

“ ...

1. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasında yer alan “Arabulucuya Başvurulmuş Olması Dava Şartıdır” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3 üncü maddesi ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesine dayalı alacak, tazminat ve işe iade ile ilgili uyuşmazlıkların arabulucu önüne götürülmesi zorunlu hale getirilerek, bu uyuşmazlıklarla ilgili doğrudan dava açma olanağı ortadan kaldırılmıştır.

Bir davanın esastan görülüp karara bağlanmasını engelleyici bir işlevi yerine getiren, davanın her aşamasında mahkeme tarafından re’sen gözetilmesi gereken, taraflarca da davanın her aşamasında eksikliği ileri sürülebilen hususlara, “dava şartları” denir (*Tanriver, Süha.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.622*). Bu bağlamda dava şartı olarak arabulucuya başvurma zorunluluğunun belirlenmesini somutlaştırmak gerekirse; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurmamak davanın esastan görülüp karara bağlanmasını engelleyici niteliktedir. Yine bu davalarda mahkeme, davanın her aşamasında re’sen arabulucuya başvurulup başvurulmadığını değerlendirebilecektir. Taraflar da dava sürecinin herhangi bir aşamasında arabulucuya başvurulmamış olduğunu ileri sürebilecektir. Bir başka deyişle, tüm dünyada “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak kabul edilen arabuluculuk” (*Allison, Jennifer, Alternative Dispute Resolution Research, 08/02/ 2017, Harvard Law School Library*) iptali talep edilen düzenleme ile emsali görülmemiş şekilde Türkiye’de zorunlu tutulmuştur.

Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edici niteliktedir.

Sosyal Devlet İlkesine Aykırılık

Anayasa’nın 2 nci maddesi devletin nitelikleri arasında “sosyal” hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin defaaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olmasıdır. “...Anayasa’nın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile dava şartı haline getirilen arabulucuya başvuru zorunluluğu, işveren karşısında daha güçsüz durumda olan işçileri, işini kaybetme endişesiyle haklarından vazgeçmeye zorlayacak ve eşit güce sahip olmayan taraflar arasında adaletsizliği

arttırıcı işlev görecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesiyle düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme ile arabulucuya başvurulması zorunlu tutulan uyuşmazlıkların tarafları işveren ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek için çalışmak zorunda oldukları için güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir: işçinin korunması ve işçi yararına yorum. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olup, bu tür çözüm yolları ancak “tarafların eşit” ve “sözleşme serbestisinin geçerli” olduğu hâllerde kendisinden beklenen faydayı sağlayabilir. Tarafların eşit konumda olmadığı iş hukukuna dair uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesi ile işçiler doğrudan işverenin karşısına çıkarılmaya zorlanmaktadır. Ampirik çalışmalar, arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarıyla elde edilen işçi alacaklarının, miktar olarak mahkeme önünde elde edilenlerden daha düşük olduğunu göstermektedir. Eşitler arasında olmayan ilişki zemininde arabulucuya başvurunun zorunlu olması, işçinin “uzlaşmaya”, “anlaşmaya” zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. İşten haksız olarak çıkarılan veya emeğinin karşılığını alamadığı için uyuşmazlık yaşayan işçiyi bir kez daha işverenin “kabulüne” mecbur bırakmaktadır. Arabulucuya başvuran işçi, işverenin kendisini işe kabul etmesi için ya da alacağının en azından bir kısmını kurtarabilmek için hakkı olandan çok daha azına “razı edilecektir”.

Oysa işçi alacak ve tazminatlarına dair davalarda, mahkemeler alacak ve tazminat miktarının tespiti ve yapılan işlemlerin hukuka uygunluğu konularında bilirkişilere başvurarak objektif tespitler yaptırmakta ve bu objektif tespitler ışığında mahkemeler karar vermektedir. İşçinin arabuluculuk sürecinde böyle bir tespit yaptırmaya imkanı olmadığından, işverenin ekonomik gücü, bilgi üstünlüğü ve işten çıkarma tehdidi karşısında haklarını koruma imkanı bulunmamaktadır. İşe iade talebiyle açılan davalarda da aynı yöntem izlenmektedir.

Eşitlik, ancak aynı konumda olanların aynı kurallara tabi tutulması halinde güvence altına alınabilir. Aynı imkan ve koşullara sahip olmayanların aynı kurallara tabi tutulması eşitliği sağlamaz, tam aksine eşitsizliği kurumsallaştırır. Aynı şekilde güçlü konumdaki işveren ile güçsüz konumdaki işçinin, işçiyi koruma amacı taşıyan iş hukukundan kaynaklanan haklarını koruma güvencesi içermeyen ve işçi lehine yorum ilkesine tabi olmayan arabuluculuk mekanizmasına zorlanması işçi ve işverenin eşit koşullara tabi tutulması anlamına gelmemektedir. Tam aksine sosyal devlet ilkesinin gereği olarak iş hukukuna ve iş yargılamaya hukuka hakim olan güvencelerin işlevsiz hale getirilmesi anlamına gelecektir.

Zira işçi ve işveren arasındaki uzlaşmazlıklarda çoğu zaman işçinin kendi beyanından başka dayanabileceği belge dahi olmamaktadır. İşçiler kendilerini güvencesiz, emeğinin karşılığını alamamış ama bunun da, ispatlamasının zor olduğunu düşündüğü bir ortamda, yasa koyucu tarafından bir kez daha güvencesiz bırakılmaktadır. Aslında, alternatif bir yol olması

gereken arabuluculuğa, zorlanarak alacağından daha azına razı olması beklenen işçiler, bu durumda dava açamayacak, hakkı olanı almak için yargıya başvuramayacaktır.

Yasa Tasarısının gerekçesinde usul ekonomisi ve uyuşmazlıkların dava sürecinde anlaşma ile neticeleniyor olmasından hareketle düzenlemenin amacının dava öncesi anlaşma ortamı yaratmak olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu argümanların gerçekçi olmadığı ve uygulamada işçi aleyhine sonuç doğuracağı yukarıda açıklanmıştır. İşçi alacaklarına, tazminatlarına ve işe iadelerine ilişkin davalarda işçilerin hakları bilirkişi raporlarına dayanan tespitler doğrultusunda kolaylıkla belirlenebilmektedir. Bu yaygın uygulama aslında Anayasa tarafından güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün işçiler bakımından doğurduğu güvence mekanizmasının sonucudur. Arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık yöntemleri, başvurulmasının iradi, “ tarafların eşit ” ve “ sözleşme serbestisinin geçerli ” olduğu hâllerde kendisinden beklenen faydayı gösterebilecektir. Bu şartları sağlamayan, işçi ve işveren arasındaki eşitsizliği daha da artıracak, işçilerin hakkı olandan daha azına razı edileceği ve bunun da hukuken zorunlu tutulduğu bir düzenleme, sosyal devlet ilkesi ile çelişmektedir.

İptali talep edilen düzenlemenin gerekçesinde yer alan, yargının iş yükünü azaltacağı, uyuşmazlıkları uzlaşma ve sulh içinde çözeceği, âdeta tüm sorunları bir çırpıda ortadan kaldıracığı değerlendirmeleri gerçeği yansıtmamaktadır. Kaldı ki, emekçilerin hakkını aramak için dava yoluna başvuru haklarının, yargının iş yükünün azaltılması gerekçesiyle ortadan kaldırılması, anayasal güvenceler ile çelişmektedir. Nitekim “ emek ” salt bir ekonomik kavram değildir. İşçinin emeğinin güvencesini devletin sağlaması gerekirken, kanun koyucunun iradesini emeğin müzakere edilebilirliği yönünde kullanması kabul edilemez. İş yargısında arabuluculuğa bağlı müzakereci perspektif aynı zamanda sendikal haklar, iş yerindeki ayrımcılık yasağı gibi temel hak ve özgürlüklerin de dolaylı olarak müzakereye açılmasını beraberinde getirecektir. Temel hak ve özgürlükler müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa’ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Kamu yararını gözetmeyen iptali talep edilen hüküm, belirtilen nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ile düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ayrıca arabulucuya başvurunun zorunlu tutulması arabuluculuk müessesesinden beklenen faydanın sağlamasını da engelleyecektir. Eğer arabulucuya başvuru iradi olsaydı, dava masrafları ve dava süreçlerini göz önüne alan işverenler, işçinin dava açmak yerine arabulucuya razı olmasını sağlamak amacıyla işçi haklarını daha fazla gözetken önerilerle işçiye gidebilirdi. Böylece işçi dava açma imkanı ile arabulucuya başvuru arasında seçme hakkı olduğundan kendisini büyük bir baskı altında hissetmeden daha güçlü bir şekilde haklarını savunabilirdi. Oysa arabulucuya başvurunun zorunlu tutulmasıyla işçi, işverenin insafına terkedilmiş ve sömürüye açık hale getirilmiştir. Bu şekilde adaletsiz sonuçlara katlanmak zorunda bırakılan işçilerin huzurlu bir çalışma yürütmesi ve iş barışını sürdürmesi zorlaşacak ve yeni uyuşmazlıklara kapı aralanacaktır. Bu da yasadan beklenen uyuşmazlık sayısını azaltma hedefine katkıda bulunmayacak, tam aksine uyuşmazlık sayısını artıracaktır. Dolayısıyla yasa kamu yararı amacıyla çıkarılmamıştır, bu nedenle de Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Hak Arama Özgürlüğü ve Mahkemeye Erişim Hakkına Aykırılık

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev'i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumunu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir." denilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.)

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19)

İptali talep edilen düzenleme işçilerin hak arama özgürlüklerine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir. Arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesi suretiyle, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine

başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Bu düzenlemenin temel amacı işçilerin hak aramasını zorlaştırmak ve etkisiz hale getirmek suretiyle yargısal uyuşmazlık sayısını azaltmaktır. Arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, “ tarafların eşit” ve “ sözleşme serbestisinin geçerli” olduğu hâllerde kendisinden beklenen faydayı gösterebilir. Tarafların eşit konumda olmadığı iş hukukuna dair uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Eşitler arasında olmayan ilişki zemininde arabulucuya başvurunun zorunlu olması, işçinin “ uzlaşmaya”, “ anlaşmaya” zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. İşten haksız olarak çıkarılan veya emeğinin karşılığını alamadığı için uyuşmazlık yaşayan işçiyi bir kez daha işverenin “ kabulüne” mecbur bırakmaktadır. Arabulucuya başvuran işçi, işverenin yeniden kendini işe almasını sağlamak ya da, alacağının en azından bir kısmını kurtarabilmek için hakkı olandan çok daha azına “ razı edilecektir”.

İşçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda çoğu zaman işçinin kendi beyanından başka dayanabileceği bir belge dahi olmamaktadır. Kendini güvencesiz hisseden, emeğinin karşılığını alamamış ama bunun da delilsiz, ispatlamasının zor olduğunu düşünen işçi böyle bir ortamda yasa koyucu tarafından bir kez daha güvencesiz bırakılmaktadır. Alternatif bir çözüm yolu olan arabuluculuğa zorlanarak alacağından daha azına razı olması beklenmektedir.

Anayasa’nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddesinde belirtilmiştir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Dava hakkının kullanılmasının haksız, eşitsiz bir önkoşula bağlanması hakkın özüne müdahale anlamına gelmektedir.

Yargı yetkisinin doğrudan kullanımının kısıtlanması ve yargısal olmayan bir yöntemin zorunlu hale getirilmesi bu bakımdan da Anayasaya aykırıdır. Yargı yetkisinin kullanımında ara bir kurumun kararının yargı yolu için ön şart olarak konulmuş olması Anayasamızın 9 uncu maddesinde belirtilen kurala açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Hukukun çağdaş ve evrensel ilkelerine uygun olarak, temellerini Anayasa’da bulan hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların asıl çözüm yerinin bağımsız mahkemeler olduğu kabul edilmiştir. Mahkemenin dışında “ zorunlu olarak” bir uyuşmazlık çözüm yeri belirlenmesi özünde eşitsiz bir ilişki olan iş ilişkilerinde ve özellikle iş akdinin feshinde yargı güvencesinin zedelenmesi anlamına gelmektedir.

Bu nedenle 7036 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “ arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ibaresi Anayasanın 9 uncu maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Yine, Anayasa’nın 36 ncı maddesine göre, “ Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Çeşitli istihkakları, tazminatları, alacakları ödenmeyen veya iş sözleşmesi sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebebe dayanmadan feshedilen işçinin, iş mahkemesinde dava açma hakkı bulunduğu gibi, hukuka uygun diğer çözüm yollarına başvurma hakkı da olduğu tartışmasızdır. Bu husus adil yargılanma hakkının yurttaşın iradesi ile şekillenmesi gereken bir hak türü olduğunu hiçbir kuşkuyla kapılmaksızın betimlemektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin 19/10/2005 tarihli ve E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararıyla; 4857 sayılı İş Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin “ Toplu iş sözleşmesinde

hüküm varsa veya...” bölümü iptal edilmiştir. Cümlelerin devamında yer alan «tarafklar anlaşılarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürölür.» ibaresinin iptal talebi ise reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ret gerekçesi şu şekildedir: “İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa’nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.” Anayasa Mahkemesi ihtiyari hakem modelini Anayasaya uygun bulurken, işçinin iradesi dışı zorlayıcı sözleşme hükmünü ve dolayısıyla zorunluluğu Anayasaya aykırı bulmaktadır. İptali istenen kural ise arabulucuya başvurmada işçiye özgür iradesiyle hareket etmek hususunda bir irade tanımamaktadır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında işçi alacakları, tazminatları ve işe iade talebiyle açılacak davalarda arabulucuya başvurmayı bir dava şartı olarak belirlemek, “iradi” tercihi ortadan kaldırmakta ve gayri iradi bir aşama eklemektedir. Bu da Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararında da vurgulandığı gibi serbestçe ve özgür irade ile kullanılması gereken hak arama hürriyetinin zedelenmesi anlamına gelir.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının arabulucuya başvurma zorunluluğu ile kısıtlanmasının adil yargılama ilkesine de uygun olmadığı kabulü gerekir.

Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörölmemiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları bulunduğunu, birlikte yaşamının zorunlu sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin başkalarının aynı hak ve özgürlüklerden faydalanmasını engelleyici, başkalarına zarar verici mahiyette kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Diğer taraftan Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kuralların da temel hak ve hürriyetin sınırını oluşturabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olmadığı ve hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu sınırlamaların Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamayacağı, bu kapsamda ölçüsüz olamayacağı ifade edilmiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.12-17). Bu nedenle iptali talep edilen düzenleme hak arama özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlaması bakımından Anayasanın 13. maddesine açıkça aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi hak arama özgürlüğü bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını 2013 yılında verdiği bir kararda değerlendirmiştir. Yüce Mahkeme; “Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.” tespitini yapmıştır

(Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 tarih ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı kararı). İşçi alacaklarına, tazminatlarına ve işe iade talebine ilişkin arabulucuya başvurulma zorunluluğu yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tarafların eşitsiz konumundan dolayı işçilere ölçülülük ilkesine aykırı aşırı bir yük getirmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi getirilen arabuluculuk müessesesinin uyuşmazlık sayılarını azaltma ihtimali olmadığı gibi işçilerin hak aramasını da oldukça zorlaştırdığı, neredeyse imkansız hale getirdiği açık bir gerçektir. Bu nedenle iptali talep edilen düzenleme, yasada öngörülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmadığı gibi, birey hakları ile kamu yararı arasında makul bir denge gözetmekten de uzaktır. Bu haliyle iptali istenen düzenleme ile mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı açıktır. Hatta, iptali talep edilen düzenleme hak arama özgürlüğünün özüne dokunur nitelikte olup hakkın kullanımını neredeyse tamamen imkansız hale getirmiştir. Bu haliyle düzenleme Anayasa'nın 36. ve 13. maddelerine açıkça aykırı olup iptali gerekir.

Anayasa'nın 36. maddesi hak arama özgürlüğünü düzenlerken yargı mercileri vurgusu yanında, hemen ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş 37. maddesi ile hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngörmüştür. Bu bakımdan "yargı mercii" kavramının içinde barındırdığı hukuksal konumun, sözleşmelerle yapılan belirlemelerden çok önce yasalarla saptanmış bir statüyü, uyuşmazlıkları çözen bir "makam"ı öngördüğünü söylemek doğal bir sonuçtur. Anayasa'nın 9. maddesinde ve yargı ile ilgili bölümünde mahkemelerden ve üst mahkemelerden söz edilmiş olması da, anayasal "yargı mercii" kavramına yönelik bu belirlemeyi desteklemektedir. Anayasal bu görünüme karşın, iptali istenen kuralla sonuç olarak yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin, bu yola başvurmadan önce yeni bir zorunlu aşama tanımlanarak, sınırlandırılmasına neden olunmaktadır. Başka bir anlatımla, yetkin bir yargı incelemesi hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, irade sergilenmesine bile fırsat tanınmadan hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılamayacağı kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" ibaresi, Anayasanın 37. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği Anayasa hükümleri yasama organını bağlayıcı nitelikteki temel hukuk kuralları olup kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Bu çerçevede Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal hukuk devleti ilkesine ve 36. maddede güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkına açıkça aykırı olan düzenlemenin yasalaşmasının sağlanması Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen güvenceye de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa'nın 2., 9., 11., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

2. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü Maddesinin 12 nci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "Yargılama Giderinin Tamamından Sorumlu Tutulur" İbaresinin Son Cümlesinde Yer Alan "Yargılama Giderleri" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kuralların bulunduğu 12. fıkra taraflardan birinin ya da her ikisinin mazeretsiz olarak arabuluculuk toplantısına katılmaması dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde açılacak davada yargılama giderlerine nasıl hükmedileceği düzenlenmiştir. Buna göre toplantıya katılmayan taraf dava sonucunda kısmen ya da tamamen haklı çıksa bile

yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacak ve bu kişi lehine vekalet ücretine hükmedilmeyecektir. Diğer taraftan her iki tarafında toplantıya katılmamış olması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde açılacak davada tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılacaktır.

Bu kural, arabulucuya başvuruyu zorunlu tutan birinci fıkra hükmünün devamı niteliğinde olup mazeretsiz olarak toplantıya katılmayarak arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine neden olan tarafı, açılacak dava kısmen veya tamamen kendi lehine sonuçlanmış olsa bile, yargılama giderlerinin tamamının bu taraf aleyhine hükmedilmesi suretiyle cezalandırılmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19).

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları bulunduğunu, birlikte yaşamının zorunlu sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin başkalarının aynı hak ve özgürlüklerden faydalanmasını engelleyici, başkalarına zarar verici mahiyette kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Diğer taraftan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kuralların da temel hak ve hürriyetin sınırını oluşturabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olmadığı ve hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamayacağı, bu kapsamda ölçüsüz olamayacağı ifade edilmiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve E.2017/24, K.2017/112 sayılı, § 12-17).

Hak arama özgürlüğünün bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı da mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38). Ulaşmak istenen kamu yararının gerekleri ile bireylerin temel hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan ve başvuranlara çok yüksek bir külfet yükleyen düzenlemeler mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B.No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da yargılama giderleri ile bireylerin mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanması gerektiği belirtilmiştir (Ait-Mouhoub/Fransa, 22924/93, 28/10/1998, § 57-58). Bu çerçevede AİHM yargılama giderlerinin çok yüksek olduğu ve adli yardımın verilmediği durumlarda

hakkın özünün zedelendiğine ve mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirildiğine karar vermiştir (bkz. Asya Bakan/Türkiye 50939/99, 12/6/2007, § 73-77; Kaba/Türkiye, 1236/05, 01/03/2011, § 24).

Ülkemizde, hukuk yargılama usulünde, pek çok başka ülkede olduğu gibi, “kaybeden öder” ilkesi geçerli olup, tarafların yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarına hükmedilmesi düzenleme altına alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 326. maddesine göre kanunda yazılı haller dışında yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştırır. Aynı Kanun’un 327. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı hareket eden, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebileceği kuralına yer verilmiştir.

Kaybeden öder ilkesinin amacı, gereksiz başvuruları önlemek ve muhtemel davacıları mahkeme önüne abartılı talepler getirmekten vazgeçirmek olup böylece dava sayısının azaltılarak mahkemelerin füzuli yere meşgul edilmesinin önlenmesi, uyuşmazlıkların makul sürede çözülmesinin sağlanmasıdır. Ayrıca kural olarak dava açılmasına neden olan taraf davada haksız çıkan taraftır. Haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini de ödemesi hakkaniyete daha uygundur. Anayasa Mahkemesi ve AİHM bu ilkenin uygulamada kişilerin mahkemeye erişimini zorlaştırmakla birlikte tek başına adil yargılanma hakkı ile çelişmeyeceğine ancak her olayın somut koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmişlerdir (bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/5367, 25/2/2015, § 37,38; AİHM, Stankov/Bulgaristan, 68490/01, 12.7.2007, § 52).

İptali talep edilen kural ise kaybeden öder ilkesinden ayrılmış ve arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın, gereksiz yere dava açılmasına sebep olduğunu varsayarak dava kısmen veya tamamen lehine sonuçlanmış olsa bile yargılama giderlerinin tamamını ödemeye hükmedilmesini ve lehine vekalet ücretine hükmedilmemesini öngörmektedir. Her iki tarafın görüşmelere katılmaması durumunda ise davanın sonucundan bağımsız olarak tarafların yaptıkları masrafların kendi üzerlerinde bırakılmasını öngörmüştür.

Yukarıda birinci fıkraya ilişkin bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi arabulucuya başvurunun dava şartı haline getirilmesi sosyal devlet ilkesinin gereği olarak iş hukukuna ve iş yargılaması hukukuna hakim olan işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerini işlevsiz hale getirdiğinden sosyal devlet ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmaktadır. İşçi alacaklarına, tazminatlarına ve işe iade talebine ilişkin arabulucuya başvurulma zorunluluğu getirilmesi tarafların eşitsiz konumundan dolayı işçilere ölçülülük ilkesine aykırı aşırı bir yük yüklemiştir.

Bu Anayasaya aykırı kuralın devamı olarak, arabuluculuk görüşmesine mazeretsiz olarak katılmayarak görüşmenin sona ermesine sebep olan tarafın gereksiz yere dava açılmasına sebep olduğu gerekçesiyle tüm yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilmesi mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Zira bir işçi bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı veya tazminatı ya da işe iade talebiyle açtığı davada, dava lehine sonuçlanmış olsa bile yargılama giderlerinin tamamı kendi aleyhine hükmedildiğinde işverenin hukuka aykırı bir şekilde zamanında ödemediği ücretinin ya da işverenin haksız eylem ve işlemleri dolayısıyla uğradığı zararın tazminatının önemli bir kısmını, belki de tamamını, bu kez yargılama gideri olarak ödemek zorunda kalacaktır. Ya da işverenin hukuka aykırı ve haksız

işlem ve eylemleri dolayısıyla işinden olan işçi, işe iadesine karar verilmiş olsa bile tüm yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilerek birkaç aylık gelirinden mahrum edilecektir.

Emeğinden başka geçim kaynağı olmayan bir işçinin bu şekilde aşırı dava masrafları ile karşı karşıya bırakılması ve yukarıda açıklandığı gibi tamamen kendi aleyhine olan arabuluculuk görüşmelerine katılmaya zorlanması haklarını aramaktan vazgeçmeye zorlanması anlamına gelmektedir. Birinci fıkrada öngörülen ve açıkça Anayasaya aykırı olan arabulucuya başvuruyu zorunlu tutan kural, iptali istenen kural ile daha da ağır bir hal almış ve işçilerin ne kadar ağır haksızlığa uğramış olurlarsa olsunlar dava açmalarını neredeyse imkansız hale getirmiştir. Bu haliyle iptali istenen düzenleme hak arama özgürlüğünün özüne dokunur nitelikte olup hakkın kullanımını neredeyse imkansız hale getirmiştir. Söz konusu kural ile mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı açıktır.

Bu haliyle düzenleme Anayasa'nın 36. ve 13. maddelerine açıkça aykırı olup iptali gerekir.

3. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3 üncü Maddesinin 14 üncü Fıkrasını Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme, arabuluculuk görüşmelerini yargısal faaliyet kabul eden temel anlayışa dayanmaktadır. On dördüncü fıkrada arabuluculuk görüşmelerinin herhangi bir nedenle başarısız olması halinde arabuluculuk ücretinin kim tarafından ödeneceği düzenlenmekte ve son cümlede arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerinden sayılacağı hükmüne yer verilmektedir. Düzenlemenin lafzından da kolaylıkla belirlenebildiği üzere arabuluculuk faaliyeti yargısal faaliyet olarak kabul edilip, arabuluculuk ücreti de yargılama giderleri kapsamında sayılmıştır.

Arabuluculuk alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olup, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere "Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen "alternatif" terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür." (Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 tarih ve E.2012/94, K.2013/89 sayılı).

Ancak, 7036 sayılı Kanunla arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olmaktan çıkarılmış ve bir dava şartı olarak belirlenmiştir. Ne var ki bu husus Anayasa Mahkemesi'nin de vurguladığı üzere arabuluculuğun niteliğini değiştirmemektedir. Arabuluculuk, yargısal yolların dışında yer alan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Yargısal bir faaliyet olmayan arabuluculuk ücreti bu sebeple yargılama gideri olarak kabul edilemez.

Kanun koyucunun, yasama yetkisini Türk Milleti adına kullanırken bazı sınırlamalara tabi olduğu açıktır. Bu sınırlamaların temelinde kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini

göz önünde tutarak kullanması gerekir. Kanunların amaçları açısından Anayasaya uygunluğu, kanunla erişilmek istenilen amacın Anayasada ifade bulan amaçlara ve devlet işlemlerinin tümünün yöneldiği nihai amaç niteliğinde olan kamu yararı amacına uygun olmasını ifade etmektedir.

İptali talep edilen kural, yargılama faaliyeti olmayan arabulucuk ücretini yargılama gideri olarak düzenlemektedir. Bu düzenleme adil ve hakkaniyetli olmadığı gibi kamu yararını sağlama amacı da gütmemektedir. Tam aksine yargılama faaliyeti olmayan arabulucuk ücretinin, bir yargılama gideri olarak düzenlenmiş olması, iş ilişkisinde dezavantajlı konumda olan, korunması gereken işçileri korumaktan, onlar için hakkaniyetli, adaletli bir çözüm sağlamaktan çok uzaktır. Zira bu kural 12. fıkradaki kurallar ile birlikte düşünüldüğünde iş ve işçi alacakları dolayısıyla açılacak davaları oldukça masraflı hale getirmekte ve ekonomik olarak zayıf durumda olan işçileri ne kadar büyük haksızlığa uğramış olurlarsa olsunlar dava açmaktan caydırmayı amaçlamaktadır. Arabuluculuk görüşmelerinin bir şekilde başarısız olması halinde dava açmak zorunda kalan işçi davayı kaybetmesi halinde bir de arabuluculuk ücretini ödemek zorunda kalacaktır. Diğer taraftan arabuluculuk görüşmelerinin işçinin toplantıya katılmaması dolayısıyla sona ermesi halinde işçi açtığı davada haklı çıksa bile tüm yargılama giderlerinin yanı sıra bir de arabuluculuk ücretini ödemek zorunda kalacaktır ki, bu haksız bir şekilde elde edemediği ücret ve tazminat alacağının tamamının bu kez yargılama gideri ve arabuluculuk ücreti olarak elinden alınması anlamına gelecektir. Hatta bazen davada kazandığı meblağ yargılama giderlerini bile ödemeye yetmeyebilecek, işçi cebinden ekstra ödeme yapmak zorunda kalabilecektir. Bu da düzenlemenin amacının kamu yararını sağlamak değil, işçilerin her ne sebeple olursa olsun dava açmalarını engellemek olduğunu göstermektedir. Bu nedenle kural Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer taraftan bu kural işçilerin mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyici nitelik taşımaktadır. Zira emeğinin karşılığını alamamış olan işçinin zorunlu olarak başvurduğu arabuluculuk görüşmelerinin başarısız olması dolayısıyla açılacak davada davasını kaybetmesi halinde yargılama giderlerine ilave olarak bir de arabuluculuk ücretini ödemek zorunda kalması işçiye ek bir külfet anlamına gelmektedir. Bu külfet, bir temel hak olan mahkemeye erişim hakkının kullanımını engelleyici bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesi uyarınca Devlet, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ekonomik engelleri kaldırmakla yükümlüdür. Ancak iptali talep edilen düzenleme, bir temel hak olan, hak arama özgürlüğünün kullanımının önünde ek bir külfet yaratan ekonomik engel niteliğindedir. Yasal zorunluluk nedeniyle başvuru, arabuluculuğa dair ücretin de yargılama gideri olarak kabul edilmesi, mahkemeye başvuracak işçiler için sadece ek külfet anlamına gelmektedir. Dava yoluna başvurarak alacağını tahsil edebilmek yerine, zorunlu olarak arabulucuya başvurmak ve sonrasında da arabuluculuk ücretini yargılama gideri olarak ödemek zorunda bırakılmak, kişilerin hak arama özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ekonomik engel niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer taraftan yukarıda ayrıntılı olarak aktarıldığı üzere, yargılama gideri, yargısal faaliyet esnasında yargılama faaliyetinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Bir davanın açılmasından sonuçlandırılmasına kadar geçen dönem içerisinde, yargılamanın yürütülmesini sağlamak amacıyla yapılan harcamalar ile, vekil aracılığı ile takip edilen davalarda, kanun gereğince takdir olunacak olan vekalet ücretinin bütününe "yargılama giderleri" denir

(Tanrıver, Süha.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.1041). Arabuluculuk faaliyeti yargısal faaliyet olmadığından dolayı arabuluculuk faaliyetinden dolayı yargılama gideri doğmaz veya arabuluculuk faaliyeti yargılama giderini etkilemez. Kaldı ki Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargılama yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabileceği açıktır. Arabuluculuk müessesinin bir bağımsız mahkeme olmadığı açıkken, arabulucuya dair giderlerin, sanki bağımsız mahkemenin yaptığı yargılama faaliyetine ilişkin giderler gibi yargılama gideri olarak kabul edilmesi, Anayasa'nın 9. maddesine de aykırılık teşkil eder.

Son olarak yukarıda belirtildiği gibi kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52). Yasal zorunluluk gereği başvurulmak zorunda olunan arabuluculuk ücretinin de yargılama giderleri arasına alınmasıyla ekonomik olarak zaten güçsüz durumda bulunan ve haksız bir şekilde emeğinin karşılığını alamamış olan işçilerin haklarını elde etmek için dava açmalarını oldukça zorlaştırmaktadır. Arabuluculuk görüşmelerinin bir şekilde başarısız olması halinde dava açmak zorunda kalan işçi davayı kaybetmesi halinde bir de arabuluculuk ücretini ödemek zorunda kalacaktır. Diğer taraftan arabuluculuk görüşmelerinin işçinin toplantıya katılmaması dolayısıyla sona ermesi halinde işçi açtığı davada haklı çıksa bile tüm yargılama giderlerinin yanı sıra bir de arabuluculuk ücretini ödemek zorunda kalacaktır ki bu haksız bir şekilde elde edemediği ücret ve tazminat alacağının tamamının bu kez yargılama gideri ve arabuluculuk ücreti olarak elinden alınması anlamına gelecektir. Hatta bazen davada kazandığı meblağ yargılama giderlerini bile ödemeye yetmeyebilecek, işçi cebinden ekstra ödeme yapmak zorunda kalabilecektir. Böyle bir düzenlemenin işçilerin mahkemeye başvurmasını engelleyici nitelikte olduğu ve mahkeme kararını anlamsız hale getirdiği açıktır.

Bu haliyle iptali istenen düzenleme mahkemeye erişim hakkının özüne dokunur nitelikte olup hakkın kullanımını neredeyse imkansız hale getirmiştir. Söz konusu kural ile mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı açıktır. Bu nedenle söz konusu kural Anayasa'nın 36. ve 13. maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle kural Anayasa'nın 2., 5., 9., 13. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir ve iptali gerekir.

4. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11 inci Maddesi ile Değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanununun 20 nci Maddesinin 1 inci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "Arabulucuya Başvurmak Zorundadır" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

7036 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin ilk fıkrasındaki "arabulucuya başvurmak zorundadır" ibaresi Anayasa'nın 9., 36 ve 37. maddelerine aykırıdır.

Arabulucu müessesesi özünde birbiriyle uyuşmazlığı olan iki tarafın dışında her iki kişinin de üzerinde anlaştığı üçüncü bir kişinin devreye girerek sorunu çözüme kavuşturduğu geleneksel bir sistemdir. Arabuluculuk müessesesi eşitler arası uyuşmazlıkların çözümünü açısından önerilen bir sistemdir.

Zorunlu arabuluculuk, esasen serbest iradeye dayalı olan arabuluculuk kurumunun özüne aykırı olduğu gibi aynı zamanda taraf eşitsizliğinin en açık olarak görüldüğü iş hukukunun özüne de aykırıdır.

Çalışma hayatı bu sistemle uyuşan bir nitelik taşımaz. Öyle ki taraflardan biri diğerine göre sosyal veya ekonomik olarak zayıftır. Aralarında eşit bir ilişki yoktur. Zorunlu arabuluculuk sisteminde, hâkim güvencesi de olmadığı için, güçlü olan taraf süreçte egemenliği ele alabilecek ve arabuluculuk, zayıf olan için bir “baskı aracı”na dönebilecektir. Örneğin işveren ile işçinin bir araya geldiğini düşünelim. Arabulucu, işçiye, “işveren şöyle bir teklifte bulunuyor, bunu şimdi almak veya dava açarak 3 yıl beklemek arasında özgürsün” derse, bu durum işçinin üzerinde, özellikle de avukatla temsil edilmiyorsa bir baskı oluşturacaktır. Aynı şekilde işten çıkarılan bir işçi ne tür alacakları olduğunu da bilemez. Bu bağlamda bilgi eşitsizliği de bu arabuluculuk sisteminin işçi aleyhine işlemesine neden olacaktır. Dolayısıyla işçi, işinden olduğu ve parası olmadığı için işverenin sunduğu önerileri kabul etmek durumunda kalacaktır.

Kaldı ki, 7036 Sayılı Kanun’un 11. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenleme bir alacak uyuşmazlığının kotarılması ile ilgili değildir. İşçinin iş akdinin sonlanmasıyla “geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının tespiti” ile ilgilidir. Bir başka deyişle işçinin çalışma hakkının korunmasında işverenin bu hakkı hukuksuz bir biçimde sona erdirip erdirmediğinin tespiti.

Özünde eşitsiz bir ilişki olan çalışma ilişkisinde zayıf olan tarafın korunmasına yönelik sosyal hukuk devleti ilkesinin somut örneklerinden birisi olan “işe iade hakkı” yapılan değişiklikle zorunlu arabuluculuk yöntemiyle yargısal aşama öncesinde pazarlığa konu edilmektedir.

Hukuk devletinde hakların korunması, sosyal hakların temini ve tesisi, sosyal refaha bu yolla katkı, toplum değerleri ve normlarının korunması yargının görevleri arasındadır. Bu noktada yargısal faaliyet salt bireysel uyuşmazlığın çözümünü hedeflemez. Aynı zamanda toplumsal barışa, adaletin sağlanmasına da hizmet eder.

Arabuluculuk kurumunda ise amaç adaleti sağlamak değil, bireysel menfaat ve uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktır.

Bir kez daha vurgulamak gerekirse sorun özellikle bir koruma hukuku olarak şekillenen iş hukukunun ruhunun, norm ve ilkelerinin arabuluculuk kurumu vasıtasıyla amacından saptırılmasıdır. İşçilerin salt uzun yargılama süresi öne sürülerek, arabuluculuk kurumu aracılığı ile işe iade hakkı yerine, hak tutarı üzerinden pazarlığa zorlanmasıdır.

Arabuluculuk kurumunun kabulü ile izlenen amacın uyuşmazlıkların hızlı sonuçlanması, dava masraflarından kurtulma, yargının iş yükünün azaltılması olduğu dikkate alındığında ortaya çıkan soru, sonucun adil olup olmayacağıdır.

Arabuluculuğun özünün bir pazarlık olduğundan hareket edildiğinde, ortaya çıkan soru şudur: işçilik haklarının pazarlık konusu yapılması benimsenmeli midir?

Esasen devletin yapması gereken öncelikle işsizliğin azaltılması, kayıtdışı istihdamın önlenmesidir ki, bu tedbirin yargının iş yükünü önemli ölçüde azaltacağı açıktır. Yine devletin yargı mekanizmasını etkin ve hızlı işletmesi bizzat anayasal sorumluluğu olup, iş yükünün fazlalığı, bu nedenle davaların uzaması kişilerin kendi haklarını pazarlık yoluyla elde etmeye çalışması sonucunu doğurmamalıdır.

İşte tüm bu nedenlerle de işçinin iş akdinin feshinde “yargı” ile “arabuluculuk” arasında seçim hakkı tanınmaması, Anayasa’nın 9., 36 ve 37. maddelerine aykırıdır.

7036 Sayılı Kanun’un 11. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk fıkrasındaki “arabulucuya başvurmak zorundadır” ibaresi Anayasa’nın 9. Maddesine aykırıdır. Anayasanın 9 uncu maddesinde “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” hükmü bulunmaktadır. Yargı yetkisinin doğrudan kullanımının kısıtlanması ve yargısal olmayan bir yöntemin zorunlu hale getirilmesi Anayasaya aykırıdır. Yargı yetkisinin kullanımında ara bir kurumun kararının yargı yolu için ön şart olarak konulmuş olması Anayasamızın 9. Maddesinde belirtilen kurala açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Hukukun çağdaş ve evrensel ilkelerine uygun olarak, temellerini Anayasa’da bulan hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların asıl çözüm yerinin bağımsız mahkemeler olduğu kabul edilmiştir. Mahkemenin dışında “zorunlu olarak” bir uyuşmazlık çözüm yeri belirlenmesi özünde eşitsiz bir ilişki olan iş ilişkilerinde ve özellikle iş akdinin feshinde yargı güvencesinin zedelenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle 7036 Sayılı Kanunun 11. maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk fıkrasındaki ibare, Anayasa’nın 9. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

7036 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 20. Maddesinin ilk fıkrasındaki “arabulucuya başvurmak zorundadır” ibaresi Anayasa’nın 36. maddesine aykırıdır. Anayasa’nın 36 ncı maddesi «Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.» hükmünü içermektedir. İş sözleşmesi sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebebe dayanmadan feshedilen işçinin, fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkı bulunduğu gibi, hukuka uygun diğer çözüm yollarına başvurma hakkı da olduğu tartışmasızdır. Bu husus adil yargılanma hakkının yurttaşın iradesi ile şekillenmesi gereken bir hak türü olduğunu hiçbir kuşkuyla kapılmaksızın betimlemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 19/10/2005 tarihli ve E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararıyla; 4857 sayılı İş Kanununun 20 nci maddesinin “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” şeklindeki birinci fıkrasının son cümlesinin “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...*” bölümü iptal edilmiştir. Cümlelerin devamında yer alan «*taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.*» ibaresinin iptal talebi ise reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ret gerekçesi şu şekildedir: «*İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa’nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.*» Anayasa Mahkemesi ihtiyari hakem modelini Anayasaya uygun bulurken, işçinin iradesi dışı zorlayıcı sözleşme hükmünü ve dolayısıyla zorunluluğu Anayasaya aykırı bulmaktadır. İptali istenen kural ise arabulucuya başvurmada işçiye özgür iradesiyle hareket etmek hususunda bir irade tanımamaktadır. Sonuç olarak, serbestçe ve özgür irade ile kullanılması gereken hak arama hürriyetinin zedelenmesi söz konusudur. Bu nedenle iptali talep edilen ibare Anayasanın 36. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

7036 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinin ilk fıkrasındaki “arabulucuya başvurmak zorundadır” ibaresi Anayasa’nın 37. maddesine de aykırıdır. Anayasa’nın 36. maddesi hak arama özgürlüğünü düzenlerken yargı mercileri vurgusu yanında, hemen ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş 37. maddesi ile hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngörmüştür. Bu bakımdan “yargı mercii” kavramının içinde barındırdığı hukuksal konumun sözleşmelerle yapılan belirlemelerden çok önce yasalarla saptanmış bir statüyü, uyuşmazlıkları çözen bir

“makam”ı öngördüğünü söylemek doğal bir sonuçtur. Anayasa’nın 9. maddesinde ve yargı ile ilgili bölümünde mahkemelerden ve üst mahkemelerden söz edilmiş olması da, anayasal “yargı mercii” kavramına yönelik bu belirlemeyi desteklemektedir. Anayasal bu görünüme karşın, iptali istenen kuralla sonuç olarak yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin, bu yola başvurmadan önce yeni bir zorunlu aşama tanımlanarak, sınırlandırılmasına neden olunmaktadır. Başka bir anlatımla, yetkin bir yargı incelemesi hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, irade sergilenmesine bile fırsat tanınmadan hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılamayacağı kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ibaresi, Anayasanın 37. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa’nın 9., 36. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

5. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 12 nci Maddesi ile 4857 Sayılı İş Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen 4 üncü Fıkra da Yer Alan “Dava Tarihindeki Ücreti Esas Alarak Parasal Olarak” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 12 nci maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmektedir.

4857 sayılı Kanunun 21’inci maddesinde, mahkemenin veya özel hakemin iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiğine karar vermesi halinde, işçiye ödenecek tazminat ve ücret ile diğer hakların belirlenmesine ilişkin esaslar düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçiler tarafından 4857 sayılı Kanunun 20’inci maddesi uyarınca açılan işe iade davalarında mahkemece veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiye bir ay içinde işe başlatması zorunlu tutulmakta, işçiye başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işveren, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü tutulmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, “mahkeme veya özel hakemin, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminat miktarını da belirlemesi” kuralını içermekte, üçüncü fıkrasında ise “kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği” hüküm altına alınmaktadır.

Söz konusu maddeye üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere eklenen yeni fıkra ile mahkemelerin veya özel hakemin, işçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat ile dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının, “dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirlenmesi” hükmü getirilmektedir.

İşçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat ile dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının, “dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirlenmesi”ne yönelik düzenleme ile işçilerin hak kaybına neden olunmaktadır.

Şöyle ki; iş sözleşmesi feshedilen işçilerin, 4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca, iş mahkemelerine açtıkları fesih bildirimine itiraz davalarında, iş mahkemeleri, eğer feshin geçersizliğine karar verirse aynı Kanunun 21’nci maddesi uyarınca hükmedilmesi

Esas Sayısı : 2017/178

Karar Sayısı : 2018/82

gereken boшта geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ile işe başlatmama halinde ödenecek tazminatın miktarını “aylık ücret” cinsinden belirlemektedirler.

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinin 7036 sayılı Kanunla yapılan değişikliktan sonraki altıncı fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak, aynı maddenin birinci fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesi gerekmektedir.

Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre işçinin işe iade başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılmaktadır. Tazminat, ücret ve diğer haklara ilişkin hesaplamalarda da işçinin işe başlatılmadığı tarihteki son ücreti esas alınmaktadır. (Yargıtay 9.HD. 22.03.2010 gün 2008/ 22949 E, 2010/ 7943 K)

Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi 22.03.2010 gün 2008/ 22949 Esas, 2010/ 7943 Karar sayılı kararında somut bir olay üzerinden son ücretle ilgili olarak bu durumu şöyle açıklamıştır:

“Somut olayda davacının iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla 11.8.2006 itibariyle feshin kesinleştiği kabul edilerek bu tarihteki ücreti esas alınarak istekler hesaplanmalıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavandan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Halbuki davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğine göre bu tarih de ki alabileceği ücret toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli dava konusu istekler bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.”

İşe iade davalarındaki mevcut uygulamada, mahkemenin veya özel hakemin belirlediği boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı iş akdinin feshinin kesinleştiği, yani işverenin işçinin işe başlama başvurusunu reddettiği tarihteki ücret düzeyi esas alınarak hesaplanmaktadır. Bu uygulama Türkiye gibi yüksek enflasyon yaşayan bir ülkede işçileri korumaya yönelik bir anlayıştan kaynaklanmaktadır. Bu Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet anlayışının getirdiği bir zorunluluktur.

İptali istenen ibare, mahkemelerin veya özel hakemin, işçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat ile dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının, “dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirlenmesi” hükmü işe iade davalarında boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatının belirlenmesiyle ilgili yerleşmiş kuralları işçiler aleyhine değiştirmektedir. Bu tutarların dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanması, dava tarihi ile işe başlatılmama halinde iş akdinin feshinin kesinleştiği tarih arasında geçen sürede iş yerinde, toplu sözleşme yoluyla kazanılan haklardan veya emsallerine yapılan ücret zamlarından iş akdi haksız yere feshedilmiş olan işçinin yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti "sosyal bir hukuk Devleti" olarak tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında sosyal hukuk devletinin anlamını, "devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olması" şeklinde ifade etmiştir. "...Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile iş akdini haksız yere fesheden işverenin ödemek zorunda kalacağı ücret ve tazminatların tutarı azaltılarak, işverene karşı daha güçsüz durumda olan işçilerin, işveren tarafından haksız yere işlerinden çıkarılmalarını kolaylaştırmaktadır. Bu yolla işçilerin iş güvencesi zedelenmekte, işvereni, işçileri haksız bir şekilde işinden çıkarma konusunda teşvik etmektedir.

Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkilerinde güçsüz durumda olan işçilerin ezilmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu nedenle sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı "işçinin korunması ve işçi yararına yorum" şeklinde iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler Anayasadaki sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

6. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 13 üncü Maddesi ile Değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanununun 91 inci Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "İş Sözleşmesinin Devam Etmesi Kaydıyla" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

7036 Sayılı Kanunun 13. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasındaki "İş sözleşmesinin devam etmesi kaydıyla" ibaresi Anayasa'nın 74. ve 49. maddelerine aykırıdır.

7036 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değiştirilen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile işten çıkarılan işçilerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına sorunlarını, şikayetlerini iletme hakları ellerinden alınmaktadır ve iş akdi halen devam eden işçilerin de başvurularına yönelik olarak Bakanlık yetkililerine verilen inceleme yapma yükümlülüğü, Bakanlığın takdirine bırakılmıştır.

Öncelikle, 4857 sayılı İş Kanununun yayımlanan ilk halinde bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunla, İş Kanunun 91 maddesine "30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 10 uncu maddesine istinaden iş sözleşmesi filen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetleri Çalışma

Esas Sayısı : 2017/178

Karar Sayısı : 2018/82

ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüklerince incelenir.” hükmünü içeren ikinci fıkra eklenmiştir.

4857 sayılı Kanunun 92 maddesinde yine 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle; çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikâyetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli belge olarak kabul edilmesi hükme bağlanmıştır.

92 nci maddeye göre, iş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilmektedir. Buna göre müfettiş kararına karşı işçilerin veya işverenlerin itiraz hakkı bulunmaktadır.

Uygulamada işveren İl Müdürlüğe davet edilmekte ve belgeleri istenerek, şikayetçi işçinin hakları tespit edilmek suretiyle tutanak düzenlenmektedir. Tutanakta, ödemenin yapıp yapılmayacağı beyanı alınarak işverene imzalatılmakta, işçinin tespit edilen haklarının ödenmesi için işverene de ayrıca bir yazı yazılmaktadır. Aynı zamanda işçiye de, tespit edilen haklarını işverenden talep edebileceği, ödenmemesi halinde ise yargıya başvurabileceği yazıyla bildirilerek, hazırlanan değerlendirme raporu dosyada saklanmaktadır.

Görüldüğü üzere aslında işçinin hakkını korumak için yargı dışında oluşturulmuş ve işçinin bilgilendirilmesini, yargı yoluna başvurulması halinde hakim için de ön inceleme anlamına gelen bir sistem İş Kanunu’nun 91 ve 92. maddelerinde düzenlenmiştir. Sadece 2015 yılı içerisinde Çalışma Bakanlığı il müdürlüklerinde 123.373 işçi şikâyeti incelemesi sonuçlandırılmıştır. Bu sistemin de giderek daha iyi bir şekilde çalışmaya başladığı da görülmektedir.

Ancak 7036 Sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile devlet görevlilerinin işçinin şikâyeti halinde sürece müdahalesi sonlandırılmış, iş ilişkisinin devamı şartına bağlanmıştır.

Bu değişiklik, öncelikle Anayasa’nın 74. maddesi ile koruma altına alınmış olan dilekçe hakkına yönelik makul olmayan bir kısıtlama niteliğindedir. Aynı şekilde yine Anayasanın 49. maddesinde tanımlanan çalışma hakkının hayat bulması için devlete verilen çalışma barışını korumaya yönelik tedbir alma görevini de zedelediği için Anayasanın 49. maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 74. maddesi “vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM ‘ne yazı ile başvurma hakkına 7sahiptirler” hükmünü içermektedir. Anayasanın 74. maddesinin devamında “kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa’nın 74. maddesindeki düzenlemeden anlaşılabacağı gibi, dilekçe vermek ve kişinin devletten talebinin incelenerek kişiye yanıt verilmesi yurttaşlık hakkı ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Özellikle çalışma hayatında işçilerin doğrudan ve dolaylı olarak Anayasa’da tanımlanmış, temel hak ve özgürlükleri ile sosyal ve ekonomik haklarının işverenler tarafından ihlal edildiğine dair iddialarının incelenmesini devletin idari makamlarından isteme hakları olduğunu kabul etmek gerekir. Bu çerçevede yasalar yoluyla bu hakkın kullanımını “işyerinde fiilen çalışma” şartına bağlama yoluyla kısıtlama bu hakkın kullanımını esaslı bir biçimde

zedeleyecektir. Örneğin, bir işçinin işten ayrıldığında veya iş akdi son bulduğunda işyerinde uygulanan fazla çalışma uygulamasının 4857 sayılı Yasa'nın 41. maddesine aykırı olduğunu ve bu uygulamanın yasaya uygun hale getirilmesini talep etmesini, sadece bir "alacak" talebi olarak tanımlayıp, sadece yargı yoluyla bu hakkın talep edilebilmesine yönelik yasal düzenleme yapılması, aynı hukuksuzluklara maruz kalan diğer çalışanlar bakımından yasa dışı uygulamaların devam etmesine neden olacaktır. Oysa etkin şikayet hakkı yoluyla müfettiş raporları doğrultusunda bu yasaya aykırılığın tespiti çalışanlar açısından "aksi mahkeme kararıyla tespit oluncaya kadar" geçerli bir hukuki tespit anlamına gelmektedir. Bu rapor aynı zamanda işverenin işyerindeki yasaya aykırı uygulamalarının tespiti ve "4857 sayılı Yasa'da belirtilen idari yaptırım yolları" aracılığıyla da bu uygulamalarının sonlandırılmasını sağlayıcı bir yoldur. Bu yolla işyerindeki bütün çalışanlar açısından yasaya aykırı fazla çalışma uygulamasının sonuçları yasaya uygun hale getirilmiş olacaktır. 7036 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile bu idari mercilere başvuru hakkı kısıtlanmaktadır. Bu nedenle, iptali talep edilen düzenleme kamu makamlarına başvuru hakkını engellediğinden Anayasanın 74 üncü maddesine aykırıdır.

Ayrıca, 7036 sayılı Yasa ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklik Anayasa'nın 49. maddesinde tanımlanan "çalışma hakkının korunması" ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 49. maddesinde "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çalışma hakkını tanımladığı gibi devlete de bu hakkın gerçekleşmesi için yükümlülük ve görev getirmektedir. Bu görev, aynı zamanda çalışma hakkını zedeleyici bütün uygulamalara karşı devletin idari mercilerince etkin koruma önlemleri almasını da içerir. Devlet yurttaşlarına yönelik bu yükümlülüğünü yerine getirirken ayrımcı bir uygulama yapamayacağı gibi görevlerini yerine getirmekten de kaçınamaz. Ancak, getirilen düzenleme ile "iş akdi sonlanmış işçilerin" şikayet hakları kısıtlanmaktadır. Bu da doğrudan Anayasa'da devlete yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmesinde işine son verilen işçiler bakımından bir ayrımcılık ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 13. maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanununun 91. maddesinin iptali talep edilen ibaresi, Anayasa'nın 49. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 49 uncu ve 74 üncü maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

7. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15 inci Maddesiyle 4857 Sayılı İş Kanununa Eklenen Ek Madde 3'ün 1 inci Fıkrasında Yer Alan "Beş Yıldır" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15 inci maddesiyle 4857 Sayılı sayılı İş Kanununa eklenen Ek Madde 3'ün 1 inci fıkrasında yer alan iptali talep edilen ibare ile yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat, kötüniyet tazminatı ve iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminata ilişkin zamanaşımı süreleri beş yıl olarak düzenlenmiştir.

Madde ile düzenlenen alacaklar iş hukuku ile ilgili alacaklardır. Borçlar Kanununda açıkça düzenlendiği üzere alacaklar 10 yıllık zamanaşımına tabidir. İptali talep edilen düzenlemeden önceki düzenlemede de iş hukukuna ilişkin alacaklarda da zamanaşımı süresi 10

yıl olarak uygulanmaktaydı. İptali talep edilen düzenleme ile iş hukukuna ilişkin alacaklar olarak nitelendirilen yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminatı, kötüniet tazminatı, iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminatını on yıl yerine beş yıllık zamanaşımı süresine tabi kılmıştır. İş hukukuna ilişkin alacakları daha güvencesiz kılan bu düzenlemede kamu yararı gözetilmemiştir.

Kanun koyucunun, yasa yapma sürecindeki gayesini tasarı veya teklif metninin gerekçesinden; komisyon ve Genel Kurul görüşmelerinde hükümet adına ve teklif sahibi olarak açıklanan görüşlerden anlamak mümkündür. Her ne kadar kanunların gerekçeleri bağlayıcı nitelikte olmasa da kanun koyucunun yaptığı değişikliği anlamak bakımından yol gösterici niteliktedir. İptali talep edilen düzenlemenin gerekçesinde “işverenler yönünden on yıllık sürenin uzun olduğu, yapılan fesih sebebiyle on yıl boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırdığı ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olduğu sıklıkla dile getirilmektedir” görüşü savunulmuştur. İşverenin hukuka aykırı işlemi sebebiyle uygulanacak yaptırımın anılan gerekçe ile sınırlanması, iptali talep edilen düzenlemenin işvereni korumak amacıyla yapıldığının en açık göstergesidir.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). İptali talep edilen düzenleme iş ilişkisinde dezavantajlı konumda olan, korunması gereken işçileri korumaktan, onlar için hakkaniyetli ve adaletli bir çözüm sağlamaktan çok uzaktır ve hatta düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere tam tersi niteliktedir. Söz konusu düzenleme kamu yararını gözetmemesi, adalet ve hakkaniyet kriterlerini karşılamaması nedeniyle Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa’ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Kanunların amaçları açısından Anayasaya uygunluğu, kanunla erişilmek istenilen amacın Anayasada ifade bulan amaçlara ve devlet işlemlerinin tümünün yöneldiği nihai amaç niteliğinde olan kamu yararı amacına uygun olmasını ifade etmektedir (Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.206-207). İptali talep edilen düzenleme işverenler bakımından lehe sonuç yaratır niteliktedir. Denkleştirici adalet anlayışının yerine kanun koyucu güçlü olanı daha da güçlendirmeyi tercih etmiştir.

Diğer taraftan yukarıda açıklandığı gibi Anayasa’nın 2. maddesi devletin nitelikleri arasında “sosyal” hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin defaaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü

olmasıdır. "...Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile zaman aşımı süresi kısaltılan uyuşmazlıkların tarafları işveren ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek çalışmak zorunda olmaları nedeniyle güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, bu eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir: işçinin korunması ve işçi yararına yorum. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise, mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Getirilen düzenleme ile işçilerin alacaklarını talep etme imkanı ağır bir biçimde kısıtlanmıştır. Mesela uygulamada çoğu zaman işçiler işten çıkarılma kaygısıyla yıllık izin ücretini ya da fazla mesai ücretini talep edememekte ancak bir şekilde iş ilişkisi sona erdikten sonra bu ücretlerini dava etme imkanı bulmaktadırlar. Zaman aşımı süresinin on yıldan beş yıla düşürülmesiyle işçiler çalıştığı ancak zayıf konumda olması dolayısıyla ücretini talep edemediği emeğinin karşılığı olan bu haklarını talep etmekten mahrum kalacaklardır. Bu haliyle düzenleme sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını da ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmaktadır. Zayıf konumdaki işçiyi işveren karşısında koruması gereken sosyal devlet, bu düzenleme ile işçinin haklarını aramasına engeller koymak suretiyle işçi karşısında işyerinin haksız ve hukuka aykırı uygulamalarını koruma yolunu seçmiştir. Bu düzenlemenin Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Diğer taraftan yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Dava zaman aşımı süresinin kısaltılmasının mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturduğunda kuşku yoktur. Bu müdahalenin işçiler açısından oldukça ağır sonuçları olduğu, bazı haklarını hiçbir şekilde talep edememe ile karşı karşıya kalacakları açıktır. İşverenin öngörülebilirlik ihtiyacı, işçilerin haklarını ihlal etmelerine haksız bir şekilde ödemediği ücretleri ya da haksız eylem ve işlemleri dolayısıyla ortaya çıkan tazminat borçlarını ödemekten kurtarılmasını meşru gösteremez. Anayasanın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılması için öngörülen ölçülülük ilkesi bir hakka yapılan müdahalenin kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge gözetilmesini zorunlu kılar. İşçinin zayıf konumu da göz önüne alındığında işçilerin emeklerinin karşılığını talep etme imkanına getirilen sınırlamanın demokratik bir toplumda kamu yararını sağlamak için gerekli olmadığı ve işçilere ağır bir külfet yüklediği görülmektedir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine açıkça aykırıdır.

Esas Sayısı : 2017/178

Karar Sayısı : 2018/82

Açıklanan bu sebeplerle iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

8. 12.10.2017 Tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 37. maddesiyle 22/1/1990 Tarihli ve 399 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameye Eklenen Ek Madde 3 ün Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme ile, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameye ek madde tesis edilmiştir. Düzenleme uyarınca anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 1 inci ve geçici 9 uncu maddelerine tabi teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında çalışan personel ile bu teşebbüs ve bağlı ortaklıklar arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarına ilişkin dava ve işlerin iş mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır.

İptali talep edilen düzenleme ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinde (KİT) kapsam dışı statüde çalışan personel ile görev yaptığı KİT arasında iş ilişkisi veya sözleşmesi nedeniyle doğacak ihtilafların iş mahkemelerinde çözülmesi amaçlanmaktadır. Ancak böylesi bir düzenleme kapsam dışı personelin hali hazırdaki statüsü ile doğrudan ilişkili bir meseledir.

Anayasanın “Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler” başlıklı 128. maddesinde “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” denilmektedir. Bu madde ile kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) bünyesinde asli ve sürekli görevleri yapan personelin kamu görevlisi vasfı taşıdığı açıktır.

233 sayılı KHK'nin 43'üncü maddesi ile KİT'lerde memurlar (kadrolu personel), sözleşmeli personel ve işçilerin istihdam edilmesi sağlanmıştır. Ancak 18.01.1988 tarih ve 19698 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 308 sayılı KHK ile bu statüde değişiklik yapılmış, KİT'lerde sadece sözleşmeli personel ve işçilerin istihdam edilmesine izin verilmiştir. Bu KHK yürürlüğe girdikten sonra KİT'lerdeki kadrolu personel sözleşmeli hale getirilmiş ve toplu iş sözleşmesi kapsamına dahil edilmesi yasaklanmıştır.

308 sayılı KHK ile 233 sayılı KHK'da değişiklik yapılmak suretiyle getirilen bu statü Anayasa Mahkemesi'nin E.1988/5 ve K.1988/55 sayılı kararı ile, sözleşmeli personel çalıştırılmasının Anayasa'nın 128'nci maddesi hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

KİT personelinin statüsünü yeniden belirlemek amacıyla bu kez 399 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Hükümlerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair KHK 29.01.1990 tarih ve 20417 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 399 sayılı KHK ile KİT personeli memurlar, sözleşmeli personel ve işçilerden müteşekkil hale getirilmiştir. Memur vasfındaki personel KHK ekindeki cetvellerde tarif edilmiş, ancak bunlara memur statüsü verildiğine dair bir ibareye yer verilmemiştir. Hatta bu statüdeki personelin de sözleşmeli olarak çalıştırılabileceği belirtilmiştir. Bunun dışındaki idari personelin KİT yönetimince sözleşmeli personel olarak istihdam edilebileceği ifade edilmiştir. 399 sayılı KHK'nın yürürlüğe girdiği

tarihten itibaren KİT personelinin tamamı sözleşmeli personel statüsüne dönüştürülmüştür. Kuruluş kanunlarına dayanarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel istihdam eden KİT'ler "kadro karşılığı sözleşmeli" personel çalıştırmaya başlamışlardır. Bazı KİT'ler bakımından ise kuruluş kanunlarındaki emredici hükümler gereği memur istihdam edilmediği için sözleşmeli personel statüsüne geçirilince kadro karşılığı sözleşmeli personel çalıştırılamamış sadece sözleşmeli personel istihdam edilmeye başlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin E.1990/12 K.1991/7 sayılı Kararında, memur görevini yerine getiren asli ve sürekli görevdeki personelin bir kısmının kadrolu olarak, bir kısmının ise sözleşmeli olarak çalıştırılmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca asli ve sürekli idare görevinin sözleşmeli personel eliyle yürütülmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle 399 sayılı KHK'nın bu konuyu düzenleyen madde metinleri iptal edilmiştir. KİT'lerde çalışan ve kamunun asli ve sürekli görevlerini yerine getiren personelin memur olması gerektiği yönünde Anayasa Mahkemesince karar verilince 399 sayılı KHK'nın bazı maddeleri yeniden düzenlenmiş, asli ve sürekli görevleri yerine getiren personelin kadrolu olarak çalışması ve bu görevdekilerin sözleşmeli personel olarak istihdam edilmemesi yönünde hukuki düzenleme yapılmıştır.

20.05.1994 tarih ve 21939 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair KHK'nın 31'nci maddesi ile, toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan KİT personelinin statüsü kapsam dışı personel olarak kabul edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.1.1996 tarih ve 1996/1 sayılı kararında, yasal düzenleme yapılmış olmasa dahi idarelerin Yönetmelik hükümleri ile personelinin özlük haklarının düzenlenmesinin idari bir işlem olduğu kabul edilmiş ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinde, "kapsam dışı statüde çalışan" personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlığın çözüm yerinin, idari yargı olduğuna ve konunun 2247 sayılı Yasa'nın 30. maddesi uyarınca bu doğrultuda ilke kararına bağlanmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

KİT'lerde çalışan personelin hukuki durumuna ilişkin 1990 yılından itibaren yapılan düzenlemeler birbiriyle çelişir niteliktedir. Personelin asli ve sürekli görevleri yürütmesine rağmen statüleri kanun hükmünde kararnameler, kuruluş kanunları, mahkeme kararları ile son 30 yılda sürekli değişmiştir. İptali talep edilen madde ile statüsünde farklılıklar olan personelin, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işlerinin iş mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin denetiminden de geçmiş olan bu hususta, uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu kesinleşmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere Anayasanın 128. maddesinde düzenlenen kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürüten memurlar ve diğer kamu görevlilerinin idari yargıya tabi olduğu açıktır. İptali talep edilen düzenleme yargı yerini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olarak değiştirmektedir.

Açıklanan tüm bu sebeplerle iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil eder ve iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1. Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı

olarak getirilmesi, hak arama özgürlüğünün zedelenmesine yol açacaktır. Bu durum iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçilerin haklarının korunmasında ileride telafisi mümkün olmayan zararlar doğuracaktır.

2. Çalışma ilişkisinin zayıf tarafı olan işçinin arabuluculuk faaliyetlerine katılamaması ya da katılmaması durumunda yargılama giderlerinin üzerinde bırakılması sonuçları itibarıyla çalışanların ekonomik ve sosyal haklarını geri götürücü, hak arama özgürlüğünü zorlaştırıcı nitelikte olduğundan uygulanması durumunda ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

3. Arabuluculuk ücretinin yargılama giderlerinden sayılması, bir yargı faaliyeti olmayan ve yargıya başvuru yolunu zorlaştırıcı bir aşamadan ibaret bir faaliyetin giderlerinin iş ilişkisinin güçsüz tarafına yüklenmesi sonucuna yol açacağından, bu durum ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

4. İş güvencesinin asli unsuru olan işe iade mekanizmasından işçinin yararlanma hakkını kısıtlayacak arabuluculuk kurumu nedeniyle birçok işçi yargı yoluna başvurmayacak ya da vuramayacaktır. Bu da işçilerin adil yargılanma haklarını ihlal edici nitelikte olduğundan, işçiler açısından ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

5. İşe iade davalarında mahkeme veya özel hakem tarafından, iş sözleşmesi haksız yere sonlandırılan işçiye ödenecek tazminat, ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücreti esas alınarak ve parasal olarak belirlemesi, iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçilerin maddi olarak kayba uğramasına yol açacağından, bu durum ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

6. İşten çıkarılan işçilerin kamu makamlarına başvuru haklarının kısıtlanması, iş yerlerinde yasa dışı uygulamaların takipsiz bırakılması sonucunu doğuracağından bu durum, işten atılan işçiler bakımından ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

7. İş hukukundaki bazı ücret ve tazminat türlerinde zaman aşımı süresinin 5 yıla indirilmesi uygulamada çalışanların maddi olarak hak kaybına uğratacağından ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

8. Anayasa ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kesinleştirilmiş KİT personeli statüsünün yeniden başka bir yargı merciine yönlendirilmek suretiyle değiştirilmesi, bu personelin kamu görevlilerine sağlanan haklardan ve özellikle özlük haklarının bir bölümünden yararlanamamasını getireceğinden ileride telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen ve iptali talep edilen düzenlemeler işçileri güvencesiz kılan, hak arama özgürlüklerini yok eden, emeklerini pazarlık konusu yapmak suretiyle emeklerinin karşılığını alamayacakları bir hukuk düzenine hizmet etmektedir. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de

zededeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun;

1. 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ibaresinin Anayasanın 2., 9., 11., 13., 36. ve 37 nci maddelerine,

2. 3 üncü maddesinin 12 nci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur” ibaresi ile son cümlesinde yer alan “yargılama giderleri” ibaresinin Anayasanın 13. ve 36 ncı maddelerine,

3. 3 üncü maddesinin 14 üncü fıkrasının son cümlesinin Anayasanın 2., 5., 9., 13. ve 36 ncı maddelerine,

4. 11 inci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanununun 20 nci maddesinin 1 inci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arabulucuya başvurmak zorundadır” ibaresinin Anayasanın 9., 36. ve 37 nci maddelerine,

5. 12 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine eklenen 4 üncü fıkrada yer alan “dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak” ibaresinin Anayasanın 2 nci maddesine,

6. 13 üncü maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı İş Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “iş sözleşmesinin devam etmesi kaydıyla” ibaresinin Anayasanın 49. ve 74 üncü maddelerine,

7. 15 inci maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununa eklenen Ek Madde 3’ün 1 inci fıkrasında yer alan “beş yıldır” ibaresinin Anayasanın 2., 13. ve 36 ncı maddelerine,

8. 37 nci maddesiyle 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 3’ün Anayasanın 128 inci maddesine,

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz”