

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARI VE TAHKİM

A. Buğra AYDIN*

GİRİŞ

Türkiye’de adaletin tesisinin önündeki en büyük engellerden birisi, şüphesiz uzun yargılama süreleridir. Gerek Anayasa Mahkemesinin, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında sıklıkla ifade edilen bu husus, son otuz seneye ait kalkınma planlarının tamamında, sürekli olarak yer almıştır. Yürütme erki tarafından gösterilen bu ilgiye rağmen, istatistiki veriler bu çabaların başarısız olduğu gösterir niteliktedir. Son dönemde yayınlanan yargı istatistiklerine bakıldığında, uzun yargılama sürelerinin en önemli sebebinin mahkemeler ve hakimlerin iş yükü olduğu kolaylıkla gözlemlenebilmektedir.

Söz konusu istatistiki verilerden örnek vermek gerekirse, hukuk mahkemelerinde yıl içinde açılan toplam dava sayısı 2004 senesinde 1.391.095 iken, bu rakam 2014 senesine gelindiğinde 2.024.456 olarak kaydedilmiştir. Toplam açılan dava sayısındaki artışın mahkemeler üzerindeki etkisini göstermek bakımından, belki de en çarpıcı rakam bir önceki yıldan devreden dava sayısındaki artıştır. Hukuk mahkemelerine 2004 senesine 2003 senesinden toplam 679.501 dava devrederken, 2014 senesine 2013 senesinden devreden dava sayısı 1.165.621’e ulaşmıştır. Devreden dava sayısındaki artışa söz konusu yıl içinde açılan dava sayısındaki artış da eklenmiş; 2004 senesinde 177 gün olan ortalama dava süresi, 2014 senesinde 207 gün olarak kaydedilmiştir¹.

Kanun koyucunun, süratli bir şekilde çözüme kavuşması için, basit yargılama usulüne tabi kıldığı iş hukuku yargılaması hakkındaki istatistiki veriler de dikkat çekicidir. 2004 senesinde 102.386 yeni iş hukuku davası açılırken, on sene içerisinde bu rakam %70’den fazla bir artışla 177.267 adet olarak ölçülmüş; bir önceki seneden

* Av., İstanbul Barosu

¹ Söz konusu istatistik çalışması için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü internet sayfası: http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/134.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2015)

devreden dava sayısı ise 2004 senesinde 78.469 iken on yılda oldukça ciddi bir artış göstererek 2014 senesine gelindiğinde 217.340'ı bulmuştur².

Bu veriler, ivedilikle, yargıda, reform düzeyinde değişiklikler yapılmasının gerekli olduğunu göstermektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu bakımdan reform seçeneklerinden birisi olarak kabul edilebilecektir. Nitekim T.C. Kalkınma Bakanlığının 2014-2018 Onuncu Kalkınma Planı'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yer vererek, hukukun tüm dallarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ağırlık verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla gelecek taze kana en çok hangi hukuk dalı ihtiyaç duymaktadır? İstatistiki verilere bakıldığında, bir önceki yıldan devreden dava sayısındaki artış oranında ikinci sırada⁴ gelen İş mahkemelerinde ciddi bir reform gerekliliği olduğu açıktır. Basit yargılama usulüne tabi kılınmasına rağmen, uygulamada ilk derece iş hukuku uyuşmazlıklarının, özellikle istihdamın ve mahkeme yoğunluğunun yüksek olduğu büyük şehirlerde, bir ila bir buçuk yıldan önce çözülmesi oldukça az görülen bir vakadır.

İş hukukunda işçi ile işveren arası ilişkilerin yoğun kişisel nitelik taşıması, devamlılık göstermesi ve açılacak davaların bu ilişkilere zarar vererek ilişkilerin tamamen yıkılmasına yol açması nedeniyle, iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının benimsenmesinde büyük faydalar bulunmaktadır⁵. Tarafların birbirlerinin karşısına hasım olarak çıktığı ve karşılıklı yıpratmalarla geçen dava süreci sonunda eski münasebetlerin tekrar kurulabilmesi imkânsız olduğu gibi, tarafların bu süreç zarfında önemli maddi zararlara uğramaları da kuvvetle muhtemeldir⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında, ülkemiz iş hukuku mevzuatında da düzenlenmiş olması hasebiyle, tahkim yargılaması öne çıkmaktadır. Tahkimin, mahkeme yargılamasına tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi hiç

² Söz konusu istatistik çalışması için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü internet sayfası: http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/135.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2015)

³ "Hukukun tüm dallarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ağırlık verilecektir." T.C. Kalkınma Bakanlığı 2014-2018 Onuncu Kalkınma Planı, md.194.

⁴ Tüketici Mahkemeleri bu konuda birinci sıradadır.

⁵ Güney Afrika'da yapılan ampirik bir araştırmanın sonuçlarına göre mahkemeye düşen iş hukuku ihtilafları ile işsizlik oranı arasında bir bağlantı olduğu, işçileri koruyucu hükümlerin işverenlerin istihdam dürtüsünü azalttığı gözlemlenmiştir. Çalışma, daha etkin uyuşmazlık çözüm yollarının işsizlik oranını azaltmada faydalı olabileceği sonucuna varmıştır. Söz konusu çalışma için bkz. BHORAT, Haroon, JACOBS, Elne ve VAN DER WESTHUIZEN, Carlene; "Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa", Africa Growth Initiative Working Paper 6 | Şubat 2013, <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Papers/2013/02/industrial-employment-south-africa/02-industrial-employment-south-africa.pdf?la=en> (Erişim Tarihi: 01.10.2015)

⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, 2013, sf. 758, 759.

şüphesiz yargılama faaliyetinin hızıdır. Devlet otoritesinin altında şekillenmiş mahkeme yapıları, iş yükü, bürokratik teamüller ve yasal zorunluluklar gibi nedenlerle önlerine gelen uyuşmazlığın çözümünde yeteri kadar hızlı davranmamaktadırlar. Tahkim yargılmasının sağladığı sürat, bu anlamda özellikle hızlı ticari hayat baskısı altındaki tacirler için cazip gelmektedir. Benzer şekilde, gerek bireysel, gerekse toplumsal anlamda ciddi hak kayıplarına yol açabilecek iş hukuku uyuşmazlıkları da süratle çözülmeye muhtaçtır. Zira, bir ülkenin iktisadi gelişimi iş ve işveren arasındaki ilişkilerin en iyi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır⁷. Bu bakımdan iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim, iş mahkemelerine ciddi bir alternatif niteliğindedir⁸.

İş hukukunun kendine has bir takım özellikleri, iş uyuşmazlıklarında uygulanacak tahkim hükümlerini ticari tahkim hükümlerinden ayırmaktadır. İş ilişkisinin tarafları arasındaki eşitsizlik, tahkimin kuruluş şartlarının sürekli olarak işçi lehine yorumlanmasını da beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, iş ilişkisindeki zayıf taraf olan işçiyi korumak için benimsenen “işçi lehine yorum” ilkesi, Yargıtay tarafından benimsenen ilke kararlar neticesinde adeta tahkim yargılmasını işlevsiz kılmaktadır. Hukuk sistemimiz tarafından benimsenen diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olan arabuluculuk ve sözleşme içi bir sulh kabul olarak edilebilecek ikâle anlaşması ile kıyaslandığında, Yargıtayın tahkime dair bu tutumunun, iş hukukunda bir takım tutarsızlıklar ortaya çıkardığı söylenebilecektir.

İşbu çalışma kapsamında öncelikle iş hukuku uyuşmazlık çeşitlerine tanımsal bir giriş yapılacak, daha sonrasında ise bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için uygulanabilecek tahkim esasları hakkında bilgi verildikten sonra arabuluculuk ve ikâle hükümleriyle bir kıyaslama yapılmaya çalışılacaktır. Toplu iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü ve tahkimin bu denklemdaki yeri kendi başına detaylı bir çalışmayı gerektirdiğinden işbu çalışma sadece bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında tahkimin yerini incelemeyi hedeflemektedir.

I. İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI

Eşyanın tabiatı gereği, iş ilişkilerindeki taraflar arasında zaman zaman bir takım uyuşmazlıkların olması olağandır. Söz konusu uyuşmazlıklar işçi ve işveren arasında

⁷ ESENER, Turhan; *İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yoluyla Çözümü*, İstanbul Matbaası, 1970, sf. 1.

⁸ Bu durum Türkiye dışındaki ülkelerin de dikkatini çekmiştir. Sırasıyla 2004 yılında Japonya, 2007 yılında Çin Halk Cumhuriyeti ve 2009 yılında Amerika Birleşik Devletleri bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümlenmesinin önünü açmışlardır. Bu üç ülke arasında Amerika Birleşik Devletleri uyuşmazlık çözümünde devletin müdahalesini göreceli olarak en az tuttuğu söylenebilecekken yine de bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı mahkemeler eliyle çözülmektedir. Bkz. BROWN, Ronald C.; “Comperative Alternative Dispute Resolution for Individual Labor Disputes in Japan, China and the United States: Lessons from Asia?”, *St. John’s Law Review* 86 *St. John’s L. Rev.* (2012), sf. 543, 547, Heinonline elektronik veritabanı (Erişim Tarihi: 01.10.2015).

olabileceği gibi, işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında da görülebilir. Bu bağlamda iş uyuşmazlığı genel olarak, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkileri konusundaki ortaya çıkan anlaşmazlıktır. İş hukuku uyuşmazlıkları ayrıca uyuşmazlığın niteliğine ve konusuna göre de hak ve menfaat uyuşmazlığı olarak ayrılabilir⁹.

A. Bireysel İş Uyuşmazlıkları

Bireysel iş hukuku uyuşmazlığı en genel tanımıyla, işçi ve işveren arasında kurulan hizmet sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklardır¹⁰. Bir başka tanıma göre ise bireysel (ferdi) iş uyuşmazlıkları, “*bir işçi topluluğunu ilgilendirmeyen, işveren ile bir veya birkaç işçiyi ilgilendiren uyuşmazlıklara*”¹¹ denir. Uyuşmazlığın işçi tarafı, sendika üyesi ise durum farklılaşacaktır. Bu halde, işçinin mensubu olduğu sendika duruma müdahil olup aradaki bireysel uyuşmazlığı toplu iş uyuşmazlığı seviyesine çıkartmışsa, bunun artık bir toplu iş uyuşmazlığı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda bireysel uyuşmazlık ile toplu uyuşmazlık adeta birleşmekte ve sendikaya toplu iş uyuşmazlıklarında kullanılan çözümlenme araçlarına başvurma hakkı tanınmaktadır¹².

B. Toplu İş Uyuşmazlıkları

Esener, toplu iş uyuşmazlığını, “*tüzel kişiliği haiz bir işçi topluluğunun müşterek menfaat veya hakları ile ilgili olarak işverenle veya işveren teşekkülü ile çıkardığı uyuşmazlıklar*”¹³ olarak tanımlamaktadır. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, toplu iş uyuşmazlığından bahsedebilmek için iki unsurun bir arada olması gerekmektedir: işçi tarafın ve uyuşmazlığın toplu niteliği. Toplu iş uyuşmazlığının söz konusu olabilmesi için uyuşmazlığın bir grup işçi tarafından çıkartılan uyuşmazlık tek başına yeterli değildir. Bu uyuşmazlık neticesinde sendika ve federasyon gibi tüzel kişiliği haiz kurumların toplu görüşme yapma yetkisine sahip kılınması da gerekmektedir¹⁴. Bir başka deyişle, uyuşmazlık tarafı işçi veya işçilerin, sendika veya federasyon üyeliklerinin bulunmaması gerekmektedir. Söz konusu uyuşmazlık tek bir işçiden kaynaklansa dahi, yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinin ihlal edildiği durumlarda toplu iş uyuşmazlığı söz konusudur¹⁵. Toplu iş uyuşmazlıkları genelde bu şekilde

⁹ KOÇ, Muzaffer ve ÇUKUR, Mürsel; “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem” Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, s:7, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014).

¹⁰ TUNÇOMAĞ, Kenan; *İş Hukuku - Cilt II*, Sermet Matbaası, 1980, sf. 179 .

¹¹ ESENER, *a.g.e.*, sf. 3.

¹² ESENER, *a.g.e.*, sf. 3, dn.1.

¹³ ESENER, *a.g.e.*, sf. 1.

¹⁴ 3008 sayılı İş Kanunu bu şekilde bir ayırım yapmamış belli bir işçi sayısını aşan ihtilafları “toplulukla iş ihtilafı” olarak tanımlamıştır. (3008 Sayılı İş Kanunu md.77).

¹⁵ ESENER, *a.g.e.*, sf. 2.

çıkma ile birlikte, işçi sendikalarının “işkolü toplu sözleşmesi” (birden çok işyeri ile müzakere yapmak için yetki alınması hali) yapması halinde uyuşmazlığın her iki tarafı da tüzel kişi olabilmektedir. Bu durumda bir tarafta işçi sendikası diğer tarafta işveren sendikası veya federasyonu bulunmaktadır¹⁶.

Toplu iş uyuşmazlığının ikinci unsuru ise müşterek menfaatin sağlanması için bir uyuşmazlığın çıkarılmış olmasıdır. Böyle bir halde ya toplu görüşmeler sırasında çalışma şartları üzerinde bir anlaşmaya varılamamakta, ya da toplu iş sözleşmesinin bir hükmünün uygulanmasından veya yorumlanmasından bir uyuşmazlık çıkmaktadır¹⁷.

Tahkim hususu hem toplu iş uyuşmazlıklarını hem de bireysel iş uyuşmazlıklarını alakadar etmektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarının da bir yanı işçi sendikası, diğer tarafı işçi sendikası veya işveren olan taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi ile çözümlenebilir. (6356 sayılı Kanun md.52/1). Ayrıca toplu iş sözleşmesine konan tahkim şartı da geçerlidir. Taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık hakem tarafından çözülebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bunun sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikasını bağlayacak olmasıdır. Özel tahkim şartı, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu koşul sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğuracaktır¹⁸. Çalışmamızın odak noktası, tahkim müessesesi ile bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları arasındaki ilişki olduğundan, toplu iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla bertaraf edilmesi işbu çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır¹⁹.

II. BİREYSEL İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi, tahkim yargılamasının sağladığı avantajları da beraberinde getirmektedir. Doğru şekilde uygulandığında tahkim kurumunun iş hukukuna ciddi katkıları bulunmaktadır²⁰. Tahkim yargılamasına başvurulması işverenin olduğu kadar işçinin de lehine olabilir. Taraflar daha kısa sürede uyuşmazlıklarını çözerek çözümün getireceği mali kazançlara ulaşabilecektir. Ekonomik olarak işverene göre daha zayıf olan işçinin, uyuşmazlığın daha kısa

¹⁶ TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, sf. 182-183.

¹⁷ ESENER, *a.g.e.*, sf. 2.

¹⁸ GÜNAY, Cevdet İlhan; *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, Yetkin Yayınları, 2013, sf. 1180.

¹⁹ Toplu iş uyuşmazlıklarında mevcut olan zorunlu tahkim müessesesi ile bireysel uyuşmazlıklarda bulunan ihtiyari tahkim müessesesi hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammed ve BİRBEN, Erhan; “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, *Prof.Dr. Turhan Tüfhan YÜCE’ye Armağan*, İzmir 2001, sf.149-176.

²⁰ SHULMAN, Harry, “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, 1955, . Faculty Scholarship Series Paper 4617. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

sürede çözülmesi sonucu, çözümün getireceği ödemelere süratle sahip olması ve iş uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözümlenerek işçinin üretim faaliyetine kısa süre içinde devam etmesi de mümkün olacaktır²¹.

Hiç şüphesiz mahkemeye oranla tahkim, işçi açısından, çok daha pahalı bir çözümdür. Bununla birlikte bu durumun olumlu bir yanı da vardır. Tahkim kaydının bulunduğu bir sözleşmede işçi, hakeme başvurmadan önce daha dikkatlice düşünmek zorunda kalacak; olur olmaz açılacak iş hukuku davaların önüne geçilebilecektir. Tahkim yargılamasının yaygınlaşması, mahkemeler önündeki feshin geçersizliğinin tespiti davalarının uygulamadaki sayısını azaltabilecektir²².

Tüm bu avantajlarla birlikte, iş sözleşmesi tarafları arasındaki asimetrik ilişki de dikkate alınmalıdır. Ülkemizde iş sözleşmelerine konulan hükümler, çoğu zaman güçsüz durumdaki işçiler tarafından bilinmeden veya karşı konulamadan imzalanmaktadır. Özellikle yüksek işsizlik oranlarının söz konusu olduğu zamanlarda ve/veya sektörlerde bu durum, kendisini daha belirgin olarak göstermektedir. Bu nedenle, eşit olmayan iki taraf arasındaki anlaşmalara ilişkin uyuşmazlıklarda çözüm yolu olarak tahkim seçilecekse, bu tercihin tacirler arasındaki anlaşmalara uygulanacak geçerlilik şartlarından daha farklı olması gerekmektedir.

İşçi ile işveren arasındaki sözleşme, diğer sözleşmelerden temel bakımından ayrılmaktadır. Bu sözleşmenin konusu, bir insanın fiziksel ve/veya düşünsel gücünü sarf ederek, sözleşmedeki karşı tarafın işini yapmasıdır. İşçinin öz varlığının sözleşmeye konu olması sebebiyle iş sözleşmesini düzenleyen kural ve kurumların amacı temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamı ile korunmasıdır²³.

A. İş Kanunundaki Düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin Kararı

Bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü hususu, İş Kanunu md. 20'de düzenlenmektedir. 2007 yılında değişiklik geçirmeden önce bu madde aşağıdaki şekilde hükümler içermektedir:

“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür²⁴.

²¹ KOÇ ve ÇUKUR, *a.g.e.*, s:16-17.

²² CENTEL, Tankut; *İş Güvencesi*, Legal Yayınevi, 2013, sf. 158.

²³ ŞİŞLİ, Zeynep; “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, Sayı: 2, sf. 47-48 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014).

²⁴ Mülga İş Kanunu ise benzer bir hüküm içermektedir. Mülga İş Kanunu md. 13/C: Hizmet akdi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.”

Mülga İş Kanunu ile benzer nitelikte düzenlemeler içeren bu madde ile bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözülebilecektir.²⁵ Yukarıda yer alan düzenlemede “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...*” ve “*Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir*” ifadeleri, Anayasa Mahkemesinin 24.11.2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 19.10.2005 tarihli ve 2003/66 Esas, 2005/72 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu iptal neticesinde maddenin uygulanma alanı daralsa bile, bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında tahkim kabul edilmektedir²⁶.

iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

²⁵ Uluslararası İş Örgütü'nün 158 Sayılı Sözleşmesi'nin 8. Maddesi de benzer bir düzenleme getirmektedir: “*A worker who considers that his employment has been unjustifiably terminated shall be entitled to appeal against that termination to an impartial body, such as a court, labour tribunal, arbitration committee or arbitrator.*”

²⁶ Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

a) “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” Bölümü

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.

Anayasa'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.

İptali istenilen kuralın, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır.

Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Bu nedenle kuralın “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b) “...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” Bölümü

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 Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi iki husus yönünden İş Kanunu md. 20 düzenlemesini hukuka aykırı bulmuştur. Birinci husus, toplu iş sözleşmelerine getirilen bir hükümlerle kişinin Anayasa ile korunan hak arama özgürlüğünün kısıtlanamayacak olmasıdır. İkinci ihlal unsuru ise, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapılan düzenlemeler HUMK'ta düzenlenirken, iş hukuku uyumsuzluklarına ilişkin tahkim usullerinin yönetmelikle düzenlenmesinin adil yargılama hakkını ihlal etmesidir. HMK'da da, HUMK'a benzer şekilde, tahkim yargılamasının usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler yer aldığı için, Anayasa Mahkemesinin tahkim yargılamasının kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri bugün de geçerliliğini sürdürmektedir. Ancak ilk ihlal unsurunun daha detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararı incelendiğinde, tahkim yargılamasına başvurma kararının ancak işçinin kendisi tarafından ileri sürülen bir irade beyanı ile olabileceği, toplu iş sözleşmesine bu yönde bir hüküm koyulmasının söz konusu iradeyi ortaya koyamayacağı ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 20'inci maddesini Anayasa md. 36 hükmü çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu maddeye göre: *“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”* Görüldüğü gibi, İş Kanunu md. 20 ile getirilen düzenleme kişilerin hak arama hürriyetlerine getirilen

Bu nedenlerle, kuralın “... taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

...

2) Dördüncü Fıkra

...

20. maddenin dördüncü fıkrasında özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi öngörülmektedir.

HUMK'nun 516 ila 536. maddeleri arasında, özel tahkim kurulunun oluşumuna ve görevlerine ilişkin kurallar yer almaktadır.

HUMK'nun 527. maddesinde hakemlerin hangi hallerde sulh mahkemesine başvurabilecekleri, 528. maddesinde tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik söz konusu olursa, ceza mahkemesince bir karar verilmeye kadar tahkim incelemesinin erteleneceği, 529. maddesinde hakemlerin ilk oluşumundan itibaren altı ay içinde hüküm vermek zorunda oldukları, aksine yapılan sözleşmelerin batıl olduğu ve bu konudaki uyumsuzlukların yetkili mahkemece çözümleneceği, 530. maddesinde hakem kararlarında nelerin olması gerektiği, 531. maddesinde hakemlerin çoğunlukla karar verebilecekleri, 533. maddesinde hakemlerin kararlarının hangi hallerde temyiz edilebileceğinin kurallara bağlandığı görülmektedir.

Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasa Mahkeme'nin ilgili kararına <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ead9efda-3b24-455f-96a8-812aa4700a6d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 27.12.2014) internet adresinden ulaşılabilir.

bir sınırlama olarak nitelendirilmektedir. Şüphesiz tüm tahkim anlaşmaları bu bakımdan kişilerin hak arama hürriyetlerini sınırlar nitelikte değerlendirilebilir. Ancak iş sözleşmelerine ilişkin tahkim anlaşmaları, taraflar arasındaki ekonomik eşitsizliklerden dolayı farklı bir konumdadır.

Tunç Yücel'e göre; İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesini, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla birlikte yorumladığımızda, kanun koyucunun, iş mahkemelerini, işçinin korunması ilkesi çerçevesinde özel mahkemeler olarak öngördüğü ve bu mahkemelerdeki uyuşmazlıkların yalnızca iş ve sosyal güvenlik hukukunda uzman hakimlerce çözülmesini amaçladığı sonucuna varılabilmektedir. İş hukukunda tahkimin sınırları da bu amaçları aşmayacak şekilde çizilmelidir. Dolayısıyla 20. Maddede dayanak bulan hakem yargılamasının kapsamını iş mahkemeleri aleyhine genişletmek Anayasanın güvence altına aldığı "yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olması" ilkesine ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesine aykırılık teşkil edecektir²⁷.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde artık, iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik olarak toplu iş sözleşmelerine getirilen hükümler geçersizdir. İşçi ve işveren arasında bu yönde yapılacak bir anlaşma işçiyi bağlamayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1965 tarihinde verdiği karar da bu bakımdan Anayasa Mahkemesi hükmünü destekler niteliktedir:

*"Yukarıda anılan kanun hükümleriyle bilim alanındaki görüşlerin karşılaştırılmasında: İşçi Sendikasının işverenle yaptığı Toplu İş Sözleşmesindeki (tahkim şartının) sendika ile işverenin karşılıklı hak ve borçları sebebiyle kendilerini ilgilendireceği, sendika üyesi olan işçinin, sözleşmede tarafların yükümlülüklerini düzenleyen hükümlere göre çalışma karşılığı olan hak ve alacaklardan yararlanacağı, sözleşmedeki tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı, bunun da işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden ileri geldiği, toplu sözleşmedeki özel hakeme başvurma hükmününün teşmil edilmeyeceği kuralının da bu yönü doğruladığı sonucuna varılmıştır. Özet olarak denilebilir ki, Toplu İş Sözleşmesindeki tahkim şartı, çalışması karşılığı bulunan Kişisel Hakkını işverenden isteyen işçiyi bağlamaz."*²⁸

Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında, Anayasa'ya aykırılık unsurunun işçinin tercihini kısıtlama noktasında kendisini gösterdiği görülebilmektedir. Gerçekten de ilgili kararda, İş Kanunu md. 20'de yer alan "taraflar anlaşılırsa" ifadesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bu kapsamda yapılacak değer-

²⁷ TUNÇ YÜCEL, Müjgan; "Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem Kararının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtilmeden Karar Verilmesi" başlıklı ve 22.3.2004 tarih ve E.2004/5846, K.2004/5621 sayılı Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Karar İncelemesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı 3, sf. 275-287, sf. 282.

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.1965 tarihli ve 1964/9-634 E, 1965/405 K sayılı kararı.

lendirmenin işçinin tercih hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir. İşçi, pekala toplu iş uyuşmazlıklarını tahkim yargılamasına götürmeyi tercih edebilecektir. İşçinin bu hakkının tamamen ortadan kaldırılmaması, tahkim yargılamasının getirdiği avantajlar da dikkate alındığında, hakkaniyet gereğidir. Nitekim, toplu iş sözleşmesi neticesinde yaşanan uyuşmazlığın toplu iş uyuşmazlığına dönüşmeme ihtimali de bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sadece bir işçiyi ilgilendiren bir uyuşmazlıkta işçi sendikasının uyuşmazlıkla ilgili müdahale yetkisini kullanmaması, söz konusu uyuşmazlığa bireysel bir nitelik kazandırmaktadır.

B. Tahkim Anlaşmasının Zamanı

Tahkim şartının iş sözleşmelerinde yer almaması hususu sadece toplu sözleşmelerle sınırlı değildir. Bireysel iş sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının da geçersiz olacağı Yargıtayın aşağıda ayrıntıları paylaşılan içtihatları tarafından da kabul edilmektedir. Sözleşme tarafları arasındaki ekonomik eşitsizlikten kaynaklanan bu kabule göre, sözleşme yapma sırasında gelir endişesiyle hareket eden işçinin tahkim şartına karar verirken sağlıklı düşünmesi zordur. Bu nedenle, iş sözleşmelerine konulan tahkim şartları geçersiz olacaktır. Tahkim tercihinin iş ilişkisine son verildikten sonra yapılması gerekmektedir.

“...fesihden önce sözleşmelere konulan veya ayrıca düzenlenen tahkim şartı içeren hükümler geçersizdir.”²⁹

“Görev kamu düzenine ilişkindir ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınır....İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan özel hakem sözleşmesi, veya iş sözleşmesindeki hakem kaydı işçinin serbest iradesini yansıtmaması nedeniyle geçersiz olduğundan, uyuşmazlığın özel hakemce görülme olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle iş mahkemesi görevlidir.”³⁰

“İşe iade davalarının özel hakeme götürülmesi anlaşması, ancak fesihden sonra yapılması halinde geçerli olur. Ekonomik açıdan zayıf olan işçinin sözleşme sırasında kararlaştırılan özel hakem anlaşmasını özgür iradesiyle imzaladığı kabul edilemez. Özel hakem anlaşması 21.07.2005 tarihinde yapılmış ve fesih 03.10.2007 tarihinde yapıldığına göre, verilen görevsizlik kararı ve özel hakem anlaşması geçersiz olduğundan...”³¹

İş sözleşmesinin imza tarihinden sonraki bir tarihte çıkacak bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim anlaşmasının yapılamayacak olması HMK md.412/4 hükmüne açık bir ayrılık teşkil etmektedir. Nitekim HMK md. 412/4 uyarınca, tahkim sözleşmesi-

²⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.05.2008 tarihli ve 2008/10997 E. 2008/12660 K. sayılı kararı.

³⁰ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2011 tarihli ve 2011/215 E., 2011/955 K. sayılı kararı.

³¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.11.2008 tarihli ve 2008/5830 E., 2008/29774 K. sayılı kararı.

ne karşı tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Ancak iş hukuku uygulamasında açıkça görüleceği üzere, durum bunun tam tersi niteliktedir. İş hukuku uyuşmazlıklarında tahkim anlaşması sadece halihazırda doğmuş uyuşmazlıklar için geçerli olacaktır. Yargıtayın yerleşik içtihadı bu yönde olmakla birlikte, 9. Hukuk Dairesinin aksi yönde kararlarına da rastlamak mümkündür. Yargıtay, 2007 tarihli bir kararında, özel hakem anlaşmasının, sırf iş ilişkisinin devamı sırasında imzalanmasının irade sakatlığını tek başına göstermeyeceğine karar vermiştir.

“Dairemiz uygulamasına göre, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan hakem kaydına ilişkin anlaşma iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmektedir. Özel hakem anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olması tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermez, iradenin sakatlandığı ayrıca kanıtlanmalıdır. Somut olayda, hakem kaydına ilişkin anlaşmada iradesinin sakatlandığını davacı işçi kanıtlamış değildir. Böyle olunca, özel hakem anlaşması uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”³²

Yerleşik içtihatlara aykırı yukarıda belirtilen karara rağmen Yargıtayın, fesihden önce yapılan özel hakem sözleşmelerinin geçersizliği konusundaki kabulünün genel olarak tutarlı olduğu söylenebilecektir. Yargıtay, 2013 tarihli bir kararında, md. 20 hükümlerinden bir kısmının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin, bu kabule bir gerekçe oluşturduğunu ifade etmiştir³³. İş ilişkisinin kurulmasının öncesinde veya devamı sırasında imzalanan tahkim anlaşmaları veya tahkim şartları geçersizdir. Yargıtay, işçinin işverenin tahakkümü altında kalıp kalmadığı hususunu sözleşme süresinin ötesine de taşımaktadır. Yargıtay yukarıda anılan kararında, fesih günü ile aynı gün kabul edilen tahkim anlaşmasını dahi geçersiz saymıştır³⁴.

³² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.11.2007 tarihli ve 2007/37878 E., 2007/35335 K. sayılı kararı.

³³ “Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma - sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. Hükmün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki “Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa veya ...” tümcesinin Anayasa Mahkemesinin 9.10.2005, 2003/66 E 2005/72 Sayılı Kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır. Fesihden önce yapılan özel hakem sözleşmesi geçersizdir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı.

³⁴ “Somut uyuşmazlıkta, öncelikle tahkim şartını içeren belge, fesih bildirim belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. İşçi, halen bu tarihte işverenin denetimi altındadır. Bu nedenle tahkim şartını içeren bu belgenin fesihden sonra düzenlendiğinden söz edilemez.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı. Karara ilişkin kaleme alınan kararın oyu gerekçesindeki şu ifadeler de dikkate değerdir: “Özel hakem anlaşmasının geçerli olması için aranan fesihden sonraya ait olması şartı fesihden sonraki başka bir tarih anlamında değildir. Fesihden sonra olmak şartıyla fesihle aynı tarihli de olabilir.”

Tahkim şartının ne zaman konulabileceği konusundan tartışılması gereken husus uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesinin kararlaştırılması durumunda işçinin mahkemeye gidip gidemeyeceğidir. Eğer özel hakem hakkının, iş mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırmadığı, işçiye verilen bir imkan olduğu kabul edilirse; özel hakem anlaşmasının her zaman (işe girerken, işin devamı sırasında veya son bulduktan sonra) yapılabilmesi mümkündür³⁵. Çünkü bu kabulde, işçinin mahkemeye başvurma hakkının önü kesilmemektedir. İşçi, uyuşmazlık çıktığı durumda ister mahkemeye isterse hakeme başvurabilecektir.

Buna karşılık, özel hakem kaydının mahkemenin yargı yetkisini bertaraf ettiğinin benimsendiği halde, henüz feshedilmemiş iş akdinin öncesinde ve iş akdi sırasında imzalanan tahkim anlaşmalarının hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelecektir. İş Kanunu'nun 4'üncü madde metninde yer alan "...*uyuşmazlık aynı sürede özel Hakeme götürülür*" ifadesinin mahkemeye başvuru hakkını bertaraf ettiği söylenebilecektir³⁶. Bu nedenle işçinin bu anda sağlıklı karar veremeyeceği düşünülmeli ve iş mahkemelerinin kuruluş amacı da dikkate alınarak, işçinin ileriki bir tarihte hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak anlaşmaların hükümsüz olması gereklidir. Ancak bu durumda bile, işçiye tahkime başvurabilme hakkı tanıyan hükümleri sözleşmeye koyma yetkisinin tamamen ortadan kaldırılmaması gerektiği kanaatindeyim. Aksi halde, işçinin hakeme başvurmaya işverenin itirazda bulunmaması dışında, tahkimi olanaklı kılacak başka bir yol da görülmemektedir³⁷.

Özcan'a göre de, işçilerin tahkime başvurma hakkının sözleşme ile önceden düzenlenmesinin önü tamamen kapatılmamalıdır. Sözleşmedeki özel hakeme gitme şartının, iş mahkemesine başvuru hakkının yanında alternatif bir imkân olarak tanımak gerekir. İş mahkemesine başvuru yolunu tıkamak, hakkın özüne ve iş güvencesi ilkelere aykırılık teşkil eder. Böyle bir şarttan dolayı mahkemede hak arama özgürlüğü kısıtlanamaz. Bir hak verip başka bir hakkı ortadan kaldırmak, kanun koyucunun amacına da aykırı olacaktır³⁸.

Tahkim kaydının zamanı bakımından benimsenen kriterler ibranamelere konulan tahkim kayıtları için de geçerli olacaktır. Bilindiği üzere, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşmak için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılabilir³⁹. İbramenin geçerliliğinden bahsedebil-

³⁵ EKONOMİ, Münir; "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, 2003 Mart, Özel Ek 2, sf. 25.

³⁶ AKYİĞİT, Ercan; *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, 2008, sf. 850 vd.

³⁷ CENTEL, *a.g.e.*, sf.158-159.

³⁸ ÖZCAN, Durmuş; *İş Kanunları Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2014, sf. 395-396.

³⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.10.2011 tarihli ve 2011/21843 E., 2011/36476 K. sayılı kararı (yayınlanmamıştır). Karar için bkz. ÖZBEK, *a.g.e.*, sf. 771.

memiz için ibranamenin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu koşulları taşıyan bir ibranamede yer alan tahkim şartı geçerlidir⁴⁰.

Ancak ibra sözleşmesine konulan tahkimin geçerli olması bütünüyle ibraname-nin geçerliliğine bağlanmamalıdır. Zira süre bakımından TBK hükümlerine göre geçerli olan bir ibranamenin işe iade hükümlerinin uygulanabilmesi için mevcut olan hak düşürücü süre ile çakışması söz konusu olabilecektir. Yargıtay yerinde bir değerlendirme ile bir aylık süre dolmadan yapılan ibra sözleşmelerindeki tahkim şartını geçerli kabul etmiştir⁴¹.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda iş ilişkisi süresince adeta her iki tarafı da bağlayıcı bir “tahkim anlaşması yasağı” uygulanmaktadır. Bu yasağı iki tarafa birden uygulamak ne Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarıyla, ne de yerleşik Yargıtay içtihatlarıyla ruhen örtüşmektedir. Her iki tarafı da bağlayan bir anlaşma yerine, hakkaniyete ilişkin çekinceler dikkate alınarak, sadece işverene böyle bir anlaşma yapma yasağı getirilmesi makul olacaktır. Bu durumda iş ilişkisi başlamadan veya bu ilişki kurulduktan sonra imzalanacak bir tahkim anlaşması, sadece işçiye mahkemeye veya tahkime başvurmak konusunda seçimlik bir hak verecek, işverenin ise böyle bir hakkı olmayacaktır. Tahkim hakkının taraflardan sadece bir tanesine tanınırken diğer tarafa böyle bir hakkın verilmediği, dolayısıyla tahkim hakkına başvuru bakımından taraflar arası bir asimetrinin bulunduğu bir tahkim uygulamasında, işçi dilerse tahkime başvurma hakkına sahip olurken, işveren yaşanacak olası bir ihtilafta sadece mahkemelere başvurabilecektir.

Esen'e göre asimetrik tahkim anlaşmalarında genel kural, işçi yahut tüketici gibi zayıf taraflar söz konusu olmadıkça ve yargı yollarına başvurmalarından feragati teşkil etmedikçe, taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde değerlendirilmesi ve geçerli kabul edilmesidir. Buna karşın, taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat imkanı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmasının tarafları arasında tüketici yahut işçi gibi zayıf akit tarafı bulunuyorsa, asimetrik tahkim anlaşması güçlü akit tarafın zayıf akit tarafa dayatması olarak görülmeli ve geçersiz kabul edilmelidir⁴².

Asimetrik tahkim şartları konusunda Esen'in görüşlerine katılmadığımı belir-

⁴⁰ ÖZBEK, *a.g.e.*, sf. 771-772.

⁴¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2012 tarihli ve 2012/12705 E., 2012/5291 K. sayılı kararı. Karar için bkz. ÖZBEK, *a.g.e.*, sf. 773.

⁴² ESEN, Emre; *Kurtarma Yardım Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği*, sf. 154, (EKŞİ, Nuray; *Hukuk Muhakemeleri Kanunda Tahkim*, Beta Yayınları, 2013, sf. 87'den iktibas edilmiştir).

terek, tahkim hakkının sadece işçiye veya tüketiciye verilmiş olması halinde, tahkim şartının ekonomik olarak güçlü olan tarafın zayıf olan tarafa dayatması şeklinde görünmeyeceğini düşünmekteyim. Aksine, işçi lehine asimetric olarak tesis edilen tahkim hakkı, ekonomik olarak güçlü olan işveren tarafında olmayan bir çözüm yoludur. Özellikle işçi sendikaları gibi topluluklar tarafından hazırlanan ve daha çok işçiyi koruyacak hükümlere yer verilen standart bireysel iş sözleşmelerinde tahkim veya mahkeme yollarından birini tercih etme hakkı sadece işçiye verilebilecektir. Bu nedenle taraflarına bakılmaksızın asimetric tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁴³.

Kanımcı, işçi lehine asimetric taşıdığı ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir "tahkim hakkını" düzenlediği müddetçe tahkim anlaşmaları, bireysel iş sözleşmelerin kurulmasından önce, kurulmasından sonra ve hatta bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile dahi kabul edilebilmelidir. Son olarak belirtilmelidir ki, tarafların tahkim anlaşması yapabilmesi için İş Kanunu md. 20'de belirtilen bir aylık süre içinde kullanılması gerekmektedir⁴⁴.

C. Tahkim İradesini Sakatlayan Unsurlar

Tahkim sözleşmesinin tek başına fesihden sonra imzalanması yeterli değildir. Tahkim sözleşmesi fesihden sonra düzenlense bile, tahkim iradesini sakatlayıcı unsurlardan arındırılmış olmalıdır. Tahkim sözleşmesi veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenler tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. TBK md. 27 kapsamında ahlaka aykırı olarak yapılan sözleşmeler veya sözleşme şartları kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir. Tahkim sözleşmesinin de ahlaka aykırı düzenlenmemiş olması gerekmektedir. İş hukuku bakımından bu ahlaka aykırılık, tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi TBK'nın 27'inci maddesi gereğince batıl olacaktır⁴⁵. Yargıtayın 2008 tarihli bir kararında tahkim iradesinin bu özelliği, fesih sırasında dikkate alınmıştır⁴⁶.

⁴³ EKŞİ, *a.g.e.*, sf. 87.

⁴⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 20.09.2011 tarihli ve 2011/215 E., 2011/955 K. sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 04.06.2012 tarihli ve 2012/14231 E., 2012/12386 K. sayılı kararı.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.5.2008 tarihli ve 2007/35895 E., 2008/11994 K. sayılı kararı.

⁴⁶ "Ekonomik ve sosyal üstünlüğü olan davalı işveren ile işçi arasında düzenlenen 12.06.2006 tarihli iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün 6 ve aynı tarihli sulh ve

Bunun yanında tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık olması ile doğru orantılı olmak durumundadır. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde, isterse tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir⁴⁷.

D. Şekil ve Usul

İşveren ile işçi arasındaki tahkim anlaşmasının yazılı mı sözlü mü olacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen dördüncü fıkra kapsamında bunun gibi usul ve esasları düzenleyecek bir yönetmeliğin çıkarılması öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesinin kararından önce, toplu iş sözleşmeleriyle getirilen tahkim şartları yazılı olmak durumunda olduğu kabul edilebilecektir⁴⁸. İş Kanunu md. 8'e göre iş sözleşmeleri, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmeleri gibi bazı iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalıdır. İş sözleşmesinin kendisi herhangi bir şekil şartına bağlı değilse, özel hakem anlaşmasının da herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı ileri sürülebilir⁴⁹. Ancak konu hakkında ikinci bir düzenleme yapılana kadar HMK hükümlerinin, iş hukukunu ilgilendiren tahkim anlaşmalarında da uygulanması gerekmektedir. HMK md. 412/3 kapsamında tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

Özel hakemin verdiği karar kesin olup, temyiz yolu kapalıdır. Sadece HMK'da sayılan sınırlı hallerde iptal davasına tabidir. İş mahkemesinin kararlarına karşı tem-

ibra sözleşmesinin 7.maddelerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine dayalı uyumsuzluk çıkması halinde uyumsuzluğu hakem yolu ile karar bağlanacağı şartına yer verilmiştir. Özellikle davacı tanıkları, işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, imzalanmadığı takdirde referans vermeyeceklerini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da, davalı işverenin davacı işçinin performansından memnun olmadığını, davacının bu durumu düzeltmediğini, tazminat verildiğinde davacı işçinin ayrılacağını kabul ettiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.5.2008 tarihli ve 2007/35895 E., 2008/11994 K. sayılı kararı.

⁴⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı.

⁴⁸ AKYİĞİT, *a.g.e.*, sf. 852.

⁴⁹ ÖZCAN, *a.g.e.*, sf. 395-396.

yiz yolu açık iken, özel hakemin kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu, bir çelişki ve önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁵⁰. Aşağıdaki bölümde açıklanacağı üzere, Yargıtay bir takım bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yargılamasına konu olamayacağını belirtmiştir. Bazı bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları temyiz incelemesine tabi olabilecekken, bazılarının bu incelemenin dışında kalması bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır.

Hakemlerin seçimi hususu da, diğer usul hukuku sorunları gibi açıktır. HMK hükümlerinin bu konu bakımından da kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir. Çelik, emek ve sermayeyi temsil eden işçi ile işveren arasındaki ilişkide gerçek eşitlikten söz edilemeyeceğinden, HMK'da düzenlenen farklı bir uygulamayı tavsiye etmektedir. Buna göre, iş sözleşmesi taraflarınca kararlaştırılan özel hakemin üç kişiden oluşmasının uygun olacak, ancak hakem anlaşmasının geçerliliği için, bunların uyuşmazlığın çıkması üzerine seçilmeleri ve üçüncü hakemin mutlaka mahkemece belirlenmesi koşullarının aranması gerekecektir. Böylece, işverenin hakem seçiminde kendisine yakın kişileri işçiye dayatma olasılığı ortadan kalkacaktır⁵¹.

Taraflar arasında eşitliğin olmadığı iş hukuku ilişkilerinde, Çelik'in belirttiği gibi bir seçim usulünün kabul edilmesi hakkaniyete hizmet edebilecektir. Dahası, çoğu zaman yasal hakları konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan işçilerin, hakem seçiminde korunması gerekmektedir. Sendikalar veya federasyonlar tarafından sağlanan hakem listelerinden seçim yapılması, avukata dahi erişmekte zorlanan işçiler bakımından faydalı olabilecektir.

E. Tahkim Yargılamasının Konusu

İş Kanunu'nda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup Yargıtayca kabul edilmiş olduğu üzere⁵² diğer uyuşmazlıkların İş Mahkemeleri Kanunu md. 1 uyarınca iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de iş güvencesi kapsamı dışındaki hususlar hakkında hakeme değil mahkemeye başvurmak gereklidir. Yıllık ücretli izin, fazla mesai gibi alacaklar iş mahkemesinde görülmelidir⁵³. İş mahkemelerinin yargı yetkisi bu konu kapsamında tartışılmamaktadır. Nitekim iş hukuku uyuşmazlıklarının, hak ve adaletin sağlanması amacıyla oluşturulmuş, kaynağı objektif kurallar olan, kural koyan ve uygulayan devlet erklerinden bağımsız ve hatta bu erkleri de hukuk kuralları çerçevesinde denet-

⁵⁰ ÖZCAN, *a.g.e.*, sf. 395-396.

⁵¹ ÇELİK, Nuri; "Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması", <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ncelik.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 tarihli, 1964/251 E., 1964/506 K. sayılı kararı.

⁵³ ÇELİK, *a.g.e.*, s. 17-30.

leyen, herhangi bir kişi veya kurum tarafından etkilenmeyecek şekilde objektif kurallara dayalı kurulmuş ve çalışan, meslek güvencesi ile donatılmış yargıçların görev yaptığı mahkemeler eliyle çözümü esastır⁵⁴.

Yargıtay da 2010 tarihinde verdiği bir kararda, tahkim yargılamasının konusunu teşkil edemeyecek bir olaya ilişkin tahkim sözleşmesinin, iş mahkemelerinin görevini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir:

*“İş güvencesi hükümleri dışında, İş Kanunu’nda işçilik alacakları ile ilgili tahkim şartı öngörülmediğinden, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, açık yasa düzenlemesi dışında bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelge ile özel hukuk kurulu ve tahkim kurulu öngörmesi, iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır.”*⁵⁵

Yargıtay daha eski tarihli bir kararında yine benzer bir hükme varmıştır:

*“...4857 sayılı kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boştaki geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.”*⁵⁶

Bu ikilik eleştiriye açıktır. İş mahkemelerinin bu konudaki yetkisi, çoğu zaman iş hukuku konusunda uzmanlaşmış yargılama mercilerine ve hakimlere olan ihtiyaç ile açıklanmaktadır⁵⁷. Ancak bu gerekçe oldukça zayıf bir gerekçedir. Tarafların veya mahkemenin seçeceği hakemler de pekala iş hukuku konusunda uzman kişiler olabilecektir. Hatta, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına kıyasla tercih edilmesinin sebeplerinden birisi de hakemlerin spesifik uyuşmazlıklar hakkında hakimlere oranla daha derinlikli bilgi sahibi olabilmeleridir. Uygulamada iş mahkemesi önüne giden hususların büyük bir bölümü de zaten bilirkişiler eliyle çözüme kavuşmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay tarafından iş mahkemelerine sürekli olarak yargı yetkisi

⁵⁴ ŞİŞLİ, a.g.e., sf. 47-48.

⁵⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2010 tarihli ve 2010/45651 E., 2010/35814 K. sayılı kararı.

⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.03.2004 tarihli, 2004/5846 E., 2004/5621 K. sayılı kararı.

⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Mustafa Kılıçoğlu'nun bu konudaki görüşü yargı erkinin iş ihtilaflarına bakışını sergilemek bakımından önemlidir: “Yargıtay işçinin toplu iş sözleşmesi haricinde ancak fesihden sonra özel hakeme gidebileceğini içtihatlandırmıştır. Kanımızca isabetli olan bu görüşle, işçinin iş sözleşmesinin daha başında konulacak görev kaydıyla uyuşmazlığı temelde çözecek uzman mahkemenin güvenilir kanatları altından uzaklaştırma tehlikesini önlemiştir.” Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı - İş Yargılamaları Usulü, Legal Yayınevi, 2011, sf. 49.

sağlanmaya çalışması anlamsızdır. Tahkim yargılaması da birçok durumda sağlıklı iş ilişkilerinin kurularak işletilmesine hizmet etmektedir⁵⁸. Tahkim yargılamasının bireysel iş uyuşmazlıklarının her konusunda karar vermeye yetkili kılınması gerekmektedir⁵⁹. Burada amaçlanan iş mahkemelerinin yetkisini aşan imkânların ve hakların hakemlere verilmesi değildir. Zira, netice itibariyle iş hukukunda tahkimin sınırlarında da, kanun koyucunun iş mahkemeleri için belirlediği amaç çizmektir⁶⁰.

Tahkim yargılamasını sadece iş güvencesi hükümlerine hapsedmek, onu aynı zamanda iş güvencesinin talep edilebileceği hususlarla sınırlandırmak anlamına gelmektedir. Bu kapsamda tahkim yargılaması, sadece belirsiz süreli sözleşme ile en az 30 kişinin çalıştığı bir işyerinde üst düzey işveren vekili niteliğinde olmayan kişiler bakımından uygulanacaktır⁶¹. İş Kanunu md.18/son hükmü⁶² durumu daha da karmaşıktırmaktadır. Bu hükme göre örneğin üst düzey bir işveren vekili konumundaki genel müdür, mahkeme veya hakeme başvurarak haksız fesih karşısında bir karar alabilir, ancak geçersiz feshin sonuçlarından ve iş güvencesi hükümlerinden faydalanamamaktadır. Bir başka ifadeyle, bu konu hakkında önüne bir uyuşmazlık gelen hakem, sadece feshin geçersiz olduğuna karar verebilecek, geçersiz feshe dayalı herhangi bir hak konusunda karar veremeyecektir⁶³. Tahkim yargılamasının bu alanlarda görev sahasının daha fazla genişleyerek ikili uygulamalara bir son verilmesi gerekmektedir.

⁵⁸ Zira Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında tahkim yargılaması Savaş İş Kurulu tarafından özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında işyerlerindeki uyuşmazlıkların grevle sonuçlanmaması için ciddi şekilde desteklenmiştir. Bkz. COLVIN, J.S.; "American Workplace Dispute Resolution in the Individual Rights Era", The International Journal of Human Resource Management, Cilt: 23, Sayı :3, 2012, sf. 459-475 (Taylor & Francis Online <http://dx.doi.org/10.1080/09585192.2012.641079> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁵⁹ Amerika Birleşik Devletleri bakımından da özellikle toplu iş uyuşmazlıklarında tahkim yargılaması sanayi barışını sağlamak adına hızlı ve efektif bir çare sağladığı için, tahkim yargılaması uğruna anayasal haklardan feragat edilebileceği tartışılmıştır. KLARE, Karl E.; "Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law", 1981, School of Law Faculty Publications. Paper 237. sf.463, <http://hdl.handle.net/2047/d20002656> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁶⁰ TUNÇ YÜCEL, Müjgan; "İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 4/2004, sf.1352.

⁶¹ AKYİĞİT, Ercan; "İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004 sayısı, sf. 111 vd. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁶² İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.

⁶³ AKYİĞİT, İş Güvencesi, sf. 116 vd.

III. TAHKİMİN ARABULUCULUK VE İKÂLE İLE MUKAYESESİ

A. Tahkim ile İkâle Sözleşmesi

İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin feshi konusunda birleşmesi olarak adlandırılabilir ikâle (bozma) sözleşmeleri, iş sözleşmesinin tek taraflı feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile ikâle sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁶⁴. Bir başka ifadeyle, ikâle sözleşmesi, işçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin İş Kanunu hükümleri yerine TBK hükümleriyle sona erdirilmesidir.

İşçi lehine yorum ilkesinin tahkim yargılamasına yukarıdaki şekilde sirayet etmesi Yargıtayın genel tutumu ile paralellik göstermektedir. Her ne kadar bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasa da, işçi ile işveren arasındaki hizmet akdini ortadan kaldıran bir sözleşme olan ikâle, uygulamada genellikle iş hukuku ihtilaflarını ortadan kaldıran bir yöntem olarak kullanılmaktadır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı ortadan kaldırması söz konusu olduğundan, işverenler tarafından özellikle yasal haklar bakımından risk taşıyan iş ilişkileri bu şekilde sonlandırılmaktadır. Öyle ki, ikâle sözleşmeleri, işe iade hükümlerinin 2003 yılında hukukumuzda girmesiyle birlikte bir anda büyük önem kazanmıştır⁶⁵.

İkâle sözleşmesi ile karşılıklı olarak iş ilişkisine son verilmesi halinde ortada işverence tek taraflı gerçekleştirilen bir fesih olmadığı için, işçi bu durumda iş güvencesi hükümlerinden faydalanamamakta ve kural olarak feshine bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatına da hak kazanamamaktadır. İşçi, benzer şekilde, işsizlik sigortasından da yararlanamamaktadır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hakim olan ibranemenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikâle sözleşmelerinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır⁶⁶.

TBK'da düzenlenmiş irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden tizlikle ele alınması gerekmektedir⁶⁷. Bu bakımdan işçinin ikâle sözleşmesi ile feragat ettiği yasal hakları işçiye izah edilmelidir. Gerek'e göre, ikâle sözleşmesinin geçerliliği değerlendirilirken, çıkar dengesinde tereddütlü hallerde işçi lehine yorum ilkesi uygulanmalı ve işverenin iyi niyetli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme esnasında, işverenin işçiyi koruma-gözetme borcuna uygun olarak bu konuda

⁶⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.2.2012 tarihli, 2012/5869 E., 2012/4685 K. sayılı kararı.

⁶⁵ GÜZEL, Ali ve UGAN ÇATALKAYA, Deniz; *İş Hukukunda Güncel Sorunlar – 4*, Seçkin Yayınevi, 2014, sf. 69.

⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli ve 2014/8355 E., 2014/23741 K. sayılı kararı., Karar için bkz. ÇİL, Şahin; *İş Hukukunda Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 yılları)*, Yetkin Yayınları, 2015, sf. 1399.

⁶⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2014 tarihli ve 2014/7063 E., 2014/21902 K. sayılı kararı., Karar için bkz. ÇİL, a.g.e., sf. 1402.

özenli davranıp-davranmadığı, işçiyi yeteri kadar aydınlatıp-yeterli bilgi verip vermediği, işçiyi yanıltıp-yanıltmadığı dikkate alınmalıdır⁶⁸. İrade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir⁶⁹.

Yargıtay birçok kararında⁷⁰ sağlıklı bir ikâle sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin ikâle sözleşmesi kapsamında makul bir yararının olduğunun tespit edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de işçi, iş mahkemesine başvuru hakkından mahrum bırakılması hususu karşılığında makul bir yarar elde etmelidir. Makul yarardan kastedilen işçiyeye yasal hakları (ör. kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacağı, vs.) dışında yapılan bir ikâle tazminatı ödemesidir. Makul yarar sağlanıp sağlanmaması, işçinin ikâle sözleşmesini manevi baskı altında imzalayıp imzalamadığı bakımından önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Özellikle işçi tarafının ikâle sözleşmesindeki imzasının işveren tarafında yapılan hile veya zorlama ile alınmış olması iddiasına sıkça rastlanılmaktadır. İşçinin işe girerken kendisinden boş kağıda imza alınması yolundaki iddiası yanında, ortadan kaldırma sözleşmesini işveren tarafından yanıtılarak hatayla imzalandığını iddia edebilmektedir. Bu durumun genel hükümlere göre ispatı işçiyeye ait olacaktır. İş hukukunun koruyucu düzenlemeleri ve işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde irade sakatlığı iddialarının ciddiye alınması gerekir⁷¹.

Görüldüğü üzere, sözleşmelere konulan tahkim kayıtlarının geçerliliğinde olduğu gibi, Yargıtay ve doktrin, ikâle sözleşmelerinin de işverenin manevi baskısı altında yapılmış olabilme ihtimaline karşı bir takım önlemler getirmekte, işçiyeye yasal hakları dışında kalan bir ödemenin (makul yarar) yapılmamasını, işçi üzerindeki manevi bir baskı olarak yorumlamaktadır. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, işçiyi koruyucu benzer refleksler arabuluculuk müessesinde yer almamaktadır.

B. Tahkim ile Arabuluculuk

22 Haziran 2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete ile hayatımıza giren 6325 sayılı Kanun, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizdeki çeşitliliğinin art-

⁶⁸ GEREK, Hasan Nüvit; "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2011/4, sf:48. Makale için Bkz. <http://calismatoplum.org/sayi31/gerek.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2015)

⁶⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı., Karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

⁷⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 11.03.2014 tarihli ve 2013/34057 E., 2014/5502 K. sayılı kararı. Kararlar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

⁷¹ GÜNAY, Cevdet İlhan; "İkale Sözleşmesi", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Eylül 2009 sayısı, sf. 17, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (Erişim Tarihi: 18.08.2015).

ması bakımından önemli bir gelişmedir. Mahkemeler üzerindeki yükü ciddi şekilde azaltması beklenen bu müessese, henüz hukuk dünyasında yaygın olarak kullanılmakla birlikte, arabuluculuk kararlarının içeriğine bakıldığında, bir hukuk dalının tartışmasız sayısal hakimiyete sahip olduğu görülmektedir. Kasım 2013 ile Ağustos 2015 tarihleri arasında başarıya ulaşan toplam 719 arabuluculuk görüşmesinin %77'si (553 adet) işçi-işveren uyuşmazlıklarına ilişkindir. Sıralama da ikinci gelen ihtilaf çeşidi ise %7'lik bir pay ile (50 adet) maddi manevi tazminat istemleridir. Arabuluculuk müessesinin iş hukuku uyuşmazlıkları bakımından diğer hukuk dallarına kıyasla bu kadar kolay benimsenmesi akıllara bazı ihtimalleri getirmektedir.

Bilindiği üzere, 6325 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi gereği, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak arabulucu bu bilgilendirme faaliyetlerini gerçekleştirirken tarafları sadece tarafların sahip oldukları haklar, güvenceler, arabuluculuğun usulü ve sonucuna ilişkin bilgilendirmeli, çelişkili ve açık olmayan hususları onlara açıklattırmalıdır. Yoksa bu aydınlatma, hiçbir zaman dava sürecinin geleceği veya uyuşmazlık konuları hakkında taraflara hukuki danışmanlık verme anlamına gelmemektedir⁷². Her ne kadar taraflar arabuluculuk görüşmeleri sırasında avukat bulundurabilseler de, bu bir zorunluluk değildir. Yani avukatla temsil edilmeyen bir işçiye, arabuluculuk görüşmeleri öncesinde hukuki hakları konusunda bilgilendirme yapılması düzenlenmediği gibi, arabulucunun da bu konuda işçiyi bilgilendirmesi yasaklanmıştır⁷³.

Dahası, usulüne göre tutulmuş arabuluculuk tutanaklarına mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması sırasında mahkemenin yapacağı inceleme, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı ile sınırlıdır. Başka bir deyişle, mahkeme incelemesi yalnızca anlaşmanın konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve bunun belli bir edimin ifasına yönelik olup olmadığı noktasında olacaktır⁷⁴. İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yapılan mahkeme başvurusunun reddi halinde ise 6325 sayılı Kanun'da kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Taşpolat Tuğsavul'a göre, belirtilen durum dışında arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya ilişkin kanun yollarına başvurulamayacaktır. Zira arabuluculuk bir yargılama değildir ve arabulucular da adliye mahkemeleri veya hakem mahkemeleri gibi bir uyuşmazlığı hükümle sonuçlandırmak için yargı faaliyetinde bulunamazlar ve arabuluculuk sonunda varılan anlaşma bir mahkeme hükmü değildir⁷⁵.

⁷² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2012, sf. 153-154.

⁷³ Kanımca bu husus, arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olması gerektiğine ilişkin ileri sürülen argümanları geçersiz kılmaktadır.

⁷⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, *a.g.e.*, sf. 195-196.

⁷⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, *a.g.e.*, sf. 195-197.

Görüldüğü üzere işçi, arabuluculuk sözleşmesi öncesi yasal hakları konusunda bilgilendirilmediği gibi, usulüne uygun tutulmuş arabuluculuk zaptını imzalaması halinde başvurabileceği hukuki yollar da oldukça sınırlıdır. İşçi burada da, aynen ikâle sözleşmesinde olduğu gibi, iş mahkemelerine başvurma hakkından bir bakıma feragat etmektedir. Arabuluculuk müessesesinin iş hukuku uyumsuzlukları bakımından bu kadar hızlı bir şekilde benimsenmesinin arkasında, arabuluculuğun bu özelliğinin olduğu kanısındayım. Tahkim şartı ve ikâle sözleşmesi için kanun koyucu ve Yargıtayın getirdiği sınırlamaların arkasından arabuluculuk müessesesi ile dolanmak mümkün olabilecektir. Bu da “işçi lehine yorum” ilkesinden beklenen faydanın sağlanamaması anlamına gelebilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İş hukukunun kendine has dinamikleri sebebiyle, iş hukukundaki tahkimin ticari tahkimden ayrılması, eşyanın tabiatı gereğidir. Gerçekten de işverene karşı oldukça güçsüz durumda bulunan işçinin, iş ilişkisinin öncesinde, iş ilişkisi sırasında ve iş ilişkisinin bitiminde mümkün mertebe korunması gerekmektedir. Bireysel iş uyumsuzluklarına uygulanacak tahkim hükümleri de hep bu gereklilik kapsamında şekillenmiştir. Anayasal hakların kullanılması veya iş hukukuna özgü dinamikler nedeniyle tahkim yargılamasının görev alanı daraltılırken, tahkimin mahkemelerin iş yükünü azaltan, hızlı, verimli ve adil bir yargılama yöntemi olduğu unutulmamalıdır.

Yukarıda tahkim anlaşmasının zamanına ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, işçi lehine asimetri taşıdığı ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir “tahkim hakkını” düzenlediği müddetçe, tahkim anlaşmaları, bireysel iş sözleşmelerin kurulmasından önce, kurulmasından sonra ve hatta bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile dahi kabul edilebilmelidir. Tahkim anlaşmalarını, iş sözleşmelerinin sona ermesinden sonraki döneme hapsedmek, uygulama bakımında gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, tarafların bir araya gelip hakeme gitmeyi kararlaştırmaları, fiilen gerçekleşebilmesi çok da mümkün olmayan bir durumdur.

Tahkim anlaşmaları ve ikâle anlaşmaları için gözetilen, işçi üzerindeki manevi baskı unsurunun, arabuluculuk bakımından dikkate alınmaması, iş hukuku uygulaması bakımından ciddi bir tutarsızlıktır. İşçi üzerinde, işveren tarafından kurulabilecek manevi baskı, ki bu baskının büyük bir kısmı işçinin bilgisizliğinden kaynaklanmaktadır, avukatla temsilin olmadığı bir arabuluculuk görüşmesi sırasında da pekala söz konusu olabilecektir. Kaldı ki hakemlerin yargılama süreci içerisindeki işlevi, arabuluculara oranla oldukça geniş olup, hakemler konunun uzmanları arasından seçilmektedir. Bu da hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabilmek için tahkimin arabuluculuğa kıyasla sahip olduğu avantajlardan birisidir.

Tahkim yargılamasının çerçevesi çizilirken, geleneksel devletçi zihniyetle iş mahkemelerine suni bir takım görev alanları yaratılmamalıdır. Tahkim yargılamasının, iş

hukuku uyuşmazlıklarında devletin yargı erkini zayıflattığı ve yargılama sorumluluğunu bir başka kuruma devrettiği düşünülse dahi, doğru şekilde uygulandığında tahkim kurumunun iş hukukuna ciddi katkıları bulunmaktadır. Bu bakımdan, aynı daire içindeki çelişik kararlardan oluşan içtihat hukukuyla şekillenmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında yasal boşluklar içeren bireysel iş hukukundaki tahkim yargılamasının, yeniden ele alınarak, bir kanun yoluyla düzenlenmesinin uygun olduğunu düşünmekteyim.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKYİĞİT, Ercan; *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, 2008,
- CENTEL, Tankut; *İş Güvencesi*, Legal Yayınevi, 2013,
- ÇİL, Şahin; *İş Hukukunda Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 yılları)*, Yetkin Yayınları, 2015,
- EKŞİ, Nuray; *Hukuk Muhakemeleri Kanunda Tahkim*, Beta Yayınları, 2013,
- ESENER, Turhan; *İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yoluyla Çözümü*, İstanbul Matbaası, 1970,
- GÜNAY, Cevdet İlhan; *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, Yetkin Yayınları, 2013,
- GÜZEL, Ali ve UGAN ÇATALKAYA; Deniz, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar – 4*, Seçkin Yayınevi, 2014,
- KILIÇOĞLU, Mustafa; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı - İş Yargılamaları Usulü*, Legal Yayınevi, 2011,
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, 2013,
- ÖZCAN, Durmuş; *İş Kanunları Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2014,
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2012,
- TUNÇOMAĞ, Kenan; *İş Hukuku - Cilt II*, Sermet Matbaası, 1980,

MAKALELER ve ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan; “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi”, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004 sayısı, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- BHORAT, Haroon, JACOBS, Elna ve VAN DER WESTHUIZEN, Carlene; “Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa”, Africa Growth Initiative Working Paper 6, Şubat 2013, <http://www.brookings.edu/-/media/Research/Files/Papers/2013/02/industrial-employment-south-africa/02-industrial-employment-south-africa.pdf?la=en> (Erişim Tarihi: 01.10.2015),

- BROWN, Ronald C.; “Comperative Alternative Dispute Resolution for Individual Labor Disputes in Japan, China and the United States: Lessons from Asia?”, St. John’s Law Review 86 St. John’s L. Rev. (2012), Heinonline elektronik veritabanı (Erişim Tarihi: 01.10.2015),
- COLVIN, J.S.; “American Workplace Dispute Resolution in the Individual Rights Era”, The International Journal of Human Resource Management, Cilt: 23, Sayı :3, 2012, sf. 459-475, Taylor & Francis Online: <http://dx.doi.org/10.1080/09585192.2012.641079> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- ÇELİK, Nuri; “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması”, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ncelik.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- EKONOMİ, Münir; “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, 2003 Mart, Özel Ek 2,
- GEREK, Hasan Nüvit; “İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2011/4, <http://calismatoplum.org/sayi31/gerek.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2015),
- GÜNAY, Cevdet İlhan; “İ kale Sözleşmesi”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Eylül 2009 sayısı, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (Erişim Tarihi: 18.08.2015),
- KLARE, Karl E.; “Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law”, 1981, School of Law Faculty Publications. Paper 237. <http://hdl.handle.net/2047/d20002656> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- KOÇ, Muzaffer ve ÇUKUR, Mürsel; “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem” Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014),
- ÖZEKES, Muhammed ve BİRBEN, Erhan; “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, Prof.Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, sf. 149-176,
- SHULMAN, Harry; “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, 1955, . Faculty Scholarship Series Paper 4617. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- ŞİŞLİ, Zeynep; “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, Sayı: 2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014),
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan; “Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı 3, sf. 275-287,

TUNÇ YÜCEL, Müjgan; “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 4/2004, sf. 1346-1365.