

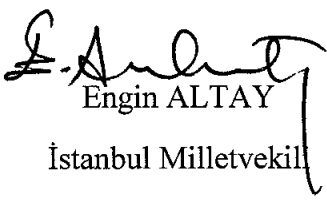


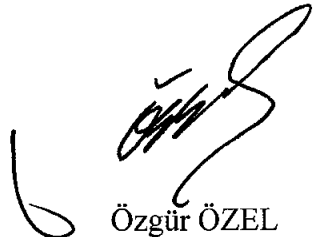
T.B.M.M.
CUMHURİYET HALK PARTİSİ
Grup Başkanlığı
Tarih : 12.6.2021
Sayı : 1806

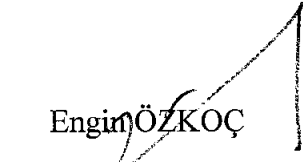
TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

İş Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifimiz gerekçesiyle ilâıkte sunulmuştur.

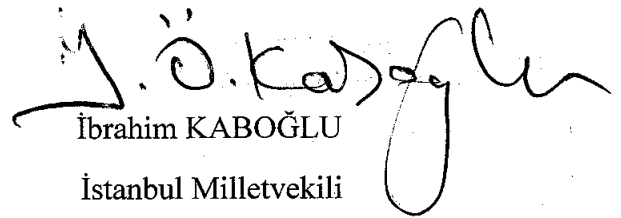
Gereğini saygılarımla arz ederim. 16.06.2021


Engin ALTAY
İstanbul Milletvekili
Grup Başkanvekili

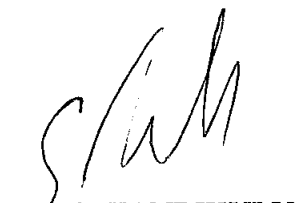

Özgür ÖZEL
Manisa Milletvekili
Grup Başkanvekili


Engin ÖZKOÇ
Sakarya Milletvekili
Grup Başkanvekili


Muharrem ERKEK
Çanakkale Milletvekili


İbrahim KABOĞLU
İstanbul Milletvekili


Zeynel EMRE
İstanbul Milletvekili


Sezgin TANRIKULU
İstanbul Milletvekili

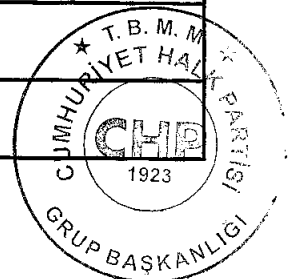


TBMM E. ŞKANLIGI	
Tali Komisyon	- Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal işler
Esas Komisyon	Adalet
Tarih : 18 Haziran 2021	Esas No: 2/3687

TBMM KANUNLAR ve KARARLAR BŞK. LİĞİ
17 Haziran 2021
Numara:

TBMM GENEL EVRAK
17 Haziran 2021
No. 829925
EBYS ve AKTARILMIŞTIR

ADI SOYADI	SEÇİM BÖLGESİ	İMZA
SERA KADIGİL	İSTANBUL	
AYSU BANKOĞLU	BARTIN	
ALPAY ANTMEN	MERSİN	
TURAN AYDOĞAN	İSTANBUL	
SÜLEYMAN BÜLBÜL	AYDIN	
MURAT EMİR	ANKARA	
CİHANGİR İSLAM	İSTANBUL	
ABDUHRAHMAN TUTDERE	ADİYAMAN	
UTKU ÇAKIRÖZER	ESKİŞEHİR	
RAFET ZEYBEK	ANTALYA	
TUFAN KÖSE	ÇORUM	
LEVENT GÖK	ANKARA	
BÜLENT TEZCAN	AYDIN	
ALİ MAHİR BAŞARIR	MERSİN	
ALİ HAYDAR HAKVERDİ	ANKARA	
SERVET ÜNSAL	ANKARA	
İRFAN KAPLAN	Gaziantep	
MAHMUT TANAL	İSTANBUL	
SEVDA ERDAN KILIÇ	İZMİR	
Hadri Enis Berberoğlu	İstanbul	
Sibel Özdemir	İstanbul	



GENEL GEREKÇE

İş Mahkemeleri Kanunu, TBMM Genel Kurulu'nun 12 Ekim 2017 tarihli birleşiminde kabul edilerek kanunlaşmıştır. Sosyal taraflardan işçileri temsil eden üç işçi konfederasyonu olan Türk-İş, Hak-İş ve DİSK; işçi lehine bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle bu kanuna karşı çıkmıştır.

Bu düzenleme, henüz tasarı halindeyken yürütülen tartışmalarda da -Yargıtay İş Hukuku Dairelerinin başkan ve üyeleri de dahil olmak üzere- yargıçların ve akademisyenlerin eleştirilerine uğramıştır. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği tarafından 40. Yıl Uluslararası Toplantısı başlığı ile yapılan ve yayın haline getirilen "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi" Sempozyumunda, iş hukuku yargılamasında zorunlu arabuluculuk kavramını ayrıntılı değerlendirmelerle eleştirilmiştir (İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Kübra Doğan Yenisey (ed.), 2016). Bu bağlamda, söz konusu kaynaktan alıntılanan aşağıdaki akademik görüşler önemlidir:

-Prof. Dr. Piera LOI (Cagliari Üniversitesi Hukuk Fakültesi) : "... Pek çok durumda, beyan edilen hedef yargıda iş yükünün hafifletilmesi ve işlem sürelerinin kısaltılmasıdır. Yargıda iş yükünün hafifletilmesi, uğrunda adalet ihtiyacının feda edilebileceği bir mit midir? ... Ve aslında en çok da, belli seçimlerden en çok kimin kazançlı çıktığını değerlendirmeliyiz; işçiler mi yoksa işletmeler mi? İş uyuşmazlıklarında yetkili merciinin mahkemelerden özel kuruluşlara geçmesi, işverenin tek ihtiyacının maliyete ilişkin öngörülebilirlik ve kesinlik ihtiyacı olan iş uyuşmazlıkları üzerinde yargı denetimini azalmasıdır. Bu durum, teorik anlamda bir adalet meselesi değil, daha ziyade zaman ve masrafların önceden kestirilmesi ile ilgilidir. En azından İtalyan yargı sisteminde, ne ilkinin ne de ikincisinin temin edildiğini kabul etmeliyiz..... İş uyuşmazlıklarında hakimin rolünün belirli bir açıya çekilmesi teşebbüsünde benimsenen mantığın aynısı kanun yoluyla ADR'lerin (ADR: Alternatif Dispute Resolution /Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları) zorunlu tutulduğu hallerde de izlenmektedir. Ancak, elbette kanun koyucunun gerçek hedeflerine yön veren ekonomik ve sosyal bağlamdır. Her hukuk sistemi, çok açıktır ki uygulanması gereken iş kanunu modellerini seçmekte hürdür, fakat iş sözleşmesinde zayıf olan tarafa temel koruma mekanizmaları sunulmasına dayanan koruyucu iş hukuku modelinin benimsendiğini beyan edip, güçlerin sendika veya hakim aracılığıyla gerçekten karşılıklı olarak dengelenmediği bir ortamda, işçinin kanunla kendisine tanınan hak ve koruma mekanizmalarından feragat etme durumunda kalabileceği zorunlu arabuluculuk uygulamasının tercih edilmesi açıkça birbirine zıt düşmektedir..." (s.132-134).

-Yrd. Doç. Dr. Mert NAMLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku, ABD) : "... Taslak'ta yalnızca "başvuru noktası"nda bir zorunluluk getirilmesine rağmen, arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri, hiç kuşkusuz sürecin esnek ve gizli olmasıdır. Bir başka anlatımla, süreç tamamen tarafların hâkimiyetinde bulunmaktadır. Bu durum, arabuluculuğun en önemli avantajlarından biri gibi görünse de, aslında önemli bir tehlikeyi de beraberinde getirebilecektir. Öyle ki taraflardan biri diğerine göre sosyal veya ekonomik olarak zayıf ise, hâkim güvencesi de olmadığı için, güçlü olan taraf süreçte egemenliği ele alabilecek ve arabuluculuk, zayıf olan için bir "baskı aracı"na dahi dönebilecektir. Örneğin



işveren ile işçinin bir araya geldiğini düşünelim. Arabulucu, işçiye, “işveren şöyle bir teklifte bulunuyor, bunu şimdi almak veya dava açarak 3 yıl beklemek arasında özgürsün” derse, bu durum işçinin üzerinde, özellikle de avukatla temsil edilmiyorsa bir baskı oluşturmayacak mıdır? ...ben bu soruya gönül rahatlığı içinde “hayır” diyemiyorum. İşte tüm bu nedenlerle de henüz başlangıçta kişiye “devlet yargısı” ile “arabuluculuk” arasında seçim hakkı tanınmamasının, Anayasa’nın 36 ve 37. maddelerine aykırılık teşkil edebileceği kanaatini taşımaktayız...” (s.158).

-Prof. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi) : “... Arabuluculuk yargıyı mevcut sorunlarından kurtaracak sihirli bir değnek değildir... İş hukukunda yabancı ülke tecrübelerinden yararlanılırken çok dikkatli davranılmalı, iş hukuku dışındaki alanlarda yürütülen arabuluculuk uygulamalarından hareketle iş uyuşmazlıklarına çözüm bulmaya çalışılmamalıdır. Sözleşme özgürlüğü üzerinde şekillenen borçlar hukuku esaslarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aynı temel ilkelere dayanırken, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ilkesi üzerinde şekillenmiş iş hukukuyla tarafların serbestisine dayanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki derin teorik bağdaşmazlıklar konunun iş hukukunda çok daha titiz biçimde ele alınmasını gerektirir....Unutulmamalıdır ki güçlü bir yönetime katılmanın bulunduğu, sendikal örgütlenmenin geniş olduğu, kayıt dışılığın bulunmadığı bir ülkede ihtiyaç duyulmayan korumalar, çok büyük bir kayıt dışı problemi olan, yönetime katılmanın bulunmadığı ve örgütlenme düzeyinin düşük olduğu ülkemizde iş hukukunun etkinliğini sağlamak için gerekli görülebilir. Tarafların eşit güçte olmadığı uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu kılınması, davanın açılmasını geciktirmek üzere kullanılabilecek bir formel mekanizma haline gelme riskini bünyesinde barındırmaktadır. Henüz ne ölçüde etkin olacağı belli olmayan ve yukarıda değindiğimiz pek çok sorunu bünyesinde barındıran bu kurumun tüm işçilik alacakları için ülke çapında zorunlu kılınması büyük bir risktir. Yargının ağır iş yükü nedeniyle arabuluculuğun zorunlu kılınması uyuşmazlıkların daha da uzun sürmesine ve beklenen faydaların elde edilmemesine yol açabilir...” (s.192-193).

7036 sayılı Kanun ile kimi değişiklikler getirilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda, arabuluculuğun gönüllülük temeli üzerinde yürütülebileceği düzenlenmiştir. Kanun ile getirilen, “iş uyuşmazlıklarında” zorunlu arabuluculuk sistemi, dünyadaki uygulamalar dikkate alındığında, özü itibarıyla, arabuluculuk kurumuyla çelişki içerisindedir. Zira, arabuluculuk sistemi esasen gönüllülük esasına dayanır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işleyen arabuluculuğun gönüllülük temeli üzerine kurulmasındaki en önemli etken ise, her iki tarafın da bu süreçte eşit haklara ve imkânlarla sahip olduklarının kabulüdür. İşçi ile işverenin bu anlamda eşit olmadığı açıktır; oysa iş hukukunun temel ilkelerinden en önemlileri, işçinin korunması ve işçi lehine yorumdur.

Konuya bu değerlendirmelerin ışığında baktığımızda, işçilerin işveren ile eşit imkânlarla sahip olmadıkları göz önünde bulundurulduğunda, en basitinden alacak miktarını tam olarak bilmeyen bir işçi, arabulucu tarafından ne konuda ve miktarda uzlaştırılacaktır? Arabuluculuk yolunda, ne yazık ki işçilerin yargı yolu ile alacakları, önemli ölçüde azalacaktır. Pratikte, arabulucuların işyerlerine giderek (salt bu durum bile tarafsızlık ilkesine aykırıdır) ve işçileri hak ettiklerinin çok altına razı etmek suretiyle, onlardan ibraname dahi



aldıkları bilinmektedir. Nitekim bu husus, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.12.2016 tarihli, 2016/25300 E., 2016/21744 K. sayılı ve 11.06.2019 tarihli, 2019/3694 E. 2019/13040 K. sayılı kararlarına konu olmuş bir uyuşmazlıktır.

Dolayısıyla, zorunlu arabuluculuk, hak arama özgürlüğünü engelleyecek nitelikte bir düzenleme olmuştur. Düzenleme ile işçilerin yargı yoluna başvurmaları engellendiği gibi, haklarının çok altında anlaşmalara razı edilerek hak kaybı yaşamalarına neden olunmaktadır.

Bunun yanında, kanun tasarısının TBMM Adalet Komisyonunda, Alt Komisyonunda, yapılan müzakerelerinde, muhalefet partileri de tasarıya muhalefet etmişlerdir. Adalet Komisyonunda Alt Komisyon raporu üzerine yapılan müzakereler sonucu hazırlanan 05/07/2017 tarihli Komisyon Raporu, muhalefet partileri CHP, HDP ve MHP'nin muhalefet şerhleriyle Genel Kurul'a sevk edilmiştir. TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde de, muhalefet partileri, tasarımı eleştirmişlerdir.

Kanun ile getirilen zorunlu arabuluculuk düzenlemesi, yargı erkinin özelleştirilmesi olarak da değerlendirilebilir. Demokratik devlet kavramı, birbirinden bağımsız, yargı, yasama, yürütme erkleri üzerine oturtulmaktadır. Yargı erkinin, yürütmenin düzenlemesi ile bu erki kullanan hâkimler dışında bazı başka oluşumlara devri, demokratik devlet anlayışını ortadan kaldıracaktır.

Zorunlu arabuluculuk düzenlemesi, Anayasamızın "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesine, "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesine, "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesinde yer alan kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı hükmüne ve yine "Temel hakların niteliği" başlıklı 12. maddesine aykırıdır. Ayrıca, Anayasamızın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmiştir. Zorunlu arabuluculuk, bu düzenlemeye de açıkça aykırıdır. Anayasanın 37. maddesinde "kanuni hâkim güvencesi" getirilmiştir. Anılan düzenleme, bu maddeye de aykırıdır. Yine tasarı, Anayasamızın 40. maddesindeki "temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı düzenlemeyi de ihlal etmektedir.

Bu düzenleme, hukukun genel ilkelerine, iş hukukunun, mutlak ve nispi emredici kanun hükümleriyle oluşmuş, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkelerine de aykırıdır. Bu ilke, işçinin işverene kıyasla zayıf konumda bulunmasından ötürü, yıllar içinde iş hukukunda kabul görmüş bir ilkedir. Arabulucu önünde işçi, zayıf ekonomik durumu nedeniyle hakkından daha azına razı ol dayatmaları ile hak kaybına uğratılmaktadır. Bu gerekçelerle, iş hukukundaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin kaldırılması gerekmektedir.



MADDE GEREKÇELERİ

MADDE 1- İşe iade davaları açısından en büyük sorun, işe iade kararlarının hukuki niteliğindeki tartışmalardan kaynaklanmaktadır. Henüz bu sorun çözülmemişken arabuluculuk mekanizmasının kabulü, konuyu daha da çetrefilli hale getirmiştir.

Bu bağlamda, öncelikli olarak iş güvencesi sistemi dönüştürülmelidir. İşe iade ve iş güvencesi tazminatı arasında seçim yapma hakkı işverene değil, işçi tarafına bırakılmalıdır. Oysa, halihazırda bu karar değil işçiye, hâkime dahi bırakılmamıştır.

Kaldı ki, işe iadeye mi iş güvencesi tazminatına mı başvurulacağı yönündeki kararın işverene bırakılması; iş güvencesi sisteminin amacıyla da, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle de bağdaşmamaktadır. Bunun pratikte yarattığı güçlükler bir tarafa bırakılsa dahi; işverenin tacizi ya da işçinin şeref ve haysiyetine yönelik hareketleri sebebiyle iş ilişkisi zedelense ve fesih yoluna başvuran taraf işveren bile olsa, işçiden iş güvencesinden doğan tazminatlarına hak kazanmak için işe iade başvurusunda bulunmasının istenmesi, hatta bunda samimi olmasının aranması, teorik olarak da izaha muhtaçtır.

Yapılması gereken, işe iade talebi olmaksızın iş güvencesinin parasal sonuçlara ilişkin talepte bulunma imkânının işçiye tanınması ve seçim hakkının işverenden alınmasıdır. Bu nitelikte bir değişiklik, mahkeme kararının tespit mi, eda hükmü niteliğinde mi olduğuna ilişkin tartışmaları ve devamında ilamlı-ilamsız icra yoluyla takibe ilişkin doktrindeki görüş ayrılıklarını da sona erdirecektir.

İşe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşecek olmasına ilişkin hükmün (4857 sayılı Kanun madde 20/3) değiştirilmesi gerekmektedir.

4773 sayılı Kanun'la sistemimize giren iş güvencesi sistemi, Yargıtay'ın uzun yıllar itinayla oluşturduğu içtihat yoluyla şekillenmektedir. Kanun'un her hususu düzenlemesi düşünülemez. Özellikle; geçerli nedenle, haklı nedenle fesih sebepleri arasındaki ağırlık farkının ölçülmesinde, işletmesel kararların niteliğinde, son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin hususlarda uygulamadaki hukuki sorunlar, Yargıtay'ın içtihatlarıyla çözümlenmekte ve yeknesak bir uygulama sağlanabilmektedir. Bu hususların bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi, Yargıtay'ın oluşturduğu zengin içtihattan kopulmasına ve hukuki öngörülebilirliğin zedelenmesine sebep olacaktır.

Kaldı ki, iş güvencesi açısından konunun bir başka boyutu daha vardır. Sendikal nedenle yapılan fesihterle işe iade davası açılmaksızın doğrudan sendikal tazminat davası açıldığında, miktar istinaf sınırının üzerindeyse temyiz yolu açık olacak; ancak aynı tazminata işe iade sonucunda hükmedildiğinde, istinaf sınırından bağımsız olarak hiçbir şekilde temyize başvurulamayacaktır. Bu çelişkinin giderilmesi ve işe iade kararlarında temyiz yolunun açık tutulması gerekir.

MADDE 2- Teklif metninde yer alan 3. maddenin gerekçesine paralel olarak, iş güvencesi sistemi dönüştürülmelidir. İşe iade ve iş güvencesi tazminatı arasında seçim yapma hakkı işverene değil, işçi tarafına bırakılmalıdır. Yürürlükteki hüküm; iş güvencesi sisteminin amacıyla da, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle de bağdaşmamaktadır.

Yapılması gereken, işe iade talebi olmaksızın iş güvencesinin parasal sonuçlarına ilişkin talepte bulunma imkânının işçiye tanınması ve seçim hakkının işverenden alınmasıdır.

4857 sayılı Kanun madde 21/4 hükmünde yapılan değişiklikle, işe iade sonunda hükmedilecek iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen süre ücretinin artık süre olarak değil, açıkça parasal miktar olarak belirlenmesi ve esas alınacak ücretin de dava tarihindeki ücret olması kabul edilmiştir. Bu değişiklik, doktrinde ve pratikte sözleşmenin sona erme anına ilişkin yorum farklılıklarına yol açmıştır.

Bir görüşe göre, iş ilişkisi artık işverence yapılan ve uyuşmazlık konusu olan fesih tarihinde sona ermiş olmaktadır. Zira, ödenecek tazminatın dava tarihine göre belirlenmesi, dava tarihinde bir iş ilişkisinin olmadığını kabulü sayılmaktadır. Buna paralel olarak, boşta geçen süre ücretinin tazminat niteliğine dönüştüğü savunulmaktadır. Diğer görüşe göre, fesih



işçinin işe başlatılmama anında söz konusu olduğuna ilişkin genel prensip korunmakta, sadece miktarın tespiti, dava tarihine çekilmektedir.

Söz konusu karışıklığın giderilmesi için ücrete ilişkin olarak dava tarihi esas alınacaksa dahi, bu belirlemenin iş sözleşmesinin sona erme anını değiştirmedığı ve bunu takiben ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında bir değişiklik yaratmayacağı kanunda açıkça hüküm altına alınmalıdır. Nitekim, uygulama bu şekilde sürdürülmektedir.

4857 sayılı Kanun madde 20/1 ve 21/1'de yapılan değişikliklere paralel olarak, işçi, doğrudan iş güvencesi tazminatı talep etme imkânı kazanmıştır. Dolayısıyla, bu hükümle bu yola başvurmayıp işe iade talep eden işçilere ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir.

Arabuluculuk tutanağının içeriği işe iade davalarında özel olarak düzenlenmiştir (4857 sayılı Kanun madde 21/4). Her ne kadar zorunlu arabuluculuk kaldırılması önerilmekteyse de, ihtiyari arabuluculuk yolu açıktır. Söz konusu teklif, bu ihtimale ilişkin olarak kaleme alınmıştır.

Gönüllü arabuluculuk sonunda varılan anlaşma belgesinde yer alması gereken en önemli hususlardan biri olan "işe iade halinde işçinin çalışacağı pozisyona" ilişkin hükme ise, düzenlemede yer verilmemiştir. Bu eksiklik giderilmelidir. Zira bu anlaşmanın ilamsız icra yoluyla mı, ilamlı icrayla yoluyla takip edileceği tartışmalarının kaynağında şarta bağlı niteliği yatmaktadır. 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinden, her ne kadar uygulama güçlükleri barındırsa da, arabuluculuk tutanaklarına ilamlı icra yolunun açılmak istendiği anlaşılmaktadır. Bu halde, icra memurunun, belirli hallerde icranın geri bırakılmasına karar vermesi gerekebilir. Dolayısıyla, tutanakta işçinin çalışacağı pozisyonun da belirlenmesi ve işçinin aynı veya benzer işe davet edilip edilmediğinin bu çerçevede incelenmesi gerekir.

MADDE 3- Arabulucunun görev alanı, tarafların karar alma süreçlerine yardım etmekle sınırlıdır. Arabulucu hukuken ne bir hakemdir ne de hâkimdir. Dolayısıyla, söz konusu mekanizmanın işlerliği arabulucunun meziyetlerini değil, uyuşmazlık halindeki tarafların çözüme ulaşma konusundaki iradelerinin varlığını ve işbirliğine yatkınlığını gerektirir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 2/1-b ve 15/7 hükümlerinde yer verilen ve arabulucuya çözüm önerisi getirme imkânı tanıyan hüküm, arabuluculuk mekanizmasıyla bağdaşmamaktadır. Arabulucu tarafından uyuşmazlık taraflarına yönelebilecek olası dayatmalar, acele kararlara teşvike ve arabuluculuk aşamasını bir an evvel bitirme sabırsızlığına yol açabilir. Şüphesiz, bu riskler, hem arabuluculuk ilkelerini ihlal etmektedir hem de iş hukukunun varlık sebebi olan işçiyi koruma amacına aykırıdır.

MADDE 4- Arabulucunun görev alanı, tarafların karar alma süreçlerine yardım etmekle sınırlıdır. Arabulucu hukuken ne bir hakemdir ne de hâkimdir. Dolayısıyla, söz konusu mekanizmanın işlerliği arabulucunun meziyetlerini değil, uyuşmazlık halindeki tarafların çözüme ulaşma konusundaki iradelerinin varlığını ve işbirliğine yatkınlığını gerektirir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 2/1-b ve 15/7 hükümlerinde yer verilen ve arabulucuya çözüm önerisi getirme imkânı tanıyan hüküm, arabuluculuk mekanizmasıyla bağdaşmamaktadır. Arabulucu tarafından uyuşmazlık taraflarına yönelebilecek olası dayatmalar, acele kararlara teşvike ve arabuluculuk aşamasını bir an evvel bitirme sabırsızlığına yol açabilir. Şüphesiz, bu riskler, hem arabuluculuk ilkelerini ihlal etmektedir hem de iş hukukunun varlık sebebi olan işçiyi koruma amacına aykırıdır.

MADDE 5- Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu madde 18/4 uyarınca "Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi[nin], icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge" sayılacağı öngörülmüştür. Oysa Avukatlık Kanunu madde 35/A hükmü açıktır. Taraflar ve avukatları arasındaki anlaşma, onların imzası olduktan sonra arabulucunun imzası bulunmasa dahi ilam niteliğindedir.

Arabulucunun imzasının yokluğu bu niteliği değiştirmez. Böyle bir yoruma itibar verilecek nitelikteki hükmün değiştirilerek "Taraflar ve avukatlarının birlikte imzaladıkları



anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır” hükmüne yer verilmeli ve bu konu ayrıca düzenlenmeksizin Avukatlık Kanunu’ndaki hükümlere yetinilmelidir.

MADDE 6- Arabulucunun görev alanı, tarafların karar alma süreçlerine yardım etmekle sınırlıdır. Dolayısıyla söz konusu mekanizmanın işlerliği arabulucunun meziyetlerini değil, uyuşmazlık halindeki tarafların çözüme ulaşma konusundaki iradelerinin varlığını ve işbirliğine yatkınlığını gerektirir. Bu haliyle zorunluluk, arabuluculuk mekanizmasının doğasına aykırıdır. Zorunlu arabuluculuk halinde, tarafların bu işbirliğinden kaçması her zaman mümkündür. Bu nedenle, bir çözüme ulaşma konusunda işbirliği niyeti olmayan tarafların mevzuat yoluyla arabuluculuğa zorlanmaması gerekir.

İş hukukunda arabuluculuğun zorunlu olması ise bu manevi engelin yanı sıra iş hukukunun temel ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafının korunması fikrinden doğan iş hukuku, tarihi olarak emredici düzenlemelerle şekillenmiştir. Bu anlamda, iş hukukunun incelenmesi, esasında sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasının tarihi ve bu emredici yapının incelenmesi olarak yorumlanmaktadır. Ücretin miktarının kamusal karakterinde ve bunun sosyal güvenlik primlerine etkisinde, keza iş sözleşmesinin süresinin sigortalılık sürelerine etkisinde, iş hukukunda kabul edilen muvazaa hallerinin yorumunda veya emredici niteliği olan diğer pek çok konuda arabuluculuğun zorunlu karakteri, iş hukukundaki işçinin korunması esasını ve hatta işçi lehine yorum ilkesini bertaraf edebilecek niteliktedir. Bu sebeple, ilk olarak zorunlu arabuluculuk mekanizması yerine arabuluculuk faaliyetinin niteliğine daha uygun düşen gönüllü arabuluculuk usulünün kabul edilmesi gerekir.

MADDE 7- Yürürlükten kaldırılması teklif edilen düzenleme, TBMM Genel Kurulu’nun 12 Ekim 2017 tarihli birleşiminde kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu kanun düzenlemesine, işçileri temsil eden üç işçi konfederasyonu karşı çıkmıştır. Keza daha tasarı halindeyken yürütülen tartışmalarda, söz konusu düzenleme, Yargıtay İş Hukuku Dairelerinin başkan ve üyelerinin, yargıçlar ve akademisyenlerin de eleştirisine uğramıştır.

Arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri, hiç kuşkusuz ki, sürecin esnek ve iradi olmasıdır. 7036 sayılı Kanun ile getirilen, “iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk” sistemi, dünyadaki uygulamalar dikkate alındığında, özü itibarıyla, arabuluculuk kurumuyla çelişkilidir. Zira, arabuluculuk sistemi esasen gönüllülük esasına dayanır.

Diğer taraftan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işleyen arabuluculuğun gönüllülük temeli üzerine kurulmasındaki en önemli etken, her iki tarafın da bu süreçte eşit haklara ve imkânlarla sahip olduklarının kabulüdür. Bu açıdan, sözleşme özgürlüğü üzerinde şekillenen borçlar hukuku esaslarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aynı temel ilkelere, taraflar arasındaki eşitlik esasına dayanır.

Ancak taraflardan biri diğerine göre sosyal veya ekonomik olarak zayıf ise, güçlü olan taraf bu sürece egemen olabilecek ve arabuluculuk, zayıf olan için bir baskı aracına dönüşebilecektir. İş hukuku, bu riskin en açık olduğu alanlardan biridir. Temelde sözleşmenin zayıf tarafının korunması ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ilkesi üzerinde şekillenmiş olan iş hukukuyla, tarafların irade serbestisine dayanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, birbiriyle bağdaşmamaktadır. Keza sözleşme ilişkisi içinde işçi ile işveren arasında fiili bir eşitliğin bulunmadığı gerçeğinden hareket eden ve emredici düzenlemelerle işçi aleyhine bozulan bu dengeyi tekrar tesis etmeyi amaçlayan iş hukukunun temel ilkelerinden en önemlileri, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkesidir. Bu temel esaslar, iş hukukunun doğuşunun ve borçlar hukukundan ayrılmasının da temel gerekçesidir. Arabuluculuk mekanizmasında ise bu esaslar geride bırakılmakta ve taraflar arasındaki fiili eşitsizlik göz ardı edilerek, eşit oldukları varsayılmaktadır.

Dolayısıyla, arabulucu önünde işçi, zayıf ekonomik durumu nedeniyle hak kaybına uğrama riskiyle karşı karşıya bırakılmakta ve iş hukukunun sağladığı güvenceden mahrum bırakılmaktadır. Buna ek olarak, tarafların eşit güçte olmadığı uyuşmazlıklarda



arabuluculuğun zorunlu kılınması, bu aşamanın formel bir mekanizma haline gelme riskini de taşımaktadır. Bu nedenlerle, zorunlu arabuluculuk, hak arama özgürlüğünü engelleyecek nitelikte bir düzenleme olmuştur.

Söz konusu nedenlerle, zorunlu arabuluculuk düzenlemesi Anayasanın “Yargı yetkisi” başlıklı 9. maddesine, “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine, “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesinde yer alan kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hükmüne ve “Temel hakların niteliği” başlıklı 12. maddesine aykırıdır. Ayrıca, Anayasanın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmiştir. Zorunlu arabuluculuk, bu düzenlemeye ve Anayasanın 37. maddesinde öngörülen “Kanuni hâkim güvencesi” hükümlerine de aykırıdır. Yine mevcut düzenleme, Anayasanın 40. maddesindeki “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” hükümlerine de aykırı bir düzenleme niteliğindedir.

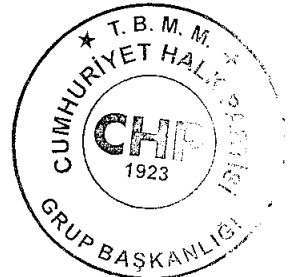
Bu nedenlerle, maddenin 7036 sayılı Kanun’dan çıkarılması teklif edilmektedir.

MADDE 8- Bir işçinin iş mahkemelerinde dava açması, ciddi tutarlarda harç ve yargılama giderine mal olmakta; davanın sonunda da, kısmi davanın, dava değerinin bilirkişi tarafından belirlenen miktara tamamlanması ve ıslah edilmesi aşamasında da, işçiler tarafından ciddi miktarlarda harçların yatırılması gerekmektedir. Dava devam ederken, keşif, bilirkişi avansı vb. yargılama giderleri de ciddi meblağlara ulaşmaktadır. Bu durum, yüksek oranda işsizliğin olduğu ülkemizde, ekonomik güçlükler altında yaşayan işçilerin yargıya ulaşmalarının önünde ciddi engel oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi, ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumda olan vatandaşların ve bu arada işçilerin, sosyal koruma altına alınmasını da içermektedir. Keza yargıya ulaşmanın önündeki engellerin kaldırılması, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu nedenlerle, işbu kanun düzenlemesi teklif edilmektedir.

MADDE 9- Yürürlük maddesidir.

MADDE 10- Yürütme maddesidir.



**İŞ KANUNU, HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU VE
İŞ MAHKEMELERİ KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA
KANUN TEKLİFİ**

MADDE 1-22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve kesin olarak” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade ya da doğrudan iş güvencesi tazminatı talebiyle mahkemeye başvurabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık, aynı sürede ilgili Kanun hükümleri uyarınca arabulucuya ya da iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir.”

“Bu karara karşı temyiz yolu açıktır.”

MADDE 2- 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrası ile dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiş, altıncı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “İşçi” ibaresi “İşe iade talebiyle başvuruda bulunan işçi” şeklinde ve yedinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Ancak işçinin işe iade talep etmemesi iş güvencesi tazminatının ödenmesine engel olmaz.”

“Ancak ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık izin ücretinin hesabında iş sözleşmesinin sona erme tarihindeki ücret esas alınır.”

“a) İşe başlatma tarihini ve çalışacağı pozisyonu,”

MADDE 3-7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

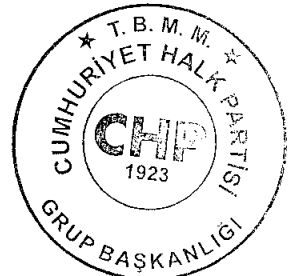
MADDE 4- 6325 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin yedinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 5- 6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde, dördüncü fıkrasında yer alan “Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte” ibaresi “Taraflar ile avukatlarının birlikte” şeklinde değiştirilmiştir.

“Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Arabuluculuğa başvurulması durumunda anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, ancak davanın görüldüğü ya da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuşsa, şayet dava açılsaydı ilgili uyuşmazlığın görüleceği mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.”

MADDE 6- 6325 sayılı Kanunun 18/A maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 7-12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.



MADDE 8-7036 sayılı Kanunun 7 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(6) Bu kanun çerçevesinde işçiler tarafından işverenlerine karşı açılan davalarda sadece maktu başvuru harcı alınır. Nispi dava harcı, dava sonunda davada haksız çıkan taraftan, davanın kabul ve ret oranlarına göre tahsil edilir. Yargılama giderleri davalı işverenden karşılanır, dava sonunda davanın kabul ve ret oranlarına göre taraflardan tahsil edilir.”

MADDE 9-Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 10-Bu Kanun hükümlerini Cumhurbaşkanı yürütür.

