

“İtiraz konusu husus; işe iade davası açılmadan önce işçinin, hem asıl işverene hem alt işverene karşı birlikte arabuluculuğa başvurmasında zorunluluk bulunup bulunmadığı, akabinde yine ikisine birden dava açmasında zorunluluk olup olmadığı noktasındadır.

Kanunun bu fıkrası ve gerekçesini, uygulama nazara alınarak değerlendirmek gerekmektedir. Kanunun gerekçesine katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; alt işveren işe alımlarda ve çıkarmalarda asıl işverenden bağımsız hareket etmektedir. Tek başına bu yetkilere sahiptir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulan bir iş ilişkisidir. Bu iş ilişkisinde alt işveren ile asıl işveren arasında sınırlı bağımlı bir ilişki vardır. Yani özel bir hüküm yoksa asıl işveren, alt işverenin kimi çalıştıracağına karışmaz. Asıl işveren için önemli olan, verilen işin eksiksiz olarak yerine getirilmesidir. Çalışan işçiler alt işverenin işçileridir. Her ne kadar işçilere emir talimat yetkisi ve üzerinde yönetim hakkı olsa da asıl işveren işçiler ile ilgilenmez. İşçilerle arasındaki ilişki, özlük işleri konusunda son derece sınırlıdır. Zaten işin doğası gereği asıl işveren işçileri kendisi işe alıp tüm özlük işleri ile ilgilenip işten çıkarıyorsa o işçinin alt işverenin işçisi olduğundan bahsedilemez. Alt işverenin, asıl işverenden bağımsız bir yönetiminin ve iş organizasyonunun bulunması gerekmektedir. Bu olgular karşısında asıl işveren ile alt işverenin işçisi arasındaki böylesi bir ilişkide asıl işvereni arabuluculuk ve dava sürecine zorunlu olarak dahil etmek hukuki menfaatten uzak olmakla hukuka aykırıdır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin şartları ve unsurları, İş Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiştir. 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. Kanundaki “birlikte sorumluluk” kavramının müşterek müteselsil sorumluluğu işaret ettiği noktasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Asıl işveren alt işveren arasında maddi anlamda bir zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu söylenemez ise de, Yargıtay (kapatılan) 22. Hukuk Dairesince asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re’sen yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kıldığı düşüncesinden yola çıkılarak sadece iade davalarına özgü bir uygulama geliştirilmiştir. İşe iade talebiyle açılan davalarda asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu bir dava arkadaşlığı bulunduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiş, işçinin açtığı işe iade davasında husumetin hem asıl işverene hem alt işverene yöneltilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Ancak yasa koyucunun bu kuralı pratikten uzaktır. Çünkü burada zorunlu olarak hem asıl işvereni hem de alt işvereni davalı gösterecek bir durum söz konusu değildir. Tarafların davada yer almaları ve kendini korumaları davanın ihbarı ile de sağlanabilecek bir durumdur. Alt işveren böyle bir durumun varlığını düşünüyorsa davanın asıl işverene ihbarını sağlayarak davadan haberdar olmasını ve sonrasında fer’i veya asli müdahil olarak davada yer almasını sağlayabilme imkanına sahiptir. Davadan etkilenecek kişilerin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını savunmaları yönündeki yasa koyucunun bu gerekçesi ihtiyari dava arkadaşlığında da söz konusu olabilir. Bu varsayımdan yola çıkılırsa ihtiyari dava arkadaşlığının bir fonksiyonu kalmayacaktır. Dava ile ilgisi olan herkese karşı zorunlu olarak dava açılması gerekecektir.

Kanun koyucu her ne kadar işçinin, asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği veya muvazaalı olması ihtimaline binaen böyle bir düzenleme yapmış olsa da bu saik kanunların konuluş amacına, felsefesine aykırıdır. Yeri geldiğinde en spesifik konularda dahi yasalarla düzenleme yapılması, olağan bir durum ise de bu şekilde, olma ihtimali çok düşük olan olgular nedeniyle içerisinde muvazaa veya iş ilişkisinin geçersizliği olmayan dosyaları da aynı olasılık, yani asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadı kapsamında değerlendirecek şekilde yasal düzenleme yapmak hatalı bir yaklaşımdır. Kaldı ki bu ihtimal alacak davalarında da vardır. O halde tüm alacak davalarında da şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığının olduğu kabul edilip asıl ve alt işverenlerin hepsine dava açılması gerekecektir. Ayrıca asıl işveren ile alt işveren arasında geçersiz bir iş ilişkisi var ise zaten asıl işverene karşı dava açmakta hukuki yarar yoktur.

İşe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa var ise bu durumun ispatlanmasına dahi gerek yoktur. Zira işe iade davalarında asıl muhattap alt işverendir. İşçi işe iade olduğunda alt işverene iade olmaktadır. Maddi yönden de sorumlu tutmak istiyorsa bu tercih hakkı işçidedir, asıl işverene karşı dava açıp açmaması kendi inisiyatifindedir. Yasa ile - takdire bağlı olan- dava açma hakkını zorunlu kılmak doğru değildir. Ancak kanun gerekçesi de yargıtay kararları da bam kararları da hatalı bir yaklaşımla bu kanun çerçevesinde şekillenmiştir. Uygulamada asıl işverenlerin çoğunun asıl işverenin işçilerinden dahi haberi yoktur. Buna rağmen asıl işvereni sürece dahil etmek hukuki yararı olmayan bir durumdur. Ayrıca işten çıkarmalar da alt işveren tarafından yapılmaktadır. Her ne kadar bazen asıl işveren emir ve talimat verse de çalışan işçi alt işverene kayıtlıdır ve resmi olarak işçiyi alt işveren işten çıkarmaktadır. İşten çıkarmada dahi kısıtlı ve hatta dolaylı fonksiyonu olan asıl işvereni arabuluculukta ve devamında dava sürecinde sürece zorunlu olarak dahil etmek ve işçiyi de her ikisine birden arabuluculuk ve dava yoluna başvurmaya zorunlu kılmak adil yargılanma hakkının ilkelerinden olan hiç kimse dava açmaya zorlanamaz ilkesine aykırıdır, davacının hak arama özgünlüğünün engellenmesidir. Kanun her ne kadar şekli anlamda zorunlu bir dava arkadaşlığı öngörmüşse de bunun da bir amacı değildir. Bu amaç keyfilikten uzak ve hukuki yararı olan bir amaç olmalıdır. Şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı olması hukuki yarardan yoksun olması anlamı taşımamalıdır. Yasalar belirli amaçlarla konur ve belirli fonksiyonları vardır. Kaldı ki arabuluculukta alt işverenle anlaşılabilirse bile asıl işverenle anlaşılabilirliği ihtimalinde süreç olumsuz neticelendiğinde arabuluculukta anlaşma oranı daha da azalacaktır.

Çok düşük bir ihtimal de olsa, kanunun gerekçe yaptığı asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa veya sözleşmenin geçersiz olduğu bir olayı kabul ettiğimizde dahi dava yanlış davalıya açıldığında davacının 4857 sayılı Kanunun 7036 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değişik 20. maddesine göre kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabileceği hususu dikkate alındığında bir hak kaybının olmayacağı açık ve nettir.

İşçilik alacakları davasında asıl işveren ile alt işverenin sorumluluğu müteselsildir. Yani işçilik alacağını işçi isterse asıl işverenden isterse alt işverenden isterse ikisinden birlikte isteyebilir. İşçinin seçimlik hakkı vardır. Uygulamada karşılaştığımız davaların genelinde ikisine birlikte açılmaktadır. Bunun sebebi ise işçinin lehine karar verilmesi durumunda alacağın davalıdan tahsil edilememe ihtimalidir. Bu nedenle davacı işçi, alacağın tahsil kabiliyetini arttırmak için asıl ve alt işverenlerin tümüne karşı dava açmaktadır. Aynı şekilde dava açmadan evvel işçi arabuluculuk yoluna başvurmakta da dilediği şekilde hareket edebilir.

İşe iade davalarında ise bundan çok farklı bir uygulama söz konusudur. İşe iade davalarında verilen hükmü iki kısma ayırmak gerekir. Hükmün ilk kısmı işçinin işe iadesi,

ikinci kısmı ise işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre tazminatıdır. İşe iade yargılamalarda işçiler için işe iade kararı verildiğinde işçi son çalıştığı alt işverendeki işine iade edilmektedir. Asıl işveren yönünden veya asıl işverene bağlı önceki alt işverenler yönünden kesinlikle hüküm kurulmamaktadır. En önemli husus budur. Burada üzerinde durulması gereken ve itiraz konusu olan kısım da burasıdır. İşe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre, yani maddi sonuçlarına ilişkin olarak ise hem asıl işveren hem alt işveren sorumlu tutulmaktadır. Yani maddi kısımlarına ilişkin olarak normal alacak davasında olduğu gibi müşterek müteselsil sorumluluğu yoluna gidilmektedir. Maddi kısımlar yönünden normal alacak davasından hiçbir farkı yoktur. Yani mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Davacı işe iade davasında son alt işverene karşı dava açmak zorundadır. Ancak asıl işverene karşı dava açması hususunda ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olmalıdır. İşe geri alımda hiçbir fonksiyonu olmayan asıl işverene karşı işçinin dava açmaya zorlanması kabul edilemez bir olgudur.

Kanun koyucunun tam aksine olarak doktrinde bazı görüşler; asıl işveren alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu, Türk Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumlulukta alacaklının borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçlulardan birinden, dilerse hepsinden isteyebileceği, asıl işveren-alt işveren arasında rücu ilişkisinde geçerli olan ve kendileri arasında davanın ihbarı ile yerine getirilmesi gereken usulî işlemin davacı işçiye yükletilmesi ve mecburi olarak davaya diğer işverenin dahil edilmesinin istenmesinin isabetli olmayacağı ifade edilmek suretiyle kritik edilmiştir.(Yalçın Bostancı ve Süleyman Serhat Kırtıloğlu, “İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2 (2013): 845-864)

Yargıtay uygulaması daha önceleri son alt işverene karşı davanın açılması yönündeydi. Ancak 2011 yılındaki görüş değişikliğine gidilmiş ve işe iade davalarında asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması veya geçersiz olması ihtimali, davacının yanlış kişiye karşı dava açması halinde daha sonra doğru kişiye karşı yeniden dava açmasının süreden red ile sonuçlanacağı ve davacının hak kaybına uğrayacağı gerekçeleri gösterilmiştir. Yargıtayın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Bahsi geçen muvazaaya dayanan iş ilişkisi çok ender rastlanan bir durumdur. Kaldı ki işçi muvazaalı olarak başka bir yerde gösterilse dahi işçi bu hususu dilekçesinde belirterek dava açacak ve sonrasında ise bu hususu ispat ederek gerçek işverendeki işine iade edilecektir. Yani asıl işveren muvazaalı bir şekilde alt işveren ilişkisi oluşturması işçinin bilgisi dahilindedir. İşçinin talebi de bu yöndedir, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve asıl işverendeki işe iadesi taleplidir. Oysa normal asıl işveren alt işveren ilişkisi olan davalarda işçinin böyle bir iddiası yoktur. Yargıtayın bu içtihadı, dolayısıyla bunu esas alarak hüküm koyan kanun koyucunun saiki hatalıdır. Kanun koyucu yeri geldiğinde en istisnai durumlara ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olsa da ihtimallere yönelik düzenleme yapması ve bu ihtimaller nedeniyle, ihtimal dahilinde kalmayanlar için de ihtimal dahilinde olacak şekilde düzenleme yapması kabul edilemez bir durumdur.

Kaldı ki geçersiz veya muvazaaya dayanan asıl işveren -alt işverenlik ilişkisi söz konusu olduğunda dahi işverenler arasında da menfaat çatışması söz konusu olacağından anlaşma sağlanmasının pek mümkün olmayacağı ve düzenleme gerçek hayatla pek uyum gösteremeyeceği aşıkardır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; işe iade konusunda işçinin asıl muhatabının alt işveren olduğu düşünüldüğünde, arabuluculuk süreci sonunda işe iade hususunun, alt işverenin feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi konusundaki olumlu yaklaşımı ile çözüme kavuşturulması mümkündür. Bununla birlikte söz konusu 3. maddenin 15. fıkrasındaki düzenleme itibarıyla,

asıl işverenin anlaşmamaya ilişkin göstereceği olası tutum, işe iade uyumsuzluğunun arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşturulmasına engel olabilecektir. Konuya bu yönüyle baktığımızda söz konusu düzenlemenin zorunlu arabuluculuğun kanunla getiriliş amacına hizmet etmediği ve iş yükünün azalmasına olanak tanımadığından hareketle alt işveren ile işçi arasında söz konusu olabilecek olası bir anlaşmanın önünü kapamanın isabetli olmadığı son derece açık ve nettir. Zira bilindiği üzere, işe iade davasının esas muhatabı alt işverendir, farklı bir ifadeyle, işçiyi işe başlatmakla yükümlü olan alt işveren olup asıl işveren ise, işçinin alt işverence işe alınmaması halinde ortaya çıkacak parasal haklardan sorumludur. Dolayısıyla, işe iadenin muhatabı asıl işveren olmadığından, işe iadeye ilişkin olarak alt işverenle arabuluculuk görüşmelerine başlanması ve süreç sonunda da anlaşılmaması halinde alt işverene karşı dava açıldığında, şekli yönden mecburi dava arkadaşı olduğu gerekçesiyle asıl işverene karşı davanın yöneltilmesinde “asıl işveren bakımından arabulucuya başvuru” dava şartı olarak kabul edilmemeli ve dava usulden reddedilmemeliydi. Ancak yürürlükteki düzenlemede İMK m.3/15 hükmü gereğince, belirttiğimiz sonuca ulaşmak mümkün değildir. (Faruk Barış MUTLAY, İşe İade Davalarında Arabuluculuk, s.2149)

Bunun dışında kanun koyucu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması durumunda, gerçek işverenin başlangıçtan itibaren asıl işveren olacağını ve işe iade talebinin de kendisine karşı yönetilmemesi halinde, arabuluculuğa başvurma süresinin geçirileceğini düşünerek de bu düzenlemeyi yapmıştır. Ancak iş ilişkisinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olup olmadığını belirlemek kolay olmadığı gibi, bu belirlemeyi işçinin ya da arabuluculuk bürosunun veya arabulucunun yapmasını beklemek de doğru bir yaklaşım değildir. Konunun getirdiği zorluk nedeniyle, ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek, mahkemelerin görevi olmalıdır. Bu bakımdan belirtilen saikle söz konusu düzenlemenin yapılmış olması uygulama açısından herhangi bir fayda sağlamayacaktır. (Faruk Barış MUTLAY, İşe İade Davalarında Arabuluculuk, s.2150)

Mahkememizce yapılan değerlendirmede aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere; ihtimale dayalı ve olma ihtimali oldukça düşük bir olguya dayanılarak işçiyi, işe geri alımda hiçbir fonksiyonu olmayan asıl işverene karşı da dava açmaya zorlayan, mantıksal doğruluğu gereği sadece son alt işverene karşı dava açan davacılar ve vekillerinin, davaların usulden reddine karar verilerek mağduriyetlerine sebebiyet veren bu yasa hükmünün iptali gerekmektedir.

Şekli anlamda dava arkadaşlığında dahi bir menfaat ve gerekçe değildir. Yoksa anlaşılmalıdır ki şekli anlamda dava arkadaşlığı kanun koyucu tarafından konuldu ise tartışmaya gerek olmayan bir doğmadır. Hiçbir yararı olmamasına rağmen şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı getirmek ve vatandaşı buna mahkum etmek açıkça hak arama hürriyetinin ihlalidir.

Sonuç olarak, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurulmasının zorunlu olmasının hiçbir yararı yoktur. Aslıolan alt işverene karşı arabuluculuğa başvurulup anlaşamama halinde yine alt işverene karşı dava açılmasıdır.

YÜKSEK YARGI KARARLARI:

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, 18.11.2011, 2011/6169 esas, 2011/5306 karar sayılı ilamının değerlendirilmesi:

Daha önce asıl işveren-alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu görüşünde olan Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, 18.11.2011 tarih, 2011/6169 esas, 2011/5306 karar sayılı ilamı ile görüş değişikliğine gitmiştir. Görüş değişikliğini şu şekilde açıklamıştır:

"1-Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi nedeni ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Gerek daha önce işe iade davalarına bakan Yargıtay 9. Hukuk Dairesince ve gerek Dairemiz tarafından davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı HMK'nun katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanılığının kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanunun 124. maddesinde kabul edilebilir yanılığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düştüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, Dairemizde yukarıda belirtilen içtihadın yeniden gözden geçirilerek değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur (6100 sayılı HMK.m.59). Şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. (PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s.223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usulî işlemler birbirinden bağımsızdır.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik

re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir..."

Yargıtayın bu görüş değişikliği sonrası vermiş olduğu istikrar kazanan kararlarına göre işe iade davalarında muvazaaya ihtimaline binaen davanın hem asıl işverene hem de alt işverene birlikte yöneltilmesi ve ayrıca dava öncesi her ikisine karşı arabuluculuğa başvurulması gerektiği yönünden içtihat oluşmuş daha sonra da bu içtihat kanunlaşmıştır. Bu husus itiraz gerekçesi bölümünde detaylıca tartışıldığından burada ayrıca tartışılmayacaktır. Bazı bölge adliye mahkemelerince bu karara karşı haklı olarak muhalif kalınmıştır. Mahkememizce de muhalif kalınan kararların amaca hizmet eden kararlar olduğu, yani işe iade davalarında sadece son alt işverene karşı arabuluculuk yoluna başvurulması gerektiği ve olumsuz sonuçlanması halinde de son alt işverene karşı dava açılmasının yeterli ve gerekli olduğu kanaati ile bu itiraz davası açılmıştır.

Burada maddi ve şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığına da değinmek gerekir. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, mecburi dava arkadaşlarının birlikte dava açması veya aleyhlerine de birlikte dava açılması hem maddi hem de şekli zorunluluktur. Buna mukabil şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, maddi bir zorunluluk olmadığı hâlde kanun gereği gerçeğin ve hukuki ilişkinin daha iyi bir biçimde ortaya çıkarılması ve karara bağlanması bakımından birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması zorunlu kılınmıştır.

Ayrıca her ne kadar içtihadın ve yasa koyucunun kabulünde olduğu üzere bu maddenin getiriliş amacının şekli anlamda bir dava arkadaşlığı olduğu savı olsa da şekli anlamda dava arkadaşlığının konuluş amacında da bir yarar olmalıdır. Yasanın ilgili maddesini şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı olarak niteleyip eleştiriye kapatmak ve hukuk düzlemine katkısının sorgulamamak ve bir dogmatik olgu gibi değerlendirmek hatalı bir yaklaşımdır.

Davacının muvazaa iddiası var ise zaten mantıken ikisine birden dava açacaktır. Yani asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaa olduğu iddiasında ise hukuk mentalitesine göre ikisine birlikte dava açması olağan olandır.

Burada kanun koyucunun saiki yanlış hasma dava açılması halinde hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddine karar verilmesinin önüne geçme yönündedir. Bu eksiklik ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" madde başlığıyla düzenlenen 20. maddesinin 1. fıkrasına 12/10/2017 tarihinde 7036 sayılı kanunun 11. maddesi ile eklenen; "madde 20 – (Değişik birinci fıkra: 12/10/2017-7036/11 md.) 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 işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşarlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya

başvurulabilir." hükmü ile giderilmiştir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğinden sonra bu düzenlemenin yapıldığı ve olası mağduriyetlerin önüne geçildiği aşıkardır. Dolayısıyla bu ihtimalin önemi kalmamış ve ihtimale dayalı olarak açılan bu davada kanun koyucu davacıyı başka pratik bir yöntemle koruma altına almıştır.

İşe iade davalarında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunan durumlarda dava açılmadan önce arabuluculuk aşamasında hem asıl işverenin hem de alt işverenin yer alması, anlaşamama halinde davacının davayı her iki işverene birlikte yöneltmesi gerektiği yönündeki kararlar:

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Dairesinin 18/02/2021 tarih, 2021/415 esas, 2021/274 karar sayılı

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Dairesinin 18/02/2021 tarih, 2021/131 esas, 2021/277 karar sayılı

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Dairesinin 18/12/2020 tarih, 2020/1335 esas, 2020/1249 karar sayılı

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 14/01/2021 tarih, 2021/3 esas, 2021/30 karar sayılı,

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi 20/01/2021 tarih, 2020/2090 esas, 2021/23 karar sayılı,

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 07/07/2020 tarih, 2020/1354 esas, 2020/1678 karar sayılı kararları

Bu kararların genel gerekçesi, işe iade davalarında asıl işveren-alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması şartının aranması gerektiği, arabuluculuğun dava açılmadan önce uyuşmazlığın çözümü için getirilmiş bir düzenleme olduğu, zorunlu dava arkadaşlarından tek tarafın katıldığı bir arabuluculuk sürecinde dava şartının yerine geldiğinden bahsedilemeyeceği, hakkında arabuluculuğa başvurulmamış tarafın arabuluculuk görüşmelerine katılmış olsaydı arabuluculuğun anlaşma ile sona ermesinin her zaman ihtimal dahilinde olduğu, dolayısı ile arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediğinden davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği yönündedir.

İşe iade davalarında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunan durumlarda dava açılmadan önce arabuluculuk aşamasında alt işverenin yer alması, anlaşamama halinde davacının davayı sadece alt işverene yöneltmesinin yeterli olduğu yönündeki kararlar:

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 27/10/2020 tarih, 2020/1877 esas, 2020/2339 karar sayılı,

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 16/05/2019 tarih, 2019/570 esas, 2019/1808 karar sayılı kararları

Bu kararların genel gerekçesi, asıl işverenin arabuluculuk görüşmelerine katılmamasının görüşme sonunda uzlaşma sağlanamamış olması nedeniyle sonuç itibarıyla bir değeri yoktur. Zira; arabuluculuda anlaşmanın gerçekleşmesi için asıl-alt işverenlerin iradelerinin birbiri ile uyumlu olması şartı varken ve davacı alt işveren ile uzlaşmamışken davacıyı asıl işveren ile uzlaşmaya zorlamak beklenemez. Ayrıca, işe iade davasının esas muhatabı (muvazaa iddiası yoksa) alt işverendir, başka bir anlatımla, işçiye işe başlatmakla yükümlü olan alt işveren olup asıl işveren ise, işçinin alt işverence işe alınmaması halinde ortaya çıkacak parasal haklardan sorumludur. Dolayısıyla, işe iadenin muhatabı asıl işveren olmadığından, işe iadeye ilişkin olarak alt işverenle arabuluculuk görüşmelerine başlanması ve süreç sonunda da anlaşılmaması halinde alt işverene karşı dava açıldığında, şekli yönden mecburi dava arkadaşı olduğu gerekçesiyle asıl işverene karşı davanın yönelttilmesinde “asıl işveren bakımından arabulucuya başvuru” dava şartı olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Bunun dışında, iş ilişkisinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olup olmadığını, başka bir ifade ile ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek mahkemelerin görevi olup, bu belirlemeyi işçinin ya da arabuluculuk bürosunun veya arabulucunun yapmasını beklemek de doğru bir yaklaşım değildir. İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun, işçinin hak arama özgürlüğünü engelleyecek şekilde aleyhe yorumlanması ve bu bağlamda asıl işverenin arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı gerekçesi ile hak düşürücü süreye tabi bu davada davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilen dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin madde ile diğer düzenlemelerde iş yargısının temeli olan çabukluk, basitlik emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkelerinin dikkate alındığı, arabuluculuğun bu ilkeler doğrultusunda yürütülmesi amaçlandığı gerekçesi ile de örtüşmez, şeklindedir.

7036 sayılı Kanununun 3. maddesinin on beşinci fıkrasında, işe iade davaları öncesindeki arabuluculuk usulü özel olarak düzenlenmiş olup, bu özel düzenlemenin sebebi maddenin gerekçesinde; “... Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yokluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiye mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir ... Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile, hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır” şeklinde açıklanmıştır. Bu açıklamalar zorunlu dava arkadaşlığının amacı ve yararından ziyade konulan yasaya uygun bir gerekçe hazırlanması gayesi üzerinedir. Yasanın ilgili fıkrası için konuluş amacını ortaya koyan doyurucu bir gerekçe yoktur. Ayrıca davanın yanlış hasma yöneltildiği halinde dahi kanun koyucu ek bir süre tanımıştır. Davacıyı asıl işverenin kim olduğunu tespit edip buna karşı da dava açmaya zorlamak davacının hakkını korumanın ötesinde mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Hukuk muhakemeleri kanunun da düzenlenen tasarruf ilkesi gereği -her ne kadar yasal olarak dava açma zorunluluğu olsa da- hukuki yararı olmadığından işçinin dava açmaya zorlanması tasarruf ilkesine açıkça aykırıdır.

İPTALİ İSTENEN KANUN MADDESİNİN ANAYASA'ya ve AİHS'ye AYKIRILIĞI VE HUKUKİ GEREKÇESİ:

Anayasa'nın 2. maddesi (Cumhuriyetin nitelikleri-Hukuk devleti) uyarınca yapılan değerlendirmede;

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. (AYM, E.2023/161, K.2024/53, 22/02/2024, § ...) (AYM, E.2017/48, K.2017/129, 26/07/2017, § ...)

Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi gereği kanunlar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kanunun kamu yararı dışında bir amaçla yalnız özel çıkarlar için veya yalnızca belirli kişilerin yararına olarak çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur. (AYM, E.2023/161, K.2024/53, 22/02/2024, § ...)

Kural uyarınca davacının, davada sadece maddi yönlerden sorumluluğu bulunan asıl işverene karşı dava açmaya zorlanması devletin adil bir hukuk sistemi kurup geliştirme yükümlülüğüne aykırıdır. Ayrıca bu madde hukuk devletinde kanunların konuluş amacı olan kamu yararına da aykırıdır.

Diğer yandan kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Söz konusu ilke, kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmasını gerektirmektedir (AYM, E.2020/95, K.2022/3, 26/1/2022, § 17; E.2019/88, K.2022/159, 13/12/2022, § 28). (AYM, E.2023/161, K.2024/53, 22/02/2024, § ...)

Bu bağlamda asıl işverene de dava açılmasının zorunlu kılınması, davacı ile davalılar arasındaki makul dengeyi sağlamadığından bu kuralın ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Davacı işçinin, son alt işverene dava açma yönündeki seçimlik hakkına ölçsüz bir sınırlama getirilmiştir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Kişi ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuki güvenlik ilkesi bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2020/80, K.2021/34, 29/4/2021, § 25; E.2022/9, K.2022/80, 21/6/2022, § 11).

Bu kapsamda yapılan değerlendirmede asıl işveren ve alt iş verene birlikte dava açılmasının zorunlu kılınması, hukuki yarar sağlamayıp mahkemeye erişimi zorlaştırdığından bu hali ile keyfi bir düzenlemedir, mantıken tercih hakkı olan davacının sadece alt işverene karşı dava açması nedeniyle usulden reddine karar verilmesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır, sırf bu sebeplerle davaların usulden reddedilmesi hukuk düzenine güveni zedeleyen bir durumdur.

Anayasa'nın 5. (Devletin Temel Amaç Ve Görevleri-kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak) uyarınca yapılan değerlendirmede;

Anayasa'nın 5. maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmektedir. Buna göre kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin temel amaç ve görevlerindendir.

Anayasa'nın 5. maddesinde; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Buna göre bireylerin yaşam şartlarının iyileştirilmesi ve hak ve özgürlüklere ulaşmalarının önündeki her türlü engelin kaldırılması devletin anayasal bir ödevidir. (Tuğçe Akgül Maraş, B. No: 2019/6744, 1/11/2023, § ...) ilgili maddenin iptali ile vatandaşın şekli kurallarla ihlal edilen yasal engellerin ortadan kaldırılarak hak kayıplarının önüne geçilecektir.

Bu kapsamda yapılan değerlendirmede devletin vatandaşın adalete erişimi engellenerek, dava açma serbestiyetine sahip olan vatandaşın bu serbestliğe hukuki yararı olmayan bir sınırlama getirilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 13. maddesi (Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması) uyarınca yapılan değerlendirmede;

Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre mahkemeye erişim hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, ayrıca Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici

yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın amaca ulaşmaya elverişli olmasını, gereklilik amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Kuralla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerine uygun olması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

Bu kapsamda yapılan değerlendirmede ilgili maddedeki, sınırlamanın belirtilen gerekçelerle amaca ulaşmaya elverişli olmadığı, çünkü hak arama hürriyetinin davanın taraflarından başkasına karşı da dava açmaya zorlaması, amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmaması nedeniyle gereklilik ölçütüne aykırı olduğu çünkü bu sınırlamayı zorunlu kılacak bir durumun söz konusu olmadığı, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olduğu, hakka getirilen sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmemesi nedeniyle orantılılık ölçütüne aykırı olduğu, amaç ve hukuki yarar unsurlarında sakatlık olduğundan yani hukuki yarar olmadığından ve pozitif bir gayesi olmadığından kısıtlamanın keyfi olduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesi (Hak Arama Hürriyeti-adil yargılanma hakkı) uyarınca yapılan değerlendirmede;

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. Anılan maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin bir haksızlığa uğradığını iddia edebilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, uğradığı zararı giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir (AYM, E.2017/178, K.2018/82, 11/7/2018, § 11).

Sözleşme'de açıkça yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olarak nitelendirmektedir (Roche/Birleşik Krallık [BD], B. No: 32555/96, 19/10/2005, § 117; Stanev/Bulgaristan [BD], B. No: 36760/06, 17/1/2012, § 229). AİHM, mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hâle getiren uygulamaların mahkemeye erişim hakkını

ihlal edebileceğini vurgulamaktadır (Golder/Birleşik Krallık [GK], B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 36).

Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir (AYM, E.2021/20, K.2022/84, 30/6/2022, § 10).

İtiraz konusu kural davacıyı işe iade olması gereken işverenden başka işverenlere karşı dava açmaya zorlanması suretiyle mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirmekte ve mahkemeye ulaşma hakkını sebepsiz yere zorlaştırmaktadır.

AİHM; adil yargılanmanın bir unsurunu teşkil eden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, doğası gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bu hakkın belli ölçüde sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM; bu sınırlamaların kişinin mahkemeye erişimini hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve genişlikte kısıtlamaması, zayıflatmaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'e göre meşru bir amaç taşımayan ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmayan sınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddenin birinci fıkrasıyla uyumlu olmaz (Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye, B. No: 611/12, 17/11/2015, § 59; Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09, 17/9/2013, § 19; Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, B. No: 28028/95, 19/2/1998, § 34).

Devletin bu müdahalesi daha çok süreler veya usullerle ilgilidir. Belirli kıstaslar konulması usul yargılamasının doğası gereğidir. Fakat bu itiraza konu dosyadaki gibi dava açmaya zorlanması yönünde bir düzenleme değildir. Asıl işveren yönünden arabuluculuğa başvuru ve anlaşamama halinde iki tarafa birden dava açılması zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olduğu, dava açma serbestiyetinin kısıtlandığı anlaşılmakla hak arama hürriyetini sınırladığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa'nın 40. maddesi (Temel Hak Ve Hürriyetlerin Korunması) uyarınca yapılan değerlendirmede;

Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” denilmiştir. Anılan hükme göre kişilerin yargı makamları ile idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması anayasal bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen ya da ihlal edildiğini iddia eden kişilerin ilgili yargı veya idari merciler nezdinde şikâyetlerini dile getirmesi hususunda devlete gerekli ve yeterli mekanizmaları oluşturarak uygun koşulları sağlama yükümlülüğü getirmektedir (AYM, E.2019/102, K.2019/99, 25/12/2019, § 16).

Bu çerçevede Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda

bulunabilme imkânının sağlanmasını teminat altına almaktadır (AYM, E.2019/102, K.2019/99, 25/12/2019, § 17).

İtiraz konusu kural davacının bağlı olarak çalıştığı (alt işveren) işveren dışındaki işverenlere karşı dava açma zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu hali ile davacı adil yargılama hakkının bir görünümü olan mahkeme erişim hakkını yargı mercileri önünde ileri sürebilmesi için uygun şartların sağlanması etkili başvuru hakkının bir gereğidir. İşçinin işe alımda aktif bir yetkisi olmayan asıl işvereni arabuluculuk sürecine dahil ederek anlaşma ihtimalinin düşürülmesi ve yine dava sürecinde davayı yöneltmeye mecbur bırakılması suretiyle ek külfetler getirilerek yargı mekanizmalarını işlevsiz kılmaktadır.

Anayasa'nın 141. maddesi (Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması-Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması) uyarınca yapılan değerlendirmede;

Yargılamada taraflara belirli usule ilişkin güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de makul sürede yargılanma hakkıdır. Anayasa'nın 141. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün yargılamaların makul süre içinde bitirilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi ve davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, mahkemelerin nicelik ve nitelik bakımından yeterli miktarda insan kaynağı, araç ve gereçlerle donatılması makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir (AYM, E.2013/4, K.2013/35, 28/2/2013). Dolayısıyla yargılamaların makul sürede tamamlanması amacıyla mahkemeye erişim hakkına müdahalede bulunulması mümkündür.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesinde bu hakka yönelik herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir. Bu nedenle Anayasa kurallarından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasızdır. Bu ilkelere uygun olmak kaydıyla yargılama yöntemini belirlemek ise Anayasa'nın 142. maddesi gereğince kanun koyucunun takdir yetkisindedir.

Bu kapsamda yapılan değerlendirmede; davacı işçinin, alt işveren dışındaki işverenleri de davaya dahil etmesi nedeniyle doğrudan hakka ulaşması zorlaştırdığı, taraf sayısının artması nedeniyle arabuluculukta anlaşma ihtimali zayıflattığı ve sonrasında dava yoluna gidilmesine neden olunarak yargılamayı uzattığı, bu maddenin usul hukuku açısından etkin bir hak arama yolu olmadığı anlaşılmakla Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Netice itibariyle işe iade davalarında asıl işveren ile davacının çalışmış olduğu alt işverene karşı birlikte arabuluculuğa başvurulması ve dava açılmasının zorunlu olması Anayasaya'nın Hukuk devleti ilkesine, Devletin Temel Amaç Ve Görevleri, Hak Arama Hürriyeti, Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Mahkemenizce re'sen gözetilecek diğer gerekçeler de göz önünde bulundurularak iptal kararı verilmesi talep olunur.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152/1 maddesi uyarınca,

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrasının;

"(15) Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır."

tamamının,

Anayasanın 2., 5., 13., 36., 40. ve 141. maddelerine aykırı olması nedeniyle re'sen Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasına ve hükmün İPTALİNİN istenilmesine,

2- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi uyarınca;

a- Başvuru kararının aslı ile tutanağın ve dava dosyasında yer alan evrakın onaylı birer örneğinin oluşturulacak dizi listesine bağlanılarak bir dosya halinde Anayasa Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

b- Başvuru dosyasının Anayasa Mahkemesine gönderilmesinden itibaren 5 ay BEKLENİLMESİNE, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki hükümlere göre (Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelmesi halinde Anayasa Mahkemesi hükmüne uyulması koşuluyla) SONUÇLANDIRILMASINA,

3- Sayın Mahkemenin iptal yönünde tam bir kanaate ulaşmaması ve gerek görmesi halinde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43/1. maddesi uyarınca, bilgilendirilmemiz halinde, hazır BULUNULACAĞINA,

4- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 41/2; "İtiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır." maddesi uyarınca mahkememizde birçok davanın bekletici mesele yapılacağı, bu minvalde tüm dosyalardaki yargılamaların uzayacağı anlaşılmakla hak kayıpların mahal vermemek adına sayın Anayasa Mahkemesince uygun görülmesi halinde itirazların İVEDİ OLARAK değerlendirilmesinin istenilmesine,

5- Kararın bir nüshasının bilgi amaçlı olarak taraflara tebliğine,"