

Review article

İş Hukuku Açısından Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Uygulamasına Başvurunun Hukuki Sonuçları Legal Consequences of Application for Compulsory Mediation in Terms of Labor Law

Yusuf Yiğit ^{a,*} & Mehdi Can Özkır ^a

^aDepartment of Labor Economics and Industrial Relations, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Çanakkale Onsekiz Mart University, Çanakkale, Turkey

Özet

Tüm dünyada meydana gelen nüfus ve işgücü artışı, iş yapış biçimlerinin ve işgücünün niteliksel yapısının değişmesi, işçi-işveren ilişkilerindeki geleneksel yapıyı bozarak iş uyuşmazlıklarının artması ve çeşitlenmesi sonucunu doğurmuştur. İş uyuşmazlıklarında meydana gelen bu artış ve çeşitlilik sonucunda yargı organlarının iş yükü olağan sınırların üzerine çıkmış, dolayısıyla görülen davaların sonuçlanma süreleri uzamakla birlikte taraflar arasında adaleti sağlama işlevi de zayıflamıştır. İşbu sebepler neticesinde uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel yargı yöntemlerinin yerine ikame edilebilecek yöntemler aranmaya geliştirilmeye başlanmıştır. Geleneksel yargılamaya alternatif olarak uygulanmakta olan yöntemlerden bir tanesi de arabuluculuk yöntemidir.

Türkiye’de arabuluculuk uygulamaları, 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile başlamıştır. İlk etapta arabuluculuğa başvurma konusunun tarafların iradesine bırakıldığı yasal düzenlemelerin kapsamı, hedeflenen başvuruların altında kalınması ve amaçlanan çözüme ulaşamaması nedeniyle yeniden düzenlenmiş; 2018 yılından itibaren arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak arabuluculuk uygulamasına başvurunun zorunlu tutulması ve bu uygulamanın hukuki sonuçları öğretide birtakım tartışmalara ve endişelere neden olmuştur. Çalışmamızda iş hukuku açısından dava şartı arabuluculuk uygulamaları öğretideki olumlu ve olumsuz eleştiriler bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabulucu, Zorunlu Arabuluculuk, İş Uyuşmazlıkları.

Abstract

The fact that increasing general and labor force all over the world population, changing ways of working and qualitative structure of labor force makes labor disputes increase and diverse, by disrupting traditional structure of labor relationship. As a result of increasing in labour dispute and diverse, workload of courts has exceeded its usual limits; therefore, duration of judicial cases has been getting longer and their function of providing justice has been getting weaken. For that reasons, alternative methods which can be preferred instead of traditional judgement methods has been sought and developed. Among the methods, mediation is one of them.

In Turkey, mediation methods began to applied with Law on Mediation in Civil Disputes no. 6325 came into force in 2012. Initially, whether parties apply to mediation method was an option given by laws. But, due to the fact that there were not enough

* Corresponding author:

Yusuf Yiğit, Assoc. Prof. Dr., Department of Labor Economics and Industrial Relations, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Çanakkale Onsekiz Mart University, Çanakkale, Turkey.
Email: yusufyigit@comu.edu.tr

applications and can not be reached aimed solution, provisions were re-regulated. In 2018, compulsory mediation was enacted. However, the fact that application for mediation is forced and results of such a method in terms of law has been criticized in theory and gives rise to worries. In this study, compulsory mediation practices in view of labor law is evaluated in context of positive and negative critiques in theory.

Keywords: Mediator, Compulsory Mediation, Labor Disputes.

Received: 29 September 2020 * **Accepted:** 21 October 2020 * **DOI:** <https://doi.org/10.29329/ijiasos.2020.278.2>

GİRİŞ

Günümüz dünyasında hukuki uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne yönelik olarak alternatif modeller aranmasına ilişkin bir yönelim söz konusudur (Özmumcu, 2016: 807). Hukuki uyuşmazlıkların giderek daha karmaşık ve çözümü için uzmanlık gerektiren bir yapıya doğru evrilmesi, tarafların ilişkilerini koruma ve sürdürme isteği içerisinde olmaları ve yargısal süreçlerin maliyetli ve uzun soluklu olması bu arayışların temel nedenleri arasında sayılabilir. Bu yöntemler arasında arabuluculuk, en çok tercih edilen alternatif yöntemlerden biridir (Kurt, 2018: 405). Özellikle son on yılda zorunlu arabuluculuk yöntemi, pek çok bireysel ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde hızla popülerleşen bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunlu arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaşması, gönüllülük esasına dayalı olması gereken arabuluculuk sisteminin etkili olup olmayacağı konusundaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir (Hanks, 2012: 929). Tarafların anlaşma isteği ve iradesi içerisinde bulunmaları, uyuşmazlıkların çözümünde taraflara karşı tümüyle bağımsız ve objektif bir biçimde yaklaşım sergileyen bir arabulucunun katılımı ve anlaşmazlıkların karşılıklı müzakere yoluyla çözümünün önceliği gibi koşullar dikkate alındığında arabuluculuğun gönüllü bir çözüm mekanizması olduğu söylenilebilir (Kurt, 2018: 407).

Arbuluculuğun Türk hukuk sistemine uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak girmesi 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* ile mümkün olmuştur (Türkoğlu Karacova, 2019:26). Uyuşmazlıkların çözüm yöntemi klasik anlamda yargılama ile ilgili kurumları aklı getirmekte dolayısıyla ilk mahkeme kavramını düşündürmektedir. Uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeler önünde çözüldüğü çatışmacı modelde tarafların son derece sabırlı ve dirayetli olması gerekmektedir. Zira yargılama prosedürlerinin sıkı şekil şartlarına bağlı olması, mahkemelerin iş yüklerinin son derece ağır olması gibi sebeplerle uyuşmazlıkların çözüm süreçleri gereğinden fazla uzayabilmektedir (Kaya, 2018: 209). Ancak yüzyılımızın başından itibaren Dünya'da meydana gelen uygulamalara bakıldığında, arabuluculuğun taraflar arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yasal düzenlemeler arasına girdiği görülmüştür. Arabuluculuk uygulaması, çatışmacı modele göre

* T.C. Resmi Gazete. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu. 22.06.2012. Sayı: 28331

uyuşmazlığı çözen mahkemeler gibi bir yargılama mekanizması değildir. Hukuk alanında taraflar aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemini kullanarak çatışmacı bir modele göre değil de uzlaşmacı bir modele göre çözmeyi kendi arzularına bağlı olarak kararlaştırabilmektedirler. Bu bakımdan arabuluculuk ihtiyari (isteğe bağlı) bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak kendisini gösterir (Özekes, 2018: 277).

Arabuluculuk uygulamasının gönüllülük esasına bağlı olarak ortaya çıkmış olmasına rağmen, çeşitli hukuk sistemlerinde yürürlüğe konulan yasal düzenlemeler ile bazı hukuki uyuşmazlıklar için zorunlu hale getirildiği de görülmeye başlanmıştır. Bu zorunluluk özellikle bireylerin hak arama mücadelesinde yargı mercileri önünde hakkını davacı veya davalı olarak iddia etmesi veya savunmada bulunması hakkına zarar verileceği endişelerini de beraberinde getirmiştir. Özellikle işçi ve işveren ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar ile tüketici uyuşmazlıklarının artmasına bağlı olarak arabuluculuğa başvuru konusunda da önemli gelişmeler yaşanmış bu nitelikte uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir (Aşçı, 2019: 83).

Hukukumuzda da ihtiyari anlamda arabuluculuğun yürürlüğe girdiği 2012 yılından itibaren uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından en çok başvuru işçi işveren ilişkisinden doğan uyuşmazlık alanından gelmiştir. Bunun en temel sebepleri ise, bu alanda açılan davaların sayısının iş mahkemelerinin üzerindeki yükü olağan sınırların ötesine taşınmasından kaynaklanmıştır. 2017 verilerine göre iş mahkemelerinde açılan davaların %63,2'sini 155.667 dava ile alacak davaları, %20,2'sini 48.837 dava ile tespit davaları oluşturmaktadır (Aşçı, 2019: 84). İş mahkemelerindeki bu büyük iş yükünün olağan seviyelere indirilmesi ve karar alma süreçlerinin kanunda öngörülen yasal süreler dahilinde sonlandırılabilmesi amacıyla 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun* 3. Maddesi ile birlikte 01.01.2018 tarihinden itibaren arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde ticari uyuşmazlıklar bakımından da alternatif çözüm arayışlarının artması üzerine 19.12.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7155 sayılı "Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun" ile Türk Ticaret Kanunu'na 5-A maddesi eklenmiş, aynı Kanununun 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir (TTK, m.5-A,1).

Kanunla birlikte dava şartı olarak mecburi hale getirilen arabuluculuğun uygulamada olumlu ve olumsuz yönlerinin bulunduğu yönelik çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır. Uygulamanın olumlu yönlerine ilişkin görüşler açılan davaların sayısının ve mahkemelerdeki iş yükünün önemli ölçüde azaltılması, arabuluculuğa başvuru sayısının artması, karşılıklı iletişim kolaylığıyla birlikte tarafların başlangıçtaki ürkeklik ve çekingenliklerinin giderilmesi ve avukatların ve diğer ilgili tarafların giderek

* T.C. Resmi Gazete. İş Mahkemeleri Kanunu. 25.10.2017. Sayı: 30221

daha yetkin hale gelmeleri ekseninde toplanmıştır (Albayrak, 2018: 18). Uygulamanın olumsuz yönleri ise dava şartı uygulamasının arabuluculuğun ihtiyari olma tabiatına aykırı olması, arabuluculuğun meydana gelen uyuşmazlıkları çözmede yetersiz kalarak uyuşmazlık süreçlerinin uzaması ve ekonomik olarak dezavantajlı konumda bulunan işçi tarafının kanuni haklarından feragat etmesi ve böylelikle iş hukukunun işçiyi koruma ilkesinin zedelenmesi olarak sıralanabilir (Tıktık, 2013: 38).

Arabuluculuk başvuru sürecinin yeri, şekli, zamanı önemli olmakla birlikte özellikle arabulucuya dava şartı olarak başvuru zorunluluğunun getirilmesi ile birlikte anlaşmanın etkileri ve icrai aşaması da önem kazanmış bulunmaktadır. Çalışmamızda iş hukuku açısından dava şartı arabuluculuğun başvuru süreci ele alınacak ardından zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan anlaşmanın etkileri ve icrası ile uygulamada sorun teşkil eden hususlara temas edilecektir.

ARABULUCULUK KAVRAMI

Arabuluculuk genel anlamıyla, bağlayıcı karar verme yetkisi ve gücüne sahip olmayan, anlaşmayı kolaylaştırmak için üçüncü kişinin katıldığı müzakere temelli uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 17-18). Arabuluculuk eşitlik, gizlilik, ihtiyarilik ve tarafsızlık temel ilkelerine dayanır (Odaman ve Karaçöp, 2018: 47). Eşitlik ilkesine göre arabulucu her iki tarafa da eşit mesafede durmak zorunda olup taraflar arası eşitliği gözetmede yükümlüdür. Zira bir taraf, kendisini diğer tarafa karşı eşit hissetmediği sürece arabuluculuğun neticesi ne olursa olsun bundan memnun kalmayacaktır. Gizlilik ilkesine uyulması, taraflara arabuluculuk süreci içinde yapılacak tüm müzakerelerde paylaşacakları bilgilerin gizli kalacağına inanarak kendilerini daha net bir şekilde ifade edebilme olanağı vermektedir. Gönüllülük ilkesi tarafların süreci başlatma, sürdürme ve sonlandırma iradesinin tamamen kendi ellerinde olmasını ifade eder. Tarafsızlık ilkesine göre ise arabulucu uyuşmazlığın taraflarına karşı ve uyuşmazlığın konusu ile içeriği bakımından objektif olmak zorundadır (Atış, 2019: 77-81).

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. Maddesine 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 halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* (HUAK, m.2-1,b) olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözüm yöntemine dahil olması, uyuşmazlığa taraf iki kişinin aralarında anlaşamaması durumunda gündeme gelir. Aslında yargılama ve tahkim çözüm yöntemlerinde de uyuşmazlığa bir üçüncü kişinin (hâkim veya hakem) dahil olması söz konusudur*. Ancak bunlar

* Taraflara çözümü dayatmadan, onlara çözüm için yardımcı olan ve ortam hazırlayan üçüncü kişi “arabulucu” veya “uzlaştırıcı” olarak nitelendirilmektedir. Bunlar karar veren değil, tarafların vereceği karara yardımcı olan, ortam hazırlayan kişilerdir (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 19).

arabuluculuktan farklı olarak tarafların kontrolü dışında süreci yönetim karar vermektedirler. Halbuki arabuluculukta süreç tarafların kontrolünde bulunmakta, onların iradesi dışında karar verilmesi riski ortaya çıkmamaktadır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 18). Dolayısıyla klasik çözüm yöntemi olarak mahkeme veya tahkim yönteminde haklıyı-haksızı aramak ve uyuşmazlığı hak temelinde çözmek gerekmektedir (Özekes, 2018: 137). Arabuluculuk (veya uzlaştırma) yöntemiyle uyuşmazlığın çözümünde ise tarafların ortak menfaatleri dikkate alınmaktadır. Böylece her iki tarafın da kazanması esas alınmakta, iletişimin ve karşılıklı ilişkilerin korunması ve geliştirilmesi ile çözüme ulaşılmaktadır (Özekes, 2018: 138).

Arabuluculukta, mahkeme yargılamasında olduğu gibi, ispat araçlarının kullanılması söz konusu değildir. Bu nedenle geçmişe bakmak, haklıyı haksızı ayırmak arabuluculukta dikkate alınmamaktadır. Elbette ki, arabuluculukta da temel amaç, yargılama sisteminde olduğu gibi uyuşmazlığı kalıcı bir şekilde çözümlenektir. Sadece her iki yöntem arasında uyuşmazlığın çözümünde amaç ve yöntem bakımından anlayış farklılıkları bulunmaktadır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 21).

Genel olarak ifade etmek gerekirse, arabuluculuk tarafların menfaat ve ihtiyaçlarına odaklanan, geleceği esas alan, daha kısa sürede ve daha ucuz bir şekilde sonuçlanan, sürecin tarafların kontrolünde olarak devamını esas alan, tarafların çözümüne önem veren, yargının iş yükünü azaltan; gizliliğe, esnekliğe ve iletişime önem veren bir faaliyettir.

Arabuluculuk hukuk uyuşmazlıklarında geçerli bir yöntem olup, ceza soruşturmaları ile idari uyuşmazlıklarda kullanılan bir yöntem değildir. Hukuki uyuşmazlıklarında özellikle tarafların tasarrufunda olanlar ile sınırlı olduğunu, dolayısıyla iş, aile, borçlar ve ticari uyuşmazlıklarda uygulandığını belirtmek mümkündür. 6325 sayılı Kanun'un açık düzenlemesi gereği, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK, m.1).

Arabuluculuk, tarafların korunmaya değer uzun süreli (ticari, aile, borç gibi) ilişkilerinde, aynı taraflar arasında birden çok uyuşmazlığın bulunduğu ve hızlı çözüm istendiği durumlarda, uyuşmazlığın karmaşık ve iç içe geçmiş olması, yargısal yolla çözümün masraflı olması, kararın icrasının zor olması durumunda çözüm için daha iyi bir yöntem olarak kabul edilmektedir (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 23).

Önemle ifade edelim ki, arabuluculuğun çözüm yöntemi olarak benimsenmiş olması, tarafların yargı sistemini işletmesine engel değildir. Arabuluculuk sistemine başvuru, sistemin işletilmesi, sürecin sonuçlandırılması tarafların arzusuna bağlı olduğu gibi tarafların isteğine göre süreç sonuçlandırılmadan arabuluculuktan vazgeçilmesi de mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de 6325 sayılı Kanun'un iptali istemiyle yapılan başvuruyu esastan karara bağlamış, arabulucuya başvurmanın ve süreci devam ettirmenin, sonuçlandırmanın veya vazgeçmenin

serbest olmasının Devlet yargısını bertaraf etmemesi sebebiyle Kanun'un Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir*.

İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculuk esas olarak tarafların bu konuda anlaşmaları halinde başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Normalde hukuksal uyuşmazlığı bulunan kişilerin aralarında anlaşmazlığa düşmeleri durumunda mevcut çatışmanın çözümü için mahkemeye müracaat ederek hak iddiasında bulunmak tek tarafın isteğine bağlı olarak da mümkündür. Mahkeme ise bu durumda uyuşmazlığı hak temelli çerçevede çözüme kavuşturmaktadır. Ancak arzu edildiği takdirde (mahkemeye başvuru hakkına zarar gelmemek üzere) arabulucuya başvuru yapılmak suretiyle her iki tarafın menfaat temelli çerçevede uyuşmazlıklarını kendi arzu ve iradelerine bağlı olarak çözüme kavuşturmaları da mümkündür. Nitekim 6325 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendinde arabuluculuk kavramının tanımı ihtiyari arabuluculuğu da ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. 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 kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* ifade eder (HUAK, m.2-1,b).

Aynı şekilde Kanun'un 3. Maddesine göre de, tarafların arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma veya süreçten vazgeçme konusunda serbest olduğu hükme bağlanmıştır (HUAK, m.3-1).

Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk

Arabuluculuğun başlangıçta gönüllülük esasına dayalı olarak yürürlüğe girmesi zamanla bazı uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesini de beraberinde getirmiştir. Arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmiş olması şüphesiz ki mahkeme veya özel hakem yargılamasını engellemekle birlikte, önceliğin arabuluculuğa verildiği anlamına gelmektedir. Ancak arabuluculuğun işlevini tam anlamıyla yerine getirebilmesi tarafların birbirleriyle uzlaşma isteği içinde olmasıyla mümkün olacağından, birbirleriyle uzlaşmak istemeyen tarafların arabuluculuğa zorlanması eleştirilere sebep olmaktadır (Özveri, 2020: 931). Belirtelim ki bu durum hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Ayrıca iş uyuşmazlıkları açısından taraflar arasında mevcut eşitsizliğin işçinin hak kaybına sebep olacağı ifade edilmiştir. Arabulucular arasında yapılan bir araştırmaya göre dava şartı arabuluculuk uygulamalarının taraflar nezdinde zorunlu bir prosedür olarak algılanmasına neden olduğu ve istenilen müzakere ortamının her zaman

* Anayasa Mahkemesi, 10.07.2013, E.2012-94, K.2013-89, (RG, 25.01.2014, 28893).

sağlanamadığı ortaya konmuştur. Aynı araştırmada arabulucular, dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanabilmesinin ancak işçi tarafından verilecek tavizlerle mümkün olduğunu ifade etmişlerdir (Peksan, Delen ve Yorgun, 2020: 343).

Dava şartı arabuluculuk iş hukukunda tüm uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmemiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. ve 3. fıkraları dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun kapsamı hakkında bilgi vermektedir. Hükme göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulması dava şartıdır (Özkaraca ve Ünal, 2020: 18). İş Mahkemeleri Kanunu, İş Kanunu'na göre işçi ve işveren olarak sayılan kişilerin yanında basın iş hukuku ve deniz iş hukuku kapsamında çalışanların da dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında işçi olarak değerlendirilmesi öngörmektedir (İMK m. 3/20). Ancak iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminatlarla bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında dava şartı arabuluculuk uygulaması bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin konulma sebebi söz konusu davaların belirli standartlara bağlı olması ve çözümünün nitelikli uzmanlık gerektirmesinden kaynaklanmaktadır (Kurt, 2018: 430).

7036 sayılı Kanun ile birlikte arabuluculuk iş uyuşmazlıkları açısından dava şartı olarak kabul edilmiştir. Uygulama 01.01.2018 tarihinden itibaren başlamış bulunmaktadır*. 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte 6325 sayılı Kanun'da da köklü değişiklikler gerçekleştirilmiş, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucuya çözüm önerisinde bulunma yetkisi de verilmiştir (Yağcıoğlu, 2018: 459).

İş hukuku uyuşmazlıkları açısından dava şartı arabuluculuğun kabul edilmesinde, Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere işçi işveren ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların yargı yükünün önemli bir bölümünü oluşturması etkili olmuştur. Nitekim gerekçede belirtilen 2016 yılı verilerine göre, ilk derece mahkemelerindeki 3.525.000 civarındaki hukuk uyuşmazlıklarının yaklaşık % 15'inin ve Yargıtay'da bakılmakta olan 780.000 civarındaki hukuk uyuşmazlıklarını da yaklaşık % 30'unun iş uyuşmazlıklarından doğduğu ifade edilmiştir (Gümrükçüoğlu, 2017). Bunun ise iş mahkemelerindeki yargılama sürelerinin uzamasında etkili olduğu bir gerçektir. Ayrıca iş uyuşmazlıklarının müzakere edilerek çözüme uygun olması, uyuşmazlığın kısa sürede ve en az masrafla ihtiyaç odaklı olarak çözümünün gerçekleştirilmesinin sosyal barışa da katkıda bulunduğu ifade edilmektedir.

Dava şartı arabuluculuğun belirtilen faydaları karşısında tarafların uzlaşma sürecine mecbur bırakılmalarının Anayasa'da öngörülen temel hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği iddiasında

* İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3., 11. ve 12. maddeleri 01.01.2018 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre dava şartı olarak getirilen arabuluculuk da Kanun'un 3. maddesinde düzenlendiğinden, iş yargılama sürecinde arabulucuya başvuru şartı 01.01.2018 tarihinden sonra açılan davalar için uygulanmaya başlamıştır.

da bulunulmuştur (Albayrak, 2018: 17). İş Mahkemeleri Kanun Taslağı'nın genel gerekçesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargı organlarının yerine ikame edilen bir sistem olmadığı ve mevcut sistemle rekabet halinde olmadığı, aksine yargısal çözümlere ilave edilmiş tamamlayıcı bir yöntem olduğu vurgulanmıştır. Neticede arabulucuda anlaşma sağlanamaması durumunda tarafların mahkeme nezdinde hak uyuşmazlığı çıkarmaları mümkün olacaktır. Taraflar arasında iş hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık çıkmadan önce gerek yasa kuralı ile gerekse anlaşma yoluyla işçinin yargı yoluna başvurma hakkının kısıtlanmaması kabul görmeyen bir husustur. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği haliyle yani ilk metninde yer alan *“toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür”* şeklindeki 20. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemede yer alan *“toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya”* hükmü 1982 Anayasasına aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.* Ancak bu ihtimalde de yine tarafların anlaşarak, iş sözleşmesinin feshinden sonrasına ilişkin olmak kaydıyla dava açma süresi içinde uyuşmazlığı mahkeme yerine özel hakeme götürmeleri mümkündür. İhtiyari arabuluculuk açısından da 6325 sayılı Kanun'un iptali ile ilgili açılan davada Anayasa Mahkemesi'nin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabuluculuğa gidilmesinin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki kararı da[†] göz önünde bulundurulduğunda Devlet yargısını bertaraf etme amacının bulunmadığı burada da ortaya çıkmaktadır (Özekes, 2018: 278).

Burada akla gelebilecek önemli bir husus dava şartı arabuluculuğun iş hukuku açısından iş yargılamasına başvuruyu engelleyip engellemediğidir. Aslında arabuluculuğun dava şartı olarak benimsenmiş olması, dava açma hakkını engellememekte ancak davadan önce başvurulması gereken zorunlu bir süreci ifade etmektedir. Bu bakımdan tarafların dava açma hakkı ellerinden alınmamaktadır (Akkan, 2018: 3). Zaten dava şartı arabuluculuğun zorunlu evresi, sürecin tamamını işletip sonuç alınıp alınamayacağını yoklamak anlamına gelmemekte, ilk toplantıya katılma zorunluluğunun yerine getirilmesiyle birlikte, sonraki evreye gerek kalmadan, anlaşmazlık tutanağı düzenlenebilmektedir. Nitekim 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 12. fıkrasına 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 giderlerinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilemez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır”*. Hükümden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuğa başvurunun gerçekleştirilmesi, ilk toplantıya katılmama durumunda bile dava açma hakkının kullanımına engel olmamakta, yalnızca

* Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005, E.2003-66; K.2005-72, RG., 24.11.2007, 26710.

† Anayasa Mahkemesi, 10.07.2013, E.2012-94; K.2013-89, RG., 25.01.2014, 28893.

böyle bir tutuma karşı, taraflar, dava lehine sonuçlansa bile yargılama giderlerine mahkûm olma yaptırımına tabi tutulmaktadır (Yağcıoğlu, 2018: 475).

Anayasa mahkemesi de dava şartı arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemenin iptali istemiyle ilgili olarak verdiği kararında düzenlemenin hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran bir sonuca yol açmadığı sürece hak arama hürriyetinin özüne dokunduğunun söylenemeyeceğine hükmetmiştir*.

İş hukuku açısından dava şartı arabuluculuk uygulamasına ilişkin olarak, getirilen yasal güvencelerin işçi ile işveren arasındaki eşitsizliğin bariz şekilde belli olduğu bir ilişkide işçinin haklarını elde etmek için yargılama sonucunda elde edeceği haklara oranla kayıplarla karşılaşacağı eleştirileri de öne çıkmaktadır. Dolayısıyla işçilik alacaklarının pazarlığa konu edilmesi ve alacağına daha erken kavuşmanın cazibesi, bazen haklardan önemli oranda fedakarlıkla sonuçlanma tehlikesi de içerebilir. İfade edelim ki, öğretilerdeki bu haklı kaygıların giderilmesi açısından işçinin katıldığı arabuluculuk görüşmelerinde avukat ile temsil hakkı verilmesi yararlı olabilir. Öte yandan sendikalı işçilerin sayısının artması sendikal güvenceyi de artıracığı için, sendika avukatının işçiyi temsilen (veya birlikte) arabuluculuk görüşmelerine katılma hakkına sahip olması işçi işveren eşitsizliği karşısında işçinin daha özerk bir konuma gelmesini sağlayabilecektir (Yağcıoğlu, 2018: 479).

İŞ HUKUKU AÇISINDAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASINA BAŞVURU

Başvurunun Şekli

Dava şartı arabuluculuğun uygulanması tarafların bu konudaki başvurusu ile mümkündür. Yani süreç kendiliğinden başlamamaktadır. Arabuluculuğa başvurulmaması dava açılmasına engel olmaktadır. Halbuki ihtiyari nitelikli arabulucuda taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvuru konusunda anlaşabilmektedirler. Ayrıca mahkeme de tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (HUAK, m.13-1). İhtiyari nitelikli arabuluculuk başvurusunda taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifi yapması, diğer tarafın da bunu kabul etmesine bağlıdır. Başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmediği takdirde bu teklif reddedilmiş kabul edilir (HUAK, m.13-2).

Başvuran tarafın kendisine ve elinde bulunması halinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna vermesi gerekir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkili bulunmaktadır. İlgili kurum ve kuruluşlar da büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür (HUAK, m.18/A, 6). Taraflara ait iletişim bilgileri görevlendirilen

* Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018, E.2017-178; K.2018-82. R.G., 11.12.2018, 30622.

arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas almak suretiyle hareket eder. Ayrıca ihtiyaç duyduğunda kendisi de araştırma yapma yetkisine sahiptir (HUAK, m.18, A-7).

Şayet tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları için dava şartı arabuluculuk bakımından ilk başvuru esas alınacaktır (HUAKY, m.23-1).

Başvuru yapmak isteyen taraf dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda (HUAKY, m.23-3) yetkili adliye arabuluculuk bürosuna, bu büronun kurulmadığı yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne bu başvurusunu yapabilecektir.

Başvurunun Yeri

Dava şartı arabuluculuk başvurusunun yapılacağı yer Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Yönetmelikte açık bir şekilde düzenlenmiştir. Başvuru uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (HUAK, m.18-A/4).

Dava şartı arabuluculuk açısından başvurunun karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna başvurulması gerekir (İMK, m.3/5; HUAKY, m.23-1). Eğer adliye arabuluculuk bürosu kurulmamış ise, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne başvurunun yapılması gerekir. Bu yerlerde arabuluculuk bürosunun görevi, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yerine getirilir (İMK, m.3/5; HUAKY, m.23-1).

Belirtilen makamlar başvuru üzerine uyuşmazlığın çözümü için arabulucuyu tayin eder. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne göndermekle yükümlüdür (İMK, m.3/4). Arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları halinde taraflar veya imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilir (İMK, m.3/6; HUAKY, m.24-1). Dava şartı arabuluculuk uygulaması ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucunun görevlendirilmesi mümkün değildir (HUAKY, m.24-1).

Dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk görüşmelerinin taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde arabulucuyu görevlendiren adliye arabuluculuk bürosunun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece

mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülmesi gerekir (HUAKY, m.28-1). Seri uyuşmazlıklar, adliye arabuluculuk bürosu tarafından atanan aynı arabulucuya tevdi edilir (HUAKY, m.28-2).

Başvurunun Zamanı

Arabulucuya başvuru zamanının, arabuluculuk uygulamasının dava şartı mı yoksa ihtiyari arabuluculuk başvurusu mu olup olmadığına göre değişiklik gösterdiğini belirtmemiz gerekir. Öncelikle ifade edelim ki, ihtiyari arabuluculuk uygulamasında arabuluculuğa başvuru dava açmadan önce söz konusu olabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da olabilir. Hatta mahkeme de tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (HUAK, m.13/1). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (HUAK, m.13/2). Arabuluculukta çözümü mümkün bir uyuşmazlığın, daha sonra mahkeme önünde dava konusu olarak ileri sürülmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu sürede oluşan davaya konu edilecek uyuşmazlığın zamanaşımı veya hak düşürücü süreye maruz kalma riski bulunmaktadır. Bu durum Kanun hükmüyle güvence altına alınmış bulunmaktadır. Hem ihtiyari arabuluculuk açısından hem de dava şartı arabuluculuk açısından getirilen bu güvenceye göre arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır (HUAK, m.16/2)*. Dava şartı arabuluculuk açısından ise arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürenin işlemeyeceği hükme bağlanmıştır (HUAK, m.18/A, 15). Yine aynı şekilde dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde 6100 sayılı Kanunun 397. maddesinin 1. fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde ise 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyecektir (HUAK, m.18/A, 16).

Yukarıda ifade ettiğimiz düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda arabuluculuk uygulamasına konu uyuşmazlığın zamanaşımı veya hak düşürücü süreye uğramamış olması esastır. Bu süre zarfında taraflar arabuluculuğa başvurabilmektedirler. İş hukuku uyuşmazlıkları açısından genel olarak uyuşmazlığın doğrudan dava konusu yapılması durumunda mahkemece başvuru usulden

* Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (HUAK, m.16/1).

herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın reddedilmektedir (İMK, m.3/2). Bu durumda da işçilik alacakları için arabulucuya başvuru açısından özel bir süre öngörülmemiştir.

İş hukuku açısından dava şartı arabuluculuk uygulaması yönünden arabuluculuğa başvuru için özel hükümler de bulunmaktadır. Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi bulunan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İK, m.18/1). Belirtilen şartlar kapsamında çalıştırılan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili niteliğinde olmamak şartıyla (İK, m.18/Son) çalışan işçiler iş güvencesi kapsamında kabul edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren *bir ay içinde* işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurması zorunludur. İşçiye fesih bildirimini tebliğinin yapılmadığı durumlarda, işçi fesih bildirimini yapıldığı tarihi belirleyecek bir işlem yapmış ise bu tarihten itibaren süre işlemeye başlayacaktır*. Ayrıca uygulamada yaşanan sorunlardan biri de fesih bildirimini tebliğinden kaçınma (imtina etme) durumlarının varlığıdır. Şayet işçi fesih bildiriminden kaçınır ise bu durumun İş Kanunu'nun 109. maddesine göre tutanakla tespiti işverence mümkündür. Bu durumda süre tutanakla tespit tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (Süzek, 2019: 601).

İşçinin arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açması durumunda mahkemece başvuru dava şartı gerçekleşmediği için usulden reddedilmekte ve karar taraflara re'sen tebliğ edilmektedir. Kesinleşen bu ret kararının re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde yine arabuluculuğa başvurmak mümkündür (İK, m.20/1).

Görüldüğü gibi iş güvencesi kapsamında bulunan ve işe iade talebiyle uyuşmazlığın çözümü için hareket eden işçinin dava açmadan önce, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında arabuluculuk müessesesine başvuru yapması zorunluluktur. Ancak iş güvencesi kapsamında bulunan ve arabuluculuk başvurusunda işe iade talep etmeyen bir işçinin sadece işçilik alacakları talebinde bulunması durumunda anlaşma sağlanamadığı takdirde, dava şartı gerçekleşmediği için iş mahkemesinde işe iade talepli dava açması da mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu davayı açma süreye bağlandığı için hak düşürücü sürenin gerçekleşmiş olması durumunda da işe iade davası açma imkânı artık kalmayacaktır.

Arabulucunun başvuruya konu uyuşmazlıkta hak düşürücü sürenin geçmiş olmasına rağmen taraflar arasındaki uyuşmazlığa dönük olarak arabuluculuk faaliyetini yine de yürütebilir

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.12.2016, E.2016/25300, K.2016/21744, www.legalbank.net (08.08.2020).

yürütemeyeceği yasal olarak belli değildir. Bilindiği üzere hak düşürücü süreleri değerlendirme yetkisi hukukumuza göre mahkemelerdedir. Arabuluculuk ise bir yargılama faaliyeti olmadığı için arabulucunun bu hususu dikkate alamayacağı ifade edilebilir (Çil, 2018: 55). Bu durumda sürelerin geçmiş olduğu veya işçinin iş güvencesi kapsamında olmadığını iddia eden tarafın bu iddiasını tutanağa yazdırması tavsiye edilmektedir. Çünkü arabuluculuğun sona ermesi üzerine dava açıldığında ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmemekte ve aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmektedir (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 165).

İŞ HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASINA BAŞVURUNUN SONUÇLARI

Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyetleri, arabuluculuk uygulamasına başvurulmasından itibaren başlayan ve son tutanağın düzenlenmesine kadar devam eden süreçte yürütülmektedir. Süreç, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır ve bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İMK m. 3/10). Uyuşmazlıklara konu olan alacaklara ilişkin zamanaşımı, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede işlemez (İMK m. 3/17).

İş hukuku açısından dava şartı arabuluculuk uygulamasına başvuru konusu ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımızın dışında, arabuluculuk sürecinin yürütülme usullerine girmeden, başvuruya bağlı olarak ortaya çıkan sonuçları çalışmamızın bu bölümünde değerlendirmeye çalışacağız. Bilindiği üzere iş hukukuna ilişkin taleplerin tek bir kalemden oluşmadığı, işçi ve işveren ilişkisinin uzun süreli bir ilişki olmasına bağlı olarak iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden doğan işçi ve işveren alacağı ile tazminat ve işe iade taleplerinden oluştuğunu ifade etmemiz gerekir (İMK, m.3/1). Çalışmamız açısından bu noktada konuyu iki ana başlık altında değerlendirmenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. İlk olarak işe iade talepli başvuru ve arabulucuda anlaşamama veya anlaşma ihtimaline bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar ele alınacak; ardından işe iade dışında arabuluculuğa konu iş uyuşmazlıkları üzerinde anlaşma veya anlaşamamaya bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlara temas edilecektir.

Tarafların Anlaşmasının Dava Şartı Arabuluculuk Süreci Açısından Anlamı

Arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşması, arabuluculuk sürecini sona erdiren bir durumdur (HUAK, m.17/1). Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmalarını bir tutanak ile belgelendirmeleri gerekmektedir (HUAK, m.17/2). Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verebilmektedir. Arabulucunun da bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapma yükümlülüğü bulunmaktadır (HUAK, m.17/3). Arabuluculuk faaliyetinin (olumlu veya olumsuz) sonuçlanması durumunda mutlaka son tutanağın düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim 7036 sayılı Kanunla 6325

sayılı Kanun'a ilave edilen 18/A hükmünün 10. fıkrası gereği arabulucunun taraflara ulaşamaması taraflara ulaşmış ise taraflar katılmadığı için görüşmenin yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut anlaşamaması durumunda arabuluculuk faaliyetini sona erdirmek ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Arbuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaya varması üzerine, bu anlaşmanın kapsamının taraflarca belirlenmesi mümkündür. Bunun için anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda bu belgenin de taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir (HUAK, m.18/1). Arabuluculuk faaliyetinin sonuçlanması durumunda taraflar anlaştığı takdirde anlaşma belgesi düzenlemeleri kendi iradelerine bağlı bir husustur.

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varmaları durumunda bir anlaşma belgesi imzaladıkları takdirde bu belgenin icra açısından ne anlama geldiği önemli bir husustur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasına göre tarafların bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep etmelerinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu konuda arabulucunun görev yaptığı yer sulh mahkemesine başvurulabilir. Tarafların anlaşma belgesinde yer alan şerh, onu ilam niteliğinde bir belge haline getirmektedir. (HUAK, m.18/2). Mahkemece ilam niteliğinde bir belge haline getirilebilmesi için anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin her durumda verileceğini düşünmek doğru olmaz. Bu husus kanunda iki şart ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre mahkemece yapılacak incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının tespiti ile sınırlı tutulmuştur (HUAK, m.18/3). Aksi halde başvurunun kabulü mümkün olmayacaktır. İlgililerin karar üzerine istinaf yoluna başvurusu mümkündür. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda 7036 sayılı Kanunla 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklikle, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge olduğu kabul edilmiştir (HUAK, m.18/4). Önemle belirtelim ki, tarafların anlaşması sonucu nihayete eren arabuluculuk sürecinin sonrasında, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılması mümkün değildir (HUAK, m.18/5).

İşe İade Talebiyle Arabuluculuğa Başvuruda Bulunulması Durumunda Tarafların Anlaşmasının Sonuçları

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda anlaşmanın genel-ihiyari arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşma metnine dönüştürülmesi veya bunun belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak anlaşmaya ilam niteliği kazandırılmak istendiği takdirde metnin kanunda belirtilen şekilde yapılması aranmıştır. Buna göre anlaşma metninin hazırlanması, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması ve daha sonra mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi durumunda ilam niteliğindeki bir belgenin ortaya çıkması mümkündür. Hatta 6325 sayılı Kanun'un açık düzenlemesi gereği taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından anlaşma belgesinin

imzalanması durumunda şerhe ihtiyaç duymadan anlaşma belgesi ilam niteliğinde bir belge olarak kabul edilebilecektir (HUAK, m.18).

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır (İK, m.20-1). İş Kanunu gereği mahkeme veya özel hakem tarafından işverence gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayanmadığı veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı tespit edildiği ve feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (İK, m.21-1). Ancak arabuluculuk aşamasında tarafların anlaşması işe iade konusunda anlaşmaları durumunda işçinin hangi süre içinde işe başlayacağına ilişkin Kanunda bir ifade bulunmamaktadır. Bu konuda İş Kanunu'nun 21. maddesine sonradan ilave edilen 7. fıkra hükmü gereği tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaları durumunda işçinin işe başlama tarihini de belirlemeleri zorunlu tutulmuştur (İK, m.21/7-a). Dolayısıyla bu tarihin anlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren hangi gün gerçekleşeceğini belirlemek tarafların yetkisinde olan bir husustur. Bu konuyu belirsizliğe bağlamamak ve açık bir tarih hükmü belirlemek mümkün olduğu gibi, anlaşma belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren on gün veya on beş gün gibi makul süre belirten ibarelere de yer vermek mümkün olacaktır. Zira arabuluculukta işçi ve işveren arasında bir işe başlatma iradesi zaten mevcuttur ve taraflar işe iadenin belirli bir tarihte gerçekleşmesi konusunda aynı düşüncededir. İşçinin boşta geçen süre ücretinin anlaşma belgesinin düzenlendiği tarihe göre belirlenmesi söz konusu olacağı için, işçinin işe başlatılması için öngörülen sürenin de uzun bir süre olmamasına dikkat etmek gerekmektedir.

Arabuluculuğun anlaşma ile bitmesi halinde anlaşma belgesi düzenlenmesi şart olmamakla birlikte İş Kanunu'nun açık düzenlemesi gereği işe iade konulu arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma sağlanması durumunda anlaşma belgesinin düzenlenmesi gerekmektedir. Hatta bu belgenin içeriğinde yer alması gerekli hususlara da İş Kanunu 21. maddesinde açıkça yer vermiştir. Buna göre işçinin işe başlatılma tarihi dışında, en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının ve işçinin işverence işe başlatılmaması durumunda ise en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat miktarının belirlenmesi zorunludur. İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmü gereği, *“bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”*. Dolayısıyla tarafların arabuluculuk sözleşmesi ile dört aydan fazla boşta geçen süre ücretine karar vermeleri mümkün olmadığı gibi, sekiz aydan fazla işe başlatmama tazminatına da karar vermeleri mümkün değildir. Önemle belirtelim ki, arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması durumunda en çok dört aylık boşta geçen süre ücreti ile en az dört ve en çok sekiz aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının taraflarca nasıl takdir edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında geçen *“Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir”*

ibaresinin arabuluculuk açısından değerlendirilirken, arabuluculuk tutanağı bir mahkeme kararı tutanağı gibi değerlendirilmediği ve dolayısıyla kesinleşmesi de söz konusu olmayacağı için arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleninceye kadar şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 177).

İş Kanunu işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması durumunda feshin geçerli hale geleceğini ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacağını hükme bağlamıştır (İK, m.21/7). Yani işverenin bu durumda boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemesi gerekmeyeceği gibi, işe başlatmama tazminatı da söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda kıdem ve ihbar tazminatları gündeme gelecek fakat bu alacaklar için de öncelikle dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmak gerekecektir.

Belirtelim ki, başvurusuna rağmen işçinin işverence işe başlatılmaması veya anlaşma belgesinde kararlaştırılan işe başlatılmaması durumunda anlaşma belgesine aykırılık söz konusu olacağı için her iki durumda da işçinin boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları yanında işe başlatmama tazminatının da ödenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu noktada bir başka sorun da anlaşma belgesinde kararlaştırılan hususların cebri icraya elverişli olup olmadığıdır. İşe iade konusunda anlaşma da tespit içerikli olmakla birlikte, ücret ve işe başlatmama tazminatının icrası bakımından icra edilebilirlik şerhini içermesi gerekmektedir (Özekes, 2018: 305). İşçi işe başlatılmaması durumunda talep etmesine rağmen işverence işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ilişkin alacaklarının ödenmemesi durumunda icra takibine başvurabilecektir. Ancak bu durumda işveren bu icra takibine itiraz ettiği takdirde icra takibinin durması söz konusu olacaktır. İşçi takibin devam etmesini istiyorsa bu takdirde itirazın iptali davası açması gerekir. Bu dava öncesinde alacaklının dava şartı arabuluculuğa zorlanması anlamlı olmayacaktır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 196)*.

İşe İade Dışında Arabuluculuğa Konu İş Uyuşmazlıkları Açısından Tarafların Anlaşmış Olması

İş hukukunda dava şartı arabuluculuk açısından işe iade dışında arabuluculuğun zorunlu tutulduğu diğer durumlar da iş ilişkisinden doğan işçilik alacakları veya işverenin iş ilişkisinden doğan ve işçiden olan alacakları ile ilgilidir. Nitekim yeniden ifade edecek olursak İş Mahkemeleri Kanununa göre, “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ... talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” (İMK, m.3/1). Buna göre ücret alacağı (çıplak ücret, ücret ekleri, yakacak, yemek, servis gibi ücretler, fazla çalışma ücreti, izin ücreti,

* Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi, itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu söylendiği takdirde o zaman takip yapmak da anlamlı olmayacak, kanunda düzenlenen bir hukuki imkândan alacaklı mahrum bırakılmış olacaktır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 197).

hafta tatili ve genel tatil ücreti vb) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma borcu gereği ortaya çıkan ayrımcılık tazminatı talepleri, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı tazminatlara ilişkin (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, işçinin ölümü halinde ölüm tazminatı, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence süresinden önce haksız feshedilmesi durumunda ortaya çıkan bakiye süreye ilişkin ücret tutarındaki tazminat) talepler, ceza koşulu, eğitim gideri, transfer bedeli vb. talepler, toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan (İMK, m.3/3) ve iş ilişkisinden doğan (haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı) karşılıklı maddi ve manevi tazminat talepleri, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan doğan sendikal tazminat talepleri (6356, m.23, 24 ve 25) dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 204-211).

Önemle ifade edelim ki, işçilik alacağını ilgilendirmesine rağmen bazı alacaklar ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmemiştir. Nitekim İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 3. fıkrası gereği "*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*". Madde hükmü gereği iş kazası veya meslek hastalığından doğan tazminat talepleri için dava şartı arabuluculuk işlememekle birlikte, bu alacak kalemleri için ihtiyari arabuluculuğa gidilmesine de bir engel bulunmamaktadır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 212). Öte yandan toplu iş sözleşmesi taraflarının karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin taleplerden doğan davalarda da dava şartı arabuluculuğun uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Burada dikkat edileceği üzere, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan taleplerden değil, toplu iş sözleşmesi taraflarının (işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren) karşılıklı hak ve borçları üzerine ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardan söz edilmektedir. Örneğin işçi sendikası ile işveren arasında sendika üyelik ve dayanışma aidatlarının tahsili ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğu takdirde gündeme gelebilecek bir dava, dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyecektir.

Bu noktada değinilmesi gereken en önemli husus, taraflarca üzerinde anlaşma sağlanmış konular üzerinde artık dava açılmayacak olmasıdır. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan hükme göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK, m.18/5). Geldiğimiz aşamadaki temel sorun ise, arabuluculuk aşamasında anlaşmanın içeriğinin, iş hukukunun emredici düzenlemelerle ters düşmesine rağmen kabulünün mümkün olup olmadığıdır. Bir başka deyişle arabuluculuk sürecinde varılan anlaşmanın sonucuna bağlı olarak içeriği ne olursa olsun her türlü anlaşma imzalanabilecek midir?

Bu konuda öğretilerde yer alan bir görüşe göre, arabuluculuk süreci yargılama süreci olmadığı için maddi hukuka ilişkin emredici hükümlerin arabuluculukta bağlayıcı olmadığı, sonuçta varılan anlaşma sonucunda işçilik alacakları konusunda bir uzlaşma sağlanması durumunda söz konusu anlaşmanın ibra

veya makbuz niteliğinde sayılmayacağı, dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın da ortadan kalkacağı savunulmuştur (Canbolat ve diğerleri, 2018: 11). Öğretide yer alan diğer bir görüş ise bunun iş hukukunda işçinin korunması ilkesinden hareketle çok tehlikeli bir gidişe yol açacağını savunmaktadır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 246). Bu görüşe göre sözleşme serbestisi ilkesinin iş hukukunda özel hukuktaki kadar geniş olmadığı zira taraflar (işçi ve işveren) arasında bir eşitlik bulunmadığı gerekçesinden hareket edilmektedir. Buradaki en temel endişe, işçinin hukuki bir işleme dayalı olarak işverenden olan alacağından bir talepte bulunmaksızın vazgeçip vazgeçemeyeceği endişesidir. Gerçekten de işçiyi koruma amacından doğan iş hukukunun en temel amacı, işçinin iş mevzuatında yer alan asgari koşulların altında çalıştırılmamasıdır. Şayet iş hukukunun tanıdığı asgari çalışma şartlarının gerisine arabuluculuk anlaşma belgeleri ile düşülürse, bu anlaşmaların iş hukukunun emredici düzenlemelerine aykırı düşmesi kabul edilebilecek midir? Öte yandan İş Kanunu'nun 32. maddesinin 6. fıkrasında yer alan *“İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur”* hükmü karşısında da konunun değerlendirmeye ihtiyacı olduğu açıktır. Bunun dışında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi gereği *“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir”* (TBK, m.420). Söz konusu hüküm gereğince konunun arabuluculuk ile bağlantılı mı yoksa ondan bağımsız mı olarak düşünülmesi gerektiği de tartışmalara neden olmaktadır. Öğretide söz konusu hükmün bir ifa içeriğinde olduğu, işçinin işvereni ibrasına yasal sınırlamaların getirildiğini, esasen Kanun hükmünün ifayı düzenlediği, işçinin işvereni ibra etmesinin mümkün olmadığı dolaylı olarak hükme bağladığı belirtilerek, hükümdeki sınırlamaların arabulucuda yapılan anlaşmalar bakımından uygulanamayacağı ifade edilmiştir (Çil, 2018, s.52). Diğer bir görüşe göre ise, hükmün ifa içeriğinde olduğu kabul edilmekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu'ndaki içeriği ifa hükmü olarak kabul edilen TBK m.420 hükmünün aynen arabuluculuk anlaşmaları için de geçerli olduğu vurgulanmıştır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 251). Bu görüşe göre İK, m.32. maddesinde işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur hükmü ve TBK, m.420'de yer alan hüküm karşısında, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasında yer alan *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmaz”* düzenlemesinin uygulama alanı bulamayacağı vurgulanmıştır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 253).

Her şeyden önce belirtelim ki, iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı düşmedikçe, dava şartı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında

tarafarca dava açılmayacağı makul bir sonuç olarak değerlendirilebilir. Ancak iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı arabuluculuk anlaşma belgesinin arabuluculuğa ilişkin mevzuata uygunluğu düşünülebilirse de, iş hukukunun karakterine ters düşeceği ise kesin bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ne 6325 sayılı Kanun ne de 7036 sayılı Kanun'da arabuluculukta iş hukukunun emredici kurallarının dikkate alınmasını öngören bir düzenleme bulunmaktadır. Taraflarca ulaşılan anlaşma belgesinin, taraflar, avukatları ve arabulucunun birlikte imzalaması durumunda icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılma özelliği ise belgenin icra kabiliyetini artıran bir özelliğe sahip bulunmaktadır (6325, m.18/4). Fakat bu özelliği içermeyen anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının sulh hukuk mahkemesince incelemeye tabi tutulması ve sonuçta her iki şartın bulunduğu anlaşılması durumunda ise icra edilebilirlik şerhinin verilmesi yasa hükmü gereğidir (6325, m.18/3). Taraflarca üzerinde anlaşılan hususları içeren belgenin mahkemece 6325 sayılı Kanun kapsamında, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı yönleriyle incelenmesi dışında, bu anlaşmanın aynı zamanda hukukun genel hükümlerine tabi bir metin olduğu, her ne kadar 6325 sayılı Kanun'un 18.maddesinin 5. fıkrasında "...üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz" denilse bile, anlaşmanın *irade sakatlığı* yönünden de incelemeye tabi tutulmasını gerektiği düşüncesindeyiz.

Ayrıca arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmasına bağlı olarak ortaya çıkan ve iş hukukunun işçiyi koruyucu nitelikteki temel ilke ve kurallarına tamamen ters düşen uygulamaların işçi aleyhine sonuç doğurmasını engellemek için, mevzuatta arabulucuda yapılan anlaşmanın denetlenebilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi de oldukça önemlidir.

Tarafların Anlaşmamış Olmasının Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Anlamı

Taraflarca başlatılan arabuluculuk sürecinin anlaşmazlıkla sonuçlanması ihtimali de bulunmaktadır. Sürecin anlaşmazlıkla sonuçlanması, dava şartı arabuluculuk açısından oldukça önemlidir. Zira alacakları konusunda diğer tarafla (işçi veya işveren) anlaşmazlık yaşayan tarafın artık dava şartını yerine getirdiği için alacakları için mahkemeye başvurma aşamasına geçmesi mümkün hale gelecektir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 10. fıkrası gereği, arabulucunun taraflara ulaşamaması veya tarafların katılmaması sebebiyle görüşmelerin yapılamaması yahut görüşmeye rağmen sürecin sonunda tarafların anlaşamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetinin olumsuz sonuçlandığı neticesine ulaşılabilecektir. Aynı fıkra hükmü gereği bu durumda da arabulucunun sürecin anlaşmazlıkla sonuçlandığına ilişkin son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır (HUAK, m.18/A, 10; 7036, m.3/11).

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşmelerin yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda taraflarca bir anlaşma sağlanamaması durumlarında iki saatlik ücretin Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenmesi yasal zorunluluktur. Tarafların anlaşamaması durumunda görüşmelerin iki saatti

aşması söz konusu olmuşsa, iki saati aşan kısma ilişkin ücretin aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanması gerekecektir (HUAK, m.18/A, 13; 7036, m.3/14). Ayrıca arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderlerin, taraflarca anlaşmaya varılamaması durumunda ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanması söz konusu olacaktır (HUAK, m.18/A, 14; 7036, m.3/16).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereği arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin davacı tarafından dava dilekçesine eklenerek, arabulucuda talep edilen hususların mahkemeye taşınması mümkündür. Arabuluculuk aşaması gerçekleşmeden dava açılması mümkün değildir. Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde mahkemece davacıya son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiyenin gönderilmesi yasa hükmü gereğidir (7036, m.3/2). Şayet ihtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilecektir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde ise herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekecektir (7036, m.3/2).

İşe İade Talebiyle Arabuluculuğa Başvuruda Bulunulmuş Olması Durumunda Tarafların Anlaşmaya Varamamasının Sonuçları

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılacaktır (İK, m.20). İş Kanunu'nun 21. maddesinin 7. fıkrasındaki hükme göre tarafların arabuluculuk görüşmelerinin sonucunda işe başlatma tarihini, anlaşmaya varıncaya kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını, işe başlatılmaması durumunda ise en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat miktarını belirlememeleri durumunda anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanağın da buna göre düzenlenmesi gerekmektedir. Son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılmasına rağmen, anlaşmazlık tutanağının dava dilekçesine eklenmemesi halinde bir haftalık süre içinde son tutanağın dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Aksi halde dava usulden reddedilecektir (Şahin, 2018: 92).

Görüldüğü üzere belirtilen hususların herhangi birinde eksiklik olması durumunda işe iadeye ilişkin arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma yapılmamış olacaktır. Dolayısıyla işe iade talebi konusundaki dava şartı arabuluculuk gerçekleşmiş olacak ve işçinin iş mahkemesine işe iade talepli dava açması mümkün olacaktır. Belirtelim ki bu ihtimal sadece işe iade ve ona bağlı diğer taleplerle ilgili olduğu için, işçilik alacakları (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret vb) konusunda dava şartı arabuluculuğun gerçekleştiğinden söz edilemez. Ancak belirtelim ki, taraflar feshin sonuçlarını yani kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacakları

ve yıllık izin alacakları ilgili konuları da görüşmüş ve buna rağmen aralarında anlaşma sağlanamamış ise, artık bunlar için de yeniden bir arabuluculuk sürecinin başlatılması gerekmeyecek, belirtilen alacaklar açısından da doğrudan dava açılabilir (Mutlay, 2018: 2142).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade ile ilgili dava açılabilir (İK, m.20/1). Ancak taraflar aynı süre içinde aralarında anlaşır ise, açık hüküm gereği iş mahkemesi yerine özel hakeme de gidebilirler (İK, m.20/1). Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (İK, m.20/2-3). Bu durumda işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (İK, m.21/6). İşveren, başvurusu üzerine işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (İK, m. 21/1). İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir (4857 Sayılı İK. m. 21/5). Ayrıca ifade edelim ki, boşa geçen en çok dört aylık süre, işçinin dava açma süresi, davanın sonuçlanma süresi ve işverence işe iade süresi göz önünde bulundurularak düzenlenmiş ise de, arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte bu dört aylık süreye bir aylık sürenin daha ilave edilmesi uygun olacaktır (Oğuz, 2016: 85).

İşe İade Talebi Dışında Arabuluculuğa Başvuruda Bulunmuş Olması Durumunda Tarafların Anlaşmaya Varamamasının Hukuki Sonuçları

İş hukuku açısından dava şartı arabuluculuğu işçi alacakları bakımından ele alan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması üzerine arabulucu tarafından bunun son tutanak düzenlenerek tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Arabuluculuk başvurusu sırasında başvuranın uyuşmazlık konusuna ilişkin hususları açıklaması gerekmektedir (HUAKY, m.23-4). Bu hüküm özellikle dava şartı arabuluculuk aşamasının tamamlanmasının ardından, taraflarca anlaşma sağlanamaması üzerine mahkemeye başvuru açısından önem taşımaktadır. Gerek 7036 sayılı Kanun gerek 6325 sayılı Kanun kapsamında arabuluculuğa dava şartı olarak başvuru durumunda iş hukuku kapsamında işçilik alacaklarının başvuru sırasında dile getirilmemesi veya eksik dile getirilmesi durumunda mevcut eksikliğin görüşmeler esnasında

giderilmesi veya görüşmeler sırasında talebin artırılması veya azaltılması mümkündür*.Konu uygulamada sorunlara yol açmış, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtay'da tartışmalara neden olmuştur. Başlangıçta işçinin tüm talepleri için dava açmayı düşündüğünde dava konusu yapacağı tüm talepleri dava şartı arabuluculuğu yerine getirirken tek tek saymasına gerek olmadığı kabul edilmiştir†. Ancak bu durumun da bazı sakıncalarının olduğu ortaya çıkmıştır. Dava şartı arabuluculuğun ağır koşullara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, işe iade davalarında hak düşürücü süre sorunlarının yaşanmasına, tazminat ve alacaklar yönünden alacağın kısmen zamanaşımına uğramasına birden fazla arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara paylaşılmasında tereddütlere ve en nihayet arabulucunun sorumluluğuna neden olacağı ifade edilmiştir‡.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, arabuluculuğa başvuruda talep konusunun belirlenmesi dava şartı arabuluculuk uygulaması nedeniyle oldukça önem arz etmektedir. İşçi işveren ilişkisinden doğan işçilik alacaklarının çok çeşitli olması, bu alacakların hepsinin tek bir dava ile de talep edilebilmesi benzer bir talebin arabuluculuk başvuru aşamasında da gerçekleşmesini sağlayabilmektedir. Ancak dava aşamasında olduğu gibi, arabuluculuk aşamasında da alacaklı işçinin bazı alacakları için talepte bulunması, bunlar üzerinde anlaşma sağlanamaması durumunda arabuluculuğa başvurmasında da bir engel yoktur. Ancak arabuluculuk aşamasında talep edilmeyen bir alacağın, daha sonra dava aşamasında arabuluculukta üzerinde anlaşma sağlanamayan diğer alacaklara ilave edilerek dava konusu edilmesi sorun doğuracaktır. Belirtelim ki tüm talepleri için dava açmayı düşünen bir işçinin, arabuluculuk başvurusunda her birini tek tek saymasına gerek kalmayacaktır (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 220).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği 02.06.2018 tarihinden itibaren yapılan başvurularda başvuru formu uygulaması başlamıştır. Buna göre bu tarihten sonra yapılan başvurularda, başvuran tarafından "işçilik alacakları" veya "işçi işveren ilişkisinden doğan alacak" gibi genel ifade kullanmaktan kaçınılması gerekecek, özellikle arabuluculuk başvurusu görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise memurun da formdaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunması söz konusu olacak bir başka deyişle 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğindeki bilgilere itibar edilerek süreç işletilecektir. Dolayısıyla 02.06.2018 tarihinden önceki başvurularda ise talebin "işçilik alacakları", "işçi ve işveren ilişkisinden doğan alacak" gibi genel bir içerikte belirtilmesi durumunda, başvurunun yönetmelikten öncesine ait olması nedeniyle dava şartının

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E.2019-510; K.2019-3277, www.legalbank.net (04.08.2020).

† Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E.2019-510; K.2019-3277, www.legalbank.net (04.08.2020); Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, 18.02.2019, E.2019/118, K.2019/249, www.legalbank.net (04.08.2020).

‡ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E.2019-510; K.2019-3277, www.legalbank.net (04.08.2020).

gerçekleştiği kabul edilecek ve söz konusu durumun işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmayacaktır*.

Dava şartı arabuluculuk kamu düzeninden sayıldığı için sürecin başarısız olması durumunda işçi arabuluculuk başvurusunda sadece ödenmeyen aylık ücreti ve kıdem tazminatı konusunu gündeme getirmiş ise, dava açarken bu talebin yanında ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti vb. gibi işçilik alacaklarını da katmak suretiyle talepte bulunamayacaktır. Çünkü dava şartı sadece ödenmeyen ücret ve kıdem tazminatı bakımından sağlanmış olacak, diğerleri bu kapsama girmeyecektir (Ekmekçi ve diğerleri, 2019: 188).

SONUÇ

Modern dünyada insanlık, nüfusun ve iş yapış biçimlerinin değişmesi, mahkemelerin iş yükünün artması, yargılama süreçlerinin uzaması ve tarafların sulh yoluyla anlaşma istekleri gibi sebeplerden dolayı hukuki uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemler arama girişiminde bulunmuştur. Bu alternatif yöntemlerden bir tanesi de arabuluculuk olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk yönteminin temel ilkeleri eşitlik, gizlilik ve gönüllülük esaslarına dayanmakta ve arabulucunun tavsiyeleri bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Arabuluculuğun ihtiyari niteliği ve gönüllülük esasına dayanması, dava şartı arabuluculuğa karşı yöneltilen temel eleştirilerden birini oluşturmaktadır. Ancak dava şartı arabuluculukta öngörülen zorunluluğun sadece başvuru aşaması ile sınırlı olması ve süreci devam ettirme veya sonlandırma iradesinin taraflara bırakılmış olması, arabuluculuğun ihtiyari doğasının zedelenmediğine ilişkin kanaatleri destekler niteliktedir.

Arabuluculuk Türk hukuk sisteminde 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile başlamıştır. Başlangıçta isteğe bağlı (ihtiyari) olarak başvurma üzerine kurgulanmış arabuluculuk sistemi, ilerleyen yıllarda özellikle başvurunun yoğunluğu da göz önünde bulundurularak bazı alanlarda zorunlu tutulmuştur. Bunlardan biri konumuzu da oluşturan iş hukuku alanında diğeri de ticaret hukukunda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesidir.

2018 yılı Ocak ayından itibaren iş hukuku alanında, 2019 yılı Ocak ayından itibaren de ticaret hukuku alanında dava şartı olarak arabuluculuk sistemine geçilmiş ve ülkemizde hukuk davalarının en yoğun olarak görüldüğü bu alanlarda arabuluculuğa başvurulması zorunlu tutulmuştur.

İş hukuku alanında arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu eleştiriler özellikle iş hukukunun işçiyi koruma anlayışının arabuluculuk yoluyla zayıflatıldığı ve iş hukukunun emredici nitelikteki kurallarının dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk yöntemiyle işinin boşaltıldığı noktasında toplanmaktadır.

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E.2019-510; K.2019-3277, www.legalbank.net (04.08.2020).

Aslında ihtiyari nitelikte arabuluculuğun uygulandığı dönemde tarafların isteğine bağlı olarak başvuru uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, yargı sistemine getirilmiş bir alternatif çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılamanın yapılmadığı arabuluculuk sistemi, tanık, keşif, bilirkişi gibi yargı sisteminin bilinen delil sisteminin işlemediği, işçi ile işverenin tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda ve her iki tarafın da birlikte çözüme ulaştığı bir yöntem olarak düzenlenmiştir. İşçinin güçlü işveren karşısında eşit konumda bulunmaması nedeniyle, yargı sisteminde daha fazlasına kavuşma olanağı bulunmakta iken, arabuluculuk sürecindeki bazı cazip tekliflerle alacak haklarından vazgeçme ile sonuçlanma tehlikesinin uygulamadaki örneklerle görülmesi arabuluculuğun eleştirilmesine neden olan en önemli olgulardan biri olmuştur.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasına getirilen eleştiriler sadece tarafların arabuluculuğa zorlanması ve böyle bir zorlamanın arabuluculuğun ihtiyari yapısına aykırı olacağı kanaatleriyle sınırlı değildir. Aynı zamanda arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanmasının yaratacağı etkiler de eleştirilere konu olmuştur. İş mahkemeleri kanununda yer alan “arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz” hükmü bu eleştirileri endişe boyutuna taşımaktadır. Zira arabuluculuk faaliyetleri sonucunda işçi tarafının, meydana gelen tüm uyuşmazlıklarda mutlak bir yaptırım gücüne sahip olan iş kanunu hükümlerinin öngördüğünden daha düşük menfaatlere razı edilmesi durumunda kanunun işçiyi koruma işlevi zedelenmiş olacaktır. Dahası, arabulucu nezdinde varılacak olan anlaşmanın bir irade sakatlığı sonucunda meydana gelmesi de ihtimal dahilindedir. Şüphesiz böyle bir hususun varlığı halinde de yargı yoluna başvurulması mümkündür. Ancak işçinin en başından itibaren dava şartı arabuluculuğa; arabuluculuk aşamasına gelindiğinde ise iradesi dışında bir karar vermeye zorlanması, işçinin uyuşmazlığa konu olan haklarının dışında ayrıca bir de irade sakatlığı için başka bir dava açmasını mümkün kılacaktır.

Ayrıca arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmasına bağlı olarak ortaya çıkan ve iş hukukunun işçiyi koruyucu nitelikteki temel ilke ve kurallarına tamamen ters düşen uygulamaların işçi aleyhine sonuç doğurmasını engellemek için, mevzuatta arabulucuda yapılan anlaşmanın denetlenebilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi yanında, zorunlu arabuluculuk sürecinde işçi-işveren arasındaki mevcut güç eşitsizliğinin zorunlu müdafiliğe benzer bir uygulama ile bir başka deyişle avukat ile temsilinin sağlanmasının da sürece katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Akkan, M. (2018), Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), s.1-31.

Albayrak, H. (2018), Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17, 12-24.

- Aşçı, M.S. (2019), Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri, *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*, 1(2), 80-91.
- Atış, İ. (2019), Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, *Sakarya İktisat Dergisi*, 8(1), 74-84.
- Canbolat, T.; Ocak, S.; Oğuz, Ö.; Karaca, A.; Bulur, A.; Koç, E. (2018), *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı*, Ankara.
- Çil, Ş. (2018), *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi*, Yetkin, 1. Bası, Ankara: Yetkin, 1. Bası.
- Gümrükçüoğlu, Y. B. (2017). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler, *Açık Medeniyet*, 2(12).
- Hanks, M. (2012), Perspectives on Mandatory Mediation, *UNSW Law Journal*, 35(3).
- Kaya, S. (2018), 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), 209-261.
- Mutlay, F.B. (2018), İş İade Davalarında Arabuluculuk, *Çalışma ve Toplum*, 4(59), 2129-2154.
- Odaman, S.; Karaçöp, E. (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 39, 44-62.
- Oğuz, Ö. (2016), *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul: Legal, 1. Bası.
- Özekes, Ö. (2018), İş İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, *TBB Dergisi*, 138, 273-316.
- Özkaraca, E.; Ünal, C. (2019), Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 42, 16-42.
- Özveri, M. (2020), İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, *Çalışma ve Toplum*, 65(2), 917-938.
- Peksan, S.; Delen M.; Yorgun, S. (2020), İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma, *Çalışma ve Toplum*, 64(1), s.321-346.
- Şahin, Ç.S. (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 75-114.
- Şahin Emir, A.; Kazmaz Tepe, B. (2018), İş Hukuku Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 3(58), 1481-1508.
- Tıktık, Y. Ç. (2013), *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: XII Levha.
- Türkoğlu Karacova, E.N. (2019), İş Hukukunun Dönüşümü ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, *Emek Araştırma Dergisi*, 10(15), 25-50.
- Yağcıoğlu, K. M. (2018), Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 457-486.