Yazar Gizem "Gigi" Halis Kasap
Salı, 30 Ocak 2018 15:35

Türkiye'nin İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Deneyimi:

Vekil ile Temsil Edilmeyen Taraflar ile Arabuluculuk

Gizem "Gigi" Halis Kasap, S.J.D. Candidate at Wake Forest University School of Law

Kendinizi bir iş uyuşmazlığında arabulucu olarak hayal edin. Bir taraftan altı yıl boyunca bir şirkette çalışmış, kimi zaman da fazla çalışmaya zorlanmış ve herhangi bir açıklama yapılmadan işten çıkarılmış ve vekil ile temsil edilmeyen bir taraf ve işveren vekili ile ortak oturumdasınız. İşveren vekili açılış beyanında olayla ilgili maddi verileri ve ilgili içtihatları görece uzun bir süre anlatır iken vekil ile temsil edilmeyen taraf tüm bu ağdalı hukuki terimleri anlamaya çalışıyor olsun. İlgili tarafla yapılan ilk özel oturumda tarafın, işveren vekilinin bahsettiklerini anlamadığı ve ne kadar tazminat talep edeceğini bilmediği ve bu sebeple acil para ihtiyacı olduğu için karşı taraf vekili her ne önerirse onu kabul edeceği için ortaya çıkıyor.

İşte ikileminiz: Arabulucu olarak, etik kuralların ve bu itibarla tarafsız olmanız gerektiğinin farkındasınız. Aynı zamanda, işçi lehine yorum ilkesi gereği de hâkim önünde görülecek bir yargılama sonucunun ilgili taraf için daha iyi sonuçlar getirebileceğini tahmin edebiliyorsunuz. Bütün bunları göz önünde bulundurarak, arabulucu adalet temin edemeyebilir, veya başka bir deyişle, arabuluculuk Türk iş hukukunun temellerine aykırıdır diyebilir miyiz?

Gönüllü arabuluculuk 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

ile hukukumuza girdi. [1] Beş yıl sonrasında ise, zorunlu arabuluculuk kimi iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak hukukumuzda kabul edildi. [2] 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren tarafların dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmaları gerekmektedir. [3] Bu bağlamda, hukukumuzda ilk kez işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle dava açılması arabuluculuk aşamasının tamamlanması şartına tabii olmuştur. [4]

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliklerinin varlığı ve özellikle işçinin vekil ile temsil edilmediği hallerde arabuluculuğun adil olamayacağı gerekçesiyle birçok akademisyen, meslek birlik ve odaları ve avukatlar tarafından eleştirile gelmiştir. [5]

Yukarıdaki farazi olayımıza yeniden dönmek gerekirse, arabulucu böyle bir durumda ne yapmalıdır? Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları md.3 hükmü gereği arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığına şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. [6] Öte taraftan, bahsi geçen Etik Kurallar md.5/f.8 hükmü taraflardan birinin arabuluculuk sürecini, uyuşmazlık konularını ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekmesi veya arabuluculuğa etkin bir biçimde katılmakta zorlanması halinde, arabulucunun böyle bir durumdaki tarafın katılma, anlama ve kendi kararını verme hakkına uygun olacak şekilde, tarafa hukuki yardım almasını önermek de dahil olmak üzere gerekli değişiklik önerilerini getirebileceğini ve hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirebileceğini öngörmektedir. [7]

Bu iki hükmün beraber okunması sonucunda, usuli adalet ve taraf selahiyetinin en az arabulucunun tarafsızlığı kadar önemli olduğu sonucuna varabiliriz. Bu itibarla arabulucunun gerekli değişiklik önerilerini getirebilmesi olağandır. Bunu sağlamak için arabulucunun, örneğin, tarafın arabuluculuk sürecini tamamen anlayıp anlayamadığını sorgulayabilmesi, ilgili ifadeleri

başka sözcüklerle ifade ederek işçiye yeniden yöneltmesi veya gerekli ise, arabuluculuk oturumunu ertelemesi ve hatta arabuluculuktan çekilmesi veya arabuluculuk sürecini sonlandırması söz konusu olabilir. [8] Bu etik gerekliliklere ilave olarak, Etik Kurallar ayrıca tarafların kendi kararını verme hakkını ve rızalarının aydınlatılmış olmasına güvence altına almaktadır. [9] Bu itibarla, yargılamaya alternatif olarak arabuluculuğun kendiliğinden müstakil olarak eşitlik ve adalet duygusuna aykırı olmadığını ayırt etmek elzemdir.

Bununla birlikte, özellikle vekil ile temsil edilmeyen taraflar bakımından, yargılama ile bütünleşik arabuluculuk modellerinde adalet duygusuna gölge düşürebilecek istisnai hallerin görülmesi mümkün olabilir. Vekil ile temsil edilmeyen kiracının mülkiyeti tahliye edeceğine ilişkin uzlaşma tutanağından doğan uyuşmazlığı konu alan Wright v. Brockett davasında New York Eyaleti Yüksek Mahkemesi kiracı bakımından irade fesadı olduğu gerekçesiyle arabuluculuk uzlaşma tutanağını geçersiz saymıştır. [10] Benzeri şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işçinin arabulucunun kendisiyle hiç konuşmadığını ve kendisine bir soru sormadan arabuluculuk tutanağını imzalattığını iddia ettiği davada, arabuluculuk tutanağını ibra olarak nitelendirerek tutanağı geçersiz saymıştır. [11] Her ne kadar bu iki davada vekille temsil edilmeyen taraflar başarıya ulaşmış olsa da bu durum her zaman söz konusu olmayabilir.

Yine de, vekil ile temsil edilmeyen taraflarla yürütülen arabuluculuk sürecine ilişkin riskler bu sürece çeşitli metotların dahil edilmesi ile bertaraf edilebilir. Doktrinde kimi görüşler arabuluculuk tutanaklarına tarafların hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönebileceği bir cayma hakkının dahil edilebileceğini ileri sürmüşlerdir. [12]

Buna ilave olarak, arabulucu tarafından değerlendirici (evaluative) anlayışın benimsenmesi de bir seçenek olabilmektedir. Bu bağlamda, arabulucu taraf taleplerinin zayıf noktalarına dikkat çekebilir ve eğer taraflar yargılamaya devam ederse hakimin ne şekilde karar verebileceği hakkında öngörüde bulunabilir. Üçüncü bir seçenek olarak hukuk uyuşmazlıklarında adli yardım imkanının geliştirilmesi ve artırılması bir seçenek olabilecektir. Türkiye'deki halihazırdaki uygulama itibariyle adli yardım için başvuran tarafın fakirlik belgesi edinmesi gerekmektedir ve adli yardım aranan için taşınmaz sahibi olmamak, sosyal güvencesi bulunmamak gibi gerekli şartları sağlamak oldukça güçtür. Her ne kadar şartlar sağlandığı takdirde arabuluculukta adli yardım söz konusu olsa da, adli yardım için gerekli olan asgari koşullar hafifletilebilir ve özellikle taraflar arasında güç dengesizliği olduğu ve iş uyuşmazlıklarında dava şartı gibi tarafların zorunlu arabuluculuğa tabii olduğu durumlarda vekil ile temsil edilmek mümkün hale getirilebilir.

Sonuç itibariyle, tarafların vekil ile temsil edilmediği durumlarda ve güç dengesizliği söz konusu olabilecekse hem arabulucular hem de hakimler için arabuluculuk tutanağına özel önem gösterilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, arabuluculuk adalete hızlı, etkili ve yargılamaya göre daha esnek kurallara erişim sağlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuğun adaleti temin edebileceğine ilişkin şüphelerin önlenmesi bakımından hususi önem gerektiren durumların gözardı edilmemesi gerekmektedir. Bu durum özellikle arabuluculuk metodunun oldukça yeni ve mahkeme kullanıcıları, hakimler ve avukatlar tarafından benimsenme sürecinde olduğu Türkiye bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

[1] 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Resmi Gazete T.: 22 Haziran 2012 S.:28331

[2] 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Resmi Gazete T.: 25 Ekim 2017 S.:30221

[3] 7036 sayılı Kanun md.3

[4] Ibid.

[5] *Örneğin bkz* Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel Ilkelerine Aykırılığın Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1 sf. 461 vd.; SputnikNews, Dr. Özveri: 'Zorunlu Arabuluculuk' Ile Işçi Alacağının Büyük Bir Kısmını Işverene Terkedecek (27 Ekim 2017) (https://tr.sputniknews.com/seyr_u_sabah/201710271030772443-doktor-murat-ozveri-zorunluarabuluculuk-

ile-isci-alacaginin-buyuk-bir-kismini-isverene-terkedecek/); DİSK Zorunlu Arabuluculuk İşçiye Zararlıdır, Yargı Erkinin Özelleştirilmesine Hayır (20 Mayıs 2017) (https://disk.org.tr/2017/05/zorunlu-arabuluculuk-isciyezararlidir-

yargi-erkinin-ozellestirilmesine-hayir/)

[6] Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları md.3 http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html) (Erişim Tarihi: 8 Ocak 2018) [Etik Kurallar]

[7] Etik Kurallar md.5/f.8

[8] *Örneğin bkz.* VA. Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators sec. L(2) (2002).

[9] Etik Kurallar md.2

[10] Wright v. Brockett, 571 N.Y.S.2d 660, 665 (Sup. Ct. 1991)

[11] Yargıtay 9. Hukuk Mahkemesi, E.: 2016/25300 K.: 2016/21744 T. 08 Aralık 2016

[12] Nancy A. Welsh, The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?, 6 Harv. Negot. L. Rev. 1, 87 (2001).