

ARABULUCULUK FAALİYETİNİN TARAFLARI VE TARAFLARIN TEMSİLİ¹

Leyla AKYOL ASLAN²
Gülten Berrak ERBAHÇECİ³

Geliş Tarihi: 29/11/2022
Kabul Tarihi: 05/05/2023

ÖZET

Arabuluculuk hukuk sistemi gelişmiş ülkelerde sıklıkla kullanılan alternatif bir çözüm yoludur. 6345 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer aldığı üzere arabuluculuk "Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir." Makalemizde arabuluculuk faaliyetinin tarafları ve tarafların temsili incelenecektir. Öncelikle arabuluculuk faaliyetine katılabilecek kişiler, arabulucu, taraflar ve faaliyete dahil olabilecek üçüncü kişiler olmak üzere ele alınacaktır. Arabuluculuk müzakerelerine taraflar kendileri katılabileceği gibi lüzum olduğunda kanunî temsilcileri de katılabilir. Taraflar, sürece kendileri katılmadıklarında avukatları aracılığıyla da sürece müdahil olabilir. Tüm bu hususlara ek olarak makalemizde tarafların arabuluculuk faaliyetine katılımının bazı özel halleri olan arabuluculuk faaliyetinde taraf değişikliğinin mümkün olup olamayacağı, mirasçılardan başlamış olan arabuluculuk faaliyetini sürdürüp sürdüremeyeceği, işe iade talebiyle arabulucuya başvuruda asıl ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılması zorunluluğu hususları incelenecektir. Bazı hallerde arabuluculuk faaliyetinde bir tarafta birden çok kişi yer alabilir. Bu durum arabuluculuk arkadaşlığı olarak isimlendirilir. Dava sistemi ise, iki taraf

¹ Bu çalışma Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde hazırlanan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde Arabuluculuk Faaliyeti" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

² Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, leylaakyol@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9245-5333

³ Arş. Gör., Bartın Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, berrakerbahceci@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3035-5999

üzerine kurulmuştur, dava sisteminde bir tarafta birden çok kişinin yer aldığı durumlar ise dava arkadaşlığı olarak adlandırılır. HMK’da düzenlenen dava arkadaşlığıyla ilgili hükümlerin kıyas yoluyla arbuluculukta da uygulanması gerekliliği hasıl olmuştur. Arbulucu, arbuluculuk arkadaşlığı hususunda tarafları aydınlatmakla yükümlüdür. En son olarak ise makalemizde, arbuluculuk faaliyetinde tarafların temsili ve tarafları temsil edebilecek kişiler ele alınacaktır ve nihayetinde tüm bu hususlara dair genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arbuluculuk, dava arkadaşlığı, dava sistemi, arbuluculuk arkadaşlığı, temsil

The Parties and Representation Of The Parties to The Mediament Action

ABSTRACT

Mediation is an alternative solution frequently used in countries with developed legal systems. As stated in the Law No. 6345 on Mediation in Civil Disputes, mediation is "a dispute resolution method carried out voluntarily and with the participation of an impartial and independent third party who has received specialized training, who brings the parties together to discuss and negotiate by applying systematic techniques, realizes the establishment of a communication process between them in order to ensure that they understand each other and thus produce their own solutions, and can also propose a solution if it turns out that the parties cannot produce a solution." In our article, the parties of the mediation activity and the representation of the parties will be examined. First of all, the persons who may participate in the mediation activity will be discussed as the mediator, the parties and third parties who may be involved in the activity. The parties may participate in the mediation negotiations themselves, or their legal representatives may participate when necessary. The parties may also intervene in the process through their lawyers when they do not participate in the process themselves. In addition to all these issues, in our article, some special cases of the participation of the parties in the mediation activity, whether it is possible to change the party's participation in the mediation activity, whether the heirs can continue the mediation activity that has started, and the obligation of the main and sub-employer to participate in the mediation negotiations together when applying to the mediator with a request for reemployment will be examined. In some cases, more than one person may take part in the mediation activity. This situation is called mediation fellowship. The litigation system, on the other hand, is based on two parties, and in the litigation system, situations where more than one person is involved on one side are called joinder of parties. It has become necessary to apply the provisions regarding the joinder of parties regulated in the CCP (code of civil procedure) in mediation by analogy. The mediator is obliged to inform the parties about the mediation fellowship. Finally, in our article, the representation of the parties in the mediation activity and the persons who can represent the parties will be discussed, and ultimately, a general evaluation will be made on all these issues.

Keywords: Mediation, joinder of parties, litigation system, mediation fellowship, representation

GİRİŞ

Uyuşmazlık sözcüğünün karşılığı olan Fransızcadaki “confliit” ve İngilizcedeki “conflict” kelimeleri Latincedeki “çarpışma manasındaki “conflictus” kelimesi kökenlidir. “Türkçede ise uyuşmazlık kelimesi manasına gelen, “farklılık”, “anlaşmazlık”, “çatışma” vb. kelimeler de kullanılmaktadır (Blohorn Brenneur, Akuğur, Salzer, 2021: 21). Uyuşmazlıkların çözümü için tipik yöntemler arasında Steffek'in belirttiği gibi dava, tahkim, müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma, uzman görüşü ve mini yargılama gibi yöntemler yer almaktadır (Steffek: 2013, 33-61) Bilinen ve günümüzde en klasik olarak tanımlanabilecek uyuşmazlık çözüm yöntemi devlet yargısıdır (Dür, 2018: 5,6).

Arabuluculuğun, kurumların veya hizmet sağlayıcılarının üzerinde uzlaştığı tek bir tanımı bulunmamakla birlikte, arabuluculuk objektif bir üçüncü kişinin taraflara uzlaşma müzakerelerinde yardımcı olduğu, özel, gönüllü ve zorunlu olmayan uyuşmazlıkların çözümü süreci olarak özetlenebilir (Brown, Marriot: 2012: 20)

Arabuluculuk faaliyetinin en önemli süjesi arabulucudur, ancak, uyuşmazlığın asıl unsurları taraflardır. Müzakere temelli bir yol olması nedeniyle, arabuluculuk faaliyetinde tarafların doğrudan iletişimi özel değere sahip olsa da, arabulucu müzakere ortamını koruyup geliştiren, sürdüren ve nihayetinde sonuçlandıran kişidir (Ekmekçi, Özekes, Atalı, 2018: 62).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nunda kabul edildiği üzere, tarafların arabuluculuğun nasıl ilerleyeceği, devam edeceği ve sonuçlanacağı konusunda tam takdir yetkisi vardır. Taraflar genellikle arabuluculuğun nasıl ilerleyeceği konusunda son sözü söyler (Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, 2020: 112).

Arabuluculuk faaliyetinde tarafların sürece kendilerinin katılmaları çok önemlidir, süreçte amaçlanan yalnızca başarılı bir faaliyet yürütülmesi ve anlaşmaya varılması değil aynı zamanda tarafların iletişiminin güçlendirilerek, ilişkilerinin devam etmesi sonuçta toplumsal barışa katkı sunulmasıdır.

Taraflar, arabulucu ile bizzat veya toplu olarak görüşebilir, iletişim kurabilir. HUAK m. 8, Yön m. 10). Arabulucu taraflarla bizzat ya da toplu olarak müzakereleri yürüteceği hususunda dikkat etmesi şart olan birden fazla

nokta vardır. Arabulucu en başta tarafları aydınlatmalı, tarafsız olmalı eşitliği gözetmeli buna ek olarak tarafların psikolojik durumunu göz önüne alarak sürecin yönetimini sağlamalıdır

Uyuşmazlık her zaman iki taraf arasında çıkmaz. Bazı uyuşmazlıklar da ikiden fazla taraf arasında bahis konusu olabilir. Ancak, dava aşaması mutlaka iki taraf üzerine kuruludur, arabuluculukta, üç ya da daha fazla taraf olabilir (Kekeç, 2016: 164). Çözümün kalıcı ve kolay olabilmesi amacıyla menfaatlere daha fazla odaklanabilmek için tercih edilen tarafların bizzat görüşmelere katılımıdır. Arabuluculuk dava sistemi gibi iki taraf üzerine kurulmamıştır. Niemic, Stienstra ve Ravitz gibi uzmanların belirttiği üzere, uyuşmazlıkların çok taraflı olduğu durumlarda arabuluculuk yöntemi tercih edilirse, uyuşmazlıkların grup halinde çözülmesi bireysel anlaşmalar yapmaktan daha az maliyetli olacaktır. Gruplar alternatif çözüm yollarını kullanarak daha rahat bir şekilde bir araya gelebilir ve ortak bir anlaşma sağlamak daha kolay olabilir. Ancak, birden fazla tarafın yer aldığı bir uyuşmazlıkta, taraf sayısı ve konularının karmaşıklığına bağlı olarak uygun bir arabuluculuk süresi belirlenmesi gereklidir (Niemic, Stienstra ve Ravitz: 2001, 28). Bu nedenle ikiden fazla taraf arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarının çözülmesini istiyorlarsa bu noktada çok taraflı arabuluculuk sözleşmesi kullanılabilir. (Kekeç, 2016: 164) Tarafların tümünün arabulucuyla sözleşme yapması ve arabulucunun da tüm taraflara karşı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Arabulucu esasen, tüm taraflar arasındaki iletişimin doğru ve etkin bir biçimde vuku bulması için gayret gösterir (Ekmekçi, Özekes, Atalı, 2018: 62).

Her düzenlemede olabileceği üzere belirli nitelikte bulunan uyuşmazlıklarda da dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlendiği İMK m. 3 hükmünde de boşluklar bahis konusu olabilecektir. Bu kapsamda bilakis bu boşluklar sebebiyle işçinin güçlü işveren karşısında mağdur pozisyonda bulunabileceği, işverenin bu süreçte işçiye baskıda bulunabileceği endişesi doğmaktadır (Erbaş, 2018: 196). Doktrinde bazı görüşlere göre süreç içerisinde işçinin mağdur olabileceği endişesi taşınmaktadır. Belli başlı özellikleri taşıyan iş hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumuna başvurulmasının dava şartı olduğunun, ilk toplantıya mazeretsiz bir biçimde taraflardan birinin katılmaması, ilerleyen süreçte dava açılması durumunda davayı kazansa dahi toplantıya gelmeyen tarafa dava

masraflarının yüklenmesi biçiminde bir yaptırıma bağlansa bile, tarafların arabuluculuk sürecinde herhangi bir anlaşmaya varmak mecburiyetinde olmadıkları muhakkaktır (Erbaş, 2018: 196).

Arabuluculuk sürecinde taraflar, taraf vekilliği yapacak avukatlar, işveren yetkilileri ve idare için toplantılara katılan komisyon üyelerinin müzakere tekniklerini bilmesi gerekmektedir. Fakat arabuluculuk sürecinde arabulucunun kendisini müzakereci ya da taraf gibi görmemesi gerekir (Özer, 2020: 66).

Braun'un ifade ettiği gibi, uyuşmazlık durumunda tarafların genellikle arabulucularla iş birliği yaparak sorunu çözmeye çalışacakları ve sonuç olarak durumu daha da kötüleştirmekten kaçınacakları umulmaktadır. Arabulucuların varlığı, tarafların birbirleriyle iletişim kurmalarına, farklı bakış açılarını anlamalarına ve çözüm için ortak bir noktada buluşmalarına yardımcı olur. Bu sayede, uyuşmazlık sürecinde ortaya çıkabilecek olumsuz duygusal ve mali etkilerin minimize edilmesi hedeflenir (Braun, 1955: 130). Ancak, taraflar yine de gerçek niyet ve davranışlarını arabulucu önünde kimi zaman iyi niyetle sergileyebilirler (Kocaoğlu, 1999: 63).

1. GENEL OLARAK ARABULUCULUK FAALİYETİNE KATILABİLECEK KİŞİLER, ARABULUCULUK FAALİYETİNİN TARAFLARI, ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TARAFLARIN KATILIMIYLA İLGİLİ ÖZEL HALLER

1.1. Genel Olarak Arabuluculuk Faaliyetine Katılabilecek Kişiler

Yargılamada, sùjeler arasındaki rol dağılımı usul hukukunun en temel hadisesidir (Topel Çelikoğlu, 2012: 288). Buna ek olarak medeni usul hukukunda hedef, yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıkları neticelendirmektir (Akkan, 2010: 20) Yargılama esnasında da taraflar olayı en iyi bilen kimseler olduğundan taraflarca hazırlama ilkesi uygulanmakta ve taraflar iddia veya savunmaya dayanak olacak vakıaları getirme görevi üstlenmektedirler (Yavaş, 2005: 745).

HUAK'ın 15/6, 15/8. maddeleri ile 7036 sayılı İMK'nın 3/18. maddesi, arabuluculuk sürecinin tarafı adına ve o taraf yerine arabuluculuk sürecine dahil olabilecek kişi/kişilerin sayısını sınırlı sayı esasına göre sıralamıştır. Bunlar, idare tarafından kurulan komisyon, taraf vekili, tarafın kanuni temsilcisi ve işvereni tarafından işçi-işveren arabuluculuk müzakerelerine

katılmak için yetkilendirilen çalışandır (Çil, 2020: 61). Arabuluculuk müzakerelerine taraflar kendileri katılabileceği gibi, lüzum olduğunda kanunî temsilcileri de katılabilir. Buna ek olarak, sürece kendileri katılmadıklarında taraflar avukatları aracılığıyla da sürece müdahil olabilir (HUAK m. 15/6; HUAKY m. 17/8).

1.1.1. Arabulucu

Taraflara ek olarak, arabuluculuk tarafsız, bağımsız bir üçüncü kişinin katılımını gerektirir. Bu nedenle, tarafların kendi çıkarlarına en uygun olan bir çözümü müzakere etmelerini ve bu çözüme varmalarını sağlamak için müzakereler çok önemli bir bileşendir (Kekeç: 2016: 162).

Stulberg, arabulucuların temel işlevinin bir katalizör ve kolaylaştırıcı olarak hareket etmek olduğunu ifade etmektedir. Bunun anlamı, arabulucunun varlığıyla tarafların birbiriyle etkileşimini artırmak ve çözüm için yapıcı bir duruş oluşturmak olduğudur. Ancak, Stulberg'a göre, arabulucunun varlığı sadece olumlu sonuçlar doğurmaz ve taraflar arasındaki yanlış anlamaları ve kutuplaşmayı önlemek için bir garanti yoktur. (Stulberg: 1981, 94) Bu nedenle, arabulucuların kolaylaştırıcı rolü, her tarafın durumunu daha net anlamalarına yardımcı olacak şekilde bilgi akışını artırmayı içermektedir. Bu şekilde, tarafların çıkarları daha iyi anlaşılabilir ve sonuçta daha yapıcı bir tartışma ortamı oluşabilir (Gulliver, 1977: 34).

Arabulucu taraflarca seçilir veya kabul edilir. Taraflar, bir arabulucu seçme veya birden fazla arabulucunun birlikte görev yapmasına karar verme seçeneğine sahiptir. Her iki taraf da arabulucuyu seçme ve seçilen arabulucu ile sürece devam edip etmeme yetkisine sahiptir (Çil, 2020: 59).

Erdoğan/Erzurumlu'ya göre arabuluculuk (menfaatlerin tartışıldığı ve bu sayede tarafların anlaşmaya varabildiği bir kurum olması sebebiyle), kimin haklı kimin haksız olduğunun belirlendiği bir süreç olmadığı için iktisadi menfaatlerin ön planda tutulduğu bir uyuşmazlıkta bir mali müşavir, tarafların duygusal taraflarının uyuşmazlığın kaynağı olduğu bir halde bir psikolog arabulucu olarak bulunabilmelidir, uzun bir zaman zarfında hukuki hususları meslek edinmiş birinin uyuşmazlığı dinlerken hak boyutunun ötesinde düşünebilmesi güç olabilecektir (Erdoğan, Erzurumlu, 2016: 16). Biz bu görüşe katılmamaktayız, bizim görüşümüze göre arabuluculuk sürecinin

hukuk eğitimi almış bir kişi tarafından koordine edilmesi daha uygun olacaktır.

1.1.2. Taraflar

Roma'da bir davada taraf olmak için hem hak hem de fiil ehliyetine sahip olmak üzere belirli şartlar gerekiyordu. Mahkeme kararlarının tarafları bağlayabilmesi amacıyla tarafların mahkemenin yetkisini kabul ettiğini belirten *litis contestatio* işlemi, yargı faaliyetini yürüten hâkim veya hakemlerin devlet memuru olarak sayılmaması nedeniyle gerekmektedir. Bu işlemi yapabilmek için ise tarafların fiil ehliyetine sahip olması lüzumu vardı (Öztek'in belirttiği üzere, "Litis contestatio işlemi tarafların bir formula üzerinde anlaşmaları ve esas itibarıyla bir sözleşme olduğundan, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirip yerine bir usul hukuku ilişkisi kurulmasını sağlamaktadır. Litis contestatio işlemi ile hukuki ilişki sona erdiği için, borçlunun borcunun kaynağı Litis contestatio olmaktadır"; Diler Tamer: 1987: 38, 39).

Medeni usul hukukunda taraf kavramı ise şöyle açıklanabilir; Çekişmeli yargıdaki en önemli husus davalardır. Dava, başkası tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen, tehlike altına sokulan ya da kendinden haksız talepte bulunulan kişinin mahkemeden hukuki muhafaza talep etmesidir. Mahkemeden hukuki muhafaza isteyen kişiye davacı, diğer tarafa da davalı denir (Kuru, Aydın, 2021: 289).

Dava sisteminde salt iki taraf bulunmaktadır, öyle ki dava iki taraf sistemi üzerine inşa edilmiştir. Bu durumda davacı ve davalı ayrı kişiler olmalıdır. Davacı ya da davalı tarafta birden çok kişi olsa da davada ikiden çok taraf olamaz. (Kuru, Aydın, 2021: 293).

"Taraf kavramının bir davada büyük önemi vardır. Çünkü, bir davada verilen hüküm, yalnız o davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil eder (HMK m. 303). Davada tarafların yapacakları birçok taraf işlemleri vardır; taraflar kendi davalarında tanık veya bilirkişi olamaz; yargılama giderleri de ancak taraflara (kural olarak haksız çıkan tarafa) yükletilir (HMK m. 326)). (Kuru, Aydın, 2021: 29).

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 19.08.1975 tarih ve 3410/3460 sayılı kararında tarafların kim olduğu hususu şöyle belirtilmiştir; "Mahkemeden, hakkının korunmasını isteyen davacı, bu hakkı inkâr ya da ona tecavüz ettiği

ileri sürülen de davalı” diye nitelendirilir. Bir davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf yer alır. Bir davanın taraflarının kimler olduğu ise, dava dilekçesinde belirtilir.” (Tutumlu, 2022: 177) Taraf bir davada kendi adına hukuki koruma isteyen dava açan-davacı ve kendisine karşı hukukî koruma istenen dava açılan-davalıdır. Bu tarifin ise maddi hukuk ilişkisi ile bir bağlantısı yoktur. Eski görüşün aksine bugün taraf kavramının saf usulî bir kavram olduğu kabul edilmektedir”. Bugünkü şekli ile maddî taraf kavramının “kim maddî hukuk ilişkisinin süjesi olduğunu iddia ediyorsa taraf odur” şeklindeki taraf tarifi de yeterli olmaktan uzaktır. Zira bugün bazı hallerde, maddî hukuk ilişkisinin süjesi olmayan kişiler de kendi adlarına (yani taraf olarak) hukukî himaye talep edebilmekte, dava açabilmektedirler. Maddi hukuktan hareket eden taraf tarifi bunların durumunu da izah edemeyecektir. Maddî hukuk ilişkisinin tarafı olduğunu iddia eden taraftır şeklindeki tarif menfî tespit davasındaki taraf durumunu da izah edemez (Alangoya, Yıldırım, Yıldırım, 2009: 112).

İradi ya da kanuni temsilci de asla taraf değildir, taraf daima temsil edildir (Alangoya, Yıldırım, Yıldırım, 2009: 113)

1.1.3. Arabuluculuk Faaliyetine Katılabilecek Bazı Kişilerin Özel Olarak İncelenmesi

1.1.3.1. İşçi

4857 sayılı İş Kanunu m. 2 uyarınca bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiye işçi denir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun 2. maddesine göre bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere “gemi adamı” denir. 5953 sayılı Kanun’un 1. maddesi 1. fıkrasına göre bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir. 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda düzenlenen gazeteci ile 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nda düzenlenen gemiadamı, bu madde kapsamında işçi sayılır. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 2. maddesi 4. fıkrasına göre iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de işçi sayılır (İMK m. 3/20).

Dava şartı arabuluculuğun düzenlendiği 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası ile "...arabulucuya başvurulması dava şartıdır..." ibaresi ve 4857 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 20. maddesinin 1. fıkrasında "...arabulucuya başvurmak zorundadır..." biçiminde bulunan ibarenin, esasen işçinin işveren karşısındaki konumu sebebiyle güçsüz olması ve işverenin görüşmelerde hakimiyeti elde tutarak işçinin zayıf duruma düşmesine neden olacağı, işçinin anlaşmaya mecbur kalacağı, doğrudan yargıya başvuru hakkını sınırlandıran düzenlemeler olduğu gerekçesi sunularak iptali talep edilmiştir (Bahadır, 2022: 144,145) .İşçinin korunması ilkesi gereğince, işveren karşısında korunması hedeflenen işçiler, malî açıdan zayıf durumda kalabilmektedir. İşverenlerin iş sözleşmelerini haksız yere feshettiği ya da işçilerin işverenleri karşısında eşitsizlik yaşadığı durumlarda, işçilerin teknik donanım eksikliği veya avukat yardımı alamama durumları söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, anlaşmaya varma baskısı altında kalan işçi, kendi hakkından feragat edebilir ve anlaşma sağlanması, gabin iddialarının dillendirilmesine neden olabilir. Bu sebeplerle, arabuluculuk zorunluluğu, işçilerin haklarını koruma amacı taşısa da, bazı durumlarda işçilerin mağdur olmasına sebep olabilir. (Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler": 2020, 122)

1.1.3.2. İşveren

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi 1. fıkrasına göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (İşveren kavramı için bkz. Çiçek: 2019, 105). 854 sayılı Deniz İş Kanunu 2. maddesine göre gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseye "işveren" denir. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun madde 1 şöyledir; "Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır." İşletmelerde gazeteciler gibi çalışanları istihdam eden herhangi bir kişi, çalışanlarına karşı işveren pozisyonunda yer almaktadır. Bu bağlamda, işveren sıfatı taşıyanlar, sadece özel sektörde faaliyet gösterenler değil, aynı zamanda dernekler, vakıflar, kooperatifler, sendikalar ve kamu tüzel kişileri gibi farklı kuruluşlar da olabilirler. (Yakıcı, 2019: 92,93) İşverenin kamu tüzel kişisi olması halinde

arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder (HUAK m. 15/8)

1.1.3.3. Taraf Olabilecek Diğer Kişiler

Arabuluculuk Kanunu'nun temel amacı, hukuki sorunların arabuluculuk yoluyla çözümünde uyulması gereken ilke ve uygulamaları düzenlemektir. Yabancılık unsuru içerenler de dahil olmak üzere, tarafların serbestçe tasarruf yetkisine sahip olduğu iş veya işlemlere ilişkin özel hukuk ihtilafları bu Kanun'un uygulamasına tabidir (HUAK m. 1,2). Tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlığı bulunan kişiler (aile içi şiddet iddiaları olan kişiler hariç) yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere en geniş anlamıyla taraf olabilecek kişilerdir.

Arabuluculuk faaliyetinde tüm tarafların fiil ehliyeti olması şarttır, çünkü arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma tutanağı imzalanacağından bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için tarafların ya da kanuni ve iradi temsilcilerinin fiil ehliyeti bulunması şartı aranmaktadır. Anlaşma tutanağı niteliği dolayısıyla kendine özgü bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Anlaşma tutanağı sözleşme özgürlüğü kapsamında özgürce akdedebilmesine rağmen niteliği itibarıyla kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı olamaz, iradelerin sağlıklı bir biçimde ortaya konması gerekir, yoksa tutanak genel hükümlere aykırılık sebebiyle geçersiz olur (Atıcı, 2021: 115).

1.1.3.4. Üçüncü Kişiler

Arabuluculuk müzakerelerine, taraflar ve avukatları hariç, salt gerek varsa üçüncü kişilerin katılmasına izin verilir. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sunabilecek uzman kişilerde 6325 sayılı kanun m. 15/6 uyarınca müzakerelerde hazır bulundurulabilir (Aile uyuşmazlıklarının sulh yoluyla çözülmesi önceki düzenlemelerde sulh yoluyla mümkün kılınmış ve HMK'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile hâkime, sulh girişiminde bulunma görevi verilmiştir. Adı geçen Kanun'un 7. maddesine göre; "Aile Mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit

ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.” Aile mahkemesi hâkimleri, uyuşmazlıkları çözümlmek için esasa girmeden evvel tarafları sulh yoluyla çözüme ulaşmaya teşvik ederler ve gerektiğinde mahkeme huzurunda görev yapan uzmanları arabulucu olarak görevlendirirler, aile mahkemesi hâkimleri, taraflar arasında anlaşmanın sağlanması için “aile arabulucusu” gibi rol alırlar. (Tanrıver, “Arabuluculuk”, 2002: 172,173). Kanunda yalnızca çözüme katkıda bulunabilecek uzmanların müzakerelerde bulunabileceği net bir biçimde ifade edilmiştir.

Taraflar, manevi destek istedikleri için zaman zaman aile içi anlaşmazlıklarda veya boşanmaya ilişkin arabuluculuklarda arkadaşlarından veya ailelerinden arabuluculuk müzakerelerinde bulunmalarını isteyebilir. Bireycilik ve bireysel karar vermenin aksine, bu husus, işbirliğine ve grup karar almaya değer verilen medeniyetlerde daha yaygındır. Batı Avrupa ve Kuzey Amerika kültürlerinde başkalarını dahil etmek, olasılıkları geliştirmeyi, adil bir hareket tarzı sağlamayı, anlaşmanın uygulanabilirliğini artırmayı vb. içerir. (Moore, 2016: 149).

Önemli olan nokta şudur ki; gerekli kişilerin katılımı engellenip, gereksiz kişilerin katılımına izin verilip, müzakerelerde karışıklık yaratılıp, sonucun başarısız olmasının engellenmesidir (Kekeç, 2016: 167).

“Taraflar muhasebeci, mühendis gibi teknik uzmanlar ya da araştırmacıların katılımını talep edebilirler. Mevcut düzenlemeler doğrultusunda arabulucunun bilirkişiye başvurması mümkün değildir (HUAKY m. 19/4). Niteliği itibarıyla ancak yargı yetkisini kullanan hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (HUAK m. 15, HUAKY m. 17/4).” Bu bağlamda arabulucu, tanık dinleyemez, bilirkişiye başvuramaz (Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk”, 2022: 130). Tanık ya da bilirkişinin arabulucunun başvurusuyla, arabuluculuk görüşmelerine katılmaları mümkün değildir.

Arabuluculuk müzakerelerinde yer alan uzmanlar, bilirkişi olarak tanımlanamazlar. Çünkü amaçlanan husus bir iddiayı doğrulamak veya kanıtlamak değildir. Bu kişilerin görevi, karar verme yetkisi bulunmayan arabulucuyu etkilemek değil, tarafların sunduğundan daha verimli bilgileri

arabuluculuk sürecine dahil ederek farklı çözüm seçeneklerini ortaya çıkarmaktır. Moore, bu konuda şu açıklamayı yapmıştır: Bu uzmanlar, tarafların konulara daha profesyonel bir bakış açısı geliştirmelerine yardımcı olabilirler ve çelişkili konuların açıklığa kavuşmasına katkı sağlayarak arabuluculuğa yeni bir fırsat sunabilirler (Moore, 2003: 151)

1.2. Arabuluculuk Faaliyetinde Taraf Değişikliğinin Mümkün Olup Olamayacağı

“Davada taraf değişikliği, davacı ya da davalı tarafın yerine başkalarının geçmesi biçiminde davaya bu kişilerce veya bu kişilere karşı devam edilmesi suretiyle olur. Taraf değişikliği (Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür (HMK m. 124/1). Bu konuda kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır (HMK m. 124/2). Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir (HMK m. 124/3). Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir. Bu durumda hâkim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder (HMK m. 124/4)) kanundan kaynaklanan nedenlerle ya da iradi olarak mümkün olabilir.”

Tarafta iradî değişiklik, HMK m. 124’te düzenlenmiştir. Spühler, Dolgi ve Gehri taraf değişikliği hususunda iki farklı durumdan bahsetmektedir. Kanunun öngördüğü hallerde kendiliğinden gerçekleşen taraf değişikliği zorunlu olarak adlandırılırken, kanunun öngördüğü belirli hallerde ise bir tarafın talebi ve diğer tarafın kabulü veya mahkemenin izniyle gerçekleşen taraf değişikliği iradi olarak adlandırılır (Akkaya, 2014: 897). Örneğin, malvarlığına ilişkin davalarda bir tarafın ölmesi halinde, taraf ehliyeti sona eren taraf yerine mirasçıları geçer ve dava onlar tarafından veya onlara karşı yürütülür. Bu durum, maddi hukuktan kaynaklanmaktadır. Dava mirasçılar tarafından miras ret veya kabul edinceye veya mirasın reddi için öngörülen süre sona erinceye kadar ertelenir (HMK m. 55). Bu hallerde taraf değişikliği yapıldığında ara karar verilmesi gerekmekte, mirasçıların davaya ara kararla dahil edilmesi gerekmektedir (Taş Korkmaz, 2018 117,137).

HMK m. 124'e göre, taraf değişikliği yapılırken davalı ya da davacı taraf yanlış ya da eksik yazılabilir. Bu durumda, iradi taraf değişikliğine dair hükümlere göre, yanlış gösterilen tarafın yerine gerçek tarafın geçirilmesi mümkündür. Ayrıca, eksik gösterilen taraftaki eksikliğin giderilmesi için gerek mecburi dava arkadaşlığı gerekse ihtiyari dava arkadaşlığı meydana getirecek biçimde taraf değişikliği yapılabilir. (Taş Korkmaz 2018: 117,137).

Usul hukuku bakımından dar kapsamda, taraf değişikliği davanın taraflarına yeni kişilerin katılmasıyla gerçekleşen taraf katılımını ifade etmez. Tam tersine, taraf değişikliği, tarafların yerlerine yeni kişilerin katılmasını ve hükmün bu yeni taraflar hakkında verilmesini ifade eder. Geniş kapsamda taraf değişikliği ise mevcut tarafların yanına yenilerinin eklenmesiyle de olur. Davada taraf değişikliği sadece karşı tarafın rızasıyla mümkündür ve bu değişiklik davacı veya davalı tarafta olabilir. Rızanın açık bir şekilde ifade edilmesi gereklidir. (Atalı, Ermenek, 2021: 153).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi 3. fıkrası, hâkimin izniyle yapılabilen taraf değişikliği şeklini ihtiva etmektedir. Bu madde, dava dilekçesinde karşı tarafın yanlış ya da eksik yazılmasına dayanan taleplerin, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilebileceğini öngörmektedir. Bahis konusu husus, maddi hatadan kaynaklanmalı ya da dürüstlük kuralına aykırı olmayan yanlışlarla sınırlı olmalıdır. Kanun, bu hükümle sadece davalı tarafın değiştirilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, Kanun salt dava dilekçesinden bahsettiğinden, dava dosyasında mevcut olan yazım hataları ya da hesaplama hataları iradi bir taraf değişikliği nedeni olarak kabul edilemez. (Atalı, Ermenek, 2021: 153).

Türk hukukundaki arabuluculuk uygulamasında birebir HMK'daki gibi bir taraf değişikliği kurumu bulunmasa da, şöyle ifade edilebilir ki, 4727 sayılı Medeni Kanun madde 8'e göre "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." Medeni Kanun madde 28 uyarınca kişi ölünce hak ehliyeti de sona ereceğinden, şayet arabuluculuk süreci devam ederken taraflardan biri vefat ederse, arabulucu süreci o noktada sonlandırmalıdır. Eğer ki tarafın mirasçıları belirlenebiliyorsa ve sürece devam etmek istiyorlarsa yeni bir arabuluculuk sürecinin başlatılması mümkün olabilecektir.

1.3. Mirasçılardan Başlamış Olan Arabuluculuk Faaliyetini Sürdürüp Sürdüremeyeceği

Dava sırasında taraflardan birinin ölümü başlıklı, HMK m. 55'e göre, "Taraflardan birinin ölümü hâlinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir."

HMK m. 55'te yer aldığı üzere, arabuluculuk sürecinde taraflardan biri vefat ederse, mirasçılar tespit edilebiliyorsa davet mektubu gönderilerek süreci kabul ederlerse süreç, mirasçılarla yürütülebilir. HMK m. 55'te bu husus hakkında düzenleme bulunup, Arabuluculuk Kanunu'nda düzenleme yoktur. (Mirasçılardan dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması gerektiği hakkında; Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2019/1350, Karar Numarası: 2019/1863, Karar Tarihi: 03.07.2019, (www.legalbank.net) Davalılar vekili istinaf dilekçesinde özetle; davacının mirasçısı olan davalılar yönünden arabulucuya başvurmadığını, arabuluculuğun 7036 sayılı yasa gereğince dava şartı olduğu, dava şartı yerine getirilmediğinden dolayı davanın reddi gerekir iken davanın açılmaması sayılmasına karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı, davacının iş akdini haksız olarak feshettiği, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanmadığı, davacının davalıdan hiçbir hak ve alacağının bulunmadığını, davacının hiçbir hak ve alacağı olmadığına dair ibraname imzaladığı gerekçeleriyle istinaf yoluna başvurmuştur. Dosyanın incelenmesinde ise; davacı vekili tarafından aleyhine dava açılan davalı ile ilgili olarak dava açılmadan önce arabulucuya başvurulduğu, ancak mirasçıları olan davalılar,,, ile ilgili olarak ise dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna gidilmeden dava açıldığı anlaşılmaktadır. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. HMK 115.maddesine göre mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3/2.maddesi gereğince arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir. Bu bakımdan davalılar,,, ile ilgili olarak dava açılmadan önce arabuluculuk

yoluna gidilmeden dava açıldığı anlaşılacakla bu davalılar açısından davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir iken, bu davalılar yönünden de davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi hatalıdır. Bu yönden davalılar vekilinin istinaf sebepleri yerindedir. Bu nedenle mahkemece davalı yönünden davanın açılmamış sayılmasına, diğer davalılar ile ilgili olarak ise davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekir). HMK m. 55 hükmünün arabuluculukta da kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir. HUAKY madde 21 uyarınca arabuluculuk süreci sırasında arabuluculuk faaliyeti taraflardan birinin ölümüyle sona erer. Miras hukuku genel hükümlerine göre ise mevcut süreç sona erdirilip, mirasçılar kabul ettiği takdirde mirasçıların sürdüreceği yeni bir arabuluculuk süreci başlatılmalıdır.

1.4. İşe İade Talebiyle Arabulucuya Başvuruda Asıl ve Alt İşverenin Arabuluculuk Görüşmelerine Birlikte Katılması Zorunluluğu

Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler ve bunların iş hayatında kullanımı, ekonomik ve sosyal alandaki değişimler gibi nedenler, geleneksel işçi-işveren ilişkisine ek olarak yeni çalışma modellerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu yeni çalışma şekilleri, özellikle dijital teknolojilerin kullanımı ile, esnek iş düzenleri, uzaktan çalışma, serbest çalışma ve diğer alternatif iş modelleri gibi farklı iş düzenleri olarak kendini göstermektedir. Bu da, iş hukuku ve iş ilişkileri alanlarında yeni düzenlemelerin gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. İş hayatındaki alışlagelen uygulama, işverenin kendi işini yaparken kendi işçilerini kendi işyerinde çalıştırmasıyken, günümüzde tüm işverenlerin her alanda uzmanlık bilgisi olan işçileri çalıştırmasını maddi bakımdan ve rekabet hukuku bakımından olanaksızlaştırmıştır, alt işveren veya ödünç iş ilişkisi vb. kavramlar da buna bağlı olarak gelişmiştir (Erdağ, 2021: 61).

İş Kanunu madde 2'ye göre "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya

alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”

İş sözleşmesi feshedilen işçinin, bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bağlamında asıl işveren işyerinde çalışan bir işçi olması olasılık dahilindedir. Bu biçimde uyumsuzluğun işveren tarafında kimlerin bulunacağı ve arabuluculuk aşamasının hangi işverenlerle yürütüleceği tartışma konusu yapılabilecektir. (Oğuz, 2019: 125). İMK m. 3/15'e göre, "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi amacıyla işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır." Hükmün gerekçesine (Maddenin on beşinci fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için asıl işveren ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yokluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir. Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanunun 27'nci maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı

halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır) göre, alt işverenlik ilişkisinin geçersizliği veya muvazaalı olması halinde işçinin hak kaybına uğramaması ve adil yargılanma hakkının korunmasını hedeflenmektedir.

İş Kanunu m. 2'ye göre bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Asıl işveren ve alt işverenin birlikte hareket etmesi ve iradelerinin aynı yönde olması zorunluluğu yalnızca işçinin işe iade edilmesini (Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 6. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2019/570, Karar Numarası: 2019/1808, Karar Tarihi: 16.05.2019, (www.legalbank.net) Somut olayda asıl işveren arabuluculuk görüşmelerine katılmamış ise de alt işverenin görüşmelerde yer aldığı ve işe iade talebi konusunda davacı ile anlaşamadığı arabuluculuk son tutanağından anlaşılmaktadır. 7036 Sayılı Kanun'un 3/15. maddesinde belirtilen “anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır.” hükmü göz önünde bulundurulduğunda asıl işverenin arabuluculuk görüşmelerine katılmamasının görüşme sonunda uzlaşma sağlanamamış olması nedeniyle sonuç itibarıyla bir değeri yoktur. Zira;

arabuluculuğun gerçekleşmesi için asıl-alt işverenlerin iradelerinin birbiri ile uyumlu olması şartı varken ve davacı alt işveren ile uzlaşmamışken davacıyı asıl işveren ile uzlaşmaya zorlamak beklenemez) konu alan arabulucu anlaşmasına ait olup, iade yerine belirli bir bedelin ödenmesini konu alan anlaşma için asıl işveren ve alt işverenin birlikte hareket etme zorunlulukları bulunmamaktadır, işe iade dışında kalan uyuşmazlıklarda da asıl işveren ve alt işverenin birlikte hareket etmesi mecburiyeti yoktur. Böylece arabulucu nezdinde yapılan anlaşma, toplantıya katılmayan müteselsil sorumlu bakımından bir sonuç doğurmayacaktır (Ekmekçi, Özkes, Atalı, 2018: 148).

2. ARABULUCULUK ARKADAŞLIĞI

2.1. Genel Olarak

Dava arkadaşlığı, hukuk sistemimizde, farklı ortaya çıkış şekillerine göre ayrımlara tabi tutulmuştur. Maddi hukukun yanı sıra, usul hukukundan da kaynaklanabilen dava arkadaşlığı, genellikle bir maddi hukuktaki bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır. Bu ilişkinin yargılama sürecine dahil olması halinde, usul hukuku açısından dava arkadaşlığı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. (Çil, 2020: 67).

Arabuluculuk sürecinde çözümün sağlanması ya da davaların doğru şekilde açılabilmesi, bazen ikiden fazla tarafın sürece dahil olmasını gerektirebilir. Dava açılması durumunda, ihtiyari veya zorunlu dava arkadaşları olarak nitelendirilen kişilerin, arabuluculuk sürecinde de dikkate alınması gerekebilir. Bu nedenle, çok taraflı anlaşmazlıkların çözümünde, dava arkadaşlığı kavramının arabuluculuk sürecinde önemli bir rol oynaması beklenir. (Demir, 2013: 294).

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde tarafları dava arkadaşlığı konusunda bilgilendirerek doğru adımlar atmalarına yardımcı olmalıdır. Türk hukukunda özel bir düzenleme olmamakla birlikte, birden fazla kişinin dava açabileceği veya karşı taraf olabileceği durumlarda ihtiyari veya mecburi dava arkadaşlığı oluşabilir. Bu nedenle, dava açmadan önce arabuluculuk sürecine başvurulması ve dava arkadaşlığı durumunun dikkate alınması önemlidir. Dava arkadaşlığı, birden fazla kişinin aynı taraf rolünü üstlendiği davacı veya davalı tarafta meydana gelebilir. (Atalı, Ermenek, 2021: 145) Arabuluculuk sürecinde, ilgili mevzuatta yer alan hükümler ve ilke ve esasların yanı sıra, dava açılması halinde uygulanacak kurallar da dikkate alınmalıdır. Özellikle,

ihtiyari ya da mecburi dava arkadaşlığı gerektiren uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, arabuluculuk sürecinde de benzer şekilde dava arkadaşlığı düzenlemeleri yapılmalıdır. Dava arkadaşlığı kıyasen arabuluculuk arkadaşlığı olarak uygulanmalıdır. Bu şekilde, uyuşmazlık konusuyla ilgili tüm tarafların hakları korunarak, etkili bir arabuluculuk süreci yürütülebilir. (Çil, 2020: 67). Arabuluculuk sürecinde tarafların birbirleriyle olan ilişkileri, davranışları ve işbirliği, sürecin başarısını etkileyen önemli faktörlerdir. Tarafların birbirleriyle uyumlu bir şekilde hareket etmeleri, müzakerelerde ortak bir amaca ulaşmak için gerekli olan iletişim ve işbirliğinin sağlanmasına yardımcı olur. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinde tarafların birbirleriyle uyumlu bir şekilde çalışması önemlidir. Aksi takdirde, anlaşma imzalanamayabilir veya imzalanan anlaşma geçerli olmayabilir. Dahası, sürecin ilerleyişinde veya uygulanmasında sorunlar ortaya çıkabilir, icra edilebilirlik şerhi verilmeyebilir. Bu nedenle, arabuluculuk arkadaşlığının önemi ve dava arkadaşlığı kavramının arabuluculuk sürecinde de dikkate alınması gereklidir. (Demir, 2013: 291,312).

2.2. İhtiyari Arabuluculuk Arkadaşlığı

İhtiyari dava arkadaşlığı bir yandan yargılamanın usul ekonomisine uygun biçimde yürütülmesine, bir yandan da çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmesine fayda sunmaktadır. (Erdönmez, 2014: 696). Şöyle ki, HMK'nın 57. maddesine göre "Birden çok kişi, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir."

Taraflar, HMK'nın 57. maddesinde düzenlenen üç halde ihtiyari dava arkadaşı olarak kabul görmektedir:

- Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.

-Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.

-Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması

(İhtiyari arabuluculuk arkadaşlığı hakkında daha fazla bilgi için bkz.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas Numarası: 2012/21-1699, Karar Numarası: 2013/1029, Karar Tarihi: 03.07.2013, (www.legalbank.net). Özeti:

Aralarında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmayan davalıların, aralarında hukuki ve fiili irtibat bulunmayan farklı taleplerle, birlikte dava edilmesini haklı kılacak açık bir yasal düzenleme ve geçerli hukuksal bir nedenin varlığından söz edilemez. Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu da gözetildiğinde, mahkemece resen araştırma yapılabileceğinden, yargılamanın sağlıklı olarak yürütülebilmesi ve uyuşmazlığın kolaylıkla çözüme ulaştırılabilmesi için ayrı işverenler aleyhine, ayrı taleplerle birlikte açılmış olan bu davaların ayrılmasının uygun olacağı kabulü gerekir. Birden fazla işveren hakkında aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesi için işverenler arasında mecburi veya ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının bulunması gerekir).

Taraflar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı, şu üç halde mümkündür. Bu haller, uyuşmazlık konusu olan hak veya borçların müşterek olması, uyuşmazlığın tarafların müşterek işlem ya da taahhüdüne dayanması veya uyuşmazlığın her bir tarafla ilgili aynı ya da benzer sebeplerden kaynaklanması olabilir. (Çil, 2020: 69).

Fiziken tek bir arabuluculuk sürecinin yürütülüyor olması, tek bir arabuluculuk sürecinin yürütüldüğü manasına gelmez, esasen beraber yürütülen birden çok arabuluculuk süreci vardır. Tek bir anlaşma belgesi düzenlense de taraf sayısının anlaşma veya anlaşmamama hali bulunur şöyle ki, taraflardan kimisi süreci anlaşmayla bitirebilir, kimisi de anlaşmamayla bitirebilir. Her tarafın verdiği karar, yalnızca kendisi için sonuç doğurur hatta taraflardan birinin anlaşması durumunda, diğer taraflar anlaşmış olmayacak, kendileri açısından sorumluluktan kurtulamayacaklardır (Azaklı Arslan, 2018: 165). Arabuluculuk yöntemine başvurusu olan tarafın davası sürerken diğer dava arkadaşının davası dava şartı eksikliği sebebiyle usulden reddedilebilecektir. (Azaklı Arslan, 2018: 163).

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasında imzalanan anlaşma, arabulucunun, avukatların ve tarafların imzalarını taşıması durumunda, ilam niteliğinde bir belge olarak kabul edilir. Bu da her bir dava arkadaşının, kendi haklarını bağımsız olarak koruma hakkına sahip olduğu anlamına gelir ve her bir dava arkadaşı, cebri icra sürecini başlatma hakkını kullanabilir. Anlaşmaya icrai nitelik kazandırılması için tüm dava arkadaşları birbirinden bağımsız mahkemeye başvurabilir. Başvuru neticesinde alınan kararı yalnızca başvuran dava arkadaşı bakımından hüküm ifade eder. Değnilmesi gereken başka bir

husus da aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan kişilerin birbirlerinden ayrı olarak anlaşmanın irade sakatlığı hali sebebiyle iptalini talep edebilmeleridir (Azaklı Arslan, 2018: 165).

2.3. Zorunlu Arabuluculuk Arkadaşlığı

HMK'nın 59. maddesindeki düzenleme maddî mecburi dava arkadaşlığının ("Mecburi dava arkadaşlarının tasarruf yetkisi ve kapsamı konusunda Hükümet Gerekçesi'nde şu açıklamalar yapılmıştır: "Mecburî dava arkadaşlarının davadaki durumu" başlığını taşıyan bu maddede, maddî bakımdan mecburî dava arkadaşlarına yönelik usul hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre, maddî bakımdan mecburî dava arkadaşlığı ancak kanunlarda belirtilen elbirliği ortaklığı ile bölünemeyen hak veya borç üzerinde birden fazla kişinin tasarrufta bulunması hâlinde söz konusu olabilmektedir. Mecburî dava arkadaşlığına yönelik 64'üncü maddedeki düzenleme göz önüne alındığında dava arkadaşlarının ancak birlikte dava açmaları veya aleyhlerine birlikte dava açılması zorunludur. Yine, dava arkadaşları hakkında tek hüküm verilmesi esas geçerli olduğundan, mahkemece yapılacak tahkikat ve yargılamaya ilişkin işlemlerde dava arkadaşlarının birlikte hareket etmeleri zorunluluğu esas geçerlidir. Ancak, dava arkadaşlarından bir ya da birkaçının kötü niyetli olarak veya hukuken geçerli olmayan başka sebeplerle diğer dava arkadaşlarıyla birlikte hareket etmemeleri, örneğin duruşmalara gelmemeleri veya yapılacak usulî işlemlere yanaşmamaları hâlinde, diğer dava arkadaşları bundan zarar gördükleri gibi, bu tür tutum ve davranışlar davaların gecikmesine de sebep olabilmektedir. Bu durum göz önüne alınarak, mukayeseli hukuktaki düzenlemelere paralel şekilde, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinin, usulüne uygun olarak davet edildikleri hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmiştir. Maddedeki, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinden kasıt, hem tarafın duruşmaya gelmemesi, hem de duruşma dışında süreye tâbi işlemlerde hareketsiz kalınması durumunda geçerli olacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, bu düzenleme, davada usul işlemleri bakımından geçerli olup, sulh, feragat ve kabul gibi maddî hukuk içerikli usul işlemleri açısından geçerli değildir. Zira, bu türlü maddî hukuk içerikli tasarruf işlemlerinde dava arkadaşları, ancak birlikte hareket etmek zorundadır.) düzenlenmesi olup, şu şekildedir; "Maddi hukuka göre, bir

hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”)

Mecburi dava arkadaşları ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2021/9540, Karar Numarası: 2021/14240, Karar Tarihi: 13.10.2021, (www.legalbank.net) 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksine bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddî ve usûlî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür). Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2021/9540, Karar Numarası: 2021/14240, Karar Tarihi: 13.10.2021, (www.legalbank.net) “...işe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve işe iade davasında husumetin her iki işverene yöneltilmesi gerektiği yönündeki Dairemiz uygulaması halen geçerlidir. Arabuluculuğun 7036 sayılı Kanun ile dava şartı olarak uygulanmaya başlamasından önceki dönemde, davacının sadece alt işveren veya asıl işveren aleyhine işe iade davası açması halinde, davacıya davayı diğer işverene yöneltilmesi için süre verilerek sonuca gidilmekteydi. Ancak, arabuluculuğun dava şartı olarak uygulanmaya başlamasından sonraki dönemde, hakkında arabuluculuğa başvurulmamış işveren yönünden bu uygulamanın sürdürülmesi fiilen mümkün değildir. Zira bu işveren hakkında usulüne uygun olarak başvurulmuş ve sonuçlandırılmış bir arabuluculuk

aşaması bulunmamaktadır. Arabuluculuk dava şartı olup, Kanunun açık hükmü gereği asıl işveren ile alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları zorunlu olduğuna göre, bu eksikliğin sonradan sadece taraflardan biri aleyhine arabulucuya başvurularak tamamlanması imkânı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı işçi asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurmadığı sürece, şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlarından birinin yargılama sırasında davaya dahil edilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülmesi söz konusu olamaz).

Açılacak bir davada mecburi dava arkadaşı olması aynı zamanda davanın arabuluculuk şartına tabi olması durumunda, bu dava şartının yerine getirilmiş olabilmesi için, dava öncesinde mecburi dava arkadaşlığı olan tüm taraflar beraber bir arabuluculuk süreci neticelendirmiş olmalı, süreç anlaşma sağlanmaksızın sona ermiş olmalıdır, yoksa mahkeme başka bir inceleme yapmadan davayı dava şartı yokluğundan reddeder. (Çil, 2020: 69).

3. ARABULUCULUK FAALİYETİNDE TARAFLARIN TEMSİLİ

Temsil, hayatın zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayan hukuki bir kurum olduğundan, sosyal hayatta etkin bir müessesedir. Hem ekonomik ilişkilerde hem de ticari hayatta vuku bulan değişim ve gelişmeler temsil kurumunun önemini günümüzde daha da artırmıştır (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 17. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2020/1350, Karar Numarası: 2020/1864, Karar Tarihi: 12.10.2020, (www.legalbank.net), bu hususta daha detaylı bilgi için bkz.; “..Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 226'ncı maddesine göre; iflas idaresi masanın yasal temsilcisi olup bu temsil yetkisi, masanın menfaatlerinin gözetilmesi ve tasfiye ile sınırlıdır. İflas idaresi, davayı organ olarak takip ettiği için, dava ile ilgili bütün işlemleri yapabilir. Yani, bütün özel yetkilere (karş: HMK. m.74) sahiptir...”). Temsilin hedefi, hukuki ya da maddi bir engel bulunduğu hukuki işlem yapabilmenin kolaylaştırılmasıdır. Gerçek ya da tüzel kişi kendi adına açıklama yapıp hukuki işlem kurma iradesini kullanılabileceği gibi mevcut yetkisini başka bir kişiye de verebilir, şöyle ki, bir başka kişiye temsil yetkisinin verilmesiyle beraber bu kişi temsilci olarak anılır (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 12. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2019/1477, Karar Numarası: 2019/1061, Karar Tarihi: 09.09.2019, (www.legalbank.net), “Davacı vekili, müvekkilinin %50 pay ile ...A.Ş. adlı şirketin ortağı olduğunu, şirketin 30.01.2017 tarihinde 3.800.000,- TL sermaye ile kurulduğunu, şirket ana sözleşmesi ile şirket YK

üyeyi olan iki ortağın müşterek imzası ile temsil edildiğini, davalı YK başkanı ...'ın şirkete gönderdiği ve tebliğ aldığı fiktif faturalarla şirket aleyhine icra takibi başlattığını ve haciz uygulattığını, davalının yöneticisi olduğu ... A.Ş. tarafından ... hakkında 244.307,14- TL tutarlı İstanbul İcra Dairesinin ... Esas numaralı dosyası ile ilamsız bir icra takibi başlatıldığını, icra takibinin dayanağı hiçbir borcun bulunmadığını, davacının yurtdışında yaşıyor olmasından faydalanarak, tebligatı yine kendisi tebliğ alarak kesinleştirdiğini ve ardından şirket hesaplarına haciz koyduğunu, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 100,- TL tazminatın davalıdan alınarak müvekkiline verilmesini talep etmiştir.”). Temsilci, temsil olunanın iradesiyle, temsil yetkisine dayanarak hukuki işlem yapma yetkisine sahip olur (Çiçek, 2010: 1).

3.1. Yasal Temsil

Arabuluculuk sürecinin tarafı olan bir gerçek kişi tam ehliyet sahibi değilse, arabuluculuk görüşmelerine taraf adına tarafı temsil için kanuni temsilcisinin katılması şarttır (İrادی temsil ve kanuni temsil arasındaki fark için bkz: Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2013/3625, Karar Numarası: 2013/6421, Karar Tarihi: 09.04.2013 (www.legalbank.net). Doktrin ve yargısal kararlarda temsil, iradi temsil ve kanuni temsil olarak ikiye ayrılmaktadır. İrادی temsilde, temsil olunan kimsenin iradi olarak tek yanlı yetkilendirmesi esas iken, kanuni temsilde ise küçüklerin ve kısıtlıların veli ya da vasileri tarafından temsil edilmesinde olduğu gibi temsil yetkisi kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Aile birliğinin temsiline ilişkin TMK'nun 188.madde hükmü saklı kalmak kaydı ile, eşlerin birbirinin kanuni temsilcisi olacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, somut olayda kanuni temsile ilişkin bir iddia ya da mahkemenin kabulü söz konusu olmayıp uyumsuzluk davalının iradi temsil yoluyla eşi tarafından temsil edilmediği, bu kapsamda artış şartına ilişkin ek sözleşme hükmünün davalıyı bağlayıp bağlamayacağı noktasında toplanmaktadır. Davacı, artış şartının yer aldığı ek sözleşme koşulunun davalı adına davalının eşi tarafından imzalandığını iddia etmiş, davalı ise söz konusu belgenin bilgisi ve rızası dışında düzenlendiğini savunmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Davacı ileri sürdüğü temsil olgusunu usulüne uygun delillerle kanıtlamak durumunda

olup, davacı sunduğu delillerle bu iddiasını kanıtlayabilmiş değildir. Bu durumda, artış şartına ilişkin ek sözleşme hükmünün davalı yönünden bağlayıcı olmadığı kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur). Kanuni temsilci ile kastedilen, sınırlı ehliyetsiz gerçek kişi açısından velayet altında ise velisi, vesayet altında ise vasisi; sınırlı ehliyetli gerçek kişi açısından yasal danışmanı, tam ehliyetsiz gerçek kişi açısından ise vasisidir (Çil, 2020: 62).

Tüzel kişinin kanuni temsilcisi ise, tüzel kişi adına işlem yapmaya yetkili kişidir (Yasal temsilcinin cezai olarak sorumlu olacağı hakkında; TTK Küçük ve kısıtlılar hakkında m. 13'e göre, Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur).

2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 187. maddesinde ve devamındaki maddelerde iflas idaresine müflis adına bir kısım davaları açma ve takip etme görevi verilmiştir. Bu halde müflisin taraf olacağı bir arabuluculuk görüşmesinde kanun uyarınca müflisi iflas idaresi temsil edecektir (Çil, 2020: 63).

3.2. İradi Temsil (Avukatla Temsil)

1136 sayılı avukatlık kanununun 35inci maddesi uyarınca, baro siciline kayıtlı avukatlar mahkemelerde ve çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasında taraf vekili olarak müvekkilleri adına yer alabilmektedirler (Avukatlık hakkında daha fazla bilgi için bkz.; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2018/598, Karar Numarası: 2018/1004, Karar Tarihi: 10.05.2018 (www.legalbank.net). Avukat ve müvekkil arasında kurulan avukatlık sözleşmesi, ayrı bir kanun olan Avukatlık Kanunu'nda (AK) düzenlenen, vekâlet sözleşmesinden ayrı, kendine özgü bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmede müvekkil açısından güdülen amaç, bir iş görme ediminin, salt kişisel ihtiyaçlar için bir başkası tarafından yerine getirilmesi değildir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun, 1, 2, 34, 35, 58, 62. maddelerinde düzenlenen, avukatlığın amacı ve avukatların, yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı (müvekkili nezdinde) temsil etmelerine ilişkin görevleri dikkate alındığında da bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Yargının kurucu ögesi olan ve bağımsız savunmayı temsil

eden avukatın yaptığı savunma görevi, Kanun'da "tüketici işlemi"nin tanımında belirtilen, "mal ve hizmet piyasalarında sunulan bir hizmet" değil, yargılama faaliyeti kapsamında olan bir kamu hizmetidir. Nitekim 1136 sayılı AK'nun 1. maddesinde, "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir." denildikten sonra, "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder." ifadelerine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 2. maddesinde de avukatlığın amacı, "hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır." şeklinde açıklandıktan sonra, 2. fıkrasında da, "Avukat, bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." denilmiştir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6/1-d maddesinde yer alan, "yargı görevi yapan deyiminden, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet Savcısı ve Avukatlar anlaşılır." şeklindeki emredici nitelikteki hüküm de, avukatların, yargının sav-savunma-karar aşamalarından biri olan savunmayı temsil eden bir "yargı görevi" yapmakta olduklarını açıkça göstermektedir. Bu durumda; amacı, hukukî anlaşmazlıkların, adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olan avukatın, bu doğrultuda ifa etmekte olduğu "yargı görevi"nin, bir "tüketici işlemi" olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yine, avukatın, yargılama faaliyetinde savunmayı temsil etmesi ve bu konuda (AK ve meslek kurallarıyla sınırları belirlenmiş olsa da) bağımsız olması, avukatla yapılan sözleşmenin, bir "tüketici işlemi" olarak kabulüne imkân vermemektedir. Örneğin, TKHK'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında, "Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz." hükmü emredici bir norm olarak düzenlenmiş iken, bu hükmün avukatlık sözleşmesinde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira avukat, bağımsızlığı gereğince istemediği bir işi gerekçe dahi göstermeksizin reddedebilme imkânına sahiptir (AK m. 37/1.) Avukatların "yargı görevi" kapsamında, (müvekkilleri nezdinde) savunmayı temsil etmeleri nedeniyle müvekkillerine karşı ağırlaştırılmış özen borcu altındaki sorumlulukları gerek vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğuna gerekse TKHK'da "satıcı", "sağlayıcı" olarak nitelendirilen hizmet sunucularına oranla, çok daha ağır ve

kapsayıcıdır. Ağırlaştırılmış özen borcu, avukatlara gerek hukukî gerek meslekî gerekse cezaî olarak pek çok sorumluluk yüklemektedir).

Taraf vekili (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2014/9218, Karar Numarası: 2014/32172, Karar Tarihi: 01.10.2014 (www.legalbank.net). Avukatlık (vekalet) sözleşmesinin yazılı olmasının şart olmadığı hakkında bkz.; Kanunda vekilin ve müdafinin vekaletname ibrası hakkında bir düzenleme yapılmadığı, sanık tarafından iradi olarak tayin edilen vekilin veya müdafinin Avukatlık Kanunu kapsamında iradi vekalet ilişkisine (avukatlık sözleşmesine) dayalı olarak temsil görevi üstlendiği, Avukatlık Yasasının 163.maddesinde 4667 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonrasında avukatlık (vekalet) sözleşmesinin yazılı olmasının şart olmadığı, tarafların iradelerinin uyuşması halinde vekalet sözleşmesi kurulacağı, dolayısıyla tarafların bu yöndeki iradelerini usulünce açıkladıkları hallerde yazılı belge aranmayacağı, sanığın avukatı olarak duruşmalara giren Avukat F...'e yönelik sanığın herhangi bir itirazda bulunmadığı vekili olarak kabul ettiği anlaşılmalı, tebliğnamedeki onama düşüncesine iştirak edilmemiştir) olarak arabuluculuk görüşmelerine katılabilecek kişiler sadece baro sicilinde kayıtlı avukatlardır (Çil, 2020: 63).

Tarafların bazı hallerde varsa kanuni temsilcileri ile görüşmeye katılmaları mümkündür, tarafların bizzat görüşmelerde yer almaları her zaman olası olamayabileceği için görüşmelerde avukat ile temsili de mümkün kılınmıştır (HUAK m. 15/6, HUAKY m. 17/8)

Avukatın çözüm seçeneklerinin üretilmesi ve nihayetinde sonuçların değerlendirilmesi hususunda taraflara yardımcı söz konusu olabilecektir. Özel yetkiye HMK m. 74 uyarınca sahip olan ve bu konuda açıkça yetkilendirilen avukatın, taraflara hukuki tavsiye verme görevini de yerine getirmesi mümkün olacaktır (Ekmekçi, Özekes, Atalı, 2018: 63).

Arabuluculuk görüşmelerinde, avukatlar hazır bulunabilecekleri gibi, avukatların müvekkilleri olmaksızın görüşmelere katılmaları da mümkündür (HUAK m. 15/6). Avukatların esasen görüşmelerin bir kısmına katılması da mümkün olabilecektir. Avukatlar görüşmelerin tamamına katılmadıklarında bu husus arabuluculuk açısından dezavantaj doğurabilir, zira arabuluculuk sürecinde taraf avukatlarının rolü yadsınamayacak ölçüde değerlidir.

Henssler, arabuluculuğun avukatlıkla ilişkisinin oldukça karmaşık olduğunu belirtmiştir (Henssler, 1997: 75) Mahkeme önündeki davaya odaklanmış bir meslek anlayışı olan ve uyuşmazlığa hukuki bakımdan bakan avukatların arabuluculuğu engelleyecek bir zihniyette olduğu doktrinde iddia edilmiştir. Bu değerlendirmenin örneği, Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya Eyaleti'nde geçerli olan bir arabuluculuk türünde (mandatory mediation) görülmüştür. Bu örnekte, avukatların arabuluculuk görüşmelerine katılmalarına arabulucu tarafından mâni olunabilmektedir (Deren Yıldırım: 2008, 92).

Kanaatimizce avukatlar arabuluculuk görüşmelerinde tarafları temsil etmelidir, çünkü arabuluculuk sürecinde kimi durumlarda karmaşık hukuk uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda hukuk fakültesi mezunu olan avukatların hukuki tavsiye verme yetkisi hususunda ehil oldukları muhakkaktır.

İş uyuşmazlıklarında “işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı” arabuluculuk görüşmelerinde temsilcilik yapabilmekteyken, ticari uyuşmazlıklarda bu biçimde bir düzenleme yapılmaması ticari uyuşmazlıklarda tarafları temsil eden avukatın süreçte daha aktif olmasını sağlayacaktır (https://d.barobirlik.org.tr/2019/20190104_ticariuyusmazliktaelkitabi.pdf,erişim: 12.08.2022, 22).

Avukatın süreç boyunca mı yoksa sadece uzlaşma tutanağı imzalandığı aşamada icra edilebilirlik şerhi alınması açısından, bulunması gerekliliği tartışma konusu olmuştur. Doktrinde genel görüş, bahis konusu tutanak imzalanması esnasında avukatın bulunması gerektiği yönündedir (Azaklı Arslan, 2018: 67, 68).

Bir diğer tartışma konusu da özellikle zayıf tarafın korunması açısından dava şartı arabuluculukta avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi yönündedir (Azaklı Arslan, 2018: 67, 68).

4. ARABULUCULUK FAALİYETİNDE İDARENİN TEMSİLİ

İdare (Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi, 7. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2019/145, Karar Numarası: 2020/7, Karar Tarihi: 08.01.2020 (www.legalbank.net). Dosya içerisinde yer alan arabuluculuk tutanağı incelendiğinde; davacı alt işveren Ç....-A..-H.... Adi Ortaklığı bünyesinde

çalışmasına rağmen, sadece asıl işveren Davalı Dicle Üniversitesi ile alt işveren adi ortaklardan Ç... Yemek Sosyal Hizmetler Limited Şirketi arabuluculuk sürecinde yer almış, diğer adi ortaklar sürece dahil olmadan anlaşma sağlanamaması sebebiyle eldeki dava açılmıştır. Dava konusu işe iade istemi olduğundan adi ortaklığı oluşturan tüm şirketler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmakta olup, tüm adi ortakların katılımı ile arabuluculuk sürecinin yürütülmesi gerekmektedir) özel hukuk işlemleri yaparken, kamu yararına uygun hareket etme yükümlülüğünde olduğundan, özel hukuka konu olan tasarruflarında da esasen dolaylı olsa da kamu adına hareket ettiğinden bazı kurallara tabidir. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda da arabuluculuk sürecinin işletilmesi söz konusu olabilir (“İdare” ile kastedilen kurumlar HUAK m. 2/1-e’ de belirtilmiştir). İdare hukukunda arabuluculuk sisteminin kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamakta olup, halihazırda arabuluculuk sistemi sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için öngörüldüğünden idarenin sadece özel hukuk uyuşmazlıklarında (Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi, 8. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2020/71, Karar Numarası: 2020/71, Karar Tarihi: 22.01.2020 (www.legalbank.net) “İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti: Mahkemece yapılan yargılama sonunda; 07/11/2019 tarihli ön inceleme duruşmasında davacı vekilinin arabuluculuk masrafları konusunda hazineden herhangi bir alacak tahsil edilmediğini, diğer yargılama gideri talebinin olduğunu, aynı tarihli celsede davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi talebinde bulunduğundan açılan davanın konusuz kalması nedeni ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği, dava açıldıktan sonra ödeme yapıldığı anlaşılmakla davalı tarafın dava açılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle yargılama giderleri davalılar aleyhine yüklendiği gerekçesi ile;..”) arabuluculuk sürecinde yer alabilmesi mümkündür (Üstün: 2020, 14).

6325 sayılı Kanununun 15. maddesinin 8. fıkrasında; “Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar”, 9. fıkrasında; “Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı

hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder” ifadelerine yer verilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise 15. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder (HUAK m. 15/8, c. 1). Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez (HUAK Yönetmeliği m. 18/1). İdare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını internet sitesinde yayımlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır (HUAK Yönetmeliği m. 18/2). Komisyonunda 2 yıl süreyle görev yapmak üzere asıl ve yedek üyeler belirlenir. İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir (HUAK Yönetmeliği m. 18/3). Süresi dolan üye yeniden seçilebilir. Asıl üyenin katılmadığı toplantıya yedek üye katılır. Komisyon kararlarını oy birliği ile alır (HUAK Yönetmeliği m. 18/4). Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir (HUAK Yönetmeliği m. 18/5). Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar (HUAK m. 15/8, c. 2). Komisyonun sekretarya hizmetlerini yürüten birim tarafından gerekçeli raporların saklanmasına ilişkin gerekli tedbirler alınır (HUAK Yönetmeliği m. 18/6). Komisyon üyeleri, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar (HUAK Yönetmeliği m. 18/7). Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder (HUAK m. 15/9). Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re’sen ihbar eder. (HUAK Yönetmeliği m. 18/9). Komisyonun ve sekretaryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenir (HUAK Yönetmeliği m. 18/10). Komisyon üyeleri bu madde

kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekreteryaya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir (HUAK Yönetmeliği m. 18/11). İdarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk sürecinde idarenin temsili, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve diğer hususlarda 7036 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hükümleri uygulanır (HUAK Yönetmeliği m. 18/12).

İdare, arabuluculuk görüşmelerine komisyon olarak katılabilir ve kendisini temsil etmek üzere yetkilendirilmiş kişi veya avukat aracılığıyla arabuluculuk yöntemine başvurabilir. Bu başvurunun ardından arabuluculuk görüşmelerine idare adına yetki verilmiş komisyonun katılması gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinde idareler komisyondan farklı biçimde temsil edilemez ve mevzuattaki düzenleme idareler için açık ve emredici olduğundan müzakereler vekaleten yürütülemez. Maddenin gerekçesinde açıklama olmamakla beraber temsil yetkisinin arabuluculuk sürecinde bir komisyona devrine ilişkin hükmün, idarelerin denetimine kolaylık sağladığı da aşikardır (Çil, 2020: 65).

Altınışık'a göre, "Komisyonun avukat harici üyelerinin temel bir eğitim alması için gerekli destek sağlanmalıdır." (Altınışık, 2020: 26).

5. DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA YETKİLENDİRİLEN ÇALIŞANIN İŞVERENİ TEMSİLİ

Dava şartı olarak arabuluculukta arabuluculuk faaliyeti başlıklı HUAKY m. 25/1'e göre, "Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları, idareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla katılabilirler. İşverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir." Doktrinde kimi yazarlara göre, avukatın yetkilendirilmesi için özel vekaletname şart koşulurken işverenin çalışanı için basit bir yazılı belgenin yeterli olması eşitlik ilkesi bakımından eleştirilmektedir (Yakıcı, 2019: 94)

Doktrinde tartışılan bir başka konu da şudur ki; çalışana verilecek yetki belgesi şekil şartına bağlı olmadığından, çalışandan imza sirküleri talep edilip edilmeyeceği hususudur. Kanunda arabuluculuk süreci için yetkilendirilecek çalışanın, illaki işverenini imzaya ve temsile yetkili bir çalışan olması şartı yer almamaktadır (Çil, 2020: 64).

Çil'e göre kanunun gerekçesinde sürecin işveren adına işveren çalışanı tarafından yürütülmesine ilişkin düzenlemenin amacına dair bir açıklama olmasa da bu düzenlemenin birtakım hedefleri olduğu kesindir. İşverenin taraf olduğu tüm uyuşmazlıklara iş yoğunluğu gibi nedenlerle katılma imkânı bulunmayabilir. İşveren arabuluculuk görüşmelerine bizzat katılmak ve işçiyle yüz yüze de gelmek istemeyebilir ya da işçi hakkında daha fazla bilgisi olan bir çalışanın katılmasının gerektiğini düşünebilir. Mevcut olasılıklar düşünüldüğünde düzenlemenin amacı, arabuluculuğa katılımı kolaylaştırmak, katılımın etkin olmasını sağlamak ve arabulucuya sunulacak yetki belgesi için yazılı olması dışında herhangi bir şekil şartı da istenmediği üzere sürece işveren adına katılacak çalışandan imza sirküleri istenmesi kanunun ruhuna ve hükmünde düzenleniş amacına riayet etmeyeceği aşikardır (Çil, 2020: 64).

6. SENDİKALARIN TAKİP YETKİSİ KAPSAMINDA TARAFLARI TEMSİLİ

Sendikalar ve bunun akabinde sendikal hak ve özgürlükler günümüz dünyasında giderek daha önemli hale gelmektedir. Çünkü iş ilişkileri bağlamında daha güçsüz konumda olan çalışanlar, işveren yanında daha güçlü olmak, etkili pazarlık yapabilmek amacıyla sendikalara üye olmaktadır (Koyuncu, 2020: 350).

6356 sayılı SenTİSK m. 26/2'ye göre "Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2021/11916, Karar Numarası: 2021/16709, Karar Tarihi: 21.12.2021) (www.legalbank.net). Sendikaların temsil yetkisine örnek olarak; "Davacı vekili, ... işyerinde çalışan müvekkillerinin Avro para birimi üzerinden ücretlendirildiklerini, davalı yanın tek taraflı kararı ile davacıların yazılı ve sözlü itirazına rağmen ücretlerin 2014 yılı Kasım ayında Türk Lirasına dönüştürülerek ödenmeye başlandığını, Türk Lirasında gerçekleşen değer kayıplarının alım gücünün azalmasına yol açtığını, bu suretle Avro cinsinden daha az ücret ödemek suretiyle ücretinin düşürüldüğünü ve eksik ödendiğini, haksızlığın giderilmesi amacıyla işçilerin Tez-Koop İş Sendikasına üye olduklarını ve sendika ile işveren arasında 24.07.2018 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalandığını, işverenin toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulamadığını, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen ücret zamlarını

yapmadığını, davalı yanın arabuluculuk görüşmelerine katılmadığını,...”) yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.”

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nun 19/2-f. maddesinde sendika ve üst kuruluşlar, üyelerin idare ile ilgili ihtilaflarında üyelerini yargı önünde temsil etmek veya ettirmekle yetkilidir hükmü yer almaktadır (4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nun 19/2-f. maddesine göre; “Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak”).

Sözü edilen Kanun hükümlerinin ihtiyari ya da dava şartı arabuluculuğu içerip içermediği hususunda 6325 sayılı Kanun ve 7036 sayılı Kanun’da herhangi ifade yer almamaktadır. Ancak, sendikalar işçilere ait davalarda işçiler adına dava takip yetkisini kullanabilirler. Sendika üye ya da mirasçısını temsilen davayı takip yetkisi bağlamında özel yetki verilmesi halinde arabulucuya başvurma yetkisi de vardır. HMK m. 74 hükmünün bu noktada kıyasen tatbiki de mümkün olacaktır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, sendikalara dava açma imkânı, dava takip yetkisi verilmiş olsa da, arabuluculuğun kendine has özelliği sendikaya verilen yetkiden daha farklı bir husus arz etmektedir, esasında bunun nedeni süreç esnasında işçinin şahsi menfaatine en uygun sonucun elde edilmeye çalışılması ve arabuluculuğun hak temelli değil menfaat temelli bir süreç olmasıdır, tarafın şahsi menfaatini tarafın kendisi en iyi bilip, süreci de kendisinin en iyi takip edebilecek olmasıdır. İradilik, gönüllülük özellikleri taşıyan arabuluculuğun mahkeme yargısına göre daha kişisel olması nedeniyle işçi ve işverenleri sendikaların temsil etmesi esnasında uygun olmasa da sendikaların uygulamada taraf yerine arabuluculuk süreci idame ettirdiği görülmektedir (Çil, 2020: 66). Ancak bizim görüşümüze göre, işçiler her durumda değil yalnızca iş hukukundan kaynaklanan belirli durumlarda ya da daha güçlü bir şekilde temsil edilmek amacıyla dava takip yetkisini sendikalara bırakabilir. Taraf ehliyeti ve dava

ehliyeti olan işçiyi, yargı sürecinde tarafları temsil edip hüküm alma yetkisine sahip olan sendikaların arabuluculuk sürecinde de temsil etmesi mümkün olmalıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu uyarınca, arabuluculuk sürecine taraflar, tarafların iradi ve kanuni temsilcileri, işverenin yetkilendirdiği çalışanı ayrıca tarafların katılmasını istediği ve uygun gördüğü alanında uzman ve sürece katkı sağlayabilecek, süreçte mevcudiyetinde gereklilik olan, bilgisine danışılması fayda sağlayabilecek üçüncü kişiler de katılabilecektir.

Türk hukukunda taraf olabilecek kişiler en geniş manasıyla, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının tarafları olan kişilerdir.

Arabuluculuk, Türk hukukunda ihtiyari ya da dava şartı olarak yürütülebilmektedir. Dava sisteminde iki taraf olup bir tarafta birden fazla kişi yer alabildiği gibi arabuluculuk sürecinde bir tarafta birden fazla kişi yer alabilir. Bu da sürecin birden çok tarafla yürütülmesine ve Kanunda ve yönetmelikte düzenlenmeyen bazı hususlarda açıkça düzenleme olmadığından bu gibi konularda mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak yorum yapılmasını gerektirmiştir. Bu durum arabuluculuk arkadaşlığı tanımını gündeme getirecektir. Arabuluculuk arkadaşlığı dikkate alınmaksızın süreç yürütüldüğü takdirde arabuluculuk anlaşma tutanağının dahi geçersizliği dahi gündeme gelebilecektir.

Bir başka değerlendirilmesi gereken husus da arabuluculukta taraf katılımının özel görünümüdür. Örneğin, taraflardan biri arabuluculuk sürecince vefat ettiğinde süreç sonlanacak mıdır yoksa sürece eğer tespit edilebiliyorsa mirasçıları mı devam edecektir? Kanımızca bu süreç devam etmez. Maddi hukuk genel hükümleri uyarınca mirasçılar istiyorlarsa yeni bir arabuluculuk süreci başlatırlar. Bu örnekler çoğaltılabilir. İşe iade talebiyle arabulucuya başvuruda asıl ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılması zorunluluğu hususunda şu düzenleme yapılmıştır; İMK m. 3/15'e göre, "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi amacıyla işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve

iradelerinin birbirine uygun olması aranır.” Hükmün gerekçesine göre, alt işverenlik ilişkisinin geçersizliği veya muvazaalı olması halinde işçinin hak kaybına uğramaması ve adil yargılanma hakkının korunmasını hedeflenmektedir.

Arabuluculuk faaliyetinde tarafları temsil edebilecek kişiler ise iradi temsilciler ve kânuni temsilcilerdir. Tıpkı yargı sürecinde olduğu gibi arabuluculuk sürecinde de tarafların temsilini gerektiren haller oluşabilir.

Arabuluculuk en temelde toplumsal barışı hedeflemektedir. Dava şartı olarak arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk düzenlemesi hukukumuzda yeni ve gelişmekte olan bir alan olup, usul ekonomisi, hızlilik ve basitlik gibi kavramlar ışığında değişmeye ve uygulama esnasında kuvvetlenmeye, kazan-kazan ilkesinin arabuluculuğun niteliklerinden olmasıyla beraber her iki tarafında kazanabileceği, geçmişi Türk hukukunda sulh kurumuna dayanan ve dünya uygulamasında ise çok eskiye dayanan bir kurumdur. Her geçen gün değişen ve gelişen global dünyadaki gelişmelerle beraber arabuluculuk kurumunda da değişiklikler yaşanacaktır. Sosyal, ticari hayatta hızla yaşanan değişimlere paralel olarak arabuluculuk da değişecek ve mevcut yasal düzenlemelerde yeterli gelmeyecektir.

KAYNAKÇA

AKKAYA, T. (2014). Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sa. s. 897-941.

ALANGOYA, Y, YILDIRIM, K, DEREN-YILDIRIM, N. (2009). Medenî Usul Hukuku Esasları. Beta Yayıncılık, İstanbul.

ALTINIŞIK, R. (2020). Arabuluculuk Sürecinde İdare Komisyonunun Sorunları ve Çözüm Önerileri. Arabuluculuk Yıllığı-2020, (Editörler: Begüm Kocamaz/Baybuke Kurtuluş), Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ATALI, M, ERMENEK, İ. (2021). Medeni Usul Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ATICI, C. (2021). Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

AZAKLI ARSLAN, B. (2018). Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk”, Yetkin Yayınları, Ankara.

BAHADIR, N. (2022). Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk. Seçkin Yayınları, Ankara.

BLOHORN BRENNEUR, B, AKUĞUR, D, SALZER J. (2021). Türkiye’de Herkes İçin Arabuluculuk. İnkılap Kitabevi, İstanbul.

BRAUN, K. (1955). Labor Disputes and Their Settlement, The John Hopkins Press, Baltimore.

BROWN, A. (2012). Principles and Practice, 3rd Edition, Sweet and Maxwell.

ÇİÇEK, B. (2010). Türk Borçlar Hukukunda İradî Temsil Yetkisinin Sona Ermesi. T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

ÇİÇEK, M. (2019). İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. Seçkin Yayıncılık.

ÇİL, S. (2020). Arabuluculuk sürecinde Taraf Vekilliği, Adalet Yayınevi.

DEMİR, Ş. (2013). Arabuluculuk Arkadaşlığı. ABD, Sa. 2, s. 291-314.

DEREN YILDIRIM, N. (2008). Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler. İstanbul Barosu Yayınları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler.

DÜR, O. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara.

EKMEKÇİ, Ö, ÖZEKES, M, ATALI, M. (2018). Hukuk Uyuşmazlıklarında İhbar ve Zorunlu Arabuluculuk. İstanbul.

ERBAŞ, G. (2018). Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk; Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları. Seçkin Yayınları, Ankara.

ERDAĞ, N. (2021). Koronavirüs (Covid-19) Kapsamında Tüm Yönleriyle İş Hukuku Serisi (İş Hukukunda Arabuluculuk). Platon Hukuk Yayınları, İstanbul.

ERDOĞAN, E, ERZURUMLU, N. (2016). Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arbuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arbuluculuk Taslağı (Rapor). Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul.

ERDÖNMEZ, G. (2014). HMK. m.57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Sa. s. 695-755.

FİŞ ÜSTÜN, G. (2020). "Arbuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, Sa. 1. s. 13,23.

GULLIVER. (1977). On Mediators. Social Anthropology and Law, (London: Academic Press).

GÜVEN, D. (1987). Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi. İstanbul Üni. Sosyal Bilimler Ens. Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi, İstanbul.

HENSSLER. (1997). Anwaltliches Berufsrecht und Mediation, In Mediation für Juristen, Köln.

KEKEÇ, E. (2016). Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler. Ankara.

KOÇAOĞLU, M. (1999). Türk İş Hukuku'nda Arbuluculuk Kurumu (İngiltere, Fransa, Almanya, İsveç ve özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak. Ankara.

KOYUNCU, A. (2020). Sendikal Tazminatın 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde İncelenmesi. Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 18, Sa. 2. s. 349-360.

KURU, B, AYDIN, B. (2021). Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I', Yetkin Yayınları, Ankara.

MOORE, C. (2003). The Mediation Process, Practical Strategies For Resolving Conflict, Third Edition, San Francisco.

MOORE, C. (2006). Arbuluculuk Süreci, Nobel Yayıncılık, Ankara.

NIEMIC, R, STIENSTRA, D, RAVITZ, R. (2001). Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center.

OĞUZ, Ö. (2019). Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. Legal Yayıncılık, İstanbul.

ÖZER, T. (2020). Arabuluculuk ve Felsefesi Hakkında I. Vedat Kitapçılık, İstanbul.

STEFFEK, F. (2013). Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics. Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroad. s. 33-61.

STULLBERG, J. (1981). The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind”, reprinted in S.B. Goldberg, E.D. Green and F.E.A. Sander (eds), Dispute Resolution, Boston and Toronto: Little, Brown.

TANRIVER, Süha. (2020). Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Sa. 147, s. 111-142.

TANRIVER, S. (2022). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. Ankara, Yetkin Yayınları, Ankara.

TANRIVER, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 64. s. 151,177 (Arabuluculuk).

TAŞ KORKMAZ, H. (2018). Davacı Taraf İradî Taraf Değişikliği Yapılması ve Bu Konuya Yargıtay’ın Bakış Açısının Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.10, Sa. 100. s. 117,137.

TOPEL ÇELİKOĞLU, C. (2012). Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 100. s. 281-316.

TUTUMLU, M. (2022). Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda İslah”, Seçkin Yayınları, Ankara.

YAKICI, Ö. (2019). Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk. Yetkin Yayınları, Ankara.

YAVAŞ, M. (2015). Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın’a Armağan, C. 21, Sa. 2. s.741-762.

Elektronik Kaynaklar:

www.legalbank.net

[https://d.barobirlik.org.tr/2019/20190104_ticariuyusmazliktaelkitabi.p
df.](https://d.barobirlik.org.tr/2019/20190104_ticariuyusmazliktaelkitabi.pdf)