

HOCAYLA İŞ YARGISI ÜZERİNE SOHBET

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi*

I. Başlangıç

Sayın Hocam;

1985 yılının bahar aylarıydı. Anfi A'da pratik çalışmaya girdiğinizde görmüşştük ilk sizi. Genç bir doçent olarak. Mükemmel anlatımınız bize dersi sevdirmişti.

İlk okuduğum eseriniz de, aynen yazarsam, “**Asis. Fevzi ŞAHLANAN, İş Yargılaması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLII, Sayı: 1 – 4 AYRI BASI, SULHİ GARAN MATBAASI KOLL. ŞTİ, İstanbul 1977**” idi. Enstitüye gidip Sezin hanımdan temin etmiştim. Mezun olduktan sonra Kürsünün sınav açtığını öğrenince sizin sevdirdiğiniz dersin kürsüsüne girmek için hiç tereddüt etmemiştim. Kenan bey emekli olduktan sonra derse birlikte girmeye başladık. Aradan 30 yılı aşkın süre geçmiş. Hocam bu sürede Dünya değişmiş. Telefonu olan asistan kavramından nerelere gelmişiz. Hatırlarsınız, evlerimizin yakın olması itibariyle sık sık evinize gelirdim. Çocuklar küçüktü. Beni aileden kabul ettiniz. Bu vesile ile öncelikle muhterem eşiniz Zerrin hanıma teşekkür ederim.

Geriye doğru baktığımda; akademik hayatta sizinle yaşadığım o kadar çok şey var ki. Eminim hatırlamadığım şeyler bunun çok daha fazlasıdır. Ders anlatımınızı ve hitabetinizi hayranlıkla izleyip sizi taklit etmeye çalışmam, yazdığınız tüm eserleri satır satır okumam, Toplu İş Sözleşmesi kitabınızın basım süreci, doktora tezimde önüme çıkarılan sorunları aşmaktaki unutulmaz desteğiniz, kürsü başkanlığınız sürecinde kürsü olmanın ne anlama geldiğini anlamamız, daha ne olsun doktora tezimde, doçentliğimde ve profesörlüğümde vardınız. Akademik hayatımın tüm aşamalarına ve bu süreçte tüm yaşadıklarımıza tanıklısınız. Eminim ki unuttuklarım bunun çok daha fazlasıdır.

Ama asla unutmayacağım bir kaç şey var: Okulda, yemekte, muhtelif ortamlarda, sizden bir şeyler öğrenmediğim hiç bir an olmadı. Siz hatırlıyor musunuz, hukuki bir tartışma yapmadan vakit geçirdiğimizi. Bunun için çok teşekkür ederim öncelikle, Hocalığınız için. Bu süreçte önüme çıkarılan bir takım güçlüklerle en yakın tanık sizsiniz. Bunları konuşmaya gerek yok. Herkes kendi vicdan aynasına baksın. Bu süreçte her zaman adıldınız, her zaman destektiniz. Çok teşekkür ederim adaletiniz ve desteğiniz için.

Sohbetinizden istifade ettiğim zamanlarda konuştuğumuz konulardan biri de iş mevzuatının mahkeme tatbikatındaki durumu idi. Siz de severdiniz yargılama hukukunu. İlk okuduğum eserinizin İş Yargılaması olmasından mülhem, bu veda yazısında İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılmak istenilen değişikliklerden birini ele almak istedim.

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi

II. Taslak hakkında

Son birkaç yıldır yürürlüğe giren önemli değişikliklerin yanında, bir o kadar önemli gündemde bekleyen değişiklikler vardır. Bunlardan biri de Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı”dır. Ancak Taslakta sadece İş Mahkemeleri Kanunu’nda değil, 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki işe iade davaları ile zamanaşımı müessesesinde ve ayrıca 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda da yapılmak istenilen değişikliklere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla esasen Taslağın adı ile içeriğinin uyumlu olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte taslakta yer alan değişiklikleri, bundan önceki torba kanun uygulamalarında olduğu gibi, birbiriyle ilgisiz hükümler olarak nitelendirmek de haksızlık olur. Zira taslaktaki hemen hemen tüm hükümler yargılamaya ilişkin usuli sorunlar ve maddi hukuktan kaynaklanan sorunları çözmeye yöneliktir. Zira mahkemelerin dava yükü veya davaların uzun sürmesi sadece usul hukuku ile değil, belki büyük ölçüde maddi hukuktan kaynaklanan sorunlarla ilgilidir. Kuşkusuz getirilen hükümleri tamamen isabetli bulmak mümkün değildir. Bununla birlikte bunları birbiriyle ilgisiz ve bağlantısı olmayan hükümler olarak kabul etmek de kanımızca mümkün değildir.

III. İş yükü ve nedenlerine bakış

Taslağın Genel Gereğesinde, iş uyuşmazlıklarının giderek arttığı ve Yargıtay’daki iş yükünün aşağı yukarı üçte bir gibi yüksek bir oranının işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin bulunduğu söz edilmektedir. Nitekim Gereğede “...Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının verilerine göre 2015 yılı sonu itibarıyla 15 milyona yakın işçinin ve 1 milyon 700 bini aşkın işyerinin bulunduğu Ülkemizde, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar, hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. 2015 yılı sonu itibarıyla ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 400 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 18’i; Yargıtay’daki 750 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının ise yaklaşık yüzde 30’u iş hukukundan kaynaklanmaktadır. 2015 yılı sonu itibarıyla faaliyette olan 293 adet iş mahkemesinde 356 iş hâkimi görev yapmakta, 767 asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla iş uyuşmazlıklarını çözmektedir...” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanımızca bunu çok anormal bir gelişme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Gerçekten, ülkemizde sanayileşmenin daha yaygın hali gelmesi, azımsanamayacak nüfus artışı, hak arama özgürlüğünün giderek daha fazla kullanılması, bilgiye daha kolay erişme imkanları nedeniyle kişilerin hakları konusunda giderek artan şekilde bilgi sahibi olmaları, bilinç düzeyinin yükselmesi, pek çok mevzuatın yürürlüğe girmesi, tarafların birbirlerine güvensizlikleri, uzlaşma kültürünün giderek kaybolması, bir takım işverenlerin işçilerin haklarını ödemekte çekingen davranmaları kuşkusuz iş yargısındaki yükün daha da artmasında etken olmuştur. Bu, beklenmeyen veya öngörülemeyen bir durum değildir.

Bunun yanında belirtelim ki; konu hep bir usul hukuku sorunu gibi sunulmakla birlikte, dava sayılarının artmasında maddi hukuka ilişkin nedenlerin de daha etkili olduğu görüşündeyiz.

Gerçekten son 10 – 15 yıldır bu kadar çok iş mahkemesi kurulmasında ülkemizde iş güvencesi sistemi ile birlikte gelen işe iade davalarının önemli bir etkisi bulunduğu düşüncesindeyiz. Bunun öngörülerek o dönemde fesihlere

bakan tek daire olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yanında yeni daire/daireler oluşturulması gerekirken, 7. ve 22. Hukuk Dairelerinin ihdası ancak çok sonra olabilmüş ancak iş yükü konusunda da iş işten çoktan geçmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu güya işe iade davaları ile uyuşmazlıkların artacağını öngörmüş ancak çözüm olarak toplu iş sözleşmesine hüküm koyarak veya tarafların anlaşması suretiyle özel hakeme başvurma yolunu getirmiştir. Toplu iş sözleşmesine hüküm konulması suretiyle özel hakeme gitmeye ilişkin hüküm çok isabetli olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İşçi ve işverenin anlaşmasıyla özel hakeme gidilmesine ilişkin hükmün hiçbir işe yaramadığı ise izahtan varestedir.

Bu nedenle, 6356 sayılı Kanunun işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat talep edebilme olanağı tanınması son derece isabetli olduğu gibi, işe iade davası açıldığı takdirde de, yukarıda belirtilen, başvuru, işe başlama, başlanmama gibi koşullar aranmadan, bağımsız olarak sendikal tazminata hak kazanma olanağı tanınması da son derece isabetli olmuştur. Bu ikinci olanak da esasen bir yönü ile doğrudan sendikal tazminat talep edebilmek anlamına gelmektedir.

İşe iade davası, yapısal sorunlarının yanında aynı konuda bir kaç dava daha açılmasına sebebiyet vermektedir. Gerçekten, işçinin işe iade davası sonunda işe başvurup başvurmadığı, çağrılıp çağrılmadığı, çağrı üzerine süresinde gelip gelmediği, Yargıtay'ın geriye doğru ücret ve tazminat hesabında farklı tarihlerdeki ücretleri esas alması yolundaki içtihatları nedeniyle bu konudaki yanlış hesaplama iddialarına ilişkin davalar gibi yeni ihtilaf konuları ortaya çıkmıştır. Yani işe iade sistemi sadece işe iade davasından ibaret kalmamış, çok farklı davalara sebebiyet vermiştir.

Bu nedenle 6356 sayılı Kanunda ihtiyaçlara uygun olarak sendikal tazminat talebine bağımsız nitelik kazandırılarak işe iade sisteminden kopartılması son derece doğru ve ihtiyaçlara uygun bir adım olmuştur. Bu aslında kanun koyucunun, işe iade sisteminin bir işe yaramadığının ikrarı niteliğindedir. Aynı ikrar İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısında işe iade davasına ilişkin yeni düzenlemede de yer almaktadır. Tasarıdaki hükmün çeşitli eleştirilebilir yönleri bulunmakla birlikte, bu adımları son derece isabetli bulmaktayız.

Zaten daha önce de belirttiğimiz gibi, bu hali ile işe iade sisteminin çalışma hayatımıza hiçbir olumlu katkısı olmamıştır. Büyük iddialarla sunulan iş güvencesi sistemi, kanun koyucunun işe iade davalarındaki hatalı kurgusu nedeniyle, yürürlüğe girdiğinden bu yana geçen 13 yılı aşkın süre içerisinde davaları artırmaktan başka bir işe yaramamıştır.

Kuşkusuz iş güvencesi sisteminin kurulması 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin bir gereğidir. Ancak 4857 sayılı Kanun'un benimsediği garabet işe iade sistemi 158 sayılı Sözleşmenin bir gereği değildir ve hiçbir ülkede de örneği bulunmamaktadır. Usul hukuku hükümlerinden bihaber olarak hazırlanmıştır. Diğer belli başlı ülke uygulamalarında en azından, mahkemenin işe iadenin faydalı olmayacağı kanaatinde olması halinde tazminata hükmetmesi mümkün iken, 4857 sayılı Kanundaki iade sistemi konunun bir oyun haline dönüşmesine yol açmıştır. Gerçekten iade sisteminde işçinin geçersiz feshin sonuçlarından yararlanmak için işverene başvurması zorunlu tutulmuş, tarafların gerçek niyetleri bu olmadığı halde, işçiler işe başlayacak durumda olmamasına rağmen "geliyorum" demeye, işverenler de işçiyi başlatmak istemediği halde "gel başla" demeye başlamıştır.

Ayrıca büyük umutlarla beklenen iş güvencesi sistemi; işe iade sisteminde mahkeme kararının bir tespit hükmü olarak düzenlenmesi, ilamlı icraya konu yapılamaması, Yargıtay'ın bu konuyu çözüme bağlaması mümkün iken maddenin lafzına takılarak bu davaların önünü açamaması, davada geriye doğru ücret ve ayrıca tazminat şeklinde iki ayrı yaptırım öngörülmüş olması, Kanunun geriye doğru ücret tercihinin SGK, vergi ve bordro sistemi konusunda önemli sorunlara yol açması, geriye doğru ücret hesaplanırken fesih tarihinden ileriye doğru olan ücretler esas alınırken, tazminatın hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihteki var sayılı ücretinin esas alınması, geriye doğru dört aylık sürenin kıdem süresine dahil edilmesi ve bunun fark kıdem ve ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi alacakları doğurması ve bu makalenin konusunu aşan daha bir yığın sorunlar içermesi, işe iade sisteminin sadece dava sayısının artmasına yol açması, gerçek iş güvencesini ve işe iadeyi sağlamak konusunda en ufak bir katkısının olmaması sonucunu doğurmuştur.

Türk çalışma hayatının, bu sanal iş güvencesi sisteminden bir an önce kurtarılması ve geçersiz fesih halinde işe iade talep hakkı verilmeyip, sadece tazminat öngören bir sistemin kurulması zorunludur. Hatta bu tazminatın miktarının hakim takdirine bırakılmaması, ayrıca miktarın hakim tarafından rakam olarak belirlenmesi sisteminin benimsenmesi zorunludur. Mevcut işe iade sisteminin her iki taraf bakımından da bir yararı bulunmamaktadır. Geçersiz nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, örneğin verimsizlik iddiasıyla çıkarılan işçi bu işyerine iade edilmeyi neden istesin? İş sözleşmesini işçinin verimsizliği nedeniyle fesheden işveren bu işçinin işe iadesini neden kabul etsin? Mahkeme bu işçiyi verimsiz bulmadığında, işveren fikrini mi değiştirecektir? Örneğin kendisine mobbing uygulanarak iş sözleşmesi feshedilen işçi bu işyerine dönmek istemediği veya dava sonundaki şartlarına göre, dönmek istemediği takdirde, mobbing yaptırımsız kalmış olmayacak mıdır? Türk çalışma hayatının ve yargının bu saçma sapan iade sistemini daha fazla taşıması mümkün değildir. Tazminat yaptırımına dayalı bir iş güvencesi sisteminin benimsenmesi zorunludur. İş davası sayısını azaltmak için ne işe yaradığı belirsiz işçi temsilciliği gibi müesseselerden medet umanların, sanki mevcut Kanunda hüküm yokmuş gibi mahkeme için uzlaşmadan söz edenlerin öncelikle işe iade sisteminin yarattığı dava sayısını değerlendirmeleri daha isabetli ve akılcı olurdu.

IV. İş Mahkemeleri Kanunu'nun değişme zorunluluğu ve Tasarı'da öngörülen zorunlu arabuluculuk sistemi

Görüşümüze göre de 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yeniden ele alınması gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır. Ancak bunun nedeni salt yargılamada süratın sağlanması değildir. 1950 tarihli Kanun Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yedi iptal kararı ile adeta delik deşik olmuştur. Bu haliyle, okunmasında dahi güçlük bulunan gayri ciddi bir kanun görünümündedir. Bu gayri ciddi durum esasen Kanunun içeriğine de yansımıştır. Zira Kanunda yürürlükten kalkmış ve uygulaması bulunmayan ibarelerin hala korunduğu görülmektedir.

Bu tespit isabetle Taslağın Genel Gereğesinde şu şekilde yapılmıştır. “
.....İş Mahkemeleri Kanununun 8 inci maddesinde yer alan, tefhim veya tebliğden itibaren sekiz gün içinde kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin hüküm, 2011 yılında kabul edilen ve yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun öngördüğü kanun yoluna başvuruya ilişkin hükümlerle uyumsuzluk arz etmektedir. Bunun gibi, İş Mahkemeleri Kanununun 2 nci maddesiyle kabul

edilen toplu mahkeme yaklaşımı, Anayasa Mahkemesince 1970 yılında iptal edildiği halde Kanunun 1 inci maddesinde iş mahkemelerinin görevini toplu olarak yapmasına ilişkin hükümler söz konusudur. Yine, İş Mahkemeleri Kanununun 9 uncu ve 10 uncu maddeleri yürürlükte olmalarına rağmen bu maddelerin uygulamaları kalmamıştır. 5521 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yer alan şifahi yargılama usulü, 6100 sayılı Kanunun 447 nci maddesindeki genel atf sebebiyle basit yargılama usulüne dönüşmüş bulunmaktadır...” Bu tespitlerin tamamına katılmaktayız.

Öte yandan; görüşümüze göre, bir mahkemenin ihtisas mahkemesi olması için mutlaka yargılama usulünde farklılıklar bulunması, farklı süreler içermesi de gerekli değildir. Tüm hukuk muhakemesinde usulün, sürelerin, süre başlangıçlarının, kanun yollarının aynı olmasının hukuk güvenliği bakımından daha isabetli olacağı görüşündeyiz. Bu yeknesaklık iş mahkemelerinin bir ihtisas mahkemesi olmasına da engel değildir. Bir mahkemenin ihtisas mahkemesi sayılmasını belirleyen, görevinin kapsamıdır.

Ayrıca belirtelim ki; işçinin korunması maddi hukuka ilişkin bir kavramdır, yargılama hukukuna değil. Bu çerçevede, işçinin korunması ve yargılamada çabukluğun bazı süreleri bir kaç gün/hafta kısaltmakla sağlanamayacağına artık anlaşılması ve bu sığ anlayışın artık terkedilmesi gerekir. İş mevzuatında sıklıkla rastlanan altı iş günlük dava açma süreleri olsa olsa kişileri dava açmaya teşvik eder, yargılamanın çabuk bitmesine kesinlikle hizmet etmez. 2822 sayılı Kanundaki, mahkemenin yetki itiraz sürecinde “maddi hata ve süreye ilişkin itirazları duruşma yapmaksızın kesin olarak karar bağlar” şeklindeki düzenlemeler yargılamanın hız kazanmasını sağlamaz. Olsa olsa ortada maddi hata veya süreye ilişkin bir itiraz bulunup bulunmadığı yönünden temyiz edilerek konuyu daha da uzamasını sağlar. Aynı şekilde 6356 sayılı Kanuna ilişkin olarak Kanun koyucunun yetki itiraz sürecinde “dava dilekçesinde veya ekinde somut delillerin bulunmaması halinde ...” davayı reddedeceği yolundaki yaklaşım da bu süreci hızlandırmak konusunda ortaya konulan sığ ve çaresiz anlayışı göstermektedir. Geçmiş uygulamalar bu doğrultudaki görüşlerin haklı olduğunu defalarca göstermiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Bu nedenle, iş yargılamasında temel değişikliklere gidilmesi, ayrıca yargılamayı uzatan ve dava yükünü artıran maddi hukuk hükümlerinin gözden geçirilmesi konusundaki çalışmaları tamamen isabetli bulmaktayız. Kuşkusuz bu durum Taslağı tümünden isabetli bulduğumuz anlamına gelmemektedir. Örneğin iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmeye çalışılması gibi. Aşağıda değinildiği üzere, bu düzenleme arabuluculuk müessesesinin niteliğine aykırı olduğu gibi, Anayasa’ya da aykırıdır ve kanımızca dava yükünün azaltılması sürecinde bir işe yarayacağı da çok tartışma götürür.

Konunun daha iyi ifade olunabilmesi için iş yargılamasında zorunlu arabuluculuğa geliş sürecinin kısaca incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, sadece ülkemizde değil, benzer hukuk sistemlerine sahip diğer ülkelerde de uyuşmazlıkların çözümü için uzlaştırma, arabuluculuk ve sair alternatif yöntemler üzerinde çalışılmakta ve uygulamaya konulmaktadır.

Bu doğrultuda olmak üzere Ülkemizde de hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi konusunda 22.6.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” yürürlüğe konulmuştur. Kanunun esasa ilişkin hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Daha sonra da Adalet Bakanlığı

tarafından hazırlanan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği” uygulamaya konulmuştur (RG 26.1.2013 No: 28540).

Kanunun md.2/b bendine göre, arabuluculuk; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir.

Arabuluculuk sisteminin temel nitelikleri ne şekildedir?

1) Arabulucu yoluyla çözümlenecek uyuşmazlıklar öncelikle hukuk uyuşmazlıklarıdır. Bu husus 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun md.1/I. fıkrasında; “Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.” ifadesiyle ortaya konulmuştur.

2) İkincisi Arabulucuya götürülebilecek hukuk uyuşmazlıkları sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlere ilişkindir. 6325 sayılı Kanunun md.1/II. fıkrasında göre, “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.”

3) 6325 sayılı Kanunun getirdiği sistem Devlet yargısına alternatif bir sistem değildir. Kanunun yukarıda belirttiğimiz md.2/ b bendinde, arabuluculuğun ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiştir. Yine Kanunun “İradi olma ve eşitlik” başlıklı md.3/I. fıkrasında bu iradilik tekrar vurgulanmış ve “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler...” hükmüne yer verilmiştir. Yani taraflar zorla bu sürecin içerisine dahil edilemezler ve her aşamada uyuşmazlığı arabulucu yoluyla çözdürmekten vazgeçebilirler. Nitekim arabuluculuk faaliyetinin sona ermesini düzenleyen 17'inci maddede, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiren haller arasında, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi de sayılmıştır.

4) Hatta arabuluculuğa başvurmayı özendirmek ve tarafların diledikleri zaman bu süreçten rahatlıkla vazgeçebilmelerini kolaylaştırmak üzere 6325 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde, konu ileride herhangi bir surette yargıya intikal ettiğinde, arabuluculuk sürecindeki beyan ve belgelerin kullanılmamasına ilişkin yasaklar getirilmiştir.

Maddeye göre;”(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler...”

Yukarıda belirtilen hususlardaki bilgiler olası bir hukuk davasında veya tahkimde delil olarak ileri sürülemez ve bu konularda tanıklık yapılamaz. Bu yasaklar beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır. Öyle ki; belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, yukarıdaki hükümde öngörülen aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Bununla birlikte belirtelim ki, yukarıda belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Görüldüğü gibi 6325 sayılı Kanun arabuluculuk sürecinin iradiliğini teminat altına almış ve bu yola başvurulmasının konuya ilişkin olası bir hukuk davası veya tahkimde aleyhe durum yaratmasını yasaklamıştır.

5) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Eğer dava açıldıktan sonra taraflar birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan ederlerse, yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

6) Arabulucu yargısal yetki kullanamaz. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Bu çerçevede, arabulucu keşif, bilirkişiye başvurma ve benzeri yargısal yetkileri kullanamaz.

7) Arabuluculuk sürecinin yürütülmesi sırasında taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz, anlaşmaya varmaya zorlayamaz, çözüm önerisi empoze edemez.

8) 6325 sayılı Kanununun 16'ncı maddesine göre; arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Arabuluculuk sürecinin sürelere etkisi bu müesseseyi Avukatlık Kanunu'ndaki uzlaştırma müessesesiyle çok önemli bir farkını oluşturmaktadır.

9) Arabuluculuk faaliyetinin uzlaştırmadan bir diğer önemli farkı, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varılması halinde, mahkemeden şerh alınmak suretiyle ortaya icra kabiliyeti olan bir karar çıkar. 6325 sayılı Kanununun 18'inci maddesine göre, “(1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. (2) Taraflar arabuluculuk

faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

Devam edersek; tarafların aralarındaki uyuşmazlığın sulhen çözümüne ilişkin yegane yol 6325 sayılı Kanunla gelen arabuluculuk değildir. Mahkemelerin iş yükünü azaltmak üzere Avukatlık Kanunu'nun md.35/A bendinde getirilen uzlaşma müessesesi, ceza yargılamasındaki uzlaşma müessesesi de mevcuttur. Ancak hukuk uyuşmazlıklarında Avukatlık Kanunu'na dayanan uzlaşma müessesesi uygulamada beklenen yararı sağlayamamıştır. Zira bu uzlaşmanın bir kesin hüküm etkisi yoktur. Halbuki 6325 sayılı Kanundaki arabuluculuk sürecinin sonunda yapılan anlaşmaya mahkemece şerh verilmesi ile birlikte artık o konuda kesin hüküm etkisi söz konusu olacaktır. Öte yandan hukuk yargılamasında hakimin tarafları sulhe teşvikine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bunca yıllık uygulamada bu da bir işe yaramamıştır. Bu nedenle zaman zaman savunulan "mahkeme bünyesinde anlaşma" gibi çözüm yolları, parlak gibi gözükse ancak içi boş çözüm yollarıdır. Bu, mevcut uygulamadan farklı olarak ne getirecektir, ne fayda sağlayacaktır? Bununla neyin kastedildiği bile belli değildir.

Ayrıca katılmadığımız bir başka husus da Almanya, Fransa gibi farklı kültürleri içeren ülkelerde uygulanan sistemlerin (sanki o ülkelerde yargı sorunları ülkemizden azmış gibi) mucize çözümler gibi sunulmasıdır. Kuşkusuz her görüş muhtemeldir.

Şu halde, 6325 sayılı Kanunda öngörülen arabuluculuk sistemi, işin niteliğine uygun olarak, tamamen ve tüm süreç boyunca ihtiyari niteliktedir. Ancak sonunda bir anlaşmaya varılması halinde icra edilebilir nitelikte bir karar ortaya çıkacaktır.

Gelelim tasarıdaki arabuluculuk düzenlemesine;

Arabulucuya başvurma olanağı şu anda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemler için vardır. Yani şu anda işçi – işveren arasındaki uyuşmazlıklarda da 6325 sayılı Kanunda öngörülen arabulucu süreci vasıtasıyla çözdürülebilir. Kuşkusuz bu olanağın alternatif bir çözüm yolu olarak işçi ve işveren taraflarına da tanınması isabetli olmuştur. En azından bir zararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirtelim ki, uyuşmazlıkların arabulucu vasıtasıyla sulhen çözümlenmesi bir gelenek sorunudur ve ülkemiz bu gelenekten uzaklaşalı çok olmuştur. Ancak ne olursa olsun elbette temenni edilen bu alternatif çözüm yolunun işe yaraması ve giderek yaygınlaşmasıdır. Bu temenninin amacı da sadece yargının yükünün azalması değildir.

Nitekim Taslağın Gerekçesinde Arabuluculuk Kanunu'nun en çok işçi – işveren uyuşmazlıklarında işe yaradığından dem vurulmuştur. Gerekçedeki ifadeye göre "...2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca iş uyuşmazlıkları ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. İki buçuk yıllık uygulama sonunda arabulucuya götürülen toplam hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 72'sinin işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 100'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür..."

Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 85'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır. Bu ifadelerle arabuluculuk adeta mucize bir çözüm olarak sunulmuştur. Gerekeçteki bu rakamları ihtiyatla karşılıyoruz. Bu parlak rakamlara karşılık denilebilir ki; "uygulamada işçiye ödeme yapmak isteyen işverenler davada anlaşıp davayı kabul vs gibi işlemlerle uğraşmak yerine, ödeme yapmak için arabulucu önünde anlaşmayı şart koşmaktadır. Cımbızla alınarak sunulan mucize rakamların nedeni budur". Bu karşı iddia yine Genel Gerekeçde yer alan ve arabuluculuk sürecinin sadece bir kaç gün sürdüğü yolundaki ifadeyle de uyumludur.

Ayrıca belirtelim ki, Genel Gerekeçde yer alan bu veriler taslaktaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır. Aşağıda değinileceği üzere, Tasarıda, 6325 sayılı Kanuna tamamen ters olarak, ihtiyari değil zorunlu arabuluculuk sistemi getirilmiştir. Bu noktada şu basit soruyu sormak gerekir: Madem 6325 sayılı Kanunla gelen arabuluculuk sistemi en çok işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkları çözümünde işe yaradı, o halde neden İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısında arabuluculuk zorunlu hale getirilmeye çalışılmaktadır? Madem ihtiyari zeminde işçi ve işverenler bu çözüm şekline çok ilgi gösteriyorlar, bunu zorunlu hale getirmeye ne gerek vardı?

Tasarıda nasıl bir zorunlu arabuluculuk sistemi benimsenmektedir?

Tasarının zorunlu arabuluculuk başlıklı 3'üncü maddesine göre; "(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır."

Anılan hükümlerde davanın açılmamış sayılmasından söz edilmektedir. Yani ortada yeni bir dava şartı söz konusudur. Bu hususta maddenin gerekeçsinin ilgili kısımlarını zikretmek gerekirse; "*Maddeyle, bir kısım iş uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilmektedir. Bu kapsamda kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacakları ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kabul edilmektedir. Düzenleme uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer kanunlardan kaynaklanan işçi alacakları için öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğu söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Altıncı Bölümünde düzenlenen "Hizmet Sözleşmeleri" kapsamındaki işçi alacaklarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olması öngörülmektedir. Arabulucuya başvurma zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca dava şartı olarak kabul edilmektedir. Ancak, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında bu dava şartı noksanlığını tespit eden hâkimin, davayı usulden reddetmesi gerektiği; noksanlığı gidermesi için davacıya süre veremeyeceği hükme bağlanmaktadır...*"

Şimdi; diğer hukuk dallarında arabuluculuk kural olarak 6325 sayılı Kanun çerçevesinde ihtiyari nitelikte iken, neden iş uyuşmazlıklarında zorunlu nitelik kazandırıldığını anlamak mümkün değildir. Gerekeçde de bu konuda hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir. Amaç kanımızca işçinin dava açma sürecini uzatarak ve dava açılmasını zorlaştırarak dava sayısını azaltmaktır. Halbuki aynı sonuca dava masraflarının ödenemeyecek derecede artırılması suretiyle de varılabilirdi.

Öte yandan maddenin ikinci fıkrasına göre, arabuluculuk başvurusu "... karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Üçüncü fıkraya göre; "... Tarafların herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmamaları halinde görevlendirme, arabuluculuk bürosu tarafından yapılır."

İşçi ve işverenin anlaşma niyeti olduğu takdirde zaten 6325 sayılı Kanuna uygun olarak iradi surette arabulucuya başvurabilirler. Anlaşma niyeti olmayan tarafların ise belirli bir arabulucu üzerinde anlaşamayacaklarını tahmin etmek için kahin olmaya gerek yoktur. Taraflar anlaşamadığı takdirde arabulucuyu Arabuluculuk Bürosu tayin edecektir. Taraflar Büro tarafından tayin edilen arabulucuya neden güvensin de bu süreçte anlaşsın. Ayrıca 6325 sayılı Kanundaki arabuluculuk izah edilirken arabulucunun yargısal yetki kullanmayacağı belirtilmiştir. Kişiler üzerinde anlaşmadıkları ve yargısal işlem yetkiyi donatılmayan birinin yaptığı hesaba ve arabuluculuğa neden güvensin? En geç dört haftada ortaya çıkması gereken bir sürece neden güvensin?

Tasarının bu haliyle yasalaşması güç gözükmektedir. Yasalaşsa dahi Anayasaya aykırı sayılacağı kuvvetle muhtemeldir.

Son söz:

Neyse hocam bu konular aslında 30 yılı aşkın birlikteliğimizin konularını oluşturuyor. Konuşmakla, yazmakla bitmez. Ömrümüz izin verdiği müddetçe hep birlikte göreceğiz. Zaten bu ülkede yaşamak aynı filmi birkaç kez görmek anlamına gelmiyor mu?

Evet sayın Hocam. Veda zamanı geldi sanırım. Sizden bir şeyler öğrenmediğim hiç bir an olmadı. Tüm akademik hayatım boyunca Hocalığınızı, adaletinizi, desteğinizi hep yanımda hissettim. Size; eşiniz, çocuklarınız, torunlarınız ve tüm sevdiklerinizle birlikte sağlıklı, mutlu, huzurlu, uzun bir ömür diliyorum sayın Hocam. Hakkınızı helal edin.