

## Genel Hatlarıyla

# Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk

### Dr. M. Ertan YARDIM

Kadir Has Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve  
İcra İflas Hukuku  
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### Giriş

İşçi ve işveren arasında akdedilen hizmet sözleşmesi çerçevesinde çok farklı hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu uyuşmazlıkların ele alındığı iş hukuku, mevcut anabilim dallarından “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı” çerçevesinde incelenen bir özel ihtisas alanını, farklı bir anlatımla bir hukuk disiplinini ifade eder. Uygulamada iş hukuku kavramı bireysel iş hukukunu, toplu iş hukukunu, sosyal güvenlik hukukunu ve benzeri alanları da kapsayacak şekilde geniş anlamda da kullanılmaktadır.

İş davaları esas itibarıyla tarafları işveren ve işçi olan ve ayrıca hizmet sözleşmesinden ve İş Kanunu’ndan doğan ihtilafları ifade eder. Bunun yanında, Sendikalar’ın, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun ve bazı diğer kurum ve kuruluşların taraf olduğu uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinde görülen davalardır.

Çalışmamızın temel konusu, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kabul edilen ve neredeyse tüm iş hukuku uyuşmazlıklarında, işçi ve işveren bakımından öngörülen zorunlu arabuluculuk usulüdür. 7036 Sayılı Kanun’un gerekçesinde yer aldığı üzere, zorunlu arabuluculuk usulüyle, iş uyuşmazlıklarının kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olunması; adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebileceği; maddi ya da şekli başka herhangi bir uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle uyuşmazlığı temelinden sonlandırılması ve böylece sosyal barışa katkı sağlanması beklenmektedir<sup>1</sup>. Bu beklentilerin yerindedliğini aşağıda yer yer değerlendireceğiz; şimdilik özet olarak, zorunlu arabuluculuk ile uyuşmazlıkların kısa sürede sona erdirilmesinin ve toplumsal barışa katkı sağlanmasının hedeflendiğini belirtelim.

Vurgulamak gerekirse, arabuluculuk usulü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği nezdinde birçok uluslararası düzenlemeye konu edilmiştir. Bu bağlamda, arabuluculuk usulü hakkında uluslararası prensipler bulunduğu kolaylıkla söylenebilir bununla beraber arabuluculuk usulü düzenlendiği ülke mevzuatlarına göre önemli farklılıklar da

<sup>1</sup>

\* Tasarı Gerekçesi, Genel Gerekçe, s. 5.

içermektedir. Biz de çalışmamız çerçevesinde, özellikle İş Mahkemeleri Kanunu çerçevesinde düzenlenen zorunlu arabuluculuk usulünü inceleyeceğiz.

Arbuluculuk Türk hukuku açısından çok yeni bir müessese değildir. Arbuluculuk, ilk kez, 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu” ile düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme ihtiyari arbuluculuğa ilişkindir. Bu çalışmada ise esas itibariyle iş hukuku uyuşmazlıkları için kabul edilen zorunlu arbuluculuk üzerinde duracağız. Pek tabii ki, ihtiyari ve zorunlu arbuluculuk özellikle uyuşmazlığın çözüm süreci, görüşmeler, anlaşma sağlanması veya sağlanamaması, anlaşma (uzlaşma) imzalanırsa bu anlaşmanın etkisi gibi birçok yönden benzer hükümlere tabidir ve bir nevi işleyiş ortaktır. Bununla beraber, zorunlu arbuluculuk mahiyeti itibariyle, özellikle başvuru ve etkileri bakımından, ihtiyari arbuluculuktan ayrılmaktadır. Esas itibariyle, ikisi arasındaki fark başvuru aşamasına ilişkindir; taraflar, bir kere arabulucu önünde bir araya geldiğinde izlenen prosedür benzerdir.

Çalışmamız kapsamında, öncelikle bazı temel kavramlar ve ilgili teşkilat yapısı üzerinde duracağız; bu bağlamda, teknik anlamda arbuluculuk faaliyetini, arabulucu, Arbuluculuk Kurulu, Arbuluculuk Daire Başkanlığı, arbuluculuk bürosu ifadelerini ele alacağız. Ardından, hangi hallerde, kimlerin arabulucuya başvurmasının zorunlu olduğunu; zorunlu olmasına rağmen arbuluculuğa başvurulmamasının etkisini ve yaptırımını inceleyeceğiz. Arbuluculuğa başvurulması akabinde izlenecek süreci ve görüşmelere ilişkin esasları ayrıca değineceğiz. Sonrasında, arbuluculuk süreci sonrasında anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerini ayrı ayrı ele alacağız. Son olarak ise taraflar arasında anlaşmaya uyulmaması halinde anlaşma hükümlerinin cebren yerine getirilmesi yani icrası üzerinde duracağız.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu çerçevesinde, toplu menfaat uyuşmazlıklarında grev ve lokavt veya zorunlu tahkim öncesinde arbuluculuğa başvurulması zorunluluğu kabul edilmiştir. Burada öngörülen arbuluculuk konumuz olan arbuluculuk arasında hem uygulanma alanları hem de tabi oldukları usul hükümleri itibariyle önemli farklılıklar vardır. 2822 Sayılı Kanun çerçevesinde öngörülen arbuluculuk usulünü çalışmamız kapsamında incelemeyeceğiz.

## **I. Genel Olarak Arbuluculuk**

### **A. Arbuluculuk ve Arabulucu Kavramları**

Sadece iş hukuku alanında değil ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın önce taraflar arasında, karşılıklı iletişim kurulması, yazışmalar ve/veya görüşmeler neticesinde çözülmesi beklenir. Ancak birçok zaman zaten aralarında bir anlamda husumet doğan taraflar üçüncü kişilerin yardımı olmadan tamamen kendi aralarında uyuşmazlığı çözemezler. İşte bu aşamada, uyuşmazlığın kalıcı ve adil şekilde çözülebilmesi için tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet edilen, silahların eşitliği prensibine dayalı, tarafsız kişi veya kurumlarca yürütülen usuller benimsenmelidir. En basit usulden onlarca kanun ve yüzlerce ve hatta binlerce madde ile düzenlenmiş devlet yargılamasına kadar her usulde uyuşmazlık çözümüne ilişkin ortak temel prensipler bulunmaktadır. Örneğin, iddiasını ve/veya savunmasını aynı süreler, şartlar çerçevesinde

sunma imkanı verilmeyen tarafların arasındaki uyuşmazlığın adil ve kalıcı barışı sağlayacak şekilde çözülmesi mümkün değildir. Arabuluculuk da bu anlamda temel prensipler çerçevesinde şekillenmiş bir uyuşmazlık çözüm usulüdür.

Arabuluculuk devlet yargılamasından ve tahkimden çok esaslı bir şekilde ayrılır; zira arabuluculukta bir karar mercii yoktur. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın üçüncü bir kişi veya merciin bir kararı ile çözülmesi söz konusu değildir. Arabulucunun temel görevi, taraflar arasındaki iletişimi sağlayarak çözüme ulaşmalarına yardım etmektir. Burada, uyuşmazlık ancak ve ancak taraflar arasındaki bir anlaşma ile çözülür; taraflar anlaşmaya varamazsa uyuşmazlık devam edecektir. Anlaşılacağı üzere, yine devlet yargısından ve kısmen tahkimden farklı olarak uyuşmazlığın mutlaka çözülmesi de söz konusu değildir; tarafların anlaşma sağlayamaması da olağan kabul edilmelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı genellikle uzlaştırma, ombudsmanlık, çeşitli şikayet kurulları ve hatta tahkimi de kapsar<sup>2</sup> şekilde çok farklı usulleri kapsayan ve birçok zaman bütün mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarını ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Birçok hukuk sisteminde, arabuluculuk belki de en tipik ve en çok üzerinde durulan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Türk hukukunda, 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 yöntemi şeklinde tarif edilmiştir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu -HUKAK- n. 2/1 b. Bendi). Tanımın dikkat çeken yönlerinden biri, yine 7036 Sayılı Kanun ile metne eklenen “çözüm önerisi de getirebilen” ibaresidir. Buna göre, arabulucu öncelikle sadece iletişim sürecinin kurulması için çaba gösterecek ancak taraflar çözüm üretmezlerse ayrıca çözüm önerisi de getirebilecektir<sup>3</sup>.

2

Belirtmek gerekirse, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında sayılıp sayılmaması bir terminoloji meselesidir; hem Anglo Sakson hukukunda hem de kıta Avrupası hukuk mevzuatlarında, tahkimin alternatif uyuşmazlık yolları arasında sayıldığı veya sayılmadığı mevzuatlara rastlamak mümkündür.

<sup>3</sup> Arabuluculuğa ilişkin en çok kullanılan ayrımlardan biri kolaylaştırıcı (facilitative) ve değerlendirici (evaluative) arabuluculuk ayrımıdır. Bu ayrımın temeli, gelişen arabuluculuk metodlarını kategorize etmek isteyen Riskin tarafından yazılan 1996 tarihli bir çalışmaya dayanmaktadır. Bu çalışmada, arabuluculuk faaliyeti temel olarak dörde ayrılmıştır: dar kolaylaştırıcı, geniş kolaylaştırıcı, dar değerlendirici ve geniş değerlendirici arabuluculuk, bkz. **Leonard L. Riskin**, Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for The Perplexed, Harvard Negotiation Law Review, 1996, Vol.7, (çevrimiçi), <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1684&context=facultypub>.

Bu ayrım çok büyük ilgi uyandırmış, birçok yazar ve eğitimci tarafından kabul görmüş aynı zamanda ciddi eleştirilere de konu olmuştur. Bkz. **Kimberlee K. Kovach**, **Lela P. Love**, Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, No. 71, 1998, s. 71-110, (çevrimiçi), **Lela P. Love**, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate, Florida State University Law Review, 1997, Vo.24, (çevrimiçi), <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1448&context=lr>; **Joseph B. Stulberg**, Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock, 24, Florida State University Law Review. 985 (1997), (çevrimiçi), <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1450&context=lr>

Riskin, 2003 tarihli makalesinde, öz eleştiri yaparak ve diğer eleştirileri dikkate alarak, bu kez yönlendirici (directive) ve aydınlatıcı (elicitive) terimlerini önermiş ve bunların dışında, arabulucuların süreç içinde aldıkları çok sayıda kararı ve etkilerini gösteren, taraflar ve avukatları da dikkate alan bir tablolar serisi geliştirmiştir **Leonard L. Riskin**, Decisionmaking mediation, The New Old Grid and The New New Grid System,

Bu aşamada, belirtmek gerekirse, 7036 Sayılı Kanun ile sadece iş hukuku bakımından zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş olmayıp genel/ihtiyari arabuluculuk usulünde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, arabuluculuk tanımına, çözüm önerisi getirilmesi eklendiği gibi; HUAK 15. maddeye eklenen yedinci fıkra ile tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun bir çözüm önerisinde bulunabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, arabuluculuk usulü çerçevesinde uzmanlık alanları tanınması, adli yardımdan yararlanılması, idarenin temsili, avukatlarca imzalanmış taraf anlaşmasının icrası, taraf anlaşmasının etkisi, arabuluculuk bürosu kurulması gibi konularda önemli değişiklikler de yine 7036 Sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerin bazılarını yeri geldikçe değineceğiz.

HUAK m. 2'de arabulucunun da tanımı verilmiştir; buna göre, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça arabulucular siciline kaydedilmiş gerçek kişiyi ifade eder. Ayrıca, HUAK çerçevesinde, temel hususlar itibariyle, arabulucu olabilmek için beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, izinli eğitim kuruluşlarından arabuluculuk eğitimi almış ve yapılan yazılı sınava katılarak başarılı bulunmak ve nihayetinde arabulucular siciline kayıt olmak zorunludur. Bu şartları yerine getirmeyen kişiler arabuluculuk yapamayacaktır; diğer yandan, tamamen ilgililerin karşılıklı iradesiyle herhangi bir kişinin arabulucu veya benzer bir sıfatla görev alması ve bu üçüncü kişinin katkısıyla genel hükümlere tabi bir anlaşmaya varılmasına (HUAK'da yazılı kanuni etkileri bulunmayan) bir engel de bulunmamaktadır.

Tarafların anlaşarak arabulucu seçme imkanları vardır; tabii ki, hakkında anlaşılın arabulucunun arabulucular siciline ve aşağıda belirteceğimiz listeye kayıtlı olması gerekir. Tarafların üzerinde anlaştığı bir isim yoksa Arabuluculuk Bürosu tarafından resen atama yapılır.

## **B. Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve İlgili Teşkilat**

### **1. Arabuluculuk Kurulu**

Arabuluculuk faaliyetinin düzenlenmesi ve yürütülmesi esas itibariyle Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde gerçekleştirilmektedir. Arabuluculuk bakımından bir nevi üst mercii, Arabuluculuk Kurulu'dur. Kurul'un başkanlığı Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü tarafından yürütülmektedir. Kurul, Yükseköğretim Kurulu, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği,

---

2003, Vol.79, (s.1-53), (çevrimiçi), <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1416&context=ndlr>

Arabuluculuk faaliyetini tanımlamak için kullanılan kavramlardan biri de dönüştürücü (transformative) arabulucudur. Bu kavram ilk 1994 yılında Bush ve Folger isimli yazarlar tarafından kullanılmıştır. Yazarlara göre, dönüştürücü arabulucu, tarafların karşı tarafın ihtiyaçlarını, değerlerini, ilgisini, bakış açısını tanınmasına yardımcı olur; arabulucu, çözüme değil taraflar arasındaki ilişkinin düzeltilmesine odaklanır. **Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger**, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1994, bu çalışmanın kısa bir özeti için bkz. Heidi Burgess and Mariya Yevsyukova, (çevrimiçi), <https://www.colorado.edu/conflict/transform/bushbook.htm>

Arabuluculukta temel modeller ve değerlendireci arabuluculuk hakkında bkz. **Seda Özmumcu**, Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı Ve Değerlendirici Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, C. 71, S.1, s. 1369-1389, (çevrimiçi), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021535/1023020313>; **Elif Kısmet Kekeç**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2016, s. 235-255.

Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu ve Türkiye Adalet Akademisi gibi kurum ve kuruluşların temsilcileri ile hukuk hâkimlerinin de yer aldığı toplam on beş kişiden oluşmakta idi. 7036 Sayılı Kanun ile HUAK m. 31'de yapılan değişiklikle işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarından birer temsilci de Kurul'a dahil edilmiş; böylece sayı on beşten on yediye yükselmiştir.

Kurul'un görevleri HUAK m. 32'de teker teker sayılmıştır. Genel olarak, Kurul, doğrudan yürütücü ve uygulayıcı bir mercii olmayıp arabuluculuk eğitimi, hizmetleri ve arabulucuların denetimine ilişkin temel esasların belirlendiği ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na tavsiye ve görüş bildiren bir yapıya sahiptir.

## **2. Arabuluculuk Daire Başkanlığı**

Arabuluculuk hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu temel mercii Arabuluculuk Daire Başkanlığı'dır. Bu Başkanlık, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde, bir başkan, yeteri kadar tetkik hakimi ve diğer personelden oluşmaktadır. Başkanlığın temel görevi arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli yürütülmesi sağlamaktır. HUAK m. 30 uyarınca, özetle, arabuluculuk hakkında yayın, bilimsel çalışma, tanıtım yapmak ve diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak; arabuluculuk sicilini, kayıtlarını, ilgili istatistikleri, son tutanakları tutmak Başkanlık'ın görevleri arasında sayılmıştır.

Mevcut durumda, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuğun yaygınlaşması için çeşitli seminerler, konferanslar ve benzeri organizasyonlar düzenlenmesi; bilimsel ve tanıtıcı yayınlar hazırlaması suretiyle doğrudan veya ilgili kurum ve kişilere destek olmak suretiyle aktif olarak çalışmaktadır. Başkanlığın önemli görevlerinden biri arabulucular sicilini tutmak, koşulları sağlayan kişileri sicile kaydetmek, gerekli hallerde sicilden terkinin sağlamaktır (bkz. HUAK m. 30).

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi<sup>4</sup>, Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmakla beraber nihai karar mercii Kurul'dur. Kurul gerekli görürse Tarife'yi değiştirerek onaylayabilir (HUAK m. 32/I g. bendi). Ayrıca arabulucuların sicile kayıt ücretini (sicil aidatı olarak adlandırılmaktadır) ve yıllık aidatları da Kurul tarafından belirlenir (HUAK m. 32/I f. bendi)<sup>5</sup>.

Arabuluculuk eğitimi vermek isteyen kuruluşların başvuruları da öncelikle Daire Başkanlığı tarafından incelenmekte ve ardından Adalet Bakanlığı'nın onayına sunulmaktadır. Kanundaki şartları taşıyan eğitim kuruluşlarına genellikle üç yıl için onay verilmekte; eğitimci kuruluş süre sonunda süre uzatım talebinde bulunabilmektedir. Süre uzatım talepleri de öncelikle Daire Başkanlığı tarafından incelenmekte ve Adalet Bakanlığı'nın onayına sunulmaktadır (HUAK m. 30/I f. bendi). Buna karşılık, eğitimci kuruluşların eğitim izinleri ancak Kurul tarafından iptal edilebilir (HUAK m. 32/I d. bendi).

## **3. Arabuluculuk Büroları ve Diğer Bürolar**

<sup>4</sup>

Bkz. **Adalet Bakanlığı 2018 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi**, R.G. 30.12.2017 T. ve 30286 S..

<sup>5</sup> 2018 itibariyle, giriş aidatı 143,60 TL, yıllık aidat ise 172,33 TL olarak belirlenmiştir. Bkz. [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/yillik\\_aidat/2018aidat.pdf](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/yillik_aidat/2018aidat.pdf)

Her ne kadar HUAK'da sadece Arabuluculuk Bürosu düzenlenmiş olsa da Arabuluculuk Daire Başkanlığı bünyesinde çeşitli Bürolar kurulmuştur. Daire Başkanlığı'nın web sitesinden anlaşıldığı üzere, Arabuluculuk Bürosu yanında, Sicil Bürosu, Eğitim Bürosu, Proje Bürosu ve Denetim Bürosu olmak üzere toplam beş büro bulunmaktadır<sup>6</sup>. Sicil Bürosu'nun temel görevi adından da anlaşıldığı üzere sicil kayıtlarının takibi, tutulması ve düzenlenmesidir. Eğitim Bürosu ise eğitimci olmak isteyen kurum ve kuruluşlarını taleplerini almakta ve incelemekte; halihazırda eğitim veren kurumları takip etmekte ve denetlemektedir. Biz konumuz itibariyle yalnız arabuluculuk bürosu üzerinde kısaca duracağız.

Arabuluculuk bürosu, arabuluculuk hizmetlerinin bir nevi merkezidir; taraflar doğrudan arabuluculuk bürosuna başvurmakta ve arabulucu büro tarafından atanmaktadır. Kural olarak her adliyede birer arabuluculuk bürosu kurulmaktadır ancak büronun kurulmadığı hallerde büronun görevleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri tarafından hakimin gözetimi ve denetimi altında gerçekleştirilir (HUAK m. 28/III ve İşMK m. 3/IV).

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı ve arabuluculuk yapmak isteyen kişilerin listesini, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek önce her yargı çevresinde (bir anlamda adliyede) bulunan İlk Derece Adliye Mahkemesi Adalet Komisyonu'na iletir; Komisyon da listeleri varsa Arabuluculuk Bürosu'na, yoksa görevli sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne iletir (İşMK m. 3/IV). Arabulucular bu listeden Büro tarafından (veya sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından) görevlendirilir; tarafların üzerinde anlaştığı, listeden bir arabulucu varsa resen atama yapılmaz ve tarafların istediği arabulucu görevlendirilir.

## **II. Arabulucuya Başvuru Zorunluluğunun Kapsamı ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi**

### **A. Arabulucuya Başvuru Zorunluluğunun Kapsamı**

7036 Sayılı İşMK ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine yahut ilgili mevzuata dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı davalarından önce ve ayrıca işçi bakımından işe iade davasından önce arabulucuya başvurulması zorunluluğu kabul edilmiştir. Kanun, 25.10.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış; zorunlu arabuluculuk uygulamasının 1.1.2018 tarihi itibariyle başlaması öngörülmüştür. Halihazırda devam eden davalar arabulucuya başvurma zorunluluğu kapsamında değildir; bu davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam olunur (İşMK geçici m. 17/I). 1.1.2018 tarihi itibariyle, yukarıda sayılan kişiler yine yukarıda belirtilen davalardan önce yetkili Arabuluculuk Bürosu'na giderek arabulucuya başvurmak zorundadır.

Öncelikle belirtelim ki, zorunlu arabuluculuğun kapsamı bakımından iki temel kural benimsenmiştir: (i) işçi ve işveren arasında (bireysel veya toplu) iş akdinden veya ilgili mevzuattan doğan alacak ve tazminatı davaları ve (ii) işe iade davaları. İlk kuralın istisnası olarak, zorunlu arabuluculuğun iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan

<sup>6</sup>

maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. (HUAK m. 3/III).

Birinci kural çerçevesinde, arabuluculuğa başvurunun zorunlu sayılması için bazı şartların bir araya gelmesi gerekmektedir. Öncelikle, davanın mutlaka işçi ve işveren arasında olması; farklı bir anlatımla, para alacağı talebinin işçi tarafından işverene ya da işveren tarafından işçiye yöneltmiş olması gereklidir. Özellikle müteselsil sorumluluk hallerinde birden çok kişiye karşı da arabulucuya başvurulabilir; mesela, üst işveren ile alt işverene beraber dava açılması isteniyorsa, her ikisine de karşı arabulucuya başvurulmalıdır (Bkz. HUAK m. 3/V, 3/XV ve İş Kanunu m. 2/VI). Ayrıca işveren vekiline karşı açılacak davaların da zorunlu arabuluculuk kapsamı içinde bulunduğunu (İş Kanunu m. 2/V) ancak tarafın Sendika, SGK olduğu davaların ise kapsama dahil olmadığı düşüncesindeyiz. Bunun yanında, talebin konusunun para alacağı olmasının da şart koşulduğu anlaşılmaktadır; bu bağlamda örneğin hizmet tespiti davalarında önce arabulucuya başvuru zorunluluğu olmayacaktır. Tabii ki para alacağı talebinin iş akdinden yani hizmet akdinden<sup>7</sup> veya İş Kanunu veya ilgili mevzuattan doğması aranmaktadır; taraflar arasında bağımsız bir çalışma ilişkisinin bulunduğu davalarda, mesela, istisna akdinden veya vekalet akdinden doğan davalarda önce arabuluculuğa başvuru zorunlu olmayacaktır.

Kuralın neleri kapsamadığını belirttikten sonra, işçi bakımından önce zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunan taleplere şu örnekler verilebilir: kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti... İşveren bakımından ise ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır<sup>8</sup>.

İkinci kural (ii) yalnız işe iade davalarını konu edinmiştir. Buna göre, işçilerin işe iade talebiyle işverene açmayı düşündükleri dava öncesinde, arabulucuya başvurmaları zorunludur. İşe iade davaları için öngörülen fesih bildiriminden itibaren bir aylık hak düşürücü süre bakımından özel bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre, aynı süre içinde arabulucuya başvurulmalı; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılmalıdır. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde, ret kararının da tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulması zorunludur (İş Kanunu m. 20/I); aksi halde, işçi hak kaybına uğrayacaktır.

Bunların dışında, iş mahkemelerinin görevine ilişkin İşMK m. 5/I a. bendinin zorunlu arabuluculuk bakımından da dikkate alınması gerekecektir düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, işçi ve işveren arasında Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tüm hizmet sözleşmelerinden doğan para alacağı davalarında; 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna tabi gazeteciler, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu tabi gemi adamları ile işverenler arasında iş

<sup>7</sup>

İş akdi ile hizmet akdinin aynı anlamda olduğu yönünde bkz. **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 11. Baskı,2015, Beta Yayınları, Ankara, s. 254.

<sup>8</sup> Tasarı Gerekçesi, Madde Gerekçeleri (madde 3), s. 7.

ilişkisinden veya ilgili mevzuattan doğan tüm para alacağı davalarında (İşMK m. 3/XX) önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

Tasarı gerekçesinde, sadece iş akdinden değil, iş ilişkisinden doğan para alacaklarının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, işçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden doğduğu iddia edilen ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması bir zorunluluktur. Örneğin işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir. Ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyumsuzluk, bir alacak uyumsuzluğu olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır<sup>9</sup>.

## **B. Adalete Erişim Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi**

Yukarıda belirtilen hallerde, bir anlamda doğrudan mahkemeye başvurulmasının yasaklanması ve arabulucuya başvurunun zorunlu tutulması tartışmaya açık bir hukuki meseledir. Bu mesele farklı yönlerden ele alınabilir. Adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'nın adalete erişim hakkını da kapsadığı; herkesin iddialarını bağımsız ve tarafsız yargı mercileri önüne getirebilmesinin temel bir hak olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda, zorunlu arabuluculuğun adalete erişim hakkını engelleyip engellemediği düşünülebilir. Kanaatimize göre, zorunlu arabuluculuktan hemen sonra dava açma imkanı olması itibarıyla adalete erişim hakkı engellenmemiştir ancak ötelenmiştir.

Acaba adalete erişim hakkının ötelenmesi adil yargılanma hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya aykırı mıdır? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği bazı kararlarda, akabinde dava açma imkanını engellemeyen dava öncesi zorunlu prosedürlerin tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir<sup>10</sup>. Tam da konumuzla ilgili olarak, İtalya mevzuatında birçok alanda arabulucuya başvuru zorunluluğu kabul edilmesi üzerine<sup>11</sup>, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rosalba Alassini vs Telecom Italia SpA davasında verdiği 18.03.2010 tarihli kararında<sup>12</sup>, yerel mevzuatlarda mahkeme dışı uyumsuzluk çözüm yollarının bir ön şart olarak zorunlu tutulmasının, bazı şartlar altında, Avrupa Birliği Direktiflerinin ve genel hukuk ilkelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Tabii bu aşamada önemli olan hangi şartların arandığıdır. İlgili karar çerçevesinde, mahkeme öncesi zorunlu prosedürler bakımından

<sup>9</sup>

Tasarı Gerekçesi, Madde Gerekçeleri (madde 3), s. 7-8.

<sup>10</sup> Bkz. **Lorna McGregor**, Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR, The European Journal of International Law Vol. 26 no. 3, s. 607-634 (çevrimiçi) <http://ejil.org/pdfs/26/3/2596.pdf>.

<sup>11</sup>

İtalya ve diğer bazı ülkelerde kabul edilen zorunlu arabuluculuk uygulamaları hakkında bkz. **Seda Özmumcu**, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV,, S.2, s. 807-842.

<sup>12</sup> Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2010:146>



aranan şartlar şöyle özetlenebilir: (1) öngörülen prosedür sonucu sağlanan kararın mahkemeye erişimi engelleyecek şekilde tarafları bağlayıcı olmaması (2) iddiaların mahkeme önünde ileri sürülmesine ilişkin sürelerin durdurulması suretiyle dava açılmasını amacında çok önemli gecikmeye yol açmaması (3) yargılama giderlerini hiç arttırmaması veya çok az arttırması (4) öngörülen prosedür bakımından sadece elektronik ortamda başvuru imkanı olmaması (diğer yollarla başvurunun da mümkün olması) (5) durumun aciliyetinin gerektirdiği istisnai davalarda (mahkemeye erişim bakımından) geçici hukuki koruma yollarının bulunuyor olması. Burada sayılan birçok hususta farklı değerlendirmeler yapılabilir ancak tarafların anlaşmaya varması halinde dava açamayacaklarını öngören HUAK m. 18/V bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aradığı ilk şartın yerine gelmediği görülmektedir. Açıkçası bu hüküm başlı başına temel usul hukuku ilkelerine aykırıdır<sup>13</sup>.

Arabulucuya başvuru zorunluluğunun temel haklara aykırı olmadığı sonucuna varılması halinde karşılaşılan bir diğer önemli mesele bu zorunluluğun iş hukuku uyuşmazlıklarında kabul edilmesinin yerinde olup olmadığıdır. Başka bir anlatımla, iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk faaliyetine elverişli olup olmadığıdır.

Adalet Komisyonu ve TBMM görüşmelerinde en çok tartışılan meselelerden biri bu olmuştur. Gerçekten de her iki görüşü destekleyen argümanlar bulunmaktadır<sup>14</sup>. İş hukukunun çıkış noktasının işçiyi korumak olduğu; genellikle kabul edilen ilkelerden birinin işçi lehine yorum ilkesi olduğu gibi hususlar dikkate alındığında bu hukuk dalının tamamen tarafların eşitliği üzerine kurulmadığı görülmektedir. Özellikle iş hukuku uyuşmazlıklarının başka bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkime elverişli olup olmadığı sıkça tartışılmıştır. Doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın birçok kararı çerçevesinde, genellikle, iş hukuku uyuşmazlıklarının niteliği itibarıyla tahkime elverişli olmadığı ancak aksine hüküm bulunan hallerde (özellikle İş Kanunu m. 20/I çerçevesinde) iş akdinin sona ermesinden sonra taraflar arasında tahkim sözleşmesi akdedilebileceği kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Bu hükmün eleştirisi için bkz. **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836-837.

<sup>14</sup> İş hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde **Mustafa Serdar Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 889-890; **Orhan Dür**, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2017, s. 295-297; **Özgür Oğuz**, Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 83; bazı davalar ve talepler bakımından bkz. **Melis Taşpolat Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 117-118; aksi yönde, bkz. **Zeynep Şişli**, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2012, Sayı-2 s. 45-67; **Kürşat Karacabey**, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, 2016, s. 451-488; **Eda Manav Özdemir**, "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4, 2015, s. 185-222.

Konu hakkında farklı görüşler de ileri sürülmüştür; bir görüşe göre, arabulucunun görüşmeler öncesinde işçinin maddi hukuktan doğan haklarını işçiye hatırlatmakla yükümlü olduğu ve böylece iradilik konusunda tartışmaya gerek kalmayacağı; işçinin iradesi de dikkate alındığında iş uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yöntemlerine uygun olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (**Olgu Özdemir**, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 601-615, s. 611). Arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü arabuluculuk faaliyeti hakkındadır (HUAK m. 11); arabulucunun maddi hukuktan doğan hakları bakımından işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü olmadığı gibi böyle bir hatırlatma yapma yetkisi de olmadığı kanaatindeyiz.

<sup>15</sup>

İş hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bakımından bkz. **Hakan Pekcanitez**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2640-2641; **Ali Yeşilirmak**, Doğrudan

Görüldüğü üzere, iş hukuku, kamu düzenini ilgilendiren hükümleri, güçlü ve güçsüz taraf ayrımı yapılması ve taraflardan birinin diğerine bağlı çalışması, işçi lehine yorum ilkesi gibi özellikleri itibariyle birçok hukuk alanından ayrılmaktadır. Buna karşılık, birçok talep ve düzenleme bakımından tarafların serbestçe tasarruf edebileceği de kabul edilmektedir. İş hukukunun birbirinden çok farklı nitelikteki uyuşmazlıkları itibariyle, iş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı konusunda genelleme yapılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İş hukuku alanında da tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri ve edemeyecekleri ayrımı somut uyuşmazlıklara göre belirlenmeli ve bu belirlemeye göre belirli alanlarda arabulucuya başvuru zorunluluğu öngörülmesi mümkün olmalıdır. Belirtilen hususlar çerçevesinde, zorunlu arabuluculuğun iş hukukunda yaygın şekilde kabulünün yerinde olmadığı ancak belirli ihtilaflar için zorunlu arabuluculuk uygulamasının iş hukukunda da kabul edilebileceği görüşündeyiz.

### **III. Arabuluculuk Süreci, Başvuru ve Görüşmeler**

#### **A. Başvuru**

Arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu hallerde, taraf doğrudan yetkili arabuluculuk bürosuna (kurulmamışsa görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne) başvuracaktır. Yetkili büro, karşı tarafın yerleşim yeri, karşı taraf birden fazla ise bunlardan (başvuranın seçtiği) birinin yerleşim yeri veya başvuru konusu işin yapıldığı yer yargı çevresinde faaliyet gösteren arabuluculuk bürosudur (İşMK m. 3/V). Başvuru sırasında, başvuranın herhangi bir harç veya ücret ödemesi öngörülmemiştir ancak her türlü iletişim bilgisini büroya vermelidir (İşMK m. 3/VII).

Kanunda açıklık olmamakla beraber, arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını resen gözetemeyeceği anlaşılmaktadır; zira dosyanın gönderildiği arabulucu da görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını resen dikkate alamayacaktır. Bu bağlamda, arabuluculuk bakımından başvuru konusu ne olursa olsun kesin yetki kabul edilmemiştir. Ancak karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle yetkiye itiraz edebilir. Bu halde, yetki uyuşmazlığı sulh hukuk mahkemesi tarafından dosya üzerinden incelenecektir ve karara bağlanacaktır. Yetki uyuşmazlığı hakkında verilen karar kesindir ve mahkeme kararı büro tarafından ilgililere tebliğe çıkartılır. Yetki itirazı reddedilmişse, aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve üç haftalık inceleme süresi yeni görevlendirme tarihinden başlar; yetki itirazı kabul edilmişse, kararın tebliğinden bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu halde, başvuru tarihi olarak yetkisiz büroya başvuru tarihi esas alınır; dosyanın önüne geldiği yetkili büro yeni bir arabulucu görevlendirir (İşMK m. 3/IX).

Başvurudan önce karşı tarafa bir bildirimde bulunmuş olması ve arabulucu seçimi konusunda bir girişimde bulunmuş olması gibi herhangi bir şart bulunmamaktadır. İlgili kişi, doğrudan Arabuluculuk Bürosu'na başvuruda bulunabilir. Bu halde, karşı taraf ilk kez arabulucudan gelen davet yazısı ile başvurudan haberdar olacaktır.

---

Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, İstanbul, Onilki Levha Yayınları, s. 85; **Fatih Aydemir**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 244-245; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 116-117.

Başvuru yapılmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da dikkat çekilen ve önemli yerinde sonuçlarından biri zamanaşımı sürelerinin durması ve hak düşürücü sürelerin işlememesidir (İşMK m. 3/XVII). Bu madde, UAK m. 16/II ile karşılaştırıldığında bir özel düzenleme mahiyetindedir ve özellikle sona erme bakımından arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak esas alınmıştır. Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler son tutanağın (tebliğ edildiği değil) düzenlendiği tarih itibarıyla yine kaldıkları yerden işlemeye devam edeceklerdir. Başka bir anlatımla, arabuluculuğa başvurulması ile son tutanağın düzenlenmesi arasında geçen süre kadar zamanaşımı ve hak düşürücü süreler uzayacaktır.

## **B. Başvuru Zorunluluğuna Rağmen Önce Dava Açılması**

Zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunan bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk ofisine başvurmadan doğrudan dava açılması halinde nasıl bir prosedür izleneceği üzerinde durmak gerekebilir. İşMK uyarınca, zorunlu arabuluculuğa tabii uyuşmazlıklarda, bu başvurunun yapılmış olması ve ilgili prosedür sonunda tarafların anlaşmaya varamamış olması bir dava şartıdır. Bu sebeple, ilgili uyuşmazlıklarda dava açarken arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına dair son tutanağın aslının veya onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Dava şartı noksanlığı halinde davanın esasına girilemez ve haklı haksız tespiti yapılmaksızın dava usulden reddedilir. Bu halde, davacının bu kez önce arabuluculuğa başvurması ve anlaşma sağlanamaması halinde ikinci kez dava açması gerekecektir.

Bu aşamada ikili bir ayırım yapılabilir (1) Hiç arabulucuya başvurmadan dava açılması hali (2) Arabulucuya başvurulmuş ancak son tutanak beklenmeden dava açılması hali. Birinci halde, herhangi bir işlem yapılmaksızın dava usulden reddedilir (İşMK m. 3/II). Maddede her ne kadar herhangi bir işlem yapılmaksızın ibaresi kullanılmış ise de mahkemenin dava dilekçesine ekli bir son tutanak görmediğinde son tutanağın olup olmadığını sormadan varsa ibrazını istemeden dahi (bir anlamda son tutanağın bulunup bulunmadığı konusunda emin olmadan) davayı reddetmesi yerinde olmayacaktır<sup>16</sup>. Düşüncemize göre, her halükarda, mahkeme son tutanağın bulunup bulunmadığını sormalı varsa ibrazını istemelidir. Son tutanağın halihazırda düzenlenmiş olduğu ancak ibraz edilmemiş olduğu hallerde kısa ancak makul bir süre verilerek ibraz sağlanmalıdır. Buna karşılık, arabuluculuğa hiç başvurulmadığı anlaşılıyorsa doğrudan dava usulden reddedilmelidir.

Dava şartlarına ilişkin genel hüküm niteliğinde bulunan HMK m. 115/II'de (İşMK m. 3/II son cümleinin aksine) dava şartı eksikliğinin giderilmesinin mümkün olduğu hallerde mahkemenin kesin süre vermesi öngörülmüştür. Tasarı gerekçesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu burada bilinçli olarak genel hükümlerden ayrılmayı tercih etmiş; davanın derdest kalmasını ve bir nevi zaman kaybına yol açılmasını istememiştir<sup>17</sup>. Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, işin niteliği gereği en azından son tutanağın bulunup

<sup>16</sup>

Nitekim Tasarı Gerekçesinde son tutanağın eklenmemesi halinde mahkeme tarafından ihtar yapılacağı belirtilmiştir [Tasarı Gerekçesi, Madde Gerekçeleri (madde 3), s. 8].

<sup>17</sup>

Tasarı Gerekçesi, Madde Gerekçeleri (madde 3), s. 8.

bulunmadığı konusunda bir tespit yapılması ve dolayısıyla ibraz için kısa ancak makul bir süre verilmesi gerekecektir. Diğer yandan, arabuluculuk prosedürünün azami süresi üç veya uzatılan hallerde dört hafta olduğu (İşMK m. 3/X) dikkate alındığında arabulucuya başvuru için bir hafta; anlaşamama halinde son tutanağın ibrazı için makul bir süre verilmesinin ciddi bir zaman kaybına yol açmayacağı düşüncesindeyiz. Aksi halde, yani İşMK m. 3/III uyarınca davanın doğrudan usulden reddi halinde, gerekçeli kararın yazılması dahi verilecek sürelerden uzun sürebilecektir. Ayrıca, davanın usulden reddi davacının önemli bir tutarda yargılama gideri ödemesine de sebep olacaktır. Toplamda harcanan süre, emek ve yargılama giderleri dikkate alındığında doğrudan davanın usulden reddine karar verilmesine ilişkin hükmün yerinde olmadığı düşüncesindeyiz<sup>18</sup>.

İkinci halde, arabulucuya başvurulmuş ancak son tutanak ibraz edilmeden dava açılmıştır. Bu halde, mahkeme son tutanağın ibrazı için bir hafta kesin süre verir ve süresinde son tutanak ibraz edilmezse davayı usulden reddeder (İşMK m. 3/II 2.c.). Son tutanak düzenlenmiş olmasına rağmen bir unutmaya veya ihmal neticesinde dava dilekçesine eklenmemişse bu düzenleme yerinde görülebilir. Buna karşılık, son tutanağın ibraz edilmemesi, sürecin sonuçlanmaması veya başka bir sebebe dayanıyorsa son tutanağın düzenlenerek bir haftada ibrazı muhtemelen mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, mahkemenin sadece bir haftalık süre verebileceğine dair düzenleme yerinde değildir düşüncesindeyiz.

### **C. Görüşmeler (İlk Toplantı, Sonraki Toplantılar, Son Tutanak)**

Usulüne uygun arabuluculuk bürosuna başvurulması üzerine büronun kendisine verilen listeye göre arabulucu görevlendirir ve tarafların iletişim bilgileri ile başvuruyu bir dosya numarası ile görevli arabulucuya gönderir. Bu aşamada, arabulucu, ilk olarak elindeki iletişim bilgileri veya eksikse kendi de araştırma sonucu edindiği iletişim bilgileri çerçevesinde, tarafları ilk toplantıya davet eder. Bu davette arabulucunun kısaca prosedür hakkında bilgi vermesi, toplantı yeri ve saatini açıkça belirtmesi, toplantıya katılmamanın sonuçları ve gerekli görülebilecek bazı temel bilgileri açıklaması yerinde olacaktır. Davetin nasıl yapılacağı hakkında özel bir usul hükmü bulunmamaktadır. Telefon, sms, mail, faks yoluyla davet gerçekleştirilebilir ancak her halükarda kimin nasıl davet edildiği ve davetin içeriği gibi hususlar şüpheye yer vermeyecek şekilde mutlaka belgelendirilmelidir (İşMK m. 3/VIII).

Uygulamada başvuran tarafın ilk toplantıya davet edilmesinde en azından iletişim bilgileri itibarıyla sorun yaşanmayacağı düşüncesindeyiz ancak karşı tarafa ulaşılması (arabulucunun kendisinin dahi araştırma yapmasına rağmen) mümkün olmayabilir. Düşüncemize göre, taraflara ve hatta taraflardan birine hiç ulaşılmazsa arabulucu (son) tutanağı düzenler ve arabuluculuk faaliyeti sona erer.

Taraflara ulaşılır ve taraflardan ikisi de geçerli bir mazeret olmaksızın toplantıya gelmezse yine arabulucu (son) tutanağı düzenler ve arabuluculuk sona erer; bu halde, tarafların gelmemesinin ileride açılacak davaya herhangi bir etkisi olmayacaktır.

---

<sup>18</sup> Bu konu hakkında bkz. **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 834.

Taraflardan biri ilk toplantıya gelir ancak diğeri geçerli bir mazereti olmaksızın ilk toplantıya gelmezse yine arabuluculuk faaliyeti sona erer ancak bu halde toplantıya gelmeyen taraf ileride açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinden tamamen sorumlu tutulur (İşMK m. 3/XII). Öncelikle belirtmek gerekirse, bu yaptırımın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, arabulucu tarafından değil mahkeme tarafından belirlenecektir. Bu çerçevede, arabulucunun ileride mahkeme tarafından uygulanacak yaptırım hakkında gerekli bilgileri ve belgeleri eksiksiz şekilde düzenlemesi ancak görüş bildirmemesi yerinde olur. Mahkeme, bu yaptırım bakımından taraflara gerçekten ulaşılarak ilk toplantıya davet edilip edilmediğini, davetin yeterli açıklık ile gerekli bilgileri içerip içermediğini; düşüncemize göre, meşruhatlı olup olmadığını yani gelmemenin sonuçları hakkında uyarı içerip içermediğini; karşı tarafın bir mazeret sunup sunmadığını ve sunduysa (arabulucunun nitelemesinden bağımsız olarak) bu mazeretin geçerli olup olmadığını incelemeli ve sonucuna göre karar vermelidir<sup>19</sup>. Ancak bu şartlar varsa ilk toplantıya katılmayan taraf her halükarda yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacaktır.

Açıkçası arabuluculuk faaliyetini desteklemeye yönelik bu müeyyide oldukça ağır sonuçlar doğurabilir. Karşı tarafın ilk toplantıya katılmaması ardından açılacak davada, davacı, yargılama giderlerine ilişkin hiçbir endişesi olmadan nispeten keyfi olarak belirlediği meblağlar üzerinden taleplerini ileri sürülebilecek ve taleplerinin büyük bölümü reddedilse dahi ne harç, ne yargılama masrafı ne de karşı taraf vekalet ücreti ödemeyecektir. Ayrıca, yaptırımın vekalet ücretini de kapsamaması hiçbir şekilde bu yaptırımın muhatabı olmayan avukatın yaptırımından doğrudan etkilenmesine sebep olmaktadır. Bu noktada, vekalet ücretinin yaptırımın konusu dışında bırakılması ve yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hakime kısmen veya tamamen takdir yetkisi tanınması yerinde olurdu düşüncesindeyiz<sup>20</sup>.

Belirttiğimiz hususları kısaca toparlarsak, taraflara ulaşılamaması, tarafların geçerli mazeretleri olmaksızın ilk toplantıya katılmaması, taraflardan birinin geçerli mazereti olmaksızın toplantıya katılmaması hallerinde arabulucu son tutanağı düzenleyerek arabuluculuk faaliyetine son verecektir. Bu halde, Arabuluculuk Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen iki saatlik ücret karşılığı Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. Adalet Bakanlığı tarafından karşılanan ücret de ileride açılacak davada yargılama giderlerinden sayılır (İşMK m. 3/XIV).

Taraflar ilk toplantıda sonuca varamaz ancak zamana veya daha fazla görüşmeye ihtiyaç duyarsa arabulucu tarafından yeni toplantılar (görüşmeler) sağlanacaktır. Sonraki toplantılara katılmamanın yukarıda sayılan yaptırımı olmayacaktır. Bununla beraber, her halükarda görüşmelerin üç haftada veya bir hafta uzatılmak suretiyle en geç dört haftada sonlandırılması gerekir; en geç bu süre zarfında anlaşma sağlanmışsa bu şekilde son tutanak düzenlenir ve arabuluculuk faaliyeti sona erer. Anlaşma sağlanamayacağı konusunda tarafların veya taraflardan birinin beyanda bulunması veyahut taraflara danışıldıktan sonra daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu

<sup>19</sup>

Bkz. Tasarı Gerekçesi, Madde Gerekçeleri (madde 3), s. 10.

<sup>20</sup> **Öznumcu**, bizim de katıldığımız yönde, yasal düzenlemenin bu hali ile arabuluculuk usulünün altında yatan temel anlayışla örtüşür nitelikte olmadığını belirtmiştir (**Öznumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 835); karşı. **Oğuz**, s. 86.

tarafından anlaşılması halinde (HUAK m. 17/I b.bendi) sürenin bitimi beklenmeden arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir.

Taraflar toplantılara bizzat katılabileceği gibi avukatları aracılığı ile de arabuluculuk sürecini takip edebilirler<sup>21</sup>. Arabuluculuk sürecinin ciddi etkileri ve olası hukuki sonuçları dikkate alındığında bu sürecin avukat aracılığıyla takip edilmesi uygundur. HMK m. 74 uyarınca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru bakımından özel yetki arandığından arabuluculuk faaliyeti bakımından da vekaletname de özel yetki bulunmalıdır.

İşMK m. 3/XVIII'de işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği herhangi bir çalışanın da görüşmelere katılabileceği ve son tutanağı imzalayabileceği<sup>22</sup> düzenlenmiştir. Düzenlemenin altında yatan fikrin arabuluculuk nezdinde temsil kolaylığı sağlamak olduğu tahmin edilebilir ancak hüküm birçok yönden mevcut temsil hükümleriyle çelişmektedir. Gerçek ve tüzel kişilerin temsiline ilişkin genel hükümleri bertaraf eder nitelikteki bu düzenlemenin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Temsil yetkisi Kanuna dayanan avukat için (noterde düzenlenen) vekaletnamede özel yetki aranmasına; şirketlerin temsili bakımından mevzuat çerçevesinde temsil yetkisi tanınması ve temsil yetkisinin (noterde düzenlenen) imza sirküleri ile ispatı gerekmesine karşılık arabuluculuk gibi (anlaşmanın tamamen bağlayıcı olduğu) bir süreçte herhangi bir çalışanın herhangi bir yazı ile yetkilendirilmesi ve akabinde arabuluculuk görüşmelerini yürütmesi ve yeri geldiğinde anlaşma imzalayabilmesi yerinde değildir.

#### **IV. Taraflar Arasında Anlaşma Sağlanması ve Anlaşmanın Hukuki Sonuçları**

##### **A. Anlaşma Akdi**

Taraflar arabuluculuk prosedürü sırasında anlaşmaya varırlarsa anlaşma metni arabulucu ve taraflarca imzalanır. Anlaşmanın içeriği hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimize göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hususlarda anlaşma da yapamaması gerekir. Bir şekilde anlaşmaya varılmışsa dahi, anlaşma konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığı ve anlaşmanın geçersiz bulunduğu ileri sürülerek menfi tespit davası açılabilmesi gerekir. Bunun gibi, mevcut sistem çerçevesinde belirlenmiş değil de tamamen farklı bir kişinin arabuluculuk yaptığı bir süreçte anlaşmaya varılmışsa bu anlaşmaya karşı menfi tespit davası açma imkanı verilmelidir düşüncesindeyiz. Vurgulamak gerekirse, saydığımız haller, menfi tespit davası açılması bakımından birer örnek olabilir; farklı durumlar veya ihtimallerde de menfi tespit davası açılabilir savunulabilir.

<sup>21</sup>

HUAK m. 15/VI'da ve İşMK m. 3/XVIII'de benzer yönde, tarafların arabuluculuk görüşmelerine bizzat, kanuni temsilcileri veya vekilleri aracılığıyla katılabileceği düzenlenmiştir. Kanuni temsilcilerin kim olduğu ve görev, yetki, sorumlulukları kişiler hukuku ve ilgili Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde belli olup burada hatırlatmaya mahal yoktur ancak hemen belirtmek gerekirse kanuni temsilcisi bulunan kişilerin fiil ehliyeti kısıtlıdır ve görüşmeleri bizzat yürütemezler. Bu bağlamda, madde lafzinin yanlış anlaşılmaya müsait olduğunu belirtmekle yetinelim.

<sup>22</sup> Hükümet Tasarısı'nda ve Adalet Komisyon'undan geçerek TBMM Genel Kuruluna sunulan tasarı metninde, “ve son tutanağı imzalayabilir” ibaresi bulunmamakta idi. Bu ibare, TBMM'nin 05.10.2017 tarihli 26. Dönem 3. Yasama Yılı 4. Birleşiminde önerge sunulmak suretiyle eklenmiştir. Önergenin gerekçesinde, tereddütlerin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir (TBMM Tutanakları, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=22964&P5=H&page1=32&page2=32](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22964&P5=H&page1=32&page2=32)).

Yukarı belirttiğimiz hususlara karşılık, HUAK m. 18/V'de, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmiştir. HUAK m. 18/V yukarıda belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından sıkıntılı olduğu gibi temel hukuk kaideleri bakımından da oldukça sorunlu bir düzenlemedir<sup>23</sup>. Aşağıda bu hükme kısaca değineceğiz.

Tarafların anlaşmaya varması halinde de arabulucu tarafından son tutanak düzenlenecek ve genel olarak tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı belirtilecektir. Her halükarda, arabuluculuk faaliyeti sonunda tutanak düzenlenmesiyle arabuluculuk faaliyetinin sona erme tarihi konusunda şüpheye yer verilmemiş olacaktır<sup>24</sup>. Son tutanağın da taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir; tutanak, taraflar veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 17/II).

Tarafların arabulucu önünde anlaşması halinde, arabulucu, Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre nispi olarak belirlenen ücrete hak kazanacaktır. Taraflar arasında aksine bir düzenleme yoksa taraflar ücretten eşit olarak sorumludur (İŞMK m. 3/ XIII).

## **B. Anlaşmanın Hukuki Etkileri**

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşmanın taraflar bakımından sulh sözleşmesi gibi bağlayıcı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Yukarıda eleştirdiğimiz gibi, kanun koyucu bu bağlayıcılık ile yetinmemiş; HUAK m. 18/V'de, anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin kabulünde, "anlaşmadan sonra taraflardan biri vazgeçerse" korkusu etki etmiş olabilir ancak nasıl sözleşmenin haksız feshi halinde yaptırımlar varsa bu anlaşma için de aynı yaptırımlar geçerli olacaktır. Dolayısıyla, HUAK m. 18/V olmasa dahi taraflar tamamen keyfi olarak sözleşmeyi feshetmeyecek veya sözleşmeden dönmeyecektir. Bu sebeple, bağlayıcılığın kuvvetlendirilmesine gerek yoktur.

Arabuluculuğun yararları arasında sıkça toplumsal barışa katkı sağlanması belirtilmektedir. Buna karşılık, sözleşmenin geçersizliğinin tespiti bakımından haklı sebepleri olan tarafın dahi sözleşme ile sonsuza kadar bağlanacağı ve sözleşme hakkında dava açamayacağı sonucuna varılması, tam ters yönde kaosa ve huzursuzluğa yol açacaktır. Tüm bu hususlar bir yana, gerçekten etkili ve adil bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmüşse tarafların anlaşmaya varmasına rağmen sonradan tatmin olmaması ihtimali de oldukça düşüktür.

Düşüncemize göre, kesin hükme karşı dahi yargılamanın iadesi yoluna başvurma imkanı bulunmasına karşılık arabuluculuk anlaşması neticesinde varılan anlaşmaya karşı dava açılmayacağına dair HUAK m. 18/V hükmü birçok yönden talihsiz bir düzenlemedir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren

<sup>23</sup>

Katıldığımız eleştiriler için bkz. **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836.

<sup>24</sup> **Özbek**, s. 1256.

anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır; yani bu anlaşma takip talebine eklenerek ilamlı icra yoluna başvurulabilir. Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi talebine ilişkin incelemeyi kural olarak dosya üzerinden yapar ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılmalıdır. İcra edilebilirlik şerhi talebi üzerine yapılacak inceleme çekişmesiz yargı işidir ve anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ile sınırlı olduğu belirtilmiştir (HUAK m. 18/III). Düşüncemize göre, işin mahiyetinden kaynaklanan sebeplerle inceleme konusunun biraz daha geniş olması gerekir. Örneğin, arabulucunun gerekli eğitimleri almış, sicile kayıtlı bir arabulucu olup olmadığı da resen incelenmelidir zira teknik anlamda arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılmayan bir sözleşme için icra edilebilirlik şerhi verilemeyecektir düşüncesindeyiz.

7036 Sayılı Kanun ile genel (ihtiyari) arabuluculuk usulü bakımından getirilen önemli değişikliklerden biri de HUAK m. 18/IV'dür; buna göre, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Tasarı gerekçesinde<sup>25</sup> de belirtildiği gibi, Avukatlık Kanunu m. 35/A maddesi uyarınca, varılan uzlaşma metni (anlaşma) taraflar ve avukatlarınca imzalanır ve diğer şartlarda sağlanırsa, bu anlaşma metni ilam niteliğinde sayılmaktadır. HUAK m. 18/IV'de yapılan değişiklik ile Avukatlık Kanunu n. 35/A hükmü ile uyumlu bir sonuca varılmıştır. Belirtmek gerekirse, ister icra edilebilirlik şerhi bulunsun ister bulunmasın, arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşmanın maddi ve şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmediği ve aksine menfi tespit davası açılabilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

## **Sonuç**

7036 Sayılı Kanun ile İş Mahkemeleri Kanunu tamamen değiştiği gibi; İş Kanunu'nda ve konumuz bakımından Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu anlamda, bireysel iş hukuku alanında zorunlu arabuluculuk kabul edilmekle kalmamış genel/ihtiyari arabuluculuk usulünde de esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de, değerlendirici ve/veya yönlendirici arabuluculuk olarak nitelendirebileceğimiz arabuluculuk usulünün benimsenmesidir. Buna göre, arabulucu, sadece tarafların çözüm üretmesini sağlamak için çaba sarf etmeyecek tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilecektir.

Arabuluculuk teşkilatı çerçevesinde, genel olarak düzenleyici görevleri bulunan Kurul'a işçi ve işveren temsilcileri eklenmiştir. Genellikle yürütücü ve uygulayıcı görevleri bulunan Arabuluculuk Daire Başkanlığı bakımından da bazı değişiklikler öngörülmüştür. Ancak teşkilat bakımından belki de en önemli yenilik arabuluculuk bürolarının kurulmasıdır. Arabuluculuk büroları başvuruları almakta ve tarafların üzerinde anlaştığı bir arabulucu yoksa kendisine verilen listeden resen arabulucu görevlendirmektedir.

Zorunlu arabuluculuğun kapsamı bakımından iki temel kural benimsenmiştir: (i) işçi ve işveren arasında (bireysel veya toplu) iş akdinden veya ilgili mevzuattan doğan

---

25



alacak ve tazminat davaları ve (ii) işe iade davaları. İlk kuralın istisnası olarak, zorunlu arabuluculuğun iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir (HUAK m. 3/III).

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulünün dava bakımından bir ön şart olarak zorunlu tutulması tek başına adalete erişim hakkının yani adil yargılanma hakkının ihlali sayılmamaktadır. Ancak zorunlu tutulan prosedür bakımından bazı kriterlerin yerine gelmesi aranmaktadır. Bu yönde, özellikle HUAK m. 18/V itibarıyla mevcut prosedürün adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği tartışmaya açıktır. Diğer yandan, iş hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı konusunda çok farklı fikirler ileri sürülmüştür. Kanaatimize göre, tüm bireysel iş hukuku itibarıyla değil; tamamen tarafların serbestçe anlaşma yapabileceği hallerde ve belirli uyuşmazlıklara özgü olarak zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi yerinde olurdu.

Zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunan hallerde, hiç arabulucuya başvurmadan dava açılması halinde, arabulucuya başvurulmadığının anlaşılması üzerine dava usulden reddedilecektir. Arabulucuya başvurulmuş ancak son tutanak ibraz edilmeden dava açılmış ise, bu kez mahkeme son tutanağın ibrazı için bir haftalık kesin süre verecektir.

Arabulucu davet etmek için taraflara veya taraflardan birine ulaşamazsa; taraflara ulaşır taraflar gelmezse tutanak düzenler ve faaliyeti sona erdirir. Taraflara ulaşılır ve sadece taraflardan biri geçerli bir mazereti olmaksızın gelmezse yine arabuluculuk faaliyeti sona erer ancak bu kez toplantıya gelmeyen taraf ileride açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinden tamamen sorumlu tutulur. Yargılama giderlerinden sorumlu tutulmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hakim inceler; ancak şartları varsa takdir hakkı olmaksızın öngörülen yaptırımı uygulamalıdır. Düşüncemize göre, bu yaptırım özellikle karşı taraf vekalet ücretini içermesi bakımından ağır; karşı taraf avukatı bakımından ise haksız bir düzenlemedir. Ayrıca hakime kısmen dahi olsa takdir hakkı tanınması yerinde olurdu kanaatindeyiz.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılacak anlaşma sulh sözleşmesi gibi tarafları bağlayıcı olacaktır. Ayrıca HUAK m. 18/V'de yer verilen, anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağı dair düzenlemenin birçok yönden yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.