



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ankara 26/10/2017

## BARO BAŞKANLIĞI

.....

### DUYURU NO: 2017/61

**Konu** 25.10.2017 günlü ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu” Hakkında

İş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünü düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 25.10.2017 günlü ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girecek İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesi ile kanuna veya bireysel ya da toplu iş sözleşmesine dayanan işçi, işveren alacağı, tazminatı ve işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulması dava şartı olarak aranacaktır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk Anayasa’nın 2., 36., ve 49. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin 12. fıkrası ile 14. fıkrasının son cümlesinde arabuluculuk sürecinde yapılan giderler yargılama giderlerinden kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler ise Anayasa’nın 2. ve 9. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin 18. fıkrasının ikinci cümlesine göre işveren tarafın yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil edebilecektir. Bu kural Anayasa’nın 2.,10. ve 36. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 24. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkraya uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacaktır. Bu düzenleme ise Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Bilindiği üzere 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir.

İtiraz yoluyla Anayasaya uygunluk denetiminin işletilebilmesi için 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığına dair görüşlerimizin Baronuz mensubu meslektaşlarımıza duyurulmasını rica ederim.

Saygılarımla.

Avukat Metin FEYZİOĞLU  
Türkiye Barolar Birliği  
Başkanı

Eki :

*İş Mahkemeleri Kanunu Hakkındaki TBB Görüşleri*

Adres: Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat - ANKARA

Tel: 0 (312) 292 59 00 - Faks : 0 (312) 286 55 65

İnternet Adresi: www.barobirlik.org.tr e-mail: tbb@barobirlik.org.tr



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

## 25.10.2017 TARİHLİ VE 30221 SAYILI RESMİ GAZETE'DE YAYIMLANAN, 7036 SAYILI "İŞ MAHKEMELERİ KANUNU" NUN BAZI MADDELERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞINA DAİR TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ GÖRÜŞÜ

İş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünü düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 25.10.2017 günlü ve 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girecek İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile kanuna veya bireysel ya da toplu iş sözleşmesine dayanan işçi, işveren alacağı, tazminatı ve işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulması dava şartı olarak aranacaktır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk Anayasa'nın 2., 36., ve 49. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrası ile 14. fıkrasının son cümlesinde arabuluculuk sürecinde yapılan giderler yargılama giderlerinden kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler ise Anayasa'nın 2. ve 9. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 18. fıkrasının ikinci cümlesine göre işveren tarafın yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil edebilecektir. Bu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkraya uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacaktır. Bu düzenleme ise Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

### 1) 7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu" nun 3 üncü maddesinin birinci, ikinci fıkralarının Anayasaya aykırılığı:

7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu" nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu" nun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir."



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

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.<sup>1</sup>

7036 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamamış olması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 2. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti; insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum hayatında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin 24.03.2010 tarih ve E:2007/33, K:2010/48 sayılı kararında "*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. Toplumu 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'nin 28.03.2002 tarih ve E:2001/5, K:2002/42 sayılı kararında Belediye Gelirleri Kanununda düzenlenen dava şartı ele alınmıştır. Anılan kararda;

*"Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafında "Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir." denilmektedir.*

*Yol, kanalizasyon ve su hizmetlerinden yararlanan taşınmaz sahiplerinden alınan harcamalara katılma payı, borçluları bakımından resim benzeri mali bir yükümlülük niteliği taşımaktadır. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraz konusu 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafıyla, harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için, tahakkuk ettirilen payın yarısının önceden ilgili belediyelere ödenmesi şartı getirilmiştir.*

*Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için getirilen dava şartının, mali gücü yetersiz olanlar veya katılma payı mükellefi olmadığı halde bu payı ödemek zorunda bırakılanlar bakımından hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, iddia ve savunma hakkına sınırlama getiren bu hükmün Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.*

<sup>1</sup> Tanrıver, S.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.622



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

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. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 tarih ve E:2012/94, K:2013/89 sayılı kararında ise "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. maddede belirtilerek "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." denilmiştir. 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

Adres: Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat - ANKARA

Tel: 0 (312) 292 59 00 - Faks : 0 (312) 286 55 65

İnternet Adresi: [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) e-mail: [tbb@barobirlik.org.tr](mailto:tbb@barobirlik.org.tr)



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

*ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.”*  
denilmiştir.

**Belirtilen bu karara göre arabulucuya yapılacak başvurunun uyuşmazlığın hukuka uygun çözümünde etkili bir yöntem olması ve arabuluculuk sürecinin maddi hukuk kurallarını etkisizleştirmemesi gerekmektedir.**

Arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirerek onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini ve aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlamaya çağılayan tarafsız üçüncü kişidir.

Arabulucu, süreçte karar veren kişi değildir. Taraflar uyuşmazlığı kendileri uzlaşarak çözerler. Arabulucu, tarafların aralarındaki asıl uyuşmazlığı ve menfaatlerini tespit ederek bu konularda tartışmalarını ve çözüm bulmalarını sağlamaya çalışır. Burada taraflar kendi çözümlerini kendileri üretirler ve bunu yaparken birbirlerini anlamaya çalışırlar.

Arabulucu yargıç değildir. Arabulucu anayasal sosyal hukuk devletinin gereği olarak iş hukukunun temel ilkelerini uygulayamaz. Arabulucu “hak”kı tespit edemez. Bununla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk iradilik ilkesine dayanmaktadır. İradilik ilkesi ile tarafların bu yola başvurmakta, süreci devam ettirmekte ve sonuçlandırmakta tamamen serbest olduklarını ifade etmektedir. Ancak iradilik söz konusu olduğundan arabuluculuk süreci başarılı olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 23/5/1972 tarih ve E: 1972/2, K: 1972/28 sayılı kararında da belirtildiği üzere Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Genellikle toplum yaşamında ve özellikle sanayi toplumu olmuş ya da olma yoluna girmiş toplumların yaşamında işverenler güçlü, işçiler ise güçsüz kişiler sayılır.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti kavramıyla, devleti, hukuk düzenini kurarken, insanlığa yaraşır bir yaşam için güçsüzleri ve yardıma gereksinimi olanları korumaya özendirmek ve zorlamak istediği de kabul edilmektedir. Sosyal devleti oluşturan ve Anayasa tarafından en üst sırada değiştirilmez bir kural düzeyine çıkarılan ise denkleştirici adalettir.

İktisadi ve sosyal farklılıkları gidermek amacıyla devlet müdahalesi gereksiniminin (yani, sosyal devlet ilkesinin) önemi, her alanda aynı olmamasına rağmen, insanların birlikte yaşadıkları tüm alanlarda kendisini gösterir. Ancak özellikle, sosyal adalet yönündeki çaba, etkin biçimde, iş hukukunda kendisini göstermektedir. Çünkü, iş hukukunun görevi, öteden beri işçiyi, işverene bağlı oluşundan doğan zararlı sonuçlara karşı korumak ve işverenin iktisadi üstünlüğü karşısında bir denkleştirme (iyileştirme) meydana getirmektir. Bütün siyasi görüşlerin değişmesine rağmen, birçok ülkede bu esas, iş hukukunun oluşturulması sırasında temel düşünce olmuştur.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti nitelemesi haricinde Anayasada iş hukukunu yakından ilgilendiren bir çok temel hak ve özgürlük vardır. Bu haklar

**Adres:** Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat - ANKARA

**Tel:** 0 (312) 292 59 00 - **Faks:** 0 (312) 286 55 65

**İnternet Adresi:** [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) **e-mail:** [tbb@barobirlik.org.tr](mailto:tbb@barobirlik.org.tr)



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

arasında; “çalışma ve sözleşme hürriyeti” (Ay. m. 48), “çalışma hakkı ve ödevi” (Ay. m. 49), “çalışma şartları ve dinlenme hakkı” (Ay. m. 50), “sendika kurma hakkı” (Ay. m. 51), “toplular iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı” (Ay. m.53), “grev hakkı ve lokavt” (Ay. m 54) ve “sosyal güvenlik hakkı” (Ay. m. 60) sayılabilir. Hatta iş hukukunda “din ve vicdan hürriyeti” (Ay. m. 25) ile “düşünce ve kanaat hürriyeti” (Ay. m. 25) ve özellikle, “eşitlik ilkesi” (Ay. m. 10) de, işçinin bağımlı durumu göz önünde tutulursa, önemli rol oynar.

Arabuluculuk süreci tarafların eşitliğine dayanmakta ve taraflar kendi haklarını bilerek menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığı çözmektedirler. Oysa anayasal düzeyde de kabul edildiği üzere iş hukukunda uyuşmazlığın tarafları eşit değildir. İşçinin geçimini sağlayabilmesi çalışmasına bağlıdır. İşçinin geçim kaynağı, çalışması sonucunda elde edeceği ücret geliridir. İşçi; işini yitirecek olduğunda, yok olma, yani varlığını sürdürmemeye tehlikesiyle karşılaşmaktadır. Buna bağlı olarak hukuk sistemimizde de işçiler anayasadaki sosyal hukuk devleti ilkesine uygun olarak emredici hukuk kuralları ile koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Günümüzde ayrı ve özel bir iş hukukunun ve bu hukukun güvencesi iş mahkemelerinin varlık sebebi toplumsal ekonomik ilişkiler ve sosyal hukuk devletidir. İş hukukunun temelinde toplumsal kesimlere tanınan haklar ve özellikle işçilere tanınan haklar yer almaktadır. İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkilerinin güvencesini oluşturan kanunlar, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri ile taraflara sağlanan haklardan iş hukukunda hak uyuşmazlıkları ortaya çıkmaktadır. Hakların ön planda olduğu bir hukuk alanında uyuşmazlıkların çözüm adresi olarak öncelikle menfaat temelli arabuluculuğun zorunlu önerilmesi, hakların aşınmasına hatta yok olmasına sebebiyet vereceği öngörülebilir. Nitekim arabuluculuğun uygulanmasının tavsiye edildiği alanlar uyuşmazlığın taraflarının görece eşit nitelikte olduğu borçlar ve ticaret hukuku davalarıdır. İş hukuku arabuluculuğa ilişkin 2008/52/EC sayılı AB Direktifinin kapsamından hariç tutulmamıştır ancak bir uyuşmazlığın arabuluculuk usulüyle çözülüp çözülemeyeceğinin belirlenmesine ilişkin esas kriter Direktifte öngörülmüştür. İlgili amir hükümler gereği tarafların kendi kendilerine karar verme serbestisine sahip olmadıkları hak ve yükümlülükler için arabuluculuğun uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu tür hak ve yükümlülükler ise aile hukuku ve iş hukukunda oldukça yaygındır. Bu nedenle, iş hukuku prensipte, söz konusu hak ve yükümlülüklerin doğası gereği Direktif kapsamı dışında tutulmaktadır. Nitekim Avrupa ülkelerindeki çağdaş hukuk sistemlerinde ticaret ve borçlar hukukuna ait kimi alanlarda dava şartı olarak arabuluculuk düzenlenmişken iş hukukunda böyle bir örnek söz konusu değildir. Sonuçta anayasal hakların arabuluculuk görüşmelerinde müzakere edilebilir olması bu hakların korunması ve geliştirilmesi açısından önemli riskler yaratacağı rahatlıkla öngörülebilir bir durumdur. Dava şartı olan arabuluculuk sürecinde İş Kanununda yer alan emredici nitelikteki düzenlemeler, tarafların menfaatine bağlı olarak pazarlık konusu olacaktır. Üstelik bu süreçte uyuşmazlığın tarafları arasında denge olmadığından anayasal koruma altındaki işçilerin hak kaybına uğraması kaçınılmazdır.

İşçinin öz varlığı olan emeğin sözleşmeye konu olması sebebi ile iş sözleşmesini düzenleyen kural ve kurumların ifadesi olan iş hukuku alanında, temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamı ile korunması esastır. İşçinin iş sözleşmesinde korunması, devletin Anayasa’da düzenlenen her bireyin, yaşam hakkını, vücut bütünlüğü ve ruh sağlığını koruma görevinin gereğidir. Bu sebeple sosyal hukuk devleti, iş ilişkisinin hukuki olarak üçüncü bir tarafıdır. İşçinin işle ilgili korunması, hukuken işverenin borcu olsa da, devlet işçinin bir birey olarak temel hak ve özgürlüklerinin bu ilişkide korunmasını gözetim, denetim ve yaptırım uygulayarak sağlamakla yükümlüdür. Devletin bu alanda uyuşmazlığın taraflarına özellikle

Adres: Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat ANKARA

Tel: 0 (312) 292 59 00 - Faks : 0 (312) 286 55 65

İnternet Adresi: [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) e-mail: [tbb@barobirlik.org.tr](mailto:tbb@barobirlik.org.tr)



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

uyuşmazlıkta hak talebi ile yola çıkan işçilere öncelikle aranızda arabuluculuk yöntemi ile anlaşın, anlaşsanız da anlaşmasanız da arabuluculuk sürecinin masraflarına katlanın demesini sosyal hukuk devletiyle bağdaştırabilmek imkansızdır.

Belirtilen nedenlerle iptali talep edilen 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin birinci, ikinci fıkraları, uyuşmazlığın hukuka uygun çözümünde etkili bir yöntem olmaması ve arabuluculuk sürecinin İş Kanununun emredici kurallarını etkisizleştirilmesi nedeniyle Anayasa’nın 2 nci, 36 ncı ve 49 uncu maddelerine aykırıdır.

## 2) 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on ikinci ve on dördüncü fıkrasının son cümlesinin Anayasaya aykırılığı:

7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on ikinci fıkrası gereğince, *“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.”*

7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on dördüncü fıkrasının son cümlesine göre, *“Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.”*

Anayasanın 9 uncu maddesi uyarınca, *yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.* Anayasa Mahkemesi’nin 10.07.2013 tarih ve E:2012/94, K:2013/89 sayılı kararında da belirtildiği 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.”* Tekraren belirtmek gerekir ki arabuluculuk faaliyeti yargısal faaliyet değildir.

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.<sup>2</sup> Yargılama gideri yargısal faaliyet esnasında yargılama faaliyetinden dolayı ortaya çıkmaktadır. Kural olarak yargılama gideri aleyhine hüküm verilen taraftan alınmaktadır. Bu durumun istisnası 6100 sayılı “Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı 327. maddesinde düzenlenmiştir. Dikkat edileceği üzere söz konusu düzenleme yargılama sürecine ve yargısal faaliyete ilişkindir.

<sup>2</sup> Tanrıver, S.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.1041



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ancak arabuluculuk faaliyeti yargısal faaliyet olmadığından dolayı arabuluculuk faaliyetinden dolayı yargılama gideri doğmaz veya arabuluculuk faaliyeti yargılama giderini etkilemez.

Belirtilen nedenlerle iptali talep edilen 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on ikinci fıkrası ile on dördüncü fıkrasının son cümlesi Anayasa'nın 2 nci ve 9 uncu maddelerine aykırıdır.

### 3) 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığı:

7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3 üncü maddesinin on sekizinci fıkrasına göre, “Arbuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir.”

Bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Hal böyleyken iptali talep edilen düzenleme ile işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın da görüşmelerde işvereni temsil edebileceği kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. ve 76. maddeleri uyarınca işçiyi noter tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış özel yetki içeren vekaletname ile avukat temsil edebilirken, işvereni yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı temsil edecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin 02.12.2004 tarih ve E:2001/126, K:2004/120 sayılı kararında da belirtildiği üzere, “Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” denilmektedir. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle “taraf” sıfatını alır. “Taraf” olma itibariyle davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile, hukuki konuları aynı olduğu halde, 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan Yasa kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte, herkesin, “...adil yargılanma hakkına” sahip olduğu esas öngörülmüştür.

Adil yargılanma hakkı'nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama

Adres: Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat - ANKARA

Tel: 0 (312) 292 59 00 - Faks : 0 (312) 286 55 65

İnternet Adresi: [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) e-mail: [tbb@barobirlik.org.tr](mailto:tbb@barobirlik.org.tr)





# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

*sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.*

*İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibariyle eşit oldukları açık olan 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır."*

Her ne kadar arabuluculuk faaliyeti yargısal faaliyet olmasa da gerek arabuluculuğun dava şartı olması gerekse arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılmaması sebebiyle neticesi itibariyle adil yargılanma hakkı etkilendiğinden; arabuluculuk sürecinde tarafların eşit haklara sahip olması gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle iptali talep edilen 7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu"nun 3 üncü maddesinin on sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasa'nın 2. 10. ve 36. maddelerine aykırıdır.

#### **4) 7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu"nun 24. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkranın Anayasaya aykırılığı:**

7036 sayılı "İş Mahkemeleri Kanunu"nun 24. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkraya göre, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz."

Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz", 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. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

**Adres:** Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av.Özdemir Özok Sokak No:8 06520 Balgat - ANKARA

**Tel:** 0 (312) 292 59 00 - **Faks:** 0 (312) 286 55 65

**İnternet Adresi:** [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) **e-mail:** [tbb@barobirlik.org.tr](mailto:tbb@barobirlik.org.tr)



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

İptali talep edilen düzenleme uyarınca taraflar eğer arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varmış iseler, anlaşılan hususlar hakkında dava yolu kesin olarak kapatılmıştır. Bir başka anlatımla anlaşılan hususlar hakkında tarafların irade bozukluğu olsa dahi dava açılmayacaktır. Bu haliyle iptali talep edilen 7036 sayılı “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 24. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra, Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Meslektaşlarımızın ve kamuoyunun bilgilerine saygıyla sunarız.

**Avukat Metin FEYZİOĞLU**  
**Türkiye Barolar Birliği**  
**Başkanı**