

YENİ İŞ MAHKEMELERİ KANUNU UYARINCA ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN İŞ YARGILAMASINA ETKİLERİ

*Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU**

Öz

Arabuluculuk öğretide tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sâhip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözetererek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk, iradilik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik esaslarına dayanır. 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 amaçlamıştır. İş yargısında arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi öğretilde eleştirilmiştir. Gelen eleştirilerin başında bu düzenlemenin arabuluculuğun taraf iradesi ve taraf eşitliği esaslarına aykırı olduğu ve Anayasa'da öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturabileceği gelmektedir. Bu önemli değişiklikten başka 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ayrıca 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na arabuluculuğun yapısını değiştiren hükümler de getirilmiştir. Buna göre arabulucular artık tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebileceklerdir. Bu durumda değişen arabuluculuk sistemi ile birlikte dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun iş yargısına uygun olup olmadığının incelenmesi, bu değişikliklerin iş yargısını ne şekilde etkileyeceğinin ortaya konması gerekmektedir. Çalışmamızda getirilen yeni düzenlemeleri genel hatlarıyla inceledikten sonra öğretilde yer alan endişeleri de göz önünde bulundurarak bazı önerilerde bulunduk.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: kaann89@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 23.02.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 23.02.2018-23.02.2018/Makale Kabul Tarihleri: 18.04.2018-08.08.2018)

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, İş Yargısında Arabuluculuk, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuğa Başvuru, Arabuluculuğa Başvuru Şartı

**MEDIATION ACCORDING TO NEW LABOR COURT LAW
AND EFFECTS OF MEDIATION ON LABOR
COURT PROCEEDINGS****Abstract**

Mediation described in doctrine as dispute resolution of parties' with help of third party (mediator) who hasn't got authority to bring a resolution suggestion or discretion, according to procedure and basis which they agreed, mutual communication and looking after common benefits. Mediation is based on voluntariness, neutrality, confidentiality and equality. With 7036 numbered Labor Court Law, Legislator aimed to lighten caseload of courts and solve disputes easier, faster, cheaper and more effective way by stipulating application to mediation as a case condition. Stipulating application to mediation as a case condition in labor court proceedings criticized in doctrine. Criticisms mostly based on this regulation's contrary being to mediation's voluntariness and equality principle and possibility of going against constitutional freedom of seek justice. Furthermore 7036 numbered Labor Court Law has brought regulations which changed nature of mediation to 6325 numbered Mediation in Legal Disputes Law. According to this, mediators can bring resolution suggestion if parties can't find resolution from now on. In this case, it must be examined whether changed mediation system and stipulating application to mediation as a case condition are suitable or not for labor court proceedings. Also it must be determined, how will they effect labor court proceedings. In this study, we have made some suggestions while we were taking criticisms into account, after generally reviewed new regulations.

Keywords

Mediation, Mediation in Labor Court Proceedings, Mediation in New Labor Court Law, Mediation As a Case Condition, Application to Mediation As a Case Condition, Application Condition to Mediation

GİRİŞ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirerek, iş yargısında çok önemli bir değişiklik öngörmüştür. Kanun koyucunun iş yargılamasında arabuluculuk şartını getirmesindeki temel amacının, iş mahkemelerinin, bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve uyuşmazlıkların kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözmeyi amaçlamak olduğu söylenebilir. Kanuna göre dava şartı olarak arabuluculuk 3. maddede düzenlendiğinden, iş yargılamasında arabuluculuğa başvuru şartı 01.01.2018 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır.

İş yargılamasına arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi, öğretide beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Arabuluculuk kurumunun taraflar arasında eşitsizliğin söz konusu olduğu iş uyuşmazlıklarına uymadığı, işçinin haklarının pazarlık konusu haline getirilmemesi gerektiği, arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesinin iradi özellikteki arabuluculuk ile bağdaşmadığı öğretide bu düzenlemeye getirilen eleştirilerin başında gelmektedir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi dışında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da köklü değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi arabulucuya tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilme yetkisi verilmesidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan dava şartı olarak getirilen arabuluculuk düzenlemesini genel hatlarıyla inceleyeceğiz. İkinci bölümde arabuluculuk kurumunun tanımını, faydalarını ve özelliklerini, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na getirilen değişiklikler ile arabuluculuğun değişen yapısını dikkate alarak inceleyeceğiz. Üçüncü ve son bölümde ise dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun iş yargısına olan etkilerini ve ortaya çıkabilecek özel durumları ortaya koymaya çalışacağız.

I. YENİ İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NDA ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ

A. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 12.10.2017 tarihinde kabul edilmiş ve 25.10.2017 tarihinde de Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 7036 sayılı İş

Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirmiş, böylece iş yargısında çok önemli bir değişiklik gerçekleştirmiştir. Kanuna göre: “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına 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 ihtarını 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” (İMK 3/1, 2).

İMK'nın 38. maddesine göre İMK'nın 3., 11. ve 12. maddeleri 01.01.2018 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre dava şartı olarak getirilen arabuluculuk 3. maddede düzenlendiğinden, iş yargılamasında arabuluculuğa başvuru şartı 01.01.2018 tarihinden sonra açılan davalar için uygulanmaya başlamıştır.

B. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'na Göre Arabuluculuk Şartının Kapsamı

İMK m. 3'ün birinci ve üçüncü fıkraları, dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun kapsamı hakkında bilgi vermektedir. Buna göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı iken; iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında bu şart yoktur.

İMK m. 3'e göre artık işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunludur. Bunların İş Kanunu'na veya Türk Borçlar Kanunu'na, bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Böylece bunlardan hangisine dayanılırsa dayanılsın, artık bu davaları açmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunludur.

C. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Getirilmesindeki Gerekçeler

Türk hukukunda dava şartı olarak arabuluculuğun hangi nedenlere dayanarak zorunlu hale getirilmek istendiğinin incelenmesi yararlı olacaktır. İMK taslağının genel gerekçesinde buna ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Gerekçede işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tuttuğu¹ ve ilk derece mahkemelerindeki ve Yargıtay'daki uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü oluşturduğu² belirtilmiştir. Ayrıca 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.

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, dava şartı olarak arabuluculuğun getirilmesinde iş hukuku uyuşmazlıklarının Türk yargısına büyük yük getirmesi ve iş mahkemelerindeki yargılama sürelerinin uzun olması³ etkili olmuştur⁴.

Gerekçede ayrıca iş uyuşmazlıklarının müzakere edilerek sonuçlandırılmasına uygun olduğu belirtilmiştir. Uyuşmazlıkların kısa süre içinde ve daha az masrafla çözümlenerek makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebilmesi ve uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle uyuşmazlığı temelden sonlandırılarak sosyal barışa katkı sağlaması, düzenleme ile hedef-

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ Yargılama sürelerinin uzunluğu ve mahkemelerdeki dosya sayısının fazla olması durumunun sadece Türkiye'ye özgü olmadığı, benzer gelişmiş ülkeler de bile bu sorunların var olduğu ve bunlar hakkında Türkiye-Fransa karşılaştırması için bakınız: **Namlı, Mert**: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 153.

lenen hususlar olarak gösterilmiştir. Gerekçede arabuluculuk hakkında karşılaştırmalı hukuktan örnekler de verilmiştir⁵.

İMK m. 3/12'nin gerekçesinde de ayrıca dava şartı olarak getirilen arabuluculuk ile hedeflenen hususlardan bahsedilmiştir. Maddenin gerekçesine göre dava şartı olarak getirilen arabuluculuk ile amaçlanan, işçi ve işveren taraflarının biraraya gelerek aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın sağlanmasıdır.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDAN BİRİ OLAN ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN DEĞİŞEN YAPISI

A. Arabuluculuğun Doğumu ve Gelişimi

Arabuluculuğun doğuşu Uzakdoğu'da gerçekleşmiştir. Gerçekten de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğun özellikle Uzakdoğu'da çok eski tarihlerden beri uygulandığı görülmüştür⁶. Alternatif çözüm yolla-

⁵ Gerekçede bu konu hakkında şu ifadeler yer almaktadır: "İngiltere'de arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak öngörülmemiş olmakla birlikte yüksek mahkeme kararları arabulucuya başvurulmasını fiilen zorunlu hale getirmiş durumdadır. Fransa'da iş mahkemesine başvuru yapıldıktan sonra uyuşmazlık arabulucuya yönlendirilmekte ve bu aşama sonuçlanmadan yargılama aşamasına geçilmemektedir. Avusturya'da iş hukukunda arabulucuya başvurulması kural olarak zorunlu olmamakla birlikte özel desteğe ihtiyacı olan işçilerin ayrımcılık nedeniyle tazminat talepleri veya işten çıkarmaya ilişkin itirazları bakımından öncelikli olarak arabuluculuk prosedürünün uygulanması gerekmektedir. Hollanda'da arabuluculuğa başvuru zorunluluğu olmamakla birlikte iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması durumunda, arabulucunun ücreti işveren tarafından ödendiğinden bu yöntem işçi açısından teşvik edilmiş durumdadır. İtalya'da bankacılık, finans ve sigortacılık, işyeri kirası, kredi sözleşmeleri, kat mülkiyeti, basın ve diğer kamusal yollarla yapılan hakaret suçundan doğan uyuşmazlıklar, aile arasındaki sözleşmeler, tıbbi uygulama hatası ve doktorların sorumluluğundan doğan tazminat davaları, miras, ortak mülkiyet, gayrimenkul, mal paylaşımı, kira sözleşmeleri ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunluluğu kabul edilmiş ancak iş uyuşmazlıkları yönünden arabulucuya başvuru ihtiyari bırakılmıştır. Malezya'da 1952 yılından, Arjantin'de ise 1996 yılından bu yana işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurulması zorunlu tutulmaktadır". Ayrıca zorunlu arabuluculuk modelleri ve Avrupa'daki zorunlu arabuluculuk hakkındaki gelişmeler için bakınız: **Özmumcu**, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 808 vd.

⁶ **Namlı**, s. 153, dn. 2; **Kekeç**, Elif Kismet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 30, 31, dn 105.

rının kurumsal olarak gelişimi ise 1960'lı yıllarda ABD'de gerçekleşmiştir. Kıta Avrupası'nda ise, alternatif çözüm yollarının daha yavaş bir şekilde gelişim gösterdiği görülmüştür. Avrupa Birliği, 90'lı yılların sonlarında alternatif çözüm yollarına ilgi göstermeye başlamış, bunun sonucunda 19.04.2002 tarihli "Medeni ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Yeşil Kitap" (GREEN PAPER on alternative dispute resolution in civil and commercial law) yayımlanmıştır⁷. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan bu kitapta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında yer alan bazı tespitler şunlardır: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hakemlik hariç olmak üzere, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen mahkeme dışı çözüm yöntemleri olarak tanımlanmıştır (1.1/2, s. 6). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişmesindeki destekleyici faktörlerden biri de onların pratik ve konjonktürel yapısıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, birçok ülkedeki bireylerin adalete ulaşmasındaki şu üç faktörden kaynaklanan problemlere bir çözüm sunmaktadır: mahkeme öncesi anlaşmazlık miktarındaki artış, işlemlerin daha uzun sürer hale gelmesi ve bu işlemlerin masraflarının artması. Ayrıca mevzuatın miktarı, karmaşıklığı ve teknik belirsizliği, adalete ulaşımı daha da zorlaştırmaktadır (1.2/5, s. 7). Adalete ulaşım, herkes için Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinde korunan temel bir haktır. Geçerli hukuki yollarına başvuru hakkı, Avrupa Topluluğu Hukuku'nun temel ilkesi olarak Avrupa Adalet Divanı tarafından belirlenmiş ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 47. maddesinde de ilan edilmiştir. Hızlı ve pahalı olmayan yargısal işlemlerin yerine getirilmesi yoluyla adalete ulaşım, üye devletlerce karşılanması gereken bir yükümlülüktür (1.2/7, s. 8). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adalete ulaşımı kolaylaştırma politikalarının tamamlayıcı bir parçasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, daha önce iletişim kurmalarına olanak bulunmayan tarafların iletişim kurmasına ve mahkemeye gitme konusunda kendi değerlendirmelerini yapmalarına yardımcı olabilir (1.2/9, s. 8). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sosyal barışın sağlanmasındaki rolünü belirtmekte yarar vardır. Üçüncü kişilerin karar almadığı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları türlerinde taraflar, çatışma içine girmeden uzlaşma süreci içinde, uyuşmazlık çözüm yolunu kendileri seçerek ve bu süreçte daha aktif rol oynayarak, kendilerine en uygun çözümü bulmaya çalışırlar (1.2/10, s. 8, 9). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları esas itibarıyla, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurusu, süreci kimin veya hangi organizasyonun yöneteceği, hangi prose-

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/>

dürlerin uygulanacağı, sürece kendisinin ya da temsil edilerek katılması ve son olarak sürecin sonucu hakkında karar vermede esneklik (1.2/11, s. 9).

Daha sonra 2004 yılında Arabuluculara İlişkin Etik Davranış Kuralları Kanunu (European Code of Conduct for Mediators) kabul edilmiştir. Son olarak da 21.05.2008 tarihinde Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) kabul edilmiştir.

B. Arabuluculuğun Tanımı

Öğretide arabuluculuk, tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sâhip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözetenek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri olarak tanımlanmıştır⁸.

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre: “Arabuluculuk: Sistematik 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, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder”.

C. Arabuluculuğun Yararları

Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuğu savunan görüşler, öğretide genel olarak şu şekilde yer almaktadır⁹: Alternatif uyuşmazlık

⁸ **Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 592 vd; **Kekeç**, s. 23, 24; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 605; **Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 165, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>).

⁹ **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 170, 171; **Özbek**, s. 595 vd; **Kekeç**, s. 83 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 605 vd. Ayrıca zorunlu arabuluculuk modeline olumlu yaklaşımlar için bakınız: **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 825 vd.

çözüm yollarının tamamının temel amacı, uyuşmazlıkların çözümünde tarafları daha etkin hale getirmektir. Taraflar bu yolla uyuşmazlıklarının çözümünde daha etkin olarak uyuşmazlıklarını kendi kontrollerindeki bir süreçte daha rahatça çözümlenebilecektir. Böylece mahkemelerdeki uzun ve katı kurallara tabi olmaksızın kendi kontrollerinde bir uyuşmazlık çözüm süreci geçirecekler ve yargı sürecindeki bilinmezliğin korkusunu yaşamayacaklardır.

Arabuluculuk gizlilik esasına dayandığından tarafların buna ilişkin ihtiyaçlarını karşılar. Yargı kararlarının ve duruşmaların aleni olmasından kaynaklanan birtakım sorunlar, arabuluculukta bulunmaz. Arabuluculuk toplantılarının gizli olması tarafların birtakım sorunlarını daha açık yüreklilikle tartışmalarına imkan verir.

Arabuluculukta uyuşmazlıkların yargılamaya göre çok daha uygun maliyetli bir biçimde çözülebilir. Hukuki sorunların, yüksek maliyetli ve uzun yargılama süreçleri yerine mahkeme dışındaki çözüm yöntemleri ile çözülmesi tarafların yararına olacaktır. Yine konusu parayla çözülebilen uyuşmazlıklarda özellikle yüksek miktartlı uyuşmazlıklarda yargılama giderleri dikkate alındığında arabuluculuk daha ekonomik bir çözüm olabilir.

Yine günümüzdeki mahkemelerin yargılama süreleri dikkate alındığında, arabuluculuğun daha hızlı, daha zahmetsiz ve daha etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmektedir.

D. Arabuluculuğun Mahkeme Yargısı İle Karşılaştırılması

Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk ile mahkeme yargısı arasında amaç olarak farklılık bulunmaktadır. Arabuluculuğun amacı tarafların arasındaki uyuşmazlığı hızlı ve ucuz bir yolla gidererek, tarafların menfaatleri doğrultusunda ortak bir noktada buluşturmak iken, yargılamanın amacı sadece tarafların menfaatlerini gözeterek tarafları sulhe kavuşturmak değildir. Yargılama faaliyetinin amacı aynı zamanda Anayasa ve yasalarda yer alan hukuk kurallarını ve ilkeleri açıklamak, yorumlamak ve bunları hayata geçirmek ve uygulamaktır. Uyuşmazlık taraflarının anlaşmış olmaları yargının bu görevini sona erdirmemektedir¹⁰.

Ayrıca belirtelim ki alternatif çözüm yolları ve onlardan biri olan arabuluculuk, devlet yargısının bir alternatifi olarak getirilmemiştir¹¹. Alternatif çözüm yolları, modern bir toplumda bireylere sunulan bir uzlaşma olana-

¹⁰ Doğan Yenisey, s. 173.

¹¹ Özbek, s. 198 vd.; Kekeç, s. 58, 59; Tanrıver, s. 168.

ğıdır. Bu durum İMK genel gerekçesinde de Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına yapılan atıfla bahsedilmiştir: "...alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur".

E. Arabuluculuğun Özellikleri

Bu bölümde arabuluculuk kurumunun özelliklerini, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na getirilen değişiklikler ile arabuluculuğun değişen yapısını dikkate alarak inceleyeceğiz.

1. Arabuluculuğun İradi Olması

Öğretideki tanımlardan da görüldüğü üzere arabuluculuk, taraf iradeleri üzerine kurulmuştur¹². Buna göre taraflar, arabuluculuğa başvuru, uygulanan esas ve yöntem ve son olarak da çözüm üzerinde karşılıklı olarak anlaşmalıdırlar¹³. Arabuluculuk tarafların iradeleri etrafında şekillenir. Çünkü taraflar ancak müzakereye gönüllü ise arabuluculuk süreci başarıya ulaşabilir¹⁴.

Yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi, öğretide bazı eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Öğretide müzakereye bulunmak istemeyen tarafları bir araya getirmenin bu yola iterek arabuluculuğa başvurmak zorunda tutmanın arabuluculuk kurumu ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi eleştirilmiştir. Bunun yerine tarafların arabuluculuğa başvurması için özendirici tedbirler alınabileceği belirtilmiştir¹⁵.

Gerçekten de yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi ile arabuluculuğun iradilik ilkesine istisna getirildiği söylenebilir. Ancak İMK m. 3/12'nin ikinci cümlesine göre: "Her iki tarafın

¹² Özbek, s. 611; Kekeç, s. 68.

¹³ Kekeç, s. 68.

¹⁴ Kekeç, s. 68.

¹⁵ Namlı, s. 156; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 835; Karacabey, Kürşat: "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 2016-1, s. 464 vd, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf>); Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 83.

da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır". Görüldüğü üzere İMK, sadece arabulucuya başvuru şartı aramakta, toplantıya katılım şartı bile aramamaktadır. Her iki tarafın da arabuluculuğun ilk toplantısına katılmaması halinde yine dava açılabilir. Sadece ilk toplantıya katılımı özendirme amacıyla toplantıya katılan tarafın davada haksız çıkışa bile hiçbir yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir (İMK 3/12 ilk cümle). O halde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucuya götürmek istememeleri, onu mahkemede çözmek istemeleri halinde, davacı tarafın şeklen arabulucuya başvurması yeterli olacak, tarafların arabuluculuk toplantılarına veya ilk toplantıya katılması gerekmeyecektir. Bu durumda davacı İMK m. 3/2 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine ekleyerek dava açabilir.

Görüldüğü üzere yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi, iradilik ilkesine bir istisna getirdiği söylenebilirse de arabuluculuğun iradi olma özelliğini kaldırdığından bahsedilemez.

2. Arabulucunun Tarafsız Olması

Bir diğer husus da arabulucunun tarafsız olmasıdır. Bu durumda arabulucunun tarafsızlığının sağlanması için, taraflarla ilgili herhangi bir ilişkisinin bulunmaması ve uyuşmazlık hakkında herhangi bir menfaatinin bulunmaması gerekir¹⁶.

Arabulucunun görevi, tarafları bir araya getirmek ve taraflar arasında dostane müzakere ortamı sağlamaktır. Arabulucunun taraflar arasındaki müzakereleri etkilemeden aynı zamanda tarafların etkin bir şekilde müzakerelere katılmalarını sağlayabilmesi gerekir. Arabulucu her iki tarafa da dinlenme fırsatı tanımalıdır. Taraflar arasında güç dengesizliğinin bulunduğu uyuşmazlıklarda arabulucu, tarafsızlığını sağlamakta zorluk çekebilir. Eğer arabulucu taraflar arasındaki dengesizliği telâfi etmeye çalışırsa tarafsızlığı zedelenebilir. Ancak arabulucu süreçte tamamen pasif kalmaya çalışırsa da bu durumda zayıf olan tarafın sürece etkin şekilde katılmasını sağlama görevine aykırı hareket ettiği söylenebilir¹⁷. Buna göre arabulucunun taraflar arasındaki dengesizliği telâfi etmeye çalışmadan zayıf olan tarafın sürece etkin şekilde katılmasını sağlamaya çabalaması gerekir.

¹⁶ Özbek, s. 602; Kekeç, s. 60 vd.

¹⁷ Özbek, s. 603.

İMK m. 17 ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının "b" bendine eklemeye yapılarak "gerçekleştiren," ibaresinden sonra gelmek üzere " tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen," ibaresi eklenmiştir. İMK'nun madde gerekçelerinde ise bu madde hakkında: "Madde ile, arabuluculuğun tanımında düzenleme yapılmakta ve arabuluculuk görüşmelerinde tarafların bir çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde, arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesine imkan sağlanmaktadır" ifadeleri yer almaktadır.

Öğretide arabuluculuk modelleri kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk olmak üzere temel iki grupta toplanmaktadır¹⁸. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu, pasif fonksiyon üstlenir. Bu yöntemde arabulucu, kendisi geri çekilmekte fakat tarafları iletişim kurmaları için cesaretlendirmekte ve böylece taraflar kendileri çözüm geliştirmektedir. Burada arabulucu, tarafların içinde buldukları durumu değerlendirmelerine, kendi menfaatleri üzerine odaklanmalarına, durumu anlayıp kendi aralarında anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmaktadır. Yani bu yöntemde taraflar, kendi kaderlerini kendileri çizmektedirler. Burada taraf egemenliği esas alınmakta, arabulucuların taraflara uyuşmazlığa neden olan sorun hakkında tavsiye ya da hukuki bilgi vermesine izin verilmemektedir. Bu arabuluculuk yöntemi menfaate dayalı arabuluculuk olarak da bilinmektedir¹⁹. Değerlendirici arabuluculuk modelinde ise, tarafların içinde buldukları durumu, esas konuyu bilen, bilgili ve kültürlü tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığa düşen taraflara yardım edebileceği anlayışı esas alınır. Değerlendirici arabuluculukta tarafların hukuki hakları, uyuşmazlığın sebebi ve onun altında yatan esas üzerine odaklanılmaktadır. Ancak bu süreç gelecekteki yargılama yöntemlerini içermez. Bu yöntemde arabulucu aktif rolde değildir. Burada arabulucunun, hukuki temele sahip bir kişi olması beklenir. Arabulucu öneriler getirebilir veya somut durum hakkında uygulanabilir bir çözüm önerisi sunabilir. Ayrıca arabulucu, taraflara dava açmaları halinde dava masrafları ve davanın riskleri hakkında bilgi verir²⁰.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Özmumcu**, Seda: "Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, C. II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S. 1, (s. 1357-1377), s. 1370 vd.

¹⁹ **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, s. 1372.

²⁰ **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, s. 1375, 1376.

HUAK'a getirilen değişiklik ile arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi verilmesiyle birlikte bugüne kadar kabul edilen kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation) modelinden değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation) modeline geçildiği anlaşılmaktadır²¹.

Çözüm önerisi yetkisi verilmesi ile birlikte arabulucu, tarafların anlaşabilmesi halinde tarafsızlığını sürdürebilecek ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun getirdiği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir.

İş yargısındaki davaların içeriği göz önüne alındığında, davaların büyük bir kısmının işverenin İK'daki veya iş sözleşmesindeki hükümlere uymamasından kaynaklandığı görülmektedir. Böyle bir durumda tarafların anlaşamaması halinde, yani arabulucunun çözüm önerisi getirme aşamasına geçildiğinde, arabulucunun getirdiği çözüm önerisi, işçinin lehine olabilir. Örneğin işverenin İK m. 22'ye uygun olmadan tek taraflı olarak işçinin ücretini azalttığını düşünelim. Böyle bir durumda işçinin ücreti ve faizini talep etme (İK m. 34), çalışmaktan kaçınma (İK m. 34) ya da sözleşmeyi haklı nedenle feshetme (İK m. 24/2, e) hakkı mevcuttur. Bu olayda işçinin arabulucuya başvurması durumunda, tarafların da müzakereler sonucu anlaşamaması halinde, arabulucunun işçi lehine çözüm önerisi getirmesi muhtemeldir. Özellikle işçinin avukatla temsil edilmediği yani bizzat görüşmeye katıldığı hallerde, arabulucunun getirdiği çözüm önerisinin daha çok işçinin lehine olabileceği düşünülebilir.

Açıkçası artık arabulucunun bir tarafın daha çok lehine olan bir çözüm önerisi getirebilecek olmasının arabulucunun tarafsızlığını zedeleyeceğini ve bu durumun arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak arabulucunun bu yeni çözüm önerisi getirebilme yetkisi sayesinde arabuluculuk süreci, hakkaniyete daha uygun olarak başarı ile yani tarafların anlaşması ile sonlanabilir. Böylece İMK'nun ulaşmak istediği yargı yükünün azaltılması sonucuna ulaşmak mümkün olabilir²².

Aşağıda da ayrıca bahsedeceğimiz üzere arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisi ile birlikte hukukçuların sadece arabulucu olabileceği kuralı daha da önem kazanmıştır. Hukuk fakültesi mezunu ve mesleğinde beş yıllık tecrübe sahibi kişilerin arabulucu olabileceği göz önünde alındığında arabulucu, asgari düzeyde de olsa hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki

²¹ Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836.

²² Arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi verilmesinin arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması açısından olumlu olduğu yönünde bakınız: Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836.

temel ilkeleri göz önüne alarak çözüm önerisi getirebilecektir. Böylece tarafların hakkaniyete daha uygun bir noktada anlaşması sağlanabilecek ve arabulucunun bu şekilde başarılı sonuca ulaşması mümkün olabilecektir. Ayrıca yukarıda bahsedildiği üzere bu durum, getirilen değişiklik ile benimsenen değerlendirici arabuluculuk modeli ile uyum içindedir. Çünkü değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucunun konuya vakıf, bilgili yani hukuki temele sahip bir kişi olması gerekmektedir.

HUAK m. 14'e göre başka bir usul kararlaştırılmış olmadıkça arabulucu taraflarca seçilir. İMK m. 3/6'ya göre ise arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenecektir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları durumunda bu arabulucu görevlendirilecektir. Buna göre arabulucunun tarafların özgür iradeleriyle seçimi şüphesiz arabulucunun tarafsızlığı açısından önemlidir. Bir tarafın dayatması sonucu belirlenen arabulucunun tarafsızlığı konusunda şüphe oluşabilir. Bu konuda bir denetim mekanizmasının geliştirilmesi, sürecin sağlıklı olarak yürütülebilmesi için önemli olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki arabulucu tarafsızlığını süreç boyunca korumalı, tarafların anlaşmaması haline kadar taraflardan biri lehine olabilecek veya bu izlenimi verecek davranışlardan kaçınmalıdır. Arabuluculuk sürecinin önceliği tarafların kendi iradeleri ile anlaşması, her iki tarafın menfaatine uygun olan ortak bir noktada buluşmaları olmalıdır.

3. Arabuluculuğun Gizli Olması

Gizlilik, arabuluculuğun bir diğer özelliğidir. Tarafların kendilerini rahat hissedecekleri dostane bir müzakere ortamının sağlanması için arabuluculuğun gizli olması önemlidir. Taraflar sürecin gizli şekilde yürüyeceğine güvenerek, uyuşmazlık hakkında gerekli bilgileri açıklayabilecek ve bu şekilde tarafların uyuşmazlığın çözümü için bilinmesi gerekli menfaatleri öğrenerek daha doğru çözümler üretebilecektir²³.

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 4. maddeye göre: "Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar".

²³ Özbek, s. 612, 613, 615; Kekeç, s. 76, 80.

HUAK m. 5'te arabuluculukla ilgili belgelerin dava veya tahkimde kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde de arabuluculuğun gizliliği ile doğrudan ilgilidir. Söz konusu maddeye göre: “(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil 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 vakıya veya iddianın kabulü.
- ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez”.

Ancak arabuluculukta gizlilik her zaman için mutlak değildir. Arabuluculukta gizlilik, HUAK m. 4 ve 5/3'ten açıkça anlaşıldığı üzere tarafların rızası, sözleşme veya kanun öngörüsü hallerinde sınırlandırılabilir²⁴.

4. Arabuluculukta Tarafların Eşit Olması

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 3/2'ye göre: “Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara

²⁴ Ayrıntılı bilgi için: **Kekeç**, ss. 81-83; **Özbek**, s. 611 vd.

sahiptirler”. Bu maddede tarafların arabulucuya başvurabilmesi için eşit olması, taraflar arasında güç dengesi olması gerektiğinden bahsetmemektedir. Burada bahsedilen eşitlik, arabuluculuğa başvurmada her iki tarafın özgür olmasına, arabuluculuk müzakereleri sırasında her iki tarafın eşit haklara sahip olmasına ilişkindir.

F. Arabulucu Olabilecek Kişiler

İMK m. 3/6’ya göre: “Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir”.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 20. maddesine göre arabulucular siciline kaydedilebilmek (arabulucu olabilmek) için:

- a) Türk vatandaşı olmak,
- b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,
- c) Tam ehliyetli olmak,
- ç) (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,
- d) (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,
- e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı (...) (2) sınavda başarılı olmak, gerekir”.

Öğretide arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olması şartının kaldırılarak hukukçu olmayan kişilerin de arabulucu olmasının önünün açılması gerektiği kimi yazarlarca savunulmaktadır. Arabulucunun görevinin hukuk kurallarını uygulamak değil de tarafları dostane bir müzakere ortamı sağlayarak bir araya getirip kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak olması ve bunu yapabilmek için hukukçu olmaya gerek bulunmaması ayrıca karşılaştır-

malı hukukta hukukçu olmayan kişilerin de arabuluculuk yapabilmesi, bu görüşe dayanak olarak ileri sürülen argümanların başında gelmektedir²⁵.

Kanımızca kendi içinde haklı gerekçeleri olan bu görüşe, İMK ile arabuluculuğun değişen yapısı göz önüne alındığında artık katılmak mümkün değildir. İMK ile arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisinin verilmesi sonucunda arabulucunun getireceği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir. O halde arabulucunun asgari düzeyde de olsa hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki temel ilkeleri (örneğin iş hukukundaki işçiyi koruma, işçi lehine yorum ilkesini) göz önüne alarak çözüm önerileri getirmesi yerinde olacaktır. Ayrıca iş uyuşmazlıklarında alacaklarının niteliği, hak kazanma koşulları, hesaplama teknikleri, yani iş uyuşmazlıklarının karmaşık yapısı düşünüldüğünde arabulucuların hukuk eğitimi almış kişilerden oluşması gerektiği açıktır. Bu nedenlerle arabulucunun hukuk fakültesi mezunlarından olması artık kanımızca adeta bir zorunluluktur.

III. DAVA ŞARTI OLARAK GETİRİLEN ARABULUCULUĞUN İŞ YARGISINA OLAN ETKİSİ

A. Arabuluculuğun İş Yargısında Dava Şartı Olarak Getirilmesinin Anayasa'ya Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Yeni İMK'da arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesine karşı anayasaya aykırılık iddiaları ileri sürülebileceğini düşünen kanun koyucu, İMK taslağının genel gerekçesinde buna ilişkin açıklamalara yer vermiştir. Genel gerekçeye göre: "Anayasa Mahkemesinin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/94 ve K.: 2013/89 sayılı Kararında da belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifini olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur. Tasarıda öngörülen uyuşmazlıklar bakımından, tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulun-

²⁵ **Namlı**, s. 162, 163. Namlı, hukuk fakültesi mezunu olmayan kişilerin de arabuluculuk yapabilmesi gerektiğini savunmakla beraber, bunun ülkemizin sosyal şartları çerçevesinde çok sakıncalı sonuçları da beraberinde getirebileceğini vurgulamaktadır (**Namlı**, s. 163, dn. 27). Arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartının sürdürülmesi gerektiği konusunda bakınız: **Karacabey**, s. 484.

mamaktadır. Arabulucuda anlaşılmasını halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple arabulucuya başvurulmuş olmasının bir dava şartı olarak öngörülmesi, Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmemektedir”.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar konu ile ilgili iki kararı vardır. İlk karar, eski hali “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” şeklinde olan İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrası ile ilgilidir. AYM' ye göre: “(...) İptali istenilen kuralın, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır. Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu nedenle kuralın “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

(...) İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olduğundan Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Bu nedenlerle, kuralın “...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir” (AYM, E. 2003/66, K. 2005/72, T. 19.10.2005, RG., 24.11.2007, S. 26710). Bu kararda AYM sadece söz konusu maddenin birinci fıkrasının son cümlesindeki “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” bölümünü iptal edilmiştir.

İkinci kararda ise AYM, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun anayasaya aykırılığını incelemiştir. Bu karara göre: “a-) Kanunda “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular”da arabuluculuğa gidilmesi öngörülmüş olup, kamu düzenine ilişkin hususlarda arabuluculuğa gidilemeyeceği zaten şüphesizdir.

b-) “(...) Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf ede-

mez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır.

Dolayısıyla, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur" (AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07.2013, RG., 25.01.2014, S. 28893).

Görüldüğü üzere AYM, arabuluculuğun irâdiliği ilkesi gereğince tarafların bu yola başvurmakta, süreci devam ettirmekte ve sonuçlandırmakta tamamen serbest olduklarını, bu nedenle de arabuluculuğun anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Yeni İMK ile birlikte tarafların süreci devam ettirmekte ve sonuçlandırmakta tamamen serbest olmalarının değişmediği ancak bu yola başvurularının zorunlu hale getirildiği görülmektedir. Bu durumda sorulması gereken soru, dava açmadan önce sadece başlangıçta arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmasının arabuluculuğun iradilik ilkesini ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır.

Kanımızca dava şartı olarak getirilen arabuluculuk, bu süreçte uzlaşıl-maması halinde dava yolunun yine açık olması nedeniyle dava hakkının tarafların elinden alınması anlamına gelmemektedir²⁶. Ayrıca İMK m. 3/12'ye göre: "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". Görüldüğü üzere İMK, sadece arabulucuya başvuru şartı aramakta, toplantıya katılım şartı bile aramamaktadır. Her iki tarafın da arabuluculuğun ilk toplantısına katılmaması halinde yine dava

²⁶ Aynı yönde, ancak bunun için yargı yolunun kapatılmaması, bu anlamda, arabuluculuğun, devamı ve sona erdirilmesi bakımından ihtiyariliğinden vazgeçilmemesi gerektiği hakkında bakınız: **Özekes**, Muhammet (Moderatör), "Arabuluculuk Çalışma Toplantısı: Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2015/1, s. 126, (www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf); **Oğuz**, s. 86. Aksi görüş için: **Karacabey**, s. 469-474; **Namlı**, s. 158; **Güzel**, Ali: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50-2016/3, s. 1137, (<http://www.calismatoplum.org/sayi50/guzel.pdf>). Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu sayılması, bireylerin uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınan adalet erişim haklarını engellemese de erteleyecek nitelikte olduğu, görüşü hakkında bakınız: **Öznumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 834.

açılacaktır. Sadece ilk toplantıya katılımı özendirme amacıyla toplantıya katılan tarafın davada haksız çıkışa bile hiçbir yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir²⁷. Bu şekilde bir yaptırım öngörülmeseydi, arabuluculuğa başvuru, tamamen usuli bir şart olarak kalacak ve arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesindeki amaçlara ulaşılması mümkün olmayacaktı²⁸. Bu sebeple öngörülen yaptırımın ölçülü ve makul olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide ayrıca yeni İMK ile HUAK m. 18/5'e getirilen: "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz" düzenlemesi eleştirilmektedir. Eleştirilerin temelinde arabuluculuk sonucunda anlaşılan hususlar için hukuki denetim yolları kapatılarak adeta bir kesin hüküm niteliği kazandırıldığı, böylece arabulucuya hakim de üzerinde bir konum yaratıldığı, böyle bir düzenlemenin diğer ülkelerde bulunmadığı, dolayısıyla bu düzenlemenin arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı ve düzenlemenin bu haliyle bireyin adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün önüne getirilmiş önemli bir engel olduğu gibi hususlar yatmaktadır²⁹. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin neden getirildiği hakkında bilgi yer almamaktadır. Getirilen eleştirilere katılmakla beraber, getirilen bu düzenlemenin zamanaşımı konusunda getirilen düzenlemenin gerekçesine benzer olarak, anlaşılan konularda işverenlerin zamanaşımı süresi boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırabileceği ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olabileceği, bu durumun da işçisi, işvereni ve işletmeleriyle kalkınma sürecinde olan ülkemizin ekonomik gelişiminin sekteye uğramasına neden olabileceği ayrıca işçi ve işveren arasındaki uyuş-

²⁷ Benzer şekilde yaptırımların, uyuşmazlığı bir anlaşmayla çözmek için makul bir şekilde hareket etmeyen taraflara karşı İngiltere ile Avustralya'da da olduğu yönünde bakınız: **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 809.

²⁸ Arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarının bizim hukukumuzda çok yaygın tercih edilen müesseseler olmaması, toplum olarak uyuşmazlıklarımızı anlaşarak çözme yolundan çok dava açarak çözmeyi tercih etmemiz, mahkemelerin iş yükünde ağırlaşma meydana gelmesi ve böylece adalet tecelli etse de bunun zamanında olmaması sonucunu doğurmaktadır. Zorunlu arabuluculuk sistemi ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle arabuluculuk sürecine ilişkin önyargılar aşılabılır ve bu süreçlere olan isteksizlikler önlenebilir. Böylece uyuşmazlıkların az bir kısmı bile zorunlu arabuluculuk sistemi ile çözüme kavuşsa, bu mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltabilir (**Oğuz**, s. 83).

²⁹ **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 837.

mazlığın olabilecek en kısa sürede çözümlenerek sosyal barışa katkı sağlama ve mahkemelerin iş yükünü azaltma düşüncelerinden hareketle getirildiği söylenebilir. Ancak böyle bir düzenleme yerine, anlaşılan konularda dava açılmasını kısa hak düşürücü süreye bağlayan bir düzenlemenin getirilmesi, kanımızca daha uygun bir çözüm olacaktır. Örneğin: “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, tarafların üzerinde anlaşılan hususlar hakkında açacağı davalar, üç aylık hak düşürücü süreye tabidir”.

B. Arabuluculuğun İş Hukuku ile Bağdaşıp Bağdaşmadığı Sorunu

İş Hukuku, her ne kadar özel hukukun bir dalı, hem de esasen sözleşme serbestisi ilkesinin burada da geçerli olduğu düşünülse de iş sözleşmesinde taraflar arasında bir dengesizlik mevcuttur. Bu sebeple iş hukukunda, iş ilişkisinin niteliği nedeniyle bu hukuka özgü bir yorum kuralı olarak işçi lehine yorum ilkesi vardır. İşçi lehine yorum, kuralın uygulanması sırasında tereddüt çıkması halinde, eğer norm yeterince açık olmayıp amacı dikkate alındığında dahi farklı yorumlara gidilebilirse, işçinin yararına olan çözümün benimsenmesi anlamına gelmektedir³⁰. Bu ilke 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile şu şekilde ifade edilmiştir: “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel

³⁰ **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 21, 22; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 6. Bası, Ankara, 2017, s. 4. Yargıtay bir kararında Kanun’da açık hüküm olmayan bir konuda işçi lehine hareket edilmesi gerektiğine karar vermiştir: “4857 sayılı İş Kanunu’nda bu sayı 30’a çıkarılmış; 18.maddede bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tepsitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir” (Y 9.HD, E. 2006/32297, K. 2007/3272, T. 12.02.2007, www.calismatoplum.org/sayi15/abc/56.doc).

şekilde koruyacak içtimai muvazaneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır³¹”.

İş Kanunu'nun birçok hükmü de işçiyi koruma amacıyla düzenlenmiş, bu amaç doğrultusunda birçok emredici hükme yer verilmiştir³². Bu sebeplerden dolayı iş mahkemeleri de işçiyi koruyucu içtihat geliştirmiştir. İşte arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun tarafsız olması gerektiğinden bu politikanın izlenmesinin mümkün olmadığı akla gelmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nun işçiyi koruyucu birçok emredici hükme yer vermiş olmasının, tarafların müzakeresine dayanan bir yöntem olan arabuluculuk ile bağdaşmadığı söylenebilir³³. Yine işçi ile işveren gibi taraflar arasındaki eşitsizliğin en fazla olarak görüldüğü iş hukukunun arabuluculuğa uygun olmadığı, işçinin haklarını elde etmek için davanın sonuçlanmasını uzun süre beklemek yerine, kısa sürede sonuçlanabilecek arabuluculuğu tercih etmek zorunda kalabilmesinin esasen serbest iradeye dayanan arabuluculuğun özüne aykırı olduğu öğretide belirtilmiştir³⁴. İşçinin haklarının pazarlık konusu yapılmasının doğru olmadığından bahsedilmiştir³⁵.

Yine bir an evvel parasına kavuşmak isteyen işçinin hak ettiği az da olsa anlaşmaya razı olacağı, bu durumun arabuluculuk kurumunun başarılı olarak değerlendirilmesini sağlayacağı ancak sonucun adil olup olmayacağını tartışmalı olduğu belirtilmektedir. Arabuluculuğun gizli olmasından dolayı da işçinin bu müzakereler sonucunda yasal hakkını ne ölçüde elde ettiği öğrenilemeyecektir³⁶.

Ayrıca iş sözleşmesinin kurulmasıyla özel hukuktan kaynaklanan borçlar yanında kamusal yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Bu kamusal yükümlülükler, işçilerin sağlığı ve yaşamının korunması ihtiyacından kaynaklanmakta ve işvereni devlet karşısında yükümlülük altına sokmaktadır.

³¹ YİBK., E. 1957/15, K. 1958/5, T. 27.05.1958 (RG, 26.09.1958, S. 10017).

³² **Süzek**, s. 27; **Sur**, s. 3.

³³ **Namlı**, s. 160; **Gülsevil Alpagut**, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 213; **Doğan Yenisey**, s. 176, 180.

³⁴ **Alpagut**, s. 213, 214; **Karacabey**, s. 480.

³⁵ **Alpagut**, s. 213, 214.

³⁶ **Alpagut**, s. 214, 215; **Doğan Yenisey**, s. 175, 179; **Karacabey**, s. 480.

Örneğin azami çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin amacı işçilerin sağlığının korunması olup, burada amaçlanan sadece işçilerin bu sürelerin üzerindeki çalışmalarının ücretlendirilmesi değil, işçinin sağlığını ve yaşamını koruyabilmesi için bu çalışmaların önlenmesidir. İşte arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın çözümünde kamusal veya özel hukuk alanındaki emredici normlardan hiçbirinin dikkate alınmak zorunda olmayışı, iş hukukunun etkinliği açısından önemli bir tehlike oluşturabilir³⁷. Örneğin yılda 270 saatten fazla çalışma yasağı veya günlük çalışma sürelerinin 11 saatle sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yalnızca sözleşmeden doğan bir alacak hakkı yaratmamakta, aynı zamanda çalışma yaşamında uyulması zorunlu kuralları oluşturmaktadır. Uygulamadaki idari denetimlerin yetersizliği nedeniyle bu normların hemen hemen tek yaptırımı sözleşme sona erdikten sonra açılan fazla çalışma alacak davasıdır. Arabuluculuk aşamasında bu rakamlar üzerinde anlaşılabilmesi, bu normların etkinliğini ortadan kaldıracaktır³⁸.

Öğretide yer alan tüm bu kaygılara katılmakla beraber birkaç tedbir ile bu sakıncaların azaltılabileceğini düşünüyoruz. Öncelikle arabuluculuk görüşmelerinde işçinin karşısında ekonomik ve hukuki bilgi olarak daha güçlü konumda olan işveren bulunduğu düşünülürken, işçinin müzakerede bir avukat tarafından temsil edilmesi kendisi için büyük yarar sağlayacaktır. Böylece işçi tarafı haklarının farkında olabilecek, dava ile elde edebileceği ile anlaşmaya hazır olunan nokta arasında karşılaştırma yapabilecek, menfaatine aykırı, dava ile elde edilebilecek olandan çok daha azını teklif eden anlaşmalara razı olmayacaktır³⁹. Buna göre işçinin avukatla temsilini kolaylaştırıcı tedbirler alınabilir. Bu konuda adli yardım mekanizmaları geliştirilebilir. Aşağıda bahsedeceğimiz üzere Türkiye’de sendikalaşmanın artırılması da işçinin hukuki yardım almasını kolaylaştıracaktır. Örneğin arabuluculuk görüşmelerine sendika üyesi işçi yerine veya onunla birlikte sendikanın avukatı da katılabilecektir.

Yine yukarıda bahsettiğimiz üzere artık arabulucunun çözüm önerisi getirebilecek olması, arabulucunun asgari düzeyde de olsa iş hukukunun

³⁷ **Doğan Yenisey**, s. 175, 176; Aynı yönde: **Karacabey**, s. 478; İş hukukunda arabuluculuk faaliyetinin, nispi emredici hükümlerin çizdiği sınırlar dahilinde mümkün olabileceği, iş barışının korunması, işçinin işine devamındaki yararı gibi hususlar gözetilerek, emredici hükümlere aykırı olmadıkça mümkün olduğunca arabuluculuğa imkân tanınması gerektiği konusunda bakınız: **Özekes**, s. 124.

³⁸ **Doğan Yenisey**, s. 178.

³⁹ Nitekim zorunlu arabuluculuk sistemini kabul eden İtalya’da, arabuluculuk faaliyetinde taraflara bir avukat tarafından yardım edilmesi, kanunen gereklidir (**Özümucu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 815).

temel ilkelerinden işçinin korunması ilkesini göz önünde bulundurarak bir çözüm önerisi getirmesini sağlayabilir. Böylece daha adil sonuçlar elde edilebilir.

Ayrıca belirtelim ki arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın adil olup olmayacağına ilişkin sorgulamayı, mahkeme yargısının her zaman adil sonuca ulaşacağını düşünerek yapmaktayız. Türk yargısındaki dava sürelerinin uzunluğu, ilk derece mahkemelerinin verdiği yanlış kararlar düşünüldüğünde, hızlı sonuca götüren arabuluculuk kurumunun uygulanması, işçi açısından daha iyi sonuçlar doğurabilecektir.

C. Arabuluculukta Tarafların Belirlenmesi

İMK m. 3/15'e göre: "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır". Alt işverenin kendi işçilerine karşı İş Kanunundan, iş akdinden ve taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenin de müteselsil sorumlu olduğu İK m. 2/6'da öngörülmüştür. Gerçekten İK m. 2/6'ya göre: "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. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur".

Buna göre asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunması halinde işçinin işe iade talebiyle arabulucuya başvurması durumunda, bu davalarda asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edildiğinden⁴⁰, işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları gerekir. Nitekim fıkranın gerekçesinde bu durumdan açıkça bahsedilmiştir⁴¹.

⁴⁰ Yargıtay işe iade davaları için asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu bahsetmektedir. Ayrıca bakınız, **Alpagut**, s. 213, 214.

⁴¹ İMK m. 3/15'in gerekçesine göre: "Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yoksluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene

D. Arabuluculuğa Başvurmadan Dava Açılması Durumu

Arabuluculuğa başvurmadan dava açılması durumunda ne olacağının incelenmesinde yarar vardır. Bu husus İMK m. 3/2’de düzenlenmiştir. Buna göre: “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına 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 ihtarını 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”. Öğretide arabuluculuğa başvurmadan dava açılması halinde davanın usulden reddedilecek olmasının başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden beklenen zamandan ve masraflardan tasarruf edilmesi esasıyla bağdaşmadığı, dava şartı yerine dava açıldıktan sonra tarafların arabuluculuğa gitmesi konusunda bir ön şartın getirilmesinin daha uygun bir çözüm olacağından bahsedilmiştir⁴². Bu öneriye katılmakla beraber, kanımca bu maddede bahsedilen, davacıya arabuluculuk tutanağını mahkemeye sunması için verilen “bir haftalık kesin süre”nin “kırkbeş gün” olarak belirlenmesi suretiyle de bu

karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir. Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi haklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile, hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır”.

⁴² **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 825.

olumsuzluk giderilebilir. Zira İMK m. 3/10'a göre arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Buna göre arabuluculuk aşaması en fazla dört hafta sürebilecektir. Arabulucunun atanması için belirli bir zamanın da geçecek olması göz önüne alındığında kırkbeş günlük süre, bu aşamanın tamamlanması için yetebilecektir. Bu durumda arabuluculuğa başvurmamış olan davacı, bu süre içinde arabuluculuğa başvurabilecek, anlaşmaya varılamaması durumunda arabuluculuk tutanağını mahkemeye sunabilecektir. Böylece davacının iki sefer dava açmasına gerek kalmayacak, zaman ve masraflardan tasarruf edilebilecektir.

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirmiş, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda önemli değişiklikler öngörmüştür. Özellikle arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisinin verilmesi, arabuluculuk kurumunun yapısını değiştirmiştir.

Arabulucu artık tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilecektir. Bu durumda arabulucu, tarafların anlaşabilmesi halinde tarafsızlığını sürdürebilecek ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun getireceği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir. Buna göre arabulucunun çözüm önerisi getirirken, asgari düzeyde de olsa, hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki temel ilkeleri (örneğin iş hukukundaki işçiyi koruma, işçi lehine yorum ilkesini) göz önüne alması, sürecin hakkaniyete daha uygun sonuçlanmasını sağlayabilecektir.

Arabuluculuk sürecinde zayıf olan tarafı oluşturan işçinin haklarının daha iyi gözetilmesi için işçinin toplantılara avukatıyla katılması önem göstermektedir. Bunun için adli yardım mekanizmaları geliştirilmeli, Türkiye'deki sendikalaşmayı arttırıcı önlemler alınmalıdır⁴³. Türkiye'deki sendikalaşmanın artması ile sendika üyesi işçi, sendikadan hukuki yardım alabilecek, işçinin hakları daha etkin bir şekilde savunulabilecektir. Böylece işçilerin hakları daha etkili bir şekilde korunacağından, yargının iş yükü, bu

⁴³ **Manav Özdemir**, Eda: "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum, S. 47-2015/4, s. 218, 219, (www.calismatoplum.org/sayi47.htm); **Namlı**, s. 160; **Karacabey**, s. 484, 485.

yolla önemli ölçüde azalabilir. Yine kayıt dışı istihdamın önlenmesi de yargının iş yükünü önemli ölçüde azaltabilir⁴⁴. Bu durumda arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesindeki amaç sağlanmış olur.

Dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi bazı sakıncaların doğumuna yol açabileceği gibi, çözümü basit uyuşmazlıkların yargıyı meşgul etmeden hızlı ve ucuz yolla çözümünü de sağlayabilir. Uygulamada “müzakere edecek bir şeyin olmadığını” söyleyen tarafların arabulucu huzurunda bir araya geldiklerinde anlaştıklarına birçok kez şahit olunmuştur. Özellikle bu bakımdan ilk arabuluculuk toplantısına katılan tarafın davada haksız çıksa bile hiçbir yargılama giderinden sorumlu olmayacağı düzenlemesi (İMK m. 3/12), tarafların katılımını sağlayarak arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için önemli bir düzenlemedir.

⁴⁴ **Alpagut**, s. 214.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil:** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Doğan Yenisey, Kübra:** “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Güzel, Ali:** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50-2016/3, ss. 1131-1146, (<http://www.calismatoplum.org/sayi50/guzel.pdf>).
- Karacabey, Kürşat:** “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2016-1, ss. 457-489, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf>).
- Kekeç, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.
- Manav Özdemir, Eda:** “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, Çalışma ve Toplum, S. 47-2015/4, ss. 185-222, (www.calismatoplum.org/sayi47.htm).
- Namlı, Mert:** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Oğuz, Özgür:** Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özekes, Muhammet (Moderatör):** “Arabuluculuk Çalışma Toplantısı: Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2015/1, ss. 119-133, (www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf).
- Özümücü, Seda:** “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan, C. II,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXXI, S. 1, 2013, ss. 1357-1377.

Özmumcu, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 807-842.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2017.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Tanrıver, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, ss. 151-177, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>).

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Sayısı
HD.	: Hukuk Dairesi
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMİK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar Sayısı
m.	: Madde
n.	: Paragraf Numarası
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfadan Sayfaya
S.	: Sayı
RG	: Resmi Gazete
T.	: Tarih
vd.	: ve Devamı