

# İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları

Dr. Murat ÖZVERİ<sup>1</sup>  
ORCID: 0000-0001-5752-7186

**Öz:** İş davalarında zorunlu arabuluculuk bir Ocak 2018 tarihinden başlayarak uygulama alanına girdi. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bir dava şartı olarak düzenlenip zorunlu tutulmasını iş hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştırmak olanaklı değildir. İş davalarının uzun sürdüğü gerekçesinden hareketle işçilerin hak kaybına uğratılmasının meşrulaştırılması ise kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

**Anahtar kelimeler:** İş Yargılaması, Arabuluculuk, Dava şartı olarak arabuluculuk, iş hukukuna hâkim ilkeler.

## **Labor Court Law and Mandatory Mediation Practices**

**Abstract:** Mandatory mediation has entered the field of application for lawsuits in labor courts starting from January 2018. It is not possible to associate mandatory mediation as a condition of lawsuit in labor disputes with the basic principles of labor law. Furthermore, it is also not acceptable to justify the loss of employees' rights due to the long duration of business cases.

**Keywords:** Labor Judiciary, Mediation, Mediation as a condition of lawsuit, prevailing principles of labor law.

## **Giriş**

İş yargılamasında zorunlu arabuluculuk uygulaması 01.01.2018 tarihinden itibaren başladı. Zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 25 Ekim 2017 tarihli 30221 sayılı Resmi gazete de yayımlandı. Kanunun yürürlük maddesine göre 3 üncü, 11 inci ve 12 nci maddeleri 1/1/2018 tarihinde yürürlüğe girdi. Kanunun 3. Maddesinde dava şartı olarak arabuluculuk düzenlendiğinden Ocak 2018 tarihinden itibaren iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir. Dolayısıyla 01.01.2018 tarihinden sonra doğan bireysel iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmesine dayanan, işçi, işveren alacağı, tazminatı ve işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulması zorunlu olmuştur.

Yasayla, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi, manevi tazminat davaları ve bu davalar kapsamında açılacak rücu davaları zorunlu arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Böylece kıdem, ihbar tazminatı ve

<sup>1</sup> Çalışma ve Toplum Dergisi Yayın Yönetmeni, Kocaeli Barosu Avukatı

fazla mesai, yıllık izin gibi ücret alacakları ve işverenlerin işçilere açacakları alacak ve tazminat kalemleri için de dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu hale gelmiştir.

İş davalarında zorunlu arabuluculuk, yasanın gerekçesinde artan işyeri sayısı, iş davalarının çok fazla olması, davaların sonuçlandırılmasının uzun sürmesi olgularına dayanılarak açıklanmaktadır.

Yasanın gerekçesinde rakamlarla örnekler verilmiştir. Bu rakamlara göre durum gerçekten de vahimdir. İşçilerin açmış olduğu davalar ortalama 452 günde sonuçlandırılmaktadır. Diğer yandan işçinin davasını sonuçlandırması alacağına kavuştuğu anlamına da gelmemektedir. İşçi, ilamı almak, icraya koymak, icra takibini kesinleştirmek ve gerekirse haciz veya iflas yollarına başvurmak zorunda kalacaktır.

Elbette yasa koyucu davaların bu denli uzamasına seyirci kalmaz. Kalmamalıdır. Yasa koyucu işçilerin kolay, ucuz ve kısa sürede haklarına ulaşacakları bir sistemi kurmalıdır. Bu sistem kolay olmalı, ucuz olmalı ve işçinin gerçek hakkını ya da en azından gerçek hakkına yakın bir miktarı almasını sağlamalıdır. İş davalarının uzaması, bu nedenle işçilik alacakları ödenmediği için mağdur edilen işçilerin bir de uzun yargı süreci ile ikinci kez mağdur edilmelerine sebebiyet vereceğinden kabul edilebilir değildir. Yasaya göre çözüm zorunlu arabuluculuktur.

Bu çalışmada zorunlu arabuluculuğun İş Mahkemeleri Kanununun gerekçesinde belirtilen sorunlara ne ölçüde çözüm olduğu, hak arama özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı, işçilerin alacaklarına ulaşmada ne ölçüde etkili olduğu ve iş hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı sorularının yanıtı aranmaya çalışılmıştır.

## **İş Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları**

İşçi işveren ilişkilerinin hukuki çerçevesini genel olarak iş sözleşmesiyle belirlenmektedir. Her sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesiyle kurulan ilişkide de sözleşmenin tarafları sözleşmede yüklendikleri edimlerin yerine getirilmemesi veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi riskini henüz daha sözleşmenin imza aşmasında göze almışlardır. Sözleşme rizikosu denilen bu olgu, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarının çözüm yollarının nasıl olacağını belirlenmesini de zorunlu kılmıştır.

Herhangi bir sözleşmeden farklı olarak, iş sözleşmesinin taraflarından birisi olan işçi, iş sözleşmesinin henüz daha kuruluş aşamasında güçlü işveren karşısında özel olarak korunmuştur. İş sözleşmesinin kuruluş aşamasındaki koruma, sözleşme özgürlüğünün iş yasasının mutlak emredici ve nispi emredici hükümleriyle sınırlandırılmasında kendini gösterir.

İş sözleşmesinde taraflar iş yasasının nispi ve mutlak emredici hükümlerine aykırı sözleşme koşulları belirleyemezler. İş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolları da aynı ilkeye tabidir. İş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin ücretinden başka geliri olmadığı gerçeği belirleyici olmaktadır. İş yargılamasında uyuşmazlığı giderecek yol hızlı, ucuz, hak kaybına neden olmayan ve basit olmak zorundadır. Bu ilkeler dava açma hakkı dahil iş uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen veya uygulanan tüm yöntemler için geçerlidir. İş uyuşmazlıklarının çözümü için geliştirilen yöntemleri kısaca incelemek, zorunlu arabuluculuğun bu yöntemler içerisinde nerede durduğunu, iş hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olup olmadığını belirlemede de yol gösterici olacaktır.

## **Uyuşmazlığın Tarafların Uzlaşmasıyla Çözülmesi**

Tarafların sorunu uzlaşmayla çözmeleri önünde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Yeter ki varılan uzlaşma yasanın emredici hükümlerine aykırı olmasın, güçsüz işçinin günlük gereksinimlerinin, zaruretlerinin altında ezilerek haklarının bir kısmından vazgeçmek zorunda kalmasın, işçinin bilgisizliğinden yararlanan işverenin ibraname gibi hakkın talep edilebilirliğini ortadan kaldıran belgeler imzalatmasın. Bu durumların birisinin varlığı halinde gerçek anlamda bir uzlaşmadan söz etmek olanaklı değildir.

## **Uyuşmazlığın Avukatlık Yasasında ki Usulle Sona Erdirilmesi**

Avukatlık yasasının 35 maddesine 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı yasanın 23. Maddesiyle eklenen 35/A maddesi iş uyuşmazlıklarında da uygulanabilecek özel bir uzlaşma şekli öngörmüştür. Maddeye göre:

“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlarsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir”.

İşçinin hukukçu güvencesi altında haklarını kısa yoldan ulaşmasını sağlayacak bir kurum olarak düşünülen Avukatlık Yasasının 35/A maddesi uygulama da yaygınlaşmamıştır. Bu durumun en önemli nedeni çalışırken işçinin hakkını tam olarak ödemeyen işverenlerin, iş sözleşmesi sona erdiğinde de aynı tavrı sürdürmekte ısrarcı olmalarıdır.

## Uyuşmazlığın İhtiyari Arabuluculuk Üzerinden Sona Erdirilmesi

İhtiyari arabuluculuk kurum olarak hukukumuza 22/6/2012 tarih 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” (HUAK) ile girmiştir.

İhtiyari arabuluculuğu düzenleyen bu kanunda arabuluculuk faaliyetinin aşamaları ve arabulucuda bulunması gereken nitelikler tek tek sayılmasına karşın, arabulucuların iş hukuku alanında işveren lehine bir ibra kurumu olarak çalıştıkları yargı organlarının kararlarına yansımıştır.<sup>2</sup>

### Uyuşmazlığın Hak Grevi Yoluyla Çözülmesi

Hak grevi 1963-1980 yılları arasında 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası’nda düzenlenmiş bir kurumdu. 275 Sayılı Yasa’nın 19. Maddesine göre kanundan veya toplu iş sözleşmesinden doğan işçi alacağıнын ödenmemesi halinde işçilerin üyesi olduğu sendikanın grev yapma hakkı doğuyordu. Hak grevi **uyuşmazlığı doğmadan önleyen bir kurum olmasına karşın 12 Eylül 1980 darbesi** sonrası yasal sistemden çıkartılmıştır.

<sup>2</sup> “Dosyada mevcut arabulucu nezaretinde düzenlenen anlaşma belgesinin iş sözleşmesinin 03.02.2016 tarihinde sonlanması üzerine aynı gün arabulucu ile birlikte görüşüldüğü ve bir gün sonra 04.02.2016 tarihinde düzenlendiğinin belirtildiği, Tutanakta içeriğinden arabuluculuğa kimin hangi tarihte başvurduğu, anlaşmanın nerede ve ne şekilde sağlandığı konularının belirtilmediği, ikinci maddesinde kıdem ve ihbar tazminatları toplamından oluşan 11.668,82 TL. ödeme dışında işveren nezdindeki kıdem, ihbar, fazla çalışma, genel tatil hafta tatili, yıllık izin prim, ikramiye, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları dahil olmak üzere hiçbir hak ve alacağı kalmadığı kalmış olsa bile bu miktarın dışındaki alacaklardan feragat ettiğini, işvereni her şekilde ibra ettiğini kabul ettiği yönünde ibare bulunduğu anlaşılmaktadır.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.” hükmü düzenlenmiştir. Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında “...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.” düzenlemesine yer verilmiştir. 6098 sayılı TBK’un bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlenmişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibarı ile arabuluculuğa ve niteliği itibarı ile de cebri icraya elverişli değildir. (Yar 9. HD. E. 2016/25300, K. 2016/21744, T. 08.12.2016 sayılı karar)

## Uyuşmazlığın Dava Yoluyla Çözülmesi

Dava yolu, uygulamada iş uyuşmazlıklarının en önemli çözüm yolu olarak benimsenmiştir. Hukuk sistemimiz içerisinde iş mahkemeleri iş uyuşmazlıklarında uzman mahkemeler olarak kurulmuş, ayrı bir yargılama usulüne tabi tutularak işçilerin dava yoluyla haklarına ulaşmaları istenilmiştir.<sup>3</sup>

## İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Gerekeşi

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak düzenleyen “İş Mahkemeleri Kanunu” 3. Maddesiyle bireysel ya da toplu iş sözleşmesine dayanan işçi, işveren alacağı, tazminatı ve işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak belirledi. Anılan maddeye göre:

Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Yasayla, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi, manevi tazminat davaları, bunlarla ilgili rücu davaları dışındaki kıdem, ihbar tazminatı ve fazla mesai, yıllık izin gibi ücret alacakları için işçilerin işverenlere karşı açacakları davalarda ve işverenlerin alacak ve tazminat kalemleri için işçilere karşı açacakları davalarda, önce arabulucuya başvurulması zorunlu hale gelmiştir.

İş davalarında zorunlu arabuluculuk, yasanın gerekçesinde, artan işyeri sayısı, iş davalarının çok fazla olması, davaların sonuçlandırılmasının uzun sürmesi olgularına dayanılarak açıklanmaktadır.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> İş mahkemelerinin kuruluş süreci için Bkz. ( Özdemir, 2015: 189) “5521 sayılı Kanun ile iş mahkemeleri kurulduğu zaman, mahkeme sistemi meslekten bir hâkim başkanlığında birer işçi ve işveren temsilcisinden oluşmakta idi. İşçi ve işveren temsilcilerinin de mahkeme içinde bulunması, iş mahkemelerini genel hukuk mahkemelerinden ayırt eden bir unsur olarak kabul edilmekteydi. Sistemin böyle kurulmasındaki amaç, işveren karşısında zayıf konumda olan işçileri korumak, işçi ve işveren temsilcilerinin yargılamaya katılımı ile bu kişilerin çalışma hayatındaki bilgi ve deneyimlerinden yararlanmak olarak belirlenmişti. Bu düzenleme ile ayrıca, Fransa, Almanya, İsviçre gibi ülkelerde seçimle eşit sayıda üyelerden oluşan iş mahkemelerine benzer bir sistem oluşturulması amaçlanmıştı. Kanunda iş mahkemeleri toplu mahkemeler olarak düzenlenirken, iş uyuşmazlıklarının, sosyal tarafların çalışma yaşamının içinden gelen temsilcileri tarafından seçilen üyeler tarafından daha kolay çözümleneceği düşünülmüştü”.

<sup>4</sup> “Bir bütün olarak bakıldığında hemen her yerde pratik bir amaç öne çıkmaktadır: Yargının ihtiyaçları tam olarak karşılayamaması. Temel varsayım; arabuluculukta uyuşmazlıkların yargılamaya göre çok daha uygun maliyetli (cost-effective) bir biçimde çözüleceği kabulüne dayanmaktadır. Özellikle kriz dönemlerinde taraflar hukuki sorunlarını yüksek maliyetli ve uzun yargılama süreçleri yerine mahkeme dışındaki çözüm yöntemleri ile çözmeyi tercih

Yasanın gerekçesinde rakamlarla örnekler verilmiştir. Gerekçede verilen bu rakamlar, daha net görülsün diye alt alta yazılarak, aşağıda tarafımızca tablo haline getirilmiştir.

İşyeri sayısı	1.750.000
Hakim sayısı	376
Hakim. Sos. Güv. Mahkemesi)	50
Hakim İş ( İş Mahkemesi	320
İş Mahkemesi Sıfatıyla Görev yapan Asliye Hukuk Hakim sayısı	514
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2010	466 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2011	488 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2012	483 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2013	381 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2014	417 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2015	431 Gün
İş Davalarının ortalama sonuçlandırma gün sayısı 2016	434 Gün
Ortalama Gün sayısı	451,75 Gün

Tabloda görüldüğü gibi durum gerçekten de vahimdir. İşçilerin açmış olduğu davalar ortalama 452 günde sonuçlandırılmaktadır. Üstelik unutmamalıdır ki işçinin davasını sonuçlandırması alacağına kavuştuğu anlamına da gelmektedir. İşçi, ilamı almak, icraya koymak, icra takibini kesinleştirmek ve gerekirse haciz veya iflas yollarına başvurmak zorunda kalacaktır.

Elbette yasa koyucu bu duruma seyirci kalmaz. Kalmamalıdır. İşçilerin kolay, ucuz ve kısa sürede haklarına ulaşacakları bir sistemi kurmalıdır. Bu sistem kolay olmalı, ucuz olmalı ve işçinin gerçek hakkını almasını sağlamalıdır. İş davalarının uzaması, işçilik alacakları ödenmediği için mağdur edilmiş işçilerin, uzun yargı süreci ile ikinci kez mağdur edilmelerine sebebiyet vereceğinden kabul edilemez. Yasaya göre çözüm zorunlu arabuluculuktur.

Yasa doğru gerekçeden yanlış çözüme yönelmiştir. (Güzel, 2016: 1113) Yasanın çözüm olarak gördüğü arabuluculuktur. Arabuluculuk ise işçilerin daha kısa sürede alacaklarına ulaşması karşılığında hak ettiklerinin azına razı olmak zorunda kalmalarıdır.

etmektedir. Mahkemelerin ağır iş yükleri ve bütçe kısıntıları norm koyucuları daha düşük maliyetli çözüm yollarına yönlendirmektedir. Bazı yazarlar bunun temel bir amaç olmamakla beraber bir sonuç olduğunu belirtmektedir.” (Yenisey, 2016: 171)

Diğer yandan zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlıkları daha kısa sürede sonuçlandıracağını peşin olarak kabul etmek de olanaklı değildir. Arabuluculuğun diğer sakıncalarını bir yana bıraktığımız koşullarda dahi uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlanacağı gerçekçi olmayan varsayımdan öteye gitmemektedir. (Yenisey, 2016: 186)

Bu tür uyuşmazlıklarda arabulucu önünde uyuşmazlığın daha kısa sürede çözebileceği varsayımı bize gerçekçi görünmemektedir. İşverenin uzun bir yargılama süreci sonunda ödeyeceği miktardan daha fazla miktarı derhal ödeme konusunda ekonomik bir motivasyonun bulunmayacağı açıktır.

## İş Uyuşmazlıklarının Sayısının Artma Nedenleri

İş uyuşmazlıklarının temel nedeni işverenlerin iş yasasına uymamalarıdır. İş yasası işverenlerce uygulanmamaktadır. Üstelik işverenler iş yasasını uygulamayarak yasaya aykırı davranışlarından menfaat temin etmektedirler. İşveren işe aldığı işçiyi Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) bildirme yükümlüğüne uymadığı, geç bildirdiği için işçinin işe giriş tarihinde dolayısıyla işçinin kıdeme bağlı haklarını hesaplamakta uyuşmazlık çıkmaktadır.

Yaygın ve bir türlü engellenmeyen/engellenemeyen kayıt dışı istihdam, denetimsizlik, muvazaalı alt işveren uygulamaları, işyerlerinde işçinin haklarını gözetecek güvenceye kavuşturulmuş işçi temsilciliği veya işyeri konseyi gibi yatay örgütlenmelerin olmaması, sendikalaşmanın oranının düşüklüğü ve işverenlerin halen sendika hakkını içselleştirememiş olmaları, sendika hakkını kullanan işçilerin etkin bir korumdan yararlanamamaları, sendikasızlaştırmaya hizmet eden toplu sözleşme yetki sistemi, işverenin işyerinde tek otorite olması ve bu otoriteyi sınırlandıracak her düzenlemeye karşı çıkmaları, bu karşı çıkmayı bertaraf edecek etkili bir koruma sisteminin gelişmemiş olması iş uyuşmazlıklarının artmasının temel nedenleridir.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> “Son yıllarda bütün Dünya’da iş uyuşmazlıklarındaki artış dikkati çekmektedir. Bunun karmaşık nedenleri olmakla birlikte, ülkemize özgü nedenlere vurgu yapılmak gerekirse, ilk sırada iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kurallarının etkin bir biçimde uygulanamaması, uyuşmazlıkların kaynağında yer alan önemli bir faktör olmaktadır. Bununla bağlantılı diğer ciddi bir sorun, kayıt dışı istihdamın, tüm çabalara rağmen, uzun yıllardan beri geriletilmemiş olmasıdır. Çalışma yaşamının etkin denetlenememiş olması da bu sorunları, daha da karmaşık hale sokmakta, çözümünü güçleştirmekte ve tek çözüm yeri olarak yargı görülmektedir. Öte yandan, ülkemizde küçük işyerlerinin yoğunluğu, alt işveren uygulamalarının yaygınlığı, yönetime katılma kurumlarının oluşturulmamış olması, uzlaşmacı bir kültüre dayalı bir endüstriyel ilişkiler sistemi yerine, çatışmacı bir sosyal iklimin üstünlük kazanması sonucunu beraberinde getirmiş, her çatışmanın, her uyuşmazlığın çözümü yargı organından beklenir hale gelmiştir. Sendikal hak ve özgürlüklerin ve bu arada etkin bir toplu sözleşme düzeninin kurulamamış olması, iş ilişkisinin bireysel temelde iş sözleşmesi ekseninde yapılması yolunu açmış, işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki yetkilerini de genişletmiştir” (Güzel, 2016: 1132)

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığının 2015 yılında yayımlanmış olduğu bir raporda, iş müfettişleri, işverenlerin işçilerin haklarını korumak için getirilen yasal düzenlemelere uymamakta ısrarcı olduklarını vurgulamışlardır. Anılan rapora göre:

“Yapılan teftişlerde çalışma sürelerini ve işçilerin dinlenme hakkını temin etmek bakımından getirilmiş yasal düzenlemelere yoğun olarak muhalefet edildiği gözlemlenmiştir. Bu muhalefetin ortaya çıkmasına, yapılan işlerin süreli olarak (bir çok işte normal koşullarda gerekli olan sürenin altında bir süreyle) alınmış olması, işin yapılma dönemlerindeki hava şartlarına bağlı olarak zaman zaman çalışma yapmanın imkan dahilinde olmamasının zaman darlığı baskısını artırması ve bu konulardaki yasal düzenlemelerin yaptırımsız olması yada öngörülmiş yaptırımların düşük olmasının mevzuata uyma uymama konusunda işverenlerin elini serbest bırakması unsurları etken olmaktadır.

Bu sonucun oluşmasında temel belirleyici unsur, işverenler açısından yasal düzenlemeye muhalefet haline son verme veya ilgili yasal düzenlemenin yaptırımına katlanma konusundaki tercihte yasal düzenlemenin yaptırımına katlanmanın daha tercih edilebilir olarak algılanmasıdır”<sup>6</sup>

İş uyuşmazlıkları üst başlığı altında yer alan çekişme nedenlerine baktığımızda uyuşmazlık henüz daha işe giriş aşamasında yaratılmaktadır. Daha düşük sigorta primi ödemeyi kar olarak gören işverenler işe giriş bildirgesini geç vermekte işçinin işyerindeki kıdemi tartışmalı hale getirilmektedir. İşçinin ileride hakkını aradığı durumlarda olabildiğince az maliyetle karşılaşmak isteyen işverenler, işçinin işverenini de işyerini de hukuken tartışmalı hale getirmektedirler. Bu nedenlerle iş uyuşmazlıklarında tartışma, işçinin işe giriş tarihinden başlamakta, iş yasasından kaynaklanan neredeyse tüm akçalı haklarıyla devam etmektedir.

İşçinin işverenin kim olduğu tartışmalıdır. İşverenler yasal yükümlükten kaçınmak için işyerlerini bölerek bir işyerinde birden fazla işveren yaratmaktadır. İşçiler asıl işte, asıl işverenin işçileriyle aynı işleri yaparak çalıştığı, tüm emir ve talimatları asıl işveren veya vekilinden aldığı halde, kayıtlarda adını dahi bilmediği işverenlerin işçisi olarak gözükebilmektedir. Bu nedenle işverenin kim olduğu konusunda uyuşmazlık çıkmaktadır.

İşveren 4857 sayılı iş yasasının 37. maddesi uyarınca işçinin ücretini, fazla çalışmasını, ücretten yapılan yasal kesintileri gösteren ücret hesap pusulasını vermek zorundadır. Ücret hesap pusulası yerine Vergi Usul Yasası'na göre düzenlenecek bordro da verilebilir.

<sup>6</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Büyük Ölçekli İnşaat Projelerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Programlı Teftiş Sonuç Raporu, 2015, s. 108 (Tarafımızdan altı çizilmiştir)



İşveren ücret hesap pusulasında işçinin gerçek ücretini göstermediği, ücretin bir kısmını işçinin banka ücret hesabına yatırıp, geri kalanını elden verdiği için ücrette uyumsuzluk çıkmaktadır. İşçinin SGK primleri gerçek ücret üzerinden değil, bildirilen ücretten yatırıldığı için, işçinin hastalandığında aldığı geçici iş göremezlik ödeneği, iş kazası meslek hastalıklarında aldığı sürekli iş göremezlik geliri, fesihte kıdem tazminatı, iş kazasında maddi manevi tazminatı eksik hesaplanmakta, işçi gerçek ücretini kanıtlayabilmek için bin dereden su getirmek zorunda kalmaktadır.

İşveren “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği” 10. Maddeye göre işin başlangıç ve bitiş saatlerini gösteren, işçinin imzasının bulunduğu puantaj kayıtları tutmak zorundadır.<sup>7</sup> Bu kayıtlara göre işçinin yaptığı fazla çalışmaları hesaplayıp, işçi özlük dosyası içerisinde saklaması bir diğer yasal zorunluluktur.

İşveren puantajları eksik tuttuğu, işten atılma korkusuyla ses çıkartamayan işçiye imzalatırdığı, işçinin yaptığı fazla çalışmaların bir kısmını bordroda gösterip bordroyu da işçiye imzalatırdığı için işçinin çalışma süresinde ve fazla çalışmalarında uyumsuzluk çıkmaktadır.

İşveren işe giren her işçiye işçi sağlığı iş güvenliği eğitimlerini vermek, gerekli koruyucu malzemeyi sağlamak zorundadır. İşçilere, almadıkları eğitimleri almış gibi, verilmeyen koruyucu malzeme verilmiş gibi tutanaklar imzalatılmakta, işçiler almadıkları eğitimler gerekçe gösterilerek iş kazalarında kusurlu bulunmaktadır.

Kısaca işverenlerin ezici çoğunluğu, eski deyimle kahir ekseriyeti, iş yasasına uymamaktadır. İş yasasına uymayan hiçbir işveren ben iş yasasına uymadım dememektedir. Aksine iş yasasına uygun çalıştığını gösteren onlarca belge sunmaktadır. Böylece çalışma yaşamının iki yüzü şekillenmiş olmaktadır. Çalışma yaşamının birinci yüzünde işçinin kanıtlayamadığı gerçek durum yer almaktadır. Buna maddi gerçeklik denilmektedir. Çalışma yaşamının ikinci yüzünde ise işverenin belgelerle gösterdiği, gerçek ilişkilerle ilgisi olmayan görünen gerçeklik yer almaktadır.

## **Çalışma Yaşamı Devlet Tarafından Denetlenmemektedir.**

4857 Sayılı Yasanın 91-97. maddelerine göre devlet, çalışma yaşamını denetlemekle yükümlüdür. Devlet adına bu denetim Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı teftiş ve denetleme yetkili iş müfettişlerince yapılacaktır.

<sup>7</sup> İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği Fazla Çalışmanın Belgelenmesi başlıklı 10. Maddeye göre: “ İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir”

Ayrıca 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 24-27 maddeleri uyarınca işyerlerinin işçi sağlığı iş güvenliği açısından denetimi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı ve "iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili" bakanlık iş müfettişlerince yapılacaktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişleri 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasası ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Yasası uyarınca da işyerlerinde inceleme yapmak, iş ve işlemleri teftiş etmekle görevlidir.

Denetimle yetkilendirilmiş müfettiş sayısı ise 2017 yılında sadece 873 kişidir.

## İşyerlerinin Sadece Yüzde 1,2'si Denetlenebilmektedir.

İş yerlerinin denetimlerine ilişkin bizim ulaşabildiğimiz en yeni resmi veri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2015 yılı çalışma istatistiklerinden oluşmaktadır. Buna göre:

**Tablo 1.** 2015 Yılı Bakanlık Kayıtlarına Göre Denetim Yapılan /Yapılmayan İşyeri Sayısı

İşyeri Sayısı	1.740.187*
İşçi Sağlığı İş Güvenliği Teftişleri	13.296
İşin Yürütüm Teftişleri	8008
Toplam Teftiş Edilen İşyeri Sayısı	21.304
Denetlenemeyen İşyeri Sayısı	1.718.883
Denetlenebilen İşyerlerinin Yüzdesi %	1,2

**Kaynak:** ÇSGB 2015 Çalışma Hayatı İstatistikleri ve Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı verileri esas alınarak tarafımızdan hazırlanmıştır.

Bir iş müfettişi sadece 52 hafta tatilinde ve genel tatil günlerinde çalışmadığında, bunun dışında hiç yıllık izin kullanmadan sürekli çalıştığında, bir yıldaki çalışma günü 297 gündür. Bir iş müfettişinin bir işyerini ortalama dört günde denetleyebildiğini kabul edersek, yılda denetim yapabileceği işyeri sayısı en fazla 74'tür.

Yani bir iş müfettişinin bir yılda denetlemesi gereken işyeri sayısı 1959, denetleyebileceği işyeri sayısı ise sadece 74'tür.

Bir iş müfettişi senede 74 işyeri denetleyebildiğinden, (müfettiş başına düşen işyeri sayısını 1959 işyeri olarak sabitlesek dahi) bir işyeri 26 yılda bir denetimden geçecektir.

## 2015 yılında İşçilerin sadece %15'i denetim gören bir işyerinde çalışmıştır.

<b>2015 Yılı Bakanlık Kayıtlarına Göre Müfettiş Gören /Görmeyen İşçi Sayısı</b>	
Sigortalı İşçi Sayısı	13.999.398
İşçi Sağlığı İş Güvenliği Teftişlerinde İşçi Sayısı	1.144.387
İşin Yürütüm Teftişlerinde İşçi Sayısı	1.063.161
Toplam Müfettiş Gören İşçi Sayısı	2.207.548
Hiç Müfettiş Görmeyen İşçi Sayısı	11.791.850
Müfettişe Muhatap Olan İşçi Sayısı Yüzde %	15,77

**Kaynak:** ÇSGB 2015 Çalışma Hayatı İstatistikleri ve Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı verileri esas alınarak tarafımızdan hazırlanmıştır.

Bu koşullarda 26 yılda bir denetim geçirme olasılığı olan bir işyerinde, devlet denetimi ile iş yasasının uygulanmasını beklemek hayal dahi değildir.

Görüldüğü gibi iş uyuşmazlıklarının artması bir dizi yapısal sorundan kaynaklanmaktadır. Bu sorunlara baktığımızda iş uyuşmazlıklarının artmasına neden olan faktörlere işçilerin etkisi neredeyse sıfırdır. İşçinin çalışırken veya iş sözleşmesi sona erdiğinde haklarının hiç ödenmemesi ya da eksik ödenmesi, iş uyuşmazlıklarının armasının ana nedenidir. İşveren çalışma yaşamının denetimsizliğinden, işçinin güvencesizliğinden aldığı güçle işçilerin haklarını ödememe cesaretini göstermektedir. Bu yapısal sorunlara el atmadan iş uyuşmazlıklarını zorunlu arabuluculuk üzerinden azaltmaya çalışmak hakkaniyetli olmadığı gibi gerçekçi de değildir. Nitekim Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) verilerine göre arabuluculuk Ankara İş mahkemelerinde 2018 de %30, 2019 % 1,65 oranında dava açılmasını etkilemiştir.<sup>8</sup>

### **İş Yasasının 32. Maddesi İşverene Fesihle Tüm İşçi Alacaklarını Ödeme Yükümlülüğü Getirmiştir. Arabuluculuk Yasayı Çiğnemenen Uygulanamaz.**

İş hukukunun işçiyi koruma amacı ve iş yargılamasının bu amaca uygun işlemesi iş sözleşmesinin doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ile işveren eşit sözleşme tarafları değildir.<sup>9</sup> İşçi ile işverenin eşit olmadığı

<sup>8</sup> Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)Ankara İş Mahkemelerinde Açılan dava sayıları

<sup>9</sup> “İşçi ile işveren arasındaki ilişkiyi salt bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirmek iş hukukunun çok önemli bir bölümünü oluşturan kamusal iş hukukuna ilişkin düzenlemeleri göz- den uzak tutmak anlamına gelir ki bu önemli bir hatadır. (Yenisey, 2016: 176)

gerçeği iş uyuşmazlıklarında somutlaşmakta, aradaki eşitsizlik ete kemiğe bürünmektedir. “İşçi açısından uyuşmazlık çoğu kere yaşamsal bir önem kazanırken, işveren açısından mali bir analizden ibaret kalmaktadır.” (Yenisey, 2016: 180) İş sözleşmesinin güçsüz tarafında yer alan işçinin korunması yoluyla gerçekleştirilen hukuki yarar, sadece bireysel olarak işçinin yoksun kaldığı haklara ulaşmasının sağlanması değildir. İş hukuku aracılığı ile işçi korunmakta, bu yolla toplumsal barışta DA güvence altına alınmak istenmektedir. (Namlı, 2016: 160)<sup>10</sup> Bu nedenlerle iş hukuku bir dizi mutlak emredici ve nispi emredici hükümlerle taraf iradelerini sınırlandırarak çalışma yaşamını düzenlemiştir. İş yasasında yer alan ve konumuz açısından önemli olan emredici düzenlemelerden birisi iş yasasının 32. Maddesinde yer alan hükümdür.

İş yasasının 32. Maddesine göre işverence **“İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.”**

Bu zorunluğa işveren uyarırsa dava açmaya da arabulucuya başvurmaya da gerek kalmayacaktır. İşçiler, işveren yasanın bu emredici hükmüne uymadığı için dava açmak zorunda kalmaktadır.

İş yasasının 32. Maddesi uyarınca işveren **“işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerini tam olarak”** ödemek zorunda olduğuna göre, arabuluculuk aşamasında işçi ve işverenin kendi aralarında **“tam olarak ödemenin”** altında bir tutarda anlaşmaları, iş yasasının 32. Maddesine açıkça aykırı olacaktır.

Madde emredicidir. Dolayısıyla eğer yasaya aykırı davranmak istemiyorsa işveren de arabulucu da arabuluculuk aşamasında işçinin tüm hak ve menfaatlerini tam olarak ödemenin dışında bir öneri getirmelerinin yasaya aykırı olduğunun bilincinde olmalıdır.

İşçinin hak ve menfaatlerinin tam ödendiği durumlarda işçinin dava açması mantığa aykırı olduğuna göre, arabulucu aşamasında işveren, iş yasasının 32.

---

<sup>10</sup> “İş Hukuku’nda taraflar arasında bir dengesizlik, hatta büyük bir dengesizlik mevcuttur. Yargıtay 1958 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında bunu şu şekilde açıklamıştır:

*“Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren sebepler arasında iktisadi duruma zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazenesi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi bulunmaktadır.”*

Görüldüğü gibi bu kararında İçtihadı Birleştirme Kurulu, iş, hukukuna hükümlerin yorumlanmasında tereddüt bulunması hâlinde *“işçi lehine yorum yapılması gerektiğine”* hükmetmiştir.

Keza Anayasa Mahkemesi de 1972 tarihli bir kararında sosyal devleti, “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan devlet” şeklinde tanımlamış ve İş Hukuku ile İş Kanununu da bu amaç doğrultusunda kabul edilen araçlar olarak nitelendirmiştir.

İşte bu amaç nedeniyle de İş Kanunu birçok emredici nitelikte hükümlerle donatılmıştır.” (Namlı, 2016: 160)

maddesine aykırı davranarak, alacaklarına kısa sürede kavuşması karşılığında işçiye, alacaklarının tam olarak ödenmesi zorunluluğuna uymamayı işçinin kabul etmesini, yani işverenin yasaya aykırı davranmasına katlanmasını önerecektir.

Arabuluculuğun bu durumda iş yasasının 32. Maddesini çiğnemenen işlemesi olanaklı değildir.

İş hukuku alanında sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmış olmasını vurgulayarak, iş hukukunda emredici düzenlemelerin aşılamayacağını altını çizen görüşlere göre de iş hukukuna hakim ilkelerle arabuluculuğu uzlaştırmak olanaklı değildir. Bizim de katıldığımız bu görüşü savunanlara göre:

“İş hukukunda işçinin sözleşme serbestisinin sınırlanması çerçevesinde, mevzuatın kendisine tanıdığı haklardan vaz geçmesinde de izin verilmemiştir. Halbuki arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yolları niteliği itibarıyla taraflar arasında eşitlik varsayımına dayanır. Bu varsayımında iş hukukuna yabancıdır.” (s. 127)(Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 127)

“İş mevzuatındaki emredici kuralların niteliği, bu kuralların sağladığı korumadan hak doğmadan önce vazgeçmesini engellediği gibi, hak doğduktan sonara vazgeçmesini de engeller”. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 127) (s.127)

“7036 sayılı Kanunda ve HUAK’da (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu) iş mevzuatının emredici niteliğinin ortadan kaldırıldığına ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32 nci maddesinin ve Türk Borçlar Kanunu’nun 420 nci maddesinin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır”. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 131) (s.131)

“...Arabuluculuk müessesinin, iş mevzuatının emredici düzenlemelerinin aksi kararlaştırılabilir bir yolu haline dönüşmesine izin verilmemelidir.” (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 142) (s.142)

“...HUAK m. 18’de yer alan, “arabuluculuk sürecinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz” hükmü, iş mevzuatının emredici hükümlerine aykırı olmayan anlaşmalar için hüküm ifade eder. Bu hükmün mevzuatın emredici düzenlemelerini dolanmak işçinin haklarını azaltmak amacıyla kullanılması mümkün değildir. Bu konudaki karar mercii de arabuluculuğa ilişkin idari makamlar değil, iş mahkemeleri olacaktır”. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 142)

Yasaya aykırı arabuluculuğun yapılamayacağını kabul edersek, arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucu karşısında işçi ve işveren bir başka yasaya aykırı işveren davranışının pazarlığını yapacak, yine işveren yasaya aykırı davranmaktan hukuki yarar elde edecektir.

İşveren işçinin ücretini gerçek ücretten göstermeyecek, vergi ve SGK primi kaçırmaya devam edecek, işveren işçiyi hiç sigortalı göstermeyecek, kayıt dışı çalıştıracak, işveren işçiyi muvazaalı işverenler yanında çalıştırıyor gösterecek, kısaca işveren işçinin tüm haklarını gerçek miktarlarının altında gösteren belge düzenleyerek arabulucu karşısına gelecektir.

İşçiden işverenin belgelediği ücret, çalışma süresi üzerinden yapılacak ödemeye razı olması istenecek, işçiye işçilik alacaklarının gerçek ücretinden değil işverenin kayıtlarda gösterdiği ücretten hesaplanması ve uzlaşması önerilecektir.

Böylece işveren, iş sözleşmesinin sona erdiğinde kendini güvence altına almak için şaibeli ibraname düzenlemekle uğraşmak zorunda kalmayacaktır. Arabuluculuk, işçilerin haklarını işverenin uygun gördüğü miktarda ve uygun gördüğü sürede ödemesini sağlayan, işçinin alması gerekenin çok altında bir ödemeye razı edilerek, işvereni geçersizliği ileri sürülebilen ibraname düzenlemekten kurtaran bir kurum olarak işleyecek ya da süreç gereksiz bir zaman kaybı olmaktan öteye gidemeyecektir.

Gerçek haklarını isteyen hiçbir işçi, bu hakkına arabuluculuk aşamasında ulaşamayacaktır. İşçi ya dava süresini göze alıp haklarının iş yasasının 32. Maddesine göre tam olarak ödenmesinde ısrarcı olacak ya da zaman baskısı nedeniyle haklarını tam olarak almaktan vazgeçecektir.

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamasında her durumda işçi kaybedendir. Arabuluculuk aşamasında uzlaşmazsa dava süreci uzayacak, belki de mahkemede uzlaşmayan taraf olarak ön yargıların hedefi haline gelecektir. Uzlaştığında ise haklarını hiçbir zaman tam olarak alamayacaktır.

İşçinin haklarını korumak için var olan bir hukuk dalında işçiyi her durumda zarara uğratacak bir kurum yaratmak, bu kurumu da işçinin yararına göstermeye çalışmak eşine az rastlanır bir kurnazlıktır.

## **Mahkemelere Olan Saygıyı Arttırmak İçin Hak Grevi Yolunu Tıkayanların Aynı Gerekçeyle Arabuluculuğa Çözüm Olarak Sarılması**

İşçi işveren arasında çıkan uyuşmazlıkların en kısa zamanda en az maliyetle çözümü 1963-1980 yılları arasında hak grevi yoluyla sağlanmıştır. İle bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 1963/118 E, 1963/192 K, 15.07.1963 tarihli kararında hak grevinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermişti.

Anayasa Mahkemesine göre;

“Anayasanın 47. maddesi, işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarını korumak üzere grev yapabileceklerini açıkça bildirmiştir. Şu unutulmamalıdır ki sözleşmelere dayanan işçi haklarının alınması gereği ile Anayasanın işçilere sağladığı ilk yetki “hak arama hürriyeti” başlıklı 31. maddesi uyarınca mahkemeye başvurmaktır. Ancak yargı yolunun, sonuca grev yolu ölçüsünde çabuk ulaştırılan bir yol olmadığını göz önünde tutan

Anayasa koyucu, işçilere sözleşmeye dayanan haklarını elde etmek içinde dava hakkının yanında grev yetkisi vermiştir”.

12 Eylül Darbesi sonrası yapılan 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin yargı yolundan daha hızlı bir şekilde sonuca ulaşmayı sağlayan bir hak olarak tanımladığı hak grevinden anayasal güvenceyi kaldırmıştır. 1982 Anayasası grev hakkını düzenleyen 54. maddesinin gerekçesinde **“Başka değişle hak grevi yolu tıkanmıştır. Mahkemelere saygı ve çalışma barışı ilkeleri hak grevinin yasaklanmasına amil olmuştur. Bir toplu iş sözleşmesi döneminde mutlak iş barışı esası kabul edilmiştir”** denilmiştir.

Sonuç olarak, 12 Eylül darbesi ile hak grevi yolunu tıkanmışlardır. Sendikalaşmayı sadece işveren ve kamu otoritesinin icazetine bağlayan bir sistem kurmuşlardır.

Mahkemelere olan saygıyı arttırmak gibi saçma bir gerekçeyle hak grevini işçilerin ellerinden almışlardır. İşçileri sadece işten atıldıktan sonra hak arayabilen kişiler konumuna düşürmüşlerdir.

Şimdi de “İşçiler çok fazla dava açıyor, biz bu davaların altından kalkamıyoruz, davaların uzaması adil yargılama hakkını ortadan kaldırıyor, iş davalarına zorunlu arabuluculuk sistemi getirip mahkemelerin iş yükünü azaltalım” demektedirler.

Hiç kimsenin aklına, sendikalaşmanın önündeki engelleri ortadan kaldırıp, hak grevi yoluyla uyuşmazlıkları doğmadan sona erdiren, işçinin hakkını çalışırken koruyan, Anayasa Mahkemesinin ülkenin sosyolojik durumundan hareketle olumlu bulduğu hak grevini yeniden düzenlemek gelmemektedir.

## **Zorunlu Arabuluculuk İş Hukukunun Temel İlkelerine Aykırıdır.**

Arabuluculuk ile iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk birbirinden farklıdır. Arabuluculuk, gönüllük esasına dayanan bir sistemdir.<sup>11</sup> Tarafların birbirleriyle uzlaşma istemleri vardır, taraflar uzlaşarak uyuşmazlığı çözmek istemektedir. Arabulucu uyuşmazlığı taraflar arasında tartışılabilir, üzerinde görüşülebilir hale getirerek sonuca gitmektedir. Taraflardan birisinin veya her ikisinin görüşme, tartışma iradesi yokken arabuluculuğa zorlanması, arabuluculuk tanımına da aykırıdır. (Namlı, 2016: 156) Dolayısıyla “Zorunlu arabuluculuk, esasen serbest iradeye dayalı olan arabuluculuk kurumunun özüne aykırı olduğu gibi, taraf eşitsizliğinin en açık olarak görüldüğü iş hukukunun özüne de aykırıdır.” (Alpagut, 2016: 213)<sup>12</sup>

<sup>11</sup> “Gönüllülük ilkesi tarafların arabuluculuk süreci üzerinde ortak bir denetimlerinin olması esasına dayanır. İhtiyarı bir uyuşmazlık çözümüne zorlama, arabuluculuk paradoksu olarak adlandırıl-makta ve arabuluculuğun temel mantığına ters görülmektedir” (Yenisey, 2016: 183)

<sup>12</sup> “Bir yandan davaların uzadığı ve işçinin haklarını elde edebilmesi için bir iki yıl beklemesi gerektiği bir olgu olarak mevcudiyetini korurken, karşısına alternatif olarak kısa sürede

Nitekim arabulucular arasında yapılan bir araştırmada, “arabuluculuğun, iş hukuku alanında zorunlu tutulmasının, tarafların süreci geçilmesi gereken bir prosedür olarak görmelerine neden olduğu ve aslında hedeflenen karşılıklı müzakere ortamının her zaman sağlanmadığı” (Peksan, Delen ve Yorgun, 2020: 344) sonucuna ulaşılmıştır. Anılan araştırmada işverenlerin konuya önemli ölçüde ekonomik gerekçelerden hareketle yaklaştıkları görülmüştür. Ayrıca “Arabulucular, işverenlerin tutumunu %89 oranında uzlaşmaz” ( Peksan, Delen ve Yorgun, 2020: 343) olduğunu belirtmişlerdir. Aynı araştırmada arabulucular “arabuluculuk sürecinin ancak işçinin birtakım tavizler vermesi koşuluyla anlaşma ile sonuçlanabileceğini” ( Peksan, Delen ve Yorgun, 2020: 343) dile getirmişlerdir.

Diğer yandan ise iş uyuşmazlıkları Avrupa Birliği'nin arabuluculuğu düzenleyen 2008/52 EC sayılı direktifinin dışında tutulmuştur. Örneğin, İtalya'dan Prof. Dr. Piera Loi, iş davalarında zorunlu arabuluculuğun direktifin dışında tutulduğunu Türkiye'de katıldığı bir toplantıda vurgulama gereği duyarak demiştir ki:

"Arabuluculuğun uygulanmasının tavsiye edildiği alanlar çoğunlukla borçlar ve ticaret hukuku davalarıdır. İş hukuku arabuluculuğa ilişkin direktifin kapsamından hariç tutulmamıştır ancak bir uyuşmazlığın arabuluculuk usulüyle çözülüp çözülmeyeceğinin belirlenmesine ilişkin esas kriter direktifte öngörülmüştür. İlgili amir hükümler gereği tarafların kendi kendilerine karar verme serbestisine sahip olmadıkları hak ve yükümlülükler için arabuluculuğun uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu tür hak ve yükümlülükler aile hukuku ve iş hukukunda oldukça yaygındır (2008/52 ECm.10). Bu nedenle iş hukuku prensipte, söz konusu hak ve yükümlülüklerin doğası gereği direktif kapsamı dışında tutulmaktadır.” (Loi, 2016: 130)

Avrupa Birliği iş davalarını arabuluculuğun dışında tutmuştur. Türkiye ise iş yargılaması hukukunda değişiklik yapıp, iş davalarında zorunlu arabuluculuğu getirmiştir.

Zorunlu arabulucular eğitimden geçmiş hukukçulardan oluşacaktır. Bu hukukçular aynı zamanda avukat olarak dava takip eden kişilerdir. İlk kaygı, arabulucu belgesi olan avukatların birbirlerini kollayacakları endişesidir. İkinci kaygı, arabuluculuk yapan avukatların işçi ve işveren vekili olmaları halinde soruna objektif yaklaşım yaklaşmayacakları sorunudur. Üçüncü kaygı kaynağı ise ekonomik olarak güçlü işverenlerin arabulucular üzerinde ekonomik nüfuzlarını kullanabilme riskidir.

Bu saydığımız riskler her uyuşmazlıkta bulunduğu için, dava açma hakkı temel bir hak olarak anayasalara girmiştir. Herkes, bağımsız mahkemeler önünde hakkını arama hakkına sahiptir. Hak arama özgürlüğünün var eden koşulların

---

sonuçlanabilecek arabuluculuğun konulduğu dikkate alındığında, anlaşmanın serbest iradeye dayalı olduğu düşüncesinin ne derece yerinde olduğu tartışmalıdır” (Alpagut, 2016: 213)



başında mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmasının hukuki güvence altına alınması zorunluluğu gelmektedir.

Bugün için mahkemelerin yeterince bağımsız olmadığından, yargıdaki sorunlardan haklı olarak yakınabiliriz. Ne var ki bu sorunların varlığı, yargı bağımsızlığının olduğu, tarafsız mahkemelerin kurulması için gerekli düzenlemeleri yapma yükümlüğü getirir. Unutulmamalıdır ki “adalet dağıtmak ve adalete erişimi düzenlemek devletin en temel görevlerinden biridir. Yargısal alanın devlet yapılanmasının dışına çıkartılmak suretiyle yargı yükünün hafifletilmesi daha büyük sorunlar yaratabileceği gibi, demokratik bir devlette kişilerin hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacaktır.” (Yenisey, 2016: 182) Yargının sorunlu olması, mahkemelerin işi yükünü azaltma adı altında, yargısal faaliyetlerin, bağımsız olmayan çıkar gruplarının baskılarına açık bir sisteme devrini gerektirmez.

Anayasa Mahkemesi, 03.02.2011 tarihli kararında, Anayasa'nın 36. maddesini **“dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi”** olarak nitelendirmiştir. 36. maddeyi aktaran AYM'ye göre, bu

“maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.”<sup>13</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi niteliğindeki dava açma hakkının, zorunlu arabuluculuk aşamasını araya koyarak zorlaştırılması, hakkın özüne ulaşmanın engellenmesi bu nedenlerle anayasaya aykırıdır. (Güzel, 2016: 1135)

Ne var ki Anayasa Mahkemesi E. 2017/178, K. 2018/82, T. 11/7/2018, sayılı kararında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun; 3. maddesinin; 1) numaralı fıkrasında yer alan “...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ibaresinin, anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>14</sup>

Gerekçelerine katılmadığımız anayasa mahkemesi kararında yüksek mahkeme anayasanın 36. Maddesinde düzenlenen dava açma hakkına dikkat çekmiş, dava açma hakkının diğer temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğunun altını çizmiştir. Ancak Anayasa mahkemesine göre arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi hak arama özgürlüğüne engel değildir. Anayasa Mahkemesi, her uyuşmazlığın mahkemelerde çözülmesinin iş yükünü arttıracığı, davaların makul

<sup>13</sup> AYM., 03.02.2011,E. 2009/83, K. 2011/29, RG, 14.05.2011, Sayı 27933

<sup>14</sup> AYM., E. 2017/178, K. 2018/82, T. 11/7/2018, sayılı, R.G. Tarih – Sayı, 11/12/2018 – 30622

sürelerde sonuçlandırmasına engel olacağı, mahkemelerin iş yükünü azaltacak, adalette erişimi kolaylaştıracak, usul ekonomisini sağlayacak bir yol olarak arabuluculuğun kullanılabileceğini belirtmiştir.

Anayasa mahkemesinin yasanın gerekçesinde de dile getirilen bu olguları anayasaya uygunluk açısından zorunlu arabuluculuk için kabul etmek olanaklı değildir. İhtiyari arabuluculuk için bu olgular gerekçe oluşturabilir. Ancak pratik zorunlulardan hareketle işçinin doğrudan mahkemeye başvurmasının arasına arabuluculuğu zorunlu hale getirmesi, arabuluculuk aşamasında yaşanacak hak kayıplarını göz ardı etmesi savunulabilir bir gerekçe değildir.

Nitekim öğretilerde bu duruma işaret edilmiştir:

“İşçinin salt belirli bir miktar paraya kısa sürede kavuşmasını ve davayla uğraşmamasını önemli ve belirleyici bir menfaat olarak sunmak, ülkenin yargı sisteminin acizliğini kabul etmekle eş anlamlıdır”.

“Öte yandan, dava sayısının azaltılması hiçbir modern yargı sisteminin nihai gayesi olamaz”.

“Arabuluculuk ve hele ki zorunlu arabuluculuk, işçilik haklarını pazarlığa açık hale getirmektedir. Bu durum işverenler arasında zaten yaygın olan hakkı ödememe alışkanlığını daha da yaygın hale getirecektir. Çünkü nasılsa arabuluculuk sürecinde hak üzerinde pazarlık edebilecektir”.

“Yargı yükünün hafifletilmesi başlı başına bir amaç olamaz ve bu yükün hafifletilmesinin tek yolu da tarafların aralarındaki uyuşmazlığı diledikleri şekilde çözümlenmelerini sağlamak değildir. İş uyuşmazlıklarının sebebi zaten işçinin haklarının ödenmemesidir”. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 139-141)

Dolayısıyla iş davalarının uzamasının sorumlusu işçi olamaz. Zorunlu arabuluculukla davalar uzuyor diye işçinin hak kaybına uğratılması göz ardı edilmektedir.

## **Hak Temelli İş Hukukuyla Menfaat Temelli Zorunlu Arabuluculuk Bağdaşmaz**

İş uyuşmazlığının konusu işçinin hakkıdır. İşçinin hakkının teslim edilmesi yeri geldiğinde işçiye rağmen yapılmak zorundadır. Arabuluculuk ise işçinin güncel menfaatleri üzerinden davranmak zorunda bırakıldığı bir süreçtir. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 139)Bu nedenle de haklı olarak denilmiştir ki “İşçinin kendi menfaatinin kendisinin belirlemesi iş hukukunun doğuş dinamiklerine aykırıdır. Ayrıca böyle bir menfaat taktirinin koruyucu hukukta da yeri yoktur. Bu itibarla “menfaat” kavramının “hak” kavramının üstüne çıkarılmasının isabeti tartışmaya açıktır. İş hukuku menfaat kavramını değil, gerçek hakkı esas alır”. (Ekmekçi /Özekes/Atalı, 2018: 139,140)

Anımsayalım: İşçi, çalışırken gerçek ücreti ve fiili çalışması üzerinden ücretini alamadığı, SGK primleri gerçek ücreti üzerinden yatırılmadığı, feshe bağlı hakları ödenmediği, işveren işin düzenlenmesine ilişkin iş yasası hükümlerine uymadığı için iş uyuşmazlıkları ortaya çıkmaktadır. İşçi dava açtığı anda çalışırken alması gerekenlerin en az %40'ını zamanaşımı itirazları, enflasyon, hakkaniyet indirimleri ile kazandığı davalarda işverene bırakmak zorunda kalmaktadır. Arabuluculukla, işverenin tüm yasadışı uygulamalarını işçinin zaruret halinde arabulucu önünde atmak zorunda kaldığı bir imzayla meşrulaştırmak istenmiştir. Görülüyor ki arabuluculuk, tüm sorunlarına karşın işverenin yasa dışı uygulamalarını meşrulaştırma amacına uygun işlev görmeye devam edecektir. Sorun davaların uzamasına feda edilemeyecek boyutta halklara erişim sorunudur.

Sendika ve grev hakkının yeterince gelişmediği ülkelerde, işvereni dizginleyebilecek elde tek araç olarak bireysel iş yasaları kalmaktadır. Bu saptamanın tersi de doğrudur: Eğer bir ülkede bireysel iş yasalarından beklentiler artmış, işçilerin bireysel iş yasalarıyla korunup korunmadığı tartışmanın merkezine oturmuşsa, o ülkede sendika, grev ve toplu sözleşme hakları yeterince gelişmemiştir.

Toplu iş hukukunun gelişmediği, sendika toplu sözleşme ve grev hakkının küçük bir azınlık çalışan grubunun şeklen yararlanabildiği bir hak haline geldiği durumlarda, işveren karşısında işçiyi koruyacak en önemli araç iş yasasıdır.

Bireysel iş yasaları işçinin haklarının en alt sınırlarının neler olduğunu, işverenin yönetim hakkının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlerler. Bu belirlemeyi yaparken işçinin korunması hedefinden hareket ederler. Kısaca eğer uygulanırsa iş yasaları işçiyi korur. İşçi korumak iş yasasının varlık sebebidir.

İş Mahkemeleri Kanunu ise, iş yasasının uygulanmadığı, işverenlerin iş yasasına aykırı davrandığı durumlarda işçinin hakkını nerede, nasıl arayacağını saptayan kanundur.

## Sonuç

İş Mahkemeleri Kanunu'yla, bu yazıda ele almaya çalıştığımız zorunlu arabuluculuğun yanında, zaman aşımı süreleri de düşürülmüştür. Zaman aşımı sürelerinin düşürülmesinin nedeni, işvereni dava tehdidi altında bulmaktan kurtarmak olarak açıklanmıştır. Yapılana bir bütün olarak bakıldığında, İşçinin hakkını hemen zamanında, tam olarak ödemesi gerekirken ödemeyen işverenin, dava baskısı altında kalmasını dert edinen, bu dertle işçinin hak arama süresinin kısaltan bir yasa çıkmıştır.

Bu sayede uzun bir süredir, iş hukukunu işçi ve işveren arasında bir denge hukuku olarak tanımlayanlar kazanmıştır. İş hukukunun işçinin korunması amacını gölgeleyip, iş hukukunu bir kez işçi ve işveren arasında denge hukuku olarak tanımlarsanız, iş hukukunun özünü zedellersiniz diyenler de haklı çıkmıştır. Bu yasayla birlikte iş hukukunda yeni bir döneme girilmiştir. Bu dönemde iş

hukukunda işçinin korunması amacı modası geçmiş can sıkıcı bir hatırlatma olmaktan öteye bir anlam taşımayacaktır. Bu yeni aşamada iş hukukunun işçi ve işveren arasında denge hukuku olmasından da geçilmiştir. Yeni aşamada iş hukukunun amacı, işyerinin çıkarlarını korumak, işçiyi ancak işyerleriyle var olabilen bir mekanik parça, haline dönüştürmektir. Yasayla bu dönemin işaret fişeği yakılmıştır. Korkarım gerisi hızla gelecek ve elveda iş hukuku demek zorunda kalacağımız günleri yaşamak zorunda kalacağız.

## KAYNAKÇA

- Alpagut, G. (2016) “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi” **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, 2016, İstanbul, TİSK Yayını, 195-2018
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, (2015) **Büyük Ölçekli İnşaat Projelerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Programlı Teftiş Sonuç Raporu**
- Ekmekçi, Ö, Özekes, M. ve Atalı, M.(2018) **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul, Onikilevha Yayınları
- Güzel, A. (2016) “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler !...” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2016/3 Sayı 50, 1131-1146
- Loi, P. (2016) “İtalyan Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma”, **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul , TİSK Yayını, 121-148
- Namlı, M. (2016) “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,” **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul TİSK Yayını, 151-166
- Özdemir, E. M. (2015) “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı, 47, 2015/4, 185-221
- Peksan, S., Delen, M ve Yorgun, S. (2020) “İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma” **Çalışma ve Toplum Dergisi**, s. 64, 2020/1, 321-346
- Yenisey, K.D. (2016) “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk” **İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK Yayını, 167-194

