

RUS HUKUKUNDA İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK

Doç. Dr. Daria V. CHERNYAEVA*

Giriş

Arabuluculuk, Rus hukukunda yeni bir olgu değildir. Hukukçular Rusya'nın yasama tarihinde arabuluculuğun gelişim sürecini genellikle dört ana döneme ayırarak açıklarlar.

1. Erken dönem (1200'lerin sonu –1800'lerin ortası). Arabuluculuğun geçmişi XIII. yüzyıla kadar uzanır. Uyuşmazlıkların bir aracı ile barışçıl yollarla çözümü ilk kez ağaç kabukları üzerindeki yazılar (Novgorodskaya 1281-1313, Pskovskaya 1397), III. İvan tarafından hazırlanan Sudebnik (1497) ve Sobornoe Kanunu (Sobornoe ulozhenie - 1649) gibi çeşitli hukuk kaynaklarında (çok genel olarak) anlatılmaktadır. Daha sonra Büyük Katerina bir dizi karar çıkarmış ve "il vicdan mahkemeleri"ni kurmuştur (1775 - 1862). Bu mahkemelerde, hukuk davaları (ticaret, aile, vb.), bazı ceza davaları (küçükleri, akıl hastalarını ilgilendiren, vb.) ve tarafların dava dilekçelerini 'vicdan mahkemelerine' sunmayı seçtiği diğer davalar görülmektedir. Davanın bu mahkemelerde sonuçlandırılması halinde, taraflar olağan mahkemelere yönlendirilmekteydi.



Daria V. CHERNYAEVA

2. Gelişme Dönemi (1800-1917'lerin ortası). Bu dönemde, arabuluculuk daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Örneğin; 1864 tarihli Hukuk Muhakemesi Usul Kanunu'na "uzlaşma incelemesi" hakkında ayrıca bir bölüm eklenmiştir.

3. Sovyet döneminde gerileme ve kısıtlamalar (1917 – 1991). Bu dönem arabuluculuk açısından oldukça talihsiz bir dönem olmuştur. Geleneksel uzlaşma, "sınıf mücadelesinin" genel itibariyle katı ya-

* PhD, LL.M., "Ekonomi Yüksekokulu" Ulusal Araştırma Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Bölüm Başkanı Yardımcısı (Moskova, Rusya). İstihdam hukukunda iş koçu. Yorum ve sorular için: dchernyaeva@hse.ru.

pısına ters düşen “geçmişten kalan bir iz” ve “kapitalist icadı” olarak görülmeye başlanmıştır. Yargılama süreci davalının suçlu olduğuna dair delil bulma eğilimi çerçevesinde oldukça soruşturma odaklı bir hal almıştır. 1923 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Genel olarak Sovyet rejiminde bir rahatlama dönemi olarak bilinen ve nispeten kısa bir dönem olan “Yeni Ekonomik Politika” döneminde yürürlüğe girmiştir) tarafların uyuşmazlıklarını barışçıl yollarla çözmelerine imkân vermiş olsa da, bu yaklaşımın ne zaman uygulanabileceğinin kararı hususunda mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Ayrıca, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu’nun kararları da, mahkemeleri yalnızca “küçük ölçekli” hukuk uyuşmazlıklarının barışçıl yollarla çözümlenmesine yöneltmiştir.

Savaş sonrası dönemde, 1964 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanun Sovyet yasama tarihinde taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasının mahkemece tasdik edilmesinin davanın sonuçlandırılması yolunda müstakil bir sebep kabul edildiği ilk kanundur. Bu kanun aynı zamanda uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümlenmesine ilişkin daha detaylı hükümler de içermektedir (örneğin; sulh anlaşmasının mahkemece tasdik edilmesi için gerekli kriterler, anlaşma metni hazırlama usulü, vb.).

4. Modern dönem (1991 - günümüz). 2010 yılından önce uzlaşma/arabuluculuk hakkında müstakil bir mevzuat bulunmamaktaydı. Daha sonra, 27 Temmuz 2010 tarihinde “aracının katılımıyla alternatif uyuşmazlık çözümü usulü (arabuluculuk usulü)” hakkında 193-FZ sayılı Federal Kanun yürürlüğe girmiştir ve bu tebliğde bu kanunun incelenmesi amaçlanmaktadır.

I. Rus İş Kanunu’nda “iş arabuluculuğu” örnekleri

Rus İş Kanunu, 2001 yılından bu yana yürürlükte dir. Bu kanun genel Arabuluculuk Kanununun çıkarılmasından on yıl önce kabul edilmiştir.

Şu anda Rus mevzuatında ‘arabuluculuk’ olarak adlandırılan yönteme benzer iki uyuşmazlık çözüm usulü bulunup, bunlar en baştan itibaren bu Kanun kapsamında yer almıştır: (a) uyuşmazlık çözüm sürecinde bir ara aşama olarak ‘aracının katılımıyla toplu iş uyuşmazlıklarının değerlendirilmesi (İş Kanunu m. 403) ve (b) bireysel iş uyuşmazlık çözümünde, uyuşmazlık iş uyuşmazlıkları komisyonuna sunul-

madan önce ilk aşama olarak 'doğrudan müzakere' (İş Kanunu, m. 385, f. 2).

Bu iki usul, Arabuluculuk Kanununda halihazırda tanımlandığı haliyle 'genel' arabuluculuk ile bir takım ortak özelliklere sahiptir. Bunların tümü tabiatı gereği yargı dışı yollardır ve uzlaştırma amacını taşır.

Ancak, 'genel' arabuluculuk uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözüme alternatif olarak kullanılırken, toplu iş uyuşmazlıklarında 'aracı ile birlikte değerlendirme' için aynısı söz konusu değildir. Rusya kanunlarına göre, 'aracı ile birlikte değerlendirme' hiçbir yargısal değerlendirme içermez. Bu nedenle, bu tür uyuşmazlıklar için, 'aracı ile birlikte değerlendirme' geçerli bir seçenek değil, daha ziyade her biri yargı dışı ve uzlaştırıcı nitelikte olan genel yöntemlerden biridir.

Bahsi geçen maddelerden ikincisi (doğrudan müzakere) ile ilgili olarak, Kanunda resmi bir tarif veya açıkça tanımlanan bir usul yer almamaktadır. Kanunda bununla ilgili olarak bahsi geçen tek şey, bunun gerçekleştirilebileceği ve başarılı olana dek anlaşmazlığın 'bireysel iş uyuşmazlığı' olarak değerlendirilmeyeceğidir.

II. Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen arabuluculuk ile İş Kanunu hükümlerinde toplu iş uyuşmazlıkları için öngörülen "arabuluculuk benzeri uygulama": Bağdaşmayan kavramlar

Yukarıda belirtildiği üzere, 'genel' arabuluculuğa benzeyen ve Kanunda öngörülen uygulanabilir nitelikteki tek usul, münhasıran toplu iş uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkindir. Bu usulün, bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde geçerli bir mekanizma geliştirilmesine temel teşkil etmesi veya çerçevesinin bireysel istihdam uyuşmazlıklarının çözümünü de kapsayacak şekilde genişletilmesi makul görünebilir. Ancak, bu kavramı daha yakından incelediğimizde (bilhassa 'genel arabuluculuk' ile kıyaslandığında), neden böyle bir işleve kavuşmasının kavramsal açıdan tavsiye edilmediği daha iyi anlaşılabilir.

Elbette, bu iki usul bazı ortak özelliklere sahiptir. Örneğin, hem toplu iş uyuşmazlığının aracı ile değerlendirilmesi hem de 'genel' arabuluculuk ihtiyarilik, gizlilik, işbirliği, tarafların eşitliği, tarafsızlık ve bağımsızlık¹ gibi benzer ilkelere dayanmaktadır. Ancak, 'genel' arabu-

¹ Çalışma ve Sosyal Koruma Bakanlığı'nın 15 Aralık 2014 tarihli 1041 sayılı Emri.

luculuk nesnel olarak bire bir bu ilkelere dayanırken, toplu iş uyuşmazlıkları çözüm yollarının daha ziyade öznel gerekliliğe dayandığı görülmektedir: Tarafların, aracının yetkinliğini, nesnelliğini, tarafsızlığını ve bağımsızlığını kabulünün, aracının 'işlevini etkin şekilde ifa etmesi' için gerekli olduğu ifade edilir.

Hem genel olarak hem de toplu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk usulüne taraflar rızasıyla başvurulur. Arabulucunun kim olacağı taraflarca kararlaştırılır (İş Kanunu m. 403 ve Arabuluculuk Kanunu m. 9). Ancak, taraflar arabulucu adayını belirlemede zorluğa düşerse, belirli bir 'üçüncü taraf' tavsiyede bulunabilir; söz konusu üçüncü taraf 'genel' arabuluculukta farklı toplu iş uyuşmazlıkları çözümünde ise farklıdır. Bu bağlamda, toplu iş uyuşmazlıklarında, uyuşmazlık çözümünden sorumlu müessese bir kamu kurumu iken (İş Kanunu, m. 403 f. 2) 'genel' arabuluculukta üçüncü kişi, arabuluculuk usulünün gereken şekilde uygulanmasında uzman devlet dışı bir kuruluştur (Arabuluculuk Kanunu m. 9 f. 2).

Ayrıca, tarafların arabulucunun kim olacağına karar verme süreleri de farklılık göstermektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarında, arabulucunun kim olduğu çok kısa bir sürede belirlenir (en fazla 2 iş günü içinde) ve uyuşmazlığın kendisi ise arabulucunun idare tarafından görevlendirilmesinden itibaren katiyen en geç 3 iş günü içinde, diğer toplu çalışma ilişkileri düzeyinde ise en geç 5 iş günü içinde çözülür (İş Kanunu m. 403). Buna karşın, 'genel' arabuluculuk için kanunla belirlenen süre daha esnek: en fazla 180 gün (veya uyuşmazlık mahkeme veya tahkime intikal ettikten sonra en fazla 60 gün) sürebilir.

Arabulucu rolünü üstlenenlerin karşılaması gereken şartlar da farklılık göstermektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarında, bağımsız bir kişi arabuluculuk yapabilirken (58 sayılı Tüzük, 6. fıkra) 'genel' arabulucu Arabuluculuk Kanununda (15 ve 16. maddelerde) belirtilen birtakım şartları karşılamak zorundadır.

Toplu iş uyuşmazlıklarında arabulucu, uyuşmazlığın çözüm ile ilgili öneriler sunabilirken (58 sayılı Tüzük, 12. fıkra) 'genel' arabulucuların, uyuşmazlığın taraflarına önceden belirlenmiş fikirler/çözümler teklif etmeleri yasaklanmıştır (Arabuluculuk Kanunu, m. 11 f. 5). Hem genel olarak hem de toplu iş uyuşmazlıklarında, arabulucu uyuşmazlığı çözmez ve uyuşmazlık çözümü hakkında bir karar tesis etmez. Arabu-

lucunun asli görevi, tarafların 'yapıcı diyalog temelinde' karşılıklı kabul edilebilir bir çözüm bulmalarına yardımcı olmaktır.

Her iki durumda da, uyuşmazlık tarafların karşılıklı kabul ettikleri kararın yazılması ile çözümlenir. Ancak, toplu iş uyuşmazlığı taraflarının herhangi bir karar alamaması veya gündem maddelerinin yalnızca bir kısmına karar vermeleri halinde, anlaşmaya varılamayan hususlar ihtilaf protokolüne kaydedilir (İş Kanunu, m. 403 f. 5; 58 sayılı Tüzük, 11. fıkra). 'Genel' arabuluculukta, üzerinde anlaşılabilen konuların (ihtilafın) ayrı bir belgede yazılı olması gerekmez (Arabuluculuk Kanunu, m. 14).

Tüm bunlar, akademisyenleri 'genel' arabuluculuğun mevcut haliyle toplu iş uyuşmazlıklarında yasak olmadığına inandırır. Toplu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun usulüne ilişkin konular, 'genel' arabuluculuk yönteminden farklıdır; Arabuluculuk Kanunu ile 'genel' arabuluculuğun toplu iş uyuşmazlıklarında uygulanması yasaklanmaz, ancak esas mesele şudur ki bu uyuşmazlıklar kanun kapsamında yer almaz. Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler, münhasıran İş Kanununda (61. madde) öngörülmüştür.

III. Rusya'da arabuluculuğun iş uyuşmazlıklarına uygulanması

Uygulama koşulları katıdır. Mahkemeler nadiren taraflara arabuluculuk teklif etmektedir ve tasdik edilen arabuluculuk uygulanmamış sulh anlaşmalarının sayısı arabuluculuk sonucu ortaya çıkan anlaşmalardan halen fazladır (ve bunlardan çok azı iş konuları ile ilgili anlaşmalardır). Hızlı 'adli' arabuluculuk, en popüler arabuluculuk şeklidir ve konusu daha ziyade aile ve arazi meseleleridir. Arabuluculuğa başvuru iş uyuşmazlıkları genellikle karşı iddiaların ibraz edildiği uyuşmazlıklardır. İş ilişkisinin tespiti, hukuka aykırı fesih, işe iade, disiplin cezalarının affı, birikmiş maaşların ödenmesi ve manevi tazminat² bu tür uyuşmazlıkların konuları arasındadır.

İş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa halen nadiren başvurulur. Örneğin, hukuk danışmanlığı ve arabuluculuk hizmetleri veren Rus menşeli kar amacı gütmeyen bölgesel bir ortaklık (Sibirya Arabuluculuk ve Hukuk Merkezi, <http://www.mediacia.com/>), 2013 yılında işten

2 01.04.2015 tarihli Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesince onaylanan 2013-2014 yılları için Arabuluculuk Kanununun yargıda uygulanması hakkında bilgilendirme.

çıkarma ile ilgili yalnızca 3 tane iş uyuşmazlığına dahil olduğunu belirtmiştir.

Bilim insanları, arabuluculuğun iş uyuşmazlıklarının çözümü pratiğine bu derece yavaş entegre olması ile ilgili birtakım gerekçeler ortaya koymaktadır. Bunlar arasında; açıklayıcı bilgi, yaygın uygulama ve tanıtım eksikliği yer almaktadır. Bu durum nihayetinde iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yabancı bir hukuk sisteminden akıldan yoksun biçimde ödünç alınmış 'yabancı' bir fikir olarak algılanmaktadır. İnsanlar, arabuluculuğun avantajları ve usulleri hakkında fikir sahibi değildir ve bu nedenle de bu yöntemin kullanımına dair kişisel gerekçeler oluşturmazlar. Hatta kişiler bu yöntemi kullanmak istediklerinde dahi nereden başlayacaklarını bilmezler.

Arabuluculuk Kanununun yürürlüğe girdiği yılın sonunda, Hükümet tarafından arabulucuların yetiştirilmesine yönelik program³ başlatılmış olsa da, güvenilir profesyonellerin (arabulucuların) sayısı halen yetersizdir.

Bu program mesleki takviye kursudur ve bünyesinde üç farklı program barındırır, programlardan her birinin başarı ile tamamlanması sonucu ileri düzey eğitim sertifikası verilir.

- Arabuluculuk. Temel eğitim (her biri 40 oturum/saatlik 3 modül, bunun 12 saatinde aile, iş, şirketler ve diğer uyuşmazlık konularına yoğunlaşılır).
- Arabuluculuk. Arabuluculuk uygulamasının özellikleri (toplamda 312 oturum/saatlik 10 modül, 30 saati münhasıran iş uyuşmazlıklarına yoğunlaşır).
- Arabuluculuk. Arabulucu eğiticilerin eğitimi kursu (her biri 36 oturum/saatlik 4 modül).

Model Programda, üç programın her birine ilişkin yaklaşık bir eğitim içeriği verilir. Kursiyerler, tüm programı tamamladıklarında mesleki takviye sertifikası (diploma) alırlar. Bu program uygulanmaya başladıktan sonra birkaç ay içinde, Eğitim ve Bilim Bakanlığı model programa dayanan gerçek bir Programı onaylamıştır⁴. 2014 yılında Ça-

3 3 Aralık 2010 tarihli 969 sayılı Rusya Federasyonu Hükümet Kararı. Kanun ile aynı tarihte yürürlüğe girmiştir: 1 Ocak 2011.

4 Eğitim ve Bilim Bakanlığı'nın 14 Şubat 2011 tarihli 187 sayılı Emri.

İş ve Sosyal Koruma Bakanlığı, arabuluculuk alanında uzman kar amacı gütmeyen birkaç kuruluşun, önde gelen Rus üniversiteleri ve Rusya Sanayiciler ve Girişimciler Birliği ile işbirliği içinde geliştirdiği ‘arabuluculuk uzmanı (arabulucu)’⁵ meslek standardını onaylamıştır. Bu standartta, üç farklı yeterlilik düzeyi ve bu düzeylerin işlevleri tanımlanmaktadır. Bu standardın ve genel olarak diğer standartların 2012⁶ yılında işçilerin yeterliliğine ilişkin olarak İş Kanununda yapılan değişiklikler gereğince onaylanıp onaylanmadığı halen tartışmalıdır. Ancak program uygulamasının hızı ve kapsamı, halen yapılması gereken çok şey olduğuna işaret etmektedir.

Bu model temelinde geliştirilen kursa katılanların çoğunluğu olmasa da birçoğu avukattır ve bu durum bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Hukuk eğitimi almış arabulucular, avukatlık, hukuk danışmanlığı ve şirket danışmanlığı tecrübelerinin, “avukat” düşünce tarzından “arabulucu” düşünce tarzına “geçiş” engellediğini ve bunun da elde edilen bilgi ve becerilerin uygulanmasına ket vurabileceğini ifade etmektedir.

Bir diğer sorun ise, tarafların ve avukatların arabuluculuğa muhalefet etmesidir. Rusya’da iş uyuşmazlıklarının tarafları genellikle yargılama masraflarından muaf tutulur, ancak arabuluculuk için aynı durum geçerli değildir. Bu nedenle de arabuluculuk masrafları kaybeden tarafa yüklenemez. Hal böyle iken, arabuluculuk masrafları taraflarca gereksiz ve geri alınması mümkün olmayan sebepsiz masraf olarak değerlendirilmektedir.

Avukatlar ise bunu zincirin diğer ucunda hissetmekte, arabuluculuk ücretlerini mahkemede dava açılmış olsaydı doğrudan elde edecekleri gelirin telafisi olarak görmektedir. Bu arada, bu konu Rusya’da faaliyet gösteren arabulucuların pek çoğunun eskiden avukat olmasının veya hukuk eğitimi veya geçmişi sahip olmasının nedenlerinden biri olabilir.

Ayrıca uygulayıcılar tarafından sayılan sebepler arasında arabuluculuğa başvuru hallerinde dahi iş uyuşmazlıklarının çözümünde beklenen etkinin elde edilememesi ve arabuluculuk müzakerelerinde istifade edilecek uygun ve/veya resmi olarak tahsis edilmiş mekanların bulunmaması gibi teknik imkansızlıklar da yer almaktadır.

⁵ Çalışma ve Sosyal Koruma Bakanlığı’nın 15 Aralık 2014 tarihli 1041 sayılı Emri.

⁶ 3 Aralık 2012 tarihli 236-FZ sayılı Federal Yasa.

Bunun yanı sıra, sosyal ve kültürel nedenler de mevcuttur ve bu nedenler arasında iki temel davranışsal meseleye değinilmektedir: (a) paternalizm ve ihtiyari uyuşmazlık çözüm geleneğinin/kültürünün kaybolması, (b) 'Sovyetler'in toplumsal hoşgörüsüzlük geleneği.

Başlangıçtan itibaren bu derece hoşgörüsüz bir ortamda, arabuluculuğun zorunlu olmaması, onun 'gereksiz ve faydasız', 'vakit kaybı' olarak ve kendisine saygısı olan ciddi bir kişinin davranış tarzına ilişkin geleneksel algıya genel itibariyle yabancı görülmesine sebep olmaktadır. 'Kazan-kazan' çözüm yöntemi fikri, genellikle ya aldatıcı ve manipülatif ya da neredeyse kazanılmaz veya en iyi tabirle istenmeyen bir anlaşma (örneğin; 'her iki taraf için de eşit düzeyde rahatsızlık verici bir çözüm') olarak değerlendirilmektedir. Kişinin kendi tutumundan/bakış açısından uzaklaşan her türlü adımı yenilgi olarak kabul eden 'maçoluk' halen oldukça yaygındır. Kişinin düşüncelerini diğerlerine dayatması, dayatılan düşünce kendi savunucusuna çok az fayda sağlasa dahi, her iki taraf için de en iyi veya en azından en uygun çözümün bulunmasından daha 'onur verici' bir sonuç olarak görülmektedir. Çekişme, çatışma ve yüzleşme; halen çoğu durumda anlaşma, diyalog ve uzlaşmaya kıyasla daha olgun, daha güçlü ve sorumlu bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Otoriter rejim, itaat ve zulmün uzun yıllar hüküm sürdüğü bir toplumda arabuluculuğun zorunlu olmaması kişileri bir nebze kişisel özgürlük unsuru olarak algılanan 'gözardı etme özgürlüğü'nden faydalanmaya kışkırtır.

Son olarak, birtakım aşık ve doğrudan hukuki engeller mevcuttur. Bunlardan biri de, İş Kanununda iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa dair herhangi bir hüküm bulunmamasıdır. Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe konulduğunda diğer pek çok kanunda (Medeni Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu vb.) değişiklik yapılmış ancak İş Kanununda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Ayrıca, genel nitelikteki Arabuluculuk Kanununda iş uyuşmazlıklarının kendine has özelliklerinden bahsedilmemektedir (örneğin; iş ilişkisinde bağımlılık ve denetim ilişkisi vb.). Bu nedenle, şu an elimizde olan bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılamayan 'iş arabuluculuğu' ve iş uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanması zor 'genel' arabuluculuk usulünün tuhaf bir kombinasyonudur. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun etkin şekilde uygulanması için her iki mevzuatta da değişiklik yapılması gereği açıkça görülmektedir.

IV. İyileştirilebilecek Hususlar Nelerdir?

Kültür ve geleneklerin değiştirilmesinden ziyade mevzuatın değiştirilmesinin daha kolay olduğu açıktır. Akademisyenler ve uygulamacılar birtakım mevzuat değişikliği önerileri hazırlamıştır.

İlk olarak, İş Kanunu yalnızca toplu uyuşmazlıklar için değil aynı zamanda bireysel uyuşmazlıklar için de arabuluculuğun meşru (ve tercih edilebilir) bir çözüm yöntemi olduğunu alenen öngörmelidir. Arabuluculuk Kanunu, şu anda Kanunda öngörüldüğü haliyle yalnızca “iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları” değil tüm iş uyuşmazlıkları türlerini içerecek şekilde tadil edilmelidir. Bunun sebebi, doğrudan iş ilişkisinden kaynaklanmayan ancak bir şekilde iş ilişkisi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların da var olmasıdır. Örneğin; kiralama usulleri, kurum içi mesleki eğitim, çıraklık anlaşmaları, maddi yükümlülüklerle ilişkin bazı konular vb. ile ilgili uyuşmazlıklar vardır.

Aynı zamanda, her iki kanun da belirli durumlarda arabuluculuk yönteminin kullanılmasını yasaklayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir. Örneğin; özel bir devlet kurumu tarafından değerlendirilen ve federal mevzuatta öngörülen zorunlu standartlara dayalı olan iş kazaları uyuşmazlıkları mevcuttur.

Her iki kanunun, uyuşmazlık çözümünde konu yargıya taşınmadan önceki aşamada arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin hükümler eklenerek değiştirilmesi mantıklıdır. İş uyuşmazlığı için bu düzenleme, uyuşmazlıkların iş uyuşmazlıkları çözüm komisyonu aracılığıyla çözümlenmesine ilişkin hükümdür (İş Kanunu, m. 382). Komisyon, tarafların arabuluculuk usulünü kullanmayı kabul etmeleri halinde uyuşmazlık değerlendirmesini ertelemeyebilmelidir ve ayrıca bu komisyona tarafların çözüme ulaştığı arabuluculuk anlaşmasını tasdik etme yetkisi de verilebilir. İş Kanununda, iş sözleşmesinin meşru maddeleri arasında arabuluculuk hakkında da bir hüküm yer almalıdır. Arabuluculuğun hukuki statüsünün muğlak olması ve bu usul sonrasında yapılan anlaşmanın hukuki etkisinin net olmamasından dolayı, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun yargı dışında uygulanmasıyla ilgili sorun vardır. Uyuşmazlık taraflarca belirlenen çalışma koşullarıyla ilişkiliyse, bu türden bir anlaşma hizmet akdini destekleyici bir anlaşma olarak kabul edilebilir (iş sözleşmesine benzer ancak iş kanununda farklı bir anlaşma kategorisinde yer alan anlaşma- İş Kanunu m. 72). Ancak, diğer durumlarda bu yaklaşım işe yaramamaktadır. Bu nedenle de, bu türden

bir anlaşmanın statüsü, İş Kanununda ve mümkünse Arabuluculuk Kanununda açık bir şekilde belirtilmelidir.

Mahkemeleri anlaşmaların tasdik edilmesinden kurtarmak amacıyla, bazı bilim insanları bu türden anlaşmaların olduğu gibi yürürlüğe girdiğinin kabul edilmesini önermektedir. Diğer bilim insanları ise, yürürlük konusunun gönüllü arabuluculuk fikrine uygun olmadığını belirtmektedirler. Pek çok kişi ise yargı dışında yapılan anlaşmaların noter tarafından onaylanması gerektiğini ve noterlere de bu yetkinin verilmesi gerektiğini düşünmektedir.

İş uyuşmazlığına ilişkin özel dikkat gerektiren hususlardan biri de, usule ilişkin süre sınırlamalarıdır. Genellikle Rus İş Kanunu, iş uyuşmazlıklarının hem iş uyuşmazlıkları komisyonunda hem de mahkemelerde çözüme kavuşturulmasında atılacak usul adımları için daha kısa süreler öngörmektedir. Her iki kuruma da, tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmaları halinde çözümü resmi olarak erteleme yetkisi vermek mantıklıdır. Arabuluculuk sürecinde geçen süre, şu anda Medeni Kanunda (m. 202(3)) öngörüldüğü üzere, iddianın komisyona veya mahkemeye sunulması için tanınan süreden hariç tutulmalıdır. Bu husus, adalete erişime ilişkin anayasal hakka tamamen uygun olarak kanunda açık bir şekilde garanti altına alınmalıdır (Anayasa m. 46 ve 47).

İş ilişkilerinde *in favorem laboratoris* ilkesini ortaya koyan İş Kanununun 9. maddesinin değiştirilmesine yönelik tavsiyeler de mevcuttur. Bu tavsiye, bu ilkenin arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmalara da uygulanabilir olacak şekilde değiştirilmesi yönündedir. Burada amaç, bu tür anlaşmalarda çalışanın kendi kanuni haklarından feragat etmesine karşı korunmasıdır. Ancak, Kanunun bu maddesinin iş ilişkilerinde genel olarak uygulandığını, yani Kanun kapsamında yer alan tüm ilişkiler ve sözleşmeler için hâlihazırda uygulanabilir olduğunu ve bu nedenle de bu tür bir açıklamaya gerek olmadığını belirtmemiz gerekir.

İş uyuşmazlıklarında mahkeme dışı ve tahkim dışı arabuluculuk anlaşmalarının (arabuluculuk yöntemi sonucunda ortaya çıkan anlaşmalar) hukuki niteliği ile ilgili de bir sorun bulunmaktadır. Şu an itibarıyla, hukuk konularına ilişkin bu tür anlaşmalar Medeni Kanun kapsamında yapılan işlemler olarak değerlendirilmiştir; bu da aslında, anlaşmanın hükümlerinin ihlal edilmesi veya sözleşmenin uygunuz yürütülmesi halinde tüm Medeni Kanun çözüm yollarının (telafi,

borcun devredilmesi, borç affı, borcun mahsubu, tazminat vb.- Medeni Kanun 409, 410, 414, 415. maddeleri ve 59. Bölüm) uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir. Anlaşmanın ifa edilmemesi veya uygun-suz bir şekilde ifa edilmesi sonucunda ihlal edilen hakların korunması, Medeni Kanun kuralları uyarınca gerçekleştirilir. Ancak, iş konularına ilişkin arabuluculuk anlaşmaları (arabuluculuk yönteminin sonucunda yapılan anlaşmalar) Medeni Kanun kapsamına giren işlemler olarak değerlendirilemez çünkü bu anlaşmalar Rus Medeni Kanununun⁷ düzenlediği konular dışındaki hususlarda yapılmaktadır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, bir arabuluculuk anlaşması, sonuçlandırılan uyuşmazlığın taraflarca belirtilen iş sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanması halinde, bu iş sözleşmesini destekleyici bir anlaşma olarak değerlendirilebilir. Aksi takdirde, örneğin uyuşmazlık sözleşmenin sona ermesinden daha uzun bir süreyi kapsıyorsa, bu yöntem uygulanamaz. Bu yüzden, bazı bilim insanları iş uyuşmazlığının çözüme kavuşturulmasının bir sonucu olarak imzalanan arabuluculuk anlaşmasının statüsünün ve bu anlaşmanın taraflarca yerine getirilmemesinin hukuki sonucunun net bir şekilde belirtilmesi suretiyle İş Kanununun yeniden düzenlenmesini tavsiye etmektedir.

Ayrıca, arabuluculuğun gerçekten bir iş uyuşmazlığı çözüm yöntemi olarak yerleştirilmesi ve teşvik edilmesi için atılması gereken birtakım yasal olmayan adımlar vardır. Çoğu profesyonel, bir uyuşmazlığın çözümünde taraflara arabuluculuk yöntemine başvurmaları tavsiyesinde bulunan yargıçlar ve arabulucuların kendileri için ilave ve daha ciddi bir eğitimin gerekli olduğunun altını çizmektedir. Arabulucuların, hem mahkemede hem de mahkeme dışında arabuluculuk yönteminin uygulanması konusunda daha çok pratiğe ve deneyime ihtiyaçları vardır; buna karşılık, arabuluculuk için hem profesyoneller hem de kamu-younda geniş çaplı bir tanıtım yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, arabuluculuğun bir seçenek olarak mevcut olduğu yerler ve davalarda halkın erişimine ücretsiz sunulan arabuluculuğun kullanılmasına ilişkin daha fazla bilgi ve tavsiye sunulmalıdır.

Devlet Dumasına (Rusya Parlamentosu), Arabuluculuk Kanunu ve diğer ilgili kanunlarda değişiklik yapılmasına dair bazı yasa tasarıları sunulmuştur. Ancak, bu yasa tasarılarından yalnızca bir tanesinde

⁷ Medeni Kanunun 2 (1). maddesine göre, Rus Medeni Kanunu yalnızca; tarafların eşitliği, özerklik ve mülkiyet öz yeterliliğine dayalı ilişkileri düzenlemektedir ancak iş ilişkileri geleneksel olarak çalışanın işverene tabiiyetine dayalı ilişki olarak görülmektedir. – Bakınız: f.i.: Tal L.S. Civilistic research. St. Petersburg, 1913 (reprinted in 2006); Golovina S.Yu. Problems of mediation application in employment disputes resolution //Russian Legal Journal. 2013. No. 6. pp. 119-126.

iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanmasına yönelik sorunlara değinilmektedir ve hatta bu yasa tasarısı bile bu konuya dolaylı bir şekilde ve yalnızca sorunlardan bir tanesine, yani bir uyuşmazlığın mahkemeye sunulmasına ilişkin süre kısıtlamasına değinmektedir.

Sonuç

Şu an itibariyle, iş hukukunda arabuluculuk yönteminin kullanılabileceği hukuki ortamın iyileştirilmesi için üç temel yöntem önerilmektedir. Hukukçu bilim insanları daha kesin fikirler önermektedir.

(1) İlk öneri, İş Kanununun ve Arabuluculuk Kanununun

- Bazı durumlarda arabuluculuk yönteminin kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin hükümlerde (örneğin; özel bir devlet kurumu tarafından değerlendirilen ve zorunlu standartlara dayalı olan iş kazalarına ilişkin ihtilaflarda) açıklığın sağlandığı,

- Arabuluculuğun, uyuşmazlık çözümünde konu yargıya taşınmadan önceki aşamada da uygulanabilmesinin mümkün kılındığı (iş uyuşmazlığı için ve muhtemelen iş uyuşmazlıkları komisyonunda - İş Kanunu m. 382),

- Arabuluculuk sürecinin sonucunda yapılan anlaşmaların hukuki statüsü ve hukuki neticesinin açık bir şekilde tanımlandığı,

- Mahkeme dışı ve tahkim dışı arabuluculuk anlaşmasının (arabuluculuktan doğan anlaşma) hukuki niteliğinin net bir şekilde açıklandığı

hükümlerin eklenmesi suretiyle değiştirilmesidir.

(2) İş Kanununa arabuluculuk kavramının ilave edilmesi ve arabuluculuğun bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde meşru ve hatta tercih edilen bir yöntem olarak tanınması yoluyla İş Kanununun değiştirilmesine yönelik öneriler de mevcuttur. Bunun akabinde, iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin Kanun hükümleri, ‘arabuluculuk hükmünün’ iş sözleşmesinin meşru bir maddesi olduğu ifadesinin eklenmesi suretiyle tadil edilmelidir.

Yapılan değişiklikler doğal olarak, iş uyuşmazlıkları çözüm komisyonlarının yetkilerinin kapsamlarının genişletilmesini gerekti-

recektir. Bu aşamada komisyonlara, tarafların arabuluculuk usulünü kullanmayı kabul etmeleri halinde uyuşmazlık değerlendirmesini erteleme ve hatta taraflar uyuşmazlık anlaşmasını tamamladıktan sonra bu anlaşmayı tasdik etme yetkisi verilmelidir. Ayrıca Kanunda, iş arabuluculuğu usulü için ‘genel’ arabuluculuk için öngörülenden daha kısa süre kısıtlamaları öngörülmelidir. Arabuluculukta geçen süre, iddianın komisyona veya mahkemeye sunulması için tanınan süreden hariç tutulmalıdır. Arabuluculuk sürecinin sonunda sulh anlaşmasına varılmaması halinde mahkemeye başvurma seçeneği, anayasayla öngörülen mahkemeye erişim hakkıyla tam uyumlu olacak biçimde kanunda açıkça güvence altına alınmalıdır.

(3) Son olarak, bu değişiklikler bağlamında, Arabuluculuk Kanununda kanunun en azından şimdi olduğu gibi yalnızca “iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara” değil tüm iş uyuşmazlıklarına uygulanabilirliğini sağlamak adına küçük değişiklikler yapılması gerekli olacaktır.

Ek

6 Haziran 2016 tarihinde Ulusal Araştırma Üniversitesi “İktisat Meslek Yüksekokulu”nda Düzenlenen Arabuluculuk Mevzuatının “Yeniden Başlatılması” Hakkında Yuvarlak Masa Toplantısının Özeti

Yasa koyucunun arabuluculuk eğitiminin yalnızca hukuk eğitiminde yer almasına ilişkin önkoşulların kısıtlanması yönündeki görüşü tartışmaya açılan ilk konu olmuştur. Bu görüş tartışılmış ve uygulamadaki arabulucular tarafından yoğun şekilde eleştirilmiştir. Bu arabulucular, söz konusu kısıtlamanın arabulucuk fikrini yok edeceğini çünkü arabuluculuğun bir ‘hukuki’ çözüm aramak için olmadığını ve bu türden bir çözümün arabuluculuk olmadan ve arabuluculuğun dışında bulunabileceğini düşünmektedirler. Gerekli hallerde, arabulucular avukatlar ile işbirliği içinde çalışabilirler ancak arabulucuların geçmişleri sadece bu alanla sınırlandırılmamalı ve çalışmalarında avukatların yerini almamalıdır çünkü kullanılan araçlar ve amaçlar birbirinden çok farklıdır.

Avukatlar, hukuki nitelikte uyuşmazlıkların, hukuki konularda gerçekten bir anlaşmazlık barındırmayan ‘sosyal’ nitelikli uyuşmazlıkların ve her iki özeliği de bünyesinde barındıran karmaşık yapıda uyuşmazlıkların bulunduğu dikkat çekerek bu görüşe biraz karşı çıkmıştır.

Karmaşık yapıdaki uyuşmazlıklar, tarafların yasal haklarının korunmasından ziyade taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle konuşmacılar, avukatların arabuluculukta bir yerinin olduğu ancak zorunlu ‘unsurlar’ olarak yer almak durumunda olmadığını düşünmüştür.

Arabulucular, pek çok davada avukatlar olmadan hareket edemedikleri gerçeğini tam olarak kavradıklarını ifade ederek bu görüşü desteklemişlerdir. Ancak arabulucular, benzer şekilde avukatların da arabuluculuk usulünde psikologlar vb. olmadan çalışabileceklerini düşünmemesi gerektiğinin altını çizmişlerdir.

Avukatlar, ayrıca Rus mevzuatında, açık bir şekilde tanımlanan bir uyuşmazlık çözümü aracı veya aşamasından bir diğerine geçiş usulünün (iş uyuşmazlığı komisyonu, arabulucular, tahkim, mahkeme ve kamu denetçisi) eksik olduğunu ve söz konusu araçlar ve aşamalar arasında tüm süre kısıtlamalarının uyumlaştırılması gerektiğini vurgulamışlardır.

Ayrıca, katılımcılar arabulucuları bir tür kuruluş bünyesinde birleştirme fikrini de tartışmış ancak mevcut durumda teşvik edilen “kendi kendini yöneten kuruluş” şeklinin bunun için uygun bir çözüm olup olmadığına dair şüphelerini de dile getirmişlerdir. Bazı avukatlar, sendikanın daha iyi bir seçenek olduğunu ve Rusya Avukatlar Birliğinin (<http://alrf.ru/en/>) böyle bir sendika için örnek olabileceğini ve/veya temel teşkil edebileceğini belirtmişlerdir. Bazı avukatlar ise genel olarak mesleki anlamda birlik olmaya karşı çıkmış ve bunun yerine arabuluculuğun bir birleştirme noktası olarak görülmesini veya arabuluculuk yaygınlaşana ve gerçekten talep görene kadar birlik oluşturulmamasını önermiştir.

Akademisyenler, arabuluculuğun artık ticari (ekonomik) uyuşmazlıklarda daha yaygın olduğunu belirtmişlerdir. Bu nedenle de mahkemeler, iktisadi konulara ilişkin davalara bakan mahkemelerin deneyimlerinden öğrenebilir. Örneğin, iktisadi konulara ilişkin davalara bakan mahkemelerde özel ‘arabuluculuk’ odaları yer almaktadır ki genelde normal mahkemelerde böyle bir oda bulunmamaktadır. Bu sorun ve uygulamaya ilişkin diğer sorunlar göz önünde bulundurulduğunda, hukukçular yargıçların arabuluculuğun esası, usulü ve potansiyelini net olarak anlamalarını sağlamak ve arabuluculuğun normal mahkemelerde uygulanmasına yardımcı olmak için yargıçlara yönelik özel bir eğiti-

min teşvik edilmesi konusunda ısrar etmişlerdir.

Hukukçular aynı zamanda geniş çapta tartışılan arabuluculuk anlaşmalarının (arabuluculuk sonucunda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin taraflar arasındaki anlaşma) mahkeme tarafından onaylanması fikrine de karşı çıkmışlardır çünkü bu uygulama mahkemeleri mevcut yüklerinden kurtarmak yerine onların üzerinde daha fazla bir yük getirilmesine neden olacaktır (nitekim arabuluculuk kanununun yürürlüğe koyulmasının temel nedenlerinden biri de budur). Şu anda mahkemeler sulh anlaşması formundaki arabuluculuk anlaşmalarını ve sadece uyuşmazlık mahkemeye sunulduktan sonra yapılan anlaşmaları tasdik etmektedir. Bu usul ciddi ölçüde basitleştirilmiştir ve davacının ilk başvurusu temeline dayanmaktadır.

Katılımcılar arabuluculuk anlaşmalarının usulüne ilişkin konular ve bu süreçte icra emrinin rolü hakkında görüşlerini paylaşmışlardır. Arabuluculuk anlaşmaları için doğrudan icra emrinin verilmesine, bu sayede mahkemeye sulh anlaşması şeklindeki arabuluculuk anlaşmasının onaylanmasına ilişkin bir aşama kazandırılacağına ilişkin farklı fikirler ortaya koyulmuştur. Ancak, bu konu katılımcılar arasında görüş ayrılığına yol açmıştır çünkü katılımcılardan bazıları Rus mevzuatında şu anda tahkim süreci için tesis edilen ‘doğrudan’ usulü anlamsız bulmaktadır. Tahkim Kanununda⁸, uyuşmazlık değerlendirmesinin sulh anlaşmasıyla sonuçlanması halinde, tahkim usulünün sonlandırılacağı öngörülmektedir. Uyuşmazlık değerlendirmesinin sonlandırılması; uyuşmazlığın *davanın esasına ilişkin bir yargılama yapılmaksızın* sonlandırıldığı ve esasa ilişkin hüküm yoksa icra edecek bir şey de olmaması anlamına gelmektedir. Bu durumda hüküm yalnızca yeni bir yargılama yoluyla icra edilebilir. Sulh anlaşmalarına ilişkin bu yorum, yüzyıldan fazla⁹ bir süredir eleştirilmektedir ancak hala doktrinde¹⁰ bahsi geçmekte ve bazı uygulamacılar tarafından desteklenmektedir.

Bunun dışında, arabuluculuk anlaşmasının icrasına ilişkin zorunluluk; arabuluculuk sürecinin yanlış gittiği ve istenilen amaca ulaşılmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle de bu türden bir anlaşmanın icrası en hafif tabirle anlamsız olacaktır.

⁸ 24.07.2002 tarihli 102 sayılı Kanunun 38(1). Maddesi.

⁹ f.i.: Paramonov A.S. “Amicable transaction (Borçlar Kanunu projesinin XXV sayılı Bölümü hakkında yapılan yorumlar) // Vestnik prava. Journal of the Law Society under the Imperial St. Petersburg University. 1900. No. 3. P. 129-140.

¹⁰ Bakınız: f.i.: Rozhkova M.A. Instruments and ways of legal protection of a commercial dispute parties. – Moscow, 2006. Informational Legal System “ConsultantPlus”; Rozhkova M.A. On certain question in arbitration awards enforcement // Vesnik VAS. 2004. No. 9. Pp. 174-175.

Kaynakça

1. Labour Code of the Russian Federation, 2001.
2. Civil Code of the Russian Federation, 1994.
3. Federal Law "On Alternative Procedure of Dispute Settlement with the Participation of an Intermediary (Mediation Procedure)" No. 193-Fz of July 27, 2010 ("Law On Mediation").
4. Federal Law "On Arbitration Courts in the Russian Federation" No. 102-Fz Of July 24, 2002.
5. Federal Law "On Introduction of Amendments to the Labour Code of the Russian Federation And Art.1 of the Federal Law "On Technical Regulation" No. 236-Fz of December 03, 2012.
6. Government Regulation No. 583 of September 21, 2006 On the Approval of Conception of the Federal Purpose Programme "Development of the Russian Judicial System For the Years 2007 – 2012".
7. Decree of the Government of the Russian Federation No. 969 of December 03, 2010.
8. Regulation of the Ministry of Labour No. 58 of August 14, 2002.
9. Order of the Ministry of Education and Science No. 187 of February 14, 2011.
10. Order of the Ministry of Labour and Social Protection No. 1041N of December 15, 2014.
11. Information On Judicial Application of the Law On Mediation For 2013-2014, Approved By Supreme Court Presidium of the Russian Federation Of April 01, 2015.
12. Golovina S.yu. Problems of Mediation Application In Employment Disputes Resolution // Russian Legal Journal. 2013. No. 6. Pp. 119-126.
13. Paramonov A.S. Amicable Transaction (Comments to the Chapter XXV of the Project of the Civil Code on Obligations) // Vestnik Prava. Journal of the Law Society Under the Imperial St. Petersburg University. 1900. No. 3. P. 129-140.
14. Rozhkova M.A. Instruments And Ways of Legal Protection of a Commercial Dispute Parties. – Moscow, 2006. Informational Legal System "Consultantplus".
15. Rozkova M.A. on Certain Question in Arbitration Awards Enforcement // Vesnik Vas. 2004. No. 9. Pp. 174-175.
16. Tal L.S. Civilistic Research. St. Petersburg, 1913 (Reprinted in 2006)

MEDIATION IN EMPLOYMENT DISPUTE SETTLEMENT IN RUSSIA

Daria V. CHERNYAEVA*

Introduction

Mediation is not a new phenomenon in the Russian law. Lawyers generally specify four major periods of its development in the Russian legislative history.

1. Initial introduction (late 1200 – middle 1800). From as ancient as XIII century mediation - in a form of a peaceful dispute settlement through an intermediary - was mentioned (though scantily) in such legislative sources as writings on birch bark (Novgorodskaya of the years 1281-1313, Pskovskaya of 1397), Sudebnik of Ivan III (1497) and Sobornoe Code (Sobornoe ulozhenie - 1649). Later Katherine the Great issued a number of Orders establishing 'provincial conscience courts' (1775 - 1862): civil (commercial, family, etc.) cases, some criminal (involving minors, insanes, etc.) and other cases in which parties agree to submit their case to a 'conscience court'. If consideration in such court was unsuccessful parties were allowed to proceed to a regular court.



Daria V. CHERNYAEVA

2. Further development (middle 1800-1917). In this period mediation received a more detailed regulation. For instance, the Charter on Civil Procedure of 1864 contained a separate chapter "On conciliatory examination".

3. Decline and restriction during the Soviet era (1917 – 1991). This period was rather unfortunate for the mediation phenomenon. Traditional conciliation become seen as a 'vestige of the past', 'capitalistic invention' that contradicts a general uncompromising nature of a

* PhD, LL.M. Associate professor and deputy head of the Labour law and Social Security Law Department of the National Research University "Higher School of Economics" (Moscow, Russia). Business coach in employment law. All comments are welcomed and highly appreciated: dchernyaeva@hse.ru.

‘class struggle’. Trials become mostly investigatory with a tendency to dig for the evidence of the defendant’s guilt. Even when the Code of Civil Procedure of 1923 (i.e. enacted during the relatively short period

of the ‘New Economic Policy’ which was generally a relaxation of the Soviet regime) allowed disputing parties to settle their dispute peacefully, it still gave the courts a wide discretion in deciding when this approach is applicable. In addition, resolutions of the Plenary Session of the Supreme Court directed courts to allow peaceful settlement only for ‘minor’ civil disputes.

In the postwar period the Code of Civil Procedure of 1964 was enacted that was the first act in the Soviet legislative history in which a court approval of an amicable agreement was recognized as a separate grounds for proceedings discontinuance. It also contained much more elaborate provisions on peaceful dispute settlement (f.i. criteria for court approval of an amicable agreement, the agreement drafting procedure, etc.)

4. Modern period (1991 - nowadays). There was no particular legislation on conciliation/mediation before 2010. Then on July 27, 2010 the Federal Law No. 193-FZ “On alternative procedure of dispute settlement with the participation of an intermediary (mediation procedure)” was enacted which this paper aims to discuss.

I. Prototypes of ‘employment mediation’ in the Russian Labour Code

The Labour Code of the Russian Federation has been in force since 2001. It was enacted ten years before the introduction of the general Law on Mediation.

From the very beginning the Code contains provisions on two dispute settlement procedures that resembles what the Russian legislation now calls ‘mediation’: (a) ‘consideration of collective labour disputes with the participation of an intermediary’ as an intermediate stage of the dispute settlement (art. 403 of the Labour Code); (b) ‘direct negotiation’ as a preliminary phase of an individual employment dispute settlement before the dispute is submitted to a commission on employment disputes (par. 2. art. 385 of the Labour Code).

These two procedures share some features with the ‘regular’

mediation as it is currently described in the Law on Mediation. All three are by nature extrajudicial and conciliatory.

However, while ‘regular’ mediation is used as an alternative to judicial (in-court) dispute settlement, it is not the case for a ‘consideration with an intermediary’ in collective labour disputes. Under the Russian law the latter have not been granted an option of judicial consideration at all. Therefore for this this category of disputes ‘consideration with an intermediary’ is not a possible option but rather one of the regular methods of their settlement, all of which are extrajudicial and conciliatory.

Re the second of the aforesaid items - a ‘direct negotiation’ - the Code provides it with neither formal features, nor a clearly described procedure. All that is said about it in the Code is that it may take place and until it is successful, the discord shall not be regarded as an ‘individual employment dispute’.

II. Mediation in the Law on Mediation vs. ‘quasi-mediation’ in the Labour Code provisions on collective labour disputes: the notions that cannot be reconciled.

As was stated above, the only procedure that resembles ‘regular’ mediation and is provided for in the Code in a feasible form relates exclusively to collective labour dispute settlement. It may seem reasonable to employ it as a basis for developing a similar construction applicable to individual employment dispute settlement or to broaden its scope to cover the latter. However, if we undertake a closer examination of this concept – especially in comparison with a ‘regular’ mediation - this may help us to see why it may not be conceptually recommended to serve as such.

Of course, these two procedures do share a number of common features. For example, both consideration of collective labour dispute with an intermediary and ‘regular’ mediation rest upon similar principles: voluntariness, confidentiality, cooperation, parties’ equality, impartiality, independence¹. However, while ‘regular’ mediation shall be objectively based exactly on these principles, collective labour disputes resolution seems to rely on a subjective requirement: it is stated that the parties’ *recognition* of the intermediary’s competence, objectiveness, impartiality and independency is necessary for him ‘to efficiently

¹ Regulation of the Ministry of Labour No. 58 of 14.08.2002 and art. 3 of the Law on Mediation.

perform his functions’.

Both generally and in collective labour disputes mediation is used upon the parties consent. Mediator’s personality shall be agreed between the parties (art. 403 of the Labour Code and art. 9 of the Law on Mediation). However, if the parties find it difficult to agree upon a mediator’s candidacy, it can be recommended by a particular ‘third party’, which differs for ‘regular’ mediation and collective labour disputes settlement. Thus, in collective labour disputes it is a state authority responsible for collective labour dispute settlement (par. 2 art. 403 of the Labour Code) and in ‘regular’ mediation it is a non-governmental company that specializes in ensuring the use of mediation procedure (par. 2 art. 9 of the Law on Mediation).

Time limits for the parties to agree upon a mediator’s personality also differ. In collective labour disputes mediator nominee shall be agreed upon in a very short period of time (not more than 2 working days) and the dispute itself shall be settled strictly in not more than 3 working days from the mediator’s nomination on a corporate level and not more than 5 working days – on other levels of collective labour relations (art. 403 of the Labour Code). On the contrary, statutory time limits for a ‘regular’ mediation is much more flexible: it shall not last more than for 180 days (or not more than for 60 days after the dispute has been submitted to court or arbitration).

Differences lie also in the requirements imposed on those serving as a mediator. While collective labour disputes can be mediated by any independent person (par. 6 of the Regulation No. 58), ‘regular’ mediator must meet a list of particular criteria stipulated in the Law on Mediation (art. 15, 16).

While in collective labour disputes intermediary is allowed to make suggestions on how to settle the dispute (par. 12 of the Regulation No. 58), ‘regular’ mediators are prohibited from offering ready-made ideas/solutions to the parties of the dispute (par. 5 art. 11 of the Law on Mediation). Both generally and in collective labour disputes a mediator doesn’t solve the dispute and doesn’t issue a decision on it. His/her major task is to help the parties in finding a mutually acceptable solution ‘on the basis of a constructive dialogue’.

In both cases dispute settlement ends in the parties making a mutually agreed decision in a written form. However, if the parties of

a collective labour dispute agreed upon nothing or upon just a part of the agenda, the disagreed issues shall be included in a protocol of disagreements (par. 5 art. 403 of the Labour Code; par. 11 of the Regulation No. 58). 'Regular' mediation doesn't imply having the disagreed written a special document (art. 14 Law on Mediation).

All this makes academics believe that 'regular' mediation is not prohibited in collective labour disputes as it is. It is the procedural aspects of mediation in this category of disputes that differ from a 'regular' one, and the Law on Mediation doesn't prohibit application of a 'regular' mediation to such disputes, but rather just doesn't cover them. Provisions concerning collective labour disputes settlement are stipulated exclusively in the Labour Code (art. 61).

III. Implementation of mediation in employment disputes in Russia

The implementation goes toughly. Courts seldom suggest using mediation to the parties and still certify more non-mediatory amicable agreements than agreements resulting from mediation procedure (and there are few agreements on employment issues among them). Express 'judicial' mediation is the most popular form of mediation, while family and land issues are its most popular subjects. When mediation is used in employment disputes, these are mostly disputes with counterclaims. Their subjects embrace establishment of an employment relation existence, unlawful dismissals, reinstatement, remission of disciplinary penalties, wage arrears recovery, and moral damages compensation².

Mediation is still rarely used in employment disputes. For instance, one of the Russian regional non-profit partnerships providing legal advice and mediation services ("Siberian Center for mediation and law", <http://www.mediacia.com/>) reports that in 2013 it took part in only 3 employment disputes on dismissal.

Scholars name several reasons of such slow integration of mediation into employment dispute settlement practice. Among them there is a lack of explanation, popularization and promotion which results in general perception of employment mediation as a 'foreign' idea, a folly borrowed from some alien legal order. People are unaware of its

² Information on judicial application of the Law on Mediation for 2013-2014, approved by Supreme Court Presidium of the Russian Federation of 01.04.2015.

advantages and its procedure and thus do not form personal reasons to use it. And even when people feel like using it, they do not know where to start.

There is still a lack of trusted professionals (mediators) despite the fact that at the end of the year in which the Law on Mediation was enacted, the Government issued a model Programme on the preparation of mediators³.

This is a programme of professional retraining which integrates three separate programmes, each leading to a certificate of advanced training upon successful completion:

- Mediation. Basic course (3 modules of 40 contact/auditorium hours each, 12 hours of which allocated to family, employment, corporate and other disputes together);
- Mediation. Peculiarities of mediation application (10 modules, 312 contact/auditorium hours in total, 30 hours of which allocated exclusively to employment disputes);
- Mediation. Course for mediators' trainers' training (4 modules of 36 contact/auditorium hours each).

The model Programme provides an approximate syllabus for each of these three programmes. Students receive a certificate (diploma) of professional retraining upon the entire Programme completion. In a couple of months after the model Programme was introduced, the Ministry of Education and Science approved a real Programme based on the model one⁴. In 2014 the Ministry of Labour and Social Protection approved a professional standard for the 'Specialist in the field of mediation (mediator)'⁵ that several noncommercial organizations specializing in mediation had drafted in collaboration with some of the leading Russian universities and the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs. The Standard describes three levels of proficiency and respective functions. It is still debatable whether this standard – and generally other standards had been approved recently in pursuance of the Labour Code amendments regarding employee's qualification introduced in 2012⁶. However, the pace and scope of the Pro-

³ Decree of the Government of the Russian Federation No. 969 of December 03, 2010. It came into force at the same date as the Law: January 01, 2011.

⁴ Order of the Ministry of Education and Science No. 187 of February 14, 2011.

⁵ Order of the Ministry of Labour and Social Protection No. 1041n of December 15, 2014.

⁶ Federal Law No. 236-FZ of December 03, 2012.

gramme implementation still leave much to be desired.

Many if not the majority of those who attended a course built on this model are lawyers and it brings some difficulties. Mediators with legal background say that their previous experience as lawyers, legal and business advisors hinders a 'switch' between a 'lawyer's' and a 'mediator's' way of thinking and may impede application of the acquired skills and knowledge.

Another problem is the parties' and the lawyers' opposition to mediation. Parties to an employment dispute in Russia are usually exempted from litigation fees which is not the case for mediation. Thus mediation expenses coverage can't be imposed on a defeated party. Therefore mediation fees seem to the parties to be an unnecessary and unjustified expense that has no chance to be covered.

Lawyers feel this on the other end of the chain, seeing mediators' fees as their direct loss of income which they otherwise earn in litigation. By the way, this may be one of the reasons why many of the practicing mediators in Russia were initially lawyers or have a legal education and/or background.

Practitioners also mention a lack of expected effect in employment disputes settlement even when mediation is used, as well as technical obstacles, such as the lack of places suitable and/or officially allotted for mediatory sessions (for example, in courts).

There are also social and cultural reasons, among which two key behavioural issues are usually mentioned: (a) paternalism and a loss of traditions/culture of voluntary dispute settlement; (b) 'Soviet' tradition of social intolerance. In this infantile intolerant context the non-mandatory nature of mediation makes it felt as 'needless & useless', 'a loss of time' and generally foreign to the traditional perception of how a self-respecting serious person should behave. The idea of a 'win-win' solution is generally seen as either deceitful and manipulative or hardly attainable, or at best as an unwelcome compromise (i.e. 'solution equally uncomfortable for both parties'). 'Machismo' that considers any step from one's position/viewpoint as a 'defeat' is still quite widespread. Imposing one's viewpoint is often seen as a more 'honourable' result than finding the best or at least an optimal solution for both parties, even if the imposed viewpoint does little good even to its advocate. Struggle, conflict and confrontation are still too often

seen as a more adult, powerful and responsible behavior than social concord, dialogue and conciliation. Non-mandatory nature of mediation also provokes people to exercise the ‘freedom to ignore’ which is somewhat perceived as an element of personal freedom in a society with a rather long history of authoritarianism, subordination and oppression.

Finally, there are obvious and direct legal obstacles. One of them is that the Labour Code doesn’t have any provisions on mediation in employment disputes. Many other laws (Civil Code, Code on Civil Procedure, Code on Administrative Procedure, etc.) have been amended after the Law on Mediation was enacted, but not the Labour Code.

There is also no account of employment disputes peculiarities in the general Law on Mediation (f.i. of control and subordination in an employment relation, etc.). Therefore at the moment we have a strange combination of ‘labour mediation’ which cannot be used to settle individual employment disputes, and a ‘regular’ mediation procedure that is hard to apply in employment disputes settlement. It is clear that both pieces of legislation should be amended to facilitate efficient mediation in employment disputes.

IV. What can be improved?

It seems to be quite obvious that it is easier to amend the legislation than to change the culture and traditions. Academics and practitioners have formed a list of recommended legislative amendments.

First of all Labour Code should clearly provide for mediation as a legitimate (and may be even preferable) method of settlement for not just collective disputes but also individual ones. The Law on Mediation should be amended respectively to embrace all categories of employment disputes, and not just “disputes that arise from employment relations” as the Law stipulates now. This is because there are also disputes that do not stem directly from an employment relationship, but rather arise in some connection with it. For instance, these are disputes that relate to hiring procedure, in-house professional retraining, apprenticeship agreements, some aspects of material liability, etc.

At the same time both acts should be amended with the prohibition of mediation usage in certain cases. For instance, these are

disputes on occupational accidents, which are considered by a special state authority and rest upon mandatory standards provided for in the federal legislation.

It makes sense to amend both acts with provisions on mediation application on a pre-judicial phase of dispute settlement. For an employment dispute this is settlement in commission on employment disputes (art. 382 of the Labour Code). The commission should be allowed to postpone the dispute consideration if the parties agreed to use mediation procedure and may also be granted an authority to certify the mediatory agreement the parties conclude. A clause on mediation should be also mentioned in the Labour Code among the legitimate clauses of an employment contract.

There is also a problem of extrajudicial use of mediation in employment disputes because of the vague legal status and unclear legal effect of the agreement resulting from this procedure. If the dispute relates to terms of employment set by the parties, such an agreement can be regarded as a supplementary agreement to an employment contract (a particular category of agreements in employment law, similar to employment contract – art. 72 of the Labour Code). However, in other cases this approach doesn't work. Therefore the status of such agreement should be clearly defined in the Labour Code and possible in the Law on Mediation as well.

To spare courts from the agreements certification some scholars suggest recognition of an executory power of such agreements as they are. Others point out that enforcement does not fit into the idea of voluntary mediation. Many believe that the extrajudicial agreements should be notarized and notaries should be granted with such authority.

One of the issues that require special attention in regard to employment disputes are also procedural time limits. Generally the Russian Labour Code sets shorter periods for procedural steps in employment dispute settlement both in commission on employment disputes and in courts. It makes sense to grant both institutions an authority to officially postpone settlement if the parties resort to mediation. The time spent on mediation should be excluded from the period allowed for the claim to be submitted to a commission or a court as it is now stipulated in the Civil Code (art. 202(3)). This should be clearly guar-

anted by law in full accordance with the constitutional right of access to justice (art. 46 and 47 of the Constitution).

There are also suggestions to amend art. 9 of the Labour Code which introduces an *in favorem laboratories* principle in employment relations. The idea is that the amendment should make this principle applicable also to agreements resulting from mediation. The idea is to protect an employee from waiving his/her statutory rights in such agreements. However, we should mention that this article of the Code is of general application in employment relations which means it is already applicable to all relations and contracts covered in the Code, and thus hardly requires such clarification.

We have also a problem with legal nature of out-of-court and out-of-arbitration mediation agreements (agreements resulting from mediation) on employment matters. As for now such agreements on civil matters are considered civil-law transactions, which means all civil law remedies (compensation, novation, debt forgiveness, offset of claim, indemnity – art. 409, 410, 414, 415 and Chapter 59 of the Civil Code) are applicable in case of the agreement violation or improper execution. Protection of the rights violated as a result of the non-execution or improper execution of the agreement shall be implemented according to the civil legislation rules. However, mediation agreements (agreements resulting from mediation) on employment matters can't be considered a civil-law transactions because they are concluded on matters other than the Russian civil legislation regulates⁷. As it was already mentioned above, a mediation agreement can be considered a supplementary agreement to an employment contract when the dispute it has been concluded upon arose from the terms of this contract specified by the parties. Otherwise – f.i. when a dispute is over the contract termination, etc. - this way is not feasible. Therefore some scholars suggest amending the Labour Code with the clear specification of the status of a mediation agreement concluded as a result of an employment dispute settlement, and of the legal effect of its non-execution by the parties.

At the same time there also non-legal steps that are necessary to be pursued in order to really implant and promote mediation as an

⁷ According to art. 2(1) of the Civil Code it regulates only relations based on party equality, autonomy and property self-sufficiency, while employment relations are traditionally seen as based on an employee subordination to an employer. – See f.i.: Tal L.S. Civilistic research. St. Petersburg, 1913 (reprinted in 2006); Golovina S.Yu. Problems of mediation application in employment disputes resolution //Russian Legal Journal. 2013. No. 6. Pp. 119-126.

employment disputes resolution technique. Many professionals point out that an additional and more serious training is necessary for both judges that are allowed to advise the parties of a dispute to resort to mediation and for mediators themselves. The latter need more practice and experience in both in-court and out-of-court mediation, while mediation, in turn, requires a wider promotion among both professionals and general public. There shall also be more information and advice on the use of mediation publicly available for free in places and cases where and when mediation can be an option.

There are now several bills submitted to the State Duma (the Russian parliament) aimed at amending the Law on Mediation and some of the related laws. However, only one of the bills touches upon the problems with mediation application in employment disputes and even that bill does it only indirectly and in regard to only one of the problems – a problem with time limits for the submission of a dispute to a regular court.

V. Conclusion

As for now, there are three major ways suggested as a possible improvement of the legal environment in which employment mediation is supposed to operate. Legal scholars suggest rather definite ideas.

(1) The first suggestion is amend both the Labour Code and the Law on Mediation in order to introduce the provisions that would:

- clarify the prohibition for mediation usage in certain cases (f.i. in disputes on occupational accidents, which are considered by a special state authority and rests upon mandatory standards);
- make mediation applicable also on a pre-judicial phase of dispute settlement (for an employment dispute – possibly also in commission on employment disputes - art. 382 of the Labour Code);
- clarify the definition of the legal status and legal effect of agreements resulting from mediation;
- clarify the legal nature of an out-of-court and out-of-ar-

bitration mediation agreement (agreement resulting from mediation).

(2) There are also suggestions to amend the Labour Code itself, adding there a concept of mediation and recognizing it as a legitimate and may be even preferable way of individual employment disputes settlement. The Code provisions on employment contract contents should be respectively amended to mention a ‘mediation clause’ as a legitimate clause of an employment contract.

These amendments will logically require broadening the scope of commissions on employment disputes competence. The commissions should then be granted an authority to postpone the dispute consideration if the parties agreed to use mediation procedure and may be also to certify the mediatory agreement once the parties conclude it. The Code should also provide for shorter time limits for the stages of an employment mediation procedure than for a ‘regular’ mediation. The time spent on mediation should be excluded from the period allowed for the claim to be submitted to a commission or a court. The option to proceed to a court hearing in the absence of an amicable agreement at the end of mediation shall be clearly guaranteed by law in full accordance with the constitutional right of access to courts.

(3) And finally, in the context of these amendments the Law on Mediation itself will require at least a minor change to ensure its applicability to all categories of employment disputes, and not just “disputes that arise from employment relations” as it is now.

Appendix

Summary of the Roundtable on mediation legislation ‘reboot’- held on June 06, 2016 at the National Research University “Higher School of Economics”

The first subject in the discussion was an intention of the legislator to limit the prerequisites for taking mediation training to legal education only. It was discussed and highly criticized by practicing mediators. They think it would kill the very idea of mediation because mediation is not for seeking ‘legal’ solution, this kind of solution can be found without and beyond mediation. If necessary mediators can work hand in hand with lawyers but their background should not be limited to that field and they should not substitute lawyers in their work, there

instruments and aims differ a lot.

Lawyers somewhat opposed this viewpoint pointing out that there are disputes of legal nature, disputes of 'social' nature with no actual disagreement on legal issues and disputes of complex nature combining both features. The latter type of disputes needs rather a reconciliation of the parties' interests than a protection of their legal rights. Thus the presenters did see a place for lawyers in mediation, but, yes, not necessarily as a mandatory 'ingredient'.

Mediators supported this viewpoint, expressing a full understanding of the fact that in many cases they can't go without lawyers. However, at the same time they underlined that similarly lawyers shall not think they will be able to work in mediation without psychologists, etc.

Lawyers also emphasized that the Russian legislation now lacks any clearly defined transition procedure from one dispute resolution instrument or stage to another (commission on labour dispute, mediators, arbitration, regular court, and ombudsman) and all time limits should be harmonized between the instruments and stages.

Participants discussed also an idea to unite mediators in a form of some organization, but expressed doubts that a currently promoted form of 'self-regulated organization' is a proper choice for this. Some lawyers argued that a trade union could be a better option and Association of the Lawyers of Russia (<http://alrf.ru/en/>) can serve as a basis and/or a model for such a union. Others opposed generally to being united on professional basis and suggested instead to take mediation as a uniting point or not to unite at all until mediation becomes widespread and really in demand.

Members of academia mentioned that mediation is now more popular in commercial (economic) disputes. Therefore regular courts can learn from the experience of courts on economic matters. For example, the latter have special 'mediation' rooms which regular court still generally lack. Taking into account this and other practical problems, the legal scholars insisted on the promotion of a special training for judges to give them clearer understanding of mediation essence, procedure and potential and to help mediation find its way to regular courts.

They also opposed the widely discussed idea of court approval of mediation agreements (parties' agreements on the dispute resolution resulting from mediation) because it would burden courts even more instead of releasing them from their current overload (which was actually the primary aim of the law on mediation introduction). Now courts certify mediation agreements in a form of amicable agreements and only those that are concluded after the dispute has been submitted to court. The procedure is seriously simplified and on the first application of a plaintiff.

Participants exchanged views on the procedural issues of mediation agreements execution and writs of execution role in it. There were voices for the writs of execution issuance directly on mediation agreements saving the court a stage of the mediation agreement approval in the form of amicable agreement. However, this raised controversy among the professionals because some of them see the same 'direct' procedure currently established in the Russian legislation during arbitration as senseless. The Law on Arbitration⁸ states that arbitration procedure shall be terminated if a dispute consideration finishes in amicable agreement. The termination of a dispute consideration means that it ends *without a judgement on the case merits*, and if there is no judgement merits, there is nothing to enforce. It can be enforced only through a new trial. This interpretation of amicable agreements has been criticized for more than a century⁹ but it is still mentioned in the doctrinal literature¹⁰ and supported by some practitioners.

Apart from this, a necessity for the mediation agreement enforcement would actually mean that mediation has gone wrong and its aim was not attained. Therefore enforcement of such an agreement would be at least meaningless.

8 Art. 38(1) of the Law No. 102-FZ of 24.07.2002.

9 See f.i.: Paramonov A.S. Amicable transaction (comments to the Chapter XXV of the project of the Civil Code on Obligations) // *Vestnik prava*. Journal of the Law Society under the Imperial St. Petersburg University. 1900. No. 3. P. 129-140.

10 See f.i.: Rozhkova M.A. Instruments and ways of legal protection of a commercial dispute parties. – Moscow, 2006. Informational Legal System "ConsultantPlus"; Rozhkova M.A. On certain question in arbitration awards enforcement // *Vesnik VAS*. 2004. No. 9. Pp. 174-175.

Bibliography

1. Labour Code of the Russian Federation, 2001
2. Civil Code of the Russian Federation, 1994
3. Federal Law "On Alternative Procedure of Dispute Settlement With the Participation of An Intermediary (Mediation Procedure)" No. 193-Fz of July 27, 2010 ('Law On Mediation')
4. Federal Law "On Arbitration Courts In the Russian Federation" No. 102-Fz Of July 24, 2002
5. Federal Law "On Introduction of Amendments to the Labour Code of the Russian Federation and Art.1 of the Federal Law "On Technical Regulation" No. 236-Fz Of December 03, 2012
6. Government Regulation No. 583 Of September 21, 2006 On the Approval of Conception of the Federal Purpose Programme "Development of the Russian Judicial System for the Years 2007 – 2012"
7. Decree of the Government of the Russian Federation No. 969 Of December 03, 2010
8. Regulation of the Ministry of Labour No. 58 of August 14, 2002
9. Order of the Ministry of Education and Science No. 187 of February 14, 2011
10. Order of the Ministry of Labour and Social Protection No. 1041N of December 15, 2014
11. Information On Judicial Application of the Law On Mediation For 2013-2014, Approved By Supreme Court Presidium of the Russian Federation of April 01, 2015
12. Golovina S.yu. Problems of Mediation Application In Employment Disputes Resolution //Russian Legal Journal. 2013. No. 6. Pp. 119-126
13. Paramonov A.s. Amicable Transaction (Comments to the Chapter XXV of the Project of the Civil Code On Obligations) // Vestnik Prava. Journal of the Law Society Under the Imperial St. Petersburg University. 1900. No. 3. P. 129-140
14. Rozhkova M.a. Instruments and Ways of Legal Protection of A Commercial Dispute Parties. – Moscow, 2006. Informational Legal System "Consultantplus"
15. Rozkova M.a. On Certain Question In Arbitration Awards Enforcement // Vesnik Vas. 2004. No. 9. Pp. 174-175
16. Tal L.s. Civilistic Research. St. Petersburg, 1913 (Reprinted In 2006)