

İŞ HUKUKUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRI İFA EDİLEN ZORUNLU ARABULUCU ANLAŞMALARININ HUKUKİ DURUMU

Legal Situation Of Compulsory Intermediary Agreements Against The Public Order Of Labour Law

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ*
Dr. Öğretim Üyesi M. Halit KORKUSUZ**

Özet: Ülkemize yeni kazandırılan “zorunlu arabuluculuk” kurumu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanmaktadır. Buna göre; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları yani kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak mümkün değildir. Aradan geçen iki yıl içinde, konunun yeniden değerlendirilmesine ve her gün artan dava dosyalarının, suhuletle nihayete erdirilip erdirilmediği noktasında, yeniden değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Konu ile ilgili olarak, genel olarak, yeni kurumun bütün ayrıntıları ile toptan kabulü ya da toptan red mantığına dayanan yaklaşımlara ilişkin tercihte bulunulmaksızın, konu ile ilgili olarak bazı tartışmalara yer verilmiştir.

Asıl olarak, bu çalışmayla arzulanan temel husus; bir dava şartı olan “zorunlu arabuluculuk” prosedürü sonucunda, anlaşma tutanağında ya da arabulucunun yapmış olduğu diğer işlemlerde “iş hukukunun genel ve emredici yapısı” na aykırılığın ortaya çıkması haline yönelik hukuki tartışmalarda bulunulmuştur. Böyle ihtimalde, mevcut hukuk sistemimizde de, hangi mekanizmaların devreye sokulabileceği konuları tartışmaya açılmıştır.¹

Böylece, Türk iş hukuku’na yakın zamanda kazandırılan bu kurumun mümkün ve muhtemel karşılaşılabileceği problemlere karşı hukuki değerlendirmeleri ihtiva eden görüşler gündeme getirilerek, probleme çözüm aranmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Arabuluculuk, İş Uyuşmazlıkları, İş Hukuku

Abstract: Labour law is one of the private law fields that absolute or relative mandatory law rules are most intense. The regulations that contrary to labour law’s mandatory rules that have been obtained as a result of efforts that continues for centuries are generally not accepted in legal system.

In our country “Mandatory mediation institution” can only enforce in the resolution of the private law conflicts that arise from the business that parties can freely disposal even if it includes foreigner factor. This subject needs to reassess and also there is a need to assess whether the cases that increases everyday concluding proper to the regulations that have the public interest nature.

All details and some arguments without choicing any of them about the subject are included in that study. The main goal that aimed to achive with this study is in the conclusion of the procedure of the mandatory mediation what kind of situation arises if there are some contradictions to the Labour law’s general and mandatory nature in the final protocol or any other process that the mediator has done. Without denying mandatory mediation institutions contribution and disable it.

Thus, it has been tried to look for a solution to the problems by bringing the opinions that contain legal evaluations against the possible problems that this institution may face, which has recently come to the force to Turkish labour law.

Keywords: Mandatory mediation, Labor disputes. Labor law

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0002-6105-1229

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi, SBF Fakültesi, ORCID ID: 0000-0003-0744-9639
Makale Geliş Tarihi: 30/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 04/06/2020

¹ Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara-2018, s. 244.

I- İŞ HUKUKUNDA EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TASNİFİ

Emredici hükümler aksi kararlaştırılmayan ve sözleşme ile değiştirilemeyen kurallar olduğundan, tarafların sözleşme serbestisinin de sınırını çizmektedir. İş hukuku sözleşmeleri, tarafların akit özgürlüğü çerçevesinde serbestçe kurabilecekleri ve sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde belirleyebilecekleri mukaveleler olmakla birlikte, iş mevzuatında yer alan emredici hükümler, bu sözleşme özgürlüğünün sınırını belirleyecektir.² Bu tür kurallarda, esas olarak kamu düzeninin korunması amaçlanmakta ve bunların başında da, işçinin korunması gibi temel bir yüksek gaye de bulunmaktadır.³ Bu tür düzenlemeler, sadece ferdi iş münasebetlerinde değil, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarının korunması amacıyla yetkili sendika ile işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmelerine konulabilecek sözleşme hükümlerinin sınırlamalarında da müşahede edilmektedir. Mevzuatta düzenlenen emredici hukuk kurallarına aykırı düzenlemelerin toplu iş sözleşmeleriyle de kararlaştırılması mümkün olmamaktadır.⁴

Bu hükümleri, geleneksel tasnifte olduğu gibi, iş hukukunda; mutlak ve nisbi emredici hükümler olarak iki başlıkta incelememiz mümkündür.

A- İŞ HUKUKUNDA MUTLAK EMREDİCİ HÜKÜMLER

Emredici hukuk kuralları, toplumsal ve genel nitelikte ya da belirli kişilere yönelik olarak belirli bir menfaatin korunması amacıyla getirilen hukuk kurallarıdır. İş mevzuatında mutlak emredici hukuk kuralları, taraflarca uyulması zorunlu, sözleşmelerle işçi lehine dahi olsa, değiştirilemeyen kurallardır.⁵ Bu tür kurallar, salt işçilerin değil, tüm toplumun, kamu yararının ve düzeninin, tüm çalışma yaşamı ve barışının korunması amacıyla kabul edilen ve bu anlamda üstün genel menfaatlerin korunması amacıyla yönelik düzenlemelerdir.⁶

² Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, 2019, 18. Baskı, s. 34; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2019, 32. Baskı, s. 25.

³ Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3, s. 96.

⁴ Güler, Şerafettin, "Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008, s. 54.

⁵ Mutlak emredici hükümleri, öğretide bazı yazarlarca anlaşıldığı üzere genel bir biçimde "aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan düzenlemeler" olarak tanımlamak uygun değildir. Mutlak emredici hükümleri, yararlılık ilkesinin uygulanmasını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak anlamak ve bunlarla sınırlamak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Başka bir anlatımla, mutlak emredici bir hükümden söz edebilmek için işçinin daha lehinde bir düzenleme yapmanın mümkün olması ve fakat bunun yasakoyucu tarafından belirli nedenlerle engellenmesi gerekir. Özdemir, s. 105.

⁶ Süzek, s. 37; Yenisey, Doğan/ Yenisey Doğan, Kübra, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016, s. 59, 64.

Genel olarak mutlak emredici düzenlemelerin başlıca üç temel saik ile yapıldığı görülmektedir.

-İlk olarak işçi işveren ilişkilerinin ötesinde, toplumsal menfaatin sağlanması amacıyla yönelik olabilir. Örneğin, yabancıların çalışma haklarına ilişkin getirilen düzenlemelerin temel amacında mevcut toplumumuzun çalışma gücünün korunması hedefi vardır.⁷

-İkinci olarak, bu tür hükümlerle sağlanmak istenen amaç, işçiyi koruma prensibini uygularken bir yandan da, sözleşmenin diğer tarafı olan işverenin de belirli noktalarda korunması ve işçi ile işveren arasında bir menfaat dengesinin sağlanması olabilir. Bazı yazarlara göre, İş mevzuatımızda örneğin bu yönde, 6772 sayılı Kanunun Ek 1. ve 2. Maddeleri ile getirilen sınırlamalar, bu amaca hizmet etmektedir. Söz konusu mevzuat hükümlerine göre, bu kapsama giren işçilere toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilecek ikramiye sayısı, bir yılda dört aylık ücret tutarı ile sınırlanmıştır. Bu düzenleme mutlak emredici nitelikte olup, işçilere sözleşmelerle daha fazla ikramiye verilmesinin kararlaştırılması mümkün değildir.⁸ Yine, İş Kanunu'nun geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin 21. Maddesi de bu amaca hizmet etmektedir. İlgili madde hükmüne göre; mahkemece işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının da ödeneceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler mutlak emredici nitelikte olup, aksinin kararlaştırılması hiçbir surette mümkün değildir. Nitekim bu husus açıkça 21. maddenin son fıkrasında da düzenlenmiş ve *"Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."* şeklinde ifade edilmiştir. Anılan düzenlemenin aksi taraflarca işçi lehine kararlaştırılsa dahi, bu sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Yargılama aşamasında hakim tarafından sadece kanunda yazılı miktarda bir tazminata hükmedilmesi gerekir.⁹ Bu hüküm de işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasına yönelik bir mutlak emredici hüküm olarak görülebilir.

-Üçüncü olarak da, sözleşmenin tarafı olmayan ve ancak üçüncü kişilerin menfaatinin de söz konusu olduğu durumlarda, "menfaatler arasında denge sağlama" gibi gayelerle de mutlak emredici hükümler ihdas edilmiş olabilir. Örneğin, icra iflas hukuku çerçevesinde, işçi

⁷ Özdemir, s. 100.

⁸ Süzek, s. 36, Özdemir, s. 101.

⁹ Özkaraca, Ercüment/ Ünal, Canan, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu," Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 380.

alacaklarının sırasına ilişkin düzenlemeler bu şekildedir ve bu tür düzenlemeler mutlak emredici olarak düzenlenmiştir.

B- İŞ HUKUKUNDA NİSBE EMREDİCİ HÜKÜMLER

İş hukukunda, bu hukuk dalının temel ilkelerinden işçinin korunması prensibi, belirli bir menfaati sağlamaya yönelik olarak getirilen emredici hukuk kurallarını değişime uğratmış ve bunların birçoğuna nisbi emredici bir nitelik kazandırmıştır. Bu tür emredici hükümlere “sosyal kamu düzeni” adı da verilmektedir.¹⁰ Dolayısıyla iş hukukunda işçi lehine anlayış ve bu amaç dolayısıyla mevzuatta yer verilen pek çok düzenleme işçi lehine değiştirilebilir nitelikte, yani nisbi emredici özellikte düzenlenmiştir.

İş hukukunda emredicilik, daha çok, işçi yararına ve işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde, işverene karşı söz konusu olmakta ve işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır.¹¹ Nitekim iş mevzuatında, sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da ifade edilen nisbi emredici hükümlerle, işçi hakları açısından bir alt sınır çizilmekte olup, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle bu sınırın üzerinde işçi lehine düzenlemeler yapılması mümkündür.¹² Bu tür kurallar Anayasa’da güçsüzün korunması amacıyla kabul edilen sosyal devlet ilkesiyle ve İş Hukuku’nun temelini oluşturan işçinin korunması prensibinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmıştır.¹³

İşçinin korunması amacıyla iş mevzuatımızda yer verilen pek çok düzenleme nisbi emredici hüküm şeklinde düzenlenmektedir. İş mevzuatında yer alan ücrete ilişkin düzenlemeler ele alındığında ise, genel itibarıyla işçinin korunması prensibi benimsenerek, işçiyi koruyucu nitelikte hükümler getirildiği görülür. Asgari ücrete (m. 39), ücret kesme cezasına (m. 38), ücrette indirim yapma yasağına (m. 62) ilişkin düzenlemeler, işçiyi ve yegane geçim kaynağı olan ücreti koruma amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Öte yandan, İş K. M.32/5,6,7. fıkralarında yer alan hükümler de bu amaca hizmet etmektedir.

“-Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir.

-İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.

-Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkan ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz. “ hükümlerini de bu tür mutlak emredici hükümler arasında değerlendirmek mümkündür. Zira, kanun koyucu, bu hükümlerle,

¹⁰ Özdemir, s. 96.

¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 25.

¹² Süzek, s. 35; Doğan Yenisey, s. 53; Özdemir, s. 96; Güler, s. 55.

¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 26.

işçiyi, kendi serbest iradesi ile baş başa bırakmamış ve belli limitlerin altında hareket etme yasağı getirmek suretiyle, işçiyi koruyucu hükümler vaz etmiştir.

Bu tür düzenlemelerin nispi emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğu, zira işçi lehine aksi yönde düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁴

Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin, mutlak ya da nisbi emredici hüküm olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. İş güvencesinden yararlanma koşulları İş Kanunu uyarınca, İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu'nun kapsamında çalışan işçi olmak, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışma şartlarının yanı sıra; işyerinde en az otuz işçinin çalışması, işçinin en az 6 aylık kıdemini bulunması ve işçinin Kanunda belirlenen işveren vekillerinden olmaması şeklinde özetlenebilir. Eğer mutlak emredici hüküm olarak kabul edersek, tarafların bunun aksine hareket etmesi mümkün olmayacaktır. Nisbi emredici hüküm kabul edersek, işçi lehine olmak üzere, taraflarca, düzenleme yapılması mümkün olabilecektir. Örneğin, iş güvencesinden yararlanabilmenin kapsamının genişletilmesi işçi lehine bir düzenleme olduğu takdirde, bunu hangi kapsama alacağız. Tarafların iradesi ile yapılan genişletme, mutlak emredici hüküm olarak mı, kabul edeceğiz, yoksa nisbi emredici hüküm olarak mı kabul edeceğiz. Mutlak emredici hüküm olarak kabul ettiğimiz takdirde, getirilen korumadan yararlanamayacaktır. Nisbi emredici hüküm olarak kabul ettiğimiz takdirde, kanunen kapsama girmemekle beraber, sözleşmeyi nisbi emredici hüküm olarak (işçi lehine genişletilmesi mümkün) değerlendirir isek, o zaman İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu kapsamında yer almayan (İş K. m. 4'deki istisnalardan olan) bir işçinin bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle iş güvencesi kapsamında yer alacağını kabul etmiş olacağız.¹⁵ Aynı şekilde işyerinde otuzdan az işçi çalışmasına karşılık işyerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanacağını kararlaştırılması,¹⁶ kıdemi altı aydan az olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını belirlenmesi, Kanunda yazılı belirli koşuldaki işveren vekili olan işçiye iş güvencesinden yararlanma olanağının tanınması¹⁷ gibi, yaklaşımlar da

¹⁴ Özdemir, s. 108; Güler, s. 58.

¹⁵ Aras, Talip, "İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik," TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 437; Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 22.02.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, www.calismatoplum.org, E.T. 12.05.2020.

¹⁶ Yıldız, Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", Legal İHSGHD, S. 11, 2006.

¹⁷ Her ne kadar kanuni düzenleme, "İşletmenin 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 vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz." şeklinde düzenlendiğinden ve ilgili düzenleme esasen işverenin menfaatlerini koruma amacını taşıdığından, mutlak emredici hüküm olup olmadığı tereddüt yaratsa da, işveren vekili de işçi olduğundan ve işverene nazaran daha güçsüz durumda bulunacağından, işçinin korunması ilkesi

bu çerçevede değerlendirilecektir. Bize göre, kanunun amir hükümleri karşısında, tarafların bu hükümleri sözleşme ile genişletmesi mümkün görünmemekte, bu genişletme imkanı ancak kanun değişikliği ile mümkün olabilecektir. Aksini düşünüp, bu hükümlerin “nisbi emredici hükümler” olduğunu (sosyal kamu düzeni) kabul eden yazarlar da vardır. Bu düşünce sahiplerine göre; iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemeler değerlendirildiğinde ise, genel olarak, işçiyi koruma prensibinin benimsenerek işçiyi koruyucu düzenlemeler yapıldığı, ancak sözleşmenin iki tarafının, hem işçi hem işverenin menfaatlerini dengeleyici birtakım düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Zira fesih hakkı hem işçi hem işverene tanınmış bir hak olup, iş ilişkisini devam ettirmek istemeyen tarafın kullanabileceği bir yetkidir. Bu açıdan sözleşmenin feshi durumunda iki tarafın karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. Buna göre ikili bir ayırım yapılarak söz konusu düzenlemenin niteliği belirlenebilecektir.¹⁸

II- İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK KURUMU VE BUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Tarihin her döneminde gönüllü arabuluculuk ile tarafların, uyuşmazlıklarını çözmesi düşüncesi ve uygulaması var olmuştur. Ülkemizde de, daha önce yürürlükte bulunan önceki, 18 Haziran 1927 tarihli ve 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 334 v.s. hükümlerinde de, gönüllü arabuluculuk kurumuna* müsaade edilmekte idi. Ancak, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, mevzuatımıza gönüllü arabuluculuk kurumuyla ilgili ayrıntılı hükümler getirmiştir. Arabuluculuk kurumunun bir dava şartı olarak ileri sürülmesinden önce yeterli denilebilecek bir sürede, gönüllü arabuluculuk kurumunun fonksiyon icra ettiği de gözlemlenmektedir. Bu sistemin, başarılı olduğu iddiası ile,¹⁹ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu ile, bir dava şartı olarak, zorunlu arabuluculuk sistemine geçilmiştir.

Zorunlu arabuluculuk, alternatif çözüm yollarından biridir ve temelde tarafsız ve objektif konumda, aralarında uyuşmazlık bulunan

çerçevesinde söz konusu hükmün nisbi emredici olarak değerlendirilmesi ve aksinin işçi lehine kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır. Aras, s. 449-450.

¹⁸ Aksi görüş için bkz; Aras, s. 446; Bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 23.02.2009, E. 2008/13047, K. 2009/3265.

¹⁹ 7036 sayılı kanunun genel gerekçesinde, “ 2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca iş uyuşmazlıkları, ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 89’unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93’e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95’i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır. “ ibaresi yer almaktadır. Bkz. 7036 s.y.’nin genel gerekçesi, <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=16675> E.T. 15.05.2020.

tarafları, arabulucunun da yardımı ile, üzerine mutabakata varmalarının mümkün olabileceği optimal çözüm önerilerini üretip sunmayı amaçlayan bir kurumdur.²⁰ Ülkemiz, Zorunlu arabuluculuğu öngören ve dava şartı haline getiren hükümleri içeren düzenlemeleri, 7036 s.y. ile 1 Ocak 2018'den itibaren, sisteme monte etmiş ve bunu da zorunlu olarak öngören bir temelde uygulanmaya başlamıştır.

Öte yandan, ülkemizdeki arabuluculuk kurumunun, iş yargısının alternatifi olan ve dolayısıyla adli nizamın yerine ikame edilmeye çalışılan ya da onunla rekabet eden bir süreç ya da mekanizma olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak, yeni sisteme karşı eleştiriler devam etmekte ve konu ile ilgili olarak tartışmalar devam etmektedir.

A- ZORUNLU ARABULUCULUĞA KARŞI OLAN GÖRÜŞLER

7036 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce, “iş hukuku” ilkelerinin “zorunlu arabuluculuk ilkeleri” ile çelişebileceği konusunda, Türk iş hukuku doktrinde ciddi görüşler ileri sürülmüştü.²¹ Sonrasında da, bu endişeler dile getirilmiş ve zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verebileceği görüşünün doktrinde yer yer dile getirildiği müşahede edilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanmamalıdır.²²

Zorunlu arabuluculuk kurumuna, kural olarak karşı çıkılmamaktadır. Özellikle iş hukuku yönünden üç temel kaygı taşınmaktadır.

1- İşçinin iradesinin arabulucu anlaşmasına yansıtılmama riski

İşveren karşısında iktisadi olarak zayıf olan işçiler, mevcut durumları ve yeni iş bulabilmelerindeki zorluklar nedeniyle, uzun sürecek dava sürecinden kaçınmak ve alacağına bir an evvel ulaşmak gayesiyle arabulucu nezdinde kendisini işverenle anlaşmaya zorunlu hissetmektedir.

Alternatif çözüm yollarından zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verdiği görüşü doktrinde yer yer dile getirilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanamaz.

²⁰ Tanrıöver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s.151.

²¹ Bkz. Alp, Mustafa, <http://egeyebakis.com/is-hukuku-gunleri-6-defa-duzenlendi/> E.T.: 14.05.2020.

²² Çiçek, s.40.

2- Arabulucu anlaşmalarında öngörülen tarafların eşitliği ilkesinin her zaman gerçekçi olmadığına ilişkin yaklaşım

İş hukuku nokta-i nazarından, işçinin işverenle hiçbir zaman eşit olmadığı ve taraflar arasında her zaman bir güç dengesizliği olduğu gerçeği bulunmaktadır. İş yargılaması ve delil değerlendirme sürecinde işçinin zayıf taraf olma durumu her zaman dikkate alınmıştır. Oysa arabuluculuk, özü itibarıyla bir karşılıklı pazarlık süreci olup, taraflar arasındaki güç farklılıkları sürecin meşru ve bütünüleyici bir parçasıdır. Evleviyetle maddi ödemelere bir an önce kavuşma ihtiyacı olan işçinin, yargılama sonunda daha yüksek bir tazminat elde edeceğini bilmesine rağmen daha düşük bir rakama anlaşması da mümkündür.

3- Kanunun sağladığı imkanların son tutanak ile ortadan kalkması ihtimali

Zorunlu arabulucu sürecinde, yeterince hukuki alt yapısı olmadığı için haklarını bilemeyen işçilerin, arabuluculuk süreci içinde de doğru bilgilendirilmemesi halinde, atacağı imzanın sonucunu bilmeyebilir. Bu durumda da büyük hak kayıpları söz konusu olabilir. Zayıf olan işçi tarafı haklarının, pek çok emredici nitelikli normla korunmuş olup, iş mahkemelerindeki yargılama süreci sonrasında işçi, yasayla korunan bu haklara ulaşabilmektedir. Buna karşılık alternatif çözüm yollarının işçiye bu tip bir emredici korunma sağlamadığı da ileri sürülmektedir.²³

4- Arabulucu görüşmeleri aşamasında, işçinin yukarıda belirtilen hususların dışında iradesinin fesada uğratılması riski

İşçiler, zorunlu arabuluculuk süreci boyunca yukarıda belirtilen ve kanunun emredici olarak belirttiği ve işçinin korunması amaçlı olarak düzenlediği işçi lehine düzenlemelerin dışında da hak kayıplarına uğraması mümkündür. Özellikle son tutanakta, kanunun emredici olarak öngördüğü ve şartları tuttuğu için ödemesini zorunlu olarak belirttiği ödemelerde bir tümünden ya da kısmen feragatler ya da külliyen sarfı nazar da söz konusu olabilir. Ücret, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik haklarından sarf-ı nazar etme ya da çok düşük bir miktar ile geçiştirme imkanı da olabilecektir.

Zira, İş hukukuna ilişkin emredici hükümlerin ortaya çıkması, yüzyıllar süren mücadeleler sonucunda elde edilen kazanımlardır. Bu nedenle, bu kazanımların, bir arabulucu anlaşma tutanağı ile ortadan kalkması ya da kaldırılma riski bulunmaktadır. Esasen zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin, iş hukukunda uygulanmasının pratik olmaması iddiası ile, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan “anlaşma mutabakatı” bir ilam niteliğinde değildir. Bu nedenle, kanunla getirilen tarafların anlaşması ile oluşan “son tutanak anlaşması”nın,

²³ Yenisey Doğan, s. 78-80; Çiçek, s. 30.

hukuken bağlayıcı olmadığı ve fakat yargı incelemesine tabi olduğuna dair yorum ile arabuluculuk kurumunun kanuni muhtevasına yönelik eleştiri vardır. Bir başka ifade ile, kanun koyucunun bu kurumun niteliğine ilişkin getirdiği düzenlemelerin, özensiz bir kanun tekniğine dayanması nedeniyle getirilen eleştiriler ve bu eleştiriler doğrultusunda, kanun koyucunun, 7036 sayılı yasa ile getirdiği, zorunlu arabuluculuk aşamasında varılan mutabakatın niteliğinin usul ve icra hukuku ile paralel olmadığına ilişkin görüşler vardır.²⁴

Arabuluculuk kurumuna karşı duran görüşler, genelde, yukarıda belirtilen yaklaşımlar çerçevesinde, konuyu irdelemektedirler.

B- ARABULUCULUK KURUMUNUN YERİNDE OLDUĞUNU KABUL EDEN GÖRÜŞLER

Alternatif uyuşmazlık çözümleri, anayasalarda temel hak ve özgürlükler arasında kendisine yer verilmek suretiyle güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğünün önünde bir engel değildir; onun, bu özgürlüğü sınırlamak yahut bertaraf etmek gibi herhangi bir amacı ve işlevi de bulunmamaktadır.²⁵

Öte yandan, sisteme monte edilen “zorunlu arabuluculuk” anlayışı, sadece süreç yönünden zorunludur. Sürecin sonraki aşamalarına geçmede, devam etmekte veya sonuçta alınan karara uymakta her iki tarafın da karşılıklı rızasını gerektirmektedir. Taraflar uzlaşmak istemediği takdirde dava yolunu kapatmamakta ve hak arama özgürlüğünü de kısıtlamamaktadır. Bazı mukayeseli hukuk sistemlerinde başvurunun zorunlu olduğu mahkeme bağlantılı arabuluculukta dahi, taraflar istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun iznine gerek olmadan arabuluculuk müzakerelerini terk edebildiklerinden, hak arama hürriyetine herhangi bir aykırılık gözükmemektedir. Bu sistemde, uyuşmazlığın çözülüp çözülmeyeceğine ve uzlaşma koşullarının ne olacağına, iki taraf özgür iradeleriyle karar vereceklerdir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanununun bazı maddelerinin iptali için açılan davada vermiş olduğu 10.07.2013 tarihli, 2012/94 E. -2013/89 K. sayılı kararda şu hususlara değinmiştir. Uyuşmazlıkların çözümü konusunda temel olarak iki sistem vardır. Birincisi, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, diğeri ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Arabuluculuk kurumunu da içine alan bu ikinci sistem, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır.

²⁴ Ekmekçi, Ömer/ Özkes, Muhammet/ Atalı, Murat/ Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2019, 2. Bası, s. 111 v.d.

²⁵ Namlı, Mert, "İş Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016*, s. 67 vd.; Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 39.

Resmi arabuluculuk aşamasında, taraflar öneri getirmeye ve getirilen önerileri, mutlaka kabul etmeye zorunlu değildirler. Ancak, kendilerinin getirdikleri önerilerin karşı tarafça kabulü ya da ister karşı taraftan ve isterse de zorunlu arabulucu tarafından getirilen karşı bir öneriyi kabul etmesi ve kanunda belirtilen prosedüre uygun olarak hazırlanan “son tutanak” yargısal bir etkiye sahip olacaktır.

Arabuluculuk sonunda tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve anlaşmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, yine taraflar arasında tanzim edilen son tutanak ile belgelendirilir. Arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği veya ne zaman sona erdiği konusunda bir tereddüt doğmaması için bir tutanakla sonucun belgelendirilmesi gereklidir. Kanun koyucu, tutanağın muhtevası konusunda da emredici düzenlemeler yapmamış, anlaşmanın kapsamını ve şeklini tarafların serbestçe karar verebilmesine imkân tanıyacak şekilde düzenlemiştir. Tutulan zabtın asıl fonksiyonu sürecin sona erdiğinin belgelendirilmesi olmakla birlikte, taraflar tutanakta hangi hususların yazılacağını serbestçe kararlaştırabilir. Faaliyetin gizli kalmasını arzu edebilecekleri gibi, daha ayrıntılı bir tutanak da düzenlenmesi mümkündür. Arabulucu da tutanağın içeriği ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirerek tarafların iradelerini en iyi yansıtabilecekleri tutanağın oluşmasını sağlayacaktır.²⁶

Arabuluculuk sürecinde, ayrıca bir karar mercii bulunmadığı gibi, sürecin sonunda herhangi bir karar mercii de bulunmaz. Sürecin sonunda arabulucular, “arabuluculuk anlaşma belgesi” tanzim ederler. Arabuluculuk anlaşma belgesi yerine arabuluculuk kararı şeklinde bir kullanım hatalı olur. Taraflar uyuşmazlıkları anlaşarak veya anlaşamayarak sonuçlandırır. Anlaşmaya varılırsa, anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve bir anlaşma belgesi düzenlenir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/2. maddesi gereğince, tarafların sadece anlaşmaları zaman değil, anlaşamadıkları zaman da faaliyetin nasıl sona erdiğini gösterir tutanak halindeki belgenin taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanması gereklidir. Burada, taraflardan kastedilen tarafların kanuni temsilcileri veya avukatları da olabilmektedir. Tarafların imza şartı sadece "sebebi belirtilmek suretiyle" ortadan kalkabilirken, arabulucunun imzası her zaman zorunludur. Bu durumda arabulucunun imzası tutanağın geçerli bir belge niteliği kazanması için yeterlidir.

Son tutanak ile birlikte hazırlanan “anlaşma belgesi” tanzimi durumunda, bu belge, Kanunda yer verilen yetkili kişiler, yani hem taraflar hem de arabulucu tarafından imzalanmalıdır. Taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmayan belge, Kanunun anlaşma belgesi

²⁶ Karakullukçu, Feyza Sultan,
<http://www.mondaq.com/turkey/x/771734/Arbitration+Dispute+Resolution/Hukuk+unda+Zorunlu+Arabuluculuk+Ve+Arabuluculuk+Tutanakların+Nitelii>,
E. T.: 10.12.2019.

niteliği verdiği bir belge anlamı taşımayacak, yani icra edilebilirlik şerhi de alınmayacaktır. Dolayısıyla ilam niteliğinde de kabul edilemeyecektir.²⁷

Öte yandan taraflarca imzalanan, arabulucu tarafından ise imzalanmayan bir anlaşma belgesi yalnızca bir borç ikrarı ya da sözleşme niteliğinde kalacaktır.

Bu görüşlere göre; zorunlu arabuluculuk kurumunun iş hukukunun emredici hükümleri ile çelişen bir yönünün bulunmadığı ve tam aksine, işçilik alacaklarının daha çabuk şekilde ve daha hızlı tahsil edebilme imkanı bulunmaktadır.

Esasen Türkiye ikame edilen normal bir iş davasının sonuçlanması ve (parasal değer elveriyorsa) Yargıtay aşamasından da geçmesi, 2015-2017 yılları arasında ortalaması 4 yılın üzerindedir. Her yıl 500.000’den fazla uyuşmazlık çözülmek zorundadır.²⁸ Bu süreç sonucunda, işçinin mahkeme sonucu hükmedilen alacakları, borçlu işverenin işyerini kapatması vb. nedenlerle tahsil kabiliyetini kaybetmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, işçi, zorunlu arabuluculuk faaliyeti içinde, hak etmiş olduğu bir kısım alacaklardan vazgeçme sonucunu tercih edebilecektir Zira açılan iş davasının sonuçlanması ve (parasal değer elveriyorsa) Yargıtay aşamasından da geçmesi, 2017-2020 yılları arasında ortalama 4 yılın üzerindedir. Bu süreç sonucunda, işçinin mahkeme sonucu hükmedilen alacakları, borçlu işverenin işyerini kapatması vb. nedenlerle tahsil kabiliyetini kaybetmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, işçi, zorunlu arabuluculuk faaliyeti içinde, hak etmiş olduğu bir kısım alacaklardan vazgeçme sonucunu tercih edebilecektir. Dava şartı olarak arabuluculuk sisteminin kabulünden sonra, davalarda çok büyük düşüşler olduğu ve işçilerin haklarına daha çabuk kavuştuğu iddia edilmektedir.²⁹

C- ZORUNLU ARABULUCULUK ANLAŞMASININ MAHİYETİ

Esasen, henüz kanun yürürlüğe girmeden önce, “iş hukuku” ilkelerinin “zorunlu arabuluculuk ilkeleri” ile çelişebileceği konusunda, Türk iş hukuku doktrininde ciddi görüşler ileri sürülmüştü. Zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verdiği görüşü doktrinde yer yer dile getirildiği müşahade edilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin

²⁷ Korkmaz, Fahrettin, KIYAK, Emre, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.4, İstanbul- 2018 s. 34.

²⁸ BKz. Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistikleri- 2018, s. 193 vd.

²⁹ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T. 15.05.2020.

uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanamaz.³⁰ Ancak, söz konusu itirazlara rağmen, kanun kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk kurumu konusunda, leh ve aleyhte yapılan değerlendirmeleri dikkate almamız gerekir. Öte yandan, Arabuluculuk kurumunun getireceği sosyal problemlerin görüşlerinin çok önemli olduğu ve özellikle son ikiyüz yıllık işçilik kazanımların da berhava olmaması ve hukuk sistemi içinde, mümkün ve muhtemel sıkıntılara karşı mekanizmaları da tespit etmemiz gerekir. Bu nedenle, öncelikle, arabuluculuk kurumunun tutanaklarına ve özellikle son tutanağına ilişkin değerlendirmeler yapmak gerekir.

1-Anlaşma belgesi, kural olarak, kanunda belirtilen kişi veya yetkili temsilcilerinin imzası ile kanunda yazılı şartlarda ve adi yazılı şekilde hazırlanır. Ancak, bu belgenin adi bir sözleşme olduğu anlamına gelmez. Zira, ortada bir tarafların anlaşması ve kanunla yetkilendirilmiş bir organın (arabuluculuk kurumunun) onayı bulunmaktadır. Öte yandan, yine tarafların anlaşması ile, söz konusu arabuluculuk anlaşma belgesinin herhangi bir noterde onaylama ya da düzenleme resmi şekillerinde de yapılmasında hukuken herhangi bir mahsurun olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.³¹

2-Tarafların gönüllü veya zorunlu arabuluculuk ilkeleri çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin şu sonuçları bulunmaktadır.

-Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir, anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde, bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

-Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

-Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, çekişmesiz yargıya ilişkin yetki hükümleri yanında arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir.

-Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir.

-İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu

³⁰ Çiçek, s.40.

³¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112.

harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır. -Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Aynı husus, Avukatlık kanununun 35. Maddesinde de bulunmaktadır.

-Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (R.G. 30439, 18 Haziran 2020, Adalet Bakanlığı Hukuk Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, (HUAKE Yönt.) m. 21).

Öte yandan, kendisine başvuru ilgilii mahkeme anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum tespit etmesi durumunda, anlaşmaya şerh vermeyebilecektir.³²

3-Anlaşma belgesi niteliği itibariyle, sadece bir maddi hukuk sözleşmesi değil, artık taraflara bu konuda dava açma yetkisini kaldıran bir belge niteliğindedir.³³ Esasen söz konusu belgenin içeriği taraflarca serbestçe oluşturulmakta, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşturulmakta ve taraflarca imzalanmakta olsa da, özel kanun hükmü ile bir daha bu konuda dava açılmayacak bir belge tanzim etmişlerdir.³⁴

4- Zorunlu arabulucunun da imzasının bulunduğu bu anlaşma; sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflarca serbestçe yapılabilmekle beraber, anlaşma belgesinin maddi hukukta yer alan kurallara uygun olarak akdedilmesi ve şekli olarak tamam olması gerekir. Yani tarafların ehil olması, sözleşmenin emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekecek, aksi halde kesin hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir.³⁵

5-Gerek gönüllü arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta, anlaşma belgesinde irade beyanlarının birbirine uygun olması gerektiği kadar, genel kamu düzenine uygun bir şekilde tanzim edilmesi ve arabuluculuk faaliyeti kapsamına girmeyen konularda hiçbir şekilde anlaşma tutanağı tanzimi cihetine gidilmeksizin, arabulucunun bu faaliyetten çekilmesi gerekir (HUAKE Yönt. M. 17/2, 20/4,).

³² Doktrinde bazı yazarlar, mahkemenin anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum tespit etmesi durumunda da, anlaşmaya şerh vermeyeceğini belirtmişlerdir. Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112.

³³ Tuğsavul, Taşpolat, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 344.

³⁴ HUAKE m. 18'in gerekçesinde "İkinci fıkrada, anlaşma belgesinin etkisi düzenlenmiştir. Taraflar varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır. Ancak, bu belgeye ilam niteliği kazandırılmak isteniyorsa icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekecektir."

³⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 114-115; Korkmaz/Kiyak, s. 52; Taşpolat Tuğsavul, s. 344.

D- ARABULUCULUK ANLAŞMALARININ KANUNUN EMREDİCİ NİTELİKLERİNE AÇIKÇA AYKIRILIK TAŞIMASI

Zorunlu Arabuluculuk kurumuna karşı getirilen eleştiriler dikkate alındığında; bu kuruma yönelik eleştirileri başlıca iki ana başlıkta incelememiz mümkündür. Zorunlu arabuluculuk aşamasında aşağıdaki sorunlar ortaya çıkmış olabilir.

- Arabuluculuk sürecinde, iş hukukunun emredici niteliğine aykırı haller ortaya çıkabilir.

- Arabuluculuk anlaşmasında tarafların ceza hukukunda yer alan ve suç teşkil eden fiillere ilişkin eylemleri söz konusu olabilir. Örneğin, yetkisiz birinin işçi adına imza atması neticesinde, ceza mahkemesinin devreye girmesi söz konusu olabilir.

- İşçinin iradesi sakatlayan haller ve gabin gibi durumlar ortaya çıkmış olabilir.

Aksi halde genel hükümler uyarınca söz konusu anlaşmanın iptalinin istenmesi, çok sıkı şartlarla ve zorunlu arabuluculuk kurumuna müdahale etmemek ve kanun koyucunun iradesini işlevsizleştirme anlamında olmamak kaydıyla, mümkün olabilecektir.

Zira, arabulucunun da imzasının bulunduğu anlaşma tutanağının her an, yargı yolu ile iptalinin istenmesi, bu kurumun külliye ortadan kalkmasına neden olabileceği gibi, Türkiye’de özel hukuk uyuşmazlıklarının % 40 civarındaki uyuşmazlıkların “işçi alacakları” olması nedeniyle, ortaya çıkan ve adalete erişimin daha hızlı ve çabuk olmasını amaçlayan kanuni düzenlemenin rafa kalkmasına, işyerlerinin kapanmasından birkaç sene sonra sona eren yargı uyuşmazlıklarına yeniden dönmesine neden olabilecektir. Her ne kadar, arabuluculuk kurumunun bir dava şartı olarak gelme gerekçeleri bu gün için gündeme gelmiyor ise de, Adalet Bakanlığının verileri ortadadır. Çalışanların büyük çoğunluğunun işçilik haklarına davaların uzaması ve sonrasında da, işyerinin kapanması nedeniyle haklarına ulaşamadığı zamanlarda, işçilere sadece mahkeme yolunun doğru yol olduğunu söylemek sorunlarına çare olamayacaktır. Bu nedenle, bu tür kararlarda çok dikkatli olmak gerekir.³⁶ Esasen, zorunlu arabuluculuk sisteminden sonra dava sayılarında önemli bir azalmanın olduğu da müşahede edilmektedir.³⁷

Bir dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kurumunun devreden çıkması sonrasında, işçilerin lehine yeni bir durumun gelmeyeceğini geçmiş uygulamadan biliyoruz. Nitekim geçmiş uygulamada

³⁶ Resmi verilere göre, 2016 yılında 557.000 iş davası açılmış ve 2017 yılında 551.000 dosya ve 2018 yılında da 540.000 ihtilafı dava dosyası görülmek suretiyle, ülkemizde en fazla görülen özel hukuk ihtilafı olma özelliğini devam ettirmiştir. Bkz. *Adli İstatistikler*, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019, s. 194 v.d.

³⁷ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T.: 15.05.2020.

gördüğümüz gibi çok uzun süren davalar sonucunda, mahkemece işçi lehine karar verilse bile tahsilatı mümkün olamamaktadır. Türkiye’de işletmelerin büyük çoğunluğu, kendi öz sermayesi ile değil banka kredisi ya da devlet teşviki ile işlerini büyütme ve finans mekanizmalarını çevirmek zorunda kalmaktadırlar. Davanın kazanılması sonrasında, işçi tarafı haciz, veya iflas isterse, bütün dünyada olduğu gibi, çoğunlukla; rehinli alacaklar ön planda gelmekte, sonrasında ise malın aynından doğan alacaklar ve daha sonrasında da diğer kamu alacakların tahsili cihetine gidilmektedir. Bu kalemde de bir şey kalırsa, işçilerin parasal haklarına kavuşması söz konusu olabilecektir.³⁸ Esasen uygulamada, işçilerin % 90’ın kıdem tazminatını tahsil edemediği ileri sürülmektedir.³⁹

Anlaşma belgesiyle anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hükmün, doktrinde bazı yazarlar tarafından, anlaşma belgesinin geçerliliğini her zaman tartışılabilmesine imkan sağlayacak şekilde yorumlanmasıyla,⁴⁰ Kanunun emredici hükmünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak ve kanun koyucunun amacına ters ama “işçi lehine yorum ilkesi” çerçevesinde doğru kabul edebileceğimiz bu yaklaşımın, getirisi götürüsünden fazla olabilecektir. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi, gerek iradi arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta tarafların anlaşması sonrasında, anlaşma gereği hakkına kavuşan kişi ya da kişilerin, sonradan bunun kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile geçersizliğini ileri sürmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, gerek HUAK ile gönüllü arabuluculuk ve gerekse İş MK ile getirilen ‘dava şartı olan arabuluculuk’ kurumunun işlevsizleşmesine ve kurumun niteliğinin ortadan kalkmasına neden olabilecektir.

III- ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNDE EMREDİCİ HÜKÜMLERİN İHLAL EDİLMESİ

Bir dava şartı olan, salt arabulucunun katılımıyla bir anlaşma yapılması, anlaşmanın mutlaka hukuka uygun olduğu ya da emredici hukuk düzeninin bir parçası olmuş özellikle işçi tarafının yüzyıllara sari iktisap edilmiş haklarına halel gelmediği anlamına gelmeyecektir.⁴¹ Bu nedenle, emredici hükümlere uygun anlaşmaların yapılması arabulucuların görevidir. Bu konuda, Adalet bakanlığı çok sık eğitim toplantıları ile ve yönetmeliklerle ortaya koyacağı standart anlaşma belgeleri ile, arabulucuların kamu düzenine aykırı işlemlerde bulunmasını engelleyebilir veya asgariye düşürebilir.

³⁸ Korkusuz, M. Refik, *Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku’nda İşçilik Alacaklarının Korunması*, Ankara, 2004, s. 130 vd.

³⁹ <https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/iscilerin-yuzde-90i-kidem-tazminatinalamiyor-234503.html>, E.T.: 20.05.2020.

⁴⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/seven, s. 115.

⁴¹ Taşpolat, Tuğsavul, s. 344.

Kural olarak, kamu düzenine ve iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir anlaşma yapılması; en az beş yıl veya daha fazla bir süreden bu yana mesleğini ifa etmiş hukukçu niteliğine sahip olup, ayrıca da arabuluculuk eğitimi alıp, yapılan merkezi arabuluculuk sınavını da kazanmış arabulucular için düşük ihtimal olduğunu söylememiz gerekir. Zira, bu işi yapan arabulucuların çok dikkat etmesi gereken konular olduğu, kendilerine verilen her aşamadaki eğitimlerde kendilerine belirtilmiştir. Daha düşük ihtimal olmakla beraber, emredici hükümlere aykırı arabulucu anlaşmalarının veya arabulucu zabıtlarının tanziminin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Yapmış olduğumuz araştırmalarda, emredici hükümlere aykırılığın, çok az sayıda bazı arabulucular tarafından; taraflarca kabul edilen ücret temelinde ve yine taraflarca kabul edilen çalışma süresi esas alınmak suretiyle, arabulucuların bazen işçilik alacaklarını tek tek hesaplamadıkları ve sadece tarafların belirledikleri miktarı yazarak taraflara imzalattıkları ve uyuşmazlığın bittiğini yazdıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda da, iş hukukunun emredici niteliğinin ortaya çıkacağı her türlü münakaşadan vareste olacaktır.

Belirtilen nedenle, arabuluculuk anlaşma metninin, iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı olması durumunda ne olacaktır? Bir başka ifade ile, işçinin hakları, arabulucunun bilerek ya da bilmeyerek ihlal edilmesi halinde nasıl bir mekanizma söz konusudur? Bu durumda, Yargıtay'ın bazı ilkeleri tespit etmesinde yarar bulunduğu gibi, Adalet Bakanlığının, yol gösterici mahiyette olmak üzere; doktrinin de görüşlerinden yararlanarak daha sınırlı sayıda standart tutanak tespitinde yarar bulunmaktadır. Bu ilkeler, o andaki toplumun kabul edebileceği ilkelerden vareste olmaması gerekir.

Arabulucu anlaşma tutanaklarının, kurumun işlevsiz kılınmaması için gereken gayret gösterilmek ve kanun koyucunun iradesini devre dışı bırakmamak kaydıyla, aşağıdaki hallerde, kabili iptal olabileceğini düşünüyoruz.

A- CEZA MAHKEMESİ KARARI İLE ARABULUCU ANLAŞMASININ SUÇ TEŞKİL ETTİĞİNİN ANLAŞILMASI

Arabulucunun yaptığı iş ve işlemlerin, ceza mahkemesi tarafından suç teşkil eden bir eylem olduğu ya da, ceza mahkemesi tarafından, genel ceza hukuku ilkelerine aykırı olması nedeniyle, bir kesinleşmiş bir kararla tespiti halinde, artık söz konusu arabulucunun da imzasının bulunduğu “son tutanak” ta belirtilen kararların geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Yine, arabuluculuk anlaşmasında işçi adına imzası bulunan şahsın hukuken yetkili bir kimse olmaması, işveren kaşesinin sahte olması veya işvereni temsil etme salahiyetinin bulunmaması gibi durumlar, aynı zamanda ceza davası (niteliğine göre, özel evrakta sahtekarlık ya da resmi evrakta sahtekarlık) konusu olabilir. Böyle bir halde, ceza mahkemesinin vereceği karar ehemmiyet arz edecektir.

Bilindiği gibi, Ceza hukuku suç oluşturan eylemin cezalandırılmasında kamu yararı aramaktadır. Özel hukuk ise haksız eylemin kişilere verdiği maddi ve manevi zararlarla uğraşır. Ceza hukukunda eylemin “kast” ve “taksir” öğeleri araştırılır. Tazminat davalarında ise “kusur” ve “sorumluluk” aranır. Bu nedenlerle, her iki hukuk düzeni birbirlerinden farklı hükümler içerirler ve farklı amaçlar güderler. Bununla birlikte çoğu yerde kesişirler ve birbirlerini etkilerler. Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisi, TBK.m.74’de düzenlenmiş olup, bu maddede ceza-hukuk ilişkisinin tümü değil, yalnızca haksız eylemden doğan tazminat davaları yer almış bulunmaktadır.

6098 sayılı yeni TBK. 74. maddesine göre de: “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” Yeni TBK ile hukuk hakimi, ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsız kılınmış; ceza mahkemesince haksız eylemin suç niteliği saptanmamışsa, hukuk hakimine bunu kendiliğinden ve özgürce araştırma ve sonucuna göre karar verme yetkisi tanınmıştır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, tazminat davalarına daha uzun süreli ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulanması için, haksız eylemin yalnızca suç niteliği taşıması yeterli görülümüş; ayrıca eylemi işleyen hakkında ceza kovuşturması yapılmış ve mahkumiyet kararı verilmiş olması koşulu aranmamıştır.

Eğer suçun işlendiğine veya işlenmediğine ilişkin ceza mahkemesinin kesin bir kararı varsa, örneğin ilgili arabuluculuk son tutanak belgesini düzenleyen yine bu belge ile sınırlı olarak ceza alması durumunda, hukuk hakimi bu karara uyacak ve belgenin iptaline karar verecektir. Böyle bir karar yoksa veya kanıt yetersizliği nedeniyle ya da suç kastı bulunmadığı gerekçesi ile aklama (beraat) kararı verilmişse, hukuk hakimi, haksız eylemin suç niteliğini doğrudan araştıracaktır.⁴²

⁴² <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/ceza-mahkemesi-kararlarinin-hukuk-mahkemesine-etkisi.htm> E.T.: 23.05.2020.

B- İŞÇİLİK ALACAKLARININ FERAGAT VEYA SULH OLMASIZIN, AÇIKÇA EKSİK HESAPLANMASI, İŞÇİNİN HAK KAYBINA UĞRADIĞININ ANLAŞMA BELGESİNDEN BİLE ANLAŞILMASI

1- Ücret alacakları ile ilgili uyuşmazlıklarda;

Anlaşma belgesindeki çalışma süresi ile, işçinin ilgili tutanakta belirtilen hak ettiği ücreti hesabı arasında telfiki mümkün edilemez bir oranın mevcudiyeti halinde, arabuluculuk anlaşma tutanağının, kamu düzeni kurallarına aykırı olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, Arabulucunun ilk toplantısında, taraflar işçinin aylık ücretinin, asgari ücretin 3 katı tutarında bir ücret olduğunu kabul etmelerine rağmen, işçilik ücreti belirlenirken, hiçbir feragat veya önceki tutanakta belirtilen miktarı nakzedecek herhangi bir gerekçe ileri sürülmeksizin, hesaplamalar asgari ücret üzerinden yapılmış ise, bu durum arabulucunun tutanaklarının iptali yönünde bir kanaat oluşturacaktır.

a- Çalışma süresinin yazılmaması

Tarafların üzerinde mutabık kaldıkları çalışma süresinin mutlaka belirtilmesi gerekir. Eğer taraflar, işçinin çalışma süresi konusunda bir anlaşmaya varmamış iseler, bu durumun ileri de tekrar tartışma konusu ihtimali her zaman bulunmaktadır.

b- Ücret miktarının tam olarak yazılmaması

Bir defa ücretin miktarı tam ve net/brüt bir şekilde yazılmalıdır. Ücretin taraflar arasında tam olarak belirtilmemesi, sadece ücretle ilgili sorunların ortaya çıkması ile sınırlı kalmaz ve diğer tazminat alacaklarına yönelik te yeni durumların ve yeni tartışmaların da ortaya çıkmasına neden olabilir.

c- Diğer kanuni ve akdi alacakların da tam olarak yazılmaması

İşçilik alacakları, ücretten ibaret değildir. Tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi, varsa diğer akdi ve kanuni alacakların da net olarak ortaya konulması gerekir. Örneğin, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izin hakkı, dini ve milli bayramlarda çalışma gibi. Burada dikkate alınması gereken esaslı unsur, işçilik alacakları için, işçinin arabulucuya dilekçe aşamasında vermiş olduğu alacak kalemlerinin esas alınmasıdır. Örneğin arabulucuya başvuru esnasında 10 adet alacak kaleminin belirten bir işçinin, hiçbir alacak kaleminin yazılmaması sonrasında, alacaklarının tamamından feragat ettiğini belirtmesi veya bu alacaklarına karşı çok düşük bir miktar karşılığında sulh olması halinin günün birinde tekrar tartışma konusu yapılma ihtimalinin bulunduğunu peşinen kabul etmek gerekir.

d-İşçilik alacaklarının resmi kurumlara verilen bilgilerle mübâyet teşkil etmesi veya yapılan herhangi bir teftiş ile aksinin tespiti

Uygulamada, bazı işçilerin, bir taraftan Çalışma Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne işçilik alacaklarının ve çalışma sürelerinin tespitini isterken, diğer taraftan da, mahkemeye başvurduğu müşahede edilmektedir. Mevcut sistemde, arabuluculuk işlemlerinin daha önce ortaya çıkacağında kuşku bulunmamaktadır. İş teftiş örgütünün, belki de eleman azlığı nedeniyle, çok yavaş işlerken, zorunlu arabulucuya dosyanın gelmesi daha çabuk bir sürede olabilmektedir. Gerek fiilen, çalışma dönemine ilişkin olarak, farklı dönemlerin tespit edilmesi ve gerekse de parasal tediyelere ilişkin çok büyük ve tolere edilemez farklılıkların ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda; İş kanununun emredici niteliğine aykırılık teşkil etme ihtimalinin bulunduğu ortadadır.

Bir işyerinde, işçinin 8 sene çalıştığı SGK kayıtlarından ve orada yer alan yetkili imzalardan ve yatırılan SGK primlerinden anlaşılıyorsa ve fakat anlaşma tutanağında 3 yıl üzerinden anlaşma yapılmış ise, bakiyesi için yeniden zorunlu arabuluculuk dava şartı da gözetilmek suretiyle, dava açmak mümkündür. Esasen önceki, anlaşma tutanağını kısmi anlaşma olarak kabul etmek gerekir. Aksi durumun, İş kanununun emredici niteliğine aykırılık teşkil ettiği ortadadır. Öte yandan, yasal kurumlar; sulh ve feragat olmaksızın resmen tespit edilmiş çalışmanın aksine hiçbir çalışmanın olmadığına dair anlaşma belgesi de, iptal tartışmalarını beraberinde getirecektir. Örneğin, niteliği gereği 12 saat çalışan güvenlik görevlilerinin resmi görevliler eliyle tespit edilmiş fazla çalışması ve hatta tarafların ikrarları ortada iken, anlaşma tutanağında böyle bir fazla çalışmanın olmadığına ilişkin beyan da, iptal tartışmalarını her zaman gündeme getirebilecektir.

2- Tazminat alacakları ile ilgili uyuşmazlıklarda

Bir önceki örnekte yer aldığı veçhile; taraflar önceki tutanakların birinde, işçinin aylık ücretinin, asgari ücretin 3 katı olduğunu kabul ettikten sonra; kıdem ve ihbar tazminatı hesabında, hiçbir makul ve mantıki izah (haklarının bir kısmını aldığına dair beyan, kısmi feragat veya önceki tutanağın gerçeği yansıtmadığı konusunda beyan v.s.) olmaksızın, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve hatta sendikal tazminat gibi alacaklara ilişkin taleplerde, hesaplamanın asgari ücret üzerinden yapılması, kararı "iş hukukunun emredici niteliği" nedeniyle tartışmalı ve iptali mümkün niteliğe bürünmesine neden olabilecektir.

Yine işçinin yukarıda belirtilen tazminatlarının dışında, işçinin kanun ya da sözleşme ile hak kazandığı herhangi bir tazminat hakkının bulunması durumunda; anlaşma belgesinde bu haklarının neden mevcut olmadığını izah edilmeksizin, bu haklarının bulunmadığını veya külliyen bu haklardan feragat ettiğini belirtmesi de hayatın olağan

akışına uygun değildir. Bu durumda da, anlaşma belgesinin, emredici kurallara aykırı olduğu ileri sürülebilir ve konunun yargıya taşınması mümkün olabilecektir.

a-Çalışma süresine ilişkin uyuşmazlıklarda

Anlaşma belgesinde; işçinin çalışma süresinin ihtilafsız bir şekilde net olarak yer almasından sonra, her hangi bir gerekçe bildirilmeksizin, hesaplama yapılırken, son tutanakta, işçinin çalışması süresinin daha az bir döneme ilişkin olarak hesaplanması sözkonusu ise, işçi bakiye haklarını isteyebilmelidir.

b-Anlaşma belgesindeki fiili tespitlere aykırı hesaplamalar halinde

Anlaşma belgesindeki fiili durum açısından talep edilen işçilik ücreti ile işçinin “anlaşma belgesi”nde hesaplanan ücreti arasında fark var ise, ne olacaktır? Örneğin, 100 saat fazla çalışma yaptığı konusunda iki tarafın kabulünün olduğu bir anlaşmada, işçilik haklarının çok azı (örneğin % 10’ u) karşılığında bir ödemenin yapılacağı belirtilmesi, hayatın olağan akışının çok dışında bir anlaşma olduğunun kabulü gerekir. Yine, işçinin varsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izinleri ile hak ettiği işçilik alacakları ile anlaşma metnindeki rakamlar arasında büyük fark ta olmamalıdır. Aksi takdirde, üzerinde henüz mutabakat olmayan “arabuluculuk karar metni” nin, iradenin fesadı hallerinden biri (hata, hile, ikrah veya gabin) ile malul olduğu ileri sürülerek, dava konusu yapılması ve geçersizliğinin tespiti talebinde bulunulması mümkün olabilecektir.

C- ÇALIŞANLARIN İRADESİNİN FESADA UĞRADIĞININ ÇOK AÇIK BİR ŞEKİLDE ANLAŞILMASI

Bu tür emredici hukuk kurallarına aykırılıklar istenmeyen ve olmaması gereken durumlar olmasına rağmen, hayatın gerçeğinde karşılaşılması mümkün ve muhtemel durumlardır. Bu durumların ispatı halinde, aşağıda belirtilen hukuksal kurumlar çerçevesinde, arabuluculuk tutanaklarının iptali konusu gündeme gelebilecek durumlardır.

İşçiler, zorunlu arabuluculuk süreci boyunca yukarıda belirtilen ve kanunun emredici olarak belirttiği ve işçinin korunması amaçlı olarak düzenlediği işçi lehine düzenlemelerin dışında da hak kayıplarına uğraması mümkündür. Ancak bu durumun, ilgili anlaşmadan açıkça anlaşılması gerekir. Özellikle son tutanakta, kanunun emredici olarak öngördüğü ve şartları tuttuğu için ödemesini zorunlu olarak belirttiği ödemelerde bir tümünden ya da kısmen feragatler ya da külliye sarfı nazar da söz konusu olabilir. Ücret, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik haklarından sarf-ı nazar etme ya da çok düşük bir miktar ile geçiştirme imkanı da olabilecektir.

Önceki Borçlar kanununda “irade fesadı halleri” olarak ifade edilen ve mevcut Borçlar kanunumuzda ise “irade sakatlığı halleri” olarak yer alan haller;

Hata, hile ve tehdit olmak üzere üç tane olduğu kabul edilmektedir. Ancak, bu hususun çok açık ve net bir şekilde, ilgili anlaşma tutanağından anlaşılması gerekir. Aksi durum, yeni bir alacak davasının ikamesine neden olur ki, bu da kanun koyucunun iradesinin ilgasına ve mevcut kanunun emredici hükmüne rağmen işlevsizleşmesine neden olabilecektir.

1- Hata

Bir sözleşmede, taraflardan birisinin kendi hatası ile, gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmasıdır. Hata temelde; sadece beyan hataları ve temelde hata olarak iki sınıfta değerlendirilmektedir. Arabulucunun da imzasının bulunduğu son tutanakta, ilgili arabuluculuk konusunu teşkil eden uyuşmazlığın konusunda, taraflarında, miktarda ve kişinin niteliklerinde yapılan hatalar beyan hataları olarak kabul etmek gerekir. Bunlarda meydana gelen hatalar “esaslı hata niteliği” nde olmadıkça sözleşmenin iptaline imkan vermemektedir.

2- Hile

Bir sözleşmede taraflarından birinin karşı tarafın hilesi neticesinde, iradenin fesada uğrayarak, daha önceden düşünmediği ya da arzu etmediği bir sözleşme akdetmesidir. İş hukuku uyuşmazlıklarında ise; arabulucunun kararını görmeden önceden işveren tarafından imzanın alınması, son tutanak tanziminden önce, işverenin işçiyi aldatmak suretiyle, çalışma süresine ve aylık ücretine ilişkin olarak, gerçek olmayan bir belge alıp, o belgeye göre, son tutanağın tanzim edilmesi halinde, ilgili son tutanağın hile nedeniyle, iptali gündeme gelebilir.

Zira, ortada, hile ile iradenin fesada uğradığı kabul edilecek durumlar mevcuttur. Karşı tarafın hilesi sonucu yanıtılan tarafın yanılması esaslı olması bile taraflar sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, sözleşmenin ifasından sonra edimlerin ifaya başlaması halinde sorunun çözümü, “Borçlar hukuku” nun genel ilkeleri çerçevesinde çözülmek durumunda kalınacaktır.

3- Tehdit

Bir kişinin sözleşmeyi yapmaya maddi ve manevi cebir ile, normal şartlarda iradesinin olmadığı bir konuda sözleşme yapılmaya zorlanması hali olan durumun, son tutanakta ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, arabulucuya gitmeden önce, işçiden tehdit ile gerçeğe aykırı beyan ve imza alan işverenin, bu durumu, son tutanağa işletmesi halinde, sakat bir iradenin varlığını kabul etmek gerekir. Bu durumda, tehdide uğramış olan kimsenin iradesi, sakat bir irade olarak ortaya çıktığının kabulü

gerekir. Ancak, geçerli bir ikrahın mevcut olabilmesi için tehdit edilenin iradesini açıklaması, fakat bu iradenin zor altında beyan edilmesi gereklidir. Böyle bir tehdit ile kişide bir korku uyandırılır ve o da kendisine veya yakınlarından birisine maddî veya manevî bir zarar verilmemesi endişesiyle bir sözleşme imzalamayı kabul ederse, bu sözleşme ikrah altında yapılmış bir akit sayılır. Buna göre maddî ve manevî bir zarar korkusu, sözleşmenin meydana gelmesinde başlıca sebep teşkil edebilecektir.⁴³

4- Gabin

TBK'da "irade sakatlığı halleri" arasında sayılmamakla birlikte, TBK m. 28'de, aşırı yararlanma olarak tavsif edilen ve tarafların edimleri arasında açık oransızlık içerecek şekilde bir sözleşme serbestisini, hukuk düzenimiz korumamaktadır. İşte söz konusu hallerde bir sözleşme ilişkisinde çeşitli sebeplerden ötürü sömürülen zayıf tarafı, sömüren güçlü tarafa karşı korumaya yönelik bir amaçla hareket eden gabin (aşırı yararlanma) hükmüne göre

Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Bir görüşe göre, aşırı yararlanma (gabin); hata, hile ve korkutma (ikrah) gibi bir irade sakatlığı halini oluşturduğu belirtilse de, bize göre, aşırı yararlanma (gabin) sözleşme serbestisi ilkesine getirilen bir kısıtlama olarak kabul edilmelidir Bu kısıtlama münferit sözleşmeler için değil, tüm sözleşmelerde dikkate alınması gereken bir kısıtlama teşkil etmektedir.⁴⁴

TBK' da getirilen bu müesseseler, nisbi emredici butlan (veya iptal edilebilirlik) hükümlerine göre, tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi, arabuluculuk tutanaklarının mahkemeler eliyle iptalini sağlamak, çok açığ ve fahiş mübâyenet halinde, mümkün olabilecektir.

Bu belirtilen emredici hükümlerin ihlali durumunda, taraflardan birinin sarîh veya zımni iradesi ile ilgili arabuluculuk tutanağının feshi söz konusu olamayacak, konusuna göre, icra edilebilirlik şerhi yönünden sulh hukuk mahkemeleri (Yönetmelik m.21/3,4) veya zorunlu arabuluculuk konusunda, icra edilebilirlik şerhi dışında kalan konularda

⁴³ Saymen, Hakkı Ferit/ Elbir, Halit Kemal, *Türk Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Birinci Bölüm, İstanbul, 1958, s. 274; Feyzioğlu, Feyzi N., *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, İstanbul, 1976, s. 164; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Ankara, 1972, s. 83 v.d..

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. I., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, 6.Tıpkı Bası, s. 479.

da, 7036 s.k. m. 5. Maddesine göre, iş mahkemesi görevli mahkeme olarak karşımıza çıkabilecektir.⁴⁵

SONUÇ

Kural olarak, bir dava şartı olarak getirilen, zorunlu arabuluculuk sistemi; yerinde ve işçilerimizin haklarına kavuşmalarında, çok önemli fonksiyon işlemiştir. Bu kurumun ayakta kalması, çalışanlarımızın haklarına daha erken kavuşmada, çok önemli amil olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabulucunun düzenlediği anlaşma tutanağı, Borçlar Hukuku genel hükümlerine göre tanzim edilen bir adi yazılı sözleşme değildir; 7036 sayılı yasaya göre, belirli niteliklere sahip ve bu alanda nitelikleri tespit edilmiş hukukçu aracılığı ile düzenlenmektedir. Kanun koyucunun iradesi ve uygulamada da en azından şimdilik iyi işlediği belirtilen zorunlu arabuluculuk sistemini işlevsiz kılacak veya kanun koyucunun iradesini de berhava edecek şekilde mahkeme kararlarının devreye girmesi, sistemin önünü tıkayacaktır. Kanunun emredici hükmünün sınırlanması sonucunu doğuracak ve kanun koyucunun amacına ters ama “işçi lehine yorum ilkesi” çerçevesinde doğru kabul edebileceğimiz bu yaklaşımın, getirisi götürüsünden fazla olabilecektir. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi, gerek iradi arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta tarafların anlaşması sonrasında, anlaşma gereği hakkına kavuşan kişi ya da kişilerin, sonradan bunun kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile geçersizliğini ileri sürmesi her zaman mümkün hale gelebilecektir. Bu durumda, gerek HUAK ile gönüllü arabuluculuk ve gerekse İş MK ile getirilen ‘dava şartı olan arabuluculuk’ kurumunun işlevsizleşmesine ve kurumun niteliğinin ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bu durumda da, uygulamada gördüğümüz gibi çok uzun davalar sonucunda, mahkemece işçi lehine karar verile bile çoğunlukla tahsilatı mümkün olmayan bir kaotik ortama doğru gidilmektedir. Zira, serbest piyasa düzeninde; rehinli alacaklar ön plandadır. Bütün tahsilatlarını yaptıktan sonra, o malın aynından doğan alacaklar ile diğer kamu alacakların tahsili söz konusu olacak ve daha sonra bakiye bir şey kalırsa, işçiler de haklarına kavuşabilme imkanına sahip olabilecektir. Özellikle, iktisadi bunalımların olduğu dönemde, tahsil imkanı çok düşük seviyede olmaktadır.

Öte yandan, yüzyıllarca mücadeleden sonra, işçiler lehine elde edilen hak ve kazanımların, emredici kurallara aykırı arabulucu anlaşmaları ile ortadan kaldırılmasının da kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, arabuluculuk kurumunun yaşaması temelinde olmak üzere; Kamu düzenine ve iş hukukunun emredici kurallarına aykırılığın olmaması için Adalet Bakanlığının doktrinin vereceği katkı ile standart ve emredici kurallara ilişkin hususların yer aldığı standart nitelikli örnek

⁴⁵ Farklı görüş için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 266.

anlaşma tutanaklarını tespit etmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, emredici kurallara aykırılığı açıkça anlaşılan arabuluculuk tutanaklarının, yine doktrinin sunacağı katkı ile birlikte, Yargıtay iş dairelerinin de tespit edeceği ilkeler temelinde olmak kaydıyla, yargı kararları ile iptali mümkün olabilmelidir.

KAYNAKÇA

Aras, Talip, "İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik", TBB Dergisi, 2015, S. 119.

Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2019, 32. Baskı.

Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat/ Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2019, 2. Bası.

Fevzioglu, Feyzi N., *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, İstanbul, 1976.

Güler, Şerafettin, "Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008.

Kocayusupaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. I., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, 6. Tıpkı Bası

Korkmaz, Fahrettin/ Kiyak Emre, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 4, İstanbul, 2018.

Korkusuz, M. Refik, *Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku'nda İşçilik Alacaklarının Korunması*, Ankara, 2004.

Namlı, Mert, "İş Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016.

Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3.

Özkaraca, Ercüment/ Ünal, Canan, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, 18. Baskı.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Ankara, 1972.

Tanrıöver, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBB Dergisi, Sayı 64, Yıl 2006.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Yenisey Doğan, Kübra, "İř Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İř Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016.

Yıldız, Gaye Burcu, "İř Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Oltnn Nispi Emrediciliği", Legal İHSGHD, S. 11, 2006.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA

Alp, Mustafa, <http://egeyebakis.com/is-hukuku-gunleri-6-defa-duzenlendi/> E.T.: 14.05.2020.

Yarg. 9. HD, 22.02.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, www.calismatoplum.org E.T.: 12.05.2020.

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/ceza-mahkemesi-kararlarinin-hukuk-mahkemesine-etkisi.htm> E.T.: 23.05.2020.

Adli İstatistikler, Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019.

<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T.: 15.05.2020.

Karakullukçu, Feyza Sultan, <http://www.mondaq.com/turkey/x/771734/Arbitration+Dispute+Resolution/Hukukunda+Zorunlu+Arabuluculuk+Ve+Arabuluculuk+Tutanaklarinn+Hukuki+Nitelii>, E. T.: 10.12.2019.

<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/iscilerin-yuzde-90i-kidem-tazminati-alamiyor-234503.html>, E.T.: 20.05.2020.