizmet etmektedir. Artık işçi sendikası ile işveren ya da işveren sendikası arasında bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış, sözleşme uygulanmaya başlamıştır. Ne var ki taraflar bu sözleşmenin bazı maddelerinin anlamı, uygulama esasları ya da kapsamı konusunda uyuşmazlığa düşmüşlerdir. İşte yorum davasıyla hakim, bu düzenlemenin neyi ifade ettiğini, kapalı veya değişik anlamlara gelecek hükmün içeriğini tespit ederek açıklığa kavuşturacaktır⁷⁴³. Kanun, davaya konu hükümlerin niteliği bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. O halde gerek vecibevî gerekse normatif hükümlerin yorumundan kaynaklanan bir uyuşmazlık bu madde kapsamındadır.

Hükmün neyi ifade ettiğini, kapalılık içeren anlamının nasıl yorumlanması gerektiğini konu edinebilecek yorum davası, işverenin bir uygulamasının, işletmesel kararının toplu iş sözleşmesine aykırılığının tespiti değildir. O itibarla bir içtihadı konu olduğu üzere; davacı sendikanın davalı belediye ile bağtladığı toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesine göre işin alt işverene verilmesinin mümkün olmadığını, temizlik işinin alt işverene verilmesinin bu toplu sözleşme hükmüne aykırı olduğunun tespiti yoruma ilişkin bir tespit davasına konu edilemez⁷⁴⁴.

Geçersiz bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin yorumlanması, içeriğinin açıklanıp aydınlatılması söz konusu edilemeyeceğinden, yorum davasına konu toplu

⁷⁴² Kuru, s. 15.

⁷⁴³ 9. HD. 15.10.1985 T., 10020/9447 (Günay, s. 1005, dn. 50).

⁷⁴⁴ 9. HD. 19.6.2007 T., 21512/19528 (www.legalbank.net)

sözleşme hükümlerinin geçerlilik sorunu taşımaması gerektiği tabiidir. Tespit davasıyla bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu tespit edilirken, yorum talebiyle açılan tespit davasında taraflar arasında toplu iş sözleşmesine dayalı hukukî ilişkinin mevcudiyeti uyuşmazlık dışıdır. Ancak bu ilişkiyi kuran hukukî işlemin bir ya da birden çok maddesi hakkında vuku bulan yorum farklılığı, o kaydın neyi ifade ettiğinin tespiti suretiyle giderilmektedir. Elbette tespit davasının bir hukukî ilişkinin tamamına yönelik olması gerekmeyp davanın konusu, bir hukukî ilişkiden kaynaklanan münferit haklar da olabilir⁷⁴⁵. Kira bedelinin tespiti davalarıyla bir mukayese yapmak gerekirse, bu davada kiracı ile kiralayan arasındaki geçerli ve yürürlüğünü sürdüren bir kira sözleşmesinde, kiracının yeni dönemdeki edim yükümlülüğü değer itibariyle mahkeme kararı ile ortaya konmakta, sözleşmenin şartlarını (önceki dönem kira bedeline ilişkin akdî şartı) değiştiren ya da yeniden belirleyen inşâ karakterde bir hüküm verilmektedir⁷⁴⁶. Yorum kararıyla ise, o sözleşme hükmünün üstündeki perde kaldırılarak ya da ona ışık tutularak, zaten mevcut olan, ancak bir tarafın görmediği ya da tarafların farklı farklı gördüğünün hukuken ne olduğu gösterilmektedir.

Hakim, sözleşmeye yeni bir hüküm ihdas etme anlamına gelebilecek bir karar vermekten, yapacağı yorumun tarafların hiç amaçlamadığı böyle bir sonuç doğurmasından özenle sakınmalıdır. Aksi durum, toplu sözleşme özerkliğinin ihlalidir. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinde mevcut fakat yorumu hususunda taraflar arasında çekişme bulunan bir hüküm yorum davasına konu olabileceğine göre, bu dava sözleşmede bulunmayan bir konuyla ilgili olarak ve boşluk bulunduğu iddiasıyla açılmaz⁷⁴⁷. Ayrıca yorumlanacak hüküm, bağımsız olarak değil sözleşmenin bütünlüğü içinde diğer hükümlerle bağlantısı dikkate alınarak yorumlanmalıdır⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Üstündağ, s. 328.

⁷⁴⁶ Biz de Önen gibi bu davaların inşâ dava olduğu görüşündeyiz. Aksi yönde, kira bedelinin mahkeme kararıyla belirlenmesini, tespit davası olarak niteleyen görüşler ve bu husustaki tartışmalar için bkz. Kuru, C. II, s. 1410, 1426-1428; Üstündağ, s. 328-329; Önen, s. 108 vd.

⁷⁴⁷ Oğuzman, s. 91; Narmanlıoğlu, s. 511, dn. 92.

⁷⁴⁸ Narmanlıoğlu, Komite, 1993, s. 150; Oğuzman, s. 89.

2. Davanın Açılabilceği Süre

Yorum davası, “uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan” uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir yoldur. Bu nedenle sözleşmenin yürürlükte olduğu müddetçe açılabilir. Sona ermiş bir toplu iş sözleşmesinin yorumunu konu alan bir tespit davası açılmaz⁷⁴⁹.

3. Taraflar

Dava hakkı, toplu iş sözleşmesinin taraflarına tanınmıştır. Dava işçi sendikası veya işveren sendikası tarafından diğer tarafa karşı açılabilir. İşveren, sendika üyesi olmadığı için sözleşmede bizzat taraf ise davacı ya da davalı sıfatı işverene aittir. Dava, esasen hak uyuşmazlığının çözümü kapsamında işlev görmektedir ve toplu sözleşmenin kendi iş sözleşmeleri üzerinde doğurduğu normatif etkiyle sağlanan haklardan yararlanacak kimseler işçilerdir. Ancak toplu iş sözleşmesinin tarafı olmamaları sebebiyle işçilerin dava hakkı bulunmamaktadır. Burada tarafların iradesine, gerçek ve ortak amaçlarına bakılacağından işin niteliği gereği, dava hakkının da onlara tanınması doğaldır.

4. Yorum Davasının Alacak Haklarıyla Olan İlişkisi

Bir işçinin, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklarının ödenmediği, toplu sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla açtığı bir eda davasında da bir sözleşme hükmünün hakim tarafından yorumlanması gerekebilecek, buna göre alacağın varlığı öncelikle tespit edilecek ise de, bu durumun 60. maddedeki düzenlemeyle ilgisi bulunmamaktadır. İşçi ile işveren arasındaki eda davasında verilen hüküm, sadece o davanın taraflarını bağlayacak, münferit bir alacak iddiası ile ilgili hükmü ortaya koyacaktır. Oysa yorum davası neticesinde hakimin toplu iş sözleşmesi hükmünün içeriği ile ilgili tespiti, tarafları ve üyeleri bağlayacak, daha sonra açılacak eda davalarında da hükmün anlamı ayrıca tartışılmayacaktır⁷⁵⁰.

Bazı durumlarda yorum kararına konu edilen sözleşme hükmü, netice itibariyle işçilere bir takım menfaatlerin sağlanması gerektiğinin tespit edilmesi sonucunu

⁷⁴⁹ Oğuzman, s. 91; Narmanlıoğlu, s. 511; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 167.

⁷⁵⁰ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 168; Günay, s. 1006.

doğurabilir. Örneğin işverenin sözleşmeyi farklı, yanlış yorumlaması sebebiyle o maddeyle öngörülen hakkı bazı işçilere uygulamaması sonucuyla karşı karşıya kalınabilir. Yorum kararı, bir tespit hükmü niteliğinde olduğuna göre, toplu sözleşmenin dava konusu maddesi hükümlerle birlikte ihdas edilmiş değildir. Zaten toplu iş sözleşmesi otonomisi yok sayılıp ihlal edilerek mahkemenin taraflar yerine toplu sözleşme hükümlerini inşa etme yetkisi yoktur. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren hükmün ne öngördüğü sorusuna mahkemece izahat getirilmektedir ve hükmün o haliyle uygulanması gerekmektedir. Yorum kararıyla, işverenin o tarihe kadarki uygulamasının aksine bir esas tespit edilmiş ise, işverenin yerine getirmedeği hakları işçilere yürürlük yahut yararlanma tarihleri itibariyle (m. 9) geriye dönük olarak ödemesi gerekmektedir. Bu sonuç, elbette tespit hükmünün icraî nitelik taşıması ve bir eda emri içermemesi niteliğine aykırı değildir ve bununla karıştırılmamalıdır. Aslında toplu sözleşmeyle tanınmış fakat işverenin hükmü farklı algılayıp, uygulaması sebebiyle işçilere ya da bir kısmına vermediği haklara, mahkeme tarafından objektif, soyut nitelikte bir tespit hükmüyle açıklık getirilmektedir. Böylece işverenin işyerinde ifa etmesi gereken edanın temelinde yatan sebep, toplu iş sözleşmesinin yoruma konu normunun içeriği tespit edilmektedir. Bu bağlamda işverene düşen, işçilerin subjektif haklarını yerine getirmektir. Aksi halde uyuşmazlık, bu tespit hükmü doğrultusunda ayrı ayrı alacak davalarına konu edilerek bu kez davacı işçi lehine bir eda hükmüyle çözümlenecektir⁷⁵¹. Yorum kararına uyulmaması nedeniyle ayrıca bir zarar meydana gelmiş ise 60. maddenin ikinci fıkrasına göre bu zararın da tazmini gerekir.

⁷⁵¹ Ayrıca mahkemenin yorum kararına uymayan taraf, ilgililerden birinin şikayeti üzerine ağır para cezasına mahkum edilir (m.60/f. 2, m. 80/f. 2).

Üçüncü Bölüm

HÜKÜM VE KANUN YOLLARI

§ 8. HÜKMÜN VERİLMESİ VE TEFHİMİ

Sözlü yargılamanın yapıldığı oturumda, hakim tarafların son sözlerini dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder (m. 489/1). Hakim hükmün tefhimi için başka bir oturum günü belirleyerek, hükmü o oturumda da açıklayabilir. Kural, gerekçeli kararın tefhimi ise de, zorunlu hallerde bunun mümkün olmaması durumunda en azından 388. maddede yer alan hüküm sonucunun (kısa kararın) duruşma tutanağına geçirilmesi gerekmektedir. Bu ihtimalde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden itibaren 15 gün içinde yazılması gerekir (m. 489/f.2, 3). Tefhim edilen kısa karar ile gerekçeli kararın birbirine uygun olması gereklidir. Kısa kararlar gerekçeli karar arasında çelişki olması bozma nedenidir⁷⁵².

Hükmün verileceği duruşmaya taraflardan biri gelmezse, hüküm bu tarafın yokluğunda tefhim edilir⁷⁵³. 3156 sayılı Kanun'la gıyap ile ilgili hükümler (dolayısıyla hükmün özetinin tebliğiyle ilgili 407. madde de) kaldırıldığından, dava yokluğunda sonuçlanan tarafa hüküm özeti değil, gerekçeli kararın tebliği gerekmektedir⁷⁵⁴. Eğer iki taraf da mahkemede hazır bulunmamışlarsa, hüküm tefhim edilemez. Bu durumda, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir (m. 409/1). Evrak üzerinden inceleme yapılan hallerde, örneğin yetki tespitine karşı süre ve maddî hata iddiasıyla açılan davalarda, mahkeme dosya üzerinden inceleme yaparak karar verdiğinde, hükmün tefhimi için tarafların duruşmaya çağırılması gerekli olmayıp, hüküm taraflara tebliğ edilir⁷⁵⁵.

⁷⁵² İBK. 10.4.1992 T., S. 7/4 (RG. 10.6.1992 T., S. 21254).

⁷⁵³ Eğer hüküm sözlü yargılamanın yapıldığı celsede verilecek ve bu celsede herhangi bir tahkikat işlemi yapılmışsa, hükmün gelmeyen tarafın yokluğunda tefhim edilmesi mümkün değildir. Çünkü taraf, geçerli bir mazeret bildirerek, yokluğunda yapılan işlemlere, m. 377/2'nin atfıyla m. 213/son fıkra uyarınca itiraz edebilecektir (ayrıca bkz. **Ulukapı**, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 52; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 426).

⁷⁵⁴ **Erdemir**, C. II, s. 1905.

⁷⁵⁵ **Kuru**, C.III, s. 3197.

Sözlü yargılama usûlünde de geçerli olan 382. madde gereğince hüküm alenen tefhim edilir. Kararın tefhim edildiğinin duruşma tutanağına yazılması gerekmektedir (m. 151/2). Çünkü hükmün tefhim edilip edilmediği duruşma tutanağı ile kanıtlanır⁷⁵⁶. Karar, hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanır. 26.2.1985 T., 3156 sayılı Kanunla değiştirilen 489. madde, bu haliyle 381. maddeye paralel olarak düzenlenmiştir. Hüküm sonucunun tutanağa geçirilmesi zorunluluğu ile artık, “ekli karar okundu” şeklinde tutanağa geçen ifadeler kabul edilmeyecektir⁷⁵⁷.

Sözlü yargılama usûlünün uygulandığı davalar sonucunda verilen hükümler de, 388. maddede belirlenen unsurları içerir. Bunun yanısıra, kararın mahkemede saklanmasıyla ilgili 391. madde; müdahilin yargılama giderlerinden sorumluluğuna dair 420. madde ile kötüniyetli tarafın mahkûm olacağı yargılama giderleri ve para cezasına ilişkin 421. ve 422. maddeler, sözlü yargılama usûlünde de uygulanır (m. 490). Yargılama giderleri de, hangi tarafın hangi oranda sorumlu olduğu açıklanarak kararda gösterilir (m. 491).

§ 9. TESPİT HÜKMÜNÜN ÖZELLİKLERİ VE ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK

Tespit davasının tanımına uygun olarak, tespit hükmü bir hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığını kesin olarak tespit eden hükümlerdir⁷⁵⁸. Eda davaları ve inşâ davalarında verilen davanın reddine ilişkin hükümler de, dava konusu

⁷⁵⁶ 2. HD. 24.4.1986 T., E. 4097, K. 4339 (İBD., C. 60, 1986/4-5-6, s. 341, 342.).

⁷⁵⁷ **Kartal, S.**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Diğer Kanunlarda Yapılan Değişiklik Sonucu Uygulanması Gereken Usûl Hükümleri, AD. Yıl. 81, S. 2, Mart-Nisan 1980, s. 13; “Bir mahkeme hükmünün hukuksal varlık kazanabilmesi için, onun bildirilmesi (tefhimi) gerekir. Duruşma tutanağına –ekli karar bildirildi- diye yazmakla, hüküm bildirilmiş olmaz. Zorunlu nedenlerle hükmün gerekçesi ile birlikte yazılmadığı durumlarda, hükmün sonucu, duraksamaya (tereddüte) yer bırakmaksızın açık bir şekilde tutanağa geçirilmek suretiyle bildirilmelidir.” HGK. 18.3.1987 T., 2-16 E., 209 K. (YKD. C. XIV, S. 5, Mayıs 1988, s. 603 vd). Bu kanun değişikliğinden daha önceki dönemlerde de, hükmün tefhimi ve gerekçeli kararın uzunca bir süre sonra yazılmasıyla ilgili olarak; Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 6.12.1957 T., Genel 53, Özel 26/16216 sayılı bir genelge yayımlayarak, hakimin yargılamayı bitirdiği celsede hüküm yazılı değilse, hükmün tefhimi için başka bir gün belirlemesi, o güne kadar gerekçeli hükmünü yazıp imzaladıktan sonra taraflara tefhim etmesi gereğine işaret edilmişti (bkz. ABD. Yıl. 1958, S. 4, s. 232 vd.). 3156 sayılı kanunla getirilen değişiklikten önceki uygulamaya yönelik eleştiriler için bkz. **Kuru**, Sözlü Yargılama Usûlü, s. 918 vd.

⁷⁵⁸ **Kuru**, s. 99.

hakkın mevcut olmadığını tespit ettiklerinden menfî tespit hükmüdür⁷⁵⁹. Tespit davasında davalı aleyhine bir eda emri ya da mevcut hukukî ilişkide, hukukî durumda değişiklik yaratan inşâî bir hüküm verilmez. Hüküm açıklayıcı, bildirici, tespit edici niteliktedir. HUMK m. 74 uyarınca hakim, talebin edaya dair olması halinde tespite ya da tam tersi tespite ilişkin olduğu halde edaya hükmedemez. Davacının “*hakkımın tanınmasına hüküm verilmesini talep ederim*” şeklinde açtığı dava tespit davası olarak kabul edilmelidir. Benzer şekilde “tanımaya mahkumiyet” ibaresi de eda davasını çağrıştırmakta ve aslında tespit davalarına uygun bir ifade sayılmaz ise de, kullanılan sözcüklerden çok talepteki anlama ve davacının amacına bakılmalıdır⁷⁶⁰.

Tespit davası sonucunda verilen hükümler de maddî manada kesin hüküm tesirini haizdir, ancak bir eda emrini içermediklerinden, yargılama giderleriyle ilgili kısım hariç, cibrî icra kabiliyetinden yoksundurlar⁷⁶¹. Tespit davasının hukukî menfaat bulunmaması nedeniyle reddedilmesi halinde başka bir sebebe dayalı menfaatle yeni bir tespit davası açılması mümkündür⁷⁶².

Esasa ilişkin nedenlerle davanın reddi, hukukî ilişkinin var olmadığını tespit eder. Müspet tespit davasının kabulü halinde, hukukî ilişki kesin olarak tespit edilmiş, mevcudiyeti belirlenmiş olur. Örneğin İş Kanunu 3. madde uyarınca, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu tespit eden iş müfettişi raporuna karşı açılan davalarda, davacı işverenler aralarında geçerli, muvazaaya dayanmayan bir sözleşme bulunduğu iddiasındadırlar. Yargılama neticesinde, İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı davranılmadığı ya da genel olarak muvazaalı bir işlem bulunmadığı açıklık kazandığında mahkeme, davacı işverenler arasındaki hukukî ilişkinin mevcudiyetini tespit eden müspet tespit hükmü vermektedir. İş müfettişi raporuna karşı işverenlerce açılan davada 3. madde, *mahkemenin muvazaalı*

⁷⁵⁹ Sendikalar Kanunu 25. maddeye göre üyelikten çıkarma kararına karşı açılan davalarda tam aksine red hükmü, inşâî karakterdedir. Bkz. § 6, III, 2.

⁷⁶⁰ **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 82.

⁷⁶¹ **Kuru**, s. 101 vd.; **Alangoya**, s. 207; **Rosenberg/Schwab**, s. 551; **Grunsky/Leipold/ Münzberg**, s. 93.

⁷⁶² **Ansay**, Tesbit Davaları, s. 84.

işlemin tespitini onamasından bahsetmekte ise de, mahkeme bir tasdik makamı olmadığı gibi, iş müfettişlerinin inceleme sonucu hazırladıkları rapor bir yargılama faaliyeti ve yargı kararı, buna karşı açılan davada yerel mahkeme de bozma yahut onama ilamı verecek temyiz mercii değildir. Hüküm, maddedeki ifade zafiyetinin aksine, rapordaki muvazaaa tespitinin onanmasına...şeklinde olmayacak; altı işgünlük hak düşürücü süre geçirilmiş ise veya yargılama neticesinde alt işverenlik ilişkisinin 2. maddeye aykırı olup muvazaaya dayandığı tespit edilirse davanın reddine karar verilecektir. Yasa'da "raporu onama" gibi, müspet anlam taşıyan bir ifade kullanılmış ise de, hüküm aslında, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayanması sebebiyle geçerli olmadığını, tarafların yasal esaslar karşısında asıl işveren – alt işveren sıfatını taşımadıklarını tespit eden menfî bir tespit hükmüdür.

Sendika veya konfederasyondan çıkarılma kararına karşı Sendikalar Kanunu 25. maddeye göre açılan davalarda ise, üyelik çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam etmektedir. O halde mahkemenin *davanın reddine* ilişkin kararı, halen var olan üyelik ilişkisini kararın kesinleşme tarihi itibarıyla sona erdiren *inşâ bir hüküm*; *davanın kabulü* ise, çıkarma kararının haksız, üyeliği sona erdirmeye elverişli olmadığını ve bu yüzden halen davacı üye ile davalı sendika yahut konfederasyon arasındaki hukukî ilişkinin mevcut olduğunu gösteren bir tespit hükmüdür.

Tespit hükümleri, özellikleri gereği yeni bir hukukî durum yaratmadıklarından inşâ davaların aksine, verildikleri andan sonrası için, ileriye etkili olmayıp geçmişe etkilidirler. Hükümde tespit edilen hukukî ilişki, mahkemenin kararıyla doğup ortaya çıkmamaktadır. Örneğin, 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre yetki itirazında, sendikanın yetkili olduğuna ilişkin tespit hükmü, hüküm tarihi itibarıyla değil, daha önce yetki başvurusunda bulunulan tarih itibarıyla verilmektedir. İşkolu baraj istatistikleri hakkında doğan uyuşmazlıklarda %10 barajı, yine daha sonraki hüküm tarihine değil, istatistiğin yayımı tarihindeki duruma göre tespit edilmektedir. İşkolunda çalışan işçilerin iş sözleşmeleri ile sendika üyelikleri mahkemenin kararıyla doğmamakta, mahkeme belirtilen tarih itibarıyla mevcut iş sözleşmeleri ve sendika üyeliklerini tespit etmek suretiyle sonuca ulaşmaktadır. Kanun dışı grev lokavtın tespitinde de, alınan karar ya da bunun uygulamaya konulması hükmün

verilmesinden itibaren hukuka aykırı hale gelmemekte, zaten var olan hukuka aykırılık davanın konusuna göre, grev lokavt kararının alındığı yahut uygulamaya konulduğu tarih itibariyle mahkemece tespit edilip açıklanmaktadır.

Mahkemenin yaptığı tespitin, bir hukukî durumun belirlilik kazanmasının başka hukukî ilişkiler üzerinde, maddî hukuk düzenlemeleri gereğince etki gösterebilecek olması ise inşâî etki değil, kesin hükmün ve bu tespitin üçüncü kişiler bakımından da bağlayıcı olmasıyla ilgilidir. Bir işyerinin Sendikalar Kanunu 4. madde uyarınca hangi işkoluna girdiği kesin hükümle tespit edildikten sonra, artık o işyerinde çalışıp da başka bir işkolundaki sendikaya üye olmuş işçilerin üyeliklerinin geçerliliği bir başka uyuşmazlıkta tartışma konusu yapıp aksi yönde sonuca ulaşılamaz. İşçiler diğer davanın tarafı olmamalarına, o dava konusu sendika üyelikleri olmamasına rağmen daha önceki işkolu tespiti hükmü bağlayıcı olacak, üyelik ilişkisiyle ilgili davalarda unsur etki gösterecektir. İş davalarında verilen tespit hükümlerinin birçoğu, başka uyuşmazlıklarda ön sorun teşkil eden meselelerin çözümlenmesine hizmet etmektedirler ve ilgili diğer davalarda önceki tespit hükmü esas alınmaktadır.

II. İŞKOLU TESPİTİ İLE İLGİLİ DAVALARDA HÜKÜM

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesine göre, Bakanlık tarafından bir işyerinin girdiği işkolunun tespit edilmesi üzerine, bu tespit kararına karşı açılan davanın kabul edilmesi halinde mahkeme ilgili işyerinin hangi işkoluna girdiğini de tespit ederek kararında bildirecektir. Mutlaka her işyeri Yasa'da belirlenen işkollarından birinde faaliyet gösterir. Bakanlık işkolunu yanlış tespit etmiş ise, bu yanlışlık gerçekte o işyerinin başka bir işkolunda kurulu olduğu anlamına gelir. O halde örneğin davalı Bakanlık'ın tespitinin aksine işyerinin 8. No.lu ağaç işkoluna girmediğinin tespitine karar vermekle yetinilmeyecek, 9 No.lu kağıt işkoluna girdiği tespit edilecektir. İşkolu tespitine karşı Bakanlık'a husumet yöneltilerek açılmış davanın kabulü, eşyanın tabiatı gereği, işyerinin başka bir işkoluna girdiğinin tespit edilmesi nedeniyle mümkün olacağından işte bu işkolunun hangisi olduğu kararda gösterilecektir.

İşkolu tespitinden doğan uyuşmazlıklarda, esasen bir hukukî ilişkinin ya da subjektif hakkın tespitinden ziyade hakkın yahut hukukî ilişkinin bir unsurunun tespit edildiği görüşünderiz. İşyerinin örgütlendiği faaliyet konusunun, işyerinde yürütülen işin Sendikalar Kanunu'nda belirlenmiş işkollarından hangisine dahil olduğunun tespiti, bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti niteliğinde görülemez. İşkolu, sendikaların kuruluş esasları, toplu sözleşme ehliyetleri, geçerli bir sendika üyeliğinin kazanılması ya da yitirilmesi bakımından belirleyici etki göstermekle birlikte, münhasıran işkolunun kendisi bir hukukî ilişki değildir. Sözgelimi metal işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışan işçi, ancak metal işkolunda kurulu işçi sendikasına üye olabilir (Sendikalar Kanunu m. 22); fakat 4. maddeye göre Bakanlık'ın işkolu tespit kararına karşı açılan davanın, işçi ya da işçilerin sendika ile aralarında geçerli bir üyelik ilişkisinin bulunup bulunmadığıyla ilgisi yoktur. Dava konusu bu olmadığı gibi verilecek hükümde de böyle bir hususa yer verilmeyeceği tabiidir. İşkolu ise, bir işyerinde çalışan işçilerin geçerli bir sendika üyeliğinin bulunması ya da başka işkolunda kurulu bir işyerinde çalışmaya başladıklarında mevcut üyeliklerin sona ermesi bakımından esas alınacak faktördür.

Yine bir sendika ancak kurulu olduğu işkolundaki işyerlerinde bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek, bu bağlamda geçerli olarak hüküm sonuç doğuran bir hukukî işlem yapabilecek ise de, 4. maddeyle ilgili verilecek karar onun tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ya da mevcudiyetini tespit eden bir hüküm olmayacaktır. Hatta işkoluna ilişkin uyuşmazlık 15. madde uyarınca yetki itirazı kapsamında ortaya çıksa bile sözünü ettiğimiz sonuç değişmez. Bakanlık tarafından yeterli çoğunluk şartını sağladığı belirtilen sendikanın gerçekte toplu sözleşme yetki başvurusunda bulunduğu işyerinden farklı bir işkolunda kurulu olduğunun ileri sürülmesi, yetki tespiti ile ilgili davada ancak ön sorun teşkil eder. Bu ön sorunun çözülmesinden sonra yetki uyuşmazlığında verilecek hükmün bir tespit hükmü olması dahi, işkolu tespiti hakkında verilecek kararın, gerçek anlamda bir tespit davasında verilen tespit hükmü niteliğinde olduğuna gerekçe değildir. Burada daha çok maddî vakıanın tespiti hakkında bir dava açıldığını düşünmekteyiz. Kural olarak

maddî vakıalar tek başına tespit davasına konu edilmez ise de, istisnaen yasanın açık bir hükmüyle buna imkân tanınması mümkündür⁷⁶³.

Elbette Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görev ve yetkileri bakımından aldığı kararların, yaptığı işlemlerin yargısal denetiminin sağlanması bir zaruret olduğundan, iş mahkemesi önüne gelen davalar da söz konusu işlemlere göre şekillenebilmektedir. Bakanlık'ın yaptığı işlem, bu maddede olduğu gibi doğrudan doğruya bir hukukî ilişki hakkında değil de maddî vakıaların, bir durumun tespitine dayalı ise iş mahkemesindeki davada da tek başına bunun incelenmesi gerekebilmektedir. Dava, Bakanlık'ın işlemiyle ilgili olarak açıldığından idarî yargıdaki iptal davalarını akla getirmekle birlikte iptal davasında mahkemenin idare yerine geçerek bizzat işlemin içeriğini saptaması, nasıl bir karar verileceğini belirleyerek idarî işlem yerine geçecek hüküm vermesi söz konusu değildir. İptal kararı örneğin yapı izni verilmemesinin hukuka aykırı olduğunu gösterir, bizzat izin yerine geçmez yahut mahkeme davacının idareden talebi doğrultusunda yapı izni veremez⁷⁶⁴.

Düşük bir olasılık olmakla birlikte, mahkemenin yargılama neticesinde işyerinin, gerek Bakanlık tarafından tespit edilen gerekse davacının iddia ettiği işkolundan farklı bir işkoluna girdiğini tespit etmesi teorik olarak mümkündür. Davalı Bakanlık işyerinin A işkoluna girdiğini tespit etmiş iken, davacının işyerinin B işkolunda faaliyet gösterdiğini iddia ederek açtığı davada, mahkeme yaptığı inceleme neticesinde bu işyerinin her iki işkoluna da değil, C işkoluna dahil bulunduğunu tespit edebilir. Bu tespit, özünde Bakanlık işleminin doğru olmadığını ortaya koyması bakımından kabul kararıdır. Ancak davacının ileri sürdüğü işkolu yönünde bir tespit de yapılmış değildir. Bilindiği gibi HUMK m. 74 uyarınca, kural olarak hakim talepten fazlaya hüküm veremeyeceği gibi talepten başka bir şeye de hüküm veremez. İstisnaî olarak, örneğin boşanma davalarında boşanma talebine karşılık hakimin ayrılığa karar verebilmesinde olduğu gibi (MK. m. 170/son), hakim

⁷⁶³ Kuru, C. II, s. 1424.

⁷⁶⁴ Gözübüyük/Tan, s. 645. Ayrıca burada Bakanlık'ın işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti, bu yöndeki değerlendirmesinin iptal davasına konu olabilecek icraî nitelikte bir idarî işlem de olmadığı kanaatindeyiz (Geniş bilgi için bkz. Gözübüyük/Tan, s. 310 vd).

talepten başka bir şeye de hükmedebilir. Burada karar, Bakanlık işleminin yerine olmadığına ilişkin dava konusu ve iddia doğrultusunda olmakla birlikte, işkolunun nitelenmesi hakkında davacının iddia ve talebinden ayrılmaktadır. İşverenin işyerini nasıl, hangi işkolunda faaliyet göstermek üzere örgütlediği maddî bir gerçeklik olarak ortada dururken ve mahkemenin de görevi bunu tespit edip açıklamaktan ibaretken, Bakanlık ya da sendikaların değerlendirmesinin şu veya bu yönde olması gerçek durumu değiştirmeye elverişli değildir.

Davanın kabulü ile mahkemece tespit edilen işkolunun davalı Bakanlık tarafından ayrıca Resmî Gazete’de yayımlanması gerekir. Daha önce bildirdiği işkolu tespitine ilişkin karar kamuya ilan edildiğine göre, yargısal denetimin ardından belirlenen durumun da aynı şekilde ilan edilmesi gerekir. Ancak bu elbette, 4. maddedeki dava sürecini yeniden işletmeyecektir. İşkolu, kesin hükümle tespit edilmiştir.

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TESPİTİNİN ETKİSİ VE SONUÇLARI

Tespit davasının bir hukukî ilişkinin tamamını kapsamaması gerekmez⁷⁶⁵. Toplu iş sözleşmesinin bazı hükümleri dava konusu olabilir ve bu hallerde toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü kısmîdir. Ehliyetsizlik, şekle aykırılık, zaten bir toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken TSGLK. 3. maddeye aykırı şekilde bir başka toplu iş sözleşmesinin yapılması halinde nisbî butlandan söz edilemeyip toplu iş sözleşmesi bütünüyle hükümsüz ise de, özellikle sözleşmenin emredici kurallara aykırı hükümler içermesi halinde kısmî butlan yaptırımının uygulanması gerekir⁷⁶⁶. Birçok düzenlemeyi içeren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bir veya birkaç maddesindeki geçersizlik hali her durumda sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılmasını

⁷⁶⁵ Üstündağ, s. 328.

⁷⁶⁶ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 174; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, s. 132. Hatta burada sözleşmeyi yapanların bu hüküm olmaksızın sözleşmeyi yapmak isteyip istemedikleri üzerinde de pek durulmamalıdır. Zira toplu iş sözleşmesi, o hükümler olmadan da objektif bir hukuk düzeni yaratabilir. Önemli olan düzenlemenin bağımsız bir anlama sahip olup olmadığı veya düzenlemenin bir parçasını meydana getirip getirmediğidir (Tunçomağ, C. II, s. 80; Tuncay, Toplu İş, s. 207).

gerektirmez (BK m. 20/son). Hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz olan bu hükümlerin yerine mevzuat hükümleri uygulanır.

Hükümsüzlüğün tespit edilmesinin ne zamandan itibaren etki göstereceği hususunda borçlar hukukundan farklı olarak kabul edilen, hükümsüzlüğün tespitinin geçmişi etkilemeyip sadece ileriye etkili sonuç doğurmasıdır⁷⁶⁷. Toplu iş hukukunda ulaşılan bu sonuç, genel olarak tespit hükümlerinin geriye etkili olmasının da bir istisnasıdır. Fakat tespitin geçmişe etkili olmamasının mutlak suretle kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. İleri etkili olma, devamlı bir ilişki meydana getiren toplu iş sözleşmesinin taraflarından çok üçüncü kişileri etkilemesi nedeniyle, ancak tespit hükmünden önce işçilere sağlanmış, fiilen tahakkuk ettirilmiş çeşitli hak ve ödemelerin geri alınamaması, geniş bir işçi kesiminin zarar görmemesi, hukukî güvenlik ve istikrarın bozulmaması amacıyla kabul edilmektedir. Oysa emredici kurala aykırı olarak, işçilere zaten yasayla tanınan haklar sınırlanmış, İş Kanunu'nun ya da diğer mevzuat hükümlerinin sağladığı asgarîliğin altına inilmiş ise böyle bir toplu sözleşme normunun hükümsüzlüğünün tespitinin geriye değil, ancak ileri etkili sonuç doğuracağı söylenemez. Örneğin İş Kanunu' nun 17. maddesinde belirtilen ihbar önelleri ya da 53. maddedeki yıllık izin süreleri asgarî olduğu halde, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespitinden önce sözleşmesi feshedilen işçiye geçersiz toplu iş sözleşmesi uyarınca daha kısa ihbar öneli tanınmış, yasal sürenin altındaki izin süresi karşılığı izin ücreti ödenmiş ise tespitin ileri etkili olması savunma sebebi olmayacaktır. Elbette işverence, işçinin açtığı bir eda davasında hükümsüzlüğün fesih tarihinden sonra tespit edildiği ve ancak ileri etkili sonuç doğuran tespit hükmünden, önceki fesih işleminin etkilenmeyeceği savunulamaz⁷⁶⁸. Aynı şekilde 2822 sayılı Kanun'un 3. maddesine riayet edilmeksizin bir işyerinde

⁷⁶⁷ **Reisoğlu**, s. 94-95; **Tunçomağ**, C. II, s. 79; **Esener**, İş Hukuku, s. 474-475; **Şahlanan**, 173-174; **Tuncay**, Toplu İş, s. 207; **Çelik**, s. 527; **Tunçomağ/Centel**, s. 372. Karşı görüşteki **Oğuzman**'a göre; "...Toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü hizmet akdinin geçersizliğine benzetilemez. Zira hizmet akdi geriye etkili olarak hükümsüz sayılınca arada cereyan etmiş hizmet ilişkisine uygulanacak hüküm kalmaz. Halbuki bir toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü halinde mevcut hizmet ilişkilerine toplu sözleşme yokken uygulanan hizmet akdi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir" (**Oğuzman**, İlişkiler, s. 99).

⁷⁶⁸ Toplu sözleşmenin geçersizliği halinde meydana gelebilecek ciddî sosyal sakıncalar dikkate alındığında geçersizliğin geleceğe yönelik etki yapması gerektiğini kabul eden **Sur**, kamu düzenini bozan, suç sayılan fiilleri teşvik gibi yasaya aykırı sözleşme kayıtları ile tarafların düzenleme alanına girmeyen şahsî, siyasî ve dinî düzenlemelerin baştan beri hükümsüz sayılması gerektiği ayrımına işaret etmektedir (**Sur**, s. 302).

aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesinin yapılması halinde sonraki toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü bakımından da tespit hükmünün geleceğe etkili olduğu kabul edilemez. İkinci sözleşme, başlangıçtan itibaren hükümsüzdür. Aksi halde mutlak emredici düzenlemelerin aksine ve Anayasa'ya aykırı şekilde aynı işyerinde aynı dönem için iki toplu iş sözleşmesinin uygulanması sonucuyla karşılaşılacaktır.

Ekonomi, toplu iş sözleşmesinin ehliyetlilik nedeniyle kesin olarak geçersiz olduğunu belirttiikten sonra toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin geçmişe etkili olmadığını, toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken işkolu tespiti ve değişimi sonucu ehliyetlilik sebebiyle geçersizliğin sözleşmenin sona erme hallerinden biri olduğunu ve bu halde de 2822 sayılı Kanun'un m. 6/son fıkra hükmünün uygulanacağını, buna göre geçersiz sözleşmenin hizmet akdini düzenleyen hükümlerinin hizmet akdi hükmü haline gelerek yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesine kadar varlığını devam ettirdiğini ileri sürmektedir. Yazar'ın açıklamalarından geçersizliğin geçmişe etkili olmayacağı, sözleşmeyi ileriye yönelik olarak sona erdireceği yolundaki görüşünü örneğin şekle aykırılık gibi diğer bütünüyle geçersizlik halleri bakımından da koruduğu anlaşılmaktadır⁷⁶⁹.

Kesin hükümsüz, ehliyet unsuruna aykırılık nedeniyle hüküm sonuç doğurmayan bir toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespit edilmesinin bir sona erme sebebi olarak, 6. maddenin son fıkrası⁷⁷⁰ kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinde şekil şartı bir geçerlik şartı olduğuna göre geçerli şekilde akdedilmeyen bir sözleşmenin feshi yahut başka bir nedenle sona

⁷⁶⁹ **Ekonomi**, İş Kolunun Değişmesi, s. 46-47, Genel Görüşme s. 58-59. Yine bir görüşe göre sözleşmenin yetkisizlik sebebiyle 16. madde uyarınca iptal edilmesi hali de, 6. maddede yer alan "her ne sebeple olursa olsun" ifadesinden hareketle bu kapsam içinde mütalaa edilmekte ve yeni toplu sözleşme yürürlüğe girene dek hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği savunulmaktadır (**Reisoğlu**, s. 215; **Günay**, s. 682). Karşı görüş ise, böyle bir çözümün iptale hiçbir hukukî sonuç bağlamamak anlamına geleceğini, Kanun'un ard etkiyi düzenleyen hükmünün anlatımı gibi amacının da iptal edilen, mahkeme kararıyla hükümsüz kılınan toplu iş sözleşmesine uygulanmasını engellediğini ileri sürmektedir (**Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 184; **Narmanhoğlu**, s. 467; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138-139; **Akyiğit, E.**, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi, *TÜHİS*, 1991/Kasım, s. 11 vd).

⁷⁷⁰ Bu düzenleme toplu iş sözleşmesinin ard etkisi hakkındadır ve ard etkiden kasıt; TSGLK 6. maddeye göre, sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam etmesidir.

ermesi de mümkün değildir. Tespit davası sonucunda, o hukukî işlem iptal edilmemekte, ortadan kaldırılmamakta zaten geçersiz bir hukukî işlem olduğu, hüküm sonuç doğurmaya elverişli olmadığı tespit edilerek açıklanmaktadır. Oysa ard etkiden söz edebilmek için, öncelikle geçerli şekilde kurulmuş, hüküm sonuç doğuran bir toplu iş sözleşmesinin varlığı gerekir. Geçerli bir toplu iş sözleşmesinin başlıca hüküm ve sonucu da, iş sözleşmeleri üzerindeki doğrudan, normatif etkisidir⁷⁷¹. Geçerli olarak kurulmayan, hüküm sonuç doğurmayan bir toplu iş sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinin zorlayıcı ve doğrudan etkisi bulunmadığına göre, geçersizliğin tespitinden sonrası için ard etkiden de söz edilmemelidir. Mevcut olmayan bir etkinin nitelik değiştirmesi ve sürmesi mümkün değildir. Kanımızca bu halde hükümsüzlüğün ileri etkili sonuç doğurmasının kabulü de, tespitten önceki durumun hukukî nitelikçe bir normatif etkiye dayandığını söylemeye yetmemektedir. Bu dönemde iş sözleşmeleri zorlayıcı ve doğrudan etkiye açık olmayıp, hükümsüz toplu iş sözleşmesi işverene de bir borç yüklememektedir. Eğer hükümsüzlüğü tespit edilen toplu sözleşmenin ard etkisine cevaz verilecek ise, hükümsüzlüğün tespitine dair karardan önceki dönem bakımından iş sözleşmeleri üzerinde bu sözleşmenin normatif bir etki göstermesinin, işverenin buna dayalı olarak ifa borcunun bulunduğu da kabulü gerekli olurdu. Oysa böyle bir hükme ihtiyaç duyulmaksızın sözleşme uygulanmayabilecek⁷⁷² ve bu durum, işveren bakımından da borca aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bundan başka, bütünüyle kesin hükümsüz bir toplu iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri etkili sayan ve geçmişe etkili olarak bütünüyle kaldırmanın mümkün olmadığını kabul eden görüş, bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğüne rağmen aynı yerde ikinci bir toplu sözleşme imzalanması ve bu sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü haline uyarlandığında, aynı dönemde iki toplu iş sözleşmesinin çakışması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkacaktır. Öyle ki geçerli şekilde kurulup yürürlüğünü sürdüren ilk sözleşmenin hizmet akitleri üzerindeki normatif etkisinin varlığına karşılık aynı anda, kesin hükümsüz ikinci sözleşmenin tespitinden önceki dönem için varlığından ve normatif etkisinden söz edilemez.

⁷⁷¹ **Reisoğlu**, s. 103-104; **Tunçomağ**, s. 113 vd.; **Çelik**, s. 476 vd.; **Narmanhoğlu**, s. 443 vd.; **Sur**, s. 249 vd.

⁷⁷² **Reisoğlu**, Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler, s. 8.

Toplu iş sözleşmesini, hükümsüzlüğünü bilerek uygulayan sözgelimi konfederasyonlar arası anlaşmaya uyarak ücret zammı veren yahut ikinci toplu sözleşmedeki hakları uygulayan işverenin, bu davranışının sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu, borçlu olunmayan şeyin bilerek edası söz konusu olduğundan BK. m. 62 uyarınca iadesinin istenemeyeceği, bu çerçevede sağlanan hakların işçiler tarafından talep edilebileceği, hükümsüzlüğün bu tek taraflı uygulamayı etkilemeyeceği ve işverenin hükümsüz olmasına rağmen kendiliğinden işçilere verdiği hakların işyeri şartı haline geldiği benimsenmektedir⁷⁷³.

İşverenin, borcun varlığı hakkında hataya düşmeksizin borçlu olmadığını bilmesine veya varlığı hakkında şüphe etmesine rağmen ödeme yapması halinde iade alacağı bulunmayacaktır. Çünkü hataya dayanmayan kazandırmanın bağışlama sebebiyle yapıldığı kabul edilir ve bu da sebepsiz zenginleşmeye, iadeye engel olur. Öte yandan işverenin hukukî hatası da yeterli olduğu gibi, hataya düşmesinde kusurlu olup olmamasına bakılmayacaktır. Mazur görülemeyen, ifa edenin kusuruna dayanan hata dahi iade talebi için yeterlidir⁷⁷⁴. Borçlar Kanunu'nun, borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez, şeklindeki 62. maddesine göre ispat yükü işverene düşmektedir. Bu arada işyeri uygulamasının bağlayıcılığı bakımından güven sorumluluğunda dayanıldığında ve işçinin iyiniyetli olması kaydıyla, hataen yapılan uygulamanın dahi bağlayıcılık kazanabileceği göz ardı edilmemelidir⁷⁷⁵.

⁷⁷³ **Narmanlıoğlu**, s. 470-471; **Reisoğlu**, s. 93; **Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 135. Eğer işveren geçersiz toplu iş sözleşmeyi bilerek bütün işçilere ayırım gözetmeden uygulamışsa tanıdığı haklar işyeri koşulu, işverenin tek taraflı uygulaması niteliği kazanacaktır. Bunlardan artık dönülemez ve yapılan ödeme geri istenemez. Buna karşılık işveren yanlışlıkla yaptığı bir uygulamayı durdurabilir ve ödeneni geri isteyebilir (**Sur**, s. 302). Ayrıca bkz. **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 184; **Günay**, s. 682.

⁷⁷⁴ **Eren**, s. 840.

⁷⁷⁵ **Soyer, P.**, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 114 vd., özellikle s. 120-123. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin yanlış uygulanmasından işçi için kazanılmış hak doğmayacağı gibi, hatalı uygulama ile bir işyeri çalışma şartının da meydana gelmeyeceğine içtihat etmiştir. 9. HD. 18.2.1977 T., 1660/3029 (İHU, 1977, TSGLK. 3 No. 6; **Öner Eyrenci**'nin kararı haklı bulan incelemesiyle). **Eyrenci**, bir kazanmanın haklı sayılabilmesi için, kazandırıcı muamelede bulunması gereken ifa, iktisap ya da bağışlama sebebinden herhangi biri üzerinde tarafların anlaşmış olmaları gerektiğini, sebepsiz zenginleşmenin özel bir halini oluşturan, borç olmadığı halde bir kimsenin kendisini hataen borçlu zannederek ifade bulunması sonucunda yapılan zenginleşmeleri hukukun korumadığını, böyle bir kazandırıcı muamele ile malvarlığı zenginleşen kişi için kazanılmış hak doğmayacağını, işverence sağlanan menfaatin işyeri uygulaması haline gelebilmesi için diğer şartların yanında, akdî veya yasal bir zorunluluk olmaksızın yapılması gerektiğini, eğer işveren bu edimi var olmayan borcu ifa amacıyla yerine getirmişse yanıldığını ispat ile onu talep edebileceğini belirtmiştir.

Diğer yandan, geçersiz toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işverence uygulanmasının, iş koşullarını düzenleme araçlarından biri olan işyeri uygulamasının unsurlarını taşıdığı tereddütsüz söylenemeyecektir. İşyeri uygulaması, işyerinde fiilen tekrarlanarak belirginleşen mutad davranışlara dayanır ve bir davranış ancak belli bir süre tekrarlanmakla mutad bir uygulama haline gelebilir. Bir tek davranış, işyeri uygulaması açısından yeterli sayılamaz⁷⁷⁶. O halde örneğin işverenin 1 yıl süreli ancak hükümsüz bir toplu iş sözleşmesinde öngörülen eğitim yardımı, izin harçlığı, yakacak yardımı, yılbaşı ikramiyesi gibi sosyal yardım ve ücret eklerini işçilere ödemiş olması, hükümsüz olmasına rağmen işverenin kendiliğinden verdiği hakların işyeri şartı haline geldiğini göstermez. Bunların hükümsüz bir toplu iş sözleşmesine rağmen bilerek ödenip ödenmediği meselesinin çözümü yeterli değildir. Önemli olan, işverenin davranışının tâbi tutulmaya çalışıldığı müessesenin yani işyeri uygulamasının unsur ve şartlarına uyup uymadığıdır. Ücret zamları bakımından da, sözgelimi 1.6 aylık dönem zammı veren işverenden, bu uygulamasına dayanılarak sözleşmenin 2.6 aylık dönem zammı talep edilemez görüşünderiz. Aksi halde hükümsüz bir sözleşmenin alacak hakkı doğurması ve cebri icrasının kabul edilmiş olmasının yanısıra, işverenin başka bir uygulaması tahakkuk etmemiş bir diğer uygulamanın dayanağını teşkil eder mahiyette görülecektir. İşveren, geçersiz toplu sözleşmenin yeni dönem için öngördüğü zammı ücretlere yansıtma borcu altında değildir. Burada işverenin genel vaadlerinde olduğu gibi yazılı veya sözlü beyanla işçilere bu edimleri sağlayacağına dair müeccel alacak doğuran bir taahhüdü de bulunmamaktadır.

IV. YETKİ TESPİTİ DAVALARINDA HÜKÜM

2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca, Bakanlık'ın olumlu yetki tespitine karşı açılan davada mahkeme, sendikanın yetki başvurusunda bulunduğu işyeriyle aynı işkolunda kurulu olduğunu, yetki başvurusunun süresinde yapıldığını ve sendikanın yeterli çoğunluğu sağladığını tespit ettiğinde davanın reddine karar verilecektir. Davanın süresi içinde açılmaması da bir başka red nedenidir. Davacının ileri sürdüğü itirazlarda haklı olduğunun ortaya çıkması halinde ise dava kabul

⁷⁷⁶ Soyer, Genel İş Koşulları, s. 43.

edilecektir. Bu kabul hükmüyle, sendikanın o toplu sözleşme ünitesinde toplu iş sözleşmesi akdetme ehliyet veya yetkisinin bulunmadığı tespit edildiğinden, hüküm menfi tespit hükmüdür. Davanın işkollarının farklılığı gerekçesiyle kabulü, bir ehliyet problemi olduğundan o işyeri aynı işkolunda faaliyetini sürdürdüğü müddetçe, bu davalı sendika aleyhine verilmiş tespit hükmü, bağlayıcı olacaktır. Çoğunluk ya da başvurunun 120 günden daha önce yapılmış olması nedeniyle, örneğin davacı işverenin açtığı dava kabul edilmiş ise, her yetki tespiti başvuru tarihi itibarıyla sonuçlandırılan ayrı bir işlem olduğundan daha sonraki yetki başvurusu ve tespitine karşı açılan davada önceki hüküm, kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Taraflar aynı olsa da davaların konuları ve sebepleri birbirinden bağımsızdır (HUMK m. 237).

Yetki itirazının işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunluluğuna dayanması durumunda verilecek kararın kapsamı da ayıca ele alınmalıdır. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesindeki emredici düzenleme gereği, işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerine sahip bir işletmesinde ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğini, işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin bir yetki tespitine karşı 15. madde uyarınca açılan davada, davacı işveren işyerinin işletme kapsamında bulunduğuna değinmeksizin davasını çalışan işçi ve üye sayılarına dayandırmış olsa dahi, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin ilkelerin emredici niteliği karşısında bu hususun re'sen dikkate alınacağını yukarıda belirtmiştik. O halde mahkeme, yetki tespitine konu işyerinin "aslında bir işletme kapsamında yer aldığını" tespit ettiğinde, o "işyerinde" sendikanın gerekli çoğunluğa sahip olup olmadığını dahi araştırıp incelemeyerek, böyle bir yetki tespitine karşı açılan davayı 2822 sayılı Kanun'un 3 ve 12. maddeleri gereğince kabul etmelidir. İşletme kapsamındaki aynı işkolundaki işyerleri bir bütün oluşturduğundan bu bütünün parçası olan bir işyerini esas alan çoğunluk araştırması yapılamaz.

Bu noktada Yargıtay'ın "...Davacı işverene ait işkolunda dava konusu işyeri ile birlikte işletme kavramına girebilecek başka işyerleri de bulunduğu belirlenmiş ve bu yöne ilişkin olarak taraflar bir itirazda bulunmamışlardır. Mahkemenin tespiti de bu yöndedir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre bir tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerine

sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Yine aynı yasanın 12. maddesi hükmünce de işletme sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak nazara alınır ve yarından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır. Yargılama sırasında ortaya çıkan maddî olgular ve yasa hükümleri karşısında mahkemenin yapması gereken işlem; tespitin işyeri için yapılmış olmasını gerekçe göstermek yerine dava ekonomisi de dikkate alınarak davalı sendikanın işletme düzeyinde işletme toplu iş sözleşmesi yapacak çoğunluğa sahip olup olmadığını tespit edip delillerini toplayıp gerekli inceleme ve değerlendirme yaparak sonuca gitmekten ibarettir⁷⁷⁷ şeklindeki kararına katılmıyoruz. Yargıtay'ın benzer bazı kararlarında da, davanın kabulüne karar verilmesinin yanısıra, işyerinde davalı sendika dışında yetkili olan sendikanın tespitine hükmedilmesinden söz edilmektedir⁷⁷⁸. İş mahkemesinin doğrudan doğruya sendika için yetki tespiti yapması mümkün değildir⁷⁷⁹. Yasa bu görev ve yetkiyi tıpkı işkolunun tespitinde olduğu gibi Bakanlık'a vermiştir. Ayrıca bu davanın konusu sendikanın işletme düzeyinde toplu sözleşme yetkisini sağlayacak çoğunluğa sahip olup olmadığı değildir. Henüz ortada işletme düzeyinde yapılan bir yetki başvurusu ve Bakanlık tespiti dahi bulunmamaktadır. Dava, işyeri düzeyinde verilen yetkiye karşı açılmış bir davadır. O işverenle akdedilecek toplu sözleşme yetki prosedürüyle ilgili uyuşmazlık bir vesileyle mahkemenin önüne gelmişken yasanın öngördüğü sistemin bir yana bırakılarak dava konusu olmamasına ve esasen mahkeme de görevli olmamasına rağmen bilfiil mahkemece doğrudan sendikanın işletme düzeyinde yetkili olup olmadığının belirlenmesi, buna ilişkin hüküm kurulması bize göre usûle ve esasa aykırı olup, kabul edilemez. Mahkeme, yetki için başvurulacak ve yetki tespit yazısı verecek makam değildir. Bakanlık'ın yetki hakkında olumlu veya olumsuz tespitine karşı 15. madde uyarınca açılan davaları, bu husustaki itirazları çözmekle görevlidir. Hakim talep olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemeyeceği gibi (HUMK m. 72) talepten fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez (HUMK m. 74). Bir sendikanın işletme kapsamında yer alan işyerlerinden

⁷⁷⁷ 9. HD. 10.12.1998 T., 17451/17975 (Kılıçoğlu, Çözüm Yolları, s. 474-475).

⁷⁷⁸ "...Başvuru tarihine göre işyerinde çalışan işçi ve üye sayısı konusundaki tespitler dikkate alınarak varılan sonuçta toplu iş sözleşmesini yapacak taraf sendikanın belirlenmesi...gerekirken..." 9. HD. 27.5.1985 T., 6074/5757 (Berkun/Eşmelioglu, TSGLK Şerhi, s. 344). Yargıtay 9. HD. 15.7.1985 T., 8010/7568 sayılı ilamıyla benzer şekilde "...Türk Metal Sendikası'nın itirazlarının kabulü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın...Sendikası'na yetki veren kararının bu işyeri bakımından iptali ile işyerinde... Sendikası'nın çoğunlukta olduğundan toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespitine" dair verilen bir hükmü de onamıştır (İHU TSGLK m.13 No:2, M. Cinmen'in incelemesiyle).

⁷⁷⁹ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 82.

sadece birinde ya da bazılarında yetki alması ona toplu sözleşme akdetme vizesi sağlamadığına göre sendika yetkisiz; Bakanlık işlemi de emredici hukuk kurallarına aykırıdır. Dava da bu yönde bir hüküm elde etmeye münhasırdır. Daire'nin kararında ulaşılan aksi sonucun usûl ekonomisiyle de ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca yetki başvuru tarihi itibarıyla belirleneceğinden (m. 13/I, 14/son) dava konusu yetki tespiti, sendikanın işyeri toplu iş sözleşmesi amacıyla yaptığı başvurunun sonucudur. İşletme düzeyinde yetki tespit edebilmek için esas alınacak işletme düzeyinde yetki başvurusu ve dolayısıyla başvuru tarihi de bulunmamaktadır. Tüm bu durum karşısında, Yargıtay'ın ele aldığımız bozma kararlarının aksine sendikanın yeterli çoğunluğu sağlamadığını tespit ederek ya da başvurunun işletme düzeyinde yapılmaması gerekçesiyle davayı kabul eden ve hükümde bunun ötesine geçmeyen yerel mahkeme kararlarının isabetli olduğunu düşünmekteyiz⁷⁸⁰.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından sendikanın yetki başvurusunun reddedilmesi halinde bu kez sendika tarafından Bakanlık aleyhine açılan davada, olumsuz yetki tespit işleminin maddî hataya dayandığı veya çalışan işçi sayısı ile üye sayılarına göre sendikanın yeterli çoğunluğu haiz bulunduğu ve toplu sözleşme akdetme yetkisinin mevcudiyeti mahkeme kararıyla Bakanlık'a karşı tespit edilmektedir. O işkolundaki diğer işçi sendikaları ya da işveren sendikası gibi dava dışı üçüncü kişiler, önceki davanın tarafı olmadıklarından hüküm onlar için kesin hüküm niteliği taşımamaktadır. Bakanlık mahkemenin tespit hükmü üzerine, aslında daha önceki başvuru tarihinde vermesi gereken tespit yazısını düzenleyerek, işverene ve işkolundaki diğer sendikalara m. 13/2 uyarınca tebliğ etmelidir. Çünkü adı geçen üçüncü kişiler bilgilendirilmeksizin ve onlara yetki işlemine karşı dava hakkı tanınmaksızın yetkinin kesinleşmesi Kanun'un öngördüğü sisteme aykırıdır.⁷⁸¹

⁷⁸⁰ Nitekim Yargıtay da bir başka kararında aynı sonuca ulaşarak bununla sınırlı hüküm verileceğine işaret etmiştir. 9. HD. 26.11.1998 T., 16943/16852 (*İşveren*, Şubat 1999, C. XXXVII, S. 5, s. 17).

⁷⁸¹ Bu davada verilen karar, Bakanlığın 13. maddeye göre yaptığı tespit niteliğindedir. Tespit kararının o işkolunda kurulu işçi sendikalarıyla, taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene tebliğinden sonra, yine yasada öngörülen süre ve şartlar içerisinde diğer sendika veya işverenin itiraz hakkı doğar. Üye adedi ve çoğunluğun yeniden tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda araştırılması icab eder. Buna rağmen, mahkemenin yukarıda açıklandığı gibi kesin nitelik taşımayan tespit kararını bağlayıcı nitelikte kabul ederek inceleme yapmadan itirazları reddetmesi usûl ve yasaya aykırıdır. 9. HD. 8.7.1987 T., 6793/7089 (**Berksun/Eşmeliolu**, TSGLK Şerhi, s. 348). Ayrıca bkz. yukarıda § 7, III.

V. KANUN DIŞI GREV LOKAVTIN TESPİTİNDE HÜKÜM

Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu'nun 46. maddesine göre, kanun dışı grev lokavtın tespitine dair karar, tarafları, işçi ve işveren sendikasının mensuplarını bağlar ve ceza davaları için de kesin delil teşkil eder (f. 1/son cümle).

Kural olarak, bir davada delil olarak kullanılabilir hususların tespiti, tespit davasının konusunu oluşturmaz⁷⁸². Kanun'un 45. maddesine göre, kanun dışı grev yapılması halinde işverene, kanun dışı lokavt halinde ise işçilere, iş sözleşmesini derhal ve tazminatsız feshetme hakkı tanınmıştır. 46. maddeye göre açılan davada tespiti istenen husus, aslında bu davaların da delilini teşkil edecek mahiyettedir. Örneğin işçi, iş sözleşmesini bu sebebe dayanarak feshettiğinde işverenden kıdem tazminatı talep ederken, aynı şekilde işveren kendisine karşı açılan kıdem tazminatı alacağı davasında savunma sebebi ve delil olarak tespit davasında verilen hükme dayanacaklardır. Karar, kanun dışı grev lokavt nedeniyle uğranılan zararların tazmininde de kesin delil niteliğindedir.

HUMK m. 295 uyarınca kesin hükmün (m.237/1) kesin delil teşkil edebilmesi için her şeyden önce tarafların aynı olması gerekir⁷⁸³. Önceki tespit davasıyla daha sonraki alacak davasının tarafları çoğu zaman aynı olmasa dahi (tespit davası örneğin işçi sendikası ile işveren arasında; kıdem tazminatı alacağı davası işçiyle işveren arasındadır) kesin delil teşkil edecektir. Maddede açıkça, kararın işçi ve işveren sendikasının üyelerini de bağlaması, davanın tarafı olmadıkları halde hükmün bu üçüncü kişiler üzerinde de etkili olması öngörülmüştür. Hükmün etkileriyle ilgili bir diğer istisnâî düzenleme, kararın ceza mahkemesinde kesin delil teşkil etmesidir. Hukuk ve ceza davalarının konusu, amaçları, ispat araçları farklı olduğundan verdikleri kararlar kural olarak birbirini etkilememesine rağmen, yasakoyucu kanun dışı grev lokavtın hukuk mahkemesince tespit edilmesinin ceza mahkemesinde kesin delil oluşturduğunu kabul etmiştir.

⁷⁸² Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 292.

⁷⁸³ Kuru, C. V, s. 5084; Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 559.

VI. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN TESPİTİNE KARŞI AÇILAN DAVALARDA HÜKÜM

İş müfettişlerinin, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı nitelenmesine karşılık İş K. 3. madde uyarınca işverenlerce açılan davanın kabulü halinde, sözleşmenin muvazaaya dayanmadığı, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı tespit edilir. Burada tespit edilen hukukî ilişki davacı ve davalı arasında değildir. Davacılar arasındaki ilişkinin geçerliliği, mevcudiyeti bunu inkâr eden Bakanlık'a karşı tespit edilmektedir.

Hüküm verildiği andan ileri etkili olmayıp, alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu tarih itibariyle geriye etkili sonuç doğurmaktadır⁷⁸⁴. Tespit hükümlerinin bu özelliğinin yanısıra İş Kanunu 2. ve tekrarla 3. maddesindeki alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceklere dair düzenleme de aynı esasın sonucudur.

Gerek hak düşürücü sürenin geçmiş olması gerekse alt işverenlik ilişkisinin incelenerek muvazaaya dayandığının tespit edilmesi halinde, davanın reddi gerekecektir⁷⁸⁵. Hukukî işlemin hükümsüzlüğünü tespit eden kararlar taraflar dışında üçüncü kişiler bakımından da bağlayıcıdır⁷⁸⁶. Muvazaanın tespit edilmesine bağlı olarak verilen red kararı, işverenlerin söz konusu hukukî ilişkide alt işveren – asıl işveren sıfatı taşımadıkları, aralarında geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin mevcut bulunmadığının tespitidir. İşçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları ise bu tespit hükmüne, işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmasına İş Kanunu'nun bağladığı bir sonuçtur. Burada bir hukukî ilişkiyi tespit eden hükmün,

⁷⁸⁴ Asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırılmaya devam edilmesi suretiyle haklarının kısıtlanmasına dayalı olarak muvazaa tespiti yapıldığında, bu işçiler alt işveren sözleşmesinin akdedilmesinden daha sonraki bir tarihte alt işveren işçisi olmuşlarsa, kanımızca alt işverenlik sözleşmesinin akdedildiği tarihin değil işçilerin işe alındıkları tarihin esas alınması gereklidir.

⁷⁸⁵ Davanın reddi halinde işyeri tescilinin iptaline dair bir karar verilmeyecektir. Dava, işverenlerce açılmış olup talebin tescil işleminin iptalini amaçlayamayacağı, dava konusunun bu olmadığı, zaten böyle bir uyumsuzluğun iş mahkemesinin görev alanı dışında kaldığı tabiidir. İşyeri tescili, işverenlerce açılan bu davanın reddedilmesi ya da altı işgünü içinde dava açılmaması şartının gerçekleşmesi halinde, yine idarî bir işlemle iptal edilecektir (m. 3).

⁷⁸⁶ **Moroğlu**, s. 114. Bir hukukî durumun tespiti aynı zamanda bu hukukî durumla kabili telif olmayan tam aksinin de ileride tespitine engel olur (**Bloomeyer, A.**, Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, AÜHF 1968/3-4, C. 25, s. 230, -Çev. **Yazman, İ.**-).

maddî hukukun bağladığı sonuç gereği üçüncü kişilere etkisi ve unsur etkisiyle karşılaşılmaktadır⁷⁸⁷. Unsur etki, davanın amacına ve hükmün konusuna ilişkin olmadığından somut hükümde böyle bir etkinin varlığından söz edilemez⁷⁸⁸. Hüküm sonucunda işçilerin baştan itibaren asıl işveren sayıldığına dair bir karar yer almayacaktır. Zira alt işveren işçileri bu davanın tarafı olmadıklarından haklarında hüküm verilemez (HUMK m. 388, 389).

Davada verilen hükmün üçüncü kişilere etkisi sadece bununla sınırlı olmayıp, sözgelimi asıl işveren işyerindeki işçi sayısına bağlı meselelerde, işyerinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının tespitinde, o işyerinde toplu sözleşme yetkisine sahip sendikanın ve çoğunluğun tespitinde, işçilerin hangi işkolunda kurulu sendikaya üye olabileceklerinin belirlenmesinde ve sendika üyeliğinin kazanılıp kaybedilmesinde, Bakanlık tarafından yayımlanan işkolu istatistiklerinde, sosyal güvenlik hukuku boyutuyla Kurum'un prim alacaklarının tahsilinde hep bu dava neticesinde verilecek kesin hükmün dolaylı etkisine bağlı sonuçlarla karşılaşılmaktadır. Burada örneklenen durumlar, yasa gereği alt işveren işçilerinin hukukî durumlarında ortaya çıkan unsur etkiye bağlı olarak şekillenmektedir⁷⁸⁹.

Özellikle toplu sözleşme yetki prosedürü bağlamında düşünüldüğünde; bir sendikanın yetki başvurusunda bulunmasından kısa süre önce bir alt işverenlik sözleşmesi kurulup da, bu sözleşmenin muvazaalı olduğunu tespit eden iş müfettişliği raporuna karşı 6 işgünü içinde hareketsiz kalıp dava açmayan işverenler alt işveren işçisi gibi görünen çok sayıda sendikasız işçiyi asıl işverene bağlamış olmakla işyerindeki işçi sayısını arttırmış, üye işçilerin oranını da azaltmış olacaklardır. Asıl düşündürücü olan, işverenler dava haklarını kullandıkları halde iş mahkemesince davanın reddi ve alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi üzerine, bu alt işveren işçileri kesin bir mahkeme hükmüne dayanarak

⁷⁸⁷ **Deren Yıldırım**, s. 55 vd.; **Budak**, s. 16-17.

⁷⁸⁸ **Deren Yıldırım**, s. 55.

⁷⁸⁹ Yargıtay'ın bazı kararlarında bir hukukî ilişkinin tespitine ilişkin kesin hükümlerin, daha sonraki başka bir uyuşmazlıkta unsur etki göstermesinin “güçlü delil” olarak adlandırıldığına rastlanmakta ise de bilindiği gibi usûl hukukumuzda deliller, takdirî ve kesin delil şeklinde ayrılmakta olup, güçlü delil türü bulunmamaktadır (**Deren Yıldırım**, s. 150; **Budak**, s. 19); “...bazen bir mahkeme kararının, başka bir dava yönünden kesin hüküm, kesin veya güçlü delil oluşturup oluşturmayacağı gibi konularda...” HGK. 09.02.2005 T., 11-5/33 (*Legal HD*, 2005/27, s. 1028). Bu adlandırmayla, ispat kuvveti bakımından sanki takdirî delille kesin delil arasında üçüncü bir kategori yaratılmış olmaktadır.

bizzat asıl işveren işçisi sayılacaklardır. Toplu sözleşme yetki sürecinde işverenin sırf işyerindeki işçi mevcudunu bilinçli ve dürüst olmayan bir şekilde değiştirmek, işçi sendikalarının yetki almalarını baltalamak amacıyla yeni işçiler işe aldığı, işyerinde fiilen çalışmayan kimseleri işçi gibi gösterdiği ve bu nedenle muvazaalı işçi alımlarının işyeri mevcudunu değiştirmeyeceği⁷⁹⁰, böyle bir durumda kolaylıkla söylenebilecek midir? Herşeyden önce bu işçiler göstermelik kayıtlı işçiler olmayıp işyerinde fiilen çalışan, emek arz eden kimselerdir. Muvazaalı olduğu tespit edilen de iş sözleşmeleri değil, alt işverenlik sözleşmesidir. Özellikle, aynı zamanda taşeronluk sözleşmesinin akdedildiği tarih önceki ihale süresinin sona ermesine yakın bir tarihte de rastlıyorsa işverenin yeni dönem toplu sözleşme yetki prosedürünün başlayacağını hesaba katarak davrandığı ve bu yüzden o günlerde böyle bir alt işverenlik ilişkisi içine girdiği argümanı da zayıflayabilecektir. Kaldı ki işveren doğrudan doğruya kendi kararıyla yeni işçi almamakta, alt işverenlik sözleşmesinin incelenip incelenmeyeceğini bilmemekte (ki 3. maddeye göre her alt işverenlik sözleşmesinin incelenmesi zorunluluğu yoktur), sözleşme aleyhine raporu kabullenmeyip karşı çıkarak dava açmakta ancak neticede kesin hükümlerle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığı tespit edilmektedir. Bu hükmün yansımaları olarak da çok sayıda işçi, geçmişe etkili şekilde başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmakta, işçi sayısı da artmış olmaktadır. Bir yandan bizzat kanun hükmüyle bu işçilerin zaten (asıl) işveren işçisi oldukları, toplu sözleşme haklarının engellenmesi, haklarının kısıtlanması amacıyla alt işveren işçisi gibi gösterildikleri sonucuna ulaşılırken diğer yandan aynı işçilerin toplu sözleşme yetki sürecini başarısızlığa uğratmak amacıyla asıl işveren işyerinde işe alındıklarını söylemek bir bakıma 2. ve 3. maddenin öngördüğü yaptırımın özünü de inkâr etmektir. Bireysel iş hukuku alanında bu işçiler nasıl asıl işverene bağlanıyorsa kollektif iş hukuku ile ilgili sonuçları bakımından da

⁷⁹⁰ **Narmanhoğlu**, s. 373-374; Ayrıca bkz. **Soyer, P.**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1999, s. 11-12. Bir görüşe göre de, sendikanın çoğunluğunu engellemek amacıyla işe alınan işçiler gerçekte kısa süre de olsa çalışmışlarsa bu iş sözleşmelerinin muvazaalı olduğundan söz edilemez. Böyle bir durumda muvazaalı, fiilen çalışan bu işçilerin sözleşmelerinin hükümsüz olacağı gibi bir hukuksal yaptırımı beraberinde getirir ki böyle bir yaptırım kabul edilemez. Ancak teknik anlamda muvazaadan söz etmek isabetli olmasa da sendikanın yetkisini kırmak için kanunsuz bir uygulamayla işçi almak, işverenin sözleşme yapma hakkını kötüye kullanması niteliğinde olduğundan himaye edilemez ve bu işçilerin çoğunluk tespitinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülemez (**Özdemir**, s. 88-89). "...genel müdür ve yetki başvuru tarihinde işe muvazaalı alındığı belirlenen 9 işçi çıkarıldığında 93 işçinin çalıştığı, bunlardan 51'inin taraf sendika üyesi oldukları, sendikanın çoğunluğa sahip olduğu anlaşıldığından..." 9. HD. 13.2.2007 T., 3185 E., 3360 K. (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 478).

işçilerin baştan itibaren işyeri çalışan sayısına dahil olduğu gözetilerek sendikanın yetkili olup olmadığı belirlenecektir⁷⁹¹. Görüldüğü gibi koruma amacı ve hareket noktası bilhassa işçilerin haklarının temini, toplu sözleşme düzeniyle çalışabilmelerinin önündeki engellemeleri bertaraf etmek olan müessese, somut olayın özelliklerine göre zaman zaman bunu bizzat aksatan ya da oldukça geciktiren sonuçlar da doğurabilecektir.

Akyiğit'in alt işveren ilişkisinin geçersizliğinin etkileriyle ilgili haklı olarak işaret ettiği bir husus, 3. maddeye göre açılan davalarda hükmün verilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Yazar'a göre⁷⁹², asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınarak daha düşük koşullarda çalıştırılması durumunda, alt işverenlik tümüyle geçersiz sayılmaz, sadece asıl işverenden alınan bu işçiler bakımından anlamsız görülür ve onların yerine alt işveren problemsiz başka işçi alıp çalıştırarak alt işverenliğini sürdürebilir. Alt işveren işçilerinden bir kısmı asıl işverenin işçisiyken daha düşük ücretle çalıştırılıyor, diğer kısmı daha önce asıl işverenin işçisi olmamışlarsa tüm işçiler açısından alt işverenliğin geçersizliğini kabul etmek uygun düşmez. Diğer işçiler halen alt işverenin işçisidir ve alt işverenlik geçerlidir. Gerçekten 2. maddenin 7. fıkrasının bu konuda getirdiği düzenleme asıl işveren işçisi iken alt işveren tarafından işe alınıp daha düşük koşullarda çalıştırmaya devam olunmak suretiyle hakları kısıtlanan işçiler bakımındandır ve bu halde asıl işveren işçisi olarak işlem görecekle de sadece bu işçilerdir. Alt işverenin bu nitelikte olmayan diğer işçileri bakımından hem onlar asıl işveren işçisi sayılmayacak iken bir de alt işverenlik ilişkisinin tümüyle geçersiz görülüp çalışma imkânlarının ortadan kaldırılması çalışma hürriyetinin ihlalidir. Alt işverenin bu ilişkisinin ortadan kalkması üzerine diğer işçileri işten çıkarması da ihtimal dahilindedir ve herhalde amaçlanan bu değildir. Yasa'nın muvazaalı alt işverenlik ilişkilerini engelleyip bir kısım işçileri koruma gayreti, diğer işçilerin bir nevi cezalandırılmasına yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Esasen borçlar hukukunda kısmî muvazaa ve kısmî geçersizlik kabul edildiğine göre, alt işverenlik sözleşmesinin geçerliliğinin

⁷⁹¹ Bakanlık tarafından Sendika'nın yetkili olduğunun tespiti üzerine işverence 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca 6 işgünü açılacak davada İş Kanunu 3. madde bağlamında açılan davanın, çoğunluğu etkileyecekse işe iade davaları gibi, bekletici mesele yapılması gerekir. Yetki itirazının çözümü, muvazaalı alt işverenlik ilişkisi ile ilgili bu davanın neticesine de bağlıdır.

⁷⁹² **Akyiğit**, İşe İade, s. 58.

korunarak diğer işçilerinin o sözleşme çerçevesinde istihdamına devam edilebilmesi gerekir. Alt işveren ilişkisi, asıl işverenin hakları kısıtlanan işçilerine karşı ileri sürülemeyecek ise de, 2. maddenin 7. fıkrasındaki normun etki alanı dışında kalan diğer işçiler bakımından böyle bir geçersizlik hali söz konusu değildir. Öyle ki 7. fıkra bu hükmüyle, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını değil; asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalışmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanmasını yasaklamıştır.

Buna göre 3. madde uyarınca açılan davada alt işverenin bir kısım işçilerinin asıl işverenin eski işçileri olması ve alt işverence çalıştırılmaya devam edilerek haklarının kısıtlanması, ancak böyle olmayan alt işveren işçilerinin de bulunması halinde bu ayrık duruma ilişkin tespite kararda yer verilerek alt işverenlik ilişkisinin İş K. m.2/f. 7 uyarınca kısmen geçersiz olduğuna hükmedilmelidir. Çünkü dava tümüyle reddedilirse, alt işverenin işyeri tescili de iptal edilecek, taşeron sıfatıyla asıl işveren işyerinde üstlendiği hizmeti diğer işçileriyle o sözleşmeye dayalı olarak sürdürme olanağı kalmayacak, asıl işverenin bu durumdaki işçileriyle sınırlı olarak ve onlar lehine kabul edilmiş muvazaaya yaptırımını, diğer işçilerin aleyhine ve hükmün öngörmediği biçimde teşmil edilmiş olacaktır. HUMK m. 74 uyarınca tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir. Davacı işverenlerin alt işverenlik ilişkisinin tümüyle geçerli olduğu, muvazaaya dayanmadığı yönündeki iddia ve talepleri maddî hukuk karşısında tamamen kabul göremeyeceğinden, bu ilişkiyle asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanarak alt işverence çalıştırılması bakımından işverenler arasında geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığına, bu kısmî geçersizlik hali dışında işverenler arasında asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin mevcudiyetinin tespitine karar verilmelidir.

VII. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVALARINDA HÜKÜM

1. Davanın Reddi

Davanın görev, yetki, dava şartı yokluğu gibi usûl yönünden reddinin yanısıra hak düşürücü sürenin geçirilmesi, husumet, işçi veya işyerinin iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunmaması yahut feshin geçersiz olmaması nedeniyle

esastan reddedilmesi mümkündür. Alt işveren işçilerince muvazaa iddiası olmaksızın yahut daha önce İş Kanunu 3. madde uyarınca alt işverenlik sözleşmesinin muvazaa yönünden incelenerek muvazaaya dayanmadığının kesin olarak tespit edilmesinden sonra açılan işe iade davalarında asıl işverene alt işverenlerle birlikte dahi husumet yöneltilemeyeceği, bu halde asıl işveren yönünden davanın husumet nedeniyle reddi gerektiği görüşümüze yukarıda, taraflarla ilgili açıklamalarda yer vermiştik. Konu aynı zamanda hüküm bahsini de yakından ilgilendirmekte olup o açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz⁷⁹³.

İşe iade davalarında esastan red hükmü verilirken dikkat edilmesi gereken nokta, feshin geçerli nedene mi haklı nedene mi dayandığı hususunun kararda gösterilmesi gereğidir. Fesih türü açıklanmaksızın, genel bir ifadeyle “fesih geçerli olduğundan davanın reddine” şeklindeki hüküm aslında somut, gerçek gerekçeden yoksundur, tereddütleri beraberinde getirmeye elverişlidir. Çünkü fesih ister haklı nedene ister geçerli nedene dayansın işe iade davasının reddini gerektirmektedir. İşe iade davasının reddi için fesih sebebinin haklı neden ağırlığı taşıması, sözleşmenin haklı nedenle feshedilmiş olması zorunluluğu bulunmayıp, işçi geçerli neden teşkil eden bir sebeple dahi çıkarılmış olsa dava redde mahkûmdur⁷⁹⁴. Oysa nedenin ağırlığı ve feshin nitelenmesine dair bu ayırım, işçinin daha sonraki kıdem-ihbar tazminatı talepleri bakımından unsur etki gösterecektir⁷⁹⁵. Öyle ki, eğer mahkeme, dava konusu fesih işlemini incelemesi neticesinde iş sözleşmesinin İş K. m. 25/II. bent uyarınca haklı nedenle feshedildiği sonucuna ulaşırsa 1475 sK. 14. madde karşısında işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacaktır. Yine olayda 25. maddenin dört bent halinde sıraladığı haklı (derhal) fesih sebepleri varsa, ihbar tazminatından

⁷⁹³ Yukarıda § 5, II, 2, b, bb.

⁷⁹⁴ Fesihte geçerli neden – haklı neden ayırımı için bkz. **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 64 vd.; **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 44 vd.

⁷⁹⁵ “Davacının davalı aleyhine açtığı işe iade davası...mahkemece feshin haklı olduğu kabul edilerek reddedilmiştir. Ancak davacının temyizi üzerine Dairemizce feshin haklı olmayıp geçerli nedene dayandığı kararda gösterilmek suretiyle onama kararı verilmiştir. Taraflar arasında kuvvetli bir delil olarak nitelendirilebilecek işe iade davası gerekçeli onama kararı esas alınarak geçerli feshin sonucu ihbar ve kıdem tazminatına karar verilmek gerekirken taleplerin reddine karar verilmesi hatalıdır”. 9. HD. 21.9.2006 T., 3008/24492 (LEGAL İSGHD, 2007/13, C. 4, s. 323-324). Kararda, kuvvetli delilden bahsedilmektedir. Daha önce değindiğimiz gibi, ispat gücü bakımından ancak kesin delil, takdirî delil ayırımı yapılabileceğine göre, burada da vurgulanmak istenen; kesin hükmün unsur etkisi olmalıdır. Ayrıca bkz. **Akcan, R.**, Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği, SÜHFD, 2004/1-2, C. 12, s. 7 vd.

da söz edilemeyecektir (m. 25/f. 1, m. 17). Fakat 18 vd. maddeleri uyarınca geçerli bir fesih, işçinin anılan tazminat alacaklarına zarar vermeyecektir⁷⁹⁶.

Örneğin işveren iş sözleşmesini gerçekten derhal fesih nedenlerinden birine dayanarak feshetmiş, ispat faaliyetine girişerek haklı nedeni ortaya koymuş ve mahkeme de sözleşmenin İş Kanunu m.25/II. bent kapsamında “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller” nedeniyle feshedildiği yargısına varmıştır. Ancak hakim, derhal feshin evleviyetle geçerli bir fesih olduğu değerlendirmesi ve Kanun’un 18 vd. maddelerinde de “geçerli sebep, geçerli fesih” gibi ibarelerin esas alındığından hareketle sadece genel anlamda geçerli neden, geçerlilik denetimi yaptığını düşünerek hükümde, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle davayı reddettiğini bildirirse, aslında ortada haklı neden ağırlığında bir fiil ve derhal fesih bulunduğu halde işçi, bu fesih türünün kendisi aleyhine taşıdığı sonuçlardan kurtulmuş, kıdem ve ihbar tazminatlarını da almak suretiyle ödüllendirilmiş olacaktır. Böyle bir ihtimalde alacak talebinde bulunan işçinin, daha önceki davada feshin incelenerek kesin hükümle niteliğinin belirlendiği, işveren haklı fesih savunmasında bulunmasına rağmen hükümde feshin geçerli nedene dayandığının tespit edildiği, bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının ödenmesi gerektiği iddiasını ileri sürmesi mümkündür⁷⁹⁷. O itibarla her iki fesih türünün etki ve sonuçlarının farklılığı gözetilerek, işe iade davasına bakan hakimin feshin niteliğini tespit etmek suretiyle hükümde tereddüt yaratmayacak şekilde gerekçesini göstermesi gerekir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Elbette hizmet süresi, işçiye daha önce ihbar öneli tanınmaması gibi diğer şartların da bulunması şartıyla.

⁷⁹⁷ İşyeri servis aracında bir arkadaşıyla tartışmaya girip karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği, olaydan sonra işçinin darp nedeniyle rapor aldığı, işverence iş sözleşmesinin başka bir işçiye sataşma nedeniyle haklı feshedildiğinin savunulduğu bir uyuşmazlıkta, işyerinin tanımı yapılarak servis aracının da işyerinden sayıldığı vurgulanmış, haklı neden geçerli neden ayrımına yönelik açık bir değerlendirme yapılmadan sözleşmenin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır gerekçesiyle işe iade davasının reddine karar verilmiştir. 9. HD. 22.11.2004 T., 19146/25836 (LEGAL İSGHD, 2005/5, C.II, s. 271-272). Oysa, özellikle kavgayı davacı işçinin başlatıp başlatmadığının sataşma fiili bakımından belirlenerek hak düşürücü süreye de uyulmuşsa, sözleşme haklı nedenle feshedildiğinden davanın reddine karar vermek daha doğru olurdu. Bir başka kararda ise işverenin haklı neden savunması değerlendirilmiş, ancak feshe konu eylem haklı neden ağırlığında nitelenmese de geçerli neden teşkil ettiği gerekçeye alınarak işe iade davası reddedilmiştir. 9. HD. 31.1.2005 T., 304/2720 (Kılıçoğlu/Şenocak, C. I, s. 698-699).

⁷⁹⁸ Özellikle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK’nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması,

Üstelik, 20. maddeye göre açılan bu davada bizzat fesih işlemi ve nedeni ana sorundur. Bu sorunun ne yönde çözümlendiği, red kararının hangi gerekçeye dayandığı gösterilmelidir ki, mahkemenin dikkate alma ve değerlendirme yükümünü tam olarak yerine getirdiği anlaşılabilir⁷⁹⁹. Bir olayda, malzeme müdürlüğü ambarında şef göreviyle çalıştığı sırada bir şirkete teslim edilmesi gereken 31 ton hurda bakır telin kaybolması ile ilgili olarak haklı neden gerekçesiyle işten çıkarılan, açılan davada görevi ihmal suçundan cezalandırılmış bir işçinin işe iade davasında, mahkeme davayı kabul etmiş; Yargıtay, “davacının davranışından kaynaklanan geçerli bir neden bulunmaktadır” gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁸⁰⁰. Üstelik kararda, davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı belirlenerek, bu hususun re’sen dikkate alınacağına yer verildikten sonra feshin niçin incelendiği ve işçinin davranışından kaynaklanan geçerli nedene dayandığına hükmedildiği anlaşılamamaktadır.

2. Davanın Kabulü

a. Feshin Geçersizliğinin Tespiti

İş Kanunu 20. maddeye göre açılan davalarda asıl dava konusu feshin geçerli olup olmadığı, talep de feshin geçersizliğinin tespittir⁸⁰¹. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde dava açarken esasen bu fesih

tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Zira ancak böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda kararın gerekçeli olduğu kabul edilebilir. Hükmü kuran yargıcın buna uygun davranmaması halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. 9. HD. 18.2.2008 T., 2007/24556 E., 2008/182 K. (*Çalışma ve Toplum*, 2008/3, S. 18, s. 364-366).

⁷⁹⁹ Özekes, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 177. Ayrıca bkz. Birben, s. 350 vd.

⁸⁰⁰ 9. HD. 18.12.2006 T., 32683/33193 (*Çalışma ve Toplum*, 2007/4, S. 15, s. 153 vd.). Karar, doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve feshin geçerli değil, haklı nedene dayalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır (Ertürk-Arslan, A., Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayrımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, aynı eser, s. 161 vd). İşverenden, yürürlüğe girmemiş hukuk kurallarına uygun davranmasını bekleyen ve görevini uyarılara rağmen yerine getirmeyen bir işçinin sözleşmesinin İş K. m. 25/II-h bendi uyarınca feshini haklı değil, geçerli neden olarak niteleyen başka bir karar ve incelemesi için bkz. 9. HD. 23.12.2004 T., 17276/29157 (Soyer, P./Özekes, M., İşçinin Sözleşmeye Aykırı Davranması Yargı Kararıyla Ödüllendirilebilir Mi?, *LEGAL İSGHD*, 2005/8, s. 1612 vd.). Aktardığımız kısım, yerel mahkeme kararında ulaşılan sonuçtur. Temyiz incelemesinde ise feshin geçerli nedene dahi dayanmadığı kabul edilerek işe iadeye hükmedilmiştir.

⁸⁰¹ Çankaya/Günay/Göktaş, s. 220.

işleminin şekle aykırılık ya da geçerli bir nedene dayanmaması sebebiyle geçersiz olduğunun, iş sözleşmesinin sona ermeyip halen yürürlükte olduğunun tespitini istemektedir⁸⁰². Mahkemenin tespitiyle iş sözleşmesinin daha önceki (geçersiz) fesih beyanıyla ortadan kalkmadığı, halen varlığını sürdürdüğü belirlenmiş olur. *Feshin geçersizliğini tespit eden hüküm, izharî niteliktedir.*

Ancak 21. maddede açıkça düzenlendiği üzere bu davalarda sadece feshin geçersizliğinin tespiti ile yetinilmemektedir. İş güvencesi sisteminin özünü teşkil eden iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanması da göz önüne alınarak işçinin “işe iadesine” karar verilmektedir⁸⁰³. Zaten dava konusu fesih işlemi geçersiz olması nedeniyle yürürlükteki iş sözleşmesini sona erdirmeye elverişli olmadığından sözleşme halen hukuken ayaktadır; hak ve borçlarıyla sürmektedir⁸⁰⁴. O halde işverene düşen, işin ifasını kabul etmek, davacı işçisiyle iş sözleşmesine devam etmektir.

Davalı hakkında eda emri verilebilmesi, onun bir hukukî işlem ya da kanundan ötürü ifayla yükümlü, borçlu olmasını gerektirir. O halde sözleşmenin işçiden “işin görülmesini isteme hakkına” sahip tarafı olan işveren, bu konuda bir borçlu gibi değerlendirilebilecek midir? Hemen belirtelim, burada işverene, ifayı kabul yükümlülüğü getirilmiştir. 21. madde açıktır: “...*tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır*”. Bilindiği gibi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinde ücret borcunun borçlusu işveren, iş görme borcunun borçlusu işçidir (İş K. m. 8, BK. m. 313/1). Konumuzu ilgilendiren ve işe iadenin niteliği bakımından önemli olan, iş görme borcu ve ifayı kabul yükümlülüğüdür. İşçi ifaya, iş görme edimini sunmaya hazır olmak kaydı ile, işçisine iş verme işveren bakımından sadece kendisine arz edilen hizmet edimini kabul etme hakkı değil; yerine getirilmesi gerekli bir borçtur⁸⁰⁵. Nitekim, Borçlar Kanunu’nun 324. maddesinde iş verilmesini isteme hakkı, 325.

⁸⁰² **Löwisch**, s. 375.

⁸⁰³ Doktrinde, işe iade kararının bir eda hükmü olduğu ileri sürülmüştür (**Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 148; Aynı Yazar, Armağan, s. 495).

⁸⁰⁴ **Ekonomi**, İş Güvencesi Semineri, s. 57; **Löwisch**, s. 376.

⁸⁰⁵ **Oğuzman, K.**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 69 (doktora tez metni); **Zevkliler**, Özel Borç İlişkileri, s. 314.

maddede iş sahibinin temerrüdü başlığı altında iş sahibinin işi kabulde temerrüt etmesi, İş Kanunu'nun m.24//2-f bendinde ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırıldığında işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği takdirde, aradaki ücret farkının zaman esasına göre ödenmesi gerektiği, aksi halde işçinin derhal fesih hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Aynı hükme göre işveren çalışma şartlarını uygulamaz, bir diğer ifadeyle sözleşmeye uygun şekilde iş vermezse yine iş verme borcunu ihlal etmiş olacaktır⁸⁰⁶. Feshin geçersizliği tespit edildiğine göre, taraflar arasındaki iş sözleşmesi yürürlüktedir ve işveren de iş verme borcu altındadır. Bu aynı zamanda işverene, kesinleşen tespit kararının tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlatılması için başvurarak edimini sunmaya hazır olduğunu bildiren işçinin edimini kabul, hatta işçi kendiliğinden işyerine girip çalışmaya başlayamayacağından hazırlık fiillerini yerine getirerek ifaya katılma borcu yüklemektedir. Bu, karşılıklı sözleşme olan iş sözleşmesinde işverene, iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla değil; onun aynı zamanda taşıdığı borçlu sıfatına istinaden getirilen bir yükümlülüktür. Eser sözleşmesinde işi şahsen ifa etmesi gereken müteahhit öldüğü ya da işi tamamlamaktan aciz kalması halinde tamamlanmış bölüm kullanıma elverişli ise iş sahibinin onu kabul etmek ve bedelini vermeye mecbur olması (BK. m. 371), satım sözleşmesinde alıcının kendisine gerekli koşullara uygun şekilde sunulan şeyi teslim almakla yükümlü olması (BK m. 208) gibi. Tüm bu düzenlemelerde alacaklı sıfatı esas alınmamış, sözleşmenin tarafı olarak ona borç yüklenmiştir. O halde buna aykırılık alacaklı temerrüdünün değil, borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarına tâbidir.⁸⁰⁷ Öyle ki, İş Kanunu 21. maddesi bu borcun yerine getirilmemesi halinde işçinin talep edebileceği tazminatı da alt ve üst sınırları göstererek belirlemiştir. O halde hükmün işe iade ile ilgili yönü, sanki bir alacaklının ifaya mahkum edilmesiymiş gibi algılanıp garipsenmemelidir. Burada işveren iş görme borcunu talep hakkına sahip kişi değil, ifaya katılma ve ifayı kabul yükümlüsüdür⁸⁰⁸. Elbette

⁸⁰⁶ Oğuzman, Fesih, s. 71.

⁸⁰⁷ Üçer, M., Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007, s. 30-33; Oğuzman, Fesih, s. 69; Zevkliler, s. 135.

⁸⁰⁸ Yargıtay da bir kararında bu sonuca temas etmektedir. "Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğu tespitidir. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiği anlaşılmaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret

bunun için işçi tarafından ifa teklifinin 21. maddenin öngördüğü sürede yapılması, işe başlama iradesinin muhatap işverene gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde, fesih geçerli bir fesih sayılır⁸⁰⁹.

Diğer yandan mahkemece işe iade yönünde ayrıca karar verilmesi zorunlu değildir. Hükümde feshin geçersizliği tespit edildikten sonra “işçinin işe iadesine” şeklinde bir ifadeye yer verilmemesi kararın sonucunu etkilemeyecektir. Asıl olan, feshin geçersizliğinin tespit edilmesidir, istenen hukukî koruma buna yöneliktir⁸¹⁰. Uygulamada gerek yerel mahkeme gerekse Daire kararlarında “feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine” şeklinde hüküm verilmesi standart bir hüküm fıkrası olarak yerleşmiştir. Dava dilekçelerinde de talep sonucu böyle formüle edilmektedir. Esasen işe iade ibaresi bulunmasa dahi feshin geçersizliğini tespit eden hüküm, işçinin süresinde başvurması kaydıyla, işverenin işe başlatma yükümlülüğünün bulunduğunu göstermeye yeterlidir. 21. maddeye de bakıldığında, “işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır” denilerek bu esas kabul edilmiştir. Kararda ayrıca işe iadeye hükmedilmesinin zorunlu bir unsur olmadığı, tespit hükmünün yasa gereği ve iş sözleşmesinin halen devam etmekte olmasının bir sonucu olarak, zaten özünde işverenin ifayı kabul yükümlülüğünü de barındırdığını göstermektedir. Buna göre işe iadede söz edilmesi de davalı işverenin böyle bir yükümlülüğün tespiti mahiyetindedir. Bu takdirde eda hükmü çağrışımı da ortadan kalkacaktır. Ayrıca işveren henüz karar yahut kararın kesinleşme tarihinde muaccel bir borcun borçlusu da değildir. Davalının ifaya katılma ve ifayı kabul yükümlülüğü kararın kesinleşmesinden sonra 21. maddenin 5. fıkrasındaki süreye riayet edilerek davacı işçinin işe başlama iradesini sergilemesinin ardından doğmaktadır ve bu aşamada da işverene bir aylık yasal mehil tanınmıştır.

alacağına ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin devam ettiğine işaret etmektedir...” 9. HD. 14.2.2005 T., 43/4089 (**Ertekin**, s. 346-347).

⁸⁰⁹ Bu konuya aşağıda şarta bağlı hükümle ilgili olarak dönülecektir. Bkz. § 9, VII, 3.

⁸¹⁰ **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 221-222.

Bazı kararlarda, özellikle feshe son çare olarak başvurulmaması nedeniyle feshin geçersizliğinin tespit ve davanın kabul edildiği hallerde, işe iadeye hükmetmekle yetinilmeyip hangi işe iade edildiğinin gösterildiğine, eski işi yerine çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gereğinden söz eden içtihatlarla rastlanmaktadır⁸¹¹. Kanımızca, bu tür kararlarla işe iade davalarının amacı ve sınırı aşılıp, hakim doğrudan doğruya işverenin sevk ve idare yetkisine müdahale eder hale gelmektedir. Mahkemenin görevi, dava tarihinden önce gerçekleşen fesih işleminin geçerli olup olmadığını ve böylece sözleşmenin halen varlığını koruyup korumadığını tespit etmektir. Bu yapılırken işyeri organizasyonunu feshe son çare olarak başvurulması gereği bağlamında inceliyorsa ve sonuçta işçinin işyerinde başka bir pozisyonda çalıştırılma olanağının bulunduğu anlaşılıyorsa dahi bu, davadan sonra işçinin mutlaka o yeni işe iade edilmesini zorunlu kılan ve işverenin işini bu yönde düzenlemesi gerektiğini hükümle emreden bir mahiyet taşımamalıdır. Kaldı ki, mahkeme tahkikat sırasında ancak fesih esnasındaki duruma göre bir inceleme ve değerlendirme yapabileceğinden, varsa işçinin başka bir işte çalıştırılması olanağını gösteren boş kadro, ancak o dönem için değerlendirmeye alınabilir. Ultima ratio (feshin son çare olması) ilkesi, işverenden fesih sırasında bile yeni bir kadro ihdas etmesini bekleyemez, isteyemez⁸¹² iken karar ve işe iade başvurusu sırasında halen o kadronun boş olduğu tümüyle bir varsayımdır. Böyle bile olsa verilen karar, işverenin yönetim hakkında müdahaledir⁸¹³. Benzer şekilde, fesih sırasında çalıştığı işyerinin dava sırasında kapanması üzerine işçinin, işverenin bir başka ildeki işyerine re'sen iade edilmemesi gerekir⁸¹⁴.

İşçinin eski işine iadesi esastır ve önemli olan dava konusu fesih işleminin geçersizliğidir. İşverenin işçiyi işe başlatmayla ilgili kararı veya hangi yerdeki işe başlattığı 21. maddedeki işe başlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi

⁸¹¹ “Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar verilmelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı(nın) belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmele birlikte, somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psiko-teknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekir” 9. HD. 12.6.2007 T., 8740/18743 (*Sicil*, 2008/Mart, S. 9, s. 62 vd.; *T. Canbolat*'ın kararı isabetli bulan incelemesiyle).

⁸¹² **Berkowsky, W.**, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. München 2005, s. 44; **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 52-53; **Engin**, s. 92.

⁸¹³ **Uşan**, s. 16.

⁸¹⁴ Bkz. 9. HD. 12.12.2005 T., 36029/39128 (**Uşan**, s. 28).

ve bu doğrultuda işçinin, iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmadığına ilişkin ayrı bir dava konusudur. Kaldı ki, örneğin Kocaeli’ndeki işyerinde çalışmış olan, bu ilde ikamet eden bir işçiyi re’sen Ankara’daki işyerine iade etmek, davacının o işyerinde çalışmak üzere başvurmak zorunda olması gibi bir sonuç doğuracaktır. Özellikle iş koşullarında esaslı değişikliğe dair İş Kanunu’nun 22. maddesindeki yasal şartlar ortadayken bu değişikliğin bir bakıma mahkeme hükmüyle yaratılması kabul edilemez. Bu tür aksaklıklar, feshin geçersizliğini tespit ettikten sonra işe iade yönünde ayrıca hüküm verilmesinden doğmaktadır. İş Kanunu 21. maddesinin açık hükmüne göre, mahkemece feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, işçinin süresi içinde başvurması kaydıyla, işverenin işin ifasını kabul yükümlülüğünün, iş verme borcunun doğması bakımından gerekli ve yeterlidir. Ardından işe iade yönünde hüküm kurulurken işçinin hangi yerdeki ve hangi işe iade edildiğinin belirtilerek tarafların iradeleri hilafına sözleşmeye, işverenin yönetim hakkına müdahalede bulunulması yeni sorunları beraberinde getirmektedir. İşe iade davası, taraflar arasındaki iş ilişkisini yeni koşullarla düzenlemek amacıyla açılmadığı gibi mahkemenin de böyle bir yetki ve görevi bulunmamaktadır.

b. İşe Başlatmama (İş Güvencesi) Tazminatı ve Boşta Geçen Süre Ücreti

İşveren işçiyi işe başlatmazsa işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme (veya özel hakem) feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler (m. 21/f. 1, 2). Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (f. 3).

İşverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde ödemesi gereken tazminat tutarı, işe başlatmama tarihindeki ya da bir ay boyunca işveren hareketsiz kalmışsa bir aylık süre sonundaki ücret seviyesine göre belirlenecektir. Ancak kaç aylık ücret tutarında tazminat ödeneceğinin alt ve üst sınırları (en az dört en çok sekiz aylık) yasada belirlenmiştir⁸¹⁵. Bu sınırlar dahilinde tazminatta kaç aylık ücretin esas alınacağı hakimın takdir yetkisindedir. Hakim, takdir yetkisini

⁸¹⁵ Fesih sendikal nedene dayanıyorsa belirlenecek tazminatın miktarı işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz (Sendikalar Kanunu m. 31/f. VI).

kullanırken işçinin kıdemi, pozisyonu, fesih nedeni gibi hususları dikkate alınmalıdır⁸¹⁶. Fesih bildiriminde işverence kullanılan ifadeler bir hukukî ilişkiyi sona erdirmeye iradesini açıklamaktan öte işçinin kişilik değerlerini zedeleyecek ağırlıktaysa bu husus tazminatın alt sınırdan belirlenmemesine bir gerekçe olabilmelidir. Kıdemin takdir hakkına etkisi bakımından, işçi lehine tazminatın belirlenmesinde ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınması mümkündür. Ancak işçi kıdemsiz ise alt sınırdan tazminata hükmedilmelidir şeklinde genelleme yapılmamalı, aynı fesih sebebiyle, aynı şekilde işten çıkarılan işçiler arasında kıdemsiz işçi için daha az tazminat belirlenmemelidir. Esas olan, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığıdır⁸¹⁷. Hakim tazminat miktarına esas olacak ücreti belirlerken dayandığı gerekçeleri de açıklayıp kararında göstermek zorundadır. Tanınan takdir yetkisi keyfîlik değildir. Bu noktada HUMK 74. madde de dikkate alınmalıdır. Örneğin işçi, işe başlatmama halinde 4 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesini talep etmiş ise mahkemece talep aşılarak işe başlatmama halinde 6 aylık ücret üzerinden tazminat ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilemez⁸¹⁸.

Boşta geçen süre ücreti ile diğer haklar bakımından dikkate alınacak süre, feshi izleyen ve kararın kesinleşmesine kadar geçen dönemin en çok dört aylık kısmıdır. Yerel mahkemede hüküm verilirken dört ay zaten geçmişse artık kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık değil; doğrudan dört aylık süre için karar verilmelidir. Aynı esas Yargıtay'ca işin esası hakkında karar verilirken de dikkate

⁸¹⁶ Takdir yetkisinin kullanılması da HUMK m.428/5 gereğince, meselei maddîyenin takdirinde hata edilmesi kapsamında temyiz denetimine tâbidir (**Ansay**, s. 340). "...Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Dosya içeriği, davacının işçilikte geçen çalışma süresi ve fesih nedeni dikkate alındığında anılan maddede belirtilen alt sınırdan ayrılmayı gerektiren bir neden bulunmadığı halde işe başlatmama tazminatının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmiş olması hatalıdır" 9. HD. 8.5.2006 T., 113/12942 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. II, s. 54). "20 yıldan fazla hizmeti bulunan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır" 9. HD. 17.4.2006 T., 7578/10426 (**LEGAL İSGHD**, 2006/11, C. 3, s. 1000-1001).

⁸¹⁷ **Ekmekçi**, İşe İade Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 175.

⁸¹⁸ Fakat taleple bağıllık ve tasarruf ilkesi bakımından 21. maddenin son fıkrasına göre geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin sözleşmelerle hiçbir suretle değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu öngören hükmün mutlak emredici karakteri dikkate alınarak işçi, 21. maddeye göre tazminatın alt sınırı 4 aylık ücret olmasına rağmen 2 aylık ücret tutarında tazminat talep etmişse hakim in re'sen bu sınırlara uygun bir miktara hükmetmesi gerektiği, bu noktada taleple bağıllık kalınmayacağı görüşü ileri sürülmektedir (**Akyiğit**, C. I, s. 809). Biz, bu takdirde de taleple bağıllık kuralının göz ardı edilmemesi gerektiği, maddede öngörülen miktarın altında tazminat istenmişse bunun aşılmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz (**Kılıçoğlu/Şenocak**, İş Güvencesi, s. 485 ve orada anılan Yargıtay kararı).

alınmalıdır. Benzer şekilde, kararın kesinleşme tarihinde henüz dört ay dolmamışsa aradan geçen zaman belli olduğundan bu süre Yargıtay tarafından hüküm verilirken gösterilmelidir⁸¹⁹. Ancak yerel mahkeme için aynı şey söylenemez. Hakimin kararı verdiği tarihte dört ay henüz geçmemiş olmakla birlikte, kararın hangi tarihte kesinleşeceği belli olmadığından, hüküm fıkrasında kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklara...yer verilmelidir.

Öte yandan Yargıtay'ın, talep olmasa da boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına re'sen hükmedilmesi gerektiği görüşüne⁸²⁰, boşta geçen süre ücreti bakımından katılmıyoruz⁸²¹. Bilindiği gibi medenî yargılama hukukunda tasarruf ve taleple bağlılık ilkeleri benimsenmiştir. Hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemeyeceği gibi (HUMK m. 72), kanunda açıkça gösterilen haller dışında hakim her iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez (m. 74). Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar olunamaz (m. 79). Tasarruf ilkesinin karşıtı olan kendiliğinden harekete geçme ilkesi ise bazı çekişmesiz yargı işlerinde uygulanır. Yine kanunun açıkça gösterdiği

⁸¹⁹ **Özekes**, Armağan, s. 501.

⁸²⁰ “Boşta geçen süre ücreti feshin geçersizliğinin bir sonucu olup talep olmasa da re'sen dikkate alınmalıdır” 06.12.2004 T., 8609/26668 (**Ertekin**, s. 395-396); “4857 sayılı kanunun 21. maddesinde düzenlenen...ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkin hususların re'sen göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğinden...” 9. HD. 23.3.2005 T., 7281/9469 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 638). Aynı yönde 9. HD. 21.6.2004 T., 2004/20174 E., 2005/179 K. (**Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, s. 177-178); 21.9.2004 T., 4911/19627 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. II, s. 107). *Kılıçoğlu*, bir vesileyle şunları ifade etmiştir: “İade davasının içerisinde 4 aya kadar boşta kalan süreye resen karar verilebilir mi – verilemez mi? Verilir. Çünkü 21. maddenin son fıkrası, ilk üç fıkranın emredici olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla kamu düzenidir. Kamu düzenindeki bir isteği de resen biz değerlendiriyoruz” (**Kılıçoğlu, M.**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, Mayıs 2005, Soru-Cevap-Tartışma, s. 218). Yargıtay uygulamasını isabetli bulan görüş, **Süzek**, s. 588.

⁸²¹“Mahkemenin dört aya kadar ücret tutarına hükmedebilmesi için, işçinin bu yolda talepte bulunmuş olması gerekir. Yoksa işçinin salt iadeyi talep etmesi durumunda, bunu aşarak ücret alacağına hükmetmesi taleple bağlılık kuralına aykırıdır. Buna karşılık, Mahkemenin tazminata hükmedebilmesi için, işçinin işe iadeyi talep etmiş olması gerekli ve yeterlidir, ayrıca tazminat talebinde bulunması gerekmez. Bu sonuç taleple bağlılık kuralına da aykırı değildir. Zira tazminat, işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucudur” (**Ekmekçi**, İşe İade Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 178). İşe iade talebi, işe iade edilmeme halinde onun alternatifi olan tazminatı da içinde barındırdığından mahkeme, işe iade yönünde karar verince ondan ayrılamaz şekilde tazminata da hükmedecektir. Kararın kesinleşmesine kadar en fazla dört aylık ücretin ayrıca talep edilmesi gereklidir. Ücrete karar verilmesi için işe iade hakkında karar verilmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir; ondan bağımsız bir haktır (**Özekes**, Armağan, s. 485). “Bu düşünce tazminat bakımından isabetli ise de, taleple bağlılık kuralı karşısında, en çok dört aylık ücret tutarı açısından yerinde değildir” (**Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 63). Aynı yönde **Çil**, C. I, s. 315. Ayrıca bkz. **Uçum**, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, s. 84.

hallerde, kamu yararı düşüncesiyle tasarruf ilkesi kendiliğinden harekete geçme ilkesiyle sınırlanmıştır. Bu davalarda, davanın kabulü ya da ikrar hakimi bağlamaz, taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemez, tahkim sözleşmesi yapamazlar⁸²². Oysa işe iade davaları bu nitelikte değildir. Davacı davasından feragat edebileceği gibi işverence davanın kabulü mümkündür⁸²³; 20. maddeye göre taraflar anlaşılırlarsa uyuşmazlığı özel hakeme götürebilirler; hakim, tarafların ikrarıyla bağlıdır.

Düzenlemenin emredici olduğundan hareketle, dava edilmemiş bir hakla ilgili olarak hakimin kendiliğinden harekete geçerek, talep olmasa da o konuda hüküm vereceğinden söz etmemek gerekir. Bu, şuna benzer: Bilindiği gibi asgarî ücretle ilgili emredici kuralın aksine taraflar sözleşme ile asgarî ücretin altında ücret kararlaştıramazlar. İşveren Şubat-Mart-Nisan aylarında asgarî ücretten düşük ücret ödese ve davacı işçi de davasını bunlardan sadece Şubat ve Mart aylıklarına hasrederek iki ay için fark ücret alacağı talep etse, hakim dosyadan Nisan ayında da asgarî ücretin altında ücretle çalıştırıldığını gördüğü ve asgarî ücret emredici bir düzenleme olduğu için, talep olmamasına rağmen, re'sen Nisan ayı fark ücret alacağına da hükmedecek midir? Hayır. Demek ki, bir hakkın emredici düzenlemeye dayanması ile bu hakkın dava konusu yapılarak mahkemeden talep edilmesi aynı şey değildir. Ve, hakimin neye hükmedebileceğini gösteren, hükmün azamî sınırlarını çizen tasarruf ilkesi ile taleple bağlılık kuralı da talebin dayanağı normun karakteriyle değil, mahkemeden neyin istendiği ile ilgilenir. Boşta geçen süre ücretinin feshin geçersizliğinin tespitine bağlı, fer'i bir hak olarak düzenlenmesi, onun kendiliğinden bu tespit talebinin zorunlu ve ayrılmaz bir unsuru olarak nitelenmesini beraberinde getirmez. Objektif dava birleşmesinde asıl talebe bağlı fakat yan/yardımcı unsurlar ayrıca ileri sürülmesi ve karara bağlanması gerekli taleplerdir. Zaten bu yüzden işçinin işe başlatılması boşta geçen süre ücretini konusuz bırakmamakta, sona erdirmemektedir. Özellikle dava sırasında işçinin işe

⁸²² Kuru, C. II, s. 1918.

⁸²³ “İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiş...davacı vekili temyiz aşamasında davadan feragat ettiklerine dair dilekçe vermiştir. Feragat HUMK.nun 96. maddesi uyarınca davayı sonuçlandıran usûlü bir işlemdir. Karar kesinleşinceye kadar davadan feragat edilebilir...” 9. HD. 25.12.2006 T., 27493/34588 (Kılıçoğlu/Şenocak, C. I, s. 1528).

başlatılması halinde “açıkça feragat edilmemişse” boшта geçen süre ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin içtihatlar⁸²⁴ göz önüne alındığında, bizzat Yargıtay’ın da bu dava konusu üzerinde davacı işçinin serbestçe tasarruf edebileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, talep edilmese dahi boшта geçen süre ücretine re’sen hükmedileceği yolundaki kararlar kanımızca Usûl’ün genel ilkeleriyle de Yargıtay’ın anılan içtihatları ile de çelişmektedir.

İşe başlatmama tazminatı ise, feshin geçersizliğinin tespiti talebinin içinde yer almasının yanısıra işverence hükme ve başvuruya rağmen işe başlatılmama ihtimalinin yasa tarafından öngörülen yaptırımıdır. Mahkeme, davacının talep sonucuna zımnen dahil olan talep hakkında da karar verebilir ve bu HUMK 74. maddeye aykırı değildir⁸²⁵. Zaten İş Kanunu 21. maddesinin ikinci fıkrasında “mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler” şeklindeki düzenlemeyle, feshin geçersizliği tespit edilmiş ise, hakimin mutlaka işe başlatmama tazminatına da hükmedeceği öngörülmüştür. Ayrıca tazminat miktarını belirlemede takdir yetkisi tanınan, işe iade davasına bakan hakimdir ve takdir yetkisi hakimin işe iade davası neticesinde vereceği hükmü şekillendirmede kullanacağı ayrılmaz bir unsurdur. Bunun bölünerek geçersizliğin tespiti ve işe iade kararını bir hakime; o çerçevede takdir yetkisinin kullanılmasını ise, tazminatın belirlenmesini yeni bir uyuşmazlık konusu haline getirerek bir başka hakime bırakmak kabul edilemez. Verilen hüküm dava konusu uyuşmazlığı yasal düzenlemenin öngördüğü esaslara uygun bütünlükle çözmeli, yine işveren de bir aylık süre içinde işçiyi çalıştırmaya devam edip etmeme yönünde bir karar alırken kesin hüküm uyarınca tâbi olduğu yaptırımı bilmelidir.

⁸²⁴ “Bu durumda davacı işçi açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boшта geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir” 9. HD. 2.5.2005 T., 12237/15014 (Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade, s. 998). “Diğer taraftan davacı işe başlatılması nedeni ile davadaki tüm taleplerinden vazgeçtiğine göre boшта geçen süre ücreti, vekalet ücreti ile yargılama gideri de hüküm altına alınmayacaktır” 9. HD. 24.1.2005 T., 2004/21811 E., 2005/1192 K. (Ertekin, s. 357-358).

⁸²⁵ Kuru, C. III, s. 3109.

Tazminat ve boŖta geçen süre ücretine miktar olarak hükmedilmez. Sadece süre olarak belirtilmesiyle yetinilmelidir⁸²⁶. Gerçekten bu dava bir alacak davası olmadığı gibi, özellikle iŖe baŖlatmama tazminatı bakımından parasal miktarın ana hesap unsuru olan ücret seviyesi belli ve belirlenebilir değildir. Çünkü burada esas alınacak ücret iŖverence iŖe baŖlatılmama tarihindeki ücret olduğundan hükmün verilmesinden sonraki döneme iliŖkindir. BoŖta geçen süre creti ve diğer haklar bakımından, miktarın hesaplanmasına esas kalemler yargılama sırasında ve bazen yerel mahkemenin kararını vermesinden sonraki sürece bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Azamî dört aydan önce davayı bitiren mahkeme, kararın ne sürede kesinleŖeceėi belli olmadığından bu kalemi zaten miktar olarak hesaplayamaz. Böyle bir ihtimalde ücret ve ekleri ile sosyal yardımlardan ibaret hesaplamanın Yargıtay tarafından yapılması, kararın verildiği gün itibariyle örneğin 3 ay 21 günlük süre için tutarın ne olduğu hakkında tarafların ayrıca Yargıtay'da iddia ve savunma ileri sürmeleri, delil ibraz etmeleri, Yargıtay tarafından bu delillerin incelenmesi, muhtemelen ortaya çıkacak ücret uyuŖmazlıklarının giderilmesi, iŖi toplu szleŖme kapsamında istihdam ediliyorsa boŖta geçen süre için toplu szleŖme intibakının sağlanması, hüküm mahkemesindeki bir alacak davası gibi tahkikat yapılması, belki bu esnada bilirkiŖi raporu alınması gibi gereklilikler ortaya çıkacaktır. Bu ise hüküm verilmiŖ bir davada, temyiz incelemesinin sınırlarının ve fonksiyonunun ötesinde yargılamanın Yargıtay'da sürdürülmesi demektir. Hükmün verilmesinden sonra, kesinleŖen kararın iŖiye tebliğ tarihi, iŖinin iŖverene baŖvurusu ve iŖverence iŖe baŖlatmama tarihleri ile buna bağlı olarak ücret seviyesi bilinmediğinden iŖe baŖlatmama tazminatına da tutar olarak hükmedilmeyecektir.

c. Daha önce denen Tazminatların Mahsubu

İŖ Kanunu 21. maddeye göre, iŖi iŖe baŖlatılırsa daha önce (geçersizliği tespit edilen fesih sırasında) denen kıdem, ihbar tazminatlarının boŖta geçen süre creti ve diğer haklarından mahsubu gerekmektedir. Kanun dördüncü fıkrada, açıkça mahsubun boŖta geçen süre ücretiyle ilgili kalemden yapılacağını belirtmek yerine

⁸²⁶ 9. HD. 11.12.2003 T., 19181/19777 (il, C. I, s. 388-389); 9. HD. 10.02.2004 T., 22556/1895 (Akyiğit, C. I, s. 825). Aksi grŖ, TaŖkent, Komite 2004, s. 70; Ekmekçi, İŖe İade Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 180; Duran, A., s. 810-811. BoŖta geçen süre ücretinin tahsiline, miktar olarak ve iŖe iade Ŗartına bağlı olacak Ŗekilde hükmedilebileceği grŖ il, C. I, s. 315.

çoğul takısıyla “yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödeme” ifadesini kullanmış ve yukarıdaki hükümlerde aynı zamanda işe başlatmama tazminatına da yer verilmiş olmakla birlikte, işçi işe başlatıldığına göre artık iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatı zaten gündeme gelmeyeceğinden düzenlemenin üçüncü fıkradaki boşta geçen süre ücretiyle ilgili hükmü hedeflediği tabiidir.

Dava malzemesi arasındaki tazminat ödeme belgesi gibi delillerden iş sözleşmesinin kıdem, ihbar tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini gören hakimin, mahsupla ilgili fıkrayı da kararında göstermesi gerekir. Çünkü bu husus, belirlenecek boşta geçen süre ücretini, işe başlatma haliyle sınırlı olmak üzere, yasa gereği zorunlu olarak etkileyecek bir unsurdur⁸²⁷.

3. İşçinin Süresi İçinde Başvurması ve Şarta Bağlı Hüküm

İş Kanunu'nun 21. maddesi davanın kabulüyle feshin geçersizliğinin tespit edilmesini yeterli görmemiştir. Mahkemece fesih işleminin geçersiz olduğu kesin hükümle tespit edilmiş olsa da davacı işçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurma zorunluluğuna uymazsa feshin geçerli bir fesih sayılacağını kabul etmiştir (f. 5). İşe iade davasında, şekil ve geçerli neden yönünden denetlenerek fesih işleminin geçersizliği, bir şarta bağlı olarak tespit edilmektedir. Bu şart, tespit hükmünün verilmesinden sonrasına ilişkin ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan, işçinin tercihi, iradesine bağlı bir olgudur⁸²⁸.

Gerçekten geçersiz fesih sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği tespit edildiğine göre işçi, buna uygun olarak iş görme edimini ifaya hazır olduğunu işverene bildirmeli, geçerli bir ifa teklifinde bulunmalıdır. Ancak böyle bir ifa teklifi karşısında işverenin ifaya katılma ve ifayı kabul borcundan söz edilebilir. 21.

⁸²⁷ “davacı işçinin hizmet akti ihbar tazminatı peşin ödenerek feshedildiğine göre, işçiye ödenen bildirim süresine ait bu ücretin işverence işe başlatılması halinde davacıya ödenecek boşta geçen günler ücretinden mahsubuna da karar vermek gerekirken bu konuda bir hüküm verilmemesi hatalıdır” 9. HD. 15.10.2003 T., 16116/17101 (Çil, C. I, s. 400-401).

⁸²⁸ Hükümde bir hakkın varlığı ya da halihazırda varlığı tanınan bir hakkın sona ermesi, geleceğe ait ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmışsa bu durumda şarta bağlı hükümden söz edilir (Postacıoğlu, İ., Şarta Muallak Hükümler, AD., 1941/2, s. 113; Tanrıver, S., Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 83).

maddede ifa teklifinin yapılması için süre, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren azamî on işgünü olarak belirlenmiştir.

Elbette işçinin süresi içinde işverene başvurması, ancak davanın sonuçlanması ve kararın kesinleşmesinden sonra gündeme gelebileceğinden, mahkemenin hüküm vermesi ve feshin geçersizliğini tespit etmesi için aranan bir şart değildir. Mahkeme yargılama boyunca dava malzemesini, tarafların iddia ve savunmalarını, delilleri inceleyip bir yargıya varmış, dava konusu fesih işleminin geçersizliğini tespit etmiştir. Bu anlamda davacının talep ettiği hukukî koruma mahkemenin üzerine düşen görev çerçevesinde sağlanmıştır. Ancak bunun etkinlik kazanması, tespit hükmüyle amaçlanan korumanın gerçek anlamda hüküm sonuç doğurması davacı işçinin on işgünlük hak düşürücü süre içinde işverene başvurma şartını yerine getirip getirmemesine bağlıdır. Aksi halde hükümde tespit edilenin tam tersine fesih işlemi geçerli sayılacaktır. Her dava gibi işe iade davası da şarta bağlı açılmamaktadır. Şartın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre mevcut olacak ya da ortadan kalkacak olan, davanın ve kabul hükmünün sonuçlarıdır. Hakimin kararı ve doğuracağı hükümler muhakemeye yabancı bir olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıdır⁸²⁹.

HUMK madde 388/f.6 ve 389 uyarınca, verilen kararda taraflara yüklenen hak ve borçların tereddüte yer bırakmayacak şekilde hüküm fıkrasında gösterilmesi, hükmün açık olması gerekir. Şarta bağlı hüküm ise bu kuralla bağdaşmayıp, hükmü kesinlik ve sadelikten uzaklaştıracağından şarta bağlı hüküm verilemeyeceği kabul edilmektedir⁸³⁰.

⁸²⁹ Üstündağ, s. 803-804; Postacıoğlu, Şarta Muallak Hükümler, s. 113.

⁸³⁰ Üstündağ, 804-806; Kuru, C. III, s. 3073; Berki, Ş., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959, s. 73; Berkin, s. 211; Muşul, s. 61; Pekcamitez/Atalay/Özekes, s. 524; Tanrıver, s. 87. “Mahkeme kararlarının kayıtsız ve şartsız olması, infazda hiçbir kuşku uyandırmayacak derecede açık ve kesin olması gereklidir. İlamın infazı bazı ihtirazi kayıtlarla sınırlandırılmaz, bazı koşulların tahakkukuna bağlı tutulamaz. Hükmün üçüncü bendinde istek belirli bir zamanla kısıtlı ve sınırlı olarak askıda bırakılmış, bu konuda kesin bir karar vermekten kaçınılmıştır. Mahkemece uyumsuzlukların kesin ve açık olarak çözümlenmesi zorunludur. Hakim kural olarak uyumsuzluğu şimdilik şöyle bir çözüme bağladım, gelecekte koşullar değişirse başka türlü karar veririm diyemez. Hakim, davanın açıldığı gündeki koşul ve yasalarla bağlıdır. Hakim, yarın başka şeyler olabileceğini düşünerek bugünkü davayı kesin bir çözüme bağlamaktan kaçınmaz” 1. HD. 12.1.1978 T., 10977/144 sayılı bozma ilamı ve bu kararı benimseyen HGK. 18.9.1981 T., 1/180-608 sayılı kararı (Tutumlu, M. A., Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçeli Karar, Ankara 2007, s. 354). Karşı görüşteki Postacıoğlu’na göre özellikle, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelere ilişkin davalarda ve iddia edilen hak ancak

İş Kanunu'nun getirdiği bu sistem, maddî anlamda kesin hüküm olarak tespiti yapılan gerçekliği askıda bırakması, adlî gerçekliği sonradan işçinin bir davranışta bulunmasına bağlayarak bu sergilenmeyince bunun herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın yok sayılmasının hukukî güvenliği zedelediği, kesin hükümle bağdaşmadığı görüşüyle haklı olarak eleştirilmektedir⁸³¹. Yine, nasıl işveren işe başlatmama hakkına sahipse işçinin de tazminat hakkından vazgeçerek tekrar o işyerinde çalışmama hakkına sahip olması gerektiği, bu halde işe başlatmama tazminatını isteyememesi önerilmektedir⁸³². Ne var ki meseleye bir başka açıdan bakıldığında, davacı işçinin bu karara dayalı olarak makul bir süre içinde harekete geçme zaruretinin olması gerektiği, menfaatler dengesinin göz ardı edilemeyeceği sonucuna ulaşılır. Daha önce işverence gerçekleştirilen fesih geçersiz olduğundan iş ilişkisini ortadan kaldırmaya elverişli değildir, akit halen yürürlüktedir. Bu husus, mahkeme hükmüyle tespit edilmiştir. Ancak sözleşmenin yürürlükte olmasının bir diğer sonucu, işçinin de işveren nezdinde iş görmek üzere ifaya hazır olduğunu, bu yöndeki iradesini ortaya koyması gereğidir. Eğer 21. maddenin 6. fıkrasındaki düzenleme olmasaydı, işçi belirsiz bir süre, fiilen çalışmamasına rağmen işverenle arasındaki hukukî bağı koparmadan ve bu arada daima işyerine alınma başvurusunda bulunabileceğini de saklı tutarak iş sözleşmesinin yürürlüğünü sürdürebilecektir. Daha önceki geçersiz fesih işleminden kaynaklansa da ne işveren, ne işyeri organizasyonu ne de iş hukukunun diğer müesseseleri böyle bir belirsizlik ve keyfiliğe teslim edilebilir. Aksi halde bu konumdaki işçilerin sendika üyelikleri, işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı olarak getirilen düzenlemeler, işkolu baraj istatistikleri, toplu iş sözleşmesi yetki tespiti gibi pek çok hukukî durum ve alınacak

bizzat sahibi tarafından belirli edimlerin yerine getirilmesi halinde vücut buluyor ve hasma karşı ileri sürülmesi mümkün bir mahiyet alıyorsa, böyle bir hakkın hak sahibine düşen borçların yerine getirilmesi şartıyla tanınıp hüküm altına alınması mümkündür (**Postacıoğlu**, s. 593-596).

⁸³¹ **Meriç, N.**, İşe İade Kararı Üzerine İşçinin İşe Başlatılması İçin İşverene Başvurmaması Halinde Yapılan Feshin Geçerli Hale Gelmesi Maddî Kesin Hükümle Bağdaşır mı?, *MİHDER*, 2007/3, S. 8, s. 764-765.

⁸³² **Eyrenci**, Yeni Düzenlemeler, s. 37. Fakat iş sözleşmesi mahkemenin tespit ettiği haliyle feshin geçersiz olması sebebiyle devam ettiğine göre, kanımızca bu görüş iş sözleşmesinin hangi tarihe kadar yürürlükte kaldığı ve kim tarafından, ne şekilde sona erdirilmiş sayılacağı sorularına yanıt vermemektedir. Bu hükmü elde eden işçinin ne yönde tavır sergileyeceğinin iş ilişkisi üzerinde oynadığı rol yadsınamaz. Eğer sözleşmenin işverenin dava konusu fesih işlemiyle sona erdiği kabul ediliyorsa, sonuçta bu da mahkemenin kararıyla çelişen bir kabul olacaktır. Üstelik işçi başvurmadığı zaman zaten mevcut düzenleme uyarınca da işe başlatmama tazminatına hak kazanamamaktadır ve işçinin işe iade başvurusu gereğinin, tazminat isteyememe yaptırımıyla karşılanarak kaldırılması bu yönüyle halihazır düzenlemenin aksaklığını giderecek yeni bir çözüm gibi görülememektedir.

kararlar bakımından karmaşa, çok sayıda uyuşmazlık ortaya çıkabilecektir. Bir yandan maruz kalınan feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadeyi talep ederken diğer yandan istediği yönde bir hüküm elde ettiği halde bunun gereğini yerine getirmekten imtina etmek, çelişki yasağı kapsamında değerlendirilmeli, karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı kanaati uyandırılmasına bağlı olarak hakkın etkisizleşmesi prensibine tabî olmalıdır⁸³³. Akdın sürekliliğini sağlamayı amaçlayan iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı bulunan bir işçiye, şeklî şartlara aykırı veya geçerli nedenden yoksun feshe mahkûm olmayıp işyerinde çalışmasını sürdürebilme olanağı, işe başlatılmasını talep etme hakkı tanıyorsa, bu hakkın kullanılmasının bir süreyle sınırlanması da anlaşılabilir bir durumdur. 10 işgünlük süre bu bağlamda hak düşürücü süre niteliğindedir⁸³⁴. İşçi, işe iade davası açtığı için onu mutlaka davalı işyerinde çalışmaya zorlamak da Anayasa'ya aykırıdır. Elbette bu konudaki tercih işçinin iradesine bırakılmalı ama o da tercihini belli bir sürede kullanmalıdır. İşe iade davasında aslında yerel mahkeme ya da Yargıtay hüküm verirken, yukarıdaki Hukuk Genel Kurulu'nda ele alınan durumdan farklı olarak, uyuşmazlığı şimdilik bir çözüme kavuşturmamaktadır. Dava konusu fesih işlemi tüm yönleriyle incelenmekte, açık ve tereddütsüz bir biçimde feshin geçersizliği ile 21. maddedeki diğer hususlar tespit edilmektedir⁸³⁵. Sonradan değişen şartlara göre o fesih işleminin aynı taraflar arasında yeniden mahkemenin önüne gelmesi ve bu kez ona göre başka türlü karar verilmesi mümkün değildir. Ancak işçinin bu tespit hükmüyle elde ettiği avantajlı durumu sürdürmesi, işverence iş verilmesini isteme hakkını hak düşürücü süre içinde kullanmasını gerektirmektedir. Mahkemece verilen hüküm, tek başına ve

⁸³³ Bkz. **Akyol**, Çelişki Yasağı, s. 13 vd., 49; **Soyer**, Genel İş Koşulları, s. 116 vd.

⁸³⁴ Sendikalar Kanunu'nun işyeri sendika temsilcisinin güvencesine ilişkin 30. maddesinin eski halinde de, davacı sendika temsilcisinin altı işgünü içinde işe başlamak zorunda olduğu yönündeki hüküm, hak düşürücü süre niteliğinde değerlendirilmiştir (**Narmanlıoğlu**, s. 275). Bu düzenlemeye göre, eğer işçi süresi içinde başvuruda bulunmaz ise, işten çıkarılma tarihi ile işe iade tarihi arasındaki süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ödenmeyecektir. O dönemde, konuyu şarta bağlı hüküm verilemeyeceği uyarısıyla değerlendiren Yargıtay, haklı olarak, "2821 sayılı Kanunun 30. maddesine göre, mahkeme ancak temsilcinin işine iade edilmesine veya aksine karar verebilir. Bunun dışına çıkarak ayrı bir olay nedeniyle ayrı bir dava konusu olabilecek hususlar hakkında karar vermemesi gerekir. Ve özellikle şartlı olarak karar oluşturulması mümkün değildir. Boşta geçen süre için işçilik haklarına karar verilebilmesi, işe iade kararından sonra işçinin 6 işgünü içinde işe başlama şartına bağlıdır. Bu hal, olayda henüz oluşmamıştır" sonucuna ulaşmıştır. 9. HD. 2.4.1985 T., 3203/3348 (**Berksun/Eşmelioğlu**, Sendikalar Kanunu Şerhi, s. 536-537). İş Kanunu 21. maddesinde ise, bizzat yasa hükmüyle, kararın verilmesinden sonraki olgulara bağlı şekilde hüküm kurulmaktadır.

⁸³⁵ **Özkes** de, şüphesiz mahkemenin İş Kanunu 21. maddedeki hakları açık ve tereddütsüz hükmüne geçince HUMK 389. maddenin gereğini yerine getirmiş olacağını, ancak Kanun'daki düzenlemenin yargılama sistemi içerisinde sorun yaratacağını da göz ardı etmemek gerektiğini belirtmektedir (**Özkes**, Armağan, s. 497-498, dn. 42).

kendiliğinden işin ifasını teklif niteliğini haiz değildir. İş görme borcu şahsen yerine getirilmesi gereken bir borç olduğuna göre (BK m. 320) ifa teklifinin de muhataba şahsen yöneltilmesi gerekmektedir.

Bu yapılmamış ise, iş ilişkisinin ilanihaye sürmesi de söz konusu olamayacağına göre artık işçi ile işveren arasındaki hukukî ilişkinin sona ermesi, çözülmesi gerekir. Ancak mahkemenin de tespit ettiği üzere ortada işverenin geçerli nedene dahi dayanmayan bir fesih işlemi bulunmaktadır. İşçi, salt süresi içinde işe başlatma başvurusunda bulunmadığı için bu feshin kıdem-ihbar tazminatı gibi hakları da ortadan kaldıran haklı fesih ağırlığına yükseltilmesi mümkün değildir ve asıl böyle bir sonucun kabulü hükmün tam aksine, onu yok sayan, hukukî güvenliği zedeleyen bir davranış olur. O yüzden Yasa'daki, "fesih geçerli bir fesih sayılır" ifadesi maddî hukuk boyutuyla anılan tazminat alacaklarına hanel gelmeyeceğini göstermek için kullanılmıştır. Nitekim cümlelerin devamında işverenin sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olacağı belirtilmiştir.

İşe iade davalarında hükümlerle ilgili karşımıza çıkan bir diğer özellik, işe başlatmama tazminatının işçinin başvurusu üzerine işverence bir ay içinde işe başlatılmaması ihtimaline karşılık alternatifli olarak belirlenmesidir. İşçinin hükümde yer verilen tazminata hak kazanması, işverence başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması yönünde talikî şarta bağlıdır. Gerek dava açılırken gerekse davanın kabulü ve hükmün kesinleşmesi aşamasında davacının işe başlatmama tazminatı bakımından tespit düzeyinde dahi tahakkuk etmiş bir hakkı mevcut değildir. Üstelik, boşta geçen süre ücretinden farklı olarak hükmün tazminatla ilgili kısmının talep edilebilir bir alacak haline gelmesi için davacı işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurmuş olması da yetmez. Karara ve başvuruya rağmen 1 ay içinde işçiyi işe başlatmayan işveren, hüküm altına alınan tazminatı ödemekle yükümlü olur. Kanımızca, teorik olarak burada işverene ister işe başlatmak isterse belirlenen miktarda tazminat ödemek gibi serbestiye dayalı seçim hakkının tanındığını değil; işverenin iş verme, ifayı kabul yükümlülüğünün bulunduğu ancak bunu ihlal ederek kabul yükümlülüğüne uymamasının sonuç ve müeyyidesinin kendi

içinde gösterildiğini söylemek daha uygundur⁸³⁶. Kanun, “...işveren bir ay içinde işe başlatmak zorundadır” buyruğu ile asıl borcun bu olduğunu göstermektedir. İşçi işe başlatılmaz ise bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı olarak tazminat borcu devreye girmektedir⁸³⁷. Bir diğer ifadeyle feshin geçersizliğinin tespit edilmesine dayanarak işçi süresi içinde başvurduğunda öncelikle varlık kazanan borç, işe başlatmadır. Tazminat, bu yükümlülüğe aykırı davranılmasına bağlı olarak sonradan, ikinci aşamada ortaya çıkan borçtur.

Bu değerlendirmelerden hareketle söylenebilir ki, işe iade veya işe başlatılmama halinde iş güvencesi tazminatının belirlenmesi bakımından, gerek davanın açılması gerekse hükmün verilmesi esnasında seçim hakkının davalı borçluda olduğu, işveren tarafından seçim yapılacak mevcut iki borç bulunmamaktadır. Seçimlik borç, şarta bağlı bir borç değildir. Ayrıca, seçimlik borca benzeyen yedek edim yetkisinde, borçlu asıl edim yerine bir başka edimi ifa ederek borçtan kurtulabilir. Fakat bu, birden çok edimin borçlanıldığı anlamına gelmez. Borçlu tek bir edimi borçludur ancak onun yerine yedek edimi ifa etmeye yetkilidir. Akitten veya İş K. 21. maddede olduğu gibi kanundan doğan bu yetki, sonradan işçinin muvafakatına da ihtiyaç göstermemektedir. Yine borcunu vaktinde ifa etmeyen bir borçludan asıl edim yerine talî edim olan tazminat talep edilebilmesi, ilişkiye seçimlik borç niteliği kazandırmamakta, borçlunun asıl yükümlü olduğu aslı edimi yerine getirmemesinin bir sonucu olarak yan edim yükümü devreye girmektedir.⁸³⁸ O itibarla işe iade ile bunun yerine getirilmemesi halinde “tazminat” borcunun gerçek anlamda seçimlik davaya konu olabilecek seçimlik borç teşkil etmediği kanaatindeyiz⁸³⁹. Bunun yanısıra hükmün verilmesinden sonraki dönemde sırayla kararın kesinleşme, kesinleşen kararın tebliği, işçinin başvurusu ve nihayet işverence işe başlatılmadığı tarihe göre, o tarihteki ücret seviyesi üzerinden belirlenebilecek işe başlatmama tazminatı tutarı, hakim tarafından tespit edilerek

⁸³⁶ Bkz. Üçel, s. 31-33.

⁸³⁷ Mollamahmutoğlu, s. 592. Ancak konu ağırlıklı olarak doktrinde işverene seçme hakkı tanındığı şeklinde ifade edilmektedir (Bkz. Süzek, s. 579; Çelik, s. 208; Tuncay, İşe İade Davaları Toplantısı, s. 31; Sarıbay, s. 193 vd.).

⁸³⁸ Eren, s. 924-925; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 817-818; Akıntürk, T., Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 151.

⁸³⁹ Karş. Pekcanitez, H., Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Soru-Cevap-Tartışma, İstanbul Mayıs 2005, s. 194-195.

ilama yazılamamaktadır. O tarihte geçerli ücret seviyesinin ne olduğu da taraflar arasında başlı başına uyuşmazlığa ve ayrı bir davaya konu olabilecek mahiyettedir⁸⁴⁰. Buna karşılık, hükümde yer verilen işe iade ile iş güvencesi tazminatının seçimlik borç olduğu kabul edildiğinde dahi, esasen şarta bağlı hüküm sorunu giderilememektedir. Çünkü, işe iade davalarında hükmün şarta bağlı verilmesini ortaya çıkaran asıl husus, işverenin işe başlatıp başlatmaması, ifa teklifini kabul etmezse tazminat ödemesi gereğinden çok, davacı işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren süresi içinde işverene başvurup başvurmayacağı belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. İşveren aleyhine fesih işleminin geçersizliğinin tespiti, karar verilen boşta geçen süre ücreti, işe başlatma yükümlülüğü ve buna uymazsa tazminat ödemek durumunda olması, yasa gereği hep bu kayıtla hüküm altına alınmaktadır.

Dava dilekçesinde feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade, ve işe başlatılmama halinde tazminatın belirlenmesi şeklinde karşımıza çıkan asıl talep ile yardımcı talebin terditli olarak ileri sürülüp talep edilmesindeki ilişkiye bakıldığında da, tazminattan ibaret yardımcı talebin sadece asıl talebin kabulü varsayımına bağlı olmadığı, bunun ötesinde hükümden sonra ortaya çıkacak dava dışı bir olaya bağlı olduğu görülmektedir. Hükmün kendisinde terdit bulunmaktadır. Oysa usûl hukukunda terditli dava açılması, şarta bağlı bir dava ikamesi hali değildir ve terditli davada biri olmazsa öteki şeklinde talep olsa da, mahkeme tek bir karar

⁸⁴⁰ Üstelik işe başlatıp başlatmama hatta daha önce işçinin hak düşürücü süre içinde başvurup başvurmadığı icra organı dışında gelişmektedir. Hükmün bu bakımdan ilamlı icraya konu olmayacağı ve İİK'nın menkul mal teslimine ilişkin düzenlemesinin de kıyasen çözüm getiremeyeceği, hükmün seçimlik davada verilen hükümden farklı olduğu yönünde değerlendirmeler için bkz. **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 156-157, Soru-Cevap-Tartışma, s.208-209. İşverenin işçiye işe iade kararına uygun bir iş teklif edip etmediği gibi diğer hususlar da ayrıca uyuşmazlık çıkacak konulardır (**Özekes**, **M.**, İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4, s. 35). İşverenin işe başlatmayı kabul edip etmediği, işveren müspet beyanda bulunduğu halde işçinin kendisinin işe başlamadığı gibi iddia ve uyuşmazlıklar da feshin geçersizliğinin tespiti davası ve hükümden bağımsız şekilde işe başlatmama tazminatının talep edildiği bir alacak davasında incelenip karara bağlanabilecektir. Dolayısıyla mahkeme, bu davada işçinin hak kazandığı bir alacağı hüküm altına almamakta, ileride hak kazanılırsa bu tazminatın miktarının kaç aylık ücret tutarında olacağını belirlemektedir. Normalde bir alacak kısmen ya da tamamen, bir hakkın unsurlarının varlığı ve o alacağa hak kazanıldığının tespitinin ardından hüküm altına alınabilecek iken, bu davada tam tersine önce işe iade davasında hakimce takdir edilen alacak miktarıyla ilgili belirleme yapılmakta, daha sonra bu alacağa hak kazanılıp kazanılmadığı ilk hükmün ardından gerçekleşen vakıalara göre eda davasında incelenmektedir. Bu durum da İş K. 21. madde uyarınca verilen kararın, şarta bağlı bir hüküm olduğunu göstermektedir.

vermektedir⁸⁴¹. Ayrıca terdit, asıl talebin reddedilmesi halinde diğer talebin incelemeye geçilmesi şeklinde olmayıp, aksine asıl talebin mahkemece kabulüne rağmen ancak işverenin buna uymaması ihtimaline yönelik olarak hüküm altına alınmaktadır.

Görüldüğü gibi, maddî hukuk alanında düzenleme yapılırken yargılama ve icra hukukunun ne öngördüğüne bakılmaması, getirilen esasların bunlarla uyumlu olmasına özen gösterilmemesi pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Artık hukukumuzda maddî hukukun da zorlamasıyla şarta bağlı hüküm konusunda bir ihtiyaç ortaya çıkmaya başladığı, bu ihtiyacı gözeterek ve şarta bağlı hükmün icrası da göz önüne alınarak yeni bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir⁸⁴². Özel olarak işe iade davaları bakımından da, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda benimsendiği üzere⁸⁴³, işçiye iade ile tazminat arasında bir tercih olanağı, hakime de iade talep edilse bile iş ilişkisinin yeniden tesisinin beklenemez olduğunu tespit etmesi durumunda sadece tazminata hükmetme yetkisinin tanınması yolunda yasa değişikliğine ihtiyaç bulunduğu haklı olarak ileri sürülmektedir⁸⁴⁴. Böyle bir çözüm, dava sırasında işyerinin kapanması gibi olasılıklarda da etkili olacaktır. Sorun, henüz hüküm verilmeden yargılama esnasında çözümlenmelidir. Taraf iradelerinin ve koşulların yargılama sırasında değişebileceği, işçinin başka bir işe girmesi ve işe başlatılma talebinde bulunamayacak durumda olması ya da işyeri kapatıldığı için ortada iadeye hükmedilecek bir işyerinin bulunmaması gibi hususlar göz önünde bulundurularak iş hayatının gerçeklerine,

⁸⁴¹ **Muşul**, s. 69, 201-202; **Tanrıver**, s. 87, dn. 16; **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 155; **Üstündağ**, s. 342.

⁸⁴² **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 154, dn. 24; Aynı Yazar, Armağan, s. 497, dn. 41; **Alangoya**, s. 436, dn. 10.

⁸⁴³ **v. Hoyningen-Huene, G./Linck, R.**, Kündigungsschutzgesetz, 13. Auf., München 2002, s. 565 vd.

⁸⁴⁴ **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 65. Nitekim Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 no.lu ILO Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre de mahkeme veya hakem, fesih işlemini haksız bulurlarsa fesih işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değilse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır. Anayasa'nın 90. maddesi aracılığıyla bu hükmün doğrudan uygulanmaya kabiliyeti değerlendirildiğinde ise, bizzat Sözleşme'nin 1. maddesinde "Bu sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır" hükmü getirildiğine göre, İş Kanunu 21. maddesindeki düzenlemedeki esastan farklı olarak doğrudan Sözleşme'de yer alan alternatiflerin seçilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

menfaatler dengesine daha uygun bir çözüm öngörülmalıdır. Elbette bunun için mahkemenin öncelikle feshin geçersizliğini tespit etmesi, bu aşamaya gelmiş olması gerekir.

§ 10. HÜKÜM VERİLMEKSİZİN DAVANIN SONA ERMESİ VE HÜKÜM YERİNE GEÇEN TARAF İŞLEMLERİ

I. GENEL OLARAK FERAGAT, KABUL VE SULH

Kural olarak bir dava mahkemenin yaptığı yargılama sonucunda verdiği hükümlerle sona erer. Ancak tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı mahkemenin vereceği hükmü beklemeksizin kendi iradeleriyle, yargılamanın her aşamasında sona erdirebilirler. Tasarruf ilkesi sadece davanın açılmasında değil, sona erdirilmesinde de taraf iradesini esas almaktadır. Hakim iki taraftan birinin -ya da her iki tarafın (m. 474)- talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemediği gibi, aynı şekilde taraflardan birinin istem sonucundan vazgeçmesi (m. 91) veya bir tarafın diğerinin istemini kabul etmesi (m. 92) ya da tarafların sulh olmaları hallerinde de kural olarak pasiftir. Davayı feragat, kabul veya sulh yoluyla sona erdirmek tarafların tasarruf yetkisindedir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda feragat ve kabul ayrı bir fasılda (m. 91-95) düzenlenmişken sulhe bu şekilde yer verilmemiştir. Ancak bazı maddelerde (m. 63, 151/3, 213/1, 236/3), sulhe işaret edilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde de, mahkemenin ilk oturumda tarafları sulhe teşvik edeceği belirtilmiştir. Feragat ve kabul kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur (m. 95/1). Şarta bağlı olarak yapılan sulh dışında, sulh de bu niteliktedir⁸⁴⁵.

Kanun'un 91. maddesindeki tanıma göre feragat, iki taraftan birinin neticeci talebinden vazgeçmesidir. Kanun'daki ifadeden her iki tarafın da davadan feragat

⁸⁴⁵ Şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden, şarta bağlı bir sulh kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz (Berki, A. H., Davanın Hitamı ve Sulh, Adliye Ceridesi, S. 4, Ankara 1937, s. 296 s. 299; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 538).

edeceği anlamı çıkmakta ise de, esasen feragatin davacı (ya da karşı davada karşılık davacı) açısından söz konusu olacağı açıktır⁸⁴⁶. Öyle ki, davalının netice talebinden feragati aslında davanın kabulü anlamındadır. Feragat, davayı sona erdiren diğer taraf işlemlerinin aksine, kural olarak⁸⁴⁷ tarafların serbestçe tasarruf edemedikleri davalarda da geçerlidir. Nitekim, yargılama sonucunda mahkemece verilecek bir hükme bağlanması kanunen zorunlu olan bu gibi hallerde feragatin değil; kabulün hukukî bir sonuç doğurmayacağı 95. madde hükmünden açıkça anlaşılmaktadır.

Feragat beyanı dilekçe ile ya da duruşmada sözlü olarak yapılır (m. 93). Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu' na göre vekilin feragatte bulunabilmesi için ayrıca ve açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir (m. 63). Feragat eden taraf, davası reddedilmiş gibi yargılama giderlerini ödemekle yükümlüdür (m. 94/1). Kısmî feragat söz konusu ise yargılama giderleri bu kısma göre belirlenir (m. 94/son).

Kabul, Kanun' daki tanımıyla "iki taraftan birinin, diğerinin netice talebine muvafakat etmesidir" (m. 92). Oysa kabul, davalının davacının talep sonucuna rıza gösterdiğini beyan etmesi, açıklamasıdır⁸⁴⁸. Kabul de, feragat gibi niteliği itibariyle mahkemeye yönelik ve tek taraflı bir irade açıklaması olup, karşı tarafın rızasına ihtiyaç yoktur⁸⁴⁹. Kabul beyanı dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilir (m. 93). Kabul beyanının duruşmada sözlü olarak yapılması halinde; bu beyanın tutanağa geçirilmesi ve davalı huzurunda okunarak imzalatılması gerekmektedir (m. 151). Davanın kabul edilmesi, yargılamanın daha kısa sürede

⁸⁴⁶ **Postacıoğlu**, s. 417; **Soner, L. F.**, Feragat, Kabul ve Sulhe Dair Bazı Sorunlar, ABD., 1977/3. s. 439; **Kuru**, C. IV, s. 3550.

⁸⁴⁷ Yargıtay, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur'un da taraf olduğu tespit davalarında, sosyal sigortalar hukukunun kamu hukukuna dahil olması ve doğrudan kamu düzenine ilişkin kurullarla şekillenen anayasal sosyal güvenlik sisteminin ihlali sonucunu doğuracağından, davacının davasından feragat edemeyeceğine karar vermiştir. 10. HD. 1.6.1992 T., 301 E., 6164 K. (**Bozkurt**, s. 593-594); Aynı yönde 10. HD. 1.2.1985 T., 223 E., 418 K. (**Bozkurt**, s. 596-597).

⁸⁴⁸ **Jauernig, O.**, Zivilprozessrecht, 24. Auflage, München 1993, s. 172; **Tanrıver, S.**, Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 59; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 494; **Üstündağ**, s. 573.

⁸⁴⁹ **Jauernig**, s. 173; **Guldener, M.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 400; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 536. Kabulün sonucu ağır olduğundan kabul iradesi, açık ve kesin biçimde ortaya konmalıdır. Davayı zımnen kabul mümkün değildir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 495; **Berkin**, s. 165, **Tanrıver**, Kabul, s. 64). Alman hukukunda ise davanın zımnen kabul edilmesi de mümkündür (**Musiak**, s. 148).

sonuçlanmasını sağlayacağı gibi, bu yolla örneğin tanık, bilirkişi ücretleri, keşif giderleri gibi masrafların yapılmasına da gerek kalmayacaktır.

Kabul kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurur (m. 95/1). Feragatten farklı olarak, ancak tarafın üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu uyuşmazlık ve davalar hakkında mümkündür. Serbestçe tasarruf edilemeyen, iki tarafın arzusuna tâbi olmayan davalarda davanın kabul yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle böyle bir davadaki istem davalı tarafça kabul edilse dahi, geçerlik taşımayacağından dava kabul ile sona ermez ve mahkemenin yargılamayı sürdürerek sonucuna göre bir hüküm vermesi gerekir.⁸⁵⁰ Kanunda bu husus “bilbeyine hükme raptı kanunen mecbur olunan haller” ifadesiyle işaret edilmektedir (m. 95/2). Bu ifade, ancak hakimin davayı delillere dayandırarak karara bağlamasının kanunen zorunlu olduğu haller anlamındadır⁸⁵¹.

Feragat ve kabul gibi davayı sona erdiren taraf işlemlerinden biri olan sulh, iki taraflı bir sözleşme olmasıyla diğerlerinden ayrılır. Sulhun kabul ve feragat gibi davaya son verebilmesi, usûlî işlem biçimine dönüşmüş olmasına bağlıdır. Mahkeme dışı yapılmış bir sulh, buna ait belge mahkemeye sunularak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 151/3 çerçevesinde tutanağa geçirilmelidir. Aksi halde usûlî işlem niteliğinden söz edilemez. Yine esasen bir maddî hukuk sözleşmesi olan sulh akdinin geçerliliği, konusunun belirli ya da belirlenebilir olması ile mümkündür. Bu geçersizlik durumu bir def’î değil, itiraz niteliğinde olduğundan mahkemece re’sen dikkate alınmalıdır.⁸⁵² Sulhun bir akit olmasının sonuçlarından bir diğeri, diğer tarafın muvafakatı olmaksızın bundan dönülemeyeceği, ancak sulh şartlarının yerine getirilmemesi veya irade sakatlığı hallerinde sulh akdinin feshedilebilmesidir⁸⁵³.

⁸⁵⁰ **Karafakih**, s. 235; **Ansay**, s. 182; **Bilge, N./Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 355; **Postacioğlu**, s. 417; **Guldener**, s. 400; **Tanrıver**, Kabul, s. 61; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 498; **Üstündağ**, s. 574; **Pekcanitez/Atalay/Özokes**, s. 536.

⁸⁵¹ “Bilbeyine hükme raptı kanunen mecburi olan (HUMK. 95) yani delil ile ispatı zorunlu bulunan hallerde kabul, hukukî sonuç doğurmaz. Nesebin reddi ve babalık gibi konular, kamu düzenine ilişkin bulunduğu için bu tür davalarda sırf karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemez. İddianın usûlünce isbatlanması zorunludur. İşte az önce belirtilen usûl ve hükmü, bunu ifade ve emreylemektedir”. 2. HD. 1.2.1983 T., 535 E., 584 K. (YKD. Ağustos 1983, s. 1152).

⁸⁵² 9. HD. 11.7.1967 T., 2597 E., 6490 K. (**Bozkurt**, s. 598-599).

⁸⁵³ **Bilge**, s. 314; **Ansay**, s. 184; **Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, s. 172 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 502; **Üstündağ**, s. 579; **Alangoya**, s. 426.

II. BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN TESPİT DAVALARINDA HÜKÜM YERİNE GEÇEN TARAF İŞLEMLERİ

Bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarında ele aldığımız tespit davalarından feragat ve davanın kabulü mümkündür. Örneğin işverenlerce iş müfettişinin alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu yönündeki raporuna karşı açılan davadan işverenlerce feragat edilebilir. Fakat, işverenler birlikte dava açtıklarında, yalnız birinin feragatinin yeterli olmayacağı kanısındayız. Nasıl ki, alt işveren ya da asıl işverenin dava açmaya yanaşmaması, hak düşürücü süreyi hareketsiz geçirmesi diğer işverenin dava hakkını engelleyen bir sonuç doğurmayacak ise açılan davadan bir davacının feragat etmesi de davayı sona erdiren etki göstermemelidir. Davalı Bakanlık da iş müfettişlerinin değerlendirmesinin somut olayın özelliklerine ve İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olmadığını fark ederek davayı kabul edebilmelidir.

Aynı şekilde işkolu baraj istatistikleri, olumlu veya olumsuz yetki tespitine karşı açılan davalarda işlemi yapan Bakanlık, davacı iddialarının ve itiraz sebeplerinin haklı olduğunu, örneğin sendika üyeliğinin sona ermesiyle ilgili yasal esaslara aykırı şekilde üye sayısı belirlediğini gördüğünde davayı kabul etmelidir. Böylelikle yasakoyucunun amacına uygun şekilde daha kısa sürede sonuca ulaşılacaktır. Hükmün verilmesini bekleyip, bir yanı sıra ısrar edilmesinin anlamı yoktur. Ancak, 2822 sayılı Kanun 15. madde uyarınca olumlu yetki tespitine karşı açılan davalarda davalı Bakanlık ve sendika şekli bakımından mecburî dava arkadaşı olduklarından, davalılardan birinin davayı kabul etmesi yeterli olmayıp her iki davalının da kabulü gerekir⁸⁵⁴. Kanundışı grev veya lokavtın tespitinde davayı kabul yahut davadan feragat mümkündür. Ancak bu, sadece o davada ileri sürülen hukuka aykırılık sebepleri ile sınırlı olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Daha önce açıklandığı gibi grev lokavt, kararın alınması, uygulamaya konulması ve sürdürülmesi aşamalarında birbirini izleyen şekilde baştan sona hukukî esas ve

⁸⁵⁴ “Olumlu yetki tespitine itiraz davalarında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yasal hasım durumundadır. Ayrıca HUMK’un 47. maddesi gereğince iki davalı arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Bu nedenle yetki itirazının kabulüne karar verilebilmesi için HUMK 92. maddesi uyarınca her iki davalının da itirazı kabul etmesi gerekir. Bunun sonucunda davalılardan yalnız birinin yetki itirazını kabul etmesi yeterli görülerek davanın kabulü hatalıdır” 9. HD. 26.5.2004 T., 13157/12584 (LEGAL İSGHD, 2005/6, s. 793-794).

usûllere uyulmasını gerektirir. Örneğin grev kararının hukuka aykırı şekilde alındığı iddiasıyla tespit davası açan işveren, davasından feragat etse de daha sonra grevin uygulanması sırasındaki aykırılık nedenlerine dayanarak yeni bir tespit davası açabilir. Davaların sebepleri farklıdır.

Tespit davasında bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitinden kısmen feragat etmek, tespit ile ilgili talep sonucunu kısmen kabul etmek söz konusu olmayacağından, bu davalar kural olarak sulhen çözümlenmeyecektir. Örneğin bir grev ya hukuka aykırıdır ya değildir. Davacının grevin hukuka aykırılığının tespitini dava ettikten sonra bu talebinden kısmen feragat etmesi, davalının da grevin kısmen hukuka aykırılığını kabul etmesi ve böylece taraflar arasında bir sulh sözleşmesi akdedilmesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde işçinin sendika üyeliğinin haklı neden olmadan reddedildiği iddiasıyla açtığı davada, davacının başvurusunun reddinin haksızlığı ve üyelik ilişkisinin tespiti sulh sözleşmesine konu olmaz. Bakanlık'ça işçi sendikasının yetkili olduğunun tespiti işlemine karşı açılan davada da, sendika başvuru tarihi itibarıyla ya yeterli çoğunluğu haizdir ya da yetkisizdir. O itibarla bu davaların feragat ya da kabul ile sonuçlanması mümkün ise de, sulhen çözüme elverişli değildir. 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca açılan davada, davacı dava dilekçesinde, Bakanlık'ın tespit işlemine karşı birden çok itiraz sebebine dayansa ve dava sırasında bunlardan birine dayanmaktan vazgeçse ve davalı da itiraz sebeplerinden birinin haklı olduğunu bildirerek ikrar etse dahi, bunun neticesi taleple ilgisi bulunmamaktadır. Konu yargılamada incelenecek ve ispatı gereken vakıalar bakımından, hangi hususların taraflar arasında çekişmesiz olduğunu tespit bakımından değer taşıyacaktır. Oysa sulh, talep hakkında bir anlaşma sağlanmasını gerektirir ki, uyuşmazlık bu sayede çözümlenmiş, hüküm vermeye gerek kalmadan dava sona erdirilmiş olsun. Taraflar arasında çekişmeli vakılardan bir ya da daha fazlası üzerinde anlaşma sağlanması, bunların çekişmeli olmaktan çıkarılması ise dava konusu uyuşmazlığı gidermeye yetmemektedir.

İşe iade davaları ise işçi ve işverenin davayı sulh yoluyla sona erdirmelerine elverişlidir. Talepler objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürüldüğünden davalının bir talebi kabulü davacının da diğer talepten feragat etmesi suretiyle sulh

sağlanabilir. Elbette buradaki asıl talep, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade yönünde olduğundan sulhen çözüm ağırlıkla işverenin feshin geçersizliğini kabul etmesi ve işçiyi işe başlatmasıyla sağlanabilecek, bunun yanında davacı işçinin de boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara ilişkin talebinden feragat etmesini içeren bir anlaşma çevresinde dava sona erecektir.

III. FESHİN GEÇERSİZLİĞİNİN TESPİTİ DAVALARINDA DAVANIN KABULÜ VE DAVANIN KONUSUZ KALMASI

Feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade amacıyla açılan davadan işçi feragat edebileceği gibi⁸⁵⁵ işverenin de davayı kabulüne engel bulunmamaktadır. İşveren, fesih geçerli nedene dayanmadığından işçinin işe iadesini ve boşta geçen süre ücretini kabul ederek, dava dilekçesindeki netice talebin tümünü kapsayan, mahkemeye yönelik irade beyanıyla davayı kabul edebilir. Bu noktada İş Kanunu'nun geçersiz feshin sonuçlarını adım adım düzenleyen 21. maddesine bir kez daha bakmakta yarar vardır. *“İşverence geçerli bir sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir”*. Öyleyse, davadaki ilk ve esas talep feshin geçersizliğinin tespitidir. İşçinin işe iadesi, boşta geçen süre ücreti gibi diğer talepleri feshin geçersizliğine bağlı, onun sayesinde ortaya çıkan taleplerdir. Ortada geçerli nedene dayanarak yapılmış bir fesih varsa ne işe iadeden (ya da işe başlatmama halinde iş güvencesi tazminatından) ne de boşta geçen süre ücreti ile diğer haklardan söz edilebilir. Bu bağımlılıktan hareketle, işverenin sadece “feshin geçerli olmadığını kabul etmesi” davanın tamamen kabulüyle sonuçlanması için

⁸⁵⁵ İşe iade davasından önceden feragat edilemez. İşçi ancak açtığı davadan feragat edebilir. 9. HD. 11.11.2004 T., 9480/25643 (Günay, İş Davaları, s. 1314). 9. HD. 17.4.2006 T., 6103/9953 (LEGAL İSGHD, 2006/11, C. 3, s. 997); Şahlanan, F., İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, *Tekstil İşveren*, Haziran 2005, s. 41-42.

yeterli midir? Bizce bu kabul beyanı, feshin geçersizliğinin tespitine yönelik talebi ve bu konudaki tespit hükmünü kapsar. Davalının iradesi feshin geçersizliğini kabul etmesine rağmen işçiyi işe başlatmak yönünde olmayabilecektir. İşveren işçinin işe iadesini kabul etmiş ya da işe iade açısından davayı konusuz bırakacak şekilde onu yargılama sırasında işe başlatmış değildir. O halde netice talebin işe iade ile ilgili kısmı karşılanmamıştır. Bundan başka, sözgelimi 7 ay kıdemli bir işçi, dava dilekçesinde iş güvencesi tazminatının azamî süre üzerinden 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesini istemiş; davalı ise, feshin geçersizliğini kabul etmekle birlikte, kıdemsiz bir işçi için alt sınırdan tazminat belirlenmesi gerektiği inancı taşıdığından bu talebi kabul etmiyor olabilir. Dolayısıyla işverenin feshin geçersizliğini kabul eden, davacının bu yöndeki tespit talebini karşılayan kabul beyanı yaygınlaştırılarak davanın tamamen kabulüyle sona erdiği anlamına gelmemektedir.

1. Dava Sırasında İşçinin İşe Başlatılması

Bazen, işveren dava devam ederken işçiyi işe başlatmakta, onunla çalışmasını tekrar sürdürmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, davayı kabul açık bir irade beyanıyla olur; davanın zımnen kabulü mümkün değildir. O itibarla böyle bir durumda davanın kabulü yerine, konusuz kalmasından söz etmek daha isabetlidir⁸⁵⁶. İşçinin işe başlatılması, işe iade davalarında özellik arz etmektedir ve davayı tamamen sona erdiren, konusuz bırakan bir sonuç doğurmamaktadır. Bu özellik, işe iade davalarının aslında objektif dava birleşmesi şeklinde birden çok talebi barındırmasından kaynaklanmaktadır. İşe iade davaları, sadece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin yeniden eski işine iadesini, davalı işyerinde çalışmasını sürdürmesini hedeflememektedir. İşe iade, meselenin davadan sonraki gelecekle ilgili yönüdür. Bir de işçinin geçersiz fesih nedeniyle bu tarihten itibaren yoksun kalmaya başladığı ve yargılama boyunca da devam etmekte olan ücreti ile diğer sosyal haklarının (dört aylık tutarı aşmamak üzere) karşılanması beklenmektedir. Bu talep ise geçmişle ilgili yöndür ve bu çerçevede “işe iade talebinden” bağımsızdır. Zaten o nedenle, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmamasından etkilenmemektedir.

⁸⁵⁶ Bir alacak davasında davalı, dava konusu parayı ödemekle davayı kabul ettiğini açık irade beyanıyla mahkemeye yöneltmiş olmamaktadır. Alacak ifa edildiğinden dava konusu ortadan kalkmıştır. Yine de davanın konusuz kalması, kabule benzediğinden yargılama giderleri hakkında HUMK m.94/II hükmü kıyasen uygulanmalıdır (**Kuru**, C. III, s. 3023).

Dolayısıyla, birden çok talep objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülüp talep edilmektedir. Objektif dava birleşmesinde taleplerden birinin konusuz kalması halinde diğer talep de konusuz kalmış sayılmaz⁸⁵⁷. Mahkemenin diğer talep/talepler için karar vermesi gerekir. Dört aya kadar ücret objektif dava birleşmesindeki ayrı bir talep değil, yan/yardımcı talep olarak kabul edildiğinde de ayrıca karar verilmesi gerekmektedir⁸⁵⁸. O halde, işçinin dava sırasında işe başlatılmasına rağmen, boşta geçen süre ücretine karar verilmesi gereğine dayanılarak, işe iade talebinin konusuz kalmadığı söylenemeyecektir. Taleplerden biri ile ulaşılmak istenen sonuç, işe iadeye karar verilmesi iken ve işverenin işçiyi işe başlatmasıyla davacı bu talebine doğrudan doğruya ulaştığına göre, işe iade bakımından dava şartı olan hukukî yarar da kalmamıştır. İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda işe iadeye hükmedilmesi ihtiyacı ortadan kalkmıştır. Davada talep edilen ve mahkemenin vereceği hükümle elde edilecek sonuca, dava sırasında işverenin kabulüyle ve işçiyi çalıştırmayı sürdürmesiyle ulaşılmıştır⁸⁵⁹. Artık hüküm vermeye mahal bulunmamaktadır. Elbette

⁸⁵⁷ Yargıtay'ın işe başlatma halinde davanın konusuz kaldığına, ancak boşta geçen süreye ilişkin ücrete hükmetmesini çelişki gibi algılayan, mahkemenin daha sonra ortaya çıkan bu yeni olguyu hiç dikkate almaması gerektiğini ileri süren görüş, **Sümer, H.H.**, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İş Davet Edilmesi, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4, s. 92-93.

⁸⁵⁸ **Özekes**, Armağan, s. 493, dn. 28; **Kuru**, C. III, s. 3025. “Davanın esasına ilişkin bu taleplerin yanı sıra davacının talep sonucu bölümünde mevcutsa fer’i (yardımcı) nitelikte talepler de bulunabilir. Dava dilekçesinin talep sonucu açısından...yargılama sonucu verilen kararda da, davacı talepleri asıl talep ve yardımcı talepler olmak üzere iki bölüm halinde değerlendirilir ve bu taleplerin tamamı hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekir” HGK. 23.6.1993 T., 2/133-481 (Kırıkkale BD. 1994/1-2, s. 49-51’den naklen **Kuru**, C. II, s. 1497).

⁸⁵⁹ Bu yönüyle dava konusuz kalmıştır (**Özekes**, Armağan, s. 493). Doktrinde, dava devam ederken işçinin işe başlatılması halinde davanın konusuz kalmayacağı, çünkü bir davanın konusuz kalmasından söz edildikten sonra artık o davada ileri sürülen taleplerin hiçbirisine hükmedilmesinin mümkün olmadığı, hem davanın konusuz kalmasından söz edilip hem de ücret isteği hakkında karar verilmesinin kendi içinde tutarlı olmadığı, bu bakımdan konusuz kalan bir davada ücret isteği hakkında da karar verilmesinin mümkün olmadığı, işçinin işe başlatılmasıyla dava tamamen konusuz kalmadığından davaya devam edilerek feshin geçersizliği ve ücret hakkında bir karar verilmesinin zorunlu olduğu, eğer bu davanın konusu salt işçinin işe başlatılması olsaydı, işçinin işe başlatılmasıyla bu davanın konusuz kaldığından söz edilebileceği görüşü de savunulmuştur (**Ekmekçi**, İşe İade Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 173-174; Aynı görüş, **Süzek**, s. 574). *Centel* ise şu farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmaktadır: “Yargılama sırasında işverenin işçiyi işe başlatması, fesih bildirimini geri alınması veya fesihten dönme anlamını taşımamaktadır. Ancak böyle bir rücu veya geri alma hukuken mümkün olabilseydi davanın konusuz kaldığından söz edilebilirdi. İş sözleşmesinde karşı yana ulaşmış bir fesih bildiriminden dönme veya fesih bildirimini geri alma ise hukuken söz konusu değildir. Yargıcın yargılamayı sürdürüp bir karara varması, yani öncelikle feshin geçersiz olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir (**Centel, T.**, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, *Tekstil İşveren*, 2003/Eylül, S. 285, s. 36-38; Aynı yönde **Taşkent, S.**, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, Karar İncelemesi, *Kamu İş*, 2004/7, S. 3, s. 4-6 pdf). Ancak hemen belirtelim ki; davanın konusuz kalmayacağını ileri süren bu görüşler, Yargıtay’ın işe başlatma halinde boşta geçen süre ücretine de hak vermeyen aşağıdaki 8.7.2003 tarihli bir kararına (bkz. dn. 868) yönelik eleştiriler çerçevesinde gündeme gelmiştir. Biz, aynı kararı ele alan **Özekes**’in değerlendirmelerine katılarak, işe iade bakımından davanın konusuz kaldığı, ancak objektif dava birleşmesinin gereği olarak boşta geçen süre

işe başlatmadan kasıt, işçinin gerçek anlamda, fiilen çalıştırılması, bir bakıma geçersiz fesih tarihindeki duruma göre işçinin pozisyonunu, işini kaldığı yerden koruyup sürdürmesidir. Yoksa işçinin çalışma koşullarının aleyhe değiştirilmesi, başka bir şehirde, işyerinde veya işte çalıştırılması, işe davet edilmesi üzerine işyerine giden işçinin ücretsiz izne zorlanması gibi durumlar davayı konusuz bırakan ya da işe iade talebinin kabul edildiğini gösteren olgulardan uzaktır ve davaya etkisi olmamak gerekir⁸⁶⁰.

Bu şekilde davanın konusuz kalması halinde işe başlatmama tazminatının da belirlenmemesi gerekir⁸⁶¹. Çünkü bu tazminat, ancak işçinin kesinleşen iade kararının ardından işverene başvurduğu halde işverence işe başlatılmamasıyla sınırlı olarak devreye girecek bir yaptırımdır. İşveren, işçiyi zaten daha önceden işe başlatmıştır. İş güvencesi tazminatının her geçersiz fesih halinde ödeneceğine dair mutlak bir kuraldan söz edilemez. Zira, belirleyici olan işverence gerçekleştirilen feshin geçersizliğinin tespiti değil, süresinde başvuran işçiyi böyle bir tespite ve işe iade kararına rağmen işe başlatmamaktır. Bu yüzden, Yargıtay'ın işe iade davası devam ederken davalı tarafından işe iade isteğinin kabul edilmesi, daha önce yapılan feshinin de geçerli nedene dayanmadığının kabulü anlamına geleceğinden, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tazminatın da belirlenmesi gerektiğine hükmeden önceki kararlarına katılmıyoruz⁸⁶². Yine bir kararda, işe iade davası sırasında işçinin davalı işverence işe davet edilmesine hiç itibar edilmeksizin,

ücretine hükmedileceği görüşünü benimsiyoruz (**Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 151-153); Aynı yönde **Tuncay**, İşe İade Davaları Toplantısı, s. 29.

⁸⁶⁰ **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 151. "...özellikle işverenin gerçek iradesinin işçinin işe başlatmama ve bu durumun MK.2 de yer alan dürüstlük kuralına aykırı oluşuna göre hükmün onanmasına..." 4.10.2004 T., 23377/21350 (**Kılıçoğlu**, Yorum, s. 229); "gönderilen davet yazısında bazı şartlar öne sürülmüştür. Davacının önceki işinde ve aynı ücretle çalışacağı belirtilmemiş, eğitimine uygun başka bir kadroda istihdam edileceği belirtilmiştir. Davacı bu davetin kanuna uygun olmadığını belirterek itiraz etmiştir. Bu davet davanın kabulü niteliğinde değildir. Bu nedenle işe iade isteminin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi hatalıdır" 9. HD. 30.4.2007 T., 1308/13524 (*Çalışma ve Toplum*, 2007/4, S. 15, s. 260 vd.).

⁸⁶¹ Aynı yönde **Günay**, İş Davaları, s. 1206.

⁸⁶² 9. HD. 15.12.2003 T., 20176/21941 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 716). Üstelik Daire, bu kararda işe başlatmama tazminatına ilişkin hüküm fıkrasında açıkça "...işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının..." diyerek bu tazminatın ancak işe iade talebinin işverence kabul edilmemesi halinde söz konusu olacağını tekrarlamasına, oysa olayda aksine işverence işe iade kabul edilmesine rağmen, işe başlatmama tazminatını hüküm altına almıştır. Ayrıca kararda tekrar "işverence yapılan fesih işleminin geçersizliğine ve davacının işe iadesine" karar verilmiş olması da isabetsizdir. Bu husus artık, dava konusu olmaktan çıkmış, geçersizliğin tespiti ve işe iade bakımından dava konusuz kalmıştır. Hüküm vermeye mahal bulunmamaktadır.

akdin feshinin tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğu, geri alınamayacağı, dava sırasındaki davetin ancak yeni bir hizmet akdi için icap niteliği taşıdığı gerekçeleriyle feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iadeye, ayrıca işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süredeki diğer haklara hükmedilmiştir⁸⁶³. Oysa işlem geçerlik şartlarından yoksunsa, yasanın onda sonuç doğurması için aradığı unsurları taşııyorsa, bu işlem yenilik doğuran bir hakkın kullanılması hakkında bile olsa, mevcut hukukî durumda herhangi bir değişiklik yaratmaz⁸⁶⁴. İşverenin fesih işlemi, ama şekil şartlarına riayet edilmediği ama geçerli nedene dayanmadığı için, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye yetmez; meğer ki işçi bir ay içinde dava açmamış yahut kesinleşen iade kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmamış olsun. Dava konusu fesih işlemi henüz iş sözleşmesini sona erdirmeye bakımından hüküm sonuç doğurmamış, iş sözleşmesi ortadan kalkmamış iken davalı işveren feshin geçersizliğini kabul ederek işçiyi işe başlattığına göre bu davranış, yeni bir icap olarak nitelendirilmemelidir⁸⁶⁵. Geçersiz fesih işlemi, hemen o tarihte sözleşmeyi sona erdirmiş ise 21. maddeye göre feshi izleyen 4 aylık süre bakımından ücret ve diğer sosyal hakların hüküm altına alınması izah edilemez, yine bu sürenin kıdeme bağlı haklara dahil edilmesinden, iş sözleşmesinin işverence işe başlatmama tarihinde sona erdiğinden ve bu tarihteki ücret seviyesinin, kıdem tazminatı tavanın esas alınması zaruretinden de söz edilemezdi. Fesih, sözleşmeyi sona erdirmeye hükmü doğurabilmesi için yasanın öngördüğü şartlardan yoksun olduğundan iş sözleşmesi halen yürürlüktedir. Sözleşme zaten sona ermediğinden mahkemeye kararıyla yeniden kurulmamaktadır kanısındayız.

⁸⁶³ 9. HD. 29.1.2004 T., 499/1489 (**Ertekin**, s. 132-133). *Soyer*, işçinin dava sonuçlanmadan işe alınmasının taraflar arasında yeni bir sözleşme yapılması anlamına geldiği, işe davetin yeni bir sözleşme için icap niteliğinde olduğu, yoksa bu durumun açılan davanın “bütünüyle” konusuz kalması sonucunu yaratmadığı, işçinin en çok dört aylık tutardaki alacağa kavuşmaktaki menfaatinin devam ettiği görüşündedir. Ayrıca Yazar, Yargıtay’ın kabul ettiğinin aksine, dava sırasında işe alınmanın kategorik olarak feshin geçersizliğine hükmedilmesi gereğini ortaya çıkarmadığını belirtmektedir (**Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi, s. 60).

⁸⁶⁴ **Buz**, s. 236.

⁸⁶⁵ Nitekim Yargıtay da işe iade davasının kabulü (ve işçinin süresinde başvurması halinde) iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiğini kabul etmektedir. 20.12.2004 T., 18126/28372 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. II, s. 93). İşe iade davası açıldıktan sonra davacının davalı tarafından işe başlatılmasının yeni bir hizmet akdi olarak kabul edilemeyeceğii yönünde bkz. 9. HD. 30.6.2005 T., 2004/19781 E., 2005/23473 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 996-997).

Yargıtay'ın daha sonraki kararlarında isabetle bu içtihadından dönerek dava sırasında işçinin işe başlatılması halinde, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade bakımından davanın konusuz kaldığına karar verildiğini, işe başlatmama tazminatına değil⁸⁶⁶, sadece boşta geçen süre ücretine hükmedildiğini görmekteyiz⁸⁶⁷. Gerçekten, geçersiz feshin 21. maddede öngörülen bir diğer sonucu, feshi izleyen ve kararın kesinleşmesine kadar boşta geçen dört aylık ücret ve diğer sosyal hakların da işçiye ödenmesi gereğidir. Davalı işçiyi işe başlatmış ise de, o tarihe kadar geçen süre için (en çok dört aylık) ücret ve diğer haklar bakımından karar verilmesi gerekmektedir. İşverenin davacıyı işe başlatarak çalışmayı sürdürmesiyle, boşta geçen süre için yasanın işçiye tanıdığı haklar karşılanmış değildir⁸⁶⁸. Elbette davacının bu ücretten feragat etmesi mümkündür⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ “Davacının dava devam ederken davalı işverence işe başlatılmış olması nedeniyle işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat hakkında karar verilmesine yer olmadığına...” 9. HD. 12.9.2005 T., 22600/29567 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 995).

⁸⁶⁷ “Mahkemece dava kabul edilerek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, 4 aylık tazminatı ve 4 aylık boşta geçen süre ücretine karar verilmiştir. Yargılama aşamasında davacının davalı belediye ile valilik makamından alınan vize doğrultusunda işe başlatıldığı anlaşılmaktadır...dava devam ederken işe başlatılması feshin geçersizliğini ortaya koymuştur. Bu nedenle dava konusuz kalmış ise de boşta geçen süreye göre ücrete karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Ankara 7. İş Mahkemesinin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına, geçersiz sayılan fesih tarihinden işe başlatıldığı tarihe kadar geçen süreye ait 4 ayı geçmemek üzere ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerektiğinin tespitine...karar verildi” 9. HD. 9.5.2005 T., 11621/15918 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, C. II, s. 48-49). “Yargılama devam ederken davacı işe başlatılmıştır. Davacının işe başlatılmış olması aksi ileri sürülmedikçe işverenin feshinin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir...Feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına, davacının geçersiz sayılan fesih bildirimini tebliğinden işe başlatıldığı tarihe kadar 3 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerektiğinin tespitine...” 9. HD. 12.9.2005 T., 24795/29371 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 994). Dikkat edilirse ilk kararda; ...*işe başlatıldığı tarihe kadar geçen süreye ait 4 ayı geçmemek üzere ücret*; ikinci kararda *işe başlatıldığı tarihe kadar 3 aylık ücret* hüküm altına alınmıştır. İşçi dava sırasında işe başlatıldığına göre, karar tarihi itibarıyla feshi izleyen boşta geçen sürenin ne kadar devam ettiği bellidir. O yüzden 21. maddedeki, kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık süre için ücret ve diğer haklara hükmedilmesinde olduğu gibi geleceğe matuf ve belirsiz bir durum yoktur. Dolayısıyla, geçersiz fesih tarihi ile işe başlatılma tarihi arasında belli olan süreyi hükme somut olarak alan ikinci karar kanımızca daha doğrudur. Aynı şekilde iş mahkemesince ya da Yargıtay tarafından hüküm verilirken, karar tarihine kadar zaten 4 ayı aşkın süre geçmişse artık kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklara değil; açıkça dört aylık ücret ve diğer haklara hükmedilmesi gerekir.

⁸⁶⁸ Bu arada Yargıtay 4773 sayılı Kanun'la getirilen ilk düzenleme döneminde; 13/D maddesinin “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığını taşıdığını, geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı bulunmadığını belirterek davanın konusuz kalması nedeniyle ücret hakkında da karar verilmesine yer olmadığı sonucuna ulaşmıştı. Bkz. 9. HD. 8.7.2003 T., 12444/13125 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 610-611). *Şahlanan* da konuyla ilgili olarak; işe iade davasında işveren işe başlatmışsa, davanın konusu kalmadığından reddine karar vermek gerektiği; boşta geçen ücretin talep edilebilmesi için ilk davaya ilişkin konunun devam etmesi ve onun geçersizliğine karar verilmiş olması gerektiği, feshin geçersizliğine ilişkin davanın konusunun kalmadığı ve işverenin dava sırasında işçiyi işe başlattığı durumlarda boşta geçen süreye ilişkin ücret

İşverence feshin geçersizliğinin kabul edilmesi ve işçinin dava sırasında işe başlatılması hakkında göz önünde bulundurulması gereken bir husus sözleşmenin ihbar önellerine riayet edilerek feshedilip edilmediğidir. Bilindiği gibi, işe iade davası için 20. maddede tanınan bir aylık hak düşürücü süre fesih bildirimiminin tebliğinden itibaren başlamaktadır. Buna göre, işveren iş sözleşmesini ihbar öneli tanıyarak feshettiğinde, davanın açılması için önellerin hitamı beklenmeyip hemen tebliğden itibaren bir ay içinde davanın açılması gerekmektedir. Dolayısıyla, süreli fesihte henüz ihbar önelleri işlemekte iken açılan dava sırasında, işverenin önellerin hitamını izleyen gün davayı kabul etmesi ve işçiyi çalıştırmayı sürdürmesi halinde boşta geçen herhangi bir süre bulunmadığından, işçi çalışmasını kesintisiz sürdürdüğünden artık boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara hükmedilmeyecektir⁸⁷⁰. Benzer şekilde, örneğin 8 haftalık ihbar öneli işlerken açılan davanın, önellerin nihayetinden 1 hafta sonra kabul edilerek işçinin işe başlatılması ihtimalinde de, boşta geçen süre ücretine esas dönem başlangıcı, geçersiz fesih bildiriminin tebliğ tarihi değil, önellerin ve işçinin çalışmasının sona erdiği tarih olmalı, bu durumda örneğe göre boşta geçen süre ücretiyle diğer haklar sadece bir hafta için ödenmelidir⁸⁷¹. İhbar öneli boyunca iş sözleşmesi bilfiil edimler ifa edilerek yürürlüğünü sürdürmekte, işçi işyerinde çalışmaya devam ederken ücreti ve diğer hakları normal seyrinde ödenmektedir. Fesih bildirimine göre daha önce açılmış olan davanın bu esnada görülüyor olmasından söz edilerek, önellerin işlediği dönem 21. madde anlamında boşta geçen, işçinin ücret ve diğer haklarından yoksun kaldığı süre kapsamında mütalaa edilemez. Aksi halde işçiye aynı dönem ve tek iş görme edimi karşılığında ücret ve diğer sosyal haklar mükerrer ödenmiş olur. 21. madde açıkça bu ücretin işçinin “çalıştırılmadığı süre için” ödeneceğini bildirmiştir.

talebinin de mümkün olmadığı görüşündedir (**Şahlanan**, Konferans Notları, s. 104). Metin içinde açıklamaya çalıştığımız haliyle bu görüşe katılmıyoruz. Ayrıca, davanın konusuz kalması halinde dava reddedilmemekte, hüküm vermeye mahal bulunmayan talepler bakımından sadece davanın konusuz kaldığı belirtilerek davaya son verilmektedir. Üstelik davalı işveren davacının feshin geçersizliği iddiasının bir sonucu olan işe iade talebi kabul ederek bunun gereğini yargılama dahi bitmeden yerine getirdiğine göre davacı aleyhine bir red hükmünden söz edilmemelidir.

⁸⁶⁹ **Özkes**, Uygulama Sorunları, s. 152. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir. 9. HD. 2.2.2005 T., 31715/2889 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 675).

⁸⁷⁰ Ayrıca bkz. **Akyiğit**, İşe İade, s. 309.

⁸⁷¹ Aynı esas, geçersizliğin mahkeme kararıyla tespit edilerek işe iadeye karar verilen durumlarda da gözetilmelidir.

Davanın konusuz kalmasına karşı çıkan görüş vesilesiyle, işverenin mahkemeye yönelik açık bir irade beyanıyla talebi kabul ettiğini bildirmeksizin işçiyi işe davet etmesi *mahkeme dışı kabul* olarak nitelenebilir mi sorusu akla gelmektedir. Kanımızca bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Davalının davayı, görüldüğü mahkeme dışında kabulü mümkündür. Davacı işçi, bu davayı açmakla işverene karşı, gerçekleştirdiği fesih işleminin geçerli olmadığı, iş sözleşmesinin devam ettiği iddiasıyla kendisini çalıştırmayı sürdürmesini isterken, işveren de bunu kabul ederek onu davet etmektedir. Burada örneğin, alacak davasında davalının, davacı alacaklı hesabına talep edilen parayı yatırması fiilinde görülmeyen kabule dair irade beyanı da mevcuttur. Mahkeme dışı kabulde, davacının bunu mahkemede ispat etmesi gereklidir. İşe iade talebinin kabul edilerek davacı işçinin işe çağrıldığı çoğu zaman davacıdan önce davalı işverence mahkemeye bildirilmektedir. Zaten işe iadeye rağmen davanın daha fazla sürmesinde işverenin menfaati bulunmadığı gibi mahkeme dışı kabul tanık dahil her türlü delille kanıtlanabileceğinden⁸⁷² ispat açısından da sorun yaşanmayacağı söylenebilir. Mahkeme dışında kabul üzerine uyuşmazlık kendiliğinden değil, hakimin bu doğrultuda vereceği bir kabul hükmüyle sona erer⁸⁷³. O halde, mahkemenin davanın kabulüne dair kararında İş Kanunu 21. madde uyarınca boşta geçen süre ücretiyle ilgili *talebi* de hüküm altına alması gerekir. Çünkü bu kalem, davanın kabulünden ayrı düşünülemez. Davası kabul edilen işçiye, çalıştırılmadığı süre için bu ücretin ödenmesi geçersiz feshin yasadışı öngörülen tabî sonucudur.

Objektif dava birleşmesinde, taleplerden birinin kabulü diğerinin de kabul edildiği anlamına gelmediğinden⁸⁷⁴ işverence “*işe iade ile ilgili talebin*” kabul edilmiş olması, boşta geçen süre ücreti yönünden de açık bir kabul beyanı olarak nitelenemeyecektir. Ancak her iki talep bakımından da dava sebebi olan asıl vakıa ortaktır. O yüzden “*dava sebebi vakıanın mevcudiyeti*” bu talep bakımından da önem taşımaktadır. Dikkat edilmesi gereken, burada işverenin işe iade talebini kabul etmesi ancak feshin geçersizliği vakıasının doğruluğunu açıkça beyan etmemesidir. Bu durum *örtülü ikrar* bakımından değerlendirilmelidir. İkrar, davanın kabulünden

⁸⁷² Kuru, C. IV, s. 3659, 3741.

⁸⁷³ Üstündağ, s. 577; Kuru, C. IV, s. 3741.

⁸⁷⁴ Kuru, C. IV, s. 3688.

farklıdır. Davanın kabulünde, davacının netice talebi kısmen ya da tamamen kabul edilirken, ikrarda varlığı ya da yokluğu taraflar arasında çekişmeli olan ve ikrar eden aleyhine sonuç doğuracak bir veya birden çok vakıanın doğruluğunun bildirilmesi söz konusudur⁸⁷⁵. İşe iade davasının temeli, feshin geçerli nedene dayanmaması ya da şekle aykırı olması vakıasına, kısaca feshin geçersiz olması sebebine dayanır. İşveren, bu dava sebebinin yokluğunu ispatlayamadığı takdirde mahkemece dava kabul edilerek işe iadeye karar verilecektir (m. 20, 21). Çünkü, işe iade talebi bakımından davacı lehine hüküm verilmesi, davacının dava sebebi yaptığı ana vakıanın mevcudiyetinin tespit edildiğini göstermektedir. Sözleşmenin örneğin geçerli bir işletmesel neden olmadığı halde feshedilmesi ya da işçinin feshe konu davranışının geçerli neden teşkil etmediği ile ilgili vakıa iddiaları da, hep bu ana vakıanın içinde yer alan, onu destekleyen vakılardır. Kabulden farklı olarak, örtülü ikrar mümkündür. Örtülü ikrarda ikrar edenin, karşı tarafın ileri sürdüğü, aleyhindeki bir ya da daha çok maddî vakıayı dolaylı olarak kapsayan ifadelerinden, o vakıanın gerçekleştiği, ikrar edilmiş olduğu sonucu ortaya çıkar. İkrar eden dolaylı olarak öyle bir beyanda bulunmuştur ki bu, iddia edilen vakıanın mevcudiyeti anlamına gelir.⁸⁷⁶ Davacı işçinin feshin geçersiz olduğu, bu nedenle davalı işyerinde çalıştırılmaya devam edilmesi gerektiği iddiasına karşılık işveren, işe iade talebini kabul etmekle davacının netice talebinde istediği hakkın varlığını kabul etmiş olur⁸⁷⁷. Bu hak, maddî hukuk kuralları gereği sadece “feshin geçersizliği sebebiyle” var olabileceğinden ve dava sebebi ile talepler de bu temel vakıa üzerine inşa edildiğinden, esasen davalının objektif dava birleşmesindeki işe iade talebini kabulü, içinde aynı zamanda dava sebebi vakıanın da doğrulanmasını barındırır. Yargıtay’ın boşta geçen süre ücretine hükmedilmesinde “*dava devam ederken davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir*”⁸⁷⁸ gerekçesi de sanırız örtülü ikrarı esas almaktadır.

⁸⁷⁵ **Kiraz, T. Ö.**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s. 44.

⁸⁷⁶ Örneğin davacının 300,00.-YTL ücret alacağı sebebiyle açtığı davada, davalının “şimdi param yok, üç ay mühlet ver” şeklinde verdiği cevap, böyle bir borcun örtülü olarak ikrardır (**Kiraz**, s. 143).

⁸⁷⁷ **Kuru, C. IV**, s. 3676.

⁸⁷⁸ 9. HD. 30.6.2005 T., 19426/23336 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 676).

2. İşe Davetin Kabul Edilmemesi

İşveren usûlüne uygun şekilde işçiyi dava sırasında işe davet etmesine rağmen, işçinin açıkça işe dönmeyeceği iradesini açıklaması halinde davada hukukî yararın kalmadığı sonucuna ulaşılmalıdır⁸⁷⁹. Hukukî yarar, bir dava şartı olup davanın başından sonuna kadar mevcut olmalıdır. Yargıtay'ın da isabetle temas ettiği gibi, bu davada aslolan işe iadenin sağlanmasıdır. Davacının bu tutumu, 21. madde uyarınca, kesinleşen hükmün tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işine iade edilmesi amacıyla işverene başvurmayan işçinin durumuna benzemektedir. Feshin geçersizliği tespit edilse bile, işçi işe dönme iradesini göstermek zorundadır. Bu ihtimalde ise davacı iradesinin tam aksi yönde olduğunu, süresinde başvurmama gibi zımnî değil, açık bir irade beyanı ile ortaya koymaktadır. Artık iş ilişkisinin devamının sağlanabilmesi için tanınmış dava hakkının amacından sapılmıştır.

3. İşyerinin Kapanması

Davanın konusuz kalması bakımından işyerinin kapanmasının da ele alınması gerekmektedir⁸⁸⁰. Dava devam ederken işyerinin kapanması halinde artık işçinin çalıştırılacağı işyeri bulunmadığından verilecek işe iade kararının bir anlamı olmayacağı ve davanın konusuz kalacağı genel olarak kabul edilmekte, ancak kapanmanın etkileri ve zamanı bakımından farklı ihtimaller dikkate alınmaktadır. Esasen dava konusuz kalsa da yargılama giderleri ve boşta geçen süre ücreti yönünden davaya devam edilmesi gerektiği, ancak hükmün uygulanması aşamasında işyeri kapanmışsa hükmün bu açıdan uygulanamayacağı, fakat boşta geçen süre ücretinin talep edilebileceği benimsenmektedir⁸⁸¹. İşverenin işçiyi çalıştırabileceği

⁸⁷⁹ **Alpagut**, s. 243; **Uşan**, s. 25. “Davacı bu suretle işe iade kararı verilse dahi işe dönmeyeceğini açıklamıştır. Bu durumda davanın konusu kalmamıştır” 13.1.2005 T., 2004/33309 E., 2005/645 K. (**Ertekin**, s. 350). Aksi görüş, **Akyiğit**, İşe İade, s. 310.

⁸⁸⁰ Burada sözü edilen durum, işyerinin kapanması nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden farklıdır. Zira, işyeri sürekli kapatıldığı için işçi çıkarılmışsa bu, işletme gereklerine dayanan geçerli fesih sebebidir ve işverenin teşebbüs hürriyetine dayalı böyle bir işletmesel kararı yargı denetimi dışındadır. Ancak işverenin hukuka aykırı bir amaca ulaşmak üzere, işyerini belli bir süre görünüşte kapattığı kanıtlanırsa hakkın kötüye kullanılması nedeniyle fesih geçersiz sayılır (**Engin**, s. 80; **Ekonomi, M.**, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 455; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 122; **Mollamahmutoğlu**, s. 170). Ayrıca bkz. **Köseoğlu, A. C.**, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, Aralık 2004, s. 149 vd.

⁸⁸¹ **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 153; **Ekmekçi, Ö.**, Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davası Toplantısı, İstanbul, Ağustos 2005, Yayın No. TÜSİAD-T/2005-08/406, s. 30; **Alpagut**, s. 244. Buna karşılık işyerinin kapanması veya işe başlatmama

bir başka işyeri varsa işçinin fesihten önce çalışmakta olduğu işyerinin kapanmasının, eğer işçinin de o işyerinde çalışmaya rızası varsa, yargılamaya etki etmemesi gerekir⁸⁸². Sorun, işletmenin tek bir işyerinden ibaret olması ya da tüm işyerlerinin kapatılmasındadır. Dava sırasında işyerinin kapanması, daha önce işverence gerçekleştirilen fesih işleminden ayrı ve sonradan ortaya çıkan bir olgudur. Bu, önceki feshin Yasa'da öngörülen şekil ve esas yönünden geçerlilik denetimine engel olmamalıdır. Aksi halde örneğin işçileri sendikal nedenle işten çıkaran bir işveren, yargılama devam ederken işyerini kapattığı için, sendikal nedenlere dayalı kötüniyetli feshinin yaptırımlarından kurtulma şansı yakalayabilecektir. İşyerinin kapatılmasına dair ve işverenin teşebbüs hürriyetinin bir yansıması olan işletmesel karar, kendi bağımsızlığı içinde geçerli bir işletmesel neden teşkil etse dahi bunun daha önceki geçerli nedenden yoksun fesih işlemini ıslah eden ya da etkisizleştiren bir sonucu olmamalıdır. Ayrıca yargılama sonunda dava konusu feshin geçersizliği tespit edildiğinde iş sözleşmesinin zaten o fesih beyanıyla ortadan kalkmadığı, işyerinin kapanma tarihinde de yürürlükte olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. İşyerinin kapanması ise bir infisah hali de teşkil etmemektedir⁸⁸³. Geçerli nedene dayanmayan hatta belki sendikal nedenle feshine maruz kalan işçi, feshin geçersizliğinin tespit edilmesine dayanarak süresi içinde işverene başvurmak ve işe başlatılmadığı (başlatılamayacağı) için hüküm altına alınan işe başlatmama tazminatını da talep etme hakkına sahip olmalıdır⁸⁸⁴.

objektif bir nedenden kaynaklanıyorsa işverenin işe başlatmama tazminatından değil, boşta geçen süre ücretinden sorumlu olacağı; objektif bir nedenden kaynaklanmıyorsa işverenin her ikisinden de sorumlu olacağı, işçinin süresi içinde işe başlatılmak üzere başvurması gerektiği, işe başlatma için tanınan bir aylık sürenin hitamından sonra işyeri kapanırsa, işçinin boşta geçen süre ücretinin yanında işe başlatmama tazminatını da talep edebileceği ileri sürülmektedir (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 249).

⁸⁸² **Uşan**, s. 29-30. **Süzek**, s. 576. İşverence Banka'nın hisse senetlerinin devri nedeniyle işyerinin kapatılmasına ve işçilerin çıkarılmasına karar verilen bir uyuşmazlıkta Yargıtay, davalı Bankanın başka bir şubesi mevcut değilse davacıya yeni bir iş verme olanağı bulunmadığından işe iade davasının reddi gerekeceği, davacının çalıştığı işyerinden başka bir işyerine naklinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğine içtihat etmiştir. 9. HD. 11.7.2005 T., 21402/24448 (**Akyiğit**, İşe İade, s. 686).

⁸⁸³ **Süzek**, s. 195; **Kaplan, E. T.**, Kanun Dışı Lokavt ve Ekonomik Nedenlerle İşyerinin Kapatılması, *Türk Kamu-Sen*, Mart 1992, s. 19; **Köseoğlu**, s. 150.

⁸⁸⁴ **Uşan**, s. 26 vd. **Ekonomi**, İşyerinin Kapatılması, s. 456; **Tuncay**, İş Güvencesi Yasası, s. 11; **Süzek**, s. 576. Aynı sonucu savunan Akyiğit'in ifade ettiği gibi, işyerinin kapanması işverenin de bulunmadığı anlamına gelmemektedir (**Akyiğit**, İşe İade, s. 313). "İşyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildirimini yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde

§ 11. KANUN YOLLARI

I. GENEL OLARAK

İlk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ise de, bazı kararların verildikleri anda kesin oldukları özel bir yasa hükmüyle kabul edilmiştir. Yine bazı nihaî kararlara karşı temyiz yolu açıktır; ancak Yargıtay temyiz incelemesi neticesinde kesin olarak karar verir ve bu durumda yerel mahkeme karara direnemez. Konumuzla ilgili olarak, bu hükümler bireysel ve toplu iş hukukundaki tespit kararları bakımından ele alınacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesi, 2.3.2005 T., 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre;

“İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihaî kararlar kesindir.

İstinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Kanun yoluna başvuru kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır.

ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesihten söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukukî sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır” 9. HD. 25.12.2006 T., 27396/34577 (*Çalışma ve Toplum*, 2007/3, S. 14, s. 248 vd.).

Yargıtayın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz”.

Ancak Kanun’un geçici 1. maddesi uyarınca bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanunu’nun bu Kanun’la yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır. Bazı illerde bölge adliye mahkemeleri kurulmuş ise de, henüz göreve başlamadıklarından İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8. maddesinin değişiklikten önceki haliyle ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir.

II. İŞ MAHKEMESİNCE KESİN OLARAK VERİLEN TESPİT HÜKÜMLERİ

İş mevzuatında, mahkemenin kesin olarak karar vereceği tespit hükümleri ile ilgili düzenlemelere İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda rastlamak mümkündür.

İş Kanunu 3. maddeye göre, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit eden iş müfettişliği raporuna karşı açılan davalarda verilen hükümler kesindir. Bu davalar bakımından mahkemenin kesin olarak karar vereceği esasının kabulü kanımızca isabetli değildir. Dava, gerek bireysel gerek toplu iş ilişkileri açısından büyük önem taşımaktadır. Hükümün işletmeler, işlerin yürütümü, çok sayıda işçi ve sendikalar ile ilgili yansımaları bulunduğu gibi verilen karar daha sonra işçiyle işveren, işverenle sendika ve Bakanlık arasındaki birçok davada bağlayıcı olacak ve unsur etkisi gösterecektir. Üstelik aynı yönde inceleme bir işe iade davası ya da toplu sözleşme yetki prosedürü sırasında gündeme gelip, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı bu davalarda tartışılıp karara bağlandığında hükme karşı temyiz yolu açık iken, alt işverenle kurulan ilişkinin

niteliği 3. madde uyarınca açılan davada ele alınıp belirlendiğinde kanun yolunun kapatılması birbiriyle uyum arz etmemektedir. Bu durum karşısında, herhalde uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesi niyetinden hareket eden cevaplar tatmin edici bulunmayacaktır. Adil yargılanma hakkının gerektirdiği, uyuşmazlığın her ne pahasına olsun süratli çözümlenmesi değil, makul sürede hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasıdır⁸⁸⁵. Yasakoyucu bir tercih ortaya koyarken müessesenin niteliğini, ortaya çıkacağı benzer durumları göz önüne alarak tutarlı sonuçlara ulaşmalıdır. Hele bu düzenleme, bir hakkın sınırlanmasına yönelik ise hukukun genel ilkeleri ve hukuk mantığından uzaklaşmadan yargısal temel hakları zedelemeyecek hassasiyetle konuya yaklaşılmalıdır. Bu davanın diğer davalardan farklı şekilde ele alınıp tarafların kanun yoluna başvuru haklarını ellerinden almayı gerektirecek olağanüstü bir yanı yoktur. Evrak üzerinden yapılan bir incelemeyle karara varılan bir yargı faaliyeti de söz konusu değildir. *Yılmaz*'ın işaret ettiği gibi, “ülkemizde mahkemelerin iki dereceli olması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolunun kapatılması son derece sakıncalıdır. Mahkemenin yanlış karar vermesi halinde bundan zarar gören kimse, kararı Yargıtay eliyle denetletiremeyeceği için somut olay adaleti gerçekleşemez. Öte yandan, yanlış karar Yargıtay’ca denetlenmediği için ülkede hukuk birliğinin bozulması tehlikesi vardır”⁸⁸⁶. Bize göre mahkemenin kesin karar vereceğine ilişkin düzenleme ivedilikle değiştirilerek hak arama özgürlüğü önündeki bu engelleme kaldırılmalı, karara karşı temyiz yolu açılmalıdır. Uyuşmazlığın daha kısa sürede çözümlenmesi amaçlanıyorsa belki bir denge kurulacak şekilde ve iş mevzuatındaki çeşitli örneklerde görüldüğü gibi hiç değilse, Yargıtay’ın kesin olarak karar vereceğine dair bir düzenleme daha isabetli olacaktır.

Sendikalar Kanunu’nun 22. ve 25. maddeleri uyarınca, sendika üyelik başvurusunun reddi ile üyelikten çıkarma kararına karşı açılan davalarda da mahkeme kesin olarak karar vermektedir.

⁸⁸⁵ “Yargılamanın hızlandırılması sağlanırken, bu her ne pahasına olursa olsun biçiminde yapılmamalıdır. Aksi takdirde, hızlı fakat hatalı kararlar verilmesi tehlikesi ortaya çıkar ki, amaçlanan bu değildir. Adalet çabuk bir karar uğruna olup bittiye getirilmemelidir.” (Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 267).

⁸⁸⁶ **Yılmaz, E.**, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003, s. 66.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi kapsamında yetki uyuşmazlıkları ile ilgili olarak, dava konusuna ve evrak üzerinden inceleme yapılıp yapılmamasına göre ayrıma gidilmiştir. Eğer dava, maddî hata iddiası ile süreye ilişkin itiraz sebeplerine dayanıyorsa mahkeme duruşma yapmaksızın, kesin olarak karar verir. Bunlar dışındaki iddialarla açılan davalarda verilen hükümlere karşı kanun yolu açıktır. Ancak uyuşmazlığın hangi sebepten kaynaklandığı hususunda mahkemece yanlış niteleme yapılmış, esasen davanın taraf teşkili sağlanarak yürütülmesi gerekirken mahkeme evrak üzerinden incelemeyle karar vermişse bu nedenle hükme karşı kanun yoluna başvurulabilecektir⁸⁸⁷.

III. TEMYİZ

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde Yargıtay'ın temyiz incelemesini tamamlayıp karar vermesi için 2 aylık süre öngörülmüştür. İş mevzuatında diğer hükümlerde de temyiz incelemesi için daha kısa sürelerle işaret edilmektedir. Örneğin, işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamıyla ilgili uyuşmazlıklarda kararın temyizi halinde Yargıtay'ın onbeş gün (TSGLK m. 3), feshin geçersizliğinin tespiti davalarında bir ay içinde (İş K. m. 20) karar vereceğine ilişkin hükümler gibi. Bu düzenlemeler yargılamayı çabuklaştırmaya yönelik ise de uygulamada iş yoğunluğu nedeniyle bu sürelerle uyulamadığı malumdur. Elbette, yargı organlarına yönelik süreler kesin değildir. Yasa koyucunun uyuşmazlığın niteliğini de dikkate alarak davaların daha kısa sürede çözümlenmesi iradesi ve arzusunu yansıtmakla birlikte mevcut koşullarda fiilen gerçekleşmesi neredeyse imkânsız olduğunu bile bile bu kadar kısa sürelerden yasa hükümlerinde söz etmek yerine, işin acele işlerden olduğuna, ivedilikle çözümlenmesi gereğine işaret eden düzenlemeler herhalde daha isabetli olacaktır. Doktrinde ifade edildiği gibi, "Bu hususta gerekli tedbirler alınmadan, mahkemelere kısa süreler tanıyarak bireyi beklentiye sokmak, beklentisine genellikle kavuşamayan bireyin mahkemelere ve devlete olan saygısı açısından düşündürücü bir husustur"⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ Bkz. 9. HD. 27.5.1985 T., 6074/5757 (Günay, s. 595-596).

⁸⁸⁸ Yılmaz, İş İade Davaları, s. 26.

Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 438. maddenin 1. fıkrasındaki sınırlı sayıdaki uyuşmazlıklara ait kararlar için duruşma istemiyle temyiz yoluna gidilebilir. Ancak bu davalar, tüzelkişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına ve feshine, boşanma ve ayrılığa, velayete, nesebe ve kısıtlamaya ilişkin davalarla maddede belirtilen parasal sınırı aşan alacak ve ayın davaları olup, iş hukukundaki tespit davaları bunlar arasında yer almamaktadır. Ayrıca 1. fıkra hükmü ile bağlı olmaksızın Yargıtay, bilgi almak üzere kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir (f. 3). İş uyuşmazlıkları bakımından Yargıtay' da duruşma yapılmasının davaları uzatacağı, masraflı olacağı ve Yargıtay' ın da iş yükünü arttıracacağı değerlendirilmektedir⁸⁸⁹.

Yargıtay, temyiz incelemesi sonucunda onama, düzelterek onama veya bozma kararı verebilir. Bozma kararı verilmesi halinde, kural olarak mahkeme tarafları dinledikten sonra bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir (m. 429/2). Ancak iş mahkemeleri, özellikle toplu iş hukuku alanında kanunen belirlenen bazı kararlar açısından, direnme kararı veremez. Çünkü bu gibi hallerde Yargıtay kesin olarak karar vermektedir. Feshin geçersizliğinin tespiti davaları bakımından da aynı esas benimsenmiştir. İşkolu tespiti, işletme toplu iş sözleşmelerinin kapsamının belirlenmesi, işkolu istatistikleri hakkındaki uyuşmazlıklar, yetki tespiti, toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan tespit davalarında Yargıtay işin esasına ilişkin kesin karar vermektedir. Bu kesinlik, ya mahkeme kararını, uygun bulunduğundan onayıp kesinleştirme ya da bozma kararıyla eski kararın kaldırılması ve Yargıtay'ca kesin bir karar verilmesini ifade eder. Yoksa dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilerek işlem yapılması yönünde bir karar verilemez⁸⁹⁰. Yargıtay'ın kesin

⁸⁸⁹ **Kuru**, İş Mahkemeleri, s. 29; **Sarisözen**, s. 239.

⁸⁹⁰ **Taşkent, S.** Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay' ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1989, s. 193; **Günay**, s. 450, 609. Yargıtay'ın kesin inceleme yaptığı durumlarda, kararı usûlden bozması kabul edilebilirse de; esastan bozarak dosyayı mahkemeye göndermesi kanuna tamamen aykırıdır (**Reisoğlu**, s. 201). **Tunçomağ** ise, kanunen Yargıtay' a böyle bir görev verilmesinin usûlün temel esaslarına aykırı olduğunu düşünmektedir (**Tunçomağ, K.**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, s. 375).

olarak karar vermesinin anlamı, uyuşmazlığın yeniden mahkemeye gönderilmeden çözülmesi, bu kararlara karşı direnme kararı da verilmemesidir⁸⁹¹.

Buna karşılık usûl kurallarının mahkemece eksik ya da yanlış uygulanması söz konusu ise, dosya hüküm vermeye elverişli olmayıp eksikler içeriyorsa Yargıtay'ın dosyayı eksiklerin giderilmesi için geri çevirmesi gerekmekte ve Daire zorunlu olarak bozma kararı vermektedir⁸⁹². Gerçekten ilk derece mahkemesindeki yargılama esnasında usûl kurallarının hatalı, noksan uygulanması, tarafların iddia ve savunma haklarının ihlali, eksik delil toplanması, tarafların ileri sürdüğü bazı taleplerin hukuka aykırı olarak reddedilmesi gibi durumlarda Yargıtay'ın bozma kararı vererek dosyayı mahkemeye geri göndermesini kabul etmek gereği vardır. Bazen işyerinde keşif yapılarak buna göre bir karar verilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Usûle ilişkin aykırılıkların Yargıtay tarafından yerine getirilmesi, eksiklerin giderilmesi söz konusu olamayacağına göre bozma ilamında işaret edilen hususlar yönünde işlem yapılması için dosyanın mahkemeye gönderilmesi gereklidir. Aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlali, açıkça kanuna ve usûle aykırılık pahasına Yargıtay'ın

⁸⁹¹ **Oğuzman**, s. 47, dn. 336; **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 161; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 251. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, "işçi ve üye sayılarının tesbitine maddî hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme altı işgünü içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme duruşma yaparak karar verir. Duruşma sonunda verilecek karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay'ca 15 gün içinde kesin karara bağlanır." Yasa koyucu burada açıkça "Yargıtay'ca kesin karara bağlanır" demek suretiyle bozma kararına karşı direnme yolunu (kapatmış) bulunmaktadır. O halde Özel Daire Bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır" HGK. 13.3.1985 T., 1984/9-834 E., 1985/201 K. (**Günay**, s. 340-341); "2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15/2. maddesinde yer alan 'Yargıtay'ca...kesin karara bağlanır' hükmü ile yasa koyucunun bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığı, Yargıtay Özel Dairesince verilen kararın kesin olduğu kuşku ve duraksamadan uzaktır" HGK. 3.5.2006 T., 9-193 E., 264 K. (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları, s. 488); Aynı yönde 9. HD. 11.9.1990 T., 9694 E., 9258 K. (**Kurucu**, s. 540).

⁸⁹² **Çelik, N.**, Karar İncelemesi, İHU 1987, TSGLK 15, No. 5; **Çelik**, s. 465; **Reisoğlu**, s. 201; **Özekes**, Uygulama Sorunları, s. 162. "Davalı tarafa duruşma günü usûlüne uygun tebliğ edilmeden savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle davanın sonuçlandırılması usûl ve yasaya aykırı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir" 9. HD. 13.2.2006 T., 1154/3465 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, 1029). "Mahkemece fesih bildiriminde belirtilen nedenlerin kanıtlanmadığı gerekçesi ile davacının işe iadesine karar verilmiş ise de, feshe dayanak yapılan tutanaklarda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gerektirecek eylemler somut olarak belirtilmiş olup, bu tutanakların gerçeği yansıtmadıklarının açıklığa kavuşturulması gereği vardır. Davalı işveren, tutanak mümzilerini tanık olarak göstermiş olduğuna ve gösterilen tanıkların bilgileri uyuşmazlığın çözümü bakımından önemli olduğuna göre tutanak mümzilerinin çağrılıp dinlenmesi ve sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur. Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına..." 9. HD. 24.3.2008 T., 2007/27673 E., 2008/5995 K. (www.legalbank.net)

mevcut dosya içeriğine göre bir karar vermesi sonucuyla karşılaşılır. Maddî gerçeğe aykırı karar verilmesi, örneğin yetkisiz sendikanın toplu iş sözleşmesi akdetmesi gibi, uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenememesinden çok daha ağır sonuçlara ortaya çıkar.

İşe iade davaları vesilesiyle, Yargıtay'ın kesin olarak karar vermesinin ne anlama geldiğini ve bu arada dosyada eksiklikler bulunması halinde esas hakkında karar verilemeyerek dosyanın mahkemeye geri gönderilmesini ele alan bir Hukuk Genel Kurulu'nda şu tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir:

“Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usûlüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.

Yerel mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay'ın ilgili Dairesinin önüne gelen hükmü bozup geri çeviremeyeceği, uygun bulmaması durumunda kendisinin davayı kesin biçimde sonuçlandıracağı düşüncesindedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Yasa hükmünün özünün araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için iş yasası kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir.

Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecek mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesinin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğinin Özel Daireyi karara götürecek nitelikte olmasıdır. Çünkü Yasa, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için taraflara kanıtlama külfeti

yüklemiştir. Önemli olan, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda belirttikleri olguların, dayanakları olan bilgi ve belgelerin karara esas olmak üzere dosyaya yansıtılmış olmasıdır. Mahkemece, taraflarca ileri sürülen olgular ve dayanağı delillerin toplanması koşuluyla verilecek karar, Yargıtay'ca gerektiğinde tekrar ele alınıp kesin sonuca bundan sonra ulaşılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını isteme hakkına sahiptir. İş hukuku çerçevesinde hak ve yükümlülükler, maddede belirtilen 'medeni hak ve yükümlülükler' kapsamında ele alınmaktadır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 4.maddesi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilirken iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 Esas ve 1985/201 Karar sayılı kararında da, benzer bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen 'Yargıtay'ca ... kesin karara bağlanır' hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.

Belirtilen nedenlerle; tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ikame edilmek istenen kanıtlar dosyaya yansıtılarak, sonrasında hüküm kurulmasında yasal zorunluluk vardır. Ancak maddede yer alan, 'Yargıtay...kesin olarak karar verir' kuralından hareketle uyuşmazlığın eksiklikler de içerse her halükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir.

Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme hususunun Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, 'Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanır' demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır. O halde Özel Dairenin bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır."⁸⁹³

Yargıtay' ın uyuşmazlığı esastan çözen kesin karar vermesi, normal bir temyiz incelemesi olmayıp Yargıtay'a hukukî denetim sınırını aşan bir denetim gücü

⁸⁹³ HGK. 01.12.2004 T., 9-644 E., 643 K. (www.legalbank.net).

tanınmasıdır ve istinaf sisteminin bir özelliğidir⁸⁹⁴. Gerçekten, Yargıtay bir hüküm mahkemesi değildir. Temel işlevi, yerel mahkemenin kararını hukuka uygunluk bakımından denetleyerek somut olayda adaletin ve hukukî birliğin sağlanmasıdır⁸⁹⁵. Ayrıca bir kararın kesin olması verilen karara karşı başvurulacak kanun yolunun bulunmaması anlamına gelir. İş mahkemelerinde ise karar düzeltme yolu bulunmadığından *Yılmaz*'a göre Yargıtay'ın kesin olarak karar vermesi bu şekilde yorumlanmalıdır ve bir hakkın varlığı asıl olup, kanun direnme olanağını açıkça kaldırmamıştır⁸⁹⁶. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'na göre zaten Yargıtay'ın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı açıktır (m. 8/son). Hal böyleyken tekrar bazı yasa maddelerinde karar düzeltme yolunun kapalı olduğunu işaret etmek adına Yargıtay'ın kesin olarak karar vereceğinin vurgulanması beklenmez. Üstelik iş mevzuatında iş mahkemesi kararlarının temyiz incelemesiyle ilgili olarak tüm maddelerde değil, yukarıda belirtilen bazı uyuşmazlıklar bakımından “Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır” hükmüne yer verilmiştir. O itibarla bu yöndeki düzenlemeler, karar düzeltme yolunun kapalı olduğunu yinelemekten öte bir anlam taşımakta ve yerel mahkemenin direnme kararı verememesi sonucunu doğurmaktadır. Usûl hukuku sistemimizdeki temyiz incelemesinin niteliği ve işlevine uygun olmamakla birlikte, uyuşmazlığın Yargıtay’ca esaslanarak kesin sonuca varıldığı durumlarda Yargıtay, yasa hükmü gereğince bir hüküm mahkemesi gibi davranmaktadır. Bu halde artık, bozma kararıyla dosya yerel mahkemeye gönderilmemekte, Yargıtay ilk derece mahkemesi yerine geçerek karar vermektedir. Yasa koyucu söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesini sadece yerel mahkemenin kesin kararına bırakarak, Yargıtay yolunu kapatmaktan sakınmıştır. Temyiz incelemesi gerekli görülüş ise de, uyuşmazlığın olabildiğince kısa sürede çözümünü sağlamak üzere, dosyanın tekrar mahkemeye gönderilmesi yerine, Yargıtay’da sonuçlandırılması esası benimsenmiştir. Yargıtay’ın uyuşmazlığı kesin olarak çözmesi ve bu karara uyulma zorunluluğunun

⁸⁹⁴ *Yılmaz*, İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü, s. 28; *Başterzi*, s. 260.

⁸⁹⁵ *Akcan*, s. 14 vd.

⁸⁹⁶ *Yılmaz*, İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü, s. 26-27.

öngörülmesi, uyuşmazlığın uzun zaman sürüncemede kalmaması ve en kısa sürede sonuca gidilmesi amacına yöneliktir⁸⁹⁷.

2822 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki ayrıma göre; incelemenin evrak üzerinden yapılacağı ve mahkemenin kesin karar vereceği haller ile bunlar dışındaki sebeplere dayalı olarak açılan davada taraf teşkili sağlanarak temyiz yolu açık olmak üzere karar verilen haller bakımından, uyuşmazlığın niteliğinin hangi sebepten kaynaklandığı ve incelemenin evrak üzerinden yapılıp yapılamayacağı temyiz sebebi olabilecektir⁸⁹⁸. Fakat Yasa'nın ifadesi yetersizdir. Maddede “*duruşma sonunda verilecek kararlar temyiz edildiği takdirde*” denmektedir. Bu hüküm, evrak üzerinden inceleme yapılan maddî hata ve süreye ilişkin itirazlarda mahkemenin kesin karar verecek olmasını esas almış ise de, uyuşmazlığın bu nitelikte olup olmadığı başlı başına temyiz denetimini gerektiren bir husustur. Mahkeme, maddî hataya dair itirazla dava açıldığı halde duruşma yaparak karar vermiş ise Yargıtay'ın incelemenin evrak üzerinden yapılması gerektiği gerekçesiyle kararı bozamayacağı tabiidir. Fakat tersine, taraf teşkili sağlanıp duruşma yapılarak davanın sonuçlandırılması gerekirken mahkemenin dava sebebini yanlış niteleyerek, uyuşmazlığın maddî hatadan kaynaklandığı değerlendirmesiyle evrak üzerinden incelemeye bir hüküm vermesi halinde, duruşma sonunda verilen bir karar olmadığından bahisle temyiz yolunun kapalı olduğu ve mahkemenin kesin karar verdiği düşünülemez. Ayrıca böyle bir ihtimalde Yargıtay'ın kararı bozarak dosyayı mahkemeye göndermesi gerekmektedir. Davanın Yargıtay'da görülmesi, delillerin Yargıtay'da toplanıp incelenmesi söz konusu değildir. Bu durum da 15. maddedeki “Yargıtay'ca onbeş gün içinde kesin karara bağlanır” hükmünün havada kaldığını, işin niteliğiyle de bağdaşmadığını göstermektedir. İş mevzuatında sıklıkla karşılaşılan bu düzenlemelerin kaldırılması daha isabetli olacaktır.

⁸⁹⁷ Milli Güvenlik Konseyi' nin Sosyal Güvenlik İş ve İşçi İlişkileri Komisyonu Raporu' nda bu amaca yer verilmiştir (MGKTD. S.Sayısı. 973, s. 7); **Reisoğlu**, s. 162; **Günay**, s. 450.

⁸⁹⁸ 9. HD. 26.10.1984 T., 9986/9196 (İHU TSGLK m.15, No. 2, N. Çelik'in incelemesiyle); **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 78-79; **Tuncay**, Toplu İş, s. 153; **Sur**, s. 235.

IV. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesine göre, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş kararlar hakkında 11 bent halinde sayılan sınırlı sebeplerden⁸⁹⁹ dolayı olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Yargılamanın yenilenmesi (kanundaki ifadesiyle iadei muhakeme), “*kesin olarak verilen veya kesinlik kazanmış olan bir kararın ya ağır (ciddi) biçimsel (usûli) eksiklikler, yahut karara temel olan bilgi ve belgelerin ağır yanlışlıklar taşınması, yahutta tarafları, konusu ve hukuksal sebebi aynı olan bir uyuşmazlık hakkında kesinlik kazanmış birbiriyle çelişen iki kararın ortaya çıkması nedeniyle ve kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunan koşullar altında ilk yargılamanın –son halde ikinci yargılamanın- aynı mahkemede, belirli bir süre içinde tekrar edilmesini (yenilenmesini) sağlayan bir olanaktır*”⁹⁰⁰.

Yargılamanın yenilenmesi, davanın esası hakkındaki kesin hükümlere karşı tanınmış olup, Yargıtay'ın mutad temyiz incelemesi sonucunda verdiği onama, bozma, düzelterek onama kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi istenemez⁹⁰¹. İş mahkemelerinden verilen ve kanunda kesin olduğu belirtilen hükümlere karşı, temyiz yoluna gidilemese de olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Yargıtay'ın uyuşmazlığı esastan çözen ve mahkemenin direnme kararı veremediği kararları esasa ilişkin kesin hüküm niteliğinde olduğundan, şartları varsa bunlara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.⁹⁰²

⁸⁹⁹ HGK. 6.2.1987 T., 1986/14-116 E., 1987/80 K. (Erdemir, C. II, s. 1835).

⁹⁰⁰ Arslan, R., Medeni Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 14.

⁹⁰¹ 25.11.1942 T., 41/23 sayılı İBK (RG. 26.1.1943 T., S. 5314). Üstündağ, S., Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971, s. 83; Arslan, s. 69; Kuru, C.V, s. 5170. Ayrıca bir hükmün temyizi sırasında ileri sürülmesi mümkün olan hususlara daha sonra yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak dayanılmaz. “Yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak ileri sürülen hususun o hükümlerin temyizinde de ileri sürülmesi mümkündür. O aşamada bu hak kullanılmadığına göre artık o hükümler kesinleşmiş olup yargılamanın yenilenmesi yoluyla düzeltilmesi mümkün değildir. Verilen iki ayrı hüküm de tapuda imaz edilebilir. Ancak, hissesi az gösterilen kişilerin fazla hisse alanlar hakkında dava açma hakları vardır. Bu itibarla olayda HUMK.nun 445. maddesinde sayılı yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden hiç birisi bulunmadığına göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” 8. HD. 14.10.1993 T., 1992/3023 E., 1993/10119 (www.legalbank.net).

⁹⁰² Çenberci, s. 96; Sarısözen, s. 243.; Kuru, C.V, s. 5170; Başterzi, s. 271.

445. maddenin 2. bendine göre, hükme esas olan senedin sahteliğine karar verilmiş olması bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Özellikle toplu iş sözleşmesi akdetmeye yetkili sendikanın belirlenmesi hakkındaki ya da işkolu istatistiklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dayanılan üye kayıt fişlerinin sahteliğinin ortaya çıkması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmelidir. Üye kayıt fişleri ile ilgili sahtelik iddiaları genellikle yerel mahkemede yargılama esnasında uyuşmazlık konusu olacaktır ya da bu konuda açılmış bir ceza davası varsa iş mahkemesinin ceza mahkemesi kararını bekletici mesele yapması gerekmektedir. İstisnaî bir durum olarak karşılaşılabilecek ise de, hükmün verilmesinden sonra üye kayıt fişlerinin ya da çekilme bildirimlerinin sahteliğine bir mahkeme hükmüyle karar verilmesi yahut bu üyelik belgelerine dayanılarak lehine karar verilmiş tarafın belgelerin sahte olduğunu resmî bir makam veya mahkeme önünde ikrar etmiş olması üzerine yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir⁹⁰³.

Yargılamanın yenilenmesi, hükmü veren mahkemeden dilekçe ile istenir ve orada incelenir (m. 448/1). Talep hakkında evrak üzerinden inceleme yapılamaz, taraf teşkili gereklidir⁹⁰⁴. Bu haliyle yargılamanın iadesine ilişkin dava, ilk davanın devamı sayılır⁹⁰⁵.

⁹⁰³ **Oğuzman, K.**, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Uygulanmasında Karşılaşılan Meseleler, *İş Hukuku Dergisi*, Ocak 1969/1, s. 55. Sendikanın kesinleşen yetkisinin yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağını 274 ve 275 sayılı Kanunlar döneminde ele alan Yargıtay, önce bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle yargılamanın iadesi talebini reddetmiş (9. HD. 26.3.1964 T., 1807/1762); daha sonraki bir kararında ise bir işçi teşekkülünün mükerrer üye göstermek ve hile kullanmak suretiyle elde ettiği kesin yetkiye karşı HUMK 445. maddesine göre yargılamanın yenilenmesinin istenebileceğine karar vermiştir. 9. HD. 25.11.1969 T., 9366/106 (**Reisoğlu**, s. 202).

⁹⁰⁴ “Davalı işveren tarafından, davacının feshin geçersizliği ve işe iade davasında, yalan bilgiye dayalı sahte belge kullanıldığı gerekçesi ile kesinleşen uyuşmazlıkta yargılamanın yenilenmesi istemi, mahkemece evrak üzerinden incelenerek sonuçlandırılmıştır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 445 ve devamı maddeleri uyarınca yargılamanın iadesi davasının, mutlaka duruşmalı yapılması gerekir. Her ne kadar kanunda bu konuda açıklık yoksa da bir dava olduğunda uyuşmazlık bulunmayan yargılamanın yenilenmesi isteminin duruşma yapılarak incelenmesi gerekir”. 9. HD. 7.9.2005 T., 21013/28869 (www.legalbank.net)

⁹⁰⁵ 2. HD. 30.5.1978 T., 4006 E., 4342 K. (**Uygur**, s. 572); 4. HD. 20.12.1979 T., 1191 E., 14355 K. (YKD. 1981/3, s. 290 vd.).

SONUÇ

Bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun yahut tereddütlü içeriğinin tespitini amaçlayan, herhangi bir eda hükmü içermeyen tespit davalarına bireysel ve toplu iş ilişkilerinde sıklıkla rastlanmaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, dava türleri arasında tespit davasını açıkça zikretmemekle birlikte bu dava türü, içtihatları birleştirme kararları dahil olmak üzere pek çok yargı kararında ve doktrinde kabul edilmiştir. Bunun ötesinde çeşitli kanun hükümlerinde de tespit davasına açıkça yer verilmiştir.

Her dava için aranması gereken dava şartlarının yanısıra, tespit davasının şartları; hukukî yarar ve hukukî ilişkidir. Dava konusu, borç ilişkileri, fikrî haklar, aynî haklar, miras hakkı, toplu iş ilişkileri gibi her çeşit hukukî ilişki olabilir. Davacının tespit davası açmada, bir hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitinde güncel bir hukukî yararının bulunması gerekmektedir. Tespit davası açılabilmesi için, sadece tespit davası açmakta özel bir hukukî yarar bulunmalı, hukukî yarar ilişkinin hemen tespitine yönelik hukukî koruma ihtiyacından kaynaklanmalıdır. Davacı, ulaşmak istediği amacı mahkemenin müdahalesi olmaksızın ya da aynı güvenlik ve kapsamda daha kolay, süratli, ucuz başka bir usûlî vasıtayla elde edebilecek ise artık burada bireyin tespit davası açmada hukukî yararının bulunmadığından söz edilir. Eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmasında kural olarak hukukî yarar bulunmadığı gibi eda davasının delili olacak bir hususun tespiti için dava açılması durumunda da hukukî yarar yoktur. Örneğin zamanaşımına uğramış bir hukukî ilişki borçlu tarafından menfî tespit davasına konu edilerek zamanaşımına uğradığının tespiti istenemez. Çünkü alacak talep edildiğinde, borçlunun zamanaşımı def'i yoluyla buna karşı koyması, hakkı engellemesi mümkündür. Kaldı ki, borçlunun daha önce böyle bir tespit davası açması ve lehine tespit hükmü verilmesi, onu daha sonraki alacak davasında korumaya yetmez. Zamanaşımı bir def'i olduğuna göre, hakim tarafından re'sen dikkate alınmayacak, mutlaka borçlunun bunu ileri sürerek edimi ifadan kaçınması gerekecektir. Buna karşılık açık bir yasa hükmüyle tespit davasının açılması kabul edilmiş ise, artık hukukî yarar baştan yasakoyucu tarafından varsayılmış demektir. Sendikanın toplu iş

sözleşmesi akdetme yetkisinin tespiti, grev lokavtın hukuka aykırılığının tespiti, sendika üyelik başvurusunun reddedilmesi halinde üyeliğin kazanıldığı ve üyelik ilişkisinin tespiti, uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkların tespit davası yoluyla giderilmesi gibi düzenlemeler bu yönde dava hakkına yer verilen hukuk kurallarıdır.

Tespit davasının tarafları, bir hukukî ilişkinin taraflarıyla sınırlı olmayıp üçüncü kişiler de davada taraf olarak yer alabilir. Özellikle iş hukukunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın fonksiyonu, yerine getirdiği işlemler ve bu işlemlere karşı dava açılması sebebiyle Bakanlık birçok davada taraf olarak yer almaktadır. Örneğin İş Kanunu 3. maddesi gereğince, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit eden iş müfettişliği raporu üzerine işverenlerin, aralarında muvazaaya dayanmayan, geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığını tespit ettirmek gayesiyle Bakanlık'a husumet yönelterek açtıkları davada Bakanlık, söz konusu hukukî ilişkinin tarafı değildir. Ancak o hukukî ilişkiyi reddeden, muvazaalı olarak niteleyen işlemi sebebiyle davacıyla husumet içindedir ve davada taraf olarak yer almaktadır. Benzer şekilde, bir işkolunda çalışan işçi ve sendika üye sayılarını yansıtan, yetki işlemlerinde esas alınan istatistikler Bakanlık tarafından hazırlanıp yayımlanmaktadır. Bu istatistiklerle ilgili olarak 2822 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre açılacak davada, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı davalıdır. Bakanlık, tek tek tespit edilecek iş ilişkilerinin de sendika üyelik ilişkilerinin de tarafı değildir, ancak yetki ve görevi kapsamında daha önce kendisi tarafından yapılan bu tespit işleminin hukuka aykırılığı, maddî gerçeğe uygun olmadığı iddiasıyla çıkan uyuşmazlık nedeniyle davada taraftır.

Taşeron işçilerince açılan feshin geçersizliğinin tespiti (işe iade) davalarında asıl işverene husumet yöneltmesi ve bu davalarda, iş sözleşmesinin tarafı olmayan asıl işverenin davalı olarak yer alması hususu ise, kanımızca doktrinde ileri sürülen bazı görüşler ve içtihatlar bakımından sorunludur. Bu görüşlere ve Yargıtay uygulamasına göre, asıl işveren iş sözleşmesinin tarafı olmadığından, feshin geçersizliğinin tespiti davası sadece asıl işverene husumet yöneltmekle açılmaz ise de, asıl işverenin alt işverenle birlikte davalı tarafta yer alması mümkündür. Oysa,

husumet maddî hukuka göre belirlenecek olup, konunun bir davada kaç kişiye husumet yöneltildiğiyle ilgisi yoktur. Muvazaalı bir ilişkiye dayanmayan asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulu olduğu işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin sözleşmelerinin tarafı, asıl işveren değil, alt işverendir; dolayısıyla dava konusu fesih de alt işveren tarafından gerçekleştirilmiştir. Asıl işverenin, alt işveren işyerinde işe iadesine hükmedilen bir işçiyi işe başlatıp başlatma kararı vermesi de söz konusu değildir. İşçinin, kendi işverenin fesih işleminin geçersizliğini bu davada, hukukî ilişkiye yabancı, üçüncü kişi asıl işverene karşı tespit ettirmesinde hukukî yararı bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, taşeron işçilerinin o işyerinde geçen hizmetleriyle sınırlı ve doğmuş bulunan alacaklarından, asıl işverenin birlikte sorumluluğu da, herhangi bir eda davasında dahi mecburî değil ihtiyarî dava arkadaşlığı doğuran bir sebeptir. Ve beklenen haklar bakımından asıl işverenin varsayımına dayalı olarak birlikte sorumlu tutulması mümkün değildir. Buna karşılık tespit hükmünün verilip kararın kesinleşmesi, işçinin hak düşürücü süre içinde kendi işverenine başvurması ve işverenin bir ay içinde işe başlatmaması aşamaları geçildikten sonraki süreçte halen alt işverenlik ilişkisinin devam edip etmeyeceği belli olmadığı gibi, henüz işveren bakımından dahi doğmamış bir borç, asıl işveren aleyhine de tespit edilmektedir. Tek başına asıl işveren davalı iken var olmayan taraf sıfatı, alt işveren de davalı tarafta yer aldığı anda aniden doğuvmektedir. Sanırız bu değerlendirmeler ve ulaşılan sonuçlar, asıl işveren yönünden işe iade davasının reddine karar verilirse sanki işçinin daha sonra ortaya çıkacak alacaklarından 2. maddeye rağmen asıl işverenin sorumlu tutulamayacağı gibi yersiz bir kaygının izlerini taşımaktadır. Oysa, hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu hallerde, işe iade davasında tartışılan, bu ilişkinin geçerliliği olmadığı gibi dava konusu, taşeron işçisinin mevcut alacaklarının 2. madde uyarınca asıl işverenden tahsili de değildir. İşe iade davasının boşa geçen süre ücreti ve diğer sosyal haklar ile iş güvencesi tazminatı gibi malî sonuçları, hiç değilse bu alacakların doğumundan sonra, işçinin kendi işvereninden talep edebilir hale gelmesiyle asıl işverenin birlikte sorumluluk alanını ilgilendirir. Üstelik bu da yetmez. Örneğin asıl işverenin, alt işverenin işçiye karşı mevcut iş güvencesi tazminatı borcundan sorumlu olması, işe başlatmama tarihinde alt işverenlik ilişkisinin varlığına bağlıdır. O tarihte asıl işverenin bu sıfatının devam edip etmeyeceği önceki karar tarihinde bilinemez ise de,

davalı asıl işveren aleyhine birlikte sorumluluk esasıyla hüküm verilmektedir. O itibarla, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu hallerde, taşeron işçilerinin işe iade davalarında, nasıl tek başına asıl işverene husumet yöneltilemiyor ise ona karşı alt işverenle birlikte dava açılması halinde de taraf sıfatı bulunmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Elbette sorumluluk şartları olduğu ölçüde asıl işverenin birlikte sorumluluğu, daha sonra feshin geçersizliğinin tespit edilmesine bağlı parasal haklar açısından ayrı bir eda davasına konu olabilecektir.

İşçi tarafından açılacak bir davanın Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin tanıdığı olanak sayesinde, üye işçinin yazılı yetkilendirmesiyle sendika tarafından açılması ise taraf, dava ehliyeti ve husumet ile ilgili olmayıp sendikanın kullandığı davayı takip yetkisidir. Bu halde davanın taraflarında bir değişiklik meydana gelmediğinden hükmün davayı takip yetkisine sahip sendika değil, asıl taraf işçi hakkında verilmesi gerekmektedir. Örneğin feshin geçersizliğinin tespiti davasında sendikanın işe iadesine karar verilmeyeceği tabiidir.

Kural olarak tespit davaları, zamanaşımına tâbi değildir. Ancak bireysel ve toplu iş hukukunda bu davaların açılmasının genellikle hak düşürücü süreye bağlandığı görülmektedir. Uyuşmazlıkların işçi işveren ilişkilerini ve çalışma yaşamını ilgilendirmesi nedeniyle, uzun süre sürüncemede kalmaması gerekmektedir. Yine bu davaların büyük çoğunluğu, bir prosedürün izlenmesinde bir sonraki aşamaya geçilebilmesi için çözümlenmesi ve netlik kazanması gereken, birbirine bağlı halkalardır. Örneğin bir sendikanın üye sayısının belirlenmesi, üyelik başvurusunun reddi yahut ihraç kararına karşı açılan davaların sonuçlanmasına; toplu sözleşme yetkisi için yüzde on barajını aşp aşmadığı işkolu istatistiklerinin kesinleşmesine; sendika yetkisinin kesinleşmesi yetki tespitine karşı dava açılıp açılmayacağına veya bu davanın sonucuna bağlıdır. Yargılamanın olabildiğince çabuk görülmesinin yanında bu yargı sürecinin başlayıp başlamayacağına da bir an önce açıklığa kavuşturulmasına gereksinim duyulmaktadır. Bir yandan bireylerin hak arama özgürlüğü ve idarenin işlemlerine karşı yargı yoluna başvuru olanağı tanınması diğer yandan bunun sistemi tıkamaması zarureti arasında bir denge gözetilerek, dava hakkının altı işgünü, onbeş gün, bir ay gibi hak düşürücü sürelerde

kullanılması öngörülmüştür. Dava görevsiz ya da yetkisiz mahkemede açılırsa, HUMK m. 193 uyarınca on gün içinde görevli/yetkili mahkemeye başvurulması halinde hak düşürücü süre ilk dava tarihine göre korunacaktır.

Görev ve yetki hakkındaki genel kurallar, tespit davalarında da uygulanır. İş mahkemelerinin yetkisi bakımından, 5521 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre davalının ikâmetgahı ya da işçinin işini yaptığı yeri esas alan yetki kuralının yanısıra, toplu iş uyuşmazlıklarında işyerinin bağlı olduğu bölge çalışma müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesi, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi ve Ankara iş mahkemesinin yetkisine ilişkin kesin yetki kuralları da öngörülmüştür. Bu arada İş Kanunu 3. madde uyarınca ikame edilen tespit davaları, işçi tarafından açılmadığından ve özel bir yetki kuralı da öngörülmediğinden işyeri mahkemesi yetkili değildir. Dava, işverenler ile Bakanlık arasında görülmekte olup dava konusu rapor, Bakanlık'ın danışma ve denetleme birimleri arasında yer alan İş Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde görev yapan müfettişlerce tanzim edilmektedir. Bakanlık'ın çeşitli illerde taşra teşkilatı ve iş teftiş grup başkanlıkları bulunmasından hareketle HUMK m. 17'deki yetki kuralı uygulanmalıdır.

Kural olarak, tespit davaları eda davalarının öncüsü olduğundan eda davalarında alınacak harçlar tespit davalarında da alınır. Parayla ölçülmesi mümkün, konusu belli bir değerle ilgili olduğu sürece tespit davaları nispî harca tâbidir. Yetkili sendikanın tespiti, işyerinin girdiği işkolunun tespiti, işkolu istatistikleri, grev lokavtın kanuna aykırılığının tespiti, sendika üyelik ilişkisinin tespiti hakkındaki davalar, belli bir değerle ilgili olmadığından maktu harca tâbidir. Örneklenen bu davalarda vekalet ücreti de aynı şekilde maktu olarak belirlenir.

İş mahkemelerinde uygulanan yargılama usûlü, sözlü usûldür. Buna göre İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na dayalı tespit davalarında sözlü yargılama usûlü uygulanmaktadır. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 20. maddesinde feshin geçersizliğinin tespiti davaları bakımından özel bir düzenleme yapılarak seri yargılama usûlünün uygulanması öngörülmüştür. Yargılamanın hızlı yürütülebilmesi amacına hizmet etmek adına seri

usûl kabul edilmiş ise de, aslında bu yargılama usûlü adında yer alan seri sıfatı dışında uyuşmazlığın çözümüne hız katmamaktadır. Uygulamada da feshin geçersizliğinin tespiti davalarının, diğer iş davalarından çok daha kısa sürede sonuçlandığı söylenememektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması halinde, farklı özel yargılama usûllerinin uygulanmasına son verilerek, yazılı usûl dışındaki yargılama usûlünün uygulanacağı belirtilen tüm dava ve işler bakımından basit yargılama usûlü uygulanacaktır.

Tespit davaları sonunda verilen tespit hükümleri, bir hukukî münasebetin mevcut olup olmadığını kesin olarak belirleyen kararlardır. Yeni bir hukukî durum yaratmayıp, açıklayıcı niteliktedirler. Herhangi bir eda emri içermediklerinden yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrası dışında, cibrî icra kabiliyetinden yoksundurlar. Esasen, eda davaları ile inşâî davaların reddine ilişkin hükümler de birer menfî tespit hükmüdür. Tespit hükümleri geriye etkilidir. Çünkü, hakimin hükmüyle tespit ettiği hukukî ilişki, hükümden kaynaklanmamaktadır. Bu olgu, hükümden önce mevcuttur ve tespit hükmü bunu açıklayıp bildirmektedir.

Örneğin Sendikalar Kanunu' na göre üyelik başvurusu sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır ve sendika ancak haklı bir neden mevcutsa üyeliği reddedebilir. Üyelik ilişkisinin kurulması için açık bir kabul beyanına, sendikanın üyeliği kabul iradesini açıklamasına ihtiyaç bulunmadığından belirleyici olan ve üyeliğin engellenmesi için yasa gereği açıklanması gereken, icabın reddidir. Bir diğer ifadeyle üyeliğin kazanılmamasının şartı, haklı bir sebeple üyeliğin kabul edilmemesidir. Başvuru otuz gün içinde haklı bir neden olmaksızın reddedilmişse üyelik zaten kazanılmıştır ve mahkemenin de varolan bir hukukî ilişkiyi tekrar kurmasından söz edilemez. Ortada mahkemece tespit edildiği üzere haklı nedene dayanan bir red beyanı bulunmadığına göre bu tespitin özünde mündemiç olan, üyeliğin dava tarihinden önce kazanılmış olduğu, zaten taraflar arasında üyelik ilişkisinin mevcudiyetidir. Bu özelliğiyle de verilen hüküm, ihdasî değil izharîdir. Sendika yahut konfederasyon üyeliğinden çıkarma kararına karşı açılan davalarda ise, yasal esaslar gereğince üyelik kesin hükmün verilmesine kadar devam ettiğinden, davacı üyenin açtığı bu davanın

reddine dair hüküm inşaî, davanın kabulü ise izharî niteliktedir. Oysa genel prensip, tam tersine inşaî davada verilen red kararının tespit hükmü; kabul kararının inşaî hüküm olmasıdır. Fakat Kanun, 25. maddede ihraç kararının yargı denetimine tâbi tutulması ile üyelik ilişkisinin mahkeme kararına kadar korunmasını amaçladığından böyle bir istisnâ sonuçla karşılaşılmaktadır, ki düzenleme yerindedir.

Toplu iş sözleşmesi akdetmeye yetkili sendikanın tespitinde, işçi sendikasının yetkili olduğunu belirleyen Bakanlık işlemine karşı 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca açılan davalar, lehine yetki tespiti yapılan işçi sendikasının aslında yeterli çoğunluğa sahip olmadığı ve toplu sözleşme yetkisi bulunmadığı iddiasına dayalı menfî tespit davalarıdır. Davada, yetki başvurusu yapılan toplu sözleşme ünitesindeki, başvuru tarihi itibarıyla mevcut bulunan iş sözleşmeleri ile davalı sendikanın taraf olduğu üyelik ilişkileri tek tek tespit edilerek, davalının toplu sözleşme yetkisinin var olup olmadığına açıklık getirilmektedir.

Feshin geçersizliğinin tespiti davaları, işverenin şekle aykırı ve/veya geçerli nedene dayanmayan fesih işlemine karşı iş sözleşmesinin mevcudiyetinin, iş ilişkisinin fesihle çözülmemiş olduğunun tespitini amaçlayan müspet tespit davalarıdır. Böyle bir fesih işleminde, iş güvencesi hükümleri sözleşmeyi feshe karşı korumakta, onun bozucu yenilik doğuran etkisini reddederek iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktadır. İş sözleşmesi halen yürürlükte olduğuna göre işverene düşen işin ifasını kabul etmektir. Esasen dava sonunda feshin geçersizliğinin tespit edilerek işçinin işe iadesine hükmedilmesi işverenin bu yükümlülüğünün de tespitini ifade etmektedir. Elbette, iş ilişkisi taraflar arasında devam ettiğine göre, öncelikle işçi iş görme edimini ifaya hazır olduğunu işverene bildirmeli, geçerli bir ifa teklifinde bulunmalıdır. Hüküm de bu şarta bağlı olarak verilmektedir. İş güvencesi tazminatı ise, işçinin kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde ifa teklifinde bulunmasına ek olarak, işverence bir ay içinde işe başlatılmaması şartıyla belirlenmektedir. Oysa verilen kararda taraflara yüklenen hak ve borçların tereddüte yer bırakmayacak şekilde hüküm fıkrasında gösterilmesi, hükmün açık olması gerekir. Şarta bağlı hüküm ise bu kuralla bağdaşmayıp, hükmü kesinlik ve sadelikten uzaklaştıracaktır. Şarta bağlı hükmün icrası da dikkate alınarak bu yönde yasal

düzenleme ihtiyacı hissedilmektedir. Bundan başka, işe iade davalarında işçiye, iade ile tazminat arasında bir tercih olanağı, hakime de iade talep edilse bile iş ilişkisinin yeniden tesisinin beklenemez olduğunun anlaşılması üzerine sadece tazminata hükmetme yetkisinin tanınması bir çözüm olarak değerlendirilmelidir. Taraf iradelerinin ve koşulların yargılama sırasında değişebileceği, işçinin başka bir işe girmesi ve işe başlatılma talebinde bulunamayacak durumda olması ya da işyeri kapatıldığı için ortada iadeye hükmedilecek bir işyerinin bulunmaması gibi hususlar göz önünde bulundurularak iş hayatının gerçeklerine, menfaatler dengesine daha uygun bir çözüm öngörülmelidir. Elbette bunun için mahkemenin öncelikle feshin geçersizliğini tespit etmesi, bu aşamaya gelmiş olması gerekmektedir.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer sosyal haklar ile işe başlatılmama tazminatı belirlenirken, taleple bağlılık kuralına riayet edilmelidir. Sözelimi davacı, boşta geçen süre ücretinin iki aylık süre için belirlenmesini talep etmiş ise, kararın kesinleşmesine kadar geçen sürenin dört ay olduğu gerekçesiyle talebi aşacak şekilde hüküm kurulmamalıdır. Yahut davacının böyle bir talebi olmadığı halde, İş Kanunu 21. maddedeki düzenlemenin emredici olduğundan hareketle, dava edilmemiş bir hakla ilgili olarak hakimin kendiliğinden harekete geçerek, talep olmasa da o konuda hüküm vereceğinden söz edilmemelidir. Bir hakkın emredici düzenlemeye dayanması ile bu hakkın dava konusu yapılarak mahkemeden talep edilmesi birbirinden farklı hususlardır. Ayrıca boşta geçen süre ücretinin feshin geçersizliğinin tespitine bağlı, fer'i bir hak olarak düzenlenmesi, onun kendiliğinden bu tespit talebinin zorunlu ve ayrılmaz bir unsuru olarak nitelenmesini beraberinde getirmez. Objektif dava birleşmesinde asıl talebe bağlı fakat yan/yardımcı unsurlar ayrıca ileri sürülmesi ve karara bağlanması gerekli taleplerdir. Zaten bu yüzden işçinin işe başlatılması boşta geçen süre ücretini konusuz bırakmamakta, sona erdirmemektedir. Özellikle dava sırasında işçinin işe başlatılması halinde "açıkça feragat edilmemişse" boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin içtihatlar göz önüne alındığında, bizzat Yargıtay'ın da bu dava konusu üzerinde davacı işçinin serbestçe tasarruf edebileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, talep edilmese dahi boşta geçen süre ücretine re'sen hükmedileceği

yolundaki kararlar kanımızca Usûl'ün genel ilkelerine de Yargıtay'ın anılan içtihatlarına da aykırıdır.

Bireysel ve toplu iş hukukunda, birçok düzenlemeyle kanun yoluna başvuru sınırlanmıştır. Bazı hükümler verildikleri anda kesinidir. Bazılarında ise Yargıtay kesin olarak karar vermektedir. İş Kanunu'nun 3. maddesine 5763 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik, iş mahkemesince kesin olarak verilen tespit hükümlerine bir yenisini daha eklemiştir. Buna göre, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespitinde Bakanlık aleyhine açılan davalar neticesinde verilen hükümler kesinidir. Dava bireysel ve toplu iş ilişkileri bakımından büyük önem taşımakta, üçüncü kişileri de bağlayıcı etki göstermektedir. Üstelik, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu iddiası örneğin işçinin taraf olduğu işe iade davalarında incelendiğinde temyiz incelemesinden geçebilecek iken tümüyle bu uyumsuzluğun dava konusu olması halinde kesin karar verilmesi isabetsizdir. Hak arama özgürlüğünü ihlal eden bu düzenleme değiştirilerek hükme karşı kanun yolu açılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akcan, R.**, Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği, SÜHFD, 2004/1-2, C. 12.
- Akı, E.**, İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukukî Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- Akı, E./Altıntaş,O./Bahçivancılar, İ.**, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, Temmuz 2005.
- Akıntürk, T.**, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akipek, J. G./Akıntürk, T.**, Türk Medenî Hukuku, İstanbul, Eylül 2002.
- Akyiğit, E.**, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007 (**Akyiğit**, İş İade).
- Akyiğit, E.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2006 (**Akyiğit**, C. 1).
- Akyiğit, E.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2006 (**Akyiğit**, C. 2).
- Akyiğit, E.**, İş Hukuku, Ankara 2008 (**Akyiğit**, İş Hukuku).
- Akyiğit, E.**, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Karar İncelemesi, Kamu İş, 2008/4, C. 9.
- Akyiğit, E.**, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, *LEGAL İSGHD*, 2008/17.
- Akyiğit, E.**, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi, *TÜHİS*, 1991/Kasım.
- Akyiğit, E.**, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, *Legal İSGHD*, 2005/5.
- Akyiğit, E.**, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000 (**Akyiğit**, Yıllık İzin).
- Akyiğit, E.**, Kısa Çalışma, *TÜHİS* Ağustos-Kasım/2004, C. 19, S. 1-2 (**Akyiğit**, Kısa Çalışma).
- Akyol, Ş.**, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967.
- Akyol, L.**, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Tespiti, Ankara 2003 (YL Tezi).
- Akyol, Ş.**, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (**Akyol**, Çelişki Yasağı).
- Alangoya, Y.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2001.
- Alangoya, Y.**, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Y.**, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, *MHAD*, 1969/5.
- Alangoya, Y./Yıldırım, M.K./Deren-Yıldırım, N.**, Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2006.
- Aldemir, H.**, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2000.

- Alp, M.**, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, *LEGAL İSGHD*, 2008/17, C. 5.
- Alpagut, G.**, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Bodrum 21-25 Eylül 2005.
- Andaç, F.**, İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması, Ankara 2005.
- Ansay, S.Ş.**, Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960.
- Ansay, S.Ş.**, Tesbit Davaları, Adliye Ceridesi, Ankara 1940 (**Ansay**, Tesbit Davaları).
- Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2001.
- Arslan, R.**, Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.
- Arslan, R.**, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Aslanköylü, R.**, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.
- Astarlı, M.**, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi? Karar İncelemesi, *TÜHİS*, Mayıs-Ağustos/2007; C. 20 S. 6-C. 21 S. 1.
- Atalay, O.**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Atalı, M.**, Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.
- Aydemir, M.**, Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul, Haziran 2001.
- Aydın, U.**, İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren, Mayıs/2004, C. 18, S. 3.
- Aydınlı, İ.**, Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2003 (doktora tezi)
- Aydınlı, İ.**, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara Haziran 2008.
- Barokas, Y.**, Kanun Dışı Grevde İşverenin Fesih Hakkı, *İBD*, 1973/3-4.
- Başterzi, F.**, İş Yargısı, Ankara 1999 (YL Tezi)
- Baumbach, A./Lauterbach, W.**, Zivlprozeßordnung, Kommentar, München 1996.
- Bayram, F.**, Sendikal Fesih Karinesi, *LEGAL İSGHD*, 2006/12.
- Berki, A. H.**, Davanın Hitamı ve Sulh, Adliye Ceridesi, S. 4, Ankara 1937.
- Berki, Ş.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959.
- Berkin, N.**, Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Berkowsky, W.**, Die betriebsbedingte Kündigung, München 2002.
- Berkowsky, W.**, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., München 2005.
- Berksun, A./Eşmelioğlu, İ.**, Açıklamalı Gerekçeli – İctihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989 (**Berksun/Eşmelioğlu**, Sendikalar Kanunu Şerhi).

- Berksun, A./Eşmeliöğlü, İ.**, Açıklamalı Gerekçeli – İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989 (**Berksun/Eşmeliöğlü**, TSGLK Şerhi).
- Bietmann, R.**, Aktuelles zum Aufhebungsvertrag, Köln, Oktober 2007.
- Bilge, N./Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Birben, E.**, İşe İade Davalarında Verilen Kesin Hükümün İşçilik Haklarına İlişkin Alacak Davasına Etkisi, *MİHDER*, 2007/2.
- Birben, E./Öktem, S.**, İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001.
- Bloomeyer, A.**, Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, AÜHFD 1968/3-4, C. 25 (-Çev. Yazman, İ.).
- Bozkurt, A.**, İş Davaları, Ankara 2001.
- Budak, A.C.**, Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul Ekim 2000.
- Buz, V.**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Canbolat, T.**, İş Yargılaması ve Özellikleri, Argumentum, C. I, S. 4.
- Canikliöğlü, N.**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- Centel, T.**, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran/2008, S. 10.
- Centel, T.**, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, *Tekstil İşveren*, 2003/Eylül, S. 285.
- Centel, T.**, Toplu Sözleşme Yetkisine İtirazda İşkolunun Tespiti, Karar İncelemesi, *Tekstil İşveren*, 2004/Nisan, S. 292
- Chern, C.**, Die Feststellungsklage im Zivilprozeß, Diss., Köln 1997.
- Coşkun, E.**, Ehliyetsizliğin İleri Sürülmesi, İHU, 1976, TSGLK. 11, No. 6.
- Çağlayan, R.**, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004.
- Çakmak, İ.**, Hizmet Tesbiti Davaları, Ankara 2005.
- Çankaya, O.G./Çil, Ş.**, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006/Eylül, S. 3 (**Çankaya/Çil**, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi).
- Çankaya, O.G./Çil, Ş.**, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 (**Çankaya/Çil**, Üçlü İlişkiler).
- Çankaya, O.G./Günay, C. İ./Göktaş, S.**, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, N.**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul Ekim 2003.
- Çelik, N.**, İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukukî Sorunlar, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Abant-Bolu, 9-12 Aralık 1997.

- Çelik, N.**, Karar İncelemesi, İHU 1987, TSGLK 15, No. 5.
- Çelik, N.**, Karar İncelemesi, İHU, 1984/II, TSGLK 15, No.1
- Çelik, N.**, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Çelik, Komite 1988).
- Çelik, N.**, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sorunlar, *TÜHİS*, 1991/Ağustos, S. 6.
- Çelik, N.**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994.
- Çeliksular, A.**, Özel Yargılama Usûlleri, ABD., S. 5., Eylül-Ekim 1975.
- Çenberci, M.**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
- Çenberci, M.**, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977.
- Çenberci, M.**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984 (Çenberci, İş Kanunu Şerhi) .
- Çifter, A.**, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi, Kocaeli 2001.
- Çil, Ş.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, C. II, Ankara 2004.
- Çöğenli, T.**, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983.
- Demir, F.**, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, Eylül 2003.
- Demircioğlu, M.**, Yasal Greve Yargısal Müdahale, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara 1993.
- Demircioğlu, M./Centel, T.**, İş Hukuku, İstanbul, Eylül 2007.
- Deren Yıldırım, N.**, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul Şubat 1996.
- Deren-Yıldırım, N.**, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- Deren-Yıldırım, N.**, Sendikacı Demokrasi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001.
- Devres, D.**, İş Mahkemelerinde Dava Açılması, İHD. 1969, S. 10.
- Deynekli, A./Kısa, S.**, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, İstanbul 1996.
- Doğanay, İ.**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, AD., 1954/7.
- Doğanay, Ü.**, Hükâmî Şahıslar, İstanbul 1969.
- Dönmez, İ.**, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul Nisan 1992.
- Duran, A.**, Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", *LEGAL İSGHD*, 2004/3.
- Duran, L.**, İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tazimî Tasarrufların Sınırları, İÜHFİM, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı, 1964/3-4, C. XXX.
- Dütz, W.**, Arbeitsrecht, München 2005.

- Egemen, E.**, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1968.
- Ekmekçi, Ö.**, “Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001 (**Ekmekçi**, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi).
- Ekmekçi, Ö.**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Toplantısı, Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi, İstanbul, Mayıs 2005.
- Ekmekçi, Ö.**, Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, *LEGAL İSGHD*, 2004/1 (**Ekmekçi**, İşe İade Kararlarının Değerlendirilmesi).
- Ekmekçi, Ö.**, Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davası Toplantısı, İstanbul, Ağustos 2005, Yayın No. TÜSİAD-T/2005-08/406.
- Ekmekçi, Ö.**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, *Mercek*, 2003/Temmuz, s. 136 (**Ekmekçi**, Dava Süreci).
- Ekonomi, M.**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul Mart 2008.
- Ekonomi, M.**, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, *Çimento İşveren*, 2003/Mart, Özel Ek II (**Ekonomi**, İş Güvencesi).
- Ekonomi, M.**, İş Kolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Abant Bolu, 9-12 Aralık 1997 (**Ekonomi**, İş Kolunun Değişmesi).
- Ekonomi, M.**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, *Kamu-İş*, 1987/Temmuz (**Ekonomi**, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri).
- Ekonomi, M.**, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (**Ekonomi**, İşyerinin Kapatılması).
- Ekonomi, M.**, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyet ve Yetki, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Milli Komite, Ankara 1990.
- Ekonomi, M.**, Toplu İş İlişkileri Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul 1999.
- Ekonomi, M.**, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi İstanbul 1996.
- Ekonomi, M.**, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, *LEGAL YKİ*, 2006/1 C. I (**Ekonomi**, Tarafların Anlaşması).
- Ekonomi, M.**, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul Mart 2005, Yayın No. TÜSİAD-T/2005 – 03/390 (**Ekonomi**, İş Güvencesi Semineri).
- Elbir, H. K.**, İş Hukuku Ders Notları, İstanbul 1984.

- Engin, M.**, Toplu İşçi Çıkarma, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul 2003 (**Engin**, İş Güvencesi Semineri).
- Engin, M.**, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul, Ekim 2003.
- Engin, M.**, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006.
- Erdemir, İ.**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1, C. 2, Ankara 1998.
- Erdoğan, A.**, Tespit Dâvası, *Danıştay Dergisi*, 1971/3.
- Erdönmez, G.**, İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Eskişehir 1998 (YL Tezi)
- Eren, F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Aralık 2006.
- Eriş, G.**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.
- Erişir, E.**, Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Erol, N.**, Türk İş Hukukunda Mahkemelerin Yer İtibariyle Yetkisi (Selahiyeti) ve Selahiyet Anlaşmaları, İBD., C. 42, 1968 / 5-6.
- Ertekin, Ö.**, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Ankara Ağustos 2005.
- Ertürk, A.A.**, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayrımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, *Çalışma ve Toplum*, 2007/4, S. 15.
- Ertürk, Ş.**, İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi, *LEGAL İSGHD*, 2007/13.
- Esener, T.**, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.
- Esener, T.**, Sendika Hukuku, Ankara 1972.
- Esener, T.**, Hukukî Muamelelerde Tahvil, AÜHFD, 1959, C. XVI, S. 1-4 (**Esener**, Tahvil).
- Esener, T.**, İş Hukuku, Ankara 1978 (**Esener**, İş Hukuku).
- Esener, T.**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956.
- Eyrenci, Ö.**, 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, Yeni İş Yasası Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003.
- Eyrenci, Ö.**, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, *LEGAL İSGHD*, 2004/1 (**Eyrenci**, Yeni Düzenlemeler).
- Eyrenci, Ö.**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984 (**Eyrenci**, Sendikalar).
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul Mart 2004.
- Flechtheim, J.**, Die Struktur der negativen Feststellungsklage, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, 1899, Band XXV.
- Gençcan, Ö.U.**, Soybağının Kurulması Reddi – Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002.
- Giritli, İ./Bilgen, P./Akgüner, T.**, İdare Hukuku, İstanbul 2006.
- Gökçe, E.**, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul 2008.

- Gözübüyük, Ş. A./Tan, T.**, İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku, C. 2, Ankara 2006.
- Gözübüyük, Ş. A./Tan, T.**, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Ankara 2006 (Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku).
- Grunsky, W.**, Grundlagen des Verfahrens, Bielefeld 1974.
- Guldener, M.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979.
- Günay, C.İ.**, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara Ocak 1999.
- Günay, C.İ.**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000 (Günay, İş Mahkemeleri).
- Günay, C.İ.**, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2003.
- Günay, C.İ.**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara 2007 (Günay, İş Hukuku Uygulaması).
- Günay, C.İ.**, İş Davaları, Ankara 2008 (Günay, İş Davaları).
- Güzel, A.**, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu / Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı. (Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esaslar).
- Güzel, A.**, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, *Çalışma ve Toplum*, 2004/1.
- Güzel, A.**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1996), İstanbul 1998 (Güzel, Komite 1996).
- Güzel, A./Okur, A. R.**, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2004.
- Hatemi, K.**, İşçi Sendikalarının Usûl Hukuku Açısından Ehliyet Durumu, İBD. 1975/1-2.
- Hueck, A./Nipperdey, H.C./Stahlhacke, E.**, Tarifvertragsgesetz, München 1964.
- Hueck, A./v. Hoyningen-Huene**, Kündigungsschutzgesetz, 12. Aufl., München 1997.
- Işık, R.**, İşçi Sendikalarının Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1977.
- Işık, R.**, Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki, Ankara 1970 (Işık, Ehliyet ve Yetki).
- İnal, N.**, Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C. 1, C.2, Ankara 2003 (İnal, C.1, C. 2).
- İnan, N.A.**, Cemiyetlerde Azalık Sıfatının Kazanılması ve Kaybı, AÜHFD. 1960/1-4, C. XVII.
- İplikçioğlu, İ. H.**, Tatbikatta İş Davaları, İstanbul 1980. s. 355.
- Jacobs, M.**, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, Tübingen 2005.
- Jauernig, O.**, Zivilprozeßrecht, 22. Aufl. München 1988.
- Jauernig, O.**, Zivilprozessrecht, 24. Aufl, München 1993.
- Kabakçı, M.**, Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004.
- Kanlıgöz, C.**, İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim, AÜHFD, 1988/1-4, C. 40.

- Kaplan, E. T.**, Kanun Dışı Lokavt ve Ekonomik Nedenlerle İşyerinin Kapatılması, *Türk Kamu-Sen*, Mart 1992.
- Kaplan, E.T.**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005.
- Kaplan, T. E.**, İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/52/1/28-emine_tuncay_kaplan.pdf
- Kaplan, T. E.**, Sendika Genel Kurul Kararlarının İptali Davası ve Şartları, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/18_emine_tuncay_kaplan.pdf,
- Kar, B.**, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, *LEGAL İSGHD* 2005/7.
- Karafakih, İ. H.**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952.
- Karafakih, İ. H.**, İçtihatlar Arasında Tesbit Dâvasına Doğru, *İBD*, Ekim 1954, C. XXIII, S. 10
- Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 1992.
- Kartal, S.**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Diğer Kanunlarda Yapılan Değişiklik Sonucu Uyulması Gereken Usûl Hükümleri, *AD. Yıl. 81.*, S. 2., Mart-Nisan 1980.
- Kılıçoğlu, M.**, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005 (**Kılıçoğlu**, Yorum).
- Kılıçoğlu, M.**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999 (**Kılıçoğlu**, İş Kanunu Şerhi).
- Kılıçoğlu, M.**, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999 (**Kılıçoğlu**, Toplu İş Uyuşmazlıkları).
- Kılıçoğlu, M.**, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul 2007 (**Kılıçoğlu**, Çözüm Yolları).
- Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul, Temmuz 2008.
- Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul Temmuz 2008.
- Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul Ocak 2008 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, Şerh, Ocak 2008).
- Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.**, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul Mart 2007 (**Kılıçoğlu/Şenocak**, İş Güvencesi).
- Kiraz, T. Ö.**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.
- Kocabıyık, S.**, Yargıtay'ın İşkolu Tespitine İtiraz Konulu Bir Kararının İncelenmesi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008/Mart S. 9.
- Konuralp, H.**, İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007.
- Konuralp, H.**, Medenî Usûl Hukuku, Eskişehir Eylül 2006.

- Köseoğlu, A.C.**, İşyerinin Kapanması, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4.
- Köseoğlu, A.C.**, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, Aralık 2004.
- Kunter, N.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Kuru, B.**, Dava Şartları, Makaleler, İstanbul Mart 2006 (**Kuru**, Dava Şartları).
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001.
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001.
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001.
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001.
- Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001.
- Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Dava Sebebi, AD., 1967/4.
- Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Dava Sebebi, Makaleler, İstanbul Mart 2006.
- Kuru, B.**, Hukuk Usûlünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak Muameleler, AÜHFD, C. XXIV, 1967/1-4.
- Kuru, B.**, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2003 (**Kuru**, Menfi Tespit).
- Kuru, B.**, İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi), Türkiye Barolar Birliği'nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi, Ankara 1971, Makalelerim, İstanbul, Mart 2006 (**Kuru**, İş Mahkemeleri).
- Kuru, B.**, Nizasız Kaza, Ankara 1961 (**Kuru**, Nizasız Kaza).
- Kuru, B.**, Sözlü Yargılama Usûlü, AD., 1963/9-10 (**Kuru**, Sözlü Yargılama Usûlü).
- Kuru, B.**, Sulh/Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımı Kaldırılmalıdır, Bursa Barosu Dergisi, 1987/29.
- Kuru, B.**, Tesbit Dâvaları, Ankara 1963.
- Kuru, B./Arslan, R., Yılmaz, E.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2002.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 1999.
- Kurucu, O.**, İçtihatlarla İş Yargısı, Ankara 1994.
- Kutal, M.**, Toplu İş Sözleşmeleri, Kolektif İş İlişkilerini Düzenleyen 2821-2822 Sayılı Yasalar ve Uygulaması Semineri, İstanbul 1984.
- Löwisch, M.**, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Düsseldorf 2004.
- Lüke, S.**, Zum zivilprozessualen Klagensystem, Juristische Schulung, 9. Jahrgang, Juli 1969, Heft 7.
- Meriç, N.**, İşe İade Kararı Üzerine İşçinin İşe Başlatılması İçin İşverene Başvurmaması Halinde Yapılan Feshin Geçerli Hale Gelmesi Maddî Kesin Hükümle Bağdaşır mı?, *MİHDER*, 2007/3, S. 8.
- Mimaroglu, S.K.**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1964.

- Mollamahmutoğlu, H.**, İş Hukuku, Ankara 2005.
- Moroğlu, E.**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 1993.
- Musielak, H.J.**, Grundkurs ZPO, 8. Auflage, München 2005.
- Muşul, T.**, Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984.
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Grev, Ankara 1990 (**Narmanlıoğlu, Grev**).
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul Mart 2008 (**Narmanlıoğlu, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi**).
- Narmanlıoğlu, Ü.**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998 (**Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri**).
- Narmanlıoğlu, Ü.**, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri, *Kamu-İş*, 1997/Haziran, C. 4, S. 2. (**Narmanlıoğlu, Kanun Dışı Grevin Etkileri**).
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Toplu İş Sözleşmesi İle Davadan Feragat, Karar İncelemesi, İHU 1976, TSGLK 1., No.5.
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, Millî Komite, İstanbul 1995.
- Narmanlıoğlu, Ü.**, Yüksek Hakem Kurulunun Yaptığı Toplu İş Sözleşmesinin İptali İstemi, İHU TSGLK m. 55 (No. 1).
- Oğuzman, K.**, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1987.
- Oğuzman, K.**, Hukukî Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler Toplu İlişkiler, C.I, İstanbul 1975 (**Oğuzman, Toplu İlişkiler**).
- Oğuzman, K.**, Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. I, İstanbul 1987.
- Oğuzman, K.**, İşyeri ve İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetkiye İlişkin Sorunlar, *TÜTİS* 1985/4-5, C. 9. (**Oğuzman, Yetkiye İlişkin Sorunlar**)
- Oğuzman, K.**, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Uygulanmasında Karşılaşılan Meseleler, *İş Hukuku Dergisi*, Ocak 1969/1
- Oğuzman, K.**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, Doktora Tez Metni, İstanbul 1955 (**Oğuzman, Fesih**).
- Oğuzman, K.**, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994.
- Oğuzman, K.**, Yetkisizlik Tespitine İtiraz ve Mahkeme Kararının Etkisi, İHU TSGLK 13, No.1
- Oğuzman, K.**, Hukukî Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C.I, İstanbul 1984.
- Okur, Z.**, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005.

- Okur, Z.**, İşçinin Sendikaya Üye Olma Hakkının Üye Olmak İsteddiği Sendikaya Karşı Korunması, *LEGAL İSGHD*, 2005/6.
- Onar S.S. / Belgesay M. R.**, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.
- Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Önen, E.**, İnşâî Dava, Ankara 1981.
- Özbudun, E.**, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002.
- Özdemir, E.**, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Şubat 2006.
- Özekes, M.**, İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (**Özekes**, Armağan).
- Özekes, M.**, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul, Mayıs 2005 (**Özekes**, Uygulama Sorunları).
- Özekes, M.**, İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4.
- Özekes, M.**, Medeni Usûl Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Karar İncelemesi, *Legal İSGHD*, 2004/4, C. I. (**Özekes**, Karar İncelemesi).
- Özekes, M.**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (**Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Özkaya, E.**, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004.
- Özsunay, E.**, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1974.
- Öztürk, B.**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995.
- Pekcanitez, H.**, Bekletici Sorun, EÜHFD, 1980/I, No: 1-4'den Ayrı Baskı (**Pekcanitez**, Bekletici Sorun).
- Pekcanitez, H.**, İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, H.**, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, İzBD., 1999/Ekim, S. 4.
- Pekcanitez, H.**, Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992 (**Pekcanitez**, Fer'i Müdahale).
- Pekcanitez, H.**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD., S. 2., Nisan 1997.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007.
- Pekcanitez, H./Korkmaz Taş, H./Meriç, N.**, İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007.
- Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1982.

- Postacıoğlu, İ.**, Şarta Muallak Hükümler, AD., 1941/2 (**Postacıoğlu**, Şarta Muallak Hükümler).
- Postacıoğlu, İ. E.**, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1970.
- Pulaşlı, H.**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
- Reisoğlu, S.**, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ağustos 1986.
- Reisoğlu, S.**, 2822 Sayılı Yasanın 5. Maddesi Açısından Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler, *TÜTİS*, 1984/Kasım, S. 6, C. 8 (**Reisoğlu**, Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler).
- Reisoğlu, S.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2004 (**Reisoğlu**, Borçlar Genel).
- Rosenberg, L./Schwab, H.K.**, Zivilprozeßrecht, München 1986.
- Sancar, M.**, Özel Mahkemelerde Uygulanan Özel Yargılama Usulleri, Diyarbakır 1987 (YL Tezi)
- Sarıbay, G.**, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usûlü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.
- Sarıoğlu, H.İ.**, Türk Hukukunda İş Güvencesi, *Hukuk Dünyası*, 2006/Ocak-Mart.
- Sarısözen, İ.**, İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Akif Erginay'a Armağan, Ankara 1981.
- Saymen, F. H.**, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Sazak, Ö. G.**, Bireysel Hak İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İş Mahkemelerinin ve İş Yargılamasının Önemi ve Değerlendirilmesi, İstanbul 1989 (Yüksek Lisans Tezi).
- Schaub v. G./Künzl, R.**, Arbeitsgerichtsverfahren, München, September 2003.
- Schaub, G.**, Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 1996.
- Schilken, E.**, "Die Rolle des Richters im Zivilprozess" (Çev. **Yıldırım, N.**, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2006. 50).
- Schroeder, F.C.**, Der Grundsatz des "fair trial" im Strafverfahren, İstanbul Barosu Adil Yargılama Semineri, İstanbul 1999.
- Serim, E.**, Yargılama Hukuku Bakımından İş Mahkemeleri, Balıkesir Barosu Dergisi, 1981/7.
- Soner, L. F.**, Feragat, Kabul ve Sulhe Dair Bazı Sorunlar, ABD., 1977/3.
- Soyer, P.**, "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", İB-GSÜ Tarafından Düzenlenen İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı.
- Soyer, P.**, 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sonuçları, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2006, S. 1 (**Soyer**, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması).

Soyer, P., 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Kuru Otel Bolu 12-13 Temmuz 2003 (**Soyer**, Konferans Notları).

Soyer, P., Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul Mayıs 2005 (**Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi).

Soyer, P., Genel İş Koşulları, İstanbul 1987 (**Soyer**, Genel İş Koşulları).

Soyer, P., Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, *LEGAL İSGHD*, 2004/3.

Soyer, P./Özekes, M., İşçinin Sözleşmeye Aykırı Davranması Yargı Kararıyla Ödüllendirilebilir Mi?, *LEGAL İSGHD*, 2005/8.

Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Auflage, München 2002.

Sungurtekin Özkan, M., İnşai Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Ocak 2004.

Sur, M., Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme, İzmir 1987.

Sur, M., İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006.

Sur, M., İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Mayıs 2005 (**Sur**, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı).

Sur, M., Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991 (**Sur**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği).

Sümer, H. H., İş Hukuku, Konya, Eylül 2006.

Sümer, H.H., İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4.

Süzek, S., İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

Süzek, S., İş Hukuku, İstanbul 2008.

Şahlanan, F., İş Yargılaması, İHFM, 1976/1- 4 (**Şahlanan**, İş Yargılaması).

Şahlanan, F. İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Güvencesi, *Tekstil İşveren*, Eylül-Ekim 2007, S. 332, Hukuk Eki 17.

Şahlanan, F., 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, *LEGAL İSGHD*, 2004/4.

- Şahlanan, F.**, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Temmuz 2003, Koru Otel Bolu (**Şahlanan**, Konferans Notları).
- Şahlanan, F.**, Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, S. 326, Hukuk Eki 11.
- Şahlanan, F.**, İş Mahkemeleri ve İş Yargısı, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, 14-16 Ekim 1998.
- Şahlanan, F.**, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, *Tekstil İşveren*, Haziran 2005.
- Şahlanan, F.**, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995 (**Şahlanan**, Sendikalar).
- Şahlanan, F.**, Sendikaların İşleyişlerinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, İstanbul 1980 (**Şahlanan**, Demokratik İlkelere Uygunluk)
- Şahlanan, F.**, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992 (**Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi).
- Şahlanan, F.**, Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları, Sorunları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001 (**Şahlanan**, Örgütlenme Hakkı).
- Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N.**, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.
- Tanrıver, S.**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- Tanrıver, S.**, Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, Makalelerim I, Ankara 2005 (**Tanrıver**, Kabul).
- Tanrıver, S.**, Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, Makalelerim I, Ankara 2005.
- Taşkent, S.**, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, Karar İncelemesi, *Kamu İş*, 2004/7, S. 3.
- Taşkent, S.**, İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul Mayıs 2005.
- Taşkent, S.**, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2004), Milli Komite, Ankara 2006 (**Taşkent**, Komite 2004).
- Taşpınar, S.**, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, 1996/1-4.
- Taşpınar, S.**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (**Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri).
- Tekinay, S./Akman, S./ Burcuoğlu, H./Altop, A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Teziç, E.**, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991.
- Trzaskalik, C.**, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozess, 1978.
- Tuğ, A.**, Sendikalar Hukuku, Ankara 1992.
- Tuğ, A.**, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996 (**Tuğ**, Toplu İş Sözleşmesi).

- Tuncay, A. C.**, Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları, İstanbul Aralık 2007, Yayın No. TÜSİAD-T/ 2007 – 12/445 (**Tuncay**, İşe İade Davaları Toplantısı).
- Tuncay, A. C.**, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor?, *Çimento İşveren*, 2003/1, C. 17 (**Tuncay**, İş Güvencesi Yasası).
- Tuncay, A. C.**, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975 (**Tuncay**, Sendika Üyeliği),
- Tuncay, A. C.**, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999 (**Tuncay**, Toplu İş).
- Tuncay, A. C.**, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006.
- Tuncay, A. C.**, Toplu İş sözleşmesinde Yer Alan Davadan Feragat Şartı İşçiyi Bağlar Mı?, İBD. 1972/9-10, C. XLVI.
- Tuncay, A.C./Ekmekçi, Ö.**, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.
- Tunçomağ, K.**, İş Hukuku, C. II, Kırklareli – Vize 1980 (**Tunçomağ**, C. II).
- Tunçomağ, K.**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989.
- Tunçomağ, K.**, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Arabuluculuk ve Tahkim Konularında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, Aralık 1983.
- Tunçomağ, K.**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976.
- Tunçomağ, K./Centel, T.**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul Eylül 2005.
- Tutumlu, M. A.**, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Ankara 2007.
- Türk, A.**, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.
- Uçum, M.**, Emeklilik Başvurusunun İşe İade Davasına ve Sonuçlarına Etkisi, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, 2006/1, Ağustos 2006.
- Uçum, M.**, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005 (**Uçum**, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar).
- Ulucan, D.**, İhtiyati Tedbir Kararına Rağmen Greve Katılmasını Sürdüren İşçinin Hizmet Akdinin Sona Erdirilmesi, İHU, 1979/II, TSGLK. 29 No. 4.
- Ulucan, D.**, İş Güvencesi, İstanbul 2003.
- Ulucan, D.**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2003), Ankara 2005.
- Ulukapı, Ö.**, Medeni Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Ulukapı, Ö.**, Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997 (**Ulukapı**, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi).
- Umar, B.**, Hususi Hukukta Karineler, Sabri Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964.

- Umar, B./Yılmaz, E.**, İsbat Yükü, Büyükçekmece 1980.
- Uşan, F.**, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, *Kamu İş*, 2008/1, C. 10.
- Uygur, T.**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara 1980.
- Uygur, T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003 (Uygur, Sorumluluk Hukuku).
- Uygur, T./Dönmez, İ./Kars, B.**, Tatbikatta Açıklamalı ve İçtihatlı İş Davaları, İstanbul 1974.
- Üçer, M.**, Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007.
- Üstündağ, S.**, Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971 (Üstündağ, Kanun Yolları).
- Üstündağ, S.**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967 (Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi).
- Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000.
- v. Hoyningen-Huene, G./Linck, R.**, Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., München 2002.
- Velidedeoğlu, H.V.**, Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1959.
- Walker, W-D.**, İş Hukukunda Geçici Hukukî Korumalara İlişkin Seçilmiş Problemler, Legal MİHDER, 2005/2, (Çev. Özekes, M.).
- Yavaş, M.**, Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.
- Yenisey-Doğan, K.**, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Yıldırım, M. K.**, Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, E.**, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001.
- Yılmaz, E.**, İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü İle İlgili Özellikler, *Sicil*, 2006/Aralık, S. 4 (Yılmaz, İşe İade Davaları).
- Yılmaz, E.**, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003.
- Yürekli, S.**, İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul, Nisan 2004.
- Zeiss, W.**, Zivilprozeßrecht, 7. Aufl., Tübingen 1989.
- Zevkliler, A.**, Medeni Hukuk, Ankara 1992.
- Zevkliler, A.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

