

Söyleşi: Hukuk Müşavirimiz Abdi Pesok'la “zorunlu arabuluculuk” sistemini ele aldık

16.01.2019

“Ön şart veya zorunluluk halinde olduğunda arabuluculuğun, milletin ve millet adına devletin Anayasal yetkisini zedeleyebileceğini düşünüyorum”

Kristal-İş: Dilerseniz söyleşimize arabulucu-luk hakkında genel olarak ne düşündüğünüz-le başlayalım.

Abdi Pesok: Arabuluculuk hem ülkemizde hem de dünya genelinde yeni bir konu değildir. Aynı şekilde hem dünya hukukunda hem de ülkemizin hukuk sisteminde “özel hakem” adı ile bu kurum vardır.



Bugün bizim üzerinde konuşacağımız konu asıl olarak zorunlu arabuluculuktur. Özellikle de işin “zorunluluk” boyutu üzerinde duracağız. Bunun altını çizmek istiyorum, çünkü konuyla ilgili bütün endişe ve eleştirilerimizin kaynağında bu “zorunluluk” olgusu yatmaktadır.

Aslına bakarsanız “zorunlu” sözcüğü kanunda yer almamaktadır. Zorunlu sözcüğünü halkımız ve hukukçularımız kullanıyor. Ancak işin gerçeği de budur. Resmi makamlar zorunluluk vurgusunun öne çıkarılmasını istemiyorlar ve dolayısıyla bu sözcüğü kullananlara da duyduğumuz kadarıyla pek hoş gözle bakmıyorlar.

Konuyu düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 12 Ekim 2017 tarihinde kabul edildi ve 1 Ocak 2018’de yürürlüğe girdi. Az önce belirttiğim gibi Kanun’da “zorunlu” sözcüğü yer almıyor. Bunun yerine “dava şartı” olarak arabuluculuktan bahsediliyor. Toplumun tepkisini azaltmak için bu şekilde bir düzenleme yapma gereği duyulduğunu düşünüyorum. Yine de toplum, yasanın bütününe, içeriğine ve sonucuna bakarak bu düzenlemeyi “zorunlu arabuluculuk” olarak algılamış ve isimlendirmiştir.

Konuyu daha iyi ifade edebilmek bakımından, söyleşimizin başında bazı temel esaslardan bahsetmek faydalı olacaktır.

Bu esasların en önde geleni “devlet”tir. Biliyorsunuz devletin tarifi çok çeşitlidir; ancak ezici çoğunluğun mutabık olduğu unsurları ve tarifi vardır. Bunların başta

gelenlerinden birisi; toprak bütünlüğüne bağlı olarak, siyasal bakımdan örgütlenmiş, millet veya milletler topluluğunun oluşturduğu tüzel kişiliktir. Bu bağlamda devlet, yargı dâhil, tüm ilişkileri kapsar, düzenler ve yönetir.

“Arabuluculuk, ön şart veya zorunluluk olmaması halinde, uyuşmazlıkların çözümünde yarar sağlayabilir. Ancak, ön şart veya zorunluluk söz konusu olduğunda, bunun milletin ve millet adına devletin anayasal yetkisini zedeleyebileceğini düşünmekteyim.”



Devlet, zayıf olanın güçlü tarafından ezilmesini ve istismarını önlemek, bir bütün olarak da o toplumun diğer toplumlar veya devletler tarafından ezilmesini ve istismarını önlemek *amaç*, *ihtiyaç* ve *gerekçesi* ile kurulmuştur. Devletin varlık nedeni budur ve bundan sonra da aynı amaç, ihtiyaç ve gerekçelerle var olacaktır.

Bizim Anayasamızın 2'inci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, “...*demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.*” Anayasamıza göre, kuvvetler ayrılığı prensibi ve esası geçerlidir. Anayasamızın 9'uncu maddesinde; “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır,*” denilmektedir.



Arabuluculuk, ön şart veya zorunluluk olmaması halinde, uyuşmazlıkların çözümünde yarar sağlayabilir. Ancak, ön şart veya zorunluluk söz konusu olduğunda, bunun milletin ve millet adına devletin anayasal yetkisini zedeleyebileceğini düşünmekteyim.

Bunun bir nevi yargının özelleştirilmesi sonucunu doğurabileceğini, bir alternatif yargı oluşmasına neden olacağını düşünmekteyim.

Bu bakımdan, şeklî konular, ayrıntılar ve hak kayıpları dışında, bu sistemi devlet ve toplum felsefesi açısından da olumlu görmemekteyim.

Kristal-İş: Devlet ve toplum felsefesi bakımından yol açtığı sakıncaların dışında zorunlu arabuluculuğun başlıca sakıncaları nelerdir?

Abdi Pesok: Biraz evvel belirttiğim gibi, bu sistemi her şeyden önce, devlet ve toplum felsefesi açısından sakıncalı görmekteyim.

Ulusal Kurtuluş Savaşımızın başarıyla tamamlanmasından sonra, o günkü devlet kadroları, önce, her anlamda, ülkede birliği temin etme gayretine giriştiler. Mali

konularda, eğitim konusunda ve yargı konusunda birliğin temini doğrultusunda işlemler ve düzenlemeler yapmışlardır. Anlatımım belki biraz uzun olacak, ama, konunun özünün anlaşılabilmesi için bunun gerekli olduğunu düşünmekteyim.



Cumhuriyetin ilk yıllarında, toplumun ve devletin şiarı şu olmuştur: Ekonomide birlik, eğitimde birlik ve yargıda birlik!

Bu doğrultuda hareket edilerek, ülkemizde, eğitimde birliğin, temin için çok büyük çabalar gösterilmiştir. En önemlisi de 3 Mart 1924 tarihinde, Tevhid-i Tedrisat Kanunu yürürlüğe konmuştur.

Mali birlik ve denetim sağlanması için, kapitülasyonlar ve Düyun-u Umumiye kaldırılmıştır; böylece mali birlik ve denetim sağlanmıştır.

1925 ve sonrasında yürürlüğe konulan Medeni Kanun, Ceza Kanunu, yeniden dizayn edilen İdare Hukuku ve diğer düzenlemeler ile hukuk birliği kurulmuştur. Ülkedeki herkes, yurttaş kimliği ile, aynı yasalara tabi olmuştur. Millet adına, devletin Anayasal organı olan mahkemeler yetkili kılınmıştır. İnsanlar aynı yargı organlarında yargılanır, aynı yargıda adalet arar hale gelmiştir.

Hukuk birliği bir ülkenin birliğinin temel ayaklarından birisi olduğundan, ben zorunlu arabuluculuk kurumunun, bu hukuk birliğini zedeleyebileceği endişesini taşıyorum.

“Hakkını gerçekten almak isteyen işçi bakımından, şu andaki duruma göre, bırakalım sürenin kısalmasını, yargı organındaki süreye, arabuluculuk safhasındaki süre de ilave edilmiş oldu.”

Kristal-İş: Uygulamaya girdiği sırada medyanın büyük bölümü bu kanunun işçi lehine olduğundan, bu kanun sayesinde yargılamaların eskisi gibi uzun sürmeyeceğinden dem vurdu.

Abdi Pesok: Bunların hepsi propagandaydı maalesef. Nitekim, bir yıllık uygulamanın ardından bu söylenenlerin propaganda olduğu, gerçek olmadığı açıklığa kavuşmuş durumda. Hakkını gerçekten almak isteyen işçi bakımından, şu andaki duruma göre, bırakalım sürenin kısalmasını, yargı organındaki süreye, arabuluculuk safhasındaki süre de ilave edilmiş oldu.

Bu arabuluculuk sistemi zorunlu olmasa, diğer bir deyişle isteğe bağlı/ihtiyari olsa, taraflar, arzu etmeleri durumunda bu kuruma başvuruyor olsa, tartışacak bir durum söz konusu olmaz. Anlaşamayan taraflar her zaman için yargılamadan evvel bir araya gelip, konuyu barışçıl bir biçimde çözebilirler. Buna zaten bir engel yoktu.

“Bizim gibi zorunluluğu iş hukukuna bu şekilde sokan ve bu uygulamayı sürdüren bir ülke yok sayılır. Bunun altını çizmek isterim. Çok istisnai, yerel bir iki uygulama var olabilir, ancak, bunlar da bize örnek oluşturabilecek düzeyde ülkeler değildirler.”

Kristal-İş: Avrupa Birliği’nde iş davalarında ara buluculuk kurumunun dışarıda tutulduğunu, zorunlu hale getirilmediğini biliyoruz. Dünya genelinde durum nedir?

Abdi Pesok: “Zorunlu arabuluculuk”, tüm dünyada tartışılmış bir konudur. Ancak, çok az ülkede ve sınırlı olarak uygulanmıştır. İş hukukunda, Avusturalya’da, sadece bir eyalette “Tarım Borçlanması” alanında, o da sadece bu konu ile sınırlı olmak üzere uygulanmıştır.

İtalya’da, iş hukukunda olmamak kaydıyla, sınırlı uygulaması görülmüştür.

Özetle söylemek gerekirse, bizim gibi zorunluluğu iş hukukuna bu şekilde sokan ve bu uygulamayı sürdüren bir ülke yok sayılır. Bunun altını çizmek isterim. Çok istisnai, yerel bir iki uygulama var olabilir, ancak, bunlar da bize örnek oluşturabilecek düzeyde ülkeler değildirler.



Şu an için, Amerika’sından Kanada’sına, Fransa’sından İngiltere’sine ve Almanya’sına Japonya’sına varıncaya kadar ekonomik ve demokratik açıdan gelişmiş, ileri ülkelerin hiçbirinde iş hukukunda “zorunlu” arabuluculuk yoktur.



Kristal-İş: Yani, dünyada da prensip, arabuluculuk yargıya erişime engel olmamalı.

Abdi Pesok: Evet, genel prensip budur ve ülkelerin ezici çoğunluğunda zorunluluk söz konusu değildir.

Kristal-İş: Bu söyleşiyi okuyan üyelerimiz için konuyu netleştirmek adına belirtmekte fayda var; bu kanun çerçevesinde işçi, kıdem, ihbar gibi tazminat ve fazla mesai, yıllık izin gibi ücret ve işveren de alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce arabulucuya başvuracak. Daha doğrusu başvurmak zorunda. Bu taleplerin hepsinin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekiyor.

Abdi Pesok: Evet, genel çerçeve bu. İş kazası ve meslek hastalıklarından dolayı maddi ve manevi tazminat konuları ile SGK'nın da taraf olduğu uyuşmazlıklar dışındaki, işçi/işveren arasındaki bu tür uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması artık zorunludur.

Kristal-İş: Geçtiğimiz yıl Mayıs ayında beşinci kez Türkiye Odalar Borsalar Birliği (TOBB) başkanı seçilen Rıfat Hisarcıkıoğlu 74'üncü genel kurulda yaptığı konuşmada şöyle demişti: "...iş ve yatırım ortamı önündeki engelleri tespit edip, hükümetimizle birlikte kaldırdık. (...) Özellikle iş mahkemelerindeki davalarda, işveren yüzde 99 haksız çıkıyordu. Bunu değiştirmek üzere, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya alınmasını sağladık." Bu kadar açık sözlü bir tanıklığa rast gelmek her zaman mümkün olmaz sanırım.



Abdi Pesok: Ülke yönetimi seçim zamanları dışında ve oy istemek durumunda olmadığı zamanlarda genellikle sermayeden yana tutum alıyor. Bunu da açık açık, saklama gereği duymadan söylüyorlar. "Biz tüm grevleri erteliyoruz, bundan sonra da erteleyeceğiz," dediler örneğin. Bu söylenenler aslında ne Anayasayla ne kanunlarla ne de altına imza atmış olduğumuz uluslararası sözleşmelerle bağdaşmıyor.

Hisarcıkıoğlu da zorunlu arabuluculuk konusunda bu çerçevede bir beyanda bulunmuş.

Burada bu tür beyanatlara tek tek cevap vermemize gerek yok. Ancak şunu belirtmek isterim, işverenlerin davalarda haksız çıkmaları yönündeki yüzde 99 rakamı propaganda amaçlı bir ifadedir. Gerçeği yansıtmamaktadır.

"Bir de ülkemizde taraflar arasında empati kurma geleneği yok. Yani sorun karşılıklı. İşini gereği gibi, kanunlara uygun olarak yapan işverenler de var. Zaten bizim ihtilaflarımız bunlarla değil."

Daha da önemlisi, işçiler, artık karşılaştıkları haksız uygulamalardan bunalıp, "yeter, bıçak kemiğe dayandı!" diyecek noktaya gelmeden hukuk yoluna başvurmuyorlar. Ancak bu noktaya gelmiş, hakkını hukuki yollardan aramaya karar vermiş işçi,

sendikasına veya bir hukukçuya gidiyor. Söz konusu sendika ya da hukukçu, Yargıtay'ın görüşleri, Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu örnek kararlar çerçevesinde davayı kazanma şansının yüksek olduğunu tespit ettiği durumda işçiye dava açmasını tavsiye ediyor.

Ama, bu noktaya gelinceye kadar işçilerin yarıya yakını dava açmaktan zaten vazgeçiyor. Hisarcıklıoğlu, açıklamasında, bir nevi umudu dahi kalmadığından, hak aramak için dava açmaktan vaz geçen bu işçileri hiç hesaba katılmıyor olmalı.

“Bir yılı aşkın bir uygulama var önümüzde. Buna baktığımızda görüyoruz ki, maalesef, birçok işveren daha önce ihbar-kıdem tazminatlarını vererek işten çıkartmak istediği işçileri, işten çıkarırken, artık, “haklı neden” iddiasıyla işten çıkartmaktadır.”

Dediğim gibi amaç propagandadır. “İşçiler işveren aleyhine dava açıyorlar ve açtıkları her davayı da kazanıyorlar. Yazık bu işverenlere. Vah, vah, vah,” propagandasıdır bu.

Bir de ülkemizde taraflar arasında empati kurma geleneği yok. Yani sorun karşılıklı. İşini gereği gibi, kanunlara uygun olarak yapan işverenler de var. Zaten bizim ihtilaflarımız bunlarla değil. Burada yaptığımız tespitler de onlarla ilgili değil. Onları bir kenara bırakarak konuşuyoruz. Ancak ülkemizin gerçeği şu ki, fırsatını bulan bazı işverenler, vergiden kaçınmak, sigorta primini ödememek ve hatta asgari ücretin altında ücretlerle insan çalıştırmak için elinden geleni ardına koymuyor. Arabuluculuğun zorunlu olması da bu anlayıştaki işverenlerin elinde bir silah oluyor ne yazık ki.

Kristal-İş: Bu durumda zorunlu arabuluculuk sistemi çift bordronun, ödenmeyen fazla çalışmaların, uzatılan çalışma sürelerinin, yasaya aykırı çalışma biçimlerinin aklandığı bir sistem haline de gelebilir mi? Böyle bir tehlike söz konusu mu?

Abdi Pesok: Olumsuz etkileri kesinlikle var. Bir yılı aşkın bir uygulama var önümüzde. Buna baktığımızda görüyoruz ki, maalesef, birçok işveren daha önce ihbar-kıdem tazminatlarını vererek işten çıkartmak istediği işçileri, işten çıkarırken, artık, “haklı neden” iddiasıyla işten çıkartmaktadır. Yani İş Yasası'nın 25'inci maddesinin genellikle ikinci bendine dayanarak işten çıkarmaktadır.



Bu durumda, arabuluculuk zorunlu olduğundan, işçi arabulucuya gittiğinde pazarlık başlıyor. İşveren veya vekili arabulucu safhasında şunu söylüyor: “İsterseniz bizimle anlaşmayıp dava açabilirsiniz. Ama bu dava en az iki sene,

hatta üç sene sürebilir. Sonuçta, zararlı çıkan taraf siz olursunuz. Eğer arzu ederseniz size kıdem tazminatınızı verelim ve bu aşamada anlaşmaya varalım.” Pazarlık bu şekilde başlıyor. Daha sonra, “Peki, kıdem tazminatınızın üzerine ihbar tazminatınızı da verelim,” deniyor.

“Unutmayalım, arabulucuda anlaşmaya varılması durumunda yeniden hak arama yoluna gidemiyorsunuz. “Ben ekonomik sıkıntı içindeydim, yapılan teklifi o nedenle kabul etmek zorunda kaldım,” demenizin hukuken bir anlamı olmuyor. Mesela işe iade talebi söz konusu olamaz artık. Aynı şekilde, işçinin sendikal nedenle işten çıkarıldığını da iddia etmesi mümkün değil.”

Zaten ekonomik zorluk içinde olan işçi, en az iki sene beklemek zorunda kalabilirim diye düşünüyor ve işverenin kötü niyetli teklifini kabul etmek zorunda kalıyor. Anlaşılır bir durum, çünkü işçinin evde ekmek bekleyen eşi ve çocukları var. Kira bekleyen ev sahibi var. Burada işçi bir tür aldatmacanın kurbanı oluyor.

Şu an için işçi, yanında bir sendika veya hukukçu desteği olmadan arabulucuya başvurabiliyor. Bu durum işçinin daha da fazla istismarına neden oluyor. Bu gerçeği sadece bizler değil, iyi niyetli olan tüm ilgililer tespit etmiş durumdadır. O nedenle vekil bulundurma gerekliliği düşünülmektedir.



Unutmayalım, arabulucuda anlaşmaya varılması durumunda yeniden hak arama yoluna gidemiyorsunuz. “Ben ekonomik sıkıntı içindeydim, yapılan teklifi o nedenle kabul etmek zorunda kaldım,” demenizin hukuken bir anlamı olmuyor. Mesela işe iade talebi söz konusu olamaz artık. Aynı şekilde, işçinin sendikal nedeniyle işten çıkarıldığını da iddia etmesi mümkün değil.

Yasaya aykırı çalışma biçimleri ile ilgili olarak, örneğin kayıt dışı çalışma yargıya intikal etmiyor.

Kristal-İş: Zorunlu arabuluculuk sisteminin ülkemiz ve genel olarak hukuk sistemimiz bakımından ne anlam ifade ettiğini, ne tür sakıncalar barındırdığını anlattınız. Bir de bu sistemin hukukçular, özellikle iş hukuku alanında çalışan hukuk insanları bakımından ne ifade ettiğine değinebilir misiniz?



Abdi Pesok: Hukukçular içinde hayatı işçilerle, sendikalarla birlikte geçmiş olanlar var. Elbette masanın diğer tarafında yer almış, hayatı işverenlerle geçmiş hukukçular da var. Her iki grup için de çalışmış, bunu yaparken de adaletli tutum almış hukukçular da var.

Bunun yanında konuya sadece ticari açıdan bakan meslektaşlarımız da var. Maalesef, gerçeğimiz bu. Şunu da belirtiyim, bu bizim mesleğimize özgü bir durum değil. Her meslekte aynı durum söz konusu.

Ancak son tahlilde, bu, insanın hayat felsefesiyle, dünya görüşüyle ilgili bir konudur. Ondan bağımsız olarak düşünülemez ve anlaşılamaz.

Kendimden örnek verecek olursam, ben zorunlu arabuluculuğun ülkem, ulusum ve emekçilerimiz için yararlı bir sistem olduğuna inanmıyorum. Bu konuda fikirlerimi her platformda açıkça dile getirdim, getiriyorum. Arabuluculuk yapmadığım gibi, hiçbir zorunlu arabuluculuk toplantısına taraf vekili olarak da girmedim. Benim gibi davranan, tutum alan birçok hukukçu var.

Bunun yanında, ben buradan para kazanırım diye düşünenler de vardır. Elbette herkesi tek bir kalıba sokmak mümkün değil. Ancak ben ülkemizde eli vicdanında insanlarımızın ve hukukçularımızın azımsanmayacak kadar çok sayıda oldukları kanısındayım. Geleceğimizle ilgili en büyük güvencemiz de bu insan yapımızdır.

