

ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK¹

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI²

Öz

Her türlü uyuşmazlığın yargı önüne götürülmesi, sürecin uzaması ve mahkemelerinin iş yükünün ağırlaşmasının yanında gerek devlete gerek bireylere ekonomik anlamda ağır maliyetler yüklemekte ve bireyler arasında düşmanlığa yol açabilmektedir. Bu itibarla uyuşmazlıkların nitelik bakımından uygun olanlarının mahkeme önünde çözümüne yerine alternatif çözüm yolları ile giderilmeye çalışılması pek çok sorunun da önüne geçebilecektir. Arabuluculuk kurumu bahsi geçen alternatif çözüm yolları arasında belki de en çok tercih edilen yöntem olarak dikkat çekmektedir.

Arabuluculuk; iradilik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde yürütülen bir süreçtir. Bununla birlikte kanun koyucu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş yargısında arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngörerek mahkemelerin iş yükünü hafifletmeyi, uyuşmazlıkların daha kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözülmesini hedeflemiştir. Söz konusu "dava şartı arabuluculuk"; arabuluculuğun iradilik ve taraf eşitliği esaslarına aykırı olduğu ve Anayasa'da öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturabileceği noktalarında kritik edilmiştir. Bununla birlikte belirtelim ki; bu çalışma özü itibarıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği hususunu irdelemektedir. Dolayısıyla arabuluculuk kavramı, arabuluculuğun temel ilkeleri vb. konular daha yüzeysel olarak ele alınmış ve asıl-ışveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk süreci incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Asıl İşveren, Alt İşveren, Muvazaalı İş İlişkisi.

COMPULSORY MEDIATION IN BUSINESS RELATION BETWEEN THE MAIN EMPLOYER AND THE SUB-EMPLOYER

Abstract

Bringing all kinds of disputes to the judiciary, in addition to the prolongation of the process and the heavy workload of the courts, imposes heavy costs on both the state and individuals in economic terms and may lead to hostility among individuals. For these reasons, trying to resolve the disputes with alternative solutions instead of solving the disputes in front of the court will prevent many problems. The mediation institution draws attention as perhaps the most preferred method among the aforementioned alternative solutions.

Mediation is a process that carried out within the framework of the principles of voluntariness, impartiality, confidentiality and equality. In addition, the legislator, with the Labour Courts Law No. 7036, aimed to alleviate the workload of the courts and to resolve disputes more easily, quickly, cheaply and effectively by envisaging the application to mediation as a condition of litigation. The aforementioned "mediation as a condition of trial" has been criticized on the points that mediation is contrary to the principles of voluntariness and equality of parties and may constitute a violation of the free-

¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.09.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.997497.

² Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı / Kayseri - Türkiye.

E-posta: eyuvali@erciyes.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7272-0897>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

dom of seeking rights envisaged in the Constitution. However, this study examines how the mediation process will work in terms of disputes where the main employer and the sub-employer relationship is in question. Therefore, the concept of mediation, the basic principles of mediation, etc. these issues were handled more superficially and the mediation process was examined in terms of disputes involving the main employer and the sub-employer relationship.

Keywords

Mediation, Mediation as a Condition of Trial, Main Employer, Sub-Employer, Collusive Business Relations.

Extended Abstract

Bringing all kinds of disputes to the jurisdiction imposes heavy costs on both the state and individuals in economic terms and may lead to hostility among individuals in addition to the prolongation of the process and the heavy workload of the courts. In this respect, trying to resolve the disputes with alternative solutions instead of solving the disputes in the court will prevent many problems. Mediation institution draws attention as the most preferred method among the aforementioned alternative solutions.

The most important innovation brought by Law No.7036, which abolished the Law No: 5521 on Labor Courts, is that mediation in labor disputes is a cause of action, and obligation of applying to a mediator before filing a lawsuit. A quite long and detailed regulation related to mediation of Article 3 of the aforementioned Law was envisaged. In its first paragraph, the provision of "In lawsuits filed with the demand of employee or employer receivables and compensation and reemployment based on the law, individual or collective labor agreements, the application to a mediator is a cause of action," has been included. Based on this provision, mediation, which is a cause of action in labor law, can basically be grouped into two categories. The first one of these is employee or employer receivables, and the second is reemployment lawsuits.

The basic principles of mediation are being volitional and equality (Law on Mediation in Civil Disputes Art.3), confidentiality (Law on Mediation in Civil Disputes Art.4), and non-use of statements and documents (Law on Mediation in Civil Disputes Art.5). In the mediation method, which is a unique model, the fact that mediator has no authority to make a decision has made mediation a two-sided structure. However, the fact that mediators do not have authority to make decisions does not mean that they are powerless. In fact, the mediator is the person who initiates the process and is responsible for the good management of the process. In this respect, a secure negotiation environment should be provided for the parties. In terms of the aforementioned negotiation environment, the mediator must be an impartial third person independent of the parties and the dispute. In fact, the most basic duty of the mediator is to try to ensure that the parties continue this negotiation without any interruption or disruption.

In terms of the scope and limitations of this study, we tried to examine not all of the new regulations foreseen regarding mediation in labor disputes, but only the regulations and innovations in terms of labor receivables and reemployment lawsuits in labor disputes where the primary employer-sub-employer relationship is in question. The provision of the third paragraph of Article 15 of the Law No. 7036, which is a special regulation for the mediation process, and the issue of "joinder of parties" between the primary employer and the sub-employer in the context of this provision have been examined especially while examining the issue, in terms of reemployment in cases where the primary employer-sub-employer relationship questions the cause of action for the mediation process.

In the case of the primary employer-sub-employer institution, where there is a triple business relationship, the employee may apply to mediation jointly or separately for the sub-employer or the primary employer, who are jointly responsible for the reinstatement of their rights. It is not necessary for the sub-employer and the principal employer to participate in mediation together and reach an agreement in order to make an agreement. However, if the employee wants to file a lawsuit for his receivables, it will be in the employee's interest to direct the enmity against the two employers together, since both employers have joint liability in the primary employer-sub-employer relationship. Otherwise, to whom the enmity is directed from the main employer or sub-employer, it will only make a judgment about him. Similarly, if the employee applies to the mediator for only one of the primary employer and sub-employer who are jointly liable, the agreement made by these people in the mediator will only bind them.

In addition to the fact that this is the case in terms of laborers' receivables, a special regulation has been envisaged for the cause of action mediation process in cases where the primary employer-sub-employer relationship is in question in terms of reemployment. In fact, in the provision of the 15th paragraph of the 3rd Article of the

Labor Courts Law No. 7036 when a mediator is consulted with a request for reemployment in case of the presence of the principal employer-sub-employer relationship, it is required that the employers participate in the mediation negotiations together and their wills are compatible with each other in order for the agreement to be made.

In conclusion, in the presence of the sub-employer-principal employer relationship, the disputes that may occur between the aforementioned employee and the employers are not just about reemployment. It should be stated that the obligation stipulated by the provision of Article 3/15 of the Labor Courts Law is valid only for reemployment disputes and shall not be applied for other laborers' receivables and compensations. As stated above, dispute resolution may be necessary for the employment dispute between the employee and their employer in terms of other workers' receivables and compensations. In terms of the disputes in question, it is not obligatory to put forward all the demands put forth by the employer together against the primary employer and the sub-employer due to the voluntary joinder of parties. In addition, prior to the lawsuit to be filed by the laborer, consulting to mediation is a cause of action for the enmity to be directed against only one or both of them.

GİRİŞ

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 7036 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yenilik, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bir dava şartı olması, bu çerçevede dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğudur. Söz konusu Kanununun 3. maddesinde arabuluculukla ilgili oldukça uzun ve ayrıntılı bir düzenleme öngörülmüş olup ilk fıkrasında "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden hareketle, iş hukukunda dava şartı arabuluculuk esasen iki kategoride toplanabilir. Bunlardan ilki, işçi veya işveren alacakları, ikincisi ise işe iade davalarıdır. 7036 sayılı Kanunla öngörülen bu yeni düzenlemeyle uyumlu olarak başta İş Kanunu olmak üzere diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda da işe iade davalarıyla ilgili olarak öngörülmüş olan 20. ve 21. maddeleri değiştirilmiş, arabuluculuk hususunda hükümler eklenmiştir.

Bu çalışma kapsamı ve sınırları itibariyle iş uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili öngörülen yeni düzenlemelerin tümünü değil, sadece asıl işveren alt işveren ilişkisinin de söz konusu olduğu iş uyuşmazlıklarında işçilik alacakları ve işe iade davaları bakımından yapılan düzenleme ve getirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Konuyu incelerken bilhassa işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme olan 7036 sayılı Kanun'un 15. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünü ve bu hüküm bağlamında asıl işveren alt işveren arasındaki "dava arka- daşlığı" hususunu irdelemeye çalışacağız.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN KAVRAMLARI

İşveren, mevzuatımızda bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlan-

maktadır (İ.K. md.2/I). İş Kanunu'nda ayrıca bir alt işveren tanımına yer verilmemekle birlikte,¹ Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” denilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır.

Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünün akabinde uygulamada oluşan boşlukları gidermek ve ihtilaflı hususları çözüme bağlamak adına Alt İşverenlik Yönetmeliği² ile asıl işveren ve alt işveren kavramları tanımlanmıştır.³ Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin a fıkrası itibarıyla alt işveren; “bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları, ifade eder” denilmek suretiyle tanımlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin ç fıkrasında asıl işveren ise; “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” şeklinde ifade edilmiştir.

Alt işveren, kendi işçilerine karşı doğrudan işveren konumunda olmakla birlikte, asıl işverenin işyerinin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinden birinde faaliyet göstermekte ve bu faaliyet yeri alt işveren işçileri bakımından doğrudan işyeri niteliğinde olan işverendir. Alt işveren işçilerinin doğrudan bağlı oldukları işveren alt işveren olup; işçilerin özlük hakları, ücret ve yan kazanımları bakımından alt işveren sorumludur. Nitekim asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek bakımından alt işverenin asıl işverenden bağımsız bir yönetiminin ve iş organizasyonunun bulunması gerekmektedir.⁴ Görüldüğü üzere alt işveren kendi adı ve hesabına faaliyette bulunan ayrı bir işverendir. Asıl işveren alt işveren

¹ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 117; Şahin Çil, editör, Ali Güzel, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum - 04 Nisan 2009, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2009), 7.

² Resmî Gazete Tarihi: 27/09/2008, Resmî Gazete Sayısı: 27010.

³ Söz konusu yönetmeliğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.5, S.20 (2008): 1347-1358.

⁴ Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara (2014): 20-21.

arasındaki hukuki ilişkiyi kuran işlemin dayanağı; kira akdi, taşıma akdi ya da istisna akdi vb. gibi bir sözleşme olabilir ki;⁵ esasen söz konusu iki işveren arasındaki ilişki iş hukukunun konusu da değildir.⁶ Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, bir işverenin “asıl”, diğerinin ise “alt” olarak ifade edilmesindeki gaye, bu işverenleri birbirinden ayırt etmektir.⁷

B. ARABULUCULUK KAVRAMI

En genel anlamıyla arabuluculuk; bağlayıcı bir karar verme yetkisine ve gücüne sahip olmayan, anlaşmayı kolaylaştırmaya çaba gösteren üçüncü bir kimse- nin katıldığı, müzakere temelli her türlü uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmek için kullanılmaktadır.⁸ Uyuşmazlıkların çözümü, esasen yargı erkini kullanan devletin vazifesidir. Bununla birlikte mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yaygın ve etkin şekilde kullanılmaktadır. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargılama yetkisine ve mutlak egemenliğine zarar vermeden, uyuşmazlığın taraflarının tatmin olacağı bir sonuca ulaşmalarını hedefleyen yöntemleri ifade etmektedir.⁹ Dolayısıyla söz konusu çözüm yöntemlerini, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan ve onunla rekabet içinde bulunan bir yöntemler bütünü olarak değerlendirmemek gerekir.¹⁰ Aynı yöndeki bir Anayasa Mahkemesi kararında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkemelerin alternatif olarak nitelendirmeyip, tam aksine uyuşmazlıkların çözümü için tamamlayıcı ek yöntemler bütünü olarak değerlendirilmiştir.¹¹ Alternatif uyuşmazlık çö-

⁵ Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, (İzmir: Albi Yayınları, 2017), 54; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 164.

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu; Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2021), 44-45.

⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Bireysel İş Hukuku, 45.

⁸ Ömer Ekmekçi; Muhammet Özkes; Murat ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 18; Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuk ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, (Ankara: 2006), 828.

⁹ Felix Steffe, editör, Steffek, Unberath, Genn, Greger ve Menkel-Meadow, “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, (Oregon: 2013), 56; J. A. Scimecca J. A., editör, Dennis J. D. Sandole ve Hugo van der Merwe, “The Oryand Alternative Dispute Resoution: A Contradiction in Terms?”, Conflict Resolution Theory and Practice, Integration and Application, (Manchester: 1993), 212.

¹⁰ Henry Brown ve Arthur Marriott, ADR Principles and Practice, (London: 2011), 21; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016), 201; Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.5 (2005): 12.

¹¹ AYM Kararı, E.2012/94, K.2013/89, 10.07.2013: “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 istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da

züm yolları olarak başta arabuluculuk kurumu olmak üzere; uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti yöntemleri sayılabilir.¹² Alternatif çözüm yolları bu sayılanlarla sınırlı olmamakla beraber en etkin ve yaygın kullanılanların arabuluculuk ve uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür.^{13,14} Şüphesiz söz konusu çözüm yollarını irdelemek bu çalışmanın kapsamını aşacaktır.

Arabuluculuk kurumu, yukarıda bahsi geçen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde kendine özgü bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Nitekim arabulucu; uyuşmazlığın ve tarafların niteliğine, uyuşmazlığın tarafları etkilene derecesine göre değişen yönetim davranış modelleri sergileyerek tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaktadır.¹⁵ Nitekim Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nde arabuluculuk; *“adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç”* olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Kendine özgü bir model olarak arabuluculuk yönteminde, arabulucunun karar verme yetkisinin olmaması, arabuluculuğu iki taraflı bir yapıya büründürmüştür. Bununla birlikte arabulucuların karar verme noktasında yetkisinin olmaması, onların güçsüz olmaları anlamına gelmez. Nitekim arabulucu süreci başlatan ve sürecin iyi bir şekilde idaresinden sorumlu olan kişidir. Bu itibarla taraflar için güvenli bir müzakere ortamı sağlanmalıdır. Söz konusu müzakere ortamı bakımından ara-

tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılamaya yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi *“Uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin Anayasa kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir...”* şeklinde karar vermiştir. (AYM Kararı, E.2003/98, K.2004/31, 3.3.2004).

¹² Barış Faruk Mutlay, *“İşe İade Davalarında Arabuluculuk”*, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4 (2018): 2132.

¹³ Pekcanitez, *“Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”*, 15; İnci Biçkin, *“Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”*, Hukuk Perspektifler Dergisi, S.7 (2006): 36.

¹⁴ Uzlaştırma ve arabuluculuk kurumlarının farklılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Süha Tanriver, *“Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.2, (Ankara: 2010), 243.

¹⁵ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Konya: 2017), 10.

¹⁶ *“Council of the European Union, Directive 2008/52/EC”*. Aynı yönde; Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre arabuluculuk; *“Uyuşmazlık içindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözüme ilişkin belirleyici etkisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcısı (arbulucu) yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir”*.

bulucunun taraflardan ve uyuşmazlıktan bağımsız, tarafsız üçüncü bir kişi olması gerekir.¹⁷ Nitekim arabulucunun en temel görevi, tarafların bu müzakere zeminini herhangi bir kesinti ve sekteye uğratmadan devam etmesini sağlamaya çalışmaktır.

07.06.2012 tarih, 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 2. maddesinin ilk fıkrasının b bendinde, arabuluculuk "*Sistematiik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütölen uyuşmazlık çözüm yöntemi*" olarak tanımlanmıştır.¹⁸

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu itibarıyla yapılan tanımdan yola çıkarsak arabuluculuğun tarafsız ve bağımsız uzman üçüncü bir kişi ile yürütölmesi zorunlu olduğu görölmektedir.¹⁹ Bu bakımdan bağımsız, tarafsız ve uzman bir üçüncü kişi katılmaksızın salt tarafların kendi aralarında yaptığı müzakereler arabuluculuk çözüm yolu olarak değerlendirilemez.²⁰

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk maddesinin 2. fıkrası ile arabuluculuk ile çözülebilecek uyuşmazlıklar belirlenmiş olup, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde ara-

¹⁷ Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası, C.LXXIV, S.2 (2016): 831; Elif Kismet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (İzmir: 2010), 75.

¹⁸ Hükmün gerekçesinde; "Kanunun uygulanması bakımından merkezi bir konumda bulunan "Arabuluculuk" kavramına yüklenen anlam ve içerik "uzlaştırma" kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle "kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak" için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütölen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözüme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematiik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümlü kendilerinin bulmasına yardımcı olur..."

¹⁹ Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, 1. Bası, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 28; Mutlay, "İşe İade Davalarında Arabuluculuk", 2132; M. Serhat Sarısözen, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu", EÜHFD, C.15, S.1-2 (2011): 256.

²⁰ Hakan Pekcanitez; Muhammet Özekes; Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, C.3, 15. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2817; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 61; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 52.

buluculuktan yararlanılabileceği öngörülmüştür. Nitekim söz konusu hükme göre “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*”.

Arbuluculuğun temel ilkeleri; iradi olmak ve eşitlik (HUAK m.3), gizlilik (HUAK m.4) ve beyan ve belgelerin kullanılmaması (HUAK m.5) olarak sayılabilir. Bu ilkelerden iradi olma ilkesi, ilerleyen paragraflarda “Dava Şartı Arabuluculuk” başlığı altında ele alınacağı için diğer ilkelerden bahsedilecektir.

Arbuluculuğun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi esasen arabulucunun tarafsızlığının bir gereğidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrasında arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü tutulmuştur.²¹

Eşitlik, hakkaniyet ve adalet kavramları ile yakın bir ilişki içerisindedir. Öyle ki; eşitlik, adalet ve hakkaniyet kavramları birbirinden ayrılması çok güç kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.²² Bu itibarla eşitlik ilkesi, yargısal çözümlerde de alternatif çözüm yollarında da kendisini göstermektedir. Bununla birlikte yargılamadaki eşitlik kendisini daha somut olarak usulî eşitlik ve silahların eşitliği şeklinde adil bir karar verilmesi biçiminde gösterirken arabuluculuktaki eşitlik tarafların içselleştirdikleri ve süreçte tam olarak hissettikleri bir biçimde olmalıdır.²³

Eşitlik ilkesi gereği arabulucu, tarafların menfaatleri ve çözüm önerileri karşısında onlara eşit mesafede olmak zorundadır. Bununla birlikte arabulucunun bunu yaparken taraflar arasındaki güç dengesizliğine de dikkat etmesi gerekir. Zira uyuşmazlık tarafları arasında güç dengesizliğinin bulunması pekâlâ mümkün olup bu asimetrik ilişkinin zayıf olan tarafı olumsuz etkilememesi için arabulucu tarafından bu dengesizliğin bertaraf edilmesi için çaba gösterilmelidir.²⁴

Yargı organlarında mevcut olan aleniyet prensibinin²⁵ aksine, arabuluculukta esas olan gizlilik ilkesidir. HUAK’ın “Gizlilik” başlığını taşıyan 4. maddesi hükümüne; “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belge-*

²¹ HUAK m.9/f.2’nin hükümet gerekçesi “... Şüphesiz bu, arabuluculuk faaliyetinin doğal bir sonucu, tarafsızlığın ve arabuluculuğa hâkim olan ilkenin de bir gereğidir. Eşit davranma, yargılamadaki anlamıyla eşitlik değildir. Burada, taraflarla iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitlik söz konusudur.” şeklindedir.

²² R. Ben Israel ve P. Faubert, editör, Roger Blainpain, Equality and Prohibition of Discrimination in Employment Law, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market, 8. Edition, (Kluwer Law International, 2004), 321.

²³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 31.

²⁴ Kekeç, Arabuluculuk Yoluya Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 304; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 263.

²⁵ Anayasa’nın 141. maddesi ve HMK’nın 28. maddesi itibarıyla, mahkeme yargılamasının aleni olarak yapılması gerekmektedir.

ler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür". Gizlilik ilkesi, arabulucunun olduğu gibi tarafların da yükümlülüklerinden bir tanesidir. Nitekim söz konusu hükmün 2. fıkrası uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Konuya ilişkin Yönetmelik²⁶ hükmüncü ise; gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir.

Gizlilik ilkesi, taraflara rahatça müzakere etme ve çözüm üretme imkânı vermekte olduğundan önem ihtiva etmektedir.²⁷ Bahse konu ilkenin aksi kararlaştırılabirirse de bunun için açık bir anlaşmanın mevcudiyeti gerekir.

Belirtmek gerekir ki; arabuluculuk sürecinde tarafların, uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle tartışmaları esnasında ortaya çıkabilecek ticari sırların ya da mahrem bilgilerin gizli kalmasını sağlayacak bir yöntemle uyuşmazlıklarını çözme imkanının mevcudiyeti, arabuluculuk yönteminin tercih edilme sebebi ve üstünlüğüdür.²⁸

Gizlilik ilkesinin bir diğer yönünü ise arabuluculuk faaliyeti kapsamında beyan ve belgelerin kullanılabilmesi oluşturur. Nitekim bu husus HUAK ve ilgili Yönetmelik itibarıyla özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinde söz konusu olan beyan ve belgeler yargı yolunda delil olarak sunulamaz, sunulsa dahi hükme esas alınmaz (HUAK m.5; HUAKY m.7).²⁹ Örneğin, bir işçi-işveren uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi daha sonra farklı bir alacak davasında kullanılamaz.³⁰ Bu itibarla arabuluculuk sürecinde ticari sırları da dahil olmak üzere özel bilgi ve belgeleri sunan taraflar söz konusu bilgi ve belgelerin ileride aleyhlerinde delil olarak kullanılmayacağından emin olarak rahat hareket edebilmektedir.³¹ Bununla birlikte, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez.

²⁶ "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği", R.G. Tarih: 2.6.2018, Sayı: 30489.

²⁷ Mert Namli, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, (Ankara, TİSK, 2016), 155; Tanrıver, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları", 187; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 30.

²⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 291.

²⁹ Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil olmak üzere üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

³⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 36.

³¹ HUAK 33. maddesi itibarıyla maddesindeki gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

II. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Arabuluculuk sürecinin ön şartı, tarafların dışarıdan zorunlu kılınmadan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesini serbest iradeleriyle talep etmeleridir.³² Nitekim arabuluculuk sürecinde, taraflar arasındaki aşırı güç dengesizliği ancak iradilik ilkesinin uygulanmasıyla giderilebilir. Bu süreçte arabulucu; serbest iradenin tam olarak mevcudiyetinin gerekliliğini konu hâline getirip işleyerek, güçsüz tarafın iradesini baskı altına alan unsurları bertaraf edip, tarafların süreci her zaman terk edebileceklerini onlara izah ederek yapabilir.

Arabuluculuğa ilişkin olarak temel düzenleme niteliğinde olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabul edildiği tarihte arabuluculuğun iradi olması esas alınmış ve söz konusu Kanun bu esasa göre şekillendirilmiştir. Nitekim HUAK'ın 3. maddesine göre tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olduğu düzenlenmiştir. Yine iradilik ilkesinin neticesi olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.7 uyarınca taraflar bu sürecin içine zorla dâhil edilemeyecekleri gibi her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun³³ ile birlikte iş uyuşmazlıklarına ilişkin olarak zorunlu bir arabuluculuk müessesesi öngörülmüştür.³⁴ Bu düzenlemeyi ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen "TTK md.5/A" hükmü³⁵ ve tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile eklene "73/A" hükmü³⁶ takip etmiştir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "İradi Olma ve Eşitlik" başlığı taşıyan 3. maddesine eklenen düzenlemeyle dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmünün saklı olduğu ifade edilmiştir.³⁷

Arabuluculuğa ilişkin temel kanun 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu olmasına rağmen "zorunlu arabuluculuğa" ilişkin muhtelif kanunlarda yapılan düzenlemeler kanun yapma tekniğine uygun olmadığı ve yorum yanlışlıklarına sebebiyet verebileceği gerekçeleri ile doktrinde isabetli olarak ifade edilmiştir.³⁸

³² Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 139.

³³ 12.10.2017 tarihinde TBMM Genel Kurulunda görüşülerek kabul edilmiş, 25.10.2017 gün ve 30221 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁴ Zorunlu arabuluculuk yöntemleri ve mukayeseli hukuk alanında arabuluculuk hakkındaki gelişmeler için bakınız: Özümücü, "Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", 808 vd.

³⁵ Ek: 6/12/2018-7155/20 md.

³⁶ Ek: 22/7/2020-7251/59 md.

³⁷ Ek cümle: 6/12/2018- 7155/22 md.

³⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 126.

İş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk düzenlemesi ile ilgili olarak İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde³⁹ işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tuttuğu ve ilk derece mahkemelerindeki ve Yargıtay'daki uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü oluşturduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık çeşit ve sayısının artmasının nedenleri olarak nüfus artışı, iş alanları ve iş yapma şeklinin değişmesi, teknoloji alanındaki gelişmeler ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin alanın genişlemesi gösterilmiştir.

Zorunlu arabuluculuğu arabuluculuğun temel ilkeleri ve bilhassa iradilik ilkesi bağlamında savunmak güçtür. Bunun yanında bilhassa çalışmamızın konusunu oluşturan iş uyuşmazlıkları bakımından, "işçinin korunması" ilkesinin yargısal yollarla çözümünün sağlandığı, bu nedenle yargısal yollar dışında uyuşmazlık çözümlerinin, iş hukukunun temel ilkeleri ile varlık nedenlerine zarar verebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰ Bunun gibi arabuluculuk sürecinin gizli ve esnek bir süreç olması nedeniyle güçlü olan tarafın süreçte baskın olmasına, güçsüz olan tarafın ise yargı güvenesinden yoksun kalması nedeniyle daha da güçsüz kalarak üzerinde baskı oluşmasına neden olabileceği de savunulmuştur.⁴¹ Zorunlu arabuluculuk yerine tarafların arabuluculuğa başvurması için özendirici tedbirler alınabileceği ifade edilmiştir.⁴²

Doktrinde ileri sürülen kritiklere paralel olarak 7036 sayılı Kanun'un arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümleri ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun işe iade talepli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğuna ilişkin hükümlerin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması için Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. Söz konusu iptal isteminde arabuluculuğa başvurmada işçiye özgür iradesiyle hareket etme imkânının tanınmamasının hak arama hürriyetini engellediği, hakkın özüne dokunan ölçü-

³⁹ Gerekçede yer alan 2016 yılı Aralık ayı verilerine göre ülkemizde 14 milyona yakın işçi ve 1 milyon 750 bine yakın işyeri bulunmaktadır. 2017 yılı Mayıs ayı verilerine göre 50'si sosyal güvenlik hukukunda uzman olmak üzere 320 iş mahkemesinde 376 hâkim ve İş mahkemesi kurulmayan yerlerde ise 514 asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için çalışmaktadır. Gerekçede yer alan 2016 yılı verilerine göre ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 15'i ve Yargıtay'da bakılan 780 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 30'u iş uyuşmazlıklarından kaynaklanmaktadır. Gerekçede yer alan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre iş davalarının yıllık ortalama görülme süresi 2010 yılında 466, 2011 yılında 488, 2012 yılında 483, 2013 yılında 381, 2014 yılında 417, 2015 yılında 431, 2016 yılında 434 gün olarak gösterilmiştir.

⁴⁰ Zeynep Şişli, "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözümü", Ankara Barosu Dergisi, S.2 (2012): 64; Yamakoğlu, Efe; Ay, Ömer Mirac. "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.15 (2020): 141.

⁴¹ Namı, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi", 158.

⁴² Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S.1 (2016): 464 vd.

süz bir müdahale olduğu, kuralla yargı yoluna başvurulmadan önce yeni bir zorunlu aşama getirilerek doğal hâkim ilkesinin sınırlandırıldığı belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesi söz konusu gerekçeleri yerinde bulmamış iptal talebinin reddine karar vermiştir.⁴³

Zorunlu arabuluculuk uygulamasının; iradilik ilkesi, hak arama özgürlüğü vb. esaslar bakımından ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve tartışılması bu çalışmanın kapsamını aşacağından bu bahsi bitiriyoruz.

İş Mahkemeleri Kanunu md.3/1 itibariyle; 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 Kanun gerekçesinde, işçi veya işveren alacağı niteliğindeki uyuşmazlıklardan kaynaklı taleplerden kaynaklı uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklanması gerektiği,⁴⁴ ayrıca talebe ilişkin olarak tarafların işçi ve işveren niteliği taşıması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, prim, ikramiye, fazla çalışma ücreti, fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, ayrımcılık tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, yol yardımı, yakacak yardımı ve iş ilişkine bağlı maddi ve manevi tazminatı zorunlu arabuluculuğa tabi işçi alacakları olarak sıralanabilir.⁴⁵ Bunun yanında iş sözleşmesi feshedilen işçi; fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu

⁴³ Zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetine engel teşkil edip etmediği Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve söz konusu düzenlemenin hak arama hürriyetine engel teşkil etmediği kanaatine varılmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: AYM, 2017/178 E., 2018/82 K., 11.07.2018 T., RG: 11.12.2018, S.30662. Zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetini ihlal etmediğine ilişkin görüşler bakımından bkz.: Gülgün İldir, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 45; Ersin Erdoğan, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C.14, S.55 (2017): 1222. Zorunlu arabuluculuk bakımından Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında değerlendirme için bkz.: Mert Namlı, “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, Legal İSGHD, C.15, S.60 (2018): 1295 vd.

⁴⁴ Gerekçede belirtilen örneğe göre; işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmelerinden kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat taleplerinde arabuluculuğun dava şartı olduğu, ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacakların kapsamında sayılmayacağı ifade edilmiştir.

⁴⁵ Özlem Özkes, “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk,” TBB Dergisi, S.138 (2018): 283; Mustafa Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 2. Bası, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2019), 678; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018), 19; Cumhur Sinan Özdemir, “İş Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Sistemi”, Mali Çözüm Dergisi, Y. 27, S.144 (2017): 245.

hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.⁴⁶ İşe iade talepli uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu ilerleyen paragraflarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

B. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE ARABULUCULUK

Üçlü iş ilişkisi söz konusu olduğu durumlardan olan asıl işveren-alt işveren müessesesinde işçi, haklarının teslimi için müteselsil sorumlu olan alt işveren veya asıl işveren bakımından, birlikte veya ayrı ayrı arabuluculuğa başvurabilir.⁴⁷ Anlaşmanın gerçekleşebilmesi için alt işveren ve asıl işverenin birlikte arabuluculuğa katılması ve anlaşma sağlanması şart değildir.⁴⁸ Bununla birlikte işçi, alacakları için dava açmak isterse asıl işveren-alt işveren ilişkisinde her iki işveren de müteselsil sorumlu olduğu için husumeti iki işverene birlikte yöneltmesi işçinin menfaatine olacaktır. Aksi hâlde husumet asıl işveren yahut alt işverenden kime yöneltmişse sadece onun hakkında hüküm ifade edecektir. Benzeri biçimde işçi müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverenden yalnızca biri bakımından arabulucuya başvurduğu takdirde bu kişilerin arabulucuda yapmış olduğu anlaşma sadece kendilerini bağlayacaktır.

Arabuluculuk görüşmelerinde anlaşamama durumunda işçi dava açmayı düşünüyorsa dava şartı bakımından asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte arabulucuya başvurması gereklidir. Aksi hâlde arabulucuya başvurmadığı işveren bakımından dava açmak isteyen işçi, tekrar arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktır. Arabuluculuk sürecinin sadece asıl işverenle yürütüldüğü, buna karşılık süreç sonunda anlaşamama durumuna bağlı olarak açılan davada husumetin asıl işveren ve alt işverene birlikte yöneltildiği bir örneği inceleyelim. Bu durumda alt işveren bakımından tefrik kararı verilmek suretiyle davanın dava şartı yokluğu sebebiyle reddi gerekmektedir. Bununla birlikte asıl işveren bakımından dava şartı yokluğundan söz edilemez.⁴⁹

İşçi alacakları bakımından durum bu şekilde olmakla beraber işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme öngörülmüştür. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrası hükmünde; asıl

⁴⁶ Y9.HD, 14.9.2020, E.2020/5349, K.2020/7421: "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1. maddesinde "kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" şeklinde düzenlemeye yer verilerek dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 3/21. maddesi uyarınca uygulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/3. maddesinde ise "Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür" denilmek sureti ile arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği belirlenmiştir".

⁴⁷ Çil, "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi", 108.

⁴⁸ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 238.

⁴⁹ Bursa BAM 3.HD, 13.12.2018, E.2018/670, K.2018/3043.

işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Söz konusu hükmün gerekçesinde, 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 olmadığı belirlenmesi hâlinde taraf sıfatı sorununun ortaya çıktığı, davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçinin, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı, bu durumun işçiyi mağdur ettiği ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasının da usul ekonomisine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Bahse konu maddenin gerekçesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarını, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kıldığı, aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın gündeme gelebileceği belirtilmiş, dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulünün gerektiği öngörülmüştür.

Söz konusu gerekçede bahsi geçen “mecburi dava arkadaşlığı” hususunu kısaca ele almak gerekmektedir. Nitekim mevzuatımız bakımından açık bir düzenleme olmamakla birlikte, işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalar bakımından davalı taraf yönünden şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu Yargıtay kararlarında⁵⁰ da kabul edilmektedir.⁵¹ HMK md.59 hükmü itibarıyla, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi (zorunlu) dava arkadaşlığı vardır. Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir ki; kendi içinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır.⁵²

⁵⁰ Y22. HD, 20.12.2018, E.2018/16121, K.2018/27965.

⁵¹ Konuyla ilgili olarak bkz.: İftar Urhanoglu, “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.29 (2013) 117; Gülsevil Alpagut, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 112 vd.

⁵² Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 354; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, 121.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, mecburi dava arkadaşlarının birlikte dava açması veya aleyhlerine de birlikte dava açılması hem maddi hem de şekli zorunludur.⁵³ 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.⁵⁴

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay tarafından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yargısal denetimin, asıl işveren ve alt işverenin davada yer almaları ve her iki tarafın açıklama ve ispat hakkını kullanmalarını zorunlu kıldığı, bu sebeple taraflar arasında bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu ifade edilmektedir.^{55,56}

⁵³ Melis Çömlekçi Sarı, İş Güvencesi Hükümleri Bakımından Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2018), 65.

⁵⁴ Ahmet Taşkın, Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016), 393.

⁵⁵ Y22. HD, 10.10.2017, E.2017/39113, K.2017/21278.

⁵⁶ Daha önce asıl işveren - alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu görüşünde olan Yargıtay görüş değişikliğini şu şekilde açıklamıştır: Y22. HD, 18.11.2011, E.2011/6169, K.2011/5306: "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 olmadığına 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 davalarının 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'nın 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 (usuli) 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 (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel

Doktrinde Yargıtay'ın ulaştığı bu sonuç; 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.⁵⁷ Buna karşılık Yargıtay'ın asıl işveren-alt işveren bakımından kabul ettiği mecburi dava arkadaşlığı hususunun; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının ya da kanuna uygun olup olmadığının incelendiği bir davada, asıl işveren ya da alt işverenin yer almaması düşünülemez olduğundan işe iade davaları bakımından işçinin korunması düşüncesi ve hukuki dinlenilme hakkı gereği isabetli olduğu da belirtilmiştir.⁵⁸ Aynı yönde doktrinde, Yargıtay içtihadını gerek işçi gerek işveren bakımından uygun, maddi ve usulî bakımdan her iki tarafın haklarının korunmasını sağlayan, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işe iade davalarını usulî açıdan sağlam bir hukuki zemine oturtan bir çözüm yolu olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁵⁹

Yukarıda da ifade edildiği üzere 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 15. fıkrasında yer verilen bu özel düzenleme, işe iade uyuşmazlıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde bunlar arasında bulunan dava arkadaşlığı dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda asıl işveren-alt işveren arasında mevcut şekli mecburi dava arkadaşlığının, işçi bakımından taraf teşkili

hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. (Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, 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 Kanunu'nun 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 (usulî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddî ve usulî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür".

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Seracettin Gökaş, "Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S.27 (2012): 62.

⁵⁹ Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, S.390 (2012): 3; Urhanoğlu, "(Karar İncelemesi)", 120.

ve işe iade davasının yasal süresi içerisinde açılmasına ve işveren açısından ise adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yönelik sorunların çözümüne katkı sağladığı da ifade edilmelidir.⁶⁰

Söz konusu düzenlemeye ilişkin kanun gerekçesi itibarıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersizliği veya muvazaaya dayanması hâlinde ortaya çıkacak sorunların önüne geçmenin amaçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte öngörülen düzenlemeyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersizliğine veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik herhangi bir ayırım yapmaksızın, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu bütün işe iade uyuşmazlıkları bakımından anlaşma sağlanabilmesini “işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması” şartlarının mevcudiyetine bağlamaktadır.⁶¹ Bu itibarla 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 düzenlemenin gerçek hayatta pek uyum gösteremeyeceği belirtilmiştir.⁶²

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 uyuşmazlığının arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşturulmasına engel olabilecektir.⁶³ 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 söylenebilir.

Nihayet belirtelim ki, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin mevcudiyeti durumunda işçiyle söz konusu işverenler arasında vuku bulabilecek uyuşmazlıklar işe iadede ibaret değildir. Bu noktada İMK md.3/15 hükmüyle öngörülen zorunluluğun yalnızca işe iade uyuşmazlıkları bakımından geçerli olduğunu, diğer işçi alacak ve tazminatları bakımından uygulanmayacağını ifade etmek gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere diğer işçi alacak ve tazminatları bakımından da

⁶⁰ Şahlanan, “(Karar İncelemesi)”, 3; Urhanoğlu, “(Karar İncelemesi)”, 117.

⁶¹ Muhittin Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38 (2017): 43; Emre Karabacak, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar, (Ankara: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2018), 98.

⁶² Özgür Oğuz, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019), 127; Alpagut, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, 127.

⁶³ Talat Canbolat, “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, (İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 102.; Mutlay, “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, 2149.

işçi ile işverenleri arasında bir iş uyuşmazlığının çözümü gerekebilir. Söz konusu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari dava arkadaşlığı dolayısıyla işçi tarafından ileri sürülen bütün taleplerin asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte ileri sürülmesi mecburi değildir. Bununla birlikte işçi tarafından açılacak dava öncesinde, husumetin bunlardan yalnızca birine veya her ikisine karşı birlikte yöneltilmesi için öncelikle zorunlu arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır.

SONUÇ

Gerek kamuoyunda gerekse iş hayatındaki uygulaması daha çok taşeronluk olarak adlandırılan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ülkemizde esas itibariyle 1980’li yıllar sonrasında yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Alt işveren, kendi işçilerine karşı doğrudan işveren konumunda olmakla birlikte, asıl işverenin işyerinin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinden birinde faaliyet göstermekte ve bu faaliyet yeri alt işveren işçileri bakımından doğrudan işyeri niteliğinde olan işverendir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek bakımından alt işverenin asıl işverenden bağımsız bir yönetiminin ve iş organizasyonunun bulunması gerekmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargılama yetkisine ve mutlak egemenliğine zarar vermeden, uyuşmazlığın taraflarının tatmin olacağı bir sonuca ulaşmalarını hedefleyen yöntemleri ifade etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak başta arabuluculuk kurumu olmak üzere; uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti sayılabilir. Arabuluculuk kurumu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde kendine özgü bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Nitekim arabulucu; uyuşmazlığın ve tarafların niteliğine, uyuşmazlığın tarafları etkileme derecesine göre değişen yönetim davranış modelleri sergileyerek tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaktadır.

Arabuluculuğa ilişkin olarak temel düzenleme niteliğinde olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun kabul edildiği tarihte arabuluculuğun iradi olması esas alınmış ve söz konusu kanun bu esasa göre şekillendirilmiştir. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun ile birlikte iş uyuşmazlıklarına ilişkin olarak zorunlu bir arabuluculuk müessesesi öngörülmüştür. Çalışmamızın sınırları özelinde, zorunlu arabuluculuk uygulamasının; iradilik ilkesi, hak arama özgürlüğü vb. esaslar bakımından ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve tartışılması ayrıntılı olarak ele alınmamıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesi hükmü itibariyle; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, prim, ikramiye, fazla çalışma ücreti, fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, ayrımcılık tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, yol yardımı, yakacak yardımı ve iş ilişkisine bağlı maddi ve manevi tazminatı zorunlu arabuluculuğa tabi

işçi alacakları olarak sıralanabilir. Bunun yanında iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.

Üçlü iş ilişkisi söz konusu olduğu durumlardan olan asıl işveren-alt işveren müessesesinde işçi, haklarının teslimi için müteselsil sorumlu olan alt işveren veya asıl işveren bakımından, birlikte veya ayrı ayrı arabuluculuğa başvurabilir. Anlaşmanın gerçekleşebilmesi için alt işveren ve asıl işverenin birlikte arabuluculuğa katılması ve anlaşma sağlanması şart değildir. İşçi alacakları bakımından durum bu şekilde olmakla beraber işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme öngörülmiştir. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrası hükmünde; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Söz konusu özel düzenleme, işe iade uyuşmazlıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde bunlar arasında bulunan dava arkadaşlığı dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda asıl işveren-alt işveren arasında mevcut şekli mecburi dava arkadaşlığının, işçi bakımından taraf teşkili ve işe iade davasının yasal süresi içerisinde açılmasına ve işveren açısından ise adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yönelik sorunların çözümüne katkı sağladığı da ifade edilmektedir.

Nihayet belirtelim ki, işe iade konusunda işçinin asıl muhatabının alt işveren olduğu düşünüldüğünde, söz konusu düzenleme itibarıyla, asıl işverenin anlaşmamaya ilişkin göstereceği olası tutum, işe iade uyuşmazlığının 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 söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil. “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.5, S.20 (2008): 1347-1358.
- Alpagut, Gülsevil. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara: 2014.
- Alpagut, Gülsevil. “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2018): 111-131.
- Astarlı, Muhittin. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38 (2017): 38.
- Biçkin, İnci. “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Hukuk Perspektifler Dergisi, S.7 (2006): 34-39.
- Bostancı, Yalçın ve Kırtıloğlu, Süleyman Serhat. “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.
- Brown, Henry ve Marriott, Arthur. ADR Principles and Practice. London: 2011.
- Canbolat, Talat. “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2018): 95-111.
- Council of the European Union, Directive 2008/52/EC.
- Çil, Şahin, editör. Güzel, Ali. “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum - 04 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul: (2009): 4-59.
- Çil, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Çömlekçi Sarı, Melis. İş Güvencesi Hükümleri Bakımından Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2018.
- Demir, Fevzi. İş Hukuku ve Uygulaması. İzmir: Albi Yayınları, 2017.
- Dür, Orhan. Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya: 2017.
- Ekmekçi, Ömer; Özekes, Muhammet; Atalı, Murat ve Seven, Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Ersin. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C.14, S.55 (2017): 1211-1242.
- Göktaş, Seracettin. “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27 (2012) 56-67.
- İldır, Gülgün. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Israel, R. Ben ve Faubert, P. editör Roger Blainpain. Equality and Prohibition of Discrimination in Employment Law, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market, 8. Edition, Kluwer Law International, 2004.
- Karabacak, Emre. Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar. Ankara: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2018.
- Karacabey, Kürşat. “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S.1 (2016): 457-489.
- Kekeç, Elif Kısmet. Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir: 2010.
- Kılıçoğlu, Mustafa. İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 2. Bası. Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı. Ankara: Lykeion Yayınları, 2021.
- Mutlay, Barış Faruk. “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4 (2018): 2129-2154.
- Namlı, Mert. “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, Legal İSGHD, C.15, S.60 (2018): 1295-1328.
- Namlı, Mert. “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, Ankara: TİSK, Mayıs 2016, 151-166.
- Narmanlıoğlu, Ünal. İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Oğuz, Özgür. Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019.
- Özbek, Mustafa Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Özdemir, Cumhur Sinan. “İş Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Sistemi”, Mali Çözüm Dergisi, Yıl 27, S.144 (2017): 245-252.
- Özekes, Özlem. “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S.138 (2018): 273-316.
- Özmumcu, Seda. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXIV, S.2 (2016): 807-842.
- Pekcanitez, Hakan. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.5 (2005): 12-16.
- Pekcanitez, Hakan; Özekes, Muhammet; Akkan, Mine ve Taş Korkmaz, Hülya. Medeni Usul Hukuku, C.3, 15. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler*, 11. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sarısozen, M. Serhat. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *EÜHFD*, C.15, S.1-2 (2011): 255-271.
- Scimecca J. A., editör Sandole, Dennis J. D. ve Merwe, Hugo van der. “The Oryand Alternative Dispute Resoution: A Contradiction in Terms?”, *Conflict Resolution Theory and Practice, Integration and Application*, Manchester: 1993.
- Steffe, Felix, editör Steffek; Unberath; Genn; Greger ve Menkel-Meadow. “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon: 2013.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 21. Baskı: İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Şahlanan, Fevzi. “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.390 (2012): 2-6.
- Şişli, Zeynep. “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2012): 45-67.
- Tanrıver, Süha. “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.2, Ankara: 2010, 2025-2036.
- Tanrıver, Süha. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuk ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara: 2006, 821-842.
- Taşkın, Ahmet. *Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri*, 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Urhanoglu, İftar. “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.29 (2013): 115-121.
- Yamakoğlu, Efe ve Ay, Ömer Mirac. “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.15 (2020): 139-163.