Dr. Ali BULUT*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/I Sayı 47: 117-130
Makale Gönderim Tarihi: 8 Mayıs 2022
Makale Kabul Tarihi: 16 Mayıs 2022

İş Hukukunda Temerrüt İçin İhtarın Gerektiği Durumda Arabuluculuk Aşamasında Borçlunun Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Öz

Arabuluculuk 6325 sayılı Kanun'la hukuk düzenimizdeki yerini almıştır. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı (zorunlu) olarak 7036 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması noktasında farklı uygulamalar mevcuttur. Bununla beraber arabuluculuk kurumunun özellikleri dikkate alındığında, kendine özgü bir usul kurumu olan arabuluculukta ihtara bağlanan hukuki sonuçların doğmayacağı ve borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasının pek mümkün olmadığı görülmektedir.

Anahtar Sözcükler:
Arabuluculuk, borçlunun temerrüdü, ihtar, beyan ve belgelerin kullanılamaması, gizlilik ilkesi.

In Labor Law, When Notice is Required for Payment of the Debt, Applicability of the Results from the Debtor's Delay, for the Mediation Stage

Abstract

Mediation has taken its place in our legal order with the Law No. 6325. Mediation in labor disputes is regulated in law no: 7036 as a condition of litigation (mandatory). There are different practices in the implementation of debtor default provisions during the mediation process. However, when the characteristics of the mediation institution are taken into account, it is seen that the legal consequences of the notice will not arise in mediation, which is a unique procedural institution, and that the provisions of the debtor default are unlikely to be implemented.

Keywords:
Mediation, deptor's default, notice, unavailability of declarations and documents, privacy policy.

*Yargıç, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi Üyesi, bahadiralibulut@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6963-5106.

Giriş

Geçmiş tecrübeler ve istatistikler insanlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından taraflarca anlaşma yoluyla uyuşmazlığı çözümünün yani uzlaşma ile uyuşmazlığın bitirilmesinin daha etkin ve kesin olduğunu göstermektedir. Anlaşma yoluyla uyuşmazlığın bitirilmesi durumunda taraflarca ortak bir paydada buluşulması ve bir ölçüde taraflarca vazgeçilmez kılınan menfaatlerinin tatmin edilmesi söz konusu olduğundan uyuşmazlığın yeniden ortaya çıkma hali oldukça düşüktür. İşte bu noktada alternatif uyuşmazlık çözme yolları ile barışçıl çözüm yöntemleri ön plana çıkmaktadır.

Arabuluculuk (Mediation) kurumu da bu kapsamda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile hukukumuzdaki yerini almıştır. Esas itibariyle ihtiyari nitelikte olan arabuluculuk kurumu 25 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte genel tabirle iş uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmiş ve arabuluculuk aşamasında anlaşamama dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi arabuluculuk hukukumuzda oldukça yeni bir kurum olup bir hukuk sistemine yeni eklenen her kurum gibi çözülmesi gereken bazı problemleri beraberinde getirmesi de doğaldır. Bu problemler önceden öngörülebilir nitelikte olabileceği gibi zaman içinde uygulamayla birlikte de görünebilir hale gelebilir. Bu noktada; iş ilişkisi gibi sürekli borç doğuran hukuki ilişkilerde örneğin ücret için arabuluculuğa başvurulması durumunda ücretin dava tarihine kadar kısmının mı dava edildiği yoksa arabuluculuk tarihine kadar kısmının mı dava edildiği, yine davalı yönünden temerrüdün hangi anda oluşacağı, keza karşı davada arabuluculuk sürecinin nasıl işletilebileceği, aynı şekilde kısmi davada yapılan arabuluculuk başvurusunun ek dava içinde geçerli olup olmayacağı gibi problemlerin mevcut olduğuna müşahede edilmektedir.

Bu makalede de yargısal makamlar tarafından farklı uygulamalara konu olan ve bir problem olarak karşımıza çıkan İş Hukukunda arabuluculuk aşamasında davalı (borçlu) açısından temerrüt koşullarının oluşup oluşmayacağı ve borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durularak değerlendirmelerde bulunulmuş, uygulayıcılara katkıda bulunulmaya çalışılmıştır.

Makalede önce arabuluculuk sonra ise temerrüt, konuyla ilgili olduğu ölçüde açıklanmaya çalışılmış ve uygulamadaki deneyimlerle birlikte düşünceler paylaşılmıştır.

I. Arabuluculuk

1. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk en kısa deyişle uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlık konusu ya da konuları üzerinde bir ya da birden fazla kişinin yardımıyla görüşme yaptıkları bir çözüm sürecini ifade etmektedir[1]. Bir başka tanıma göre arabuluculuk tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm bulabilme arayışına ilişkin irâdi bir süreçtir[2]. 6325 sayılı Kanun 2/1-b maddesinde ise arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini belirtmektedir.

1 Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC) madde 3/a.

2 Tanrıver, S., Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, c. II, s. 2025.

Arabuluculukta uyuşmazlığın tarafların menfaatleri gözetilerek çözülmesi esastır. Bu nedenle arabuluculukta ihtiyarilik en önemli özelliklerdendir. Bununla beraber iş davaları, ticari davalar ve tüketici davalarında arabuluculuğun zorunlu olduğu ve dava şartı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu davalarda ihtiyarilik özelliği arabuluculuğa başvurma bakımından ortadan kalksa da arabuluculuk sürecinin devamı ve hitamı bakımından ihtiyarilik özelliğinin mevcudiyetini koruduğu görülmektedir.

Arabuluculuk düzenlemesine göre arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarıdır[3]. Nitekim tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir alanda arabuluculuk yapılabilmesi de mümkün değildir. Zira arabuluculuğun niteliği itibariyle tarafların kendilerince önemsiz ya da nispeten daha az önemli birtakım hususlardan vazgeçmesi ve asla vazgeçmeyecekleri alanlarda uyuşma söz konusu olabileceğinden tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri bir konu bulunması gereklidir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki; bu noktada kanun koyucu tarafından aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı özellikle belirtilmiştir (6325 sayılı Kanun md. 1/1). Bu hükmün ise yerinde olduğu açıktır.

2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

Arabuluculuk sürecine hâkim olan ilkeleri kısa ve öz olarak açıklamak gerekirse bu ilkelerin ihtiyarilik (gönüllülük-iradilik), gizlilik, arabulucunun bağımsız ve tarafsızlığı ile eşitlik ilkeleri olduğu söylenebilir.

İhtiyarilik ilkesi arabuluculuk sürecinin başlangıcından devamına ve sona ermesine kadar tarafların gönüllülüğünün esas olmasını ifade etmektedir. Nitekim 6325 sayılı Kanun'un 3/1 maddesinde, "Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler." denilerek ihtiyarilik ilkesi pozitif dayanağa kavuşturulmuştur. Arabuluculuk bir tür dostane çözüm süreci olarak; tarafların uyuşmazlık konusu ya da konularının kendileri tarafından gönüllülük esasına göre çözmelerini esas almakta olup bir yargısal faaliyet değildir[4]. Bu nedenle ihtiyarilik ilkesi arabuluculuk kurumu bakımından son derece önemlidir. Nitekim ihtiyarilik ilkesi ile taraflar arabulucuya başvurup başvurmama, arabulucuyu seçme, arabuluculuk sürecinde uygulanacak kuralları belirleme, başvurulmuş olan arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmeme, arabuluculuk sürecinden ayrılma gibi özgürlüklere sahip olmaktadır.

Öte yandan özellikle iş uyuşmazlıklarında olduğu gibi hukukumuzda öngörülen zorunlu arabuluculuk düzenlemelerini ihtiyarilik ilkesi bağlamında değerlendirdiğimizde, sürece başvurunun zorunlu olmasının sürecin devamı ile sona ermesinde sahip olunan özgürlük sebebiyle ihtiyarilik ilkesinin zedelenmediğinin değerlendirildiği yönünde bir görüş olduğu görülmektedir[5]. Aksi yöndeki görüşe göre ise, ihtiyarilik ilkesinin terk edilerek arabulucuya başvurunun zorunlu tutulmasının gönülsüz olarak arabulucuya başvurma nedeniyle arabuluculuğun ruhuyla bağdaşmayacağı belirtilmektedir[6]. Bu noktada Anayasa Mahkemesi iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olarak düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruyu değerlendirdiği kararında[7] *"…İş hukuku alanındaki bazı uyuşmaz-*

3 Kuru, B., Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş, Ankara ,2020, s. 1109.

4 Dür, O., Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, Konya, 2017, s. 14.

5 Kekeç, E., K., Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. baskı, Ankara 2014, s. 71; Dür, a.g.t., s. 245.

6 Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T., Özkaraca. E., İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2021, s. 82.

7 AYM., 11/07/2018 tarih, 2017/178-2018/82 E.K, R.G: 11/12/2018 – 30622., Bu karara yargı görevinin bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirileceğine ilişkin hüküm ve mahkemeye erişim hakkı ile adil yargılanma

lıkların dava yoluyla mahkemeler tarafından esas yönünden incelenebilmesinin arabulucuya başvurma koşuluna bağlanması, hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Bu bakımdan kuralın hakkın özüne dokunup dokunmadığının ve ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlama olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir..." demiştir.

Gizlilik ilkesi arabuluculuk kurumunun en işlevsel ve önemli ilkelerindedir. Bu ilke sayesinde taraflar gerçek menfaatlerini ortaya koyabilir, pazarlık konusu yapabilir ve birbirlerinin gerçek durumlarını görebilirler. Böylece taraflar arabuluculuk sürecine güven duyar ve kendilerini rahat hissederek uyuşmaya çalışılırlar. Taraflar gizlilik ilkesi neticesinde kişisel ve ticari itibarlarının zedelenmesinin ve ilişkilerinin bozulmasının önüne geçilmesi, süreç öncesine göre daha dezavantajlı konuma düşmemeyi elde etmeyi umarlar.[8]

6325 sayılı Kanun'un 4. maddesinde bu ilke düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu ile taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

Öte taraftan bu ilkenin kapsamı içinde yer alan bir düzenlemeye aynı Kanun'un 5. maddesinde yer verilmiştir[9]. Maddenin başlığı beyan ve belgelerin kullanılamaması olup madde içeriğine göre, taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda; taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğini, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifleri, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulünü ve sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Ayrıca belirtilen bilgilerin ve belgelerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler kuralın aksine emredici bir kanun hükmü bulunmadıkça veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde olmadıkça delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz.

Arabuluculuğa hâkim olan bir diğer ilke tarafsızlık ilkesi olup arabuluculuk sürecinde tarafların uyuşmasına yardımcı olan üçüncü kişinin tarafsız ve bağımsız olması eşyanın tabiatı gereğidir. Arabuluculuk sürecine olan güvenin sağlanması bakımından belki de en önemli ilke bu ilke olup arabuluculuk sonucunun hukuken geçerliliği bakımından da en çok sorun çıkarabilecek durumları da bu ilke kapsamında değerlendirmek mümkündür. Arabulucunun tarafsızlığı hem taraflar yönüyle hem de uyuşmazlık

hakkı bakımından kişileri mahkemelerden uzaklaştıracağı gerekçesiyle katılmayan görüş için bknz. Kuru, a.g.e., s 1157.

8 Dür, a.g.t., s. 261-262.

9 Kuru, a.g.e., 1113.

konusu yönüyle mevcuttur[10]. Bu ilke 6325 sayılı Kanun'un 9. maddesinde pozitif dayanağını bulmaktadır. Söz konusu maddeye göre, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Yine arabulucu, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle de yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

Nihayet son ilke eşitlik ilkesidir. Bu ilke 6325 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında, "Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.", 9. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür." denilerek açıklanmıştır. Bu ilke usul hukukunda mevcut olan silahların eşitliği ilkesinin arabuluculuk sürecine yansımasından ibarettir. Taraflar eşit olmadıkları ya da eşit hissetmedikleri bir uyuşmazlık çözüm sürecinde ancak "kâğıt üzerinde" yer alırlar. Bu nedenle eşitlik ilkesi sürecin başarı ile sonuçlanması bakımından büyük öneme sahiptir.

3. İş Yargılamasında Arabuluculuk: Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk alternatif bir çözüm yolu olarak getirilmiş olup sürece başvurulması, devam ettirilmesi, sonuçlandırılması iradi ve serbesttir. Kural bu olmakla birlikte dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlar da mevcuttur. Bu noktada 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesiyle genel olarak iş uyuşmazlıklarının, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi uyarınca Kanun'da belirtilen ticari davaların ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesi gereğince kanunda belirtilen istisnalar hariç tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi tutulduğu görülmektedir.

01/01/2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1. maddesi düzenlemesinde, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." denilmektedir. Görüldüğü gibi işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da kanuna dayanan alacak ve tazminat taleplerinin dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi tutulduğu gibi tespit davası niteliğindeki işe iade davasının da dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrım tazminatı, sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı), boşta geçen süre ücreti, bakiye süre ücreti, haksız fesih tazminatı, cezai şart, ücret, prim, hafta tatili ücreti, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, kişisel haklara saldırı nedeniyle istenen maddi ve manevi tazminat, toplu iş sözleşmesi kaynaklı ikramiye, kıdemliliği teşvik primi, kanun kaynaklı ilave tediye, işveren tarafından açılacak işçinin verdiği zarar nedeniyle tazminat vb. alacak talepleri ile işe iade davası dava şartı arabuluculuğa tabidir. Bu noktada dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun yerine getirilip getirilmediği bakımından; iş uyuşmazlıklarında objektif dava birleşmesi olduğundan hangi alacaklar için arabulucuya başvurulduğunun tutanak ya da en azından arabulucu başvuru formunda yer alması gerekmektedir[11].

Öte yandan disiplin cezasının iptali ile menfi tespit davası[12], 6356 sayılı Sendikalar Kanu-

10 Dür, a.g.t., s. 400-401.

11 Çelik /Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, a.g.e., s. 86.

12 "Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. İcra İflas Kanunu'nun 72. maddesinde düzenlenen menfi tespit davası, parasal bir mahkumiyeti içeren eda davası niteliğinde alacak ya da tazminatı konu almadığından dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı dışında kalır (Tanrıver, Süha Dava Şartı

nu'ndan kaynaklı taraflarının sendika, işveren ve Bakanlık olduğu yetki tespiti, işkolu tespiti, işkolu istatistiğine itiraz, aidat alacağı, işletme kapsamına itiraz gibi talep ve davalar ile sendika üyesi ile sendika arasındaki genel kurul iptali, seçim iptali, organların kararlarının iptali gibi talep ve davalar dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında yer almamaktadır[13]. Keza 7036 sayılı Kanun'un 3/3 maddesi uyarınca, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları da dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi değildir.

Dava şartları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenmiş olup İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 114/2 maddesi kapsamında diğer kanunlarda düzenlenmiş dava şartları kapsamında yer almaktadır. Olumlu dava şartlarının bulunması, olumsuz dava şartlarının ise bulunmaması kamu düzenine ilişkin olup mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler (6100 sayılı HMK md. 115/1).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115/3 maddesinde; dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, davanın usulden ret edilemeyeceği hüküm altına alınmış ise de, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/2 maddesinde "davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde 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 halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir." denilerek arabuluculuk aşaması iş yargılaması bakımından sadece dava şartı olarak kabul edilmemiş, aynı zamanda bu dava şartının sonradan tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan işe iade talepleri yönünden arabuluculuk aşamasına özgü özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekecektir (md.3/15). Bu düzenleme işe iade davalarında asıl-alt işveren arasındaki şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı olduğu yönündeki kapatılan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ve son dönem Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yerleşik uygulamasına paralel olup söz konusu uygulama doğrudan olmasa da dolaylı olarak kanuni bir dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır[14].

Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147, s. 111-141; Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Kasım 2019, s. 189-191.). "…davacı işçi tarafından davalı işverene işi bırakmaması amacıyla 95.000 TL bedelli teminat senedi verildiği iddia edilmiş olup, … işçi işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı kabul edilmelidir." (Yarg. 9. HD., 2021/2740-2021/6513 E.K).

13 Özkaraca, E., Ünal, C., Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2019, Sayı: 42, s. 16 vd.

14 Astarlı, M., 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, S.38, s. 43.

II. Borçlunun Temerrüdü

1. Borçlu Temerrüdü Kavramı

Temerrüt Arapça kökenli bir kelime olup inat kökünden türemiştir[15]. Türk Borçlar Kanunu'nda borçlunun temerrüdüne ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide borçlunun temerrüdünün; borçlu tarafından borçlanılan edimin borca aykırı olarak geç ifa edilmesi[16], muaccel bir borcun borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesi[17] olarak tanımlandığı görülmektedir. Temerrüt sadece asli edim için değil yan edimler bakımından da söz konusu olmakla birlikte yan yükümlülükler bağımsız bir varlıkları olmadığı için temerrüde konu olmazlar.[18] Borçlu temerrüdü ani edimli borç ilişkilerinde olabileceği gibi iş sözleşmesi, kira sözleşmesi vb. sürekli borç ilişkilerinde de söz konusu olabilir.[19]

Borçlunun temerrüdünün imkânsızlıktan ayrılması gerekmektedir. İmkânsızlıkta ifanın kesin olarak ve tüm borçlular yönünden mümkün olmaması söz konusu iken borçlu temerrüdünde telafi edilebilirlik mevcuttur[20]. Yine akdin müspet ihlali ifanın ifa modalitesine uygun yapılmaması sebebiyle temerrüdü de içine alacak daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[21]

2. Borçlunun Temerrüdünün Koşulları

Borçlu temerrüdünün koşulları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır".

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesindeki düzenlemede borçlunun temerrüdü için iki şarttan bahsedilmektedir. Bunlardan ilki muacceliyet, diğeri ise ihtardır. İkinci fıkrada ise ihtar şartının aranmayacağı hallerden bahsedilmektedir.

Hükümde yer almamakla birlikte borçlunun temerrüdünden bahsedilebilmesi için öncelikle borcun ifasının objektif olarak mümkün olması gereklidir.[22] Zira ifa imkânsızlığı ile temerrüt örtüşen kavramlar olmayıp ifa imkânsızlığı oluştuğu anda temerrüt sona erer.[23]

Öte yandan ortada muaccel bir borcun bulunması gerekmektedir. Borcun muaccel olması ise borcun ifa zamanının gelmesi, onun istenebilir olmasıdır[24]. Bir başka ifadeyle edimin alacaklı tarafından borçludan talep ve dava edebilme yetkisine muacceliyet denilir[25]. Muacceliyet zamanla ilgili bir kavram olup TBK md. 90'a göre; "ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur." Bu noktada belirtmek gerekir ki, ifa modalitelerine uygun bir ifa teklifinin alacaklı tarafından kabul edilmemesi durumunda muaccel bir alacak mevcutken temerrüt oluşmaz. Bu durumda alacaklı kendisi alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaktadır. Keza borçlunun borçtan kaçınma hakkı olduğu hallerde örneğin ödemezlik def'i ileri sürdüğü

15 Tümerdem, M., Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK mad. 126), Doktora Tezi, Ankara 2018, s. 59.
16 Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22 Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s.1117.
17 Kılıçoğlu, A.M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.861; Günergök, Ö., Kayıhan, Ş., Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s.293-294.
18 Eren, a.g.e., s. 1119.
19 Eren, a.g.e., s. 1118-1119; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 864.
20 Tümerdem, a.g.t., s. 55.
21 Tümerdem, a.g.t., s. 56-58.
22 Eren, a.g.e., s. 1120; Günergök/Kayıhan, a.g.e, s. 293.
23 Eren, a.g.e., s. 1120.
24 Günergök/Kayıhan, a.g.e, s. 294.
25 Eren, a.g.e., s. 1120.

halde borçlu temerrüdü oluşmaz.[26]

Borçlunun temerrüdünün bir diğer şartı ise belirli bir vade mevcut değilse alacaklının ihtarıdır. Bu ihtar alacaklının muaccel olan borcun ifasının borçludan istemesi, onu borcu yerine getirmeye çağırmasıdır.[27]İhtarın alacağı talep noktasında alacağın kesin ödenmesi iradesini ve borçluyu temerrüdün sonuçlarından sorumlu tutacağını içermesi gerekmekte olup ihtarda, ihtarın hangi borç için yapıldığının belirtilmesi ve ihtar içeriğinin borcu karşılayacak nicelikte bulunması gerekir[28]. İhtarın alacaklı ya da onun yetkilendirdiği üçüncü bir kişi tarafından borçluya yönelik yapılması gereklidir.[29]İhtarda ihtar ifadesinin yer alması ya da borcun ifası için borçluya süre verilmesi gerekli değildir. Bu noktada ödeme emri tebliği ya da dava açılması gibi işlemler borçlunun temerrüdü sonucunu doğurur.[30] Yukarıda değinildiği gibi borcun ifası belirli bir vadeye bağlanmışsa borçlunun temerrüdü için ihtara gerek yoktur. Belirli vade ise taraflarca kararlaştırılabileceği gibi sözleşmede saklı tutulan bir kayda bağlı olarak taraflardan biri tarafından da tespit edilebilir. Belirli vadeden bahsedilebilmesi için vadenin belirli bir tarih olması şart olmayıp objektif olarak belirlenebilir yeterli açıklıkta bir vade olması mümkündür. Öte taraftan borcun muaccel olmasından önce borçlu kesin biçimde borcu ifa etmeyeceğini alacaklıya bildirmişse artık ihtara gerek olmadan borçlu temerrüde düşer.[31]

3. İş Sözleşmesinde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları

Borçlunun temerrüdünün ister tek tarafa borç yükleyen isterse iki tarafa borç yükleyen sözleşme olsun genel sonuçları Türk Borçlar Kanunu'nun 118-122 maddeleri arasında düzenlenirken iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçları ise 123-126 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlu temerrüdünün sonuçları bakımından iş sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması sebebiyle hem genel sonuçlar hem de özel sonuçlar söz konusu olabilmektedir. Bunun yanında 4857 sayılı İş Kanunu'nda da borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

İşverenin temerrüde düşmesi durumunda alacaklı işçi para borcu niteliğindeki alacağının aynen ifasını isteyebilir[32]. Bunun yanında temerrüt faizi olarak da işçilik alacağının niteliğine göre yasal faiz ya da mevduata uygulanan en yüksek faiz veya en yüksek işletme kredisi faizi talep edebilir. Bu sonuçların ortaya çıkabilmesi için davalı işverenin temerrüde düşmesi yeterli olup işverenin kusurunun bulunması, işçinin zararının olması şart değildir. Öte taraftan işçi temerrüt faiziyle karşılanmayan munzam zararını, bu zararın işçi tarafından ispat edilmesi ve işverenin temerrüde düşmekte kusurunun olması koşuluyla talep edebilir. Bu noktada işçinin borcu için yüksek faizli borç almak durumunda kalması ya da enflasyon nedeniyle para değerindeki düşme sebebiyle zarara uğraması[33] munzam zarar örneği olarak verilebilir.

Öte taraftan temerrüt ücret ve türevlerinde gerçekleşmiş ise işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II-e maddesi uyarınca haklı nedenle feshetme hakkı mevcuttur. Keza ücret alacakları mücbir neden yokken ödenmesi gereken zamandan 20 gün geçmesine rağmen ödenmemiş ise işçinin İş Kanunu'nun 34. maddesine göre çalışmaktan kaçınma hakkı mevcut olup işçi bu hakkı da kullanabilir.

İşçinin de iş görme borcunu bizzat, özenle ifası gerekir. İş görme borcunun ifa edilmemesi du-

26 Eren, a.g.e., s. 1125.
27 İhtar, alacaklının borçludan borcun ifası isteğini içeren tek taraflı varması gerekli bir irade açıklamasıdır (Eren, a.g.e., 1121); ihtar hukuki işlem benzeri fiildir (Kılıçoğlu, a.g.e, s.862).
28 Eren, a.g.e., s. 1121-1122.
29 Tümerdem, a.g.t., s. 117 vd; Yıldız, M.G., Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2017, s. 13, 22.
30 Kılıçoğlu, a.g.e, s. 863.
31 Eren, a.g.e., s. 1125.
32 Eren, a.g.e., s., 1127; Kılıçoğlu, a.g.e., s.877-878; Tümerdem, a.g.t., s. 154.
33 Kılıçoğlu, a.g.e., s. 883.

rumunda diğer şartları da mevcut ise temerrüt oluşur. Ancak işçinin borcu mameleki nitelikte olmadığından işveren aynen ifasını istemeyecektir. Ancak işçinin işi ifa etmemesi neticesinde kusuruyla verdiği bir zarar varsa, bu zararın tazminini işveren isteyebilir. Bunun dışında işveren, işçinin yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar ettiği gerekçesiyle iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25/II-h maddesine dayanarak haklı nedenle feshedilir.

III. Borçlu Temerrüdüne İlişkin Hükümlerin İş Uyuşmazlığında Arabuluculuk Aşaması Yönünden Değerlendirilmesi

1. Arabuluculuk Sürecinin Hazırlık Aşamasında

6325 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre; arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dolayısıyla arabuluculuk hazırlık aşaması, iş uyuşmazlığının tarafı olan işçi ya da işverenin arabulucuya başvurması ve arabulucu ya da başvuran tarafından karşı tarafın davet edilmesi ile ilk oturuma kadar geçen süredeki arabuluculuk sürecini ifade eder.

İşçi ya da işveren zorunlu arabulucuya tabi olan bir iş uyuşmazlığında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/5. maddesine göre, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvurarak süreci başlatır. Bu esnada başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür (md. 3/7). Öte yandan taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar (md. 3/8). Başvurunun şekli ve içeriği ise Arabuluculuk Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Buna göre Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir. Arabuluculuk başvurusu sırasında başvurandan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenir. Buna göre işçi ya da işveren hangi alacak talebi için başvuru yaptığını açıklamak ve dilekçe ya da formda bu hususa ilişkin bilgi vermek zorundadır.

6325 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Arabuluculuk Yönetmeliğinde ise aynı husus "Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir (md. 10/1)." denilerek düzenlenmiştir.

Öğretide alacaklının arabuluculuğa başvurmakla, karşı tarafın (borçlunun) bu başvurudan haberinin olması koşuluyla iyi niyet karinesinin tersine döneceği ve bu doğrultuda temerrütten bahsetmenin mümkün olacağı ifade edilmektedir.[34]

Uygulamada görüldüğü üzere iş uyuşmazlıklarında her bir talep ayrı bir dava konusu olabildiğinden ve objektif dava birleşmesi söz konusu olduğundan arabulucu başvuru formunda han-

34 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, a.g.e., 90, 91.

gi talepler yönünden arabulucuya başvurulduğunun işaretleme suretiyle belirtildiği müşahede edilmektedir. Bu başvuru üzerine arabulucu tarafından her türlü iletişim aracıyla karşı taraf arabuluculuk sürecine davet edilir. Ancak burada "taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği" hukuk davasında delil olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla borçlunun temerrüdü sonucunu doğuracak hukuk davasında kullanmaya elverişli bir ihtardan bahsetmek doğru olmaz. Yine arabulucu tarafından yapılan davet ise alacaklı tarafından karşı tarafın borçlu olduğunun bildirilerek borcun ödenmesinin istenmesi niteliğinde olmayıp sadece uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk sürecine katılma teklifinden ibarettir. Bu nedenle bu davet ile borçlunun temerrüde düşmeyeceği değerlendirilmektedir.

2. Arabuluculuk Sürecinin Başlangıç, İnceleme ve Müzakere Aşamalarında

Arabuluculuk başlangıç aşaması sürecin hazırlık aşamasından sonra gelen ve arabulucu ile taraflar arasındaki ilk temasın kurulduğu aşamadır. Bu aşamayla arabulucu taraflarla buluşarak kendisine ve sürece dair güven oluşturmaya çalışır. Başlangıç aşaması arabulucu ile tarafların bir araya geldiği aşama olması sebebiyle arabulucuya ve sürece güvenin tesisi ya da tesis edilememesi ile birlikte sürecin gidişatı bakımından belirleyici olabilmektedir. Arabulucunun kendisini tanıtması, tarafların yetki ve ehliyetlerinin belirlenerek kendilerini eşit şekilde tanıtma imkânı verilmesi, arabulucu tarafından açılış konuşması yapılması, sürece ilişkin bilgi verilerek süreçte uygulanacak kuralların belirlenmesi, arabuluculuk sürecinin başladığının tutanağa bağlanarak belgelendirilmesi ile arabuluculuk sözleşmesinin yapılması bu aşamada gerçekleşmektedir.

Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın belirlendiği aşama inceleme aşamasıdır. Bu aşamayı karakterize eden ise bilgidir. Bu aşamada uyuşmazlığın tespiti için arabulucu tarafından bilgi toplanır. Yine bu aşamada temel motivasyon uyuşmazlığın belirlenmesinden ziyade uyuşmazlığın altında yatan menfaat ve sebeplerin tespitidir.

Arabulucu tarafından uyuşmazlığın belirlenmesi ile birlikte bir sonraki aşama olan müzakere aşamasına geçilir. Bu aşamada taraflar uyuşmazlık ile ilgili görüşlerini belirtirler, teklif ve önerilerde bulunabilirler, arabulucu da tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisinde bulunabilir. Müzakere aşaması, tarafların uyuşmazlığa arabulucu yardımıyla çözüm üretmeye çalıştıkları aşamadır. Taraflar bu aşamayla kendilerince vazgeçilmez olan (çekirdek) menfaatlerinin karşılıklı tatminin sağlanmasına çaba gösterirler. Dolayısıyla tatminin sağlanması uyuşmazlığın çözümünün tek boyutlu olarak görülmemesini de gerektirir. Örneğin hakkında asılsız ithamlarda bulunulduğu gerekçesiyle maddi tazminat talep eden işçi, arabuluculuk aşamasında işverenin samimi bir özür dilemesini anlaşma için yeterli kabul edebilir.

Arabuluculuk sürecinin bu aşamalarında gizlilik ilkesi önemli bir yer tutmaktadır. Bu ilke kapsamında beyan ve belgelerin kullanılamaması yasağı getirilmiştir. Bu itibarla uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler gizlilik ilkesi kapsamında açılan ya da açılacak hukuk davasında delil olarak ileri sürülemeyeceği gibi sürece katılan taraflar, arabulucu ve varsa üçüncü kişi bunlarla ilgili tanıklık yapamayacaktır. Ancak hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen delillerin, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Bu yasak arabuluculuk aşamasıyla ortaya çıkan bilgi ve belgelere özgüdür. Yine bu bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından isteneme-

yeceği gibi bu beyan veya belgeler, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacaktır. Ancak beyan ve belgelerin kullanılamayacağına ilişkin yasağın iki istisnası mevcuttur. Bu istisnalar da beyan ve belgelerin içerdikleri bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya bunların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olmasıdır.

Görüldüğü gibi arabuluculuk sürecinin başlangıç, inceleme ve müzakere aşamalarındaki beyan, görüş, öneri, teklif, kabul vb. hususların gizlilik ilkesi ve beyan ile belgelerin kullanımı yasağı sebebiyle borçluyu temerrüde düşürücü nitelikte bir ihtar olarak değerlendirilebilmesi bir yana bunların hukuk davasında tartışılabilir olmadığı görülmektedir.

3. Arabuluculuk Sürecinin Sonuç Aşamasında

6325 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre, tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi hallerinde arabuluculuk süreci sona ermektedir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ise, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması arabuluculuk sürecini sona erdiren durumlar olarak düzenlenmiştir. Bu hallere uyuşmazlık konularının birden fazla olması durumunda kısmen anlaşma ve kısmen anlaşamama halini de eklemek mümkündür (Arabuluculuk Yönetmeliği md. 25/6-7).

Arabuluculuk sürecinin sona erdiği bir tutanakla belgelendirilir. Bu tutanak son tutanak olarak isimlendirilmektedir. Burada tutanak içerikleri yeknesak değilse de[35] bu tutanakta tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı yazılmalıdır (6325 sayılı Kanun md. 17/2). Son tutanağın arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanması, arabulucu dışındakilerce imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanması gerekir (md. 17/2). Öte yandan tutanağın içeriğinde faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflarca karar verilir (md. 17/3).

Arabuluculuk sonuç aşamasında ya da başka ifadeyle son tutanakla ihtar şartının yerine getirilip getirilmediği ve borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekip gerekmediği hususunda düşüncelerimizi paylaşmadan önce konuya ilişkin yargı kararlarına değinmekte yarar görmekteyiz.

Buna göre "*…Dairemizin yerleşik uygulaması uyarınca arabuluculuk son oturum tutanağı olan 16.02.2018 tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekmektedir…*"[36], "*…Bu kapsamda faiz başlangıcı yönünden, eldeki davada arabuluculuk son tutanağının incelenmesinde, tarafların toplantıya katıldıkları, dava konusu işçilik alacakları yönünden anlaşamama tutanağı tutulduğu görülmektedir. Bu durumda arabuluculuk görüşmeleri ile birlikte davalı işçilik alacaklarından haberdar olmuş, davacı tarafça açıkça hangi alacakların istenildiği belirtilmiştir. İhtarın bir şekil şartına tabi olmadığı ve arabuluculuk görüşmelerinde davacı tarafça alacakların tahsilini açıkça talep edildiği dikkate alındığında artık arabuluculuk görüşmelerinde davacının talebinin ihtar mahiyetinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Hal böyle olunca, davacının taleplerine de uygun olarak dava konusu işçilik alacaklarına arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faizin uygulanmasında usul ve*

35 Odaman, S., Karaçöp, E., İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, S. 39, s. 58.

36 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi, 2020/1911-2022/686 E.K (UYAP).

yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır…"[37], *"…Arabuluculuk daveti ile arabuluculuk süreci temerrüde elverişli ihtar ile aynı nitelikte olmayıp aynı hukuki sonucu doğurmaz. Faiz başlangıçlarının arabuluculuk aşaması temerrüt kabul edilmeyerek belirlenmesi yerindedir…*[38]*"*, *"…Temerrüt tarihine yönelik itiraz yönünden ise, arabuluculuk görüşmeler ile birlikte davalılar işçilik alacaklarından haberdar olmuş, davacı tarafça açıkça hangi alacakların istenildiği belirtilmiştir. İhtarın bir şekil şartına tabi olmadığı ve arabuluculuk görüşmelerinde davacı tarafça alacakların tahsilini açıkça talep edildiği dikkate alındığında artık arabuluculuk görüşmelerinde davacının talebinin ihtar mahiyetinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda, arabuluculuk son tutanak tarihinin temerrüde esas alınmasında da bir isabetsizlik yoktur…"*[39]*"…Dairemizin yerleşik uygulaması uyarınca, işçi muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ihtarname ile işvereni temerrüde düşürebilir. Söz konusu ihtarnamede alacak miktarlarının belirtilmesi gerekmez. Dava tarihinden önce yürütülen arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma yapılamadığına dair düzenlenen son tutanak bu bağlamda değerlendirildiğinde dava konusu alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk aracılığıyla talep edilmesi karşısında davalı işverenin arabuluculuk son tutanak tarihi itibariyle temerrüde düştüğünün kabulü gerekmektedir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir…"*[40].

Görüldüğü gibi dava şartı olan arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlığında arabuluculuk süreci taraflara ulaşılamaması, anlaşma ya da anlaşmama haliyle sona ermektedir. Taraflara ulaşılamaması sebebiyle arabuluculuk sürecinin sona ermesi durumunda son tutanağın ihtar niteliği taşımayacağı ve borçtan haberdar olmayan borçlunun temerrüde düşmeyeceği açıktır. Bu noktada davetin niteliği ve özelliği itibariyle usulüne uyun olup olmaması da sonucu değiştirmez[41]. Tarafların anlaşmasıyla arabuluculuk sürecinin sona ermesi durumunda ise üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz (md. 18/5). Yine taraflarca dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması halinde arabulucunun bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden, dava sırasında arabulucuya başvurulması durumunda ise mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi verilmesi istenebilmektedir. Bu şerhi içeren anlaşma tutanağı da ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Ayrıca taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imza altına alınan anlaşma tutanağı da keza ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sona ermesi halinde makale konusu olan temerrüt tartışması bulunmamaktadır.

Arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sona ermesi durumunda anlaşmama tutanağının ihtar ile aynı sonucu doğurarak borçlu temerrüdünü gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği üzerinde durulmalıdır.

İhtar, alacaklının borçludan borcun ifası isteğini içeren tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması olarak hukuki niteliği itibariyle hukuki işlem benzeri bir fiildir.[42] Dolayısıyla bizatihi irade açıklamasına hukuki sonuç bağlanmıştır. Bu irade açıklaması şekle tabi değilse de her durumda borçlunun borçtan haberdar olması da ihtar niteliğinde değildir. İhtarda alacaklı borçludan belirli bir borcun ifasını kesin olarak istemektedir. Bununla beraber dava şartı arabuluculukta süreç sonunda tarafların anlaşmamasıyla ortaya çıkan son tutanak bir usul işlemi olup bu tutanakta taraflar sadece uyuşmazlık konularında anlaşamadıklarını bildirmekte ve dava açılmadan önce gerçekleşmesi gereken dava şartını yerine getirmektedir. Yine arabulucu da başvuranın verdiği yetkiyle başvuran (alacaklı) adına

37 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 29. Hukuk Dairesi, 2021/2966-2021/2913 E.K (UYAP).
38 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 9. Hukuk Dairesi, 2020/651-2021/3374 E.K (UYAP).
39 Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi, 7. Hukuk Dairesi, 2020/1083-2021/121 E.K (UYAP).
40 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2022/803-2022/1567 E.K (UYAP)

41 Bilgi için bkz. III/1 s. 9-10
42 Eren, a.g.e., 1121; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 862.

karşı tarafa (borçluya) borçlu olduğunu bildirerek borcun ödenmesini istememekte, sadece arabuluculuk sürecine karşı tarafı davet etmektedir. Aksinin kabulü ise arabulucunun tarafsızlığı, bağımsızlığı ve tarafların eşitliği ilkelerinin de ihlalini beraberinde getirecektir.

Açıklandığı üzere anlaşmama tutanağında alacaklı borçludan belirli bir borcun ifasını kesin olarak istememektedir. Tam tersine sonuç kısmına kadar taraflar uyuşmazlıkla ilgili ya da ilgisiz farklı öneri ve tekliflerde de bulunabilirler. Örneğin emekliliğe hak kazandığı gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen işçi arabuluculuk sürecinde kendisi yerine oğlunun işe alınmasını isteyebilir ya da bu yöndeki teklifi kabul edebilir. Keza işverenin kendisine hakaret ettiği gerekçesiyle maddi tazminat talep eden işçi arabuluculuk aşamasında işverenin özür dilemesini anlaşma için şart koşup bunu kabul edebilir. Burada kritik nokta bu teklif ve öneriler gizli olduğundan arabuluculuk sürecinde alacaklının borçludan belirli bir borcun ifasını kesin olarak isteyip istemediğinin belirlenemeyecek olmasıdır. Buna göre anlaşmama tutanağı ile ihtarın gerek nitelikleri gerekse amaçları ve gerekse içerikleri bakımından farklı olduğu görülmektedir.

Ayrıca ücret, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti gibi alacak talepleri dönemsel edim niteliğinde olup uygulamada arabuluculuk başvuru formunda sadece talebin ismi yer almakta, ancak ait olduğu döneme ya da miktarına ilişkin bilgi bulunmadığı gibi anlaşmama şeklindeki son tutanakta da bu şekilde bir somutlaştırmaya da gidilmediği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla alacaklının alacak talebi somut ve net olmadığından borçlunun borçlu olduğunu öğrendiğinden de bahsedilemeyecektir. Benzer durum diğer işçilik alacakları bakımından miktar yönünden söz konusudur.

Sonuç

Arabuluculuk süreci genel olarak sıkı sıkıya uyulması gereken kuralların olmadığı, sürecin yönetiminin tarafların elinde olduğu, tarafların serbestliğinin bulunduğu kendine özgü bir usul aşaması olup amacı, ilkeleri, kuralları dikkate alındığında ihtarla elde edilecek sonucun oluşmayacağı değerlendirilmektedir. Nitekim arabuluculuk sürecine ilişkin sonuçlar düzenlenirken süreç içinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin duracağına dair hükme yer verilirken (7036 sayılı Kanun md. 3/17) borçlunun temerrüdüne ilişkin bir hükme yer verilmemesi de bu sonucu desteklemektedir. Ayrıca gizlilik ilkesi, tarafların arabuluculuk sürecine katıldığı için daha dezavantajlı konuma gelmeme isteğini karşılamaya yardımcı olmaktadır. Buna karşın, kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen, taraflarca öngörülmeyen ve süreçte amaçlanmayan temerrüt sonucunun kabul edilmesinin ise bu anlamda gizlilik ilkesiyle bağdaşmayacağı da görülmektedir.

Son söz olarak, elbette bu açıklamalar yukarıda değinilen hususlar için geçerlidir. Bu minvalde, arabuluculuk sürecinin kontrolü esas itibariyle taraflarda olduğundan, tarafların anlaşmama tutanağında borçlu temerrüdü sonucunu doğuracak nitelikte bir kararlaştırmaları mevcut olabilir. Bu durumda arabuluculuk sürecinde temerrüt gerçekleşebilir. Dolayısıyla somut olay özelinde şu an için öngöremediğimiz farklı olasılıklar da gerçekleşebilir. Bu durumda yeniden değerlendirme yapılması gerekebilir.

KAYNAKÇA

- Astarlı, M., 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, S.38.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T., Özkaraca. E., İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2021.
- Dür, O., Arabuluculuk Faaliyeti Ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, Konya, 2017.
- Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı,

İstanbul, Kasım 2019.

- Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22 Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Günergök, Ö., Kayıhan, Ş., Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.
- Kekeç, E., K., Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu, A.M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- Kuru, B., Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Yetkin Basım Yayım Ve Dağıtım A.Ş, Ankara, 2020.
- Odaman, S., Karaçöp, E., İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, S. 39.
- Özkaraca, E., Ünal, C., Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2019, Sayı: 42.
- Tanrıver, S., Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, c. II.
- Tanrıver, Süha Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147.
- Yıldız, M.G., Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2017.