



YABANCI UNSUR İÇEREN
İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN
HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK*

Fügen SARGIN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6386-3028>

DOI: 10.30915/abd.701438

Makalenin Geldiği Tarih: 25.11.2019 **Kabul Tarihi:** 17.12.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Prof. Dr. / TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ÖZ

Türk hukukunda son dönemde yürürlüğe giren kanunî düzenlemelerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak adlandırılan arabuluculuk çözüm yöntemine başvuru; bazı hukukî uyuşmazlıkların halli bakımından dâva şartı haline getirilmiş bulunmaktadır.

Temel düzenleme niteliği taşıyan HUAK m.18/A, dâva şartı arabuluculuk yönteminde izlenecek usûle dair hükümler içermekte; buna karşılık, hangi uyuşmazlıklar bakımından bu yönteme başvurunun dâva şartı sayılacağını belirleme yetkisini ilgili kanunlara bırakmış bulunmaktadır. Bu çerçevede günümüz itibariyle, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi- işveren alacakları ve tazminatı ile işe iade taleplerini içerir hukukî uyuşmazlıklarla, ticarî dâva konusu uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurunun bir dâva şartı olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Bu çalışmada, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ilgili hükümlerin aynı zamanda iş ve ticaret hukuku alanına ait *yabancı unsurlu* hukukî ilişkilerden kaynaklanan benzer talepler bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağı inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu; 4857 sayılı İş Kanunu; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu; yabancı unsur; dâva şartı arabuluculuk.

COMPULSORY MEDIATION FOR RESOLUTION
OF FOREIGN LEGAL DISPUTES ARISING
FROM LABOUR CONTRACTS OR SUBJECT
TO COMMERCIAL LITIGATIONS

ABSTRACT

By recent regulations, which have come into force in Turkish Law, the method of mediation has been accepted as a pre-requisite for applying to the courts for the settlement of legal disputes.

The article 18/A of Act on Mediation in Civil Disputes mainly includes the provisions that refer to the procedures to be followed in compulsory mediation. However, for what legal disputes the parties should apply to the mediator before bringing a suit in a court it refers to other regulations as well.

Within this framework, it is observed that the application to the mediator for resolving the legal disputes that are subject to commercial litigation, and some claims, arising from individual and collective labour agreements (such as employer-employer receivables; compensation; and reinstatement) is regarded as a pre-condition to bring a suit before the Turkish commercial or labour courts.

In this article, it is to argue whether the relevant provisions of Act on the Mediation in Civil Disputes Nr. 6325, Labour Act Nr. 4857, Labour Courts Act Nr. 7036 and Turkish Commercial Code Nr. 6102 would be also applied for the similar legal disputes including the foreign elements.

Keywords: Act on the Mediation in Civil Disputes, Nr. 6325; Labour Courts Act Nr. 7036; Labour Act, Nr. 4857; Turkish Commercial Code, Nr. 6102; foreign element; compulsory mediation.

GİRİŞ

Yabancı hukuk sistemlerinin uygulamasında da ağırlıklı biçimde^[1] yer bulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan “arabuluculuk”/(*mediation*)^[2], 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* (HUAK, Arabuluculuk Kanunu) ile Türk hukukunda da 2012 yılından itibaren, özel hukuk alanına ait uyuşmazlıklar bağlamında kanunî bir düzenlemeye kavuşmuştur^[3].

Yürürlüğe girdiği 2012 yılı itibariyle mevcut içeriğine bakıldığında, başlangıçta, ihtiyarî arabuluculuk yöntemini esas alan bir düzenleme olarak nitelendirilebilecek HUAK’ın kapsamına; “*başvurunun usûlü*”, “*faaliyet*

-
- [1] Örneğin, Avusturya hukuku için bkz. **Walter H. RECHBERGER**, “*Mediation in Austria*”, *Ritsumeikan Law Review*, 2015, No.32, (pp.61-70), s.69. Alman hukuku için bkz. <https://gettingthedealthrough.com/area/54/jurisdiction/11/mediation-germany>, (10.05.2019). Hollanda hukuku için bkz. **Annie de ROO/Rob JAGTENBERG**, “*Mediation in the Netherlands: Past-Present-Future*”, 2002, Vol. 64, pp. 127-145; kaynağa online erişim için bkz. <https://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>, (10.05.2019). İtalyan hukukundaki zorunlu arabuluculuk yöntemi hakkında bilgi için bkz. **Giovanni MATTEUCCI**, “*Mandatory Mediation, The Italian Experience*” *Revista Eletrônica de Direito Processual* Vol. 16, 04.12.2015, s. 189-210; kaynağa online erişim için bkz. https://www.researchgate.net/publication/286409655_MANDATORY_MEDIATION_THE_ITALIAN_EXPERIENCE (22.11.2019). Bazı millî hukuk düzenlerindeki kanunî düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. http://www.bridge-mediation.com/wp-content/uploads/2012/12/intern_med_legislations.pdf (10.05.2019); **Klaus J. HOPT/Felix STEFFOK**, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, United Kingdom 2013.
- [2] Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin UNCITRAL, ICC ve ICSID bünyesinde hazırlanmış bazı milletlerarası metinler için bkz. **Malike POLAT**, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2010, s. 84 vd. Arabuluculuk yöntemine dair dünyadaki ve Türkiye’deki gelişmeler hakkında bilgi için bkz. **Ömer EKMEKÇİ/Muhammet ÖZEKES/Murat ATALI/Vural SEVEN**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, B. 2, İstanbul 2019, s. 37 vd.; **Güven YARAR**, *Milletlerarası Hukukta Arabuluculuk*, İstanbul 2019.
- [3] RG. 22.06.2012, S. 28331. Kanun’un “yürürlük” başlıklı 37. maddesinde, düzenlemenin 28 ilâ 32. maddeleri ile geçici maddelerinin yayım tarihinde; diğer hükümlerin yayım tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hükmü yer almaktadır. Kanun’un uygulanmasına ilişkin bir de Yönetmelik bulunmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAK Yönetmeliği); RG., 02.06.2018, S. 30439. Bu yönetmelik, İş Mahkemeleri Kanunu’nda düzenlenen dâva şartı arabuluculuk bakımından da uygulama alanı bulmaktadır (HUAK Yönetmeliği m. 3)

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

süreci” ve “*sonuçları*”na ilişkin özel hükümler içeren ve ayrıca uygun düştüğü ölçüde Kanun’un diğer maddelerine atıf yapan ek bir madde ile (m.18/A), -önceki tarihli bazı özel kanunlarda da öngörülen ve kısmen de olsa düzenlenen- *dâva şartı arabuluculuk* 2018 yılında dahil edilmiş; bu paralelde Arabuluculuk Kanunu’nun uygulama alanı genişletilmiştir.

HUAK’ta arabulucuya başvurunun bir dâva şartı olarak öngörüldüğü hukukî uyuşmazlıklara ilişkin süreci düzenleyen özel hükümler, bu yönetime, - taraflar bir uzlaşmaya varmaya zorlanamasa da,- öncelikle müracaat etmenin zorunluluk arz edeceği hukukî ilişkilerin olabileceğini ortaya koymaktadır. Buna karşılık, hangi hukukî uyuşmazlıklar için dâva şartı olarak arabuluculuk yöntemine müracaat edileceği HUAK’ta sayılmamakta; bu belirlemenin, başvuruyu dâva şartı olarak öngören ilgili özel kanunlar tarafından yapılacağı ifade edilmektedir.

Bu doğrultuda, günümüz itibariyle İş Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na 2017 ve 2018 yıllarında eklenen hükümlerden hareketle, *arabuluculuk* yöntemine başvurunun dâva şartı olarak öngörüldüğü hukukî sorun alanlarından bazıları somutlaştırılabilecektir.

“*Amaç ve kapsam*”ı belirleyen ilk maddesinde, HUAK hükümlerinin, ihtiyarî ya da dâva şartı arabuluculuk sürecini düzenleyen hükümler arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin genel olarak *yabancılık unsuru* taşıyan *özel hukuk alanına* ait hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulama alanı bulacağı vurgulanmaktadır.

Yabancı unsur ihtiva eden özel hukuk ilişkilerini de kapsamına alan 1. maddesi dışında, HUAK’ta “*yabancılık unsuru*”ndan ne anlaşılacağını; yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için de arabulucuya başvurunun dâva şartı teşkil edip etmeyeceğini; hangi hukukî uyuşmazlıklar hakkında bu yönetime başvurulmasının gerektiğini ya da yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların ait oldukları alanların hangi hukuka göre vasıflandırılacağını açıklığa kavuşturur, -Kânun’un “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesi dahil-, özel bir tanıma/ hükme yer verilmiş değildir. İç hukuka ait hukukî uyuşmazlıkları da içerecek şekilde 1. maddede hangi hukukî uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurunun dâva şartı sayılacağı sorusuna kısmen cevap vermeye yardımcı olacak şekilde, -ihtiyarî ve dâva şartı arabuluculuk ayırımına gidilmeksizin-, belirlenmiş olan tek temel kıstas, “*taraflarca hukukî uyuşmazlık hakkında serbest tasarruf edilebilme*”dir (m.1).

Kanun'un dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinde de bu hususlara ilişkin tartışmasız bir tespit yapmayı mümkün kılan herhangi bir izahat bulunmamakta; sadece *uygun düştüğü ölçüde* Kanun'un diğer hükümlerine müracaat edilebileceğine işaret edilmektedir.

Öte yandan, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümünde dâva şartı olarak arabuluculuğun öngörülmüş olup olmadığının tespitinde, HUAK m.18/A/(1)'de atıf yapılan dâva şartı içeren diğer ilgili kanunlar da rol oynayacaktır.

Bu bağlamda, ortaya çıkan tereddütleri giderecek şekilde, yürürlükteki Türk maddî hukuk kuralları içinde yer alan ve uygulama alanına giren hukukî ilişki ve işlemler bakımından arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getiren kanunların (İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu) hükümlerine bakıldığında bu düzenlemelerin ve/veya içerdikleri arabuluculuk şartının aynı zamanda -esasen kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla belirlenen yetkili hukuk (*proper applicable law*) tarafından idare edilen-, yabancı unsurlu hukukî ilişki ve işlemlere de uygulanacağını açıkça gösteren özel bir hükme rastlanılmamaktadır. Konuya özgü bir hüküm yer almasa da, iş hukuku ve ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvuru sürecinin tamamlanmış bulunmasının, Türk hukukuna göre görev ve yer itibarıyla milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemelerine müracaat için de bir dâva şartı teşkil edip etmeyeceği hususunda nihai bir karar verilebilmesi, dâva şartı arabuluculuk yöntemine başvuruyu gerekli kılan hükümlerin *niteliği* ile birlikte ilgili kanunların *amacı ve kapsamının* belirlenmesine bağlı olacaktır. Bu paralelde ayrıca, Türk mahkemelerinin görev ve yer itibarıyla yetkisini tayin eden bir diğer özel düzenleme olan İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen arabuluculuk dâva şartının, aynı zamanda yabancı unsurlu iş ilişkileri bakımından hüküm ifade edip etmeyeceğinin, bu düzenlemenin usûl hukuku alanına ait olma *niteliğinden* hareketle de tayini gerekir.

Aşağıda, yabancı hukuk sistemlerinde gözlemlenen esasen ihtiyarî olma temeline dayalı uyuşmazlık çözümü yöntemine başvurunun Türk hukukunda bazı konular bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)^[4] m.114/(2) dâhilinde, maddenin ilk fıkrasında sayılanlara ek bir dâva şartı haline getirilmesinin yerindeliliğini ve hak arama hürriyetinin

[4] 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Kanun: RG.04.02.2011, S.27836.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

etkin kullanımını engelleyecek biçimde, -örneğin uzlaşma kararının hukukî sonuçları gibi-, mevcut düzenlemelerin Türk hukukunda yaratacağı güncel sorunlara dair^[5] etraflıca bir tahlil kapsam dışı bırakılarak, Türk milletlerarası yetki kuralları ile yetkisi tayin edilen Türk mahkemelerine öncelikle başvuruyu önleyecek şekilde, Türk pozitif hukukunda dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen kuralların yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağına dair genel bir tespit yapılacaktır.

I. DÂVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

HUAK'a, 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun'un^[6] 23. maddesiyle eklenen m. 18/A, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmasının dâva şartı olarak kabul edilmiş olması halinde gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyetine ilişkin süreci düzenleyen hükümler içermektedir. Tıpkı ihtiyarî arabuluculukta olduğu gibi bu maddede de, hangi hukukî uyuşmazlık konuları için dâva şartı olarak arabuluculuğa başvurulacağı belirlenmemiş; bu husus, diğer kanunlara bırakılmıştır. İlgili kanunlardan bazılarında dâva şartı arabuluculuk usulü düzenlenmiş; boşluk bulunan hallerde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmak üzere HUAK hükümlerine atıf yapılmıştır. Diğer bazılarında ise sadece arabulucuya başvuru, dâva şartı olarak öngörülmüştür. Bu açıdan bakıldığında, aksine açıklık bulunmadıkça mevcut ve ileride vaz'edilecek ve arabulucuya başvuruyu dâva şartı olarak belirleyecek özel kanunlar bakımından HUAK hükümleri, dâva şartı arabuluculuk ile ilgili uygulama alanı bulabilecek genel nitelikli bir kanunî düzenleme vasfı taşımaktadır.

HUAK m. 18/A ve HUAK Yönetmeliği m. 22'ye göre özel kanunlarda arabuluculuk, "dâva şartı" sayılmışsa, kural olarak görevli ve yetkili Türk mahkemelerine müracaatla dâva açılıp görülebilmesi için, öncelikle arabuluculuk yöntemine başvuru sürecinin başlatılmış bulunması zorunlu olup; dâvacı arabuluculukta *anlaşlamadığına dair tutanağı* mahkemeye sunmaz

[5] İlgili düzenlemelerin, kanun yapma tekniği, hak arama özgürlüğü, arabuluculuk ilkelerine uygunluğu kapsamında ayrıntılı tahlili için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 137-152.

[6] Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun: RG. 19.12.2018, S. 30630.

ve mahkemece verilen süre içinde bu eksiklik giderilmez ise, mahkeme, dâva şartı yokluğundan talebi usûlden reddedecektir. Arabulucuya gidilmeksizin mahkemeye başvurulduğu anlaşılırsa, talep yine dâva şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir.

Bu çerçevede günümüz itibariyle mevcut kanunî düzenlemeler ışığında bir tespit yapıldığında, Türk hukukunda “iş hukuku” ve “ticaret hukuku” alanında ortaya çıkan bazı hukukî sorunların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurulmuş bulunulmasının, mahkemelere müracaat edebilme bakımından *dâva şartı* olarak kabul edildiği görülmektedir.

Bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan bazı hukukî uyuşmazlıkların çözümü için 4857 sayılı İş Kanunu'nun^[7] 20. maddesi gereğince^[8], öncelikle arabuluculuk yöntemine başvuru, dâva şartı sayılmıştır. Bu maddenin yaptığı yollamayla arabuluculuk, dâva şartı arabuluculuk faaliyetine ilişkin süreci özel olarak düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 3 hükmü^[9] dairesinde gerçekleştirilecek olup; bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK hükümleri uygulama alanı bulabilecektir [İMK m. 3/(21)].

Buna karşılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)^[10] na eklenen m. 5/A'da^[11], ticarî dâvalar bakımından dâva şartı arabuluculuk öngörölmüş olmakla birlikte, ne süreçte izlenecek usûlü ve faaliyetin hukukî sonuçlarını belirleyen özel kurallara yer verilmekte ne de İş Kanunu'nda olduğu gibi herhangi bir kanuna açıkça atıf yapılmaktadır. Bu nedenle, HUAK, TTK'nın uygulama alanına giren ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk hakkında genel kanun vasfıyla hüküm ifade edecektir.

[7] 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı Kanun: RG. 10.06.2003, S. 25134.

[8] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m.11 ile değişik 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun, “Fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlıklı 20/(1)(2) fıkraları: RG. 25.10.2017, S. 30221.

[9] 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı ve Kanun: RG. 25.10.2017, S. 30221.

[10] 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Kanun: RG. 14.2.2011, S. 27846.

[11] 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun m.20: RG. 19.12.2018, S. 30630.

II. YABANCI UNSURLU HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARDA DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. Genel açıklamalar

HUAK'ın dâva şartı arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinde, daha önce de ifade edildiği üzere bu madde hükmünün yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulama alanı bulacağına dair ayrı bir açıklama bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında genel olarak, “*ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dâva şartı olarak kabul edilmiş ise, arabuluculuk sürecine madde hükümlerinin uygulanacağı*” [m.18/A/(1)]; “*ilgili kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla*” [m.18/A/(19)] öngörülmüş bulunmaktadır.

Bu noktada akla gelen ilk soru, Kanun'un 1. maddesinde yer alan *yabancılık unsuru* ifadesinin, m.18/A bakımından da anlam taşıyıp taşımadığı olacaktır.

HUAK m.18/A/(20)'de, dâva şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen “*Beşinci Bölüm*” de hüküm bulunmayan hallerde, “*niteliğine uygun düştüğü ölçüde*” HUAK'ın diğer hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddenin, Kanun'un diğer maddelerine yaptığı atfa binaen, HUAK'ın dâva şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanacağı hallerde, “*(b)u Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır...*” cümlesini içerir HUAK m.1/(2) hükmünün, dolaylı biçimde yabancı unsurlu hukukî ilişkiler bakımından da arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getirdiği söylenebilir. Bu yaklaşım kabul edilirse, dâva şartı öngören ilgili özel kanunlar aracılığıyla HUAK'ın uygulanabildiği her halde, HUAK m.18/A/(20)'nin yaptığı yollama dolaısıyla, m.1 gereğince, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuğun dâva şartı haline gelebileceği düşünülebilir.

Ancak, bu yönde bir sonuca varılabilmesi, ayrıca HUAK m.18/A/(20) hükmüyle yapılan atıf kapsamında gerçekleşecek bir değerlendirmeye de bağlı olacaktır. Buna göre, yabancı unsur içeren hukukî uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurunun dâva şartı sayılması, yöntemin yabancı unsur taşıyan hukukî ilişkilerin bu *niteliğine de uygunluk* arz ettiği düşüncesinin kabulü ile mümkündür.

Öte yandan, HUAK m.18/A'nın, hangi hukukî ilişki/muamelelerden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurunun dâva şartı sayılacağıнын tayinini özel kanunlara bırakan, ilgili kanunlar dairesinde gerçekleşecek faaliyetin sadece usûlî sürecini ve sonuçlarını düzenleyen genel nitelikli bir madde niteliği taşıdığı düşüncesinden hareket etmek de mümkündür. Bu halde ilgili maddenin işlevinin, Kanun'un diğer hükümlerine, sadece dâva şartı arabuluculuk için uygunluk arz eden “*usûlî işlemler*” bakımından yollama yapmak olduğu şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Dolayısıyla, bu paralelde bakıldığında, m.18/A'nın ve uygun düştüğü ölçüde HUAK'ın diğer maddelerinin uygulanabilirliği, ancak ilgili özel kanunların yabancı unsurlu uyuşmazlıkları da kapsamına almasıyla mümkün olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, bu bağlamda, dâva şartı arabuluculuk yöntemine öncelikli başvuru gereğinin yabancı unsurlu iş dâvaları ile yine yabancı unsurlu ticarî dâvalara konu bazı hukukî uyuşmazlıkları da içermesi HUAK gereğince değil; öncelikle günümüz itibarıyla bu hususu özel olarak düzenleyen İş Kanunu, İMK ve TTK hükümlerinin yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar hakkında da uygulanabiliyor olmasına bağlı olacaktır.

O halde bu aşamada cevaplandırılması gereken diğer soru, İMK, İş K, TTK'nın yabancı unsurlu hukukî ilişkileri de idare edip edemeyeceği olacaktır. Adı geçen kanunî düzenlemelerde, *yabancı unsurlu* ticarî dâvalar ile iş hukuku alanına ait bazı hukukî uyuşmazlıkların çözümü bakımından arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı sayılacağını ifade eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Sözü edilen kanunlarda, bu yönde açık bir hükmün yokluğu, konunun farklı yorumlanmasına yol açacak muğlak bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle aşağıda, yukarıda belirtilen ikinci yaklaşım dahilinde dâva şartı içeren özel kanunî düzenlemeler ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır.

Ancak, bu konudaki açıklamalara geçilmeden önce belirtilmesi gereken bir diğer husus, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından dâva şartı arabuluculuktan söz edilebilmesi için, bir diğer şartın varlığının da gerekli hale gelebileceğidir. Bu şart, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklara da uygulanabiliyor olmak kaydıyla, HUAK m.18/A/(4), HUAK Yönetmeliği m.23 ve İMK m.3/(5) hükümlerinden hareketle somutlaştırılabilir. HUAK m.18/A/(3),(4) hükümleri, kanunla arabuluculuğun dâva şartı haline getirildiği hallerde başvurunun yapılacağı yeri tayin etmektedir. Başvuru, *uyuşmazlığın konusuna göre, yetkili mahkemenin bulunduğu yer*

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ilgili komisyon başkanlıklarınca görevlendirilen sulh hukuk mahkemeleri yazı işleri müdürlüğüne yapılmak durumundadır. HUAK Yönetmeliği m. 23/ (1)'de ise, başvurunun, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin *yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki* adliye arabuluculuk bürosuna, adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılacağı hükme bağlanmıştır. Adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde, büronun görevini, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğünün yerine getireceği HUAK Yönetmeliği'nin bu hükmünde de tekrarlanmıştır. İMK m. 3/(5)'de de HUAK Yönetmeliği hükmüne benzer bir düzenlemenin olduğu görülmektedir. Nitekim bu maddeye göre, başvuru, 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 yapılacaktır.

HUAK m.18/A/(4) hükmünden çıkan sonuç, yabancı unsurlu bir hukukî anlaşmazlık/uyuşmazlık bakımından dâva şartı olarak arabuluculuktan söz edebilmek için, “*uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkeme*” ibaresinden hareketle, Türk mahkemelerinin somut hukukî sorunun çözümü bakımından *milletlerarası yetkiyi haiz bulunması*; İMK m. 3 ve HUAK Yönetmeliği m. 23'e göre ise karşı tarafın/taffarın *yerleşim yerinin/yerlerinden birinin* ya da arabuluculuk konusu edilecek *işin yapıldığı yerin* Türkiye olmasının gerektiğidir.

Mevcut düzenlemeler, yabancı unsurlu dâvalar bakımından farklı bir uygulamayı ve bazı soruları beraberinde getirecektir. Nitekim, İMK m. 3/(5) hükmü uyarınca, yabancı unsurlu iş hukuku alanına ait Kanun'da sayılan uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurunun dâva şartı olması, muhtemel dâvalı/dâvalılardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye'ye işaret etmesiyle mümkün hale gelecektir. Benzer şekilde, -kural olarak ilgili olduğu Kanun hükümlerine aykırı olamayacağı hususu bir yana bırakılacak olursa-, Kanun'un uygulama alanını daraltan söz konusu HUAK Yönetmeliği hükümlerinin, uygulamada esas alınması halinde, dâvalının/dâvalılardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye olmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi diğer milletlerarası yetki kuralları ile tayin edilebiliyor olsa da arabulucuya başvuru dâva şartı olmaktan çıkacaktır. Kanun hükmüne uygun bir yorum yapıldığı takdirde ise,

arabulucuya başvurunun dâva şartı haline gelmesi, somut hukukî uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesinin bulunması şartıyla mümkün olacaktır.

Bu noktada sorun, yerleşim yeri, işin görüldüğü yerin Türkiye’de bulunup bulunmadığının hangi aşamada dikkate alınabileceğidir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlıklar bakımından bu tespit önem arz edecektir. Acaba dâvanın açıldığı mahkemede hâkim, arabulucuya başvurulmamasını dâva şartı sayarak dâvayı usûlden reddederken, dâva konusu yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlığın niteliğinin yanı sıra aynı zamanda somut uyuşmazlık bakımından, HUAK Yönetmeliği ile İMK hükümleri dairesinde karşı tarafın ya da karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri veya işin görüldüğü yerin Türkiye olmadığı hususlarını da dikkate alabilecek midir? HUAK m.18/A/(2) ilgili HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2)’de bu soruya açıklık getiren özel bir hüküm bulunmamakta; ancak, genel olarak *arabulucuya başvurulmadan dâva açıldığı anlaşılırsa, derhal herhangi bir işlem yapılmaksızın dâva şartı yokluğu nedeniyle dâvanın usûlden reddine karar verileceği* belirtilmektedir. Bu hüküm dahilinde arabulucuya başvurulmamış olduğunun anlaşılması üzerine dâva şartı yokluğu nedeniyle usûlden ret kararı verilebilmesi için mahkemenin evleviyetle dâva konusu hukukî uyuşmazlığın dâva şartı arabuluculuk kapsamına dahil olduğunu tayin etmesi gerekir. Buna karşılık, maddenin lâfzı, mahkemenin dâva şartı yokluğuna dayalı usûlden ret kararı verirken aynı zamanda yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bağlamında anlam ve önem arz eden yetkili bir başvuru makamının mevcudiyetini de dikkate alabilmesine imkân verir bir yoruma izin verir gözükmemektedir. Söz konusu ihtimal düşünülmeden hazırlandığı açık olan maddeler bu yönüyle eleştiriye açıktır^[12]. Esasen bu düzenlemeler, Türkiye’de mutlaka yetkili bir arabuluculuk bürosunun mevcut olabileceği tümüyle iç hukuka ait olan uyuşmazlıklar esas alınarak hazırlandığı için yabancı unsurlu dâvalar açısından sözü edilen belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Oysa, arabulucu yerine doğrudan mahkemeye başvuru yabancı unsur içeren dâvalarda, dâva şartının yokluğuna karar verecek mahkemenin aynı

[12] Paralel biçimde, arabulucuya başvurulmadan dâva açıldığının tespiti halinde örneğin taraf ehliyetinin veya mahkemenin yargı yetkisinin bulunmayışı, görevli sayılmayan bir mahkemede dâva açılmış olması gibi genel dâva şartları dahi incelenmeksizin bu özel dâva şartına dayanılarak dâvanın usulden reddedilecek olmasının yaratacağı sonuçların ilgili hükümlerin yerindeliğini sorgulanır kıldığı ve uygulanamayacağı yönünde bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 157-158.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

zamanda hiç değilse itiraz üzerine bu hususların bulunmayışını da değerlendirmesinin mümkün olması, usûl ekonomisi açısından gereksiz bir sürecin yaşanmasını engellemek bakımından uygun olurdu.

Zira, bu çerçevede, yalnızca hukukî uyuşmazlığın niteliğine dayalı bir usûlden ret kararı üzerine, arabuluculuk süreci başlatılırsa, HUAK m.18/A/(8); HUAK Yönetmeliği m. 25/(4), İMK m. 3/(9) hükümleri dairesinde arabuluculuk bürosu/yazı işleri müdürlüğü veya arabulucu, başvuru makamının yetkisini kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Şayet arabulucu önünde arabuluculuk bürosunun/yazı işleri müdürlüğünün yetkisine süresi içinde itiraz edilirse, bu konuda, arabulucu dosyayı ilgili büroya gönderecek ve bu konuda sulh hukuk mahkemesi kesin karar verecektir. Arabuluculuk faaliyeti sürecinde süresi içinde yetki itirazı yapılmamışsa, arabuluculuk devam edecektir. Yetki itirazı sulh hukuk mahkemesince kabul edilirse, -yani yerleşim yeri, işin görüldüğü yer Türkiye değilse, bu halde arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirecek yetkili bir arabuluculuk bürosu/yazı işleri müdürlüğü olmayacaktır. İlgili düzenlemeler böyle bir durumda ne olacağına ilişkin bir açıklama içermemektedir. Bu halde tekrar mahkeme önünde dâva açıldığında yine ilgili maddelerin lâfzından hareketle dâva şartı yokluğuna mı karar verilecek yoksa sulh hukuk mahkemesinin kesin kararına binaen artık dâvaya bakılabilecek midir? İlk yorum çerçevesinde, hak arama hürriyetini zedeleyecek biçimde Türkiye’de dâva açılması fiilen önlenmiş olacaktır.

Aynı belirsizlik, öncelikle arabulucuya başvurulduğu ve itiraz üzerine sulh hukuk mahkemesinin yetkili bir büro bulunmadığını tespit ettiği durumlar bakımından da varittir.

B. Türk iş ve ticaret hukuku alanında dâva şartı arabuluculuğu öngören özel düzenlemeler

1. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde dâva şartı arabuluculuk

İş Kanunu m. 20 uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde *işe iade talebiyle İMK hükümleri uyarınca arabulucuya* başvurmak zorundadır. Kanun’un 21. maddesine yapılan ekle, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde *ücret ve diğer hakların parasal değeri*; işçinin işe başlatılmaması durumunda ise Kanun’da

öngörülen *tazminatın parasal miktarı* konusunda uzlaşmaları şarttır. Aksi halde uzlaşma sağlanamamış sayılacaktır^[13]. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığı takdirde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dâva açılabilir^[14].

O halde, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tâbi bir iş ilişkisinden kaynaklanan yukarıda sözü edilen somut hukukî talepler hakkında İMK'nın 6. maddesinde sayılan yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinde dâvanın açılıp görülebilmesinin ön koşulu, uzlaşmaya varılmaksızın arabuluculuk sürecinin geçirilmiş veya tamamlanmış olmasıdır.

Konuya, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulacağına dair açık bir hüküm ihtiva etmeyen İş Kanunu m. 20 ve diğer Kanun'un diğer hükümleri dahilinde bakıldığında, öncelikle 20. maddenin İMK hükümlerine yaptığı göndermenin, iç hukuka ait bireysel iş sözleşmeleri ile, "*iş sözleşmeleri*" başlıklı 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)^[15] m. 27'de yer alan bağlama kuralları aracılığıyla *yabancı unsurlu iş sözleşmesinin esasını idare eden yetkili hukukun* Türk maddî hukuku olarak belirlenmiş ya da İş Kanunu'nun *doğrudan uygulanan kural niteliği taşıması* kaydıyla anlam ifade edeceği^[16]; 4857 sayılı İş Kanunu'na dayalı söz konusu bu maddî hukuk taleplerinin öncelikle dâva şartı arabuluculuk yöntemine başvurulmak suretiyle ileri sürülebileceği söylenebilecektir.

Bunun dışında söz konusu hükmün, -yukarıda zikredilen bu ihtimaller dışında-, yabancı bir devlet hukukuna tâbi yabancı unsurlu iş ilişkisinden kaynaklanan benzer talepler bakımından genel olarak uygulama alanı bulacağı

[13] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 12 ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine yapılan ek.

[14] 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 11 ile değişik, 4857 sayılı İş Kanunu m. 20/(1)'de, haksız fesih iddiasıyla işçinin işe iade talebi hakkında dâva şartı arabuluculuk faaliyeti sonucu uzlaşmaya varamayan tarafların anlaşmak suretiyle iş mahkemeleri yerine, özel hakeme müracaat edebilecekleri de öngörülmüş bulunmaktadır.

[15] 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Kanun: RG., 12.12.2007, S. 26728.

[16] MÖHUK m. 27'ye göre, Türk hukuku, taraflarca seçilmiş; böyle bir seçim yoksa veya geçersizse, mutad işyeri veya mutad işyeri yoksa işverenin esas işyerinin bulunduğu yer Türkiye'de ise ya da somut iş sözleşmesi, Türkiye ile yakın ilişki içindeyse uygulama alanı bulacaktır.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

sonucuna varılabilmesi, 20. maddede yer alan kuralın “*niteliği*” ve getiriliş “*amacı*”nın tayin edilmesine bağlıdır.

Millî hukuk sistemlerinde, usûl hukuku alanına ait meselelerin, mahkemenin hukukul/ *lex fori regit processum* (*lex fori*) tarafından idare edileceğine ilişkin kural, günümüz itibariyle evrensel olarak kabul görmekte ve uygulanmaktadır^[17]. Her ne kadar pozitif bir düzenlemeye dayandırılmasa da söz konusu yaklaşım, Türk Milletlerarası Usûl Hukuku alanında da benimsenmekte; bu suretle, doktrinde genel çerçevede usûl hukuku meselelerinin *lex fori* olarak Türk hukuku esas alınmak suretiyle değerlendirileceği ifade edilmektedir^[18]. Millî hukuk sistemlerinde kuralın uygulanabilirliği bakımından gözlemlenen fark, usûl ve esasa ait konuların nasıl ayırt edileceğine dair metoda ilişkindir; bir başka deyişle, bu farklılık, neyin bir usûl konusu sayılacağı sorusuna verilen cevapta yatmaktadır^[19].

Ancak, usûl hukuku alanına ait meselelere *lex fori*'nin uygulanması kuralı da mutlak değildir. Nitekim, esasen usûl hukuku alanına dahil olan, -dâvanın taraflarının tespiti, ülke dışında delil toplama, tebligat, zamanaşımı süreleri, ispat yükü ve ispat karineleri gibi- bazı meseleler bakımından dâva sebebini/*cause of action* idare eden yabancı maddî hukuka başvurulduğu görülmektedir^[20].

Bu bağlamda, Devletin egemenlik hakkı dahilinde sahip olduğu yargı hakkını onun adına kullanacak olan mahkemelerin görev alanını yani, *görev itibariyle yetkisini* tayin eden kuralların bir usûl hukuku kuralı niteliği taşıdığı söylenebilecektir^[21]. Bunun yanı sıra, mahkemelerin yetkisini tayin eden kurallar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim, yine evrensel biçimde kabul gördüğü üzere, hukukî uyuşmazlığı esastan çözmek

[17] **Richard GARNETT**, Substance and Procedure in Private International Law, United Kingdom 2012, s. 5 vd.

[18] **Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE**, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 7, İstanbul 2019, s. 338-340; **Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017, B. 5, s. 481-483.

[19] **GARNETT**, s. 5 vd.; **Ersin ERDOĞAN**, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016, s. 36 vd.

[20] **GARNETT**, s. 35.

[21] **ERDOĞAN**, s. 116-117.

bakımından hangi mahkemelerin yetkili olacağına, mahkeme hukuku *münhasıran* karar verecektir^[22].

Bu kapsamda bir değerlendirme yapmak gerekirse, esasen İş Kanunu maddî hukuk alanına ait bir düzenleme olmakla birlikte, m. 20 hükmü, hukukî sorunların çözümüne dair mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini dâva şartı olarak öngören niteliği ile usûl hukukuna ait bir kural niteliği taşımaktadır.

Kuralın *lex fori* ilkesi gereğince yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir olduğunu söylemek için ayrıca, getiriliş amacı da dikkate alınmalıdır. İlgili maddede arabulucuya başvuru gereğinin, 4857 sayılı *İş Kanunu hükümlerine bağlı olarak yapılacak talep hakları* esas alınarak öngörülmüş bulunduğu açıktır. Bu husus, 20. maddedeki kuralın, yabancı hukuk tarafından idare edilen benzer talepleri kapsamı dışında bırakan içerikte bir usûl hukuku kuralı olduğu yönündeki görüşün ağırlık kazanmasına ya da konuya ilişkin bir tereddütün ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

İş Kanunu gibi onun atıf yaptığı İMK'da da, -daha önce de ifade edildiği üzere-, ihtiva ettiği hükümlerin yabancı unsurlu iş ilişkilerine uygulanacağına ya da uygulanmayacağına dair herhangi bir özel açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte, arabuluculuk yöntemine başvurunun yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar hakkında dâva şartı haline gelip gelmediği konusunda verilecek nihai karar, İMK hükümlerinin niteliğine dayalı daha ayrıntılı bir tahlili gerekli kılmaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'de, *kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle dâva açılabilmesi, öncelikle arabulucuya başvurulmuş olması şartına bağlanmıştır* (fık. 1)^[23]. Buna karşılık, *iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan*

[22] **GARNETT**, s. 144; aynı yönde bkz. **Ergin NOMER**, Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 2017, s. 392; **ERDOĞAN**, s. 117-120.

[23] İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'ün özel gerekçesinde bu kelimeler şöyle somutlaştırılmaktadır: "Bu kapsamda işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır. Bu çerçevede 6098 sayılı

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu dâvaları için arabulucuya başvuru dâva şartı sayılmamıştır (fik. 3).

Kanun'un bu düzenleme tarzından hareketle, doktrinde, İMK'da, "... *bahse konu dâvaların yabancı unsur taşıyıp taşıyamamasına göre bir ayırım yapılma(dığı; (b)u itibarla, yabancı unsur taşıyan bireysel iş akitlerinden doğan bu tür dâvalar bakımından da arabulucuya başvurulmuş olması(nın) bir dâva şartı teşkil...*" edeceği görüşüne yer verilmektedir^[24].

İş Mahkemeleri Kanunu, "*kapsam*" başlıklı 1. maddesinde zikredildiği üzere, *iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve takip edecekleri yargılama usûlünü belirleyen usûl hukuku alanına ait bir düzenlemedir.* Kanun'un usûl hukuku alanına ait bir düzenleme niteliği taşıması, Milletlerarası Usûl Hukuku alanında benimsenen *lex fori* kuralı uyarınca kural olarak, onun yabancı unsurlu dâvalar bakımından da uygulama alanı bulabileceği sonucunu yaratacaktır. Ancak, ilgili Kanun hükümlerinin, *yer itibariyle yetki, görev itibariyle yetki* ve düzenlemenin 3. maddesinde sözü edilen "*kanun*" ile "*bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan talepler*" ibarelerinin yorumu ekseninde daha ayrıntılı biçimde tahliline ihtiyâç bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen "Hizmet Sözleşmeleri" (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak kabul edildiğinden Kanunun 5 inci maddesi bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil etmektedir... Maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, işçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden doğduğu iddia edilen ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak öngörülmektedir. Örneğin işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir. Ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyuşmazlık, bir alacak uyuşmazlığı olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır." Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi Yasama Yılı 26, Sıra Sayısı: 491, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

[24] ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 419-420 (naklen). Aynı yönde bkz. YARAR, s. 61-62.

Bu çerçevede, öncelikle İMK m. 3'de yer alan “*kanun*” ibaresi ile kanun koyucunun sadece Türk maddî hukuk kurallarına mı işaret ettiği yoksa daha geniş anlamda kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuk kurallarına dayalı benzer talepleri de dahil etme amacının mı bulunduğu belirlenmelidir. Kanun'un 3. maddesinde yer alan bu ifade, maddenin özel gerekçesinden de anlaşıldığı üzere^[25], yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından yetkili kılınan yabancı hukuku da dikkate alan bir düşüncenin ürünü değildir. Burada temel alınan, *Türk maddî hukuk kurallarının uygulama alanı bulduğu iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukukî talep haklarıdır*. Bu kapsamda, Türk kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları aracılığıyla yabancı unsur içeren iş sözleşmeleri bakımından yetkili hukukun Türk hukuku olarak belirlendiği hallerin de zikredilmesi mümkündür.

Benzer şekilde, Kanun'un 3. maddesindeki, “*bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayalı talepler*” ibaresinin, yabancı hukuka tâbi ve bu hukuka dayalı benzer talep hakları düşünülerek kaleme alınmış olduğu da söylene-meyecektir. Madde gerekçesinde, aksine bir sonuca varmayı sağlayacak bir açıklama yer almamaktadır.

İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri ile düzenlenen bir diğer husus, *yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinin* hangileri olacaktır. İMK m. 3'de öngörülen dâva şartı arabuluculuk, aynı zamanda yer itibariyle yetkili iş mahkemelerine müracaat edebilmenin ön koşulu olarak belirlenmiştir.

Bu bağlamda bakıldığında, arabuluculuk yöntemine başvurunun yabancı unsurlu iş ilişkilerinden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklar bakımından anlam ifade etmesi, bu konularda İMK'nın 6. maddesinde sayılan yer itibariyle yetkili mahkemelerin aynı zamanda milletlerarası yetkiyi de haiz olmasına bağlıdır.

MÖHUK'un “... *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi... bu Kanunla düzenlenmiştir*” ifadesini içerir 1. maddesi uyarınca, yabancı

[25] İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'ün özel gerekçesinde belirtildiği şekliyle, “(b)irinci fıkrada yer alan “*Kanuna*” ibaresiyle alacak veya tazminat talebinin 4857 sayılı İş Kanunundan veya diğer kanunlardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir... Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen “*Hizmet Sözleşmeleri*” (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de... bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil etmektedir...”

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

unsur içeren hukukî uyuşmazlıkları çözmek bakımından milletlerarası yetkiyi haiz olacak mahkemeler bu kanun hükümleri ile tayin edilecektir. Kanun'un 44. maddesi yabancı unsur içeren iş sözleşmesi ve iş ilişkisinden doğan dâvalar bakımından milletlerarası yetkili hale gelecek Türk mahkemelerini tayin etmektedir. O halde kural olarak, MÖHUK m. 44'de yer alan ve yabancı unsur içeren iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri bakımından Türk mahkemelerinin yer itibariyle milletlerarası yetkisini tayin eden *özel nite-likli yer itibariyle yetki kurallarındaki* objektif yetki unsurlarından birinin bir Türk mahkemesine işaret ettiği hallerde, İMK m. 6 hükmü, yabancı unsurlu dâvalar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle, MÖHUK m. 44'de sayılan objektif yetki unsurlarıyla bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi belirlenebildiğinde, İMK'da sayılan mahkemelerin yer itibariyle milletlerarası yetkisinden söz edilemeyecektir.

Bunun yanı sıra, İMK'nın, "*iş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır*" hükmünü içerir 6/4. maddesi de açıkça bu önceliğe işaret etmektedir. Buna göre, *saklıdır* ifadesinden hareketle, MÖHUK m. 44'deki yetki kurallarıyla Türkiye ile bağlantının kurulabildiği hallerde, İMK m. 6'da belirtilen yer itibariyle yetkili iş mahkemelerinin bu yetkisinin bertaraf edilmiş olduğu düşünülmelidir. Bu çerçevede yorum yapıldığında, İMK m. 3'de öngörülen ve İMK m. 6 hükmüyle belirlenen *yer itibariyle iş yetki kuralları* bakımından anlam ifade eden dâva şartı arabuluculuk yönteminin, MÖHUK m. 44 hükmü bağlamında bir etki yarattığı söylenemeyecektir.

Kanun'a bir başka açıdan bakıldığında, İMK m. 3 ile düzenlenen "*dâva şartı arabuluculuk*" yöntemi, aynı zamanda *görev itibariyle yetkili kılınan iş mahkemelerine başvurunun* da ön şartı sayılmaktadır. Yer itibariyle yetki hangi kanuna dayanılarak belirlenirse belirlensin arabulucuya başvurunun aynı zamanda, İMK ile "*görev itibariyle yetkisi*" tayin edilen iş mahkemelerinde dâvanın görülebilmemesinin ön şartı kılınmış olduğu kabul edilirse, yabancı unsur içeren ve *kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle*^[26] dâva açabilmek için öncelikle arabulucuya başvuru aşamasının bir uzlaşmaya varılmaksızın tamamlanması zorunlu hale gelecektir.

[26] Yabancı unsurlu dâvalarda, bu hususlar, Türk kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları aracılığıyla tayin edilen yetkili hukuk kapsamında anlam ifade edecektir.

Türk hukukunda, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümünde görev itibariyle yetkili olacak mahkemeleri tayin eden özel görev kuralları ile yabancı unsurlu dâvalara bakmaya yetkili özgün ihtisas mahkemeleri tayin edilmiş değildir. Mevcut bu düzenleme tarzı itibariyle bakıldığında, görevi belirleyen kuralların aynı zamanda genel olarak yabancı unsurlu dâvalar bakımından da mahkemelerin görev itibariyle yetkisini belirleyeceği söylenebilecektir. İMK m. 3(1)'deki görev kuralı özelinde bir değerlendirme yapıldığında da, düzenlemenin iş hukukundan kaynaklanan yabancı unsurlu dâvalara özgü hiçbir ayırt edici açıklama içermediği görülmektedir. Bu nedenle, yabancı unsurlu bir iş ilişkisine dayalı “işçi veya işveren alacağı” ve “tazminat” ile “işe iade” talepleri bakımından da, -bu talepler Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları aracılığıyla tayin edilecek yetkili yabancı hukuktan kaynaklansa bile-, arabuluculuğa başvuru, dâva şartı sayılabilecektir.

2. Yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından dâva şartı arabuluculuk

7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen m. 5/A]^[27] ile *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini* içerir ticarî dâvalarda da arabulucuya başvuru dâva şartı haline getirilmiştir. Maddede, *TTK'nın 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî dâvalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* hakkında dâva açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dâva şartı sayılmıştır. TTK m. 5/A hükmüne göre arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı haline gelebilmesi iki koşula bağlanmıştır. Bunlar sırasıyla, hukukî uyuşmazlığın, TTK m. 4'de veya diğer kanunlarda belirtilen *ticarî dâvalardan* birinin konusu sayılması ve *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini* içermesidir.

MÖHUK'ta ticarî dâvalar bakımından, -m. 46 çerçevesinde kısmen sigorta sözleşmeleri dışında-, uygulama alanı bulacak Türk mahkemelerinin yer itibariyle milletlerarası yetkisini tayin eden özel yetki kuralları mevcut değildir. Bu nedenle, MÖHUK m. 40'ın yaptığı yollamaya binaen yabancı unsurlu ticarî dâvalarda da HMK hükümleri ile diğer kanunlarda yer alan özel nitelikli

[27] İç hukukta, dâva şartı arabuluculuğa tâbi ticarî dâvalar hakkında görüş için bkz. **İlker KOÇYİĞİT/Alper BULUR**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dâva Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019; ayrıca bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 287 vd.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARİ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

yer itibarıyla yetki kuralları, milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemelerinin tespitinde rol oynayacaktır. Bu suretle, MÖHUK, HMK hükümleri veya ticarî dâvalara özgü diğer yetki kuralları dahilinde milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması halinde, arabuluculuk yöntemine başvurunun (HUAK)'da öngörülen iki hal dışında, *-özel kanunlarda tahkime veya diğer alternatif çözüm yollarına başvurunun zorunlu kılındığı ya da tahkim anlaşmasının varlığı-*, yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından da dâva şartı haline gelmiş olup olmadığının tespiti, TTK m. 5/A hükmünün niteliği ile uygulama alanının belirlenebilmesine bağlıdır. Daha geniş bir ifadeyle öncelikle ilgili maddenin, esasa mı yoksa usûle ait bir kural mı içerdiği sorusuna cevap verilmeli ve eğer bir usûl hukuku kuralı ise, yabancı unsurlu dâvaları da kapsayacak biçimde bir *ticarî dâva* tanımı mı vermekte olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

TTK m. 5/A/(1) dahilinde bir tahlil yapmak gerekirse, madde her ne kadar maddî hukuk hükümleri içeren TTK içinde yer alsa da, usûl hukuku alanına ait özel/alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuruyu düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında, bir dâva şartı öngörerek mahkemelerin yargı yetkisini etkileyen madde, bir usûl hukuku hükmü niteliğindedir ve bu sıfatıyla, maddenin usûl hukukuna ait bir düzenleme olarak, usûl hukuku alanında genel kabul gören *lex fori* ilkesi dahilinde yabancı unsurlu ticarî dâvalar bakımından da uygulama alanı bulması gerektiği sonucuna ilk bakışta varılabilecektir^[28].

Ancak bu maddede, *TTK'nın 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî dâvalara* atıf yapılmak suretiyle dâva şartı arabuluculuğa tâbi kılınan ticarî dâvalar belirlenmektedir. Dolayısıyla, 5/A maddesinin yabancı unsurlu dâvalar bakımından da uygulanabilirliği, *"dâvanın ticarî niteliği"* nin TTK ve onun yollama yaptığı diğer kanunlar esas alınarak tayin edilebilmesine bağlı olacaktır.

"Ticarî dâvalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri" başlıklı TTK m. 4'de, *"her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk*

[28] Ön inceleme aşamasında ilk vasıflandırmanın mahkemenin hukukuna göre yapılacağı; daha sonra hukukî uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde gerçekleşecek vasıflandırmanın görevi etkilemeyeceği, ayrıca, mahkemenin görevi konusunda yabancı hukukun dikkate alınmasının pratik açıdan makûl görünmediği, bu nedenle, görevli mahkemenin tespiti konusunda *lex fori*'nin uygulanacağı yönünde görüş için bkz. ERDOĞAN, s. 116-117.

dâvaları... ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın maddede zikredilen kanunî düzenlemelerin uygulama alanına giren hukukî uyuşmazlıklar” ticarî dâvalar olarak tanımlanmaktadır. TTK m. 4’de yer alan kıstaslardan ilki, hukuk dâvasının *her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili* hususlardan doğmuş olmasıdır. Türk hukukunda her ne kadar ticarî işletmenin varlığı tacir sıfatının tayininde rol oynasa da, burada tacir tanımından ziyade, hukukî ilişkinin ticarî işletme ile bağlantılı olması hususu esas alınmıştır. Kanımızca, bu ifade, yabancı unsurlu hukukî ilişkiler bakımından da anlam ifade edecektir. Buna göre, her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilişkili bir hukuk işlem, ilişkiden kaynaklanan yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar, TTK m. 4 ve 5/A dahilinde ticarî dâva konusu olabilecektir. Dolayısıyla, bu ibare çerçevesinde kalmak kaydıyla, yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıkların çözümü için yer ve görev itibariyle yetkiyi haiz bir Türk mahkemesine başvurunun ön şartının, arabuluculuk sürecinin uzlaşmaya varılmaksızın tamamlanmış bulunması olacağı düşünülebilecektir.

Bunun dışında, konuya, TTK m. 4’de yer verilen bir diğer kıstas açısından da yaklaşılmalıdır. TTK m. 4’de sırasıyla, tarafların tacir olup olmadığı önem arz etmeksizin Türk Ticaret Kanunu ile, Türk Medenî Kanunu’nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 (b fık.); Türk Borçlar Kanunu’nun, malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticarî temsilciler, ticarî vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580. maddelerinde (c fık.), fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta (d fık.); borsa, sergi, panayı ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde (e fık.); bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde (f fık.) öngörülen hususlardan doğan hukuk dâvaları, *ticarî nitelikli dâvalar* olarak sayılmıştır. Ancak, herhangi bir ticarî işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan dâvalar bundan istisna tutulmuştur^[29].

[29] Mutlak, nispi ticarî dâvalar ayrımı dâhilinde bu konudaki açıklamalar için bkz. **Sabih ARKAN**, Ticarî İşletme Hukuku, B. 24, Ankara 2018, s. 107-116; ayrıca bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 291-302.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARİ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

TTK m. 4’de atıf yapılan tüm bu kanunî düzenlemeler, hukukî uyuşmazlıklara esastan çözüm getiren Türk iç maddî hukuk kurallarıdır ve dâva konusu edilecek talep hakları bu kurallara dayalı olarak doğmaktadır; yabancı unsurlu uyuşmazlıkların esası hakkında uygulanabilirlikleri ise, ancak, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları aracılığıyla yetkili kılınan hukukun Türk hukuku olarak belirlenmesine ya da bu kanunî düzenlemelerin ilgili hükümlerinin *doğrudan uygulanan kural veya maddî milletlerarası özel hukuk kuralı* niteliği taşımasına bağlıdır. Dolayısıyla, Türk maddî hukuk kurallarının yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklarda dâva konusu edilecek somut talep haklarının hukukî dayanağını oluşturduğu durumlarda, TTK m. 5/A’da öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurunun gerekli hale geleceği söylenebilecektir.

Öte yandan TTK m. 5/A/(1)’de yer alan *diğer kanunlar* ibaresinin, başlıca Türk hukuk kurallarına işaret ettiği; yabancı hukuklarda yer alan kanunları kapsayacak bir düşünceye dayanılarak vaz’ edilmediği açıktır.

Niteliği itibariyle, her ne kadar usûl hukuku alanına ait olsa da ilgili madde bu kapsamda ele alındığında, öngördüğü arabuluculuk yöntemine başvurunun, -her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olan hukukî ilişkiler hariç-, TTK m. 4’de ismi zikredilen özel kanunların ve TTK m. 5/A’nın yollama yaptığı diğer Türk maddî hukuk kurallarının ancak yetkili hukuk olarak belirlendiği yabancı unsur içeren hukukî uyuşmazlıklarla sınırlı olarak, dâva şartı sayılabileceği düşünülebilir.

Bundan farklı bir sonuca ulaşılabilmesi ise ancak, TTK m. 5/A’daki diğer kanunlar ibaresinin, millî hukuk sistemlerine ait kanunları da içerecek şekilde geniş yorumu ile veya yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlığın, dâvanın esası bakımından uygulanacak yetkili hukuk olmasalar da TTK. m. 4’de atıf yapılan özel kanun hükümlerinin düzenleme alanına giren konulara ilişkin bulunmalarının yeterli görülmesi kaydıyla mümkün olabilecektir. Diğer kanun ibaresinin geniş yorumlanması halinde, Türk hukukuna göre ticarî dâva konusu sayılmayan buna karşılık somut hukukî uyuşmazlığın esasını idare eden yetkili yabancı hukukta ticaret hukuku alanına ait sayılan bir ticarî ilişkiden kaynaklanan hukukî sorunların çözümü bakımından da öncelikle arabulucuya başvuru aranacaktır.

C. Tahkim anlaşması ve yetki anlaşmasının dâva şartı arabuluculuk üzerindeki etkisi

HUAK m. 18/A/(18)'de yer alan “(ö)zel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dâva şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” hükmüne göre, -Türk usûl hukuku kuralları aracılığıyla tahkime veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birine başvurunun yabancı unsurlu dâvalar bakımından da mecburi kılındığı hallerin yanı sıra-, taraflarca akdedilmiş bir tahkim anlaşması mevcut ise arabulucuya öncelikli başvuru dâva şartı olmaktan çıkacaktır. Bu hüküm TTK bakımından doğrudan etki doğuracaktır. İMK’da benzeri bir hüküm bulunmamakla birlikte, HUAK’ta yer alan bu hükmün, “(b) u maddede hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır” ifadesini içerir İMK’nın 3(21). fıkrasının yaptığı yollamaya dayanılarak, İMK bağlamında da *uygun düştüğü ölçüde* etki yaratacağı sonucuna varılabilecektir^[30].

HUAK m. 18/A/(18), mevcut hali ile bazı soruları akla getirmektedir. Bunlardan ilki, *tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dâva şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz* ifadesini içerir maddenin, anlaşmanın, arabuluculuk-tahkim şartı/*mediation-arbitration*(*med-arb*) *clause*^[31] biçiminde hazırlanmış olması halinde uygulanıp uygulanamayacağı ile alâkalıdır. Böyle bir şartın hukukî etkisi, -yani, arabuluculuk şartına rağmen doğrudan tahkim yargısına başvurulup başvurulamayacağı-, konusundaki farklı yaklaşımlar ve arabuluculuk faaliyetini idare etmek üzere tayin edilmiş hukuk kuralları, -Türk hukuku, yabancı bir millî hukuk sistemi veya arabuluculuk/tahkim merkezi kuralları-, bu soruya verilecek cevap bakımından bir tereddüt yaratacaktır. Örneğin, tarafların tahkim yargısına müracaat etmeden önce HUAK hükümlerine göre veya genel olarak Türk

[30] Genel olarak iş sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkacak hukukî uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hakkında bkz. **Ziya AKINCI**, Miletlerarası Tahkim, B. 4, İstanbul 2016, s. 79-85.

[31] Tahkime başvurudan önce arabulucuya müracaat edilmesini öncelikli kılan bu tür anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Didem KAYALI**, “*Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*”, Journal of International Arbitration, Vol. 27, Nr. 6, pp. 551-577.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

hukuku kuralları dairesinde arabulucuya gidileceğini kararlaştırmış olmaları halinde, bu madde nasıl yorumlanacaktır?

Bu sorulardan bir diğeri, arabulucuya başvuruyu dâva şartı olmaktan çıkararak “*tahkim sözleşmesi*” ibaresinin kıyasen, “*yetki anlaşmaları*” nı da içerecek biçimde daha geniş yorumlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Nitekim, yabancı unsur içeren ticarî bir ilişkiye dair taraflar arasında akdedilmiş bir yetki anlaşması bulunsa bile arabuluculuk yöntemine başvurunun dâva şartı olduğu sonucuna varılabilecek midir? Daha somut ifadeyle, yabancı unsurlu bir ticarî uyuşmazlık için, HMK’nın yetki anlaşmasını düzenleyen m. 17 vd. hükümleri dahilinde yapılmış bir yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edildiği durumlarda, arabuluculuğa başvuru yine bir dâva şartı mı teşkil edecektir? Arabulucuya başvurunun dâva şartı haline getirilmesinin başlıca amacı, mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğuna göre^[32], bu çerçevede, olumsuz bir sonuca varılacağı görüşü ağırlık kazanacaktır.

Öte yandan, -yetki anlaşmasını kapsayan veya dışlayan geniş ya da dar yorumuyla- maddenin ne anlam ifade edeceği de açık değildir. Nitekim, bu maddede, dâva şartı arabuluculuğa tâbi kılınan hukukî uyuşmazlıkların tahkim anlaşması konusu yapılabilmeye elverişli olacağı mı ifade edilmektedir? Yoksa, bu istisna tahkime elverişli hukukî uyuşmazlıklar için mi öngörülmüştür? Zira ilgili maddede, “*tahkim sözleşmesinin*” “*yapılabildiği*” değil “*bulunduğu hallerde*” ibaresi yer almaktadır.

Bir diğer soru, tahkim anlaşmasını varlığının hangi anda nasıl etki yaratacağı ile ilgilidir. İlk olarak, tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan biri dâva şartı arabuluculuk sürecini başlatmışsa, başvuru makamı mevcut bir tahkim anlaşmasını dikkate alarak talebi reddedebilecek midir? Bununla bağlantılı önem arz edecek bir başka husus, ilgili başvuru makamı ve daha sonra arabulucunun, bu anlaşmaların *varlığını* yeterli mi göreceği yoksa ayrıca *geçerliliğini* de tayin edip edemeyeceği olacaktır.

HUAK m. 28/(3) ve HUAK Yönetmeliği m. 4/1/(a)’da, adliye arabuluculuk bürolarının işlevi, arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla belirtilen diğer görevleri yerine getirmek biçiminde tanımlanmıştır. Yine, HUAK m.18/A/(7), HUAK Yönetmeliği

[32] Dâva şartı arabuluculuk yönteminin tercihinde bu amacın esas alınmasına yönelik eleştiriler için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ ATALI/SEVEN**, s. 138 vd.

m. 24/(3), İMK m. 3/(8), başvuru makamı olan adliye arabuluculuk bürosunun/ yazı işleri müdürlüğünün böyle bir araştırma görev ve yetkisinin olmadığı, adliye arabuluculuk bürosunun sadece iletişim bilgileri dahilinde süreci başlatmakla sınırlı bir etkisinin bulunduğu düşüncesini desteklemektedir^[33]. Nitekim, karşı taraf ancak, zikredilen bu maddeler uyarınca arabulucunun kendisine yapacağı bildirim üzerine arabuluculuk sürecinin başlatıldığını öğrenebilecektir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına dayalı bir itiraz da bu bildirimden sonra yapılabilecek olduğundan ilgili büronun bu hususu dikkate alabilmesi mümkün olmayacaktır.

Konuya arabulucu açısından bakıldığında ise, acaba tahkim anlaşmasına dayalı itiraz üzerine arabulucu bu hususu adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz dahilinde bir konu kabul edip süreci başlatabilecek midir yoksa HUAK m.18/A/(20) hükmüne dayanılarak, kıyasen uygulanabilecek m.17/(1)/(d) hükmünde ifadesini bulan uyuşmazlığın *arabuluculuğa elverişli olmadığı*^[34] gerekçesine dayanarak faaliyeti sonlandırabilecek midir? Her iki halde de tahkime elverişlilik dahil tahkim anlaşmasının geçerliliğine dair muhtemel bir itirazın etkisi ne olacaktır? Ya da tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde dâva şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifadesini içeren HUAK m.18/A/(18) hükmü arabulucuyu bağlayan bir direktif işlevi görebilecek midir?

Devamla, bu çerçevede arabulucu önünde bir itiraz yapılabileceği kabul edilecek olur ve arabuluculuk faaliyeti devam ederken tahkim anlaşmasının varlığına dayalı bir itiraz yapılmaz ise, arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir uzlaşmaya varılamamış olması durumunda, halen tahkim iradesinden yani, tahkim anlaşmasının varlığından söz edilebilecek ve tahkim yargılaması başlatılabilecek midir?

Bunun dışında kural olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eden bir tahkim anlaşmasına rağmen, Türk mahkemesi önünde dâva açılmış olması durumunda diğer taraf tahkim anlaşmasına dayanarak

[33] Hukukî uyuşmazlığın dâva şartı arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığını ve bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek bakımından yetkili olan tek merciin mahkemeler olduğu yönünde bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 158.

[34] Bu durumun, ilgili düzenlemelerde zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erme nedenleri arasında sayılmasa da dikkate alınacağına dair görüş için bkz. **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN**, s. 176-177.

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

süresi içinde tahkim ilk itirazında bulunursa mahkeme, HMK m. 413 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK)^[35] 5. maddesine dayanarak dâvanın usûlden reddine karar vermek durumundadır. Oysa, HUAK m.18/A/(2), HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2)'de, *mahkemenin, arabulucuya başvurulmadan önce dâva açıldığıнын anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapmaksızın dâva şartı yokluğu sebebiyle usûlden ret kararı vereceği hükme bağlanmıştır*. Bu hükümden hareketle hukukî uyuşmazlığın konusu itibarıyla dâva şartı arabuluculuğa tâbi olduğu kanaatine varan mahkemenin, başkaca bir işlem yapmaksızın, -yani tahkim anlaşmasına dayalı bir itirazı dikkate almaksızın-, dâva şartı yokluğuna dayanarak derhal usûlden ret kararı vermek durumunda kalacağı ilk bakışta söylenebilecektir. Nitekim, bu maddelere göre, dâva şartının ilk itirazlardan önce ele alınması gerekecektir. Dolayısıyla, bu aşamada, tahkim anlaşmasına dayalı ilk itiraz dikkate alınamayacak ve mahkemenin dâva şartına dayalı usûlden ret kararı üzerine hukukî uyuşmazlığın taraflarından biri ya tahkim yargılamasına ya da arabuluculuğa başvurmak durumunda kalacaktır. İkinci halde yukarıda sözü edilen arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan sorunlar yine gündeme gelecektir.

Ancak, mahkemenin, *herhangi bir işlem yapmaksızın dâva şartı yokluğu sebebiyle usûlden ret kararı vereceğini öngören HUAK m.18/A/(2), HUAK Yönetmeliği m. 22/(3) ve İMK m. 3/(2) ile tahkim anlaşmasının bulunduğu hallerde dâva şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı* ifadesine yer veren HUAK m.18/A/(18) hükümlerinin uyum içinde birlikte anlam ifade etmesini sağlayacak şekilde daha farklı bir yorum da yapılabilecektir.

Nitekim, m.18/A/(18) hükmünün, tahkim anlaşmaları ile sınırlı olarak karşı tarafa yapılacak tebligata binaen başlayan süreçte ilk itirazların öne sürüldüğü aşama tamamlandıktan sonra ya da dâva şartı arabuluculuğun HMK m.137 ve 138'de düzenlendiği gibi ilk itirazlarla birlikte değerlendirilebilmesine imkân verdiği düşünülebilecektir. Bu çerçevede, mahkeme, ilk itirazlarla dâva şartını birlikte ele alarak, süresi içinde itiraz yapılmaz ise, m.18/A/(2) hükmü gereğince hareket edebilir ya da itiraz üzerine tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilir ve geçerli ise 18/A/(18) hükmüne dayanarak tahkim anlaşması lehine yetkisizlik ya da geçersiz ise dâva şartı yokluğundan usûlden ret kararı verebilir.

[35] 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Kanun: RG., 05.07.2001, S. 24453.

SONUÇ

Türk iş ve ticaret hukuku alanına ait hukukî ilişkilere dayalı uyuşmazlık konusu bazı talep haklarının dâva yoluyla elde edilmesini sağlayabilmek için öncelikle arabulucuya başvuruyu *dâva şartı* kılan kanunî düzenlemelerin, aynı zamanda yabancı unsurlu hukukî uyuşmazlıklar bakımından da uygulanması ihtimali, bu düzenlemelerin mevcut hükümleri doğrultusunda bakıldığında tereddüt yaratmakta; ilgili düzenlemelerin farklı yorumlara yol açması kaçınılmaz görülmektedir. Bu bağlamda, HUAK ve dâva şartı arabuluculuğu düzenleyen/öngören İK, İMK ile TTK hükümleri, milletlerarası yer itibariyle yetkiyi haiz Türk iş ve ticaret mahkemelerine doğrudan başvuruyu engelleyen bir işlev görecektir? sorusuna ilişkin bir tartışmanın güncellik kazanacağı açıktır.

Hiç şüphesiz, esasen mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla bazı hukukî uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulmasının dâva şartı haline getirilmesi kanun koyucunun tercihidir. Ancak, günümüz itibariyle, tümüyle iç hukuka ait -özellikle ticarî dâva konusu- hukukî uyuşmazlıklar bakımından dahi dâva şartı arabuluculuk yöntemine tâbi kılınan hukukî sorunların ne olacağına dair tartışmalar devam etmektedir ve bu yönetime başvuruya ilişkin yerleşik bir uygulama henüz oluşmuş değildir.

Hal böyle iken, hukukî uyuşmazlıkların yabancı unsurlu niteliği ve milletlerarası toplum/ticaret hayatının gerekleri etraflıca değerlendirme konusu yapılmaksızın, iş ve ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu ilişkilerin, arabulucuya başvuruyu dâva şartı haline getiren kanun hükümlerinin uygulama alanına dâhil edilmesinin yerindeliliği ve uygulanabilirliği de tartışmaya açık olacaktır.

Tüm bu nedenlerle, Türk usûl hukuku alanında henüz yer edinmeye başlamış bir alternatif çözüm yönteminin, iç hukuk uyuşmazlıkları bakımından işlev kazanmış, benimsenmiş hale gelmesinden sonra ve özellikle yabancı unsurlu dâvaların kendine özgü niteliğini, farklı sorunlarını^[36] dikkate alan;

[36] Bu bağlamda, bir örnek vermek gerekirse, taraflar aralarında mevcut iş hukuku veya ticaret hukuku alanına ait yabancı unsurlu bir hukukî ilişkiden doğacak hukukî uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurmayı yaptıkları arabuluculuk anlaşmasıyla kabul etmiş ve bu faaliyeti münhasıran yabancı bir ülke hukukuna veya yabancı bir ülkede yer alan kurum/enstitülerin kurumsal arabuluculuk ilkelerine tâbi kılmışlar ise, bu tür bir anlaşmanın, anlaşmaya rağmen dâvanın açıldığı Türk mahkemesinin yetkisi üzerindeki etkisi ne olabilir/olmalıdır? Yine bir başka örnek olarak, taraflar

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

arabuluculuk anlaşmalarının geçerliliği ile mahkeme ve hakem mahkemeleri önünde yaratacağı hukukî etkiyi ayrı biçimde düzenleyen bununla paralel biçimde yabancı ülke hukukları dâhilinde verilmiş arabuluculuk kararlarının Türkiye’de etki doğurması ihtimalini de kapsayan^[37] ayrı bir düzenlemenin konusu yapılması daha uygun olurdu.

yabancı hukuk kuralları dairesinde gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucu bir uzlaşmaya varamamış ve milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemesinde dâva açılmışsa, bu aşamada da acaba Türk mahkemesi, dâva şartı yokluğundan dâvaya bakmayı reddedecek midir? Böyle bir yaklaşım, arabuluculuk yönteminin benimsenmesinde izlenen amaç ve usûl ekonomisi bakımından hak arama hürriyetinin etkin biçimde kullanımı ile ne kadar uygunluk arz edecektir?

- [37] Yabancı kanun otoritesi altında gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucu elde edilmiş *ticaret hukuku* alanına ait kararların Türkiye’de hüküm ve sonuç ifade etmesi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile mümkün hale gelmiştir. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York 2018) (the Singapore Convention on Mediation / “Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Anlaşmalarının İcrasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” / “Singapur Sözleşmesi”*, Türkiye Sözleşme’yi 07.08.2019 günü imzalamıştır. 46 ülkenin imzaladığı Sözleşme, 22.11.2019 günü itibariyle henüz yürürlüğe girmiş değildir: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status; Bu konuda ayrıca bkz. **Ergun ÖZSUNAY**, “*Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme*”, İBD., C. 93, S. 3, Y. 2019, (s. 31-49).

KAYNAKÇA

Ziya AKINCI, Milletlerarası Tahkim, B. 4, İstanbul 2016, s. 79-85.

Sabih ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, B. 24, Ankara 2018.

Aysel ÇELİKEL/ B. B.15, Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017.

Ömer EKMEKÇİ/Muhammet ÖZEKES/Murat ATALI/Vural SEVEN, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B. 2, İstanbul 2019.

Ersin ERDOĞAN, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016.

Richard GARNETT, Substance and Procedure in Private International Law, United Kingdom 2012.

Klaus J. HOPT/Felix STEFFOK, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, United Kingdom 2013.

Didem KAYALI, “*Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*”, Journal of International Arbitration, Vol. 27, Nr. 6, pp. 551-577.

İlker KOÇYİĞİT/Alper BULUR: Ticari Uyuşmazlıklarda Dâva Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019.

Giovanni MATTEUCCI, “*Mandatory Mediation, The Italian Experience*” Revista Eletrônica de Direito Processual Vol. 16, 04.12.2015, s. 189-210; kaynağa online erişim için bkz. https://www.researchgate.net/publication/286409655_MANDATORY_MEDIATION_THE_ITALIAN_EXPERIENCE.

Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 2017, s. 392.

Ergun ÖZSUNAY, “*Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme*”, İBD., C. 93, S. 3, Y. 2019, (s. 31-49).

Malike POLAT, Milletlerarası Usûl Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

Walter H. RECHBERGER, “*Mediation in Austria*”, Ritsumeikan Law Review, 2015, No. 32, (pp. 61-70).

YABANCI UNSUR İÇEREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
YA DA TİCARÎ DÂVA KONUSU OLAN HUKUKÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
DÂVA ŞARTI ARABULUCULUK

Annie de ROO/Rob JAGTENBERG, “*Mediation in the Netherlands: Past-Present-Future*”, 2002, Vol. 64, pp. 127-145; <https://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>.

Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 7, İstanbul 2019.

Güven YARAR, Milletlerarası Hukukta Arabuluculuk, İstanbul 2019.