

# “ALTERNATİF” BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU (ARABULUCULUK) ARACILIĞIYLA “ALTERNATİF” İŞ HUKUKUNA DOĞRU TOWARDS AN ALTERNATIVE EMPLOYMENT LAW THROUGH THE USE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION BY MEDIATION

Kadriye BAKIRCI\*

**Özet:** Türkiye’de, bireysel iş uyuşmazlıklarında, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun, ulusal işverenler, yabancı yatırımcılar ve devletin küçülmesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğiliminde olan hükümetler tarafından tercih edilmesi sonucu, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiş ve bu Kanun’la 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmış, 4857 sayılı İş Kanunu (m.20, 21) , 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’de değişiklikler yapılmıştır. 25.10.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunlu” arabuluculuk öngörülmüş ve Türkiye’ya özgü bir model yaratılmıştır. Bu makalede, bu model karşılaştırmalı hukuk açısından ve toplumsal cinsiyet farkındalığıyla analiz edilerek, bu modelin, arabuluculuğun ilkelerine, bireysel iş uyuşmazlıklarına, kadın işçilere ve güç durumdaki bazı işçi gruplarına uygunluğu, iş hukuku üzerindeki etkisi, adalete erişim ve adil yargılanma haklarına güvence sağlanması ve sosyal diyalog ilkesi açılarından yarattığı sorunlar ortaya konmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Bireysel iş uyuşmazlıkları, İş Mahkemeleri Kanunu (No.7036)

**Abstract:** In Turkey, as a result of the preference of national employers, foreign investors and government, for mediation in individual labour disputes a new Labour Courts Act (No.7036) has been enacted on 10.12.2017. A specific legal framework has been created and “compulsory” mediation has been introduced in individual labour disputes for the first time in Turkey. In this article this model is analysed from the perspectives of comparative law and gender

\* Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, kbakirci@hacettepe.edu.tr

awareness, and its usefulness has been examined in terms of the principles of mediation, individual labour disputes, female workers and some specific groups of workers. The effects of this model on individual labour law (employment law), access to justice and the right to a fair trial are examined.

**Keywords:** Alternative Dispute Resolution, Mediation, Compulsory Mediation, Individual Labour Disputes, Employment Disputes, Turkish Labour Courts Act (No.7036)

## I. GİRİŞ

Demokratik toplumlarda geleneksel olarak adalete erişim hakkı, hakları ihlal edilen kişiye yetkili mahkeme tarafından etkili bir giderim sağlanması olarak anlaşılır. Dolayısıyla uyuşmazlık çözümünde klasik anlayış, devletin yargı organları tarafından yargılama yapılması yoluyla uyuşmazlığın çözümüdür. İş uyuşmazlıklarında işçinin korunması ilkesinin yaşama geçirilmesinin güvencesi de geleneksel olarak yargısal çözümdür.

Nitekim uluslararası sözleşmelerde ve 2008 tarihine kadar olan AB mevzuatında adalete erişim hakkı, bu klasik anlayışa uygun biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi uyarınca, “Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır” (m.8); BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi uyarınca, “Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve aleni duruşma hakkına sahiptir” (m.14/1); Avrupa Konseyi (AK) İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (AİHS) uyarınca, “Herkes, davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, aleni olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir” (m.6/1); AB Temel Haklar Şartı uyarınca, “Birlik hukuku tarafından teminat altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede düzenlenen koşullara uygun biçimde, mahkemeye başvurarak etkili bir hukuki çözümden yararlanma hakkına sahiptir. Herkes, önceden kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir süre içinde, adil ve aleni bir yargılamadan ya-

rarlanma hakkına sahiptir. Herkes, danışma, savunma ve temsil edilme imkanlarından yararlanır. Adalete etkili erişim amacıyla gerekli olduğu ölçüde, yeterli kaynağı olmayan kişilere yasal yardım sağlanır” (m.47).

Anayasa (AY) uyarınca da, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” (m.36); “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” (m.37); “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” (m.9).

Küreselleşmeyle birlikte dünyada hukuk da küreselleşmekte ve tek tip hukuksal düzenlemelere (standartlaşmaya) doğru hızlı bir gidiş yaşanmaktadır. Ancak bu standartlaşmada, yakın zamana kadar Kara Avrupası hukukuna egemen olan, devletin taraf olarak yer aldığı, sosyal adaleti sağlama ilkesine dayalı “inquisitorial” sistem değil, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tipi liberal devlet anlayışının yansıması olan ve bireylerin baş başa bırakıldığı “adversarial” sistem egemen bir hal almaktadır. Bunun sonucu olarak, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aracılığıyla adalet hizmeti özelleştirilmekte ve temel bir hak olan adalete erişim hakkı, devletin yargılama dışı çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları önermesi yükümlülüğüne doğru evrilmektedir.

Bir başka deyişle devlet, uyuşmazlıkların çözümündeki görev ve yükümlülüklerinden elini çekmekte, taraflar kendi hakları için devlet müdahalesi olmadan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aracılığıyla aralarındaki uyuşmazlıklara çözüm bulmaya itilmektedir. Bu dalga- dan en fazla ve en hızlı biçimde etkilenen hukuk dallarından birisi iş hukukudur. Yakın zamana kadar Kara Avrupası Hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları toplu pazarlığı desteklemenin aracı olarak kabul görmesine rağmen, günümüzde ABD’de egemen olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının iş uyuşmazlıklarında da adalete erişimin ve yargı üzerindeki yükün azaltılmasının aracı olarak kabul edilmesi anlayışı, Avrupa Birliği (AB) Hukukuna da sıçramış bulunmaktadır.

Sendikaların gücünü kaybetmeleri veya sendikal örgütlenme düzeyinde yaşanan düşüş, iş uyuşmazlıklarının çözümünde işçilerin tamamen yalnız kalmalarına yol açmakta; sendikaların ulusal düzeyde ve uluslararası örgütlerde temsil ve baskı grubu olma güçlerini kaybetmeleri de uluslararası örgütler ve AB düzeyinde terazinin ibresinin neo-liberal anlayıştan yana ağır basmasına yol açmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, öğretilerde bir grup yazar tarafından yargının üzerindeki ağır iş yükü, yargılamanın karmaşıklığı ve yavaşlığı, davaların çok geç sonuçlanması, yüksek maliyet gerekçesiyle haklı gösterilmeye çalışılırken;<sup>1</sup> diğer bir grup tarafından ise, “uyuşmazlık çözüm yollarında çoğulculuk” teorisine ve günümüzde adalete erişim temel hakkının, devletin, farklı kullanıcıların ihtiyaçlarına cevap veren, iş yükünü en aza indiren farklı uyuşmazlık çözüm yolu modelleri sağlama yükümlülüğüne dönüştüğü gerekçesine dayandırılmaktadır.<sup>2</sup>

Güç eşitsizliğinin sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sakıncalarıyla ilgili ufuk açan ilk yazarlardan biri olan Owen Fiss, 1984 tarihli makalesinde,<sup>3</sup> alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığı ile yoksul arasındaki güç eşitsizliğini artıracaklarını savunmuştur. Fiss’e göre taraflar arasındaki kaynak eşitsizliği, tarafların uzlaşmalarını üç şekilde etkileyebilir: Birincisi, yoksul taraflar daha az bilgilendirilmiş olabilirler ve dava yoluna başvurlarsa uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağı konusunda daha az öngörü sahibi olabilirler. İkincisi, yoksul tarafların acil paraya ihtiyacı olabilir ve bu durum uzlaşma konusunda üzerlerinde baskı yaratabilir. Üçüncüsü, yoksul taraf dava açmak konusunda yeterli kaynak sahibi olmadığı için uzlaşmak zorunda kalabilir. Fiss’e göre, güç eşitsizliği dava yoluna başvurulduğunda dava sonucunu da etkileyebilir, ancak formal yargısal süreç güç eşitsizliğinin etkilerini azaltabilir.

<sup>1</sup> EC (European Commission), Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law/ COM/2002/0196 final, 2002, s.37. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:HTML>.

<sup>2</sup> Carrie Menkel-Meadow, “Peace and justice: Notes on the evolution and purposes of legal processes”, *Georgetown Law Journal*, 2006, 94(2), s.553-580. [https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac\\_lectures](https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_lectures).

<sup>3</sup> Owen M. Fiss, “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, 1984, Vol.93, s.1073-90. [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215).

Türkiye’de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ulusal işverenler,<sup>4</sup> yabancı yatırımcılar ve devletin küçülmesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğiliminde olan hükümetler tarafından tercih edilmesi sonucu, 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İşMahK) kabul edilmiş ve bu Kanun’la 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İşMahK yürürlükten kaldırılmış, 4857 sayılı İş Kanunu (İşK) (m.20, 21) , 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’de değişiklikler yapılmıştır. 25.10.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İşMahK’nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunlu” arabuluculuk öngörülmüştür.

Böylece 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile öngörülmüş olan ve bireysel iş uyuşmazlıklarını da kapsayan gönüllü arabuluculuğun<sup>5</sup> yerini, “zorunlu” arabuluculuk almış ve ücret, fazla ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal ve genel tatil günleri ücreti, kullandırılmayan yıllık izin ücreti, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı ve işe iade talepleri sonucunda boшта geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurmak zorunlu hale getirilmiştir<sup>6</sup>.

Belirtmek gerekir ki, mahkeme içi veya mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çok çeşitlidir ve ülkeden ülkeye farklı uygulamaları mevcuttur. Bu makalenin konusu olan arabuluculuk, bu çözüm yollarından biridir.

<sup>4</sup> Derya Karademir, “Panel”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.232-240.

<sup>5</sup> HUAK m.13(1) uyarınca, “Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir”. Madde 15/2 uyarınca, “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.”

<sup>6</sup> 7036 sayılı İşMahK m.3/3 uyarınca, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir.

## II. TANIMLAR

Devletin yargı organlarınca yapılan yargılama dışında başvuru mahkeme içi veya mahkeme dışı uyuşmazlığın çözüm yollarına, bu yolların kullanılmaya başlandığı ilk dönemlerde "alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (alternative dispute resolution)" denmiştir. Bu terimdeki "alternatif" sözcüğü, devlet yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yolları anlamında kullanılmıştır.<sup>7</sup>

Ancak günümüzde "alternatif" sözcüğünün, devlet yargılamasının eleştirisi anlamına gelebileceği kaygısıyla ve her uyuşmazlıkta başvurulması gereken uygun uyuşmazlık çözüm yolunun uyuşmazlığın türüne göre farklı olabileceği, modern toplumların çok çeşitli uyuşmazlık çözüm yollarını sağlaması gerektiği, bunlardan biri veya bazılarının bazı durumlara başarıyla uyum sağlayabileceği ama her durumda uygulanamayacağı görüşünün kabul edilmesiyle, hem yargılamayı hem yargılama dışı yolları kapsayan "uygun uyuşmazlık çözüm yolları (appropriate dispute resolution)" veya "etkili uyuşmazlık çözüm yolları (effective dispute resolution)" terimleri de kullanılmaya başlanmıştır.<sup>8</sup>

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devlet yargılamasının alternatifi olan ve yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olarak kabul edilmemektedir. Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmesi gereken uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> David B. Lipsky/Ronald L. Seeber, "Resolving workplace disputes in the United States: The growth of alternative dispute resolution in employment relations", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 2000, 2(3), s.37-49. <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=articles>.

<sup>8</sup> Felicity Steadman, *Handbook On Alternative Labour Dispute Resolution*, the ILO's Regional Office for Asia and the Pacific in Bangkok and the International Training Centre of the ILO (ty). <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.516.3538&rep=rep1&type=pdf>.

<sup>9</sup> Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, 2006, Sayı 64 (Pekcanitez,

HUAK'ın Genel Gerekçesinde, arabuluculuğun (alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin), aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amacın yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak olmadığı da vurgulanmıştır. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.

HUAK m.2/b uyarınca, "Arabuluculuk: 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 üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini... ifade eder".<sup>10</sup>

2008 tarihli AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi uyarınca ise, bu Yönerge kapsamında arabuluculuk, "bir uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla tarafın gönüllü olarak, bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlığı çözücü bir anlaşmaya varmak için başvurduğu sistemik bir süreçtir. Bu süreç, tarafların iradeleleriyle veya mahkeme kararıyla veya yasa gereği olarak başlatılabilir" (m.3/a).

Dolayısıyla arabuluculuk, üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmaya çalışılması yolu olarak tanımlanabilir. Arabuluculuk süreci sonunda, bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir.

---

H., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s. 12-16'dan naklen ve dn.1'deki yazarlar); A. J.De Roo / R W Jagtenberg, *Settling Labour disputes in Europe*, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation,1994.

<sup>10</sup> HUAK uyarınca arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığı'na düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu ve TC vatandaşı kişiyi ifade eder (m.2/1; 20).



### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARABULUCULUK VE TÜRKİYE'YE ÖZGÜ ARABULUCULUK MODELİ

ABD'de arabuluculuk dahil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilk olarak toplu iş uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulmuştur ve geçmişi 19. yüzyıla dayanmaktadır.<sup>11</sup>

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kaynağı olan ABD'de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları son derece kurumsallaşmış ve neredeyse yargılama yoluyla uyuşmazlık çözüm yollarının yerini almış olsa da,<sup>12</sup> zorunlu arabuluculuk dahil zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasını öngören federal düzeyde bir düzenleme mevcut değildir.

ABD'de daha çok ticari uyuşmazlıklarda, ikinci sırada ise aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulur. Taraflar sözleşme ile öngürmedikleri sürece arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü söz konusu değildir.<sup>13</sup> İş uyuşmazlıklarında ise daha çok, henüz devam etmekte olan iş ilişkilerinde ortaya çıkan kişiler arası çatışmalarda, duygusal tepkilerden kaynaklanan çatışmalarda veya iletişim zorluklarından kaynaklanan sorunların çözümünde başvurulmuş ve iş ilişkisi kurtarılmaya çalışılan bir uyuşmazlık çözüm yoludur.<sup>14</sup> Arabuluculuk, uyuşmazlıkları başlangıç aşamasında, sorunlar büyümeden çözüme rol oynamaktadır. Örneğin ABD'de taciz olaylarında arabuluculuğa başvurulmaktadır. Çünkü taciz olaylarında pek çok mağdur tacizin durmasını ister. İşverenlerini dava etmek, yargılamanın verdiği

<sup>11</sup> 1898 tarihli "Erdman Act"; Such V. Vilches/A.L. Verbeke/C. Menkel-Meadow, "Mandatory Workplace Mediation", *Advancing Workplace Mediation Through Integration of Theory and Practice* (K. Bollen/ M. Euwema / L. Munduate (eds)), Springer, Switzerland, 2016. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0\\_9](https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0_9)

<sup>12</sup> Douglas Ashman, *The Impact of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Employment Law*, College of Technology Masters Theses, Paper 56, 2011. <http://docs.lib.purdue.edu/techmasters/56>.

<sup>13</sup> R. Gaull Silberman/Susan E. Murphy/Susan P. Adams, *Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims*, 54 *Louisiana Law Review*, 1994. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol54/iss6/6>; Eugene K. Connors/Brooke Bashore-Smith, "Employment Dispute Resolution in the United States: An Overview", 17 *Canada-United States Law Journal*, 1991, Issue:2, s.319. <http://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol17/iss2/15>; Ann C. Hodges, "Mediation and the Transformation of American Labor Unions", 69 *Missouri Law Review*, 2004, Issue 2. <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>.

<sup>14</sup> Alfred G. Felio (Editor-in-Chief), *ADR in Employment Law*, Arlington, Virginia: Bloomberg BNA, 2015.



sıkıntıyı ve olayın basına yansımaları istemezler, dava yoluna son çare olarak başvururlar.<sup>15</sup>

ABD’de iş hukuku alanında tartışma konusu olan, zorunlu hakemlik.<sup>16</sup> Bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (yargıya gitmeyip uyuşmazlığın zorunlu hakemlikle çözümü yolu)<sup>17</sup>, ABD Anayasa Mahkemesi’nin (Supreme Court) 1991 tarihli *Gilmer v. Interstate Johnson Lane Corp.* (1991) kararından sonra, işverenlerce, işçilerin işe alınmaları veya çalıştırılmaya devam edilmelerinin koşulu olarak, sendikalı olmayan işçilerin iş sözleşmelerine hükümler konarak yaygınlaştırılmıştır.<sup>18</sup> *Gilmer* davasında Mahkeme, iş sözleşmesine konmuş olan zorunlu hakemlik hükmünü, hukuka uygun bulmuştur. Ancak bütün iş uyuşmazlıkları zorunlu hakemlik kapsamı içinde değildir. Bazı yasal haklar hakemlik konusu olamazlar.<sup>19</sup> Örneğin New York eyalet hukuku, cezai nitelikteki tazminatların hakemlik konusu olmasına izin vermemektedir.<sup>20</sup> Ayrıca zorunlu hakemlik bütün işçileri kapsamamaktadır. Bu tür hükümler, sendikalı olmayan işçilerin sözleşmelerine konmaktadır. Sözleşmelerine bu tür hükümler konan sendikalı olmayan işçilerin oranı tüm sendikalı olmayan işçilerin % 25’i kadardır.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Hodges (2004).

<sup>16</sup> Ashman (2011).

<sup>17</sup> Katherine Stone, sözleşmesi hakemlik sözleşmelerini, 1990’ların sendika karşıtı sözleşmeleri (yellow dog contracts) olarak nitelendirmiştir (Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights The Yellow Dog Contract,” *Denver University Law Review*, 1996, Vol. 73, No 4, s.1017-1050. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1601>; Hodges (2004).

<sup>18</sup> Sharona Hoffman, “Mandatory Arbitration: Alternative Dispute Resolution or Coercive Dispute Suppression”, *17 Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 1996, No. 1, s.131. <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol17/iss1/4>.

<sup>19</sup> Aaron Halebua, “United States”, *Resolving individual labour disputes: A comparative overview* (Minawa Ebisui/Sean Cooney/Colin Fenwick (eds.)), Geneva, International Labour Office, 2016, s.311-347.

<sup>20</sup> In *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, 353 N.E.2d 793, 794 (1976) davasında New York Temyiz Mahkemesi, bir hakemin, taraflarca üzerinde anlaşma sağlanmış olsa bile cezai tazminat verme yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: “Seçimi, çoğunlukla üstün pazarlık gücüne sahip tarafın tercihine bağlı olan bir hakemin, mahkemenin, jürinin ve dolayısıyla devletin yerini almasına izin verilemez. Hakemlere cezai tazminat verme yetkisi verilirse, tahkimin yararı yok olacaktır. Hakemlere cezai tazminat verme yetkisinin verilmesi, verilen cezai tazminatların kapsamının öngörülmesi ve denetimi olanağını ortadan kaldıracaktır”.

<sup>21</sup> *Cole v. Burns International Security Services* 1997; Halebua (2016), s.311-347.

ABD’de adeta bir endüstri haline gelen iş uyuşmazlıklarında zorunlu hakemlik yolu, adalet ve hakkaniyeti sağlamada sorunlu görüldüğü için, ABD öğretisinde ve kamuoyunda tartışmalıdır.<sup>22</sup> Özellikle sendikalı olmayan sektörlerde uygulama alanı bulduğu için, zorunlu hakemliği şekillendiren, uygulayan ve ödemesini yapan işverenlerdir. Bu nedenle Clinton tarafından kurulan ve başkanlığını dönemin Çalışma Bakanı (Secretary of Labour) John T. Dunlop’un yaptığı Federal Komisyon bu uygulamayı kınamıştır.<sup>23</sup> Nisan 2015’de bu uygulamayı yasaklamaya yönelik Hakemlikte Adalet Kanunu (The Arbitration Fairness Act) Kongre’ye sunulmuş fakat henüz yasalaşmamıştır.<sup>24</sup>

AB üyesi ülkelerde iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları çok büyük farklılıklar göstermektedir.

Yargı sistemindeki farklılıklar nedeniyle Kara Avrupası ülkelerinde iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yaklaşım biçimi, ABD’nkinden farklıdır. Kara Avrupası ülkelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi kabul edilinceye kadar önemli bir uygulama alanı bulmamış, hatta Almanya ve İtalya gibi bazı ülkelerde yasaklanmıştı.<sup>25</sup>

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda ABD ile benzerlik gösteren Avrupa ülkesi, Britanya’dır. Britanya’da, geçmişi 1896 tarihine dayanan, 1974 yılında yasal dayanağa kavuşturulan Tavsiye, Uzlaştırma ve Hakemlik Hizmetleri Kurumu olarak adlandırılacak ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) Hükümetten oldukça bağımsız hareket eden bir kurumdur. Kurum çalışanları yal-

<sup>22</sup> Lipsky/Seeber (2000), s.37-49; David Sherwyn, /J. Bruce Traoev/Zev J. Eigen, "In Defense of Mandatory Arbitration of Employment Disputes: Saving the Baby, Tossing Out the Bath Water, and Constructing a New Sink in the: Process", *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1999, 2(1), s.73-150; Stone (1996), s.1017-1050.

<sup>23</sup> U.S. Department of Labor, Report and Recommendations Commission on the Future of Worker-Management Relations [The "Dunlop Commission"], Washington, DC: Government Printing Office, December 1994.  
[https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key\\_workplace](https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key_workplace).

<sup>24</sup> Halegua (2016), s.311-347.

<sup>25</sup> M. Finkin, "Workplace Justice: Does Private Judging Matter?", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2014, Vol.113, s.166- 185.

nızca uzlaştırma faaliyeti yürütebilir. ACAS, kamu tarafından finanse edilmektedir. Verdiği hizmetler ücrete tabi değildir.<sup>26</sup>

İngiltere’de toplu veya bireysel bir iş uyuşmazlığı için İş Mahkemesi’ne başvuracak olan tarafın, mahkemeye başvurmadan önce, ACAS’ı bilgilendirme yükümlülüğü vardır; ancak daha sonra ACAS tarafından başlatılan “erken uzlaştırma (early conciliation)”<sup>27</sup> sürecine katılmak zorunda değildir. Dolayısıyla İngiltere’de uzlaştırma sürecinin başlayabilmesi için yalnızca bildirimde bulunma zorunluluğu vardır.

Arabuluculuk ise zorunlu değil, gönüllüdür. Tarafların anlaşmasına bağlıdır.<sup>28</sup> Arabuluculuk faaliyeti ACAS dışındaki uzmanlar tarafından yerine getirilir.

İşyeri arabuluculuğu, çalışma ilişkilerini iyileştirmeyi ve iyi yönetim ve örgüt kültürünü teşvik etmeyi amaçlamaktadır. İşyeri arabulucuları, çalışma ilişkilerini iyileştirmek için işyeri uyuşmazlıklarını erken bir aşamada çözüme sürecine dahil olmayı amaçlar. İşyeri arabulucuları, her iki tarafla bağlantısı olmayan, işyeri içi arabulucu olarak faaliyet göstermek için istihdam edilen işçi veya harici bir arabuluculuk sağlayıcısının işçisi olabilirler. İşyeri arabuluculuğu kişisel beyana (self-certified) dayalıdır ve işyeri arabulucuları Sivil Arabuluculuk Konseyi’ne (Civil Mediation Council) gönüllü olarak kayıt yaptırabilirler.<sup>29</sup>

Halsey v. Milton Keynes NHS Trust davasında (2004), İngiliz Temyiz Mahkemesi, her uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığına

<sup>26</sup> ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service), Conciliation Explained, 2015.

<http://webextdev.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>

<sup>27</sup> ACAS gönüllü toplu arabuluculuk hizmeti de vermektedir (Ipsos Mori/Caroline Booth/ Michael Clemence/Sara Gariban, Acas collective conciliation evaluation, 2016. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/1/b/Acas-collective-conciliation-evaluation-2016.pdf>; Vilches ve diğ. (2016).

<sup>28</sup> ACAS/CIPD, Mediation: An Approach to Resolving Workplace Issues, A Guide, 2013. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/n/n/Mediation-an-approach-to-resolving-workplace-issues.pdf>

<sup>29</sup> Richard Saundry/Gemma Wibberley, “Workplace Mediation – Transforming the Culture of Conflict Management?” Conference paper, CIPD Applied Research Conference, 2015. [https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management\\_2015\\_tcm18-15587.pdf](https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management_2015_tcm18-15587.pdf).

ve istemeyen tarafların arabuluculuğa zorlanmasının yargı yoluna başvurma hakkının, dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir.

**Öte yandan** Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Rosalba Alasini and Others v. Telecom Italia SpA and Others (2010) davasında, mahkeme dışı zorunlu uyuşmazlık çözüm yolunun, belli ilkelere uyulmak koşuluyla AB Hukukuna ve etkili yargısal koruma ilkesine uygun olduğuna karar vermiştir. Uyulması gereken koşullardan birincisi genel niteliktedir. ABAD, etkili yargısal koruma hakkının koşulsuz olarak tanınmadığını, bu hakka sınırlama getirilmesinin **mümkün olduğu görüşündedir. Sınırlamaların**, genel ilgi alanındaki hedeflere karşılık gelmesi ve garanti altındaki hakların özünü ihlal edecek şekilde uygulanan amaçla orantısız olmaması gerekir. İkinci olarak ABAD, aşağıdaki özel koşullara uyulması gerektiğini öngörmüştür: Alternatif uyuşmazlık prosedürü taraflar için bağlayıcı bir kararla sonuçlanmalıdır; mahkeme dışı anlaşma hukuksal süreçler için esaslı bir gecikmeye yol açmamalıdır; mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne başvurma, zamanaşımı sürelerini durdurmalıdır; mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu taraflara maliyet yüklememeli ya da düşük maliyetli olmalıdır; elektronik vasıtalar uyuşmazlık çözüm yolunda başvurulabilecek tek yol olmamalıdır; uyuşmazlığın gerektirdiği acil durumlarda ara önlemler mümkün olmalıdır.

Bu yaklaşım uyarınca, zorunlu uyuşmazlık çözüm prosedürü, etkili yargısal koruma hakkının ölçüsüz/orantısız ihlalini oluşturmaz. Sınırlamalar, etkili korumanın mahkemeler tarafından sağlanması hakkının küçük bir ihlalini oluşturur ve uyuşmazlığın hızlı ve ucuz biçimde sona erdirilmesi olanağı, etkili korumanın mahkemeler tarafından sağlanması hakkına ağır basar.<sup>30</sup> Ancak alternatif uyuşmazlık prosedürü taraflar için bağlayıcı bir kararla sonuçlanmamalıdır.

AB, yukarıda sözü edilen 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi ile sivil ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğu kabul etmiştir. Yönerge, bu Yönerge kapsamın-

<sup>30</sup> Kokott, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 April 2009, Case C97/08 P Akzo Nobel NV and Others v. Commission of the European Communities, European Court Reports, 2009, I-08237. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0097>.

daki arabuluculuğun tarafların üzerinde tasarrufa sahip olabilecekleri, istedikleri zaman organize edip, istedikleri zaman sona erdirebilecekleri gönüllü nitelikte bir arabuluculuk olması gerektiğini belirtmektedir (paragraf 13). Ancak üye devletlerin, yargı yoluna başvurma hakkını engellemek koşuluyla sivil ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngörmesine de izin verilmiştir (paragraf 14).

Yönerge uyarınca, Yönerge, sivil ve ticari uyuşmazlıklara uygulanmalı, ancak özellikle aile hukuku ve iş hukukunda yoğun olarak var olan ve tarafların kendi başlarına karar vermekte özgür olmadıkları haklar ve yükümlülüklerde uygulanmamalıdır (paragraf 10).<sup>31</sup> Dolayısıyla taraflar arasında pazarlığa açık olmayan iş uyuşmazlıkları, gönüllü arabuluculuğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle sözkonusu uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun sözü bile edilemez.

Yönerge, yalnızca sınırlar arası uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere düzenlenmiş, ancak iç hukuktaki arabuluculuk süreçlerinde de isteyen AB ülkesinin bu Yönerge'yi uygulaması önünde bir engel olmadığı belirtilmiştir (paragraf 8).

ABAD, bu düzenlemeyi AB Temel Haklar Şartı'na uygun bulmuştur.<sup>32</sup>

Öte yandan Türkiye'nin üyesi olduğu AK ve Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) düzeyinde bu konuda bağlayıcı düzenlemeler mevcut değildir.

Türkiye'nin taraf olduğu 1996 tarihli AK Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (GGASS), taraf devletlerin toplu iş uyuşmazlık

<sup>31</sup> EPCLA (European Parliament Committee on Legal Affairs), <TitreType>Report</TitreType> <Titre>on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <DocRef>(2016/2066(INI))</DocRef> <Commission>{JURI} </Commission>(Rapporteur: <Depute>Kostas Chrysonos), 2017.  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//EN</Depute>>.

<sup>32</sup> ECJ (European Court of Justice), Joined Cases C-317/08, C318/08, C319/08 and C-320/08 Rosalba Alassini and Others v Telecom Italia SpA and Others, 18 March 2010.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2010:146,par.37>.

larının çözümü için uygun uzlaştırma ve gönüllü hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi taahhüt etme yükümlülüğü öngörülmektedir (m.6/3). Sözleşme’de bireysel iş uyuşmazlıklarının çözüm yollarından veya arabuluculuktan söz edilmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS’nin yargıya erişim hakkına (m.6) ilişkin 1980 tarihli *Deweer v Belgium* davasında, yargıya erişim hakkının hakemlik anlaşmasıyla kaldırılabileceğini, ancak bu işlemin, mağdurun zorlama veya baskıya maruz kalmadığını garantilemek için dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

AK Bakanlar Komitesi’nin 2002 tarihli Sivil Konularda Arabuluculuk Hakkında Tavsiye Kararı’nda, iş hukuku niteliğindeki sivil haklar ve yükümlülükler de arabuluculukla çözümlenecek sivil konulara dahil edilmesine (m.II) ve arabuluculuğun, arabuluculuğa uygun olan uyuşmazlıkları ve mahkemelerin yükünü azaltmaya yardımcı olabileceği belirtilmesine rağmen, arabuluculuğun etkili, adil ve ulaşılabilir bir yargısal sistemin yerini alamayacağına vurgu yapılmaktadır (paragraf 10).

Öte yandan AİHM, adalete erişim hakkının bazı koşullarda sınırlandırılabileceği görüşündedir. Mahkemenin öngördüğü ilkelere uygun sınırlamalar AİHS’nin 6/1 maddesine aykırılık oluşturmaz:

Birincisi, sınırlandırma, adalete erişim hakkının özünü ortadan kaldıracak nitelikte olmamalıdır. Her sınırlandırma, meşru bir amacı hedeflemeli ve kullanılan araçlarla varılmak istenen amaç arasındaki orantılılık arasında makul bir ilişki olmalıdır.<sup>33</sup> Bazı meşru sınırlamalara, yasal zamanaşımı süresinin öngörülmesi, ödeme emirlerinin garanti altına alınması veya hukuksal temsil talebi örnek olarak verilebilir. İkincisi, bir tarafın, genellikle sözleşmelerdeki hakemlik hükümlerinde görüldüğü gibi, sivil (medeni) konularda yargılama hakkından vazgeçmesi, AİHS’nin ihlalini oluşturmaz.<sup>34</sup> Ayrıca, adalete erişim hakkı, pratik ve etkili olmalıdır, bir başka deyişle birey haklarını ihlal eden davranışla mücadele edecek açık ve pratik olanaklara sahip olmalıdır.

<sup>33</sup> ECtHR (European Court of Human Rights), Guide on article 6: Right to a fair trial, 2013. [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).

<sup>34</sup> ECtHR (2013).

Bu nedenle kanunlar davacıların var olan bir giderim yolunu kullanmasını engellememelidir.<sup>35</sup>

Öte yandan, Türkiye'nin tarafı olduğu 2015 tarihli İstanbul Sözleşmesi olarak da anılan AK Kadına Yönelik Şiddetle ve Ev İçi Şiddetle Mücadele ve Önleme Sözleşmesi'nde (AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi) ise, taraf devletlere, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür (m.48/1).<sup>36</sup>

UÇÖ, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ilgili çalışmalar yürütmesine rağmen, şimdilik bireysel iş uyuşmazlıklarında bağlayıcı bir düzenlemesi mevcut değildir.

UÇÖ'nün 1948 tarihli Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 87 sayılı Sözleşmesi, 1949 tarihli Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelerinin Uygulanması Hakkında 98 sayılı Sözleşmesi, 1951 tarihli Gönüllü Uzlaştırma ve Hakemlik Hakkında 92 sayılı Tavsiye Kararı, 1978 tarihli Kamu Hizmetlerinde Çalışma Koşullarının Belirlenmesinde Prosedürlerin ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 151 sayılı Sözleşmesi, 1978 tarihli Kamu Hizmetlerinde Çalışma Koşullarının Belirlenmesinde Prosedürlerin ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında 159 sayılı Tavsiye Kararı ve 1981 tarihli Toplu Pazarlığın Teşviği Hakkında 154 sayılı Sözleşmesi, toplu uyuşmazlıklarda uyuşmazlık çözüm yollarından söz etmektedir.

UÇÖ'nün uyuşmazlık çözüm yollarıyla doğrudan ilgili 92 sayılı Gönüllü Uzlaştırma ve Hakemlik Hakkında Tavsiye Kararı, toplu iş uyuşmazlıklarında gönüllü uzlaştırma ve hakemliğe ilişkin tavsiyeler içermektedir.

1967 tarihli 130 sayılı İşletme İçi Şikayetlerin İncelenmesi Hakkında Tavsiye Kararı ise, bireysel iş uyuşmazlıklarının işletme içinde çözümlenmesi yollarına ilişkin tavsiyelerde bulunduktan sonra, bu

<sup>35</sup> ECtHR (2013).

<sup>36</sup> Kadriye Bakırcı, "İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi)", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73 Sayı: 2015/4.



yolla çözümlenemeyen bireysel iş uyuşmazlıklarında işçi ve işveren veya sendikaların gönüllü olarak belirledikleri hakemler aracılığıyla uzlaşmaya gitmelerine ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır. 130 sayılı Tavsiye Kararı'nın 9. paragrafında, bu Tavsiye Kararı'ndaki hiçbir düzenlemenin, çalışanların şikayetleriyle ilgili olarak ulusal mevzuatta öngörülen yetkili idari organlara veya iş mahkemelerine veya diğer yargısal organlara doğrudan başvurma hakkını sınırlayamayacağı vurgulanmaktadır. Tavsiye Kararı, uyuşmazlıkların işyeri içinde çözüme kavuşturulması için çalışanların yönetime katılmalarının önemine vurgu yapmaktadır.

1978 tarihli İş Yönetimi Hakkında 158 sayılı Tavsiye Kararı, gönüllü uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasından söz etmektedir.

158 sayılı Sözleşme madde 8 uyarınca ise, iş ilişkisine geçerli bir neden olmadan son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.

Dolayısıyla iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa kaynaklık edecek tek bir uluslararası belge mevcut değildir.

AB ise, taraflar arasında pazarlığa açık olmayan iş uyuşmazlıklarını gönüllü arabuluculuk kurumunun bile kapsamı dışında bırakmıştır.

Dolayısıyla 7036 sayılı İşMahK ile getirilen zorunlu arabuluculuk, tamamen Türkiye'ye özgü bir modeldir. Uluslararası Hukukta ve AB Hukukunda dayanağı mevcut olmadığı gibi, aşağıda üzerinde durulacağı gibi uluslararası sözleşmelere ve AB mevzuatına açık aykırılıklar taşımaktadır.

#### IV. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUK VE SONUÇLARI

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, gönüllülük (iradeye bağlı olma) (HUAK m.3/1), eşitlik (HUAK m.3/2), tarafsızlık (HUAK m.9/1), gizlilik (HUAK m.4) ve "arabuluculuktaki bazı beyan veya belgelerin ileride açılacak olan davalarda, kural olarak kullanılmamasıdır" (HUAK m.5).<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Kate Aubrey-Johnson /Helen Curtis, Making Mediation Work for You: A Practi-

Dolayısıyla genel olarak zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özel olarak zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun gönüllü olması ilkesine aykırılık oluşturur.

Ayrıca genel olarak bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk, herkesin ihtiyaçlarına cevap veren ve her türlü uyuşmazlığa uygun bir kurum değildir.<sup>38</sup> Örneğin tarafların tam bir zafer kazanmada kişisel çıkarlarının olduğu durumlarda; taraflar arasındaki sorunların tarafların karşılaşmak istemeyecekleri derecede ciddi olduğu durumlarda; taraflar arasındaki güven ilişkisinin yok olduğu ve taraflardan birinin iyi bir teklifinin dahi diğer tarafça güvensizlik nedeniyle reddedilebileceği durumlarda, içtihat, emsal veya öğreti oluşturmak istenen durumlarda; stratejik veya toplu sonuç elde etmek istenen durumlarda; kamu düzenini ilgilendiren konularda, tarafların fiilen eşit olmadığı (taraflar arasında güç eşitsizliğinin bulunduğu) durumlarda arabuluculuk uygun değildir.

## 1. GÖNÜLLÜLÜK (İRADEYE BAĞLILIK) İLKESİNE AYKIRILIK

HUAK m.2/b’de arabuluculuğun ihtiyarî (gönüllü) olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, m.3/1’de tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları; m.13/1’de tarafla-

---

cal Handbook (1st edition), London: Legal Action Group Education and Service Trust Ltd, 2012.

<sup>38</sup> Fiss (1984), s.1076-77; Owen M. Fiss, “The History of An Idea”, Faculty Scholarship Series, 2009, s.1307 <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss-papers/1307>; H. T. Edwards, “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, 99 *Harvard Law Review*, 1985-1986; R. Mnookin/ S.Peppet / A.Tulumello, *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes* (2nd ed.), Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000 ; Carrie Menkel-Meadow, “When litigation is not the only way: Consensus building and mediation as public interest lawyering”, 10 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2002, s.37-61. <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=facpub>; Maurits Barendrecht/ Peter Kamminga/ Jin Ho Verdonschot, “Priorities for the Justice System: Responding to the Most Urgent Legal Problems of Individuals”, Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 002/2008. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1090885>, s.12; R. Kulms, “Privatising Civil Justice and the Day in Court”, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective* (K. J. Hopt/F. Steffek (eds.)), Oxford: Oxford University Press, 2012. [http://www.academia.edu/7346978/Mediation\\_Principles\\_and\\_Regulation\\_in\\_Comparative\\_Perspective](http://www.academia.edu/7346978/Mediation_Principles_and_Regulation_in_Comparative_Perspective); Tanrıver 2006:12-16’dan naklen ve dn.1’deki yazarlar.

rın dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilecekleri öngörülmüştür.

Nitekim, 4857 sayılı İşK'nun 20. maddesinin ilk yürürlük metninde yer verilen feshe karşı itirazlarda “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” (m. 20/I) şeklindeki düzenleme, İşK'nun yürürlüğe girdiği dönemde tartışma konusu olmuş ve bu düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde (AYM) dava açılmıştı. AYM de, anılan maddede yer alan “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” ibarelerini AY'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme'ye göre, “... 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa... özel hakeme götürülür” denilmektedir. AY'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir. İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından AY'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez...Bu nedenlerle, kuralın “...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü AY'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir”.<sup>39</sup>

AYM'nin bu kararına rağmen, 7036 sayılı İşMahK'nun Genel Gereğesinde AYM'nin iptal ettiği İşK. m.20/1 hükmünün gerekçesi yenilenerek, “iş mahkemelerinin yükünü azaltmak” amacıyla “zorunlu arabuluculuk” esasının öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Böylece ABD'deki<sup>40</sup> uygulamadan ve 2008/52/EC sayılı AB Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Ararabuluculuk Yönergesi'ndeki düzenlemeden bile öteye gidilerek, Türkiye'de işçiler arabulucuya başvurmayla zorlanmaktadır.

<sup>39</sup> AYM 19.10.2005, 2003/66E, 2005/72 K, RG. 24 Kasım 2007, S.26710.

<sup>40</sup> Vilches ve diğ. (2016).

İşMahK'nın "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlıklı 3. maddesi uyarınca, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (f.1). Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (f.2)".

Madde 3/6 uyarınca "Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir". Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılıyor ki, arabuluculuğun özünde, ruhunda var olan ve işaret edilen AYM'nin konuya ilişkin kararlarına karşın, bu düzenlemeyle arabuluculuk zorunlu hale getirilmekte, arabulucunun re'sen atanması hususu da dahil, arabuluculukta, "iradeye bağlılık" gibi temel bir ilke ortadan kaldırılmaktadır.<sup>41</sup>

Madde 3/12 uyarınca "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" hükmüne de yer verilerek, uzlaşma sağlanamayacağını gören işçinin de arabuluculuk görüşmelerine mutlak katılımı öngörülmektedir.

<sup>41</sup> Ali Güzel, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Alternatif Çözüm Yolları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.35-38.

Oysa, AYM'nin 6325 sayılı HUAK'ın bazı maddelerinin AY'ye aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında verdiği kararında "...Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir..."<sup>42</sup> denilerek, HUAK'nun m.3/1 hükmünün AY'ya aykırılık oluşturmadığı vurgulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, öğretide bir görüşe göre, her temel hakta olduğu gibi etkili yargısal koruma da sınırsız bir hak değildir.<sup>43</sup> Yargıya erişim hakkı, sınırsız ve koşulsuz olarak istenilen zaman yargıya başvurulması anlamına gelmemelidir. Etkili yargısal koruma, en azından arabuluculuğa başlama zorunluluğunu da içerecek şekilde yeniden tanımlanmalıdır. Arabuluculuğu başlatmak zorunlu hale getirilse bile, bu zorunluluk tarafların özerkliğini veya arabuluculuk sürecindeki pozisyonunu etkilemeyecektir. Taraflar arabuluculuk sürecini başlatmakla veya arabuluculuk toplantısına katılmakla yükümlü olmalarına rağmen, süreci istedikleri zaman son verme özgürlüğüne sahip oldukları sürece sürecin gönüllülük ilkesi korunmuş olur. Bu görüştekilere göre, zorunlu arabuluculukla zorunlu hakemlik arasında büyük bir fark vardır. Arabuluculukta taraflar bir anlaşmaya varmayıp her zaman arabuluculuk sürecini bırakıp mahkemeye başvurabilir.<sup>44</sup>

Ancak İşMahK ile öngörülen düzenleme, taraflara arabuluculuk sürecini istedikleri zaman son verme özgürlüğünü bile tanımamaktadır.

Sonuç olarak, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi, arabuluculuğun gönüllü olması ve bireylerin özerk karar verme ilkelerine<sup>45</sup> ve AYM kararlarına da açıkça aykırıdır.

<sup>42</sup> AYM 10.07.2013, E.2012/94, K.2013/89, RG. 25 Ocak 2014, S. 28893.

<sup>43</sup> ECtHR (2013); Carrie Menkel-Meadow/ Harold I. Abramson, *Mediating Multiculturally: Culture and the Ethical Mediator*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works: 961, 2011.  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/961>.

<sup>44</sup> Vilches ve diğ. (2016).

<sup>45</sup> Jacqueline M. Nolan-Haley, "Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2012, Vol. 37.  
<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1967&context=ncilj>; Vilches ve diğ. (2016).

## 2. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN GENEL OLARAK İŞ UYUŞMAZLIKLARINA UYGUNLUĞU SORUNU: İŞÇİLER İÇİN “İKİNCİ SINIF” ADALET

İşçilerin kurumsal, ekonomik ve kişisel güç açılarından işverenle eşit olmadığı, işverene karşı zayıf konumda olduğu bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygun değildir.

İşçiler işverenlerle eşit pazarlık gücüne, parasal güce, insan kaynağına, işverenin iş ilişkilerinde ve iş uyuşmazlıklarında sahip olduğu bilgi, donanım ve deneyime sahip değildir. İşverenler, işçilerin davranışlarını, duygularını ve olayların akışını etkileme gücüne sahip olmasına rağmen, işçilerin böyle bir gücü yoktur. Dolayısıyla arabuluculuk süreci, hakkaniyet ve adalete uygun olmayan, fiili eşitsizlikleri daha da derinleştirici uzlaşmalarla sonuçlanabilir.<sup>46</sup> İşçilerin sendika tarafından temsili güç eşitsizliğini azaltma veya hafifletme etkisine sahip olmasına rağmen,<sup>47</sup> Türkiye’de sendikalaşma oranının %6 oranında olması aradaki eşitsizliği hafifletme etkisinin sağlanma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

İşçinin işveren karşısında zayıf konumda olması, haklarını sendika aracılığıyla veya bir avukatla temsil edilmediği zamanlarda gerçekten ölçmemesi, nakde olan ihtiyacı ve diğer bazı zorluklar karşısında, ibanameyle birtakım haklarından vazgeçmesi olaylarında yaşandığı gibi, zorunlu arabuluculukta da haklarının çok altında birtakım uzlaşmalara imza atması kaçınılmaz hale gelebilir. İşçi açısından hak kaybı yaşama ihtimali çok yüksektir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, özellikle zorunlu arabuluculuk, iş hukukunun temel ilkesi olan işçinin korunması ilkesini ve iş hukuku kurallarının emredicilik niteliğini ihmal ettiği için iş hukukunun ekseninin değişmesi sürecinin önemli adımlarından biri olacak niteliktedir.

Çünkü zorunlu arabuluculuk ile iş hukuku, işçi ve işverenin eşit olduğunun kabul edildiği bir nitelik kazanmış olmaktadır.

<sup>46</sup> AYM (2013).

<sup>47</sup> Oren Gazal-Ayal/Ronen Perry, Imbalances of Power in ADR: The Impact of Representation and Dispute Resolution Method on Case Outcomes, Law & Social Inquiry, *Journal of the American Bar Foundation*, 2014, Volume 39, Issue 4. <https://doi.org/10.1111/lis.12063>.

İş hukuku, 19. yüzyılda işçi ve işveren taraflarının fiilen eşit olmaları görüşünün devlet tarafından kabul görmesiyle ortaya çıkmış ve devletin emredici hukuk kurallarıyla yoğun biçimde müdahalede bulunduğu, kamu hukuku yönü ağır olan bir hukuk dalıdır. İş hukuku, işçinin hukukudur ve ortaya çıkış amacı işçinin korunmasıdır.

İş yargılaması hukuku da bu ilke üzerinde temellenmiştir. İş yargılamasının temel ilkelerinden biri işçinin korunması ilkesidir. Dolayısıyla iş uyuşmazlığında, "işçinin korunması" ilkesinin yaşama geçirilmesinin güvencesi yargısal çözümdür ve bu yargısal çözüm de iş yargılamasının kendisine özgü ilke ve usullerinin uygulanmasından geçmektedir.

İş hukukunun temel ilkelerinden bir diğeri, iş hukuku kurallarının emredicilik niteliğidir. Zayıf taraf olarak işçinin iş sözleşmesinden yahut yasadan kaynaklanan haklarının önemli bir bölümü mutlak veya nispi emredici kurallarla korunmuş olup, tarafların bu normları işçi aleyhine değiştirebilmeleri mümkün değildir. Bir başka deyişle iş hukuku, iki tarafın iradesine tabi olmayan hükümler içerir. İşçi, yasayla korunan haklarına iş mahkemelerindeki yargılama süreci sonrasında ulaşabilmektedir. İş mahkemelerinin verdiği kararlar da üst mahkemeler tarafından emredici normlara uygunluk bakımından denetlenmektedir.

Buna karşılık alternatif çözüm yolları, işçiye bu tip bir emredici koruma sağlamamaktadır. Bu hukuki tabloda taraflar hiçbir sınırlama olmaksızın arabulucu önünde işçilik alacakları üzerinde pazarlık edebileceklerdir.

Sonuçta ortaya çıkacak olan işçiler için "ikinci sınıf" bir adalet olacaktır.

### 3. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN KADIN İŞÇİLERE VE GÜÇ DURUMDAKİ BAZI İŞÇİ GRUPLARINA UYGUNLUĞU SORUNU: "ÜÇÜNCÜ SINIF" ADALET

Öte yandan taraflar arasında yukarıda sözü edilen güç eşitsizliklerine, toplumsal cinsiyetten kaynaklı güç eşitsizliği, kültürel güç eşitsizliği (örneğin işçinin egemen ırk veya etnik kökenden, cinsel yönelimden olmamasından, göçmen olmasından kaynaklanan güç eşitsizliği) veya fiziksel veya ruhsal güç eşitsizliği (örneğin çocuk veya engelli



olmasından) veya vasıflı veya vasıfsız olmasından kaynaklı güç eşitsizliği de eklendiğinde fiili eşitsizlikler daha da derinleşmektedir.

Fiili eşitsizliği daha derin olan işçi grupları, mahkemelerde daha iyi korunurlar, çünkü iş yargılaması hukukuna ilişkin düzenlemelerden, uluslararası sözleşmelerin<sup>48</sup> ve ulusal iş hukukunun kendilerine sağladığı özel düzenlemelerden yararlanırlar.

Mahkeme kararları yayımlandığı ve yargıçlar uluslararası sözleşmelere uygun davranmak zorunda oldukları için veya bu konuyla

<sup>48</sup> Örneğin, AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak". Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 56. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Taraflar soruşturmaların ve yargı sürecinin tüm safhalarında, özellikle aşağıdakileri sağlayarak, mağdurların, tanık olarak özel ihtiyaçları da dâhil olmak üzere, haklarını ve çıkarlarını koruyacak yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır: a) mağdurların, ailelerinin ve tanıkların, sindirmeye, misillemeye ve tekrar mağdur bırakılmaya karşı korunmalarını sağlamak; b) mağdurların en azından kendisinin veya ailesinin tehlikede olabileceği durumlarda, failin kaçması veya geçici veya kesin olarak serbest bırakılması halinde mağdurların bilgilendirilmesini sağlamak; c) mağdurlara, iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında, hakları ve faydalanabilecekleri hizmetler ve şikayetlerinin takibi, masraflar, soruşturma veya davaların genel gelişimi ve mağdurların bu süreç içindeki rolleri, ve davalarının sonuçları hakkında bilgi vermek; d) mağdurların iç hukuk kurallarının usulüne uygun olarak duruşmalara katılmasını, kanıt temin etmesini ve kendi görüşlerini, ihtiyaçlarını ve kaygılarını doğrudan veya bir aracı vasıtasıyla sunmasını ve bunların dikkate alınmasını sağlamak; e) mağdurlara haklarının ve menfaatlerinin usule uygun olarak arz edilmesini ve dikkate alınması için uygun destek hizmetleri sağlamak; f) mağdurların mahremiyetini ve görüntüsünü korumak için tedbirlerin alınabilmesini temin etmek; g) mağdur ile failer arasında temastan mahkemede ve kolluk kuvvetlerinin binalarında, mümkün olduğu ölçüde kaçınmak; h) davaya taraf olarak katılan veya kanıt sunan mağdurlara bağımsız ve yetkin çevirmenler sağlamak; i) iç hukuk kurallarına uygun biçimde, mağdurların, varsa uygun iletişim teknolojilerinden yararlanarak, mahkeme salonuna gitmeden veya en azından fail olduğu iddia edilen kişinin mahkeme salonunda bulunmadığı bir ortamda ifade vermesini sağlamak. Madde 57 uyarınca ise, Taraflar, mağdurların iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında hukuki yardım ve ücretsiz adli yardım alma hakkını sağlayacaklardır.

ilgili eğitim almış oldukları için, örneğin kadınlara yönelik veya güç durumdaki bazı işçi gruplarına yönelik önyargıların mahkeme kararlarını etkileme ihtimali arabuluculuğa kıyasla daha düşüktür.

### a. Doğrudan veya Dolaylı Ayrımcılık İhtimali

Daha derin fiili eşitsizlikler veya önyargılar, uygulamada kadın işçiler veya güç durumdaki bazı işçi grupları için “üçüncü sınıf” adalete dolayısıyla doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa yol açabilir.<sup>49</sup>

Uygulamada taraflardan biri, “üçüncü sınıf” bir adalete maruz kalırsa veya bu sürecin yalnızca “üçüncü sınıf” bir adalet biçimi sunduğunun gösterilebildiği hallerde, etkilenen kesim, yasalar görünüşte tarafsız olsa bile, sürecin kendilerini orantısız olarak etkilediğini iddia edebilir ve AİHS’nin 14. maddesiyle birlikte 6/1 ve 13. maddeleri çerçevesinde dolaylı ayrımcılığa maruz kaldığını öne sürebilir. Kuşkusuz dolaylı ayrımcılık iddiası, arabuluculuğun “üçüncü sınıf” adalete yol açtığı durumlarda sözkonusu olabilir, taraflardan arabuluculuğa başvurmalarının veya bu süreci kullanmalarının talep edilmesinin, otomatik olarak dolaylı ayrımcılığa yol açacağı varsayılmamalıdır.

Kadın işçilere yönelik “üçüncü sınıf” adalet, BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin (BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi) 2., 5. ve 15. maddeleri ve AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi’nin 12. maddeleri çerçevesinde de doğrudan veya dolaylı ayrımcılık iddialarına yol açabilir.

BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi’nin 2. maddesi uyarınca, taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıtayla ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul ederler ve bu amaçla kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla her hangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak (c bendi); her hangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek

<sup>49</sup> Kadriye Bakırcı, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2012).

için gerekli her türlü tedbiri almak (e bendi); kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut yasaları, hukuki düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak (f bendi) taahhüdünde bulunurlar. 5. madde uyarınca, taraf devletler her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basma kalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek (a bendi); ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyü-tülmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini (b bendi) sağlamak için gerekli tedbirleri alırlar. 15. maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, taraf devletler özellikle, sözleşme yapma ve malların idaresi konusunda kadınlara eşit haklar tanır ve mahkeme ve yargı yerleri önündeki davaların her aşamasında eşit muamele görmelerini sağlar.

AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi'nin 12. maddesi ise taraf devletlere, kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesine veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alma (f.1), herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bu Sözleşmenin kapsamında kalan her türlü şiddet eylemini önleyecek gerekli yasal ve diğer tedbirleri alma (f.2); Bu bölüm uyarınca alınan tüm tedbirlerle belirli şartlar nedeniyle hassas konuma gelmiş insanların ihtiyaçlarının göz önüne alınması ve karşılanmaya çalışılması ve tüm tedbirlerin merkezinde mağdurların insan haklarının yer alması (f.3); özellikle gençler ve erkekler olmak üzere, toplumun tüm bireylerinin bu Sözleşme kapsamındaki her türlü şiddet olayının önlenmesine aktif bir biçimde katkıda bulunmasını teşvik etmeye yönelik gerekli tedbirlerin alınması (f.4); kültür, töre, din, gelenek veya sözde "namus" gibi kavramların bu Sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmasını temin etme (f.5) yükümlülüğü getirmektedir.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, AY'nin 10. maddesine de aykırılık oluşturur.

### **b. Kadın İşçilerin Özel Alana Dönüşe Zorlanması İhtimali**

AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi uyarınca, taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere, gerekli hukuki veya diğer önlemleri alacaklardır (m.48/1).

Dolayısıyla Sözleşme, tarafların kendi iç ceza ve medeni hukuklarında alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmayı zorunlu tutmalarını talep eder.<sup>50</sup>

Çünkü alternatif çözüm yöntemleri zorunlu tutulduğunda ve mahkeme süreçlerinin yerini aldığı anda, olumsuz birtakım sonuçlar da ortaya çıkabilir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faille eşit düzeyde giremezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillelerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır.

Kadınlara yönelik şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek yargı süreçlerine erişimin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iştir.

BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi'nin 15. maddesi uyarınca, taraf devletler hukuki meselelerde kadınların erkeklerle aynı hukuki ehliyete sahip olmalarını ve bu ehliyeti kullanmaları için aynı imkanlara sahip olmalarını kabul eder (f.2); taraf devletler, kadının hukuki ehliyetini kısıtlamaya yönelik hukuki sonuç doğuran bütün Sözleşmelerin ve her türlü özel belgenin hükümsüz sayılacağını kabul eder (f.3).

Dolayısıyla işyerinde kadın işçilere yönelik şiddet olaylarının zorunlu arabuluculuğa tabi tutulması AK Şiddet Yasağı Sözleşmesi'nin ve BM Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturur.

<sup>50</sup> COE (Council of Europe), Explanatory Report: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence CM (2011)49 final, 2011.  
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.

#### 4. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN ADALETE ERİŞİM VE ADİL YARGILANMA HAKLARINA GÜVENCE SAĞLAYAMAMASI SORUNU

Yukarıda belirtildiği gibi İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si (m.8); Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (m.14/1); AİHS (m.6/1); AB Temel Haklar Şartı (m.47) ve AY (m.36; m.37;m.9) adalete erişim hakkını ve adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır.

Adalete erişim hakkı, davacıların haklarını ileri sürmelerini sağlayan etkili bir giderime sahip olmalarını gerektirir. Adil yargılanma hakkı ise, üç unsuru barındırmaktadır: Kamuya açık (aleni) duruşma, makul bir sürede adil bir şekilde davanın görülmesi ve kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme.<sup>51</sup>

AYM, 2013 tarihli kararında, AY'nin 36. maddesini "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 birisi" olarak nitelendirmiştir. AYM'ye göre, bu "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".<sup>52</sup>

Bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, temel bir hak olan adalete etkili erişim hakkını garanti etmemektedir. Çünkü arabuluculuk, aşağıda da ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, kamuya açık bir hukuk üretmemekte, kararlar yayımlanamamakta, alenilik sağlanamamakta, kararlar temyiz edilememekte ve emsal oluşturmamaktadır.

<sup>51</sup> Susan Schiavetta, "Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?", *Journal of Information and Law&Technology*, 2004, 3. [https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004\\_3/schiavetta/](https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/schiavetta/).

<sup>52</sup> AYM (2013).

### a. Yargılama Hizmetinin Özelleştirilmesi Açısından Sorunlar

Arabuluculuğun zorunlu olması, yargılamaya dayalı mevcut adalet sistemini tehdit eder. Çünkü sonuçta arabuluculuk dahil alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlık çözüm işlevini kamudan alıp özele devreder.

Zorunlu arabuluculuğa hükümet kanadından gerekçe olarak, mahkemeler üzerindeki iş ve dava yükü,<sup>53</sup> davaların uzun sürmesi<sup>54</sup>, adaletin hızlanması gerekliliği, HUAK gereğince hakimlerin tarafları arabuluculuğa teşvik etmek zorunda olmalarına rağmen, mevcut durumda hakimlerin arabuluculuğa teşvik konusunda yeterli çabayı göstermemesi<sup>55</sup> ve arabuluculuğun bireyler tarafından tercih edilmemesi<sup>56</sup> gösterilmektedir.

Peki bu durumda AY'nin 2, 9, 13, 37, 128, 138, 139, 140, 141, 142, 144. maddeleri uyarınca devletin yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli hizmetlerden biri olan yargı hizmetini devlet yerine getiremeyecek de ne yapacak diye sormak gerekmez mi? 1980'lerden bu yana süregelen özelleştirme sürecinde Türkiye'de devlet çeşitli kamu hizmetlerini özel sektöre devrederek ve bunlardan elini çekerek küçülme yolunda bir sürece girmiştir. Bu düzenlemeyle devlet yargılama hizmetini de özelleştirme adımlarını atmış bulunmaktadır.

Oysa devlet, yargı hizmetini özel kişilere bırakmak yerine yargı hizmetlerinde aksayan yönler varsa bunları düzeltmek zorundadır. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargılamanın yerini ala-

<sup>53</sup> Niyazi Acar, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Sunumu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), TISK Yayını: Ankara, 2016, s.17-32.

<sup>54</sup> Nitekim aynı gerekçelerle özel hukuk alanında “arabuluculuk” yanında, ceza hukuku alanında “uzlaştırma” gibi yargılama dışı çözümlerle uyuşmazlıkların sonlandırılması için yasal düzenlemelere gidilmekte, bazı idari davalarda da tahkim ve hakem usullerinin uygulanması gerektiği görüşleri savunulmakta ve yönetmeliklerle düzenlemeler yapılmaktadır.

<sup>55</sup> HİADB, ty.

<sup>56</sup> 2014 yılında yapılan bir araştırmaya göre, AB'nde sivil ve ticari uyuşmazlıkların %1'inde arabuluculuğa başvurulmaktadır. Bkz. EP (European Parliament), Rebooting the mediation directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

maz. Kamu müdahalesini gerektiren yargılama, kişilerin rızasına dayalı değil, sosyal devlet (AY m.2) olmanın gereği olan sosyal adaleti sağlama ilkesine dayalıdır ve özel değerleri değil kamusal değerleri yansıtır.

Arbuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların uyuşmazlık konusu iddiaları çoğu kere mülkiyet haklarıyla ifade edilmekte, tercihen de piyasa koşulları üzerinden pazarlık edilebilir hale gelmektedir.<sup>57</sup> Hukukun ekonomik analizi göstermektedir ki, taraflar bir uzlaşmaya giriştiğinde temel stratejileri kendileri için yaratacakları faydayı maksimize etmektir. Ulaştıkları çözümün üçüncü kişiler nezdinde yaratacağı dışsal etkileri kural olarak dikkate almazlar. Dolayısıyla taraflar arasındaki özel uyuşmazlık çözüm yöntemleri “doğru davranış” (just behaviour) konusundaki maddi hukuk kurallarının temelini çökertebilir.<sup>58</sup> Hızlı, ucuz ve enformel bir yargılama, her zaman adil ve olması gereken bir yargılamayla eş anlamlı değildir.<sup>59</sup> Öte yandan taraflar, mahkemeler dışında uyuşmazlıklarını çözmek suretiyle bireysel menfaatlerini azamileştirebilir; ancak bu tip bir anlaşmadan kaynaklanan sosyal maliyetleri bertaraf edemezler. Yargılama yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü süreci değildir. Yargılamanın amacı yalnızca bireysel menfaatleri azamileştirmek yahut bireysel uyuşmazlıkları çözmek ve tarafları sulhe kavuşturmak değildir. Yargılama faaliyetinin amacı, aynı zamanda AY ve yasalarda yer alan normları ve değerleri açıklamak, yorumlamak, bunları hayata geçirmek ve uygulamaktır.<sup>60</sup> Arbuluculuk ve uzlaşma yöntemlerinin yaygınlaşması, yargının hukuk yaratma ve sosyal davranışı yönlendirme konusundaki rolünün azalması sonucu yaratacaktır.<sup>61</sup> Uyuşmazlık tarafları, kendi aralarındaki uyuşmazlığı aralarında ödünler vermek suretiyle çözme-yi uygun bulabilir ancak bu yolla mahkemelerin ileride de ortaya çıkması olası bir uyuşmazlığa ilişkin norm yaratma süreci engellenmiş olacaktır. Çok başarılı ve yaygın bir uzlaşma sisteminde mahkemeler normatif olarak içtihat yoluyla norm koyma rollerinden mahrum kalmış olacaktır.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Kulms (2012), s.207.

<sup>58</sup> Kulms (2012), s.207.

<sup>59</sup> Edwards (1985-1986), s.679.

<sup>60</sup> Fiss (2009), s.1085

<sup>61</sup> Fiss (2009), s.1085

<sup>62</sup> Fiss (2009), s.1085; Z Şişli, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s.62-63.



### **b. Alenilik İlkesi Açısından Sorunlar**

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin prosedürler özel ve gizlidir.

HUAK m. 4 uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık kararları, mahkeme kararlarının aksine taraflara ait kabul edilir ve yayımlanmazlar. Bu nedenle adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi mümkün değildir.

Bu durum yasal emredici (kamu düzeninden) olan düzenlemelere aykırı, adil olmayan, keyfi kararlar alınmasına yol açar, uyuşmazlık tarafı işçilerin önceki kararları öğrenmesi önünde önemli bir engel oluşturur.

### **c. İçtihat Birliği ve Sonuçlarda Eşitlik İlkeleri Açısından Sorunlar**

Arabuluculuğun zorunlu olması, ana akım uyuşmazlık çözüm yolu haline dönüşmesine ve yargılamanın yerini almasına, yargılama ile sağlanan adalet ve hakkaniyetin yerini ödün vererek anlaşmanın almasına yol açar. Arabuluculukta ödün vererek anlaşmak esas olduğu için, her kararın farklı olması, farklı kişiler veya farklı gruplar için farklı adalet düzeylerinin ortaya çıkması kaçınılmazdır ve dolayısıyla benzer davalarda sonuçlarda eşitliğin ve içtihat birliğinin sağlanması da mümkün değildir.<sup>63</sup>

Unutmamak gerekir ki kurum ve kavramları sürekli değişime açık iş hukukunun gelişiminde yargının çağdaş yorumları büyük rol oynamış, gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde yargının benimsediği

<sup>63</sup> Michael Delikat /Rene Kathawala, "Arbitration of Employment Discrimination Claims Under Pre-Dispute Agreements: Will Gilmer Survive?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 1998, Vol. 16, No. 1, s.83-131; Lipsky ve Seeber (2000), s.37-49.

pek çok ilke sonradan yasalaşmıştır.<sup>64</sup> Uyuşmazlıkların yargısal çözümü yerine, hep arabuluculuk uygulanıyor olsaydı yargısal kararlarla hukuka kazandırılan hakların hiçbiri bugün mevcut olmayacaktı.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, önceki içtihat hukukunu ve hatta yasaları dikkate alması zorunlu değildir. Bu durum, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından önemli bir zayıflıktır

Öte yandan İşMahK m.8 uyarınca, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, 4857 sayılı İşK'nun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar; İşveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar; STİSK'nun 24. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları (işyeri sendika temsilcilerinin ve sendika yöneticilerinin güvencesi), 34. maddesinin dördüncü fıkrası (işletme toplu iş sözleşmesi), 53. maddesinin birinci fıkrası (toplu iş sözleşmesinin yorumu), 71. maddesinin birinci fıkrası kapsamında açılan davalarda (grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığı tespiti) verilen kararlar; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 10. maddesinin sekizinci fıkrası (sendikalara kayyım atanması), 14. maddesinin dördüncü fıkrası (üyelik kabul edilmeyen kamu görevlisinin açtığı dava) kapsamında açılan davalarda verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

İş davalarında, işe iade ile sendikalar ve toplu sözleşme hukuku uyuşmazlıklarında Yargıtay yolunun kapatılması kabul edilir bir yaklaşım değildir. İşe iade davaları, sendikaların yetki, genel kurul uyuşmazlıkları, grev, işkolu ve işletme kavramları ile ilgili uyuşmazlıklar çok özel ve teknik nitelikteki davalardır. Bu davaların sadece istinaf mahkemelerine itiraz yolu ile gönderilmesi, temyiz ve Yargıtay yolunun kapatılması doğru değildir. Yargıtay yoluna kapatılan bu davalarda, Yargıtay'ın uzman daireleri, içtihatlarını oluşturmak için yıllar harcamış, büyük emek sarf etmişlerdir. Bugün bile zaman zaman içtihatların oturmadığına, uzman dairelerin bile zaman zaman bocaladığına tanık olunmaktadır. İşçi örgütlerinin hukukunu ve toplu pazarlık hakkının kullanılmasını etkileyecek söz konusu düzenlemeler iş hukukunun bu bölümünü adeta sıfırlayacak, yılların getirdiği birikim, emek ve deneyim çöpe atılacaktır.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Güzel (2016), s.35-38.

<sup>65</sup> Necdet Okcan, "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendir-

#### ç. Kararların Ulusal Hukuka, Uluslararası Sözleşmelere, Hakkaniyete Uygunluğunu Ölçme, İzleme, Denetleme ve Raporlama Açısından Sorunlar

Arabuluculuk kararları yayımlanmadığı için, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin çözüme kavuşturulan uyuşmazlık oranında artış sağlayıp sağlamadığının, arabuluculuğa başvuranların tatmininin sağlanıp sağlanmadığının, arabulucuların becerilerinin, arabuluculuk kararlarının tutarlılık derecelerinin, hukuka ve hakkaniyete uygunluğunun ölçülmesi ve değerlendirilmesi mümkün değildir.

Arabuluculuk dosyalarındaki gizlilik ilkesi, Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylamış olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere uygunluğu izleme, denetleme ve raporlamayı da olanaksız hale getirecektir.

#### V. SOSYAL DİYALOG İLKESİNE AYKIRILIK

İşçi ve işverenleri arabuluculuğa başvurmaya zorlayan bu düzenleme nereden alındı, bu konuda sosyal tarafların hepsinin görüşü alındı mı, sosyal taraflar ve iş hukuku öğretisi bu konuda ne düşünüyor diye araştırıldığında, hayretle görülecektir ki, iş hukukunu temelinden sarsacak olan bu düzenleme, esas olarak Adalet Bakanlığı bürokratlarının ve bir grup öğretim elemanının eseridir.

Bu düzenleme hazırlanırken, ne işçi sendika ve konfederasyonlarının, ne o dönemki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bürokratlarının,<sup>66</sup> ne de iş hukuku camiasındaki çoğunluğu bu düzenlemeye karşı uzmanların görüşü alınmıştır. Daha da ötesi, Kanun Tasarısı hazırlandıktan sonraki eleştiriler de dikkate alınmamıştır.<sup>67</sup>

Durumdan memnun olan yalnızca işveren kesimidir.<sup>68</sup>

Oysa sosyal diyalog, UÇÖ ve AB düzeyinde sürekli yükselen bir değerdir. Türkiye'de, AB müktesebatına ve 1993 yılında onaylanmış olan UÇÖ'nün 1976 tarihli 144 sayılı Uluslararası Çalışma Standartları-

---

ilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.220.

<sup>66</sup> Ali Kemal Sayın, "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını, 2016, s.240-256.

<sup>67</sup> Güzel (2016), s.35-38.

<sup>68</sup> Karademir (2016), s.232-240.

nın Teşviği İçin Üçlü Danışma Hakkında Sözleşmesi'ne uyum amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey<sup>69</sup> ve Üçlü Danışma Kurulu (İŞK m.114) kurulmuş olmasına ve UÇÖ'nün 2008 tarihli Adil Bir Küreselleşme İçin Sosyal Adalet Hakkında Bildirgesi'nde sosyal diyalog vurgusu önemli bir yer tutmasına rağmen, sosyal diyaloga işlev kazandırılmamış olması, sosyal barışı tehlikeye düşürmekte, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine ve AB'ne yönelik taahhütlerine aykırılık oluşturmaktadır.

## VI. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN ALTERNATİFLERİ

Kuşkusuz küreselleşen ve liberalleşen Dünya'da devlet, bireylere yargılama dışında başka uyuşmazlık çözüm yolları sunabilir. Ancak bu yollar uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların durumuna uygun ve gönüllülük ilkesine dayalı olmalıdır.

Öte yandan zorunlu arabuluculuğa alternatif olabilecek ve gönüllülük ilkesine dayalı başka bazı alternatif çözüm yolları hukukumuzda yok değildir. Mevcut mekanizmalar güçlendirilebilir ve eksik olan işyeri içi ve işyeri dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları hukuksal düzenlemeye kavuşturulabilir.

İşçilerin yönetime katılmasını sağlayacak mekanizmaların kurulması, iş uyuşmazlıklarının sayısını azaltacaktır.

İşyeri içinde uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kurulması, bazı uyuşmazlıkların işyeri düzeyinde çözümlenmesini sağlayacaktır.

Britanya'da olduğu gibi iş ilişkisi devam ederken birbiriyle anlaşamayan işçiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmede ve böylece işyerinde çalışma barışının sağlanmasında gönüllü arabuluculuk yararlı sonuçlar doğurabileceği için, benzeri bir mekanizma yasal düzenlemeye kavuşturulabilir.

İşçiler belli uyuşmazlıkların çözümü için, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, **İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma** Esasları Hakkında Yönetmelik, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 5840 sayılı Kadın

<sup>69</sup> 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma ve Yöntemleri Hakkında Kanun, RG 21.4.2001, S.24380.

Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu çerçevesinde, Kamu Denetçiliği Kurumu'na, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'na veya Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurma olanağına sahiptir.

İşçiler, işin yürütümü ve iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği çerçevesinde ÇSGB İş Teftiş Kurulu'na başvurabilir.

### Kaynakça

- Acar, Niyazi (2016), "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Sunumu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), TİSK Yayını: Ankara.
- ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) (2015), Conciliation Explained.  
<http://webextdev.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>
- ACAS/CIPD (2013), Mediation: An Approach to Resolving Workplace Issues, A Guide. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/n/n/Mediation-an-approach-to-resolving-workplace-issues.pdf>
- Ashman, Douglas (2011), The Impact of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Employment Law, College of Technology Masters Theses, Paper 56. <http://docs.lib.purdue.edu/techmasters/56>
- Aubrey-Johnson, Kate/ Helen Curtis (2012), Making Mediation Work for You: A Practical Handbook (1st edition), London: Legal Action Group Education and Service Trust Ltd.
- Bakırcı, Kadriye (2012), Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bakırcı, Kadriye (2015), "İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair AK Sözleşmesi)", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73 Sayı: 2015/4.
- Barendrecht, Maurits/Kamminga, Peter/ Verdonschot, Jin Ho (2008), "Priorities for the Justice System: Responding to the Most Urgent Legal Problems of Individuals", Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 002/2008. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1090885>
- Connors, Eugene K./Brooke Bashore-Smith (1991), "Employment Dispute Resolution in the United States: An Overview", 17 *Canada-United States Law Journal*, Issue:2. <http://scholarlycommons.law.case.edu/cuslj/vol17/iss2/15>
- Chereji, Christian-Radu (2016), "Mediation in the European Union: The Directive 2008/52/EC and its Effects on National Legislations", *Conflict Studies Quarterly*, Issue 15.  
<http://www.csq.ro/wp-content/uploads/Christian-CHEREJI.pdf>
- COE (Council of Europe) (2011), Explanatory Report: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence CM(2011)49 final.

- <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.
- De Roo A J/ Jagtenberg R W (1994), *Settling Labour disputes in Europe*, Deventer/ Boston: Kluwer Law and Taxation.
- Delikat, Michael/Rene Kathawala (1998), "Arbitration of Employment Discrimination Claims Under Pre-Dispute Agreements: Will Gilmer Survive?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol. 16, No. 1.
- Edwards, H. T. (1985-1986), "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema", *99 Harvard Law Review*, 1985-1986.
- EC (European Commission) (2002), Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law/ COM/2002/0196 final. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:HTML>
- EP (European Parliament) (2014), Rebooting the mediation directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)
- ECtHR (European Court of Human Rights) (2013), Guide on article 6: Right to a fair trial. [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf)
- EPCLA (European Parliament Committee on Legal Affairs) (2017), <TitreType>Report</TitreType> <Titre>on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters <DocRef>(2016/2066(INI))</DocRef> <Commission>[JURI] </Commission>(Rapporteur: <Depute>Kostas Chrysogonos).
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//EN/Depute>
- Fiss, Owen M. (1984), "Against Settlement", *Yale Law Journal*, Vol.93. [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215)
- Fiss, Owen M. (2009), "The History of An Idea", Faculty Scholarship Series, s.1307 <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss-papers/1307>.
- Feliu, Alfred G. (Editor-in-Chief) (2015), *ADR in Employment Law*, Arlington, Virginia: Bloomberg BNA.
- Feinberg, K. R (2009), "Reexamining the arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement", *Fordham Law Review*, Vol. 78, Issue 3. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4502&context=flr>
- Finkin, M (2014), "Workplace Justice: Does Private Judging Matter?", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Vol.113.
- Gazal-Ayal, Oren/Ronen Perry (2014), Imbalances of Power in ADR: The Impact of Representation and Dispute Resolution Method on Case Outcomes, *Law & Social Inquiry, Journal of the American Bar Foundation*, Volume 39, Issue 4. <https://doi.org/10.1111/lis.12063>
- Grillo, Trina (1991), "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", *Yale Law Journal*, Vol. 100. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7346&context=yjl>
- Güzel, Ali (2016), "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", *Çalışma ve Toplum*, 2016/3.
- Güzel, Ali (2016), "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Alternatif Çözüm Yolları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş*



- Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Hodges, Ann C. (2004), "Mediation and the Transformation of American Labor Unions", 69 *Missouri Law Review*, Issue 2. <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss2/2>.
- Hoffman, Sharon (1996), "Mandatory Arbitration: Alternative Dispute Resolution or Coercive Dispute Suppression", 17 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, No. 1. <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol17/iss1/4>
- Halegua, Aaron (2016), "United States", Resolving individual labour disputes: A comparative overview (Minawa Ebisui/Sean Cooney/Colin Fenwick (eds.)), Geneva: International Labour Office.
- HİADB (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı), (ty) MoJ Presentation\_Turkey\_Mediation\_TR. [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/source/MoJ%20Presentation\\_Turkey\\_Mediation\\_TR.ppt](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/source/MoJ%20Presentation_Turkey_Mediation_TR.ppt)
- Karademir, Derya (2016), "Panel", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Kulms, R. (2012), "Privatising Civil Justice and the Day in Court", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective (K. J. Hopt/F. Steffek (eds.)), Oxford: Oxford University Press. [http://www.academia.edu/7346978/Mediation\\_Principles\\_and\\_Regulation\\_in\\_Comparative\\_Perspective](http://www.academia.edu/7346978/Mediation_Principles_and_Regulation_in_Comparative_Perspective)
- Kokott (2009), Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 April 2009 (Case C97/08 P Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities), European Court Reports 2009 I-08237. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0097>
- Lipsky, David B./Ronald L. Seeber (2000), "Resolving workplace disputes in the United States: The growth of alternative dispute resolution in employment relations", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 2(3). <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=articles>
- Menkel-Meadow, Carrie (1997), "When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals", *UCLA Law Review*, Vol. 46, No. 6 <https://ssrn.com/abstract=139667>
- Menkel-Meadow, Carrie (2002), "When litigation is not the only way: Consensus building and mediation as public interest lawyering", 10 *Washington University Journal of Law & Policy*. <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=facpub>
- Menkel-Meadow, Carrie (2006), "Peace and justice: Notes on the evolution and purposes of legal processes", *Georgetown Law Journal*, 94(2). [https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac\\_lectures](https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_lectures)
- Menkel-Meadow, Carrie (2007), "Restorative justice: What is it and does it work?", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol.3. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.2.081805.110005>.
- Menkel-Meadow, Carrie (2009), "Empirical studies of ADR: The Baseline problem of what ADR is and what it is compared to".



- [https://www.researchgate.net/publication/228139673\\_Empirical\\_Studies\\_of\\_ADR\\_The\\_Baseline\\_Problem\\_of\\_What\\_ADR\\_is\\_and\\_What\\_it\\_is\\_Compared\\_to?enrichId=rgreq-bd5a15259a2385c24185ab32d3d3d4ec-XXX&enrichSource=Y292ZXJYUWdlOzlyODEzOTY3MztBUzoyODk1NTc1NDQyMjY4MTIAMTQ0NjA0NzMwNjkxMQ%3D%3D&el=1\\_x](https://www.researchgate.net/publication/228139673_Empirical_Studies_of_ADR_The_Baseline_Problem_of_What_ADR_is_and_What_it_is_Compared_to?enrichId=rgreq-bd5a15259a2385c24185ab32d3d3d4ec-XXX&enrichSource=Y292ZXJYUWdlOzlyODEzOTY3MztBUzoyODk1NTc1NDQyMjY4MTIAMTQ0NjA0NzMwNjkxMQ%3D%3D&el=1_x)
- Menkel-Meadow, Carrie/Abramson, Harold I. (2011), *Mediating Multiculturally: Culture and the Ethical Mediator*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works: 961.
- <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/961>
- Menkel-Meadow, Carrie (2015a), *Variations in the Uptake of and Resistance to Mediation Outside of the United States*, UC Irvine School of Law Research Paper No. 2015-80.
- <file:///C:/Users/SONY/Downloads/SSRN-id2658903.pdf>
- Menkel-Meadow, Carrie (2015b), "Process pluralism in transitional/restorative justice", *International Journal of Conflict Engagement and Resolution*, 3(1).
- Mnookin, R./ Peppet, S./ Tulumello, A. (2000), *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes* (2nd ed.), Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Mori, Ipsos/Caroline Booth/Michael Clemence/Sara Gariban (2016), *Acas collective conciliation evaluation*. <http://m.acas.org.uk/media/pdf/1/b/Acas-collective-conciliation-evaluation-2016.pdf>
- Nolan-Haley/ Jacqueline M. (2012), "Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 37.
- <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1967&context=ncilj>
- Okcan, Necdet (2016), "Panel", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Sayın, Ali Kemal (2016), "Panel" *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (14 Mayıs 2016), Ankara: TİSK Yayını.
- Saundry, Richard /Gemma Wibberley (2015), "Workplace Mediation - Transforming the Culture of Conflict Management?" Conference paper, CIPD Applied Research Conference. [https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management\\_2015\\_tcm18-15587.pdf](https://www.cipd.co.uk/Images/workplace-mediation-transforming-the-culture-of-conflict-management_2015_tcm18-15587.pdf)
- Silberman, R. Gaull/ Susan E. Murphy/ Susan P. Adams (1994), *Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims*, 54 *Louisiana Law Review*. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol54/iss6/6>
- Steadman, Felicity (ty), *Handbook on Alternative Labour Dispute Resolution, the ILO's Regional Office for Asia and the Pacific in Bangkok and the International Training Centre of the ILO*.
- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.516.3538&rep=rep1&type=pdf>
- Stone, Katherine Van Wezel (1996), "Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights the Yellow Dog Contract," *Denver University Law Review*, Vol. 73, No 4.

<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1601>

Schiavetta, Susan (2004), "Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?", *Journal of Information and Law&Technology*, 3. [https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004\\_3/schiavetta/](https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/schiavetta/)

Sherwyn, David /J. Bruce Traoev/Zev J Eigen (1999), "In Defense of Mandatory Arbitration of Employment Disputes: Saving the Baby, Tossing Out the Bath Water, and Constructing a New Sink in the: Process", *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 2(1).

Şişli, Z (2012), "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2.

Tanrıver, Süha (2006), "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64 (Pekcanitez, H., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s. 12-16'dan naklen).

U.S. Department of Labor (1994), Report and Recommendations Commission on the Future of Worker-Management Relations [The "Dunlop Commission"], Washington, DC: Government Printing Office, December.

[https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key\\_workplace](https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1004&context=key_workplace)

Vilches Such V./Verbeke A.L./Menkel-Meadow C. (2016), "Mandatory Workplace Mediation", *Advancing Workplace Mediation Through Integration of Theory and Practice* (Bollen K./Euwema M./Munduate L. (eds.)), Springer:Switzerland. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0\\_9](https://doi.org/10.1007/978-3-319-42842-0_9)

Welsh, Nancy A. (2004), "Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories", *Journal of Legal Education*, Vol. 54, No.1. <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1965&context=facscholar>

### **Mahkeme Kararları**

AYM 10.07.2013, E.2012/94, K.2013/89, RG 25 Ocak 2014, S. 28893.

AYM 19.10.2005, 2003/66E, 2005/72 K, RG. 24 Kasım 2007, S.26710.

Cole v. Burns International Security Services (D.C. Cir. 1997) 323 U.S. App. D.C. 133, 105 F.3d 1465.

<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1201038.html>

ECJ (European Court of Justice), Joined Cases C-317/08, C318/08, C319/08 and C-320/08 Rosalba Alassini and Others v Telecom Italia SpA and Others, 18 March 2010.

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

ECtHR (European Court of Human Rights), Deweere v. Belgium, Appl. no. 6903/75, Judgment of 27 February 1980.

[http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Deweere%20v.%20Belgium%20\[27%20Feb%201980\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Deweere%20v.%20Belgium%20[27%20Feb%201980]%20[EN].pdf)

Garrity v. Lyle Stuart, Inc., 353 N.E.2d 793, 794 (1976).

Gilmer v. Interstate Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/20/>

Halsey v. Milton Keynes NHS Trust (2004) EWCA Civ. 576. <http://www.bailii.org/cgibin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>