



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

**BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA EMREDİCİLİK İLKESİ
VE DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK**

Cansu KILIÇ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA EMREDİCİLİK İLKESİ
VE DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Cansu KILIÇ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

ÖZET

KILIÇ, Cansu. *Bireysel İş Hukukunda Emredicilik İlkesi ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Böylece bireysel iş uyuşmazlıklarının çoğu bakımından mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunlu hale gelmiştir. Arabuluculuğun bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmesi hak arama özgürlüğüne ve iradilik ilkesine müdahale olarak görülmüş ve daha başka pek çok yönden eleştirilmiştir. Arabuluculuğun işçinin korunması ilkesine uygun olmadığı yönünde endişeler de ifade edilmiştir.

Bu çalışmada zorunlu arabuluculuğun iş hukukunun temel ilkelerine ve özellikle emredicilik ilkesine uygunluğu sorunu ele alınmıştır. Bu nedenle öncelikle iş hukukunda emredicilik ilkesi ayrıntıları ile incelenmiştir. Sonrasında bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk düzenlemesi değerlendirilmiştir. Özellikle, arabuluculuk sonunda kanunun emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar yapılmasının mümkün olup olmadığı konusu ele alınmıştır. İş hukukunun temel ilkeleri kapsamında bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanabilirliği değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler

Arabulucu, Emredici Kurallar, Dava Şartı, Emredicilik İlkesi, Zorunlu Arabuluculuk, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu.

ABSTRACT

KILIÇ, Cansu. *The Principle of Imperative Provisions and Mediation as a Precondition of Litigation in Individual Labor Law, Master's Thesis*, Ankara, 2020.

With the Labor Courts Law No. 7036, mediation in individual labor disputes has been regulated as a precondition of litigation. Thus, it has become mandatory to use the mediation path before applying to the court for most individual labor disputes. Making mediation mandatory in individual labor disputes has been seen as an interference with the right to legal remedies and the principle of will and has been criticized in many other ways. Concerns have also been expressed that mediation is not in line with the principle of protection of workers.

In this study, the problem of mandatory mediation's compliance with the basic principles of labor law and especially the principle of imperative provisions has been addressed. Therefore, firstly, the principle of imperative provisions in labor law has been studied in details. Afterwards the regulation of mandatory mediation in individual labor disputes has been evaluated. In particular, the issue of whether it is possible to conclude contracts against the imperative provisions of the law at the end of mediation is discussed. Within the scope of the basic principles of labor law, the applicability of mediation in individual labor disputes has been evaluated.

Key Words

Mediator, Imperative Provisions, Precondition of Litigation, The Principle of Imperative Provisions, Mandatory Mediation, Labor Courts Code No. 7036.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EMREDİCİLİK İLKESİ

1.1. EMREDİCİLİK KAVRAMI	3
1.2. EMREDİCİLİK İLKESİNİN GELİŞİMİ	4
1.2.1. Sözleşme Serbestisi Hakimiyeti	5
1.2.2. Zayıf Tarafın Korunması Gereğinin Ortaya Çıkışı.....	6
1.2.3. Sosyal Devlet Anlayışının Kabulü	9
1.2.4. Kollektif Norm Koyma Özerkliğinin Tanınması	12
1.2.5. Esnekleşme Eğilimlerinin Artması.....	13
1.3. EMREDİCİLİK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ	18
1.3.1. Sözleşmenin İçeriğine Yönelik Pozitif Kurallardan Oluşması	18
1.3.2. Nispi Niteliğinin Baskın Olması.....	19
1.3.3. Zaman Yönünden Sınırlı Olması	19
1.3.4. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Düzenlemelerinin İç İçe Olması	20
1.4. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİ.....	21
1.4.1. Emredici ve Yedek Hukuk Kuralları Ayrımı.....	22
1.4.2. Genel Olarak Emredici Kurallar	24
1.4.3. Mutlak ve Nispi Emredici Kurallar	26
1.4.3.1. Mutlak Emredici Kurallar	29
1.4.3.2. Nispi Emredici Kurallar	31
1.4.4. Emredici Kurullarla Korunan Menfaatler ve Normun Koruma Amacı	34
1.4.5. Normun Emredici Niteliği ve İrade Serbestisi	42

1.4.6. Emredici Kurallara Aykırılığın Yaptırımı	45
1.5. TARAFLARIN SÖZLEŞME ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILDIĞI BAZI KURUMLAR.....	49
1.5.1. Emredici Normlarla Korunan Bir Haktan Vazgeçme	50
1.5.1.1. Feragat Kavramı ve Feragatin Bağlı Olduğu Hukuki Rejim Sorunu	50
1.5.1.2. Türk Borçlar Kanununda İbraname.....	54
1.5.1.2.1. İbramenin Zamanı	55
1.5.1.2.2. İbramenin Şekli Ve İçeriği	56
1.5.1.2.3. Alacağın Eksiksiz Ödenmesi.....	57
1.5.2. İkale.....	58
1.5.2.1. Genel Olarak İkale.....	58
1.5.2.2. İkalenin Geçerliliğinin Denetimi	59
1.5.3. Sulh	62
1.5.3.1. Genel Olarak Sulh Sözleşmesi	62
1.5.3.2. Sulh Sözleşmelerinin Geçerliliğinin Denetimi	63

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

2.1. GENEL OLARAK ARABULUCULUK	66
2.1.1. Arabuluculuk Kavramı ve Gelişimi	66
2.1.2. Arabuluculuğun Temel İlkeleri.....	68
2.1.3. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar	70
2.1.4. Arabuluculuk Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar	73
2.1.4.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kapsamındaki Uyuşmazlıklar.....	73
2.1.4.2. İhtiyari Arabuluculuk Kapsamındaki Uyuşmazlıklar.....	76
2.2. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	77
2.2.1. Hak Arama Özgürlüğü Ve Anayasaya Mahkemesi Kararları Yönünden Değerlendirilmesi.....	79
2.2.2. Arabuluculuğun Temel Esasları Karşısında Değerlendirilmesi.....	84
2.2.3. Arabulucuya Başvurunun Dava Şartı Olmasının Değerlendirilmesi	85
2.3. ARABULUCULUK SÜRECİ	87
2.3.1. Genel Olarak	87
2.3.2. Arabuluculuk Sürecinin Başlatılması	88

2.3.2.1. Genel Olarak.....	88
2.3.2.2. Başvuru Süresi.....	91
2.3.2.3. Taraflar Ve Tarafların Temsili	93
2.3.2.3.1. İşçi-İşveren Alacakları Bakımından.....	93
2.3.2.3.2. İşe İade Talepleri Bakımından	95
2.3.2.4. Görevli Ve Yetkili Mercii	98
2.3.3. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi	100
2.3.4. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi Ve Sonuçları	108
2.3.4.1. Sürecin Sona Erdiği Haller ve Son Tutanak.....	108
2.3.4.2. Tarafların Anlaşmaya Varamaması ve Sonuçları	110
2.3.4.3. Tarafların Anlaşması ve Sonuçları	110
2.3.4.3.1. Anlaşmanın Şekli	111
2.3.4.3.2. Anlaşmanın İçeriği.....	112
2.3.4.4. Arabuluculuk Faaliyetinde Giderlerden Sorumluluk	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EMREDİCİLİK KORUMASI VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

3.1. ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	119
3.2. ANLAŞMA BELGESİNİN DENETİMİ VE EMREDİCİLİK	122
3.3. ARABULUCULUĞUN EMREDİCİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ	133
3.3.1. İşçiyi Koruyan Düzenlemelerin Önemi.....	135
3.3.2. Taraflar Arasındaki Güç Dengesizliği	139
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA	148
EK 1: YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU.....	168
EK 2: TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	169

KISALTMALAR DİZİNİ

Any	: Anayasa
aşa.	: Aşağıda
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Ayr.	: Ayrıntı
B.	: Baskı
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Basın İş Kanunu	: 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İMK	: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İş K.	: 4857 Sayılı İş Kanunu
K.	: Karar

LİSGHD	: Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
Sicil Der.	: Sicil İş Hukuku Dergisi
STİSK	: 6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	: yukarıda
yy	: yüzyıl

GİRİŞ

İş hukukunda emredici düzenlemeler ile sözleşme serbestisi kısıtlanarak taraflar arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır. Borçlar hukukunun aksine iş hukukunda sözleşme serbestisinin esas alınmaması ve emredicilik ilkesi ile bu serbestinin sınırlandırılmasının pek çok nedeni vardır. Aslında tarihsel süreçte emredicilik ilkesinin uygulanması ve iş hukukunun ortaya çıkma nedenleri birbiriyle paralel niteliktedir. Emredicilik iş hukukunun kendine has yapısını en iyi yansıtan ilkedir. İş hukukunun ortaya çıkışından günümüze kadar geçirdiği süreçler boyunca emredicilik anlayışı da iş hukuku ve toplumdaki değişimlerden etkilenmiştir. Borçlar hukukunda yer alan bazı sözleşme türlerinin iş hukukunda da uygulanmaya başlaması iş hukukunun emredici doğasına aykırılık tartışmalarını yaratmıştır. Hukukumuzda 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹ ile giren arabuluculuk kurumunun özellikle 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)² ile dava şartı haline getirilmesi ile uygulamalarının artması, iş hukukunun emredici düzenlemelerine rağmen kurumun uygulanabilirliğinin ve uygulanmasının yol açabileceği sorunların tartışılmasına neden olmuştur. Bu çalışmayla amaçlanan iş hukukunun emredici karakteri karşısında arabuluculuk kurumunun uygulanabilirliği ve düzenlemedeki sorunların ortaya konulmasıdır. Bu nedenle iş hukukunun tarihçesi ve iş hukukundaki tüm emredici düzenlemelerin sınıflandırılması gibi hususların ayrıntıları ile incelemesi çalışma konusu dışında kalmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde iş hukukunda emredicilik ilkesinin gelişimi ve kendine has özellikleri açıklanmıştır. Emredici hukuk normları özellikle koruma amaçları kapsamında incelenmiş; iş hukukunun karmaşık emredici niteliği ele alınmıştır. Emredicilik ilkesi ile korunan haklar üzerinde tarafların tasarruf yetkisi kapsamında feragat, ibra, sulh ve ikalenin gösterdiği özellikler, işçinin hakları üzerinde tasarruf yetkisi ve sözleşme serbestisinin sınırları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde bireysel iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk konusu ele alınmıştır. Arabuluculuğa ilişkin temel bilgilere yer verilmiştir. Zorunlu arabuluculuk

1 22.6.2012 tarihli ve 28331 Sayılı Resmi Gazete.

2 25.10.2017 tarihli ve 30221 Sayılı Resmi Gazete.

düzenlemesi hak arama özgürlüğüne, arabuluculuğun temel ilkelerine uygunluğu ve dava şartı olması yönünden değerlendirilmiştir. Arabuluculuk süreci; sürecin başlatılması, arabuluculuk faaliyeti ve sürecin sona ermesi şeklinde incelenmiştir. İhtiyari arabuluculuk konumuz kapsamı dışında kaldığından bu konuda yalnızca gerekli görülen noktalarda açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliği, uygulanması, geçerliliğinin denetimi emredici hükümlerle ilişkisi açıklanmıştır. Özellikle anlaşılan hususlarda dava açılmaz düzenlemesi emredici kurallara aykırı anlaşmalar yönünden değerlendirilmiştir. Böylece iş hukukunun emredici karakteri karşısında arabuluculuğun iş hukukuna uygunluğu sorunu ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EMREDİCİLİK İLKESİ

1.1. EMREDİCİLİK KAVRAMI

İş hukuku işçinin işverene olan bağımlılığı nedeniyle kendine özgü pek çok emredici düzenlemeyi içermektedir. Bağımlılığın gereği olarak işçi işverenin emir ve talimatı altında çalışır. Taraflar arasında fiili eşitliğin bulunmadığı bir tarafın sözleşmenin diğer tarafına bağımlı olduğu bir ilişkide güç dengesizlikleri nedeniyle ortaya çıkacak problemlerin önlenmesi gerekir. Bu nedenle çalışma koşulları yasa koyucunun müdahaleleri ile güvence altına alınmaya çalışılmış iş hukukunda zayıf tarafın korunduğu bir anlayışla güç dengesinin sağlanması amaçlanmıştır. İş hukukunda emredicilik ilkesi, işçinin işverene olan bağımlılığının telafisidir. Emredicilik ile aslında nispi niteliği baskın bir emredici düzen yaratılmıştır. Bir yandan sözleşme serbestisi sınırlandırılırken bir yandan da zayıf taraf lehine düzenlemeler getirilmesinin önü açık tutulmaktadır. Emredicilik ilkesi ile asıl ifade edilmek istenen iş hukukunun nispi emredici kurallarla donatılmış olmasıdır. Özel hukukun koruma araçlarının taraflar arası eşitsizliğin hakim olduğu iş hukuku bakımından yetersiz kaldığının anlaşılması ile mevzuatta işçiyi koruyucu düzenlemeler, idari ve cezai yaptırımlar yer almıştır. Toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde tarafların getirmiş olduğu emredici kurallar da emredicilik ilkesi kapsamında değerlendirilir. Tüm bu emredici alan yönünden iş ilişkisi taraflarının sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır.

Emredici kurallar ve toplu iş sözleşmeleri yoluyla yaratılan emredici alan dışında hakim yarattığı bir emredici alan da bulunmaktadır. Hukukumuzda hakime kamu düzeninin korunması amacıyla emredici bir alan yaratma serbestisi tanınmıştır.³ Kamu düzeni kanundaki boşlukların doldurulması için yargıca tanınmış araçlardan biridir. Her ne kadar çalışma kapsamımızı aşacağından hakim yarattığı bu emrediciliğin açıklanması mümkün olmasa da 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁴ m. 27 hükmü

3 Doğan Yenisey, 177-178.

4 04.02.2011 tarihli ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

ile emredici kurallardan bağımsız bir kamu düzeni anlayışı kabul edilmesi karşısında hukukumuzda kamu düzeninin emrediciliğin önemli kaynaklarından biri olduğunu ifade etmek gerekir.⁵ Yani iş hukukunda emredicilik prensibi devletin müdahalesi sonucunda getirilen koruyucu düzenlemeler, toplu iş sözleşmesinin emredici hükümleri ve yargı organlarınca mevzuattaki boşlukların doldurulması yoluyla oluşturulan emredici alanı ifade eder.

Çalışmamız yönünden esas anlamıyla kanunun emredici hükümlerini ele almak gerekmiştir. Keza bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönünden en tartışmalı hususlardan biri tarafların arabuluculuk sonunda kanunun emredici düzenlemelerine aykırı olarak anlaşmaya varıp varamayacaklarıdır. Kanunun emredici düzenlemeleri ile korunmak istenen yarar ve değerin ne olduğu incelenmeden konu üzerinde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu nedenle emredicilik ile kanunun emredici düzenlemeleri ve bilhassa işçi lehine getirilmiş emredici düzenlemeler ifade edilmektedir.

1.2. EMREDİCİLİK İLKESİNİN GELİŞİMİ

Emredicilik ilkesi iş hukukunun özünü oluşturan ve onu diğer hukuk dallarından ayıran temel ilkelerdendir. Bu nedendir ki emredicilik ilkesinin gelişimini, iş hukukunun gelişimi ve temel özelliklerinden ayrı olarak incelemek mümkün değildir. Emredicilik ilkesinin gelişimini etkileyen nedenler, iş hukukunun ortaya çıkmasında ve gelişiminde etkili olan sosyolojik ve tarihsel nedenlerle paralellik arz etmektedir. Ancak çalışmanın sınırları gereği iş hukukunun tarihçesi ve gelişimine neden olan faktörlere ayrıntılı biçimde yer vermek mümkün değildir. Bu nedenle emredicilik ilkesinin gelişimi;

5 Süzek, 353.; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, 549-551.; Atamer, 184. Konuya ilişkin ayr. bilgi için bkz. Doğan Yenisey, 153-195.; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 37-82. Hakim kamu düzeninden özgürlüklerin hem güvencesi hem de sınırı olarak yararlanılmaktadır. Bundan başka ve iş hukuku açısından daha önemli olarak hakimin işçi lehine emredici bir alan yaratırken sosyal kamu düzeninden yararlandığı belirtilmiştir. Doğan Yenisey, 192. Bu hususa örnek olarak cezai şart ve ibranameye yönelik Yargıtay tutumu verilebilir. Cezai şarta ilişkin iş hukukunda TBK m. 420 hükmüne kadar özel bir düzenleme bulunmamasına karşın Yargıtay işçi aleyhine tek taraflı cezai şartları geçersiz kabul etmiştir. Y9HD, 17.11.1992 tarihli ve 1992/8777-12603 K. www.kazanci.com (E.T.19.01.2020).; Y9HD, 21.01.2010 tarihli ve 2009/46225E., 2010/604 K. www.lexpera.com.tr (E.T.19.01.2020) sayılı kararları. Benzer biçimde TBK m. 420/2 hükmüne kadar işçi-işveren arası ibranamelere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasına karşın Yargıtayca ibranamelerin geçerliliği denetlenmiştir. YHGK, 21.04.1983 tarihli ve 1980/9-3055E., 1983/427K.; Y9HD, 05.04.2010 tarihli ve 2008/23637E., 2010/9426K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T.19.01.2020)

sözleşme özgürlüğü sınırlandırılması, işçinin korunması anlayışından hareketle devletin çalışma ilişkilerine müdahalesi, sosyal devlet anlayışının gereği olması, emredici normlar getirme yetkisinin iş ilişkisinin taraflarına tanınması ve son olarak esneklik tartışmaları kapsamında incelenmiştir.

1.2.1. Sözleşme Serbestisi Hakimiyeti

1789 Fransız devrimiyle başlayan ve XIX. yy ortalarına kadar devam eden liberal dönem anlayışı, çalışma ilişkilerinin düzenlenmesini tarafların sözleşme serbestisi neticesinde kuracakları bireysel sözleşmelere bırakmıştır.⁶ Bu dönemde sözleşme serbestisi ve taraflar arası eşitlik ilkesi esas alınmış; devlet, kişiler arası sözleşmelere müdahaleden kaçınmıştır.⁷ Sözleşme taraflarının iradelerinin sınırlandırılmasına başka bir deyişle hukukun emredici yönüne çok istisnai biçimde yer verilmiştir. İşçi ve işveren arasında “soyut bir hukuksal eşitlik ilişkisi” kurulduğu ve “serbest piyasa” ortamında karşılaştıkları varsayılan tarafların özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmenin yükümlülüklerini yerine getirmekle mükellef olduğu kabul edilmiştir.⁸ Ancak özel hukuk düzeninde hâkim olan bu anlayış, sözleşmelerdeki zayıf tarafın yalnızca yükümlülüklerini yerine getirmesi gereken hukuksal bir özneye indirgenmesine ve bu öznenin sosyal taleplerinin görmezden gelinmesine yol açmıştır.⁹ Bu dönemde serbest piyasanın yol açtığı olumsuz sonuçların engellenmesi kamu hukuku alanına bırakılmıştır.¹⁰ Özel hukuk alanında kişilerin özgür iradeleri ile kurdukları her anlaşmanın adil olacağı düşüncesi¹¹ ile az sayıdaki emredici norm da irade özerkliğini koruma, irade fesadı hallerini önleme ve ticari ilişkilerde dürüstlük kurallarına ilişkin olarak getirilmiştir.¹²

6 Mollamahmutoğlu, 27.

7 Esener, 31.; Süzek, 7.; Narmanlıoğlu, 6.; Mollamahmutoğlu, 26.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 4.

8 Akman, 217.

9 Akman, 218.

10 Doğan Yenisey, 9-11, 36.

11 Kırkbeşoğlu, 19-20.

12 Atamer, 15-16.; Doğan Yenisey, 11.

Sözleşmenin zayıf tarafını koruyan müdahalelerde bulunma anlayışının bu dönemde yer almaması yeni doğmakta olan kapitalist sistem karşısında işçileri korumasız kılmış; işçinin emeğini sömürüye açık hale getirmiş ve işçiler açısından olumsuz sonuçlar doğurmuştur.

1.2.2. Zayıf Tarafın Korunması Gereğinin Ortaya Çıkışı

Hukuk düzenine hâkim liberal anlayış ile XVIII. yy sonlarında doğup hızla gelişen sanayi kapitalizmi anlayışının getirdiği olumsuzluklar,¹³ medeni hukukta egemen olan taraflar arasındaki eşitlik ve irade serbestisi ilkelerinin çalışma hayatındaki sosyal ve ekonomik gerçekler karşısında hayali esaslar olduğunu kanıtlamıştır. İş ilişkilerini etkileyen koşullar, işçinin özerk bir iradeye değil bağımlı bir iradeye sahip olduğu ve işverenle eşit konumda bulunmadığını göstermiştir. Klasik liberal hukuk anlayışının, toplumsal sorunlar karşısındaki yetersizliği iş ilişkilerinde zayıf tarafın korunmasına yönelik tedbirler alınması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle devlet sözleşme ilişkilerine müdahil olmuş; işçiler lehine asgari koruma sağlayan emredici düzenlemeler mevzuatta yer bulmuştur.¹⁴ Özel hukukun koruma araçları işçinin fiziki varlığının korunması hususunda da yetersiz kalmış; iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, kazaların önlenmesine yönelik koruyucu düzenlemeler getirilmiştir.¹⁵ İş hukukunun doğuşu borçlar hukuku içinde başlamış olsa da tarafların eşit kabul edildiği ve sosyal gerçekliklerin göz önünde tutulmadığı bir alanda zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşılmasıyla bu hukuktan koparak bağımsız bir disiplin halini almıştır.¹⁶ Başka bir deyişle, aslında iş hukukunun bağımsızlaşmasının iş ilişkilerinde emredicilik ilkesinin benimsenmesinin sonucu olduğu söylenebilir.

Genel olarak zayıf taraf olma hali ile asıl kastedilen, kişinin kendi özelliklerinden kaynaklanmayan ancak girdiği sözleşme ilişkisinin nitelikleri nedeniyle sözleşmenin

13 Uzun çalışma süreleri, düşük ücretler, tehlikeli çalışma alanları, özellikle kadın ve çocuk işçilerin maruz kaldığı hastalık ve kazalar ile işsizlik örnek olarak verilebilir. Bkz. Süzek, 7-8.; Ekonomi, 5.

14 Süzek, 2-3., 8.; Narmanlıoğlu, 10-11.

15 Süzek, 38-39.

16 Mollamahmutoğlu, 8-9.; Centel, 5.; Süzek, 38-39.

karşı tarafına görece ekonomik, sosyal vb. nedenlerle daha güçsüz durumda olmasıdır.¹⁷ Özellikle sanayi devriminin olumsuz çalışma koşullarıyla sözleşme özgürlüğü kapsamında işçilerin adeta sefaletle sürüklenmesi, işverenlerin sermaye ve yönetim hakkını elinde bulundurması karşısında iş ilişkilerinde işçiler ile işverenlerin eşit konumda olmadığı anlaşılmıştır. İşçinin işverenin emir ve talimatı altında olması kişisel bağımlılığını, işverenin sermayeyi elinde bulundurması ise ekonomik bağımlılığını göstermektedir.¹⁸ İşçinin emeğini edim olarak sunması, işverene olan bağımlılığı, iradesinin baskı altına alınabilmesi riski gibi nedenlerle iş ilişkilerinde zayıf konumda olduğu kabul edilmiştir.¹⁹

Sözleşmenin zayıf tarafı içinde bulunduğu konum nedeniyle iş akdini, iş ilişkisini ilgilendiren düzenlemeleri, iş ilişkisinin sona ermesinin sonuçlarını kendi aleyhine olması halinde dahi ve bu durumu bilmesine karşın kabul etmek zorunda kalmaktadır. İşçinin bu zayıf konumu nedeniyle kişiliğinin fiziken ve ruhen sömürüye açık olması, işverene olan bağımlılığı, iş ilişkilerinin düzenlenmesinde özel hukuktaki irade serbestisini koruyan düzenlemelerin yanında ek koruyucu düzenlemelere gereksinim yaratmıştır. Zira sözleşme taraflarının eşit olmadığı bir ilişkide, işverene bağımlı ve iş görme edimini yerine getirirken fiziki tehlikelere açık olan işçinin tek başına taraflar arası eşitliği kabul eden borçlar hukuku araçları ile korunması mümkün değildir.²⁰ İşçinin korunması ilkesi²¹ ile işçinin gerek ekonomik anlamda gerekse de yaşam ve beden bütünlüğünün, kişiliği ve onurunun yani hem maddi hem de manevi varlığının korunması kabul edilmiştir.²² Sözleşmenin yanında işçinin kişi olarak statüsüne de önem verilmeye başlanmış ve işçinin kimliği sözleşme hukukuna dahil edilmiştir.²³

17 Doğan Yenisey, 12. Sözleşme taraflarının şahsından kaynaklı zayıflıklar, kişinin akli yeteneklerinde eksiklik (küçük, sınırlı ya da sezgin olmayanlar)veya bilgisizliği gibi nedenlerle ortaya çıkmaktadır.

18 Süzek, 16.; Centel, 12.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 22.; Ekonomi, 14.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 8-9.

19 Doğan Yenisey, 12-13.

20 Süzek, 39.

21 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 22 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 11 vd. ; Güzel, 1132., 1138.; Süzek, 16 vd.; Köme Akpulat, 335.; Narmanlioğlu, 6 vd.; Tunçomağ, 11-13.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 8-10.; Ekonomi, 13 vd.; Kar, 56 vd.; Doğan Yenisey, 11 vd. YİBK, 27.05.1958 tarihli ve 1957/15 E., 1958/5 K. sayılı kararı. www.kazanci.com (ET:07.05.2020).

22 Süzek, 17.

23 Güzel, *Intuitus Personae*, 177., 180-182., 194.

XIX. yy sonlarında başlayan sözleşme ilişkilerinde zayıf tarafın korunması anlayışı, XX. yy'de özellikle II. Dünya Savaşından sonra iyice yerleşmiş ve özel hukuk, bilhassa iş hukuku, alanında emredici düzenlemelerin sayısı artmıştır.²⁴ Devletin özel hukuk ilişkilerine müdahalede bulunmaması anlayışı terkedilmiş; emredici kurallar yoluyla sözleşme ilişkilerine müdahale edilmesi ve sözleşme özgürlüğünün kanun kapsamında sınırlandırılmasıyla sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin dengelenmesi hedeflenmiştir.²⁵ Sözleşme serbestisinin sınırları emredici düzenlemelerle çizilmiştir.²⁶ Emredicilik, işçinin bağımlılığından doğabilecek zararların önlenmesinde ve iş ilişkisinin tarafları arasında denkleştirme sağlanmasında bir araç olarak kullanılmıştır. Sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile devlet, sosyal adaletin sağlayıcısı tayin edilmiş ve iş hukuku işçinin korunması anlayışıyla yeniden düzenlenmiştir. Zayıf konumda olduğu kabulünden ötürü, işçi, herhangi bir olumsuzlukla karşılaşmamış ve hatta fiilen pazarlık gücü bulursa dahi emredici düzenlemeler yoluyla korunmuştur. Zamanla işçi-işveren ilişkisi sözleşme ve statünün bir sentezi haline gelmiştir.²⁷ Klasik liberal düşüncenin aksine sosyal, ekonomik ve politik gerçeklikler göz önüne alınarak düzenlemeler yapılması; iş hukukunun emredici yönünün genişlemesine ve kamu hukuku-özel hukuk ayırımının önemini yitirmesine yol açmıştır. Emredici kurallar kamu hukuku yanında özel hukuk düzenlemelerinde de yerini bulmuştur.

Türk iş hukuku açısından ise emredicilik, diğer ülke mevzuatlarından da yararlanılarak kendi mevzuatımızın oluşturulması yoluyla yani kanunlaştırmalar sonucu ortaya çıkmıştır.²⁸ Böylece emredici kurallar iş mevzuatımıza, yeri ve işlevi hususu tartışılmaksızın girmiştir. Yani emrediciliğin gelişimi bu başlık altında incelediğimiz

24 Atamer, 21 vd.; Mollamahmutoğlu, 30.

25 Akman, 222.; Doğan Yenisey,13.; Tunçomağ, 4.; Narmanlıoğlu, 6.; Ekonomi, 16. Bu dönemde işçi sınıfı mücadelesi ve hukukun da bu mücadelede bir araç olarak kullanılması iş hukukunda sözleşmelerde önemli değişimlere yol açmıştır.

26 Esener, 33-34.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 24.; Süzek, 35.; Doğan Yenisey, 28-29.; Ekonomi, 15-16.; Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, 10.; Özdemir, 99.

27 Güzel, *Intuitus Personae*, 174-177., 195.

28 Narmanlıoğlu, 18., dn 56.; Ekonomi, 7.; Mollamahmutoğlu, 26., 30. Cumhuriyet dönemi kanunlaştırma hareketlerinden önce, Osmanlı İmparatorluğu döneminde özellikle Tanzimat öncesinde gerçek anlamda bir işçi sınıfının ve işçi-işveren ilişkilerinin mevcut olduğunu söylemek zordur. Çoğunlukla esnaf ve lonca teşkilatlarınca örf-adet usulüne göre gözetilen ve usta-çırak ilişkisine dayalı hiyerarşik bir düzen söz konusudur. Sanayileşmenin başlaması ve Tanzimat ile beraber iş ilişkilerini düzenleyen kurallara da yer verilmeye başlanmıştır. Bu dönemde en önemli kanunun Mecelle olduğu söylenebilir. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 41.; Ekonomi, 7.; Narmanlıoğlu, 18., dn.56.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 6-8.; Süzek, 9-10.

anlamda ve özellikle işçi hareketleri sonucunda gerçekleşmemiştir. Emrediciliğin gelişimi iş hukukunun tarihinin gelişimiyle ilgilidir. Tarihi açıdan bakıldığında ülkemizde sanayileşmenin gecikmesine bağlı olarak iş hukukunun gelişim süreci de gecikmiştir. Cumhuriyetin ilanından sonra sanayileşmenin hız kazanması ile iş ilişkilerinin kanunlar yoluyla düzenlenmesi ve emredici kuralların artırılması ihtiyacı duyulmuştur. Kanunların iktibası yoluna gidilmiş; özellikle 1926 tarihli Borçlar Kanunu bu dönemde iş hukukunda emredici düzenlemelerin önemli bir kaynağı olmuştur. Türk iş hukuku tarihi²⁹ ve gelişim sürecinin açıklanması konumuz kapsamı dışında kalmakla beraber hukukumuzda kanunlaşma çalışmaları ile gerçek anlamda emrediciliğin benimsendiği söylenebilir.

1.2.3. Sosyal Devlet Anlayışının Kabulü

Sanayileşmeye geç geçilmesinin de etkisiyle diğer ülkelerde sanayileşmeyle gelen mücadeleler sonucunda hem sosyal haklar kabul edilip hem de mevzuatta koruyucu düzenlemeler yerini alırken ülkemizde bu süreç daha geç ve mücadelecî hareketlerden çok devlet müdahalesiyle kanunlaştırmalar sonucunda gerçekleşmiştir. emredicilik ilkesinin gelişimindeki etkileri nedeniyle hukukumuzdaki sosyal devlet anlayışına değinmek gerekir.

İşçilerin korunması anlayışı zamanla kanunların yanında Anayasalarda da yer alan bir güvenceye dönüşmüş kişilere pek çok sosyal hak tanınmıştır.³⁰ İş hukuku açısından sosyal haklar hem maddi yönden hem de işçinin kişiliği yönünden bir koruma sağlamaktadır. Bu koruma anlayışı sosyal devlet ilkesi olarak 1961 Anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti'nin “sosyal bir hukuk devleti” olduğunun belirtilmesi ile Türk hukukunun vazgeçilmez bir ilkesi haline gelmiştir.³¹ Her ülkenin sosyal devlet anlayışı farklı olabilmesine karşın genel anlamda sosyal devletin bireylere sosyal ve ekonomik haklar tanıyarak, toplumdaki eşitsizlikleri gidermeye ve herkes için insan onuruna

29 Esener, 5 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 41 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 5 vd.; Süzek, 6 vd.; Ekonomi, 7 vd.; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 6 vd.; Narmanlıoğlu, 18 vd.; Süzek, 9 vd.

30 Süzek, 9.

31 Any. m. 2 “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.”

yaraşır bir yaşam sunmaya çalıştığı söylenebilir.³² 1982 Anayasasında sosyal devlet ilkesinin gereği olarak zayıf durumda olanlar yönünden koruyucu düzenlemeler getirilmesi “devletin yükümlülüğü” kabul edilmiştir.³³ Sosyal devlet anlayışı ile devlet, hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında denge kuran, herkesin insan onuruna uygun bir hayat sürmesini ve daha zayıf durumda olanları güçlülere karşı koruyarak sosyal adaleti sağlayan böylelikle toplumsal dengeleri koruyan bir konuma getirilmiştir.³⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşıldığı üzere hukukumuzda devletin rolü korumacı bir şekilde belirlenmiş olup; devlet koruyucu önlemler alma, düzenlemeler yapma görevi ile yükümlendirilmiştir.³⁵ Özellikle sosyal güvenlik gibi bir kısım sosyal hakkın sağlanması ve korunması bakımından devlet pozitif(olumlu) bir yükümlülük³⁶ (yapma borcu) altındadır. Devleti olumlu bir edim borcu altına sokan bu sosyal haklar Any. m. 12 gereği devredilemez, vazgeçilemez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Bu nedenledir ki devletin iş ilişkilerini bu sosyal hakların vazgeçilmez niteliğine uygun biçimde emredici kurallarla düzenlemesi doğaldır.³⁷

İş hukuku yönünden gerek Anayasada gerek mevzuatın diğer hükümlerinde sosyal devlet anlayışı açıkça görülmektedir. Bu anlayışın bir yansıması olarak Any. m. 49/2 ile işçiyi koruma ilkesi anayasal bir ilke olarak benimsenmiştir: “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” İş hukuku, işçinin zayıf konumundan doğan olumsuzluklara karşı korunması ve işçiye oranla daha güçlü konumda bulunan işverenle ilişkilerinin dengelenmesi amaçlarını güttüğünden devletin sosyal adaleti sağlama yönündeki çalışmalarının en iyi gözlemlenebileceği alanlardan biridir. Devlet üzerinde kılınan yükümlülükleri, taraflar arasındaki iş ilişkisine müdahalede bulunarak; işçilere asgari koruma sağlayan emredici nitelikte düzenlemeler

32 Doğan Yenisey, Yapılabilirlik, 187.; Centel, 12.; Ekonomi, 22.; Süzek, 57.

33 1982 Anayasası ile sosyal devlet anlayışı, devletin sosyal yükümlülüğü olarak benimsenmiştir. Gören, 110-112.

34 Doğan Yenisey, Yapılabilirlik, 188.; Özbudun, 102.-103.

35 Bkz. AYM 19.06.2008 tarihli ve 2006/101E., 2008/126 K. ve AYM 26.10.1988 tarihli ve 1988/19 E., 1988/33 K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T. 18.12.2019) Any. m. 5 “Devletin temel amaç ve görevleri... sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

36 Süzek, 58.; Mollamahmutoğlu, 14.

37 Mollamahmutoğlu, 14.

yaparak yerine getirmektedir. Sosyal devlet anlayışının gereğini yerine getirme ve işçiyi koruma aracı olarak emredicilik ilkesi benimsenmiştir. Yani iş hukukunda emredicilik, sosyal devlet anlayışının bir gereği, uygulanma yöntemidir. Bunun sonucu olarak işçi lehine asgari koruma içeren pek çok emredici hüküm mevzuatımızda yer bulmuş ve emredicilik bir iş hukuku prensibi haline gelmiştir. Ancak devletin Anayasa ile belirlenmiş bu yükümlülüğü sınırsız değildir mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü ile sınırlandırılmıştır.³⁸ Zira iş hukukunun amacı sadece işçilerin korunması olarak yorumlanamaz; her hukuk disiplininde olduğu gibi toplum menfaatlerinin korunması nihai ve genel amacıdır.³⁹ İş hukuku statü hukuku veya belli bir sınıfın hukuku değildir.⁴⁰ İşçinin korunması ilkesi toplum yararı ile çatışmadığı sürece uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim işçinin korunması adına ülkenin ve işverenlerin iktisadi yapısının kaldıramayacağı yükümlülükler getirilmesi halinde bu yapının bir süre sonra çökeceğini öngörmek işten değildir. Böyle bir sonuçtan en çok etkilenecek kişiler ise işçilerdir. Bu nedenle işçinin korunması ile iktisadi imkanlar arasında bir denge gözetilir.⁴¹

Aynı şekilde taraflara tanınan sosyal özerklik de sosyal devletin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet ortak yararın belirlenmesinde tamamen serbest olmayıp sosyal taraflar da sahip oldukları özerklik çerçevesinde norm koyma sürecine dahil olur.⁴² Böylece emredici düzenlemeler getirme yetkisi de paylaşılmış olur ve emredicilik etkisini toplu iş sözleşmeleri yoluyla gösterir. Ancak hukukumuzda sosyal devlet, norm koyma yetkisini paylaşan bir devletten çok toplum yararını tespit eden ve bireyleri korumakla yükümlü olan bir devlet olarak belirlenmiştir.⁴³

38 Any. m. 65 “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

39 Ekonomi, 14.; Süzek, 18.; Süzek, Amaca Uygun Yorum, 11.; Tunçomağ, 13.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 9.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26.; Saymen, 126.

40 Centel, 6.; Ekonomi, 15.; Saymen, Türk İş Hukuku, 25-27.; Elbir, 9-10.

41 Ekonomi, 14-15.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 9.; Süzek,18.; Mollamahmutoğlu, 12.; Tunçomağ, 12-14.; Narmanlıoğlu, 15.;Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26.

42 Doğan Yenisey, Yapılabilirlik, 188-189.; Süzek, 58.

43 Doğan Yenisey, Yapılabilirlik, 188-189., 205. Bkz. yuk. dn 35.

1.2.4. Kollektif Norm Koyma Özerkliğinin Tanınması

Emrediciliğin gelişimi yalnızca devletin iş ilişkilerine müdahalesi yoluyla gerçekleşmemiştir. İş hukukunda emredicilik ilkesini diğer hukuk alanlarından farklı kılan en önemli özellik toplu iş sözleşmesidir.⁴⁴ İş hukukunun ve emrediciliğin gelişimi, her hukuk düzeninde aynı olmasa da işçi sınıfının mücadelesi yoluyla sosyal hakların elde edilmesi sonucunda gerçekleşmiştir. Çoğu sosyal hakkın devlet tarafından-özellikle sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi hakkının- tanınmasında işçi hareketleri etkili olmuştur.⁴⁵ Bu sayede işçiler, devletin iş ilişkilerine müdahil olmasını sağlayacak biçimde kamu otoritesi üzerinde etkin bir güç kazanmıştır.⁴⁶ Yalnızca devletin müdahalesi yoluyla getirilen emredici kurallarla değil aynı zamanda çalışma koşullarının iyileştirilmesini sağlayacak kurallar koyabilme yetkisinin sosyal taraflara verilmesiyle de emredici koruma sağlanmıştır. Toplu iş sözleşmeleri ile sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır.⁴⁷ Toplu pazarlık sonucunda işçi sendikaları ve işverenlerin iradesinden doğan toplu sözleşmeler yoluyla yasa koyucunun getirdiği kurallardan ayrı olarak normatif ve kollektif etkiye sahip kurallar getirilmiştir. Her hukuk düzeninde toplu iş sözleşmelerinin emrediciliği kabul görmemekle beraber Kıta Avrupası ülkelerinin çoğunun kabulü bu yöndedir.⁴⁸

Ülkemiz açısından, sosyal hakların kabulünde büyük işçi hareketlerinden bahsetmek güçtür. Emredici etki kanunlaşma yoluyla devreye girmiş, toplu iş sözleşmeleri ise çok daha sonra sistem içinde yer almıştır. Toplu sözleşme özerkliğinin tanınmasından sonra dahi devlet iş ilişkilerine emredici kurallar yoluyla müdahale devam etmiş, özerklik anlayışı yeterince gelişmemiştir.⁴⁹ İş ilişkilerinin düzenlenmesinde yasa koyucunun getirdiği emredici kurallar ağırlıklı olarak etkili olmuş, toplu iş sözleşmesi yoluyla iş ilişkilerinin düzenlenmesi ikincil planda kalmıştır.⁵⁰ Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin

44 Mollamahmutoğlu, 17.; Doğan Yenisey, 23.

45 Brizon, 493 vd.

46 Brizon, 494.

47 Bkz. yuk. dn 26. da sayılan yazarlar.

48 Doğan Yenisey, 24.

49 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 62-63, 67-68.

50 Kıta Avrupası hukuk sisteminde durumun bu şekilde olduğu belirtilmiştir. Mollamahmutoğlu, 17.

işçi aleyhine değiştirilemeyeceği kabul edilmekle beraber hukukumuzda emrediciliğin gelişmesi yönünden devlet tarafından getirilen emredici normlar kadar etkili olduğu söylenemeyecektir.

1.2.5. Esnekleşme Eğilimlerinin Artması

1970-1980’li yıllardan beri dünyada yayılan neo-liberal politikalarla birlikte, devletin piyasaya müdahale etmemesi tekrar gündeme gelmiştir. Sosyal devlet pek çok yönden eleştirilmiş; XIX. yy’dan beri çalışma hayatının küreselleşme, artan rekabet gibi nedenlerle değiştiği işçiye koruyan düzenlemelerin gereksizleştiği ve sermayeye zarar verdiği vurgulanmıştır. Devletin rolü, sosyal adalet sağlayıcılığından yasa çıkararak çalışma hayatını düzenleme⁵¹ yönünde dönüşmüştür. Dünya çapındaki rekabete karşı koyabilmek gerekçesiyle ulusal işletmelerin artan “esnekleşme talepleri” sonucunda, iş hukukunun emredici düzenlemeleri de değişim sürecine girmiştir. Devletin çalışma ilişkilerine müdahil olmamasının yanı sıra işçiyi koruyucu düzenlemelerin de mevzuattan çıkarılması bir bakıma geriye gidiş hali mevcuttur. Hem hakların korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin esnekleştirilmesi hem de yargılama süreçlerinin devlet tekeline çıkarılıp tahkim, arabuluculuk, uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarına bırakılarak özelleştirilmesi söz konusudur.⁵² Sosyal mevzuatın giderek işletmenin ekonomik isteklerini öne alan akdi bir hukuka dönüşmesi ihtimal dahilindedir.⁵³ Tüm bu değişim, ilk izlenimde neo-liberal anlayışla iş ilişkilerinde klasik liberal hukuk anlayışının yeniden canlandırıldığını akla getirmektedir. Oysa günümüzde çalışma koşullarının XIX. yy koşullarıyla kıyaslanamayacak oranda iyileştiği, işçilerin pek çok sosyal hak kazandığı, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin klasik çalışma ilişkilerini değiştirdiği, işçilerin “fabrika işçisinden” “bilgi işçisine”⁵⁴ dönüştüğü göz önüne alındığında; iş ilişkilerinde sözleşmenin tekrar öne çıkması yönündeki bu değişimde neo-liberal görüşlerden ziyade teknolojik ve bilimsel gelişmelerin etkili olduğu anlaşılmaktadır.

51 Centel, Esneklik, 731.

52 Akman, 226.

53 Mollamahmutoğlu, 31.

54 Mollamahmutoğlu, 31.

XXI. yy'de hem bilimsel ve teknik gelişmeler hem de sosyo-kültürel ve siyasal değişiklikler işçinin korunması ilkesini ve emredici düzenlemelerin mevzuattaki rolünü tartışılır hale getirmiştir. Yeni teknolojiler, işin belli bir yer dışında ifasını mümkün kılmakta ve işletme, iş yeri gibi kavramların sınırlarını belirsizleştirmektedir. İşin yapıldığı yer ve zamanın sınırlarının belirsizleşmesi, işçilerin kolektif bir çalışma ortamından uzaklaşmasına ve iş ilişkilerinde bireyselliğin öne çıkmasına neden olmaktadır. İşverene bağımlı istihdam biçimleri yerini atipik iş ilişkilerine bırakırken işçilikle bağımsız çalışma arasındaki sınırı kaldırmakta böylece iş ilişkilerinin düzenlenmesinde sözleşme giderek önem kazanmaktadır. İşçi kavramının sosyolojik yönden değişmesiyle beraber iş ilişkilerinde işletmenin ihtiyaçlarının da göz önüne alınmasının işçinin korunması amacını gerçekleştireceği düşüncesi öne çıkmıştır. İşçinin korunması ilkesinden vazgeçilmese de işletmelerin gereksinimlerinin göz ardı edilemeyeceği anlaşılmıştır.⁵⁵ İş hukuku, işçinin korunmasının yanında genel olarak toplum yararının sağlanmasını da hedefler. Hukukun gelişen bilim ve teknolojiden etkilenmeyeceği düşünülemez. Sanayi devriminin getirdiği teknik değişikliklerin iş ilişkilerini düzenleyen kuralların oluşturulmasında etkili olması gibi günümüzde hızla gelişen bilim ve teknoloji de yeni kuralların oluşturulmasında ve var olan kuralların sorgulanmasında etkili olmaktadır. Ancak işletmelerin gereksinimlerinin göz önüne alınması amaçlanırken; mevzuatta bir dengenin sağlanamaması halinde anayasal ilkelere, emrediciliğe, işçiyi koruma prensibine aykırı, mevzuatın getiriliş amacıyla bağdaşmayan ve hatta iş hukukunu geriye götüren bir dönüşüm yaşanması riski de bulunmaktadır.⁵⁶

Dünyanın geçirdiği bu dönüşümün iş mevzuatında meydana getirdiği değişiklikler esnekleştirme-kuralsızlaştırma başlıkları altında doktrinde çokça tartışılmıştır.⁵⁷ İş hukukunda esneklik, işletmelerin ekonomik gereksinimlerinin işçilerin korunması amacından önde tutulması olarak değerlendirilse de; kavram olarak iş ilişkilerinin giderek kolektif norm koyma yetkisine dayalı olarak toplu iş sözleşmesi gibi akdi

55 Süzek, Bugünü ve Geleceği, 7.; Mollamahmutoğlu, 12.

56 Mollamahmutoğlu, 12.

57 Bkz. yuk. dn 60. Genel olarak bkz.; Çalışma Hayatında Esneklik Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, İzmir, 1994.; Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

düzenlemelere konu olmasını ve devletin müdahalesi sonucu katı nitelikteki emredici normlarla donatılmış hukukun ikincil planda kalması gerektiği anlamına gelmektedir.⁵⁸ Esnekleşmenin, tarafların sözleşmeler aracılığıyla iş koşullarını ihtiyaçlarına göre belirleyebilmesi imkanı tanıyan bir sistem kurulmasını ifade ettiği doktrinde baskın olarak kabul edilmiştir.⁵⁹ Esnekleşme içinde belirsizlikler barındırır da kuralsızlaştırma anlamına gelmemektedir.⁶⁰ İşletmelerin yeni koşullara uyum sağlayabilmesi için, iş hukukundaki emredici düzenlemelerin yumuşatılması ve iş ilişkilerinin düzenlenmesinin toplu-bireysel iş sözleşmeleriyle belirlenebileceği alanın genişletilmesidir.⁶¹ Kuralsızlaştırma, düzenin bulunmadığı, keyfi bir çalışma hayatı anlamında değil emredici normların kaldırılması, etkisinin azaltılması iş hukukunda sözleşme serbestisinin öne çıkarılması anlamında kullanılmaktadır. Kuralsızlaştırmayla taraflara geniş bir esnek alan bırakıldığı açıktır. Oysa esneklik için her zaman normların kaldırılması-etkisinin azaltılması yollarına başvurulması zorunlu olmayıp çok sayıda kural koyulması yoluyla da esneklik sağlanabilir.⁶² Bu yönden esneklik, emredici kurallara istisnalar getirilerek bu kuralların yarattığı katı düzeni esnekleştirme yani aslında daha çok kural koyarak düzenleme anlamına da gelmektedir.⁶³ Esneklikle güvence arasında bir denge kurulması gerektiğine vurgu yapan “güvenceli esneklik” kavramıyla işçiyi koruyan emredici düzenlemelerin etkisini azaltma ve çalışma koşullarında tamamen bir akit serbestisi tanıma değil bu koruyucu düzenlemeleri esneklik gereksinimleri kapsamında yeniden düzenleyerek taraflara çalışma koşullarını bu normlar çerçevesinde belirleme imkanı ifade edilmektedir.⁶⁴ Böylece iş ilişkisinin taraflarına asgari normlarda değişiklik yapma imkanı tanınmakla beraber bu imkanın sınırları yine emredici düzenlemelerle çizilmektedir.⁶⁵ Emredici kuralların esnekleştirilmesi hukukumuzda özellikle atipik iş ilişkileri, çalışma sürelerindeki

58 Mollamahmutoğlu, 18-19.

59 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60.; Güzel, Yeniden Yapılanma, 204.; Süzek, 20.; Doğan Yenisey, 26-27.

60 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60.; Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5-6.; Eyrenci, 27.; Eyrenci, Esnekleştirilmesi, 228-229.; Centel, Esneklik, 729.; Loritz, 11.; Subaşı, 321.; Alpagut, Güvenceli Esneklik, 15-17.; Mollamahmutoğlu, 19.; Güzel, Yeniden Yapılanma, 204.; Yıldız, 205-206.; Süzek, 19. Aksi yönde; Akman, 217-244.; Özveri, 277-295.

61 Doğan Yenisey, 26-27.; Mollamahmutoğlu, 18-19.; Tuncay, Sempozyum, 153-154.; Süzek, 20.

62 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60.

63 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60.; Eyrenci, Esnekleştirilmesi, 229.

64 Baycık, 224.; Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60-62.; Ulucan, 204, 207-212. Eyrenci, Esnekleştirilmesi, 228-229.; Eyrenci, 18.

65 Süzek, 21.; Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60-61.

düzenlemeler gibi alanlarda söz konusu olup tüm bu alanlarda taraflara tanınan bu imkanın sınırlarının emredici kurullarla düzenlendiği görülmektedir.⁶⁶

Günümüzde iş hukukunun emredici yönünün sorgulanır hale gelmesinin temel nedenlerinden biri; çok hızlı değişen koşullara karşın buna uygun yeni hukuk kurullarının yasalaştırılmasının aynı hızı seyredemeyişi ve sonuç olarak yoğun biçimde emredici kurullarla oluşturulmuş düzenin ihtiyaçlara cevap veremeyen katı bir yapı haline gelmesidir. Emredici kurullar iş hukukunda zayıf tarafın korunması amacına hizmet eden nitelikte kurullardır ancak bu kurulların çağın gereklerine uygun hale getirilmemesi zamanla getiriliş amacından saparak zayıf tarafın korunması bir yana aleyhine sonuçlar doğmasına neden olabilir. Zira işletmelerin gereksinimlerini göz ardı eden, karşılayamayacağı önlemleri dayatan koruyucu nitelikteki emredici düzenlemelerin; işsizlik, kayıt dışı çalışma gibi olumsuzluklara neden olması ve getiriliş amacını yitirmesi mümkündür. Böyle bir halde iş ilişkilerinin getiriliş amacını kaybeden kurullar çevresinde düzenlenmesinden taraflara gereksinimlerini karşılayacak düzenlemeler yapabileceği verilmesi zayıf tarafın korunması ilkesi yönünden de uygundur.⁶⁷

Esnekleşme işçinin korunması ilkesinden vazgeçme anlamına gelmemelidir. Esneklikle amaçlanan iş hukukunda akit serbestisini hakim kılmak ve emredici normların etkisini kaldırmak değildir. İşçinin korunması ve emredici kurullarla sözleşme serbestisinin sınırlandırılmış olması iş hukukunun temel özelliklerindedir. Esnekliğe işçinin korunması temel ilkesi çerçevesinde ve gerekli olduğu ölçüde başvurulmalıdır. Doktrinde bu durum “mümkün olduğunca işçinin korunması ve gerektiğinde kuralsızlaştırma”⁶⁸ olarak açıklanmıştır. Esnekleşme gerçekleştirilecek alanlar ülkenin sosyo-ekonomik düzeni de gözetilerek dikkatle seçilmeli taraflara tanınan serbestinin sınırları yine emredici düzenlemelerle belirlenmelidir. Zira artan rekabet karşısında mücadele edebilmek, işsizliği önlemek, teknoloji ve bilgi çağına uyum sağlamak ne kadar önemliyse işçilerin asgari çalışma koşullarının sağlanması da o derece önem arz

66 Alpagut, Güvenceli Esneklik, 21 vd.; Subaşı, 320.; Yıldız, 207.

67 Mollamahmutoğlu, 20.

68 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 61.; Süzek, 20.; Ulucan, Esneklik, 527-528.; Eyrenci, Esnekleştirilmesi, 237-238.; Yıldız, 205-207.; Baycık, 226.

etmektedir.⁶⁹ Bu nedenle sosyal devlet anlayışıyla bağdaşmayan talepleri günümüzün gerçekleri olarak sunarak emredici düzenlemelerin anlamsızlığını savunan görüşlerle, iş ilişkilerindeki sorunların sosyal ve ekonomik boyutları arasında bir denge tutturularak çözümlenmesi gerektiğini savunan görüşlerin ayırt edilmesi önem arz eder.⁷⁰ Esneklik değişen ihtiyaçlara uygun kurallar getirebilme imkanı tanıdığından zayıf tarafın korunması ve işletmenin gerekleri arasında bir denge kurulmasında rol alarak emredici kurullarla sağlanmak istenen amaçların gerçekleştirilmesinde kullanılabilecek bir yöntem olarak değerlendirilebilir.⁷¹

İşçinin bağımlılığı göz önüne alındığında bireysel iş sözleşmelerinden toplu iş sözleşmeleri yoluyla esnekleşmenin işçiler bakımından daha olumlu olacağı söylenebilir. Zira toplu iş sözleşmeleri eşit taraflarca hazırlandığından yasanın emredici korumasına ihtiyaç olmayabilir.⁷² Hukukumuzda esnekleşme yolu olarak toplu iş sözleşmelerinin kullanılması görüşü⁷³ ileri sürülmüşse de uygulamada deneme süresi ve denkleştirme sürelerinin azami sınırlarının artırılabilmesi halleri dışında bu yönde bir imkan tanınmamıştır. Oysa her hukuk sisteminde durum bu şekilde olmayıp toplu iş sözleşmesinin esnekleştirme yöntemi olarak kullanıldığı görülmektedir.⁷⁴ Teknolojik ve bilimsel gelişmelerin iş ilişkilerinde giderek bireyselleşen çalışma türlerine yol açmış olması, hukukumuzda esnekleşme yolunun kolektif norm koyma yetkisinden ziyade bireysel akitlerde nispi kurullar getiren iş sözleşmeleri olduğunu göstermektedir.⁷⁵

69 Ulucan, Esneklik, 528-530.; Eyrenci, Esnekleştirilmesi, 236., 241.; Yıldız, 205-206.; Süzek, 21.

70 Mollamahmutoğlu, 21-22.; Süzek, 18.; Süzek Bugünü ve Geleceği, 7.

71 Mollamahmutoğlu, 22.

72 Doğan Yenisey, 28.

73 Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 74-76.

74 Işık, 126 vd.

75 Mollamahmutoğlu, 20. Hukukumuzda toplu iş sözleşmelerinin esnekleşmede çok etkin olamadığı görülmektedir. (Doğan Yenisey , 3-4., 31.; Akman, 240-241.; Ulucan, Sempozyum, 301-303).

1.3. EMREDİCİLİK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

1.3.1. Sözleşmenin İçeriğine Yönelik Pozitif Kurallardan Oluşması

Emredici kuralların özellikleri zamanla değişiklik göstermiştir. Taraflar arası soyut eşitlik ve sözleşme serbestisi anlayışının hakim olduğu dönemde devletin piyasa ilişkilerine karışmaması kabul edilmiş olduğundan var olan az sayıdaki emredici kural da yasaklayıcı, ne yapılmasından ziyade ne yapılmaması gerektiğini anlatan, olumsuz nitelikte kurallardır.⁷⁶ Emredici kurallar, sözleşme ilişkisine müdahale etmekten çok sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen buna ilişkin düzenlemeler içeren bir yapıdadır. Bu sınırlar içinde taraflara sözleşme serbestisi tanınmışken sınırlar dışındaki alan yasaklanmıştır. Özellikle sosyal devlet ve zayıf tarafın korunması anlayışının kabulünden sonra devlet sosyal adaleti sağlamak adına iş ilişkilerinde çok daha müdahaleci bir yaklaşım sergilemiştir. Emredicilik ilkesi de bu doğrultuda değişmiş; sözleşmenin içeriğine ilişkin ve neler yapılması gerektiğini belirleyen, olumlu(pozitif) emredici kurallar iş mevzuatında yerini almıştır.⁷⁷ Böylece emredicilik, hem yasaklayıcı nitelikte hem de olumlu içerikli emredici kuralları bünyesinde barındıran bir yapı kazanmıştır. Emredicilik ilkesinin uygulanması zamanla pozitif içerikli kurallar koyma yönünde gelişmiş; bu kurallar iş hukukunda emrediciliğin özel ve baskın niteliğini oluşturmuştur. Sözleşmenin içeriğini düzenleyen bu tip emredici kurallar sayesinde, asgari olumlu bir içerik dayatılarak sözleşmenin güçlü tarafın istekleri doğrultusunda şekillendirilmesi engellenmesi ve zayıf taraf lehine bir koruma sağlanması amaçlanmıştır.⁷⁸ Emredici kurallarla ulaşılması planlanan amaçların değişmesi ile sözleşmeden çok tarafların içinde bulunduğu konumu dikkate alan bir hukuk anlayışı yerleşmiştir. İş hukukunda emredicilik, sözleşme ilişkisinin büyük ölçüde kontrol edildiği, maddi içeriğe ilişkin getirilen detaylı kurallarla zayıf tarafın korunduğu bir yapıdadır.⁷⁹ Bu karakterinin yanında iş hukuku, irade bozukluğuna ilişkin kurallar, şekil kuralları gibi önceden beri kabul edilmiş temel koruma yöntemlerinden de yararlanmakta ayrıca yeni gelişen yöntemleri de bünyesine uyarlayarak almaktadır.

76 Doğan Yenisey, 32.

77 Doğan Yenisey, 32-33. Pozitif hükümlerin büyük bir kısmı işçiyi koruma amacı ile getirilmiştir. Elbir, 10.

78 Doğan Yenisey, 29. Pozitif kuralların çoğu belli bir asgarilik sağladığı ölçüde emredicidir. Narmanlıoğlu, 14.

79 Doğan Yenisey, 33.

1.3.2. Nispi Niteliğinin Baskın Olması

İş hukukunda emredicilik ilkesinin önemli bir niteliği de nispi yanının baskın olmasıdır.⁸⁰ Mutlak emredici nitelikte kurallar da bulunmakla birlikte iş hukukundaki emredici düzenlemelerin çoğunun nispi karakterli olduğu görülmektedir. Emrediciliğin bu nispi niteliği ile işçi lehine asgari bir koruma sağlanmaktadır. İşçiyi koruma amacıyla getirilmiş emredici normlar hem sözleşme taraflarından sadece birine yönelik olan ve o taraf için geçerli kılınan düzenlemeler olması hem de o konuda işçi aleyhine düzenleme yapılmasını yasaklaması nedeniyle nispidir.⁸¹ İş hukukunda emredici düzenlemelerle temel amaç hükmün aksinin işçi aleyhine kararlaştırılmamasıdır. Bu nedendir ki iş hukukunda emredicilik daha çok işverene karşı etki göstermekte ve işverenin sözleşme serbestisini sınırlandırmaktadır.⁸²

Emredici düzenlemeler ile asgari ölçüde bir koruma sağlanırken aynı zamanda işçinin daha lehine düzenlemeler getirilmesine de izin verilmekte taraflar bu konuda sınırlandırılmamakta aksine serbest bırakılmaktadır.⁸³ Bu durumda tarafların belirlediği ve işçinin daha lehine olan kurallar uygulanmaktadır. Böylece emredicilik ilkesi ile katı bir düzen oluşturmak yerine, iş ilişkisinin taraflarınca, kanunlar yoluyla getirilmiş asgari korumanın da ötesinde ve zayıf taraf lehine olacak şekilde düzenlemeler yapılması mümkün kılınmaktadır.

1.3.3. Zaman Yönünden Sınırlı Olması

Kamu düzenin korunmasını amaçlayan emredici düzenlemeler sözleşme ilişkisinden ayrı olarak bir amaç taşıdığından sözleşme ilişkisinin dışında dahi emredici niteliğini korur. Oysa iş hukukunda emrediciliğe farklı bir yön daha eklenerek işçinin korunması amacı güdülmektedir. Emredicilik ilkesi ile gerek sözleşmenin kurulması gerek devamı sırasında işçi lehine bir koruma sağlanmaktadır. Açıklanmaya çalışıldığı üzere işçinin

80 Süzek, 36.; Doğan Yenisey, 33-34.; Narmanlıoğlu, 13-14.

81 Narmanlıoğlu, 13-14.

82 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 25.; Narmanlıoğlu, 13.; Süzek, 35-36.; Özdemir, 97 vd.; Ekonomi, 17.; Aktay/Arıcı/Senyan Kaplan, 10.

83 Esener, 36.; Ekonomi, 16-17.; Narmanlıoğlu, 13.

işverene olan bağımlılığı ve zayıf konumda olması emredici kurallarla korunmasının asıl nedenidir. Bu nedenle korumanın etkisinin iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ne olacağı sorusu üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur.

Bireysel iş ilişkileri yönünden bu sınırın işçinin bağımlılığının sona erdiği zayıf konumdan çıktığı an olduğu söylenebilir. Keza zamanaşımı süresi dolduktan sonra emredici korumanın etkisini sürdüreceği de ileri sürülemez. Bu nedenle aslında işçinin korunması amacı taşıyan emredici düzenlemeler zaman yönünden sınırsız bir koruma sağlamaz. Koruma amacı taşıyan emredici düzenlemelerle hedeflenen “zayıf tarafın korunması” olduğundan kişi bu konumdan çıktığı andan itibaren emredici etkinin sona ermesi kanunun amacı ile bağdaşacaktır. Zira kişinin bu konumdan çıktıktan sonra dahi -yani sözleşme ilişkisinin karşı tarafı ile eşit ya da daha güçlü bir konuma gelmesi halinde- zayıf tarafın korunmasına ilişkin emredici düzenlemelerden faydalanmasının hukuk sistemince kişilerin kayırılmasına yol açacağı ve eşitlik ilkesine aykırılık anlamına geleceği açıktır. Ancak işçinin bağımlılığın ne noktada sonlanacağı, ne zaman zayıf konumdan çıkmış olduğunun kabul edileceği başka bir soru olarak belirlemektedir. İş hukukunda emrediciliğin zaman açısından sınırı özellikle tarafların hakları üzerindeki tasarruf yetkisi konusunda tartışmalara neden olmaktadır.⁸⁴

1.3.4. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Düzenlemelerinin İç İçe Olması

Sözleşme ilişkisinde zayıf tarafın korunması anlayışı henüz ortaya çıkmadan ve bu anlayış kanuni düzenlemelerde yer bulmadan önce işçilerin korunması, çalışma koşullarına ilişkin kamu hukuku nitelikli düzenlemeler getirilmesi yoluyla sağlanmıştır. Zayıf tarafın korunması anlayışı ile mevzuatta özel hukuk alanına ilişkin düzenlemeler yapıldıktan sonra da kamusal nitelikte düzenlemelerle işçilerin korunmasına devam edilmiştir. Böylece emredicilik ilkesinin gelişiminde hem sözleşme içeriğini düzenleyen emredici kurallar hem de kamusal nitelikte koruyucu düzenlemeler etkili olmuştur.

Devletin işçiyi koruma ve kamu düzenini sağlamak için çalışma hayatına müdahale etmesi; koruyucu düzenlemeler yoluyla işin denetlenmesi, çalışma koşullarının

⁸⁴ Bu konuya ilişkin olarak bkz. aşa. Başlık II, D. ve III.

düzenlenmesi, idari ve cezai yaptırımlar öngörülmesi iş hukukuna kamusal bir yön katmaktadır. İş hukuku kamu düzenine ilişkin pek çok emredici kuralı bünyesinde barındırır. Taraflar arasındaki eşitsizlik, işçinin edim olarak emeğini sunması gibi iş hukukuna has nedenlerle çalışma ilişkilerinin düzenlenmesinde özel hukuk alanına ilişkin emredici düzenlemeler yetersiz kalabilmektedir. İş hukukunun kamusal yönüyle bu eksiklik giderilmekte, sözleşmenin içeriğine ilişkin emredici düzenlemeler desteklenmektedir. Kamusal iş hukuku, işçileri iş ilişkisinden doğan tehlikelerden korumaya çalışan ve çoğunlukla işverenin devlete karşı yükümlülüklerinden oluşan düzenlemeleri içerir.⁸⁵ İş hukukunun kamusal yönü özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin emredici düzenlemelerde belirgin bir hal almaktadır.

Kimi hukuk düzenlerinde iş hukukunun, kamusal ve özel hukuku ilgilendiren yönleri birbirinden ayrılmış normların yeri ve işlevleri hususu tartışma konusu olmuşken iş mevzuatımızda böyle bir ayırım yapılmaksızın emredici düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.⁸⁶ Aynı kanunda birbiriyle iç içe farklı türde emredici karakter gösteren düzenlemeler bulunmaktadır.⁸⁷ İş hukukunda genellikle tek bir norm içinde hem kamusal bir yükümlülük hem de sözleşmeden doğan bir borç düzenlenebilmektedir. Bir düzenlemenin kamu hukuku ya da özel hukuk karakterli olması emrediciliği hususunu etkilememektedir. İşçinin korunması hem kamusal hem de özel hukuk nitelikli emredici düzenlemeler ile sağlanmaktadır. Bu durum iş hukukunda emrediciliğin bir özelliği olarak belirmektedir.

1.4. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİ

İş ilişkilerinde hakim kılınmak istenen emredici düzenin etkilerinin anlaşılabilmesi için emrediciliğin kaynakları hakkında bilgi sahibi olmak gerekir. İş hukukunda emredicilik ilkesi gerek kanunlar yoluyla gerekse de toplu iş sözleşmeleri ile etkisini göstermektedir. Çalışmamızın bu bölümü ile amaçlanan mevzuattaki tüm emredici normların bir tasnifini yapmak ya da her bir emredici norm türüne bağlanan yaptırımı

85 Doğan Yenisey, 36-37.

86 Esener, 34-35.; Doğan Yenisey, 22-23., 38-39.

87 Doğan Yenisey, 41., 53.

belirlemek değildir. Bu bölümde emredici normların iş mevzuatına hakim yapısı, bağlayıcılığı ve bu normlarla korunmaya çalışılan menfaatler açıklanmaya çalışılmıştır.

Konumuz gereği iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin taraflara bir yükümlülük getiren emredici kurallar ile arabuluculuk ilişkisinin değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle iş hukukundaki emredici düzenlemeler özellikle mutlak-nispi emredici hükümler ayrımı çerçevesinde ele alınmıştır. Hükmün niteliğinin nasıl tespit edileceğinin ve iş hukukunda emredici düzenlemeler ile korunan menfaatlerin anlaşılması adına tanımlayıcı ve yedek hukuk kurallarına da değinilmiştir. Kanun yalnızca emredici kurallarla değil yedek hukuk kuralları ile de işçileri korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle mevzuattaki yedek hukuk kurallarının genel anlamda özellikleri verilmeye çalışılmıştır. Normun konuluş amacı, normun korumayı amaçladığı menfaat ve normun taraflara tanıdığı irade serbestisi emredici niteliğin tespitinde yol göstericidir. Normun niteliğinin tespitinde yararlanılan ölçütler mevzuattan örneklerle yardımıyla incelenmiştir. Emredici normlar ile korunması hedeflenen menfaatler normun niteliğinin tespiti bağlamında ele alınmıştır. Emrediciliğe aykırılığa bağlanan yaptırımlara genel anlamıyla değinilmiştir.

1.4.1. Emredici ve Yedek Hukuk Kuralları Ayrımı

Genel anlamda hukuk kuralları, bir davranışa yönelik emri veya yasağı içeren ve buna aykırılığın yaptırımını belirleyen kurallar şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁸ Hukuk kuralları taraflarca aksi kararlaştırılabilen, yedek kurallar ve taraflarca aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı, emredici kurallar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸⁹ Bu ayırım normun kişileri bağlayıcılığından yola çıkılarak yapılmış bir ayırımdır.⁹⁰ Normun niteliğinin tespitine taraflara tanıdığı düzenleme serbestisinin sınırlarına

88 Serozan, 13-14.

89 Oğuzman/Barlas, 84.; Serozan, 103-106.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 370-371.; Cansel/Özel, 125.; Esener, 34.; Centel, 36-38.; Süzek, 35.

90 Serozan, 103.

bakılır. Yedek hukuk kurallarla taraflara irade serbestisi tanınırken emredici kurallarla irade serbestisi sınırlanmaktadır.⁹¹

Doktrinde yedek-emredici kural ayrımının yanı sıra farklı sınıflandırmalar da yapılmıştır. Hukuk kuralları emredici, yedek ve tanımlayıcı kurallar olarak üzere üç başlıkta incelenmiştir.⁹² Tanımlayıcı kurallar, bir hukuki kavramın veya kurumun anlamını belirleyen kurallardır.⁹³ İş hukukunda bu kurallara örnek olarak 4857 Sayılı İş Kanunu (İş K.)⁹⁴ m. 2 gösterilebilir. Tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralların ayrı bir kategoride⁹⁵ ya da yedek hukuk kurallarının alt kategorisi⁹⁶ olarak incelendiği de görülmektedir. Tamamlayıcı kurallar, tarafların iradeleri ile kararlaştırılmış bir husus söz konusu değilse uygulanacak kurallardır.⁹⁷ Yorumlayıcı kurallar, taraflarca kararlaştırılmış ancak farklı anlamlar ifade edebilecek beyan ve davranışların hangi anlama geldiğini açıklayan kurallardır.⁹⁸ Tamamlayıcı kurallar, iş sözleşmelerinde ve toplu iş sözleşmelerinde hüküm olmaması halinde uygulanan kurallarken; yorumlayıcı kurallar bireysel ve toplu iş sözleşmelerinin daha iyi anlaşılması için koyulmuş kurallardır. Tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralların taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür.⁹⁹

Emredici kuralların diğer norm türlerinden ayrılmasında normun lafzı bir ölçüt olarak belirlemektedir.¹⁰⁰ Kanunlarda yer alan “aykırı sözleşme yapılamaz, hükme aykırı sözleşmeler geçersizdir, batıldır” gibi ifadeler normun emredici niteliğini açıkça ifade etmektedir. Ancak normun lafzı, normun niteliğinin belirlenmesinde her zaman tek

91 Esener, 34.; Bilge, 65. ; Eren, 318.

92 Edis, 140 vd.

93 Edis, 153.; Bilge, 70.; Güriz, 20.; Gözübüyük, 62.

94 10.06.2003 tarihli ve 25134 Sayılı Resmi Gazete.

95 Bilge, 59 vd.; Güriz, 21 vd.; Özsunay, 184-185.; Saymen, 118 vd.

96 Edis, 151-153.; Oğuzman/Barlas, 84.; Serozan, 105.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 372; Eren, 319.; Esener, 34.

97 Bilge, 68-69.; Güriz, 21.; Gözübüyük, 61-62.; Edis, 151-152.; Özsunay, 182.; Esener, 34.; Saymen, 127.; Eren, 319.

98 Bilge, 69-70; Güriz, 21-22.; Gözübüyük, 61-62.; Edis, 152-153.; Özsunay, 182., 185.; Esener, 34.; Saymen, 130.; Eren, 319.

99 Oğuzman/Barlas, 84., 87.; Serozan, 105.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 372.; Özsunay, 184-185.; Edis, 151-153.; Eren, 319.

100 Oğuzman/Barlas, 85.; Eren, 319.; Narmanlıoğlu, 14.

başına yeterli olmamakta başka ölçütlerden de yararlanılması gerekmektedir. Normun konuluş amacı (ratio legis) bu hususta önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkar.¹⁰¹ Normun niteliğinin belirlenmesinde norm ile korunmak istenen yarar ve değer ne olduğu araştırılmaktadır. Emredici hukuk kuralları belirli bir menfaatin korunması için getirilmiş kurallardır. Korunması amaçlanan bu menfaat toplumu ilgilendiren ya da kişilere yönelik bir menfaat olabilir.¹⁰² Borçlar hukukunda bir kuralın ancak normun koruma amacının gereği olması halinde emredici kabul edildiği görülmektedir.¹⁰³ Norm ile korunması amaçlanan değer/yararın kamu düzeni, genel ahlak, kamu yararı, kişilik hakları olması halinde norm emredici kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Bundan başka; üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasını, sözleşmenin zayıf tarafının korunması veya hakkaniyete aykırılıkların önlenmesini amaçlayan normlar da emredicidir.¹⁰⁵ Yedek hukuk kuralları ise sözleşme taraflarının menfaatlerinin korunmasını amaçlamaktadır.¹⁰⁶

İş hukuku nispi yanın baskın olduğu bir emredicilik barındırmaktadır. Genel anlamda iş hukukunda emredici normlardan amaç, hükmün aksinin işçi aleyhine kararlaştırılmamasıdır. Emredicilik işçinin korunmasına yönelmiştir. Bu özelliği ile iş hukukundaki emredici kurallar, borçlar hukukundaki emredici kurallardan ayrılmaktadır. Ancak iş hukukunun bu özelliği yedek-emredici norm ayrımını önemsiz hale getirmez.¹⁰⁷

1.4.2. Genel Olarak Emredici Kurallar

Hukuk kurallarının farklı ayrımlar içinde incelenmesi gibi emredici kuralların da kendi içinde pek çok farklı tür ve sınıflandırma altında incelendiği görülmektedir. Bu konuda Türk iş hukukunda esas alınan en temel ayırım aksi kesinlikle kararlaştırılmayan mutlak

101 Süzek, 23 vd., 38.; Özdemir, 103.; Doğan Yenisey, 58., 80.; Edis, 186-187.; Oğuzman/Barlas, 72.; Serozan, 103.

102 Oğuzman/Barlas, 86.; Özdemir, 96.

103 Oğuzman/Barlas, 86.; Eren, 319.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 370.; Kırkbeşoğlu, 168-169.;

104 Edis, 142-146.; Serozan, 103-104.; Oğuzman/Barlas, 86.; Güriz, 20.; Özsunay, 183.; Eren, 318., 320.; Saymen, 122-125.

105 Serozan, 103-104.; Oğuzman/Barlas, 86.; Edis, 146.; Saymen, 125-127.

106 Özsunay, 184.; Edis, 151-152.; Doğan Yenisey, 95.; Saymen, 130.

107 Centel, 36. Aksi yönde Esener, 34.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 10.

ve aksi yalnızca işçi lehine kararlaştırılabilen nispi emredici kurallar ayrımıdır.¹⁰⁸ Bu ayırmadan başka iş hukukunda yasaklayıcı-dar anlamda emredici normlar, tanımlayıcı normlar, sınırlayıcı normlar, atıf normları, organizasyon normları gibi farklı emredici norm türleri de incelenmiştir.¹⁰⁹

Belli bir davranışın emredilmesi veya yasaklanması halinde normun emrediciliği kabul edilmiştir. Ancak normun emredici kabul edilebilmesi için her zaman bir davranışın yasaklanması ya da emredilmesi gerekmez. Kişilerin davranışlarının düzenlenmediği ancak bir tanımlama içeren (tanımlayıcı), başka bir hükme yönlendirme yapan (atıf) ya da bazı kişi veya durumları normun kapsamı dışında tutan (sınırlayıcı) hukuk kuralları da emredici kurallardır.¹¹⁰ Bu normların asıl amacı tarafların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi olmamakla beraber emredici niteliklerinde kuşku yoktur. Zira bu normlar, tarafların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı, sözleşmelere konu olamayan, aksi kimse için kararlaştırılmayan mutlak emredici karakterde normlardır.¹¹¹ Yasaklayıcı-dar anlamda emredici norm ayrımı Türk hukukunda esas alınmış bir ayırım olmamakla beraber Alman Hukukunda bu ayırmadan yararlanılmaktadır.¹¹² Genel bir tanımlama yapmak gerekirse, dar anlamda emredici normlar bir konuyu tarafların irade serbestisine kapatan normlar iken; yasaklayıcı normlar tarafların düzenleme yetkisinin, irade serbestisinin bulunduğu bir alanda bazı davranışları yasaklamaktadır.¹¹³ Türk-İsviçre hukukunda emredici normlar, yasaklayıcı ve dar anlamda emredici normları kapsamaktadır.¹¹⁴ Konumuz açısından mutlak-nispi emredici norm ayrımı önem taşıdığından emredici kurallar bu ayırım kapsamında açıklanmıştır. Normun niteliği ve

108 Esener, 35-37.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 23-24.; Ekonomi, 16-17.; Süzek, 35-36., 350; Mollamahmutoğlu, 13-14.; Narmanlioğlu, 13-14.; Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, 10.; Akyiğit, Şerh I, 52.; Centel, 37-38.

109 Doğan Yenisey, 59 vd.

110 Serozan, 16 vd.; Doğan Yenisey, 60., 62-65.

111 Doğan Yenisey, 65.

112 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 537., 539. Ayrımın öneminin geçersizlik dışındaki yaptırımların uygulanması hususunda olduğu belirtilmiştir. Bkz. Doğan Yenisey, 67., 270 vd.; Süzek, 352-353. İş hukukunda dar anlamda emredici-yasaklayıcı kurallara ilişkin ayr. için bkz. Doğan Yenisey, 67-75.

113 Kocayusufpaşaoğlu Hatemi/Serozan/Arpacı, 538.; Serozan, 15.; Süzek, 351. İş K. m. 21/son dar anlamda emredici kurallara, İş K. m. 71 ise yasaklayıcı kurallara örnek gösterilebilir.

114 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 539.; Süzek, 351.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 373-374.; Kırbeşoğlu, 165-167. Hukukumuzda emredici normların yasaklayıcı normları da kapsamı nedeniyle genellikle doktrinde geniş anlamda emredici normlar-dar anlamda emredici normlar ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 539.; Süzek, 351.; Doğan Yenisey, 67.

koruma amacı, norma bağlanan yaptırımın ve hukuki sonuçların belirlenmesinde etkili olduğundan emredici kuralların niteliğinin tespiti önem arz etmektedir.

1.4.3. Mutlak ve Nispi Emredici Kurallar

İş mevzuatımızda asgari içerikli ve işçiyi koruyucu nitelikte emredici düzenlemelere ağırlıklı olarak yer verilmiştir. Emredici içerik normları yoluyla sözleşmenin içeriğine müdahale edilerek taraflar arasındaki eşitsizliğin yaratacağı olumsuz sonuçların önlenmesi hedeflenmektedir. İçerik normlarının alt ayrımlarından biri de mutlak-nispi emredici normlar ayrımıdır.¹¹⁵ Aksi taraflarca kararlaştırılamayan normlar mutlak emredici iken aksi yalnızca işçi lehine kararlaştırılabilen normlar nispi emredici normlardır.¹¹⁶ Mutlak emredici normların aksi işçi lehine dahi olsa kararlaştırılamaz. İş hukukunda mutlak norm-nispi norm ayrımı gerek doktrince gerek Yargıtay tarafından temel ayırım olarak kabul edilmektedir.¹¹⁷ Normun mutlak-nispi emredici niteliği bazen kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmekte, normlar niteliğine göre katalog biçiminde sıralanmaktadır. Özellikle İsviçre Borçlar Kanunu 361. ve 362. maddeleri bu yönetime örnek gösterilmektedir.¹¹⁸ Hukukumuzda emredici normların bu şekilde niteliğine göre açıklanması yöntemine başvurulmamıştır. Normun niteliğinin tespiti doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Ancak emredici normların niteliğinin belirlenmesi ve buna uygun bir ayırım yapılması her zaman basit olmamaktadır. Bu nedenle mutlak-nispi emredici normların ayrımı hususunda normun lafzı, konuluş amacı gibi ölçütlere başvurulmaktadır.

115 Doğan Yenisey, 66.

116 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 538.; Esener, 34.; Ekonomi, 17.; Mollamahmutoğlu, 13-14.; Narmanlioğlu, 13-14.; Süzek, 35-36.; Aktay/Arıcı/Senyan Kaplan, 10.; Akyiğit, Şerh I, 52.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 25.; Centel, 37-38. İsviçre ve Alman Hukukunda mutlak emredici normlar, herkese yönelik olduğundan iki taraflı ve nispi emredici normlar sözleşmenin bir tarafını korumaya yönelik olduğundan tek taraflı emredici normlar olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 538.; Doğan Yenisey, 75-76., 87.; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 34-82.; Özdemir, 99.; Eren, 319.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 25 dn 99. da sayılan yazarlar. Hukukumuzda Fransız hukukundaki ayrıma benzer biçimde mutlak emredici normlar kamu düzeni kuralları, nispi emredici normlar ise sosyal kamu düzeni kuralları olarak adlandırılabilir. Esener, 34-35.

117 Örneğin; Y22HD, 05.06.2012 tarihli ve 2012/5997-12547K. Sayılı Kararı. www.lexpera.com.tr (E.T. 15.12.2019). Ayrıca bkz. yuk dn 108.

118 Esener, 34-35.; Doğan Yenisey, 77., 81.; Süzek, 37.; Ekonomi, 17.; Centel, 37.; Aktay/Arıcı/Senyan Kaplan, 10. dn 26. İsviçre Borçlar Kanununun bu maddeleri ile hangi hükmün mutlak hangi hükmün nispi emredici nitelikte olduğu belirtilmiştir.

Hukuk kurallarının türünün saptanmasında ilk başvuru yöntem normun lafzına bakılmasıdır. Kanun hükmünde açıkça “geçersizdir, aksine anlaşma yapılamaz, değiştirilemez, zorunludur” gibi ifadelerin yer alması halinde normun mutlak emredici olduğu anlamı çıkmaktadır.¹¹⁹ “En az, asgari, ...dan az olmamak üzere” gibi ifadeler ise normun nispi emredici niteliğini göstermektedir. Ancak hukukumuzda normun lafzı çoğu zaman normun niteliğine ilişkin açıklık taşımamaktadır. Normun lafzında açıklık bulunmaması halinde norm ile korunan menfaatin niteliğine bakmak gerekir. Normun niteliğinin tespitinde yalnızca lafzından hareket edilmemeli bir menfaat değerlendirmesi yapılarak norm ile hangi menfaatin korunmasının amaçlandığı belirlenmelidir.¹²⁰ Zira normun lafzı niteliğine dair bilgi vermeyebileceği gibi yasaklayıcı ifadeler normun mutlak emredici olduğu izlenimini uyandırabilir.¹²¹ Bu hususta örnek olarak İş K. m. 22/son hükmü gösterilebilir. Çalışma koşullarındaki değişikliklerin geçmişe etkili yürürlüğe konulamayacağını düzenleyen hüküm, lafzı yönünden mutlak emredici nitelikte görünse de aslında işçi lehine olan çalışma koşulu değişikliklerinin geçmişe etkili yürütülmemesi için bir neden yoktur.¹²² İş K. m. 42 ise zorunlu nedenlerin devamı süresince ve işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak üzere işçinin onayı aranmaksızın işçiye fazla mesai yaptırılabilmesini düzenlemektedir. Fazla çalışmaya ilişkin yönetmelik m. 9/1’e göre zorunlu fazla çalışma hallerinde işçinin yazılı onayı aranmamaktadır. Hükümün aksinin kararlaştırılması, işçinin onayının aranması mümkün değildir.¹²³ Hükümün amacı işyerinin varlığının korunması olup normun niteliğinin mutlak emredici olduğu anlaşılmaktadır.¹²⁴ Görüldüğü üzere hükümün lafzı mutlak emredici olduğu görüntüsü vermekteyse de bu durum normun her zaman mutlak emredici nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Böyle bir hükümün işçiyi koruma amacıyla getirilmiş olması da mümkündür. Benzer şekilde iş hukukunda nispi emrediciliğin hakim olması da tüm hükümlerin işçi lehine değiştirilebileceği, mevzuatta mutlak emredici hükümlerin yer almadığı anlamına gelmez. Normun lafzının

119 Esener, 35.; Reisoğlu, 85-86.; Özdemir, 103. dn 35.

120 Süzek, 28.; Süzek, Amaca Uygun Yorum, 14-15., 17.

121 Özdemir, 103.

122 Doğan Yenisey, 78-79.

123 Süzek, 849.; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 356.; Doğan Yenisey, 79. İşçinin onayının aranmayacağı sonucu genel anlamda İş K. m. 42 hükmünden özellikle m. 42/son fıkrasından da çıkarılabilmektedir.

124 İş K. m. 42 uyarınca işçi fazla çalışma yapmakla yükümlü kılınmıştır. Süzek, 849.; Doğan Yenisey, 79.; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 356.; Mollamahmutoglu, 899 vd.; Akyiğit Şerh II, 1672.

yanıltıcı olması nedeniyle normun niteliğinin belirlenmesinde lafzından çok amacının esas alınması gerekmektedir.¹²⁵ Nitelik tespitinde her bir normun ayrı ayrı ele alınarak amacının araştırılması bu araştırma sonucunda kesin bir sonuca ulaşılamaması halinde ise normun nispi niteliğinin kabul edilmesi gerekmektedir.¹²⁶ Zira iş hukukunda mevzuat hükümleri çoğunlukla nispi emredici nitelik taşımaktadır. Böyle bir durumda normun işçi lehine yorumlanması işçinin korunması ve sosyal devlet ilkelerinin gereğidir.

Normun niteliğinin tespitinde, norma aykırılık sonucunda uygulanacak yaptırımın türü yardımcı olabilmektedir. Ancak bu tek başına kesinlik arz eden bir ölçüt değildir. Hatta norma aykırılığın idari ya da cezai bir yaptırıma bağlanması normun mutlak-nispi emredici niteliğini etkilememektedir. Örneğin İş K. m. 102/1-a asgari ücretin ödenmemesi ya da eksik ödenmesi halinde idari para cezası yaptırım olarak öngörülmüştür. Oysa asgari ücret işçinin korunması amacıyla getirilmiş nispi emredici nitelikte bir hükümdür.¹²⁷ Norma aykırılığa idari ve/veya cezai sonuçlar bağlanması normun emrediciliğini destekleyen, pekiştiren bir anlam kattığı söylenebilir. Normun niteliğinin tespitinde tüm ölçütlerden yararlanılması daha isabetli ve güvenilir sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

125 Süzek, 23-24., 26-27., 38.; Süzek, Amaca Uygun Yorum, 16.; Özdemir, 103.; Doğan Yenisey, 80.; Narmanlioğlu, 14.; Oğuzman/Barlas, 71-72.; Mollamahmutoğlu, 16. Kanunun ruhunun/amacının araştırılmasını zorunlu tutan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) (08.12.2001 tarihli ve 24607 Sayılı Resmi Gazete) m. 1/1 hükmü karşısında amaca uygun yorum yönteminin diğer yorum yöntemleri göz ardı edilmeksizin öncelikle uygulanması gerekir. Yorum metotları arasında bir önceliğin olmadığı yönünde bkz. Sözer, 142 vd. İş hukukunda yorum yöntemleri ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 22 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 16-18., 130-137.; Sözer, 255-257.; Elbir, 3 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26-28.

126 Süzek, 22-23., 28-29.; Süzek, Amaca Uygun Yorum, 17.; Sözer, 255. İşçi lehine yorum ilkesi Yargıtayca kabul edilmiştir. Bkz. YİBK, 28.05.1958, 15/5, RG, S.10017, 26.09.1958. www.kazanci.com (E.T. 18.12.2019). Kararda, açıkça tereddüt olması halinde bu yorum yöntemine başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu durumda normun açıklığında tereddüt bulunmaması halinde bu yöntemine başvurulamayacağını anlaşılmaktadır. İşçi lehine yorum ilkesi yalnızca normun anlamının açık olmaması halinde başvurmak gerekir. Zira hakimin yasa koyucu yerine geçemez; yürürlükte mevcut olan açık her hükmü uygulamakla yükümlüdür. Kanun hükmünde açıklık yoksa anlam kapalıysa iş hukukunun işçiyi koruyan temel özelliği gereği işçi lehine yorum yöntemine başvurulabilecektir. Süzek, 23., 28.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26-27.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 11.; Tunçomağ, 12-13.; Mollamahmutoğlu, 15-16. İşçi lehine yorum ilkesinin toplum yararının üstün tutulduğu mutlak emredici kurallarda uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle öncelikle normun niteliği belirlenmesi gerekir. Norm ile amaçlanan işçinin korunması ise işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması düşünülebilir. İşçi lehine yorum kendine öncelik teşkil eden amaçsal yorum ile beraber düşünülmelidir. Mollamahmutoğlu, 15-16.

127 Süzek, 409.; Mollamahmutoğlu, 13., 481.

1.4.3.1. Mutlak Emredici Kurallar

Nispi emredici hükümler iş mevzuatına hakim olsa da iş hukukunda kamu yararının amaçlandığı genel nitelikte mutlak emredici düzenlemeler de bulunmaktadır. İş hukukunun işçinin korunması kaygısını taşıması tamamen işçilerin korunmasına ilişkin bir hukuk dalı olduğunu göstermemektedir. Aksine iş hukukunun genel amacı toplum menfaatlerinin korunmasıdır. Bu nedenle özellikle kamu düzeninin korunması gerekliliğinin öne çıktığı hallerde kanun koyucu mutlak emredici hükümler ile bu alanları düzenlemiştir. Mutlak emredici normlar ile kanun koyucunun taraflar için en yerinde çözümü sunduğu varsayıldığından işçi lehine hükmün değiştirilmesi mümkün olmaz. Zaten mutlak emredici norm ile düzenlenmiş bu alanda işçi lehine getirilebilecek en lehe hükmü kanun koyucunun getirmiştir.¹²⁸ Özellikle ülkenin çalışma düzenine, usule, İş hukukundaki kurumların yapısına ilişkin düzenlemeler kamu düzeninin sağlanmasını amaçlayan mutlak emredici normlardır.¹²⁹

İş güvencesinin sonuçlarına ilişkin hükümler (İş K. m. 21) iş hukukunun mutlak emredici düzenlemelerinin en önemlilerindedir.¹³⁰ İşveren iş sözleşmesini geçersiz olarak fesheder ve süresi içinde işçiyi işe başlatmazsa en az dört en çok sekiz aylık bir tazminat ödemeye mahkum edilir. İşçi aynı zamanda, işe başlatılıp başlatılmamasından bağımsız olarak boşta geçen sürelerine karşılık en fazla dört aylık ücretini de diğer tüm haklarıyla beraber talep edebilir. İş K. m. 21/son hükmü ile bu hükümlerin (İş K. m. 21/1., 2. ve 3. fıkraları) sözleşmelerle hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi sözleşme hükümlerinin de geçersiz sayılacağı açıklanarak iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücretin mutlak emredici niteliği belirtilmiştir. Doktrinde hükümlerin mutlak emredici olarak düzenlenmesi eleştirilmiş ve bu tür bir sınırlama yapılması Anayasanın sözleşme özgürlüğü hükmüne aykırı bulunmuştur.¹³¹ Ancak Anayasa Mahkemesi, hükümlerin işçi-işveren arasında Anayasa m. 13'e uygun bir denge oluşturduğu ve tazminata ilişkin belirlenmiş 4-8 aylık sınırın da işverene tazminat

128 Doğan Yenisey, 111.

129 Esener, 35.; Centel, 37.

130 Özdemir, 101-102., 116-117.; Doğan Yenisey, 86.; Süzek, 36-37., 680-681.

131 Soyer, Feshe Karşı Koruma, 61.; Özdemir, 117.

ödeme yükümlülüğü getirerek işçi-işveren arası makul ve ölçülü bir denge kurduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir.¹³²

İş hukukundaki önemli mutlak emredici düzenlemelerden biri de kıdem tazminatı tavanıdır. 1475 Sayılı İş Kanunu (1475 S. Kanun)¹³³ m. 14/1'e göre "...hallerinde... her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir." Aynı maddenin 12. fıkrası ile 30 günlük sürenin iş veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak maddenin 13. fıkrasında taraflarca belirlenen kıdem tazminatının yıllık miktarının en yüksek devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemeyeceği belirtilmiştir. Kanunun lafzından açıkça, kıdem tazminatının tavanına ilişkin sınırın mutlak emredici nitelikte düzenlendiği anlaşılmaktadır. Doktrince kıdem tazminatının tavanına ilişkin hükmün mutlak emredici olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴ Kanunun bu hükmü mutlak emredici düzenlemesindeki amacın toplumdaki gelir dengesinin gözetilmesi olduğu belirtilmiştir.¹³⁵ Kıdem tazminatının ödeneceği hallerin mutlak-nispi niteliğine ilişkin ise kanun lafzında açıklık bulunmamaktadır. Normun amacına bakıldığında, kıdem tazminatı ile işçilere bir menfaat sağlanmasının, kıdem tazminatı tavanına ilişkin hüküm ile ise kamu düzeninin korunmasının hedeflendiği görülmektedir. Maddenin kıdem tazminatı tavanına ait hükmü dışındaki düzenlemeleri nispi emredici niteliktedir.¹³⁶ Borçlar Kanunumuzda yer alan gelecekteki ücret alacakların devir ve rehin yasağına ilişkin m. 410/2, yıllık ücretli izin alacağından vazgeçilemeyeceğine ilişkin m. 425/2 ve

132 AYM 19.10.2005 tarihli ve 2003/66 E., 2005/72 K. sayılı kararı. RG, 24.11.2007, S.26710. www.resmigazete.gov.tr (E.T. 15.12.2019).

133 01.09.1971 tarihli ve 13943 Sayılı Resmi Gazete.

134 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 666-667.; Narmanlıoğlu, 594.; Süzek, 807.; Mollamahmutoğlu, 837-838.; Özdemir, 118.; Ekonomi, 405 vd. Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 235.; Uşan, 65-66.; Tunçomağ/Centel, 245. Y9HD, 28.09.2010 tarihli ve 2008/34779E., 2010/26096K.; Y7HD, 13.02.2014 tarihli ve 2013/16781E., 2014/3765K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T.14.01.2020). 4857 S. Kanundan önce kıdem tazminatı tavanının aşılması hapis ve para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Hükmün mevcut halinde ceza yaptırımının kaldırılmış olması mutlak emredici niteliğine etki etmemektedir. Şahlanan, Kıdem Tazminatı Tavanı, 46. Aksi yönde, Özdemir, 117-118. Kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin niteliğinin 4857 S. Kanundan önceki gelişimi için Bkz. Şahlanan, Kıdem Tazminatı Tavanı, 44-46.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1103-1105.

135 Süzek, 807.

136 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 666-667.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1104.; Süzek, 771.; Özdemir, 117-118; Doğan Yenisey, 85. Buna göre maddede belirtilen nedenlerin dışındaki sona erme hallerinde de işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı taraflarca kararlaştırılabileceği gibi taraflar bir yıllık bekleme süresinin kısaltılması hususunda da anlaşılabilir. Bkz.; Y7HD, 03.04.2014 tarihli ve 2013/25863 E., 2014/7372 K.; Y9HD, 28.09.2010 tarihli ve 2008/37785 E., 2010/26248K. www.lexpera.com.tr (E.T.13.01.2020).; YHGK, 28.11.2007 tarihli ve 2007/9-814-896K. www.kazanci.com (E.T.13.01.2020) sayılı kararları.

haklı nedenin tanımına ilişkin m. 435/2 hükümleri de mutlak emredici düzenlemelere verilebilecek örneklerden birkaçıdır.

Sosyal devlet anlayışının gereği olarak devletin zayıf tarafın korunması amacıyla iş ilişkilerine müdahalesi sonucu emredici düzenlemeler getirmesinden başka taraflara tanınan sosyal özerklik sonucunda taraflarca da emredici düzenlemeler getirilmesi mümkündür. Ancak toplu iş hukuku açısından bakıldığında taraflar arasında bireysel iş ilişkilerinde olduğu gibi bir zayıf taraftan bahsetmek mümkün değildir. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK)¹³⁷ çoğu hükmü toplu iş sözleşmesi süreci ve sendikaların işleyişinin düzenlenmesine yönelik olup mutlak emredici niteliktedir. Sendikaların kuruluş usulüne (STİSK m. 7), genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslara (STİSK m. 14), Yüksek Hakem Kurulunun kuruluşuna (STİSK m. 54), grev lokavt yasaklarına (STİSK m. 62), yetki usulüne (STİSK m. 41 vd.) ilişkin düzenlemeler mutlak emredici hükümlere örnek olarak sayılabilir.

1.4.3.2. Nispi Emredici Kurallar

Aksinin yalnızca işçi lehine kararlaştırılmasına müsaade eden emredici kurallar nispi emredici kurallardır. Sosyal kamu düzeni kuralları olarak da adlandırılan¹³⁸ bu kurallar işçiyi koruma amacıyla getirilmiş çalışma koşullarını asgari biçimde düzenleyen kurallardır.¹³⁹ Nispi emredici normlar taraflar arasındaki güç dengesizliğinin yarattığı olumsuzlukların giderilmesi, önlenmesi için getirilmiş kurallar olduğundan açıkça sosyal bir işlev barındırmaktadır. Bu normlar emrediciliklerinin yanı sıra işçi lehine değiştirilebilir olduklarından mutlak emredici normlar kadar katı bir nitelik taşımaz. Nispi emredici normların da genel işlevi kamu düzeninin sağlanması olmakla birlikte

137 07.11.2012 tarihli ve 28460 Sayılı Resmi Gazete.

138 Esener, 35 vd. Fransız Hukukunda mutlak-nispi emredici norm ayrımı kamu düzeni kavramı çerçevesinde şekillenmiş ve emredici normlar mutlak kamu düzeni- sosyal kamu düzeni normları olarak incelenmiştir. Bkz. yuk dn 116. Özdemir, 97. dn 8 ve 12 de sayılanlar.; Doğan Yenisey, 76 dn 86 da sayılan yazarlar. Sosyal kamu düzeni, kamu düzeninin iş hukukuna özgü bir görünümüdür. Kavram ile iş hukukunun işçiyi koruyan yönü ve sosyal niteliği vurgulanmaktadır. Hukukumuzda sosyal kamu düzeni tek taraflı işçi lehine değiştirilebilen nispi emredici kuralların ifadesinde kullanılmaktadır. Bkz. Esener, 35 vd.; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 25.; Mollamahmutoğlu, 13-14.; Narmanlıoğlu, 13.; Süzek, 35-36.; Ekonomi, 16-17.

139 Esener, 34., 36.; Ekonomi, 16-17.; Narmanlıoğlu, 50.; Mollamahmutoğlu, 13.; Süzek, 35-36.; Akyiğit, Şerh I, 52.; Centel, 37.

doğrudan yöneldiği amaç işçinin korunmasıdır.¹⁴⁰ Hem mutlak hem nispi emredici normlar irade özgürlüğünü sınırlandırarak asgari bir koruma sağlarken yalnızca nispi emredici normlar bu sınırı aşarak işçi lehine düzenleme getirilmesine imkan verir.¹⁴¹ Taraflara belli bir hareket serbestisi/irade özgürlüğü tanınması yönünden nispi emredici normlar yedek hukuk normlarına benzetilebilir.

Kanunda özellikle işçilik haklarına ilişkin normların nispi emredici olarak düzenlendiği görülmektedir. Nispi emredici normlar bazen işçilere tanınan bir menfaati düzenler. Bu hallerde norm asgari(taban) bir sınırı belirlemekte bu sınırın işçi lehine artırılmasını tarafların serbestisine bırakmaktadır. Bu sınırın bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile üstüne çıkılması mümkündür ancak altına inilemez.¹⁴² Örneğin, İşçinin asgari ücret (İş K. m. 39), fazla çalışma ücreti (İş K. m. 41/2-3), yıllık ücretli izin süresi (İş K. m. 53) gibi haklarının artırılması mümkündür. Bazı hallerde ise işçiye getirilmiş yükümlülüklerin azami(tavan) sınırının nispi emredici normlar ile düzenlendiği görülmektedir. Deneme süresinin en çok iki ay olarak kararlaştırılabilmesi (İş K. m. 15), fazla çalışma süresinin yılda 270 saatten fazla olamaması (İş K. m. 41/8), gece çalışmasının 7,5 saati geçmemesi (İş K. m. 69/3) gibi nispi emredici düzenlemelerle kanun koyucu azami sınırı belirlemekte ve tarafları bu sınıra kadar olan alanda düzenleme yapma hususunda serbest bırakmaktadır.

İş kanunumuzdaki, “...asgari olup sözleşmelerle artırılabilir.” (İş K. m. 17), “...en az yirmi dört saat...” (İş K. m. 46) gibi bazı düzenlemelerde normun lafzında nispi emredici olduğuna ilişkin açıklık bulunabilmektedir. Ancak çoğunlukla normun lafzının açıklık içermemesi nedeniyle normun niteliğinin tespitinde vazediliş amacından yararlanılmaktadır. Fazla çalışma ücreti İş K. m. 41/2 “...verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.” hükmünün lafzı nispi emredici niteliğine ilişkin bir açıklık getirmemektedir. Ancak

140 Süzek, 37.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 25-27. Bkz. yuk dn 39.

141 Nispi emredici düzenlemelerin işçi lehine aksinin kararlaştırılabilmesine imkan vermesi yararlılık ilkesinin uygulanmasına uygun; mutlak emredici normların ise yararlılık ilkesinin uygulanmasına uygun olmayan normlar olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Bkz. Özdemir, 99., 104-105., dn 39. Yararlılık ilkesinin uygulanabilmesi için iki ayrı tipte geçerli kuralın varlığı gerektiğinden normun niteliğinin tarafların norm karşısındaki hareket serbestisine göre belirlenmesi yönündeki görüşe katılmak gerekecektir. Bkz. Doğan Yenisey, 87-88.

142 Süzek, 36.; Esener, 34.; Ekonomi, 16-17.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 23-24.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 14 vd.; Özdemir, 96-97.; Doğan Yenisey, 75 vd.

normun konuluş amacı işçi lehine bir menfaat sağlanması, çalışma şartlarına ilişkin asgari bir sınır getirilerek işçiye güvence verilmesidir. Bu türden bir amaç taşıyan normların nispi emredici olduğu açıktır.

Toplu iş hukuku çoğunlukla mutlak emredici düzenlemelerden oluşmakla beraber özellikle sendikal güvencelere ilişkin hükümlerin niteliği öğretide tartışmalıdır. Sendika özgürlüğü güvencesini düzenleyen STİSK m. 25'e göre, işveren işe alımda, işin devamında ve sona ermesinde işçilere karşı sendikal nedenlerle ayrımcılık yapamaz. İşçiler belli bir sendikaya üye olup olmamaları ya da üyeliği sürdürüp sürdürmemeleri gibi sendikal nedenlere dayalı olarak farklı işlemlere tabi tutulamaz. Maddede belirtilen nedenler sınırlı şekilde sayılmamıştır. İşveren sendikal nedenlerle ayrımcılık yapması halinde işçiye bir yıllık ücretinden az olmayacak tutarda sendikal tazminat ödemeye mahkum edilir. İş sözleşmesinin sendikal nedenlere dayalı feshi halinde STİSK m. 25/5'e göre işçiye, İş K. m. 20 ve 21'e göre dava açma hakkı tanınmıştır.¹⁴³ Buna göre işverenin feshi sendikal nedene dayanıyor ise işçi işe başlatılsın ya da başlatılmasın sendikal tazminata hükmedilir ancak işçinin işe başlatılmaması halinde İş K. m. 21/1'e göre ayrıca tazminata hükmedilmez. İşçi bu hükümlere göre dava açmamış olsa dahi doğrudan sendikal tazminat talep edebilecektir. STİSK m. 25/8 hükmü ile *"Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir."* denilerek güvencelerin azami sınırı belirlenmiştir. Bu fıkra kadar özellikle sendikal tazminat miktarına ilişkin hükmün kanunun lafzı ve amacına göre nispi emredici nitelikte olduğunun söylenmesi mümkündür. Ancak bu düzenleme ile sendikal güvencelere açıkça mutlak emredici bir nitelik kazandırılmıştır. Bu halde sendikal

143 Maddenin eski biçimi *"...4857 Sayılı Kanununun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir."* ibaresini içerdiğinden doktrinde iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin koruma kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Kimi yazarlar hükmün niteliği gereği iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal tazminat talep edemeyeceği görüşünü savunmuştur. Bkz. Tuncay/Savaş, 105.; Sağlam/Soyer, 4 vd. Diğer bir kısım yazar ise kanunun amacı ve gerekçesi ile anayasaya uygun yorumdan hareketle tüm işçileri kapsayan nitelikte bir koruma sağladığı görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Dereli, 47.; Doğan Yenisey, 93.; Sur, 59.; Başkan, 82.; Şahlanan, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, 9.; Özkara, 205-207.; Öztürk, 227-229. Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli ve 2013/1 E., 2014/161K. sayılı kararı ile "18" ibaresinin sendikal hak ve özgürlüklerin eşitliğe ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırılması olarak görmesi sonucu iptalinin tartışmalara son verdiği söylenebilir. RG, S.29529, 11.11.2015. www.resmigazete.gov.tr (E.T.15.01.2020).

tazminatın miktarı ve maddede sayılan diğer esasların tarafların anlaşması ile değiştirilmesi işçi lehine olsa dahi mümkün görünmemektedir.¹⁴⁴

1.4.4. Emredici Kurullarla Korunan Menfaatler ve Normun Koruma Amacı

Normun niteliği, norm ile korunması amaçlanan menfaate göre belirlenmektedir. Gerek emredici-yedek norm gerekse de mutlak-nispi emredici norm ayırımında menfaat değerlendirmesi yapılarak normun niteliği belirlenir. Genel anlamda toplum menfaati ve kamu düzenini koruma amacıyla getirilmiş normlar ile üçüncü kişilerin menfaatinin koruyan normların mutlak emredici, işçiyi koruma amacıyla getirilmiş normların ise nispi emredici yapıda olduğu söylenebilir.¹⁴⁵ Yedek hukuk kuralları ise sözleşme taraflarınca kararlaştırılmamış bir durum söz konusu olduğunda uygulanabilecek kurallar olup sözleşme taraflarının menfaatlerinin korunması amacıyla getirilmiştir. Normun koruma amacına ilişkin bu çıkarımlar genel anlamda doğru olsa da her durumda kesinlik arz etmez. Emredici normlar ile toplumun genel menfaati veya sözleşme taraflarının menfaatinin korunması amaçlanmaktadır.¹⁴⁶ Ancak normun koruma amacı araştırılırken, norm ile toplum menfaatlerinin korunmasına mı yoksa kişi menfaatlerinin korunmasına mı öncelik tanındığının belirlenmesi kolay değildir. Özellikle “toplum yararı” kavramının belirsizliği bu hususta önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Kamu yararı, kamu düzeni ve çalışma yaşamının korunmasını amaçlayan emredici düzenlemeler toplum yararını da korumayı amaçlamaktadır.¹⁴⁷ Toplum yararı ve kamu düzeninin korunmasına ilişkin menfaatler genellikle kamusal iş hukuku düzenlemelerinde karşımıza çıksa da özel hukuk nitelikli düzenlemeler de mevcuttur. Kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenleme toplumsal dengelerin korunması amacıyla getirilmiş olduğundan özel hukuk nitelikli emredici düzenlemelere örnek

144 Süzek, 687.; Şahlanan, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, 10. Düzenlemede, yasa hükümlerinin değiştirilemeyeceğinin belirtilmediği yalnızca yasaya aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağını belirttiği bu nedenle sendikal tazminat miktarını artıran bir sözleşmenin “işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere” ifadesi gereği yasaya aykırılık oluşturmayacağı yönünde bkz. Özkaraca, 210.; Öztürk, 225.

145 Centel, 37.; Esener, 35-37.; Aktay/Arıcı/Seneyen Kaplan, 10.; Özdemir, 100 vd.; Süzek 37-38.; Doğan Yenisey, 95 vd.; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 54., 59., 63-64.; Narmanlıoğlu, 14.

146 Serozan, 103-104.; Özdemir, 96., 98.

147 Süzek, 37-38.; Esener, 35.; Özdemir, 100.

gösterilebilir.¹⁴⁸ Ayrıca, STİSK grev ve lokavta ilişkin m. 62-64, yetki usulü m. 41 vd., hükümleri ile organların kuruluşu, üyelik, gelirler gibi çoğu düzenlemesi bireysel menfaatlerden çok toplumsal menfaatleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla getirilmiş emredici düzenlemelerdir. Kamusal iş hukuku alanında ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri, fazla çalışma süresinin yılda iki yüz yetmiş saati aşamayacağına ilişkin düzenleme (İş K. m. 41/8), denetime ilişkin hükümler (İş K. m. 91-97), çalışma yasakları (İş K. m. 71-73.), yabancıların çalışmalarına ilişkin yasak ve sınırlamalar toplum menfaatinin gözetilmesi düşüncesi ile getirilmiş emredici kurallardır.

Mevzuattaki emredici düzenlemelerin bir kısmı ise toplum yararından çok üçüncü kişilerin yararının korunmasını amaçlamaktadır. Bu tür normlar mutlak emredici nitelikte olup işçi lehine aksi kararlaştırılmamaktadır.¹⁴⁹ İşçi alacaklarının sırasına ilişkin 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)¹⁵⁰ m. 206-207 hükümleri ile işçinin yanında üçüncü kişilerin menfaatinin de korunması amacı gözetilmektedir. Zira hükmün mutlak emredici niteliğinden ötürü tarafların anlaşması yolu ile sıranın değiştirilmesinin mümkün olmamasının temel nedeni üçüncü kişi alacaklıların korunması düşüncesidir. Yine işçinin ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilememesine ilişkin İş K. m. 35 ve İİK m. 83-83/a hükümleri ile hem işçi hem de bakmakla yükümlü olduklarının korunması amaçlanmaktadır.

İş mevzuatımızdaki emredici düzenlemelerin büyük çoğunluğu işçinin menfaatlerini koruma amacıyla getirilmiştir. Bu tür normlarda kanun koyucu doğrudan kamu yararının değil kişinin menfaatinin korunmasını üstün tutmuştur. Zayıf taraf konumunda olan işçinin menfaatlerinin korunması amacı nispi emredici düzenlemelerin tamamında görülebilmektedir. Her ne kadar iş hukuku işçiyi koruma amacı çevresinde şekillenmişse de günümüzde işveren menfaatlerinin de göz ardı edilemeyeceği bir noktaya gelinmiştir. Bu nedenle mevzuatta işverenlerin menfaatlerini koruyan düzenlemeler de yerini almıştır. Bu hükümlerin bazı hususların işçi lehine

148 Süzek, 807. Düzenlemenin getiriliş amacını yitirdiği ve işveren menfaatlerini koruyan nitelikte bir düzenlemeye dönüştüğü yönünde bkz. Doğan Yenisey, 99-100.

149 Özdemir, 100-101.

150 19.06.1932 tarihli ve 2128 Sayılı Resmi Gazete.

değiştirilmesinin işçi-işveren arası dengeyi bozacağı ve işçilerin daha aleyhine sonuçlar doğurabileceği endişesini taşıdığı söylenebilir. İşveren menfaatlerini koruma amacı taşıyan normların işveren lehine değiştirilmesi mümkün değildir; ancak bu normların işveren aleyhine de değiştirilemiyor oluşu işverenlerin yasa ile korunmasını sağlamaktadır. İş mevzuatımızdaki bu hükümler mutlak emredici nitelikte olup işveren menfaatlerinin yanında genel anlamda toplum menfaatini de korumaktadır.¹⁵¹ Zorunlu hallerde işçinin onayı aranmaksızın fazla çalışma yaptırılabilmesine ilişkin İş K. m. 42 hükmü, işverenin ve işletmenin menfaatlerinin korunması yanında toplum menfaatlerinin de korunması için getirilmiş mutlak emredici bir düzenlemedir. Ancak iş güvencesi sonuçlarına ilişkin İş K. m. 21/son hükmü yönünden işveren menfaatlerinin korunma kaygısı açık olsa da hükmün toplum menfaatlerini koruma amacını taşıdığını söylemek zordur. Öğretide özellikle salt ekonomik nedenlerle işveren menfaatlerini koruma amacı güden hükümler eleştirilmiş; sorunun bu tür düzenlemeler yerine yargı denetimi ile çözülebileceği belirtilmiştir.¹⁵² Bu eleştirilere işverenin salt ekonomik menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenlemeler yönünden katılmak gerekecektir. Zira mevzuatta işletmenin devamına yönelik olan ya da işveren menfaati yanında toplumsal menfaatlerin de korunmasını amaçlayan hükümlerle, işverenin kişilik haklarını koruyucu emredici hükümlere yer verilmesi doğaldır.¹⁵³ Ancak işverenin salt ekonomik menfaatini koruyan özellikle tarafların feshin sonuçlarını düzenleme yetkisini sınırlandıran iş güvencesinin sonuçları gibi normlar sözleşme serbestisi ile bağdaşmaz.¹⁵⁴ Zira iş hukukunun amacı temel anlamda işçilerin menfaatlerinin korunmasıdır. İşçiye oranla daha güçlü konumda yer alan ve pazarlık gücünü elinde bulunduran işveren menfaatlerinin kanun ile korunması için haklı bir gerekçe bulunması gerektiği aşikârdır.

Normla korunan menfaatleri incelememizin temel sebebi normun lafzının açık olmadığı hallerde normun niteliğinin tespiti için normun koruduğu menfaati araştırma gereğidir. Genel anlamda mutlak emredici normlarla toplum menfaatinin nispi emredici normlar

151 Özdemir, 101-102.

152 Özdemir, 106-107.; Doğan Yenisey, 100.

153 Doğan Yenisey, 100. Aksi yönde, Özdemir, 106-107.

154 Nitekim İş K. m. 21/son hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da hüküm Any. m. 13 kapsamında ölçülülük ilkesine uygun bulunmuş ve Anayasaya aykırılığı iddiası ret olunmuştur. Bkz. yuk dn 132.

ile ise zayıf tarafın korunmasının amaçlandığını ancak bu genellemenin kesinlik arz etmediğini belirtmiştik. Emredici normlarla gerek toplum yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın gerekse de üçüncü kişilerin, işverenlerin menfaatlerinin ya da zayıf tarafın korunması amacı güdülebilmektedir. Özellikle XIX. yy'de emredici düzenlemeler kamu düzeninin korunması amacı ile getirilmiş ve kamu menfaatinin korunmasının gerektiği alanlar sözleşme serbestisine kapatılmıştır. II. Dünya Savaşından sonra zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen düzenlemeler de kamu düzeninin korunması amacına dahil edilmiştir. Ancak yukarıda da incelediğimiz üzere günümüzdeki haliyle emredici normların tamamının kamu düzenine ait olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁵⁵ Her emredici kural kamu düzeninin korunması amacını taşımaz. Mevzuatta kamu düzeninden başka yalnızca kişinin menfaatlerinin korunması amacıyla getirilmiş kurallar da yer almaktadır. Kamu düzeninin korunmasına ilişkin kurallar hem mutlak emredici hem de işçinin korunmasına ilişkin nispi emredici düzenlemeleri içerebilir. Zira zayıf tarafın korunması amacıyla getirilen normlar da sonuçta dolaylı da olsa toplumsal menfaatlerin korunması amacını gütmektedir.¹⁵⁶ Normun amacı tek bir menfaatin korunması ile de sınırlı değildir; bir emredici norm ile birden farklı menfaatin korunması sağlanabilir. Kamu düzenine ilişkin emredici kuralların kişi menfaatlerinin ötesinde toplumun üstün menfaatlerinin korunmasını amaçladığı söylenebilir.¹⁵⁷ Ancak tüm nispi ya da mutlak emredici normlar da bu amacı taşımaz. Kamu düzeni kavramının belirsizliği de kamu düzenine ilişkin kuralların belirlenmesini güçleştirmektedir.¹⁵⁸ Her kamu düzeni normuna aykırılık emredici bir kurala aykırılık anlamı taşırken; her emredici kurala aykırılık kamu düzenine aykırılık anlamına gelmemektedir.¹⁵⁹

155 Doğan Yenisey, 103-106.; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 40.; Süzek, 354.; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, 549.

156 Süzek, 18., 37.; Edis, 146.

157 Doğan Yenisey, 105.; Süzek, 353. Bkz. aşağıda dn 158.

158 Edis, kamu düzenini ilgilendiren kuralları, uygulanmasında ve uygulanmasında kamunun kesin yararı bulunan kurallar şeklinde tanımlamış; kavramın yer ve zamana göre değişken göreliliğini belirtmiştir. Edis, 142. Diğer tanımlamalar için bkz. Saymen, 122-124.; Eren, 320.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, 402.; Oğuzman/Barlas, 86.; Süzek, 353.; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, 548. Kamu düzeni kavramı tanım ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, 153-164.; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 34-40. Bir kuralın kamu düzeninden olup olmadığı kamu yararı kişi yararı değerlendirmesi sonucu tespit olunabilir. Edis, 142-143. Yargıç kamu düzeninin tespitinde sübjektif ölçütlere başvuramaz. Kamu düzeni ile toplumsal düzen, toplum menfaati hukuk düzeninin temel değerlerini korumak amaçlanmaktadır. Doğan Yenisey, 178. Ayrıca bkz. yukarıda dn 5.

159 Doğan Yenisey, 104.

Nispi emredici normların amacı işçinin korunmasının yanında dolaylı olarak toplumsal menfaatlerin korunması olabilir. Bunun yanı sıra nispi emredici normlarla doğrudan toplumsal menfaatlerin korunmasının hedeflenmesi de mümkündür. Özellikle işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü ile ayrımcılık tazminatına ilişkin düzenleme bu konuda örnek teşkil etmektedir. Zira işçinin yaşam ve sağlığının korunması kamu düzeni ve toplum menfaati ile yakından ilgilidir. İşveren işçiyi gözetme borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almak ile yükümlü kılınmıştır. Yükümlülüğe aykırılık halinde kamusal yaptırımlar veya özel hukuk yaptırımları birlikte ya da ayrı ayrı uygulanır.¹⁶⁰ TBK m. 417 hükmüne göre işveren gerekli her türlü önlemi almak ve buna ilişkin tüm araç gereci eksiksiz bulundurmaya zorundadır. İşverenin hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğuna¹⁶¹ dayanmakta olup bu husus işçi lehine değiştirilebilir. Taraflarca işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak belirlenmesinde bir engel yoktur. İşverenin alacağı önlemler mevzuatta belirlenmişse de Yargıtay ve doktrinde işverenin bu önlemleri almasının yeterli olmadığı ayrıca bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerektirdiği her türlü önlemi de alması gerektiği görüşü hakimdir.¹⁶² Normun koruma amacından hükmün nispi emredici nitelikte olduğunun ve önlemlerin işçi lehine değiştirilebileceğinin anlaşılması gerekir.¹⁶³ Normun kamusal nitelikte olması her zaman mutlak emredici olarak düzenlendiği anlamına gelmez. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine benzer biçimde ayırım yapma yasakları da toplum menfaatinin korunması ile doğrudan ilgilidir. İş K. m. 5 emredici düzenlemesinin işçinin dili, ırkı, dini, siyasi görüşü, gibi nedenlerle ayırma uğramasının engellenmesi için getirildiği düşünüldüğünde normun amacının kamu düzeni ve toplum yararının korunması olduğu açıktır. Bu nedenle eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımını olarak belirlenmiş ayrımcılık tazminatına ilişkin düzenlemenin işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak normun amacı da değerlendirildiğinde

160 Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 156 vd.; Doğan Yenisey, 107.; Süzek, 969 vd.; Narmanlıoğlu, 323.

161 Süzek, 454 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 121.; Mollamahmutoglu, 991-995. Hükmün kusursuz sorumluluk getirdiği yönünde bkz.; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 16.; Tunçomağ/Centel, 133. TBK'da kusursuz sorumluluk halleri ayrıca belirtilmiştir. Önemli ölçüde tehlikeli işletmeler yönünden işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması hususunda kusursuz sorumlu olacaktır. Süzek, 454 vd.

162 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1362-1363.; Narmanlıoğlu, 322-323.; Süzek, 451-452. dn 27. de sayılan yazarlar.; Güzel/Ugan Çatalkaya, 168-171. Y10HD, 27.05.2008 tarihli ve 2008/2626-7283 K.; Y10HD, 23.03.2010 tarihli ve 2009/4985E., 2010/11673K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T.17.01.2020). Aynı yönde kararlar için bkz. Süzek, 452. dn 28.

163 Doğan Yenisey, 109. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin mutlak emredici nitelik taşıdığı yönünde; Narmanlıoğlu, 14.; Mollamahmutoglu, 965.

düzenlemenin nispi emredici niteliği nedeniyle işçi lehine değiştirilebilmesi ve tazminat miktarının artırılabilmesi mümkündür.¹⁶⁴

Görüldüğü üzere nispi emredici normların koruma amacı genel anlamda işçinin menfaati olmakla beraber bu normlar doğrudan ya da dolaylı olarak toplumsal menfaatlerin korunmasını da amaçlayabilmektedir. Mutlak emredici düzenlemeler de her ne kadar kamu düzeni ve toplum menfaatinin korunması amacıyla getirilmişse de üçüncü kişilerin ya da işverenlerin korunması amacını taşıyabilir. Mutlak emredici düzenlemeler çoğu kez işçi işveren arası bir denge sağlanması, iki tarafın da menfaatlerinin korunması amacını da içerdiğinden işçinin korunması amacını dışladığı söylenemez. Mutlak emredici normların aksi işçi lehine kararlaştırılmamasa da aleyhine de kararlaştırılmaz. Normun işçi aleyhine değiştirilememesinin işçiye belli bir koruma sağladığı açıktır. Bunun dışında doktrinde aksi yönde görüşler bulunmakla beraber mevzuatta doğrudan işçiyi koruma amacı taşıyan mutlak emredici düzenlemeler de yer almaktadır. İş K. m. 32 hükmüne göre ücret para olarak ödenmek zorundadır. Bono kupon veya yurtdışı geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamayacağına ilişkin İş K. m. 32/4 hükmü işçiyi koruma amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Ancak normun lafzından mutlak emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶⁵ Normun niteliğinin tespitinde lafzından çok koruma amacının esas alınması gerektiği, işçiyi koruma amacı taşıdığından hükmün nispi emredici nitelikte olduğunun kabulünün gerekeceği savunulmuştur.¹⁶⁶ Ancak işçiyi koruma amacı taşıyan her norm nispi emredici nitelikte değildir. Mutlak emredici normlar da işçiyi koruma amacıyla getirilmiş olabilir.¹⁶⁷ Hükümle işçinin kendisine

164 İş K. m. 5/6 "...işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bıraktığı haklarını da talep edebilir..." Süzek, 508.; Mollamahmutoglu, 533.; Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, 34-35.; Doğan Yenisey, 112-113.; Çil, Şerh I, 321.

165 Akyiğit, Şerh II, 1491.; Doğan Yenisey, 145.

166 Özdemir, 103. 1475 S. Kanun m. 26 ücretin Türk parası ile ödeneceği belirtilmiştir. Ücrete ilişkin düzenlemeler genellikle işçiyi koruma amacı taşımakla beraber hükmün ülke ekonomisi ve iktisadi kaygılar nedeniyle toplum yararının korunması amacıyla getirildiği düşünülebilir. Bu nedenle hükmün niteliği tartışma konusu olmuştur. Bkz. Özdemir, 108. 4857 S. İş K. m. 32/2 fıkrası ile ücretin kural olarak Türk parası ile ödeneceği, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 649.; Çil, Şerh II, 2154.; Özdemir, 109. Yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu yönünde; Şahlanan, Yabancı Para Borcu, 461-462.; Süzek, 410-411.; Akyiğit, Şerh II, 1488-1489.

167 Doğan Yenisey, 145-147.

karşı da korunması hedeflenmiştir.¹⁶⁸ Zira işçiler ekonomik anlamda işverene bağımlı olduğundan, ücretini bir an önce elde etmek için ya da başka türlü elde edemeyeceği düşüncesi ile bono, çek vb. yöntemlerle yapılan ödemeyi kabul etmek zorunda kalabilir. Ancak bu evrakların tahsil edilememesi halinde işçinin emeği karşılıksız kalacaktır. İşçilerin böyle olumsuz bir durumla karşılaşmaması için kanun ücretin ödenme yöntemi konusunda işçinin en lehine olan şekli belirlemiş ve aksinin kararlaştırılmasını yasaklamıştır. Bu nedenle normun emredici niteliğinin tespitinde, normun koruma amacının lafzına göre daha önemli olduğunu kabul etmekle beraber İş K. m. 32/4 hükmünün nispi emredici nitelikte olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Normun işçi lehine de olsa değiştirilmesi kabul edilmez.¹⁶⁹ Benzer nedenlerle yıllık izin hakkından vazgeçilememesi, iznin bölünmemesi, yıl içinde verilen izinlerin bu haktan mahsup edilememesi gibi hükümlerin emredici niteliği de tartışmalıdır. İzin hakkı Anayasa ile tanınmış dinlenme hakkının kanundaki bir uzantısıdır. Norm işçinin sağlığının korunması amacı yanında vazgeçilemez niteliği ile işçinin kendisine karşı da koruma sağlamaktadır. İzin hakkının bölünmemesi, para veya menfaat karşılığı vazgeçilememesi gibi yıllık izin kullandırılmasına ilişkin hükümlerin mutlak emredici kabul edilmesi gerekir.¹⁷⁰ İşçinin korunması sadece nispi emredici kurallarla değil mutlak emredici ve hatta yedek hukuk kuralları yoluyla da sağlanmaktadır.

İşçiyi koruma amacı taşıyan tüm normlar emredici karakterde değildir. Yedek hukuk kuralları sözleşme taraflarının menfaatlerinin korunması amacıyla getirilmiş kurallar olup işçiyi koruma amacını da barındırabilir. Normun yedek ya da emredici olması normun içeriğinden çok normun taraflara tanıdığı irade serbestisi ile ilgilidir. Yedek hukuk normlarının aksinin kararlaştırılması mümkündür. Norm tarafların irade özgürlüğünü kısıtlamaz aksine tarafların düzenlemediği bir alanın içeriğini doldurur ve boşluklara rağmen hukuki işlemin geçerli olarak kurulmasını sağlar.¹⁷¹ Yani yedek

168 Doğan Yenisey, 146. Yazar, hükmün yasaklayıcı bir norm olduğu, yasaklayıcı kuralların işçiyi koruma amacıyla getirilmiş olsa dahi nispi emredici nitelik taşımasının mümkün olmadığı görüşündedir.

169 Doğan Yenisey, 146-147. Özdemir, normun koruma amacı gereği nispi emredici olduğu kanaatindeyse de yararlılık ilkesi gereği ödemenin para dışında bir araçla yapılmasının her koşulda işçinin daha aleyhine olacağı bu nedenle getirilen değişikliklerin geçersiz olacağını belirtmiştir. Özdemir, 103-104. İşçiyi emeği karşılığında bono veya çek verilmesi halinde bono/çek tahsil edilinceye kadar ücretin ödendiği iddia edilemeyecektir. Ancak alacak tahsil edildikten sonra ücret ödenmiş kabul edilir. Doğan Yenisey, 147.

170 Mollamahmutoglu, 15; Caniklioğlu, 1147-1449.; Doğan Yenisey, 145-146. Bu normların nispi emredici olduğu yönünde bkz. Özdemir, 103-104.

171 Edis, 151-152.

hukuk kuralları hem tamamlayıcı bir rol üstlenmekte hem de tarafların düzenleme yapabileceği alanların çerçevesini çizmektedir. Taraflar bu alanda bir düzenleme getirmediği halde uygulanacak hükmü de aslında kesin şekilde belirlemektedir. Bir düzenleme bulunmaması halinde uygulanmaları zorunlu olduğu düşünüldüğünde yedek hukuk kurallarının da zorlayıcı bir yön içerdiği anlaşılmaktadır.¹⁷² İş hukukunda emredici niteliğin baskın olması nedeniyle sözleşme içeriğine ilişkin çoğu husus düzenlenmiştir. Bu nedenle mevzuatta tarafların yarattığı boşlukların tamamlanması amacıyla getirilmiş yedek hukuk kurallarına rastlamak pek mümkün değildir. Ancak özellikle borçlar hukukunda bu anlamda çok fazla yedek hukuk kuralı bulunmaktadır. TBK m. 406/1 “*Aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir...*”; TBK m. 416/1 “*...giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa her defasında ücretle birlikte ödenir...*” hükümleri buna örnek verilebilir.

Mevzuatta işçiyi koruma amacıyla getirilmiş ancak belli şartlarla aksi kararlaştırabilecek yedek hukuk normları da yer almaktadır. Çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen İş K. m. 14 pek çok yedek hukuk düzenlemesini içerisinde barındırır.¹⁷³ “*...işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır.*” “*...çağrıyla aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır.*” “*...günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, ...en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır.*” İş K. m. 44 hükmüne göre taraflar ulusal bayram ve genel tatil günlerinde toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri ile işçinin çalışmasına karar vermemiş ya da işverence bu konuda işçinin yazılı onayı alınmamışsa işçi bu günlerde çalıştırılmaz. Bazı yedek kuralları ise içerisinde emredici bir yön de bulundurmaktadır: TBK m. 401 “*...sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.*” Taraflar ücreti belirlemede serbest bırakılmış ancak bir belirleme yapmamış olmaları halinde ücretin, asgari ücretten az olmayacak emsal bir ücret olarak ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yedek hukuk kurallarının bir kısmı sözleşmede aksi yönde hüküm yoksa uygulanacak, tamamlayıcı kurallar iken diğer bir

¹⁷² Serozan, 33.

¹⁷³ Süzek, 291.; Doğan Yenisey, 117.; Eyrenci, 28.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 209.; Akyiğit Şerh I, 577.; Çil, Şerh I, 700-701.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 66.

kısmı da işçiyi koruma amacıyla getirilmiş ancak aksinin kararlaştırılması mümkün kurallardır.¹⁷⁴ Görüldüğü üzere sözleşme taraflarının menfaatlerinin korunması ve çalışma şartlarının düzenlenmesinde yedek hukuk kuralları da etkili olmaktadır.

1.4.5. Normun Emredici Niteliği ve İrade Serbestisi

Mutlak-nispi emredici norm ayırımında norm ile korunan menfaatin niteliği önemli bir yardımcıdır. Ancak hukukumuzda emredici normların ayırımında daha çok normun taraflara tanıdığı irade özerkliğinden yararlanılmaktadır. Zira normun emredici niteliği tarafların irade özerkliğinin sınırlarını belirler. Tarafların norm karşısında ne ölçüde serbest bırakıldığı belirlenmesinde norm ile korunan menfaatin niteliğinin etkili olduğu düşünüldüğünde aslında bu durum büyük bir farklılık yaratmamaktadır.¹⁷⁵ Bu yönden normun niteliğinin tespitinde gerek norm ile korunan menfaatin gerekse de normun taraflara tanıdığı irade serbestisinin araştırılmasının aynı sonucu verdiği düşünülebilir. Ancak az yukarıda açıklandığı üzere, normun taraflarca değiştirilip değiştirilemeyeceğinin tespitinde normla korunan menfaatin türü tek belirleyici değildir.

Tüm hukuk kuralları bünyesinde tarafları bağlayan bir nitelik taşır. Elbette yedek hukuk kurallarının emredici normlar kadar bağlayıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Yedek hukuk kuralları taraflara büyük ölçüde irade serbestisi tanımaktadır. Emredici normlar ise taraflar yönünden bağlayıcıdır ve normun aksi kararlaştırılmaz. Mutlak emredici normlar karşısında tarafların irade özerkliği tamamen kısıtlanmışken nispi emredici normlar işçi lehine değiştirilebildiklerinden taraflara belli bir irade özerkliği tanımaktadır. Taraflarca aksi kararlaştırılabilen, işçi lehine değiştirilebilen normlar nispi; aksinin hiç kimse için kararlaştırılması mümkün olmayan, taraflarca değiştirilemeyen kurallar ise mutlak emredici niteliktedir. Ancak mutlak emredici nitelikte kabul ettiğimiz her normun işçi lehine değiştirilemeyeceği kesin olarak söylenebilecek midir? Nispi emredici normların işçi aleyhine değiştirilmesi hiçbir koşulda mümkün değil midir? Sorularının tartışılması gerekmektedir.

174 Doğan Yenisey, 119-121

175 Doğan Yenisey, 121.

Tanımlayıcı ve sınırlayıcı normlar taraflar arasındaki ilişkiyi düzenlemediğinden tarafların değişiklik yapma yetkisi bulunmadığı mutlak emredici nitelikte kurallardır. Ancak bu kuralların işçiye sağlanan menfaatlerle ilgili olması halinde iş sözleşmesine konu edilmesi ve tarafların değişiklik yapması mümkündür.¹⁷⁶ İş güvencesi hükümlerinin uygulanma kapsamı ile fazla çalışma tanımı bu hususa örnek olarak verilebilir. İş güvencesinin koşulları İş K. m. 18 de belirlenmiştir. Buna göre bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde İş Kanunu ya da 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna (Basın İş Kanunu)¹⁷⁷ tabi çalışan en az otuz işçi olması,¹⁷⁸ işçinin en az altı aylık kıdemini bulması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekir. Kanunda iş güvencesi hükümleri yalnızca İş Kanununa ya da Basın İş Kanuna tabi işçiler için öngörülmüştür. Ancak bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile bu kanunlar kapsamı dışındaki işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına karar verilebilir.¹⁷⁹ Hükümdeki altı aylık kıdem ve otuz işçi ölçütünün nispi emredici niteliği Yargıtay ve doktrince kabul edilmiştir.¹⁸⁰ Özellikle otuz işçi ölçütünün işvereni koruma amacı açıktır. Hükümle, küçük işletmeler, işçinin korunması için getirilmiş bir takım ek yükümlülüklerden muaf tutulmuştur. Böylece işverenler yükümlülüklerin getireceği maliyetlerden de kurtarılmıştır. İşverenlerin bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile bu korumadan vazgeçmelerinin mümkün olması gerekir. Normun amacı gereği tarafların işçi lehine düzenlemeler getirmesinin önünde bir engel yoktur. Fazla çalışma tanımını içeren İş K. m. 41/1 hükmünün niteliği doktrinde tartışmalı olmakla

176 Doğan Yenisey, 65-66., 133-135.

177 20.06.1952 tarihli ve 8140 Sayılı Resmi Gazete.

178 Otuz işçi ölçütünün Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüşse de AYM bu şartın işveren aleyhine değiştirilmesinin kayıt dışılığa yol açacağı, ölçütün küçük işletmeleri mali külfetten koruma amacını taşıdığını belirterek başvuruyu reddetmiştir. AYM 19.10.2005 tarihli ve 2003/66E., 2005/72K. sayılı kararı. Bkz. yuk dn 132. Doktrinde otuz işçi ölçütü işçiyi koruma amacıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Süzek, 597-598.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 475-476.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 186-187.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 963.

179 Doğan Yenisey, 131. ve dn 268 de sayılan yazarlar. Y9HD, 22.12.2008 tarihli ve 2008/40711-34678 K. sayılı kararı. www.kazanci.com (E.T. 12.01.2020)

180 Y9HD, 26.05.2005 tarihli ve 2005/12317-19404 K.; Y9HD, 22.02.2010 tarihli ve 2010/4905-4260 K.; Y22HD, 07.05.2013 tarihli ve 2012/14774E., 2013/10011K. www.kazanci.com (E.T. 12.01.2020); Y9HD, 06.05.2010 tarihli ve 2008/22787-12440K. sayılı kararları. www.lexpera.com.tr (E.T.12.01.2020). Süzek, 600., 680-681; Ekonomi, Altı Aylık Kıdem, 29-30.; Soyer, Feshe Karşı Koruma, 37-38.; Şahlanan, 2-4.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 37.; Narmanlıoğlu, 498.; Mollamahmutoğlu,709 vd. özellikle 715.; Özdemir, 117.; Yıldız, Otuz İşçi Ölçütü, 11.; Doğan Yenisey, 131-133.

beraber hükmü nispi emredici nitelikte kabul eden görüşlere katılmak gerekecektir.¹⁸¹ İş K. m. 41 hükmünde, fazla çalışma haftalık kırk beş saati aşan çalışma olarak tanımlanmış, fazla çalışma süresinin bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı belirtilmiştir. Aslında kamu düzeni sağlanması amacıyla da getirilmiş olan bu hüküm irade serbestisi dışında kalsa da tarafların fazla çalışma karşılığı olan ücreti ve fazla çalışma ölçütünü işçi lehine değiştirmelerinin önünde bir engel yoktur.¹⁸² Norm toplum menfaati ve işçinin kişiliğinin korunması amacı taşıdığı gibi işçinin alacak haklarıyla da doğrudan ilgilidir.

Sonuçta kural olarak kanunların tanımlayıcı normları ile kuralın uygulama kapsamını belirleyen normları mutlak emredici olup irade serbestisine kapalıdır. Ancak bazı hallerde tanımlayıcı normlar nispi emredici nitelik taşıyabilir. Tanımlayıcı normlar ile aynı zamanda işçiye sağlanacak bir menfaatin düzenlenmesi halinde tarafların işçi lehine düzenlemeler getirmesi mümkündür. Taraflarca kanunun kapsamı dışındaki bir hukuki ilişki kanun kapsamına dahil edilemezse de kanunda öngörülen bir menfaatten yararlanılması kararlaştırılabilir. İşçi lehine getirilecek bu değişiklikler ancak normun taraflar arasındaki menfaat ilişkisiyle ilgili ve nispi emredici bir kural olması halinde geçerli olacaktır.¹⁸³ Görüldüğü üzere hukukumuzda kural olarak mutlak emredici kabul ettiğimiz bazı kural türlerinin aslında nispi emredici bir yön barındırması işçi lehine düzenlemeler getirilmesine imkan tanımaktadır.¹⁸⁴

181 Şahlanan, Fazla Çalışma, 166-167.; Özdemir, 118-119.; Doğan Yenisey, 134-135.; Astarlı, Çalışma Süreleri, 174-175. Hükmün mutlak emredici olduğu yönünde bkz. Akyiğit, Şerh II, 1691.

182 Doğan Yenisey, 134.

183 Doğan Yenisey, 135-136. Bu değişikliklerin yalnızca sözleşme ilişkisinde etkili olacağı ve özellikle idari ve cezai yaptırımlar bakımından etki göstermeyeceği izahtan varestedir.

184 Benzer şekilde tarafların iş sözleşmesini süreli fesih (TBK m. 431) ve haklı nedenle fesih (İş K. m. 24-25) hakkına ilişkin düzenlemeler özü itibarıyla mutlak emredici ve vazgeçilemez niteliktedir. Ancak hukukumuzda özüne dokunulmamak kaydıyla işverenin süreli fesih hakkının sınırlandırılması kabul edilmektedir. Ekonomi, 223-224.; Narmanlıoğlu, 483 vd.; Süzek, 757-762. vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 952.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 20-21.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 222 vd.; Doğan Yenisey, 127-128.; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 446 vd. Aynı şekilde, işverenin haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılması da hakkın kullanımını aşırı derecede güçleştirmede, hakkın özüne dokunmadığı ve hakkı ortadan kaldırmadığı sürece kabul görmektedir. Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 38-39.; Süzek, 762-767.; Ekonomi, 224-225.; Molamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 810-811..; Doğan Yenisey, 129-130.; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 454-455.; Özdemir, 112-113. Hakkın özünü etkilemediği sürece işçi lehine düzenlemeler getirilmesi mümkün olduğundan işçiyi koruma amacı taşıyan iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Özdemir, 112-113.

Nispi emredici nitelikteki kuralların yalnızca işçi lehine değiştirilmesi kabul edilmiştir. Ancak hukukumuzda çok karşılaşılmamakla beraber toplu iş sözleşmeleri ile nispi emredici kurallar aksine ve işçi aleyhine değişiklik getirilebilmektedir. Bu tip normların temel örneği İş K. m. 15 deneme süresinin ve İş K. m. 63/2 denkleştirme süresinin dört aya kadar uzatılabilmesidir. Toplu iş sözleşmesi ile hükmün değiştirilmemesi durumunda işçi lehine asgari bir koruma sağlayan bu normların nispi emredici niteliği açıktır.¹⁸⁵ Ancak toplu iş sözleşmesi yoluyla aksi kararlaştırılabilir olduğundan bu koruma bertaraf edilebilmektedir. Norm her ne kadar eşit sosyal taraflara toplu iş sözleşmesi ile işçi aleyhine düzenleme getirilmesi yönünde serbesti tanımışsa da işçi işveren ilişkisi çerçevesinde irade özgürlüğünü sınırlamaktadır. Yine toplu iş sözleşmeleri ile tarafların nasıl bir düzenleme yapabileceği emredici olarak belirlenmiş bu konuda tamamen bir serbesti tanınmamıştır.

1.4.6. Emredici Kurallara Aykırılığın Yaptırımı

Emredici düzenlemelerin hedeflenen işlevini gerçekleştirilmesi bu kuralların yaptırım gücüne bağlıdır. Emredici hukuk kurallarına aykırılığın en bilinen yaptırımı geçersizlik/hükümsüzlüktür. TBK m. 27/1 “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü ile açıkça emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşmelerin geçersiz kabul edileceği belirtilmiştir. Ancak normun amacının gerektirdiği hallerde hukuki işleme geçersizlik dışındaki yaptırımların uygulanması da kabul edilmektedir. Özellikle iş hukukunda şekil ve fesih açısından emredici kurallara aykırılık borçlar hukukundan farklı yaptırımlara tabi kılınmıştır. Borçlar Hukukunda dahi TBK m. 27 hükmüne rağmen her durumda emredici normlara aykırı sözleşmelerin tamamıyla geçersiz kılınması gibi ağır bir yaptırıma gidilmemektedir.¹⁸⁶ Kısmi hükümsüzlük, tahvil, askıda hükümsüzlük gibi farklı yaptırımlar yoluyla hukuki işlem ayakta tutulmaya çalışılmış; emredici kurallara aykırılık taşımasına rağmen sözleşmenin tamamen geçersizliğine hükmedilmemiştir. İrade bozuklukları hususunda da geçersizlik

185 Doğan Yenisey, 136-140. Bu tür normların durumu nispi emredici olan normun eşit taraflar arasındaki toplu sözleşme söz konusu olduğunda yedek hukuk normuna dönüşmesi şeklinde açıklanmıştır. Doğan Yenisey, 139.

186 Emredici kurallara aykırı olarak akdedilen sözleşmelerin geçersizliği hukukumuzdaki yaptırım çeşitlerinden biridir. Cezai yaptırımlar, tazminat yükümlülüğü, ifaya zorlama gibi farklı yaptırım türleri de bulunmaktadır. Geçersizlik hukuka aykırılığın tek yaptırımı değildir. Oğuzman/Barlas, 85. dn 83.

yaptırımını yerine iptal edilebilirlik yaptırımının uygulandığı durumlar bulunmaktadır. Geçersizlik yaptırımının kanunda tanımlanmamış oluşu da özellikle emredici normlara aykırılıklar halinde öğreti ve yargı kararları ile hükümsüzlük dışında yaptırımların yaratılmasına olanak sağlamıştır. İş hukukunda, işçinin emeğinin iadesinin çok zor olması hatta mümkün olmaması nedeniyle iş sözleşmelerinin olabildiğince geçerli kabul edilmesi, geçersizliğin ileriye etkili olarak hüküm ifade etmesi ve emrediciliğe aykırı hükümlere ilişkin farklı yaptırımlar uygulanması söz konusudur. Bu nedenle iş sözleşmelerinde emredici düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar borçlar hukukundan farklılaşmaktadır. Yaptırım türünün ne olacağının tespiti için ise normun koruma amacına ve norm ile korunan menfaatin niteliğine bakmak gerekmektedir.¹⁸⁷

İş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarına ilişkin taraflar arasında yapılan anlaşmalar da emredici mevzuata aykırı düzenlemeler içerebilmektedir. İ kale, sulh, ibra, arabuluculuk anlaşma belgesi bu tür sözleşmelere örnektir. Konumuz itibarıyla de özellikle bu tür sözleşmelerden biri olan arabuluculuk anlaşma belgesi ile iş hukukunun emredici düzenlemeleri arası ilişki incelenmiştir. İş sözleşmelerinde emredici düzenlemelere aykırı hükümler getirilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar daha önce detaylıca incelenmiş olduğundan çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmamıştır.¹⁸⁸ Ancak arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilmesi için taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi olması gerekeceği açıktır. Geçerli bir iş sözleşmesi olmaması halinde buna ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin de geçerli olacağı düşünülemez. Bu kapsamda iş sözleşmeleriyle emredici düzenlemelere aykırı hükümler getirilmesi sonucunda uygulanacak yaptırımların genel anlamıyla ele alınmasında yarar vardır.

İş hukukunda kural olarak geçersizlik ileriye etkili sonuç doğurmaktadır.¹⁸⁹ Böylece iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz kabul edildiği sınırlı haller haricinde geçersizlik

187 Süzek, 352.; Doğan Yenisey, 279.

188 Konuya ilişkin ayr. için bkz. Doğan Yenisey, 270-392.

189 TBK m. 394/3 hükmü iş sözleşmelerinde geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğuracağını belirtmiştir. YİBK, 18.06.1958 tarihli ve 1957/20E., 1958/9K. sayılı kararı. RG, S.10020, 30.08.1958, www.resmigazete.gov.tr (E.T.02.03.2020). Süzek, 355-360.; Narmanlıoğlu, 246-247.; Doğan Yenisey, 362-367.;

ileri sürülmeden önceki döneme ilişkin işçilik alacaklarının talebi mümkün kılınmaktadır. İş sözleşmesi yapma yasalarına ilişkin emredici düzenlemeler bu hususta örnek teşkil etmektedir. Yaş küçüklüğü (İş K. m. 71),¹⁹⁰ sağlık durumu (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 126),¹⁹¹ tartışmalı olmakla beraber yabancıların çalışma izni olmaksızın çalıştırılması¹⁹² hallerinde kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle iş sözleşmesi ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmektedir. Ancak örneğin avukatlık, veterinerlik, noterlik, eczacılık gibi mesleklerde kamu düzeninin korunması amacıyla yabancıların çalışması ayrıca yasaklanmıştır. Bu tür mesleklere ilişkin iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersizdir.¹⁹³ Yine hukuk düzenince kabul edilmesi mümkün olmayan, yürürlükteki hukukun temel ilkelerine aykırı olan, suç teşkil eden, kamu düzenini ağır biçimde ihlal eden iş sözleşmelerinin baştan itibaren hükümsüz kabul edilmesi gerekir.¹⁹⁴ İşçinin belirli işlerde çalıştırılmasının yasaklandığı hallerde ise sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması normun koruma amacını aşacak nitelikte bir yaptırım olduğundan sözleşmeler geçerli kabul edilmektedir.¹⁹⁵

İş akdinin geçersizliğine yol açabilecek başka bir unsur ise şekil şartıdır. TBK m. 394 ve İş K. m. 8 hükümlerinde de açıklandığı üzere iş sözleşmesinin kurulması kural olarak belli bir şekil şartına tabii kılınmamıştır. Sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu (geçerlilik şartı) belirli süreli iş sözleşmesi, takım sözleşmesi gibi sözleşme türlerinin şekil şartına aykırı olarak kurulması halinde sözleşmenin geçersizliği söz

Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 560-563.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 273-275. Aynı şekilde iş akdinin iptali de ileri etkili sonuç doğurmaktadır. Eren., 415.; Süzek, 362.; Kocayusufoğlu, 444-445.

190 Narmanlioğlu, 246-247.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 496., 563.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 274.; Ekonomi, 96.

191 Doğan Yenisey, 295-296. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (06.05.1930 tarihli ve 1489 Sayılı Resmi Gazete).

192 Süzek, 338.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 501-502; Doğan Yenisey, 293. Canbolat, Bazı İş Sözleşmesi Türleri, 214. Sözleşmenin geçerli olduğu yönünde bkz. Cengiz Urhanoğlu, 207-208. ve dn 88 de sayılan yazarlar. Yargıtayın konuya ilişkin farklı kararları bulunmaktadır. Bkz. Y9HD, 26.09.2006 tarihli ve 2006/20061-24888K. ve Y9HD, 07.06.2005 tarihli ve 2004/24583E., 2005/20488 K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T. 28.01.2020)

193 Süzek, 338.; Narmanlioğlu, 191.; Tunçomağ/Centel, 82.; Cengiz Urhanoğlu, 207.; Canbolat, Bazı İş Sözleşmesi Türleri, 213.; Ekonomi, 97.

194 Süzek, 359-360.; Doğan Yenisey, 364., 366.; Ekonomi, 161-162.; Tunçomağ/Centel, 91-92.; Narmanlioğlu, 247.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 563.; Süzek, 360. Konusu kaçakçılık, fuhuş gibi hukuk düzenince kabul edilmesi mümkün olmayan iş ilişkilerini içeren iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersiz kabul edilmektedir.

195 Doğan Yenisey, 299-302. Aynı görüşte, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 259. dn 405. Kadın ve gebe kadın işçiler ile çocuk ve genç işçilere (İş K. m. 72-73) ilişkin sınırlandırmalar bu hallere örnek verilebilir.

konusu olacaktır.¹⁹⁶ Borçlar hukukunda şekil şartına aykırı kurulan sözleşmeler baştan itibaren geçersiz kabul edilmekteyken iş hukukunda geçersizlik ileri etkili sonuç doğuracağından iş sözleşmesine dayalı olarak alacakların talebi mümkündür.

İş hukukunda geçersizlik çoğunlukla kısmi geçersizlik (TBK m. 27/2) olup yukarıda açıklandığı üzere sözleşmenin tamamının geçersizliği nadir olarak söz konusu olmaktadır. İş sözleşmeleri ile emredici içerik normlarına aykırı düzenlemeler getirilmesi sözleşmenin tamamını hükümsüz kılmaz.¹⁹⁷ Yalnızca emredici düzenlemeye aykırı olan sözleşme hükmü geçersiz sayılır.¹⁹⁸ Emredici düzenlemeye aykırı olarak getirilmiş hüküm baştan itibaren geçersiz kabul edilerek bunun yerine kanundaki emredici düzenleme uygulanır.¹⁹⁹ Örneğin İş K. m. 21/son hükmüne göre iş güvencesinin sonuçlarına ilişkin kanunda belirtilenlerden aykırı düzenlemeler getirilmesi halinde bu sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilecektir. Geçersiz olan bu hükümlerin yerine emredici kanun hükmü uygulanacaktır. Yine işçinin ücreti asgari ücretin altında kararlaştırılmayacağı kanunda açıkça belirlenmiştir. Ücretin emredici düzenlemeye aykırı olarak asgari ücretin altında kararlaştırılması halinde sözleşmenin tamamı değil yalnızca bu hükmü geçersiz kabul edilecektir. Böylece işçi sözleşmenin başlangıcından itibaren emredici norma uygun olarak asgari ücrete hak kazanacaktır. Pozitif içerikli emredici normlardan amaç iş ilişkisinin asgari koşullarda güvenceye alınması olduğundan bu tür normlara aykırılık halinde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmaması normun koruma amacı ile de bağdaşmaktadır.

Emredici norma aykırı bir edimin kararlaştırılması durumunda işçi bu edimi yerine getirmeye zorlanamayacaktır. Ancak edimin ifa edilmesi halinde işçi alacağı hak kazanır. Bu durumla özellikle fazla çalışma sınırlarının aşıldığı hallerde karşılaşılmaktadır. İşçinin yılda 270 saatin üzerinde fazla çalıştırılması yasaklanmıştır.

196 TBK m. 12/2. Saymen, Türk İş Hukuku, 474.; Esener, 150.; Tunçomağ/Centel, 83.; Süzek, 330-331.; Narmanlıoğlu, 193.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 533. Yazılı şeklin ispat şekli olduğu yönünde bkz. Süzek, 330 dn 21’de sayılan yazarlar. Belirli süreli iş sözleşmesinin şekle aykırı kurulması halinde geçersiz sayılmayarak belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Doğan Yenisey, 331 vd. ile dn 217’de sayılan yazarlar.

197 Doğan Yenisey, 307-310.

198 Süzek, 360-361.

199 Süzek, 361.

Sözleşmeyle aksi kararlaştırılmış olsa dahi işçiden yıllık 270 saatten fazla çalışması istenemez. Buna aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak bu durum sözleşmenin tamamını geçersiz kılmaz. İşçinin kanuna aykırı olarak 270 saatten fazla çalıştırılması halinde işçi çalıştığı dönemler için ücret alacağını da korumaktadır.²⁰⁰ Sözleşmenin sona ermesine ilişkin emredici düzenlemelere aykırılık halinde ise haksız/geçersiz fesih gibi iş hukukuna özgü yaptırımlar kabul edilmiştir. Sonuç olarak konumuz itibariyle, iş hukukunda iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersizliği çok nadir olarak kabul edildiğinden işçilik alacaklarının talebi ve buna bağlı olarak arabuluculuk yolunun işletilmesinin çoğu halde mümkün olacağı söylenebilir.

1.5. TARAFLARIN SÖZLEŞME ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILDIĞI BAZI KURUMLAR

Bu bölüme kadar emredici normlar yoluyla tarafların sözleşme serbestisinin sınırlandırıldığı ve işçilere asgari bir koruma sağlandığını açıklamaya çalıştık. Bu kısımda ise emrediciliğin koruyucu etkisi gereği tarafların tasarruf yetkisini sınırlandırılması hususu açıklanmıştır. Tarafların, emredicilik koruması gereği iş sözleşmesinin kuruluşunda koruyucu düzenlemeleri bertaraf edemeyeceği açıktır. Emredici normların aksine ve işçi aleyhine getirilecek düzenlemeler emrediciliğin koruyucu etkisi nedeniyle geçersiz kabul edilmektedir. Emredici normlar ile koruma altına alınmış haklar kazanıldıktan sonra da bu haklar üzerinde tarafların tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır. Zira tarafların bu haklar üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisi ile donatılmasının haklardan feragate ve emredicilik ilkesi ile yaratılmak istenen koruyucu etkinin bertaraf edilmesine yol açması mümkündür. Bu durum haklardan feragat etkisi yaratan hukuki işlemlerin hukuk düzenince denetlenmesi ihtiyacını yaratmıştır. Emredici normların tanıdığı koruma yalnızca feragat niteliğindeki işlemlerin değil bu koruyucu düzeni bertaraf etmeye yönelik her türlü hukuki işlemin geçerliliğinin denetlenmesini gerektirir. Emredici normlarla korunan haklardan karşılıksız vazgeçme sonucunu doğuran işlemlerde –ibranamelerde görüldüğü gibi- kanunun emredici düzenlemelerinin korunmasının ve tarafların tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının kabul edilmesi gerektiği açıktır. Oysa bir menfaat karşılığı haktan feragat sonucu yaratan ikale, sulh,

²⁰⁰ Akyiğit, Şerh, II, 1667.; Süzek, 839-840. Aksi yönde Astarlı, Çalışma Süreleri, 202 vd.

arabuluculuk anlaşma belgesi gibi hukuki işlemlerin denetiminin nasıl yapılacağı tarafların tasarruf yetkisinin sınırlanıp sınırlandırılmayacağı daha sorunlu bir alanı oluşturmaktadır.

1.5.1. Emredici Normlarla Korunan Bir Haktan Vazgeçme

1.5.1.1. Feragat Kavramı ve Feragatin Bağlı Olduğu Hukuki Rejim Sorunu

Feragat yenilik doğuran bir haktan ya da aynı bir haktan tek taraflı vazgeçme sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.²⁰¹ Alacak hakları ancak borçlunun da rızasıyla yapılacak bir ibra sözleşmesi ile sona erdirilebilir.²⁰² Borçlar hukukunda görülen bu farklılığa karşın iş hukukunda feragat ve ibra kavramı birbiri yerine kullanılmaktadır.²⁰³ Borçlar hukuku anlamında ve genel olarak ibra, alacaklının alacak hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçmesi ve borçlunun da borcundan kurtarılmasına ilişkin sözleşme olarak tanımlanabilir.²⁰⁴ Yani ibra borcu sona erdiren bir tasarruf işlemidir.²⁰⁵ Bu çalışmada feragat kavramı alacakların sona erdirilmesi anlamını (ibra) da kapsayan biçimde kullanılmıştır. İbraya ilişkin kanunda bir hüküm yer almadan önce işçinin haklarından vazgeçmesi sonucunu doğuran hukuki işlemlerin geçerliliği tartışma konusu olmuştur. TBK’da düzenlenmiş olan ibra kurumu incelenmeden önce iş hukukunda işçinin haklarından vazgeçmesi hususundaki teorik tartışmalara değinmekte fayda vardır.

Borçlar hukuku anlamında haktan feragat edilebilmesi için hakkın kazanılmış olması yeterli görülmektedir. İş hukuku yönünden doğmamış bir haktan feragat emredici

201 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 444-445.; Turanboy, 50 vd.; Çil, İbraname, 79. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 312; Oğuzman/Öz, 416; Gümüş, 68; Buz, 411. Borçlar hukukunda feragat ibrayı da kapsayan biçimde kullanılabilir. Bkz. Paksoy, 3-6. Feragat, davadan feragat etme gibi usul hukuku ya da haktan feragat etme maddi hukuk işlemi olabilir. Aksu, 105 vd.; Özcan/Ocak, 28.; Keser, 136.

202 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 444-445.; Alpagut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 43-44.; Çil, İbraname, 19-21.; Turanboy, 55-56.; Eren, 1271.; Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 42-43.; Keser, 133.; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 312; Oğuzman/Öz, 416.

203 Çil, İbraname, 79-80.

204 TBK m. 132.. Ayr. bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 985.; Turanboy, 26.; Eren, 1270.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1188.; Şen, 75.; Çil, İbraname, 17-18. İbranın iki taraflı bir hukuki işlem olduğu doktrinde kabul görmektedir. Çil, İbraname, 21.; Turanboy, 55-56.; Eren, 1271.; Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 43.; Özcan/Ocak, 6-7.; Keser, 133.; Gümüş, 68.

205 Tarafların ibra konusunda tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Gümüş, 20 vd.; İzmirlioğlu, 1462.; Eren, 1271.; Kılıç, 2832.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 987.; Oğuzman/Öz, 545.; Özcan/Ocak, 7.; Çil, İbraname, 21.; Keser, 135., 141.; Turanboy, 118.

normların koruma amacına aykırıdır.²⁰⁶ İşçinin işverene olan bağımlılığı tek taraflı olarak haklarından feragat etmesinin önlenmesini gerektirir. İşçinin doğmamış hakları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Hatta hakkın kazanılmış olması dahi haktan feragat için yeterli bir koşul olarak görülmemektedir. Muacceliyet teorisine göre, muaccel olan haklardan vazgeçmek mümkündür.²⁰⁷ Ancak iş hukukunda işçiler lehine bir asgari koruma sağlamayı amacıyla getirilmiş pek çok hüküm bulunmaktadır. Hakkın kazanılması bu gibi haklardan feragat edilebileceğini göstermez.²⁰⁸ İşçi lehine getirilmiş pek çok emredici kuralın varlığı iş hukukunda feragatin işçiler ve işverenler yönünden farklı değerlendirilmesini gerektirmiştir.

İşçinin haklarından feragati hususu hukukumuzda ibranamelerin geçerliliği tartışmaları üzerinden incelenmiştir. Oysa sorunun emredici düzenlemelerin getirdiği korumadan vazgeçilip vazgeçilemeyeceği yönünden incelenmesi gerekir.²⁰⁹ Karşılaştırmalı hukukta işçinin kanundan, bireysel iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından feragati sonucunu doğuran hukuki işlemler yönünden tasarruf yetkisinin sınırlandırılması farklı hukuki temellere dayandırılmıştır.²¹⁰ Baskı teorisine göre, işçinin işverene olan bağımlılığı iradesinin serbestçe oluşmasını engellediği ve işçilik alacaklarından feragat baskı altında ortaya çıktığı için işçi iş sözleşmesinin devamı süresince emredici haklarından feragat edemez.²¹¹ Keza Yargıtay da işçinin iş sözleşmesinin devam süresince işverene olan bağımlılığından ötürü alacaklarına kavuşabilmek ve işini kaybetmemek için serbest iradesi dışında ibra sözleşmesi yapmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.²¹² Sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra feragat yasağının devam edip etmeyeceği ise üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira işçinin

206 Doğan Yenisey, 231-240.; Alpaut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 448.; Ekmekçi, Alacağından Vazgeçmesi, 15. Müstakbel alacaklar yönünden ibranın mümkün olmadığı yönünde bkz. Astarlı, 44.; Özcan/Ocak, 8.; Kılıç, 2836.; Çil, İbraname, 29.; Keser, 136.; Şen, 76. Borçlar hukuku yönünden bkz. Paksoy, 23 vd.

207 Alpaut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 448.

208 Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, 75-76.; Doğan Yenisey, 240.; Ekmekçi, Alacağından Vazgeçmesi, 18.

209 Bu yönde bkz. Alpaut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 463 vd.; Alpaut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 66 vd.; Doğan Yenisey, 231 vd.; Ekmekçi, Alacağından Vazgeçmesi, 16 vd.

210 Alpaut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 448-449.; Doğan Yenisey, 231-241.

211 Bu tür feragatler geçersiz kabul edilmiştir. Alpaut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 448-449.; Alpaut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 48., 72.

212 Örneğin, Y9HD, 23.01.2012 tarihli ve 2009/43343E., 2012/1280 K. sayılı kararı. LİSGHD, 2012/9 S.34 293 vd. www.legal.com.tr (E.T:05.03.2020); Y9HD 28.02.2012 tarihli ve 2011/34347 E., 2012/6130 K.; Y9HD, 15.10.2010 tarihli ve 2008/41165E., 2010/29240K. sayılı kararları. www.kazanci.com (ET:28.04.2020)

işverene olan bağımlılığı sözleşmenin sona ermesi ile oldukça azalır. Ancak ekonomik olarak bağımlılığı devam eder. İşçinin sözleşmenin sona ermesi ile birikmiş alacaklarına kavuşmak için haklarından feragat etmesi mümkündür. İsviçre Borçlar Kanununda duyulan bu endişe nedeniyle feragat yasağı iş sözleşmesinin sona ermesinden bir ay sonrasını da kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Yine TBK m. 420/2 hükmü ile işçinin hakları üzerinde tasarruf yetkisi sözleşmenin sona ermesinden sonra da sınırlandırılmıştır.

Emredicilik teorisi ise işçinin hakları üzerinde feragat yetkisinin sınırlandırılmasını emredicilik ilkesine dayandırmış ve hakkın kaynağı olan normun niteliğini kıstas olarak belirlemiştir.²¹³ Emredicilik teorisi emredici olmayan haklardan işçinin her zaman feragatini mümkün kabul etmektedir.²¹⁴ Bu teoriye göre, işçinin emredici normlarla korunan haklarından feragatine getirilen sınırlamanın dayanağı işverene olan bağımlılığı ise bu sınırlama iş sözleşmesinin sona ermesi ile beraber eşitsizliğin ve bağımlılığın da ortadan kalkması ile sonlanacaktır.²¹⁵ Buna karşın hakların emredici niteliğinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam ettiği bu nedenle emredici haklardan zamanaşımı süresince feragat edilemeyeceği de savunulmuştur.²¹⁶ Emredici haklardan feragat yetkisi normun niteliğine göre belirlenmektedir. Mutlak emredici olarak düzenlenmiş haklardan feragat hiçbir zaman kabul edilmezken, nispi emredici haklardan işçi lehine feragat kabul edilmektedir.²¹⁷ Mutlak emredici normlarda kanun koyucu taraflara normun belirlediği alanın dışına çıkma ya da normun koruduğu menfaatler üzerinde pazarlık yapma yetkisi tanımamaktadır.²¹⁸ Mutlak emredici normların aksine nispi emredici normlardan feragat sonucu doğuran hukuki işlemler işçi lehine olduğu sürece geçerlidir. Ancak bu durumda neyin işçi lehine olduğu bir sorun olarak belirmektedir. Taraflar normla getirilmiş asgari sınırın altına inemez bu noktada tasarruf yetkileri bulunmamaktadır.²¹⁹ Buna karşın tarafların karşılıklı fedakarlıklar ile nispi

213 Doğan Yenisey, 232.

214 Doğan Yenisey, 232.

215 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 449.

216 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 449. naklen Szücs 2. ve orada belirtilen yazarlar. Alpagut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 48.

217 Alpagut Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 448-449.; Alpagut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 48-49.

218 Doğan Yenisey, 239.

219 Doğan Yenisey, 239.

emredici hak niteliğindeki alacakları üzerinde sulh olabilecekleri kabul edilmektedir.²²⁰ Baskı teorisinde ise emredici normun nispi-mutlak niteliğine göre feragat rejimi üzerinden bir ayrıma gidilmemiştir. İşçinin haklarından feragati hususunda hukukumuzda hakim yaklaşımın baskı teorisi olduğu söylenebilir.²²¹

İşçinin haklarından feragat yasağı esasen işçinin emredici nitelikteki alacakları ile toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını kapsamaktadır. Zira İsviçre Borçlar Kanununda kabul edilmiş sistem bu şekildedir. İsviçre Borçlar Kanunu 341/1 maddesinde iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay geçmeden kanunun emredici hükümlerinden veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinden doğan haklarından işçinin feragat edemeyeceği²²² açıkça belirtilmiştir. İşçinin emredici olmayan alacakları üzerinde her zaman feragat yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Bu tür haklardan feragat yalnızca irade sakatlığı halleriyle korunmaktadır.²²³ Hukukumuz yönündense, İsviçre hukukunda görüldenden çok daha geniş bir koruma benimsenmiş ve işçinin emredici olsun olmasın tüm haklarından feragat yetkisi sınırlanmıştır. Konuya ilişkin kanunda bir düzenleme (TBK m. 420/2) yer almadan önce de Yargıtay işçinin bireysel iş sözleşmesinden doğan alacaklarından iş sözleşmesinin devamı süresince feragatini geçerli kabul etmemiştir. Ancak işçinin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından feragati hususunda bu işlemi geçerli bulduğu kararları²²⁴ olduğu gibi geçersiz kabul ettiği kararları²²⁵ da bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi göz önüne alındığında işçinin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından feragati mümkün olmamalıdır. Aksi toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.²²⁶ Bu durum toplu iş sözleşmesi özerkliğine de aykırılık teşkil eder.

220 Bkz. aşa Başlık I, E, 3.

221 Doğan Yenisey, 233.

222 Astarlı, 45.; Doğan Yenisey, 236.

223 Doğan Yenisey, 237. ve dn 42'de sayılan yazarlar.

224 Y9HD, 06.07.2004 tarihli ve 2004/12658E., 2007/17179K. sayılı kararı. TÜHİS, Ağustos/2005, 19 vd. <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753664.pdf> (E.T:05.03.2020)

225 Y9HD, 11.05.2005 tarihli ve 2005/19012-24835 K.; Y9HD, 21.02.2006 tarihli ve 2005/38526E. 2006/4481K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T:05.03.2020)

226 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 461.; Alpagut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 66 vd.; Doğan Yenisey, 238.; Reisoğlu, 121.; Özdemir, Normatif Etki, 591-592. Aksi yönde, Çil, İbraname, 81-82.; Başbuğ, 74.; Ulusoy, 106-107.

İşçinin haklarından feragati hakkında yukarıda açıklanan teorilerin feragat konusu alacağın emredici niteliği ve işçinin bağımlılığından hareket edilerek geliştirildiği anlaşılmaktadır. Oysa hukukumuzda, konu ibranamelerin geçerliliği yönünden incelenmiş ve işçilik alacaklarının ödenmesi konusunda yoğunlaşmıştır. Konu, alacakların emredici niteliğinden çok işçilik alacaklarının ödenmesi yönüyle ele alınmış ve iş sözleşmesi devamı süresince işçinin bağımlılığı hususu gözetilmiştir. Mevzuatımızda ibraya ilişkin bir düzenleme yer bulmadan önce Yargıtay uygulaması ile işçinin haklarından tek taraflı feragati geçerlilik denetimine tabi tutulmuştur. İşçinin korunması, ibranın dürüstlük kuralına aykırı olmaması gibi ilkelerle ibranamelerin geçerliliği denetlenmiş ve işçinin haklarından vazgeçmesi belirli şartlarla kabul edilmiştir.²²⁷ Yargıtay'ın bu uygulaması TBK m. 420/2 hükmü ile kanunda yer bulmuştur. Hükümle ibraname konusu alacaklar belirlenmiş, ibranamenin zamanı ve şekli belli şartlara bağlanmıştır.

1.5.1.2. Türk Borçlar Kanununda İbraname

İş hukukunda ibranameye ilişkin düzenleme TBK m. 420/2 hükmü ile kanunda yerini almıştır. Buna göre, ibranın şartlarına bakıldığında aslında borçlar hukuku anlamında gerçek bir ibranın düzenlenmiş olmadığı aksine ifanın esas alındığı görülmektedir. Konuya ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmış olduğundan işçinin haklarından feragati niteliği taşıyan hukuki işlemlerde uygulanacak kural belirlidir. TBK m. 420/2 hükmüne aykırı hukuki işlemler geçersiz kabul edilir. İş hukukunda konuya ilişkin olarak kanunlarda başka bir düzenleme yer almadığından tüm iş ilişkileri bakımından hüküm uygulama alanı bulur.

²²⁷ Y21HD, 12.02.2004 tarihli ve 2003/11333E., 2004/1027K.; YHGK, 27.04.1983 tarihli ve 1980/9-3055E., 1983/427K.; Y9HD, 05.04.2010 tarihli ve 2008/23637E., 2010/9426K. sayılı kararları. www.kazanci.com (E.T:05.03.2020). Konuya ilişkin ayr. için bkz. Keser, 138-139.; Çil, İbraname, 62 vd., 269 vd.; Şen, 77 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1191-1193. Yargı kararları ve doktrinde ibranamenin dar yorumlanması gerektiği ilke olarak kabul edilmiştir. Bkz. Çil, İbraname, 62 vd.; Eren, 1272.Yargıtay açık oransızlık bulunmadıkça tazminat davaları yönünden ibrayı geçerli saymıştır. Bkz. YHGK, 31.05.2000 tarihli ve 2000/21-915 E., 2000/942 K. sayılı kararı. www.kazanci.com (ET:28.04.2020). Ayr. Bkz. Çil, İbraname, 84 vd., 477 vd.

1.5.1.2.1. İbranamenin Zamanı

TBK m. 420/2 hükmü ile iş sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık süre geçmeden yapılan ibralar hükümsüzdür. İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeye benzer olarak hukukumuzda da ibranın zaman yönünden sınırlandırılmıştır. Hukukumuzda işe iadeye ilişkin düzenlemeye bakıldığında dava açma süresinin bir ay olarak belirlendiği görülmektedir. Hüküm TBK m. 420/2 hükmüyle beraber incelendiğinde kanun koyucunun dava açma süresince işçilerin işvereni ibrasını yasakladığı anlaşılmaktadır.

Sadece sözleşmenin devamı esnasında değil sözleşmenin sona ermesinden bir ay içinde dahi işçilerin haklarından feragati niteliğinde hukuki işlem yapmaları yasaklanmıştır. Böylece işçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra bir takım haklarının ödenmeyeceği kaygısı ile bazı alacaklarından vazgeçerek işvereni ibra etmesi önlenmeye çalışılmıştır. TBK m. 420/2 hükmünde, iş sözleşmesinin devamı süresince ibranın yasak olduğuna ilişkin bir ibare yer almasa da sözleşmenin devamı boyunca işçilik haklarına ilişkin bir ibraname düzenlenemeyeceği gerek normun koruma amacından²²⁸ gerekse de hükmün düzenleniş biçiminden çıkarılmaktadır. Hükümden iş sözleşmesi devam ederken yapılan ibranamelerin geçerli olacağı anlamı çıkarılamaz. Keza hükümde bir aylık sürenin dolmasından sonra da ibranamenin geçerli kabul edilebilmesi için ifanın noksansız yapılması şartı arandığından, hükümle aslında işçinin işvereni ibrasının hiç bir koşulda kabul edilmediği anlaşılmaktadır.²²⁹

228 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1190.; Şen, 79-80.; Özcan/Ocak, 23.; Gümüş, 235.; İzmirlioğlu, 1471.; Aksu, 124.; Kılıç, 2839. Hükümün yalnızca sözleşmenin sona ermesinden sonraki bir ay içinde ibrayı yasakladığı yönünde bkz. Çil, İbraname, 36-37.

229 Doğan Yenisey, 243.; Alpagut, 165-167.; Özdemir, Hizmet Sözleşmesi, 571-572.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1194-1196. Bir aylık sürenin uygulamada fayda sağlamaktan uzak olduğu yönünde, Aksu, 149-150.

1.5.1.2.2. İbraname Şekli Ve İçeriği

TBK m. 420/2 uyarınca ibraname yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Aynı zamanda ibra konusu alacağın türü ve miktarının tek tek her bir alacak için açıkça ibranamede belirtilmiş olması da aranmaktadır. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır.²³⁰

TBK m. 420/2, işçilik alacaklarının tümü için düzenlenmiş kapsamlı bir düzenlemedir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 341 hükmü aksine yalnızca emredici normlarla korunan haklar değil bütün işçilik alacakları ibra düzenlemesine dahil edilmiştir. İşçinin hak kazanmadığı iddia olunan bir borç ibraya konu edilemeyeceği gibi doğmamış alacakların da ibraya konu edilmesi mümkün değildir.²³¹ İşçinin kanundan ya da bireysel/toplu iş sözleşmesinden doğan hiçbir alacağından iş sözleşmesi sona erse dahi işvereni ibrası mümkün değildir. Bu yasaklama tüm işçilik alacaklarına emredici bir koruma sağlamıştır.²³² Oysa işçinin emredici düzenlemelerle koruma altına alınmamış hakları da bulunmaktadır. Emredici olmayan alacaklardan ibra İsviçre hukukunda kabul edilmektedir.²³³ Sözleşmenin devamı süresince işçilik alacaklarından vazgeçmenin mümkün olmadığına ilişkin bir düzenleme faydalı görülebilir²³⁴ ancak özellikle sözleşmenin sona ermesinden sonra -yalnızca asgari koruma altında olan alacakların değil- tüm işçilik alacaklarına ilişkin ibra yasağının sürdürülmesi emrediciliğin ötesinden bir koruma getirir. İşçinin hiçbir alacağından hiçbir koşulda vazgeçmemesi sosyal kamu düzeni korumasının çok ötesinde ve sözleşme serbestisini oldukça sınırlayan bir anlayıştır.²³⁵ Oysa emredicilik, işçinin bağımlılığının ve işverenle eşit konumda bulunamamasının telafisi niteliğinde olmalıdır. Her ne kadar sözleşme sona erdikten sonra da işçinin ekonomik bağımlılığı devam etse de ibranın tamamen yasaklanması yerine farklı düzenlemelerle işçi lehine anlaşmalar kurulmasının önü açılmalıdır. Aksi halde emredici hükümlerin taraflarca hiç uygulanmaması ya da bu

230 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1193.; Süzek, 812-813.; Şen, 78.; Çil, İbraname, 39.; Özcan/Ocak, 11. Doktrinde adı yazılı şeklin yeterli olduğu kabul edilmektedir; Özcan/Ocak, 22.; Gümüş, 235.; Aksu, 123.; İzmirlioğlu, 1470.

231 Y7HD, 30.04.2015 tarihli ve 2015/10388-7783K. sayılı kararı. www.kazanci.com (ET:11.04.2020).

232 Doğan Yenisey, 246.

233 Doğan Yenisey, 237.

234 Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar, 452-453.

235 Doğan Yenisey, 246-247.

normların bertaraf edilmesi amacıyla başka hukuki işlemlere başvurulması sonucuyla karşılaşılabacaktır. İşçiler emredicilik ilkesi ile yaratılmak istenen korumadan mahrum kalacaktır. Tüm bu nedenlerle işçi lehine sonuçlar yaratacağı şüpheli olan bu hükmün değiştirilmesinde fayda olduğu görüşüne katılmak gerekir.²³⁶

1.5.1.2.3. Alacağın Eksiksiz Ödenmesi

Hükümde belirtilen başka bir şart ise “...ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması...” dır. Görüldüğü üzere düzenlemede alacağın noksansız ödenmesinden bahsedilmektedir. Doktrine bu ifade borcun bir ibra ile değil ifa ile sona ermesi olarak yorumlanmıştır.²³⁷ Hükmün lafzından işçinin alacaklarının tam olarak ödenmesi, borcun ibra ile değil ifa ile sonlandırılacağı anlamı çıkmaktadır. Hükmün amacına bakıldığında da işçilerin korunması için getirilmiş bir düzenleme olduğu görülmektedir. Bu durumda iş hukukunda borçlar hukukundaki anlamıyla ibranın kabul edildiği söylenemez. Keza TBK m. 132 hükmüne göre ibra borcu tamamen ya da kısmen ortadan kaldıran bir sözleşmedir. TBK m. 420/2 hükmünde alacağın tamamen ödenmesinin şart koşulması ibra ve ifa kavramlarının iç içe geçmesine neden olmuştur.²³⁸ Düzenlemeye göre ibraname borcu sona erdiren değil borcun sona erdiğini ispatlayan bir belge olarak değerlendirilmiştir.²³⁹ TBK m. 420/3 fıkrasına göre ise hakkın gerçekteki tutarda ödendiğini içermeyen ibra sözleşmeleri içerdikleri tutarla sınırlı olmak üzere makbuz hükmünde kabul edilmektedir. TBK m. 420/2 ve 3. fıkra hükümlerinin hizmet sözleşmesinden doğan tüm tazminat alacaklarına uygulanacağı ayrıca belirtilmiştir. Ödemenin banka aracılığıyla yapılması gerektiği hususunun ibranamenin geçerliliği yönünden bir zorunluluk niteliğindedir.²⁴⁰

236 Doğan Yenisey, 247.

237 Doğan Yenisey, 244.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1195.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 80., 628.; Özdemir, Eleştirel Bakış, 111.; Çil, İbraname, 40. Yargıtay’ın açık oransızlık bulunmaması halinde ibrayı geçerli kabul eden görüşü, TBK m. 420 hükmünde yer bulmamıştır. Bkz. yuk. dn 227.

238 Süzek, 801.; Doğan Yenisey, 245.; Çil, İbraname, 61.; Şen, 81-82.; Kılıç, 2845.

239 Şen, 80-83.; Süzek, 813.; Doğan Yenisey, 245.; Çil, İbraname, 42.; Özdemir, Eleştirel Bakış, 111.

240 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1195-1196.; Çil, İbraname, 40-41.; Şen, 82-83. Geçerlilik şartı olmadığı yönünde bkz. Doğan Yenisey, 245. Yargıtay banka aracılığı ile yapılmasının ispat sorunlarını ortadan kaldırdığı yönünde bkz. Y9HD, 13.02.2013 tarihli ve 2010/42519 E., 2013/5654 K. www.kazanci.com (ET:11.04.2020).

1.5.2. İ kale

1.5.2.1. Genel Olarak İ kale

İ kale bir sözleşmenin ve bu sözleşmeyle kurulan hukuki ilişkinin ortadan kaldırılmasına yönelik taraf iradeleri ile kurulan yeni bir bozma sözleşmedir.²⁴¹ Tarafların anlaşarak iş ilişkisini sona erdirmesi söz konusudur. İş sözleşmesinin taraflarınca anlaşarak sona erdirilmesi sözleşme özgürlüğünün gereği olarak kabul edilmiştir.²⁴² İ kale her iki taraf için de tasarruf işlemi niteliğindedir.²⁴³ İ bra dar anlamda borcu sona erdiren bir işlem iken ikale geniş anlamda borcu sona erdirir.²⁴⁴ İ kalede iş ilişkisi tüm hak ve borçlarıyla ortadan kalkarken bir borç i bra edilse de sözleşme ilişkisi varlığını koruyabilir.²⁴⁵ İ bradan farklı olarak ikalede henüz iş sözleşmesi sona ermemiş olduğundan işçinin işverene olan bağımlılığı fazladır. İ kale kanunda düzenlenmemiş olup konu yargı kararları ve öğretisi görüşleri ile şekillenmiştir. İ kale sözleşmesi kurulurken işçinin zayıf taraf konumunda bulunduğu açıktır. Bu sebeple ikale irade bozukluğu hallerinin denetimi²⁴⁶ yanında geçerlilik denetimine de tabi kılınması gereken bir sözleşmedir. İ kalenin geçerlilik denetimine tabi tutulması doktrinde aşırı yararlanma²⁴⁷, kanuna karşı hile²⁴⁸ ve hakkın kötüye kullanılması²⁴⁹ gibi farklı hukuki temellere dayandırılmıştır. Bu konuda, feshe ilişkin düzenlemelerin emrediciliği ve bu düzenlemelerden feragat yasağının ikalenin geçerlilik denetimine tabi kılınması için yeterli bir dayanak oluşturduğu görüşüne katılmak gerekecektir.²⁵⁰ İş güvencesine tabi işçiler yönünden de yasal anlamda iş güvencesine sahip olmalarına karşın gerçek anlamda bir iş güvencesi

241 Astarlı, 6. Çeşitli tanımlamalar için bkz. Alp, 29.; Sevimli, 85.; Ekonomi, İ braname, 36.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 43. İ kaleye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 403-410.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, ; Astarlı, 5 vd.; Eren, 1258-1259.; Alp, 29.

242 Ekonomi, İ braname, 36-37.; Süzek, 549. ; Gerek, 44.; Astarlı, 15-17.; Taşkent, 1.; Kabakçı, 125.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 42-43.; Alp, 29. Ydn75.

243 Eren, 1258.; Astarlı, 30-31.

244 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, ; Turanboy, 23.; Sevimli, 84.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1498.

245 Turanboy, 99.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 44-45.; Eren, 1258.

246 Ayr. için bkz. Astarlı, 160 vd.

247 Kabakçı, 126-127.; Özdemir, İ kale, 44.

248 Astarlı, 210 vd.; Alp, 37-38.

249 Alp, 38.

250 Doğan Yenisey, 249.

korumasından yararlanmıyor olmaları, ikale sözleşmesinin zayıf tarafında olduklarının kabulünü gerektirir.²⁵¹ Bu işçilerle yapılan ikale sözleşmeleri de irade bozuklukları ötesinde bir denetime tabi tutulmalıdır.²⁵²

1.5.2.2. İkalenin Geçerliliğinin Denetimi

İkalenin geçerliliğine ilişkin yapılan denetimler hem iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin serbest iradesini güvence altına almaya hem de ikalenin içeriğinin denetlenmesine yöneliktir. İ kale iş sözleşmesinin devamı esnasında yapılan ve iş ilişkisini sona erdirmeye yönelik bir anlaşma olduğundan işçinin iradesinin baskı altında kalmadan serbestçe oluşması önem arz etmektedir. Bu koruma yazılı şekil şartı, bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmeden dönme gibi farklı yollarla sağlanabilir.

İ kale kanunda düzenlenmemiş olduğundan şekline ilişkin bir usul de belirlenmiş değildir. Özellikle TBK m. 420/2 hükmünde yer alan yazılı şekil şartının kıyasen ikaleye uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışılmış ancak şekil serbestisinin esas olması nedeniyle kıyas yoluyla şekil şartı getirilmesi uygun bulunmamıştır.²⁵³ Buna karşın işçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralı²⁵⁴, aşırı yararlanma²⁵⁵ hükümleri dayanak alınarak işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiştir. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ise ikale teklifinin kimden geldiğine göre değişiklik gösterir.²⁵⁶ Eğer ki teklif işverenden gelmiş ise, işveren işçiyi sözleşmenin işçinin alacakları üzerindeki etkisi, işe iade davası açılmayacağı, işsizlik ödeneği alamayacağı gibi hususlarda bilgilendirmelidir.²⁵⁷

251 Alp, 32.; Kabakçı, 128.

252 Astarlı, 18 vd.; Kabakçı, 127-128.; Süzek, 550.; Mollamahmutoğlu/Astalı/Baysal, 786.; Alp, 39 vd.

253 Ekonomi, İbraname, 39-40.; Gerek, 45-46.; Astarlı, 114-115.

254 Ekonomi, İbraname, 42.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 49.; Astarlı, 120.; Sevimli, 96-97.; Süzek, 550-551.

255 Kabakçı, 126.

256 Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 49-50.; Astarlı, 121 vd. İ kale teklifinin işverenden gelmesi halinde işçinin fesihle kazanacağı pek çok hakkından mahrum kalması tehlikesi teklifin kimden geldiği hususunda yoğunlaşılmasına neden olmuştur. Astarlı 217 vd.

257 Astarlı, 122-123.

Doktrinde işverenin ikaledeki edimi olan tazminatı süresinde ödememesi halinde işçinin TBK m. 123'e göre işçinin, işverene borcunu ödemesi için uygun bir süre verebileceği tazminat bu sürede de ödenmezse borcun ifası ve gecikme tazminatı istemekten vazgeçerek sözleşmeden dönebileceği (TBK m. 125) belirtilmiştir.²⁵⁸ Genel hükümlerden de hareketle işçiye sözleşmeden dönme hakkı tanınması işçi lehine olup ikale sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek olumsuzluklara karşı faydalı bir önlem biçimidir.

İkale iş güvencesi hükümlerinden feragat edilmesi ile benzer sonuçlar yaratmaktadır.²⁵⁹ Sözleşmenin sona ermesinden önce feshe karşı koruma hükümlerinden vazgeçilemediği²⁶⁰ düşünüldüğünde ikalenin farklı konumu anlaşılmaktadır. Hukukumuzda ikale 1475 S. İş Kanunu döneminde de mümkün görülmüştür.²⁶¹ Ancak özellikle iş güvencesi hükümlerinin kabulünden sonra ikalenin denetlenmesi tartışmaları başlamıştır. Tarafların karşılıklı anlaşma gibi göstererek iş güvencesi hükümlerinin dolanılması endişesiyle ikalede içerik denetiminin yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Öğretide makul yarar bulunduğu sürece ikalenin iş güvencesi hükümlerinin dolanılması amacını taşımadığı kabul edilmektedir.²⁶² Makul yararın ne olacağı ise ikale teklifinin hangi taraftan geldiği, işçinin eğitim düzeyi ve iş yerindeki konumu gibi koşullara ve somut olayın niteliğine göre değişmektedir. İkale önerisinin işverenden geldiği durumlarda ikale, işçinin fesihten kaynaklanan haklarından feragati etkisini doğuracağından işçiye yasal haklarına ek bir makul yarar sağlanması gerekir.²⁶³ İş güvencesine tabi işçiler yönünden işverenin geçerli fesih nedeni bulunup bulunmadığına göre işçiye makul yarar sağlanması amacıyla ödenmesi gereken tazminat miktarı değişebilmekteyken iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi makul yarar kabul edilmektedir.²⁶⁴ İşverenin fesih için geçerli

258 Astarlı, 265-266.

259 Ekonomi, İbraname, 36-37.

260 Ekonomi, İbraname, 36.

261 Ekonomi, İbraname, 36. dn 6.

262 Ekonomi, İbraname, 29 vd.; Süzek, 513.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 710.; Gerek, 49-50.; Sevimli, 94-96.; Kabakçı, 123 vd.; Özdemir, İkale, 38-39., 43.;Astarlı, 217 vd. Aksi görüşte bkz. Taşkent, 3-6.

263 Doğan Yenisey, 256. Makul yarar ölçütüne ilişkin ayr. için bkz. Astarlı, 217-235.; Alp, 42.

264 Alp, 40-41.; Astarlı, 227 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 710.

nedeni bulunmaması durumunda kıdem ve ihbar tazminatları haricinde ek ödeme ihtiva etmeyen ikale anlaşmaları makul bir yarar taşımaktadır.²⁶⁵ İ kale teklifinin işçiden geldiği hallerde işverenin haklı bir fesih nedeni de varsa ikalenin geçerliliği için kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmiş olması aranmamalıdır.²⁶⁶ Çünkü işveren haklı nedenle sözleşmeyi feshetmiş olsaydı işçi kıdem ya da ihbar tazminatı hakkını kazanamayacaktır. Makul yarar yalnızca maddi bir menfaat ya da tazminat olarak da görülmemelidir. İşçiyi iş sözleşmesini ikale yolu ile sona erdirmeye yönlendiren her türlü maddi ya da gayri maddi menfaat makul yarar kapsamına alınabilir.²⁶⁷ Makul yarar tespitinde emredici haklardan ne ölçüde feragat edildiği esas alınmakta ve ikale sözleşmesinin geçerliliği bu şarta göre denetlenmektedir.

İ kalenin öncelikli etkisi iş sözleşmesinin derhal ya da belirli bir tarihte sona erdirilmesi olup böylece iş sözleşmesi ile yeni haklar ve borçlar doğması engellenir. Hak ve borçları geleceğe etkili olarak ortadan kaldırdığından, tarafların sözleşmenin ikale ile sona ermesinden önce doğmuş olan hakları varlığını korumaktadır.²⁶⁸ Taraflar iş ilişkisini ortadan kaldırırken genellikle ileride bu ilişkiden kaynaklanabilecek tüm uyumsuzlukları da önlemek isterler. İşveren ikale sözleşmesi kurulmadan önce doğmuş ve ifa edilmemiş borçlarından kurtulmak istiyorsa bunun için ibraya ihtiyaç duyacaktır. Bu amaçla ikale sözleşmesinin içeriğinde iş ilişkisinden doğmuş olan talep haklarının sona erdiği kararlaştırılabilmektedir.²⁶⁹ İ kalenin içeriğinde işçilik alacakları konusunda işçinin, işvereni borçtan kurtardığı yönünde bir irade beyanı yer alması, bir ibra kaydı, mümkün değildir; sözleşmede yer alan ibra kayıtları geçersiz kabul edilmelidir.²⁷⁰

265 Alp 40.; Astarlı, 229-231.

266 Astarlı, 219-222.

267 Astarlı, 224-225. Sağlık sigortası devamı, para dışında maddi kıymeti olan eşyalar verilmesi, işçinin rekabet yaşama son verilmesi gibi. Astarlı, 234-235.; Alp, 39.

268 Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 42.; Astarlı, 293.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 787.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 43.; Gerek, 51.

269 Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 43-44.

270 Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 44.

1.5.3. Sulh

1.5.3.1. Genel Olarak Sulh Sözleşmesi

Sulh, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden doğan mevcut ya da doğabilecek uyuşmazlığı karşılıklı fedakarlıklarda bulunarak sona erdirdiği bir sözleşme türüdür.²⁷¹ Taraflar arasında geçerli bir sulh sözleşmesi kurulabilmesi için varlığı çekişmeli bir alacak bulunmalı ve sözleşmenin iki tarafının da karşılıklı menfaatlerinden fedakarlıkta bulunarak bu alacağın bulunmadığı konusunda anlaşması gerekir.²⁷² Sulh tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.²⁷³ Sulh mahkeme içi veya taraflar arasında mahkeme dışında yapılabilir.²⁷⁴ Konumuz açısından taraflar arasında yapılan sulh sözleşmesini incelemek gerekir. İş hukukunda işçinin alacaklarından vazgeçmesi oldukça sınırlı hallerde mümkün kılınmıştır. İş hukukunda sulh konusunda temel kaygı feragat yasağı karşısında uygulanabilirliği sorunudur.

Sulh sözleşmesi, konusunu oluşturan hakların varlığının çekişmeli olması yönüyle ibradan ayrılır.²⁷⁵ İbra söz konusu olduğunda alacağın varlığında şüphe yoktur. Karşılıklı bir fedakarlıktan bahsetmek mümkün değilse yalnızca bir tarafın yaptığı bir takım fedakarlıklar varsa bu halde sözleşmenin sulh olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Bu tür bir sözleşme ibra niteliğindedir. Her sulh sözleşmesi de ibra hükmünde

271 Astarlı, 45.; Ekonomi, İbraname, 46.; Çil, İbraname, 25.; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, 44.; Özdemir, İkale, 44.; Önen, 2.; Özcan/Ocak, 31.; Aksu, 109.; Ulsan, 150.; Akil, 2.; Tanrıver, Sulh, 333.; Özbay, 472.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 184.; Dür, 365.; Ildır, 162-163.; Karauz, 7-8.; Ugan Çatalkaya, 165.; Hızır Asrav, 21 ve orada sayılan yazarlar.

272 Alpagut, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 46.; Gümüş, 24.; Karauz, 14-16., 36-37.; Hızır Asrav, 39 vd.; Özdemir, Sulh, 59.; Astarlı, 45.; Ekonomi, İbraname, 46.; Tanrıver, Sulh, 333.; Doğan Yenisey, 258.

273 Önen, 27.; Ulsan, 154.; Ildır, 163.; Hızır Asrav, 56-59.; Karauz, 62-64.; Özdemir, İkale, 44.; Özdemir, Sulh, 59. Mahkeme dışı sulh maddi hukuk sözleşmesi niteliğinde borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir. Ulsan, 24.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 185.

274 Önen, 19.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 185. Mahkeme içi sulh mahkeme dışı sulhten farklı olarak görülmekte olan bir davayı sona erdirir. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 152. Ayr. bkz. Tanrıver, Sulh, 336.; Akil, 3-4.; Ulsan, 177.; Ugan Çatalkaya, 166-167.

275 Çil, İbraname, 26.; Sevimli, 87.; Özcan/Ocak, 17., 31.; Karauz, 12-13., 36-37.; Hızır Asrav, 33-39.; Aksu, 109.; İzmirlioğlu, 1465.; Özdemir, Sulh, 59.; Ugan Çatalkaya, 168.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1495. Bkz. Y9HD, 31.03.2014 tarihli ve 2012/3710E., 2014/10807K. sayılı kararı.

kabul edilemez.²⁷⁶ Ancak sulh sözleşmesinin konusu olan hukuki ilişkiyi sonlandırma niteliği taşıması halinde ibrayı da içerdiği belirtilmiştir.²⁷⁷

Sulh sözleşmesinin ikale ile birlikte de değerlendirildiği görülmektedir. İ kale sözleşmesi için bir anlaşmazlık ya da hakkın varlığı konusunda şüphe bulunması aranmazken sulhte esas olan şüpheli bir hakka ilişkin doğabilecek uyuşmazlığı ortadan kaldırmaktır. Doktrinde ikale ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ve özellikle işveren feshinin geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlığın karşılıklı fedakarlıklarla sona erdirilmesi amaçlanmışsa sulh niteliğinde ikalenin mümkün olabileceği belirtilmiştir.²⁷⁸

1.5.3.2. Sulh Sözleşmelerinin Geçerliliğinin Denetimi

Taraflarca pek başvurulan bir yol da olmadığından maddi anlamda sulh sözleşmesinin hukukumuzda çok fazla incelenmiş olduğu söylenemez. Sulh sözleşmelerinin geçerliliği daha çok irade bozuklukları ve karşılıklı fedakarlıklarda bulunulup bulunulmadığı yönünden denetlenmektedir. Karşılıklı fedakarlıklarda bulunulmadığı sürece taraflar arasında kurulan sözleşmenin sulh sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.²⁷⁹ Özellikle tarafların yaptığı fedakarlıklar arasında çok büyük orantısızlık olması, bir tarafın hiçbir fedakarlıkta bulunmaması gibi hallerde sözleşme sulh olarak nitelendirilse dahi maddi hukuk anlamında sulh olarak kabul edilmesi mümkün olmaz.²⁸⁰ Duruma göre feragat, kabul, ibra vb. sözleşme türlerine dahil edilir. Tarafların edimleri arasında aşırı orantısızlık bulunan hallerde gabin hükümlerine başvurularak sulh sözleşmesinin iptali talep olunabilir.²⁸¹

²⁷⁶ Turanboy, 45.; Çil, İbraname, 12.

²⁷⁷ Turanboy, 45.; Çil, İbraname, 12.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1191.; Eren, 1272.; Gümüş, 52 vd.; İzmirlioğlu, 1465.; Keser,137.; Hızır Asrav, 79. Taraflar karşılıklı fedakarlıklarda bulunurken bu fedakarlıkların bir tarafın diğer tarafı ibrası niteliğinde de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Turanboy, 101 vd.

²⁷⁸ Astarlı, 46.,132 vd.

²⁷⁹ Hızır Asrav, 43., 39 vd.; Karauz, 14-16., 36.; Özdemir, Sulh, 59.; Ugan Çatalkaya, 167.; Tanrıver, Sulh, 333. Taraflarca eşit fedakarlıklarda bulunulması aranmamıştır. Tarafları tatmin etmesi halinde fedakarlıkların az bir miktarda olması yeterli görülmüştür. Ulsan, 153-154.; Karauz, 15.; Hızır Asrav, 15.; Ugan Çatalkaya, 166.

²⁸⁰ Hızır Asrav, 43-44.; Karauz, 57.

²⁸¹ Hızır Asrav, 209-211.; Akil, 8. TBK m. 27 hükmüne aykırı şekilde düzenlenen sulh sözleşmeleri geçersizdir. Ugan Çatalkaya, 167.; Hızır Asrav, 190.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 184.

Sulh sözleşmeleri için ikalede işçinin makul yararının aranması gibi öğreti ve yargının hem fikir olduğu bir ölçüt bulunmamaktadır. Kurumun emredici normlarla olan ilişkisi yönünden bir değerlendirme yapmak zordur. Doktrinde varlığı şüpheli olan işçilik alacakları yönünden bir menfaat karşılığı feragatin işçi lehine olabileceği, işçinin emredici haklarından feragatini makul bir oranda telafi etmeyen sulh sözleşmeleri feragat yasağının işinin boşaltılmasına neden olacağı ileri sürülmüştür.²⁸² İş hukukunda emredici kurallara uygun sulh sözleşmeleri kurulmasına engel olunmamakla beraber bu sözleşmeleri hiçbir denetime tabi kılınmayan, tarafların tam anlamıyla bir irade serbestisine sahip olduğu sözleşmeler olarak da nitelendirmemek gerekir. Aksi durum emredici normların koruma amacına ve iş hukuku temellerine aykırı sonuçlara yol açar. Bu bağlamda özellikle tarafların iş sözleşmesi devam ederken sulh olup olamayacakları önemli bir sorundur. İş sözleşmesi devamı süresince işçinin ibrasının hiçbir şekilde kabul edilmediği düşünüldüğünde bu sürede sulh sözleşmesinin yapılmasının da kabul edilemez.²⁸³ Sözleşmenin sona ermesinden sonra ise karşılıklı fedakarlıklar gösterilmesi şartıyla geçerli bir sulh sözleşmesi kurulmasının mümkün olduğu doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir.²⁸⁴ Ancak sulh sözleşmesi konu edindiği hukuki ilişkiye ait bir borcu sona erdiriyorsa gerçekte ibra niteliğindedir.²⁸⁵ Dolayısıyla her ne kadar karşılıklı fedakarlıkla bir uyuşmazlığın sona erdirilmesi söz konusu ise de sulh sözleşmeleri ile işçiler kısmen haklarından vazgeçtiğinden TBK m. 420 hükmü kapsamında değerlendirilmeleri gerekir.²⁸⁶

282 Doğan Yenisey, 258.

283 Doğan Yenisey, 261.; Ugan Çatalakaya, 171-173.; Özdemir, Sulh, 62.

284 Özdemir, Sulh, 60-62.; Doğan Yenisey, 261.; Ekonomi, İbraname, 46. Makul yarar karşılığında ikale geçerli kabul edildiğine göre sulh sözleşmelerinin de geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Doğan Yenisey, 265.; Özdemir, Sulh, 60.; Ugan Çatalakaya, 170.

285 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1190-1191.Bkz. yuk dn 277.

286 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1190-1191.

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Küreselleşme ve neoliberal akımların da etkisi ile devletler uyuşmazlık çözümündeki yükümlülüklerinden çekilme ve bireylerin uyuşmazlık çözümünde baş başa bırakıldıkları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelme eğilimindedir.²⁸⁷ Bu eğilimden en çok etkilenen hukuk dallarından biri de iş hukukudur. 7036 S. İş Mahkemeleri Kanunu ile 5521 S. İş Mahkemeleri Kanunu kaldırılmış ve iş yargılamasında değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerden biri de 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlükte olan; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, devlet yargısına başvurmadan önce gidilmesi zorunlu kılınan (dava şartı) arabuluculuk yoludur. Arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması usulen mümkün kılınmadığından çalışmamızda İMK m. 3 hükmüyle düzenlenmiş arabuluculuk yolu için zorunlu arabuluculuk ifadesi kullanılmıştır. Bu değişiklik arabuluculuğun hukukumuzda ilk kez zorunlu olarak öngörülmesi yönünden önem arz etmektedir. Bireysel iş uyuşmazlıklarının yapısının zorunlu arabuluculuğa uygun olup olmadığı ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı konuları doktrinde çokça tartışılmıştır. Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kanuni düzenlemelerde yer alması nispeten yeni olup, bu yolların uygulanması sorunu sadece hukuk sistemimize özgü bir sorun değildir. Özellikle ihtiyariliğin ilke olarak benimsendiği bir çözüm yolunun zorunlu kılınması dünya doktrininde olduğu gibi hukukumuzda da eleştirilmiştir. Zorunlu arabuluculuk yolunun İş Hukuku'nun mahiyetine ve emredici hükümlerine uygunluğu sorunu ise konumuz yönünden esas olarak incelenmesi gereken husustur.

Düzenlemenin daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle 7036 S. İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenen arabuluculuk yolu genel hatları ile ele alınmış ve arabuluculuk süreci incelenmiştir. Zorunlu arabuluculuk yolu arabulucuya yönelik düzenlemeler, arabuluculuk kurumunun olumlu-olumsuz yönleri, kurumsal yapı ve arabuluculuk

287 Bakırcı, 357.

müzakereleri gibi usul kurumunu ilgilendiren yönleriyle doktrinde çokça çalışılmış olduğundan bunların incelenmesi üzerinde durulmamıştır. İMK m. 3 düzenlemesinden önce de bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk ihtiyari bir çözüm yolu olarak düzenlenmiş olmasına karşın çok fazla tercih edilen bir yol olmamıştır. İş mevzuatımızda hali hazırda bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde hem ihtiyari hem de zorunlu arabuluculuk yoluna başvurmak mümkündür. İhtiyari arabuluculuğun incelenmesi çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak İMK 3. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde HUAK m. 18/A hükmü ve burada da hüküm bulunmayan hallerde zorunlu arabuluculuğa uygun düştüğü ölçüde HUAK genel hükümleri uygulanır. (İMK m. 3/21) Bu nedenle gerekli olduğu hallerde genel arabuluculuğa ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir.

2.1. GENEL OLARAK ARABULUCULUK

2.1.1. Arabuluculuk Kavramı ve Gelişimi

Arabuluculuk hukukumuzda 6356 S. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile girmiş alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek onların uyuşmazlığa bir çözüm bulmasını sağlayan ya da onlara çözüm önerileri sunarak uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olan tarafsız üçüncü bir kişinin varlığında, gönüllülük esasına dayanan devletin yargısal çözüm yolunun yanında seçimlik yollardır.²⁸⁸ Genel olarak alternatif çözüm yolları yargısal çözüm yollarının ikamesi niteliğinde olmayıp²⁸⁹ yargısal çözüm yolları ile beraber var olan ve gönüllülük temelli olduğu için de kişilerin adil yargılanma hakkına gölge düşürmeyen bir yollardır.²⁹⁰ Uyuşmazlıkların çözümü için yargısal çözüm yolları genellikle ilk düşünülen çözüm yoludur. Aslen devletin varlık sebeplerinden biri de toplumsal düzenin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin

288 Tanrıver, 151.; Oğuz, Alternatif, 21.; Büyükay, 23-24.; Manav Özdemir, 202.; Bulur, 31.; Ildır, 26-30.; Kekeç, 13.; Kurt, 413.; Özbek, Adalet Ulaşma, 136. Benzer tanımlar için bkz. Tanrıver, 151 dn 1.; Taşpolat Tuğsavul, 5.; Özbek, 191-198.; Yazıcı Tıktık, 5-6.; Özbay, 460.; Dür, 6.; Ulukapı/Kıyak, 1647.

289 Tanrıver, 152.; Kekeç, 74.; Odaman/Karaçöp, 54.; Namli, 154.; Taşpolat Tuğsavul, 6-8. ve dn.9 da sayılanlar.; Güzel, 1135.; Özbek, 202.; Kurt, 415.; Bulur, 41-42.; Pekcanitez, Alternatif, 15.; Özmumcu, 826.

290 Mutlay, İşe İade, 2134.; Karacabey, 462.,464.; Tanrıver, 152-155.; Özbay, 460.; Yağcıoğlu, 465-466.; Köme Akpulat, 411.; Şıpka, 166.; Kuru, 237.; Yazıcı Tıktık, 6. Bkz. AYM, 10.07.2013 tarihli ve 2012/94E., 2013/89K. sayılı kararı. RG, 25.01.2014, S.28893. www.kazanci.com ET:28.04.2020.

belirlenmiş normlar çerçevesinde yargı eli ile korunmasıdır. Bu durumda kişiler uyuşmazlığa düştüğünde sorunun çözümünü yargısal yollarda aramaları en olağan davranış olacaktır. Ancak artan uyuşmazlık sayısının da etkisi ile diğer dünya ülkelerinde olduğu gibi hukuk sistemimizde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur.

Arabuluculuk HUAK m. 2/1'e göre "*Sistemik 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 üretemediklerinin 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*" dir. Tarafların başvurusu üzerine tarafsız üçüncü bir kişinin(arabulucu) desteğiyle ve karşılıklı iletişimle taraf menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığın çözümü şeklinde de tanımlanabilir.²⁹¹

Arabuluculukta amaç tarafların iletişim kurmalarının sağlanmasıdır. Zira uyuşmazlığın getirdiği psikolojik gerilimle taraflar birbirleriyle diyalog içine girmek istemeyebilir. Arabulucu taraflar için tarafsız, güvenli bir müzakere ortamı sağlayarak onların iletişim kurmasını teşvik eder ve böylece uyuşmazlığı çözmelerini hedefler. Bu ortamın sağlanabilmesi için arabulucunun taraflardan ve uyuşmazlıktan bağımsız, tarafsız üçüncü bir kişi olması gerekir.²⁹² Arabulucu tüm müzakere sürecini yöneten ve tarafların iletişim halinde olmasını sağlayarak çözüm bulmalarına yardım eden bir konumdadır. Tarafsızlık unsuru olmazsa arabulucu bu gücünü yitirir. Arabuluculukta yargı yolunda olduğu gibi hak temelli değil menfaat temelli bir çözüm arayışı vardır. Tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığın çözümü esas hedeftir.²⁹³ Arabulucu hakim ve hakemden farklı olarak uyuşmazlık hakkında karar veren taraf da

291 Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, 17.; Tanrıver, 151 vd.; Şıpka, 164; Alpagut, Zorunlu Arabuluculuk, 112 vd.; Mutlay, İşe İade, 2132. Benzer tanımlar için bkz. Erdoğan, 1212.; Erbaş, 192.; Yazıcı Tıktık, 8.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 26.; İldır, 88.; Tanrıver, 151.; Özbek, 592.; Yıldırım, 350 vd.; Saisözen, 281.; Özbay, 465.; Kaplan, 121-122.; Günay, 87-88.; Karacabey, 459.

292 Kekeç, 75-78.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 28.; Kaplan, 122.; Mutlay, İşe İade, 2132.; Özmumcu, 831.; Sarısözen, 256.

293 Özbek, Adaletle Ulaşma, 139.

değildir. Uyuşmazlığın çözümüyle ilgili taraflar bir karara varır ve arabulucu ancak bu anlaşmanın sağlanmasına yardım edebilir. Arabulucunun vereceği çözüm önerileri, görüşler dahi tavsiye niteliğindedir.²⁹⁴

2.1.2. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

Arabuluculuğun temel özelliklerinden en önemlileri eşitlik ve iradilik esaslarıdır. *“İradilik ilkesi, tarafların her türlü dış etkiden uzak olarak bu yola başvurusu ve aynı zamanda da arabulucunun da her türlü dış etkiden uzak olarak uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olması anlamına gelir.”*²⁹⁵ Bu esasa göre taraflara arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme ya da sürece son verme konusunda serbest olduğu gibi anlaşıp anlaşmamak konusunda da tam bir serbestiye sahiptir.²⁹⁶ Gönüllülük, arabuluculuğa katılma ve anlaşma konusunda olmak üzere iki şekilde incelenebilir.²⁹⁷ Arabuluculuğa katılma konusunda HUAK m. 3/1 gönüllülüğü temel almıştır. Ancak STİSK m. 50, İMK m. 3, TTK m. 5/A ve HUAK m. 18/A düzenlemelerinde de görüldüğü gibi, bu ilke her arabuluculuk türünde mevcut olmayabilir. İMK m. 3 ile bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı haline getirilerek arabuluculuğa başvuruda gönüllülük unsuru kaldırılmıştır. HUAK m. 3/1 hükmünde de açıkça dava şartı olan arabuluculuğun gönüllülük ilkesinin bir istisnası olduğu belirtilmiştir. Arabuluculuğa katılma hususunda zorlayıcı maddelerin bulunması halinde gönüllülük esasının uygulanabilirliği tartışmalıdır. Zorunlu arabuluculuğun kurumun ruhuna ve amacına aykırı olduğu yönünde haklı eleştiriler getirilmiştir.²⁹⁸ Gönüllülük ilkesi hak arama özgürlüğünü de ilgilendirmektedir. Arabuluculukta gönüllülük unsurunun yer alması sebebiyle hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacağı kabul edilmiştir.²⁹⁹ İhtiyari arabuluculuk düzenlemesi açısından bakıldığında iradilik ve eşitlik esası tam anlamı ile geçerli olduğundan bu hususta bir tartışma yoktur. Ancak İMK m. 3

²⁹⁴ Tanrıver, 90. Bkz. aşı. dn. 450.

²⁹⁵ HUAK, m. 3. Taşpolat Tuğsavul, 106.

²⁹⁶ Kekeç, 85-87.; Özbek, 144-145., 608.; Yazıcı Tıktık, 36.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 126-127.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 28.; Bulur, 43.; Tanrıver, 165.; Ersen Perçin, 182.; Dür, 16.; Erdoğan/Erzurumlu, 10.; Kıyak, 524.

²⁹⁷ Kekeç, 85.

²⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, 85-91.; Özümucu, 807-839. İMK yönünden zorunluluğun değerlendirilmesi için bkz. aşı. Başlık, II, B, 2.

²⁹⁹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 29.; Mutlay, 31. Ayr. Bkz., Başlık, II, B, 1.

düzenlemesinde olduğu gibi katılımın zorunlu olduğu durumlarda dahi anlaşma aşamasında gönüllülüğün esas olduğu unutulmamalıdır. Her ne kadar taraflar anlaşmak konusunda serbest olsa da zorlayıcı yönlerin bulunması kurumun süreç içinde anlaşmaya zorlayan bir yapıya çevirme tehlikesi vardır.

İradilik ilkesinin bir gereği olarak tarafların uyuşmazlığı çözümede istekli olmaları önemlidir. Arabulucunun da uyuşmazlığın çözümü için her türlü çabayı sarf etmesi gerekir. Ayrıca arabulucu tarafların fikirlerini, önerilerini rahatça ortaya koyabilmesi adına taraflar arasındaki sosyo-ekonomik, kültürel farklılıklardan haberdar olmalı ve dengeyi gözetmelidir. *“Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.”*³⁰⁰ Düzenlemede eşitlikten kasıt mutlak anlamda bir eşitlik değil sürecin eşitliği hissettirecek şekilde yürütülmesidir. Yargılamaya ilişkin ilkeler arabuluculuk sürecinde uygulanmayacağından maddi eşitlikten bahsetmek mümkün olmaz. Karşısındakinin kendisinden daha ayrıcalıklı olduğunu düşünen taraf eşit koşulların söz konusu olmadığını bu yüzden de anlaşmaya varamayacağını da düşünecektir. Özellikle bireysel iş uyuşmazlıkları yönünden taraflar arasında gerçek anlamda bir eşitlikten bahsetmek mümkün değildir. İşçi iş sözleşmesi sona ermiş olsa dahi ekonomik olarak işverene olan bağımlılığını korumaktadır. Bu nedenle arabuluculuk sürecinde işçi ve işveren arasında eşitliğin sağlanıp sağlanamayacağı kuşkuludur. Zira arabuluculukta sosyal devlet anlayışına uygun olmayan biçimde şekli anlamda bir eşitlik söz konusudur.³⁰¹

Arabuluculuğun bir başka özelliği ise gizliliğin esas olmasıdır. Arabuluculuk müzakereleri gizli olduğundan burada konuşulanlar, görüşler ve bilgiler başkalarıyla paylaşılmamış ve taraflar arasında kalmış olacaktır. Oysa yargılama esnasında gizlilik kararı alınmadığı sürece mahkemelere herkes katılabilir. Gizlilik ilkesi HUAK m. 4 hükmünde açıkça belirtildiği gibi beyan ve belgelerin kullanılmaması³⁰² durumunda da

300 HUAK m. 3/2. ve HUAKY m. 5/2. Bulur, 44.; Kekeç, 303.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk 134.; Büyükkay, 68.

301 Mutlay, 59 vd. Maddi ve şekli anlamda eşitliğe ilişkin bkz. aşa. Başlık III, C, 2.

302 HUAK m. 5 deki belgeler, tüm belgeler olmayıp sadece arabuluculuk faaliyeti için hazırlanmış belgelerdir. HUAK Gerekeç m.5, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0486.pdf> (E.T: 07.11.2017). Aynı şekilde HUAK m. 5/5 fıkrasında ise arabuluculuk sürecinden önce elde edilen ancak arabuluculuk aşamasında kullanılan delillerin sırf bu yüzden yasak kapsamında olmadığını açıklamıştır. Taşpolat Tuğsavul, 119. Yasak kapsamındaki delillerin

ortaya çıkar. Anlaşmaya varılmadan arabuluculuğun sonlanması halinde yapılan açıklamalar, bilgi ve belgeler gizli tutulur ve dava ya da tahkim aşamasında kullanılamaz, bunlar hakkında tanıklık yapılması da mümkün değildir. HUAK m. 5/3 hükmüyle açıkça gizliliğin sınırları çizilmiştir: “...bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.” ayrıca taraflarca da aksinin kararlaştırılması mümkündür (HUAK m. 4/1). Gizlilik sınırsız değildir; tarafların rızası, hangi hususların gizli kalmayacağını belirlemeleri ya da kanunun öngördüğü hallerde bu ilkeden vazgeçilebilir. Bu haller istisnai nitelikte olup dar yorumlanmamaları durumunda gizlilik ilkesinin ihlali ortaya çıkar. Gizlilik ilkesi ile güven ortamı oluşturarak, tarafların daha çabuk iletişim kurması ve uyuşmazlığı ilerisi için endişe duymadan çözebilmeleri amaçlanmıştır.³⁰³

2.1.3. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar

HUAK m. 1/2 hükmüne göre, bir uyuşmazlık için arabuluculuğun veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanabilmesi ancak o uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve kamu düzeninden olmayan bir konuya ilişkin olması halinde mümkündür. HUAK m. 1/2 hükmüyle arabuluculuğa elverişli konular tek tek sayılmamakla beraber yabancılik unsuru taşıyanlar dahil tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında ve tarafların serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun mümkün olduğu belirtilmiştir. Aile içi şiddet olaylarında arabuluculuğun mümkün olmadığı ise ayrıca düzenlenmiştir.

Özel hukukta irade serbestisi esas olmakla birlikte bu serbesti mutlak değildir. Özel hukuk alanında da tarafların tasarruf edemeyeceği bazı konular kamu düzeni, zayıfların korunması gibi nedenlerle taraf serbestisine kapatılmıştır. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği konuların neler olduğunu tek tek saymak mümkün değildir. HUAK m. 1 hükmü gerekçesinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işlemler, sulh olmak

kullanılması durumunda hükme esas alınması mümkün olmaz. HUAK m. 5/3. Bunun hukuka aykırı delil olarak anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Taşpolat Tuğsavul, 117-118.

303 Namli, 155.; Kaplan, 137.; Yağcıoğlu, 470.; Bulur, 44.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 134-135.; Günay, 84.; Yazıcı Tıktık, 34.; Kekeç, 995-98.

suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar olarak ifade edilmiştir.³⁰⁴ Genel anlamda tarafların sulh olabilecekleri konularda arabuluculuğa da başvurabilmeleri mümkündür. “Kişinin serbestçe tasarruf edebileceği işler” maddi hukukta “sözleşmenin sınırlandırılması ilkesi” ile paralel bir düzenleme olarak kabul edilebilir.³⁰⁵ Uyuşmazlık konusu kamu düzenini ilgilendirmeyen, emredici genel kurallarla düzenlenmemiş ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili de değilse arabuluculuğa elverişli kabul edilebilir.³⁰⁶ Yargıtay tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işleri kamu düzeninden olmayan işler olarak tanımlamıştır.³⁰⁷ Kamu düzeni kavramına ilişkin belirsizlikler konunun tam anlamıyla tartışılmasına engel olmuştur.³⁰⁸ Daha önce de belirttiğimiz üzere kamu düzeni belirsiz, zaman ve şartlara göre değişebilen bir kavramdır.³⁰⁹ Kamu düzeninden sayılan işlere örnek olarak sosyal güvenlik ve hizmet tespit davaları ile taşınmaz aynına ilişkin konular gösterilebilir. Ancak bir davadaki her talep kamu düzeninden sayılmayabilir. Örneğin boşanma davasında boşanma ve velayet kamu düzenini ilgilendirirken tazminat talepleri ile nafaka tarafların tasarruf edebileceği konulardır.³¹⁰ Arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşma belgesi TBK m. 27 “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...*” ve TMK m. 23 “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...*” hükümlerine uygun olması yönünden denetlenir.³¹¹ Anlaşma belgesi borçlar

304 Uyuşmazlık konusu üzerinde sulh yoluyla serbestçe tasarruf edebilmesi mümkün olduğundan gerekli şekil koşullarına da uymak suretiyle arabuluculuk sözleşmesi kurulması mümkün görülmektedir. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 92.

305 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485. Düzenlemenin HMK m. 408/1 hükmüne benzerliğinden hareketle elverişliliğin tespitinde uyuşmazlığın tahkime uygun olup olmadığı yönündeki deneyimlerden faydalanılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Ulukapı/Kıyak, 1647. Çeşitli uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişlilik yönünden değerlendirilmesi için bkz. Akil, Kapsamı, 75-137.

306 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485. Kamu düzeninden sayılan işler arabuluculuk kapsamı dışındadır. İldır, 40-43.; Tanrıver, 152.; Kurt Konca, 236.; Kekeç, 119.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 50-51.; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, 123. Ayrıca bkz. Bilge, Kamu Düzeni, 93-144.; Akil, Kapsamı, 79.

307 YİBK, 10.02.2012 tarihli ve 2010/1E., 2012/1K.sayıli kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020)

308 Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, 121-124.

309 Kamu düzeni, değişken bir yapıda olup hukuk kuralları içinde kalınmak suretiyle belirlenmesi gereken bir kavramdır. AYM 28.01.1964 tarihli ve 1963/128E., 1964/8K. sayılı kararı. RG, 17.04.1964, S.11685. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020).; YHGK, 12.12.1990 tarihli ve 1990/3-527E., 1990/ 627K. sayılı kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020). Ayr. bkz. yuk. dn. 168.

310 Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 120.; Kurt Konca, 238.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 52.; Bilge, Kamu Düzeni, 111-112.; Büyükay, 177-179.; Kurt, Sulh, 150.

311 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485.

hukukundaki irade serbestisi ilkesi çerçevesinde hazırlanan bir belge olup bu ilkesinin istisnaları ile bağlıdır.³¹² Eğer anlaşma konusu tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konulardan değil ya da bu türde konulardan olmasına karşın anlaşma belgesi kanunun öngördüğü şekle uygun biçimde düzenlenmemişse belgenin arabuluculuğa elverişli olduğu söylenemez.³¹³ Zira emredici hukuk kurallarının aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün olmadığından anlaşma belgesinin içeriği ve şekli bu kurallara uygun olmalıdır. Yani uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının tespitinde sözleşme özgürlüğü sınırlarının aşıp aşılmadığı kontrol edilir.

Genel olarak bakıldığında işçi-işveren uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir.³¹⁴ İMK genel gerekçesinde “*İş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların yapısı, tarafların komuyu müzakere ederek anlaşmaları suretiyle sonuçlandırılmasına uygundur.*” denilerek baştan iş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa uygunluğu kabul edilmiştir. Ancak tüm işçi işveren uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu düzenini ilgilendiren, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği konulara ve emredici kurallara dikkat edilmelidir.³¹⁵ Özellikle sosyal güvenlik uyuşmazlıklarında olduğu gibi bazı alanlar kamu düzeninin etkisi çok baskın olduğundan arabuluculuğa uygun değildir.³¹⁶ HUAK m. 1/2 hükmü ile genel anlamda arabuluculuğa elverişli alanlar hususunda bir çerçeve çizilmiştir. Her somut uyuşmazlığın bu kapsamda arabuluculuğa götürülüp götürülemeyeceğinin ayrıca belirlenmesi gerekir. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, sosyal güvenlik kurumunun taraf olduğu eksik prim ödenmesi, hizmet tespit davası, sigortalının hatalı

312 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485. İrade serbestisi eşitlik, şekil serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkelerini kapsar. Eren, 16.

313 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485-1486.

314 Özbek, 1186.

315 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 52. Odaman/Karaçöp, iş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa uygun olduğu görüşündedir. Odaman/Karaçöp, 58. Bir görüşe göre iş uyuşmazlıkları kamu düzenine ilişkin olup alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması mümkün değildir. Doğan Yenisey, Toplantı, 174-180; Namlı, 159-161; Ildır, 41; Alpagut, Toplantı, 213. “Alternatif çözüm yöntemlerinin, bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde kabulü, iş hukukunun bağımsız bir hukuk alanı olarak niteliğini ve varlık sebebini tehlikeye düşürebilecek sakıncalar içermektedir.” Şişli, 60. Karacabey, bir hususun “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem” sayılabilmesi için; kamu düzenine ve hukukun emredici kurallarına aykırılık olmaması gerektiği, işçi alacakları ve işe iade davalarının, emredici hukuk kurallarına tabi ve kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle Türk İş Hukuku’na ilişkin uyuşmazlıkların, zorunlu arabuluculuğa hatta gönüllü arabuluculuğa uygun olmadığı görüşündedir. Karacabey, 478-479. Bu konuda kamu düzeni kavramının geniş yorumlanmaması gerektiği yönünde bkz. Kurt Konca, 237.; Büyükcay, 171.

316 Odaman/Karaçöp, 61.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 52.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1486.; Köme Akpulat, 363.; Çil, 24.; Kar, 437.; Tulukçu, 281.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 73.; Oğuz, 116.; Mutlay, 118-119.

bildirilmesine vb. ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözülemez. MİT'in taraf olduğu hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanamayacağı açıkça düzenlenmiştir (2937 Sayılı Kanun m. 30). İşverenin disiplin kurulu kararı sonucunda disiplin cezası olarak işçinin ücretinde kesinti yapması halinde işçinin kesilen ücretin iadesi için açacağı dava temelde disiplin cezasının iptaline dayandığından arabuluculuk kapsamında değildir.³¹⁷

2.1.4. Arabuluculuk Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar

2.1.4.1. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kapsamındaki Uyuşmazlıklar

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda arabuluculuğa başvurmak HUAK m. 1, 3 ve 18/A-1 hükümlerine göre ihtiyaridir. Ancak kanunda açıkça belirtilmişse arabulucuya başvuru zorunlu olabilir. Bu halde kanunda zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu belirtilmemiş uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğun zorunlu kılınmasından bahsedilemez. Uyuşmazlığın İMK anlamında dava şartı olarak arabuluculuğun konusu olabilmesi için o uyuşmazlıkta İş Mahkemelerinin görevli olması gerekmektedir. Yine iş hukukunu ilgilendiren ve bu alanda bir tazminat ya da alacak talebi içermesi gerekir.³¹⁸ Ayrıca uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı noktasında HUAK m. 18/A-18 “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” Hükümünün de göz önünde tutulması gerekir.

İMK m. 3 hükmüne 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.*” Hükümde sayılan uyuşmazlık ve talepler zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Ayrıca bu uyuşmazlıklar iş mahkemelerinin görev alanındadır (İMK m. 5). Ayrıca 7036 S. İMK ile 5521 S. İş Mahkemeleri Kanunu

317 Çil, 24.

318 Uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklı olması şarttır. Ekmekçi/Özekes/Atalı, 117.; Günay, 107-108.; Kurt, 427.; Çil, 19; Kar, 433.

zamanında Borçlar Kanuna tabi iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmesine son verildiği unutulmamalıdır. Dava görev değişikliğine rağmen Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış ve görevsizlik kararıyla iş mahkemesi önüne gelmişse dahi öncesinde zorunlu arabuluculuk hükümlerinin uygulanması gerekir.³¹⁹

İşçinin ücret alacakları dava şartı olarak arabuluculuk kapsamındadır. Ödemenin aynı (yakacak yemek, servis vb.) veya nakdi olması bu noktada bir önem arz etmez.³²⁰ Prim, genel tatil ücreti, fazla çalışma ücreti, ikramiye, çocuk yardımı, kullanılmamış yıllık izin ücreti vb. nitelikte tüm ücret alacakları hüküm kapsamındadır. Deniz İş Kanunundan doğan iaşe bedelleri, Basın İş Kanunundan doğan askerlik süresindeki ücret talepleri ile TBK'na tabi hizmet sözleşmesi (Genel hizmet sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi ve pazarlamacılık sözleşmesi) taraflarının³²¹ alacak talepleri de bu kapsamdadır.³²² Yine kıdem tazminatı, ayrımcılık tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, belirli süreli iş sözleşmesinde haklı neden olmaksızın sürenin bitiminden önce sözleşmenin feshi halinde TBK m. 438 hükmü gereği bakiye süreye ilişkin ücret tutarındaki tazminat talepleri kısaca iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan tüm tazminat talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Ceza koşulu, eğitim gideri, rekabet yasağına aykırılıktan doğan tazminat talepleri ile işçi ve işveren arasında haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan ve iş ilişkisinden kaynaklanan talepler, hakaret, mobbing vb. eylemlerden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri için arabuluculuğa başvuru zorunludur.³²³ Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan talepler de zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Konuya ilişkin önemli bir husus kanuna ya da toplu iş sözleşmesine dayanan işe iade taleplerinde de arabuluculuğun zorunlu kılınmış

319 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 212.

320 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 204. Benzer şekilde, Köme Akpulat, 355.; Günay, 108.; Çil, 19.; Kılıçoğlu, 678.

321 İMK m. 3/20 hükmünde gemi adamları ve gazetecilerin de kanun kapsamında işçi sayılacağı belirtilmiştir. Ancak açıkça sayılmamışsa da TBK kapsamındaki hizmet sözleşmesi tarafları arasında çıkan uyuşmazlıkların da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Ekmekçi/Özekes/Atalı, 119.; Mutlay, 81.; Çil, 25.; Kar, 430.; Okur, 83-84.; Erdoğan, 1214. Zira kanun gerekçesinde de TBK kapsamındaki hizmet sözleşmelerinden doğan işçi ve işveren talepleri için arabuluculuğun dava şartı olması nedeniyle bu tür uyuşmazlıkların İş Mahkemeleri görevine dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. https://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf (ET:21.03.2020)

322 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 205.; Tulukçu, 281.; Oğuz, 116.

323 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 204 vd.; Özekes, 283; Köme Akpulat, 355.; Çil,19.; Kılıçoğlu, 678.; Tulukçu, 281.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 74.

olmasıdır. Sendikal nedenlerle işe iade davası açılmak isteniyorsa da önce zorunlu arabuluculuğa başvurmak gerekir. İşçi işe iade hakkından yararlanmak istiyorsa dava açmadan önce arabuluculuk sürecinden geçmelidir. Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre çalışan ve sözleşme kapsamında işe iade hakkı bulunmayan işçilerin de dava şartı olarak arabulucuya başvurması ve tarafların işe iade konusunda anlaşması mümkün olduğu belirtilmiştir.³²⁴

Mirasçılar, işçinin hayattayken kazandığı ücret vb. veya sözleşmenin feshi sonucunda kıdem, ihbar tazminatı talebi için dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorundadır.³²⁵ Ancak ölüm tazminatı (TBK m. 440) ile işçinin ölümü nedeniyle mirasçıların hak kazanması öngörülen kıdem tazminatı taleplerinin zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hükmün yer aldığı ve hakkın dayandığı kanun esas alındığında bu talepler de zorunlu arabuluculuk kapsamındadır.³²⁶ Başka bir görüşe göre ise ölüm tazminatı yönünden hak sahiplerinin yasal mirasçı olmaması, kanuni halefiyet bulunmaması ve alacağın işçi alacağı olmaması nedeniyle arabuluculuğa başvurmak zorunlu değildir.³²⁷

Arabuluculuğun zorunlu olarak kabul edilmesi için taraflar arasında kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığı aranır. İş sözleşmesinin kurulması sırasında ve henüz iş ilişkisi kurulmadan önce ortaya çıkan alacakları işçi-işveren alacağı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle bu dönemde ortaya çıkan alacaklar yönünden arabuluculuğun zorunlu olmaması gerekir.³²⁸ İş sözleşmesinin geçersiz olması halinde kural olarak geçersizlik ileriye etkili olacaktır (TBK m. 394/3) bu tür bir sözleşmeye dayalı talepler bakımından da arabuluculuk dava şartıdır.³²⁹ Ancak iş hukukunda baştan

324 Astarlı, İş Mahkemeleri, 42.

325 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 210.; Mutlay, 110.

326 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 210.

327 Mutlay,110-111.; Kar, 435.; Okur, 90.; Köme Akpulat, 359-360.

328 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 218.; Köme Akpulat, 355.;Mutlay, 98.; Kar, 434. İşe alım esnasında cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılması haline ilişkin tazminat talepleri ile sözleşme öncesi görüşmelerde sendikal nedenle ayırım yapılması haline ilişkin sendikal tazminat talebi zorunlu arabuluculuk kapsamında kabul edilmemesi gerekir. Mutlay, 98-101.

329 Mutlay, 116.; Okur, 87.; Kar, 434.

itibaren geçersizliğin öngörüldüğü sınırlı haller bakımından arabuluculuğun mümkün olmaması gerekir.

2.1.4.2. İhtiyari Arabuluculuk Kapsamındaki Uyuşmazlıklar

İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında arabuluculuğa başvurmak zorunlu değildir (İMK m. 3/3). Ancak bu tür davalar bakımından ihtiyari arabuluculuk yolunun işletilmesini engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır.³³⁰

Toplu iş sözleşmesi taraflarının karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin davalar zorunlu arabuluculuk kapsamına olmamakla beraber ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir. İşçi-işveren ile sendikaları arasındaki ihtilaflar (üyelik başvurusunun reddi, ödenmeyen sendika aidatının talebi vb.) ile sendika yöneticileri-işyeri temsilcileri ile sendika arasında çıkan uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa uygundur.³³¹

İş K. m. 30/5 hükmü uyarınca maluliyeti ortadan kalktıktan sonra işe dönmek istediği halde işe geri alınmayan eski işçinin altı aylık ücreti tutarında tazminat ile İş K. m. 31/son hükmüne göre askeri veya kanuni nedenle işten ayrıldıktan sonra koşulları gerçekleşmesine rağmen eski işçinin işe alınmaması nedeniyle üç aylık ücreti tutarında tazminat talepleri bu dönemlerde sözleşme ilişkisi kurulmamış olduğundan zorunlu arabuluculuğa tabi olmamalıdır.³³² Ancak bu tür talepler ihtiyari arabuluculuğa genel anlamda elverişlidir.

330 Kurt, 430.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 212-214.; Okur, 90.; Köme Akpulat, 360.; Erbaş, 193.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1486.

331 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 215-217. Bu tür uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğun zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Kar, 434; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 215-216.; Köme Akpulat, 362. Yine alt işveren-asıl işveren arasındaki ilişkiden doğan uyuşmazlık da İMK m. 3 kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. Oğuz, Alternatif, 78.; Köme Akpulat, 361.; Çil, 19.; Kar, 433.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 218.

332 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 218.

2.2. DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sendikal örgütlenme sorunları, alt işveren uygulaması, yönetime katılma kurumlarının oluşturulmamış olması, mevzuat kaynaklı problemler gibi pek çok nedenle günümüzde iş uyuşmazlıklarının sayısı artmaktadır. Buna bağlı olarak uzlaşma kültürü de zayıflamakta ve iş uyuşmazlıklarının yargı üzerindeki yükü artmaktadır. İMK genel gerekçesinde³³³ iş davalarının yargıdaki yüküne işaret edilmiş aynı zamanda bu davaların ortalama yargılama süresinin uzunluğu hakkında da bilgi verilmiştir.

Genel gerekçede m. 3 dava şartı olarak arabuluculuk yönteminin benimsenmesi ile ilgili; iş uyuşmazlıklarını kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı, böylece adil yargılanma hakkının korunacağı, sosyal barışa katkı sağlayacağı, gizlilik ilkesi ile iki tarafın sırlarının korunup tarafların örselenmeyeceği gibi sebeplerden bahsedilmiştir. Aynı zamanda ihtiyari arabuluculukta, arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğunun iş uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüksek oranlarda anlaşmayla sonuçlandığı verilerine yer verilmiştir. Aslında bu istatistikler³³⁴ işverenlerin daha güçlü bir konumda olmayı tercih etmesi, işçilerin de alacaklarına biran önce ulaşmak ve yargılama sonucunun bilinmezliği sebebiyle anlaşmayı seçmesi sebebiyle çok da şaşırtıcı değildir. Gerekçede tarafların arabuluculuk düzenlemesi getirilmesi yönünde talepleri olduğu da belirtilmiştir. Zorunlu arabuluculuk düzenlemesinden önce bireysel iş uyuşmazlıkları yönünden ihtiyari arabuluculuk ve sulh gibi yolların çok fazla işletilmemiş olması da göz önüne alındığında bu tür gerekçeler inandırıcılığını yitirmektedir. Zorunlu arabuluculuk uygulaması sonucunda da benzer istatistiklerle yargının iş yükünü azaltıcı bir etkiye sahip olduğu savunulmuştur. Keza bu tür istatistiklerin de gerçeği yansıttığı şüphelidir. Zorunlu arabuluculuğun mahkemelerin iş yükünü gerçek anlamda azaltıp azalmayacağına ilişkin

333 http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf (ET:11.11.2019).

334 Karacabey, işverenlerin işçinin zayıf konumunu kendi lehine bir pazarlık gücü olarak kullanabileceği uyuşmazlık çözüm yolunu tercih etmesinin makul olduğunu belirtilmiştir. Karacabey, 480. Ekmekçi, arabuluculuğun mucizevi bir çözüm gibi sunulması eleştirmiştir. Bu rakamların işverenlerin dava yoluna başvurmaktaansa arabuluculuğu şart koşmasından kaynaklandığını ileri sürmüştür. Ekmekçi, 379.

bir denetim yapılabilmesi çok güçtür.³³⁵ Arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılsa dahi anlaşma belgesindeki eksik unsurlar, arabulucunun sorumluluğu vb. farklı nedenlerle anlaşmaya varılan konularda uyuşmazlık çıkabilmektedir.

Zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin getirilmesinin temel sebebi, kanun genel gerekçesinden de anlaşıldığı üzere yargıdaki iş yükü ve buna bağlı olarak davaların kısa sürelerde sonuçlandırılmamasıdır. Düzenlemenin bütününe bakıldığında yargının ihtiyaçları karşılayamaması gibi pratik bir amaca yönelik olduğu açıktır.³³⁶ Böyle bir amacı öne çıkararak zorunlu arabuluculuk kurumunun haklılığını savunmak doğru bir yaklaşım olmadığı gibi hak arama özgürlüğü ve Anayasal ilkelerle de bağdaştırılması güçtür. Oysa devletin en önemli varlık nedenlerinden biri ise toplumsal düzenin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin belirlenmiş normlar çerçevesinde yargı eli ile korunmasıdır. Devletin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını zorunlu kılmak ve yargıyı özel kişilere bırakmak yerine yargının aksayan yönlerini düzeltmesi beklenir.³³⁷ Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının devlet yargısının yerini tutması beklenemez. Yargının iş yükünün azaltılması bir kanun hükmünün amacı değil ancak sonucu olabilir.³³⁸ Kanun hükümlerinde sosyal gerçeklerin dışlanması kısa vadede olumlu sonuçlar elde edilse dahi uzun süreçte çok daha büyük problemlerin oluşmasına yol açar.³³⁹

Zorunluluk yargılama ile arabuluculuğu ayıran en temel farktır. Bu nedendir ki zorunlu arabuluculuğu, arabuluculuğun temel prensipleri karşısında savunmak da zordur. Özellikle iradilik ilkesinin istisnası olarak düzenlenmiş olması kuruma başvuruda ve sürecin devam ettirilmesinde tarafları zorlayıcı düzenlemeler içermesi arabuluculuk kurumunun ruhuna ve amacına aykırıdır.

335 İş yükü sorununa çözüm oluşturabileceği yönünde; Kuru, 239.; Erdoğan/Erzurumlu, 28.; Kekeç, 112-114.; Oğuz, Alternatif, 83.; Özmumcu, 826.; Odaman/Karaçöp, 64. Aksi yönde Tanrıver, 170.; Göksu, 383.; Güzel, 1133.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 127.

336 Doğan Yenisey, Toplantı, 171.

337 Bakırcı, 382.

338 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 138.

339 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 138.

2.2.1. Hak Arama Özgürlüğü Ve Anayasaya Mahkemesi Kararları Yönünden Değerlendirilmesi

“Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” İMK m. 3/1 hükmünün hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği yönünden değerlendirmek gerekir. Any. m. 36 “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Hakların yasal yollara başvuru olarak aranmasını ifade eden hak arama özgürlüğü Any. m. 36’da temel bir hak olarak belirtilmiştir. “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” (Any. m. 37). “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” (Any. m. 9). Devletin varlık nedenlerinden en önemlisi, bireylerin hak ve adalet duygusu içinde güvenli yaşamasının sağlanmasıdır.³⁴⁰ Aslında Anayasa’nın bu hükmü ile devlete uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma görevi verilmiştir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir.³⁴¹ Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tümüyle gönüllülük esasına göre yürüyen bir kurum olması esasının korunması, tarafların, özellikle yaptırımlar öngörülerek, bu yollara başvurusunun zorunlu kılınmamasıdır. Bu bağlamda getirilecek olan yasal bir zorunluluk, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılanabilir ve özellikle iş yükünün fazlalığı sebebiyle yargılama sürecinin ağır işlediği ülkelerde, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet verebilir.³⁴² İMK’da hak arama özgürlüğü yönünden değerlendirilmesi gereken en önemli hususlar arabuluculuğa başvurunun mecburi hale getirilmesi ile beraber arabuluculuğa başvuruda iradilikten vazgeçilmesidir.³⁴³ HUAK çalışmalarında da arabuluculuğun zorunluluğu düşünülmüş ancak bundan vazgeçilerek iradilik esası benimsenmiştir.³⁴⁴ Gönüllülük esasına karşın, HUAK maddelerinin

340 Şişli, 48.

341 Tanrıver, 152.

342 Tanrıver, 154.

343 Erdoğan, 1222.

344 Pekcanitez, Tebliğ, 249-250., 254-255.; Pekcanitez, 116-117. HUAK genel gerekçesinde alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gönüllü olması ile devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişilere

Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi HUAİK'ı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. AYM'nin zorunlu arabuluculuk düzenlemesine kadar konuya ilişkin iki önemli kararı bulunmaktadır.

AYM, 2013 tarihli kararı ihtiyari arabuluculukla ilgili olup³⁴⁵ arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık olduğundan Any. m. 9 ve 36'a aykırı bir yönü bulunmamıştır. Kararda özellikle gönüllülük ilkesine vurgu yapılmıştır. Kararın arabuluculuğun özüne uygun ve kendi içinde tutarlı olduğunun kabulü gerekir. Ancak mahkemenin arabulucuya başvurmak konusunda tarafların serbest olması yönündeki gerekçesi zorunlu arabuluculuk yönünden geçerliliğini korumamaktadır.

AYM arabuluculukta doğrudan ilgili olmayan 2015 tarihli bir kararında³⁴⁶ ise İş K.'nun m. 20/1 "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür.*" fıkrasındaki "*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" ibarelerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda toplu iş sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunması durumunda işçinin iradesi dışında dava açma seçeneğinden yoksun kalacağı belirtilmiştir. Ancak, tarafların anlaşması durumunda işçi iradesi ile dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından aynı fıkranın ikinci kısmı Any. m. 36'a aykırı bulunmamıştır. AYM, bu iki önemli kararında da gönüllülük ilkesine vurgu yapmış hatta toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması halini dahi bir zorlama kabul ederek iptal etmiştir. İMK gerekçesinde anlaşma zorunluluğu

sunduğu bir imkân olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iradilik ilkesini içeren m. 3/1 gerekçesinde de arabuluculuğa özendirici tedbirlerin alınabileceği ancak zorlamanın mümkün olmayacağı vurgulanmış aksi durumun hak arama özgürlüğünün ihlali ve Anayasa'ya aykırılık sonucunu doğuracağından söz edilmiştir. Metinlerin tamamı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf> (E.T:15.11.2019)

345 AYM, 10.07.2013 tarihli ve 2012/94E., 2013/89K. sayılı kararı. RG, 25.01.2014, S.28893. Madde 36.'yı aktaran AYM'ye göre, "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." AYM, 03.02.2011 tarihli ve 2009/83E., 2011/29K. sayılı kararı, RG, 14.05.2011, S.27933. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020)

346 AYM, 19.10.2005 tarihli ve 2003/66E., 2005/72K. sayılı kararı. RG, 24.11.2007, S.26710. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020). Arabuluculuk ve tahkim/özel hakem kurumları farklılık arz ettiğinden kararın tam anlamıyla arabuluculuk kurumu yönünden esas alınması uygun olmaz. Mutlay, 71.; Göksu, 380.; Dür, 290. Benzer olarak Erbaş, 191-192.

olmadığından bahisle dava şartı olarak arabuluculuğun Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini belirtme ihtiyacı duyulmuştur.

Doktrinde 7036 S. Kanun henüz taslak aşamasındayken hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüşler olduğu gibi aykırı olmadığı yönünde de görüşler oluşmuştur.³⁴⁷ Zorunlu arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşündekiler temelde, dava hakkını engellemediği arabuluculuk sürecinden sonra dava yoluna başvurunun mümkün olduğu hususunda birleşmiştir.³⁴⁸ Anayasa'ya aykırılık görüşlerinin³⁴⁹ temelinde ise, Anayasa mahkemesinin yukarıda bahsettiğimiz kararlarında yer verdiği gerekçeler ile Anayasa'nın 36., 37. ve 9. maddeleri ile AİHS m. 6 yatmaktadır. Tarafların en başta alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile yargı yolunu seçme hakkını kaybettiği ve arabuluculuk sürecine zorlandıkları böylece hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa'ya göre herkesin kanunen tabi olduğu bir mahkeme vardır ve bu mahkemeye doğrudan başvurabilmek, anayasal güvenceye bağlanmış temel bir haktır. Kişiler bu haktan yoksun bırakılamaz ve başka bir mercii önüne çıkmaya zorlanamaz. Taraflara uyuşmazlığın henüz başında devlet yargısı ile arabuluculuk arasında seçim hakkı tanınmaması,³⁵⁰ arabulucuya başvurmak zorunda bırakılması; devletin asli fonksiyonlarından birisini temsil eden bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının³⁵¹ önünde, aşılması gereken bir engel ve Anayasa m. 36 ile m. 37 hükümlerine aykırılık olarak değerlendirilmiştir.

347 Bkz. Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, 126. Kanun taslak aşamasındayken de bu zorunluluğun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür: Özmumcu, 834.,838.; Ekmekçi, 375., 380.; Namlı, 156-158.; Doğan Yenisey, Toplantı, 183.; Karacabey, 464-470.; Güzel, 1135-1137.

348 Manav Özdemir, tarafların süreci devam ettirmek zorunda olmadığı ve dava açma hakkı mevcut olduğu için Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Manav Özdemir, 207. Aynı yönde, Soyer, 28 dn 22.; Erdoğan/Erzurumlu, 41.; Kurt, 428.; Dür, 256.; Tulukçu, 280. Oğuz, hak arama hürriyetini doğrudan kısıtlayıcı şekilde yargılama yoluna başvurulamayacağı şeklinde düzenlenmediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Oğuz, Alternatif, 86. Okur, düzenlemenin hak arama özgürlüğünün sınırlanması niteliğinde olduğu ancak bu sınırlamanın anlaşmanın zorunlu tutulmaması vb. nedenlerle ölçülülük ilkesine (Any. m. 13) uygun olduğu bu nedenle de Anayasa'ya aykırı kabul edilemeyeceği görüşündedir. Okur, 204-207. Benzer olarak Erdoğan, 1230-1236.; Erdemir, 76-80.

349 Göksu, 382.; Namlı, Mahkemeye Erişim Hakkı, 1309 vd.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 146-150.; Oğuz, 142.; Bakırcı, 372-374.; Mutlay, 51., 71.; Tanrıver, 154.; Bulur, 43.; Ildır, 48.; Köme Akpulat, 412-415.; Kılıçoğlu, 686.; Yücel, 1368-1377. Ayr. bkz. yuk dn 347.

350 Namlı, 158.; Karacabey, 465-470.; Oğuz, 142.

351 Karacabey, 467., 470-473. Karacabey zorunlu arabuluculuğun mahkemeye erişim hakkına engel teşkil ettiğini belirtmiştir. "Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal

İMK m. 3/1 hükmünde yer alan “...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” ibaresi ile İMK m. 11 ile İş K. m. 20/1 hükmüne getirilen “...arabulucuya başvurmak zorundadır.” ibaresinin iptali için AYM’ye başvuruda bulunulmuştur. AYM, 11.07.2018 tarihli kararı³⁵² ile her uyuşmazlık çözümünün mahkemelerden beklenilmesinin mahkemelerin iş yükünün artmasına neden olacağı, iş uyuşmazlıklarının tarafların müzakere edip anlaşmaları ile sonuçlanmasının çalışma barışına ve ülke ekonomisine katkı sağlayacağı, eşitliğin ön planda olduğu bir çözüm yolunda zayıf konumda olan işçinin baskı altında kalmayacağı gibi gerekçelerle düzenlemenin kamu yararının sağlanmasına yönelik olduğu ve hakkaniyet ölçülerine aykırı olmadığını açıklamıştır. Arabuluculuk sürecine taraf iradelerinin hakim olduğu ve sürecin en fazla dört hafta sürmesi nedenleriyle hak arama özgürlüğünün aşırı derecede güçleştiren, hakkın özüne dokunan ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak nitelikte bir sınırlama getirmediği belirtilmiştir. Açıklanan gerekçelerle düzenleme Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. Kararda belirtilen gerekçelerin hak arama özgürlüğü yönünden yeterli bir incelemeye dayandığını söylemek güçtür. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin hiçbir içtihadına atıf yapılmadığı gibi karar boyunca düzenlemenin anayasal normlara uygunluğunun tartışılmasından ziyade iş yükünü azaltacağından bahsedilmesi dikkat çekicidir. Özellikle mahkemenin diğer kararlarında gönüllülük esasına değinerek arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne uygun olduğuna belirtmesine karşın zorunlu arabuluculuk düzenlemesini Anayasa’ya uygun bulmuş olması çelişkilidir. Kararda belirtilen gerekçeler yetersiz olduğu gibi hak arama özgürlüğüne yönelik açıklayıcı değerlendirmeler içermekten de uzaktır. Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığı tartışmasız olmakla birlikte dayandığı gerekçeler karşısında kararın haklılığını ileri sürmek mümkün değildir. Düzenleme ile elbette mahkemeye erişim doğrudan kaldırılmamıştır ancak her durumda zorunlu arabuluculuğun bağımsız ve tarafsız

edebilir.” AYM, 2014/4683 başvuru nolu ve 21.01.2015 tarihli kararı. RG, 03.06.2015, S.29375. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020).

352 AYM, 11.07.2018 tarihli ve 2017/178E., 2018/82K. sayılı kararı. RG, 11.12.2018, S.30622. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020). Alman Federal Mahkemesi zorunlu arabuluculuğun mahkemelerde karar elde etme yolunun açık olduğunu belirterek hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmadığı ve Anayasa’ya uygun olduğu yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. Erişir, 225-236.

yargıya ulaşımı geciktirdiği ve süreç sonunda anlaşma sağlanamaması halinde maliyetli hale getirdiği görüşlerine katılmak gerekecektir.³⁵³

İMK m. 3/14 hükmünde yer alan taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, bakanlık bütçesinden ödenen iki saatlik arabuluculuk ücretinin yargılama giderinden sayılması hak arama özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.³⁵⁴ Ancak AYM 11.07.2018 tarihli kararında hükmün yargılama giderlerini aşırı ve katlanılmaz biçimde masraflı hale getirmediği meşru bir amacı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Benzer biçimde İMK m. 3/12 hükmünde ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan taraf yargılama sonunda haklı çıksa dahi aleyhine yargılama giderine hükmedilmesi ve lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi ile iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sonucu sürecin sona ermesi halinde yargılama giderlerinin üzerlerine bırakılması hükümleri yönünden de ölçülülük ilkesinin ihlali niteliğinde olmadığı ve makul bir sınırlama getirdiği gerekçeleri ile iptal talebi ret olunmuştur.³⁵⁵ Özellikle ilk toplantıya katılma zorunluluğu aslında sürecin devam ettirilip ettirilmemesi hususunda taraflara tam bir serbesti tanınmadığını göstermektedir.³⁵⁶

Arabuluculuğun AYM kararlarında da görüldüğü üzere gönüllük ilkesi sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir. Gönüllük arabuluculuğa katılma konusunda ve anlaşma konusunda mevcut kılınabilir. Bu durumda İMK sürece katılmayı dava şartı haline getirerek zorunlu kılmıştır. Tarafların anlaşması ise zorunlu kılınamaz ve bu şekilde bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak burada arabuluculuğa zorlamanın, arabuluculuk sürecinde zorlamaya dönüşüp, baskı unsuru haline gelebileceği sorunu tartışılabilecektir.³⁵⁷ Özellikle arabuluculuk sürecinin tarafların hakimiyetinde seyretmesinin bir sonucu olarak bir tarafın diğerine oranla sosyal veya

353 Karacabey, 468.; Doğan Yenisey, Toplantı, 183.

354 Okur, 206.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 149., 184.

355 İMK m. 3/12 1. ve 2. cümle hükümlerinin hak arama özgürlüğüne ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde, Okur, 207.; Canbolat, 103-105.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 149., 184. Aykırılık teşkil etmediği yönünde, Erdoğan, 1222., 1239.

356 Bakırcı, 373-374.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 140., 151.

357 Özmumcu, 828-829.

ekonomik açıdan daha baskın olması, bu tarafın sürece hakim olup, zayıf taraf için sürecin bir baskı aracına dönüşmesine sebep olabilir.³⁵⁸ İş hukukunun amacı ve işçinin zayıf yönü düşünüldüğünde iş uyuşmazlıklarında bu tehlike daha da artmaktadır.

2.2.2. Arabuluculuğun Temel Esasları Karşısında Değerlendirilmesi

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan temelinde gönüllük esası yer alır. Ancak zorunlu arabuluculuk uygulamaları da mevcuttur.³⁵⁹ Bazı zorunlu arabuluculuk modelleri belli konularda yasal düzenlemelerle dava açılmadan önce tarafların arabulucuya başvurmasını zorunlu kılar. Örneğin 7036 S. Kanun hazırlanma aşamasında örnek olarak alındığı açıklanan İtalyan hukuk sisteminde bu şekilde konular vardır.³⁶⁰ İMK m. 3 hükmünde sayılan davalar arabuluculuk yoluna başvurulmadan açılması halinde süre verilmeksizin usulden reddedilecektir. Bu durum düzenlemenin zorunlu bir arabuluculuk modeli olduğunu göstermektedir. Yalnızca sürece başvuru aşamasında değil sürecin devam ettirilmesi yönünde de zorlayıcı düzenlemeler (İMK m. 3/12) yer almaktadır. İradilik ilkesine ilişkin HUAK m. 3 hükmünde açıkça dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri istisna tutulmuştur.

Zorunlu arabuluculuğun uygulanmasına olumlu bakan görüşler olduğu gibi olumsuz yaklaşan görüşler de oluşmuştur. Konunun tartışılması ülkemize özgü olmayıp özellikle Amerikan doktrininde de farklı görüşler mevcuttur. İhtiyari arabuluculukta taraflar süreci başlatmaktan çekinebilir, taraflarda süreci başlatmak isteyen tarafın zayıf olarak algılanacağı yönünde çekince oluşabilir.³⁶¹ Zorunluluğun bu çekinceyi kırıp çözüm anlaşmasına ulaşma sürecini hızlandırdığını ayrıca tarafları anlaşmaya zorlamanın söz konusu olmadığı bu nedenle de dava yoluna alternatif bir yöntem oluşturmadığı yönünde zorunlu arabuluculuğa olumlu bakan görüşler mevcuttur.³⁶² Bundan başka iş

358 Namlı, 158.; Mutlay,76. Bkz. aşa Başlık, III, C.

359 Dünyada zorunlu arabuluculuk uygulamaları hakkında ayrıntı için bkz. Özmumcu, 809-825.

360 Acar, 179. İtalya'da zorunlu arabuluculuk sistemi için bkz. Özmumcu, 812-815.; Karacabey, 461.; Bulur, Konferans, 74-75.; Schoneville, 97-104; Loi, 121-134. İtalya'da bazı davalar için zorunlu arabuluculuk sistemi uygulansa da iş hukuku açısından bu sistemden vazgeçilmiştir.

361 Özmumcu, 825.

362 Winston, 190., 206. Okur, iradilik ilkesine getirilen bir sınırlama olduğunu kabul etmekle beraber ölçülülük ilkesine uygun olduğu kanaatindedir. Okur, 207-208. İradilik ilkesinin kanun yoluyla bertaraf edilebileceği yönünde, Kuru, 239.; Yazıcı Tıktık, 36-37.; Erdoğan, 1233. Zorunlu arabuluculuğun geçici olarak

mahkemelerinin yükünü azaltacağı, yargılamanın uzun ve masraflı olması karşısında hızlı ve masrafsız bir çözüm yolu oluşu nedeniyle zorunlu arabuluculuk olumlu karşılanmaktadır.³⁶³ Arabuluculuğun yargının yerini almadığı sürece zorunlu kılınmış olmasının gönüllülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.³⁶⁴

Zorunlu arabuluculuğa olumsuz yaklaşan görüşler ise, arabuluculuğun temelinde gönüllülük esasını barındırdığını zorunlu arabuluculuğun bu özelliği barındırmaması sebebiyle arabuluculuğun ruhuna aykırı olduğu temelinde birleşmektedir.³⁶⁵ Tarafların uyuşmazlığı çözmek için iradeleri bulunmadığı da düşünüldüğünde uzlaşma konusunda ne kadar istekli olacakları da tartışmalıdır. İhtiyari bir uyuşmazlık sürecine zorlama, arabuluculuk paradoksu olarak adlandırılmaktadır.³⁶⁶ Tarafları arabuluculuk sürecine zorlamanın, arabuluculuk süreci içinde zorlamaktan ayrılıp ayrılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.³⁶⁷ Zorunlu arabuluculuk konusundaki bu görüşler 7036 S. İş Mahkemeleri Kanunu henüz taslak aşamasındayken de dile getirilmiştir. Arabuluculuğun temelinde gönüllülük mevcut olduğundan zorunlu arabuluculuk uygulaması, arabuluculuğun ruhuna aykırılık oluşturmaktadır.

2.2.3. Arabulucuya Başvurunun Dava Şartı Olmasının Değerlendirilmesi

İMK m. 3/1 hükmü ile arabuluculuğa başvuru dava şartı niteliğinde düzenlenmiştir. İMK m. 3/2 fıkrası ile bu şartın yerine getirilmemesi halinde yapılması gereken işlemler açıklanmıştır:

uygulanmasının faydalı olabileceği yönünde bkz. Erdoğan/Erzurumlu, 55-56. Doktrinde özellikle tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirme ya da sonlandırma konusunda serbest olduğu ve süreç sonunda anlaşmak zorunda olmadıkları bu yönde bir zorlamadan bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır. Erbaş,194.; Oğuz, Alternatif, 83.; Kurt, 428.; Özdemir, Arabuluculuk, 611.; Kekeç, 86.; Dür, 255.; Göksu, 381.; Kuru, 239.; Tulukçu, 279-280.; Odaman/Karaçöp, Bugünü ve Geleceği, 48.

363 Odaman/Karaçöp, 64.

364 Kurt, 429.

365 Özmumcu, 826., 835.; Namlı, 156.; Ekmekçi, 375.; Karacabey, 460 vd.; Güzel, 1137.; Bakırcı, 374.; Bulur, 43.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 140., 150-151.; Oğuz, 138-139.; Doğan Yenisey, Toplantı, 184.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 127.; Yıldırım, 355.

366 Doğan Yenisey, Toplantı, 183.; Karacabey, 460 vd.; Schoneville, 96.; Özmumcu, 828. Bu konudaki görüşler için bkz. Özmumcu, 828-829.

367 Özmumcu, 828-829.; Göksu, 382.

Anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneği dava dilekçesine eklenmek zorundadır. Aksi halde mahkeme davacıya son tutanağı bir haftalık kesin süre içinde sunması gerektiği ve bu süre içinde tutanağı sunmaması halinde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderir. Davacı ihtar gereğini yerine getirmez ise “*dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın*” dava usulden reddedilir. Arabulucuya hiç başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde ise “*herhangi bir işlem yapılmaksızın*” dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi gerekir.³⁶⁸ Hakimin arabuluculuk yoluna başvurmaları ve tutanağı temin etmeleri için taraflara süre vermesi söz konusu olmayacaktır.³⁶⁹ Düzenleme dava şartı olduğundan yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve hakim tarafından da resen değerlendirilmesi gerekir (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³⁷⁰ m. 115/1).

Bu konuda işe iade davalarına ilişkin İş K. m. 20 hükmü ile özel bir düzenleme yer almaktadır. İş sözleşmesi feshedilen işçi işe iade talebiyle bir ay içinde arabulucuya başvurmak zorundadır. İşçinin dava açmak için son tutanağı da dava dilekçesine eklemesi gerekir. Aksi halde yukarıda açıkladığımız üzere mahkeme davacıya ihtarlı bir davetiye çıkararak bir hafta içinde bu eksikliği tamamlamasını ister. Bu süre içinde eksiklik giderilmezse dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir. Yine arabuluculuk sürecinin hiç işletilmediğinin anlaşılması halinde de davanın usulden reddi gerekir. İş K. m. 20/1 hükmü uyarınca “*Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir.*”

368 İMK m. 3/2 son cümle. Ekmekçi/Özekes/Atalı, 164.; Köme Akpulat, 366.; Günay, 109.; Kurt, 424.; Çil, 26.

369 Kanun Taslak aşamasında iken m. 3/1 “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.” şeklinde düzenlenmişti. Sadece HMK m. 115/2 birinci cümlesine atf yapılarak hakimin kesin süre vereceğine ilişkin ikinci cümlesine atf yapılmamıştı. Doktrinde hakimin yine de süre vermesi gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi (Odaman/Karaçöp, 61.; Namlı, 162.) ikinci cümleye atf yapılmadığından davayı doğrudan usulden reddetmesi gerektiğini savunanlar (Özmumcu, 834.; Oğuz, Alternatif, 79., 84.) da olmuştur. Ancak kanun taslağındaki bu düzenleme yerine arabuluculuğun m. 3/1’de dava şartı olduğu belirtilmiş ve m. 3/2’de açıkça başka işlem yapılmaksızın davanın reddedileceği ifade edilmiştir. Hükmün kanunlaşan hali ile hakimin taraflara süre vermesi mümkün olmadığından bu hususun tartışılması gereği kalmadığı açıktır. Bu değişiklik gerekçede “...Bir başka ifadeyle dava şartı noksanlığının giderilmesi (arabulucuya başvurulması) için mahkemece davacıya süre verilmeyecektir. Böylece açılan davaya ilişkin dosya mahkemede derdest halde beklemeyecektir...” şeklinde açıklanmıştır. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekeceli_duz_metin.pdf (ET:19.11.2019). “Zorunlu” ifadesinin kaldırılması ile tarafların süreç sonunda anlaşmaya varmak zorunda olmadığı vurgulandığı yönünde, Erbaş, 193. İfade kaldırılmasına karşın kanunun amacının aynı kaldığı yönünde, Ekmekçi/Özekes/Atalı, 113.

370 04.02.2011 tarihli ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.”

Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesine karşın hükmün genel dava şartı düzenlemelerinden farklı nitelikte olduğu dikkat çekmektedir. Dava şartları davanın başında ön inceleme aşamasında incelenmesi gereken hususlardandır. Kural olarak mahkeme dava dilekçesini diğer tarafa tebliğ ettikten ve dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ön inceleme aşamasına geçer. Dava şartı eksikliği varsa davanın usulden reddine karar verilir. Tamamlanması mümkün nitelikte bir eksiklik ise bunun tamamlanması için süre verilir (HMK m. 115/2). Dava şartı eksikliği başlangıçta fark edilmemiş ve yargılamanın ilerleyen aşamalarında tamamlanmışsa dava usulden reddedilmez (HMK m. 115/3). Oysa düzenleme ile HMK'nın dava şartlarına ilişkin bu genel hükümlerinden farklı bir yol izlenmiştir. Bir kimsenin kendisi hakkında açılan davadan bilgi sahibi olması hukuki dinlenilme hakkı kapsamındadır (HMK m. 27/2-a). Karşı tarafa dilekçenin tebliği ile kişiye ileride doğabilecek taleplere karşı kendini hazırlama imkanı sunulur. Cevap verme imkanı tanınması halinde uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı da anlaşılabilir. Dava dilekçesinin tebliğ dahi edilmeden davanın usulden reddine karar verilmesi dava şartlarına ilişkin genel düzenlemeye aykırı olduğu gibi hukuki dinlenme hakkının da ihlali niteliğindedir.³⁷¹

2.3. ARABULUCULUK SÜRECİ

2.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk süreci yargılamada olduğu gibi kesin kurallarla yürütülen bir süreç olmayıp çok daha esnek bir süreçtir. Sürecin yürütülmesine ilişkin usulü taraflar serbestçe kararlaştırabilir (HUAK m. 15/2). Arabuluculuk süreci, sürecin başlatılması, Arabuluculuk görüşmelerinin yürütülmesi ve arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi olarak üç aşamada incelenmiştir. Arabuluculuk faaliyeti, arabulucunun görev ve

371 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 156.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 337.

sorumlulukları literatürde çokça incelenmiş olması ve konumuz itibariyle de anlaşmanın sonuçları daha büyük önem arz ettiğinden genel hatları ile ele alınmıştır.³⁷²

Arabuluculuk sürecinin başlatılması ve sona ermesi, işçi-işveren alacaklarına ilişkin talepler ile işe iadeye ilişkin talepler bakımından farklılık göstermektedir. İşe iade taleplerinin özel durumu nedeniyle kanun koyucu İş K. m. 20 ve İMK m. 3/15 hükümleri ile konuya ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. İşe iade talepleri bakımından arabuluculuk sürecine ilişkin aşağıda yapılan açıklamalar İş Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunda bulunan farklılıklar dışında geçerli sayılır. Bu nedenle arabuluculuk süreci açıklanırken işe iade talepleri yalnızca zorunlu arabuluculuğun genel düzenlemesinden ayrılan yönleriyle ele alınmıştır. İşe iade talepleri bakımından arabuluculuğa başvuru aşamasında başvuru süresi ve taraflar yönünden farklılıklar yer almaktadır. Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi bakımından yukarıdaki açıklamalardan ayrı özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak işe iade talebi özelliği gereği tarafların iş ilişkisine sürdürmeleri mümkün görünüyor ve her iki tarafın da bu konuda anlaşma isteği varsa öncelikle bu yönde bir anlaşma sağlanmaya çalışılmalı yalnızca maddi çıkarlar gözetilmemelidir. Bu nedenle tarafların asıl iradelerinin ne yönde olduğunun açığa çıkarılması sürecin hızlı ve kolay şekilde yürütülebilmesi için önemlidir. İşe iade mümkün görünmüyor ise tüm süreç boyunca bu konunun müzakeresi yönünde ısrar edilmesinin anlamı yoktur. Bu durumda diğer konular ve parasal taleplere geçilerek bunlar üzerinde bir anlaşmaya varılması da mümkündür.

2.3.2. Arabuluculuk Sürecinin Başlatılması

2.3.2.1. Genel Olarak

Arabuluculuk süreci taraflardan birinin arabuluculuk bürosuna başvuruda bulunması ile başlar.³⁷³ Başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir (HUAKY m. 23/3). Başvuran taraf uyuşmazlık

³⁷² Arabuluculuk faaliyeti, arabulucunun görevleri ve sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 59 vd.; Okur, 35 vd., 123 vd.; Oğuz, 36 vd.

³⁷³ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 164.

konusuna ilişkin hususları açıklar (HUAKY m. 23/4). Başvuruda talep miktarının belirtilmesi aranmaz. Talep edilen alacakların açıkça tek tek belirtilmesi gerek zamanaşımı gerekse de arabuluculuk faaliyetinde tartışılacak hususların belirlenmesi yönünden faydalı olur. Genel bir ifade ile (işçilik alacakları, feshe bağlı alacaklar vb.) arabuluculuğa başvurulması ile sonradan açılacak kıdem tazminatı ya da ihbar tazminatı talepli bir dava yönünden dava şartının gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.³⁷⁴ Ancak başvuruda belirtilmeyen taleplerin de sonradan arabuluculuk sürecinde ileri sürülüp tartışılması mümkündür. Zira arabuluculuk yargılama faaliyeti olmadığından taleple bağlılık söz konusu değildir.³⁷⁵ Ancak başvuruda belirtilmemiş talepler taraflar istemediği sürece süreç sonunda bir anlaşma sağlanırsa buna konu yapılamaz. Anlaşılan ve anlaşılmayan hususlara ilişkin son tutanakta tespitler yapılmışsa bir problem doğmayacaktır. Ancak son tutanakta bu hususlar sayılmaksızın “anlaşma sağlanamamıştır” gibi genel ifadelerin kullanılması halinde hangi talepler yönünden arabuluculuğa başvurulduğunun anlaşılabilmesi için başvuru formuna bakılması gerekir. Bu halde başvuru yapanın başvurusunda genel ifadeler kullanmış olması dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tereddütlere neden olmuştur. Ancak yargı içtihatlarında işçinin iş ilişkisinden doğan tüm talepleri yönünden arabuluculuğa başvurması halinde bu talepleri tek tek saymak zorunda olmadığı kabul edilmiştir.³⁷⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında bu konuyu 02.06.2018 tarihinde HUAKY’de yapılan değişikliğe göre değerlendirmiştir:

“...Taraflar arasında "Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı" 13.04.2018 tarihinde düzenlenmiş ve uyuşmazlık konusu "işçi-işveren uyuşmazlığı" olarak açıklamıştır. Aynı tarihli uzlaşmama tutanağında ise tarafların anlaşmaya varamadıkları belirtilmiştir... Arabuluculuk ile ilgili gerek 7036 Sayılı Kanun gerekse de 6325 Sayılı Kanunda başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi müphem durumlar olması halinde ise uyuşmazlığın kapsamı arabulucu tarafından belirlenir. Zira arabuluculuk

374 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 75. Zamanaşımının durması için yeterli olmaması nedeniyle genel ifadelerle başvuru yapılmaması gerektiği yönünde bkz. Çil, 29.; Kar, 439.

375 Kar, 439.; Okur, 122.; Çil, 29.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 173. Y9HD, 07.05.2019 tarihli ve 2019/3610-10073 K. sayılı kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020).

376 İşçi işveren ilişkisinden kaynaklanan alacaklar talepli başvuru dava şartının gerçekleştirilmesi için yeterli görülmesi ve başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesinin her zaman mümkün olduğu belirtilmiştir. Erzurum BAM 6HD, 17.01.2019, 51/225 sayılı kararı. Alacak kalemlerinin tek tek belirtilmesi gerekmediği yönünde, Bursa BAM 9HD, 29.01.2019, 325/216; Bursa BAM 3HD, 05.12.2018, 4024/2965 sayılı kararı. Kararlar için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 221-222.

faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından görüşmeler sırasında talepler artırılabilir, değiştirilebilir... Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 23/3. maddesinde, başvurunun dilekçeyle veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabileceği belirtilmiştir. Yönetmelik 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe girmişse de, yürürlük öncesinde de arabuluculuk bürolarında benzer şekilde form üzerinde işaretleme uygulamasının başladığı bilinmektedir. Nitekim davacı işçi 04.04.2018 tarihinde yaptığı başvurusunda davaya konu alacak kalemlerinin belirtildiğini açıklamıştır... Somut uyuşmazlıkta arabulucunun, tutanak içeriğinin dava şartını karşılayıp karşılamadığı noktasında bilgilendirme yaptığı da anlaşılammaktadır... İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirdiği anlaşılan bir kurumun, işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmaz...Anlaşmazlık tutanağında her bir tazminat ve alacak kaleminin açıkça gösterilmemesinin arabulucunun hatasından kaynaklandığı kabul edilmelidir. Bu eksikliğin de dava şartının sağlanmadığı şeklinde yorumlanması, hak arama özgürlüğünü aşırı şekilde zorlaştıran bir hâl olarak değerlendirilebilir...anlaşmazlıklara ve tereddütlere meydan verilmemesi için arabuluculuk tutanağında tarafların anlaşmış oldukları yada anlaşmadıkları alacak kalemleri tek tek belirtilmelidir. Dava şartı olan zorunlu arabuluculuk uygulamalarında başlangıçta hem talepte bulunanlar ve hemde arabulucular tarafından yapılan bu tür hatalar tarafların mağduriyetlerine sebebiyet verdiği gibi arabuluculuk uygulamasının amaçlandığı gibi uygulanmasına engel olduğundan, arabuluculuk kanununa dayanılarak çıkartılan ve 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe giren yönetmeliğin ve aksaklıkları gidermek amacı ile uygulamaya sokulan arabuluculuğa hangi konularda başvurulduğuna ilişkin “ başvuru formu “ uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihine kadar arabuluculuk anlaşamama tutanağında arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmeden “ işçilik alacakları “ işçi-işveren uyuşmazlığı” gibi soyut ifadeler kullanılmış ise, başvuru formu getirilip, talepler açık açık belirtilmiş ise talep formunda belirtilen alacakların görüşmelere konu edildiği açıkça belirtilmemiş ise taraflar arasındaki işçilik alacaklarının tamamının arabuluculuğa konu edildiği kabul edilmelidir. Başka bir deyişle “ başvuru formu “ uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihi milat kabul edilerek taraflardan kaynaklanmayan bu tür uygulama hataları aşılacak şekilde arabuluculuk müessesinin amaca uygun yürütülmesi sağlanmalıdır. Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuran ve özellikle başvuru arabuluculuk ile görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise görevli memur başvuru formundaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunmalı, 02.08.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir...Başvurunun “ işçilik alacakları, işçi-işveren ilişkisi “ şeklinde genel bir içerik taşıması durumunda ise başvuru tarihinin yönetmelikten öncesine ait oluşu nedeni ile dava şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.”³⁷⁷

Uyuşmazlık arabuluculuk sürecinde çözümlenmeyip mahkemeye taşındığında mahkeme arabuluculuğa başvuru yapıp yapılmadığını inceleyecektir. Sürecin başlatılması ile dava şartı (İMK m. 3/1-2) yerine getirilmiş olduğundan dava görülecektir. Arabuluculuk sürecinin başlatılması maddi hukukta geçen süreler açısından da önemlidir. Zira kanun

377 Y9HD, 11.02.2019 tarihli ve 2019/510-3277K. sayılı kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020).

koyucu arabuluculukta geçen süreler nedeniyle tarafların hak kaybına uğramasını önlemek adına isabetli bir düzenleme getirmiştir. “*Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.*” (İMK m. 3/17, HUAK m. 18/A-15). Yine arabuluculuk sürecinin başlatılması ile karşı tarafın süreçten haberdar edilmesi ve özellikle uyuşmazlık içeriği ile ilgili gerekli bilgiler verilmesi şartıyla iyi niyetin kötü niyete dönüşmesi, temerrüde düşürülmesi söz konusu olabilir.³⁷⁸

Arabuluculuk için başvuran taraf kendi iletişim bilgileri ile karşı tarafa ait iletişim bilgilerini arabuluculuk bürosuna vermelidir. Büro resmi kayıtlardaki iletişim bilgilerine de ulaşabileceği gibi talep etmesi halinde tüm kurum ve kuruluşlar bilgi ve belgeleri vermek zorundadır (İMK m. 3/7). Büro tarafından tarafların iletişim bilgileri kendisine iletilen arabulucu bu bilgileri esas alır ancak arabulucuya gerektiğinde kendiliğinden araştırma yapma yetkisi de kanunen tanınmıştır. Arabulucu taraflara ulaşmadan önce kendisine teslim edilen belgelerden uyuşmazlığın içeriğini anlamaya çalışmalı, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını kontrol etmeli, zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini araştırmalı ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin uygun yöntemler düşünmelidir. Zira arabuluculuk bürosunun bu hususlarda inceleme yetkisi yoktur. Arabulucu her türlü iletişim yolu ile tarafları ilk toplantıya davet edebilir (İMK m.3/8).

2.3.2.2. Başvuru Süresi

Başvuru için işçi-işveren alacaklarına ilişkin talepler bakımından özel bir süre öngörülmemiştir. İş sözleşmesinin sona ermesi ile doğacak alacaklar bakımından iş sözleşmesi sona erdikten sonra arabuluculuğa başvurmak mümkündür. İş sözleşmesinin devamı sırasında talep edilebilecek alacaklar da vardır; bu alacaklar yönündense iş sözleşmesi devam ederken de arabuluculuğa başvurulması mümkündür. Zamanaşımı süresinde arabuluculuğa başvurulmaması halinde alacakların zamanaşımına uğrama riski vardır. Zamanaşımına uğramış alacaklar için arabuluculuk sürecine

³⁷⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 167. Arabuluculuğa başvurma ile iyi niyetin kendiliğinden kötü niyete dönüşmeyeceği isabetli olarak belirtilmiştir. Ulukapı/Kıyak, 1680.

başvurulamayacağı yönünde bir düzenleme yer almamasına ve tarafların bu alacaklar yönünden de bir anlaşma sağlaması mümkün olmasına³⁷⁹ karşın anlaşma sağlanamaması üzerine alacaklar davaya konu edildiğinde davalı zamanaşımı def'i ileri sürebilir. İşe iade taleplerinde zorunlu arabuluculuğun genel düzenlemesinden farklı olarak başvuru süresi yönünden İş K. m. 20/1 hükmü ile özel bir düzenleme öngörülmüştür:

“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.”

Hükümde üç farklı süre düzenlenmiştir; işe iade talebiyle arabuluculuğa başvurmak için öngörülen bir aylık süre, doğrudan dava açılması halinde davanın usulden reddi üzerine arabuluculuğa başvurmak için verilen iki haftalık süre ve arabuluculuğun anlaşmaya varılmadan sona ermesi halinde dava açmak için tanınan iki haftalık süre. Değişiklikten önce işe iade davası için mahkemeye başvurma süresi feshin tebliği³⁸⁰ tarihinden itibaren bir ay olarak ve hak düşürücü biçimde belirlenmişti. Arabuluculuk yönünden de benzer bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Süresinde arabuluculuk yoluna başvurulmaması durumunda işçi daha sonra işe iade davası açma hakkını kaybeder ve işverenin yaptığı fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur.³⁸¹ Süreler hak düşürücü biçimde düzenlenmiş³⁸² olduğundan hakim dava sırasında kendiliğinden dikkate alır. Ancak arabulucunun ya da arabuluculuk bürosunun hak düşürücü süreyi dikkate alması

379 Kar, 440.; Çil, 31.

380 Feshin tebliğ edilmemiş olması, eylemlerle fesih gerçekleştirilmesi mümkündür. Yargıtay fesih yazılı yapılmışsa feshin tebliğ tarihini sözlü/eylemlerle yapılmışsa feshin bildirildiği tarihi esas almaktadır. Bu nedenle hükümde yalnızca tebliğ tarihi ifadesinin yer alıyor olması hukuki problemlere yol açmasa gerekir. Astarlı, İş Mahkemeleri, 42. Aynı yönde, Özkes, 291.; Okur, 99. Bkz.Y7HD, 29.02.2016 tarihli ve 2016/5716-4648 K. sayılı kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020). İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullandığı hallerde işveren fesih bildirimini tebliğ etmek zorunda olmayıp bu halde hak düşürücü süre bildirimden itibaren başlar. Düzenlemeyle hak düşürücü sürenin sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edilerek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Narmanlıoğlu, Yeni Çerçevesi, 14.

381 Astarlı, İş Mahkemeleri, 41.

382 Astarlı, İş Mahkemeleri, 41.; Okur, 98.; Özkes, 291.

mümkün değildir.³⁸³ Arabulucuya başvuru için aranan bir aylık ve iki haftalık süre geçmiş olsa da arabuluculuk sürecinin işletilmesi gerekir.³⁸⁴ Ancak bu durumda işverenin hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle toplantılara katılmaması mümkündür. Bu halde toplantıya katılmama haklı bir gerekçe sayılabileceğinden İMK m. 3/12 hükmünde yer alan yaptırımın uygulanmaması gerekir.³⁸⁵ İşçi arabulucuya başvuru süresinin geçmediği kanaatinde olabilir. Bu kanaattaki işçinin arabuluculuk süreci sona erdikten sonra iki hafta içinde mahkemeye başvurması gerekir. Aksi halde sürenin hak düşürücü olması nedeniyle davanın reddine karar verilir. Davanın süresinde açılması ihtimalinde ise mahkeme arabulucuya süresinde gidilip gidilmediğini dosyadan anlaşılması halinde ya da işverenin bu konudaki itirazı üzerine inceler. Hak düşürücü süre içinde arabulucuya başvurulmuşsa davanın görülmesine devam edilmesi gerekir. Ancak hak düşürücü süreler geçtikten sonra arabulucuya başvurulmuş olduğunun tespiti halinde davanın reddi gerekir.

2.3.2.3. Taraflar Ve Tarafların Temsili

2.3.2.3.1. İşçi-İşveren Alacakları Bakımından

Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk yoluna bizzat başvurabilir. Tarafların süreci başlatabilmeleri için uyuşmazlık konusu üzerinde hak ve fiil ehliyetlerinin bulunması gerekir.³⁸⁶ Konu iş uyuşmazlıkları olduğundan uyuşmazlık tarafları da işçi ve işverendir. Ancak işçi-işveren ifadesinin kapsamına yalnızca İş K. kapsamındaki işçi-işverenler değil aynı zamanda Deniz İş ve Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkisi tarafları da girer. İMK m. 3/20 hükmü ile Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler ile Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamları İMK anlamında işçi sayıldığı açıkça belirtilmiştir. Buna karşın Borçlar Kanuna tabi işçi ve işverenlerin İMK anlamında işçi-işveren sayılıp sayılmayacağı yönünden açık bir düzenleme kanunda yer almamıştır. Ancak Borçlar Kanunu kapsamındaki hizmet akitlerinden doğan uyuşmazlıklar

383 Özekes, 292-293.

384 Çil, 55.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 532. Bu halde zorunlu arabuluculuk değil ihtiyari arabuluculuk süreci işletilmesi gerektiği belirtilmiştir. Özekes, 292.

385 Özekes, 292-293.

386 Ulukapı/Kıyak, 1676.

yönünden de arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu dolayısıyla hizmet akdi taraflarının arabuluculuğa başvurabileceğinin kabulü gerekir.³⁸⁷

Başvuran tarafın işveren olması halinde alacaklı olduğunu iddia ettiği, uyuşmazlığın tarafı olan işçiyi karşı taraf olarak göstermesi gerekir. Başvuran tarafın işçi olması halinde ise karşı taraf olarak gösterilmesi gereken kişi uyuşmazlık konusuna göre değişebilmektedir. İşçinin talepleri işçilik alacaklarına ilişkin ise taleplerini yönelttiği işvereni başvurusunda karşı taraf olarak göstermesi gerekir. Alt işverenlik ilişkisi bulunan hallerde yani işçi bir alt işverenin işçisi olarak asıl işverenin işyerinde çalışıyorsa başvuruda hangi işvereni göstermesi gerekeceği düşünülmelidir. Bu konuda İş K. m. 2/6 hükmüne göre asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. İşçi arabuluculuk başvurusunda hem alt hem de asıl işvereni taraf olarak gösterebileceği gibi yalnızca alt ya da asıl işverene karşı da arabuluculuğa başvurmayı seçebilir. Zira müteselsil sorumluluk hallerinde taleplerin müteselsil sorumluların tümüne yöneltilmesi bir zaruret değildir. İşçinin müteselsil sorumlu olanlardan yalnızca birine başvurması halinde arabuluculuk sonucunda bir anlaşma sağlanırsa bu anlaşma yalnızca kendilerini bağlar.³⁸⁸ İşçi arabuluculuk sürecinde anlaşılabilmesi üzerine yalnızca arabuluculuk sürecinde karşı taraf olarak belirttiği işverene karşı dava açabilecek dava şartını gerçekleştirmediği diğer işveren yönündense dava yoluna gidemeyecektir.³⁸⁹ İşçi her iki işverene karşı da dava yoluna başvurmak istiyorsa hem alt hem asıl işverene karşı arabuluculuk sürecini işletmiş olması gerekir.³⁹⁰ İşçinin uyuşmazlığın karşı tarafı olarak gösterdiği asıl işverenin bu sığata sahip olmadığını düşünerek arabuluculuk görüşmelerine katılmaması mümkündür. Arabulucunun taraf sıfatı tespiti yaparak işçinin onayı olmaksızın sürece taraf dahil etme ya da süreçten tarafları çıkarma gibi bir yetkisi yoktur. Bu nedenle başvuruçunun başvurusunda belirttiği kişi/kişiler karşı taraf olarak kabul edilir. Görüşmelere

387 Bkz. yuk.dn 321.

388 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 238. Zira işe iade taleplerinde olduğu gibi anlaşma sağlanması için hem alt hem asıl işverene başvurması zorunlu değildir. Çil, 35.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 74.; Odaman/Karaçöp, Bugünü ve Geleceği, 51.

389 Mutlay, 91.; Köme Akpulat, 385.; Okur, 104-105.

390 Alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin yalnızca asıl işverene karşı arabuluculuğa başvurmuş ancak hem asıl hem de alt işveren yönünden dava açmış olması halinde alt işveren yönünden tefrik kararı verilerek davanın dava şartı yokluğundan reddine; asıl işveren yönünden ise yargılamanın devamına karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Bursa BAM 3HD 13.12.2018 tarihli ve 670/3043 sayılı kararı. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 238-239.

katılmayan taraf ise sonuçlarına katlanır. İşyeri devrinden kaynaklanan alacak talepleri yönündense devir tarihinde doğan alacaklar için devralan ve devreden işverene; devir tarihinden sonra doğan alacaklar için devralan işverene karşı arabuluculuğa başvurabilir.³⁹¹

Taraflar arabuluculuğa bizzat ya da kanuni temsilcileri³⁹² aracılığı ile başvurabileceği gibi tarafların avukatlarının,³⁹³ işçi-işverenin talepte bulunamadan önce ölmesi halinde mirasçılarının da başvuruda bulunması mümkündür. STİSK m. 26/2 hükmü gereği işçi/işveren sendikasının da işçi/işveren adına başvuru yetkisi vardır.³⁹⁴ Keza hüküm ile sendikalara özel bir dava takip yetkisi tanınmıştır. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmiş olması ve davayla sıkı bağı nedeniyle sendikaların bu takip yetkisini zorunlu arabuluculuk yönünden de kullanmasının mümkün olması gerekir.³⁹⁵ İdarenin de yetkili temsilcisi veya avukatları aracılığıyla arabuluculuğa başvurması mümkündür.³⁹⁶ Temsilin söz konusu olduğu hallerde arabuluculuk bürosu başvuranın yetkili olup olmadığını denetlemelidir.

2.3.2.3.2. İşe İade Talepleri Bakımından

İşe iade talebi bakımından da tek işveren olması halinde işçinin başvurusunda karşı taraf olarak belirtmesi gereken kişi de bu işverendir. Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde durum bu kadar basit olmayabilmektedir. İMK m.3/15 hükmü ile işe iade taleplerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan hallerde anlaşma

391 Okur, 105.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 23.; Mutlay, 122.; Kar, 432.

392 İşçi ya da işverenin velayet-vesayet kapsamında olması halinde kanuni temsilcileri ile temsili gerekir (HMK m. 52). Velayet-vesayet kurallarına riayet edilmeden gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması halinde yapılan anlaşmanın içeriğine göre hükümsüzlük söz konusu olabilir.

393 Avukatların arabuluculuk sürecine başvurabilmesi ve sürecin devamında yer alabilmesi için vekaletnamelerinde arabuluculuk ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile ilgili yetkili olduğuna dair açık bir ifade bulunması aranır. Yani arabuluculuğa başvuru için vekaletnamede bulunması özel yetki gereklidir. (HMK m. 74) Bkz. Ulukapı/Kıyak, 1670.

394 Okur, 102. "...sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez." (STİSK m. 26/2). Hükümde düzenlenen yetkinin kanuni temsil yetkisi olduğu yönünde bkz. Köme Akpulat, 384. Ayrıca sendikanın işçi/işverenden bu konuda özel yetki alması gerekir (HMK m. 74). Mutlay, 103.; Kar, 432.; Okur, 102.

395 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 243.

396 Çil, 30.

gerçekleşebilmesi için işverenlerin görüşmelere birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmıştır. İşçinin alt işveren işçisi olması ve asıl işverenin işyerinde çalışması nedeniyle işe iade talebi her iki işvereni de ilgilendirmektedir. İşe iade davası açılabilmesi için kısa bir süre öngörülmüş olması işçinin her iki işveren yönünden de arabulucuya başvurmasını gerekli kılmaktadır. Zira işçinin işverenlerden yalnızca biri için arabuluculuğa başvurması halinde bu süreç sonuçlanıncaya kadar diğer işveren yönünden başvuru süresinin geçmesi mümkündür. Kanun madde gerekçesinde *“Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığına belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yokluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir...”*³⁹⁷ denerek alt işveren asıl işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı yönünde yapılacak yargısal denetimde her iki işverenin de davada yer alması gerekeceği aksinin hukuki dinlenme hakkına aykırılık oluşturacağı ve bu davaya özgü olarak alt işveren-asıl işveren ilişkisinin olduğu hallerde davalıların mecburi dava arkadaşı³⁹⁸ olduğunun kabulü gerekeceğini belirtilmiştir. Zira alt işveren-asıl işveren ilişkisi bulunan hallerde geçersiz fesihten ve işe iadeden sorumlu olan işveren alt işveren olup işe iade kararı üzerine ücret ve tazminatlar bakımından alt işveren ve asıl işveren birlikte sorumlu olur.³⁹⁹ Muvazaalı durumlarda işçi aslında başından beri asıl işverenin işçisi olarak kabul edilir.⁴⁰⁰ Bu halde işe iade yönünden asıl işveren sorumlu iken ücret ve tazminatlar bakımından her iki işverenin birlikte sorumluluğu doğar.⁴⁰¹ Hükümde muvazaalı hallere ilişkin bir ayırım yapılmaması nedeniyle işçinin alt işveren-asıl işveren

397 http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf (ET:12.03.2020).

398 Yargıtay içtihatlarında işe iade davaları yönünden alt işveren ile asıl işveren arasında şekli mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmiştir. Düzenleme Yargıtay’ın bu içtihadına uygun niteliktedir. Bkz. Y22HD, 05.04.2012 tarihli ve 2012/1966-6464 K.; 24.01.2017 tarihli ve 2017/548-982K.; 14.04.2014 tarihli ve 2014/9111-7922K. sayılı kararları. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020).

399 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 116 vd., 124-126; Süzek, 668., 172-174.; Kar, 345-347. Birlikte sorumluluğun öngörülmesi karşısında alt işveren ile asıl işverenin toplantıya birlikte katılması ve iradelerinin uyuşmasına ilişkin düzenleme yerinde bulunmuştur. Erbaş, 195.

400 Süzek, 668.; Kar, 345-347.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 124-126.

401 Süzek, 668.; Kar, 345-347.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 126.

ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olduğu iddiası bulunsa dahi asıl işveren ve alt işveren yönünden arabulucuya başvurması gerekmektedir.⁴⁰²

Asıl işveren ve alt işverenin görüşmelere birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması yalnızca işe iadeyi konu alan bir anlaşma yapılması haline özgüdür.⁴⁰³ İşe iade yerine belli bir bedelin ödenmesi konusunda yapılan anlaşma için böyle bir zaruret yoktur. İşe iade dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından ise genel olarak zorunlu arabuluculuk sürecine ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar geçerlidir. Hükümden işe iade taleplerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu her durumda her iki işveren için arabuluculuğa birlikte başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde bir anlam da çıkarılmamalıdır.⁴⁰⁴ Her iki işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması şartı yalnızca işe iade konusunda anlaşılması hali için geçerli olduğundan işçinin yalnızca bir işveren yönünden arabuluculuk yoluna başvurması da mümkündür.⁴⁰⁵ İşçinin özellikle asıl işveren yönünden doğru bir tespit yapamaması mümkün olabilir. Arabuluculuk sürecinde karşı taraf olarak gösterilen işverenlerin ikisinin ya da birinin asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığı iddiası karşısında arabulucunun konu hakkında bir değerlendirme yapması mümkün değildir.⁴⁰⁶ İşçinin bu kişilere karşı talebini sürdürmesi ve işverenlerden birinin ya da her ikisinin toplantılara katılmaması halinde ne yapılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur.⁴⁰⁷ Bu halde ortak bir irade oluşması ve birlikte katılım söz konusu olmadığından arabuluculuk faaliyeti yürütülemez ve

402 Astarlı, İş Mahkemeleri, 43.

403 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 241. Düzenleme dava açılması halinde alt işveren ile asıl işveren arasında maddi anlamda bir birliktelik olmamasına karşın arabuluculuk yolunda birlikteliğin zorunlu tutulması, işçinin karşı tarafı yanlış ya da eksik belirleyerek yalnızca bir işverene başvurusunun mümkün olması nedenleriyle eleştirilmiştir. Uygulamada sorunlara yol açabileceği belirtilmiştir. Bkz. Özekes, 295-296. Benzer olarak Mutlay, İşe İade, 1248-1249.

404 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 241.

405 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 241. İşçinin yalnızca alt işverene başvurup tarafların işe iadede anlaşamaması ve dava açılması durumunda davanın asıl işverene teşmili gerekecek ancak asıl işveren yönünden arabuluculuk yoluna başvurulmamış olduğundan bu mümkün olmayacaktır. Okur, 111. Bu halde davanın dava şartı eksikliğinden usulden reddedilmemesi gerekir. Asıl işverenin arabuluculuk görüşmelerine katılmamasının görüşme sonucunda anlaşma sağlanamaması nedeniyle değeri olmadığı, alt işveren ile anlaşmamış işçiyi asıl işveren ile anlaşmaya zorlamanın bir yararı olmadığı yönünde isabetli olarak bkz. Erzurum BAM 6HD, 26.06.2018 tarihli ve 1884/1614 K. sayılı kararı. Karar için bkz. Okur, 111.

406 Özekes, 296.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 149.; Kar, 431-432.

407 Namlı, 161; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 149.; Alpagut, Toplantı, 214.

sürece son verilecektir.⁴⁰⁸ Bir görüşe göre ise alt işveren ile işçinin asıl işverenin dahil edilmediği arabuluculuk faaliyeti sonunda işe iade konusunda bir anlaşmaya varılması halinde bu anlaşmanın geçerli kabul edilmesi gerekir.⁴⁰⁹ Hükümün bu şekilde düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır. İşçi ve alt işverenin anlaşması işçilik haklarının ödenmesi ve işe başlatılması halinde artık taraflar arasında uyuşmazlık kalmaz ve buna rağmen yapılan anlaşmanın geçersiz kabul edilmemesi gerektiği yönünde görüşler vardır.⁴¹⁰

2.3.2.4. Görevli Ve Yetkili Mercii

Arabuluculuk sürecinin hızlı biçimde sonlandırılabilmesi için zorunlu arabuluculuk başvurusunun görevli ve yetkili mercie yapılmış olması önem arz eder. Aksi halde sürecin uzaması söz konusu olur. *“Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”* (İMK m. 3/5). Hükme göre görevli merci arabuluculuk bürosu, yetkili yer ise uyuşmazlığın konusuna göre yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerdir. *“Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir.”* (İMK m. 3/4). Arabulucu bu liste içinden büro tarafından belirlenir. Taraflar listedeki bir arabulucu üzerinde anlaşmış ise bu arabulucu görevlendirilir (İMK m. 3/6).⁴¹¹ Ancak bir

408 Özkes, 296.; Kar, 449. Sürecin anlaşma olmadan sona ermesi ve yargılama sonucunda gerçekte asıl işveren alt işveren ilişkisi olmadığının tespiti sonucu taraf sıfatı olmayan ve arabuluculuk sürecine de bu nedenle katılmamış kişi bakımından yargılama giderlerine ilişkin yaptırımın uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. Özkes, 296.

409 Köme Akpulat, 386-387.

410 Köme Akpulat, 386-387.; Okur, 110-111.

411 Bu durum çoğu zaman taraflarca arabulucu üzerinde anlaşmanın mümkün olmayacağı ve büro tarafından arabulucunun seçileceği bunun sonucunda tarafların tanımadıkları ve güvenmedikleri bir kişiden etkili arabuluculuk faaliyeti beklemenin gerçekçi olmayacağı yönü ile eleştirilmiştir. Karacabey, 474-475. Aynı yönde Doğan Yenisey, Toplantı, 187.; Ekmekçi, 380. Madde gerekçesinde “uyuşmazlığın, her iki tarafın birlikte belirlediği arabulucu huzurunda müzakere edilmesinin anlaşma ihtimalini artırmasının beklendiği” açıklanmıştır.

taraf arabulucu üzerinde önceden anlaşılmasına rağmen büroya başvurursa tarafların önceden kararlaştırmış oldukları arabulucunun atanması bir tarafın anlaşmaya aykırı olarak büroya başvurusu karşısında güçtür.⁴¹² Bu halde arabulucunun büro tarafından belirlenmesi gerekir. Arabulucunun sürece dahil olması için görevlendirmeyi kabul etmesi ve taraflarla bir arabulucu sözleşmesi yapması gerekir.⁴¹³ HUAKY m. 23/2 hükmüne göre *“Tarafların ve uyuşmazlık konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvuru esas alınır.”*

Görevlendirmeyi yapan büro yetkili olup olmadığını değerlendiremez.⁴¹⁴ Keza görevlendirilen arabulucunun da büronun yetkisini incelemesi söz konusu olmaz.⁴¹⁵ *“Ancak uyuşmazlığın karşı tarafı en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz eder...”* ise *“arabulucu dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder.”* (İMK m. 3/9). İMK m. 3/9 devam hükümlerine göre: Mahkeme, yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayıp dosyayı büroya iade eder. Karar büro tarafından taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazı reddedilmiş ise uyuşmazlık için aynı arabulucu yeniden görevlendirilir. Bu halde süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazı kabul edilmiş ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurularak süreç yeniden başlatılabilecektir. Yetkili büro yeniden bir arabulucu görevlendirir. Yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Arabuluculuğa başvuran tarafın hiç görüşü alınmadan karşı tarafın yetki itirazı üzerine doğrudan dosyanın yetki sorununun çözülmesi için gönderilmesi

Odaman/Karaçöp, 64. Hükümle sistemde yaşanabilecek tikanıkların engellenmesinin amaçlandığı yönünde, Oğuz, Alternatif, 80.

412 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 163.

413 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 83.

414 Çil, 31.; Erdoğan, 1219. Aksi yönde Okur, 114.

415 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 161.; Okur, 114.; Erdoğan, 1219.; Kar, 441.; Köme Akpulat, 373.; Erbaş, 193-194.

eleştirilmiştir.⁴¹⁶ Zira karşı tarafın yalnızca süreci uzatmak ve zaman kazanmak amacıyla böyle bir yola başvurması da mümkündür.⁴¹⁷

2.3.3. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

Arabuluculuk faaliyeti arabulucunun görevlendirilmesi ile başlar (HUAK m. 18/A-9, İMK m. 3/10). Arabulucunun süreçteki önemli konumu nedeniyle arabuluculuk faaliyeti ancak arabulucunun sürece dahil olması ile başlayabilir. Arabulucunun sürece katılması zorunludur. Arabulucu HUAK m. 2/1-a hükmünde “*arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenmiş arabuluculuk siciline kaydedilmiş gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk sıfatını kanuna uygun şekilde kazanmamış kişilerin yürüttüğü ya da bir arabulucu bulunmaksızın yürütülen müzakerelerin HUAK ve İMK anlamında arabuluculuk faaliyeti kabul edilmesinin imkanı yoktur. Arabulucunun görevini bizzat kendisinin yerine getirmesi de şarttır.

Arabulucudan başka arabuluculuk faaliyetine katılabilecek kişiler uyuşmazlığın tarafları ve kanuni temsilcileri ile avukatlarıdır (HUAK m. 15/6). Süreç içerisinde başvurucaunun da onayı ile taraf değişikliğine gidilmesi ya da taraf eklenmesi mümkündür.⁴¹⁸ Zira arabulucunun ya da büronun tek başına gerçek işvereni tespit ederek arabuluculuğu sürdürmesi mümkün değildir. İş uyuşmazlıkları yönünden özellikle alt işveren, asıl işveren, devralan ya da devreden işverenleri sürece dahil edilmek istenmesi söz konusu olabilir. Avukatların müvekkili arabuluculuk faaliyetinde temsil edebilmesi için vekaletnamede bu konuda yetki veren bir ifade bulunması aranır (HMK m. 74). İMK m. 3/18 hükmüne göre “*İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışmanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir.*”⁴¹⁹ STİSK m. 26/2 hükmüne göre işçi ya da işveren sendikasının arabuluculuk görüşmelerine katılma yetkilerinin

416 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 162.

417 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 162.; Köme Akpulat, 371.; Çil, 32.

418 Okur, 103-104., 122-123.; Mutlay, 95.; Kar, 432.; Çil, 35.

419 Bu düzenlemenin çok sayıda işçi çalıştıran işverenlerin birden fazla arabuluculuk görüşmesine katılım sağlayabilmesi için getirilmiş bir imkan niteliğinde olduğu yönünde, Çil, 34. Düzenleme ile avukatın tekel hakkının ihlal edildiği yönünde, Ekmekçi/Özekes/Atalı, 155. Hükümde yer alan “çalışan” ifadesi nedeniyle işveren yerine katılacak kişinin işveren vekili olması gerektiği belirtilmiştir. Çelik/Canilkioğlu/Canbolat, 76.

bulunduğu belirtilmiştir.⁴²⁰ Kanun uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişilerin de müzakerelerde bulunmasına da izin vermektedir (HUAK m. 15/6). Ancak HUAKY m. 17/8 hükmüne göre uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişilerin katılımı tarafların açık rızası ile sağlanabilir. Arabuluculuk görüşmelerinde idarenin temsili HUAK m. 15/8-9 hükümleri ile HUAKY m. 18 hükmünde ayrıntılarıyla belirtildiği üzere üç kişilik bir komisyon tarafından sağlanır.

Görüşmelerin taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, “*arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde*” (İMK m. 3/19) yapılabileceği belirtilmiştir. Görüşmelerin fiilen nerede yapılacağına ilişkin bir düzenleme yer almadığından elverişli her ortamda yapılmasının mümkün olması gerekir. Toplantıların işverenin bulunduğu yerde gerçekleştirilmesi eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi eğer süreç sonunda bir anlaşma sağlanırsa bu anlaşmanın geçerliliğini de şüpheli hale getirir.⁴²¹ Bu nedenle arabuluculuk toplantılarının nerede yapılacağı titizlikle belirlenmelidir.

Arabulucunun tarafları ilk toplantıya davetinden sonra kararlaştırılan yer ve zamanda ilk toplantı gerçekleştirilir. Kanunda tarafların ilk toplantıya katılması yönünde zorlayıcı bir düzenleme öngörülmemiştir. İMK m. 3/12 hükmü uyarınca; taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaz ve arabuluculuk faaliyeti bu nedenle sona ererse bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmez. Hükümde yer alan geçerli mazeret kavramı tartışmaya açıktır. Arabuluculuk sürecinde sunulan mazeretin geçerli olup olmadığına arabulucu karar verecek ancak bu konuda son değerlendirmeyi mahkeme yapacaktır.⁴²² Hüküm gerekçesine göre mahkemenin mazereti geçerli bulması halinde uyuşmazlık yeniden arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır. İlk toplantı dışındaki toplantılara mazeretsiz

⁴²⁰ Okur, 132. Ayrıca bkz. Başlık, II, C, 2., c.

⁴²¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 68., 92.

⁴²² Günay, 114.; Kılıçoğlu, 683.; Mutlay, 150. Nitekim bu sonuca gerek kanun gerekçesinden gerekse de arabuluculuk sürecinin mahiyetinden ulaşmak mümkündür. Aynı şekilde mahkemenin mazeretin haklılığını tespit etmesi halinde İMK m. 3/12 hükmündeki yaptırımın uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir. Günay, 114.; Kılıçoğlu, 683-684.; Köme Akpulat, 406. Hükme yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. başa. Başlık, II, C, 4, d.

katılmama yönünden bu madde hükmü uygulanmaz; bu halde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.⁴²³

Arabulucu ilk toplantıda kendisini tanıttıktan sonra aydınlatma görevini yerine getirerek sürecin işleyişini, yöntemlerini, temel ilkelerini, sonuçlarını taraflara açıklamalıdır. Toplantıya katılanların gerçekten uyuşmazlığın tarafları olup olmadığını incelemeli başka katılımcılar da varsa toplantıda yer alıp alamayacaklarını değerlendirmelidir. Özellikle temsilde veya vekalette eksik unsurlar varsa bunların giderilmesi için toplantıya ara verilmesi de mümkündür.⁴²⁴ Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olarak süreçte tarafların rolü ve kendi rol ve görevini açıklamayı ihmal etmemesi, arabuluculuk süresi hakkında da tarafların bilgilendirilmesi gerekir. Zorunlu arabuluculuk süresi arabulucunun görevlendirilme tarihinden itibaren üç hafta olmakla birlikte zorunlu hallerde bu süre bir hafta daha uzatılabilir (İMK m. 3/10, HUAKY m. 25/5). Taraflara süreye ilişkin bir bilgilendirme yapılmaması halinde taraflar aslında anlaşmak niyetinde olmasına karşın farklı nedenlerle süreci uzatmaya çalışabilir. Sürenin sona ermesi halinde ise artık sürecin uzatılması ve tarafların bu süreç sonunda anlaşması mümkün olmayacaktır. Kanunda öngörülen sürenin geçmesi halinde ne olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşın HUAKY m. 25/5 “...sürenin sonucunda arabulucu anlaşmama yönünde resen son tutanağı düzenler.” ve tarafların anlaşmaları durumu dışında her durumda anlaşmamış sayılacaklarına ilişkin hükümler (HUAKY m. 25/6-8) değerlendirildiğinde bu yönde bir sonuç çıkarmak mümkündür.⁴²⁵ Arabulucunun faaliyetin zamanında sona erdirilmesi ve eğer bir anlaşmaya varılması ihtimali varsa arabuluculuk süresi içinde tarafların bu anlaşmayı sağlaması yönünde çaba sarf etmesi gerekir. Ancak arabulucunun bu faaliyeti tarafları anlaşmaya zorlamak şeklinde değil örneğin kalan sürenin hatırlatılması ve sürenin sona ermesinin sonuçlarının açıklanması şeklinde olabilir. Tarafların açıkça süreci sürdürmek istememesine rağmen arabulucunun süreci uzatması, anlaşmaları

423 Çil, 34.

424 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 95.

425 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 170.; Çil, 37.; Mutlay, 155. Zorunlu arabuluculuk süresi sona erdikten sonra tarafların ihtiyari arabuluculuğa başvurmasının önünde bir engel yoktur. Köme Akpulat, 378.; Çil, 38. Arabuluculuk faaliyetinin dört haftayı aşacak şekilde sona ermesi halinde arabulucunun sorumluluğuna gidilebileceği ve dava açma süresinin son tutanağın düzenlendiği tarihten başlaması nedeniyle dört haftayı aşan arabuluculuk sürecinde geçirilen fazla sürenin açılacak davanın dava açma süresinden kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Okur, 140-141.

yönünde baskı yapması hak arama özgürlüğünün ihlalidir. Arabulucudan kaynaklı nedenlerle sürecin uzaması halinde adalete erişimin gecikmesinin söz konusu olacağı ve arabulucunun sorumluluğuna gidilebileceği unutulmamalıdır. Ancak taraflardan kaynaklı nedenlerle sürecin uzaması halinde hak ihlalinin bahsetmek mümkün olmaz. Arabulucu ilk oturumda katılan taraflara söz verdikten sonra anlaşılmayan noktaları da açıklığa kavuşturmalıdır. İlk toplantıda sürecin ilerleyen aşamalarına nasıl devam edeceği kararlaştırılabilir.

Arabulucu ve taraflar uyuşmazlığın temel sebebi ve anlaşmaya konu olabilecek hususları tespit ederek müzakerelere başlar. Arabulucu taraflarla görüşmeler yapıp iletişim kurmalarına ve tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olur. Süreç boyunca tarafsız, özgür bir müzakere ortamı sağlayarak tarafların birbirine soru sormasına, taleplerini iletmelerine imkan tanır.⁴²⁶ Arabuluculuk görüşmelerinde zorunlu arabuluculuk kapsamındaki taleplerin yanında bu kapsamda olmayan taleplerin de tartışılması ve bu talepler yönünden de bir anlaşmaya varılması mümkündür.⁴²⁷ Hatta başvuru sırasında belirtilmemiş taleplerin arabuluculuk görüşmelerinde ileri sürülmesi, başvuruda belirtilmiş taleplerin değiştirilmesi, bu taleplerden vazgeçilmesi mümkün olmalıdır.⁴²⁸ Tarafların taleplerini değiştirmeleri diğer tarafın ya da arabulucunun onayına da tabi değildir.⁴²⁹ Keza arabuluculuk faaliyeti yargılama olmayıp yargılamaya ya da maddi hukuka hakim olan taleple bağlılık, işçi lehine yorum gibi ilkeler süreç içine taşınmaz. Ancak bu noktada kamu düzenine ilişkin olan, emredici düzenlemeleri aşan bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmesinin ya da böyle bir anlaşmaya varılmasının kabul edilemeyeceği unutulmamalıdır.

Arabulucu tarafların her biri ile ayrı olarak veya ortak oturumda birlikte görüşebilir (HUAK m. 8). Ancak arabulucunun taraflarla ayrı ayrı görüşmesine karar verilmesi halinde bu görüşmelerden taraflar haberdar edilmelidir. Aksi bir durum eşitlik ilkesine aykırı olur. Ayrıca kanunda arabulucunun görüşmeleri yüz yüze gerçekleştirmesi gibi

426 Oğuz, Alternatif, 39.

427 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 171.

428 Okur, 122. Bkz. yuk. Başlık, II, C, 2, a.

429 Okur, 122.

bir zaruret yer almamasına karşın görüşmelerin olabildiğince yüz yüze gerçekleştirilmesi taraf iradelerinin sakatlanması olasılığını azaltacağından faydalı olur. Arabulucunun telefonla, videolu görüşmeler vb. ile süreci yürütmesi halinde tarafların gerçek anlamda serbest iradeleri ile hareket edip etmediğinin denetlenmesi güçtür. Bir tarafın süreç esnasında baskı altında tutulması ve bu şekilde süreç sonunda bir anlaşma sağlanması mümkündür. Bu halde iradesinin sakatlandığını ispat edebilecek vasıtalar da sahip değilse anlaşmanın sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Bu nedenle görüşmelerin taraflarla doğrudan iletişim kurularak sürdürülmesi yerinde olur. Arabulucu özellikle bir tarafın bilgi yetersizliği bulunan hallerde sürece ve sürecin sonuçlarına ilişkin gerekli aydınlatmayı yapmalı ve açıklamaların anlaşıldığından emin olmalıdır.

Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 15/3). Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (HUAK m. 15/4). Arabulucu arabuluculuk faaliyeti boyunca pek çok yöntem kullanır. Bu yöntemler arabuluculuk sürecini ve tarafların tutumlarını etkilediği gibi uyuşmazlığın çözümünü de etkilemektedir. Arabuluculuk faaliyetinde en çok kullanılan yöntemler kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk modelleridir. Bu modeller aslında arabulucuların konuyu ele alış şekli, uyuşmazlığa karşı tutumları, uyuşmazlığın çözümünde gösterdikleri davranışlara göre doktrinle farklı şekillerde ele alınmalarından doğmaktadır.⁴³⁰ Kolaylaştırıcı arabulucular, tüm arabuluculuk sürecini yürüten uyuşmazlıkla ve taraflarla bağlantısı olmaması ve iletişimdeki becerileri sebebiyle seçilen arabuluculardır.⁴³¹ Taraflar kendi kararlarını verirken arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne yönelik kararlar vermesi söz konusu değildir, tarafların karara varması için çaba harcar.⁴³² Arabulucu hukuki tavsiyelerde bulunamayacağı gibi uyuşmazlıkla ilgili çözüm önerisi de sunamaz.⁴³³ Zira arabulucunun yorum yapması

430 Kekeç, 241. Kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğa ilişkin ayr. için bkz. Özümucu, Arabulucunun Rolü, 1370 vd.; Özümucu, 836 vd.; Özbek, 632.; Kekeç, 241 vd.; Dür, 116-117.; Erdemir, 8.

431 Alexander, 111.

432 Roberts, 193. Kolaylaştırıcı arabulucular süreçte taraflara oranla çok daha pasif bir rol üstlenir. Özdemir, Arabuluculuk, 611.; Yağcıoğlu, 468-469.; Kekeç, 241-243.; Özümucu, Arabulucunun Rolü, 1372.

433 Alexander, 111.; Yağcıoğlu, 468.; Özümucu, Arabulucunun Rolü, 1388.

sonucunda tarafsızlığını kaybetmesi ya da yeterli bilgiye sahip değilse tarafları hatalı bir çözüme yönlendirmesi söz konusu olur.⁴³⁴ Bu modelde tarafların arabulucudan ve diğer üçüncü kişilerden daha iyi çözümler getirebileceği görüşü⁴³⁵ hakim olduğundan taraflar arası iletişimin sağlanması hedeflenir. Tarafların eşit müzakere yeteneğine sahip olmadığı hallerde sürecin başlaması zorlaşabileceği gibi müzakerelerin çıkmaza girmesi de söz konusu olabilir.⁴³⁶ Kolaylaştırıcı arabuluculukta menfaat odaklı sistem işlerken değerlendirici arabulucular hak odaklı çalışır.⁴³⁷ Tarafların mahkemeye başvurmaları halinde elde edebilecekleri olası sonuçlar arabuluculuk sürecine yön verir.⁴³⁸ Yani karşılaşılabilecekleri masraflar, dava sonucu, mahkeme yolunda neleri kazanıp kaybedebilecekleri vb. hakkında değerlendirmeler yapılarak taraflar bilgilendirilir. Arabulucu uygun bir müzakere ortamı hazırlar iletişim için çaba harcar ancak bunlara ek olarak öneriler getirerek uyuşmazlığa bir çözüm sunar. Süreç boyunca aktif bir rol alıp, rehberlik eder ve taraf taleplerini gerçekçi şekilde değerlendirir.⁴³⁹ Arabulucunun süreç içinde değerlendirme yapıp yapamayacağı ve taraflara öneri sunup sunamayacağı tartışmalı⁴⁴⁰ bir husus olmakla beraber Türk hukuku yönünden öneri sunabilmesi kabul edilmiştir.

Arabulucunun tarafları bağlayıcı şekilde karar verme yetkisi yoktur.⁴⁴¹ Taraflar arasındaki uyuşmazlığı da arabulucunun kendisi değil taraflar bizzat çözer.⁴⁴² Arabulucunun asıl görevi taraflara uyuşmazlıklarını çözebilecekleri tarafsız bir ortam

434 Riskin, 118.

435 Roberts, 193.

436 Alexander, 100.

437 Özdemir, Arabuluculuk, 611.; Özmumcu, 1372.

438 Riskin, 116-119.; Alexander, 108.

439 Roberts, 196-197.; İş uyuşmazlıkları yönünden değerlendirici arabuluculuğun yerinde olacağı yönünde, Özdemir, Arabuluculuk, 613.

440 Arabulucunun değerlendirme yapmasını arabuluculuk ilkelerine aykırı bulanlar yanında sürecin bir parçası olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Ayrıntı için bkz. Kekeç, 249 vd. Arabulucunun süreçteki rolü ve değerlendirme yapması ile ilgili özellikle Amerikan doktrininde tartışmalar mevcuttur. Ayrıntı için bkz. Özmumcu, 835-836.; Özmumcu, Arabulucunun Rolü, 1369-1389.; Kekeç, 238-262.

441 Oğuz, Alternatif, 38.; Kekeç, 42.; Taşpolat Tuğsavul, 9-10.; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, 100.; Akın, 26. Ayr. bkz aşa dn. 450. Tahkimden ayrılan en önemli yanıdır. Erbaş, 191-192. Arabuluculuğu sulhten ayıran nokta ise tek taraflı fedakarlığın mümkün olmasıdır oysa sulh kurumunda her iki tarafın fedakarlığı gerekir. Kekeç, 43. Uzlaşmadan ayrılan yönü de tartışmalı olmakla beraber uzlaştırıcının taraflara uyuşmazlığı çözmeye adına çözüm önerileri sunması olarak gösterilebilir. Taşpolat Tuğsavul, 13. Ayrıntı için bkz. Taşpolat Tuğsavul, 10-13.; Kekeç, 45-47.; Tanrıver, 165-170.

442 Oğuz, Alternatif, 37.

hazırlayarak tarafları bir araya getirmek ve iletişim kurmalarını sağlamaktır.⁴⁴³ Taraflar, özgür bir ortamda, müzakereye teşvik edilir ve böylece uyuşmazlığı çözmeleri sağlanır. Tarafların yerine karar veremeyeceği gibi ancak onları dinleyip gerektiği durumlarda çözüm yolu üretilebilmesi için tavsiye niteliğinde görüşlerini iletebilir. Her iki tarafı da memnun edecek orta bir yolda tarafların buluşmasına⁴⁴⁴ ve problemlerini çözebilecekleri bir müzakere süreci oluşmasına yardım eder. Arabuluculuğun amacı en başta uyuşmazlığın çözülmesini sağlamak, her iki tarafın da kazanacağı ortak bir çözüme ulaşabilmek, taraflar anlaşmaya varamasalar bile birbirlerine tarafsız bir ortamda fikirlerini aktararak daha iyi anlamalarına yardımcı olmaktır.⁴⁴⁵ Tüm süreçte tarafların asıl olarak söz sahibi olması ve çözümlerin de taraflarca getirilmesine rağmen arabuluculuk faaliyetinin temel taşı arabulucudur.⁴⁴⁶ Çünkü tüm süreci yöneten ve arabuluculuğun temeli olan tarafsız bir müzakere ortamını sağlayan arabulucudur ve bundan dolayı da süreçte söz hakkı olacaktır. Bu açıdan arabuluculuğun istenen amaçlara ulaşabilmesinde en önemli etkenin arabulucunun bizzat şahsı ve süreçteki rolü olduğu söylenebilir. Arabulucu uyuşmazlığa ilişkin karar veren taraf değildir; uyuşmazlığın çözümüyle ilgili taraflar bir karara varır ve arabulucu ancak bu anlaşmanın sağlanmasına yardım edebilir.⁴⁴⁷ İMK ile getirilen değişikliklerden biri de tarafların çözüm üretmediklerinin anlaşılması halinde arabulucunun çözüm önerisinde bulunabilmesidir (HUAK m. 15/7, m. 2/b; HUAKY m. 19/5.) Yapılan değişikliğe kadar HUAK hükümlerince arabulucunun çözüm önerisi getirmesi mümkün olmayıp kolaylaştırıcı arabuluculuk anlayışı benimsenmişti.⁴⁴⁸ Bu değişiklikle beraber kolaylaştırıcı arabuluculuktan değerlendirici arabuluculuğa doğru bir yönelim olduğu

443 Oğuz, Alternatif, 37.

444 Arabuluculuk her iki tarafın da kazanımının hedeflendiği bir çözüm yoludur. Oysa dava yolunda mutlaka kaybeden bir taraf vardır. Haklı ya da haksız olma hususu değil menfaatlerin dengelenmesi, yani geleceği gözetilen bir yöntem çizdiğinden her iki tarafın da tatmin edilmesini sağlayabilecek bir süreç olduğu belirtilmiştir. Kekeç, 49-50.; Tanrıver, 158.; Taşpolat Tuğsavul, 10.

445 Ayrıntı için bkz. Kekeç, 47-52.

446 Kekeç, 44.

447 Arabulucu haklılık haksızlık doğrultusunda karar veren kişi değildir; yargısal yollardan ayrılan en büyük unsuru da budur. Kekeç, 84.

448 Özmmucu, Arabulucunun Rolü, 1389. HUAK m. 19/5 düzenlemesinden önce arabulucunun çözüm önerisi getirebileceği yönünde görüşler olduğu gibi (bkz. Oğuz, Alternatif, 39.; Özbek, 1181.; Ulukapı/Kıyak, 1684.; Odaman/Karaçöp, 56.; İldır, 141.; Yıldırım, 341.; Kuru, 241.) çözüm önerisi getiremeyeceği yönünde görüşler de (Göksu, 379. Benzer yönde, Erdoğan/Erzurumlu, 9.; Tanrıver, 165-170.; Pekcanitez, Tebliğ, 255.; Ersen Perçin, 185.) yer almıştır.

söylenbilir.⁴⁴⁹ Taraflar arabulucunun tavsiyelerini kabul edip anlayabilecekleri gibi aksi yönde de karara varabilirler. Arabulucunun önerilerinin tarafları bağlayan hiçbir yanı yoktur; taraflar karar vermede tam bir serbesti içindedir. Arabulucu önerisini taraflara empoze edemez.⁴⁵⁰ Gerek kendi önerisi gerek taraflardan gelen bir öneri üzerinde anlaşmaları yönünde tarafları zorlayamaz. Bu husus da aslında tam anlamıyla değerlendirci arabulucu rolünün benimsenmediğini göstermektedir. Arabulucunun çözüm önerisi sunması hali tarafların çözüm önerisi getiremediği aşamalar ile sınırlanarak⁴⁵¹ tarafların süreçteki aktif rolü aslında devam ettirilmektedir. Bu yetki verilerek uyuşmazlıkların çıkmaza girmesi engellenmek istenmiştir. Ancak çözüm üretilmediğinin ne zaman kabul edileceği, bu yönde kimin karar vereceği belirsizdir. Arabulucunun sürecin çok başında anlaşmaya yönelik öneriler sunması faaliyetin niteliğine uygun düşmez. Arabulucunun sunacağı önerinin bir tarafın lehine olması halinde ise tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine gölge düşeceği açık olmakla birlikte önerinin bu nitelikte olma ihtimali de çok yüksektir.⁴⁵² Bu yol arabulucunun tarafları anlaşmaya zorlaması riskini de barındırmaktadır. Tarafların çözüm arayışına girdiği noktalarda ya da anlaşmayacaklarını açıkça ortaya koydukları halde arabulucunun ısrarla çözüm önerisi sunması, süreci uzatması arabuluculuğun özüyle ve adalete erişim özgürlüğü ile bağdaşmaz. Arabulucunun hukuki bilgiler ve tavsiyeler vermesi, taraflara birbirlerinden habersiz ayrı tavsiyeler sunması ise söz konusu olamaz.⁴⁵³ Tarafların bu süreçte orta noktada buluşmasına yardım eden ise arabulucu tarafların geçmişe değil geleceğe odaklanmasını sağlayıp menfaatleri arasında denge kurarak iki tarafın da kazanacağı şekilde uyuşmazlığın çözümünü amaçlar. Arabulucu tüm faaliyet süresince görevinin sınırlarını aşmamak, özen ve aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmak, eşitlik ve

449 Özmumcu, 836.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 65.; Okur,139. Akyol-Aslan, çözüm önerisi sunabilme imkanının yalnızca tarafların çözüm üretmediğinin ortaya çıktığı hallerle sınırlı olduğu bu nedenle düzenlemeyle değerlendirci arabuluculuk anlayışının benimsendiğinin söylenemeyeceği kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin hukukumuzda halen geçerli olduğu görüşündedir. Akyol-Aslan, 37-38.

450 Tanrıver, 166.; Taşpolat Tuğsavul, 9-10.; Kekeç, 42.; Özmumcu, 836.; Manav Özdemir, 205-206.; Oğuz, Alternatif, 37-39., 44.; Namlı, 155.; Bulur, 42.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 20.; Büyükkay, 65.; Kurt, 407-410.; Mutlay, 27., 36.; Köme Akpulat, 342, 351.; Sarısözen, 257.; Karacabey, 458.; Ildır, 88.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1483.; Yağcıoğlu, 464.; Günay, 82.;Yıldırım, 340., 347.; Kaplan, 118., 121.; Mutlay, 27., 36.; Ersen Perçin, 185., 196.; Kurt Konca, 234.; Özdemir, Arabuluculuk, 609.; Odaman/Karaçöp, 56.; Akyol Aslan, 39.

451 Arabulucunun ancak taraflar arasında gerçekten bir çözüm üretilmediği noktalarda çözüm önerebileceği yönünde, Akın, 26.

452 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 100.

453 Taşpolat Tuğsavul, 8-9.; Dür, 45-46. Arabulucunun hukuki tavsiyeler verememesine ilişkin hüküm eleştirilmiştir. Bkz. Kuru, 241.

gizlilik ilkelerini gözeterek süreci yönetmekle mükelleftir. Zorunlu arabuluculuk faaliyetleriyle ilişkin İMK’da özel hüküm bulunmayan hallerde HUAK m. 18/A zorunlu arabuluculuğa ilişkin genel düzenlemesi ve burada da hüküm bulunmayan hallerde zorunlu arabuluculuğa uygun düştüğü ölçüde HUAK genel hükümleri uygulama alanı bulur. Özellikle yeterli aydınlatmanın yapılmadığı hallerde anlaşma sağlanması halinde anlaşmanın geçerliliği tartışmalı olacaktır gibi arabulucunun sorumluluğu da doğacaktır.

2.3.4. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi Ve Sonuçları

HUAK m. 17 ve HUAKY m. 20 ile genel olarak arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sona ereceği düzenlenmiştir. Bunlar; tarafların anlaşmaya varması, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin çekilmesi, tarafların faaliyete son verme konusunda anlaşması, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespitidir. Zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği haller ise İMK m. 3/11 ve HUAK m. 18/A-10 hükümlerinde belirtilmiştir. Zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk düzenlemelerin farklı nitelikte olması nedeniyle sona erme halleri de farklı biçimde düzenlenmiştir. Sürecin ne şekilde sona erdiği doğacak sonuçlar bakımından önem arz eder.

2.3.4.1. Sürecin Sona Erdiği Haller ve Son Tutanak

İMK m. 3/11 ve HUAK m. 18/A-10 hükümlerine göre zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği haller; arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması, anlaşmaya varılamaması ve anlaşmaya varılmasıdır. HUAKY m. 25/6 hükmü uyarınca *“Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları hâlinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir.”* Ayrıca HUAKY m. 25/5 hükmü ile de en fazla dört hafta olan arabuluculuk süresi sonunda anlaşılmama yönünde resen tutanak düzenlemesi gerektiği belirtilmiştir. Yönetmelikle kanunda bulunmayan bu şekilde bir düzenleme getirilmesi tartışmaya açık olmakla birlikte süre sonunda zorunlu arabuluculuk kapsamında bir anlaşmanın mümkün olmaması gerekir. Zorunlu arabuluculuğun anlaşmaya varılmaması nedeniyle sona ermesi haline, genel arabuluculukta kabul edilmiş olan sona

erme hallerinden tarafların arabuluculuk faaliyetini sonlandırma konusunda anlaşmaları, bir tarafın görüşmelerden çekilmesi ve arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi halleri dahil görülebilir (HUAK m. 17). Zira bu hallerde zorunlu arabuluculuk faaliyeti anlaşma olmaksızın sona erer. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmaması ise genel arabuluculuk faaliyeti yönünden açıkça bir sona erme hali olarak kabul edilmişken zorunlu arabuluculuk yönünden bu noktada açık bir düzenleme yoktur. Ancak uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması arabuluculuk için bir ön şart olduğundan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesine rağmen zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesi mümkün olmaz. Bu nedenle uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespitini halinin de zorunlu arabuluculuğu sona erdiren hallerden biri olarak kabulü gerekir. Açıkça arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda anlaşmaya varılması halinde arabulucunun sorumluluğu da doğabilir. Ancak bu noktada kanun gereği arabuluculuğa elverişli kabul edilen uyuşmazlıkların elverişli olmadığından bahisle arabuluculuğu sonlandırmanın mümkün olmadığı unutulmamalıdır.

Kanunda sayılan hallerin gerçekleşmesi ile arabuluculuk faaliyeti sona erer. Bu durum arabulucu tarafından düzenlenecek “son tutanak” ile tespit edilerek derhal arabuluculuk bürosuna bildirilir (HUAK m. 18/A-10, İMK m. 3/11). Burada büroya bildirilmesi gereken husus arabuluculuk faaliyetinin sona ermiş olduğu yani son tutanaktır. Son tutanağın içeriğine faaliyetin ne şekilde hangi nedenden ötürü sona erdiği yazılır. Son tutanağın içeriğinde yer alması istenen diğer hususlar taraflarca kararlaştırılır. Arabulucu son tutanak ve sonuçları hakkında taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sona erdiğini içeren son tutanak arabulucu, sürece katılan taraflar ile bunların kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Taraflar, tarafların kanuni temsilcileri ya da vekilleri imzadan imtina ederse bu husus tespit edilerek son tutanak arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 8). Taraflar arasında bir anlaşma sağlanmışsa buna ilişkin hususların ayrıca bir anlaşma metni düzenlenmek suretiyle açıklanması daha uygun olur. Arabuluculuk bürosuna başvuru ile son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen sürede zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği kanunda belirtilmiştir. Son tutanağın düzenlenmesi ile sürelerin durması/işlememesine ilişkin bu etki de sona erer.

2.3.4.2. Tarafların Anlaşmaya Varamaması ve Sonuçları

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varmak zorunda değildir. Arabuluculuğun anlaşmaya varılamaması nedeniyle sona erdiği haller; arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflardan biri ya da her ikisi de katılmadığı için müzakere yapılamaması ve görüşme yapılmasına rağmen tarafların anlaşmaması olarak sayılabilir (HUAK m. 18/A-10, İMK m. 3/11). Anlaşmaya varılması hali dışındaki hallerde arabuluculuğun anlaşmama şeklinde sona ermesi gerekir (HUAKY m. 25/6). En fazla dört hafta olan arabuluculuk süresinde bir anlaşmaya varılamaması halinde de arabuluculuk faaliyetinin anlaşmama ile sona erdiği kabul edilmelidir (HUAKY m. 25/5). Yine uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilirse anlaşmaya varılması düşünülemeyeceğinden arabuluculuk faaliyeti anlaşma olmaksızın sona erdirilir.

Arabulucu son tutanağa neden anlaşma sağlanamadığı hususunu da eklemelidir. Zira uyuşmazlığın devamında yargıya intikal etmesi halinde bu nedenler yargılama giderleri gibi bazı sonuçların belirlenmesinde etkili olacaktır. Son tutanak düzenlenmesi ile birlikte dava şartı yerine getirilmiş olur. Böylece arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlık konusu, son tutanak dava dilekçesine eklenmek suretiyle mahkemelerde talep edilebilecektir.⁴⁵⁴ İşe iade talebi yönünden arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanamaması halinde işçi, işe iade talebiyle son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde işe iade davası açabilir. Tarafların anlaşması üzerine aynı süre içinde özel hakeme gidilmesi de mümkündür.

2.3.4.3. Tarafların Anlaşması ve Sonuçları

Zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşmaya varılması halinde ihtiyari arabuluculukta öngörülenlerden ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Kanunun yapmış olduğu atıf gereği zorunlu arabuluculuk sürecinin sonucunda varılan anlaşma ve sonuçları hakkında ihtiyari arabuluculuk hükümleri uygulanır (HUAK m. 18/A-20, İMK m. 3/21). Anlaşma üzerine yine arabulucunun son tutanağı düzenleyerek imza etmesi

⁴⁵⁴ Arabuluculuğun dava şartı olmasına ilişkin açıklamalar geçerlidir. Bkz. yuk. Başlık, II, B, 3.

şarttır. Arabulucunun tutanak ve varılan anlaşmanın sonuçları ile anlaşma sağlanmasının elverişli olmadığı kanunlar hakkında tarafları bilgilendirmesi gerekir.

2.3.4.3.1. Anlaşmanın Şekli

Anlaşma içeriği taraflarca belirlenecek olup tarafların yükümlülükleri ve şartların anlaşılır ve açık şekilde belirlenmesi yerinde olur. Anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imza edilir. Anlaşmanın belli şekilde yapılması da şart değildir. Adi yazılı bir anlaşma yapılabileceği gibi noterde onaylama ya da düzenleme şeklinde bir anlaşma yapılması da mümkündür. Hatta tarafların anlaştıkları hususları bir anlaşma metnine dönüştürmeleri de zorunlu değildir.⁴⁵⁵ Ancak anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bunun yazılı olması taraflar ve arabulucu tarafından imza edilmesi aranır (HUAK m. 18/1).⁴⁵⁶ İşe iade talepleri bakımından anlaşmanın belli içeriği taşıması zorunlu kılınmış olduğundan yazılı olarak yapılmasının şart olduğu söylenebilir (İş K. m. 21/7).⁴⁵⁷

Kanun koyucu arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılması halinde anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belgeye dönüştürme imkanı da tanımıştır. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi vermesi talep edilebilir (HUAK m. 18/2).⁴⁵⁸ İcra edilebilirlik şerhi verilmesi çekişmesiz yargı işidir. Mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verebilmesi için anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan olup olmadığı ve anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlı bir inceleme yapması gerekir (HUAK m. 18/3). Eğer anlaşma konusu bir edimin kayıtsız

455 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 226.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 344.; Kekeç, 205-206.; Büyükay, 97 vd.; Oğuz, Alternatif, 56.; Dür, 363. Anlaşmanın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerektiğinden yazılı şeklin şart olduğu yönünde, Erdoğan/Erzurumlu, 24. Süreç sonunda ayrıca bir anlaşma belgesi düzenlenmemiş ancak taraflar son tutanağa anlaştıkları hususları, yükümlülüklerini yazdırmışlar ise bu tür son tutanakların anlaşma belgesi mahiyetinde kabul edilmesi gerekir. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 183-184.; Büyükay, 99. Anlaşma belgesinin kim tarafından hazırlanacağına ilişkin kanunda açıklık yoktur. Doktrinde genel olarak arabulucunun bu konuda görevli olduğu ancak taraf avukatlarınca da anlaşma belgesinin hazırlanmasının mümkün olduğu görüşü hakimdir. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 183.; Oğuz, Alternatif, 57.; Dür, 363.

456 Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 191.; Büyükay, 99.; Kıyak, 529.

457 Özekes, 299-300.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 226-227.

458 7036 S. İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen değişikliklerden önce icra edilebilirlik şerhi asıl uyuşmazlık hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenmekteydi. Hükmün bu şekilde değiştirilmiş olması uzman mahkemenin arabuluculuğa elverişlilik tespitini daha iyi yapabilmesi, sorunlu noktaları daha doğru inceleyebilmesi ve dava açıldıktan sonra asıl uyuşmazlığa bakan mahkemenin incelediği hususu (HUAK m. 18/2) sınırlı yetkili olan sulh mahkemelerine bırakılmasının tutarlı olmaması nedenleriyle eleştirilmiştir. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 111.; Mutlay, 49.; Kar, 447.

şartsız ifasına ilişkin değilse hukuki ilişki tespitinden oluşuyorsa cebri icraya elverişli sayılmaz.⁴⁵⁹ Benzer biçimde anlaşma konusu belirlenebilir nitelikte değilse yine icra edilebilmesi mümkün olmaz.⁴⁶⁰ Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için eda hükmü içermesi gerekir.⁴⁶¹ Bundan başka arabulucunun tarafların ve avukatlarının birlikte imza ettikleri arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilam niteliğinde belge sayılmıştır (HUAK m. 18/4).⁴⁶² Anlaşmanın ilam niteliğinde belge niteliğinde olması halinde ilamların icrası hükümlerine göre icrası mümkündür.⁴⁶³ İlam niteliğinde belgelerin mahkeme ilamı ile karıştırılmaması gerekir. İlam niteliğinde belgeler yalnızca belgenin icrası yönünden ilamlar ile aynı sonucu doğururlar. İlam niteliğinde belgeler kesin hüküm niteliğinde de değildir.⁴⁶⁴ Mahkemenin verdiği icra edilebilirlik şerhi kararına karşı istinaf yolu açıktır.

2.3.4.3.2. Anlaşmanın İçeriği

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın içeriği tarafların taleplerine göre sözleşme özgürlüğü çerçevesinde şekillenir.⁴⁶⁵ Taraflar arabuluculuğa başvurduğu konular dışında konuları da süreç içinde tartışıp bu konular üzerinde anlaşabilir.⁴⁶⁶ Dava şartı olan arabuluculuk sonunda anlaşma hususunda işçi-işveren alacakları yönünden genel

459 Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 356. Şarta bağlı kurulmuş arabuluculuk anlaşma belgeleri yönünden icra edilebilirlik şerhi verilmemesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir. Erdoğan/Cömert, 36.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 358.; Kekeç, 208-209.

460 Önen, 157.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 356.; Çelikoğlu, 713.; Erdoğan/Cömert, 34.

461 Büyükay, 254.; Oğuz, Alternatif, 58; Kıyak, 532.; Kekeç, 208. Anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli kabul edilebilmesi için belli bir edimin ifasını yönelik olması gerekir. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 192. Anlaşma belgesinin yalnızca tespit hükümleri içermesi halinde icra edilebilirliği yoktur. Bu halde icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün olmaz. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 120.; Mutlay, 52.; Kurt Konca, 239.; Büyükay, 255. İşe iade davalarında verilen kararın tespit hükmü niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Hatta işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücretin parasal olarak değil ay olarak belirlenmesi gerektiği de yargı kararlarında belirtilmiştir. Konuya iş. bkz. Süzek, 675.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1065.; Astarlı İş Mahkemeleri, 45. Ancak 7036 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler ile İş K. m. 21 hükmüne “Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.” (İş K. m. 21/4) fıkrası eklenmiştir. Hükmün gerekçesi için bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf. Hükmün uygulanmasındaki problemler için bkz. Astarlı, İş Mahkemeleri, 44 vd.; Alpagut, Toplantı, 195-217.; Mutlay, İşe İade, 2141-2142.

462 Düzenleme Avukatlık Kanunu m. 35/A ile de uyumludur. Çelikoğlu 709.; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, 112.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 359. Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmü gereği arabulucu anlaşmayı imza etmese dahi anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılır.

463 Özbek, 1262.; Namli, 165.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 192.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 356.; Çelikoğlu, 711.

464 Bkz. aşa dn. 502.

465 Özbek, 1259.; Kıyak, 531.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 185.; Oğuz, Alternatif, 57.; Dür, 364.

466 Kıyak, 528.; Çil, 29.; Kar, 439.

arabuluculuk yolunda uygulanan hükümler gözetilir. Kanun işe iade talepli anlaşmalar yönünden özel düzenlemeler öngördüğünden işe iade kapsamlı anlaşmalara için bu düzenlemeler uygulanır. Anlaşma belgesinin kamu düzenine, kişilik haklarına ahlaka aykırı edimler içermemesi gerekir.⁴⁶⁷ Hatta bir görüşe göre tarafların bu yönde bir anlaşma yapmakta ısrar etmesi halinde arabulucunun süreci sonlandırması (HUAK m. 17/1-d) gerekir.⁴⁶⁸ Anlaşmanın iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içerip içeremeyeceği ve bu anlaşmanın geçerliliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Konuya aşağıda ayrıntılı olarak yer verildiğinden ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.⁴⁶⁹

İşe iade talepli anlaşmalar bakımından İş K. m. 21/7 hükmü ile anlaşmanın içeriğine yönelik özel düzenlemeler getirilmiştir. Hükme göre işe iade talebiyle yapılan başvurular sonucunda anlaşmaya varılması halinde anlaşma metni; işe başlatma tarihini ve İş K. m. 21/3 hükmünde belirtilen ücret ve diğer hakları ile işçinin işe başlatılmaması halinde İş K. m. 21/2 hükmünde düzenlenmiş tazminatın parasal miktarını içermek zorundadır. Bu hususlarda anlaşılmış olması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Aksi halde anlaşma sağlanmamış sayılacak ve tutanak buna göre düzenlenecektir (İş K. m. 21/7). Hükümde atıf yapılan İş K. m. 21/3 hükmünde yer alan “kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için” ibaresinin arabuluculuğa uygun şekilde yorumlamak gerekir. Arabuluculuk yargılama faaliyeti değildir; arabuluculuk sonunda mahkeme kararı ortaya çıkmaz. Kararın kesinleşmesinden de bahsedilemez. Hükümün yalnızca lafzına bakılarak yapılacak bir yorum ile doğru bir anlama ulaşmak mümkün değildir. Hükümün amacına, kanuna ve arabuluculuk kurumuna uygun olarak yorumlanması gerekir. Bu halde hüküm anlaşmanın yapılmasına kadar şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁷⁰

Kanunda tarafların işe başlatma konusunda karar vermesi halinde başlatılma tarihinin belirlenmesi gerektiğini belirtilmiş olsa da buna ilişkin bir koşul öngörülmemiştir. Ancak belirlenebilir bir tarih tespiti yapılması şarttır. Bu konuda ucu açık ifadeler yer

467 Kar, 457-461., 464-466.; Kıyak, 529.; Büyükay, 103.; Taşpolat/Tuğsavul, Arabuluculuk, 124-125.; İldır, 40-43.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 93.

468 Kar, 446., 449., 456.

469 Bkz. aşa. Başlık III.

470 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 228.; Özekes, 303.

verilmemelidir. Bu durumda anlaşma sağlanmamış sayılır. Açıkça belirli bir tarih ya da somut bir tarihten belirli bir süre sonrası işe başlatma tarihi olarak kararlaştırılabilir.⁴⁷¹ Sürenin sınırının ne olması gerektiği konusunda ise doktrinde bir görüşe göre taraflar bu konuda serbestçe anlaşabilir ve İş K. m. 21/1 hükmü ile bağlı da değildir.⁴⁷² Bir diğer görüş ise İş K. m. 21/1 hükmü de gözetildiğinde başlatma tarihi, arabuluculuk anlaşmasına varılmasından itibaren bir aylık süre içinde kalınarak belirlenmelidir.⁴⁷³ Hüküm yer aldığı madde metni ile beraber değerlendirildiğinde ikinci görüşe katılmak gerekir. Aksi durum işe iadeye ilişkin anlaşmanın içinin boşaltılması anlamına gelebileceği gibi iş güvencesi sistemi ile de uyumlu olmaz. Keza kanun koyucunun işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret konusunda irade serbestisini sınırladığı ve Kanunda belirlenmiş miktarlar üzerinde anlaşılmasını öngördüğü de düşünüldüğünde başlatma tarihi konusunda İş K. m. 21/1 hükmüne atıf yapılmaması nedeniyle bu ilkedен vazgeçildiği şeklinde bir yorum yapmak mümkün değildir. Hükümün yalnızca lafzı ile değil bir bütün halinde değerlendirilmesi ve normun koruduğu yarar ve değer in gözetilmesi gerekir.

İş K. m. 21/7 hükmüne göre “...İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.” Hükümden anlaşma belgesine göre boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatına, hak kazanmak için işçinin işe başlaması gerektiği anlaşılmaktadır.⁴⁷⁴ İşçinin işe başlatılması için başvurma gibi bir koşulun da artık aranmaması gerekir.⁴⁷⁵ Çünkü taraflarca işe başlama tarihi kararlaştırılmış olduğundan bu tarihte işçinin işe başlaması beklenir. Doktrinde tarafların arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşma ile işçinin işe başlamaması halinde de işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanması yönünde bir kararlaştırma yapabilmeleri mümkün olduğu görüşünün⁴⁷⁶ yanında bu konuda kanun hükmü bir

471 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 229.

472 Çil, 44.; Okur, 150.; Kurt, 436.; Özekes, 304.

473 Astarlı, İş Mahkemeleri, 49.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 230-231.

474 Mutlay, İşe İade, 2140.

475 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 231.; Astarlı, İş Mahkemeleri, 50.

476 Okur, 153.

sınırlama getirdiği için geçerli feshin sonuçlarının gerçekleşmesinin gerekeceği ve aksinin kararlaştırılması mümkün olmayacağı görüşü de ileri sürülmüştür.⁴⁷⁷

İşe iade talebine ilişkin arabuluculuk sürecinde işe iade dışında bir anlaşma yapıp yapamayacakları hususunun da değerlendirilmesi gerekir. Zira işverenlerin işçiyle tekrar çalışmak istememesi mümkün olduğu gibi işçilerin de işe iade yerine alacaklarına yönelik anlaşmalar yapmak istemesi bozulan ilişki nedeniyle işe dönmek istememesi mümkündür. Bu halde işçilerin ne karşılığında işe iade hakkından vazgeçebileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. İşe başlatmamanın kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almasa da genel olarak doktrinde işe başlatmama yönünde bir anlaşma yapılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁷⁸ İşe başlatmama haline ilişkin anlaşmanın iki türlü yapılabileceği belirtilmiştir. Buna göre, taraflar yalnızca feshin geçerliliği konusunda anlaşabilir ya da geçerli feshin sonuçlarına ilişkin bir anlaşmaya varabilir.⁴⁷⁹ Bir diğer ihtimalde ise tarafların işveren feshini kaldırmaları ve sözleşmenin anlaşarak sona erdiğini kararlaştırmalarıdır. Bu halde taraflarca sulh niteliğinde bir ikale⁴⁸⁰ ile iş sözleşmesi sona erdirilmiş olup sona ermenin sonuçları da kararlaştırılabilecekleri ifade edilmiştir.⁴⁸¹

Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma hem maddi hukuku hem de usul hukukunu ilgilendiren sonuçlar doğurabilir. Anlaşma belgesi eğer ilam niteliğinde belge ise ilamlı icra yoluna başvurulabilir. Anlaşma belgesinin ifasına ilişkin sorunlarda sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmak da mümkündür. Anlaşılmayan konular yönünden ise artık dava şartı yerine getirildiğinden dava açmak mümkün olacaktır. Anlaşmanın bir sonucu olarak HUAK m. 18/5 hükmü ile tarafların anlaşılan hususlarda dava açmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Özellikle işçinin emredici korumadan vazgeçerek haklarından feragat ve işvereni ibra ettiği anlaşmaların geçerliliği ise bu hükme karşın tartışmalıdır.

477 Mutlay, İşe İade, 2140. Geçerli feshin sonuçlarının doğacağı yönünde, Astarlı, İş Mahkemeleri, 51.

478 Özekes, 301-302.; Astarlı, İş Mahkemeleri, 49-50.; Okur, 154.

479 Astarlı, İş Mahkemeleri, 50.

480 Astarlı, 136 vd. Ayr. Bkz. yuk. Başlık I, E, 2.

481 Astarlı, İş Mahkemeleri, 50.

2.3.4.4. Arabuluculuk Faaliyetinde Giderlerden Sorumluluk

Kanun koyucu zorunlu arabuluculukta yargılama giderleri ile arabuluculukla ilgili giderler bakımından ihtiyari arabuluculuk hükümlerinden farklı bir düzenleme getirmiştir. Arabuluculuk giderleri genel olarak büro giderleri ve arabulucu ücretinden oluşur. Bu giderler doğrudan arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan giderlerdir. Doğrudan arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanmasa da anlaşmaya varılamaması sonucunda yargı yoluna başvurulması durumunda doğacak yargılama giderleri yönünden de ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

Arabuluculuk bürosu tarafından yapılan zorunlu giderler bakımından “...arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.” (İMK m. 3/16, HUAK m. 18/A-14). Hüküm ile yalnızca tarafların sonradan dava açması ihtimali düzenlenmiş olup dava yoluna başvurulmayan haller için giderlerden sorumluluk açısından bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda bütçeden karşılanan bu giderler Adalet Bakanlığı üzerinde kalacaktır.⁴⁸² Arabuluculuk ücreti yönünden ise taraflar bir anlaşmaya varmış ve bu konuyu anlaşmada açıklığa kavuşturmuşlar ise sorun oluşmayacaktır. Ancak taraflar uyuşmazlık konusunda anlaşmalarına rağmen arabuluculuk ücretinden sorumluluk hususunda anlaşmamış ise ücretin eşit şekilde ödenmesi gerekir.⁴⁸³ “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama

482 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 182.; Oğuz, Alternatif, 85.; Özekes, 287.; Köme/Akputat, 402.

483 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 182. Ücretin miktarına ilişkin asgari bir düzenleme de getirilmiştir: “...Bu ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir.” İMK m. 3/13.

giderlerinden sayılır.” (İMK m. 3/14). Yine bu halde de tarafların anlaşmalarına karşın dava yoluna da başvurmaması durumunda ücretten sorumluluk hususu düzenlenmediğinden yukarıda yaptığımız açıklamaya paralel olarak giderler Adalet Bakanlığı üzerinde kalacaktır.

Yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin yaptırım niteliğinde getirilmiş olan düzenleme niteliği yönüyle önem arz etmektedir: *“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez . Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.” (İMK m. 3/12).*

Düzenleme doktrinde Anayasa ve hak arama özgürlüğüne uygun düşmemesi,⁴⁸⁴ geçerli mazeret kavramının belirsizliği nedeniyle problemler yaşanmasının mümkün olması⁴⁸⁵ ve tarafların süreci devam ettirme serbestisini sınırlandırması⁴⁸⁶ nedenleri ile eleştirilmiştir. Hüküm gerekçesinde;

“...Davet edilen tarafın kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını hesap ederek masaya ve görüşmelere gelmekten kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltacak ve umulan sosyal menfaatin elde edilememesine sebep olacaktır...Hangi mazeretin geçerli olduğu ilk etapta arabulucu tarafından her somut olayda tespit edilecek,...Bu uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde ilk etapta arabulucu tarafından ortaya konan durum mahkemece denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihai karar mahkeme tarafından verilecektir. Arabulucu tarafından geçersiz görülen mazeretin mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde uyuşmazlık yeniden

484 Bkz yuk Başlık, II, B, 1. Anayasaya aykırılık teşkil etmediği yönünde Oğuz, Alternatif, 86.

485 Namlı, 159.;Doğan Yenisey, Toplantı, 188. Düzenlemenin göstermelik arabuluculuk faaliyetlerinin önlenmesi amacı taşıdığı belirtilmiştir. Bkz. Odaman/Karaçöp, 63.; Oğuz, Alternatif, 82. Hüküm ile sürece katılımın artırılmasının hedeflendiği yönünde, Özkes, 286.; Yağcıoğlu, 476.; Kılıçoğlu, 683.

486 Bakırcı, 373-374.; Köme Akpulat, 406.; Doğan Yenisey, Toplantı, 183.; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, 140., 151. Tarafları anlaşmaya zorlayan bir düzenleme olmadığı yönünde, Erbaş, 194. Özmumcu, HMK 326/1 ve 327/1 hükümlerinde yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafça ödenmesinin emredici bir kural olmadığını ancak taslak ile getirilen bu düzenlemenin emredici nitelik taşıyıp arabuluculuğun niteliğine uygun düşmediğini ileri sürmüştür. Özmumcu, 835. Hüküm arabuluculuğun özüne ve HMK nın temel kurallarına aykırı biçimde düzenlenmiş olduğundan bahisle eleştirilmiştir. Oğuz, Alternatif, 82.; Özmumcu, 835.

arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır. Ancak bu durumda onikinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanmamalıdır. Benzer düzenleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı 327. maddesinde de söz konusudur.”⁴⁸⁷

ifadeleri ile düzenlemenin haklılığı savunulmuştur. Uyuşmazlık konusunda haklı olduğunu düşünen ve dava açmayı tercih eden tarafın davayı kazanmasına rağmen yargılama giderlerinden sorumlu tutulması makul olmadığı gibi ölçülülük ilkesine de aykırı olup kişileri süreci yürütmeye zorlamak anlamına gelir.

487 http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf. (ET:12.04.2020).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EMREDİCİLİK KORUMASI VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

Arabuluculuk sonunda tarafların bir anlaşmaya varması halinde anlaşma belgesinin hukuki niteliği ve bu belgeye karşı tarafların başvurabileceği hukuki yolların belirlenmesi konunun hem en önemli hem de en tartışmalı noktalarından biridir. Belgenin içeriği, hukuki niteliğinde de farklılıklara yol açmaktadır. Arabuluculuk sonucunda anlaşılan konularda dava açılmayacağına ilişkin HUAK m. 18/5 düzenlemesinin nasıl yorumlanacağı ve anlaşmanın emredici kurallara aykırı düzenlemeler içermesi halinde uygulanıp uygulanamayacağı tartışılması önem arz etmektedir. Bu bölümde iş hukukunun emredici korumasının arabuluculuk anlaşma belgesi üzerindeki etkileri incelenmiştir. Emredici korumanın arabuluculuk anlaşmaları ile bertaraf edilip edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle anlaşma belgesinin hukuki niteliği ve içeriği emredici hükümler dairesinde incelenmiştir. Anlaşma belgesinin geçerliliğinin denetimi ve dava açma yasağının uygulanabilirliğine değinilmiştir. Son olarak ise emredici hükümlere aykırılık hali bakımından geçerlilik denetimi, işçinin hakları üzerindeki tasarruf yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir. Konuya ilişkin olarak TBK m. 420 hükmü yorumlanmış ve tüm bu değerlendirmeler ışığında iş hukukunun arabuluculuk kurumuna uygunluğu tartışılmıştır.

3.1. ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabuluculuk sürecinde varılan anlaşma sonucunda düzenlenen anlaşma belgesi maddi hukuk anlamında bir sözleşmedir.⁴⁸⁸ Bu nedenle özel hukuk hükümlerine, borçlar hukuku genel hükümlerine, tabi bir anlaşmadır.⁴⁸⁹ Anlaşma belgesinin taşıdığı içeriğe

488 Yazıcı Tıktık, 51.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 79.; Mutlay, 42-43.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1498.; Akkan, 16. Anlaşma belgesinin usul hukuku yönünden de etkileri olduğu bu nedenle saf bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Akkan, 16.

489 Akkan, 16.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 186-187., 190.; Oğuz, Alternatif, 57.; Mutlay, 42.; Büyükay, 81.; Kıyak, 542.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1498.; Kar, 455.

göre hukuki niteliğinin de değişeceği söylenebilir.⁴⁹⁰ Belge maddi anlamda sulh, ibra, alacağın temliki, menfi borç ikrarı ya da ikale içeriği taşıyabilir. Tüm bu işlemler yukarıda incelemiş olduğumuz emredici normlara uygunluğu bakımından geçerlilik denetimine tabi tutulur. Doktrinde anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler vardır. Arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh benzeri bir sözleşme olduğu da ifade edilmiştir.⁴⁹¹ Arabuluculuk anlaşma belgesinin ibra, ikale ya da sulh niteliği taşıyabileceği düşünüldüğünde belgenin geçerlilik denetimine tabi olup olmayacağı önem arz eder. Ancak öncelikle belgenin hukuki niteliğinin tespiti gerekir.

Doktrinde arabuluculuğun temelinde sulh kurumunun yattığı belirtilmiştir.⁴⁹² Eğer anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilecekse sulh sözleşmesinin unsurlarını da taşıması gerekir. Mahkeme dışında gerçekleşen bir faaliyet söz konusu olduğundan mahkeme dışı sulhun unsurlarının aranması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁹³ Ancak arabuluculukta her zaman karşılıklı fedakarlığın şart olduğu söylenemez. Zira iki tarafın menfaatinin korunması önemli olsa da bunun için karşılıklı fedakarlıklarda bulunulması şart değildir.⁴⁹⁴ Bu nedenle bazı arabuluculuk anlaşma belgelerinin sulh niteliğinde olduğu kabul edilebilir ise de anlaşma belgelerinin tamamı için bu yorumu getirmek mümkün olmaz.⁴⁹⁵ Anlaşma belgesinin ibra niteliğinde olduğu haller söz konusu olabileceği gibi sulh sözleşmesinin içinde ibra niteliğinde hükümler barındırdığı haller de vardır.⁴⁹⁶ Zira sulh niteliğinde olduğu kabul edilse dahi anlaşma

490 Kıyak, 531.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 354.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1499.

491 Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 185.; Mutlay, 42.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1495.; Büyükay, 109.; Kurt, 152.; Kar, 455. Anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi niteliğinde olabileceği yönünde, Kıyak, 529.; Çelikoğlu, 707.; Dür, 365.; Erdoğan/Erzurumlu, 24.

492 Tanrıver, 172-173.; Ildır, 165.; Kekeç, 42-43.; Erdoğan/Cömert, 34.; Çelikoğlu, 709. ; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 345.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 184.; Kuru, 238.

493 Arabuluculuğun mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Erdoğan/Cömert, 30-35.; Çelikoğlu, 707.; Kekeç, 43. Anlaşmanın niteliği konusunda dava açılmadan önce mahkeme dışı sulh dava açıldıktan sonra mahkeme içi sulh hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 183 vd. Mahkeme dışı sulh-mahkeme içi sulh usullerine ilişkin ayrıca bkz. Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 346 vd. Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra mahkeme içi sulh, icra edilebilirlik şerhi alınmadan önce mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu yönünde bkz. Kurt, Sulh, 152-153. Bu son görüş HMK'da düzenlenen sulh kurumu ile arabuluculuk anlaşma belgesine şerh verilmesinin şartları, içeriği ve sonuçları itibarıyla farklı olmaları; şerh verilmesinin kesin hüküm etkisi yaratmayacağı oysa sulh sözleşmesinin mahkeme kararına geçirilmesi durumunda kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı nedenleriyle eleştirilmiştir. Bkz. Akkan, 15., dn 29.

494 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1499.; Kekeç, 43.; Ildır, 166.; Özbay, 472.

495 Yazıcı Tıktık, 52.

496 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1499-1500.

belgesinin avukatlar ve taraflarla birlikte imza edilmesi halinde mahkeme içi-mahkeme dışı sulhten farklılaştığı yönler vardır.⁴⁹⁷ Bu nedenle anlaşma belgesinin irade serbesti çevresinde düzenlenen kendine özgü bir sözleşme olduğu belirtilmiştir.⁴⁹⁸

İş uyuşmazlıkları genellikle işçinin emredici düzenlemelerle korunan haklarının tam olarak verilmemesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Pek çok durumda işverenler sözleşme devam ederken ya da sözleşmeyi sona erdirirken işçinin bu haklarından feragat ettiği ya da hakkını -gerçekte çok az miktarlarla ödeme yapılmış olsa da- tam olarak aldığına ilişkin ibraname ya da sulh başlıklı sözleşmeler imzalatarak emredici düzenlemelerin dolanmaya çalışmaktadır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere yargı bu tür anlaşmaları hiçbir dönemde kabul etmemiştir.⁴⁹⁹ Keza mahkemeler sözleşmelere taraflarca konulmuş isimlerle bağlı olmadığından her sözleşmenin içeriğine göre nitelik belirlemesi yapar.⁵⁰⁰ Sözleşmeye taraflarca sulh, ibra, ikale gibi isimler verilmesi ya da arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin isminin arabuluculuk anlaşma belgesi olması anlaşmanın niteliği mahkemece değerlendirilecek olduğundan onun sulh ya da ibra sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez.⁵⁰¹

Arabuluculuk anlaşma belgesi nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin iş hukuku yönünden önemli olan anlaşma içeriğinde işçinin bir kısım haklarından vazgeçip vazgeçmediğidir. Bu husus anlaşma belgesinin cebri icra usulüne, ilam niteliğinde olup olmamasına göre de değişmez. Anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınsa ya da belge taraflar ve avukatları tarafından imza edilmiş olsa da maddi anlamda kesin hüküm niteliği

497 Akkan, 15-16.

498 Akkan, 16. Anlaşma belgesinin belirli bir sözleşmeye dahil edilmesi zor olduğundan kendine göre bir hukuki niteliği olduğu yönünde bkz. Kıyak, 545.

499 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararında iş sözleşmesinin feshinden sonra işçilik kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti ve diğer alacakları konusunda miktar olarak anlaşılmasına ilişkin belgeyi fesihten sonra düzenlendiği için sulh olarak kabul etmemiştir. Bkz. Y9HD, 11.11.2004 tarihli ve 2004/9481-25644K. sayılı kararı. Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.1, 2006, 29 vd. Ekonomi, fesihten sonra sulh sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin gerekçeyi buna engel bir hüküm bulunmaması nedeniyle eleştirmiştir. Davaya konu olaydaki anlaşmanın fesihten sonra yapılması nedeniyle değil; tarafların sulh olduğuna dair iradelerini ve ne tür fedakarlıklarda bulduklarını içermemesi yani sulhun şartlarını taşımaması nedeniyle sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir. Ekonomi, İbraname, 46. Karar arabuluculuk anlaşma belgesi yönünden değerlendirildiğinde anlaşmanın fesihten sonra yapılması nedeniyle hiçbir zaman sulh niteliğinde kabul edilemez. Oysa anlaşma belgesinde tarafların sulh iradelerinin bulunması ve yaptıkları fedakarlıkların neler olduğunun anlaşılabilir olması halinde belgenin sulh sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi mümkündür. Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1500.

500 Ekonomi, İbraname, 46-47.

501 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1501.

taşımaz.⁵⁰² Bu durum ilamlar ile ilam niteliğinde belgeleri ayıran en büyük farklardan olup yalnızca mahkemelerin vereceği hükümler ilam niteliğindedir. İlam niteliğinde belgeler yönünden ilamların icrasına göre cebri icraya başvurulabilir. Yani ilam niteliğinde belgeler yalnızca icra edilebilirliği yönünden ilamlarla aynı konumda tutulmaktadır. İşçinin haklarından vazgeçmesi sonucunu doğuran her işlem iş hukukunun öngördüğü koşullara da uygun olmak zorundadır.

3.2. ANLAŞMA BELGESİNİN DENETİMİ VE EMREDİCİLİK

Arabuluculuk anlaşma belgeleri kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olacak şekilde düzenlenemez.⁵⁰³ Aksi halde TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüz kabul edilir. Anlaşma belgesi borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğundan sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin - koşulları sağlaması gerekir. Anlaşmanın sıhhati için ehliyetsizlik, muvazaa, imkansızlık, irade bozukluğu hallerinin mevcut olmaması ve emredici kurallara, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına uygun olması aranır. Aksi halde bu belgenin geçerliliğinden bahsedilemez. Anlaşma belgesinin borçlar hukuku genel hükümleri kapsamında geçerlilik denetiminin yapılması gerekir. Belgenin arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan biri tarafından düzenlenmesi, taraflar ve/veya arabulucu tarafından imza edilmemiş olması hallerinde HUAK ve İMK anlamında geçerli olması söz konusu olmaz.⁵⁰⁴ Yetkisiz temsil hallerinde anlaşma yetkisiz temsil edileni bağlamaz. Bu konuda yetkisiz temsile ilişkin borçlar hukuku genel hükümleri uygulanır. Kanuna uygun bir arabuluculuk süreci işletilmemiş olması halinde de duruma göre arabulucunun sorumluluğuna gidilebileceği gibi anlaşmanın iptali ya da geçersizliğine karar verilmesi de talep olunabilir. Anlaşmanın kurulması aşamasında hata, hile, ikrah

502 Özbek, 1262.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 198.; Namlı, 165.; Çelikoğlu, 711.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 112.; Büyükay, 280-282.; Doğan Yenisey, Toplantı, 191.; Oğuz, Alternatif, 58. Arabuluculuk anlaşma belgesinin kesin hüküm teşkil etmediği icra edilebilirlik şerhi verilmesinin belgeyi mahkeme ilamı haline getirmediği yönünde bkz. AYM, 10.07.2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89K. sayılı kararı. RG, 25.01.2004, S.28893. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020). Aynı uyuşmazlık konusunda dava açılmasına engel olunması adına belgeye kesin hüküm etkisi tanınması gerektiği yönünde bkz. Erdoğan/Cömert, 37.

503 Kıyak, 529.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 344.; Kar, 464-466.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1485.; Akkan, 22.

504 Bu durumlarda anlaşma belgesine uygulanacak yaptırımının kesin hükümsüzlük olup olmayacağı tartışılabilir. Borçlar hukukunda sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği yaptırımdan başka yaptırım türleri de uygulanmaktadır. Somut olaya göre anlaşma belgesinin başka bir sözleşme türü olarak kabul edilmesi, iptal edilebilirlik gibi yaptırımlara başvurulması düşünülebilir. Konuya ilişkin bkz. Okur, 185 vd.; Kıyak, 528-531.

yani bir irade bozukluğu söz konusu ise⁵⁰⁵ ya da gabin şartları mevcutsa anlaşmanın iptalinin talep edilmesi de mümkündür. Anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi almış ya da taraflar ve avukatları ile birlikte imzalanarak ilam niteliğinde belgeye dönüşmüş olsa dahi iptali ya da geçersizliği ileri sürülebilir.

Anlaşma belgesinin geçersizliği ayrıca ikame edilecek bir dava ileri sürülebileceği gibi icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi halinde yetkili ve görevli mahkemece de resen göz önüne alınabilir. Anlaşma belgesinin geçersiz olduğu hallerde esasen dava açılmasına gerek olmayıp anlaşma kendiliğinden kesin hükümsüzdür. Ancak icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra ya da taraflar ve vekillerince imzalanmış olması halinde anlaşma belgesi ilam niteliğinde belgeye dönüşür. Bu nedenle geçersizliği dava yoluyla ileri sürülmelidir.⁵⁰⁶ Yine iptal edilebilirlik nedenleri bakımından da hakkın dava yolu ile ileri sürülmesi gerekir. Geçersizliğin ileri sürülmesi halinde icra edilebilirlik şerhi verilmişse bunun da iptali talep edilmelidir.⁵⁰⁷

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebiyle başvuru sulh hukuk mahkemesinin incelemesi, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır (HUAK m. 18/3). İcra edilebilirlik şerhi verilmesi çekişmesiz yargı işlerinden olduğu için resen araştırma ilkesi uygulama alanı bulur (HMK m. 385/3). Anlaşmanın içeriğinin kamu düzenine ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı, arabuluculuğun sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, anlaşma belgesinde arabulucu ve tarafların imzasının bulunup bulunmadığı hususlarının da resen gözetilmesi gerekir.⁵⁰⁸ Anlaşmanın kanun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı bir içeriği

505 Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 197-198.; Özbek, 1263.; Akkan, 22.; Çelikoğlu, 709.; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, 429., 465.; Büyükay, 282.; Çil, 49.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1498.;Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 79.; Köme Akpulat, 392.; Kar, 465.; Dür, 380.; Erdemir, 80.

506 Büyükay, 306-307.

507 Büyükay, 306-307.

508 Çekişmesiz yargının temel özelliğinin resen araştırma ilkesi olduğu, hakimin kamu düzeni ve emredici kurallar yönünden resen inceleme yapabileceği, anlaşma belgesi arabuluculuğa elverişlilik bakımından değerlendirilirken kamu düzeni ve emredici kurallara aykırılığın resen gözetilebileceği yönünde bkz. AYM, 10.03.2013 tarihli ve 2012/94E., 2013/89K. sayılı kararı. RG, 25.01.2014 S.28893. www.resmigazete.gov.tr (ET:11.04.2020). Bu konuda bkz. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 192-195.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 365.; Özbek, 1262.; Çelikoğlu, 708-709. ; Namli, 164.; Mutlay, 47-49.; Bilge, Kamu Düzeni, 102.; Büyükay, 143.; Kar, 448.; Oğuz, Alternatif, 59. Kanunun sınırlandırması karşısında arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik dışında bir inceleme yapılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Erdoğan/Cömert, 39; Odaman/Karaçöp, 58.;

varsa icra edilebilirlik şerhi verilemez.⁵⁰⁹ İcra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde dahi icra edilebilirlik kararına karşı istinaf yoluna gidilmesi mümkündür.⁵¹⁰ Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğinde kabul edildiği hallerde -ilam olmadığından- belgeye karşı kanun yollarına başvurulması da mümkün olmaz.⁵¹¹

HUAK m. 18/5 hükmüne göre “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” Bu hükmün nasıl yorumlanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Dava açma yasağının hukuki yarar temeline oturtulan özel bir dava şartı niteliğinde olduğu,⁵¹² dava hakkı mevcut olmadığından davanın esastan reddine karar verilmesi yönünde bir anlamda kullanıldığı,⁵¹³ anlaşma belgesinin kesin hüküm gibi sonuç doğurması amacını taşıdığı⁵¹⁴ görüşleri ileri sürülmüştür. Başka bir görüşe göre ise “dava açma yasağı” dava şartı koşullarını taşımayan, ilk itiraz olarak da nitelendirilemeyecek, hukuken anlamlandırılması mümkün olmayan bir düzenlemedir.⁵¹⁵ Düzenlemenin hak arama özgürlüğüne de aykırı olduğu belirtilmiştir.⁵¹⁶ Hükmün niteliği anlaşma belgesinin denetlenebilirliği yönünden önem arz eder. Kişilerin mahkemeye başvurma hakkı ellerinden alınamaz. Dava dilekçesinin mahkemelerce baştan reddedilmesi hak arama

Erdoğan/Erzurumlu, 25. İptal edilebilirlik nedenleri mevcut olması (irade bozuklukları ve gabin) halinde mahkemenin bu nedenler bir tarafça ileri sürülmeden resen gözetmesi mümkün olmaz. Büyükay, 304-305. Anlaşmanın iptali için iptal hakkının kullanılması, iptal nedenlerinin ileri sürülmesi gerekir. Anlaşma iptal oluncaya kadar geçerli bir anlaşmanın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşmelerin iptal edilebilirliğine ilişkin ayr. için bkz. Eren, 409 vd.

509 Namlı, 164.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 112. Bkz. yuk dn.508.

510 İstinaf kanun yolunda da kamu düzenine ilişkin hususlar incelenir. İcra edilebilirlik şerhi verilip verilemeyeceğine ilişkin inceleme, resen araştırmanın geçerli olduğu çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğundan kamu düzenini ilgilendiren dolayısıyla da istinaf yolunda sebeple bağlılık kuralının işlemeyeceği bir incelemedir. Bkz. Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 366-369.

511 Özbek, 1264. Benzer biçimde sözleşme mahiyetinde olan anlaşma belgesine karşı kanun yoluna gidilmesi mümkün olmaz. Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 198.

512 Akkan, 10 vd. Hükmün hukuki yarara ilişkin olduğu ve dava açılması halinde hukuki yarar yokluğundan davanın reddedilmesi gerektiği yönünde, Büyükay, 118.; Canbolat/Ocak/Oğuz/Karaca/Bulur/Koç, 11.; Çil, 52. Tarafların anlaşmaktan sonra kanun gereği bir kısım alacağı daha olduğundan bahisle “dava açamayacağı” belirtilmiştir. Çil, 47.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 79.

513 Kıyak, Düşünceler, <https://blog.lexpera.com.tr> (ET:15.04.2020).

514 Erdoğan/Cömert, 37.

515 Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 361.; Özekes/Atalı, 106.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 113-114. Yazarlar, hükmün hukuki yararın özel bir görünümü olarak kabul edilebilirliği düşünülse dahi anlaşma belgesinin geçersizliği, iptal edilebilirliği, sahteliği gibi hallerde hukuki yarar olacağından bu yönde bir nitelendirme yapılmasının da mümkün olmadığını belirtmiştir.

516 Özmumcu, 837.; Taşpolat Tuğsavul, Hukuki Niteliği, 361-364.; Özekes/Atalı, 106.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 113-114., 149.; Erdoğan/Erzurumlu, 53.

özgürlüğüne aykırı olur.⁵¹⁷ Anlaşmaya varılmasına rağmen bir tarafın anlaşma konusuna ilişkin dava açması halinde bu davaya nasıl engel olunacağı açık değildir. Hükmün dava şartı ya da ilk itiraz olarak düzenlenip düzenlenmediği de anlaşılammaktadır. Ancak dava açılmaması kuşkusuz ki irade sakatlığı, geçersizlik, gerçek bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmemesi gibi hallerde uygulanması mümkün olmayan bir hükümdür.⁵¹⁸ Bu nedenle hükmün ne maddi hukuk ne de usul hukuku bakımından anlamlı bir hüküm olduğu görüşüne katılmak gerekir. Hükmün niteliğinden daha önemli olan husus hükmün uygulanabilirliğidir. Keza açıklamaya çalıştığımız üzere iş hukuku emredici yönü ağır basan bir hukuk dalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgelerinin iş hukukun emredici hükümlerine aykırılık içermesi halinde yine de anlaşılacak hususlarda dava açılmayacağından bahsedilebilecek midir? Örneğin işe başlatmama tazminatı işçinin bir aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı, tavanı aşacak şekilde kıdem tazminatı ya da asgari ücretin altında ücret ödenmesi üzerinde anlaşılması mümkün müdür? İşçinin gerçekteki hak tutarından daha az miktarlar üzerinde anlaşması kalan haklarından feragat etmesi halinde anlaşma belgesine karşı dava açma yasağının var olduğu ileri sürülebilir midir? Yani temel sorun şudur: işçi emredici normlarla korunan haklarından vazgeçebilir mi?

Arabuluculuk ihtiyari bir yol olarak HUAK ile sistemimizde yerini almıştır. Emredici hükümlerden vazgeçilmesi sorunu yalnızca zorunlu arabuluculuğu değil ihtiyari arabuluculuğu da ilgilendiren bir konudur. Ancak uygulamayı yaygınlaştırması ile zorunlu arabuluculuk konuyu tartışılır kılmıştır. Doktrinde bir kısım yazar arabuluculuk sürecinde maddi hukuktaki emredici hükümlerin bağlayıcı olmayacağı, arabuluculuk yargılama faaliyeti olmadığından emredici hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği görüşündedir.⁵¹⁹ Benzer olarak doğmuş haklardan feragatin mümkün olduğu işçilik alacakları ve tazminatların arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde de görüşler vardır.⁵²⁰ Bu görüşlere göre arabuluculuk sürecinde sözleşme serbestisi çevresinde işçinin haklarından vazgeçmesi mümkündür. Arabuluculukta anlaşılacak konularda dava

517 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 113.; Akkan, 3.

518 Büyükay, 119., 287.; Köme Akpulat, 392.; Kar, 452.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 114. Hükmün anlaşmanın icra edilebilirliği yönünden de anlamı olmadığı yönünde bkz. Özekes, 306-307.

519 Canbolat/Ocak/Oğuz/Karaca/Bulur/Koç, 11., 104.

520 Odaman, 1761.

açılamaz. Kanımızca eğer bu nitelikte bir anlaşma yapılabilmesi isteniyorsa bu anlaşmanın kişileri bağlamaması gerekir. Hem emredici hükümlerin aksinin kararlaştırılmasına izin veren hem de kişileri bağlayan, dava yoluyla uyuşmazlık çıkarılmasına izin vermeyen çözüm yolları yargıya ikame olma tehlikesi barındırır. Bu tür görüşlere katılmak iş hukukunun emredici kılan sosyolojik ve tarihi nedenleri görmezden gelmek anlamına gelir. İş hukukunda sosyal devlet ilkesi, zayıf tarafın korunması anlayışı, sözleşme serbestisinin sınırlandırılması, devletin çalışma hayatına müdahalesi çalışmamızın başında ayrıntılarıyla anlatılmıştır. İş hukuku bu ilkeler üzerinden şekillenmiş eşit olmayan farklı davranma ihtiyacı ile kişilere pek çok sosyal hak tanınmıştır. Emredici kuralların arkasında yatan bu değerlerin göz ardı edilerek işçilerin işverenlerle eşdeğer görülmesi, uzun süreçlerden sonunda elde edilen hakların varlığını tehlikeye sokmaktadır. Keza arabuluculuk tarafların eşitliği varsayımından ve sözleşme serbestisi anlayışından hareket eden bir kurumdur. Bu anlayış her ne kadar borçlar hukukuna yakın bir anlayış olsa da iş hukukuna yabancıdır. İşçilerin süreç içinde haklarını ne kadar bilebileceği (delillerin işverenlerin elinde olması vb. nedenlerle) süreçte nasıl bir güç dengesi sağlanacağı, haklarını koruyacak nitelikte bir anlaşma yapıp yapamayacağı şüphelidir.

İşçiye tanınan hakların niteliği nedeniyle sözleşmenin sona ermesinden sonra da bu haklar üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlandığını sözleşme ilişkisi sona ermesi ile bu haklardan vazgeçilmesi sağlanarak emredici korumanın bertaraf edilmesinin önlendiğini böylece yalnızca kağıt üzerinde bir koruma değil ve gerçek anlamda bir koruma sağlandığını açıklamıştık. Emredici koruma hem hakkın doğumundan önce hem de sonra varlığını sürdürür. Zira iş hukukunda emrediciliğin amacı işçinin asgari koşulların altında çalıştırılmasının bunun altında hak elde etmesinin engellenmesidir.⁵²¹ Emrediciliğin amacı yalnızca birtakım alacak haklarının vazgeçmenin sınırlarının belirlenmesi değildir. Bu normların arkasında daha önce ayrıntıları ile açıklamaya çalıştığımız üzere korunan bir yarar ve değer vardır. Korunan bu değerler nedeniyle işçinin haklarından vazgeçmesinin önüne geçilmesi gerekir. Bu haklardan vazgeçmek konusunda tarafların tamamen özgür bırakılması iş hukukunu geriye götürür. Yani borçlar hukukunda etkili olan hak doğduktan sonra haktan feragatin mümkün olduğu

521 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 249. Ayr. bkz. yuk. Başlık, I.

görüşünün iş hukukunun emrediciliği ile bağdaştırılması mümkün değildir. Elbette işçilerin haklarını talep etmemesi halinde hakkın zorla dava açılarak talep edilmesi söz konusu olamaz. Ancak işçilerin haklarından vazgeçmesi ile asıl kastedilen hukuki bir işlem ile vazgeçmedir;⁵²² yoksa işçinin dava açmaması, hakkını talep etmemesi değildir. İşçinin emredici normlarla korunan haklarından vazgeçmesi sonucunu doğuran, emredici kurallara aykırı anlaşmaların HUAK m. 18/5 hükmünden bahisle geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğinden bahsetmek mümkün olmaz.

İş K. m. 32/6 hükmü “*İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.*” iş hukukumuzda emredicilik korumasını sağlayan pozitif hukuk kurallarından biridir. Hükmüyle işçilik haklarının tam olarak ödenmesi gerektiği açıkça belirlenmiştir.⁵²³ Hükmün emrediciliği açık olmakla birlikte hukukumuzda bu hükümden daha fazla dayanak olabilecek başka bir hüküm de TBK m. 420’dir. İşçilerin haklarından vazgeçme rejimi TBK m. 420 hükmü ile emredici şekilde⁵²⁴ düzenlenmiştir:

“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, 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. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.”

Öncelikle hükmün yorumlanması gerekir. Yukarıda tarafların emredicilik ve tarafların tasarruf yetkisi başlığı altında hükümle ilgili değerlendirmeler açıklanmıştır. Her ne kadar hükmün başlığında ibra yer almaktaysa da aslında ibranın geçersizliğini ifade edilmektedir.⁵²⁵ Kanımızca hükümde ifade edilen borçlar hukuku anlamında bir ibra

522 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 248.

523 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250.; Kar, 458.

524 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1504.; Köme Akpulat, 398.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 626.

525 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250.

değil aslında ifadır.⁵²⁶ Konunun önemi nedeniyle hükmün açıklanması gerekir. Hükümde her ne kadar ibradan bahsedilmişse de aslında ibra borçlunun borcundan kurtarılması anlamına gelen borcu sona erdiren yollardan biridir. Oysa TBK m. 420 hükmü borçtan kurtarmayı değil borcun ifa ile sona ermesini açıklamaktadır. Keza alacağın “hak tutarına nazaran noksansız” ödenmesi, “hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen” belgelerin içerdiği miktarla sınırlı olarak makbuz kabul edilmesi karşısında hükmün ifadan başka bir düzenleme içerdiğini ileri sürmek mümkün değildir.⁵²⁷ Daha önce ifade ettiğimiz üzere Yargıtayın ibrayı kabul etmeyen içtihadının bu hükümle kanunlaştığı söylenebilir.⁵²⁸ Ancak aslında hüküm ile Yargıtay’ın ibraya ilişkin uygulamasının da üzerinde bir koruma getirilmiştir.⁵²⁹ Hükümde hakkın gerçek tutarında ödenmesi gerektiği belirtildiğinden bir ay sonra imzalanması, hakların tek tek sayılması gibi koşulların hak gerçek tutarında ödenmediği sürece bir işlevi yoktur. Kanun koyucu işçinin haklarından vazgeçmesini her ne kadar bir aylık bir süre ile sınırlamış görünse de aslında hüküm ile ifayı düzenleyerek zamanaşımı süresince ya da hak düşürücü dava açma süresi boyunca doğmuş haklarından vazgeçmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Keza işçinin iş sözleşmesi sona ermesinden sonra da ekonomik bağımlılığı devam eder. Her ne kadar işverenle aralarındaki başka ilişkiler yönünden eşit konumda olsalar da sözleşmenin sona ermesi ile hakları ödenmemiş, işverenle bu konuda uyuşmazlığa düşmüş işçinin ekonomik bağımlılığı sona ermez. Dolayısıyla da sözleşmenin sona ermesi ile zayıf konumdan çıkmış olduğu söylenemez. Kanun koyucunun ibrayı kabul etmemesi, hükmün gerekçesi⁵³⁰ ve işçiyi koruma amacı bu yorumu destekler niteliktedir. Hükümün amacı işçilerin emredici düzenlemelerle korunan haklarından vazgeçmesinin önüne geçmektir. Hükümün gerekçesinde de işçilik haklarının Anayasal değerine bu hakların korunmasının önemine vurgu yapılmıştır.

526 Çil, 502.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250. Ayrıca bkz. yuk. dn. 237. Aksi yönde bkz. Aksu, 124-128.

527 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250.; Özdemir, Hizmet Sözleşmesi, 561., 568. Hükümle ifanın değil ivazlı ibranın kastedildiği yönünde bkz. Aksu, 126-127.

528 Bkz. yuk dn 227.

529 Tazminat davalarında açık oransızlık bulunmadıkça ibranın geçerli sayıldığı içtihadı yönünde bkz. Çil, İbraname, 477 vd., 84 vd.

530 “... bu hükümler in destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu sayede, işçi haklarının genellikle kişiliğe bağlı bir insan hakkı olması, bu konuları düzenleyen Anayasa hükümlerinin niteliği (Any. m. 2, 49 vd.) ve evrensel müktesabatın eriştiği düzey gözetilerek, koruma normlarının hukuki yapısının, uygulamadaki kimi sorunları olabildiğince arındıracak bir kesinliğe kavuşturulması amaçlanmıştır...” www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf (ET:20.03.2020).

Yani hükmün koruma amacına bakıldığında da zayıf tarafın korunmasının hedeflendiği, iş sözleşmesinin sona ermesi ile işçinin zayıf konumdan çıkacağı ve ibranın mümkün olduğu ileri sürülemez. Her ne kadar hükmün ibrayı bütünüyle imkansızlaştırdığı iş hukukunda sözleşme serbestini çok fazla sınırlandırdığı eleştirilerine⁵³¹ katılmak gerekecekse de hükümde değişiklik yapılmadığı sürece uygulanması gerekir. Kanımızca sözleşmenin sona ermesi halinde işçinin emredici düzenlemelerle asgari ölçüde korunmayan hakları yönünden tasarruf edebilmelerine olanak sağlayan bir düzenleme hem emredicilik ilkesi hem de irade serbestisi yönünden daha isabetli olurdu. Emredici haklar yönünden ise ifanın değil İsviçre hukukundaki gibi zaman yönünden bir sınırlamanın getirilmesi irade serbestinin ölçülü biçimde sınırlandırılması yönünden de isabetli olurdu. Emredicilik teorisine göre her bir normun koruyucu amacı, taşıdığı değerler gözetilerek feragat işleminin gerçekleştiği durumdan hareketle bu normlardan vazgeçmenin sınırlandırılması konusunda ayrı ayrı düzenlemeler de getirilmesi de mümkündür. Hüküm tarafların tasarruf serbestini çok sınırlayıcı olduğundan uyumsuzlukların önlenmeye çalışıldığı ve emredici korumanın uygulanmadığı bir sistem arayışına geçilmiştir. Usul hukuku kurumları ile maddi hukuktaki problemlerin önüne geçmek mümkün değildir. Maddi hukukta yapılması gereken düzenlemeler göz ardı edilerek usul kurumları ile sorunların önüne geçilmeye çalışılması en fazla sorunların ertelenmesine ve daha büyük problemlere dönüşmesine yol açar. Bir konuda düzenleme yapılırken tarihsel süreçlerin bilinmesi ve o konunun yapısına uygun özel düzenlemeler getirilmesi gerekir. Aksi halde yapılan düzenlemeler hukuka güveni azaltacağı gibi uygulanmama ihtimali de artar.⁵³²

Kanun koyucunun HUAK m. 18/5 hükmüyle TBK m. 420 hükmünü yürürlükten kaldırma iradesi taşıyıp taşımadığının da değerlendirilmesi gerekir. İMK'da ya da HUAK'da iş hukukunun emrediciliğini ya da TBK m. 420 hükmünü açıkça yürürlükten kaldıran bir düzenleme yoktur. Zımmen kaldırmanın da söz konusu olmadığı görülmektedir. Hükmün sonraki tarihli genel hüküm TBK m. 420 hükmünün ise önceki tarihli özel hüküm niteliğinde oluşu nedeniyle özel hükmün uygulanması gerekir. İşçinin haklarından vazgeçmesi konusunda kanun koyucunun yeni bir bakış açısıyla

531 Doğan Yenisey, 246-247.

532 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 249.

sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü bu nedenle olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerekeceği ileri sürülebilir.⁵³³ Ancak iş hukukundaki emredici düzenlemelerle korunan değerlerin önemi düşünöldüğünde, kanun koyucunun hem işçilere bu hakları tanınması hem de haklarından serbestçe vazgeçmesini öngören bir irade taşınması düşünölemez. Öte yandan tarafların yaptığı diğer hukuki işlemler yönünden emredicilik korumasının devam etmesi ancak arabuluculuk anlaşma belgelerinin bu koruyucu etkiden muaf olması da hukuk mantığı ile bağdaşmaz. İş hukukunun temelini ilgilendiren bu nitelikte önemli konuya ilişkin bir değişiklik getirilecekse bu değişiklik, mevzuatın pek çok yerinde normun koruyucu yapısına uygun şekilde gerekli düzenlemeler yapılmasını da gerektirir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından da TBK m. 420 hükmünün uygulanması gerekir. Anlaşma belgesi, geçerlilik şekli niteliğinde şartlara tabi bir konuyu içeriyorsa aranan şekil şartlarına da uyulmalıdır.⁵³⁴

Burada Yargıtay'ın HUAK değişikliğinden önce vermiş olduğu bir kararına konunun önemi nedeniyle değinmek gerekir. “...anlaşma belgesinin iş sözleşmesinin 03.02.2016 tarihinde sonlanması üzerine aynı gün arabulucu ile birlikte görüştüğü 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...”⁵³⁵ Kararda TBK m. 420 hükmünün emredici olduğu 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

533 Önceki tarihli özel kanun-sonraki tarihli genel kanun uygulanması yönünden bkz. Zevkiler, 72-73.

534 Kıyak, 532.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1501.

535 Y9HD, 08.12.2016 tarihli ve 2016/25300-21744K. sayılı kararı. www.kazanci.com (ET:12.04.2020). Bu şekilde bir denetlemenin uygun olmadığı yönünde, Odaman, 1761. Kararı yerinde bulan görüş için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 253.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1501 vd.

arabuluculuk tutanağı düzenlendiği, ibra niteliğindeki tutanağın tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa elverişli olmadığını belirtilmiştir. Özellikle iş sözleşmesi süresince işçilerin işverene olan bağımlılığı çok yüksek olup bu süreçte işten çıkarılma korkusuyla doğmuş haklarından arabuluculuk yoluyla feragat etmelerinin sağlanması çok kolaydır. Arabuluculuk işçilerin haklarının korunmasına olanak veren bir yöntem değildir. Arabulucu işçilere haklarına ilişkin bilgi veremeyeceği gibi muhtemel dava sonucu hakkında da yorum yapamaz. Haklarını bilme konusunda da zayıf olan işçinin işverenin cezai şart talep edeceğini düşünmesi, işten çıkarılma korkusu, elinde yeterli ispat vasıtası olmadığı inancı, uzun süre iş bulamayacağı düşüncesi gibi pek çok farklı nedenle bu haklardan vazgeçmesi mümkündür. Kötü arabuluculuk uygulamalarında işçilerin menfaatlerine uygun bir anlaşma yapma şansı daha da azalmaktadır.⁵³⁶

Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın ibra olarak nitelendirilemeyeceğini belirten görüşler de vardır.⁵³⁷ Açıkladığımız üzere anlaşma belgesini sulh sözleşmesi olarak nitelendiren yazarlar da vardır. Anlaşma belgesinin ibra niteliğinde olmadığı sulh ya da başka bir anlaşma niteliğinde olduğu bu nedenle TBK m. 420 hükmünün uygulanmayacağını söylemek hükümde ibranın değil ifanın düzenlenmiş olması karşısında mümkün olmaz. Anlaşma belgesinin adının değil içeriğinin nasıl bir sonuca yol açtığına önemli olduğuna ilişkin görüşe katılmak gerekir.⁵³⁸ TBK m. 420 hükmü

536 Yargıtay kararına konu olan bir ihtiyari arabuluculuk uygulamasında; arabuluculuk tutanağında işçinin işten ayrılmak istediği işverenin ise işçinin işten ayrılmasını istemediği bu nedenle işçinin işçi alacağı bulunmadığı, işçiye kıdem tazminatı olarak 10.473,33 TL verileceği ve başka hiçbir hakkı bulunmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde şirkete karşı tüm hak ve taleplerinden feragat ettiği şirketi ibra ettiği tutanakta ifade edilmiştir. Olayda arabulucu aynı zamanda işverenin avukatıdır. İşyerinde grev uygulanmış ve yaklaşık üç yüz işçi için aynı yöntemle arabuluculuk tutanağı düzenlenmiştir. Yargıtay işçinin arabuluculuğa uygun bir başvurusunun bulunmadığı, yapıldığı belirtilen görüşmelerin tutanaktan farklı adreste gerçekleştiği, üç yüz kadar işçiye sıra ile aynı şekilde işyerinde belgelerin imzalatıldığı, işçinin istifasına dair belge bulunmadığı gibi hakkının tam ödendiği ve başka hakkı kalmadığı gibi ifadelerle anlaşma belgesine TBK m. 420 hükmüne aykırı olarak ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığını ve mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna vararak anlaşma belgesinin dava açılmayacağı hükmünden bahisle geçerli kabul edilemeyeceğini açıklanmıştır. Y9HD, 11.06.2019 tarihli ve 2019/3694-13040K. sayılı kararı. www.kazanci.com (ET:12.04.2020). Karar arabuluculuk yoluyla işçiler üzerinde baskı oluşturularak emredici hükümlerin nasıl bertaraf edilmeye çalışıldığının örneğidir. Kararda her ne kadar ibra içeriğinden ötürü belgenin geçersizliğine değinilmemiş ve usulsüz arabuluculuk uygulaması nedeniyle inceleme yapılmışsa da dava açılmaz hükmünün her zaman bir anlam ifade etmediğini açıkça göstermektedir. Doktrinde isabetle arabuluculuk usulüne uygun bir anlaşma olmaması halinde dava şartının yerine getirilmediği değil arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersiz olduğundan söz edileceği belirtilmiştir. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 284.

537 Canbolat/Ocak/Oğuz/Karaca/Bulur/Koç,11., 104.; Odaman, 1763. Çil, anlaşmaya TBK m. 420 hükmünün uygulanması halinde yapılan her eksik ödemenin anlaşma belgesinin geçersizliği sonucunu doğuracağı bunun arabuluculuğun lafzına ve ruhuna aykırı olduğu görüşündedir. Çil, 52. TBK m. 420 hükmünün arabuluculuk anlaşma belgeleri yönünden uygulanmasının uygun olmadığı belirtilmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 81.

538 Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1499.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 257. Hükümdeki ibra ifadesinin bir sözleşmeye konulan ad anlamında kullanılmadığı belirtilmiştir.

işçinin haklarından “vazgeçme yasağı”⁵³⁹ olduğundan ibra, sulh vb. herhangi bir sözleşme ile işçi haklarından vazgeçerse uygulama alanı bulur. Bu halde arabuluculuk anlaşma belgesi de TBK m. 420 gereği denetime tabi tutulmalıdır.⁵⁴⁰ Bu konuda işçinin dava açtıktan sonra sulh olabildiği, davadan feragat edebildiği yani emredici korumadan vazgeçilebildiği bu nedenle de arabuluculuk sürecinde de aynı serbestiyi tanımamanın bir nedeni olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak mahkeme huzurunda yapılan sulh, kabul, feragat gibi işlemlerin arabuluculuk ile kıyaslanması mümkün değildir. Arabulucu yargıç değildir. Arabuluculuk faaliyeti ile mahkeme önünde gerçekleştirilen bu gibi işlemlerin nitelikleri birbirinden farklıdır. Hakim delil toplayabilir hakkın gerçek miktarını belirleyecek araçlara da sahiptir. Hakim tarafların sulh olması durumunda emredici hükümler yönünden de sulh niteliğinde bir belge varsa incelemekle yükümlüdür. Bu nedenle yargılama sürecindeki koruma ile arabuluculuk sürecindeki koruma karşılaştırılmaz.

Doktrinde bir kısım yazar işçilerin emredici normlarla korunan hakları konusunda TBK m. 420 hükmüne karşın sulh olabileceği görüşündedir.⁵⁴¹ İş hukukunda işçiler lehine nispi emredici hakları üzerinde karşılıklı tavizler sonucunda sulh olmanın mümkün olduğu TBK m. 420 hükmünün tek taraflı fedakarlıklar yönünden geçerli olacağı belirtilmiştir.⁵⁴² İşçinin sulh sözleşmesi yaparken gösterdiği fedakarlığın bir kısım haklarından feragati şeklinde gerçekleşmesi halinde burada ibra söz konusu olur. Bu halde TBK m. 420 hükmüne göre bir denetim yapılması gerekir. Sözleşme ister sulh ya da yenileme niteliğinde ister ikale⁵⁴³ niteliğinde olsun işçinin işveren den olan alacakları

539 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 257.

540 Mutlay, 42; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 250 vd.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1500 vd.

541 Bkz. yuk. dn. 284.

542 İsviçre Borçlar Kanunu 341/1 maddesinde kanunun emredici hükümlerinden ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinden işçinin feragat edemeyeceği düzenlenmiştir. Kanımızca TBK m. 420 hükmü alacakların noksansız ödenmesi alacağın gerçek tutarında ödendiğini içermeyen belgelerin makbuz hükmünde sayılması yönleri ile İsviçre Borçlar Kanunundan farklı bir sistem benimsemiştir. Sulh sözleşmesinde karşılıklı fedakarlıklar bulunduğundan İsviçre Federal Mahkemesince sulh konusunda bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Özdemir, Sulh, 61.; Doğan Yenisey, 261. dn 143.

543 İ kale içeriğinde yer alan ibra hükümlerinin geçerliliği yönünden bkz. Astarlı, İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra, 44.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 410.

konusundan işvereni borçtan kurtardığına ilişkin bir beyanı varsa anlaşmanın içinde bir ibra söz konusudur.⁵⁴⁴

İş hukukunda arabuluculuk sürecinde işçinin menfaatlerini kendi belirlemesi de aslında tartışmaya açıktır. Arabuluculukta menfaatin sınırının ne olması gerektiği yönünde bir açıklık olmadığından işçinin hakları karşılığında az ya da çok bir menfaat elde etmesi fark etmeyecektir. Delillerin işveren elinde olduğu düşünülünce işçilerin haklarını tespit etmesi buna göre menfaatlerini belirlemesi de zordur. İşçinin kendi menfaatini kendi tespit etmesi iş hukukunun doğuş dinamiklerine aykırıdır.⁵⁴⁵ İş hukuku dinamikleri işçinin kendine karşı korunmasını da içerir. İşçinin dilediği şekilde bir menfaat karşılığında haklarından vazgeçebileceği kabulü iş hukuku ile bağdaşmaz. Özellikle işçinin işverenden hiçbir alacağı yokken arabulucuya başvurması ve hiçbir alacağı olmadığı yönünde anlaşmaya varmaları hayatın olağan akışına aykırıdır.⁵⁴⁶ Tüm bu nedenlerle HUAK m. 18/5 hükmünün iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmayan anlaşmalar için kabul etmek gerekir. Örneğin TBK m. 420 hükmü işverenlerin alacaklarından vazgeçmesine ilişkin bir sınırlama getirmez. Bu nedenle arabuluculuk sonunda işverenin, işçiden olan alacaklarından tamamen ya da kısmen vazgeçmesi sonucu doğuran anlaşmalar yapılması halinde TBK m. 420 anlamında bir geçersizlikten bahsetmek mümkün olmaz.

3.3. ARABULUCULUĞUN EMREDİCİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş hukukunda emrediciliğe aykırılık halinde öngörülen yaptırımların amacı yalnızca işçinin maddi menfaatlerinin korunması olmayıp aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma iş hukukunun emredici düzenlemelerine uygun olmalıdır. Arabuluculuk süreci boyunca ve süreç sonunda emredici düzenlemelerin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı görüşü⁵⁴⁷ savunulacak olursa iş hukukunun etkinliği tehlikeye girecektir. Arabuluculuk sonunda

⁵⁴⁴ Şahin Emir/Kazmaz Tepe, 1503.

⁵⁴⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 260. Bkz. Başlık, I, B.

⁵⁴⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 263.

⁵⁴⁷ Canbolat/Ocak/Oğuz/Karaca/Bulur/Koç, 11., 104.

hukukun emredici kurallarına uygun bir anlaşma yapılmak zorunda olmadığı keza bu kuralların arabuluculuk anlaşma belgesine uygulanamayacağı görüşünden hareket edilirse, kuruma ilişkin düzenlemeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, anlaşma belgesine ilamın da ötesinde bir güç tanınmış olur. Arabuluculuk süreci sonunda emredici korumanın bertaraf edilmesine izin verilecekse düzenlemenin anayasal haklara ulaşılmasının önüne geçmesi ve işçinin haklarının pazarlık edilebilir hale getirmesi nedeniyle gözden geçirilmesi gerekir. Doktrinde bu durumun yaratacağı olumsuz sonuçlar tartışma konusu olmuş ve arabuluculuğun iş hukukuna ve özellikle de emredicilik ilkesine uygun olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁴⁸ Arabuluculuk uyuşmazlık konusu üzerinde müzakereyi/pazarlığı temel alan bir kurumdur. Bu yapıda bir kurumun emredicilik ile bağdaşması mümkün olmaz. Arabuluculuk sonunda emredici düzenlemelere aykırı anlaşmalar yapılabileceği düşüncesi pazarlık anlayışına uygun olsa da iş hukukunun varlık nedenlerine uygun değildir. Arabuluculuk sonunda emredici düzenlemelere aykırı anlaşmalar yapılması halinde bu anlaşmalar, izahına çalıştığımız üzere, geçerli kabul edilemez. Buna karşın doktrinde arabuluculuğun menfaat temeline dayandığı ve menfaatlerin takdiri konusunda taraflara karışılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.⁵⁴⁹ Arabuluculuk süreci ile emredicilik ilkesi birbiriyle uyuşmaz. Daha önce de açıklamaya çalıştığımız üzere irade serbestisinin iş hukukunda kabul edilmemiş olmasının tarihsel ve sosyolojik pek çok nedeni vardır. Anayasal hakların arabuluculuk sürecine konu edilebilir olması bu hakların korunması yönünden büyük riskler taşır.⁵⁵⁰ Dava şartı olarak arabuluculuk ile tüm hukuki değerlerin üzerinde pazarlık edilebilir hale gelmesi eleştirilmiştir.⁵⁵¹ Zira arabuluculuk sürecinde tarafların bazı menfaatlerinden feragat ederek uyuşmazlığı sonlandırmaları söz konusu olabilir.⁵⁵² Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarıyla zayıf grupların gerçek haklarından çok daha düşük haklar elde etmelerine neden olabilir. İş hukukunun amacıyla bağdaşmayan bu

548 Karacabey, 477.; Namlı, 160.; Doğan Yenisey, Toplantı, 175-178. ; Kar, 459.; Manav Özdemir, 207.; Çil, 56.; Şişli, 52.; Mutlay, 38-39.; Köme Akpulat, 418-419.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 113., 140.; Alpagut, Toplantı, 213-214.

549 Oğuz, Alternatif, 37-39.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 16.; Taşpolat Tuğsavul, Arabuluculuk, 22., 27.; Karacabey, 458.; Kaplan, 115.; Sarısözen, 257.; Ersen Perçin, 185.; Namlı, 155.; Bulur, 42.; İldır, 88.; Özmumcu, 827.; Kurt Konca, 234.; Yıldırım, 348.

550 Doğan Yenisey, Toplantı, 175.

551 Doğan Yenisey, Toplantı, 175.; Soyer, 29-30; Alpagut, Toplantı, 213-214.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 261.

552 Özdemir, Arabuluculuk, 610-611. Yazar, işçilerin mahkeme yoluyla elde edebileceği menfaate arabuluculuk yoluyla ulaşamayabileceğini de haklı olarak ifade etmiştir.

sonuç toplumda derin yaralar açacak problemler doğurabilir. İş hukukundaki düzenlemelerin bir kısmının amacı (ayrımcılık yasakları, sendikal hakların korunması gibi) işçinin temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde güvence altına alınmasıdır. Bu haklara aykırılıkların ispat güçlüklerini de barındırdığı düşünüldüğünde zorunlu arabuluculuk sürecinde hakların tamamı müzakere edilebilir hale gelecektir.⁵⁵³

İş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kabul edilmesi iş hukukunun varlık nedeni olan temelleri sarsar.⁵⁵⁴ Arabuluculuk müdahaleci sosyal devlet anlayışına uygun bir kurum değildir.⁵⁵⁵ Arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması yargının hukuk yaratma konusundaki rolünü de azaltır.⁵⁵⁶ Tarafalara arabuluculuk sonrasında varılan anlaşmaya karşın uyuşmazlığı yargıya taşıyabilme imkanı tanınsa dahi her uyuşmazlığın yargıya intikal etmeyeceği düşünüldüğünde böyle bir yorum yapılması doğaldır. Bu yorum kanun koyucunun anlaşma belgesinin yargı önüne getirilmesinden çekinen hatta bunu engellemeye çalışan tutumu düşünüldüğünde zorunlu arabuluculuk kurumu için de geçerlidir. Yargının uyuşmazlık konusunda getirdiği çözümlerin çoğu sefer yasaların hazırlanmasına yardımcı olduğu hatta bazı içtihatların yasalastığı düşünüldüğünde iş hukuku kurumlarının ve sosyal hakların bu durumdan olumsuz etkileneyeceği söylenebilir.⁵⁵⁷

3.3.1. İşçiyi Koruyan Düzenlemelerin Önemi

İş hukukunun borçlar hukukundan ayrı olarak ortaya çıkışının temelinde, zayıf durumda olan işçiyi koruyucu nitelikte düzenlemeler yapılması gereği yer almaktadır. İş görme ediminin niteliği, sözleşmesi tarafları arasındaki eşitsizlik, bir takım değerlerin emredici normlarla koruma altına alınmasının yanında kamu otoritesince denetlenmesi gereğini de doğurmuştur. İş hukukunun kamusal niteliği de söz konusu olup kamusal iş hukuku, işverenlerin ve daha sınırlı olarak işçilerin devlete karşı yükümlülüklerini düzenler.⁵⁵⁸

553 Doğan Yenisey, Toplantı, 175.

554 Şişli, 60.

555 Şişli, 52.

556 Fiss, 1085.

557 Güzel, 1138-1140.; Şişli, 63.

558 Şişli, 52-53. Bkz. yuk. Başlık, I, B, 4.

Kamusal iş hukukundaki bu düzenlemelerden ötürü işçi ile işveren arasındaki ilişki salt bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilemez.⁵⁵⁹ İşçinin iş sözleşmesi ile işverene olan bağımlılık durumu, nispi emredici nitelikte normlarla telafi edilmeye çalışılmış ve işçinin bu koruyucu düzenlemelerden feragat serbestisi de sınırlandırılmıştır.⁵⁶⁰ Arabuluculuk sürecinde kanunun emredici kurallarıyla bağlı kalınmadan bir müzakere yapılması mümkünken bu kurallara aykırı bir anlaşma belgesi hazırlanması halinde bu belge emredicilik denetiminden ayrı tutulamaz. Kamu düzenini ilgilendiren, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği konulara ve emredici kurallara dikkat edilmelidir. Arabuluculuk sonunda işçinin ücretinin asgari ücretten aşağı bir tutarda belirlenmesi, fazla çalışma alacağından vazgeçmesi, ihbar tazminatı ya da kıdem tazminatının mevzuata göre hak ettiği tutardan düşük miktarda kararlaştırılması gibi emredici düzenlemelere aykırı anlaşmaların geçersiz olması gerekir.⁵⁶¹ Özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından İş K. m.21/son hükmü ile işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ilişkin ücretin kanunda belirtilen miktarlar mutlak emredici biçimde düzenlenmiştir. Mutlak emredici düzenlemelerle tarafların ve toplumun menfaati olabilecek en iyi düzeyde kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu düzenlemeler bakımından kişilerin daha fazla bir menfaat belirlemesi kanun koyucunun iradesine aykırı olur. İş K. m. 21/7 hükmü ile maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer hakları ile işe başlatılmama halinde maddenin ikinci fıkrasında belirtilen en az dört en çok sekiz aylık işe başlatmama tazminatına atıf yapılarak bunların parasal miktarlarının anlaşma belgesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Gerek hükümlere yapılan atıf nedeniyle ve gerekse de bu hükümlerin emredici niteliğine ilişkin (İş K. 21/son) bir değişikliğe gidilmediği gözetildiğinde, arabuluculuk sonunda tarafların boşa geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını kanunda belirtilmiş yasal sınırların dışında bir belirleme yapmalarına imkan tanınmadığı haklı olarak ifade edilmiştir.⁵⁶² Maddenin bir bütün halinde yorumlanması sonucunda da

559 Doğan Yenisey, Toplantı, 175.

560 Doğan Yenisey, Toplantı, 176. Bkz. yuk., Başlık, I, E.

561 Kar, 452., 457 vd.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 248 vd.

562 Çil, 44-45.,54-55.; Astarlı, İş Mahkemeleri, 49-50.; Özekes, 301 vd.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 228.; Kar, 446., 458-459.; Okur, 151-153. Arabuluculuk sürecinin yargılama olmadığı bu nedenle emredici hükümlerin süreç içinde uygulanmasının mümkün olmadığı tarafların işe başlatmama tazminatını ve boşa geçen süreye ilişkin ücreti serbestçe belirleyebileceği yönünde bkz. Canbolat/Ocak/Karaca/Oğuz/Bulur/Koç, 11.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 536. Taslak metinde yer alan “arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla” ibaresi kanunlaşma aşamasında hükümden çıkarılmıştır. Taslak hükmünün eleştirisi için bkz. Alpagut, Toplantı, 213.; Güzel, 1145. Bu ifade korunmuş olsaydı işçi lehine kanunda belirlenmiş işe başlatmama

farklı bir anlam çıkarmak mümkün olmaz. İş K. m. 21/son hükmüne göre, “*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*” Zira hükümde ifade edilen alacakların emredici niteliğine ilişkin bir değişiklik de getirilmemiştir. Doktrinde arabuluculuk sonunda bu düzenleme çevresinde emredici kurallara aykırı olarak anlaşılması kabul görmemişken; iş hukukunun diğer emredici hükümleri bakımından aynı görüşün sürdürülmediği görülebilmektedir.⁵⁶³ Yine TBK m.420 hükmünün arabuluculuk anlaşma belgelerine uygulanmasının arabuluculuk kurumunun amacıyla bağdaşmayacağı emredici düzenlemelerin anlaşma belgelerinin geçerliliğini engellememesi gerektiği de ifade edilmiştir.⁵⁶⁴ Kanımızca emredici düzenlemeler yönünden böyle bir ayrımı gerektiren bir neden yoktur. Arabuluculuk anlaşma belgeleri ile iş hukukunun nispi ya da mutlak emredici hükümlerine aykırı olarak işçinin haklarından vazgeçmesi mevzuat gereği mümkün kılınmadığı gibi iş hukukunun amacıyla da bağdaşmaz. Buna iş sözleşmesi sona erdikten sonra emredici etkinin ortadan kalktığı, dava açılmaması durumunda yasal hakların zaten elde edilemediği, sulh durumunda da emredici yapının göz ardı edilebildiği gerekçeleriyle itiraz edilebilir. İşçinin dava açmaması durumunda zorla emredici hükümlerin uygulanması elbette söz konusu değildir. Ancak emredici hükümlerin uygulanmaması açısından işçinin alacağını takip etmemesi ile arabuluculuk yönteminin zorunlu kılınması arasında fark vardır.⁵⁶⁵ Birinde işçi alacağını takip etmemeyi seçerken, diğerinde alacakları üzerinde pazarlığa zorlanmaktadır. İş hukuku emredici hükümleri ile işçinin haklarını işçiye karşı dahi korurken haklar üzerinde pazarlık edilmesini de engellemekte işçinin zayıf durumundan yararlanılmasının önüne geçmektedir. İşçi iş sözleşmesinin sona ermesiyle alacaklarına biran önce kavuşmak isteyecek işverense en düşük miktarla en kısa zamanda uyuşmazlığın çözümünü hedefleyecektir. Kanun koyucunun bir yandan iş hukukunun emredici kuralları ile işçiyi korumaya çalışması diğer yandan da arabuluculuk yolu ile

tazminatı ve boştaki süreye ilişkin ücretin yasal sınırlarının üzerinde bir anlaşma yapmanın mümkün ve işçiler lehine olacağı görüşü için bkz. Astarlı, İş Mahkemeleri, 50.

563 Çil, İş K. m.21/son hükmüne aykırı anlaşmalar yapılamayacağını belirtmişken örneğin nispi emredici bir düzenleme olmasına karşın asgari ücretin altında ücretin kararlaştırılmasının mümkün olduğu görüşündedir. Çil, 44-45., 56. Yine, arabuluculuk sonunda kıdem tazminatı tavanını aşan bir anlaşma yapılabileceği, işçi aleyhine ve tek taraflı cezai şart düzenlemesi üzerinde dahi anlaşmaya varılabileceği, ayrımcılık tazminatına ilişkin İş K. m.5 hükmündeki sınırlamayla bağlı kalınmaksızın tazminat miktarının belirlenebileceğini ifade etmiştir. Çil, 52 vd.

564 Çil, 52. Benzer olarak, Canbolat/Ocak/Karaca/Oğuz/Bulur/Koç, 11.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 536., 79 vd.

565 Doğan Yenisey, Toplantı, 177.

işçiyi bu korumadan yoksun bulunduğu bir ortamda müzakereye zorlaması çelişki içerir.⁵⁶⁶ Emrediciliğe aykırı biçimde anlaşma yapılmasının mümkün olduğu kabul edilirse işçinin korunması için getirilmiş karmaşık emredici kuralların ve bu kurallarla korunmak istenen hukuki yarar ve değerlerin içi boşaltılmış olur.

Ülkemizdeki kayıt dışılığın varlığı, idari denetimin azlığı, iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemelere uyan işverenlerin sayısı düşünüldüğünde işçilerin haklarını elde etmek için çoğu zaman dava yoluna başvurduğu açıktır. Dava şartı olarak arabuluculuk, işçiyi daha kısa sürede daha düşük miktarlar üzerinde anlaşma ile daha uzun sürede haklarının tamamını elde edebilme arasında tercihe zorlayacak zaten kayıt dışılık gibi yollarla uygulanmaktan kaçınılan kuralların etkinliğini tamamen ortadan kaldıracaktır.⁵⁶⁷ Ayrıca hali hazırda kuralları uygulamakta olan işverenleri de kayıt dışılığa, kuralları uygulamamaya sevk edecektir. Zira işverenin arabuluculuk sürecinde işçinin alacakları üzerinde anlaşarak daha az miktarda ödeme yapması söz konusu olabileceken, iş hukukunda öngörülen kurallara uygun olarak işçilerin ödemelerini sözleşme devam ederken tam olarak yerine getirmesi ihtimali çok düşüktür.⁵⁶⁸ Özellikle uygulamada fazla çalışmalar düşünüldüğünde işçiler neredeyse her zaman bu alacağını sözleşme sona erdikten sonra dava yoluyla elde etmekte, işverenler ödemeleri zamanında iş sözleşmesi devam ederken yapmaktan kaçınmaktadır. Ancak işçinin alacağını tam olarak yargılama sonunda elde edeceğini ve yargılama masraflarını da düşünen kimi işverenler işçilerin alacaklarını sözleşme devam ederken ya da sona ermesiyle tam olarak ödemektedir. İşte arabuluculuk yoluyla bu miktarlar üzerinde pazarlık imkanının kabul edilmesi bu işverenlerin dahi kayıt dışılığa başvurması, işçilerin alacaklarını tam olarak ödemekten vazgeçmesi durumuna yol açabilecektir.

566 Doğan Yenisey, Toplantı, 177. Bkz. YHGK, 10.11.1965 tarihli ve 1964/9-634E.,1965/405 K. sayılı kararı. www.lexpera.com.tr (ET:11.04.2020). Yargıtay bu kararında sözleşme ile uyumsuzluk çıkması halinde tahkime başvurulacağını belirlenmesinin işçiyi bağlamayacağını belirtmiş bu durumu iş hukukunun emredici hükümler ilkesine aykırı bulmuştur. Tahkime gitme anlaşması bile işçi yönünden bağlayıcı sayılmazken zorunlu arabuluculuğun bu ilkeleri yok sayacağına yönelik eleştiriler getirilmiştir. Karacabey, 478.

567 Doğan Yenisey, Toplantı, 178.

568 Arabuluculuk yoluyla bu haklar üzerinde müzakere imkanının bulunması yasalara uygun hareket eden işverenleri de hakları yargı yoluna başvurulmadan ödememe davranışına yöneltebilecektir. Aynı zamanda yasal düzenlemeleri zamanında yerine getirmeyen işverenler lehine bir durum oluşturup düzenlemelerin etkinliğini azalttığı gibi kayıt dışılığın ve uyumsuzluk sayısının artışına neden olabilecektir. Doğan Yenisey, Toplantı, 181-182.

3.3.2. Taraflar Arasındaki Güç Dengesizliği

İş hukukunda arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak uygulanması açısından eleştirilen diğer bir husus da tarafların eşitsizliği sorunudur. İş hukukunda emredicilik ilkesi işçinin korunmasını da içerisinde barındırır. Çoğu emredici hükmün amacı işçilerin haklarının korunmasıdır. İş ilişkisinin tarafları arasındaki güç dengesizliğinin oluşturduğu kaygı iş hukukunun ortaya çıkış sebeplerinden biridir. İşçi iş ilişkisinde emeğini ortaya koymaktayken işveren de karşılığında belirli bir miktar parayı ödemeyi kabul etmektedir. Emek işçinin şahsı ile son derece bağlı olduğu gibi geri döndürülemez bir niteliği de bulunmaktadır, işçinin aynı zamanda işverenle bağlılık ilişkisi de mevcuttur. Tüm bu nitelikler işçiyi işveren karşısında güçsüz kılmakta ve emeğinin karşılığı ödenmediği takdirde geri dönülmez kayıplara yol açabilmektedir. Taraflar arasındaki bu eşitsizlik gerek iş hukuku normlarının hazırlanışında gerek iş yargılamasında göz önünde bulundurulmuştur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelinde tarafların eşitliği varsayımı söz konusuysen iş hukukunda taraflar arasında bir eşitlik durumu söz konusu değildir.⁵⁶⁹ AYM kanun önünde eşitliğin, aynı durumda olanlara aynı muamelede (yatay eşitlik) farklı durumda olanlara farklı muamelede (dikey eşitlik) bulunulmayı gerektirdiğini belirtmiştir.⁵⁷⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları şekli eşitliğin yani eşit olana eşit ya da benzer olana benzer muamele anlayışının hakim olduğu ayrımcılık yapılmadığı sürece mevcut halin korunmasının eşitliğin sağlanması için yeterli kabul edildiği bir yapıya sahiptir.⁵⁷¹ Herkes içinde bulunduğu koşullarda eşit kabul edilir. Şekli anlamda eşitlik, ayrımcılığı yasaklar ancak kişiler arasındaki eşitsizliklerin kaldırılması için herhangi bir yükümlülük getirmez.⁵⁷² Şekli eşitlikte farklı olanların durumu göz ardı

569 Şişli, 61.; Mutlay, 58 vd. Bu eşitsizlik sebebiyle isabetle zorunlu arabuluculuğun iş hukukuna uygun olmadığı görüşleri mevcuttur. Namlı, 160.; Alpagut, Toplantı, 213.; Doğan Yenisey, Toplantı, 178-180.; Güzel, 1132. ve 1146.; Karacabey, 480. Namlı, 160-161. İş hukukunda arabuluculuğun dikkatli takip edilmemesi halinde güçlü tarafın isteklerini dikte ettirdiği bir baskı aracı hâline dönüşebileceğini ifade edilmiştir. Namlı, 165. Hükümde mevcut olabilecek boşluklar nedeniyle işverene göre zayıf konumda olan işçilerin süreç sonunda mağdur olabileceği endişesi mevcuttur. Ancak bu durum arabuluculuk kurumunun baştan reddedilmesini gerektirmez. Erbaş, 196-197.

570 AYM, 29.09.2004 tarihli ve 2004/86-110K. sayılı kararı. RG, 17.05.2006, S.26171. www.kazanci.com (ET:12.03.2020)

571 Mutlay, 59-62.; Doğan Yenisey, Toplantı, 178.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 261.

572 Mutlay, 62.

edilir. Oysa özellikle zayıf grupların yer aldığı ilişki biçimlerinde sosyal adaletsizliklerin müdahaleler yoluyla giderilmesi ve fiili eşitliğin sağlanması gerekir. Farklı olanlara farklı işlem yapılması ihtiyacı maddi eşitlik anlayışının doğmasına neden olmuştur. Maddi eşitlik anlayışında farklı olanlara eşit davranılmaz; aksi eşitsizliği doğurur. Aynı durumdaki kişiler eşit varsayılmaz ve kişiler arasındaki farklar gözetilir. Maddi eşitlik anlayışı sosyal adaletin sağlanması ve kişilerin gerçek anlamda eşit olabilmesi için olumlu bir takım yükümlülükler getirir.⁵⁷³ Devletin dolaylı ya da doğrudan her türlü ayrımcılığı önlemesi, buna yönelik önlemler almasını gerektirir. Borçlar hukuku gibi tarafların fiilen de eşit olduğu alanlarda şekli eşitlik anlayışı yeterli kabul edilebilir. Ancak iş hukukunda olduğu gibi tarafların eşit güçte olmadığı alanlarda şekli eşitlik ilkesi sakıncalara yol açabilir.⁵⁷⁴ Keza her ne kadar iş ilişkisinin sona ermesi ile bağımlılığın ortadan kalktığı ileri sürülebilecekse de iş sözleşmesinin sona ermesi ile işçinin ücret ve yasal tüm hakları ödenmemişse ekonomik bağımlılığı devam eder. Arabuluculuk sürecine de temelde bu haklar için başvurulduğu düşünülünce süreçte maddi eşitliğin uygulanmayacağı açıktır. İş hukukunun bu gerçekleri dikkate alınmaksızın işçinin arabuluculuğa başvurmasına zorlanması aynı zamanda maddi eşitliğin uygulanması da söz konusu olmayacağından işçiyi anlaşmanın sonuçlarına da katlanmaya mecbur bırakır.

Bu durumda zayıf konumda olan işçinin haklarının farkında olmaması, pazarlık gücünden yoksun durumda olması, yeterince eğitim ya da bilgiye sahip olamaması durumunda arabuluculuk sürecinde kendi menfaatlerini ne kadar koruyabileceği, süreç sonucunda haklarının ne kadarını elde edebileceği tartışmaya açıktır. Arabulucu maddi anlamda bir eşitlik sağlamakla yükümlü olmadığı gibi bu tür davranışlarda bulunması da yasaktır. İşçinin korunması ilkesi, işçi lehine yorum gibi iş hukukunda işçinin korunmasında yer alan en önemli ilkelerin arabuluculuk sürecince uygulanması mümkün olmayacaktır. Hakkına bir an önce kavuşmak isteyen, maddi ödemelere ihtiyaç duyan işçi yasal yoldan elde edebileceğinden çok düşük miktarda ödemeleri kabul edebilir.⁵⁷⁵ Taraflar arasında hem maddi anlamda hem de bilgi açısından bir eşitsizlik⁵⁷⁶

573 Mutlay, 63-64.

574 Mutlay, 65.; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 261.; Doğan Yenisey, Toplantı, 178.

575 Namlı, 158.; Doğan Yenisey, Toplantı, 178-179.; Ekmekçi/Özekes/Atalı, 140. Tarafların anlaşmaya varmış olması anlaşmanın haklılığını göstermez. Alpagut, işçinin bir an evvel hak ettiğinden az da olsa parasına

söz konusu olması iki tarafın da menfaatini sağlayacak bir çözüm yolu bulunmasını engelleyecektir.⁵⁷⁷ İşverenlerin ekonomik anlamda işçilerden daha iyi durumda olduğu açıktır oysa işçiler biran önce alacaklarını elde etme kaygısı taşımaktadır. İşverenler genelde sadece bir işçisi ile uyuşmazlık içinde bulunmadığından yargılama yolu veya diğer uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgi sahibidir. Sürecin nasıl işleyeceği, ne kadar kayıp yaşayabileceği hakkında bir fikri vardır; ancak işçiler açısından çoğunlukla bir bilinmezlik korkusu söz konusudur.⁵⁷⁸ Bu durumda zayıf tarafın anlaşmaya zorlanması mümkün olacaktır; çünkü maddi açıdan yargılama maliyetlerini üstlenemeyecek halde olabilir.⁵⁷⁹ Arabuluculuk yolunda iki tarafın da menfaatlerinin sağlanacağı bir çözüm yolunun bulunması hedeflenirken iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yolunun yaygınlaştırılması ile işçinin menfaatlerinin çoğundan süreç içinde vazgeçmesi söz konusu olabilecek işverenise yargılama yolundan daha az maddi kayıpla süreci sonlandırma imkanı olacaktır. Bu durumda bir tarafın daha çok menfaat elde ettiği bir süreç yaşanacak ve düzenleme baskı aracı olarak kullanılabilir.

kavuşmak istemesi sebebiyle anlaşmaya razı olacağını söyleyebileceği, arabuluculuk kurumunun amacının adaleti sağlamak olmadığı görüşündedir. Gizlilik ilkesi nedeniyle işçinin müzakereler sonucunda yasal hakkını ne ölçüde elde ettiğinin bilinebilmesi de çok zordur. Alpogut, Toplantı, 215. Aynı yönde, Doğan Yenisey, Toplantı, 180-181. Bu gibi istenmeyen durumların önüne geçilmesi için iş uyuşmazlıklarında arabuluculukta sürece avukat ile katılımın zorunlu kılınması önerilmiştir. Karacabey, 484.; Namlı, 160.; Doğan Yenisey, Toplantı, 189.; Yağcıoğlu, 479.

576 Doğan Yenisey, Toplantı, 179. İşçi ve işverenler arasında eğitim ve bilgi farklılıkları bulunur; halen işçilerin okuma yazma dahi bilmediği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu halde işçinin iki tarafın eşit kabul edildiği bir pazarlık sürecinde kendi menfaatlerini koruyabileceğini düşünmek mümkün olmayacaktır.

577 Tanrıver, 159.; Doğan Yenisey, Toplantı, 79.

578 Doğan Yenisey, Toplantı, 179.

579 Doğan Yenisey, Toplantı, 179. İşverenin yargılama masraflarını düşerek bir teklif yapmasının önünde herhangi bir engel yoktur ve bu durumda işçi yine yargılama masraflarına katlanmış olacaktır. Fiss, 1076.

SONUÇ

İş sözleşmelerinde işçinin emeğini edim olarak sunması, iş ilişkisi boyunca işverenin emir ve talimatı altında işverene bağımlı bir şekilde çalışması şekli eşitlik anlayışının iş ilişkilerinde yeterli bir koruma sunamayacağını göstermiştir. Zayıf tarafın korunması anlayışı XIX. sonlarına doğru kanunlaştırma hareketleri ve kişilere tanınan sosyal haklar ile yerleşmiştir. Devletin iş ilişkilerine müdahalesi yoluyla ve çoğunlukla nispi niteliği baskın pek çok olumlu emredici içerik kuralı iş hukukunun baskın karakteri haline gelmiştir. İşçilerin korunması amacıyla özel hukuk alanında getirilmiş emredici kurullarla yetinilmemiş bunların yanında kamu hukuku karakterli emredici düzenlemelerle de iş hukukunda emredicilik ilkesi sağlamlaştırılmıştır. İş hukukunda nispi niteliği baskın bir emredicilik hakim olsa da pek çok farklı koruma amacı taşıyan mutlak emredici düzenlemeler de emredici korumaya dahil edilmiştir. Hukukumuzda emredici düzenlemeler genel olarak mutlak ve nispi emredici düzenlemeler çevresinde incelenmektedir. Normun lafzı tek başına emredici kurulların niteliğinin tespitinde yeterli bir ölçüt değildir. Bu nedenle normun niteliği tespit edilirken koruma amacına bakılması gerekir. Genel olarak mutlak emredici normlar ile toplum menfaati ve kamu düzeninin; nispi emredici normlar ile ise zayıf tarafın korunmasının amaçlandığını söylemek mümkündür. Mutlak emredici kurulların aksinin kararlaştırılması hiçbir şekilde mümkün değilken nispi emredici kurullar yönünden tarafların işçi lehine düzenlemeler getirmesi mümkün kılınmıştır. Esasen her bir emredici kural koyulma amacına göre farklı işlevler barındırmaktadır. Bu nedenle normun mutlak ya da nispi emredici nitelikte olması bu tür normların yalnızca belli tür değerleri koruma amacı taşıdığını göstermez. Mutlak/nispi emredici normlar toplum yararının korunması için getirilebileceği gibi üçüncü kişilerin ya da zayıf tarafın korunması amacını da taşıyabilir. Bir norm ile birden farklı değerlerin korunması amaçlanabilir. Her bir norm için normun koruduğu menfaatin/değerin araştırılması gerekir. Emredici normlara aykırılık halinde öngörülmuş farklı yaptırımlar ile emredici kurulların bertaraf edilmesinin önüne geçilmiştir. Tüm bu emredici koruma yalnızca hakların elde edilmesi için değil; aynı zamanda bu hakların korunması, sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifası içindir. İşçinin işverene olan bağımlılığı nedeniyle iradesinin serbestçe oluşmayacağı endişesi, hakları üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını gerektirmiştir. İşçinin kendisine karşı korunmasını da sağlayan bu anlayış sayesinde emredicilik yalnızca hakların elde edilmesinde değil korunmasında da etkili kılınmıştır.

Böylece emredici normların farklı hukuki işlemler yoluyla dolanılması önlenmiştir. Bu nedenle bağımlılığın devamı süresince işçinin haklarından vazgeçemeyeceği genel kabuldür. Ancak işçinin bağımlılığının ne noktada sona ereceği, emredici korumanın zamansal bir sınırı olup olmadığı hususları işçinin hakları üzerindeki tasarruf yetkisini de belirlemektedir. Emredici korumanın zamansal sınırı üzerindeki tartışmalar özellikle emredici normların artması ve buna paralel olarak bazı borçlar hukuku sözleşmelerinin iş hukukunda uygulama alanına girmeye başlamasıyla hız kazanmıştır. Sulh, ikale, ibra gibi sözleşmelerle işçinin emredici korumadan vazgeçmesi ihtimaline karşı, yasal bir düzenleme olmadığı dönemde dahi, yargı organları bu tür sözleşmelerin içeriğini denetlemiştir. Hukukumuzda gerek iş sözleşmesinin devamında gerekse de sona ermesinden sonra TBK m. 420 hükmü ile alacak haklarının tümü için işçinin tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır. Emredici kuralların dolanılması ve işçinin haklarından vazgeçmesi anlamına gelen her işlem TBK m. 420 hükmü karşısında geçersiz kabul edilmiştir. Ancak giderek artan biçimde hem hakların korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin esnekleştirilmesi hem de yargılama süreçlerinin tahkim, arabuluculuk, uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarına bırakılması söz konusudur. Bu durum doğrudan işçilerin haklarını ve bu haklardan feragat rejimini etkilemektedir.

Bireysel iş uyuşmazlıkları yönünden arabuluculuk HUAK ile mümkün kılınmıştır. İMK ile dava şartı olarak düzenlenmesi sonucunda arabuluculuk iş uyuşmazlıklarında yaygın bir yöntem olarak uygulanmaya başlamıştır. İş uyuşmazlıkları genel anlamıyla arabuluculuğa elverişli kabul edilebilecekse de tüm iş uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu düzenini ilgilendiren, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği konulara ve emredici kurallara dikkat edilmelidir. Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olması arabuluculuk yolu tüketilmeksizin uyuşmazlığın mahkemeler yoluyla çözülmesi yoluna gidilemeyeceği anlamına gelmektedir. Arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde başkaca işlem yapılmaksızın dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir. Devletin yargı mekanizmalarını etkin kılması Anayasal sorumluluğudur. Yargıda biriken iş yükü gibi pratik sorunlar sebebiyle veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını teşvik amacıyla bu yükümlülükten kaçınmaz. Dava şartı olarak arabuluculuk tarafları yargı dışındaki yollara zorlaması sebebiyle hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Sadece başvurunun zorunlu kılındığı ve anlaşma sağlanamaması halinde yargı yolunun açık

olduğu ileri sürülebilecekse de her şekilde yargıya ulaşmanın geciktirildiği açıktır. Arabuluculuğun temelinde gönüllülük esası yer almaktadır. Zorunlu arabuluculuk, iradilik ilkesinin istisnası niteliğinde olup arabuluculuğun ruhuna da aykırıdır. Toplumda uzlaşma kültürü oluşturmak yerine arabuluculuğa başvuru konusunda doğrudan yasal zorunlulukların getirilmesinin yarardan çok zarar getireceği düşüncesi göz ardı edilmemelidir. Özellikle taraflar arasındaki eşitsizlik güçlünün zayıf üzerindeki etkisi ve bu süreçte üçüncü kişinin gerçekten tarafsız kalıp kalamayacağı hususları tartışma konusudur. Sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğu borçlar hukuku gibi hukukun diğer alanlarında arabuluculuk ihtiyari iken sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı ve emrediciliğin hakim olduğu iş hukuku alanında arabuluculuğun dava şartı haline getirilerek yaygınlaştırılması pek çok tehlikeyi bünyesinde barındırmaktadır.

Arabuluculuk anlaşma belgesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Anlaşmanın niteliği, taraflar pek çok farklı şekilde anlaşmaya varabileceği için anlaşmanın içeriğine göre değişir. Bir sözleşme, usul hukuku yönünde arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğinde olabilir. Önemli olan hakimin önüne gelen belgenin içeriği yani maddi hukuktaki anlamıdır. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma içeriğine göre ibra, sulh, ikale vb. farklı nitelikteki sözleşme özelliklerini gösterebilir. Tüm bu sözleşme türleri TBK m. 420 hükmü gereği bir geçerlilik denetimine tabi tutulmaktadır. Arabuluculuk her ne kadar iki tarafın menfaatinin esas alındığı bir yöntem olsa da tarafların arabuluculuk sonunda anlaşmaya varabilmesi için karşılıklı fedakarlıklarda bulunması şart değildir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgelerinin tamamının sulh niteliğinde olduğu söylenemez. İşçinin yeterli ispat vasıtalarına sahip olmadığı düşünüldüğünde çoğu uyuşmazlık konusu hakkın varlığı konusunda belirsizlik mevcut olacaktır. Sulh halinde karşılıklı fedakarlık kavramı da tartışmalıdır. Zira fedakarlığın miktarının bir önemi bulunmadığı gibi karşılıklılık esas olsa da her iki tarafın da eşit fedakarlıklarda bulunması aranmaz. İşçinin ne karşılığında emredici korumadan vazgeçeceği de belirsizdir. Çoğu uyuşmazlığın işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle ortaya çıktığı düşünüldüğünde işçilerin yapacağı fedakarlık genellikle alacaklarına erken kavuşmak ümidiyle bir takım haklarından feragat şeklinde olacaktır. Böyle bir hukuki işlem ise TBK m. 420 kapsamında vazgeçme yasağına takılır. İş K. m. 32 hükmüyle iş sözleşmesinin sona ermesiyle işçinin alacaklarının ödenmesi zorunlu kılınmıştır. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işçinin ekonomik bağımlılığı dolayısıyla zayıf

konumu devam etmektedir. TBK m. 420 hükmüyle ifade edilen borçlar hukuku anlamında bir ibra değil aksine ifadır. Keza alacağın “hak tutarına nazaran noksansız” ödenmesi, “hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen” belgelerin içerdiği miktarla sınırlı olarak makbuz kabul edilmesi karşısında hükmün ifadan başka bir düzenleme içerdiğini ileri sürmek mümkün değildir. Kanun koyucu hükümle işçinin zamanaşımı süresince ya da hak düşürücü dava açma süresi boyunca doğmuş haklarından vazgeçmesinin mümkün olmadığını ifade etmekte ve haklardan feragatin zamansal sınırını koymaktadır. TBK m. 420 hükmü emredici nitelikte olup TBK m. 27 hükmü gereği emredici hükümlere aykırı sözleşmeler geçersizdir. Bu noktada arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılması halinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı hükmünün emredici hükümler karşısında ne ifade edeceği önem arz eder.

Her ne kadar arabuluculuk sürecinde emredici kuralların uygulanmayacağı ve süreç sonunda emredici kurallara aykırı anlaşmalar yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüşse de iş hukukunda pek çok farklı menfaatin korunması amacını taşıyan emredici düzenlemelere aykırı anlaşmaların geçerli kabul edilmesi TBK m. 420 hükmü karşısında mümkün değildir. Arabuluculuk sonunda işçinin mevzuatın nispi ve mutlak emredici düzenlemelerine aykırı anlaşmaların geçersiz kabul edilmesi gerekir. Özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından İş K. m.21/son hükmü ile işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süreye ilişkin ücretin kanunda belirtilen miktarlar mutlak emredici biçimde düzenlenmiştir. Mutlak emredici düzenlemelerle tarafların ve toplumun menfaati olabilecek en iyi düzeyde kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu düzenlemeler bakımından kişilerin daha fazla bir menfaat belirlemesi kanun koyucunun iradesine aykırı olur. İş K. m. 21/7 hükmü ile maddenin üçüncü ve ikinci fıkralarına atıf yapılarak işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süreye ilişkin parasal miktarların anlaşma belgesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Gerek hükümlere yapılan atıf nedeniyle ve gerekse de bu hükümlerin emredici niteliğine ilişkin (İş K. 21/son) bir değişikliğe gidilmediği gözetildiğinde, arabuluculuk sonunda tarafların boшта geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını kanunda belirtilmiş yasal sınırların dışında bir belirleme yapmalarına imkan tanınmadığı anlaşılmaktadır. İş K. m. 21/son hükmüne göre, *“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”* Zira hükümde ifade edilen alacakların emredici niteliğine ilişkin bir değişiklik de

getirilmemiştir. Doktrinde arabuluculuk sonunda bu düzenleme çevresinde emredici kurallara aykırı olarak anlaşılması kabul görmemişken; iş hukukunun nispi emredici düzenlemeleri ve hatta diğer mutlak emredici düzenlemeleri yönünden aynı düşüncenin savunulmadığı görülebilmektedir. Yine TBK m.420 hükmünün arabuluculuk anlaşma belgelerine uygulanmasının arabuluculuk kurumunun amacıyla bağdaşmayacağı emredici düzenlemelerin anlaşma belgelerinin geçerliliğini engellememesi gerektiği de ifade edilmiştir. Kanımızca emredici düzenlemeler yönünden böyle bir ayrımı gerektiren bir neden yoktur. Arabuluculuk anlaşma belgeleri ile iş hukukunun nispi ya da mutlak emredici hükümlerine aykırı olarak işçinin haklarından vazgeçmesi mevzuat gereği mümkün kılınmadığı gibi iş hukukunun amacıyla da bağdaşmaz. Anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin düzenlemenin varlığı emredici hükümlere aykırı olarak kurulan anlaşmaların hukuk düzenince tanınacağı anlamına gelemez. Tarafların mahkemelerde sulh olmasının mümkün olduğu bu nedenle arabuluculukta da emredici düzenlemelerin gözetilmesine gerek olmadığı ileri sürülemez. Keza mahkemelerde sulh olunması hali ile arabuluculuk süreci aynı nitelikte değildir. Davadan feragat halinde ise yargıya intikal etmiş bir uyuşmazlık vardır. Oysa arabuluculuk sürecinde asıl sorun işçinin haklarından hukuki işlemler yoluyla feragatidir. Emredici hükümlere aykırı arabuluculuk anlaşma belgelerinin geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Dava açma yasağına ilişkin düzenleme buna engel olamaz. Burada önemli olan işçinin alacaklarından vazgeçmesi değil anayasal düzen ile korunan sosyal haklarından vazgeçmesi sorunudur. Dava açma yasağına ilişkin hükmün ne maddi hukuk ne de usul hukuku bakımından anlamlı bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür.

Arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanmasında her hukuk dalının kendine özgü yönleri göz önüne alınmalıdır. Maddi hukukta gelişen problemlere bir takım usul hukuku kurumları yoluyla kalıcı çözümler getirmek mümkün değildir. Hatta gerekli maddi hukuk düzenlemeleri yapılmaksızın getirilen usul hukuku düzenlemeleri çok daha büyük sorunların doğmasına yol açar. Hukukumuzda işçinin haklarından vazgeçmesini yasaklayan TBK m. 420 hükmü çok geniş kapsamlı bir hüküm olup asgari bir koruma sağlamayan haklar yönünden tarafların sözleşme serbesti çevresinde düzenlemeler yapmasına izin verecek bir düzenlemenin yapılması emredicilik ve sözleşme serbestisinin dengelenmesi yönünden yerinde olur. İş

hukukunda emredicilik ilkesi ile işçiler, işveren karşısındaki zayıf konumlarının yol açtığı olumsuz sonuçlara karşı korunur. Ancak zorunlu arabuluculuk düzenlemesi, koruma hukuku olarak şekillenen iş hukukunun ruhunu ve ilkelerini bir yana koyup işçinin korunan hakları üzerinden pazarlık edilebilmesine olanak tanımaktadır. İşçilerin zayıf, işverenlerin ise güçlü bir konumda olacağı bir sisteme tarafları zorlama; arabuluculukla hedeflenen menfaat dengelerinin korunmasını zorlaştıracak, böyle bir uygulama bir tarafın menfaatlerinin ihlali ile sonuçlanacaktır. Dava şartı olarak arabuluculuğun yanında m. 3/12 gibi zorlayıcı hükümlerin varlığı da düşünüldüğünde; bir yanda zayıf konumdaki işçinin alacağına daha çabuk ulaşması ihtimali bulunması anlaşmaların serbest iradeye dayalı yapılacağı düşüncesini tartışmalı kılmaktadır. Kurumun bir baskı aracına dönüşmesi işçinin arabuluculuk sürecine zorlandığı gibi arabuluculuk süreci içinde de zorlanması söz konusu olabilecektir. Tarafların eşit güçte olmadığı bu uyuşmazlıklarda, böyle bir düzenleme davanın açılmasını geciktirmek amacıyla kullanılacak formel bir mekanizma haline dönüşebilir.⁵⁸⁰ Uzlaşma isteği taşımayan tarafları bu yola sadece zorunluluk sebebiyle başvurması anlaşamamaları üzerine uyuşmazlığı yargı yoluna götürmesi uyuşmazlıkların çözüm süresinin uzaması ile sonuçlanacaktır. Yargı alanında özellikle iş hukuku açısından sosyal devlet anlayışından vazgeçilmesi geri dönülmez kayıplara yol açabilecek niteliktedir. Bunun yerine yargılamanın karşılaştığı sorunların temeline inilip kalıcı bir çözüm sağlanması amaçlanmalıdır.⁵⁸¹ Sonuç olarak zorunlu arabuluculuk sorunlara geçici bir çözüm sağlayabilse dahi ilerleyen süreçlerde çok daha büyük problemlere, toplumsal kırımlara neden olması işten değildir.

580 Karacabey, 473.

581 Doğan Yenisey, Toplantı, 193. Doktrinde iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu arabuluculuk kurumu yerine getirilebilecek pek çok öneri sunulmuştur. Bkz. Güzel, 1133-1134.; Ekmekçi, 375., 378.; Manav Özdemir, 199., 203-204.; Özmumcu, 834-837.ve 831.; Namlı, 156.; Karacabey, 481-487.; Bakırcı, 387.

KAYNAKÇA

- ACAR, Niyazi:** T.C. Adalet Bakanlığı Yargı ve İş Dünyası Sempozyumu, II. Oturum İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kaynaklı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri Konuşması, 21-22 Kasım 2015, İstanbul, 177-189. higm.adalet.gov.tr/dokumanlar/2016/mayis/%C4%B0%C5%9F%20D%C3%BCnyas%C4%B1%20Sempozyum%20Kitab%C4%B1.pdf . (E.T:15.11.2017).
- AKIN, Levent:** İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Ve Arabuluculuk Konferansı, İNTES, Ankara, 2018, 20-27.
- AKİL, Cenk:** Hukuk Muhakemelerinde Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.4, 2012, 1-18.
- AKİL, Cenk:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C.I, Ankara, 2014, 75-137. (Kapsamı).
- AKKAN, Mine:** Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.2, 2018, 1-30.
- AKMAN, T. Şefik:** İş Hukukunun Piyasalaşması: Emegın Esnekleşmesi ya da Çalışma Yaşamının Kuralsızlaşması Bağlamında Klasik Liberalizmden Neo-liberalizme İş Sözleşmesinin Dönüşümü, Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm (Derleyenler; A. Murat Özdemir/Muammer Ketizmen), Ankara, 2014, 217-244.
- AKSU Mustafa:** Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra, Journal of Yaşar University, C.8, Özel Sayı, 97-130.
- AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ SENYEN KAPLAN, Tuncay:** İş Hukuku, 6.B., Ankara, 2013.
- AKYİĞİT, Ercan:** 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I-II, 3.B., Ankara, 2008. (Şerh I-II).
- AKYOL ASLAN, Leyla:** 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15'inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine

Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.145, 2018, 29-44.

ALEXANDER, Nadja: The Mediation Metamodel Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly, 2008, Vol.26, No.1, 97-123. ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=3815&context=sol_research (ET: 07.11.2017).

ALP, Mustafa: İş Hukukunda İkalenin Geçerlilik Koşulları, LİSGHD, C.5, S.17, 2008, 29-46.

ALPAGUT Gülsevil: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmelerinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, (20-21 Eylül 2011, İstanbul), 2012, 124-167. www.tisk.org.tr/yayin/2012-calisma-hayati-acisindan-yeni-borclar-kanunu-ve-ticaret-kanunu-semineri-eylul.pdf (ET:12.04.2020).

ALPAGUT, Gülsevil: Avrupa Birliği'nde Güvenceli Esneklik Ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler, TİSK Akademi, C.3, S.5, 2008/1, 6-37. (Güvenceli Esneklik)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 195-217. tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf (E.T: 15.11.2017). (Toplantı).

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar Ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi), İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri: İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, 2008, 19-52. (Sözleşmesel Kayıtlar).

ALPAGUT, Gülsevil: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantıları, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 111-131. www.istanbulbarosu.org.tr/YayinDetay.aspx?ID=527&desc=%C4%B0%C5

%9F-Ve-Sosyal-G%C3%BCvenlik-Hukuku-2017-Toplant%C4%B1lar%C4%B1
(ET:10.03.2020) (Zorunlu Arbuluculuk).

ALPAGUT, Gülsevil: Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün Müdür?, Legal Yargı Kararları Ve İncelemeleri Dergisi, S.6, 2007, 439-476. (Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklar).

ALPAGUT, Gülsevil: Uygulamada Ve Borçlar Kanunu Tasarısına İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2008 Yılı 12 Toplantı Notları, İstanbul, 2009, 41-77. (İşçilik Alacaklarından Vazgeçme).

ARABULUCULUK ÇALIŞMA TOPLANTISI, Arabuluculuk ile ilgili Güncel Sorunlar, Beklentiler Ve Öneriler Sonuç Raporu, (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir, 26 Nisan 2014), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2015, 119-133. www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf (E.T:15.11.2017).

ASTARLI, Muhittin: 7036 S. İMK'nın 4857 S. İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil Der., S.38, 2017, 40-53. (İş Mahkemeleri).

ASTARLI, Muhittin: İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu, Sicil Der., S.34, 2015, 41-46. (İ kale İçeriğinde Yer Alan İbra).

ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara, 2008. (Çalışma Süreleri).

ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), Ankara, 2013.

ATAMER, M. Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999.

BAKIRCI, Kadriye: “Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arbuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.31, S.140, Ocak 2019, 355-392.

- BASKAN, Esra:** İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 S. Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Sicil Der., S.30, 2013, 77-86.
- BAYCIK, Gaye:** Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, 223-262.
- BAYCIK, Gaye:** İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011. (Yenilik Doğuran Haklar).
- BİLGE, Necip:** Hukuk Başlangıcı, 20.B., Ankara, 2005.
- BİLGE, Turgay:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul, 2014, 93-114. (Kamu Düzeni).
- BRİZON, Pierre (Çev. Cemal SÜREYYA):** Emeğin ve Emekçilerin Tarihi, Ankara, 1977.
- BULUR, Alper:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2007/65, 30-46.
- BULUR, Alper:** TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 11 Mart 2011, Ankara, 69-78. tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf (E.T:15.11.2017) (Konferans).
- BUZ, Vedat:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- BÜYÜKAY, Ferhat:** Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, 2018.
- CANBOLAT, Talat/ OCAK, Saim/ OĞUZ, Özgür/ KARACA, Aybüke/ BULUR, Alper/ KOÇ, Erol:** İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf (ET:11.04.2020).
- CANBOLAT, Talat:** İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, 2018. 95-110. aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf (ET:02.03.2020).

CANBOLAT, Talat: Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 S. İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine ilişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, LİSGHD, C.4, S.13, 2007, 187-219. (Bazı İş Sözleşmesi Türleri).

CANİKLİOĞLU, Nursen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı Ve İzinin Kullandırılmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul, 2001, 1144-1174.

CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumlar, 5.B., Ankara, 2012.

CENGİZ URHANOĞLU, İstar: Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.19, 2008/4, 187-211.

CENTEL, Tankut: Esneklik Uygulamaları ve Türk Çalışma Hayatı, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal ALPTEKİN'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, 729-742. (Esneklik).

CENTEL, Tankut: İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, 1.B., İstanbul, 1992.

CENTEL, Tankut: Türk Borçlar Kanununda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil Der., S.24, 2011, 13-18. (İşçinin Kişiliğinin Korunması).

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31.B., İstanbul, 2018.

ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: 6325 S. HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması Ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme Ve İcra Usulleri İle İlişkisi, Yılmaz EJDER'e Armağan, C.1, Ankara, 2014, 669-723.

ÇİL, Şahin: 4857 S. İş Kanunu Şerhi, C.I-II, 2.B., Ankara, 2007. (Şerh I, II).

ÇİL, Şahin: İş Hukukunda İbraname, 3.B., Ankara, 2013. (İbraname).

ÇİL, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 S. İMK Uygulaması, Ankara, 1.B., 2018.

DERELİ, Toker: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, 2013/1, 41-64.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış, Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C.1, İstanbul, 2011, 33-82. (Sosyal Kamu Düzeni).

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 167-193. tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf (E.T: 15.11.2017). (Toplantı).

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Sosyal-Piyasa Karşıtlığında Sosyal Haklara Farklı Bir Yaklaşım -Yapılabilirlik Yaklaşımı-, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, C.1, İstanbul, 2010, 173-206. (Yapılabilirlik).

DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2017.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, 1.B., Ankara, 1979.

EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat/ Vural SEVEN: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.B., İstanbul, 2019.

EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, 1.B., İstanbul, 2018.

EKMEKÇİ, Ömer: Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.74, Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN'a Armağan Sayısı, 371-380.

EKMEKÇİ, Ömer: İş Hukukunda İşçinin Alacağından Vazgeçmesi Sonucunu Doğuran Hukuki İşlemler, İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Bülteni, 1996/1. (Alacağından Vazgeçmesi).

EKONOMİ, Münir: 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil Der.,S.12, 2008, 5-23. (Sayısal Esneklik).

EKONOMİ, Münir: İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi Bekleme Süresi, LİSGHD, C.9, S.34, 2012, 3-32. (Altı Aylık Kıdem).

- EKONOMİ, Münir:** İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul, 1984.
- EKONOMİ, Münir:** İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.1, 2006, 29-47. (İbraname).
- EKONOMİ, Münir:** Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme Altın Yunus, 27-31 Ekim 1993, 55-79. (Esnekleşme Gereği).
- ELBİR, K. Halid:** İş Hukukunda Yorum, İstanbul, 1969.
- ERBAŞ, Gökhan:** Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara, 2018, 187-197.
- ERDEMİR, M. Aymelek:** Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S.132, 2017, 70-81.
- ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra:** Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.138, 2018, 27-47.
- ERDOĞAN, Ersin/ERZURUMLU, Nurbanu:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi Ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Seta Raporu, 2016. setav.org/assets/uploads/2016/12/Turkiyenin-Arabuluculuk-Tecrubesi-PDF.pdf (ET:12.03.2020).
- ERDOĞAN, Ersin:** 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, LİSGHD, C.14, S.55, 2017, 1211-1242.
- EREN, Fikret:** 6098 S. Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.B., Ankara, 2014.
- ERİŞİR, Evrim:** Arabuluculuk Müessesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, 225-236.

- ERSEN PERÇİN, Gizem:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemedeki Yeri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.31, S.2, 2011, 177-201.
- ESENER, Turhan:** İş Hukuku, 3.B., Ankara, 1978.
- EYRENCİ, Öner:** 4857 S. İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, LİSGHD, C.1, S.1, 2004, 15-56.
- EYRENCİ, Öner:** İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Prof. Dr. Münir EKONOMİ'ye Armağan, Ankara, 1993, 227-242. (Esnekleştirilmesi).
- FISS, Owen M.:** Against Settlement, Yale Law Journal, Vol.93., 1984, 1073-1090. digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. (ET:11.03.2020).
- GEREK, Nüvit:** İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S.31, 2011/4, 43-58.
- GÖKSU, Mustafa:** Mandatory Mediation In Labor Disputes, PressAcademia Procedia, Vol.3, 2017, 378-384. www.dergipark.org.tr (ET: 05.04.2020).
- GÖREN, Zafer:** "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi", Anayasa Yargısı, C.14, Ankara, 1997, 93-153. <https://anayasa.gov.tr/media/4712/zafergoren.pdf> (E.T. 10.12.2019).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref:** Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 24.B., Ankara, 2005.
- GÜMÜŞ, M. Alper:** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul, 2015.
- GÜNAY, Cevdet İlhan:** İş Yargısı ve Arabuluculuk, B.1, Ankara, 2017.
- GÜRİZ, Adnan:** Hukuk Başlangıcı, 10.B., Ankara, 2005.
- GÜZEL, Ali/ UGAN ÇATALKAYA, Deniz:** İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, S.34, 2012/3, 157-188.

- GÜZEL, Ali:** Ekonomik Ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek, Halid Kemal ELBİR'e Armağan, İstanbul, 1996, 167-195. (Instuitus Personae).
- GÜZEL, Ali:** İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara, 2000, 203-221. (Yeniden Yapılanma).
- GÜZEL, Ali:** İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalışma ve Toplum, S.50, 2016/3, 1131-1146.
- HIZIR ASRAV, Fatma:** Sulh Sözleşmesi, Ankara, 2019.
- ILDIR, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1.B. Ankara, 2003.
- İŞİK, Rüçhan:** Esneklik:Toplu Pazarlık Yoluyla, Sicil Der., S.3, 2006, 126-136.
- İZMİRLİOĞLU, Ayça:** 6098 S. Kanuna Göre İbraname, Journal of Yaşar University, C.8 Özel Sayı, 2013, 1457-1482.
- KABAKÇI, Mustafa:** Sözleşme Özgürlüğü ve İkale, Sicil Der.,S.25, 2012, 121-135.
- KAPLAN, Yavuz:** Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1-2, Y.28, 2008, 115-146.
- KAR, Bektaş:** İş Yargılaması Usulü, 2.B., Ankara, 2019.
- KARACABEY, Kürşat:** Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, 457-489.
- KARAUZ, K. Agah:** Sulh Sözleşmesi, Ankara, 2014.
- KEKEÇ, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, İzmir, 2010, Doktora Tezi, tez.yok.gov.tr (ET:07.11.2017).
- KESER, Hakan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları, Sicil Der, S.32, 2014, 132-151.

- KILIÇ, Şebnem:** İş Sözleşmesinde İbraname ve Cezai Şartın Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, İstanbul, 2014, 2829-2869.
- KILIÇOĞLU, Mustafa:** İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, B.2, Ankara, 2019.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan:** Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.
- KIYAK, Emre:** Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, S.21, 2015, 523-548.
- KIYAK, Emre:** Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Üzerine Düşünceler, <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arbuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/> (ET:15.04.2020). (Düşünceler).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ SEROZAN, Rona/ HATEMİ, Hüseyin/ ARPACI, Abdülkadir:** Borçlar Hukukuna Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme, C.1, 4.Baskıdan 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, 2017.
- KÖME AKPULAT, Ayşe:** İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1.B., İstanbul, 2018.
- KURT KONCA, Nesibe:** Arabuluculuğa Elverişli Alanlar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Güncel Gelişmeler Paneli, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Ankara, 2017, 234-240.
- KURT, Ekrem:** Sulh Sözleşmesi Ve Arabuluculuk, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara, 2018, 147-154. (Sulh).
- KURT, Resul:** İş Yargısında Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.30, S.135, Mart-Nisan, 2018, 405-445.

- KURU, Baki:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.16, S.2, 2010, 237-246.
- LOİ, Piera:** İtalyan iş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 121-147. tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf (E.T: 15.11.2017).
- LORİTZ, Karl-Georg (Çev. Tankut CENTEL):** Alman İş Hukukunda Esnekleşmeye Yönelik Çabalar, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme Altın Yunus, 27-31 Ekim 1993, 11-30.
- MANAV ÖZDEMİR, Eda:** İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.47, 2015/4, 185-222. www.calismatoplum.org (E.T: 07.11.2017).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş:** İş Hukuku, 6.B., Ankara, 2014.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri, 3.B., Ankara, 2008.
- MUTLAY, Faruk Barış:** İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi, No.7, İstanbul, 2018.
- MUTLAY, Faruk Barış:** İşe İade Davalarında Arabuluculuk, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S.59, 2018/4, 2129-2154. (İşe İade).
- NAMLI, Mert:** Avrupa Adalet Divanı Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı İle İlişkisi, LİSGHD, C.15, S.60, 2018, 1295-1328. (Mahkemeye Erişim Hakkı).
- NAMLI, Mert:** İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı,

151-165. tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf (E.T: 15.11.2017).

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 4.B., İstanbul, 2012.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Fesih Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil Der., S.38, 2017, 9-21. (Yeni Çerçeve).

ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil Der., S.39, 2018, 44-61. (Bugünü Ve Geleceği).

ODAMAN, Serkan/KARAÇÖP, Eda: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil Der., S.35, 2016, 51-66.

ODAMAN, Serkan: Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, Özel Sayı, 2017, 1753-1766.

ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, LİSGHD, C.7, S.25, 2010, 32-40. (Ayrımcılık Tazminatı).

OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 1.B., İstanbul, 2016. (Alternatif).

OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, 1.B., İstanbul, 2019.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, 19.B., İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, B.11, İstanbul, 2013.

OKUR, Zeki: Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, 2.B., Ankara, 2019.

- ÖNEN, Ergun;** Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.
- ÖZBAY, İbrahim;** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, EÜHFD, C.10, S.3-4, 2006, 459-475. (Alternatif Çözüm).
- ÖZBEK, Mustafa;** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4.B., C.I-II, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa;** Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2002/1, 121-161. (Adalete Ulaşma).
- ÖZBUDUN, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- ÖZCAN, Durmuş/OCAK, Uğur;** İbra Sözleşmesi, B.3., Ankara, 2016.
- ÖZDEMİR, Erdem;** Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, C.I, İstanbul, 2010, 571-598. (Normatif Etki).
- ÖZDEMİR, Erdem;** 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil Der., S.24, 2011, 107-113. (Eleştirel Bakış).
- ÖZDEMİR, Erdem;** Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, MÜHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011, 565-574. dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/Prof.Dr.CevdetYavuzAn%C4%B1s%C4%B1na/2g.8o.tebli_ler.pdf (ET:12.04.2020) (Hizmet Sözleşmesi).
- ÖZDEMİR, Erdem;** İkale Ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, C.27, S.3, Mayıs 2013, 32-51. (İkale).
- ÖZDEMİR, Erdem;** İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, 95-120.
- ÖZDEMİR, Erdem;** Sulh Sözleşmesi Yargıtay 9. Ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi, Sicil Der., S.30, 2013, 54-66. (Sulh).

- ÖZDEMİR, Olgü:** Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 601-615. (Arabuluculuk).
- ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat:** 7036 S. Yeni İMK Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, 23.12.2017, Yayına Hazırlayan; Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat vd., İstanbul, 2018, 41-122.
- ÖZEKES, Özlem:** İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.138, 2018, 273-314.
- ÖZKARACA, Ercüment:** 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013/3, 173-216.
- ÖZMUMCU, Seda:** Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.71, S.1, 2013, 1370-1389, www.dergipark.gov.tr (E.T: 07.11.2017). (Arabulucunun Rolü).
- ÖZMUMCU, Seda:** Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.74, S.2, 2016, 807-842. www.dergipark.gov.tr (E.T: 07.11.2017).
- ÖZSUNAY, Ergun:** Medeni Hukuka Giriş, 5.B., İstanbul 1986.
- ÖZTÜRK, O. Mehmet:** İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013/3, 217-242.
- ÖZVERİ, Murat:** Güvencesizliğin Hukuku Esneklik Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C.I, İstanbul, 2011, 277-295.
- PAKSOY, M. Sermin:** Zamanaşımından Feragat (TBK m.160), İstanbul, 2012.
- PEKCANITEZ, Hakan:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Hukuki, Perspektifler Dergisi S.5, 2005, 12-16. (Alternatif).
- PEKCANITEZ, Hakan:** HUAK Tasarısının Tanıtımı, TBB Medeni Usul ve İcra iflas Hukukçuları Toplantısı IV, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 2007, 247-264.

[tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni Usul 6.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Medeni%20Usul%206.pdf) (E.T:15.11.2017).
(Tebliğ).

PEKCANITEZ, Hakan: TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 11 Mart 2011, Ankara, 114-127.
tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf (E.T: 15.11.2017).

REİSOĞLU, Seza: 2822 S. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986.

REİSOĞLU, Seza: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.23, İstanbul, 2014.
(Borçlar Hukuku).

RISKIN, Leonard: Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for The Perplexed, Harvard Negotiation Law Review, 1996, Vol.7, 7-51.
scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=facultypub
(ET:07.11.2017).

ROBERTS, Kenneth: "Mediating the Evaluative-Faciliative Debate: Why both Parties are Wrong and a Proposal for Settlement", Loyola University Chicago Law Journal, Vol.39, 2007, 187-213.
lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1145&context=lucjl (ET:07.11.2017).

SAĞLAM, Fazıl/ SOYER, Polat: İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Hâlinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, LİSGHD, C.10, S.39, 2013, 4-24.

SARISÖZEN, M. Serhat: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, 2011, 255-271.

SAYMEN, H. Ferit: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954. (Türk İş Hukuku).

SAYMEN, H. Ferit: Türk Medeni Hukuku C.I, Umumi Prensipler, İstanbul, 1948.

SCHONEVİLLE, Manon: TBB Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı Konuşması, 11 Mart 2011, Ankara, 94-105. tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf (E.T: 15.11.2017).

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4.B., İstanbul, 2013.

SEVİMLİ, Ahmet: İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil Der., S.14, 2009, 84-107.

SOYER, Polat: İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, LİSGH 2005 Yılı Toplantısı, 27-69. (Feshe Karşı Koruma).

SOYER, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, LİHSGHD, C.15, S.57, 2018, 21-47.

SÖZER, Nazım: Hukukta Yöntembilim, 5.B., İstanbul, 2015.

SUBAŞI, İbrahim: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, 2005, 301-360.

SUR, Melda: İş Hukukunda Toplu İlişkiler, 8.B., Ankara, 2019.

SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil Der., S.14, 2009, 5-28. (Bugünü ve Geleceği).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, 12.B., İstanbul, 2016.

SÜZEK, Sarper: İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum, Sicil Der., S.34, 2015, 9-25. (Amaca Uygun Yorum).

ŞAHİN EMİR Asiye/KAZMAZ TEPE Büşra: İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S.58, 2018/3, 1481-1508.

ŞAHLANAN, Fevzi: Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmününün 4857 Sayılı İş

Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.13, 2007/2, 161-168. (Fazla Çalışma).

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz, 2006, 2-4.

ŞAHLANAN, Fevzi: Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, Sicil Der., S.12, 2008, 44-46. (Kıdem Tazminatı Tavanı).

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması) LİSGHD, C.10, S.37, 2013, 3-12. (Sendika Üyeliğinin Güvencesi).

ŞAHLANAN, Fevzi: Yabancı Para Borcu Ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi Ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul, 1997, 457-466. (Yabancı Para Borcu).

ŞEN, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Sicil Der., S.24, 2011, 74-87.

ŞİPKA, Şükran: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.6, S.12, 2007/2, 163-175.

ŞİŞLİ, Zeynep: Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, 45-67.

TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.64, 2006, 151-177, tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227 (E.T: 07.11.2017).

TANRIVER, Süha: Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.46, S.1, 1994, 333-348. (Sulh).

TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Ermesi, Kamu-İş Dergisi, C.11, S.4, 2011, 1-7.

- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis:** Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.1, 2019, 333-379. (Hukuki Niteliği).
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis:** Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk, İstanbul, 2009, Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (E.T: 07.11.2017).
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, 1.B., Ankara, 2012. (Arabuluculuk).
- TEKİNAY, Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul, 1993.
- TULUKÇU, B. Nezihe:** İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi ve İşe İade, Ankara, 2017.
- TUNCAY, A. Can/ SAVAŞ, Burcu:** Toplu İş Hukuku 4.B., İstanbul, 2015.
- TUNCAY, A. Can:** İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik Ve İş Hukukuna Etkileri Sempozyumu, (5-7 Ekim, 2000, İstanbul), İstanbul, 2002, 151-183. (Sempozyum).
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, 6.B., İstanbul, 2013.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk İş Hukuku, C.1, 2.B., İstanbul, 1975.
- TURANBOY, Nuri:** İbra Sözleşmesi, Ankara, 1998.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz:** İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinden Sonra Yapılan Sulh Sözleşmesi Ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararının Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Haziran 2014, 161-176.
- ULUCAN, Devrim:** Çalışma Hayatında Esneklik, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara, 1998, 525-541. (Esneklik).

- ULUCAN, Devrim:** Esneklik İhtiyacı Ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, A.Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, 2005, 203-217.
- ULUCAN, Devrim:** Türk Toplu İş Hukukunda Esneklik Ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik Ve İş Hukukuna Etkileri Sempozyumu, (5-7 Ekim, 2000, İstanbul), İstanbul, 2002, 299-310. (Sempozyum).
- ULUKAPI, Ömer/KIYAK, Emre:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.2, Ankara, 2015, 1645-1698.
- ULUSAN İlhan:** Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul, 1971,
www.journals.istanbul.edu.tr/iumhad/article/download/1023002865/1023002460
(ET:20.04.2020).
- ULUSOY, Mesut:** TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir karar İncelemesi, Sicil Der., S.1, 2006, 98-112.
- UŞAN, Fatih:** Kıdem Tazminatına İlişkin Düzenlemenin Hala Mutlak Emredici Niteliğini Koruyup Korumadığı Sorunu, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.2, S.13, 2007, 57-67.
- WINSTON, David:** Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water..., *Ohio Journal On Dispute Resolution*, Volume.11/1, 1996, 187-206.
kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/79729/OSJDR_V11N1_187.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ET:22.02.2020).
- YAĞCIOĞLU, Muharrem:** Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk Ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2018, 457-486.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013.
- YILDIRIM, Kamil:** İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alongoya için Armağan, İstanbul, 337-360.

YILDIZ, Burcu Gaye: Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C.1, İstanbul, 2011, 203-231.

YILDIZ, Burcu Gaye: İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği, LİSGHD, C.3, S.11, 2006, 903-911. (Otuz İşçi Ölçütü).

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Diyarbakır, 1986.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.resmigazete.gov.tr

www.adalet.gov.tr

www.mevzuat.tbmm.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.kazanci.com

tez.yok.gov.tr

www.calismatoplum.org

www.jurix.com.tr

www.mess.org.tr

www.dergipark.org.tr

www.lexpera.com.tr

www.tuhis.org.tr