



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

# ARABULUCUNUN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Ali Akın METİNER

Doktora Tezi

Ankara, 2024

ARABULUCUNUN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Ali Akın METİNER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2024

## KABUL VE ONAY

Ali Akın METİNER tarafından hazırlanan ‘‘Arabulucunun Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu’’ isimli bu çalışma 10.06.2024 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

---

Prof. Dr. Tefvik Fikret EREN (Başkan)

---

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Danışman)

---

Doç. Dr. Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR (Üye)

---

Doç. Dr. Derya ATEŞ (Üye)

---

Doç. Dr. Tuğçe ORAL MANAV (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŐEN

Enstitü Müdürü

## YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. <sup>(1)</sup>
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ..... ay ertelenmiştir. <sup>(2)</sup>
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. <sup>(3)</sup>

...../...../.....

Ali Akın METİNER

.....

“**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**”

- (1) **Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.**
- (2) **Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.**
- (3) **Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir \*. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.**

**Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.**

**\* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.**

## ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığımı beyan ederim.

*Ali Akın METİNER*

## ÖZET

METİNER, Ali Akın. *Arabulucunun Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Ankara, 2024.

Bu çalışmanın amacı 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen arabuluculuk süreci bakımından arabulucunun sorumluluğunun incelenmesidir. Arabulucunun sorumluluğunun belirlenmesi için tarafların arasındaki hukuki ilişkiler ele alınmıştır. Bu çerçevede, dava şartı arabuluculuk bakımından kanundan doğan, ihtiyari arabuluculuk bakımından ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeye karar vermeleri sonucunda ortaya çıkan arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık türü teşkil eder. Buradan hareketle, tarafların arabuluculuk sürecini planlayıp yürütmesi ve yönetmesi için arabulucunun yetkilendirilmesi amacıyla yaptıkları arabulucu sözleşmesi ise Türk Borçlar Kanunu m. 630/1 uyarınca vekalet sözleşmesinin bir türünü oluşturur. Bu çalışmada arabulucunun arabulucu sözleşmesinin ihlali veya ifa etmemesi sonucu doğan sorumluluğunun yanında vekaletsiz işgörme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan sorumluluğu İsviçre ve Alman öğreti ve uygulaması dikkate alınarak Türk hukuku bakımından irdelenmiştir. Ayrıca, arabulucunun arabulucu sözleşmesinden doğan sorumluluğu ile diğer sorumluluk halleri arasında sorumluluk taleplerinin yarışması da incelenmek suretiyle arabulucunun sorumluluğunun uygulama alanı ortaya konmaya çalışılmıştır.

### Anahtar Sözcükler

Arabulucunun Sorumluluğu, Çözüm Ortaklığı, Arabuluculuk Sözleşmesi, Arabulucu Sözleşmesi, Özen Yükümlülüğü, Uyuşmazlık.

## ABSTRACT

METİNER, Ali Akın. *Mediator's Liability Arising From Private Law*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2024.

The purpose of this study is to examine the responsibility of the mediator in terms of the mediation process introduced by the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes. In order to determine the mediator's liability, the legal relations between the parties are analyzed. In this framework, the mediation agreement, which arises from the law in terms of litigation requirement mediation, and in terms of voluntary mediation, the mediation agreement, which arises as a result of the parties' decision to resolve the dispute between them through mediation, constitutes a type of single partnership. From this point of view, the mediator agreement concluded by the parties for the purpose of authorizing the mediator to plan, conduct and manage the mediation process constitutes a type of power of attorney agreement pursuant to Article 630/1 of the Turkish Code of Obligations. In this study, the mediator's liability arising from the breach or non-performance of the mediator agreement, as well as the liability arising from unauthorized performance, unjust enrichment and tortious behavior are examined in terms of Turkish law by taking into consideration the Swiss and German doctrine and practice. In addition, the competition of liability claims between the mediator's liability arising from the mediator agreement and other liability cases has been analyzed and the application area of the mediator's liability has been tried to be revealed.

### Keywords

Mediator's Liability, Resolution Partnership, Mediation Agreement, Mediator Agreement, Duty of Care, Dispute

## İÇİNDEKİLER

<b>KABUL VE ONAY</b> .....	<b>i</b>
<b>YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI</b> .....	<b>ii</b>
<b>ETİK BEYAN</b> .....	<b>iii</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>iv</b>
<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	<b>vi</b>
<b>KISALTMALAR DİZİNİ</b> .....	<b>xvi</b>
<b>GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>
<b>1. BÖLÜM: ARABULUCULUK MESLEĞİ VE ARABULUCULUĞUN AŞAMALARI</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1. ARABULUCULUK MESLEĞİ</b> .....	<b>9</b>
1.1.1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Arabulucu.....	9
1.1.1.1. Genel Olarak.....	9
1.1.1.2. HUAK Uyarınca Arabuluculuk Faaliyeti Yürütebilmek İçin Aranılan Koşullar.....	10
1.1.1.2.1. Gerçek Kişi Olmak.....	10
1.1.1.2.2. Tam Ehliyetli Olmak.....	10
1.1.1.2.3. Türk Vatandaşı Olmak.....	11
1.1.1.2.4. Mesleğinde En Az Beş Yıl Kıdeme Sahip Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak.....	11
1.1.1.2.5. Arabuluculuk Mesleğini İcra Etmek Bakımından Engel Hali Bulunmamak.....	11
1.1.1.2.6. Arabuluculuk Eğitimini Tamamlamak ve Adalet Bakanlığınca Yapılacak Olan Sınavda Başarılı Olmak.....	12
1.1.1.3. Arabuluculuğun Diğer Mesleklerden Farkı.....	13
1.1.1.3.1. Genel Olarak.....	13
1.1.1.3.2. Devlet Yargısı ve Hâkim.....	13
1.1.1.3.3. Tahkim Yargılaması ve Hakem.....	16
1.1.1.3.4. Devlet Yargısı ile Tahkim ve Arabuluculuk Sürecinin Karşılaştırılması.....	22



1.1.1.3.5. Avukatlık Mesleği .....	23
1.1.1.3.6. Psikolojik Danışmanlar .....	24
1.1.1.4. Arabulucunun İşlevi .....	26
1.1.1.4.1. Genel Açıklamalar .....	26
1.1.1.4.2. Arabulucunun Süreci Yönetici İşlevi .....	27
1.1.1.4.3. Arabulucunun İletişim Sağlayıcı İşlevi.....	28
1.1.1.4.4. Arabulucunun Aydınlanma ve Bilgilendirme İşlevi.....	29
1.1.1.4.5. Çözüm Seçeneklerini Artırma İşlevi .....	30
1.1.1.4.6. Tarafları Gerçekçi Düşünmeye Yönlendirme İşlevi.....	31
1.1.1.4.7. Kusurları Üstlenme İşlevi.....	31
1.1.1.4.8. Duyguların İfade Edilmesine Yardımcı Olma İşlevi.....	31
1.1.1.4.9. Arabulucunun Tarafları Geleceğe Yönlendirme İşlevi .....	33
1.1.1.4.10. Arabulucunun İşlevini Yerine Getirirken Sahip Olması Gereken Beceriler .....	33
<b>1.2. ARABULUCULUK SÜRECİNİN TEMEL İLKELERİ .....</b>	<b>34</b>
1.2.1. İradilik.....	34
1.2.2. Gizlilik .....	35
1.2.3. Bağımsız ve Tarafsız Üçüncü Kişi Olması.....	36
1.2.4. Kontrolün Taraflarda Olması.....	37
1.2.5. Eşitlik.....	38
<b>1.3. ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI.....</b>	<b>38</b>
<b>1.4. ARABULUCUNUN HUAKE’TA DÜZENLENEN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ .....</b>	<b>41</b>
1.4.1. Genel Açıklamalar .....	41
1.4.2. Arabulucunun Unvanı Kullanma Hakkı .....	41
1.4.3. Ücret, Masraf ve Avans İsteme Hakkı.....	42
1.4.4. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurması .....	43
1.4.5. Görevin Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Biçimde Yerine Getirilmesi.....	44
1.4.5.1. Üçüncü Kişi Kavramı.....	45
1.4.5.2. Görevini Tarafsız ve Bağımsız Biçimde Yerine Getirme Yükümlülüğü .....	46
1.4.5.3. Görevlerin Taraflara Eşitliği Gözeterek Yerine Getirilmesi.....	47

1.4.5.4. Görevin Şahsen Yerine Getirilmesi .....	48
1.4.5.5. Tarafsızlığından Şüphe Edilmesini Gerektirecek Şartların Varlığı Halinde Tarafları Bilgilendirme ve Arabuluculuk Görevini Kabulden Kaçınma Yükümlülüğü .....	48
1.4.6. Reklam Yasağı.....	50
1.4.7. Tarafların Aydınlatılması.....	51
1.4.8. Aidat Ödenmesi .....	53
1.4.9. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	53
1.4.10. Belgeleri Saklama Yükümlülüğü.....	54
1.4.11. Arabulucunun Arabuluculuk Uygulamasını ve Kendisini Geliştirme Yükümlülüğü.....	54
<b>2. BÖLÜM: ARABULUCULUK SÜRECİNDE TARAFLAR ARASINDA ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİLER.....</b>	<b>56</b>
<b>2.1. ARABULUCULUKTA TARAFLARIN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER.....</b>	<b>56</b>
2.1.1. Tarafların Arabuluculuk Sürecine Gitmesine Neden Olan Hukuki İlişkiler.....	56
2.1.2. Taraflar Arasında Muhtemel veya Halihazırda Bir Uyuşmazlık Bulunması.....	57
2.1.3. Arabuluculuk Sözleşmesi .....	58
2.1.3.1. Genel Açıklamalar .....	58
2.1.3.2. Tanımı ve Hukuki Niteliği .....	59
2.1.3.3. Arabuluculuk Sözleşmesinin Nitelikleri .....	61
2.1.3.3.1. Arabuluculuk Sözleşmesi Çok Taraflı Bir Sözleşmedir.....	61
2.1.3.3.2. Arabuluculuk Sözleşmesi İvazsız Bir Sözleşmedir.....	61
2.1.3.3.3. Arabuluculuk Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir.....	61
2.1.3.3.4. Arabuluculuk Sözleşmesi Sürekli Bir Sözleşmedir.....	62
2.1.3.3.5. Taraflar Arabuluculuk Süreci Kapsamında Doğan Borçlarından Müteselsil Olarak Sorumludurlar .....	62
2.1.3.4. Unsurları.....	63
2.1.3.4.1. Kişi Unsuru.....	65
2.1.3.4.2. Ortak Amaç Unsuru.....	67

2.1.3.4.3. Tarafların Arabulucu Yardımıyla Ortak Çaba ve Faaliyet Göstermek Suretiyle Ortak Amaca Erişme (Uyuşmazlığı Sona Erdirme) Unsuru ( <i>Affectio Societatis</i> ) .....	69
2.1.3.4.4. Arabuluculuk Faaliyeti Sırasında Doğacak Masraflara Katılma Unsuru .....	70
2.1.3.4.5. Sözleşme (Anlaşma) Unsuru .....	71
2.1.3.4.6. Arabuluculuk Sözleşmesinin Şekli.....	72
<b>2.2. TARAFLARLA ARABULUCU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER .....</b>	<b>72</b>
2.2.1. Arabulucu Sözleşmesi.....	72
2.2.1.1. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Yönetime Katılması ve Arabulucu Seçmesi .....	72
2.2.1.2. Arabulucu Sözleşmesinin Tanımı .....	74
2.2.1.3. Hukuki Niteliği .....	75
2.2.1.4. Nitelikleri .....	79
2.2.1.4.1. Bir Borç Sözleşmesidir.....	79
2.2.1.4.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir.....	79
2.2.1.4.3. İvazlı Bir Sözleşmedir .....	80
2.2.1.4.4. Sürekli Borç Doğuran Bir Sözleşmedir.....	80
2.2.1.4.5. Arabulucu Sözleşmesi Arabulucunun Kişiliğine Bağlı Bir Sözleşmedir .....	80
2.2.1.5. Unsurları.....	81
2.2.1.5.1. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi Borcu .....	81
2.2.1.5.2. Arabulucunun Bağımsızlığı.....	82
2.2.1.5.3. Süreçte Tarafların Menfaatine ve Hesabına Hareket Etmesi .....	83
2.2.1.5.3.1. Arabulucunun Tarafların Menfaatine Hareket Etmesi .....	83
2.2.1.5.3.2. Arabulucunun Tarafların Hesabına Hareket Etmesi .....	84
2.2.1.5.4. Anlaşma Unsuru .....	84
2.2.1.5.4.1. Genel Olarak.....	84
2.2.1.5.4.2. Arabulucu Sözleşmesinin Şekli .....	85
2.2.1.5.5. Tarafların Güven İlişkisi ve Süreci Her Zaman Sona Erdirme Yetkisi.....	86
2.2.1.5.5.1. Güven İlişkisi .....	86

2.2.1.5.5.2. Tarafların Her Zaman Arabulucu Sözleşmesini Sona Erdirme Yetkisi .....	86
2.2.1.5.6. Ücret Unsuru .....	87
2.2.1.6. Arabulucunun Borçları.....	88
2.2.1.7. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Borçları.....	89
2.2.1.7.1. Arabulucunun Ücretini Ödeme Borcu.....	89
2.2.1.7.2. Arabulucuya Avans Verme Borcu .....	90
2.2.1.7.3. Sözleşmenin İfası Sebebiyle Arabulucunun Uğradığı Zararların Giderilmesi Borcu.....	90
2.2.1.8. Sona Ermesi .....	92
2.2.1.8.1. Arabulucu Sözleşmesinin HUAK m. 17/1 ve HUAKY m. 20’de Yer Alan Sebeplerle Sona Ermesi .....	92
2.2.1.8.2. Arabuluculuk Etik Kuralları m. 3/4’e Aykırılık Halleri.....	93
2.2.1.8.3. HUAK m. 18/A/10 ve 11’de Yer Alan Haller.....	94
2.2.1.8.4. HMK m. 74’te Yer Alan Eksikliklerin Giderilememesi .....	94
2.2.1.8.5. TBK m. 512 ve 513’te Yer Alan Sebeplerden Ötürü Sona Ermesi.....	95
2.2.1.8.5.1. Arabulucu Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi .....	95
2.2.1.8.5.2. Ölüm, Ehliyetin Kaybedilmesi ve İflas Nedeniyle Sona Ermesi.....	95
2.2.1.8.6. Tarafların veya Kanunun Öngördüğü Sürenin Dolmasıyla Arabulucu Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	96
<b>2.3. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ .....</b>	<b>97</b>
2.3.1. Genel Olarak .....	97
2.3.2. Son Tutanak .....	97
2.3.3. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Sağlanmış Olması .....	101
2.3.3.1. Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi ve İcra Edilebilirlik Şerhinin Alınması .....	101
2.3.3.1.1. Genel Olarak.....	101
2.3.3.1.2. İcra Edilebilirlik Şerhinin Alınmasının Zorunlu Olduğu Uyuşmazlıklar.....	102

<b>2.4. DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA ARABULUCUNUN HUKUKİ STATÜSÜ VE BU STATÜNÜN ARABULUCULUK VE ARABULUCU SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ .....</b>	<b>106</b>
2.4.1. Arabulucunun Hukuki Statüsü.....	106
2.4.2. Dava Şart Arabuluculuğun Arabuluculuk ve Arabulucu Sözleşmesi Bakımından Etkisi .....	108
<b>3. BÖLÜM: ARABULUCUNUN SORUMLULUĞU .....</b>	<b>110</b>
<b>3.1. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK.....</b>	<b>110</b>
3.1.1. Genel Açıklamalar .....	110
3.1.2. Kusurlu Sonraki İfa İmkânsızlığı (Borcun Hiç İfa Edilmemesi).....	111
3.1.2.1. Genel Açıklamalar .....	111
3.1.2.2. Arabulucunun Kusurlu Sonraki İmkânsızlığının Hukuki Sonuçları .....	113
3.1.2.2.1. Arabulucunun Sebep Olduğu Sonraki İmkânsızlık Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları.....	113
3.1.2.2.1.1. Zarar .....	113
3.1.2.2.1.2. Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırı Davranış).....	116
3.1.2.2.1.3. Uygun İliyet Bağı .....	118
3.1.2.2.1.4. Arabulucunun Sözleşmeyi Kusurlu Olarak İhlal Etmesi.....	119
3.1.2.2.1.5. İspat .....	119
3.1.2.2.1.6. Sözleşmeye Aykırılığın Hukuki Sonuçları.....	120
3.1.2.2.1.7. Vekilin İstifası ve Azline İlişkin TBK m. 512 ile İlişkisi.....	122
3.1.2.2.2. Arabulucunun Sorumlu Olmadığı İmkânsızlık (Kusursuz Sonraki İmkânsızlık).....	122
3.1.2.2.2.1. Genel Açıklamalar .....	122
3.1.2.2.2.2. Hukuki Sonuçları .....	124
3.1.2.2.2.3. İspat Yükü.....	125
3.1.3. Arabulucunun Temerrüdü.....	125
3.1.3.1. Genel Açıklamalar .....	125
3.1.3.2. Arabulucunun Borcunun Muaccel Olduğu An .....	126
3.1.3.3. Arabulucunun Temerrüdünün Şartları .....	127
3.1.3.3.1. Genel Açıklamalar.....	127

3.1.3.3.2. Temerrüdün Şartları.....	128
3.1.3.4. Arabulucunun Temerrüdünün Genel Sonuçları .....	130
3.1.3.4.1. Genel Açıklamalar.....	130
3.1.3.4.2. İfasına Başlanmamış Arabulucu Sözleşmesinde Arabulucunun Temerrüdünün Genel Sonuçları.....	130
3.1.3.5. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Seçimlik Haklarını Kullanması: TBK m. 123-125 .....	132
3.1.3.5.1. Genel Açıklamalar.....	132
3.1.3.5.2. Seçimlik Hakların Kullanılabilmesi İçin Ek Süre Verilmesi .....	133
3.1.3.5.3. Ek Sürenin Sonunda Çözüm Ortaklığı Taraflarının Kullanabileceği Haklar .....	134
3.1.3.5.3.1. Genel Açıklamalar .....	134
3.1.3.5.3.2. Aynen İfa Talebi .....	135
3.1.3.5.3.3. Tarafların Arabulucunun Ediminin İfasından Vazgeçmesi.....	136
3.1.3.5.3.3.1. Arabulucu Sözleşmesinin Aynen İfasından Vazgeçerek Müspet Zararın Talep Edilmesi .....	136
3.1.3.5.3.3.2. Arabulucu Sözleşmesinden Dönme ve Sonuçları .....	137
3.1.3.5.4. İfasına Başlanmış Arabulucu Sözleşmesinde Arabulucunun Temerrüdü .....	139
3.1.4. Gereği Gibi İfa Etmeme.....	139
3.1.4.1. Genel Açıklamalar .....	139
3.1.4.2. İspat Yükü .....	140
3.1.4.3. Zarar .....	141
3.1.4.3.1. Genel Olarak.....	141
3.1.4.3.2. Arabulucunun Görevini Gereği Gibi İfa Etmemesi Nedeniyle Ortaya Çıkabilecek Zarar Çeşitleri .....	142
3.1.4.3.2.1. Arabuluculuk Süreci Sonrası Açılan Davada Yargılama Masrafları.....	142
3.1.4.3.2.1.1. Süreç .....	142
3.1.4.3.2.1.2. Uyuşmazlığın Değeri .....	142
3.1.4.3.2.1.3. Vekalet Ücreti.....	143
3.1.4.3.2.1.4. Yargılama Giderleri .....	145

3.1.4.3.2.1.5. Davanın Takip Edilmesi İçin Gereken Süre .....	145
3.1.4.3.2.2. İkinci Bir Arabulucuya Başvurulması Halinde Ortaya Çıkacak Masraflar.....	145
3.1.4.3.2.2.1. Zararın Tazminine İlişkin Esaslar .....	145
3.1.4.3.2.2.2. İkinci Arabulucunun Zararı Talep Edebilmesinin Sınırları	
146	
3.1.4.3.2.2.3. Taleplerin Mahsup Edilmesi.....	146
3.1.4.3.2.3. Gerçek Kişilerin Gelecekte Elde Edecekleri Kazançtan Mahrum Kalmaları .....	147
3.1.4.3.2.4. Şirketlerin Kar ve İtibar Kaybı.....	148
3.1.4.3.2.5. Tarafların Arabuluculuk Sürecinden Vazgeçerek Kendi Aralarında Müzakere Sürecine Dönmeleri Nedeniyle Ortaya Çıkacak Masraflar.....	148
3.1.4.3.2.6. Zararın Artmasını Engellemek İçin Yapılan Harcamaların Tazmin Edilmesi .....	149
3.1.4.3.2.7. Manevi Tazminat .....	150
3.1.4.3.2.8. Boşuna Yapılmış Masraflar ( <i>Frustrationsschaden</i> ).....	150
3.1.4.3.2.9. Uyuşmazlık Konusunun Çekişmeli Olmasından Dolayı İktisadi Faaliyetlere Konu Edilememesi Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi Kayıplar ( <i>Kommerzialisierungsschaden</i> ) .....	151
3.1.4.3.2.10. Üçüncü Kişilerin Zararı .....	152
3.1.4.4. Sözleşmeye Aykırılık .....	154
3.1.4.4.1. Genel Açıklamalar.....	154
3.1.4.4.2. Arabulucunun Görevini Özenle İfasına İlişkin Temel İlkeler.....	156
3.1.4.4.3. Özen Yükümlülüğü Bakımından Arabuluculukta Tek Tıp Davranış Kurallarının Belirlenmesi Sorunu .....	158
3.1.4.4.4. Arabulucu Sözleşmesine Özgü Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri... 160	
3.1.4.4.4.1. Taraflar Arasındaki İletişimin Sağlanamaması.....	160
3.1.4.4.4.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali.....	161
3.1.4.4.4.3. Arabulucunun Tarafsız Olma Yükümlülüğünün İhlali.....	161
3.1.4.4.4.4. Sürecin İradi ve Eşitlik İlkelerine Aykırı Devam Etmesine İzin Vermek .....	161

3.1.4.4.4.5. Arabulucunun Kendi Menfaatine Hareket Etmesi .....	162
3.1.4.4.4.6. Yapmama ve Katlanma Yükümlülüklerinin İhlali .....	162
3.1.4.4.4.7. Taraflar Arasındaki Güç Dengesinin Eşit Olmadığı Durumlarda Zayıf Konumdaki Tarafa Karşı Sadakat Borcunun İhlali .....	163
3.1.4.4.4.8. Arabulucunun Arabuluculuk Sürecine Uyuşmazlığın Tarafları Dışındaki Kimselerin Dahil Olmasına İzin Vermesi .....	164
3.1.4.4.4.9. Arabuluculuğun Gerçekleştirildiği Yer.....	165
3.1.4.4.4.10. Sürecin Tutanak Altına Alınması .....	165
3.1.4.4.4.11. Arabulucunun Öngörülen Sözleşme İhlali ( <i>Antizipierter Vertragsbruch</i> ) .....	166
3.1.4.4.4.12. Anlaşma Belgesinin Usulüne Uygun Düzenlenmemesi.....	166
3.1.4.4.5. İspat .....	168
3.1.4.5. İliyet Bağı.....	169
3.1.4.6. Kusur .....	170
3.1.4.6.1. Genel Açıklamalar.....	170
3.1.4.6.2. Arabuluculuk Ediminin İfasında Gerekli Özenin Ölçütü.....	172
3.1.4.6.3. Kusurun Derecesi .....	174
3.1.4.6.4. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Ortak Kusuru .....	174
3.1.4.6.5. Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti.....	176
3.1.4.7. Zararın Hesaplanması.....	178
3.1.4.8. Sorumsuzluk Anlaşması.....	179
3.1.5. Uygun Olmayan Zamanda Sözleşmeyi Sona Erdirme .....	180
3.1.5.1. Arabuluculukta Uygun Olmayan Zaman Kavramı .....	180
3.1.5.2. Hukuki Sonuçları .....	181
3.1.5.3. Arabulucu Sözleşmesinin Arabulucu Tarafından Haklı Nedenle Feshi .....	182
3.1.6. Birden Çok Arabulucunun Süreci Yönetmesi .....	183
3.1.7. Arabulucunun Değişmesi.....	184
<b>3.2. SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK (<i>CULPA IN CONTRAHENDO</i>).....</b>	<b>185</b>



<b>3.3. VEKÂLETSİZ İŞGÖRME.....</b>	<b>188</b>
<b>3.4. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME .....</b>	<b>190</b>
<b>3.5. HAKSIZ FİLDEN DOĞAN SORUMLULUK.....</b>	<b>191</b>
<b>3.6. ARABULUCU SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİNİN ÇÖZÜM ORTAKLIĞI TARAFLARININ KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMASI.....</b>	<b>194</b>
<b>3.7. SORUMLULUK TALEPLERİNİN YARIŞMASI.....</b>	<b>194</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>197</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>203</b>
<b>EK-1. ORJİNALLİK RAPORU .....</b>	<b>215</b>
<b>EK-2. ETİK KURUL İZİN FORMU .....</b>	<b>217</b>

## KISALTMALAR DİZİNİ

<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>AJP</b>	: Aktuelle Juristische Praxis
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>aşa.</b>	: aşağıda
<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>AÜEHFD</b>	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>B.</b>	: Baskı
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bd.</b>	: Band
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGE</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
<b>BGer</b>	: Bundesgericht
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Erwägung
<b>E.</b>	: Esas
<b>EBYÜHFD</b>	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Ed.</b>	: Editörler
<b>ERÜHFD</b>	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>fn.</b>	: Fußnote
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber
<b>HUAKY</b>	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>m.</b>	: madde

<b>MİHDER</b>	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
<b>MTK</b>	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
<b>MÜHFHAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	: Nummer
<b>OR</b>	: Schweizerisches Obligationenrecht
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>Rn.</b>	: Radnummer
<b>Rz.</b>	: Randziffer
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.e.t.</b>	: son erişim tarihi
<b>ss.</b>	: sayfa sayıları
<b>SÜHFD</b>	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>SZW</b>	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TAAD</b>	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yargıtay
<b>yuk.</b>	: yukarıda

# GİRİŞ

## 1. KONUNUN TAKDİMİ

Bir uyuşmazlığın tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin katkısı ve katılımıyla, müzakere ve iletişim yöntemleri kullanmak suretiyle, taraflarca çözülmesi yöntemi<sup>1</sup> olan arabuluculuk, yüzyıllar boyunca pek çok farklı alanda etkili bir biçimde kullanılmıştır<sup>2</sup>. Geleneksel olarak Japon ve Çin kültüründe arabuluculuk ortak inanç, iş birliği ve uyuma dayanan uyuşmazlıkları çözmenin ana yolu olmuştur<sup>3</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanması, yalnızca herhangi maddi hukuk kuralı ya da devlet teşkilatlanması; dolayısıyla modern bir devlet ve devlet erkinin bir parçası olan yargı örgütünün ortaya çıkışından öncedir.

Arbuluculuğun kökleri her ne kadar iki bin yıl öncesine, farklı alanlara<sup>4</sup> ve çeşitli kültürlerle kadar uzansa da son yüzyıldır Kıta Avrupası'nda uygulaması sınırlı kalmıştır<sup>5</sup>. Bununla birlikte arabuluculuğun Avrupa'ya tamamen yabancı olduğu da söylenemez. Avrupa'nın orta çağ ve modern tarihinde temel olarak iki büyük dönemden söz edilir.

<sup>1</sup> Tanrıver, Süha, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2022, s. 43-44; Tanrıver, Süha, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*, Ankara: Yetkin, 2023, s. 69; Ekmekçi, Ömer / Özekes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. B. İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 17; Kılıçoğlu, Ahmet, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan, 2020, s. 11-12; Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. B., Ankara: Yetkin, 2022, s. 657; Dür, Orhan, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. B., Ankara: Adalet, 2018, s. 11-15; Yazıcı Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 12; Börü, Levent / Parlak Börü, Şafak, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2022, s. 29; Taşpolat Tuğsavul, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2012, s. 26-28; Çiftçi, Tuğba, *Adi Ortaklık ile İlgili Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Ankara: Adalet, 2021, s. 19-21; Ermenek, İbrahim, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 14-15; Koçyiğit, İlker / Bulur, Alper, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019, s. 27; Hagel, Ulrich, *MediationsG § 1 MediationsG Begriffsbestimmungen*, Mediationsgesetz, 2. Aufl., (Hrsg.: Klowait, Jürgen / Gläßer, Ulla), Baden-Baden: Nomos, 2018, Rn. 1 vd;

<sup>2</sup> Weigel, Sasha, "Warum jetzt Mediation?! Eine interdisziplinäre Erörterung eines zeitgeschichtlichen Phänomens", *Mediation als Wissenschaftszweig-Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität*, (Hrsg.: Kriegel-Schmidt, Katharina), Wiesbaden: Springer, 2017, s. 145.

<sup>3</sup> Hehn, Rn. 9; Özmumcu, Seda, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. B., İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 25 vd; Proksch, Stephan, *Mediation-Die Kunst der professionellen Konfliktlösung*, Wiesbaden: Springer Gabler, 2018, s. 43.

<sup>4</sup> Bu hususta örneğin bir devletin ya da Jimmy Carter örneğinde olduğu gibi bir başka devletin görevlisinin çatışma halinde olan iki devlete arabuluculuk yapması gösterilebilir, Ayrıntılı bilgi için bkz. Hehn, Marcus: *§ 4 Mediation im agrarrechtlichen Kontext*, Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht, 3. Aufl., (Hrsg.: Dombert, Matthias / Witt, Karsten), München: C.H. Beck, 2022, Rn. 14;

<sup>5</sup> Hehn, Rn. 8;

Bunlardan ilki (Batı) Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden on altıncı yüzyılda Avrupa ulus devletlerinin ortaya çıkışına kadar olan dönemdir. Bu dönemde hukukun temelini müzakere oluşturmaktadır<sup>6</sup>. Yargı kararları dönemi olarak nitelendirilebilecek ikinci dönemde ise ulus devletlerin her birinin kendi hukuk sistemini oluşturmuştur. Bu gelişmenin sonucunda uyuşmazlıkların çözümünde uzlaşma yaklaşımı terkedilerek, ulus devletin oluşturduğu hukuk düzeni içinde uyuşmazlıkların çözümünde hukukun ilgili uyuşmazlık için öngördüğü sonuç uygulanmaya başlanmıştır. Bir başka deyişle hukukun temeli olarak müzakereden her müzakerenin temeli olarak hukuk anlayışına dönüşmeye başlanmıştır. Dolayısıyla yirminci yüzyıla kadar tarafların uyuşmazlıkları kendi aralarında çözmesi anlayışı terk edilerek uyuşmazlığa yabancı ve tarafsız üçüncü kişi konumundaki hâkimin verdiği kararların devlet yaptırımıyla uygulanması anlayışı benimsenmiştir<sup>7</sup>. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında ise arabuluculuk yöntemi modern hukuk sistemlerine devletler arasındaki uyuşmazlıkların etkin çözüm yöntemi olarak yeniden uygulanmaya başlamıştır<sup>8</sup>.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında modern anlamda arabuluculuk anlayışı ABD'de ortaya çıkan alternatif çözüm yolları içinde şekillenmeye başlamıştır. Bugünkü anlamda arabuluculuk altmışlı yılların sonunda önce ABD daha sonra ise Avrupa'da uygulanmaya başlanmıştır<sup>9</sup>. Uluslararası alanda ticaret hukukunda, Birleşmiş Milletler organizasyonu içinde faaliyet gösteren BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) taraf ülkelerde hukuki düzenleme yapılmasını sağlamak ve yapılan hukuki düzenlemeleri yeknesaklaştırmak ve güncellemek amacıyla 2002 yılında Uluslararası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu'nu yayımlamıştır<sup>10</sup>. Daha sonra ABD milletlerarası unsurlu taraf anlaşmalarının icra edilebilirliğine ilişkin olarak yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştıran New York Konvansiyonu'na benzer uluslararası bir

---

<sup>6</sup> Hehn, Rn. 8.

<sup>7</sup> Hehn, Rn. 10.

<sup>8</sup> Uluslararası hukukta eşit egemen güç olan devletlerin üzerinde tarafları bağlayan üst bir kurum bulunmadığından bunlar arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl çözümü için en uygun yol arabuluculuk olarak ortaya çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. Hehn, Rn. 14.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 32 vd.; Özbek, s. 164 vd.; Proksch, s. 45.

<sup>10</sup> Yeşilirmak, Ali, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun Milletlerarası Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu, *MİHDER* 2007/1, S.6, s. 85 vd.; Kaya, Talat, Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi, *MÜHFHAD*, C. 25 S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 981.

konvansiyon hazırlanmasını teklif etmiştir<sup>11</sup>. Buna müteakip 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur Konvansiyonu imzalanmıştır. Konvansiyonu imzalayan elli beş ülke<sup>12</sup> arasında Türkiye de bulunmaktadır<sup>13</sup>.

Avrupa Birliği ise Birlik içinde Komisyon Üye Devletlere mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirmesi çağrısı yapmış ve 19 Nisan 2002 tarihinde Avrupa Birliği Medeni ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Çözümler Üzerine Yeşil Kitap'ı yayımlamıştır<sup>14</sup>. Bundan başka 2004 yılında Avrupa Komisyonu'nun girişimleri neticesinde 2 Temmuz 2004'te Arabuluculara Yönelik Avrupa Davranış Kuralları<sup>15</sup> kabul edilmiş; bu düzenlemeyle bağlantılı olarak 2008 yılında Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Yönerge<sup>16</sup> ve Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Yönerge<sup>17</sup> yürürlüğe girmiştir.

Türk hukukunda ise arabuluculuk konusundaki temel düzenleme 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunudur (HUAK)<sup>18</sup>. Daha sonra bu kanuna dayanılarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği<sup>19</sup> (HUAKY) ve Türkiye Arabulucular Etik Kuralları çıkarılmıştır. Bu düzenlemeler dışında arabuluculuk sürecine başvurunun dava şartı olduğu birtakım iş, ticari ve tüketici

<sup>11</sup> Şit Köşgeroğlu, Banu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, Ankara: Adalet, 2020, s. 25 vd.

<sup>12</sup> Konvansiyonu imzalayan ülkelerin listesi için bkz. <https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions> (s.e.t.: 05.06.2022)

<sup>13</sup> Türkiye'de 7282 sayılı Kanun ile Konvansiyon yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG 11.03.2021-31420.

<sup>14</sup> COM (2002) 196 final Avrupa Birliği Medeni ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Çözümler Üzerine Yeşil Kitap (Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law (presented by the Commission, Brüksel, 19.04.2002); Söz konusu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Klowait, Jürgen / Gläßer, Ulla, 1. Einführung,, *Mediationsgesetz Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2018, N. 1 vd.

<sup>15</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_eu\\_overview\\_on\\_mediation-63-de.do](https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-de.do) (s.e.t.: 05.06.2022).

<sup>16</sup> 2008/52/EC sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Yönerge (*Directive 2008/52/EC of The European Parliament And Of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.5.2008*).

<sup>17</sup> 2013/11/EU sayılı Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile 2006/2004 sayılı İla 2009/22/EC sayılı Yönergeyi Değiştiren Yönerge (*Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [Directive on consumer ADR] OJ L 165, 18.6.2013.*)

<sup>18</sup> RG 22.06.2012-28331.

<sup>19</sup> RG 02.06.2018-30439.

uyuşmazlıklarına ilişkin hukukumuzda üç ayrı düzenleme bulunmaktadır: Bunlardan ilki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3'te, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A uyarınca m. 4'te ve diğer kanunlarda belirtilen davalarda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A maddesi<sup>20</sup> uyarınca dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Son olarak 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>21</sup> uyarınca dava şartı kapsamında olan uyuşmazlıkların sayısı arttırılmıştır. Bu çerçevede 7445 sayılı Kanun m. 31 uyarınca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4'te yer alan dava konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat taleplerinin yanı sıra itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamında alınmıştır. 7445 sayılı Kanun m. 34 uyarınca ise taşınmazın devrine ya da taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk getirilmiştir. Bundan başka, 7445 sayılı kanun m. 37 ile HUAK m. 18/B maddesi eklenmiş olup, buna göre “Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar” dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Yine 7445 sayılı kanun m. 41 uyarınca 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı uyuşmazlıkları düzenleyen m. 3'te yapılan değişiklik uyarınca işveren alacağı ve tazminat ile ilgili uyuşmazlıkların yanı sıra itirazın iptali, menfi tespit ile istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk uyuşmazlıkları arasına alınmıştır. Bu değişiklikler dışında 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>22</sup> ile 5488 sayılı Tarım Kanunu<sup>23</sup> m. 13'te yapılan değişiklik ile “Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması” dava şartı haline getirilmiştir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında arabuluculuk sürecinin modern hukuk sistemlerinde ve dolayısıyla Türk hukukunda kalıcı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu

<sup>20</sup> 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile söz konusu değişiklikler yürürlüğe girmiştir: RG 28.07.2020- 31199.

<sup>21</sup> RG 05.04.2023-32154.

<sup>22</sup> RG 05.04.2023-32154.

<sup>23</sup> RG 18.04.2006-20649.

anlaşılmaktadır. Dolayısıyla arabulucu ve arabuluculuk sürecine katılan taraflar arasında oluşan hukuki işlemler önceki dönemlere göre artmakta<sup>24</sup> ve bu süreçle ilgili olarak uyuşmazlıkların doğması beklenmektedir. Ayrıca aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için aile arabuluculuğu ile ilgili olarak çalışmaların yapıldığı ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

Kural olarak arabulucunun arabuluculuk sürecinin yürütülmesiyle ilgili olarak sorumluluğunun varlığı tartışılmazdır<sup>26</sup>.

Çalışmamızda söz konusu hukuki uyuşmazlıklara çözüm getirmek amacıyla arabuluculuk ve arabuluculuk mesleğinin görev ve işlevleri dikkate alınarak taraflar arasında yapılan arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerinin hukuki niteliği ortaya konulacak ve bu sözleşmelerden hareketle arabulucunun sorumluluğunun temeli ve sınırları incelenecektir.

## 2. İNCELEME PLANI VE YÖNTEMİ

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde arabuluculuk süreci, sürecin temel ilkeleri, arabulucunun kimliği ve arabuluculuk aşamaları ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde arabuluculuk sürecinin öncesinde, sırasında ve sonrasında taraflar arasındaki hukuki ilişkiler değerlendirilecek ve özellikle tarafların birbirleriyle ve tarafların arabulucuyla yaptıkları sözleşmelerin hukuki niteliği ortaya konacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde arabulucunun sorumluluğunun temelleri ve dayandığı temeller ele alınarak sorumluluğun içeriği ve sınırları tartışılacaktır.

<sup>24</sup> Arabuluculukla ilgili istatistikler için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403> (s.e.t.: 05.06.2022).

<sup>25</sup> Börü, Levent, Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler, *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, (Ed.: Gökâlç Alica, Süheyla Suzan / Basa, Necdet), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019, s. 1043.

<sup>26</sup> Gabriel, Simon, *Die Haftung des Mediators im schweizerischen System*, Bern: Stämpfli, 2008, s. 1.



Sonuç bölümünde çalışmamız neticesinde önemli gördüğümüz hususların değerlendirilmesi yapılacaktır.

Çalışmamızın amacı Türk hukukunda arabulucunun sorumluluğunun arabuluculuk hususunda getirilen düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bu yaklaşımda izlenecek yöntem, başta İsviçre ve Alman hukukunda olmak üzere Kıta Avrupası hukuklarında arabulucunun sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin incelenmesi suretiyle, Türk hukuku bakımından meseleye açıklık getirmektir.

### 3. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Çalışmamız bakımından önem arz eden kavramların tanımlanması gereklidir. Bu hususta öncelikle çatışma ile uyuşmazlık arasındaki fark ortaya konmalıdır. Uyuşmazlık kavramı bir ya da birden fazla kişinin çıkarları, istekleri, inançları, değerleri, sınırlı bir kaynağın paylaşılmasındaki düşünceleri ya da bu paylaşımındaki ihtiyaçları farklı olduğunda ya da ihtiyaçları diğerleriyle çeliştiğinde tarafların anlaşamaması veya gergin duruma gelmesi halidir<sup>27</sup>. Uyuşmazlığa ilişkin bir başka tanım ise özel hukuka ilişkin bir konuda taraflar arasındaki uyuşmamaya hali olarak ifade edilebilir<sup>28</sup>. Çatışma ise en az iki kişinin kendi amaçlarına ulaşmaları yönündeki yaklaşımlarının ya da eylemlerinin diğerini engellediği ya da sınırladığı durum olarak tanımlanabilir<sup>29</sup>.

Arabulucunun sorumluluğu ise arabulucunun arabuluculuk faaliyetleri sırasında tarafların uğramış olduğu zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran sorumluluk olarak ifade edilebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution-ADR*) terimini uyuşmazlığın devlet yargısı dışında kalan bir yöntemle çözümlenmesi anlamına gelen

<sup>27</sup> Kökdemir, Doğan / Sığı, Ünsal, Çatışma Teorisi, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali/Kekeç, Elif Kismet/Bulur, Alper), 2021, s. 15; Fankhauser-Lobsiger, Lukas, *Mediationsrecht-Rechtsverhältnisse, Vertraulichkeit, Neutralität, Freiwilligkeit, Haftung*, Bern: Berner Fachhochschule, 2014, s. 4.

<sup>28</sup> Gabriel, s. 9.

<sup>29</sup> Kökdemir/Sığı, Çatışma Teorisi, s. 13.

uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tümünü kapsayan bir üst kavram olarak tanımlamak mümkündür<sup>30</sup>.

Arabuluculuk HUAK m. 2’de “Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmaktadır.

Arabulucu ise HUAK m. 2’de “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi” olarak ifade edilmektedir.

Arabuluculukta taraf özel hukukta belli ya da belirlenebilir bir uyuşmazlığın aktörleri olarak tanımlanabilir<sup>31</sup>.

Anlaşma belgesi HUAK m. 18’e göre tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varmaları sonucu taraflarca düzenlenen ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan belgeye verilen addır<sup>32</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarının aralarında yapmış oldukları arabuluculuğa başvuru yapılmasına ilişkin sözleşmeye denir<sup>33</sup>. Buna karşılık arabulucu

<sup>30</sup> Dür, s. 6.

<sup>31</sup> Gabriel, s. 9; Fankhauser-Lobsiger, s. 5

<sup>32</sup> Yeşilirmak, Ali, Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali/ Kekeç, Elif Kısmet/Bulur, Alper), 2021, s. 179; Ekmekçi / Özekes / Atalı / Seven, s. 108; Tanrıver, Arabuluculuk s. 134; Dür, s. 372; Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Ankara: Adalet, 2020, s. 66; Taşpolat Tuğsavul, s. 183.

<sup>33</sup>Gabriel, s. 9-10; Bertolino, Camilla, *Der Mediationsvertrag-Die Vertragsbeziehungen zwischen Mediator und Medianten und ihre Gestaltung*, Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, 2020, s. 20; Eiholzer, Heiner, *Die Streitbeilegungsabrede- Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation*, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1998, N. 283; Habscheid, Edgar J., “Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis, *AJP* 2001, H. 8, s. 941; Meyer, Valerie, *Court-connected Alternative Dispute Resolution: amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven*, Zürich: Schultess, 2005, s. 200 vd.; Goetz, Marc L., “Anwaltliche Mediation”-eine originär anwaltliche Tätigkeit?”, *AJP* 2005, H. 3, 282; Fischer, Jonas / Schneuwly, Anne Mirjam, *ADR-Alternative Dispute*

sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında yapılan ve uyuşmazlığın tarafları ile arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmeye denir<sup>34</sup>.

---

Resolution, Zürich: Dike, 2021, Yeşilirmak, Ali, Arabuluculuk Nedir, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet/Bulur, Alper), 2021, s. 40; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 54; Tanrıver, Arabuluculuk s. 89; Özekes, Muhammet, § 23 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, *Medeni Usul Hukuku*, C. III, (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 2830; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan, 2020, s. 47; Dür, s. 328.

<sup>34</sup> Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 40; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 57; Tanrıver, Arabuluculuk s. 94; Kılıçoğlu, s. 64; Özekes, § 23 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 2832-2833; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 153; Dür, s. 343.

## 1. BÖLÜM

### ARABULUCULUK MESLEĞİ VE ARABULUCULUĞUN AŞAMALARI

#### 1.1. ARABULUCULUK MESLEĞİ

##### 1.1.1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Arabulucu

###### 1.1.1.1. Genel Olarak

Tarafların aralarında bulunan çatışmanın çözümüne yardımcı olmak amacıyla süreci idare eden ve bu süreçte arabuluculuk yöntemlerine hâkim ve bunları uygulayabilen tarafsız gerçek kişiye arabulucu adı verilir<sup>35</sup>. Arabulucu uyuşmazlık taraflarının kendisinden beklentisine göre uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar verme yetkisi olmayan bağımsız ve tarafsız bir gerçek kişidir<sup>36</sup>. Bu çerçevede arabulucu, taraflara yaratıcı, değer yaratan çözümler geliştirmelerine yardımcı olarak arabuluculuk süreci boyunca rehberlik eder<sup>37</sup>. Uyuşmazlık taraflarının arabulucuyla kararlaştırdıkları uyuşmazlık çözüm yöntemine göre tarafların vardıkları nihai kararlara müdahale edememesi tarafların bu kararlarından kural olarak kendilerinin sorumluluğunu ortaya çıkarır<sup>38</sup>. Arabulucunun uyuşmazlıkta nihai karar alma yetkisinin bulunmaması onu hakimlerden olduğu kadar tahkim yargılamasındaki hakemlerden, ombudsmandan, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde başvuru Yüksek Hakem Kurulundan ayırır<sup>39</sup>.

Arabuluculuk faaliyeti, avukatlığın veya noterlik faaliyetinin aksine, HUAK'ye tabi olmaksızın da yapılabilir. HUAK Adalet Bakanlığı tarafından tutulan Arabuluculuk

---

<sup>35</sup> Yeşilirmak, Ali, Arabulucu Kimdir, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet/Bulur, Alper), 2021, s. 65; Fankhauser-Lobsiger, s. 5.

<sup>36</sup> Ulrici, Bernhard, Mediationsgesetz §§ 1-9, *Münchener Kommentar zu ZPO*, Band I, 6. Aufl., München: C.H. Beck, (Hrsg.: Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas), 2020, Rn. 20.

<sup>37</sup> Ulrici, Rn. 17, 20; Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. B., Ankara: Adalet, 2016, s. 104 vd.

<sup>38</sup> Ulrici, Rn. 20.

<sup>39</sup> Ulrici, Rn. 20.

Siciline kaydedilmemiş gerçek kişilerin arabuluculuk faaliyeti yürütmelerini yasaklamamıştır<sup>40</sup>. Fakat taraflar HUAK'ın sunduğu hukuki korumadan yararlanmak istiyorlarsa arabuluculuk sürecinin arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça tutulan Arabulucular Siciline kaydedilmiş gerçek kişilerle HUAK'a göre öngörölmüş uyuşmazlık çözüm yöntemi usulünü takip etmelidirler. Burada hemen belirtmek gerekir ki; bir kimsenin HUAK'ta düzenlenen arabuluculuk unvanı ve bu unvandan kaynaklanan yetkileri kullanabilmesi için Kanun'da aranan şartları taşıyarak Arabuluculuk Siciline kayıtlı olması gerekir<sup>41</sup>.

### 1.1.1.2. HUAK Uyarınca Arabuluculuk Faaliyeti Yürütebilmek İçin Aranan Koşullar

#### 1.1.1.2.1. Gerçek Kişi Olmak

Arabulucu sıfatıyla faaliyet gösterecek kişilerin yalnızca gerçek kişiler olabileceği tanımlara ilişkin HUAK m. 2-a) bendi ile HUAKY m. 4 b) bendinde tartışmaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir<sup>42</sup>.

#### 1.1.1.2.2. Tam Ehliyetli Olmak

Adalet Bakanlığı Arabulucular Siciline kayıt yaptırılabilmesi için bulunması gereken bir diğer koşul kişinin tam ehliyetli olmasıdır<sup>43</sup>. Bu çerçevede kendisine vasi atanmış olanlarla velayet altında bulunanlar arabulucu olarak sicile kayıt yaptıramazlar.

<sup>40</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 65.

<sup>41</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 65; Weber, Klaus, vd. *Rechtswörterbuch*, 24. Aufl., München: C.H. Beck, 2022, 'Mediator' ([https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcre\\_27%2Fcont%2Fcre mediator.htm&pos=3&hlwords=on](https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcre_27%2Fcont%2Fcre mediator.htm&pos=3&hlwords=on), s.e.t. 14.06.2022).

<sup>42</sup> Tanrıver, s. 71-72; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 65.

<sup>43</sup> Kanunkoyucunun burada öğretilerdeki kişilerin ehliyetlerine göre sınıflandırılması tartışmasında sınırlı ehliyetliler ayrımının benimsemediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kendisine yasal danışman atanmış kişilerin, kural olarak, arabuluculuk faaliyetine engel bir durum olmadığını düşünüyoruz. Krş. Tanrıver, Arabuluculuk, s. 73; Sınırlı ehliyetlilerle ilgili olarak yapılan tartışmalar için bkz. Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 17. B., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, N. 344, dn. 381-382; Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku*, 19. B., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, N. 336; Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 1. C., 18. B., İstanbul: Beta, 2022, s. 303.

#### 1.1.1.2.3. Türk Vatandaşı Olmak

Kişinin Arabulucular Siciline kayıt yaptırabilmesi için HUAK m. 20/2-a) ve HUAKY m. 30/2-a) uyarınca Türk vatandaşı olması koşulu aranmaktadır. Öğretide arabuluculuk mesleğinin yalnızca Türk vatandaşları tarafından icra edilebileceğine ilişkin düzenlemenin getirilmesinde mesleğin kamu hizmeti niteliği olması düşüncesinin bulunduğu ifade edilmektedir<sup>44</sup>.

#### 1.1.1.2.4. Mesleğinde En Az Beş Yıl Kıdeme Sahip Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Arabulucular Siciline kayıt koşullarını düzenleyen HUAK m. 20/2 b) ve HUAKY m. 30/2 b) arabuluculuk mesleğinin yalnızca hukuk fakültesi mezunu olan kişilerce icra edilmesine olanak tanımıştır. Dolayısıyla yeminli mali müşavir, muhasebeci, psikiyatr yahut psikolog gibi diğer mesleklere mensup kişiler HUAK çerçevesinde arabulucu olarak faaliyet gösteremezler<sup>45</sup>. Ayrıca hukuk fakültesi mezunu olmanın yanı sıra, beş yıllık mesleki kıdeme de sahip olmak aranmaktadır<sup>46</sup>.

#### 1.1.1.2.5. Arabuluculuk Mesleğini İcra Etmek Bakımından Engel Hali Bulunmamak

Kişinin arabuluculuk mesleğini icra edebilmesi için 05/06/2017 tarihli ve 6091 sayılı KHK m. 9 ile getirilen ve 31/01/2018 tarihli ve 7069 sayılı Kanun ile yasalaşan ç maddesi ile “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen

<sup>44</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 72.

<sup>45</sup> Alman öğretisinde de arabuluculuk mesleğinin hukukçular özelinde ve yalnızca avukatlar nezdinde icra edilmesi gerektiğine dair bir görüş savunulmaktadır. İlgili görüş için bkz. Albrecht, Britta, *Mediation im Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht und Betriebsverfassungsrecht*. Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 21. Frankfurt am Main: P. Lang, 2001, s. 38 vd; HUAK Tasarısında yalnızca dört yıllık eğitimi tamamlama koşulu aranmış, özellikle hukukçu olma koşulu bulunmamaktaydı. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu [Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG) StF: BGBl. I Nr. 29/2003 (NR: GP XXII RV 24 AB 47 S. 12. BR: AB 6780 S. 696.)] arabuluculuk mesleğini icra edebilmek için herhangi bir mesleğe mensup olmak koşulu aranmamaktadır. İlgili Kanun §10 uyarınca arabulucuların, arabuluculuk mesleğindeki uzmanlıkları değerlendirilirken, diğer meslekleri; örneğin psikoterapist, klinik psikolog, avukat, noter, hâkim, savcı, yeminli mali müşavir, inşaat mühendisi ve sosyal hizmet uzmanları başta olmak üzere belirli meslek mensuplarının sahip oldukları bilgi ve beceriler, bu konudaki uzmanlıklarını kanıtlamak için yeterli görülmüştür.

<sup>46</sup> Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucu Siciline kaydolabilmek için herhangi bir mesleki kıdeme sahip olmayı aramamakta, yalnızca kişinin yirmi sekiz yaşını doldurması şart koşmaktadır.

süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak” koşulu getirilmiştir. Ayrıca HUAK m. 20/2 d) terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı olma Arabuluculuk Siciline bir kayıt engeli olarak düzenlenmiştir.

#### 1.1.1.2.6. Arabuluculuk Eğitimini Tamamlamak ve Adalet Bakanlığınca Yapılacak Olan Sınavda Başarılı Olmak

Kişinin Bakanlıkça tutulan Arabulucular Siciline kayıt yaptırabilmesi için sağlaması gereken koşullardan bir diğeri de HUAK m. 20/2-e) ve HUAKY m. 30/2-e) hükümlerine göre arabuluculuk eğitimini tamamlamış olmak ve sonrasında Bakanlıkça yapılan sınavda başarılı olmaktır. Arabuluculuk eğitiminde HUAKY m. 32/1 hükmüne göre amaçlanan ‘hukuk fakültesi mezunu ve beş yıllık mesleki kıdem kazanmış kişiler tarafından alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle arabuluculuğun yerine getirilmesi için gerekli olan bilgi ve becerilerin’ kazanılmasıdır. Bahsi geçen eğitim HUAKY m. 32/2 hükmüne göre en az altmış sekiz saat teorik ve on altı saat uygulama çalışması yapılmasını içeren toplamda en az seksen dört saatlik bir süreden oluşmaktadır. Arabulucu adaylarının eğitim sırasında derslere devam durumu eğitim aldığı kuruluş tarafından takip edilerek ilgilinin on iki saatten fazla devamsızlık yapması durumunda HUAK m. 32/4 hükmüne göre eğitim programından kaydı silinir. Eğitimi başarıyla tamamlayan arabuluculara HUAKY m. 33 hükmüne göre arabuluculuk eğitimine katıldıklarına dair bir katılım belgesi de eğitim alınan kuruluş tarafından verilir.

Arabuluculuk eğitimini tamamlayan arabulucu adaylarının Arabulucu Siciline kayıt yaptırabilmeleri için ayrıca yazılı sınavda da başarılı olmaları gerekir. Aday arabulucular arasından sınavdan yüz puan üzerinden en az 70 puan alması koşuluyla sınavda en yüksek puanı aldığı ilan edilen adaydan başlayarak arabuluculuk ilanında belirtilen sayı kadar aday HUAKY m. 45 hükmüne göre sınavda başarılı olmuş sayılır.

Arabulucu adayı daha sonra, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na Arabulucu Bilgi Sistemi Üzerinden başvurması ve aranan diğer şartları da taşıdığıının anlaşılması üzerine HUAKY m. 30/1 hükmüne göre sicile kaydı yapılır.

### 1.1.1.3. Arabuluculuğun Diğer Mesleklerden Farkı

#### 1.1.1.3.1. Genel Olarak

Devlet yapılanması ve hukuk düzenlerinin ortaya çıkmasından çok önce dahi var olan arabuluculuk kavramının hukuk düzenleriyle karşılaşması sürecinde pek çok çekince ve itirazla karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede avukat, noter ve hakimlik mesleği icra edenlerin arabuluculuk kurumunu kendi görev sahalarına bir müdahale teşkil edeceğine dair duydukları endişe ve arabuluculukta uygulanan müzakere yöntemlerinin mesleklerinin halihazırda bir parçası olduğu ve uygulamada da sıklıkla başvurdukları iddiası Kanunun hazırlanması sürecinin yanı sıra Kanun yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiştir<sup>47</sup>.

#### 1.1.1.3.2. Devlet Yargısı ve Hâkim

Devletin özel hukuk uyuşmazlıklarındaki yargılama faaliyeti, devlet tarafından atanmış kişilerce, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine, özel hukuk alanından kaynaklanan bir uyuşmazlığı, kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlandığı kurumsallaşmış bir süreçtir<sup>48</sup>. Mahkemelerin özel hukuk alanında verdikleri çekişmeli yargıya ilişkin kararları, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşırlar. Bu özellikleri nedeniyle kural olarak iptal edilemezler, geri alınamazlar ve değiştirilemezler<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Söz konusu tartışmalar Alman ve Avusturya arabuluculuk kanunlarının yürürlüğe girmesi sürecinde de yaşanmıştır. Bu hususta bkz. Sommer, Martin, *Die Haftung des Mediators unter besonderer Berücksichtigung seiner Position als Vertragsgestalter*, Karl-Franzens-Universität Graz Rechtswissenschaftliche Fakultät, Yayınlanmamış Lisans Tezi, Graz 2008, s. 20.

<sup>48</sup> Gabriel, s. 29; Spühler, Karl, § 3 Stellung der Zivilprozessrechts in der Rechtsordnung, *Schweizerisches Zivilprozessrecht: mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, (Hrsg.: Baumgartner, Samuel P. / Dolge Annette / Markus, Alexander R. / Spühler, Kar l/ Vogel, Oscar), 10. Auf., Bern: Stämpfli Verlag, 2018, s. 5.

<sup>49</sup> Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku C-I*, Ankara: Yetkin, 2018, s. 112.



Devlet yargılamasının başlaması için iki temel ilişkinin varlığı gerekir. Bu ilişkilerden ilki uyuşmazlığın tarafları arasındayken diğeri söz ilişki ile devletin uyuşmazlık çözüm organı olan mahkeme arasındadır. Devletin özel hukuk uyuşmazlıklarındaki yargılama faaliyetinin temeli Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır<sup>50</sup>. Devlet yargısına başvurabilmek için taraflar arasında önceden bir sözleşme olması aranmaz<sup>51</sup>. Bu durum temel hak ve özgürlükler arasında yer alan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36'da düzenlenen "Hak Arama Özgürlüğü"nü bir yansıması olan dava hakkından kaynaklanır<sup>52</sup>. Uyuşmazlığın tarafları arasındaki ve uyuşmazlığın taraflarıyla mahkeme arasındaki ilişki, usul hukuku kurallarınca işlemlerin başlaması, yargılamanın sürdürülmesi ve tamamlanması safhalarında tarafların bu konuda kural olarak HMK'daki kurallar üzerinde değişiklik yapamayacakları şekilde düzenlenmiştir<sup>53</sup>. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmelerinin mümkün olduğu hallerde tahkim sözleşmesi yapmış olmamaları durumunda taraflar aralarındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak için her zaman dava açma yoluna gidebilirler<sup>54</sup>. Devlet yargısı önüne gelen tüm uyuşmazlıkları çözmek için oluşturulmuştur<sup>55</sup>. Bu şekilde tarafların adil yargılanma hakkı korunmuş olur. Dolayısıyla bu hem kararların adil olmasını hem de yargılama sürecinin adil bir biçimde yürütülmesini güvence altına alır<sup>56</sup>.

Türk devlet yargısı dört kısımdan oluşur<sup>57</sup>. Bu yargı kollarından medeni yargı, arabuluculuk süreciyle yakından ilgilidir; zira arabuluculuk sürecinde tarafların getirebildikleri tüm uyuşmazlıkların mahkemelerdeki çözüm yeri medeni yargı içerisinde yer almaktadır. Medeni yargı kendi içerisinde çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamda çekişmesiz yargıda ortada herhangi bir hukuki uyuşmazlık ve

<sup>50</sup> Gabriel, s. 29; Spühler, s. 5.

<sup>51</sup> Gabriel, s. 30.

<sup>52</sup> Tanrıver, Medeni Usul, s. 464.

<sup>53</sup> "...Bu üçlü ilişkinin kuralları çoğunlukla emredici ve kamu düzenindedir: 'Yılmaz, Ejder/ Arslan, Ramazan / Taşpınar-Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 7. B, Ankara: Yetkin, 2021, s. 54.

<sup>54</sup> Gabriel, s. 30.

<sup>55</sup> "...Dava açılması ile, mahkeme için, harekete geçmek ve açılmış olan davayı bir karar ile sonuçlandırmak zorunluluğu ortaya çıkar.": Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 333; BGE 98 II 341 ([https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F98-II-341%3Ade&lang=de&zoom=&type=show\\_document#idp313120](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F98-II-341%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document#idp313120), s.e.t. 18.06.2022).

<sup>56</sup> Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 144.

<sup>57</sup> Akkan, Mine, § 2. Yargı, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 15. B., (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz), İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 80; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 65; Görgün, L Şanal / Börü, Levent / Kodakoğlu, Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 61.

dolayısıyla bir dava mevcut olmadığı için taraflar arasındaki uyuşmazlık ve çatışma halinden bahsedilemez. Çekişmeli yargıda ise en az iki taraf arasındaki hukuki uyuşmazlığın taraflardan birinin başvurusu üzerine tarafsız yargı organlarınca kanunda önceden öngörölmüş usullere uyularak tarafların eşitlik temeline dayalı şekilde, karşılıklı iddia ve savunma hakkı tanınarak objektif hukuk çerçevesinde ortada bulunan uyuşmazlığın karara bağlanması söz konusudur<sup>58</sup>. Buradan hareketle maddi anlamda yargı, tarafsız mahkemeler ve hakimler tarafından, yargılama faaliyeti sonunda haklı olan taraf lehine verilen karar olarak tanımlanabilir<sup>59</sup>.

Medeni yargı maddi gerçekliğe ulaşırken iki temel hususa dayanır. Bunlardan ilki medeni yargı sürecinde sürecin başlaması, devamı ve sonlanmasında karşı tarafın onam, kabul ya da icazetine ihtiyaç duyulmadan; başka bir ifadeyle iş birliği aranmaksızın sürecin işlemesidir<sup>60</sup>. Bu mekanizma olmadan uyuşmazlığın karşı tarafı dava sürecinde iş birliği yapmayı reddederek sürecin ilerlemesini ve somut olay adaletinin gerçekleşmesini engellemesi söz konusu olur<sup>61</sup>. Türk medeni yargısında davalının süresi içerisinde cevap dilekçesi vermekten imtina etmesi halinde HMK m. 128'e göre bir kanuni karine olarak davalı davacının dava dilekçesinde ileri sürmüş olduğu vakaların tamamını inkâr etmiş sayılacak ve dava görölmeye devam edecektir. Dolayısıyla yargılamanın başlaması için taraflardan birinin dava dilekçesi ile dava açması yeterlidir<sup>62</sup>.

Medeni yargıda maddi gerçekliğe ulaşılırken temel alınan ikinci unsur ise adil yargılanma hakkına riayet edilmesidir<sup>63</sup>. Davanın açılmasından sonra davacı yargılamaya katılmaya zorlandığından adil yargılama hakkının tanınması kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ile ilgilidir<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 111-112; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 66.

<sup>59</sup> Akkan, s. 79.

<sup>60</sup> Gabriel, s. 31.

<sup>61</sup> Gabriel, s. 31.

<sup>62</sup> Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 642.

<sup>63</sup> Gabriel, s. 31; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 404 vd.

<sup>64</sup> Tanrıver, s. 404.

Daha önce bahsedilen bu iki unsurun varlığı mahkemenin verdiği bağlayıcı ve icra edilebilir hüküm ile garanti altına alınır<sup>65</sup>.

Medeni yargının bağlayıcılığı sonucunu doğuran hüküm hâkim tarafından verilir. Bu nedenle hâkimin yargılamadaki işlevi ortaya konmalıdır. Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının niteliklerini, atanmalarını, hak ve ödevleri ile diğer özlük işlerini düzenleyen 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu<sup>66</sup> ‘Tanımlar’ başlığı altında hakimlik mesleğini adli ve idari yargı olarak ikiye ayırmış ve hakimlerin nerelerde görev yaptıklarını sayarak hakimlik mesleğini tanımlamaktan imtina etmiştir. Devlet yargısı nezdinde çalışan yargı görevlilerinin<sup>67</sup> başında yer alanlardan hakimlerin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 140’ta bağımsızlığı ve hakimlik teminatına göre görevlerini ifa edecekleri düzenlenmiştir. Buradan hareketle hakimler devletin yargı yetkisini Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerde Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak, vicdani kanaatlerine göre kullanan, görevlerini yaparken kendilerine birtakım teminatlar tanınan ve kendisine özgü bir statüde görev yapan kamu görevlisi olarak tanımlanabilir<sup>68</sup>.

#### 1.1.1.3.3. Tahkim Yargılaması ve Hakem

Tahkim tarafların aralarındaki tahkime elverişli özel hukuk uyuşmazlığını, yasal bir zorunluluk nedeniyle veya aralarında anlaşarak, devlet yargısı yerine bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle bağlayıcı olarak çözmeleridir<sup>69</sup>. Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz

<sup>65</sup> Gabriel, s. 31.

<sup>66</sup> RG 26.02.1983-17971.

<sup>67</sup> “Yargılama sürecinin işleyişinde doğrudan doğruya rol üstlenmiş olan veya dolaylı bir biçimde bu sürece katkıda bulunan görevlilerin tümüne ‘yargı görevlileri’ denir. Bu çerçevede yargı görevlilerini, hakimler, savcılar, kalem görevlileri, avukatlar, dava vekilleri, dava takipçileri ve noterlerden oluştuğu söylenebilir”: Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 267; Demir, Mehmet, Hâkimin Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Tazminat Davası, *EBYÜHFD* 2003, C. 7 S. 3-4, s. 824; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 106-107.

<sup>68</sup> Demir, s. 824; Kuru, Baki/Aydın, Burak, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, 2. B, Ankara: Yetkin, 2021, s. 79.

<sup>69</sup> Gabriel, s. 35; Kalpsüz, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. B., Ankara: Yetkin, 2010, s. 87; Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Nurseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1*, 4. B, İstanbul: Beta, 2013, s. 1; Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali, § 22 Tahkim, *Medeni Usul Hukuku*, C. III, (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 2593-2594; Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku C-II*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 33; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 786; Görgün/Börü,/Kodakoğlu, s. 753; Kayıhan, Şaban / Selanik, Atakan Adem, *Sigorta Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Ankara: Seçkin, 2022, s. 43; Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 4. B., İstanbul: Vedat, 2016, s. 3; Börü/Parlak Börü, s. 20; Şit, Banu, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara: İmaj, 2005,

Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun<sup>70</sup> m. 2’de tahkim ‘Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usûlü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti’ olarak tanımlanmıştır. Devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da taraflar arasındaki hukuki ilişkileri anlamak için ikili bir ayırım yapılması gerekir<sup>71</sup>. Bu ilişkilerden ilki kanuni bir zorunluluk olmadığı hallerde tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi için devlet yargısına gitmek yerine bu uyuşmazlığı tahkim yargılamasına tabi kılmalarıdır. İlgili süreç içinde taraflar çoğunlukla hakemlerin seçimini, seçim usulünü, tek sayı olması şartıyla sayısını ve tahkim yerini belirlerler<sup>72</sup>. Öğretide tarafların bu konuda HMK m. 412 hükmüne göre yaptıkları sözleşme tahkim sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>73</sup>. Tahkim yargılamasında dikkate alınması gereken ilişkilerden ikincisi ise uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığın çözümü kendisine bırakılmış olan hakemler arasında yapılan ve tarafların hak ve borçları ile tahkim yargılamasının esaslarının belirlendiği sözleşmedir. Öğretide<sup>74</sup> bu sözleşme hakem sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>75</sup>. Hakem sözleşmesinde hakemin asli borcunu uyuşmazlığın çözümü oluştururken tarafların asli borcunu ise hakeme ücret ödenmesi oluşturmaktadır<sup>76</sup>.

Tahkimin işlevi tarafların belirli bir uyuşmazlığı devlet yargısı yerine bir ya da birden fazla hakemden oluşan kurullar önünde karara bağlamaktır<sup>77</sup>. Tahkimin taraflarının

---

s. 42; Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine / Redfern, Alan / Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Edition, Oxford: Oxford Press, 2015, s. 2.

<sup>70</sup> RG 21.01.2000-22941.

<sup>71</sup> Gabriel, s. 35.

<sup>72</sup> Gabriel, s. 35.

<sup>73</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 345; “Taraflar yaptıkları bir sözleşmeye bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini şart (hüküm, kloz, kayıt) olarak koyabilirler. Burada tahkim, o sözleşmenin yalnız başına konusu olmayıp, o sözleşmenin yalnız bir şartını teşkil etmektedir. Buna tahkim şartı denir”: Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 788. Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2645.

<sup>74</sup> Taşkın, Alim, *Hakem Sözleşmesi*, 2. B. Ankara: Turhan, 2005, s. 8-9; Yüksel, Sera Reyhani, “Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *MÜHFHAD*, C. 22 S. 3, 2016, s. 2437; Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 359; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 792; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2689.

<sup>75</sup> Mevzuatta ise hakem sözleşmesi yalnızca HMK m. 74 hükmünde avukatın özel yetkisi dahilinde yapabileceği işler sayılırken zikredilmiştir. Bunun dışında hakem sözleşmesi HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinde veya milletlerarası unsur içeren tahkim yargılamalarında uygulanacak usul ve esası düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) [RG 05.07.2001-24453] düzenlenmemiştir.

<sup>76</sup> Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2689; Gabriel, s. 35.

<sup>77</sup> Gabriel, s. 36.

uyuşmazlıklarının bu yolla çözümlenmesini istemelerindeki amaç her somut olaya göre değişiklik gösterse de temel olarak üç sebebin öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki hakemlere duyulan güven, ikincisi sürecin gizliliği ve yargılamanın süratle sona erdirilebilmesidir.

Uyuşmazlığın tarafları tahkimin konusunu oluşturan hukuki ve fiili olay ve durumların değerlendirmesi ve nitelendirmesinde teknik veya hukuki bilgiye sahip olduklarını düşündükleri kişileri seçmesi hakeme duyulan güven olarak ifade edilebilir<sup>78</sup>. Özellikle karmaşık, teknik uyuşmazlıklar bakımından özel bilgiye sahip hakemlerin seçilmesi tarafların ek giderlere yol açacak ve süreci uzatacak bilirkişiye başvurma ihtiyacından da kaçınmalarını sağlar<sup>79</sup>.

Aleniyet ilkesinin benimsendiği devlet yargısının aksine tahkim yargılamasında kural olarak gizlilik ilkesi kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Tarafların konusunu patent<sup>81</sup>, *know-how* gibi teknoloji transferini gerçekleştirdikleri sözleşmelerden doğan ya da konusunu yatırım yapılmasını oluşturan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda, süreç sırasında paylaşılmasını arzu etmedikleri bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini teşvik eden bir neden olarak gösterilebilir<sup>82</sup>.

Hukuk mahkemelerinin 2019 yılında ortalama dava süresini (gün) gösteren grafiğe göre<sup>83</sup> ortalama görülme süresi en yüksek üçüncü mahkeme olan asliye ticaret mahkemelerinde bir davanın ortalama görülme süresi 547 gün olarak tespit edilmişken Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinde ise 497 gün olarak kayıtlara geçmiştir. Öğretide Türk yargısının önemli sorunlarından biri olarak nitelendirilen mahkeme sürecinin uzaması tarafları

<sup>78</sup> Gabriel, s. 37; Deren Yıldırım, Nevhis, ‘Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri’, *Ankara Barosu Dergisi*, 2002, C. 60 S. 4, s. 41; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2603.

<sup>79</sup> Gabriel, s. 37; Deren Yıldırım, s. 41; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2603.

<sup>80</sup> Aleniyet ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 385; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 147 vd.

<sup>81</sup> Örneğin, ilaç patenti sahibinin ilacın kullanımından doğan zararların tazmini yükümlülüğü için bkz. Özcan Büyüktanır, Burcu Gülseren, ‘İlaç Patenti Sahibinin İlacın Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü’, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 71 S. 2, 2012, s. 127 vd.

<sup>82</sup> Deren Yıldırım, s. 41; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2604.

<sup>83</sup> <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211427211062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf> (s.e.t.: 02.07.2022).

devlet yargısını tercih etmek yerine ikame yollara başvurmayı teşvik etmektedir<sup>84</sup>. Tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yargılamasında çözüme iradelerinin en önemli nedenlerinden bir tanesi tahkim yargılamasının daha kısa sürede sonuçlandığı öğretide savunulmaktadır<sup>85</sup>. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça HMK m. 427/1 hükmüne göre hakem ya da hakem kurulunun bir yıl içerisinde esas hakkındaki kararını vermesi gerekir. Bu süre ticaret mahkemesinde bir davanın ortalama görülme süresi olan 547 günden bir hayli kısadır. Taraflar isterlerse süreci hızlandırmak için tahkimde takip edilecek usul kurallarını kendileri belirleyebilirler<sup>86</sup>. Tahkimin söz konusu işlevini yerine getirmesi için tahkim kurumunun taraflara tahkim mahkemesi ve yargılama sürecini onların ihtiyaç ve menfaatlerine göre oluşturulması ve yürütülmesi imkanını tanıması gerekir. Söz konusu imkân irade serbestisi çerçevesinde taraflara sağlanır<sup>87</sup>. Bunun dışında, devlet yargılamasına nazaran tarafların tahkime gitmekteki ortak arzuları nedeniyle, tahkimde dostane bir ortamın olduğu söylenebilir<sup>88</sup>. Bu husus tahkimin işlevi ve niteliğinin karşılıklı etkileşiminin bir sonucudur: Tahkim yargılamasının sıklıkla dostane bir yöntem olarak görülmesinden ötürü, uyuşmazlığın taraflarının süreç sonunda uyuşmazlığı dostane şekilde sona erdirmeye ihtimalleri yüksektir. Uyuşmazlığın çözülmesinin tarafların anlaşması, hakemlerin uygulayacakları maddi ve usul hukuku kurallarının birlikte belirlenmesi, tahkim süresi üzerinde tasarruf etme, tahkimin yapılacağı yer ve tahkim dilini ortak bir biçimde tayin etme yetkileri nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde tarafların ihtiyaçları daha iyi gözetilerek daha dostane bir ortam sağlanmış olur<sup>89</sup>. Tarafların ihtiyaçlarıyla örtüşen bir süreç üzerinde tam hakimiyetlerinin olması aralarındaki uyuşmazlığı çözebilecekleri hususunda devlet yargısına nazaran daha olumlu bir atmosfer yaratır<sup>90</sup>. Hakem veya hakem kurulunun HMK m. 433/3 hükmü uyarınca açıkça tarafların

<sup>84</sup> Çilingirtürk, A. Mete, Hukuk Muhakemelerinde Dava ve Mahkeme Sayılarının Öngörüsüne İlişkin Model, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, C. 17 S. 54, s. 39-40.

<sup>85</sup> Deren Yıldırım, s. 38; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2603.

<sup>86</sup> *Ad-hoc* tahkim olarak adlandırılan söz konusu süreçte tahkimi idare eden bir kurum yahut organ mevcut değildir. Bu husus tarafların tahkim sürecinin işleyişi hakkında kurumsal tahkime nazaran daha serbest olmaları anlamına gelmektedir: Kalpsüz, Turgut, *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları*, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996), 3. B, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 365-366.

<sup>87</sup> Gabriel, s. 38; Tahkim yerinin (*lex arbitri*) emredici hükümleri bir kenara bırakıldığında, tahkim yargılamasının her aşamasında tarafların iradelerinin son sözü söylemesi nedeniyle irade serbestisi ilkesinin tahkim yargılamasının ayırt edici niteliği olduğuna ilişkin olarak bkz. Berger, Bernhard / Kellerhals, Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern: Stämpfli Publishers, 2015, s. 3.

<sup>88</sup> Gabriel, s. 39.

<sup>89</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 336.

<sup>90</sup> Gabriel, s. 39.

bu konuda yetki vermeleri koşuluyla hakkaniyet ve nefaset kurallarına göre ya da dostane çözüm yoluyla karar verebilmesi bu dostane atmosfere işaret eder.

Tahkim yargılamasının amacı tıpkı devlet yargılamasında olduğu gibi taraflar arasında barışı yeniden tesis etmektir. Bu nedenle yargılama sonucunda verilen hakem kararı taraflar bakımından kesin ve bağlayıcıdır. Kararın kesin olmasıyla onun icra edilebilirliği; bağlayıcı olmasıyla ise maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olduğu anlaşılır<sup>91</sup>. Hakem kararının bağlayıcı olabilmesi için HMK m. 439'da yer alan iptal sebeplerinin süreç içerisinde gerçekleşmemiş ya da bulunmamış olması gerekir<sup>92</sup>.

Öğretide tahkim ifadesinden asıl kastedilenin ihtiyari tahkim olduğu belirtilmektedir<sup>93</sup>. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklarda söz konusu olan ihtiyari tahkimde uyuşmazlığın çözümünün mahkemelere bırakılmasında taraf iradeleri tümüyle egemendir<sup>94</sup>. Tahkimin meşruiyeti de temel olarak kanuna değil tarafların uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözeceklerine ilişkin iradelerine dayanır<sup>95</sup>. Tahkim yargılamasının devlet mahkemelerinde görülen yargılamaya ikame bir yargılama biçimi olması, istisnai nitelik taşıyan bir yargısal yol olması ve onun uyuşmazlığın çözümü bakımından devlet mahkemelerinin yetkisinin tümüyle kaldırılmasını amaçlaması<sup>96</sup> tahkim yargılamasını hukuk düzeni dışına çıkarmaz ve hakem kararının icrası için yine devletin icra organlarına başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>97</sup>.

Tahkim sürecinin sona ermesi HMK m 434 ve 435 hükümlerinde düzenlenmiştir. Tarafların tahkim yargılaması esnasında uyuşmazlık konusu üzerinde sulh olmaları halinde tahkim yargılamasının sona ereceğini düzenleyen HMK m. 434 tarafların talebinin kamu düzeni ve ahlaka aykırı olmaması şartıyla yahut sulh konusunun tahkime

<sup>91</sup> “Hakemlerin esasa ilişkin nihai kararı, devlet mahkemelerince verilen hükümlerin sürrogatı konumundadır ve onlar gibi maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahiptirler.”: Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 470; Berger/Kellerhals, s. 572.

<sup>92</sup> Gabriel, s. 39; Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 453 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2740 vd.; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 798.

<sup>93</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 335; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 786; Kalpsüz, *İnşaat*, s. 363-364.

<sup>94</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 335.

<sup>95</sup> Gabriel, s. 39.

<sup>96</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 335-336.

<sup>97</sup> Kuru, Baki / Aydın, Burak, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. B., Ankara: Yetkin, 2021, s. 18; Gabriel, s. 39-40.

elverişli olması halinde sulhun hakem kararı olarak tespit edileceğini hükme bağlamıştır. Bundan başka süreç hakem ya da hakemlerin nihai kararının vermesinin yanında HMK m. 435/1’de sayılan hallerden birinin söz konusu olması halinde de sona erer. Bu haller davacının davasını geri alması, tarafların yargılamanın sona erdirilmesine ilişkin anlaşması, hakem yahut hakem kurulunun başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini imkânsız ya da gereksiz bulması, tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin mahkeme tarafından reddedilmesi, taraflarca kararın oybirliği ile verileceğinin kararlaştırılmış olmasına rağmen kurulun oybirliği ile karar vermemesi ile yargılama giderleri için belirlenen avansın yatırılmaması olarak HMK m. 435/1 fıkrasında altı bent olarak sayılmıştır.

Daha önce yapılan açıklamalar ışığında tahkimin hukuki niteliği de ortaya konmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ve bu yöntemler içinde en yaygın olarak kullanılanıdır<sup>98</sup>. Bizim de katıldığımız öğretideki karşıt görüşe göre ise tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilemez<sup>99</sup>. Söz konusu görüşü savunanlara göre tahkim, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamanın yerine ikame olunan ve devlet yargısına göre istisnai bir niteliğe sahip yargısal bir yoldur<sup>100</sup>. Bu süreçte hakemler tahkim yargılaması çerçevesinde taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı tıpkı devlet mahkemelerinde görev yapan hakimlerin yaptıkları gibi belli usul kuralları gözetilerek yargılama yapıp yargılamanın sonucunda kural olarak hüküm vererek uyuşmazlığı sonuca ulaştırma işlevini yerine getirirler<sup>101</sup>. Hakemlerin tahkim yargılaması sırasında HMK m. 429 hükmüne göre keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması, yargılama sırasında

<sup>98</sup> Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, (Ed: Pekcanitez, Hakan), Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 845; Özbek, s. 355; Kaplan, Yavuz, Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, C. 28 S. 1-2, s. 120; Dür, s. 7; “Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile devlet yargısına alternatif yöntemler kastedildiğinden, tahkim de bu kapsamda düşünülmelidir.”: Kekeç, s. 21; Biçkin, İnci, Genel Olarak Uyuşmazlık Çözümü, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, C. 3 S. 7, s. 34.

<sup>99</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 336; Küçükgüngör, Erkan, Spor Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22 S. 14, s. 47; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 12; Özekes, Muhammet, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, *Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. B., (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 2813; Börü/Parlak Börü, s. 21; Bulur, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, C. 65 S. 4, s. 32.

<sup>100</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 336; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 12; Özekes, s. 2813; Bulur, s. 32.

<sup>101</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 367.



tebligat yapılması gereken durumlarda HMK m. 438 hükmüne göre 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapabilme yetkilerine sahiptir. Devlet yargısında mahkemelerde verilen kararların gerekçeli olma zorunluluğu ile içeriğinde nelerin yer alması gerektiği hususları HMK m. 436 hükmüne göre hakemler için de geçerlidir. Tahkim yargılamasındaki kararların devlet yargısındaki kararlara benzer şekilde yargısal denetime tabi tutulmuş olması hakem kararlarının maddi anlamda kesin hüküm oluşturması ve HMK m. 443 hükmüne göre yargılamanın iadesi yoluna gidilebilmesi, delil tespiti ve ihtiyati tedbir başta olmak üzere geçici hukuki önlemlerini alma yetkilerinin bulunması, kararların cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin mümkün olması, tahkim yargılamasındaki hakemlerin işlevini devlet yargısındaki hukuk hakimlerin işlevine paralel olduğunu ortaya koymaktadır<sup>102</sup>.

#### 1.1.1.3.4. Devlet Yargısı ile Tahkim ve Arabuluculuk Sürecinin Karşılaştırılması

Devlet yargısı, tahkim ve arabuluculuk süreçlerinin birbirleriyle karşılaştırılması meşruiyetlerinin kaynağı, sürecin başlaması, süreç içerisinde uygulanan usul ve uyumsuzluğun çözümü ve sürecin sonlanması hususlarında yapılabilir.

Devlet yargısında meşruiyetin kaynağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 9'da düzenlenen yargı yetkisini bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hükmünden alır. Buna karşılık ihtiyari tahkim ve arabuluculuk süreci irade serbestisi ilkesine dayanır ve tarafların bu konuda anlaşmaları gerekir<sup>103</sup>.

Süreç içerisinde devlet yargılamasında önceden düzenlenmiş adil, dengeli ve tarafların kural olarak aralarında anlaşarak değiştiremeyecekleri usul hukuku kuralları çerçevesinde yargılama süreci devam ederken, ihtiyari tahkim yargılaması ve arabuluculukta sürecin işleyişi esasen uyumsuzluğun tarafları tarafından belirlenebilir. Bununla birlikte ihtiyari tahkimde tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlere uymaları önceden bir

<sup>102</sup> Tanrıver, *Medeni Usul II*, s. 367-368.

<sup>103</sup> Gabriel, s. 52.

sözleşmeyle kesinleştirilebilirken arabuluculuk sürecinin tamamında, sürecin her aşamasında her bir tarafın açık rızası gereklidir<sup>104</sup>.

Uyuşmazlığın çözümü ve sürecin sonlanması bakımından devlet yargısında verilen hüküm HMK m. 303 hükmüne göre kesindir. Tahkim yargılamasında ise hakem veya hakem kurulunun kararı tarafların önceden verdiği rızaya istinaden HMK m. 435 hükmüne göre kesindir. Tarafların tahkim sürecinde sulh olmaları halinde ise HMK m. 434 hükmüne göre tarafları bağlar. Arabuluculukta ise arabulucunun tarafların yerine geçerek bağlayıcı bir karar almasının mümkün olmaması nedeniyle ancak HUAK m. 18/4 tarafların, avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladıkları bir anlaşma belgesinin bulunması gerekir. Dolayısıyla devlet yargısı ve tahkim yargılaması ile arabuluculuk arasındaki temel fark bu noktada ortaya çıkar. Devlet yargısında hâkim, tahkim yargılamasında ise hakem ya da hakem kurulu uyuşmazlığın çözümü konusunda son sözü söyleme; bir başka deyişle hüküm verme yetkisine sahipken arabulucunun işlevinin tarafların arasında sağlıklı iletişim kurmalarını sağlama olması nedeniyle böyle bir yetkisi bulunmamaktadır<sup>105</sup>.

#### 1.1.1.3.5. Avukatlık Mesleği

Avukatlık mesleğinin amacı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu<sup>106</sup> m. 2’de hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, tüm hukuki sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ile hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda her derece yargı organları ve mahkemelerle kamu veya özel hukuk kişisi, kurul ve kurumlar önünde müvekkillerine yardımcı olmak için bilgi ve tecrübelerini, adaletin sağlanması için kişilerin yararlanmasına tahsis eden kişi olarak tanımlanmıştır<sup>107</sup>. Avukatlar Avukatlık Kanunu m. 1’e göre kamu hizmeti görürler ve serbest meslek mensubu olarak değerlendirilirler. Dolayısıyla avukatlar özellikle yargılama sürecinin işleyişinde Anayasa m. 36’da yer alan temel insan hakkı olan hak arama hürriyeti ve savunma

<sup>104</sup> Gabriel, s. 52-53.

<sup>105</sup> Küçükgüngör, s. 51; Eminoglu/Erdoğan, s. 29; Özümucu, Seda, “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan. C. II*, (Ed.: Hanağası, Emel / Göksu, Mustafa), Ankara: Yetkin, 2015, s. 1275.

<sup>106</sup> RG 07.04.1969-13168.

<sup>107</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 320; Akkan, s. 409.

hakkının doğru ve etkin bir biçimde uygulanması ve korunmasında temel rol üstlenen yargı görevlileridir<sup>108</sup>. Karşılıklı iddia ve savunmalar neticesinde bir sonuca ulaşılan yargılama faaliyetinin kurucu unsurlarından olan avukat, müvekkilinden talimat alsa da avukatlık mesleğinin icra ederken Avukatlık Kanunu m. 1/2 hükmüne göre bağımsızdır<sup>109</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde avukat, yargı sürecinde iki temel görevi yerine getirir. Bunlardan ilki avukat müvekkilin temsilcisi konumundadır ve müvekkilinin menfaatlerini hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kalarak korunması için gösterebileceği tüm çabayı özenle sarf etmek görevidir<sup>110</sup>. Diğer görevi ise avukat hukuk kurallarını tüm yargı organları derecelerinde resmi ve özel gerçek ve tüzel kişi kurum ve kurullar nezdinde tam ve doğru uygulanmasını sağlamak görevi verilmiştir<sup>111</sup>. Dolayısıyla her ne kadar Türkiye’de arabuluculuk mesleğini icra edenlerin birçoğu baroya kayıtlı avukat olsa da avukatlık mesleği arabuluculuk mesleğinden bahsedilen görevler bakımından ayrılmaktadır.

Avukatlık mesleği ile arabuluculuk mesleğinin birbirinden ayrıldığı bir başka temel nokta ise Avukatlık Kanunu m. 38/b hükmünden kaynaklanan avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağının varlığıdır<sup>112</sup>. Hükme göre “aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş” olan avukat, kendisine gelen işi reddetmelidir. Arabulucu ise menfaatleri çatışan tarafların sağlıklı bir iletişim kurmalarına yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk mesleği açısından böyle bir yasak bulunmamaktadır.

#### 1.1.1.3.6. Psikolojik Danışmanlar

Psikolojik danışmanın, danışanın psikolojik sorunlarının çözümünü üstlendiği mesleğe psikolojik danışmanlık mesleği adı verilir<sup>113</sup>. Psikolojik danışman ve danışan arasında

<sup>108</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 320.

<sup>109</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 320.

<sup>110</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 320-321; Akkan, s. 410; Özenin ölçüsü bakımından bkz. Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, 2004, s. 162 vd.; Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul: Beta, 2001, s. 295 vd.

<sup>111</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 321; Akkan, s. 411.

<sup>112</sup> Avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağıyla ilgili olarak bkz. Aday, Nejat, *Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından “Aynı İş” Olgusu ve Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri*, *ERÜHFD*, 2015, C. 10 S. 2, s. 3.

<sup>113</sup> Gümüş, Mustafa Alper / Eren Gümüş, Aynur, *Psikolojik Danışmanın Psikolojik Danışma Sözleşmesine Dayalı Hukuksal Sorumluluğu*, *Psikolojik Danışmada Etik ve Hukuk*, 3. B., (Ed.: Eren Gümüş, Aynur / Gümüş, Mustafa Alper), İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 70.

kurulan psikolojik danışma sözleşmesi, öğretide vekalet sözleşmesinin bir görünümü olarak nitelendirilmektedir<sup>114</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekalet sözleşmesinden farklı olarak psikolojik danışmanın vekil danışanın müvekkil olduğu karşılıklı yükümlülüklerin ağırlığı bakımından psikolojik danışma sözleşmesinde asimetrik bir ilişki kurulduğu ve bu ilişkinin temel ağırlığının psikolojik danışmanın üzerinde olduğu ifade edilmektedir<sup>115</sup>. Burada psikolojik danışmanın asli borcunu danışanın problemini çözmeye yönelik olarak özenli davranması oluşturmaktadır<sup>116</sup>. Başka bir ifadeyle psikolojik danışmanlık sözleşmesinde danışman, danışana karşı, onun psikolojik problemini ortadan kaldırmaya değil onun problemini çözmeye yönelik çaba göstermeyi borçlanır<sup>117</sup>. Bu bağlamda danışman danışana karşı psikolojik problemin ortadan kalkmamasından dolayı sorumlu olmaz. Psikolojik danışman, psikiyatristten farklı olarak genel kabul gören psikiyatrik ölçüler çerçevesinde danışana tanı koymakla yükümlü değildir. Ancak psikolojik danışman, danışanın problemini çözebilmek için amaç için en uygun terapötik koşullar oluşturmak ve problemin çözümüne en uygun yaklaşımı ve teknikleri seçmekle yükümlüdür<sup>118</sup>. Bu yükümlülüğü arabulucunun süreci en iyi şekilde yürütme yükümlülüğü ile benzerlik arz etmektedir. Psikolojik danışmanın yardım sürecini bizzat kendi yürütmesi gerekir. Asıl psikolojik danışmanın danışanın ikinci psikolojik danışmana yönlendirmesi psikolojik danışma ilkeleri ve etik kurallarına uygun değildir<sup>119</sup>.

Danışan ile psikolojik danışman arasındaki ilişki güvene dayanan bir ilişkidir. Bu ilişki çerçevesinde psikolojik danışmanın danışana sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabuluculuk açısından sadakat yükümlülüğü tarafların yalnız birine değil her ikisine karşı bulunmaktadır.

---

<sup>114</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 69.

<sup>115</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 69.

<sup>116</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 72.

<sup>117</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 72.

<sup>118</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 74.

<sup>119</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 75.

Psikolojik danışmanın bir diğer borcu ise danışma oturumlarına ilişkin kayıt tutma ve söz konusu kayıtları saklamasıdır. Bu borç arabulucunun belgeleri saklama yükümlülüğü ile örtüşmektedir.

Psikolojik danışmanların temel sorumluluğu danışanların ‘değerlerine saygı duyma ve iyiliklerini desteklemek’ olduğu öğretilerde ifade edilmektedir<sup>120</sup>. Psikolojik danışmanların danışanlarının iyilik halini desteklemek dışında vücut bütünlüklerine, mal varlıklarına ve kişisel değerlerine saygı gösterme ve bunlara zarar vermeme yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu husus öğretilerde ‘saygı duyma borcu’ olarak nitelendirilmektedir<sup>121</sup>. Benzer bir yükümlülüğün arabulucular için olduğu da kabul edilmektedir<sup>122</sup>.

Bir sonucun taahhüt edilmemesi psikolojik danışma ve arabuluculuk mesleğini birbirine benzer meslek grupları haline getirirse de arabulucu ile psikolojik danışmanın arasındaki ayırmada buradan kaynaklanmaktadır. Psikolojik danışman temel olarak sorun çözmeye yönelik faaliyet gösterirken, arabulucu tarafları menfaat odaklı bir çözüm bulmaya yönlendirir. Fakat psikolojik danışmanın arabulucu gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırarak her iki tarafın menfaatine bir çözüm bulmak konusunda teşvik etmediği de savunulamaz<sup>123</sup>.

#### 1.1.1.4. Arabulucunun İşlevi

##### 1.1.1.4.1. Genel Açıklamalar

Arabuluculuk sürecine ilişkin HUAK m. 2/b, süreci arabulucuda bulunması gereken özellikler üzerinden tanımlamaktadır. Buna göre arabuluculuk; ilgili hükümde sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakere etmek için tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamaları, iletişim kurmalarını ve böylelikle aralarındaki uyuşmazlığa çözüm üretmelerini sağlayan, şayet taraflar çözüm üretmek konusunda

<sup>120</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 86.

<sup>121</sup> Gümüş/Eren Gümüş, s. 86.

<sup>122</sup> Bu hususta bkz. “2.2.1.4.5.1 Güven İlişkisi” başlığı.

<sup>123</sup> Taraflar arasındaki bazı uyuşmazlıklar HUAK çerçevesinde düzenlenen arabuluculuk faaliyetine uygun olmayıp psikolojik yardım süreciyle çözülmesi gerekebilir. Bu durumda psikolojik danışman arabuluculuk işlevini psikolojik danışmanlık sürecinde yerine getirebilir. Bkz. Gabriel, s. 46-47.

başarılı olamazlarsa çözüm önerisi getirebilme imkânı olan; bağımsız, tarafsız ve uzmanlık eğitimini tamamlamış bir üçüncü kişinin dahil olduğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak düzenlenmektedir<sup>124</sup>. Buradan hareketle arabulucunun temel kişisel özelliklerini bağımsız, tarafsız ve karar verme yetkisine sahip olmayan bir üçüncü kişi olarak tanımlamak mümkündür. Bunun bir sonucu olarak arabulucu taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle ve tarafların sürece uygun ve adil bir biçimde katılmalarını garanti etmek durumundadır<sup>125</sup>. Bir başka deyişle arabulucunun uyuşmazlığın çözümündeki asıl görevi uyuşmazlığı çözmek yahut çözüm önerisi getirmek değil; arabuluculuk sürecinin adil ve tarafların eşit şekilde gözetilerek yürütülmesidir<sup>126</sup>. Bu çerçevede arabuluculuk sürecinin istenen şekilde ilerleyebilmesi, düzgün bir şekilde yönetilebilmesi için arabulucuda bazı kişisel özelliklerin bulunması gerekir.

#### 1.1.1.4.2. Arabulucunun Süreci Yönetici İşlevi

Arabulucu, sürecin yöneticisi olman işlevi ile uyuşmazlığın taraflarınca seçilmesi yoluyla elde ettiği meşruiyeti nedeniyle doğrudan bağlayıcı karar alma yetkisi olmadan arabuluculuk sürecinin işleyişi ve içeriğini belirleme ve yön verme bakımından önemli rol ve güce sahiptir<sup>127</sup>. Bu nedenle, sürecin yöneticisi olarak hareket etmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun karakterine ve süreci şekillendirmeye uygundur<sup>128</sup>. Bu çerçevede arabulucu, süreçte izlenecek yöntemin hazırlayıcısı ve süreci

<sup>124</sup> Kısmet Kekeç, s. 104.

<sup>125</sup> Alman Arabuluculuk Kanunu (*MediationG*) § 2 f. 3'te açıkça düzenlenen bu husus HUAK'ta yer almamaktadır.

<sup>126</sup> Ziegler, Ole, § 44 Mediation, *Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht*, 5. Aufl., (Hrsg. Plagemann, Hermann), München: C.H. Beck, 2018, Rn. 22; Bu hususta 'Arabuluculuğun Sona Ermesi'ne ilişkin HUAK m. 17/3 örnek verilebilir. Maddenin ilgili fıkrası uyarınca arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçları haricinde hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Bununla birlikte arabulucu tutanak ve tutanakta yer alan hususların hukuki sonuçları hakkında açıklama yapmakla yükümlüdür. Alman Arabuluculuk Kanunu § 2 f. 3 bu hususta bir adım ileri giderek avukat ile temsil edilmeyen tarafların, gerekli olduğu takdirde uyuşmazlığa dahil olmayan uzmanlar tarafından da gözden geçirilmesi gerektiğini düzenlemektedir.

<sup>127</sup> Gabriel, s. 60; Arabuluculuk sürecinin arabulucuya he ne kadar tarafları herhangi bir zorlayıcı araç bahsetmemesine rağmen yine de bir güç ve tarafların üzerinde bir etki sağladığına ilişkin olarak bkz. Breidenbach, Stephan, *Mediation, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln: Otto Schmidt, 1995, s. 143 vd.; Tarafların süreçte serbest iradeleriyle karar verme kudretlerinin arabulucunun sürece olan etkisini azaltabileceğini; ancak kural olarak arabulucunun sürecin şekillenmesinde hala baskın olacağına ilişkin olarak bkz. Breidenbach, s. 169; Sürecin kendi hakimiyeti içinde etkin bir şekilde süreci yönetmesinin arabulucunun bir yükümlülüğü olduğuna ilişkin olarak bkz. Fischer, Konrad, Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?, *SZW*, 2005, C. 93 S. 1, s. 80.

<sup>128</sup> Gabriel, s. 60.

yöneten kişidir<sup>129</sup>. Arabulucu taraflarla toplantı sayısını, taraflarla birlikte veya her bir tarafla tek tek yapılacak toplantıları, bu toplantının yapılacağı tarihi, süresini, toplantı yerini, toplantıya katılacak üçüncü kişileri, görüşmenin amacını belirler ve görüşmenin sağlıklı geçmesi için gereken hazırlıkları yaparak ihtiyaç duyacağı hususlar ve çıkabilecek sorunlarla ilgili gerekli tedbirleri alır<sup>130</sup>. Bu sebeple arabulucu, görüşmeler sonucu elde edilecek kazanımların tarafların aralarında görüşmesini istediği konuların sonucunda ulaşmalarını istediği hedeflerin belirlenmesinde tarafların arabuluculuk sürecini etkileyebileceği davranışların engelleyerek kontrol altına alınmasından ve görüşmelerin güven ortamında olumlu bir havada geçmesinden sorumludur<sup>131</sup>. Bu yükümlülükler arabulucunun süreçte yapacağı davranışlarını şekillendirir ve arabulucunun sorumluluğunun temelini oluşturur<sup>132</sup>. Arabulucu toplantılarda hâkimin duruşmada yaptığına benzer şekilde düzeni sağlamalı, tarafların birbirleriyle etkileşime girmelerinde eşitlik ve dengenin varlığını temin ederken tarafsızlığı hakkında herhangi şüpheye düşürecek bir hareketten kaçınmalıdır<sup>133</sup>. Arabulucu taraflardan birinin süreci manipüle etmeye çalışmasına karşı dikkatli olmalı ve karşı tarafa zarar vermek veya karşı tarafı oyalamak için süreci kullanmasına engel olmalıdır<sup>134</sup>.

#### 1.1.1.4.3. Arabulucunun İletişim Sağlayıcı İşlevi

Arabuluculuk, özü itibariyle taraflar arasında sağlanamayan veya kopan iletişimin yeniden tesis etmeye yarayan bir süreç olarak nitelendirilebilir<sup>135</sup>. Dolayısıyla iletişimin söz konusu olmadığı bir arabuluculuk sürecinin düşünülmesi mümkün değildir<sup>136</sup>. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı hukuki ve kişisel boyutuyla kendileri çözmelidirler. Bu nedenle taraflar arasında açık ve nesnel bir iletişim ortamı bulunmalıdır. Arabuluculuk sürecinde taraflar arasındaki açık iletişim sürecin sağlıklı ilerleyebilmesi için temel ve

<sup>129</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 72; Kısmet Kekeç, s. 104.

<sup>130</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 72; Kısmet Kekeç, s. 104; Alman Arabuluculuk Kanunu § 2 Abs. 4'te üçüncü kişilerin ancak çözüm ortaklığı taraflarının onayıyla sürece katılabileceğini düzenlemektedir.

<sup>131</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 72; Kısmet Kekeç, s. 104.

<sup>132</sup> Gabriel, s. 77; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 72; Kısmet Kekeç, s. 104.

<sup>133</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 72; Kısmet Kekeç, s. 104.

<sup>134</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 73.

<sup>135</sup> Gabriel, s. 164; Liatowitsch, Peter, Die Bedeutung des Rechts in der Mediation oder: wie viel Recht erträgt die Mediation?, *Anwaltsrevue*, 2000, C. 3 S. 4, s. 5

<sup>136</sup> Gabriel, s. 164; Hartmann, Christoph, § 44 *Sicherung und Vertraulichkeit*, Handbuch Mediation-Methoden und Technik Rechtsgrundlagen Einsatzgebiete, 3. Aufl, (Ed: Haft, Fritjof / Schlieffen, Katharina), München: C. H. Beck, 2016, Rn. 2

gerekli bir ön koşuldur<sup>137</sup>. Bu iletişimin sağlanmasında da arabulucunun iletişim sağlayıcı rolü temel unsur olarak karşımıza çıkar. Uyuşmazlıkların çoğunlukla taraflar arasındaki iletişim eksikliği ya da bozukluğu nedeniyle meydana gelmesi sebebiyle arabulucu bu iletişimin sağlanması için iletişim eksikliğini gidermeli, taraflar arasında bulunan yanlış anlaşılımları ortadan kaldırmalı, tarafların kullandığı ifadeleri düzelterek tarafların ortak menfaatlerine yönelmesini sağlamalıdır<sup>138</sup>. Dolayısıyla arabulucu tarafları yalnızca dinlemekle yetinmemeli, taraflara kendisine değer verildiğini, dikkat edildiğini göstermeli ve taraflara onların söylediklerini anladığını, onları duyduğunu hissettirmelidir<sup>139</sup>.

#### 1.1.1.4.4. Arabulucunun Aydınlanma ve Bilgilendirme İşlevi

Uyuşmazlığın taraflarını uyuşmazlığın mevcut durumu ve sürecin tamamı hakkında sürekli güncel tutmaktan farklı olarak bilgilendirme yükümlülüğü her türlü münferit bilginin taraflarla paylaşılmasını ifade etmektedir<sup>140</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğünün amacı tarafların uyuşmaya giden yolda arzu edilmeyen zararlarının ortaya çıkmasının önüne geçebilmektir. Bu çerçevede bilgilendirme yükümlülüğü aynı zamanda arabulucunun sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi hususunda da yardımcı olur<sup>141</sup>.

Arabulucu HUAK m. 11 ve HUAKY m. 13 hükümleri uyarınca tarafları arabuluculuk sürecinin başında arabuluculuk süreci, sürecin hukuki sonuçları ve esasları hakkında doğrudan aydınlatmakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca arabulucu tarafların önceden sahip oldukları eksik ve yanlış bilgileri düzeltmeli, sürecin işleyişini ve süreçten neler beklmeleri gerektiğini taraflara ifade etmelidir<sup>142</sup>. Bu çerçevede tarafların menfaat temelli yaklaşımdan ayrılarak hak temelli yaklaşıma yönelmeleri sonucunda müzakere

<sup>137</sup> Gabriel, s. 172.

<sup>138</sup> Kısmet Kekeç, s. 104-105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 73.

<sup>139</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 73.

<sup>140</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 45; Karş. Fellman, Walter, *Art. 394-406 OR. Der einfache Auftrag*, Berner Kommentar, Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Zürich: Stämpfli, 1993, Rn. 172; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. B., Ankara: Yetkin, 2021, s. 746; Yavuz, Cevdet/, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. B., (Yayına Hazırlayanlar: Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak), C II, İstanbul: Beta, 2022, s. 1318; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. B., C. II, İstanbul: Vedat, 2014, s. 155.

<sup>141</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 45.

<sup>142</sup> Yeşilirmak Arabulucu Kimdir, s. 73; Kısmet Kekeç, s. 105.



sırasında ses yükseltmeleri, doğruyu söylememe veya gerçeği çarpıtma eğilimlerini, karşı tarafı kötüleme ya da akla yatkın bir sebep olmaksızın belli bir talebe bağlı kalma gibi eğilimleri olduğunu fark etmesi durumunda tarafları bu tür davranışların sürecin işleyişine zarar vereceği hususunda bilgilendirmelidir<sup>143</sup>. Özellikle uyuşmazlığın zayıf tarafının süreç hakkında sağlıklı kararlar vermesini etkileyecek bir dengesizliğin söz konusu olması halinde arabulucu, söz konusu hususu zayıf tarafa bildirmeli ve tarafı hukuki yardım almaya yönlendirerek sürecin hukuki sonuçları hakkında özellikle bilgilendirmelidir<sup>144</sup>.

#### 1.1.1.4.5. Çözüm Seçeneklerini Artırma İşlevi

Arabulucunun bir başka işlevi tarafların müzakere aşamasında uzlaşabilecekleri çözüm seçeneklerini bulmak, geliştirmek ve bu seçenekleri olabildiğince çeşitlendirmektir<sup>145</sup>. Özellikle müzakerelerin tıkanıdığı ya da tıkanma riskinin ortaya çıktığı durumlarda çözümle ilgili muhtemel seçeneklere tarafların dikkatini çekmek, tarafların sıkı sıkıya tutundukları inanç ve düşüncelerden uzaklaştırılarak bunların yerini uyuşmazlığı çözücü olanların yer almasını sağlamak; bunu yaparken de tarafların endişelerini gidermek arabulucunun yükümlülüğüdür<sup>146</sup>. Bunu yaparken tarafların serbest iradelerinin oluşumuna müdahale etmekten kaçınılmalı, arabulucuya uygun gelen bir çözümü taraflara dayatmaktan veya tarafların bu çözüm üzerinde uzlaşmaları konusunda ısrarcı olmaktan, onlara baskı kurmaktan uzak durmalıdır<sup>147</sup>.

Arabulucu süreç içerisinde her bir tarafın karşı tarafa aktarılmasını istemediği bilgileri gizli tutarak elde ettiği bilgileri amacına uygun şekilde kullanıp tarafları ortak bir çözüme yönlendirmelidir<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Yeşilirmak Arabulucu Kimdir, s. 73; Kısmet Kekeç, s. 105.

<sup>144</sup> Gabriel, s. 175.

<sup>145</sup> Kısmet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>146</sup> Gabriel, s. 148; Kısmet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>147</sup> Gabriel, s. 16; Kısmet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>148</sup> Kısmet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

#### 1.1.1.4.6. Tarafları Gerçekçi Düşünmeye Yönlendirme İşlevi

Taraflardan birinin uyuşmazlığın içeriğiyle bağdaşmayan, gerçekçi olmaktan uzak, karşı tarafça kabul edilmesi mümkün olmayan tekliflerin ileri sürülmesi veya şartlar sunulması durumunda, arabulucunun ilgili tarafın bu teklif ve şartlar ile ilgili olarak gerçeklik testini yapması yükümlülüğü doğar<sup>149</sup>. Tarafların güttükleri amaç, sahip olduğu haklar ve menfaatleri hakkında bilgi sahibi olan arabulucu, tarafların hangi noktalar üzerinde ve nasıl uzlaşabilecekleri hakkında fikir sahibi olacaktır. Dolayısıyla bahsedilen durumlarda arabulucu tarafları gerçekçi düşünmeye yönlendirme işlevini yerine getirerek her iki tarafın da kazandığı bir sonucun ortaya çıkmasını sağlar<sup>150</sup>.

#### 1.1.1.4.7. Kusurları Üstlenme İşlevi

Tarafların kabul etmeleri ya da ileri sürmeleri halinde karşı tarafça geri adım atmış, yenilgiyi kabul etmiş, iddiasından vazgeçmiş olarak görüleceğini düşünmesi nedeniyle aslında görüşmeler sonucunda fikir değiştirerek kabul edebileceği, üzerinde tartışılmasını istediği hususlar veya kararlar konusunda arabulucunun sanki bu karar veya teklif kendisinden geliyormuş gibi toplantılarda dile getirerek doğabilecek sonuçları ve bunların sorumluluğunu üstlenmesini arabulucunun kusurları üstlenme işlevi olarak adlandırmak mümkündür<sup>151</sup>. Böyle yaparak arabulucu tarafların müzakereler sırasında masaya koymaktan kaçındığı husus ya da teklifleri mümkünse ilgili tarafın rızasını da alarak, sanki kendi fikriymiş gibi tartışmaya açmak suretiyle tarafların üzerinde tartışmasını mümkün kılar. Bu şekilde tarafların arasında kurulamayan iletişimi sağlamış olur ve tarafların ortak menfaatlerini ortaya çıkarabilmelerini mümkün kılar<sup>152</sup>.

#### 1.1.1.4.8. Duyguların İfade Edilmesine Yardımcı Olma İşlevi

Çatışma halinde taraflar, çoğunlukla olumsuz duygu durumu içinde olsalar da bu durum yeni ve etkin çözümlerin bulunabileceği bir duruma da kapı açar. Özellikle taraflardan

<sup>149</sup> Kismet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>150</sup> Kismet Kekeç, s. 105; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>151</sup> Kismet Kekeç, s. 106; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>152</sup> Kismet Kekeç, s. 106; Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

birinin temel duygusal ihtiyaçlarının karşılanmamasının tespiti, diğer çatışma temellerine göre dışarıdan gözlemlenmesi daha zordur<sup>153</sup>. Bu nedenle iyi bir arabuluculuk sürecinde tarafın yenildiğini düşünmemesi için içinde bulunduğu toplumdan, var olan güç ilişkileri üzerinden duygusal ihtiyaçlarının analiz edilmesi önemlidir<sup>154</sup>. Arabulucu süreç içerisinde gerek teker teker gerek birlikte taraflarla görüşerek onların duygularını ve hukuki yaklaşımlarını anlamaya çalışır<sup>155</sup>. Örneğin söylemsel ve kültürel farklara dayalı güç ilişkilerinin öne çıktığı uyuşmazlıklarda arabulucu, öncelikle tarafların arabuluculuk sürecine olan inançlarını güçlendirmeye çalışmalı ve taraflarla birebir görüşerek onların düşüncelerini, ihtiyaç ve menfaatlerini rahatça ifade edebilme ortamını sağlayarak duygularını ortaya çıkarmalıdır<sup>156</sup>. Uyuşmazlığın temelini oluşturan çatışmanın yoğunluğu, şiddeti ve sebebi tarafların bu konuda kuvvetli duygular hissetmelerine sebep olabilir. Bu nedenle arabulucu bu tür uyuşmazlıklarda duygularını ifade etmeye teşvik ederken tarafların duygularını ifade etmeye başladığında da bu davranışa engel olmamalıdır<sup>157</sup>. Aksi halde duygularını ifade edemeyen taraf kendisinin dışlandığını veya anlaşılmadığını düşünerek sürece aktif katılımdan çekilir. Bu da sürecin tıkanmasına sebebiyet verir ve istenen olumlu müzakere ortamının oluşmasını engeller<sup>158</sup>.

Arabulucu ile taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulması için arabulucunun her bir taraf ile mekik arabuluculuğu denen yüz yüze görüşmeler yapması, bu görüşmelerde tarafların duygusunu serbest bırakmasının sağlanması gerekir. Arabulucu tarafın anlattıklarını dikkatlice dinleyerek onu anladığını ve hissettiklerinin önemli olduğunu düşündüğünü açıkça ifade etmelidir. Bu sırada ortaya çıkabilecek karşı tarafa dair kontrolsüz tepkiler kontrol altında tutulmalı, tarafları sakinleşmeye teşvik etmeli, bunun mümkün olmaması durumunda müzakere edilen konuyu değiştirmeli veya oturuma ara vermelidir<sup>159</sup>.

<sup>153</sup> Kökdemir /Sığı, Çatışma Teorisi, s. 13.

<sup>154</sup> Kökdemir/Sığı, Çatışma Teorisi, s. 14.

<sup>155</sup> Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 30.

<sup>156</sup> Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.: Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper), 2021, s. 58; Kıyak, Emre, Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara: Seçkin, 2018, s. 140-141.

<sup>157</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74; Kıyak, s. 141.

<sup>158</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

<sup>159</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.

#### 1.1.1.4.9. Arabulucunun Tarafları Geleceğe Yönlendirme İşlevi

Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık taraf ihtiyaç ve menfaatleri çerçevesinde tarafların isteklerine uygun şekilde serbest iradeleriyle çözümlenir<sup>160</sup>. Bu yaklaşımın temel amacı tarafların geçmişte olanlara odaklanarak uyuşmazlığa sebebiyet veren durumda zarar gören tarafın tatmininden ziyade tarafların ileriye odaklanarak her iki tarafı da mutlu eden bir geleceğe odaklanmalarını sağlamaktır<sup>161</sup>. Arabuluculuk sürecinde tarafların zihinlerinde olumlu bir geleceğin canlandırılmasına çaba gösterilebilir. Gelecekte istenen ilişkilerin tespit edilmesi tarafların olumsuz tutumlardan uzaklaşarak olumlu bir bakış açısına sahip olmasını sağlar<sup>162</sup>. Bu çerçevede arabulucu tarafların tümü bakımından uygun bir geleceğin oluşturulmasına odaklanarak tarafların mümkünse her iki tarafın da menfaatine çözümlere ulaşılmasına çalışır<sup>163</sup>. Arabulucu tarafların ifadelerini gelecek zaman dilimine çekerek bu işlevini yerine getirir<sup>164</sup>.

#### 1.1.1.4.10. Arabulucunun İşlevini Yerine Getirirken Sahip Olması Gereken Beceriler

Arabulucunun daha önce ele alınan işlevlerini yerine getirebilmesi için iyi bir dinleyici olması, esnek ve kolay anlaşılır olması, süreci yönetme becerisine ve anlaşmazlığın dinamik ve karmaşıklığını çabuk kavrama kabiliyetine sahip olması, empati yeteneği, dürüst ve güvenilir olması, kendisine yöneltilen eleştirileri dinleyebilmesi, mizah anlayışına sahip olması ve sabırlı olması, tarafları aktif dinleyebilmesi, taraflarla sözsüz iletişimde bulunabilmesi, tarafların açıklamaları ve anlatımlarından özüne sadık kalarak bir özet yapabilmesi, tarafların kullandığı ifade ve kelimeleri yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermeyecek şekilde düzenleyerek olumlu anlam kazandırması için yeniden

<sup>160</sup> Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 33.

<sup>161</sup> Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 34.

<sup>162</sup> Kısmet Kekeç, Elif, Arabuluculuğun Aşamaları: İnceleme Aşaması, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper), 2021, s. 143.

<sup>163</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 75.

<sup>164</sup> Sığırı, Ünsal, Arabuluculuğun Aşamaları: Müzakere Aşaması, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper), 2021, s. 166.

çerçeve yapabilmesi, son olarak tarafları yönlendirecek, menfaatlerini ortaya çıkarabilecek doğru soruları sorma becerisine sahip olması gerekir<sup>165</sup>.

## 1.2. ARABULUCULUK SÜRECİNİN TEMEL İLKELERİ

### 1.2.1. İradilik

Öğretide ihtiyarilik ilkesi<sup>166</sup>, gönüllülük ilkesi<sup>167</sup> olarak da adlandırılan iradilik ilkesi<sup>168</sup>, kural olarak, tarafların arabuluculuk sürecine başvurmada, süreci devam ettirmede ve süreci sona erdirmede serbest iradelerinin olduğunu ifade etmektedir<sup>169</sup>. İradilik ilkesi, arabuluculuk sürecinin devlet yargısı gibi bir süreç olmayıp, kural olarak tarafların serbest iradelerine dayanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm aracı olması nedeniyle HUAK m. 3'te de teminat altına alınan ve öğretide üstünde sıkça durulan bir ilkedir. Arabuluculuk sürecinde iradilik ilkesinin süreçteki teminatı arabulucudur<sup>170</sup>. Arabulucu arabuluculuk faaliyetinin başında; tarafları sürece başlama, devam etme ve sona erdirme konusunda serbest iradelerinin olduğu hakkında aydınlatmalı ve her aşamada tarafların serbest iradelerinin varlığını kontrol etmelidir<sup>171</sup>.

Kanunkoyucu iradilik ilkesine işlerlik kazandırabilmek ve tarafların baskı altında olduklarını düşünmemeleri için kanunda birtakım düzenlemeler yapmıştır. Buna göre HUAK m. 16/2'de düzenlenen arabuluculuk sürecinde geçirilen sürenin zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaması kuralı bu amaca hizmet etmektedir<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> Arabulucunun sahip olması gereken beceriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 75 vd; Kısmet Kekeç, s. 107 vd; Arabulucunun aktif dinleme becerisinin önemi hakkında bkz. Özmumcu, Seda, *Arabuluculuk Modelleri*, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 287 vd.

<sup>166</sup> Bkz. Tanrıver, Arabuluculuk, s. 65.

<sup>167</sup> Bkz. Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 47.

<sup>168</sup> Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 28; Dür, s. 251; Eminoğlu/Erdoğan, s. 50.

<sup>169</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 28; Eminoğlu/Erdoğan, s. 50; Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 36.

<sup>170</sup> Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 36.

<sup>171</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 29.

<sup>172</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 29; Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 49.

Kanunkoyucu tarafların arabuluculuk sürecine başvurmadaki irade serbestisine daha önce ifade edilen bazı uyuşmazlıklar bakımından kaldırmış; bunlar için dava şartı arabuluculuk ilkesini benimsemiştir. Dava şartı arabuluculukta tarafların sürece devam etmek ve süreci sona erdirmek hususunda serbestileri halihazırda bulunmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuğun bu iki aşaması için iradilik ilkesi geçerliliğini korumaktadır<sup>173</sup>.

### 1.2.2. Gizlilik

Gizlilik ilkesi arabuluculuk süreci bakımından tarafların bu sürece müracaat etmelerini teşvik eden ve uygulanırken çok dikkatli olunması gereken bir ilkedir<sup>174</sup>. Gizlilik ilkesi tarafların sosyal çevrelerinde, faaliyet gösterdikleri piyasalarda güvenilirliklerini koruması, saygınlıklarının zarar görmemesi ve uyuşmazlığın taraflarının gelecekte de ilişkilerinin kopmadan devam etmesini temin eden bir konumdur<sup>175</sup>. Ayrıca gizlilik ilkesinin uygulanması tarafların özgüce tartışmalarını sağlayan, müzakere ortamı yaratılmasına, görüşmelerin dürüst, samimi şekilde devam etmesine ve tarafların gerçekçi bir çözüm arayışı içinde olmalarını sağlar<sup>176</sup>.

Gizlilik ilkesinin arabuluculuk sürecinde benimsenmesinin iki temel karşılığı vardır. Bunlardan ilki sürecin aleni olmaması, diğeryse delil güvenliği olarak karşımıza çıkar<sup>177</sup>. Sürecin aleni olmaması ilkesi, uyuşmazlığa yabancı üçüncü kişilerin görüşmelere katılamaması, sürece katılan üçüncü kişilerin, avukatların, arabulucunun, arabulucu yanında çalışan kişilerin, arabulucunun denetim ve gözetimi altında staj yapanların, Bakanlık ve Arabuluculuk Kurulu görevlileriyle tarafların sır saklama yükümlülüğü olarak karşımıza çıkarken; delil güvenliği ise tarafların arabulucunun veya sürece katılan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasında veya hukuk davasında HUAK m. 5 ve HUAKY m. 7’de düzenlenmiş olan beyan ve belgelerin kullanılmaması olarak karşımıza çıkar.

<sup>173</sup> Bkz. “2.4.2. Dava Şartı Arabuluculuk ve Arabulucu Sözleşmesi Bakımından Etkisi” başlığı.

<sup>174</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 32; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 66; Dür, s. 275; Yazıcı Tıktık, *Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 34.

<sup>175</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 33; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 66.

<sup>176</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 33; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 66; Yazıcı Tıktık, *Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 34.

<sup>177</sup> Yazıcı Tıktık, *Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 35; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 53 vd.

Gizlilik ilkesinin taraflara ilişkin yönünü düzenleyen HUAK m. 4/2'ye göre taraflar aksini kararlaştırmadıkça gizlilik kuralına kendileri de uymakla yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası<sup>178</sup> HUAK m. 5/3'te düzenlenen arabuluculuk sonucu varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanması durumudur. Taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşmaya varmaları halinde düzenledikleri anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi almak istediklerinde anlaşmanın icra edilebilir niteliği üzerine tereddütlerin giderilmesi yahut anlaşma içerisindeki ifade veya açıklamaların netliğe kavuşturulması durumunda bunların zorunlu kıldığı ölçüde yapılacak açıklamalar gizlilik ihlali sayılmaz<sup>179</sup>.

### 1.2.3. Bağımsız ve Tarafsız Üçüncü Kişi Olması

Arbulucunun tarafsız olabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın dışında kalan bir üçüncü kişi olması gerekir<sup>180</sup>. Dolayısıyla arabulucu uyuşmazlığın oluşmasında altta yatan olaylara ve ilişkilere yabancı üçüncü bir kişi olmalıdır.

Tarafsız olmanın ise iki ayrı görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki arbulucunun taraflara karşı kendisinde herhangi bir önyargı bulundurmada birine avantaj sağlayacak veya birinin lehine sonuçlar çıkaracak davranışlardan kaçınması yükümlülüğüdür<sup>181</sup>. Başka bir ifadeyle arbulucunun uyuşmazlığın taraflarına karşı her zaman tarafsız davranması bu yükümlülüğün kapsamındadır.

Tarafsız olmanın ikinci görünümü ise tarafların arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varmaları ya da varamamalarının arabulucu için bir menfaat oluşturmamasıdır<sup>182</sup>. Arbulucunun tarafların herhangi biriyle iş veya kişisel ilişkisinin olmaması, uyuşmazlığın sonucu neticesinde mali veya sosyal bir menfaatinin bulunmaması gerekir. Böyle bir menfaatin bulunması halinde arabulucu derhal tarafları bilgilendirmelidir.

---

<sup>178</sup> Öğretide gizlilik ilkesinin üç istisnası olduğu ifade edilmektedir. Bunlar tarafların aksini kararlaştırması, bir kanun hükmü tarafından emredilen hallerin ortaya çıkması ve arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olan haller olarak sayılmaktadır. Bkz. Kısmet Kekeç, s. 86; Taşpolat Tuğsavul, s. 136.

<sup>179</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 65; Kısmet Kekeç, s. 87.

<sup>180</sup> Yazıcı Tıktık, *Arbuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 54.

<sup>181</sup> Yazıcı Tıktık, *Arbuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 54.

<sup>182</sup> Yazıcı Tıktık, *Arbuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, s. 54.

Taraflar bu menfaatin varlığı halinde dahi arabulucunun görevi üstlenmesini veya üstlendiği görevi sürdürmesini talep edebilir<sup>183</sup>. Buna karşın ileride ayrıntılı olarak inceleneceği gibi<sup>184</sup> tarafların açık rızası olsa bile söz konusu menfaatin derecesi hal ve şartların objektif olarak değerlendirilmesi sonucu arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye düşürecek ve sürece zarar verecek nitelikte ise daha sonra arabulucunun sorumluluğunun ortaya çıkmaması için Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4 uyarınca arabuluculuk teklifini reddetmeli veya görevine devam etmemelidir.

Arabulucunun tarafsızlığını sağlamak amacıyla HUAK m. 9 arabulucunun bazı hallerde arabuluculuktan sonraki sürece dahil olamayacağını, bazı hallerde ise belli şartların varlığı halinde arabuluculuk sürecine katılabileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre HUAK m. 9/4 uyarınca bir uyuşmazlıkta arabuluculuk görevi üstlenen kimse süreçten sonra açılacak bir davada taraflardan birinin avukatı olarak onları mahkemede temsil edemez.

#### **1.2.4. Kontrolün Taraflarda Olması**

Şahsi sorumluluk ilkesi olarak da değerlendirilen tarafların egemenliği ilkesine göre süreç sonunda varılacak sonuçla ilgili sorumluluk tarafların kendilerine aittir<sup>185</sup>. İradilik ilkesiyle yakın ilişki içinde olan tarafların egemenliği ilkesine göre taraflar uyuşmazlık konusu hakkında arabuluculuk yoluna başvurmakta, süreci yönetecek arabulucuyu seçmekte, süreçte uygulanacak usulü belirlemekte, süreci devam edip ettirmemekte, arabulucu tarafından düzenlenecek tutanağı faaliyetin sonuçlanması dışında yazılacak hususları belirlemekte ve sürecin sonunda bir anlaşmaya varmakta serbesttirler. Tarafların hakimiyeti ilkesine göre sürecin iradiliği ilkesinin yanında taraflar süreci şekillendirmekte de tek söz sahibidirler<sup>186</sup>. Özellikle pasif arabuluculuk yaklaşımında arabulucunun temel işlevi iletişimi sağlamak ve süreci yönetmek olduğundan arabulucu

<sup>183</sup> Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 54.

<sup>184</sup> Bkz. “3.1.4.4.4. Arabulucu Sözleşmesine Özgü Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri” başlığı.

<sup>185</sup> Dür, s. 167; Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 55.

<sup>186</sup> Dür, s. 269.



bu tür arabuluculuk sürecinin sonucunda kural olarak hiçbir sorumluluk altına girmemektedir<sup>187</sup>.

### 1.2.5. Eşitlik

Tarafların HUAK m. 3/2 ve HUAKY m. 5/2 uyarınca hem arabulucuya başvuru yaparken hem arabuluculuk süreci boyunca eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir<sup>188</sup>. Ayrıca HUAK m. 9/2 uyarınca ‘arabulucu taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür’. Arabuluculuk sürecindeki eşitlik devlet yargısındaki eşitlik ilkesinden ayrılarak sürecin dengeli ve sağlıklı yürütülmesini, tarafların müzakere zeminini koruyarak süreç içerisinde eşit olduğunu düşünmesini, böylelikle iradelerinin sağlıklı oluşarak tarafların menfaatini koruyan bir anlaşmaya varabilme imkanları olarak ifade edilebilir<sup>189</sup>. Başka bir ifadeyle arabuluculuk sürecinde aranan eşitlik şeklen ve görünürde olan bir eşitlik değil, tarafların süreç içerisinde tam olarak hissettikleri ve içselleştirdikleri bir eşitliktir<sup>190</sup>. Dolayısıyla burada taraflara uygulanan mutlak bir eşitlik değil tarafların tecrübe, bilgi ve sosyokültürel yapılarına bakılarak dezavantajın giderilmesine yönelik bir eşitliktir. Örneğin hukuki terimlere uzak ve konuyla ilgili tecrübesinin kısıtlı olduğu anlaşılın tarafa arabulucu, diğer tarafa kolayca açıklayacağı bir durumu karşı tarafın anladığına emin olana kadar uygun bir sürede açıklamalıdır<sup>191</sup>.

## 1.3. ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI

Arabuluculuk sürecinin aşamaları ifadesinden anlaşılması gereken arabuluculuk faaliyetini de kapsayan ve arabuluculuk faaliyetinden daha geniş bir kavramdır<sup>192</sup>. Bu nedenle arabuluculuk sürecinin işletilmesi yahut arabuluculuk sürecine başlanması arabuluculuk faaliyetinin de başladığına işaret etmez<sup>193</sup>. Söz konusu iddiayı ayrıca “Arabuluculuk Faaliyeti” başlıklı HUAK Dördüncü Bölümde de yer alan başlıklar da

<sup>187</sup> Dür, s. 269.

<sup>188</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 31; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 65; Dür, s. 261.

<sup>189</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 31; Kismet Kekeç, s. 63.

<sup>190</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 31; ayrıca bkz. “3.1.4.4.4.4. Sürecin İradi ve Eşitlik İlkelerine Aykırı Devam Etmesine İzin Vermek” başlığı.

<sup>191</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 32.

<sup>192</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 80; Dür, s. 322.

<sup>193</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 84.

desteklemektedir. İlgili bölümde yer alan alt başlıklar “Arabulucuya Başvuru”, “Arabulucunun Seçilmesi”, “Arabulucu Faaliyetinin Yürütülmesi”, “Arabuluculuk Sürenin Başlaması ve Sürelere Etkisi”, “Arabuluculuğun Sona Ermesi” ve “Tarafların Anlaşması” şeklindedir. Buradan da anlaşılacağı gibi arabulucuya başvuru ile arabulucunun seçilmesi arabuluculuk faaliyeti içinde ele alınmış, arabuluculuk faaliyetinin yalnızca arabulucunun değil, aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarınca da yapılan faaliyetleri kapsadığı kabul edilmiştir<sup>194</sup>. Tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurmaya karar vermeleri, aralarında arabuluculuk sözleşmesi yapmaları, süreci yönetecek arabulucuyu seçmeleri ve ön hazırlık faaliyetleri de bu çerçevede birer arabuluculuk faaliyeti olarak kabul edilir<sup>195</sup>. Hemen belirtelim ki; arabuluculuk sürecinin işletilmesi veya arabuluculuk sürecinin başlaması dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk türünde de tarafların dışında arabuluculuk faaliyetini yürütecek bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olan arabulucunun sürece dahil olması gereklidir. Yalnızca tarafların katıldığı görüşmelere müzakere adı verilir<sup>196</sup>.

Tahkim yargılamasına göre daha esnek ve resmîlikten daha uzak olan bir çözüm yöntemi olan arabuluculukta tarafların sürecin tamamında süreci kontrol etmelerine izin verilir<sup>197</sup>. Bu çerçevede taraflar ihtiyari arabuluculukta; süreci yönetecek arabulucunun kim olacağı, sürecin yapılacağı yer ve zaman ve oturumların sayısını ve içeriğini önceden planlayabilirler<sup>198</sup>. Ayrıca arabulucunun da arabuluculuk sürecini yönetmede ve sürecin aşamalarında geniş bir hareket alanı vardır<sup>199</sup>. Başka bir ifadeyle arabulucunun kanunda emredici olarak düzenlenen kurallara uymak dışında sürecin aşamalarının sırasına sıkı sıkıya uymak zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>200</sup>.

Taraflar aralarında muhtemel bir uyuşmazlığın çözümü bakımından, aralarında doğmuş bir uyuşmazlığın bulunması halinde ya da uyuşmazlığın devlet yargısı önünde çözülmesinden önce veya uyuşmazlığın devlet yargısı önüne götürülmesinden sonra

---

<sup>194</sup> Dür, s. 322-323.

<sup>195</sup> Dür, s. 323.

<sup>196</sup> Kökdemir/Sıgır, Çatışma Teorisi, s. 22; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 12; Tanrıver, *Alternatif*, s. 37.

<sup>197</sup> Oliveira, Marla da Concelção / Simaitis, Rimantas, Arabuluculuğun Aşamalarının Gözden Geçirilmesi, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper), 2021, s. 85.

<sup>198</sup> Oliveira/Simaitis, s. 85.

<sup>199</sup> Dür, s. 325.

<sup>200</sup> Dür, s. 325.

arabuluculuğa gidilmesini kararlaştırabilirler<sup>201</sup>. Taraflardan birinin aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme teklifine karşı taraf otuz gün içerisinde olumlu cevap vermezse HUAK m. 13/2 ve HUAKY m. 15/2'e göre teklif reddedilmiş sayılır. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti 'akamete uğrar'<sup>202</sup>.

İhtiyari arabuluculuk bakımından; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda hâkim ön inceleme aşamasında tahkikata başlamadan önce tarafları HMK m. 137/1, m. 140/2-3, m. 320/2'ye göre sulhe ve arabuluculuğa teşvik eder<sup>203</sup>. Yargılamanın ilerleyen aşamalarında hâkim tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşmak suretiyle sonuçlandırmak bakımından motivasyonlarının bulunduğunu tespit etmişse; yine hâkim HUAK m. 13'e göre tarafları arabuluculuk sürecine başvurmaları konusunda teşvik etmesinde bir engel bulunmamaktadır<sup>204</sup>.

Tarafların dava açıldıktan sonra birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde HUAK m. 15/5'e göre yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Üç aylık süre tarafların birlikte başvurusu üzerine yine HUAK m. 15/5'e göre üç aya kadar uzatılabilir.

Birden fazla modeli olan arabuluculuk, her bir modele göre farklı teknikleri, yöntemleri ve yaklaşımları içerir<sup>205</sup>. Ayrıca arabulucunun kişiliği, tutumu ve zaman içinde oluşturduğu kendi tarzı süreç üzerinde etkili olur<sup>206</sup>. Türk öğretisinde, kanun sistematığına uygun ve genel olarak arabuluculuk sürecinin beş aşamalı olduğu kabul edilmektedir<sup>207</sup>. Bu aşamalar sırasıyla hazırlık, başlangıç, inceleme/araştırma, müzakere ve sonuç aşamasından oluşmaktadır<sup>208</sup>.

<sup>201</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 125; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 81; Dür, s. 326.

<sup>202</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 125.

<sup>203</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 125; Dür, s. 327.

<sup>204</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 125; Dür, s. 327.

<sup>205</sup> Arabuluculuk modelleri için bkz. Özmumcu, *Arabuluculuk Modelleri*, s. 1 vd.; Kıyak, s. 92 vd.; Kısmet Kekeç, s. 235 vd.

<sup>206</sup> Oliveira/Simaitis, s. 85.

<sup>207</sup> Oliveira/Simaitis, s. 85; Dür, s. 322-323; Karş. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 78, yazarlar arabuluculuk sürecini üç temel aşamaya ayırarak ele almaktadırlar; Karş. Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 125 vd., yazar arabuluculuk sürecini dört temel aşamaya ayırarak ele almaktadır.

<sup>208</sup> Oliveira/Simaitis, s. 85; Dür, s. 322-323.

## **1.4. ARABULUCUNUN HUAKE'TA DÜZENLENEN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **1.4.1. Genel Açıklamalar**

Arabulucunun hak ve yükümlülükleri büyük ölçüde HUAKE'in üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde HUAKE m. 6'da 'Unvanın Kullanılması', HUAKE m. 7'de 'Ücret ve Masrafların İstenmesi', HUAKE m. 8'de 'Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurulması', HUAKE m. 9'da 'Görevin Özenle, Tarafsız ve Şahsen Yerine Getirilmesi', HUAKE m. 10'da 'Reklam Yasağı', HUAKE m. 11'de 'Tarafların Aydınlatılması', HUAKE m. 12'de 'Aidat Ödemesi Yükümlülüğü' düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm dışında yer alan maddelerde de arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümler mevcuttur. Bunlar HUAKE m. 4 ve 33'te düzenlenen gizlilik yükümlülüğü, HUAKE m. 5'te düzenlenen arabuluculuk faaliyeti nedeniyle yapılan beyan ve hazırlanan belgelerin kullanılmaması yükümlülüğü, HUAKE m. 17'de düzenlenen arabuluculuk tutanağı tutma ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderme yükümlülüğü, HUAKE m. 20'de düzenlenen Arabulucular Siciline kayıt yükümlülüğüdür. Ayrıca Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 10'da arabuluculara arabuluculuk uygulamasının geliştirilmesine katkı sağlama yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu bölümde öncelikle arabulucunun hakları, daha sonra ise yükümlülükleri ele alınacaktır.

### **1.4.2. Arabulucunun Unvanı Kullanma Hakkı**

Arabuluculuk sınavında başarılı olarak Arabuluculuk Siciline kayıt yaptıran arabulucular HUAKE m. 6 ve HUAKEY m. 8'e göre arabulucu unvanını ve bu unvanın verdiği yetkileri kullanma hakkına sahiptirler. Arabulucunun arabuluculukla ilgili faaliyetleri sırasında unvanını kullanması arabulucuya tanınmış bir hak olduğu gibi ayrıca arabulucuya getirilmiş bir yükümlülüktür<sup>209</sup>. Arabulucu HUAKEY m.8/2'ye göre arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce unvanını taraflara bildirmek zorundadır. Arabulucu HUAKE

---

<sup>209</sup> Dür, s. 398; Börü/Parlak Börü, s. 41.

m. 10 ve HUAKY m. 12’de düzenlenen reklam yasağına aykırı olmamak şartıyla tabelalarında, basılı kağıtlarında veya internet sitelerinde bu unvanını kullanabilir.

Tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığı arabuluculuk unvanını kullanma hakkı olmayan, Arabuluculuk Siciline kayıtlı olmayan bir üçüncü kişi yardımıyla çözmeleri mümkündür. Ancak HUAK m. 6 ve HUAKY m. 8’e göre arabuluculuk unvanını yalnızca sicile kayıtlı arabulucuların kullanmasına izin vermesi nedeniyle bu kişiler kanunun sağladığı yetkilere sahip değildir. Bu nedenle tarafların bu şekildeki uyuşmazlığı çözme faaliyetleri kanunda düzenlenen sonuçları doğurmaz<sup>210</sup>.

### 1.4.3. Ücret, Masraf ve Avans İsteme Hakkı

Arabulucu uyuşmazlığın taraflarından yerine getirdiği faaliyet karşılığında HUAK m. 7/1, HUAKY m. 9/1’e göre ücret talep etme hakkına sahiptir<sup>211</sup>. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine<sup>212</sup> göre arabulucunun ücreti tespit edilir ve taraflarca eşit olarak ödenir<sup>213</sup>.

Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarından ücret ve masraf isteme hakkının kaynağını arabulucu sözleşmesi oluşturur<sup>214</sup>. Bu çerçevede arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı, süreci yönetme ve tarafların menfaatlerine uygun çözümlerini bulmada yardımcı olma asli edim yükümlülüğünün karşı asli edim yükümlülüğüdür<sup>215</sup>. İleride ele alınacağı gibi tarafların ücret ödeme edimi arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı (zorunlu) unsurunu oluşturur<sup>216</sup>.

<sup>210</sup> Dür, s. 398; Ayrıca bkz. HUAK m. 6 Hükümet Gerekçesi.

<sup>211</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 101; Dür, s. 399; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 165-166; Börü/Parlak Börü, s. 41; Taşpolat Tuğsavul, s. 148.

<sup>212</sup> RG 29.12.2023-32414.

<sup>213</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 101-102; Dür, s. 399; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 165-166; Börü/Parlak Börü, s. 41; Taşpolat Tuğsavul, s. 148; HUAK m. 13/3’e göre arabuluculuk ücretini karşılaması mümkün olmayan taraf adli yardıma başvurabilir.

<sup>214</sup> Dür, s. 399; Karş. Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 165-166, yazara göre arabulucunun ücret talep etme hakkı arabulucu sözleşmesinden doğmakta; ancak tarafların ücretin birlikte ödenmesi bakımından birbirlerine karşı borçları arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>215</sup> Dür, s. 399; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 166.

<sup>216</sup> Bkz. aşağıda s. “2.2.1.4.6. Ücret Unsuru” başlığı.

Arabulucu ayrıca arabuluculuk sürecinin gerektirdiği masrafları karşılamak için, arabuluculuk sürecinin başlamasından önce veya daha sonra, uyuşmazlığın taraflarından HUAK m. 20/1, HUAKY m. 9/1'e göre avans talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça avans da uyuşmazlığın taraflarınca HUAK m. 7/2, HUAK m. 9/3'e göre eşit ödenir<sup>217</sup>. Avans olarak alınan ücret daha sonra arabuluculuk süreci sonunda arabulucunun hak kazandığı arabuluculuk ücretinden HUAK m. 9/2'ye göre mahsup edilir. Ancak arabuluculuk sürecinin başlaması halinde HUAK m. 9/2'ye göre alınan ücret iade edilmez. Süreç sonunda alınan avanstaki artan kısım taraflara HUAK m. 9/2'ye göre iade edilir.

#### 1.4.4. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurması

Arabulucunun HUAK m. 8 ve HUAKY m. 10/1'e göre uyuşmazlığın taraflarının tamamıyla aynı anda yahut her biriyle ayrı ayrı görüşme ve iletişim kurma hakkı vardır. Bu çerçevede arabulucu her türlü iletişim aracını HUAKY m. 10/1'e göre kullanabilir<sup>218</sup>. Tarafların katılımlarını sağlamak için arabulucu gerekli gördüğü önlemleri alır<sup>219</sup>. Unutulmamalıdır ki; arabuluculuk sürecinde arabulucunun temel işlevi uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerine uygun şekilde uyuşmazlığın çözümü amacıyla müzakerelerde bulunmasını sağlayarak bir masa etrafında buluşturma, aralarında sağlıklı ve sürekli bir iletişimin kurulmasına yardımcı olma ve kurulan bu iletişimin devamlılığını sağlamaktır<sup>220</sup>. Öğretide arabulucunun mümkün olduğu ölçüde tarafların her ikisiyle de aynı anda görüşmeye ve iletişim kurmaya özen göstermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>221</sup>. Arabuluculuk faaliyetinin türü ve tarafların yaklaşımıyla bağlantılı olarak arabulucunun taraflarla birlikte veya ayrı ayrı olarak görüşeceği, sürecin ilerleyişine göre arabulucu tarafından belirlenir<sup>222</sup>. Burada görüşmeden anlaşılması gereken taraflarla yalın bir temas

<sup>217</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 105-106; Dür, s. 409; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 167; Börü/Parlak Börü, s. 41; Taşpolat Tuğsavul, s. 148.

<sup>218</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 106; Dür, s. 416; Börü/Parlak Börü, s. 41.

<sup>219</sup> Börü/Parlak Börü, s. 41.

<sup>220</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 106.

<sup>221</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 106.

<sup>222</sup> Dür, s. 417.

değil, geniş kapsamlı bir iletişim kurma faaliyetidir<sup>223</sup>. Ancak bu şekilde arabulucu taraflarla sağlıklı bir iletişim kurabilir.

Arabulucu uyuşmazlığın taraflarıyla yüz yüze iletişim kurmuş, taraflarla oturumlar düzenlemişse taraflarla bu tür iletişim kurulduğunu, bu faaliyet sırasında yaptığı eylem ve işlemleri, bunları meslek gereklerine uygun şekilde yaptığını ve arabuluculuk faaliyeti sona erdirildiğinde taraflar arasındaki fiili durumu ve süercin aşamalarını HUAKY m. 10/2'ye uygun olarak belgelendirir. Söz konusu belgeler HUAKY m. 10/2'ye göre arabulucu, taraflar ve varsa tarafların kanuni temsilcileri ile avukatlarınca imzalanır. Tarafların, kanuni temsilcilerin yahut avukatların söz konusu belgeleri imzalamaktan imtina etmeleri halinde arabulucu bunun sebebini de göstererek yalnızca arabulucu tarafından imzalanır. Arabulucunun HUAK m. 1/b)'ye göre tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerine ulaşmalarını sağlamak için hem kendisinin taraflarla hem tarafların birbirleriyle olan iletişimlerini sağlamakla görevlendirilmesi öğretide arabulucunun taraflarla görüşmesi ve iletişim kurması hakkının aynı zamanda bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir<sup>224</sup>.

#### 1.4.5. Görevin Özenle, Tarafsız ve Bağımsız Biçimde Yerine Getirilmesi

Öğretide yapılan arabuluculuk tanımlarının merkezinde arabulucunun tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olması yer almaktadır. Öğretide, çoğunlukla bazen üçüncü kişinin tarafsızlığı terimiyle karşılaşıırken 'nötr kalması'<sup>225</sup> kavramının da kullanıldığı görülmektedir.

HUAK m. 2/1-b)'e göre bu durum arabulucunun tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olarak nitelendirilmesiyle açıkça ifade edilmiştir<sup>226</sup>. Buna karşın HUAK m. 9'da

---

<sup>223</sup> Dür, s. 417.

<sup>224</sup> Dür, s. 417.

<sup>225</sup> Gabriel, s. 14 dn. 56'daki yazarlar.

<sup>226</sup> İsviçre Barolar Birliği tarafından çıkarılan Arabuluculuk Yönergesi m. 1'de arabuluculuk 'bir ya da birden fazla bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin (arabulucu) uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki çatışmayı kendileri tarafından ve dostane bir biçimde çözülmesi hususunda desteklediği bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yoludur' şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Richtlinien SAV für die Mediation <https://www.advocata.ch/fileadmin/templates/pdf/RichtlinienMediation.pdf> (s.e.t.: 14.08.2022); Alman Arabuluculuk Kanununun 'Tanımlar' başlıklı §1'de arabuluculuk 'Arabuluculuk tarafların bir ya da birden

bağımsızlıktan bahsedilmeyerek arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Çalışmada öncelikle bağımsızlık ve tarafsızlık ile üçüncü kişi kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, daha sonra özen yükümlülüğü meselesi ele alınacaktır.

#### 1.4.5.1. Üçüncü Kişi Kavramı

Üçüncü kişi kavramından arabuluculuk sürecini yöneten üçüncü kişinin (arabulucu) uyuşmazlığa taraf olan kişi veya kişiler içerisinde olamayacağı anlaşılır<sup>227</sup>. Arabulucu ve taraf kavramlarının birbirinden ayrılması; bir başka ifadeyle taraflardan birinin arabulucu olamaması ya da arabulucunun taraf olamaması arabulucu uyuşmazlık çözüm yönteminin temel önermesini oluşturur. Bu önerme arabulucunun sorumluluğu meselesi bakımından da temel teşkil eder<sup>228</sup>. Arabulucuyla tarafların aynı kişiler olamayacağı kuralının göz ardı edildiği durumlarda artık taraflar arasında bir arabuluculuk sürecinden değil müzakere süreci ve bunlar arasında bir mutabakat zaptının hazırlanmasından bahsedilebilir<sup>229</sup>. Ayrıca taraflardan birinin hem arabulucu hem de uyuşmazlığın tarafı sıfatını taşıması halinde arabulucu sözleşmesini tarafın kendi kendisiyle yapması söz konusu olacağı için böyle bir sözleşmenin yapılması mümkün değildir<sup>230</sup>. Bundan başka arabulucu ve tarafın aynı kişi olabileceği ihtimali arabulucunun bağımsız olması kuralı sebebiyle de mümkün değildir. Uyuşmazlığın tarafı olan arabulucu bağımsız da olamaz. Dolayısıyla arabulucunun uyuşmazlığa yabancı üçüncü kişi olması kuralı sıkı sıkıya uygulanmalıdır<sup>231</sup>.

---

fazla arabulucu yardımıyla uyuşmazlıklarını kendileri tarafından ve dostane bir biçimde çözmek için gayret gösterdikleri gizli ve yapılandırılmış bir süreç' olarak tanımlanmıştır.

<sup>227</sup> Gabriel, s. 14.

<sup>228</sup> Gabriel, s. 14.

<sup>229</sup> Gabriel, s. 14; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 13; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 35; Dür, s. 33; Börü/Parlak Börü, s. 22.

<sup>230</sup> İsviçre Federal Mahkemesi yerleşik içtihatlarında kişinin kendisiyle sözleşme yapamayacağını kabul etmektedir. BGer Urteil 4C.327/2005, E.3.2.1; BGE 127 III 332, E. 2.

<sup>231</sup> Gabriel, s. 14.



#### 1.4.5.2. Görevini Tarafsız ve Bağımsız Biçimde Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabulucunun tarafsızlığı arabuluculuk sürecinin özelliklerinden birini teşkil etmesinin yanında arabulucunun yetkisinin kaynağını da oluşturmaktadır. Hâkimin yargılama yetkisinin meşruiyetinin anayasa ve kanunlardan kaynaklanması gibi ihtiyari arabuluculukta arabulucu meşruiyetini tarafların kendisini arabulucu olarak seçmesinden alır. Böylece taraflar aralarında bulunan uyuşmazlığın seçtikleri arabulucu tarafından adil ve eşit muamele görecekları bir süreç dahilinde çözüleceğini düşünürler. Burada dikkat edilmesi gereken husus uygulamada tarafsızlık yanında arabulucunun söz konusu yükümlülüğünü açıklamak için bağımsızlık ve nötr olma kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılmasıdır. Her ne kadar nötr davranmanın<sup>232</sup>, tarafsızlık yükümlülüğüne eş anlamlı olarak kullanılabilmesi düşünülse de bağımsızlık yükümlülüğünün içeriğinde zorunlu olarak taraflara eşit mesafede bulunma hususunu olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>233</sup>. Bundan başka yine öğretilerde bazı yazarlar tarafından savunulan arabulucunun tarafsızlık yanında taraflar ya da üçüncü kişiler aracılığıyla sürecin etkilenmesi yahut süreçteki güç dengesizliğinden faydalanılması fırsatlarının bulunmamasını göstermesi anlamında bağımsızlığını da sağlaması gerektiği savunulmaktadır<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> Nötr kelimesinin kaynağı olan latince *neutrum* 'her ikisinden hiçbirisi' anlamına gelmektedir. Bu bakımdan tarafların her ikisine de aynı uzaklıkta olduğuna vurgu yapmaktadır: Fankhauser-Lobsiger, s. 74 dn. 292. Her ne kadar arabulucunun her iki tarafa aynı uzaklıkta olma düşüncesine katılsak da çalışmamızda mevzuatta kullanılan terminolojiye uygun olarak bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü olarak ifade edeceğiz.

<sup>233</sup> Fankhauser-Lobsiger, s. 74 dn. 292; Aynı yönde bkz. Hagel, Rn. 22, yazar tarafsızlığın arabulucunun taraflar arasında herhangi bir ayırım yapılmamasına ilişkin olduğunu bağımsızlığın ise daha çok süreçle ilgili olduğunu ifade etmektedir; Karş. İsviçre Barolar Birliği Arabuluculuk Yönergesi § 4.2, söz konusu düzenlemeye göre 'arabulucunun tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin bildirim yükümlülüğü bağlamında şu hususlara dikkat edilmelidir: Uyuşmazlık konusunda menfaatinin bulunması, uyuşmazlığın halli halinde menfaatinin bulunması, uyuşmazlığın tarafları arasında bir ilişki bulunup bulunmaması, uyuşmazlığa dahil üçüncü kişilerle bir ilişkisinin bulunup bulunmaması, taraflardan birinin lehinde olmak, bir uyuşmazlık çözüm metodunu tercih etmek, arabuluculuğun üçüncü bir kişi tarafından kabul edilmesi, arabuluculuk ücretinin üçüncü bir kişi ya da taraflardan biri tarafından ödenmesi'.

<sup>234</sup> Fankhauser-Lobsiger, s. 74 dn. 292; Bundan başka arabulucu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde bağımsızlığını zedeleyebilecek ve dolayısıyla tarafların süreç hakkında sağlıklı karar vermelerini etkileyebilecek tüm hususları taraflara bildirmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Ayrıca yine uygulamada; arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına karşı yapma şeklindeki edim yükümlülüklerini yerine getirmesi söz konusu olduğunda kullanılan taraflara eşit davranma yükümlülüğünün de içerik itibarıyla tarafsızlık kavramıyla örtüştüğü ifade edilmektedir: Fankhauser-Lobsiger, s. 74 dn. 292.

Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre arabulucunun arabuluculuk sürecine müdahale etmesi onun tarafsızlığına hanel getirebilir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir; söz konusu öneme her bir arabuluculuk modeli için ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>235</sup>. Türk uygulamasında menfaat temelli arabuluculuk benimsendiği için<sup>236</sup> arabulucunun sürece müdahale etmesi doğrudan tarafsızlığına hanel getirmez. Zira arabulucunun tarafları dostane bir çözüme ulaşabilmek için ve sürecin sonunda uyuşabilmek için arabulucunun süreci yönlendirmesine ihtiyaçları vardır. Ancak yine de her sonuca ulaşan müdahalenin<sup>237</sup> yahut hiç müdahale etmemenin de sürecin tarafsızlığına hanel getireceği riskinin göz önünde bulundurulması da gereklidir<sup>238</sup>. Öğretide bu yükümlülüğün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine dayanan silahların eşitliği kuralından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>239</sup>. Taraflar arasında eşitliği gözetme yükümlülüğü arabulucunun tarafsızlığının en önemli göstergesi olduğu savunulmaktadır<sup>240</sup>.

#### 1.4.5.3. Görevlerin Taraflara Eşitliği Gözeterek Yerine Getirilmesi

Arabulucunun HUAK m. 9/3 ve HUAKY m. 11/4'e göre eşitliği gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük arabulucunun taraflara eşit davranması, süreç içerisinde özellikle müzakereler sırasında taraflara eşit biçimde yaklaşması ve söz hakkı tanınması anlamına gelir<sup>241</sup>. Arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği gözetme yükümlülüğü sürecin tamamında bulunmaktadır<sup>242</sup>.

<sup>235</sup> Arabuluculuk modelleri için bkz. Özmumcu, *Arabuluculuk Modelleri*, s. 5 vd.; Kısmet Kekeç, s. 238 vd.; Kıyak, s. 92 vd.

<sup>236</sup> Özmumcu, *Arabuluculuk Modelleri*, s. 225 vd.; Kısmet Kekeç, s. 243 vd.; Kıyak, s. 135 vd.; Kökdemir/Sığır, *Çatışma Teorisi*, s. 16.

<sup>237</sup> Hukuk bilgisi eksik olan tarafın bu eksikliğini giderilmesini tavsiyesi bu bilgi eksikliğinden yararlanmaya çalışan karşı taraf bakımından arabulucunun dezavantajlı tarafı tuttuğu düşüncesini uyandırabilir.

<sup>238</sup> Fankhauser-Lobsiger, s. 74; Görüşmeler sırasında arabulucunun taraflar arasındaki dengesizliği gidermek için yapması gereken müdahaleyi yapmaktan imtina etmesi de dezavantajlı taraf için karşı taraf lehine bir tutum olarak algılanabilir.

<sup>239</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 111.

<sup>240</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 111.

<sup>241</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 110; Dür, s. 430; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 170.

<sup>242</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 110.

#### 1.4.5.4. Görevin Şahsen Yerine Getirilmesi

Arabulucu, kural olarak HUAK m. 9/1 ve HUAKY m. 11/1 ile Arabuluculuk Etik Kurallarına göre arabuluculuk görevini şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Özellikle ihtiyari arabuluculukta tarafların arabulucu olarak görevlendirdikleri kişinin becerisi, kişilik özellikleri, deneyimi ve meslek tecrübesi önem arz eder<sup>243</sup>. Bu çerçevede tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerini mümkün kılacak arabuluculuk sürecini en iyi şekilde yöneteceklerine inandıkları arabulucunun süreci şahsen yerine getirmesi gerekliliği kaçınılmazdır. Arabulucu sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa veya hal ve durumun zorunlu kılmadığı arabuluculuk süreçleri bakımından arabulucu üstlenmiş olduğu arabuluculuk görevinin icrasını kısmen ya da tamamen bırakamaz ya da devredemez<sup>244</sup>.

#### 1.4.5.5. Tarafsızlığından Şüphe Edilmesini Gerektirecek Şartların Varlığı Halinde Tarafları Bilgilendirme ve Arabuluculuk Görevini Kabulden Kaçınma Yükümlülüğü

Arabulucu HUAK m. 9/2'ye göre 'tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür.' HUAKY m. 11/3'e göre söz konusu şartlar daha sonra da ortaya çıkabilir. Söz konusu yükümlülük özü itibarıyla bir ihbar yükümlülüğüdür ve eser sözleşmesinde yüklenicinin ihbar yükümlülüğüne benzemektedir. Bahsi geçen yükümlülük arabulucunun özen ve sadakat yükümlülüğünden kaynaklanır. Arabulucu sözleşmesi nedeniyle tarafların zarar görmesini önlemek hususunda arabulucu bu durumu ihbar ederek zararın ortaya çıkmasını önlemelidir. Bu sebeple arabulucunun bu yükümlülüğü basit bir bildirim olarak değil arabulucunun tarafları aydınlatmasına dayanan kapsamlı bir açıklama içeren bildirim şeklinde anlaşılmalıdır. Arabulucu söz konusu durumu, ortaya çıkabilecek zararları ve sonuçlarını tarafların arabuluculuk sürecini yönetmesinde ısrar etmesi halinde sorumlu olmayacağını taraflara açık ve anlaşılır şekilde açıklamalıdır. Bu hususta arabulucu tarafları bilgilendirmesine rağmen taraflar arabulucunun görevi üstlenmesini

<sup>243</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 111.

<sup>244</sup> Bu husustaki istisnalar için bkz. "3.1.6. Birden Çok Arabulucunun Süreci Yönetmesi" başlığı.

birlikte talep ederlerse ancak HUKUK m. 11/3 uyarınca bu şekilde arabulucu görevi üstlenilebilir ya da üstlenmiş olduğu arabuluculuk görevini yapmaya devam edebilir<sup>245</sup>.

Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı, kesin veya gerçekleşmiş olması gerekmez. Başka bir ifadeyle arabuluculuk faaliyetine bağlı, uygun sebeplere dayanan, muhtemel tehlike veya rizikoların bulunması yeterlidir. Arabulucunun böyle bir tehlikeyi fark etmesi gerekirken fark edememiş olması bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Eş arabulucu veya arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetim altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar gibi ifa yardımcılarının da bildiği veya bilmesi gerektiği tehlike ve rizikolar arabulucuya atfedilerek, arabulucunun bildirim yükümlülüğünün doğmasına neden olur<sup>246</sup>. Tarafların zaten bildiği tehlikeler bakımından arabulucunun bir bildirim yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ifade edilebilir<sup>247</sup>. Söz konusu bildirim Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/4'e göre derhal yapılması gerekir<sup>248</sup>. Arabulucu bildirişi hiç yapmaz veya bildirişi yapmakta gecikirse arabulucu taraflara karşı TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Bu husus ileride ele alınacaktır<sup>249</sup>. Söz konusu bildirim şekle tabi değildir; fakat arabulucunun bu konuda ispat kolaylığı sağlaması için varsa taraflara ya da avukatlarına yazılı olarak bu bildirişi yapmalıdır.

Arabulucunun arabuluculuk görevini reddedebileceği ya da görevden çekilmesi gerektiği hal ve şartlar HUKUK ve HUKUKY'de düzenlenmemiştir. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/5'te de "Arabulucu ile taraflar arasındaki doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucunun tarafsızlığına ve arabuluculuk sürecine

<sup>245</sup> Aynı durum eser sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Bkz. Eren, *Borçlar Özel*, s. 627; Yavuz, s. 1118; Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. B., İstanbul: Vedat, 2021, s. 545; Gümüş, 2014, s. 48.

<sup>246</sup> Serozan, Rona / Baysal, Başak / Sanlı, Kerem Cem, § 22 Borçlunun Sorumluluğunun Ağırlaşması: Yardımcıdan Kusursuz Sorumluluk, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: On İki Levha, 2022, N. 1 vd.

<sup>247</sup> Aynı husus öğretide eser sözleşmesi için de savunulmaktadır. Bkz. Eren, *Borçlar Özel*, s. 627; Yavuz, C II, s. 1118; Zevkliler/Gökyayla, s. 547; 'İş sahibi müteahhidin ihbar yükümlülüğü altında bulunan ayıp veya durumları müteahhid dışında başka kaynaklardan öğrenmişse, müteahhidin, böyle bir ihbarda bulunması, istisnai olarak onun ihbar yükümlülüğünü ihlalden söz edilemez.': Eren, Fikret, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996)*, 3. B, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 72.

<sup>248</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 112.

<sup>249</sup> Bkz. "3.1.4.4. Sözleşmeye Aykırılık" başlığı.

açıkça zarar verecek nitelikteyse; arabulucu, tarafların aksi yöndeki talepleri ve anlaşmasına bakılmaksızın, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir” düzenlemesine yer verilmiştir<sup>250</sup>. Öğretide HMK m. 34’te sayılan hâkimin davaya bakmaktan yasaklılık sebeplerinden<sup>251</sup> bir veya birkaçının varlığı halinde tarafların arabuluculuk görevini üstlenmesini veya devam etmesini birlikte talep etmiş olsalar dahi daha sonra süreçte doğabilecek şüphe nedeniyle başarısızlığa uğraması tehlikesi nedeniyle arabuluculuk görevinden Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/5’e göre kaçınması veya çekilmesi savunulmaktadır<sup>252</sup>. Bu çerçevede arabulucunun uyuşmazlığın tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta arabuluculuk görüşmesi yapması zaten mümkün değildir. Arabuluculuk sürecinin temel özelliklerinden olan arabulucunun uyuşmazlığa yabancı üçüncü bir kişi olması şartı bu durumun ortaya çıkmasını engeller. HMK m. 34’teki diğer şartların varlığı halinde de arabulucu arabuluculuk teklifini reddetmeli veya arabuluculuk sürecinden çekilmelidir. HMK m. 36’daki ret sebeplerinin varlığı halinde ise arabulucu maddedeki sebepler nedeniyle sürecin başarısızlıkla sonuçlanabileceğini öngörüyorsa yine arabuluculuk teklifini reddetmeli veya arabuluculuk sürecinden çekilmelidir.

Son olarak önüne gelen uyuşmazlıkta arabulucu sahip olduğu mesleki yeterliliğe sahip olmadığını veya tarafların beklentilerini karşılayamayacağını düşünüyorsa Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 7/7’ye göre arabuluculuk teklifini reddetmeli veya sürece başlanmış ise süreç hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.

#### 1.4.6. Reklam Yasağı

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerine hizmet eden arabulucunun görevinin bir kamu hizmeti olduğu öğretide kabul edilmektedir<sup>253</sup>. Söz konusu hizmetin görülmesi sırasında haksız rekabetin ortaya çıkmasının önüne geçilmesi için 1136 sayılı Avukatlık Kanunu<sup>254</sup> m. 55’te düzenlenen reklam yasağına paralel bir düzenleme yapılarak HUAK

<sup>250</sup> Bu hükmün Türkiye Arabulucular Etik Kuralları yerine doğrudan HUAK m. 9/2’nin içerisinde düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olurdu.

<sup>251</sup> Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olmasına ilişkin durumlar için bkz. Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 279 vd.; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 118 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 132 vd.

<sup>252</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 112.

<sup>253</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 114.

<sup>254</sup> RG 07.04.1969-13168.

m. 10 ve HUAKY m. 12’de arabulucunun yükümlülükleri arasında reklam yasağına uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Arabuluculuk sıfatının kullanılmasının bir hak olması nedeniyle sicile kayıtlı arabulucuların reklam ve tanıtımlarını yaparken TMK m. 2’de düzenlenen ve Arabuluculuk Etik Kuralları m. 8/3’te de ifade edilen dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri gerekir<sup>255</sup>. Bu çerçevede arabulucunun kendisi hakkında tecrübeleri, sahip olduğu nitelikleri, hizmetleri ve talep ettiği ücret hususunda verdiği bilgiler arabulucunun gerçek durumuna uygun ve doğru olmalıdır<sup>256</sup>. Bu bağlamda arabulucular daha fazla uyumsuzluk çözümüne yardımcı olmak amacıyla reklam olarak değerlendirilebilecek herhangi bir teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaklanmıştır. Özellikle basılı kağıtlarında ve tabelalarında arabulucu, avukat, akademik unvanları ve sicil numaraları dışında bir başka unvan ve sıfatı kullanmaları yasaktır<sup>257</sup>. Arabulucular basılı kağıtlarında, tabelalarında, elektronik ortamda yahut tanıtıma yönelik diğer iletişimlerinde katılmış olduğu arabuluculuk süreçleri sonucu ve başarısı hakkında kısmen de olsa söz vermemeli ve hiçbir şekilde etik kurallarla uyuşmayacak nitelikte reklam yapma teşebbüsünde bulunmamalıdır<sup>258</sup>.

#### 1.4.7. Tarafların Aydınlatılması

Arabulucu arabuluculuk sürecinin başında HUAK m. 11, HUAKY m. 13 ve Arabuluculuk Etik Kuralları m. 2/3 uyarınca arabuluculuğun esasları, sürecin işleyişi ve sürecin hukuki sonuçları hakkında bizzat ve tarafların bunların tümünü kavramasına uygun şekilde şahsen ve doğrudan aydınlatmakla yükümlü kılınmıştır<sup>259</sup>. Bu çerçevede arabulucunun arabuluculuk sürecindeki yeri, arabuluculuk sürecinin işleyişi, taraflarca başka türlü kararlaştırılmamışsa süreç sırasında izlenecek usul hakkında tarafları aydınlatmalıdır<sup>260</sup>. Ayrıca tarafların bu sırada kendisine yönelttiği soruların tamamını tarafların verdiği cevapların taraflar için tatmin edici olduğuna emin olarak cevaplandırılmalıdır. Arabulucu özellikle arabuluculuk sürecine ilişkin temel ilkelerin

<sup>255</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 115.

<sup>256</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 115.

<sup>257</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 115; Dür, s. 461; Börü/Parlak Börü, s. 42.

<sup>258</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 115; Dür, s. 461; Börü/Parlak Börü, s. 42.

<sup>259</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 113; Dür, s. 437; Börü/Parlak Börü, s. 43.

<sup>260</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 113; Dür, s. 437; Börü/Parlak Börü, s. 43; Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

neler olduğu, tarafların hangi haklara sahip ve hangi yükümlülükler altında olduğu ile sürecin iradiliği hususunda tarafları aydınlatmalıdır<sup>261</sup>.

Arabulucu tarafları, sürecin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi durumunda anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ihtiyaç duyulmadan hangi şartlar altında ilam niteliğinde belge sayılacağı, hangi şartlarda ilam şerhinin verilmesiyle ilam niteliğinde belge niteliğinde sayılacağı ve bu çerçevede sürece ilişkin diğer hukuki sonuçlar bakımından tarafları HUAKY m. 13/2'ye göre aydınlatmalıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken arabulucu tarafsızlığını korumalı; bu çerçevede taraflardan biri için karşı taraf aleyhine avantaj sağlayabilecek tutum ve davranışlardan özellikle kaçınmalıdır<sup>262</sup>. Öğretide sürecin başında zorunlu olarak yapılması öngörülen aydınlatma yükümlülüğünün süreç içerisinde de arabulucunun gerekli gördüğu durumlarda yapılmaya devam edilmesi savunulmaktadır<sup>263</sup>. Arabulucunun süreç içerisinde tarafları aydınlatmasının özellikle taraflar arasındaki görüşmelerin kopma noktasına geldiği durumlarda önem arz edeceği ifade edilmektedir<sup>264</sup>.

Arabulucunun süreç sırasında taraflar arasında bir güç dengesizliği bulunduğunu yahut bir eşitsizliğin olduğunu fark ettiği durumlarda öğretide zayıf olan tarafın arabulucu tarafından bu eşitsizlik ya da güç dengesizliğinden korunması için hukuki veya teknik konularda bir uzmanın yardımını alabileceğini hatırlatması gerektiği savunulmaktadır<sup>265</sup>. Zayıf tarafın arabulucu tarafından iradesini özgürce açıklamayacağı kanaatine varılması durumunda süreçten çekilebileceği hususunda uyarılmalı, tüm çabalarına rağmen sürecin zayıf tarafın güçlü tarafça bu durumundan yararlanarak bir anlaşmaya varılması yönünde ilerlemesi halinde kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak süreci de sonlandırılabilen konusunda tarafları bilgilendirmelidir<sup>266</sup>.

<sup>261</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 113; Dür, s. 437; Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

<sup>262</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 114; Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

<sup>263</sup> Taşpolat Tuğsavul, s. 153.

<sup>264</sup> Taşpolat Tuğsavul, s. 153.

<sup>265</sup> Ermenek, s. 133; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 114.

<sup>266</sup> Ermenek, s. 133; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 114.

#### 1.4.8. Aidat Ödenmesi

Arabulucular HUAK m. 12/1'e göre sicile kayıtlarında giriş aidatı öderler ve her yıl için belirlenecek olan yıllık aidatı ödemekle yükümlüdürler. HUAKY m. 32/1-f) ile HUAKY m. 14/2 uyarınca arabulucuların ödemesi gereken giriş aidatı ve yıllık aidatın miktarlarını belirleme yetkisi Arabuluculuk Kuruluna verilmiştir. Giriş aidatı ve yıllık aidatlar HUAK m. 12/2'e göre genel bütçeye gelir olarak kaydedilir. Arabulucu yıllık aidatını HUAKY m. 14/4'e göre her yılın haziran ayı sonuna kadar ödemelidir.

#### 1.4.9. Sır Saklama Yükümlülüğü

Vekilin vekalet verene sadakat (bağlılık) borcunun arabuluculuk sürecine bir yansıması arabulucunun sır saklama yükümlülüğüdür. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün temelini arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ilkesi oluşturur<sup>267</sup>. "Gizlilik" başlığını taşıyan HUAK m. 4/1'e göre 'Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla' yükümlü kılınmıştır. Maddenin gerekçesinde arabulucunun tarafların bir tür sırdaşı olduğu ve HUAK m. 4/1'in gizlilik ilkesinin birinci kısmını oluşturduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğu kanunların izin verdiği sınırlar içerisinde tanıklıktan çekilme ve kanuni bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Gerekçenin devamında arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda sicilden silinme veya cezai yaptırımlarla muhatap olması ve hukuki sorumluluğunun varlığı da ifade edilmiştir.

Arabulucu HUAK m. 5/1 ve HUAKY m. 7/1'e göre arabuluculuk görevi sırasında arabulucuya tevdi edilen ve içeriğinin sır niteliği taşıdığı bilgi ve belgelerle ilgili olarak ileride uyuşmazlığın devlet yargısı veya tahkime taşınması durumunda tanıklık yapmaktan çekinmek zorundadır<sup>268</sup>. Arabulucu bundan başka arabuluculuk sıfatıyla yer aldığı uyuşmazlığın devlet yargısı veya tahkim yargılamasına götürülmesi durumunda

<sup>267</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 116; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 135; Dür, s. 446; Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

<sup>268</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 116



HUAK m. 9/4 ve HUAKY m. 11/5'e göre taraflardan birinin avukatlığını da üstlenemez. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 6'ya göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu süreçle ilgili olarak eline geçen tüm bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmalıdır<sup>269</sup>.

#### **1.4.10. Belgeleri Saklama Yükümlülüğü**

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin sona ermesi durumunda, HUAK m. 17/4'e göre faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, kendisine tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri beş yıl boyunca saklamakla yükümlüdür. Maddenin gerekçesinde arabulucunun saklamakla yükümlü olduğu belgeler arabulucuya başvuru bildirim belgesi, arabulucuya tevdi edilen belgelerin asılları ve kopyaları ile faaliyetin sonunda tutulan son tutanak olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu süre arabuluculuk faaliyetinin sonunda düzenlenen son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren başlar.

Arabuluculuk faaliyetinin sonunda arabulucu düzenlediği son tutanağın birer örneğini HUAKY m. 20/4 uyarınca taraflara verir. Ayrıca arabulucu, düzenlemiş olduğu tutanağın bir örneğini de arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde HAUKEY m. 20/4 gereği Arabuluculuk Bilgi Sistemi üzerinden Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermekle yükümlü kılınmıştır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 6/2'ye göre arabulucunun tarafların süreç sırasında nasıl hareket ettiği hakkında üçüncü kişilere de bilgi vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabulucunun taraflardan biriyle özel bir oturumda bir araya gelmesi halinde burada edindiği bilgileri temin ettiği tarafın açık rızası olmadan doğrudan ve dolaylı olarak uyuşmazlığın karşı tarafına Kurallar m. 6/3'e göre aktarmama yükümlülüğü de bulunmaktadır.

#### **1.4.11. Arabulucunun Arabuluculuk Uygulamasını ve Kendisini Geliştirme Yükümlülüğü**

Arabuluculara Arabulucu Etik Kurallar m. 10'da 'arabuluculuğun geliştirilmesi ve arabuluculuğun barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi ve konuya dair toplumsal farkındalığın oluşturulması, artırılması ve kurumun tanıtılması'

<sup>269</sup> Dür, s. 447; Kısmet Kekeç, s. 78; Taşpolat Tuğsavul, s. 136

sorumluluğu yüklenmiştir. Arabulucular bu çerçevede Arabuluculuk Etik Kuralları m. 10/2'ye göre arabuluculuğun farklı uyumsuzluk türlerinde uygulanabilmesi için çalışmalar yapmakla yükümlü kılınmıştır.

Arabulucu Etik Kurallar m. 10/2'ye göre arabuluculuk faaliyeti sırasında gösterdiği arabuluculuk uygulamasını geliştirmeye dikkat ve özen göstermelidir.

Arabulucu Arabuluculuk Etik Kuralları m. 10/3'e göre arabuluculuk yaklaşımlarında farklı görüşlere saygıyla yaklaşmalı, arabuluculuk mesleğini geliştirmek ve uyumsuzluğun taraflarına daha iyi hizmet sunmak amacıyla diğer arabulucularla bilgi alışverişinde bulunmalı, onlarla birlikte mesleki çalışmalar yapmalı, mesleğin icrası sırasında sahip olduğu kazanımları tecrübelerini ve bilgilerini hem diğer arabulucularla hem de ilgili kurum ve kuruluşlarla paylaşmaya özen göstermelidir<sup>270</sup>.

Arabulucu Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 7/2'ye göre mesleki yeterliliğinden ve gelişiminden de sorumlu tutulmuştur. Buna göre arabulucu, yürütebileceği uyumsuzlukların tiplerine, mesleki bilgi ve becerilerinin kapsamına uygun hareket etmelidir. Bundan başka düzenleme uyarınca arabulucu mesleki yeterliliğinin artması, mesleki becerilerinin gelişmesi için yenileme eğitimlerine ve arabuluculuk alanında her türlü bilimsel ve mesleki çalışmalara katılmalıdır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 7/3'te mesleki yeterlilik ve gelişim için gerekli unsurlar; arabuluculuk eğitimiyle kazanılan bilgi ve beceriler, meslek tecrübesi, sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklara ilişkin bilinç ve toplumsal cinsiyete ilişkin bilgi olarak sayılmıştır.

---

<sup>270</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 118.

## 2. BÖLÜM

### ARABULUCULUK SÜRECİNDE TARAFLAR ARASINDA ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİLER

#### 2.1. ARABULUCULUKTA TARAFLARIN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

##### 2.1.1. Tarafların Arabuluculuk Sürecine Gitmesine Neden Olan Hukuki İlişkiler

Arabuluculuk bir uyuşmazlığın taraflarının belli bir konudaki uyuşmazlığı arabuluculuk süreciyle çözmeleri hususunda akdettikleri bir anlaşma üzerine temellenir<sup>271</sup>. Öğretide bu anlaşma çoğunlukla arabuluculuk sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>272</sup>.

Tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk ile çözmek konusunda yapmış oldukları bu anlaşmayı bir arabulucu sözleşmesi takip eder; zira arabuluculuğa niteliğini veren hususlardan biri uyuşmazlığın tarafsız üçüncü bir kişi aracılığıyla çözümlenmesidir<sup>273</sup>. Bu sözleşme öğretide ağırlıklı olarak arabulucu sözleşmesi olarak adlandırılır<sup>274</sup>.

Daha önce söylenenler ışığında arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucu sözleşmesi sözleşmenin tarafları ve sözleşmenin içeriği bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Bu nedenle bu iki sözleşmenin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlerleyen bölümde söz konusu sözleşmelerin hukuki niteliği ve içeriği ele alınacaktır. Sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak öncelikle bu sözleşmenin bir maddi hukuk sözleşmesi yahut usul hukuku sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilecektir. Daha sonra

<sup>271</sup> Bkz. yuk. “3. Kavramsal Çerçeve” başlığı.

<sup>272</sup> Gabriel, s. 68; Öğretide bu anlaşma arabuluculuk sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir: Eiholzer,, N. 283; Habscheid, s. 941; Meyer, s. 200 vd.

<sup>273</sup> Bkz. yuk. “1.1.1.4. Arabulucunun İşlevi” başlığı.

<sup>274</sup> Gabriel, s. 69; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. “3. Kavramsal Çerçeve, dn. 33”.

söz konusu sözleşmelerin kurulması için bulunması gereken esaslı noktalar ve tabii (olağan) noktalar<sup>275</sup> açıklığa kavuşturulacaktır.

Arabuluculuk süreci, çatışmanın tarafları ve arabulucu olmak üzere en az üç kişinin katılımıyla yürütülür. Çatışmanın tarafları arasında birbirinden farklı hukuki ilişkiler bulunabilir. Pek çok durumda taraflar arabuluculuk sürecinin başlamasından önce halihazırda çatışmaya sebebiyet veren bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bundan başka, tarafların aralarında arabuluculuğa gidecekleri hususunda yaptıkları arabuluculuk sözleşmesi, arabuluculuk sürecinin şekillenmesini sağlayan, tarafların karşılıklı olarak hak ve borçlarının düzenlendiği arabulucu sözleşmesi ile sürecin anlaşmayla sona ermesi halinde tarafların üzerinde anlaştıkları hususları tespit ettikleri anlaşma belgesi de taraflar arasındaki temel hukuki ilişkiler olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşmeler kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. Bu husus ilgili sözleşmelerin taraflarca dikkatli ve özenli bir şekilde ve doğabilecek sorunları öngörerek hazırlanmasını gerektirir. Çalışmanın devamında ilgili hukuki ilişkiler ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### **2.1.2. Taraflar Arasında Muhtemel veya Halihazırda Bir Uyuşmazlık Bulunması**

Tarafların arabuluculuk yöntemiyle başvurmayı kararlaştırması için öncelikle aralarında muhtemel ya da halihazırda bir uyuşmazlığın bulunması gerekir. HUAK m. 1/2'de söz konusu uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ya da işlemlerden kaynaklanması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca taraflar arasında bir uyuşmama hali ve korunması talep edilen dava edilebilir bir hak ile bir dava hakkı da bulunmalıdır<sup>276</sup>. Nitekim, çoğunlukla taraflar arasında bir anlaşma sağlanamaması halinde uyuşmazlık medeni yargıya taşınır. Buradan hareketle tarafların söz konusu

<sup>275</sup>Sözleşmenin kurulması için bulunması gereken esaslı ve tabii (olağan) noktalar için bkz Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 1988, s. 230; Huguenin, Claire, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2019, s. 39 vd.; Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2018, s. 83 vd.; Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, J. / Emmenegger, S., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Zürich: Schulthess, 2020, N. 286 vd.; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Legem, 2023, N. 473; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C I, İstanbul: Vedat, 2023, N 16 vd.

<sup>276</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 464 vd.; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 285 vd.

uyuşmazlık hakkında dava açmakta hukuki yararı (menfaati) bulunmalıdır. Bahsi geçen hukuki duruma hukuki korunma (himaye) ihtiyacı da denir<sup>277</sup>.

### 2.1.3. Arabuluculuk Sözleşmesi

#### 2.1.3.1. Genel Açıklamalar

Tüm özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi arabuluculuk sözleşmesi tarafların sözleşme görüşmelerinde kurulabilir. Bununla birlikte sözleşmenin bu aşamada kurulması zorunlu değildir. Sözleşme görüşmelerinin başlaması veya daha öncesinde bir koruma yükümlülüğünü doğuracak şekilde ortaya çıkan işlemsel temas çerçevesinde karşı taraf nezdindeki özel bir güvenin sağlanması söz konusu ise taraflar *culpa in contrahendo* sorumluluğundan kaçınmak için aralarında birtakım hukuki işlem ya da sözleşmeler yapabilirler<sup>278</sup>. Uygulamada sözleşme görüşmelerinin başlamasından önce taraflardan birinin karşı tarafa sözleşme yapmayı amaçladığına dair bir niyet mektubu verdiği görülmektedir<sup>279</sup>. Söz konusu mektupta, mektubu verenin muhatabına belirli bir sözleşmeyi yapma yönündeki isteğini açıkladığı ve bunun gerçekleşmesi için hukuken bağlı olma iradesi bulunmaksızın “ciddi olarak gerekli eylemlerde bulunma taahhüdünü” barındıran tek taraflı hukuki beyandır<sup>280</sup>. Bunun dışında tarafların, sözleşme görüşmelerine başlamadan önce uygulamada ön hazırlık anlaşmaları (*Vorfeldvereinbarungen*) akdettikleri de görülmektedir. Bu tip anlaşmaların en sık olarak görüşme sözleşmeleri (*Verhandlungsvertrag*) tipi akdedilmektedir. Söz konusu sözleşmeler, temelinde bir hatırlı ilişkisi barındırır. Bu nedenle bu tip sözleşmeler tarafların sorumluluk altına sokmayacak biçimde bir sözleşmenin yapılması veya değiştirilmesi için görüşme yapmayı taahhüt ettikleri sözleşmelerdir<sup>281</sup>. Taraflar, bunların yanı sıra, görüşmeler sırasında karşı taraf hakkında edindikleri bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasını yasaklamak amacıyla sır saklama sözleşmesi, doğacak masrafların ne

<sup>277</sup> Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 285 vd.; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 261; Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 636.

<sup>278</sup> Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 139; bu hususta ayrıca bkz. Ayrancı, Hasan, *Ön Sözleşme*, Ankara: Yetkin, 2006, s. 40 vd.

<sup>279</sup> Ayrancı, s. 91; Niyet mektubu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oral, Tuğçe, “Niyet Mektubu”, *TAAD*, C. 7 S. 28, 2016, s. 146 vd.

<sup>280</sup> Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 139;

<sup>281</sup> Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 139; Oral, *Niyet Mektubu*, 154.

şekilde paylaşılacağını tespit eden masraf paylaşma sözleşmesi ve görüşmeler sırasında üçüncü kişilerle aynı veya benzer konularda sözleşme yapmaya ilişkin görüşmelere katılmama taahhüdü içeren münhasırlık sözleşmesi de yapabilirler. Tüm bu sözleşmelerin içeriğinden tarafların, ileride doğması muhtemel anlaşmazlıkları öngördükleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla taraflar aralarında oluşan bu sosyal temas sırasında ileride ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların tahkim ya da çalışmamız çerçevesinde arabuluculuk yoluyla çözülmesini de kararlaştırabilirler<sup>282</sup>.

### 2.1.3.2. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Daha önce ifade edildiği gibi arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarının aralarında yapmış oldukları arabuluculuğa başvuru yapılmasına ilişkin sözleşmedir<sup>283</sup>. Türk öğretisinde arabuluculuk sözleşmesinin etki ettiği hukuk alanına göre bir usul sözleşmesi mi yoksa bir maddi hukuk sözleşmesi mi olduğu tartışılmış<sup>284</sup> ve bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir<sup>285</sup>. Buna karşın öğretilerde bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre bu sözleşme sonuçlarını hem maddi hukuk hem de usul hukukunda gösteren karma nitelikte bir sözleşmedir<sup>286</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesinin, etkilerini doğurduğu hukuk alanı üzerine yapılan tartışmaların aksine, Türk hukuku bakımından kanunda düzenlenen bir isimli sözleşme yahut bir isimli sözleşme olup olmadığı meseleleri üzerinde yeterince durulmamıştır. Öğretilerde, çoğunlukla arabuluculuk sözleşmesinin atipik sözleşmelerden *sui generis* bir sözleşme olduğu görüşü savunulmaktadır<sup>287</sup>. Buna karşın İsviçre öğretisinde bizim de

<sup>282</sup> Öğretilerde bu bağlamda, tarafların anlaşmak suretiyle henüz ortaya çıkmayan bir talebin dava edilebilirliğini engelleyip engelleyemeyeceklerini; bir başka ifadeyle, taraflara sözleşme ile eksik borç yaratıp yaratamayacakları tartışılmıştır. Tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde eksik borç yaratabilecekleri öğretilerde kabul edilmektedir. Buna karşın, dava hakkından daha doğmadan bir sözleşme ile feragat edilmesi TBK m. 27 çerçevesinde kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden böyle bir hükmün geçerli olamayacağı savunulmaktadır. Bkz. Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 466-470; Karş. Eren, *Borçlar Genel*, N. 264.

<sup>283</sup> Bkz. yuk. “3. Kavramsal Çerçeve” başlığı.

<sup>284</sup> Tartışmalar için bkz. Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 189-202.

<sup>285</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 91; Eminoğlu/Erdoğan, s. 34.

<sup>286</sup> Kılıçoğlu, s. 53; Dür, s. 331; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 192; Taşpolat Tuğsavul, s. 104.

<sup>287</sup> Gabriel, s. 91; Eiholzer, N. 350; Fankhauser-Lobsinger, s. 5; Meyer, s. 201; Bertolino, s. 26; Kılıçoğlu, s. 52; Dür, s. 331.

katıldığımız görüşe göre arabuluculuk sözleşmesi bir adi ortaklık sözleşmesidir<sup>288</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla çaba sarf etmeyi ve bu çerçevede doğabilecek masrafları üstlenmeyi kararlaştırırlar. Bu tarafların emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri adi ortaklık sözleşmesini işaret eder. Adi ortaklık, “tarafların birbirini tanıdığı, birbirlerinin kabiliyet ve şahsiyetlerine güvenen, eşit ve aynı durumda olan, gerçek ve/veya tüzel kişilerin, müşterek amacın gerçekleşmesini sağlayacak vasıtaları ortaklığa getirmek konusunda karşılıklı ve uygun irade beyanlarının birbirine ulaşmasıyla teşkil eden bir kişi topluluğudur”<sup>289</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar kendi menfaatleri doğrultusunda, aralarında doğan uyuşmazlığı çözmek amacıyla dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk yöntemine başvurmayı kararlaştırırlar. Sonuç olarak, arabuluculuk sözleşmesi HUAK hükümlerinin TBK’nın adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümlerine göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşıdığı bir adi ortaklık sözleşmesidir. Buradan hareketle adi ortaklıkta adi ortaklık sözleşmesi sonucu tarafların kurduğu topluluğa kısaca “adi ortaklık” denilmesinden hareketle arabuluculuk sözleşmesi sonucu tarafların oluşturduğu ortaklığa HUAK m. 4/1 c’de yapılan arabuluculuk tanımında yer alan “bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için” ifadesinden yola çıkılarak çözüm ortaklığı teriminin kullanılmasının uygun olduğu düşüncesindeyiz.

<sup>288</sup>Habscheid, s. 941; Tarafların aralarında çıkan uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeleri hususunda anlaşmaları halinde aralarında çalışma ittifakı (*Arbeitsbündnis*) olarak nitelendirilen adi ortaklık benzeri bir ilişkinin ortaya çıktığı hakkındaki görüş için bkz. Fischer/ Schneuwly, s. 359; adi ortaklık bakımından anonim şirketlerde olduğu gibi TTK m. 331/1’de yer alan sınırlandırmalar bulunmamaktadır. "TBK m. 622’de yer alan ‘kazanç’ tabiri sadece bir faaliyetin finansal sonuçlarını ifade etmemektedir. Şirketin menfaatine yapılan faaliyetlerle bağlantılı olarak herhangi bir şekilde ortaya çıkan maddi ve manevi (gayri maddi) avantaj ve faydaları da ifade etmektedir. Adi ortaklık mutlaka ekonomik amaç elde etmek amacıyla kurulmaz... Amaç yönünden aksine açıkça bir düzenleme olmadığı sürece tarafların irade özerkliği ilkesi bağlamında adi ortaklığın amacı olarak ekonomik amaç dışında siyasi, kültürel, dini, manevi amaçları da serbestçe tayin etme özgürlüğüne sahip olduğunu kabul etmek gerekir": bkz. Şenocak, Kemal, Onsekizinci Bölüm-Adi Ortaklık Sözleşmesi, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ed.: Öz, Turgut), Ankara: Seçkin, 2023, s. 924.

<sup>289</sup>Şenocak, s. 917; Eren, s. 852; Yavuz, s. 1678; Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. B., İstanbul: Beta, 2022, s. 15; Bozkurt, Tamer, *Şirketler Hukuku*, 15. B., Ankara: Yetkin, 2023, s. 67.

### 2.1.3.3. Arabuluculuk Sözleşmesinin Nitelikleri

#### 2.1.3.3.1. Arabuluculuk Sözleşmesi Çok Taraflı Bir Sözleşmedir

Çok taraflı bir sözleşme olan arabuluculuk sözleşmesinde tarafların üstlendikleri edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesi değil bunun yerine tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla bir araya gelmesi söz konusudur<sup>290</sup>. Ayrıca arabuluculuk sözleşmesi iki veya daha fazla menfaatin bulunduğu “çok kutuplu-çok taraflı” sözleşmelerden biridir<sup>291</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar aynı sözleşmenin alacaklı-borçlu ikiliği bulunmaksızın bağımsız tarafı olarak bulunurlar.

#### 2.1.3.3.2. Arabuluculuk Sözleşmesi İvazsız Bir Sözleşmedir

Arabuluculuk sözleşmesi karşılıklı edimlerin mübadelesini gerektirmeyen ortak amacın izlenmesine yönelik bir sözleşme olduğu için ivazsız bir sözleşmedir<sup>292</sup>. Bir başka ifadeyle taraflar karşı tarafın ediminin ifası için kendisi bir edim yükümlülüğü altına girmemektedir. Dolayısıyla taraflardan her birinin üstlendiği edim yükümlülüğünün hukuki sebebi aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirecek çözüme bulunmasına ilişkin menfaatlerinin izlenmesi ve bir çözümün bulunmasının amaçlanmasıdır. Taraflar kendilerine düşen edimlerini ifa ederken bundan bir fayda sağlamayı da beklerler. Ancak söz konusu fayda diğer tarafın karşı edimi niteliğinde değildir. Taraflar ortak bir çözüme ulaşmak için bu amaç uğruna edimlerini birleştirmektedirler<sup>293</sup>.

#### 2.1.3.3.3. Arabuluculuk Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir

İhtiyari arabuluculukta arabuluculuk sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmasının gerekli ve yeterli olduğu rızai bir sözleşmedir. Taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla bağımsız ve tarafsız bir arabulucunun yönetiminde arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurma

<sup>290</sup> Bkz. Eren, *Borçlar Özel*, s. 843.

<sup>291</sup> Bkz. Şenocak, s. 941.

<sup>292</sup> Şenocak, s. 941-942; karşı. Eren, *Borçlar Özel*, s. 844.

<sup>293</sup> Şenocak, s. 942; karşı. Eren, *Borçlar Özel*, s. 844.



hususunda iradelerinin karşılıklı ve birbirlerine uygun açıkladıkları anda sözleşme kurulmuş olur.

#### 2.1.3.3.4. Arabuluculuk Sözleşmesi Sürekli Bir Sözleşmedir

Arabuluculuk sözleşmesinde tarafların her birinin üstlendiği asli edim yükümlülüğü zamana yayılmış bir biçimde sözleşmenin sona ermesine kadar devamlı ifa edildiği için sözleşme sürekli bir sözleşmedir. Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar arabuluculuk sözleşmesi görüşmelerinin sonuna kadar uyuşmazlığı sona erdirecek bir çözüm elde etmek için gereken çabayı sarf etmek, gerekirse çıkacak masrafları ve arabulucunun ücretini karşılayarak ortak amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmak, bunun bir çözüm etrafında uzlaşarak uyuşmazlığın sona erdirilmesi için çaba sarf etmekle yükümlüdürler<sup>294</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TBK m. 626 uyarınca taraflar, ortak amacı engelleyecek ve zarar verecek işleri yapmama yükümlülüğü altında olup söz konusu sadakat yükümlülüğü süreklilik arz eden bir yükümlülüktür. Taraflar arabuluculuk görüşmeleri sırasında samimi olmalı ve görüşmelerde zaman ve bilgi edinmek amacıyla hareket etmemelidir.

#### 2.1.3.3.5. Taraflar Arabuluculuk Süreci Kapsamında Doğan Borçlarından Müteselsil Olarak Sorumludurlar

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sözleşmesinde arabuluculuk ücret ve masrafla ilgili olarak anlaşabilirler. Tarafların bu hususta herhangi bir anlaşmaya varmamış olmaları halinde HUAK m. 7/2 ve HAUKEY m. 10/2 uyarınca taraflar ücret ve masraflara eşit olarak katlanırlar. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucunun dışında, süreci çözüme ulaştıracak belirli bir bilgi ya da belgenin değerlendirilmesi için uzman bir kişiye başvurması veya tarafların bu konuda açıkça rızasının bulunması halinde; örneğin taşınmazda keşif yapılması gibi hallerde, doğacak masraflara ilişkin olarak HUAK ya da diğer mevzuatta hüküm bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, tarafların dış ilişkide ne şekilde sorumlu olduklarına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Türk öğretisinde,

<sup>294</sup> Adi ortaklık bakımından bkz. Eren, *Borçlar Özel*, s. 845-943.

bir görüşe göre tarafların dış ilişkide müteselsil olarak sorumluluğu kabul edilemez<sup>295</sup>. Bu görüşü savunanlara göre HUAK'ta ücret ve masrafın müteselsil olarak ödeneceği düzenlenmediği için böyle bir sorumluluk söz konusu değildir. Buna karşın, bizim de katıldığımız görüşe göre arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olması ve arabulucunun süreci yöneten “yönetici” konumunda olması nedeniyle TBK m. 638/3 ile m. 630/1 göndermesiyle birlikte vekalet verenlerin sorumluluğunu düzenleyen m. 511/1 hükümlerinin tamamı göz önüne alındığında taraflar arasında müteselsil sorumluluk bulunmaktadır<sup>296</sup>.

#### 2.1.3.4. Unsurları

Bir arabuluculuk sözleşmesi kendisini tanımlayan objektif esaslı noktaları (*essentialia negotii*) içerir<sup>297</sup>. Şayet bu hususlar anlaşmada yer almıyorsa söz konusu anlaşmayı arabuluculuk anlaşması olarak tanımlamak mümkün değildir. Sözleşmenin içeriğinin önemli bir kısmı arabuluculuğun tanımıyla, diğer kısmı ise sürecin kendinden menkul nitelikleri ile şekillenir.

Sözleşmenin kurulması için; belli ya da belirlenebilir bir uyuşmazlığın, üçüncü bir kişinin aracılığıyla ve dostane bir şekilde çözüme ulaştırılması hususları tarafların anlaşması gerekli olan esaslı noktalar olarak sıralanmaktadır<sup>298</sup>. Bu unsurlar arabuluculuğun tanımından çıkarılmaktadır<sup>299</sup>.

Bir tahkim anlaşmasının en önemli hususlarından biri taraflarca devlet yargısına başvurulmayacağına kararlaştırılmasıdır<sup>300</sup>. Arabuluculuk sözleşmesinde de tahkim anlaşmasında olduğu gibi uyuşmazlığın çözümünün devlet mahkemeleri dışında gerçekleşeceğine ilişkin bir kararlaştırmanın yer almasından ötürü böyle bir anlaşma hükmünün arabuluculuk sözleşmesinde de mutlaka yer alması gerektiği sorusu akla

<sup>295</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 167.

<sup>296</sup> Dür, s. 411.

<sup>297</sup> Gabriel, s. 69; Eiholzer, N. 343 vd.

<sup>298</sup> Eiholzer, N. 283; Goetz, s. 282 vd.

<sup>299</sup> Bkz. yuk. “3. Kavramsal Çerçeve” başlığı.

<sup>300</sup> Tarafların uyuşmazlıklarının çözümünü bir mahkemeden talep etmeyecekleri yönünde yaptıkları kararlaştırmanın tahkim anlaşmasının objektif esaslı unsuru olduğu yönünde bkz. BGE 129 III 675; Gabriel, s. 70.

gelebilir. Söz konusu soruya olumlu bir cevap vermek mümkün değildir; zira arabuluculuk uyuşmaya ve uyuşmazlığın taraflarının kendilerince çözülmesine (*Eigenverantwortlichkeit*) dayanan bir süreçtir. Uyuşmazlığın taraflarının arabulucunun aracılığına rağmen dostane bir çözüm bulamamaları halinde, tarafların dışında uyuşmazlığı sonlandıracak herhangi bir nihai irade, süreç bağlamında öngörülmemiştir<sup>301</sup>. Usul açısından bakıldığında, arabuluculuk, bu işlevi yerine getiren tahkimin<sup>302</sup> aksine, devlet yargı yetkisinin yerine kullanılamaz. Arabuluculuk sözleşmesine devlet yargısını dışlayıcı böyle bir hükmün konulması arabuluculuğun işlevi ile bağdaşmaz. Devlet yargısından arabuluculuğa gidilmesi suretiyle tamamen vazgeçileceğine ilişkin bir anlaşma hükmü Türk-İsviçre hukukunda düzenlenmediği için böyle bir sözleşme hükmü geçersiz olur<sup>303</sup>. Bu nedenle söz konusu husus arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından değildir. Bundan başka arabuluculuk sözleşmesi devlet yargısını tamamen dışarıda bırakacak şekilde akdedilemez<sup>304</sup>.

Sonuç olarak tarafların devlet yargılamasını dışarıda bırakacaklarına ilişkin kararlaştırma arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı unsuru değildir. Bu husus daha ziyade sözleşmenin bir anlaşmaya varılması sonucu olarak ortaya çıkar ve tarafların anlaşması durumunda sonuçlarını usul hukukunda da gösterir<sup>305</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesinin içerisinde yer alması gereken objektif esaslı noktaların yanında uyuşmazlığın taraflarının TBK m. 26 ve 27'deki sınırlar çerçevesinde başka hususlar üzerinde de anlaşmaları mümkündür. Arabuluculuk sözleşmesi kapsamında taraflar aralarındaki uyuşmazlığın belirli bir arabuluculuk bürosu ya da belirli bir arabulucu tarafından da yürütülebileceğini kararlaştırabilirler<sup>306</sup>. Böyle bir belirleme yapılırken dikkat edilmesi gereken husus fikri hukuk ya da tüketici hukukundan kaynaklı

<sup>301</sup> Bkz. yuk. "1.2.1. İradilik" başlığı.

<sup>302</sup> Bkz. yuk. "1.1.1.3.3. Tahkim Yargılaması ve Hakem" başlığı.

<sup>303</sup> Tanrıver, *Medeni Usul I*, s. 233; Yılmaz/Arslan/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 195; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 148.

<sup>304</sup> Gabriel, s. 71.

<sup>305</sup> Gabriel, s. 71; bu husustaki tartışmalar için bkz. Gabriel, s. 72 vd.; ayrıca anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınması ve anlaşma kapsamına giren hususlarda daha sonra dava açılmaması hakkında bkz. bkz. Tanrıver, *Alternatif*, s. 117-125; Akipek Öcal, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Kurt Konca, Nesibe/Demir, Şamil, Üçüncü Bölüm: Arabuluculukta Hukuki Esaslar, *Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı*, (Ed.: Şebnem Akipek Öcal) Ankara: Avrupa Konseyi, 2023, s. 256 vd.

<sup>306</sup> Gabriel, s. 71.

uyuşmazlıklarda olduğu gibi özellik arz eden durumlarda uyuşmazlığı çözecek arabulucu veya arabuluculuk bürosunun bu konuda uzmanlaşmış olmasıdır<sup>307</sup>. Tarafların üzerinde anlaşabileceği bir başka sübjektif esaslı nokta sürecin işleyişine ilişkindir. Taraflar arabuluculuk sürecinin hangi usul ve esaslarla yürüyeceğini de kararlaştırabilirler. Bunun yanında, tarafların arabuluculuk sürecinin yürütülmesi sırasında gizlilik şartının bulunmayacağı veya arabuluculuk ücret ve masraflarının paylaşımına ilişkin olarak özel hükümler de koymaları mümkündür<sup>308</sup>. Tarafların bu konudaki düzenlemeleri daha sonra arabulucu ile yapacakları arabulucu sözleşmesi ile uyumlu olmalıdır. Tarafların bu konuda kararlaştırabileceği hususlar özellikle arabulucunun görüşmeleri yönetim usulü yahut en fazla kaç oturum yapılacağı ya da tarafların bu süreç için ayıracakları meblağı öngörmelerine yarayan en üst maliyet olabilir<sup>309</sup>. Taraflar ayrıca haklı bir mazereti olmaksızın görüşmeleri aksatmayacaklarına ya da arabulucunun süreci mümkün olan en hızlı şekilde yürütmesi için arabulucu ile tam bir iş birliği içerisinde olacakları taahhüdünü sözleşmeye koyabilirler<sup>310</sup>.

#### 2.1.3.4.1. Kişi Unsuru

Arbuluculuk sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi için en az iki tarafın varlığı gereklidir<sup>311</sup>. HUAK m. 2/1-b fıkrasında arabuluculuk tanımı yapılırken "tarafları bir araya getiren" ifadesi kullanılarak arabuluculuk sürecine gidilebilmesi için en az iki tarafın varlığının zorunlu olduğuna işaret edilmektedir. Arabuluculuk sürecine en az iki tarafın katılmaya karar vermesi yalnızca arabuluculuk sözleşmesinin kurulması için değil, ayrıca sürecin devamı için de gereklidir. Dolayısıyla yalnızca iki tarafın bulunduğu bir arabuluculuk sürecinde taraflardan birinin sürece devam etmek istememesi halinde arabuluculuk süreci kendiliğinden sona erer<sup>312</sup>. Buna karşın, HUAK arabuluculuk yöntemine başvurulabilmesi için taraf sayısı bakımından bir üst sınır getirmemiştir. Kanunda bir üst

<sup>307</sup> Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, *Arbuluculukta Hukuki Esaslar*, s. 203 vd.

<sup>308</sup> Tanrıver, *Arbuluculuk*, s. 93.

<sup>309</sup> Eiholzer, N 289 vd.; Gabriel, s. 72.

<sup>310</sup> Gabriel, s. 72.

<sup>311</sup> Gabriel, s. 84; Arslanlı, Halil, *Kollektif ve Komandit Şirketler*, 2. B., İstanbul: Halil Akgün Matbaası, 1960, s. 46; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. B., İstanbul: Vedat, 2021, s. 52; Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. B., İstanbul: Vedat, 2016, N. 41; Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara: Yetkin, 2008, s. 3; Şener, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 5. B., Ankara: Seçkin, 2022, s. 1.

<sup>312</sup> Bkz. yuk. "1.2.1. İradilik" başlığı.

sınır getirilmemiş olmasına rağmen, ihtiyarı arabuluculuk bakımından, kişilerin şahsi özelliklerinin büyük önem taşıdığı arabuluculuk sürecinde tarafların arabuluculuk adına yapılan işlemlerden dolayı TBK m. 638'in kıyasen uygulanması sonucu sınırsız, müteselsil ve birinci derecede sorumlu olması ve aynı zamanda görüşmelere katılmanın zorluğu taraf sayısının artması bakımından doğal bir engel oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, aralarındaki sorunu ihtiyari olarak dostane bir biçimde çözmek çoğunlukla birbirini tanıyan ve güvenen kişiler arasında mümkündür<sup>313</sup>.

Arbuluculuk sürecinde taraflar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bu çerçevede dernek ve vakıflar, ticaret şirketleri ve kamu tüzel kişileri arabuluculuk görüşmelerinde taraf olabilirler<sup>314</sup>.

Arbuluculuk sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sürece katılacak gerçek kişilerin tam ehliyetli olması gerekir. Ayırtım gücü bulunmayan tam ehliyetsiz kişilerin TMK m. 15'e göre arabuluculuk sözleşmesine taraf olması mümkün değildir. Tam ehliyetsiz kişiler ancak kanuni temsilcilerinin arabuluculuk sözleşmesini onlar adına yapmaları halinde sözleşmenin tarafı olabilirler. Sınırlı ehliyetsiz olan ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların arabuluculuk sözleşmesine taraf olabilmeleri için kanuni temsilcilerinin rızası gereklidir. Küçüğün anne ve babası velayet hükümleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı TMK m. 342/1'e göre küçüğün yasal temsilcileridir. Bu çerçevede, ayırt etme gücüne sahip küçükler arabuluculuk sözleşmesini velisinin rızasıyla yapabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük anne ve babasıyla bir arabuluculuk sözleşmesi kurmak isterse, velisi ile küçük arasında bir menfaat çatışması ortaya çıkacağından arabuluculuk sözleşmesinin yapılması TMK m. 345'e göre çocuk adına bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar da arabuluculuk yolunda taraf olabilirler. Ancak arabuluculuk sonucunda bir sorumluluğun doğabilecek olması nedeniyle TBK m.

<sup>313</sup> Arabuluculuk sürecine katılan tarafların birbirine güvenmediği durumlarda arabulucu bu güveni tesis etmelidir: Yeşilirmak, *Arbulucu Kimdir*, s. 70; dava şartı arabuluculuk bakımından söz konusu doğal sınır bulunmamaktadır. Özellikle ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından çok sayıda tarafın bulunduğu göze çarpmaktadır.

<sup>314</sup> Fiş Üstün, Gül, "Arbuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *MÜHFHAD*, C. 26 S. 1, 2020, s. 14-15; Çaptuğ, Mehpare, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabulucunun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 33 S. 157, 2021, s. 299.

638/3'e göre TMK m. 462/b.7 uyarınca vesayet makamının izni tek başına yeterli değildir. Bunun yanında TMK m. 463/b.3 uyarınca denetim makamının da izni gerekir.

#### 2.1.3.4.2. Ortak Amaç Unsuru

Arabuluculuk sözleşmesi iki veya daha fazla tarafın arabulucu yardımıyla ortak çaba ve faaliyet göstermek suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla kurulan bir sözleşmedir. Bu çerçevede arabuluculuk sözleşmesi tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla kurulur. Aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmeye amacı sürece katılan her iki tarafın ulaşmak istediği noktadır. Ortak amaç unsuru TBK m. 620'nin kıyasen uygulanmasıyla arabuluculuk sözleşmesinin temel unsurudur. Başka bir ifadeyle, söz konusu amacın izlenmesi arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturur<sup>315</sup>. Ortak amaçtan bahsedebilmek için arabuluculuk sözleşmesi ile ulaşılmak istenen uyuşmazlığın dostane biçimde çözülmesi hedefinin tüm taraflar için müşterek olması gerekir. Söz konusu amaç tüm taraflar için ortak olmalı ve her birinin iradesi bu yönde olmalıdır. Tarafların her biri bu amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermeyi, bir çözümün bulunması için gereken katkıda bulunmayı ve bu sırada ortaya çıkabilecek masraflara katlanmayı taahhüt etmelidir.

Taraflardan her biri, aralarındaki uyuşmazlığı ortadan kaldıracak çözüme ulaşma amacını hem kendi menfaati gerektirdiği için hem de karşı tarafın bundan menfaati olacağı için katkıda bulunmayı, çaba göstermeyi taahhüt ettiğinde burada tarafların ortak amacından söz edilir. Söz konusu ortak amacın izlenmesi, tarafları arabuluculuk sözleşmesi yapmaya iten şahsi saikini arka plana iterek ortak bir çözüm bulma amacını ön plana alarak tüm tarafların kendisi ve diğer tarafların tamamının ortak amaca ulaşılması için katkıda bulunmayı taahhüt etmesini gerektirmektedir. Her bir taraf için uyuşmazlığa çözüm bulma ortak amacı ana amaç olmalıdır. Dolayısıyla taraflar hak temelli taleplerden uzaklaşarak menfaat temelli taleplere yönelmelidirler. Burada belirtmek gerekir ki; ortak amaç taraflardan her biri için ana amaç olduğu müddetçe taraflardan birinin ya da birkaçının kural olarak görüşmelerde üçüncü kişilerin menfaatine hareket etmeleri kural olarak arabuluculuk sözleşmesinin varlığını etkilemez. Bunun yanında, tarafların

<sup>315</sup> Adi ortaklık bakımından da aynı durum geçerlidir. Karş. Şenocak, s. 921; Barlas, N. 84.

tamamının veya bazılarının söz konusu bu ortak amaç yanında başkaca şahsi amaçları izlemesi diğer amaçların birbirinden farklı olması bunların ortak amaca aykırı olmaması koşuluyla arabuluculuk sözleşmesinin varlığını kabule engel değildir<sup>316</sup>.

Tarafların ortak bir çözüme ulaşma amacından bahsedebilmek için taraflardan yalnızca birinin ya da birkaçının kişisel amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak arabuluculuk sözleşmesinin yapılmaması gerekir. Bir başka ifadeyle amacın ortak olması taraflar bakımından aynı amaca ulaşmak istendiğinde kabul edilebilir. Taraflardan bazıları uzlaşma amacıyla arabuluculuk sürecine gitmek istiyor; buna karşın tarafların uzlaşım uzlaşmamasının hiçbir önemi yoksa veya taraflardan biri uzlaşma amacına açıkça karşı çıkıyorsa ihtiyari arabuluculuk bakımından bir arabuluculuk sözleşmesinin varlığı kabul edilemez. Burada belirtmek gerekir ki; tarafların arabuluculuk sözleşmesi yaparken menfaatlerinin farklı olması, farklı saiklere sahip olmaları yahut tarafları arabuluculuk sözleşmesini yapmaya iten motivasyonun aynı olması zorunlu değildir<sup>317</sup>. Arabuluculuk sözleşmesi bakımından önemli olan müşterek amaç için çaba gösterilmesidir. Ancak bu amaca ulaşılması zorunlu değildir. Bir başka ifadeyle sürecin çözümlerle sona ermesi zorunlu değildir. Ayrıca eğer bir uzlaşmaya varılmışsa söz konusu uzlaşmadan tarafların eşit olarak fayda sağlaması da gerekli değildir.

Adi ortaklık bakımından ortak amaç gerçekleşmesi olası, hukuka ve ahlaka uygun bir amaç olmalıdır. Söz konusu amaç imkânsız ya da kanunun emredici kurallarına ya da ahlaka aykırı olmamalıdır<sup>318</sup>. Söz konusu kuralın arabuluculuk sözleşmesine yansımaları ise tarafların arabuluculuk hususunda çözüme kavuşmasını istedikleri uyumsuzluğun da söz konusu şartlara uygun olması hususudur. Örneğin tarafların bir rüşvet sözleşmesi ya da rekabeti bozucu etki doğuran bir sözleşme ile ilgili olarak arabuluculuğa başvurmaları halinde söz konusu arabuluculuk sözleşmesi hukuka aykırılık nedeniyle hükümsüzdür. Böyle bir durumda arabulucu durumu derhal bir tutanakla tespit etmeli ve süreci sona erdirmelidir.

<sup>316</sup> Karş. Şenocak, s. 922-923.

<sup>317</sup> Karş. Şenocak, s. 923.

<sup>318</sup> Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara: Turhan, 2007, s. 196 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 832; Şenocak, s. 928-929.

İhtiyari arabuluculukta izlenecek amaç belirli bir süreye bağlanabilir. Belirlenen sürenin sonunda taraflar bir uzlaşmaya varmış olabilirler ve arabuluculuk görüşmeleri sona erdirilebilir. Tarafların arabuluculuk görüşmeleri bakımından belirli bir süre kararlaştırmaları halinde arabuluculuk sözleşmesinin geçerliliği bundan etkilenmez. Daha önce ifade edildiği gibi tarafların müşterek amaç gerçekleşmesi için çaba göstermesi yeterlidir. Sürecin bir çözümle bitmesi gerekli değildir.

#### 2.1.3.4.3. Tarafların Arabulucu Yardımıyla Ortak Çaba ve Faaliyet Göstermek Suretiyle Ortak Amaca Erişme (Uyuşmazlığı Sona Erdirme) Unsuru (*Affectio Societatis*)

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla bir araya gelmeleri tek başına yeterli değildir. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla bu çözüme ulaşmak üzere arabulucunun yönetiminde yürütülecek oturumlara katılmayı ve çözümün bulunması doğrultusunda sürece katılanlarla iş birliği yaparak birlikte çaba göstermeyi de taahhüt etmeleri, tarafların bu hususta kendi üzerine düşenleri yapmaları gerekir<sup>319</sup>. Arabuluculuk sürecinde eşit olan taraflar çözüme ulaşmak amacıyla gerekli gayret ve özeni gösterme yükümlülüğü bakımından da eşittirler<sup>320</sup>. Tarafların bu yükümlülüğüne öğretide *affectio societatis* denilmektedir<sup>321</sup>.

Uyuşmazlığın ortadan kaldırılması için ortak bir çözümün bulunmasına yönelik başta oturumlara katılmak olmak üzere ilgili faaliyetlere katılmak, bu anlamda süreç içinde yer alanlarla iş birliği yaparak onlarla birlikte çaba gösterme yükümlülüğü arabuluculuk sözleşmesinin doğası nedeniyle içeriğinde yer almaktadır. Adi ortaklıkta olduğu gibi arabuluculuk sözleşmesinde de birlikte çaba yükümlülüğü asli yükümlülüklerden biridir. Söz konusu yükümlülüğün arabuluculuk sürecinin sürekli borç ilişkisi niteliğine sahip olması nedeniyle süreklilik arz eder<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> Karş. Şenocak, s. 930; Eren, Borçlar Özel, s. 833.

<sup>320</sup> Schmitz-Vornmoor, Andreas, 1. Einführung, *Mediationsgesetz Handkommentar*, (Hrsg: Kloweit, Jürgen / Gläßer, Ulla), 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2018, N. 200; Şenocak, s. 930.

<sup>321</sup> Barlas, s. 39; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 116; Eren, *Özel Hükümler*, s. 848; Yavuz, *C II*, s. 1679; Şenocak, 930; “Bu unsur, şirket ilişkisinde ortaklar arasında astlık üstlük ilişkisinin olmadığını da gösterir.” Bkz. Bozkurt, s. 22.

<sup>322</sup> Şenocak, s. 930.



#### 2.1.3.4.4. Arabuluculuk Faaliyeti Sırasında Doğacak Masraflara Katılma Unsuru

Arabuluculuk sürecinde taraflar halihazırda aralarında doğan uyuşmazlık nedeniyle birbirini tanıyan, birbirlerinin aralarındaki uyuşmazlığa arabuluculuk yöntemiyle son verebilecek kabiliyet ve şahsiyette olduklarına güvenen, eşit konumda olan gerçek ya da tüzel kişilerin, müşterek amaçları olan uyuşmazlığa son verecek bir çözüme ulaşılmasını sağlayacak vasıtaları sağlamak konusunda karşılıklı ve uygun irade beyanlarının birbirine ulaşmasıyla oluşan bir kişi topluluğudur<sup>323</sup>.

Adi ortaklıktaki katılım payı unsuru adi ortaklıkta yer alan iki ya da daha fazla kişinin TBK m. 620 hükmüne göre “emeklerini ve mallarını” ortak bir amaca ulaşmak üzere birleştirmeyi üstlenmelerini gerektirir. Söz konusu unsurun arabuluculuk sözleşmesine yansımaları ise uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığı çözmek için gerekli iş ve işlemleri ve arabulucunun kendilerinden talep edeceği avans, masraf ve ücretleri üstlenmeleridir. Söz konusu değerlerin fiilen yerine getirilmesi sözleşmenin ifasıyla ilgili bir husus olup taraflar söz konusu borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler<sup>324</sup>. Bu sebeple taraflar taahhüt etmiş olduğu katılım payını hiç ifa etmez ya da eksik ifa ederlerse söz konusu durum arabuluculuk sözleşmesi bakımından sözleşmenin kuruluşuna etki etmez. Söz konusu taahhütlerin ifası arabuluculuk sözleşmesi bakımından kurucu unsur değil, sözleşmenin doğal bir sonucudur<sup>325</sup>.

Adi ortaklıkta taraflar aksini kararlaştırmadıkça katılım payları TBK m. 621/2’ye göre birbirine eşit ve ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte olmalıdır. Söz konusu hususun arabuluculuk süreci bakımından karşılığı HUAKE m. 7 ve HUAKY m. 10’da düzenlenmiştir. Buna göre ücret ile masraflar taraflarca eşit karşılanır. 2024 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi m. 3 uyarınca “aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir”. Buna karşılık söz konusu hükümler düzenleyici nitelikte olduğu için taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Adi ortaklıktan farklı olarak söz

<sup>323</sup> Adi ortaklık bakımından aynı yönde bkz. Şenocak, s. 931.

<sup>324</sup> Eren, Borçlar Özel, s. 835; Şenocak, s. 932; Barlas, s. 45.

<sup>325</sup> Şenocak, s. 932; Barlas, N. 92, 131.

konusu katılma payı arabuluculukta taraflar bakımından kural olarak yalnızca kişisel emek ve para olarak karşımıza çıkar.

#### 2.1.3.4.5. Sözleşme (Anlaşma) Unsuru

Taraflar, aralarında halihazırda bulunan uyuşmazlığı çözmek için, uyuşmazlık çözüm yönteminde uzman bir kişinin yardım ve desteğini alma hususunda dava yoluna başvurmadan önceki evrede ya da halihazırda bir davanın varlığı ya da sürdüğü sırada arabulucuya başvuru yapabilirler. Söz konusu husus arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırmak için sürecin işleyişinin taraflara bırakılmasının bir sonucudur<sup>326</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi, adi ortaklıkta olduğu gibi taraflardan her birinin hak temelli yaklaşımla salt kendi menfaatini göz önünde bulundurduğu, karşılıklı (synallagmatik) sözleşmelerden bir menfaat topluluğunu gözetmesi ve çok taraflı sözleşme olması yönüyle ayrılır<sup>327</sup>.

İhtiyari arabuluculuk bakımından arabuluculuk sözleşmesi arabuluculuk sürecinde kurucu etkiye sahiptir. Arabuluculuk sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın tarafları aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla arabuluculuk yöntemine gitme maksadıyla iradelerini birbirlerine yöneltmeleri, iradelerinin birbiri ile uyuşması ve son iradenin karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme kurulur<sup>328</sup>. Arabuluculuk sürecinde ikiden fazla taraf bulunması halinde, kabul beyanının tüm taraflara ulaşması gereklidir<sup>329</sup>. Taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içerisinde olumlu cevap verilmez ise HUAK m. 13 HUAKY m. 15'e göre bu teklif reddedilmiş sayılır. Burada belirtmek gerekir ki; taraflar arasında hukuken geçerli bir hukuki ilişkinin doğduğunu kabul edebilmek için sözleşmenin kurulması sırasında herhangi bir geçersizlik ya da iptal edilebilirlik sebebi de bulunmamalıdır<sup>330</sup>.

<sup>326</sup> Tanrıver, Arabuluculuk, s. 89.

<sup>327</sup> Karş. Eren, Borçlar Özel,

<sup>328</sup> Karş. Barlas, N. 136; Şenocak, s. 934.

<sup>329</sup> Şenocak, s. 934.

<sup>330</sup> Barlas, N. 137.

#### 2.1.3.4.6. Arabuluculuk Sözleşmesinin Şekli

Arabuluculuk sözleşmesi HUAK veya başka bir düzenlemede herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle adi ortaklık sözleşmesi açık veya örtülü olarak kurulabilir. Buna karşın halihazırda görülen bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi mümkün olması kaydıyla hâkim tarafların dostane bir çözüme ulaşmak yönünde bir eğilimlerinin bulunduğu kanısına varıyorsa HUAK m. 13/1-c .2 uyarınca tarafları arabuluculuk yöntemine başvurmak için teşvik edebilir. Söz konusu ödev hâkime HMK m. 137/1, 140/2 ile 320/4'te ön inceleme sırasında tarafların üzerinde anlaşmak suretiyle serbestçe tasarruf edebileceği hususlarda tarafları arabuluculuk yöntemiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye teşvik etme ödevi verilmiştir<sup>331</sup>. Böyle bir durumda tarafların arabuluculuk yoluyla aralarındaki uyuşmazlığı çözüme konusunda anlaşmalarıyla arabuluculuk sözleşmesi resmi yazılı şekilde yapılmış sayılır.

## 2.2. TARAFLARLA ARABULUCU ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

### 2.2.1. Arabulucu Sözleşmesi

#### 2.2.1.1. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Yönetime Katılması ve Arabulucu Seçmesi

Dostane uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculukta, tarafların birbirlerini dinleyerek anlamaları ve böylece ortak bir çözüme ulaşmalarını sağlayacak söz konusu süreci yönetme görevi arabulucuya verilmiştir. Bir başka ifadeyle “arabulucu, sürece ilişkin yönetimin planlayıcısı ve idare edenidir<sup>332</sup>.” Bir adi ortaklık türü olan arabuluculuk sözleşmesi bakımından taraflar arasında HUAK m. 15/2 ve HUAKY m. 17/2'de kendilerine verilen yetkilere dayanılarak gerekli belirlemeyi yapmamaları halinde taraflar arasında yönetime dair uyuşmazlıklar halihazırda süreci yöneten bir arabulucunun

<sup>331</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 90.

<sup>332</sup> Yeşilirmak, *Arabulucu Kimdir*, s. 72.

bulunmaması nedeniyle TBK m. 630/7'nin uygulanmasıyla söz konusu husus haklı nedenle feshi ortaya çıkarır.

Adi ortaklık bakımından böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için kanun koyucu beş temel ilke ve denetim mekanizması öngörmüştür<sup>333</sup>. Bunlardan ilki, sözleşme özgürlüğü ilkesidir<sup>334</sup>. Söz konusu ilkenin arabuluculuk sürecine yansımaları HUAK m. 15/2 ve HUAKY m. 17/2'de görülmektedir. Taraflar arabuluculuk sürecinde arabulucunun uygulayacağı yönetim esaslarını, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkabilecek ücret ve masrafların nasıl bölüşüleceğine kendi aralarında karar verebilirler. Arabulucu sözleşmesi bakımından ise söz konusu ilke kendini tarafların istedikleri arabulucuya başvurma serbestisi olarak gösterir.

Adi ortaklıkta yönetime etki eden bir diğer ilke elbirliği ile yönetim ilkesidir<sup>335</sup>. Söz konusu ilke, her bir ortağın ortak amaç için faaliyette bulunma hakkını ve gerekli tüm eylemleri yapma yükümlülüğünü ifade eder<sup>336</sup>. Ortaklık sözleşmesinde aksine düzenleme yoksa, taraflar ortaklığın kurulması ile bu ilkeye göre ortaklık sıfatını kazanmış olurlar. Söz konusu yönetim ilkesinin aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Taraflar söz konusu ilkenin aksini ortaklık sözleşmesi ya da ortaklar kurulu kararı ile kararlaştırabilirler. Arabuluculuk bakımından ise, söz konusu ilke tarafların arabulucu ile arabulucu sözleşmesini kurdukları dönem bakımından geçerliliğini korur.

Adi ortaklıkta yönetime etki eden üçüncü ilke münferit yönetim ilkesidir. Adi ortaklık bakımından ortaklığın yönetimi için TBK m. 625/2 birden fazla yönetici bulunması halinde bunlardan her birinin diğerinin katılmaksızın işlem yapabilmesini mümkün kılmaktadır. Düzenlemeye göre, böyle bir durumda yönetmeye yetkili olanlar işlemin tamamlanmasından önce buna itiraz ederek işlemin yapılmasını engelleyebilirler. Emredici olmayan bu hükmün aksini kararlaştırmak mümkündür. Buna göre olağan işlerde yöneticilerin birlikte hareket etmesi ya da belirli işlerde belirli yöneticilerin yetkili kılınması mümkündür. Söz konusu ilkenin arabuluculuk bakımından uygulama alanı ise

<sup>333</sup> Gemicioğlu, Bora, *Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil*, İstanbul: Vedat, 2022, s. 55.

<sup>334</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 845; Gemicioğlu, s. 55.

<sup>335</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 840; Şenocak, s. 1051, yazar bu ilke için "özden yönetim" terimini kullanmaktadır.

<sup>336</sup> Şenocak, s. 1050.

birden fazla arabulucunun sürece katılması halinde görülür. Söz konusu durum üç şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlar ön koltuk/arka koltuk arabuluculuğu, iş bölümü yapılan eş arabuluculuk ve sıra ile yapılan arabuluculuktur. Taraflar birden fazla arabulucunun sürece katılımını sağlayacaklarsa TBK m. 625/2’de ortaya çıkabilen bir arabulucunun diğer arabulucunun yaptığına itiraz edebilme hali sürece zarar vereceği ve daha sonra arabulucuların hukuki zararını doğurabileceğinden ötürü taraflar her bir arabulucunun rolünü ve yapacağı iş ve işlemlere açıkça arabulucu sözleşmesinde yer vermelidir.

Yine yönetime etki eden bir başka ilke eşitlik ilkesidir. Daha önce ifade edildiği üzere eşitlik ilkesi arabuluculuk sürecinde oldukça önemli bir işleve ve role sahiptir. Yönetim bakımından eşitlik ilkesi her bir tarafın arabuluculuk ücret ve masraflarına katılma payından bağımsız olarak sürecin ilerleyişinde eşit söz hakkına sahip olması, denetleme hakkına sahip olması ve arabulucunun değiştirilmesini talep etme ve sürecin sona ermesini talep etme hakkı gibi birçok durumda karşımıza çıkar.

Yönetime etki eden son ilke ise yönetimin denetlenebilirliği ilkesidir. Söz konusu ilke TBK m. 631’de “her ortağın, ortaklık işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtları inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı” olarak düzenlenmişken söz konusu ilkenin çözüm ortaklığına etkisi arabulucu bakımından HUAK m. 11’de düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar. Taraflar arabuluculuk sürecine zarar vermeyecek hususlarda arabulucudan sürecin işleyişi ile ilgili bilgi ve belgeleri talep edebilirler.

Arabuluculuk bakımından çözüm ortaklığına hâkim olan söz konusu bu ilkeler çerçevesinde süreç şekillenerek ilerler.

#### 2.2.1.2. Arabulucu Sözleşmesinin Tanımı

Daha önce ifade edildiği gibi, arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında yapılan ve uyuşmazlığın tarafları ile arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmedir<sup>337</sup>. Söz konusu tanım, kural olarak, ihtiyari arabuluculuk

<sup>337</sup> Bkz. yuk. “Giriş, Kavramsal Çerçeve” başlığı.

bakımından geçerli olup öğretide dava şartı arabuluculuk bakımından taraflarla arabulucu arasında böyle bir sözleşmenin bulunmadığı savunulmaktadır<sup>338</sup>. İleride açıklanacağı üzere söz konusu görüşe katılmıyoruz.

### 2.2.1.3. Hukuki Niteliği

Türk öğretisinde arabuluculuk sözleşmesinin aksine arabulucu sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olmadığı; bir başka ifadeyle hüküm ve sonuçlarını maddi hukukta gösteren bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu hususunda tam bir fikir birliği bulunmaktadır<sup>339</sup>. Buna karşın arabulucu sözleşmesinin bir işgörme sözleşmesi olduğu hususu dışında öğretide sözleşmenin hukuki niteliği bakımından bir fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretide Alman hukukunda söz konusu sözleşmenin BGB § 611 anlamında bir hizmet sözleşmesi olduğu<sup>340</sup> savunulurken, Türk hukuku bakımından ise arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi<sup>341</sup> ya da kendine özgü *sui generis* bir sözleşme<sup>342</sup> olduğu hususunda iki ana görüş ileri sürülmüştür. Başka bir ifadeyle, Türk hukukunda ittifakla arabulucu sözleşmesinin bir işgörme sözleşmesi olduğu; fakat bir hizmet veya eser sözleşmesi olmadığı hususunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Türk öğretisindeki arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalar temel olarak arabulucunun hakları ve yükümlülüklerinin vekilin hakları ve yükümlülükleriyle karşılaştırması çerçevesinde yapılmaktadır. Bu nedenle öğretinin tamamının arabulucu sözleşmesi ile yakın ilişki içerisinde olduğunu ifade ettiği arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ilişki göz ardı edilmektedir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, arabuluculuk sözleşmesi bir adi ortaklık sözleşmesi türü olup taraflar arasında bir çözüm ortaklığı kurmaktadır. Arabulucu ise çözüm ortaklığının dışarıdan atanmış yöneticisi konumundadır. Dolayısıyla arabulucunun hukuki statüsü doğrudan TBK m. 630'da "Kanunun bu bölümünde veya ortaklık sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekalet

<sup>338</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 168; Kılıçoğlu, s. 47;

<sup>339</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 94; Özkes, § 23 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 2833; Dür, s. 345; Kısmet Kekeç, s. 152; Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 156.

<sup>340</sup> Schmitz-Vornmoor, N. 213.

<sup>341</sup> Taşpolat Tuğsavul, s. 145-146; "Bunun sonucu olarak arabulucu sözleşmesi vekalet hükümlerine tabi bir işgörme sözleşmesidir." Bkz. Kılıçoğlu, s. 77; Dür, s. 349; Kısmet Kekeç, s. 152.

<sup>342</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 98; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 165.

sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir.” yer alan ifadeden hareketle belirlenir. Dolayısıyla bu ilişkin TBK m. 630/1’e göre bir vekalet ilişkisidir<sup>343</sup>.

Adi ortaklık sözleşmesi bakımından, yönetici ile ortaklar arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte öğretide ortaklığa özgü bazı özel hususların da olduğu ifade edilmektedir<sup>344</sup>. Başka bir ifadeyle, adi ortaklıkta yer alan yöneticilik kurumu ile vekalet sözleşmesinin tüm hükümleri birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir<sup>345</sup>. Arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğunu reddeden görüşe göre iki sözleşme arasında temel farklar; ücret unsuru, vekilin kendisine yetki verilmiş olması veya zaruret halinin bulunduğu yahut teamülün olanak verdiği durumlarda işi başkasına yaptırabilmesi, vekilin vekalet verenin talimatlarına bağlı olması ve hesap verme yükümlülüğünün olması hususlarıdır<sup>346</sup>. Bu unsurlar arabulucu sözleşmesi bakımından vekalet sözleşmesi ile değil; adi ortaklıkta yönetici sözleşmesi ile karşılaştırıldığında daha sağlıklı sonuçlar elde edilir. Öncelikle, adi ortaklıkta yöneticinin ücret talep etme hakkı bulunmakla birlikte modern Türk hukukunda avukatlık sözleşmesi ve hekimin tedavi sözleşmesinde olduğu gibi benzer vekalet sözleşmelerinde ücretin sözleşmenin esaslı unsuru haline geldiği de görülmektedir<sup>347</sup>. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin ücret unsuru nedeniyle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmeyeceğini savunan görüşe bu nedenle katılmıyoruz.

Arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olmadığını ileri süren görüşü savunanların değindikleri bir başka husus, vekilin kendisine yetki verilmiş olması veya zaruret halinin bulunduğu yahut teamülün olanak verdiği durumlarda işi başkasına yaptırabilmesi

<sup>343</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 867; Yavuz, C II, s. 1684; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 98; Gemicioğlu, s. 80.

<sup>344</sup> TBK m. 510, 512 ve 513 hükümleri yerine TBK m. 627, 628, 629, 639/2 ve m. 641 hükümleri kural olarak uygulanır; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 71; Gemicioğlu, s. 80.

<sup>345</sup> Gemicioğlu, s. 80.

<sup>346</sup> Bkz. Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 95 vd.; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 163 vd.

<sup>347</sup> “Bu kapsamda, BK dışındaki diğer mevzuat hükümlerinin vekalet sözleşmesine ilişkin olarak ivazlılık karinesi getirdiği diğer haller de saklıdır. Buna göre avukatlık sözleşmesi (AvK m. 163 vd.), hekimlik sözleşmesi (Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 28/2), dış hekimliği sözleşmesi (Dış Hekimleri Birliği Kanunu m. 40) karine olarak ivazlı olarak akdedilir.”: Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, İstanbul: Vedat, 2010, s. 247; “Gerçek hayatta vekilin mesleki faaliyetler kapsamında geçimini sağlayabilmek için ücret karşılığı iş görmesinin normal karşılanması söz konusudur. Bu durumda ücretin vekalet sözleşmesinin bir unsuru olmadığı sözleşmelerin istisna teşkil ettiği görülmektedir. Hatta uygulamada ücretin vekalet verenin en önemli borcu olduğu konusunda geniş bir kabul bulunmaktadır.”: Akipek Öcal, Şebnem, Dokuzuncu Bölüm: Vekalet İlişkileri, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ed.: Öz, Turgut), Ankara: Seçkin, 2023, s. 115.

mümkünken; arabulucunun HUAK m. 9/1'e göre böyle bir yetkisinin bulunmamasıdır<sup>348</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, vekilin vekalet sözleşmesiyle üstlendiği işgörm borcunu kural olarak bizzat ifa etmekle yükümlü olmasıdır<sup>349</sup>. Vekilin vekalet konusu işi üçüncü kişiye yaptırma imkânı tanıyan TBK m. 507 düzenlemesi istisnai nitelikte bir düzenleme olup alacaklı menfaatinin gerektirdiği hallerde vekilin işi bizzat görmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>350</sup>. Dolayısıyla söz konusu görüşü bu nedenle kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; vekil üzerine aldığı işi görürken, asli nitelikte olmayan ikinci derecedeki işler hususunda üçüncü kişilerin yardımını da alabilir. Bu çerçevede hekim, hemşireden yardım alabilirken avukatlar da yazım işlerini sekretere yaptırabilir. Arabulucunun da arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucunun yanında çalışan kişiler ile staj yapanların gizlilik kuralına uyma yükümlülüğünü düzenleyen HUAKY m. 6, burada arabulucunun asli nitelikte olmayan ikincil nitelikteki işleri gördürebileceğini açıkça izin vermektedir<sup>351</sup>.

Arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olmadığını ileri süren görüşü savunanların değindikleri bir diğer husus, vekilin vekalet verenin talimatlarına bağlı olması borcudur. TBK m. 505'te yer alan talimat kavramından vekilin üstlenmiş olduğu işlerin nasıl yapılmasını istendiğini açıklayıcı ve somutlaştırıcı nitelikte olan tek taraflı varması gerekli irade açıklaması anlaşılır<sup>352</sup>. Vekile verilen talimatlar sonucunda yapılması gereken iş ve işlemlerin açıklığa kavuşturulması, detayların belirlenmesi ve somutlaştırılması, son olarak da işin değişen şartlara uyum sağlamanın kolaylaştırılması amaçlanmaktadır<sup>353</sup>. HUAK m. 15/2'de tarafların emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe belirlemeleri ile HUAK m. 4'te yer alan arabulucunun kendisine sunulan bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğünün taraflarca aksinin kararlaştırılabilir olması açıkça bu konuda arabulucuya talimat verebileceklerini; dolayısıyla arabulucunun taraflardan arabuluculuk sürecini somutlaştırması, iş ve işlemleri açıklığa kavuşturması, sürece ilişkin detayların belirlenmesi ve süreç içerisinde değişen şartlara uyum sağlanması hususunda talimat alabileceğini açıkça

<sup>348</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 97; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 164.

<sup>349</sup> Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. B., İstanbul: Vedat, 2010, s.356; Eren, *Borçlar Özel*, s. 725; Yavuz, C II, s. 1309; Akipek Öcal, s. 709.

<sup>350</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 725; Ayrıca bkz. "3.1.6. Birden Çok Arabulucunun Süreci Yönetmesi" başlığı.

<sup>351</sup> Börü/Parlak Börü, s. 37; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 101.

<sup>352</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 729; Yavuz, C II, s. 1313; Akipek Öcal, s. 710.

<sup>353</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 729; Yavuz, C II, s. 1313; Akipek Öcal, s. 710.



düzenlemektedir<sup>354</sup>. Burada unutulmamalıdır ki; söz konusu talimatlar vekalet verenin özel uzmanlık gerektiren işlerde bağımsızlığını ortadan kaldırmaz. Vekil iş ya da hizmeti vekalet verenin talimatlarına uygun olarak zamansal, mekânsal ve maddi bakımdan sahip olduğu bağımsızlıkla istediği gibi görebilir<sup>355</sup>. Vekilin bağımsızlığı, özellikle uzmanlığa dayalı olarak yürütülen meslekler bakımından iş ve hizmetlerin görülmesinde ön plana çıkar<sup>356</sup>. Dolayısıyla vekilin talimatlara uyma borcu nedeniyle arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olmadığını savunan görüşe katılmıyoruz<sup>357</sup>.

Arabulucu sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olmadığını ileri süren görüşü savunanlar, son olarak vekilin hesap verme borcunun arabulucu için geçerli olmadığını ileri sürmektedirler<sup>358</sup>. Bu konudaki tartışmaların açıklığa kavuşturulması için öncelikle vekilin hesap verme borcunun içeriği açıklanmalıdır. Buna göre, hesap verme borcunun kapsamına “vekalet verenin süreç hakkında bilgilendirilmesinin yanında işin mahiyeti ve özellikle giderlerin mahiyetinin açıklığa kavuşturulması, vekalet verenin bu konuda da aydınlatılması<sup>359</sup>” girer<sup>360</sup>. Buradan hareketle, “vekilin hesap verme borcu sadakat ve özen borcunun uzantısı ve sonucundan ibarettir.”<sup>361</sup> Vekilin hesap verme borcu bu şekilde açıklığa kavuşturulduğuna göre süreci yöneten arabulucunun örneğin ücretinin saatlik olarak hesaplandığı veya süreç içerisinde başka masraf kalemlerinin yer aldığı arabulucu sözleşmeleri bakımından, arabuluculuk sürecinde geçen toplam saat ve taraflara düşen masraf miktarı hakkında dar anlamda hesap verme borcu olduğu; sürecin işleyişi, yapılan

<sup>354</sup> Arabulucunun özel oturumda oturuma katılan tarafın gizlilik ilkesi gereği arabulucu tarafından hangi bilgilerin karşı tarafa iletileceği konusunda talimat alacağına dair bkz. Kısmet Kekeç, s. 104; Ayrıca özel oturumlar yapmadan önce arabulucu tarafların onayını almalıdır. Başka bir ifadeyle arabulucu taraflarla ayrı ayrı görüşebilmek için diğer tarafın bilgisi ve onayının olması gerekir. Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 99; Kısmet Kekeç, s. 183.

<sup>355</sup> Tandoğan, s. 363; Eren, Borçlar Özel, s. 718, 729; Yavuz, C II, s. 1279; Gümüş, 2014, s. 126.

<sup>356</sup> Tandoğan, s. 375; Yavuz, C II, s. 1279; Gümüş, 2014, s. 126.

<sup>357</sup> Karş. Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 97.

<sup>358</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 97; Karş. “Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, vekilin bilgi verme yükümlülüğüne benzetilebilir. Hesap verme balığı altında vekilin geniş anlamıyla genel bilgi verme yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır (TBK m. 508). Arabulucu bakımından bilgi verme yükümlülüğü arabulucu sözleşmesinin kurulmasıyla başlar ve süreç devam ederken de tarafların bilgilendirilmesi yükümlülüğü devam eder.”: Bkz. Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 173.

<sup>359</sup> Akipek Öcal, s. 714.

<sup>360</sup> “Hesap verme borcu, geniş anlamıyla, genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir.”: Yavuz, C II, s. 1320; Eren, *Borçlar Özel*, s. 735; Gümüş, 2014, s. 176-177.

<sup>361</sup> Eren, Borçlar Özel, s. 736; Zevkliler/Gökyayla, s. 617.

oturum sayısı ve karşı tarafla yapılan özel oturum sayısı ve süresi gibi hususlar bakımından geniş anlamda hesap verme borcu olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, çözüm ortaklığının yöneticisi olan arabulucunun taraflarla yaptığı arabulucu sözleşmesinin TBK m. 630 göndermesiyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğundan hareketle taraflarla arabulucu arasında imzalanan arabulucu sözleşmesine öncelikle özel hüküm konumunda olan HUAK hükümlerinin uygulanması, daha sonra TBK m. 628, 630 ve 631 hükümleri ve son olarak TBK'nın vekaleti düzenleyen TBK m. 502-511 hükümleri uygulama alanı bulur.

#### 2.2.1.4. Nitelikleri

##### 2.2.1.4.1. Bir Borç Sözleşmesidir

Arabulucu sözleşmesiyle tarafların arasındaki uyuşmazlık sürecini yönetmeyi arabulucu üstlenirken, bunun karşısında taraflar da arabulucunun yapmış olduğu masraf ve borçları ödemeyi borçlandığı için arabulucu sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle bir borç sözleşmesidir.

##### 2.2.1.4.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Arabulucu sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesinde tarafların asli edim yükümlülükleri birbirinin karşılığıdır. Bu çerçevede arabulucunun asli edim yükümlülüğü tarafların arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmek için yapacakları arabuluculuk sürecini yürütmek ve yönetmek, tarafların asli edim yükümlülüğü ise arabulucunun yapmış olduğu masrafları ve ücretini ödemektir. Ayrıca tarafların bunlar yanında bazı yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bunlar özellikle arabulucunun tarafların talimatlarına uyma, işini sadakat ve özenle ifa etme borcu; uyuşmazlığın taraflarının da arabulucuya süreçte yardım etme ve elde ettiği bilgi ve belgeleri verme borçlarıdır. Arabuluculuk sürecinde tarafların eşitlik ilkesi, sürece katılanların birbirine karşı özen ve saygı gösterme borcunu oluşturur. Bu çerçevede arabuluculuk süreci arabulucu ve her bir taraf bakımından ayrı ayrı, yalnızca işbirliği

ilkesine değil, ayrıca karşılıklı saygı ve sürecin en etkin şekilde yürütölmesi bakımından tarafların sorumlu davranması ilkesini de içerir. Özellikle ihtiyari arabuluculukta arabulucunun kişiliği ön plana çıkmakta ve bu sebeple arabulucu sözleşmesi kural olarak arabulucunun kişiliğine bağlı bir sözleşme niteliği kazanmaktadır.

#### 2.2.1.4.3. İvazlı Bir Sözleşmedir

İhtiyari arabuluculukta arabulucu uyuşmazlığın taraflarının ödediği bir ücret karşılığında iş gördüğü için arabuluculuk sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir<sup>362</sup>.

#### 2.2.1.4.4. Sürekli Borç Doğuran Bir Sözleşmedir

Arabulucunun gördüğü işin ifası taraflarca kararlaştırılan yahut kanunda öngörülen sürenin tamamına yayıldığı ve söz konusu zaman zarfında arabulucunun faaliyeti durmaksızın devam ettiği için arabulucu sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

#### 2.2.1.4.5. Arabulucu Sözleşmesi Arabulucunun Kişiliğine Bağlı Bir Sözleşmedir

Arabuluculuk süreci tarafların güvenine bağlı bir süreç olduğu için arabuluculuk faaliyetini yürütecek kişinin tarafların güvenini kazanan, iyi ahlak sahibi bir kimse olması gerekir<sup>363</sup>. Arabulucunun kişiliği ve tutumu süreç üzerinde etkili olabileceği için özellikle ihtiyari arabuluculuk süreci bakımından arabulucu sözleşmesi arabulucunun kişiliğini, meslek değerlerini ve tecrübesini esas alan bir sözleşmedir.

---

<sup>362</sup> Arabulucunun ücret isteme hakkı ve sınırları bakımından bkz. Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 261 vd.

<sup>363</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 73.

## 2.2.1.5. Unsurları

### 2.2.1.5.1. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi Borcu

Arabulucu sözleşmesi, daha önce ifade edildiği gibi, işgörme sözleşmeleri arasında yer alır. Arabulucu sözleşmesi bakımından işgörme kavramı hem fiziki hem de fikri nitelikte işgörmeyi içeren arabulucunun olumlu bir davranışta bulunması anlamına gelir. Bir başka ifadeyle arabulucu sözleşmesinin konusu bir “yapma borcu”, başka bir deyişle müspet bir işgörme edimi olarak karşımıza çıkar. Bunun yanında, arabulucunun katlanma<sup>364</sup> ve kaçınma<sup>365</sup> edimleri de arabulucu sözleşmesinde arabulucunun yan edim yükümlülüklerinin konusunu oluşturur. Söz konusu edimler arabulucunun süreci yürütme ve yönetme asli işgörme ediminin yanında ikincil işgörme edimleri olarak arabulucu sözleşmesinin içeriğini oluştururlar. Arabulucu sözleşmesini karakterize eden borçlar arabulucunun süreci yönetirken tarafları araması ve sürece mazeretsiz olarak katılmaması halinde doğabilecek sorumluluğu hatırlatma ile süreç sırasında belli tutanakları hazırlama gibi hukuki işlem ve hukuki işlem benzerlerini; dolayısıyla dar anlamda hukuki fiiller ile süreci yönetip yürüterek, taraflarla birlikte veya ayrı ayrı oturumlar düzenleyip görüşerek ortak bir çözüme ulaşmalarını sağlama işgörmesini, başka bir ifadeyle fiili bir hizmetin görülmesini ifade eder.

<sup>364</sup> Arabulucunun görüşmelerde sabırlı davranması önemlidir ve arabulucuda bulunması gereken erdemler arasında sabırlı olması da sayılmıştır. Söz konusu süreçte sabırlı davranma zorunluluğu arabulucunun katlanma yükümlülüklerinden biri olarak karşımıza çıkar. Bkz. Yeşilirmak, *Arabulucu Kimdir?*, s. 71; Arabulucunun bir başka görevi ise kusurları üstlenici rol oynamaktır. Taraflar arasında doğabilecek iletişim sorunlarına ve süreç içerisinde yaşanan anlaşmazlıkların, kendisinden kaynaklanmasa bile üstlenerek “günah keçisi olması” arabulucunun bir başka katlanma yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bkz. Yeşilirmak, *Arabulucu Kimdir?*, s. 74.

<sup>365</sup> Arabulucuda bulunması gereken temel özelliklerden biri arabulucu dürüst ve güvenilir olmasıdır. Bu çerçevede arabulucu, “tarafların güvenini zedeleyecek hareketlerden kaçınmalı ve geçerli bir mazereti olmadığı sürece verdiği sözleri mutlaka yerine getirmelidir. Bkz. Yeşilirmak, *Arabulucu Kimdir?*, s. 70; Arabulucuda olması gereken bir başka özellik ayrımcı olmayan bir mizah anlayışına sahip olmaktır. Arabulucunun görüşmelerin stresini azaltmak için mizah amaçlı kullanacağı sözcüklerde ayrımcı bir dil kullanmaktan kaçınması gerekir. Bkz. Yeşilirmak, *Arabulucu Kimdir?*, s. 70; Arabulucu süreç sırasında tarafların tutum ve davranışları nedeniyle olumsuz duygulara kapılıp öfkelenirse dahi tarafların bunu anlamasına sebep olacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bkz. Kısmet Kekeç, *İnceleme Aşamaları*, s. 143; Arabulucunun bir başka kaçınma yükümlülüğü Arabulucular Etik Kuralları m. 3/3’te yer almaktadır. Düzenlemeye göre arabulucu tarafsızlığını şüpheli hale getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Son olarak arabulucunun bir başka kaçınma yükümlülüğü Etik Kurallar m. 4/1’de yer almaktadır. Düzenlemeye göre, “arabulucu, taraflar ile arasında menfaat ilişkisi veya çatışması bulunduğu görünümü vermekten kaçınmalıdır.”

İhtiyari arabuluculuk süreci bakımından özellikle arabulucu sözleşmesi diğer vekalet sözleşmesi türlerine kıyasla daha kişisel bir nitelik taşır<sup>366</sup>. Bir başka ifadeyle, tarafların arabulucunun dürüst ve güvenilir olmasına inanmasının gerekliliği nedeniyle arabulucunun göreceği iş onun kişiliği ve kişisel özellikleriyle yakından ilgilidir. Arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasındaki özel güven ilişkisine dayanır. Arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk süreci sonucunda oluşan çözüm ortaklığı gibi sözleşmenin yürümesi bakımından tarafların kişilikleri kilit rol oynar<sup>367</sup>.

Arabulucu sözleşmesinde arabulucu, kural olarak, maddi fiil niteliğinde sürecin yürütülüp yönetilmesi olarak fiili bir hizmetin görülmesini borçlanırken hukuki fiil vekaletinde doğan arabulucunun dolaylı veya doğrudan temsil yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşın, tarafların üçüncü bir kişinin ilgisine veya yardımına başvurması gereken hallerde arabulucunun bu kişilerle sözleşme yapabilmesi için arabulucuya tarafların temsil yetkisi de tanınması mümkün olabilir.

#### 2.2.1.5.2. Arabulucunun Bağımsızlığı

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun bir iş veya hizmeti görmesi, sözleşmenin özel bir türünü oluşturduğu vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği gibi hizmet sözleşmesinin de konusunu oluşturabilir<sup>368</sup>. Ancak arabulucu sözleşmesinde hizmet sözleşmesinin aksine vekalet sözleşmesinde olduğu gibi arabulucu bağımsız olup<sup>369</sup> sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerinin ifası sırasında tarafların çözüm ortaklığı olarak ifade ettiğimiz organizasyonun bir parçasını oluşturmaz<sup>370</sup>. Arabulucu üstlendiği arabuluculuk hizmetini, çözüm ortaklığını oluşturan tarafların sahip olduğu sürecin işleyiş şekli gibi hususlar bakımından talimat verme hakkıyla sınırlı olarak HUAK'ta düzenlenen sınırlar çerçevesinde zaman, mekân ve maddi olarak sahip olduğu

<sup>366</sup> Bu konuda ayrıca bkz. "1.1.1.3. Arabulucunun Diğer Mesleklerden Farkı" başlığı.

<sup>367</sup> Bu hususta vekalet sözleşmesi bakımından bkz. Eren, *Borçlar Özel*, s. 709.

<sup>368</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 418; Gümüş, 2011, s. 125.

<sup>369</sup> Tandoğan, C II, s. 374; Eren, *Borçlar Özel*, s. 418; Yavuz, C II, s. 1279; Gümüş, 2011, s. 125.

<sup>370</sup> Gümüş, 2011, s. 125. Söz konusu bağımsızlık adi ortaklık bakımından yöneticinin yönetim hakkı çerçevesinde daha fazla ön plandadır. Bkz. Gemicioğlu, s. 80-81.

bağımsızlıkla arabuluculuk eğitiminde öğrendiği uzmanlık bilgileri çerçevesinde istediği gibi görebilir<sup>371</sup>.

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun bağımsızlığı unsuru sözleşmeyi, ivazlı vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi, “tabiiyet ilişkilerine dayalı işgörmenin” esaslı unsurunu oluşturduğu hizmet sözleşmelerinden ayırır<sup>372</sup>. Arabuluculukta tarafların arabulucuya talimat hakkı, süreç içerisinde arabulucunun göreceği işlerin türü, kapsamı ve süreç organizasyonunu içermez.

### 2.2.1.5.3. Süreçte Tarafların Menfaatine ve Hesabına Hareket Etmesi

#### 2.2.1.5.3.1. Arabulucunun Tarafların Menfaatine Hareket Etmesi

Arabulucu sözleşmesinde arabulucu, arabuluculuk görevini çözüm ortaklığının menfaatine görmeyi üstlenir. Çözüm ortaklığının menfaatine arabuluculuk görüşmelerini yönetme ve yürütme hizmetine görme, arabulucunun tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla arabuluculuk süreciyle amaçladığı ortak bir çözümün bulunmasını gerçekleştirmesi ve tarafları bu süreçte korumaya yönelik faaliyet bulunması anlamına gelir<sup>373</sup>.

Arabulucu, arabulucu sözleşmesinde yalnızca çözüm ortaklığını oluşturan tarafların menfaatine uygun olarak süreci yönetir, iş ve veya hizmetleri görür. Arabulucunun kendi menfaatine faaliyette bulunması mümkün değildir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, Etik Kurallar m. 3’te düzenlemesine göre arabulucunun tarafsız ve bağımsızlığından şüphe duyulması nedeniyle arabuluculuk teklifini reddetmesi, süreç devam ediyorsa hangi aşamada olursa olsun görevden derhal çekilmelidir.

<sup>371</sup> Demir, *Başlangıç Aşaması*, s. 115; Aynı şekilde vekalet sözleşmesi için bkz. Gümüş, 2011, s. 126; Eren, *Borçlar Özel*, s. 719; Yavuz, *C II*, s. 1279.

<sup>372</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 719; Gümüş, 2011, s. 126; Yavuz, *C II*, s. 1279.

<sup>373</sup> Aynı şekilde vekalet sözleşmesi için bkz. Gümüş, 2011, s. 126; Eren, *Borçlar Özel*, s. 711; Yavuz, *C II*, s. 1269-1270.

### 2.2.1.5.3.2. Arabulucunun Tarafların Hesabına Hareket Etmesi

Arabulucu sözleşmesinde arabulucu, her zaman çözüm ortaklığının hesabına hareket eder. Bu çerçevede, somut uyuşmazlığın çözümü için tarafların bir arabulucu ücreti kararlaştırmamış olması halinde dahi arabulucu, arabuluculuk görevinin tam ve doğru ifası için masrafların kendisine ödenmesini ve varsa dolaylı temsile dayalı hukuki fiil vekaletinde yüklendiği borçlardan kurtulmayı TBK m. 510/1'e göre taraflardan talep edebilir<sup>374</sup>.

### 2.2.1.5.4. Anlaşma Unsuru

#### 2.2.1.5.4.1. Genel Olarak

Arabulucu sözleşmesi, arabulucuyu çözüm ortaklığını oluşturan taraflara karşı arabuluculuk sürecini yönetme ve yürütme olarak ifade edilen bir işgörme borcu altına sokar. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin konusunu bu işgörme borcu olan sürecin arabulucu tarafından yürütülüp yönetilmesi oluşturur. Arabulucunun bu süreci yönetme ve yürütme borcu sürecin anlaşmayla sona ermesi borcu olmayıp çözüme ulaşmak için belirli bir yönde işgörme borcunu ifade eder<sup>375</sup>.

Arabulucu sözleşmesi TBK m. 502/1'e göre tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla kurulur. Burada dikkat edilmesi gereken husus HUAK bakımından arabuluculuk teklifinin yönetileceği kişinin arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen Arabulucular Siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olması gerekliliğidir. Tarafların irade açıklamaları açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Arabulucunun arabuluculuk sürecini yönetme konusunda resmi sığata sahip olması ve arabuluculuk sürecini yönetmesi arabuluculuk mesleğinin gereği olması, ayrıca kendisine Arabuluculuk Siciline kaydettirerek tarafları arabuluculuk süreciyle ortak bir çözüme varmasını sağlamaya yardımcı olacağını duyurduğu için TBK m. 503 düzenlemesi gereğince çözüm ortaklığı taraflarının önerisini makul sürede reddetmediği takdirde

<sup>374</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 742; Gümüş, 2011, s. 127; Yavuz, *C II*, s. 1331.

<sup>375</sup> Karş. Tandoğan, s. 364; Eren, *Borçlar Özel*, s. 711.

arabuluculuk görevini kabul etmiş sayılır. Taraflar arabulucunun seçimini anlaşmak suretiyle HUAK m. 14 ve HUAKY m. 16'ya göre üçüncü bir kişiye bir kurum ya da kuruluşa da bırakabilirler. Tarafların arabulucunun atanması için arabuluculuk bürosuna başvurmaları halinde ise büro tarafından e-posta ve kısa mesaj ile bilgilendirilerek atanan arabulucu yirmi dört saat içerisinde süreci UYAP Arabulucu Portalı üzerinden yönetmeyi kabul etmezse reddetmiş sayılır<sup>376</sup>.

#### 2.2.1.5.4.2. Arabulucu Sözleşmesinin Şekli

Arabulucu sözleşmesinin geçerliliğini HUAK açıkça düzenlememiştir. Buradan hareketle öğretide arabulucu sözleşmesinin genellikle yazılı Şekilde yapıldığı; ancak herhangi bir Şekle tabi olmadığı savunulmaktadır<sup>377</sup>. Buna karşın HUAK m. 16/1 ve HUAKY m. 19/1 tarafların aralarında herhangi bir dava bulunmadan önce arabuluculuk sürecine gitmeleri halinde “tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılır bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.” düzenlemesini içerdiği gibi söz konusu tutanak uyuşmazlığın tarafları, varsa kanuni temsilcileri ile arabulucuya başvuru yetkisi bulunan vekil ve arabulucu tarafından HMK m. 74 uyarınca imzalanır. İlk oturum tutanağı olarak adlandırılan söz konusu tutanakta taraflar aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturma yolundaki iradelerini beyan ederler ve ilgili tutanak arabulucu tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanarak birer sureti taraflara verilir<sup>378</sup>. Söz konusu düzenlemeler ile kanunkoyucu en geç ilk oturum sırasında taraflarca arabulucu sözleşmesinin adi yazılı Şekilde imzalanarak yapılması gerektiğini düzenlediği kanaatinde olduğumuzdan dolayı arabulucu sözleşmesinin en azından adi yazılı Şekilde yapılması gerektiğini savunuyoruz.

<sup>376</sup> Tayfun, Recep, Arabuluculuğun Aşamaları: Hazırlık Aşaması, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısım / Bulur, Alper), 2021, s. 96.

<sup>377</sup> Ekmekçi/zekes/Atalı/Seven, s. 57; Kısım Kekeç, s. 151; zekes, Ő 23 Alternatif Uyuşmazlık zm Yolları, s. 2833; Taşpolat Tuğsavul, s. 144.

<sup>378</sup> Akipek cal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 239 vd.



### 2.2.1.5.5. Tarafların Güven İlişkisi ve Süreci Her Zaman Sona Erdirme Yetkisi

#### 2.2.1.5.5.1. Güven İlişkisi

Tüm sözleşme tiplerinde sözleşmenin taraflara birbirlerine karşı sözleşmeyi karşı tarafla kurmaları nedeniyle az ya da çok bir güvene sahiptir. Buna karşın arabulucu sözleşmesinde hem diğer sözleşmelere göre hem de vekalet sözleşmesi türleri bakımından güven ilişkisi çok daha yoğundur<sup>379</sup>. Arabulucu sözleşmesinde arabulucu ile çözüm ortaklığının tarafları arasındaki bu özel güven ilişkisi vekalet sözleşmesinde olduğu gibi TBK m. 506/3'te düzenlenen arabulucunun arabuluculuk görevini kural olarak bizzat yerine getirme yükümlülüğüne, TBK m. 506/2'de düzenlenen sadakat yükümlülüğüne ve HUAK'ta arabuluculuk sürecinin iradi olması ilkesine bağlı olarak kanunkoyucu tarafından taraflara HUAK m. 3/1, m. 2/b, m. 17/1-c; HUAKY m. 5/1 uyarınca tanınan sürece katılmaktan her zaman vazgeçebilecekleri, süreci sona erdirme haklarında ortaya çıkar<sup>380</sup>. Arabulucu bakımından ise HUAK m. 17/1-b'de düzenlenen arabulucu için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun anlaşılması halinde veya Etik Kurallar m. 4/5'te yer alan taraflar ile arabulucu arasında doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi ya da çatışması halinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi halinde yine arabulucuya süreçten çekilerek arabulucu sözleşmesini feshetme hakkı tanınmıştır.

Taraflar arasındaki güven ilişkisinin öğretilde vekalet sözleşmesinin kurulması için gerekli emredici unsurlardan biri olduğu savunulmaktadır<sup>381</sup>.

#### 2.2.1.5.5.2. Tarafların Her Zaman Arabulucu Sözleşmesini Sona Erdirme Yetkisi

Vekalet sözleşmesi bakımından taraflar, TBK m. 512'ye göre her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler<sup>382</sup>. Ancak taraflardan biri uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirirse

<sup>379</sup> Aynı husus vekalet sözleşmesi bakımından da söz konusudur. Bkz. Gümüş, 2011, s. 127; Yavuz, C II, s. 1316; Eren, *Borçlar Özel*, s. 712.

<sup>380</sup> HUAK hükümlerinin özel hüküm teşkil etmesi nedeniyle TBK m. 512'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle öncelikli olarak uygulanır.

<sup>381</sup> Bkz. Gümüş, 2011, s. 127.

<sup>382</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 715; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. B., Ankara: Yetkin, 2023, s. 562; Akipek Öcal, s. 707; Gümüş, 2011, s. 128.

yine TBK m. 512'ye göre bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür<sup>383</sup>. Sözleşmede sona ermeden maksat, kural olarak eBK m. 396'da ifade edildiği gibi vekalet veren taraflar bakımından azil, vekil bakımından istifa anlamına gelir<sup>384</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TBK m. 512'nin bir emredici hüküm olarak adi ortaklıkta yönetici ortağın yönetim yetkisinin kaldırılmasını düzenleyen TBK m. 629 hükmüyle birlikte arabulucu sözleşmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususudur. Bu konuda öğretideki ağırlıklı görüşe göre vekalet sözleşmeleri bakımından tipik ve atipik olmak üzere ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre güven unsurunun mevcut olduğu, fakat taraflar açısından sözleşmenin kurulması bakımından ön planda olmadığı atipik vekalet sözleşmesi anlamında TBK m. 512 hükmünün emredici olmadığı; buna karşın, güven ilişkisinin yoğun olduğu tipik vekalet sözleşmeleri bakımından emredici nitelik taşıdığıdır<sup>385</sup>. Adi ortaklık bakımından yönetim yetkisini sona erdiren TBK m. 629 bakımından ele alındığında ise öğretide ilgili hükmün yönetim yetkisinin üçüncü kişilere devredildiği ortaklıklarda yönetim yetkisinin kaldırılması hakkında uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Buradan hareketle üçüncü kişilerle olan yönetim yetkisinin kaldırılması bu kişilerle kurulan sözleşme tipine ilişkin hükümlere; başka bir ifadeyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu ifade edilmektedir<sup>386</sup>. Söz konusu husus, arabulucu sözleşmesi bakımından ele alındığında çözüm ortaklığı taraflarının arabulucu sözleşmesine ve dolayısıyla arabulucu sürecini HUAKE m. 17/1-c ve m. 17/1-ç hükmü uyarınca haklı bir sebep göstermeksizin tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi tanınmışken arabulucu bakımından ise süreci sona erdirebileceği HUAKE'ta sınırlı olarak sayılmış olup haklı bir sebep göstermeksizin süreci sona erdirme hakkı arabulucuya tanınmamıştır. Dolayısıyla TBK m. 512 burada uygulanama alanı bulmaz.

#### 2.2.1.5.6. Ücret Unsuru

Roma Hukukunda yer alan ve Alman Medeni Kanunu'na aynı şekilde yansıyan vekalet sözleşmesinin ivazlı olmaması kuralı, TBK m. 502/3 düzenlemesinde sözleşmede veya

<sup>383</sup> Bkz. aşa. "3.1.4.4. Sözleşmeye Aykırılık" başlığı.

<sup>384</sup> Tandoğan, s. 619; Gümüş, 2011, s. 128; Akipek Öcal, s. 707.

<sup>385</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 715-716; Gümüş, 2011, s. 128-129; Akipek Öcal, s. 707-708.

<sup>386</sup> Şenocak, s. 1067.

teamülün mevcut olması halinde vekilin ücrete hak kazanması olarak değişmiştir<sup>387</sup>. Arabulucu bakımından ise avukatlar bakımından Avukatlık Kanunu m. 163 vd. düzenlendiği gibi arabulucunun yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret talep etme hakkı HUAK m. 7/1, HUAKY m. 9/1 ve Etik Kurallar m. 9/1’de düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada arabulucu sözleşmesi HUAK’ta yer alan özel hükümler çerçevesinde ivazlı hale gelmiş ve ücret unsuru arabulucu sözleşmesi bakımından asli unsur olarak düzenlenmiştir<sup>388</sup>.

#### 2.2.1.6. Arabulucunun Borçları

Vekalet sözleşmesinde vekilin borçları temel olarak yüklendiği iş ya da hizmeti sözleşmeye uygun işgörüme borcu, iş veya hizmeti kişisel olarak görme borcu, vekalet verenin talimatlarına uyma borcu, bilgi verme, sır saklama ile menfaat uyuşmazlıklarını önleme veya giderme alt borçlarını oluşturan vekilin vekalet verene sadakat borcu, vekilin hesap verme borcu ve vekilin aldığı şeyleri vekalet verene geri verme borcu olarak TBK m. 505 vd. da karşımıza çıkmaktadır<sup>389</sup>. Arabuluculuk bakımından ise başta HUAK olmak üzere HUAKY ve Etik Kurallar içerisinde mümkün olduğunca detaylı bir şekilde arabulucunun borçları düzenlenmiştir<sup>390</sup>. TBK düzenlemesine göre çok daha ayrıntılı ve somut olarak kaleme alınmış olmakla birlikte, arabulucunun borçları temel olarak vekilin borçlarının arabuluculuk sürecinin öncesinde, sırasında ve sonrasında arabulucu sözleşmesi bakımından değiştirilmiş ve açıklanmış halinde başka bir borç türü değildir. Dolayısıyla HUAK, HUAKY ve Etik Kurallarda düzenleme olmaması halinde arabulucunun borçlarının kapsamı bakımından TBK’daki genel hükümler tamamlayıcı nitelik taşır.

<sup>387</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 717; Yavuz, *C II*, s. 1273.

<sup>388</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, *Arabuluculukta Hukuki Esaslar*, s. 260 vd.

<sup>389</sup> Vekalet sözleşmesi bakımından vekilin borçları için bkz. Tandoğan, s. 406 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, s. 721 vd.; Akipek Öcal, s. 708 vd.; Gümüş, *2011*, s. 147 vd.

<sup>390</sup> Bkz. yuk. “1.2.1.5 Arabulucunun Borçları” başlığı.

### 2.2.1.7. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Borçları

#### 2.2.1.7.1. Arabulucunun Ücretini Ödeme Borcu

Arabulucu, arabulucu sözleşmesi kapsamında HUAK m. 7/1 HUAKY m. 9/1 Etik Kurallar m. 9/1'e göre ücret talep etme hakkına sahiptir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, arabulucunun ücret alacağıının ne zaman doğacağıdır. Vekalet sözleşmesi bakımından hâkim görüşe göre vekilin ücret alacağı vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla doğar<sup>391</sup>. Buna karşın öğretideki azınlık görüşe göre ise, vekilin ücret alacağıının doğması için iş veya hizmetin fiilen görülmüş olması gereklidir<sup>392</sup>. Konu arabuluculuk bakımından ele alındığında ise arabulucunun ücretini düzenleyen Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne bakılmalıdır. İlgili Tarife m. 4 uyarınca arabulucu uyuşmazlığın taraflarının süreç sonunda anlaşmaya varmaları, arabulucu tarafından kendilerine danışıldıktan sonra süreci devam ettirilmesinin gerekli olmadığı kendisi tarafından tespiti, taraflardan birinin arabulucu yahut karşı tarafa süreçte artık yer almayacağını bildirmesi yahut taraflardan birinin süreç devam ederken ölmesi ya da iflas etmesi ile tarafların aralarında anlaşarak süreci sona erdirmeleri halinde süreci yürüten arabulucunun ilgili Tarife hükümleri çerçevesinde tespit edilen ücrete hak kazanır. Bundan başka, ilgili Tarife m. 4/2 uyarınca; uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması söz konusu olur ve süreç sona erdirilirse, arabulucu, söz konusu durumun ortaya çıkmasında kusurlu olmadığı sürece yine Tarifede belirtilen ücretin tamamına hak kazanır. Tarife m. 5 arabuluculuk sürecinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh hallerinde ücretin hak edilmesi bakımından ise ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk arasında bir ayırım yapmış ve ihtiyari arabuluculukta bahsedilen yöntemler dışında; bir başka deyişle sürecin arabuluculuk yöntemi dışında sona erdirilmesi halinde arabulucunun ücrete hak kazanacağını; buna karşılık dava şartı arabuluculukta, sürecin sehven kayıt, mükerrer kayıt ya da arabuluculuğa elverişli olmaması durumlarında ücrete hak kazanılamayacağını hükme bağlamıştır. Buradan yola çıkarak, arabulucu sözleşmesi bakımından arabulucunun ücret alacağıının doğumu için arabulucu sözleşmesinin

---

<sup>391</sup> Gümüş, 2011, s. 180;

<sup>392</sup> Gümüş, 2011, s. 180.

kurulması tek başına yeterli değildir. Ayrıca arabulucunun kendi üzerine düşen fiilin sürecin gerekleri bakımından en azından bir kısmını fiilen yerine getirmesi gerekir<sup>393</sup>.

#### 2.2.1.7.2. Arabulucuya Avans Verme Borcu

Vekalet sözleşmesi bakımından, öğretide bir görüşe göre, TBK’da taraflar aksini kararlaştırmadıkça vekalet verenin avans verme borcu bulunmamaktadır<sup>394</sup>. Öğretide buna karşı çıkan görüşe göre ise vekilin masrafları üstlenerek, vekalet verene “kredi sağlamakla yükümlü olmaması” gerektiğinden taraflar arasında aksine bir sözleşme yapılmamışsa vekalet verenin vekile avans vermesi zorunludur<sup>395</sup>. Söz konusu tartışma arabulucu sözleşmesi bakımından yapılmamaktadır. HUAKY m. 9’a göre arabulucu ücret ve masraflar için avans talep edebilir. Dolayısıyla çözüm ortaklığının taraflarının arabulucuya avans verme borcu bulunmaktadır<sup>396</sup>.

#### 2.2.1.7.3. Sözleşmenin İfası Sebebiyle Arabulucunun Uğradığı Zararların Giderilmesi Borcu

Arabulucu, aynı vekalet sözleşmesinde olduğu gibi çözüm ortaklığının taraflarından arabulucu sözleşmesinin ifası dolayısıyla uğradığı zararların giderilmesini talep edebilir<sup>397</sup>. Söz konusu sorumluluğun doğması için arabulucu sözleşmesi ihlal edilmiş olmalı, arabulucu bir zarara uğramış olmalı, arabulucunun uğradığı zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve çözüm ortaklığı taraflarının kusursuzluğunu ispat edememiş olmalıdır.

Çözüm ortaklığı taraflarının, arabulucunun uğramış olduğu zararları tazmin borcunun doğması için; öncelikle, taraflar arasında geçerli bir arabulucu sözleşmesi bulunmalıdır. Çözüm ortaklığı tarafları süreci planlayıp sürecin yöneticisi ve yürütücüsü olan

<sup>393</sup> Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu süreç ile ilgili düzenlediği evrak ve benzeri iş ve işlemler bakımından ayrıca ücret talep edemez. Arabuluculuk ücretinin kapsadığı işler bakımından bkz. Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 239 vd.

<sup>394</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 402 OR N. 10.

<sup>395</sup> Fellmann, Basler Kommentar, Art. 402 N. 62; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 402 N. 3a; Eren, *Özel Hükümler*, s. 753; Yavuz, C II, s. 1331; Akipek Öcal, s. 716; Gümüş, 2014, s. 187.

<sup>396</sup> Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 239 vd.

<sup>397</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 742; Yavuz, C II, 1331; Gümüş, 2011, s. 185; Akipek Öcal, s. 718.

arabulucunun muhtemel bir zarar uğramasını engellemek için kendilerinden beklenen her şeyi yapmakla yükümlüdürler. Başka bir ifadeyle, arabulucunun uğramış olduğu zarar çözüm ortaklığı taraflarının “akdi bir davranış yükümlülüğü ihlali sonucu” meydana gelmelidir”<sup>398</sup>. Arabulucunun uğradığı zarar maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir.

Sözleşmenin ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, arabulucu arabuluculuk sürecinin yürütülmesine yönelik faaliyeti sebebiyle zarara uğramalıdır. Arabuluculuk faaliyetinin görülmesi nedeniyle zarara uğraması bu sorumluluğu ortaya çıkarmaz. Örneğin, arabuluculuk görüşmeleri nedeniyle süreçten rahatsız olan bir üçüncü kişinin arabulucuyu darp etmesi halinde çözüm ortaklığı tarafları uygun illiyet bağı teorisine göre uygun illiyet bağının kurulamaması nedeniyle doğan zarar bakımından arabulucuya karşı sorumlu olmaz.

Çözüm ortaklığı tarafları kusursuzluğunu ispat edememiş olmalıdır. Söz konusu düzenleme vekalet veren arabulucu sözleşmesi bakımından ise çözüm ortakları aleyhine bir kusur karinesi getirmiştir. Bir başka ifadeyle, uyuşmazlığın taraflarının TBK m. 510/2’den kaynaklanan sorumluluğu ispat yükünün tersine döndürülmüş bir kusur sorumluluğudur<sup>399</sup>. Söz konusu sorumluluk temelinde, daha önce ifade edildiği gibi, çözüm ortaklığı taraflarına arabulucuya zarar verici davranışlardan kaçınma olarak yüklenen davranış yükümünün ihlaline dayanır<sup>400</sup>. Arabulucunun arabuluculuk sürecini yönetme ve yürütme borcunun ifası sırasındaki sadakat ya da özen yükümlülüğünün ihlali çözüm ortaklığı taraflarına yönelteceği arabuluculuk görevinin sadakatsiz ve özensiz görülmesi sırasında doğan zararlarının tazmini talebini ortadan kaldırır<sup>401</sup>. Çözüm ortaklığı taraflarının tazminat borcu arabulucunun zararının doğumu ile muaccel olur ve temerrüt faizi bu andan itibaren işlemeye başlar<sup>402</sup> ve on yıllık zamanaşımına tabidir<sup>403</sup>.

<sup>398</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 742; Akipek Öcal, s. 718.

<sup>399</sup> Bkz. Gümüş, 2011, s. 185.

<sup>400</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 742; Gümüş, 2011, s. 185.

<sup>401</sup> Gümüş, 2011, s. 186.

<sup>402</sup> Gümüş, 2011, s. 187; Yavuz, *C II*, 1332.

<sup>403</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 743.

Daha önce ifade edildiği gibi TBK m. 511/1'e göre çözüm ortaklığı tarafları arabulucuya karşı bu zararlardan dolayı müteselsil olarak sorumlu olurlar.

#### 2.2.1.8. Sona Ermesi

Arabulucu sözleşmesi öncelikle sözleşmeleri sona erdiren sözleşmenin yenilenmesi, kusursuz imkânsızlık veya tarafların yapacakları ikale sözleşmesi gibi sebeplerden ötürü sona erebilir. Bu sebepler dışında arabuluculuk sözleşmesi HUAK m. 17/1 ve HUAKY m. 20/1'de öngörülen hallerde, Etik Kurallar m. 3/4'e aykırılık söz konusu olduğunda, dava şartı arabuluculuk bakımından HUAK m. 18/A/10 ve 11'de yer alan hallerde, HMK m. 74'te yer alan eksikliklerin giderilememesi durumunda ve son olarak da TBK m. 502/2'nin uygulanması sonucu TBK m. 512 ve 513'te yer alan sebeplere dayalı olarak sona erebilir. Son olarak ihtiyari arabuluculukta tarafların, dava şartı arabuluculukta kanunun öngördüğü sürenin dolması nedeniyle arabulucu sözleşmesi de sona erer. Söz konusu sebepler ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

##### 2.2.1.8.1. Arabulucu Sözleşmesinin HUAK m. 17/1 ve HUAKY m. 20'de Yer Alan Sebeplerle Sona Ermesi

Arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasından kasıt tarafların kişisel menfaatleri doğrultusunda ortak bir anlaşmaya varmalarıdır. Tarafların anlaşmaya varmaları halinde anlaşılan hususlar, üzerinde herhangi bir tartışmaya sebep olmayacak açıklıkta tarafların iradelerini yansıtacak şekilde yazılı hale getirilmelidir. Bu çerçevede, taraflar arzu ederlerse ayrıca bir anlaşma belgesi de düzenleyebilirler ve düzenlenen bu anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. İhtiyari arabuluculuk bakımından süreç sonunda bir ay içerisinde UYAP Arabulucu Portalı üzerinden HUAK m. 17/4 ve HUAKY m. 20/4 uyarınca arabulucu tarafından Genel Müdürlüğe gönderilir. Dava şartı arabuluculukta ise son tutanağı düzenleyerek arabulucu derhal HUAKY m. 25/8 uyarınca UYAP Arabulucu Portalı ile Arabuluculuk Bürosuna bildirir.

Arabuluculuk sürecini sona erdiren ikinci hal “taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit

edilmesi”dir. Bu durumda da daha önce ifade edildiği gibi arabulucu son tutanağı düzenleyerek UYAP Arabulucu Portalından durumu ihtiyari arabuluculukta Genel Müdürlüğe, dava şartı arabuluculukta ise Arabuluculuk Bürosuna bildirir.

Arabuluculuk sürecinin sona erdiren bir diğer hal, arabuluculuk faaliyetinin iradi olmasının doğal bir sonucu olan “taraplardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi”dir. Arabuluculuk faaliyetinin sonucunda tarafların ortak iradeleri ile bir çözüme ulaşmaları beklendiğinden taraflardan birinin böyle bir iradesinin bulunmaması halinde yine arabuluculuk süreci sona erer.

Süreci sona erdiren bir başka hal tarafların anlaşmasıdır. Taraflar bu halde aslında aralarında anlaşarak oluşturdukları çözüm ortaklığı ilişkisini sona erdiren bir tasarruf işlemi yapmakta; bir başka ifadeyle taraflar aralarındaki adi ortaklık sözleşmesinin özel bir türü olarak ifade ettiğimiz çözüm ortaklığı sözleşmesini bozma (ikale) sözleşmesi ile sona erdirmektedirler.

Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi süreci sona erdiren bir başka sebeptir. Ön görüşmelerde taraflardan elde ettiği bilgilerin değerlendirilmesi sonucu arabulucu, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını ya da aile içi şiddet iddiası içerdiğini tespit ettiğinde arabulucu, HUAK m. 1/2 ve m. 17/1 uyarınca tarafları bilgilendirerek süreci sonlandırır.

#### 2.2.1.8.2. Arabuluculuk Etik Kuralları m. 3/4'e Aykırılık Halleri

Süreci yönetmesi için seçilen arabulucu, şayet tarafsızlığından yahut bağımsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek bir durumun mevcut olduğunu fark etmişse bu hususta tarafları bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Bu durumda HUAK m. 9/2 ve m. 9/3 uyarınca şayet taraflar ya da vekilleri arabulucunun göreve devam etmesini isterlerse arabulucu süreci devam ettirebilir. Bununla birlikte HUAK m. 9/4 gereği arabulucu, tarafsızlığını objektif olarak koruyamayacağına kanaat getirmişse, tarafların talebi kendisiyle süreci devam ettirmek yönünde olsa bile süreci sona erdirmeli ve hangi aşamada olursa olsun süreçten çekilmelidir. Arabulucunun tarafların talebine rağmen sürece devam etmemesinde taraflar ile arabulucu arasında bulunan ya da bulunma



ihtimali olan menfaat çatışması ya da ilişkisinin tarafsızlığa şüphe götürmez şekilde zarar verecek olması düşüncesi yatmaktadır. Bu halde tarafların oluşturduğu çözüm ortaklığı varlığını korurken taraflarla arabulucu arasındaki arabulucu sözleşmesi arabulucunun sözleşmeyi feshi nedeniyle sona erer.

#### 2.2.1.8.3. HUAK m. 18/A/10 ve 11’de Yer Alan Haller

HUAK m. 18/A/10 düzenlemesinde dava şartı arabuluculuk bakımından tarafların anlaşması ya da anlaşmaması halleri yanında arabulucunun taraflara ulaşamaması ile tarafların görüşmelere katılmaması nedeniyle arabuluculuk sürecinin sona ereceği düzenlenmektedir. Burada belirtmek gerekir ki arabulucunun taraflara ulaşamaması halinde kural olarak taraflar ile arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesinin kurulması mümkün değildir.

HUAK m. 18/A/11’de ise taraflardan birinin geçerli bir mazereti bulunmaksızın ilk toplantıya katılmaması nedeniyle de arabuluculuk sürecinin sona ereceği düzenlenmiştir. Söz konusu husus arabuluculuk sürecinin iradi olması ilkesi çerçevesinde HUAK m. 17/1-c maddesinde düzenlenen “taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi” hükmünün bir uzantısıdır.

#### 2.2.1.8.4. HMK m. 74’te Yer Alan Eksikliklerin Giderilememesi

Vekaletnamesinde kendisine arabuluculuk görüşmelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma yetkisi tanınmamış avukat ancak uyuşmazlığın karşı tarafının açık onayı ile arabuluculuk sürecinde yer alabilir. Söz konusu eksikliğin arabulucu tarafından tespiti halinde eksikliğin giderilmesine kadar arabulucu tarafından sürece ara verilebilir. Eğer eksiklik giderilemiyorsa yetkisiz temsil söz konusu olur ve süreç arabulucu tarafından HMK m. 74 uyarınca sona erdirilir<sup>404</sup>.

<sup>404</sup> Demir, Şamil, Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması, *Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet / Bulur, Alper), 2021, s. 118.

### 2.2.1.8.5. TBK m. 512 ve 513'te Yer Alan Sebeplerden Ötürü Sona Ermesi

#### 2.2.1.8.5.1. Arabulucu Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi

Arabulucu sözleşmesinin tarafları TBK m. 512 hükmü çerçevesinde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Arabulucunun tek taraflı fesih hakkı gerek HUAK gerek HUAKY ve Etik Kurallar çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlendiği için TBK m. 512 hükmü arabulucu sözleşmesi bakımından HUAKY ve Etik Kurallarda detaylı bir düzenleme bulunmaması nedeniyle daha çok çözüm ortaklığı taraflarının arabulucuyu arabuluculuk görevinden azli hususunda uygulama alanı bulur. TBK m. 512'nin tanıdığı fesih hakkı vekaletin yapısal unsuru olan güven ilişkisinin bir sonucu olduğu için kural olarak haklı bir sebep göstermeksizin güven ilişkisinin ön planda olduğu arabulucu sözleşmesini çözüm ortaklığı tarafları her zaman sona erdirebilir. Uygun olmayan zamanda haklı bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdiren çözüm ortaklığı taraflarının TBK m. 512/2'ye göre arabulucunun bundan doğan zararlarının giderme yükümlülüğü ortaya çıkar<sup>405</sup>. Böyle bir durumda Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin ilgili hükümlerine gidilir. Buna karşın, çözüm ortaklığının tarafları arabulucu sözleşmesini sona erdiren fesih hakkını kullanmalarını sır saklama yükümlülüğünün ihlali, özensiz işgörme, hukuka veya ahlaka aykırı davranışlar gibi haklı bir sebebe dayanıyorlarsa; başka bir ifadeyle dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin devamı artık beklenemez ve çekilmez bir hal almışsa fesih hakkının uygun olmayan zamanda kullanımını nedeniyle TBK m. 512/2'de öngörülen tazminat yükümlülüğü ortaya çıkmaz<sup>406</sup>.

#### 2.2.1.8.5.2. Ölüm, Ehliyetin Kaybedilmesi ve İflas Nedeniyle Sona Ermesi

Arabulucu sözleşmesi arabulucunun veya tarafların ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası halinde de TBK m. 513/1 hükmüne göre kendiliğinden sona erer. Taraflardan birinin

<sup>405</sup> Karş. Eren, *Borçlar Özel*, s. 756; Yavuz, *C II*, s. 1335-1336; Akipek Öcal, s. 707-708; Gümüş, 2014, s. 196-197.

<sup>406</sup> Gümüş, *C II*, s. 199-200.

gaipliğine karar verilmesi ya da tüzel kişi olması halinde tüzel kişiliğin sona ermesi halinde de TBK m. 513/1 uygulama alanı bulur<sup>407</sup>.

Arabulucu sözleşmesi arabulucunun ya da tarafların ehliyetlerini kaybetmesi nedeniyle de kendiliğinden sona erer. Başka bir ifadeyle arabulucu sözleşmesi kurulduktan sonra çözüm ortaklığı taraflarının ya da arabulucunun ayırt etme gücünü kaybetmesi ve tam ehliyetsiz hale gelmesi ile sona erer. Taraflardan birinin sınırlı ehliyetsiz haline gelmesi durumunda ise TMK'daki genel hükümlere göre bir çözüme varılmalıdır. Söz konusu hallerde yasal temsilcinin muvafakati ile arabulucu sözleşmesinin devam etmesi mümkün olmalıdır.

Arabulucu sözleşmesi arabulucunun veya çözüm ortaklığı taraflarının iflası nedeniyle TBK m. 513/1'e göre kendiliğinden sona erer.

#### 2.2.1.8.6. Tarafların veya Kanunun Öngördüğü Sürenin Dolmasıyla Arabulucu Sözleşmesinin Sona Ermesi

İhtiyari arabuluculuk bakımından uyuşmazlığın tarafları kendi aralarında arabuluculuk sözleşmesi yaparken ya da arabulucu ile arabulucu sözleşmesi yaparken arabuluculuk sürecinin belirli sayıda, belirli sürede yapılan oturumlar sonucunda ya da belirli bir tarih sonunda sona ereceğine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde karar verebilirler. Söz konusu süre dolduğunda taraflar aksine karar vermedikçe arabulucu sözleşmesi sona erer.

Dava şartı arabuluculuk bakımından ise kural olarak HUAK m. 18/A/9 ve İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/10'a göre arabulucunun görevlendirdiği tarihten itibaren üç hafta içerisinde süreci sonuçlandırmalıdır. Zorunlu haller bakımından bu süre bir hafta daha uzatılabilir. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk bakımından arabulucu sözleşmesi bu sürenin sonunda devam eder. Ticari uyuşmazlıklar bakımından ise TTK m. 5/A uyarınca söz konusu süre olağan halde altı hafta, zorunlu hallerde ise iki hafta daha olmak üzere toplamda sekiz hafta olarak belirlenmiştir.

<sup>407</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 556-557; Yavuz, *C II*, s. 1336; Akipek Öcal, s. 719.

## 2.3. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ

### 2.3.1. Genel Olarak

Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun yöneticisi ve yürütücüsü olduğu arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilene kadar sona ermesi dışında tarafların anlaşması ya da anlaşamaması durumunda sona erer<sup>408</sup>. Arabuluculuk sürecinde arzu edilen sonuç, sürecin sorunsuz tamamlanması ile tarafların arabulucunun yardımı ile ortak bir çözüme vararak bir anlaşmanın ortaya çıkarılmasıdır<sup>409</sup>. Buna karşın, arabuluculuğun ihtiyari ve gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması nedeniyle süreç her zaman tarafların kendi menfaatleri çerçevesinde ortak bir çözüme varmalarıyla bitmeyebilir. Söz konusu husus dava şartı arabuluculuk bakımından da geçerlidir. Dava şartı arabuluculuk bakımından tarafların arabuluculuk yöntemine başvurması zorunluluğu bulunmakla beraber tarafların anlaşmaya zorlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla hem ihtiyari hem de dava şartı arabuluculuk bakımından taraflar bir anlaşmaya varmaksızın süreci sonlandırabilirler.

Dava şartı olarak arabuluculuk faaliyetini düzenleyen HUKUK m. 25/6, tarafların anlaşması dışındaki tüm durumlarda sürecin anlaşma olmaksızın sona erdirilmiş sayılacağını düzenlenmiştir. Buradan hareketle, tarafların anlaşması ile uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilene kadar taraflar anlaşmamış sayılır<sup>410</sup>.

### 2.3.2. Son Tutanak

Tarafların varsa anlaşmışları veya anlaşmadıkları durumlarda arabuluculuk sürecinin nasıl sonuçlandığı son tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde, tarafları son tutanak ile, anlaşmaya varılmışsa anlaşmanın sonuçları, anlaşma belgesinin hukuki niteliği, belgenin bağlayıcılığı, icra edilebilirliği, taraflar arasında aynı uyuşmazlıkla ilgili yeniden dava açılmayacağı, son olarak ise zamanaşımı

<sup>408</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 103.

<sup>409</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 103.

<sup>410</sup> Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 104.

ile hak düşürücü sürelerin son tutanağın düzenlenme tarihi itibarıyla hesaplanmaya başlayacağı hususunda bilgilendirir. Bununla birlikte, arabulucunun sonuç aşamasında yapması gereken yalnızca son tutanağı hazır olan taraflarla birlikte imzalamakla sınırlı değildir. Arabulucu HUAk m. 17/3 çerçevesinde hazır olmayan tarafları da her türlü iletişim vasıtası kullanarak arabuluculuk sürecinin sona ermesi, son tutanak ve varsa anlaşma belgeleri ve bunların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

Son tutanak HUAk m. 17/2 ve HUAkY m. 20/2 çerçevesinde arabulucu tarafından yazılı olarak hazırlanır. Son tutanak, taraflar ile varsa kanuni temsilciler ya da avukatlar tarafından da imzalanır. Taraflardan birinin ya da her ikisinin son tutanağı imzalamaması veya imzalamaması halinde bunun nedeni açıkça gösterilerek diğer taraf, her ikisi de yoksa yalnızca arabulucu tarafından imzalanır. Son tutanakta arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı haricinde hangi hususların yer alacağına HUAk m. 17/3 ve HUAkY m. 20/3 çerçevesinde taraflar karar verir. Arabulucu son tutanakta tarafların yazılmasını talep ettiği hususların sonuçları bakımından da taraflara bilgi verir. Taraflar aynı zamanda son tutanakta tarafların süreçteki tekliflerine ve beyanları üzerinde gizliliğin kaldırılmasına da karar verebilirler<sup>411</sup>.

Kanunda yer almamakla birlikte son tutanakta arabulucunun bağlı olduğu Arabuluculuk Bürosu, dosya numarası, tarafların ad ve soyadları, T.C. kimlik numaraları ile varsa ünvanları ile MERSİS ve vergi numaraları, adresleri bulunmalıdır. Bunların yanında ayrıca uyuşmazlığın konusu ile sürecin nasıl sonuçlandığı ile sürecin başladığı ve bittiği tarihler de son tutanakta yer almalıdır. Taraflarca imzalanan son tutanağın birer sureti taraflara teslim edilir. Eğer taraflar tutanağı elektronik imza ile imzalamışsa söz konusu tutanak ıslak imzalı tutanak gibi hüküm ve sonuç doğurur.

Dava şartı arabuluculukta hazırlanan son tutanak bakımından ihtiyari arabuluculukta bulunanlar dışında yer alması gereken bazı özel hususlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki HUAkY m. 24/3'e göre arabulucunun arabuluculuk görüşmelerini yürütebilmek için taraflara her türlü iletişim vasıtasını kullanarak çaba sarfetmesine rağmen ulaşamaması durumunda taraflara ulaşmak için hangi yolları kullandığı ile ulaşamamasının sebeplerini

---

<sup>411</sup> Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 243.

de açıkça belirterek son tutanakta bunu kayıt altına almasıdır<sup>412</sup>. Aynı şekilde HUAKY m. 25/9'a göre taraflardan birini geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sonucu arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde arabulucu hangi tarafın mazeretsiz olarak toplantıya katılmadığını da son tutanakta belirtmelidir. İkinci husus ise, HUAKY m. 25/5'te yer alan süreler sonunda arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmaması halinde arabulucunun resen son tutanağı düzenlemekle yükümlü olmasıdır. Bir diğer husus, HUAKY m. 25/6'ya göre tarafların kısmen anlaşmaları halinde arabuluculuk süreci anlaşma son tutanağı ile arabulucu tarafından sonlandırılmasıdır. Bu halde HUAKY m. 25/7'ye göre arabulucu tarafların üzerinde anlaşma sağladığı ve sağlamadığı hususları son tutanakta tartışmaya yer vermeyecek şekilde kaleme almalıdır. Son olarak, HUAKY m. 25/8'e göre arabulucunun taraflara ulaşamaması ya da görüşmelere tarafların katılmaması; bunun dışında yapılan görüşmeler sonunda veya HUAK'ta düzenlenen süre içerisinde anlaşmaya varılamaması veya varılması durumunda yine arabuluculuk faaliyeti sona erer ve arabulucu son tutanağı düzenlemekle yükümlüdür.

Son tutanakla ilgili olarak arabulucunun dikkat etmesi gereken hususlar HUAK ve HUAKY dışında Etik Kurallarda da düzenlenmektedir. Etik Kurallar m. 5/8 uyarınca taraflardan birinin arabuluculuk sürecinde neden yer aldığını, süreç sonucunda doğabilecek sonuçları veya menfaatlerini değerlendirmesi ya da kavraması mümkün olmuyorsa; süreci kavramakla birlikte süreçte etkin bir biçimde yer alamıyorsa söz konusu durumlar arabulucunun tarafsızlığını kaybetmeyecek ölçüde öneriler getirmesine rağmen değişmiyorsa arabulucu süreci bitirmekle yükümlüdür. Bundan başka, arabulucu, sürece katılanlardan birinin süreç üzerindeki tutumunun sürecin yürütülmesine zarar vereceği kanısına varırsa ve söz konusu tutumu arabuluculuğu ertelemek veya ilgili tarafın arabuluculuktan çekilmesi ile de çözülmeyeceği kanaatine varırsa söz konusu hususları açıklayacak biçimde gerekli tedbirleri alarak süreci derhal sonlandırmalı ve son tutanağı düzenlemelidir. Arabulucu söz konusu hususları son tutanakta ifade ederken HUAK m. 17/2 ve HUAKY m. 22'de düzenlenen sürecin gizli yürütülmesi kuralını ihlal etmeden yalnızca etik kuralların ilgili maddesine atıf yapılarak sürecin sona erdirildiği son tutanağa yazılmalıdır. Buna karşın, arabulucunun sonraki hukuki sorumluluğunun

---

<sup>412</sup> Söz konusu iletişimin sağlanmasının arabulucunun sorumluluğu dahilinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Y. 9. HD 2022/3398 E., 2022/5294 K., 26.04.2022 T.

doğmasını engellemek için arabuluculuğu sona erdirmesini gerektiren sebepler ara tutanaklarda kendisi tarafından ayrıntılı olarak açıklanmalıdır<sup>413</sup>.

Son tutanak zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanması bakımından da önemlidir. Buna göre HUAK m. 16/2 uyarınca ihtiyari arabuluculukta ilk oturum tutanağının imzalandığı tarihten itibaren, HUAK m. 18/A-16 uyarınca dava şartı arabuluculukta ise arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın imzalanmasına kadar zamanaşımı ve hak düşürücü süreler bakımından bir kanuni koruma söz konusu olur ve süreler işlemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus HUAK m. 17/3 gereği arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde son tutanağın sürelerle ve diğer hususlara olan etkisi bakımından her türlü iletişim vasıtasını kullanarak hem süreçte hazır bulunanları hem de hazır olmayan tarafları bilgilendirmesi gerekliliğidir.

Son tutanak arabulucu tarafından HUAK m. 17/4 ve HUAKY m. 20/4 gereği düzenlendiği tarihten itibaren bir aylık süre zarfında Genel Müdürlüğe UYAP Arabulucu Portalı üzerinden gönderilmelidir. Bununla birlikte söz konusu tutanakların kayıt altında tutulması ve dijital ortamda bir örneğinin muhafaza edilmesi HUAKY m. 53/1 gereği Daire Başkanlığının görevidir. Arabulucu, HUAKY m. 25/8 gereği dava şartı arabuluculukta sürecin derhal sona erdirilmesini gerektiren bir husus söz konusu ise bunu gerçekleştirdikten sonra adliye arabuluculuk bürosuna gecikmeksizin durumu bildirir.

Son tutanağın delil olarak kullanılması hususunda ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre HUAK m. 5/1-ç gereği son tutanak ihtiyari arabuluculukta süreç kapsamında hazırlanan belgelerden biri olmasından ötürü uyuşmazlıkla ilgili görülecek olan bir davada ya da tahkim sürecinde delil olarak kullanılamayacağı gibi bir idari makam tarafından da talep edilmesi mümkün değildir. Bilgi ve belgelerin kullanılmaması ilkesi kapsamında delil olarak gösterilemeyecek olan son tutanağın delil gösterilmiş olsa dahi HUAK m. 5/3 gereği hükme esas alınması mümkün değildir. Bununla birlikte, son tutanak HUAK m. 5/3'te yer alan süreçle ilgili bilgi ve belgelerin bir düzenleme tarafından emredildiği ölçüde açıklanmasının söz konusu olabileceği kuralı gereğince, dava şartı arabuluculukta sürecin anlaşma ile sona

---

<sup>413</sup> Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 241-242.

ermemesi halinde dava dilekçesine eklenmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus son tutanağın her ne kadar süreçle ilgili hazırlanan belgelerden biri olsa da kanunda yer alan hüküm gereğince aslı ya da onaylanmış bir örneğinin davacı tarafından dava dilekçesine eklenmesi gerektiğidir.

Son tutanak HUAK m. 17/4 ve HUAKY m. 20/4 gereği arabulucu tarafından beş yıl boyunca saklanmak durumundadır. Buna göre arabulucu sürecin sona ermesinden sonra yapılan bildirimler, kendisine iletilen ve elinde mevcut olan belgeler, ara tutanaklar gibi belgeleri hem sürecin bir başka arabulucuya tevdi edilmesi hem de sürecin tamamlanmasından sonra söz konusu olabilecek belirsizliklerin yaşanmaması için belli bir süre elinde bulundurmaya yükümlü kılınmıştır.

### **2.3.3. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Sağlanmış Olması**

Arabuluculuk süreci sonunda arzu edilen tarafların bir anlaşmaya varmasıdır<sup>414</sup>. Bu durum söz konusu olduğunda sürecin sona ereceği HUAK m. 17/1-a ve HUAKY m. 20/1-a maddelerinde düzenlenmiştir. Süreç sona erdiğinde varılan anlaşmanın kapsamı ve şekli HUAK m. 18/1 ve HUAKY m. 21/1 uyarınca uyuşmazlığın taraflarınca belirlenir. Bununla birlikte Kanun taşınmazın devrine ve sınırlı aynı hak kurulması ile kiralanmış taşınmazın ilansız icra yoluyla tahliyesi dışında kira ilişkisinden doğan, taşınmaz ve taşınır malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi ve komşu hakkından kaynaklı uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinin birtakım hususlar gözetilerek düzenlenmesini HUAK m. 17/B-3 ile HUAK m. 18/B-2’de hükme bağlamıştır.

#### **2.3.3.1. Anlaşma Belgesinin Düzenlenmesi ve İcra Edilebilirlik Şerhinin Alınması**

##### **2.3.3.1.1. Genel Olarak**

Arabuluculuk sürecinin sonunda taraflar bir anlaşma belgesi hazırlamışlarsa söz konusu belge HUAK m. 18/1 ve HUAKY m. 21/1 uyarınca taraflarca, şayet varsa vekillerince ve

---

<sup>414</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 116.



arabulucu tarafından imzalanır. Anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte<sup>415</sup> öğretide kabul edilen görüş sözleşmenin mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğidir<sup>416</sup>. Buna göre yargılama yetkisi söz konusu olmayan arabulucu önünde tarafların karşılıklı ödünler verdiği bir uzlaşma neticesinde imzalanan belge mahkeme dışı sulh sözleşmesinin nitelikleri ile de örtüşmektedir<sup>417</sup>.

### 2.3.3.1.2. İcra Edilebilirlik Şerhinin Alınmasının Zorunlu Olduğu Uyuşmazlıklar

Daha önce de ifade edildiği gibi HUAK bazı uyuşmazlıklar bakımından bir anlaşmaya varılması halinde hazırlanacak anlaşma belgesinin işlerlik kazanabilmesi için birtakım hususların yerine getirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre, taşınmazın devrinin ya da yine taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hakkın kurulmasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından düzenlenecek anlaşma belgesi için HUAK m. 17/B/5 uyarınca icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunludur. Söz konusu şerh, HUAK m. 17/B/4 gereği taşınmazın bulunduğu yer<sup>418</sup> sulh hukuk mahkemesi tarafından verilir. Mahkeme kural olarak dosya üzerinden yapacağı incelemede<sup>419</sup> anlaşmada yer alan hususları, uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında olup olmadığı ve anlaşılan hususların cebri icra yoluyla talep edilebilir olup olmadığı ve dolayısıyla bir eda hükmü içerip içermediği<sup>420</sup> ile taşınmazın devredilmesi ve üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin olarak düzenlemelerde yer alan şekli ve maddi hususlara dikkat edilip edilmediğini inceler<sup>421</sup>.

Anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınmasının zorunlu olduğu diğer uyuşmazlık türlerinden bazıları HUAK m. 18/B'de düzenlenmiştir. Buna göre, ilamsız

<sup>415</sup> Somut olayın şartlarına göre yenileme ya da İbra sözleşmesi olabileceği görüşü için bkz. Kar, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, 3. B, Ankara: Yetkin, 2021, s. 455; Aynı yönde bkz. Eminoğlu/Erdoğan, s. 67-68; Anlaşmanın sulh benzeri bir sözleşme olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Taşgöpolat Tuğsavul, s. 185.

<sup>416</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 117.

<sup>417</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 117.

<sup>418</sup> Bu yetki kesin yetkidir: Tanrıver, *Alternatif*, s. 119.

<sup>419</sup> Mahkeme söz konusu usul ve esaslara uyulup uyulmadığı incelemesi ile sınırlı olmak üzere bu hususta ilgili kurumlardan ya da kuruluşlardan bilgi talep edebileceği gibi gerekli görmesi halinde gerekçe göstermek suretiyle duruşmalı olarak da inceleme yapabilir.

<sup>420</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 119.

<sup>421</sup> Bu inceleme neticesinde icra edilebilirlik şerhi verilen bir anlaşma belgesinin tapuda düzenlenecek resmi senet yerine geçeceği ve dolayısıyla tapuda ayrıca bir resmi senet yapılmasına ihtiyaç olmadığı yönünde bkz. Tanrıver *Alternatif*, s. 119.

icra ile tahliye hariç olmak üzere kira ilişkisine dair tüm uyuşmazlıklar, ortaklığın giderilmesi ile taşınır ve taşınmaz malların paylaşılmasının yanı sıra komşuluk haklarından doğan uyuşmazlıklar bakımından da bir anlaşmaya varılması halinde düzenlenecek anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. Söz konusu şerhin alınması bakımından HUAK m. 18/B/3 uyarınca şayet uyuşmazlık bir taşınmaza ilişkin ise taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi<sup>422</sup>, diğer uyuşmazlıklar bakımından ise arabulucunun görev yapmakta olduğu yer sulh hukuk mahkemesi yetkili ve görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. Mahkeme bu uyuşmazlıklar bakımından kural olarak dosya üzerinden; bir başka deyişle ihtiyaç bulunmadığı takdirde duruşmasız olarak<sup>423</sup> inceleme yapar.

Uyuşmazlığın anlaşma ile sona ermesi halinde düzenlenecek belge için icra edilebilirlik şerhinin alınmasının gerekli olduğu bir diğer durum HUAK m. 17/A'da düzenlenmiştir. Buna göre Singapur Sözleşmesi ya da Konvansiyonu olarak da bilinen “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu”<sup>424</sup> çerçevesinde gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti neticesinde hazırlanan anlaşma belgesi için de icra edilebilirlik şerhi alınması zorunlu kılınmıştır. Singapur Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilen milletlerarası unsurlu arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde düzenlenecek olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi HUAK m. 17/A/1 ve m. 17/A/2 uyarınca tarafların yetki konusunda anlaşmış olmaları halinde anlaşmış oldukları yer asliye ticaret mahkemesi, taraflarca böyle bir kararlaştırmanın yapılmadığı durumlarda karşı tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri, bulunmaması halinde Türkiye’de sakin olduğu yer, bu yerlerin de mevcut olmadığı durumlarda Ankara, İstanbul ya da İzmir asliye ticaret mahkemelerinden birinde istenebilir. Mahkeme incelemeyi kural olarak dosya üzerinden gerçekleştirir. Mahkeme

<sup>422</sup> Bu yetki kesin yetkidir: Tanrıver, *Alternatif*, s. 118.

<sup>423</sup> İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi talebinin duruşmalı olarak incelenmesinin zorunlu olduğu uyuşmazlık HUAKY m. 21/5 uyarınca aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Buna göre ilgili uyuşmazlıkların anlaşma ile sona ermesi halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin hususun duruşmalı olarak görülmesi zorunludur. Bununla birlikte mahkemenin incelemesi yalnızca anlaşmanın edaya ilişkin bir hususu içerip içermediği ve anlaşmanın içeriği ile sınırlıdır.

<sup>424</sup> “United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation” General Assembly Resolution 73/198, 20/12/2018. Söz konusu konvansiyon 7282 sayılı “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” un [RG 11/03/2021-31420] yayımlanmasından sonra Türk hukukunda da yürürlüktedir.

HUAK m. 17/A/3 hükmü uyarınca anlaşmada yer alan hususların arabuluculuğa elverişli olup olmadığına ve bu hususlardan herhangi birinin edaya ilişkin bir kayıt olup olmadığını inceler. İlgili hüküm uyarınca, diğer icra edilebilirlik şerhi verilmesi gereken durumlardan farklı olarak bu kapsamda yapılacak incelemede mahkeme, Singapur Sözleşmesinde yer alan bazı hususların da anlaşma belgesinde bulunup bulunmadığını incelemek durumundadır. Bu hususlardan ilki Singapur Sözleşmesi m. 2/3'te yer alan arabuluculuk tanımı kapsamında yürütülen bir faaliyet neticesinde tarafların anlaşmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus tarafların süreci ne şekilde adlandırdığından ziyade tarafların uyuşmazlığın çözümü için kendilerine çözüm dayatma yetkisi bulunmayan üçüncü kişi ya da kişilerin nezdinde uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmüş olmalarıdır. İcra edilebilirlik şerhi incelemesinde Sözleşme kapsamında incelenmesi gereken bir diğer husus uyuşmazlığın milletlerarası unsur içerip içermediğidir. Bu hususta incelemenin ne şekilde gerçekleştirileceği Sözleşme m. 1/1'de düzenlenmiştir. Buna göre milletlerarası unsur; kurulacak sözleşmenin taraflarından en az ikisinin işyerinin farklı devlet sınırlarında yer alması<sup>425</sup> ya da sözleşme taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin tarafların yapmış oldukları sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasının esas teşkil eden devlet ya da sözleşme konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten<sup>426</sup> farklı olması halinde söz konusu olur. İcra edilebilirlik şerhi incelemesinde dikkat edilecek bir diğer unsur Sözleşme m. 1/1 ve 1/2 uyarınca uyuşmazlığın ticari bir niteliğe sahip olup olmadığıdır. Bu nedenle şayet uyuşmazlık iş, tüketici, aile ya da miras hukuku konularından birine ilişkinse sözleşmenin uygulanması mümkün değildir. Mahkemenin sözleşme kapsamında inceleyeceği bir diğer unsur tarafların hazırlamış olduğu anlaşma belgesinin yazılı olarak düzenlenmesi gerekliliğidir. Sözleşme yazılı olarak düzenlenmesinden anlaşılması gereken ise Sözleşme m. 2/2 gereği hazırlanan belgenin bir şekilde kayda alınması; elektronik ortamda düzenlenen belge için ise belgede yer alan bilginin sonradan kendisine ulaşılacak istenmesi halinde erişilebilir olmasıdır. Bundan başka hazırlanacak sözleşme bir arabuluculuk süreci sonunda kaleme alınmış olmalıdır. Bu husus icra edilebilirlik şerhini mahkemeden talep eden tarafça Sözleşme m. 4/1-b gereği ispatlanmalıdır. Bundan başka anlaşma belgesinin Türkiye'de icra edilmesi istenen durumlarda belge Türkçe

<sup>425</sup> Tarafların birden fazla işyerinin olması halinde Sözleşme m. 2/1-a hükmü yol gösterici olacaktır. Buna göre "Eğer taraflardan birinin birden fazla işyeri varsa, ilgili işyeri, sulh anlaşması yapıldığı sırada taraflarca bilinen veya öngörülen haller dikkate alınarak sulh anlaşmasıyla çözümlenen uyuşmazlıkla en sıkı ilişkiye sahip olan iş yeridir".

<sup>426</sup> Bu hususta Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24 yol göstericidir.

hazırlanmamış ise sözleşmenin Singapur Sözleşmesi m. 2/3 uyarınca Türkçeye çevrilmesi talep edilir. Tüm bu hususların incelenmesi neticesinde koşulların tamamı ilgili anlaşma belgesinde bulunuyorsa belgeye icra edilebilirlik şerhi verilir.

Arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varılır ve anlaşma belgesi yalnızca taraflar ve arabulucu tarafından imzalanırsa, söz konusu uyuşmazlık ticari uyuşmazlık olmadıkça, bu belgenin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için HUAKY m. 21/2 uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması gereklidir. Başka bir ifadeyle ticari uyuşmazlıklar bakımından yalnızca tarafların ve arabulucunun imzaladığı belge icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın doğrudan ilam niteliğinde belge sayılır.

Daha önce bahsedilen durumlar dışında anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için mahkemeden icra edilebilirliğine ilişkin şerh alınmalıdır. Bu durumda şayet dava açılmadan önce süreç başlamışsa başvuran tarafın ya da ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinden ya da arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talep edilebilir. Tarafların halihazırda aralarında bir davanın var olduğu sırada arabulucuya başvurması halinde anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh aralarındaki davanın görüldüğü yer mahkemesinden talep edilir. Söz konusu yetki kesin yetkidir<sup>427</sup>.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi söz konusu belgeyi HMK m. 303 anlamında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden belge haline getirmez. Anlaşma belgesine verilen icra edilebilirlik şerhi, ilamlarla yalnızca belgede yer alan hususların cebri icra kanalıyla yerine getirilebilmesi bakımından benzerlik teşkil eder<sup>428</sup>.

Anlaşma belgesine alınacak icra edilebilirlik şerhine ilişkin talep HUAK m. 18/3 ve HUAKY m. 21/3, 5 uyarınca bir çekişmesiz yargı işidir. Söz konusu maddeler uyarınca çekişmesiz yargı kararı teşkil eden karara karşı HMK m. 387 uyarınca iki hafta içinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir. HMK m. 362 uyarınca bölge adliye mahkemesinin inceleme sonucunda vereceği karar kesindir. Bu aşamada alınacak karar ve ilam harcı ile

<sup>427</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 119.

<sup>428</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 122; Belgenin bu niteliği haiz olmamasının belgenin işlevini tam olarak yerine getirmeyeceğine ilişkin olarak bkz. Eminoğlu/Erdoğan, s. 73.

söz konusu belgenin icra dışında başka bir resmiyet teşkil eden işlemde kullanılmak istemesi halinde ödenecek damga vergisi HUAK m. 18/3 ve HUAKY m. 21/5 uyarınca, bu yollara başvurunun teşvik edilmesinin amaçlanması nedeniyle<sup>429</sup> nispi değil maktu harca tabidir.

Anlaşma belgesinde yer alan ve üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında, belgede icra edilebilirlik şerhinin bulunup bulunmaması önem arz etmeksizin<sup>430</sup> taraflarca dava açılmayacağı HUAK m. 18/5'te belirtilmiştir.

## **2.4. DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA ARABULUCUNUN HUKUKİ STATÜSÜ VE BU STATÜNÜN ARABULUCULUK VE ARABULUCU SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ**

### **2.4.1. Arabulucunun Hukuki Statüsü**

Dava şartı arabuluculuk bakımından süreci yönetip yürüten arabulucunun hukuki statüsünü düzenleyen HUAK, HMK veya diğer mevzuatta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Öğretide arabuluculuk mesleğinin avukatlık mesleğine benzer şekilde bir kamu hizmeti özelliği içermekle beraber serbest bir meslek olduğu hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>431</sup>. Buradan hareketle, Türk öğretisinde bir görüşe göre dava şartı arabuluculukta arabulucu ile kendisini görevlendiren Adliye Arabuluculuk Bürosu arasında bir kamu hukuku ilişkisinin bulunmasından bahisle arabulucunun dava şartı arabuluculuk bakımından sorumluluğu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 40/3 ve m. 129/5 hükümleri çerçevesinde daha sonra arabulucuya rücu edilmek kaydıyla devlet aleyhine açılmalıdır<sup>432</sup>. Dolayısıyla bu görüşü savunanlar dava şartı arabuluculuk bakımından arabulucunun arabulucu sözleşmesi dolayısıyla özel hukuktan doğan

<sup>429</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 123.

<sup>430</sup> Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alması halinde dava açılmasında hukuki yararın olmamasına karşın icra edilebilirlik şerhi alınmayan bir anlaşma belgesinin olsa olsa bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliği kazanabileceği; bu durumun da Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde bkz. Tanrıver, *Alternatif*, s. 124.

<sup>431</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 143-145, Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2018, s. 216-220; Erdost, Bediray, *Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, 2022, s. 29-30.

<sup>432</sup> Tanrıver, *Alternatif*, s. 146; Ermenek, s. 246; Erdost, s. 30.

sorumluluğunun ortaya çıkamayacağını savunmaktadırlar. Buna karşın bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise dava şartı arbuluculuk bakımından da taraflar arasında bir arbulucu sözleşmesi bulunmakta ve dolayısıyla arbulucunun bu çerçevede özel hukuktan doğan sorumluluğunun ortaya çıkması mümkün olmaktadır<sup>433</sup>.

Konuya açıklık getirmek için idarenin yürüttüğü faaliyetlerin denetimi ve idari yargının görev alanının arbuluculuk süreci bakımından değerlendirilmesi gerekir. Kural olarak doğrudan idarenin yürüttüğü faaliyetler idari yargının görev alanına girmekle beraber doğrudan idarenin bünyesinde yer almayan yasama ve yargıya dahil kuruluşların idari faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarla, kamu gücü ayrıcalıklarından faydalanılarak kamu hizmeti görevi üstlenen özel hukuk kişilerinin işlemleri idari yargının görev alanına girmekte, buna karşın doğrudan idarenin yürüttüğü faaliyetlerden özel hukuk alanına ilişkin olanların denetimi idari yargının görev alanı dışında kalmaktadır<sup>434</sup>. Buradan hareketle dava şartı arbuluculuk nedeniyle doğan zararların idari yargının görev alanına girip girmediği belirlenirken söz konusu işlemi ya da eylemi yapanın niteliğinin saptanması ve daha sonra yürütülen faaliyetin hukuki rejiminin belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede arbulucunun bir kamu hizmeti gördüğünden bahisle idarenin kamusal yetki ve usullerle söz konusu faaliyetten kaynaklanan bir uyuşmazlığın olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Kamu hizmeti kavramındaki gelişmeler nedeniyle kamu hukukunun sınırları belirlenirken özel hukuka da bağlı olarak yürütülen endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkması sonucunda tek başına kamu hizmetinin varlığı kriteri uyuşmazlığın idare hukukuna tabi kılınması bakımından yetersiz kalmaktadır<sup>435</sup>. Buradan hareketle kamu hizmeti ölçütünün yanında kamu gücü veya kamusal yetki ve usuller kullanılarak söz konusu eylem veya işlemin yürütülüp yürütülmediğinin araştırılması da gerekmektedir.

Dava şartı arbuluculuk bakımından söz konusu sorunun cevabı yalnızca ilgili uyuşmazlıklar bakımından öncelikle arbuluculuk yöntemine başvurmak olup arbulucunun yapmış olduğu kamu hizmetinin kamu gücü veya kamusal yetki ve usuller

<sup>433</sup> Azaklı Arslan, s. 222.

<sup>434</sup> Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 9. B., Ankara: Turhan, 2017, N. 124.

<sup>435</sup> Gözübüyük/Tan, N. 32a vd.; Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, 3. B., Bursa: Ekin, 2019, s. 287 vd.; Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10. B., Ankara: İmaj, 2015, s. 337 vd.

kullanılarak yürütülmesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk bakımından arabulucunun özel hukuktan doğan sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürmek kanımızca mümkün değildir.

#### **2.4.2. Dava Şart Arabuluculuğun Arabuluculuk ve Arabulucu Sözleşmesi Bakımından Etkisi**

Arabuluculuk sözleşmesi bakımından dava şartı arabuluculuk sürecinde taraflar arasında kanunun bu süreci zorunlu kıldığı hallerde çözüm ortaklığı ilişkisi, TMK m. 640/1’de düzenlenen elbirliği ortaklık hallerinden miras ortaklığına benzer şekilde kanundan kaynaklanır. Söz konusu ilişki taraflar arasında dava şartı arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlığın doğmasıyla birlikte kanun gereği kendiliğinden kurulur. Dolayısıyla çözüm ortaklığının kurulması dava şartı arabuluculuk bakımından taraflardan birinin tasarrufuna veya taraflar arasındaki bir anlaşmaya bağlı değildir. Hatta çözüm ortaklığı dava şartı arabuluculuk süreci bakımından taraflar birbirlerini tanımadan aralarında böyle bir ilişkinin kurulduğundan haberdar olmadan iradeleri dışında kurulur<sup>436</sup>. Bu özelliği nedeniyle miras ortaklığında olduğu gibi bir tesadüfi ortaklık (*communio incidens*)<sup>437</sup> olarak nitelendirilebilir. Söz konusu zorunluluk tarafların yalnızca arabuluculuk sözleşmesini kurmak için yapması gereken öneri ve kabulün varlığını ortaya çıkarırken tarafların irade serbestisini etkileyeceği ve arabuluculuk yönteminin temel ilkelerinden olan iradilik ilkesinin ortadan kalktığı anlamına gelmez. Söz konusu yaklaşım Anayasa Mahkemesi’nin HUAK m. 18/A/11 düzenlemesini iptali kararında da kendini göstermektedir<sup>438</sup>. Taraflar dava şartı arabuluculuk bakımından arabuluculuk sürecine devam edip etmemede ve bir anlaşmaya varıp varmama hususunda serbesttirler.

<sup>436</sup> Çözüm ortaklığı tarafların arasındaki uyuşmazlığın doğumu ile birlikte kanundan ötürü kendiliğinden kurulduğu için çözüm ortaklığının kurulması, tarafları önceden yapacakları bir sözleşme ile aralarındaki uyuşmazlığı dava şartı arabuluculuk kapsamından çıkarmazlar. Bu çerçevede çözüm ortaklığını kuran ve düzenleyen kanun hükümleri hukuki nitelikleri itibarıyla emredici nitelikte hükümler olup tarafların bunun aksine bir düzenleme yapması mümkün değildir.

<sup>437</sup> “Roma hukuku *societas* ile *communio incidens* kurumlarını birbirinden ayrı düzenlenmiştir. Bu ayrım çerçevesinde *societas* sözleşme ile kurulur; *communio incidens*, tarafların iradelerinden bağımsız olarak kurulur, buna karşın sözleşme benzeri bir ilişki (*Quasikontrakt*) ortaya çıkarır. *Societas* ve *communio incidens* arasındaki ilişki vekaletsiz işgörme ile vekalet arasındaki ilişkiye benzer”: Gschnitzer, Frank, *Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts*, Wien: Springer Vienna, 1963, s. 109.

<sup>438</sup> Anayasa Mahkemesi 2023/160/ E., 2024/77 K., 14/03/2024 T., RG 18.04.2024-32521.

Arabulucu sözleşmesi bakımından tarafların irade serbestisi halen devam etmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 “arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listelerden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucu görevlendirilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk süreci bakımından da arabulucu seçimi öncelikle tarafların iradesine tabi tutulmuştur. HUAKY m. 24/1 uyarınca taraflar listede yer alan bir başka arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları halinde söz konusu hususu belgeleyen bir tutanakla beraber tarafların süreci yönetmesini arzu ettikleri arabulucunun Adliye Arabuluculuk Bürosuna bildirim yapmasıyla birlikte söz konusu arabulucu görevlendirilmiş olur ve taraflar arasındaki arabulucu sözleşmesi böylelikle kurulmuş olur. Unutulmamalıdır ki; tarafların arabuluculuk listesinde yer alan arabulucular dışında bir başka arabulucunun süreci yönetmesi hususunda anlaşması halinde tarafların dava şartı arabuluculuk yöntemini terk ederek ihtiyari arabuluculuk yöntemiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri mümkündür. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk bakımından da bir özel hukuk sözleşmesi olan arabulucu sözleşmesinin ve söz konusu sözleşmenin arabulucu tarafından ihlali halinde özel hukuktan doğan yaptırımların dava şartı arabuluculuk bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz.



## 3. BÖLÜM

### ARABULUCUNUN SORUMLULUĞU

#### 3.1. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK

##### 3.1.1. Genel Açıklamalar

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun sorumluluğu için arabuluculuk ilişkisinin ihlali şarttır. Bu çerçevede, arabulucu sözleşmesinin ihlali uygulamada çoğunlukla arabulucu sözleşmesi ile yüklenilen iş ve hizmetlerin özensiz ifası nedeniyle ortaya çıkan gereği gibi ifa etmeme nedeniyle söz konusu olur<sup>439</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya karşı ileri sürebilecekleri talepler bakımından sözleşmenin ihlalinde sorumluluğa ilişkin TBK m. 112 büyük önem arz etmektedir. Borçlar Kanunu'nun Özel Hükümler kısmında, söz konusu genel kuralın yanında, arabulucu sözleşmesi bakımından uygulanabilecek TBK m. 506/2 ve TBK m. 510 hükümleri yer almaktadır. TBK m. 506/2 hükmünün arabulucu sözleşmesine uygulanması sonucu, arabulucunun kendisine verilmiş olan işi sadakat ve özenle yürütmesi gerekir. Arabulucu, aynı zamanda, TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı neticesinde, arabulucu sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını kullanırken dürüst davranmakla yükümlüdür<sup>440</sup>. Bir başka ifadeyle, arabulucu, arabulucu sözleşmesiyle

<sup>439</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 108; Derendinger, Peter, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, 2. Aufl., Freiburg: Universitätsverlag, 1990, N. 155; Bucher, s. 230; Fellmann, Art. 398 N. 181; Alman hukukunda da arabulucunun sorumluluğu hususunda sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceği savunulmaktadır. Bu konuda bkz. Prütting, Hanns, "§ 46 Haftung", *Handbuch Mediation* (Hrsg: Haft, F. / Schlieffen, K. / Bamberger, H.), 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2016, N. 1-2.

<sup>440</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 108; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 3b; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 18 vd.; Bucher, Besonderer Teil, s. 230; sadakat yükümlülüğünün sadece vekaletle ilişkin bir kavram olmadığı hususunda bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 23, aynı yönde bkz. Art. 398 OR N. 27; Tanrıver, *Alternatif*, s. 102; Dür, s. 468; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 154; Karş. Gümüş, *Özen*, s. 157 vd.; Başpınar, s. 121 vd.; Ayrıca adi ortaklık bakımından bkz. Canarslan, Gökçe, *Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirine Karşı İç İlişkideki Borçlar*, 2. B., İstanbul: Vedat, 2021, s. 287; Eren, *Özel Hükümler*, s. 868.

çözüm ortaklığı taraflarına karşı kendisine verilen süreci yürütme ve yönetme görevini sadakat yükümlülüğüne uygun ve özenli bir şekilde yerine getirme borcu altına girer<sup>441</sup>.

Vekilin, dolayısıyla arabulucunun özen borcuna aykırı davranışı sonucu sözleşmeye (arabulucu sözleşmesine) dayanan sorumluluğunun “dogmatik” temellerini TBK m. 506/2 ve TBK m. 112 vd. oluşturur<sup>442</sup>. Söz konusu hükümlerin sonuçları her bir ifa engeli (ifa ihlali) bakımından farklılık gösterir<sup>443</sup>. Söz konusu ifa engelleri ve sonuçları ilerleyen başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### 3.1.2. Kusurlu Sonraki İfa İmkansızlığı (Borcun Hiç İfa Edilmemesi)

#### 3.1.2.1. Genel Açıklamalar

Borcun hiç ifa edilmemesinden maksat TBK m. 112’de düzenlenen bir borca aykırılık türü olan borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkansızlığıdır. Başka bir ifadeyle, kusurlu sonraki ifa imkansızlığı borçlunun borçlandığı yükümün ifasının ifa anı itibariyle borçlunun kusuru ya da borçluya yükletilebilecek bir sebeple sürekli ve kesin olarak ortadan kalkmasıdır<sup>444</sup>. Arabulucu sözleşmesi bakımından söz konusu durum arabulucunun görevi üstlenmesinden sonra yerine getirme borcu muaccel olduğu halde bu görevi hiç yerine getirmemesi ya da tarafların anlaşmasını sağlamak için asgari meslek standartlarının altında çaba sarf etmesi halinde söz konusudur<sup>445</sup>. Bir vekalet sözleşmesi türü olan arabulucu sözleşmesiyle arabulucu, eser sözleşmesinden farklı olarak, esasında bir sonuç taahhüdünü değil yalnızca sürecin yürütülmesini borçlanmaktadır<sup>446</sup>. Uyuşmazlık hakkında nihai karar verme yetkisi arabulucuda değil menfaatlerine uygun

<sup>441</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 108; Karş. Derendinger, Rz. 155 vd.; Hofstetter, S. 91, 122; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 181 vd.; Becker, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 1 vd.; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 N.1; Keller, Band I, s. 450 vd.; Sürecin anlaşma ile sonuçlanmasının yalnızca sözleşmede buna yönelik bir “garanti” hükmünün bulunması halinde mümkün olabileceği savunulmaktadır. Görül için bkz. Weber, Art. 398 OR N. 27.

<sup>442</sup>Fankhauser-Lobsinger, s. 109; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 185, Derendinger, Rz. 155 vd.; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 18 vd. Başpınar, s. 194; Gümüş, *Özen*, s. 182.

<sup>443</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 109; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 188.

<sup>444</sup> Eren, *Borçlar Genel*, N. 3253; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 799-800; Oğuzman / Öz, *C I*, N. 1453.

<sup>445</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 110; Derendinger, Rz. 159 vd. Hofstetter, s. 91; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 19; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 189.

<sup>446</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 110; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 190; Derendinger, Rz. 88 vd.; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 404 N. 5.

bir sonuca ulaşarak uyuşmazlığı çözmek isteyen çözüm ortaklığı taraflarındadır. Bu nedenle arabulucu, arabulucu sözleşmesinin kurulmasıyla “vekalet veren tarafından amaçlanan edimin ifasını yerine getirmek için elinden geleni yapması” hususunda bir yükümlülük altına girer. Bu çerçevede ihtiyari arabuluculuk bakımından ediminin ne zaman yerine getirildiğinin tarafların aralarındaki sözleşmeye mi yoksa hukuki işlemin niteliğine göre mi belirleneceği sorusunun cevaplanması gerekir<sup>447</sup>. İhtiyari arabuluculuk bakımından, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, arabulucunun sürece başladıktan sonra kural olarak bir zaman sınırlaması yoktur. Buna karşın arabulucu zamanı verimli ve etkin kullanılmalıdır. Başka bir ifadeyle, arabulucu sürecin tarafların ilgisini kaybedecek ve süreçten umudunu kesecek kadar uzamasına izin vermemelidir.

Arbulucu sözleşmesi bakımından edimin yerine getirilmesi gereken anın hukuki işlemin niteliği göz önünde bulundurularak belirlenmesi daha zordur. Bu çerçevede hem tarafların anlaşması hem de sürecin uzunluğunun önemli ölçüde arabulucunun üstlenmiş olduğu edimi özenli bir biçimde yerine getirmesine bağlı olacağı düşünülse de söz konusu durumda bir çözüm üzerinde anlaşılabilmesinin tarafların çabasına da bağlı olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır<sup>448</sup>. Arabulucu sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi öncelikle, arabulucunun ediminin ifasına, uyuşmazlığın tarafları bakımından istenen sonuca uygun bir süre içinde ulaşmak için başlaması gereken zamanda başlamaması durumunda söz konusu olur<sup>449</sup>. Bu durum arabulucu sözleşmesinin yorumlanması ve

<sup>447</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 110; Derendinger, Rz. 100; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 191.

<sup>448</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 110; Dava şartı arabuluculuk bakımından HUAK'ta hukuki öngörülebilirlik için arabuluculuk faaliyetinin belirli bir süre içerisinde sonlandırılması öngörülmüştür. Bu çerçevede iş ve tüketici hukuku dahilindeki uyuşmazlıklar bakımından arabulucu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içerisinde süreci sonuçlandırmakla yükümlüdür. Söz konusu süre zorunlu hallerde HUAK m. 18/a-9, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/10 uyarınca arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir. Bunun dışında HUAK m. 18/B ile dava şartı arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıklarda özel bir süre öngörülmediğinden yine arabulucu süreci üç hafta içerisinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Zorunlu hallerde bu süre bir hafta daha uzatılabilir. Ticari uyuşmazlıklar bakımından ise arabulucu altı hafta içerisinde süreci sonlandırmak zorundadır. TTK m. 5/A/2 uyarınca söz konusu süre iki hafta daha uzatılabilir. Yine Tarım Kanunu m. 13 uyarınca tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından arabulucu süreci görevlendirildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bu süre iş ve tüketici uyuşmazlıklarında olduğu gibi zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir. Arabulucu söz konusu süre uzatımlarının gerekçesini göstererek tutanağa bağlamakla yükümlüdür. Arabulucu HUAK m. 25/5/c. 3 uyarınca resen son tutanağı düzenlerken tarafları ihtiyari arabuluculuk süreci yoluyla sürece devam edecekleri hususunda bilgilendirmekle yükümlüdür.

<sup>449</sup> Bununla birlikte ihtiyari arabuluculukta sürecin ne kadar devam etmesi gerektiğine ilişkin kesin bir süre, her bir somut olay bakımından farklılık göstereceği için söylenememektedir: Fankhauser-Lobsinger, s. 110.

boşlukların tamamlanması ile tespit edilir<sup>450</sup>. Arabulucunun edimi hiç ifa etmemesi, edimin ifasına zamanında başlamakla birlikte edimin ifasını sözleşmeye aykırı biçimde uzatması ve tarafların uzlaşması için gereken süre içerisinde anlaşmalarını kendiliğinden ortadan kaldıracak şekilde geciktirmesi halinde de söz konusu olur<sup>451</sup>.

Aynı şekilde, söz konusu süre hesaplanırken sürecin uzamasına neden olacak, uyuşmazlığın taraflarının sürecin yönetimi ve planlanması dışında, tarafların anlaşmaya varamaması halinde arabuluculuk sıfatından çıkıp bir hakem gibi hareket ederek uyuşmazlık hakkında bir hüküm vermesi ya da çözüm ortaklığı yöneticisi olarak tarafların bir anlaşmaya varamaması halinde taraflardan aldığı tam yetkiyle taraflar yerine bir şeyi yönetme amacı gibi başka amaçlarla arabulucuya birtakım tipik arabulucu sözleşmesi dışında yetkiler verip vermediğinin sözleşmenin içeriğinin değerlendirilmesi neticesinde tespit edilmesi gerekir<sup>452</sup>.

### 3.1.2.2. Arabulucunun Kusurlu Sonraki İmkansızlığının Hukuki Sonuçları

#### 3.1.2.2.1. Arabulucunun Sebep Olduğu Sonraki İmkânsızlık Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları

##### 3.1.2.2.1.1. Zarar

TBK m. 112 uyarınca çözüm ortaklığı taraflarının zararları aktiflerinde azalma, pasiflerinde artma ya da yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir. Öğretide çoğunlukla kabul edilen görüşe göre zarar, zarara uğrayan kimsenin malvarlığının mevcut hali ile zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark olarak adlandırılmaktadır<sup>453</sup>.

<sup>450</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 111; bu zorunluluğun arabulucu üzerinde baskı oluşturması tehlikesini de beraberinde getirdiği ve her zaman en hızlı çözümün en doğru çözüm olmadığı gerçeği unutulmamalıdır.

<sup>451</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 111; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 192; Art. 366 Abs 1 OR.

<sup>452</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 111.

<sup>453</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 111; Karş. Bucher, Allgemeine Teil, s. 341 vd.; Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger, s. Rz. 2898. Vekalet hukuku bakımından bkz. Derendinger, Rz. 214 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 333

Burada zarar kavramından malvarlığı zararlarının kastedilmesi nedeniyle salt manevi zararlar bu hesaplamada dikkate alınmaz. Tarafların manevi zarar talepleri söz konusu maddi tazminatın yanında ayrıca talep edilmelidir<sup>454</sup>.

Malvarlığının azalması bakımından müspet zararı oluşturan fiili zarar ile yoksun kalınan kâr arasında bir ayırım yapılmalıdır. Fiili zarar, arabuluculuk süreci bakımından arabulucunun borçlunun edimini ifa etmemesi nedeniyle çözüm ortaklığı taraflarının malvarlıklarının aktif kısmının azalmasına veya pasif kısmının çoğalması anlamına gelir. Söz konusu fiili zararın içeriğine çözüm ortaklığı taraflarının arabulucunun edimini ifa edeceğine güvenerek süreç dışı üçüncü kişilerle kurduğu hukuki ilişkiler ve bu çerçevede borçlandıkları edimleri ifa edememekten dolayı karşılaşıacağı tazminat ve ceza koşulları da girer<sup>455</sup>. Buna karşılık müspet zararın bir parçasını oluşturan yoksun kalınan kar arabuluculuk süreci bakımından arabulucu borcuna aykırı davranmamış olsaydı çözüm ortaklığı taraflarının malvarlıklarının göstereceği artışa denir. Şu durumda arabulucunun sözleşmeyi ihlali çözüm ortaklığı taraflarının malvarlıklarında meydana gelecek muhtemel bir artışı önlemiştir<sup>456</sup>. Bu çerçevede örneğin, arabulucunun kararlaştırılan süreyi kaçırmaması halinde, dava zamanaşımına uğrayan uyuşmazlığın taraflarının süre nedeniyle davayı kaybetmeleri nedeniyle dava masrafı ödemesinin yanında bu davayı kazanması ihtimalinde elde edeceği kazançtan da yoksun kalmış olur.

Arabulucunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkansızlığı bakımından ifa edilememiş olan arabuluculuk faaliyeti zararın belirlenmesinde önem arz eder; zira borcun ifasının talebi kendiliğinden sona ermektedir. Uyuşmazlığın tarafları, arabulucudan meydana gelen zararın yanı sıra diğer başka masraflarla birlikte arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden ötürü arabuluculuk faaliyeti için yapılan masrafları da arabulucudan talep edebilirler<sup>457</sup>. Bu masraflara örnek olarak arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi için kiralanmış yerin masrafı gösterilebilir.

<sup>454</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 30; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 336; Ayrıca karş. BGE 87 II 292 E. 4 b ve c.

<sup>455</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Aral, s. 165; Eren, Genel Hükümler, N. 3306.

<sup>456</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 334; Eren, Genel Hükümler, N. 3307.

<sup>457</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Karş. Derendinger, Rz. 216 ve 222 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 336; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 29.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti kendi kusuru nedeniyle sonradan imkânsız hale gelmişse, uyuşmazlığın taraflarına süreci yönetme borcunu ifa etmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararları (müspet zarar) tazmin etmelidir<sup>458</sup>. Burada müspet zarar, uyuşmazlığın taraflarının, arabulucunun arabuluculuk faaliyetini sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa etmiş olsaydı elde edecekleri değer göz önünde bulundurularak hesaplanır ve bu değer yerine geçer. Bundan dolayı müspet zarar, yoksun kalınan kârın da eklenmesi nedeniyle arabulucunun üstlenmiş olduğu arabuluculuk faaliyetini yerine getirmemesinden ötürü ortaya çıkan fiili zararların üstünde olabilir<sup>459</sup>.

Bununla birlikte müspet zarardan söz edilebilmesi için öncelikle ortada geçerli olarak kurulmuş bir arabulucu sözleşmesinin bulunması gerekir. Buna göre uyuşmazlığın tarafları, ortada geçerli bir arabulucu sözleşmesi bulunması nedeniyle bu sözleşmede kararlaştırılan arabulucunun faaliyetinin ifa edileceği inancıyla hareket ederler<sup>460</sup>.

Uyuşmazlığın tarafları, TMK m. 6 uyarınca kural olarak arabulucunun sözleşmeyi ifa edebileceğini ve dolayısıyla sözleşmenin kurulması sırasında objektif imkansızlığın söz konusu olmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Uygulamada bu hususun ispatlanmasının güçlük arz etmesi karşısında, arabulucunun görevi derhal reddetmemesi, bir anlaşmaya sağlanabileceğine dair bir güven oluşturmuş olduğundan, sürecin sağlıklı işlemesi sonucunda tarafların anlaşmaya varabileceği varsayımından hareket edilebilir<sup>461</sup>.

Ancak arabulucunun sorumluluğu arabulucunun görevi kabul ederken tarafları sürecin herhangi bir çözüme ulaşmadan tamamlanmasının çok muhtemel olması hakkında uyarması ya da arabuluculuk faaliyeti devam ederken tarafların kendisine verdiği talimatların veya kendisinden istedikleri taleplerin sürecin yürütülmesi bakımından anlamsız, rahatsız edici veya sürecin işleyişine zarar verici nitelikte olduğu hususunda kendilerini bilgilendirmeleri durumunda söz konusu olmaz. Hatta ikinci durumda; arabulucunun sürecin yönetimini talepleri doğrultusunda ifa etmiş olsaydı sürecin çok

<sup>458</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Derendinger, Rz. 226; Hofstetter, s. 91; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 211; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 29.

<sup>459</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 112; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 343 dn. 59.

<sup>460</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 113; Karş. Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 29; Derendinger, s. 99 dipnot. 107; Hofstetter, s. 91; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 213.

<sup>461</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 113; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 213; Derendinger, Rz. 216.

büyük ihtimalle herhangi bir sorun olmaksızın yürüyeceğini çözüm ortaklığının tarafları ispatlamalıdır<sup>462</sup>.

Şayet uyuşmazlığın tarafları sürecin arabulucu tarafından özenli bir şekilde yürütülmesi halinde anlaşmaya varabileceklerini kanıtlayamazsa, ispat yükünün gereğini yerine getirmemeleri nedeniyle artık yoksun kalınan kârın tazminini talep edemezler. Bu durumda somut zararın ispat edilememesinden ötürü tazminatın miktarı hâkim tarafından somut olayın niteliğine göre takdir edilmelidir<sup>463</sup>. Bu hususta taraflardan iddialarını tam bir kesinlikle kanıtlamaları beklenmemektedir; tarafların uygun şartlar dahilinde uyuşmazlığın anlaşma ile çözülebileceğini ihtimalini kanıtlayabilmeleri yeterlidir<sup>464</sup>.

Zararın hesaplanmasının fark teorisi çerçevesinde yapılmasından ötürü hesaplama yapılırken tarafların arabulucunun yapmış olduğu iş ve işlemlerden dolayı elde ettikleri yarar da göz önünde bulundurulur<sup>465</sup>.

Öğretide bazı yazarlar kusurlu sonraki imkânsızlık söz konusu olduğunda, temerrüde kusurla düşme ve kusurlu sonraki imkânsızlık bakımından farklı sonuçlar benimsemenin haklı bir gerekçesinin bulunmamasından ötürü vekalet verene sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğini de savunmaktadır<sup>466</sup>. Bu çerçevede dönme hakkı özellikle çözüm ortaklığı taraflarının halihazırdaki arabulucuyla yaptıkları arabulucu sözleşmesi nedeniyle bir başka arabulucu ile sözleşme yapamamaları sebebiyle sürecin başarıyla sona ermesinden mahrum kaldıkları uyuşmazlıklar bakımından tanınmalıdır.

### 3.1.2.2.1.2. Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırı Davranış)

Arabulucu kendisine verilen iş veya görevi ifa etmez ve uyuşmazlığın taraflarının taleplerini sonraki imkânsızlık nedeniyle hiç ya da gereği gibi ifa edemezse diğer şartların

<sup>462</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 113; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 215.

<sup>463</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 113; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 217; Derendinger, Rz. 216 vd.

<sup>464</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 114; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 218.

<sup>465</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 114; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 219; Derendinger, Rz. 221.

<sup>466</sup> Örneğin Bucher, Allgemeiner Teil, s. 424 Fn. 27; Keller/Schöbi, s. 248 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 220.

da bir arada bulunması halinde TBK m. 112 uyarınca sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu olur. Ancak arabulucunun sonraki imkânsızlık nedeniyle tazminat sorumluluğu ancak sonraki kusurlu imkânsızlık halinde doğar. Temerrütten farklı olarak alacaklı tarafın herhangi bir ihtarda ya da benzeri bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Burada aynen ifa istenemez<sup>467</sup>.

Üstlenilen edimin aynı bir edim olduğu durumlarda imkansızlığı ispatlamak güçlük arz etmez. Ancak arabuluculuk faaliyeti gibi yükümlülükler bakımından edimin ifa edilip edilmediğini ispatlamak daha zordur ve çoğu zaman konunun daha titiz bir biçimde incelenmesini gerektirir. Bundan başka hem genel anlamda hem de arabuluculuk özelinde edimin imkansızlaşması istisnai olarak karşımıza çıkar<sup>468</sup>. Bu hususta edimin imkansızlaşmış imkansızlaşmadığının belirlenmesi sözleşmede kararlaştırılan her bir edimin içeriğinin tespiti ile mümkün olabilir<sup>469</sup>. Hâkim uyuşmazlık durumunda arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına sözleşme çerçevesinde hangi faaliyetleri üstlendiğini tespit etmelidir. Hâkim bu tespiti sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması ilkelerine göre gerçekleştirir.

İmkansızlığın söz konusu olduğu durumda imkansızlığın neden kaynaklandığı önem arz etmemektedir. Bu hususta önemli olan arabulucunun imkansızlığın ortaya çıkmasında kusurunun bulunup bulunmamasıdır<sup>470</sup>.

Arabulucu TBK m. 502/1 uyarınca kendisine tevdi edilen iş ya da hizmeti sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu çerçevede edimin ifası kapsamında gerçekleştirdiği eylemleri de bu amaca yönelik olmalıdır; buradan hareketle uyuşmazlığın tarafları da zımni olarak işin en azından Etik Kurallara uygun ve asgari seviyede tamamlanacağını varsayarlar<sup>471</sup>. İş sahibi olarak uyuşmazlığın tarafları sözleşmeyi kurarken yalnızca uygun bir arabulucunun belirlenmesini değil, her biri

<sup>467</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115; Karş. Derendinger, Rz. 173; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N 19; Bucher, Allgemeiner Teil, S. 339; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 196; Eren, *Genel Hükümler*, N. 3292.

<sup>468</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 202.

<sup>469</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115; Karş. Derendinger, Rz. 168.

<sup>470</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 197.

<sup>471</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115.



öncelikle kendi menfaatlerine uygun olmak üzere, uyuşmazlığın anlaşma ile sonuçlanmasını da ister<sup>472</sup>.

Arabulucunun edimini ifa yükümlülüğü, çözüm ortaklığı taraflarınca ve arabulucunun yönlendirdiği uzlaşmaya ulaşma imkânı kısmen ya da tamamen kalmadığında imkânsız hale gelir<sup>473</sup>. Bu hususta arabulucunun kusuruyla uygun bir zamanda gerçekleştirilemeyen arabuluculuk görüşmeleri nedeniyle uyuşmazlığın taraflarının bir proje için başvuru süresini kaçırmaları örnek gösterilebilir. Arabuluculuk süreci bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, çözüm ortaklığı taraflarından birinin temel ilişkiden kaynaklanan bir talebini mahkemede ileri sürülmesinin arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesini imkânsız hale getirip getirmediğidir. Davanın açılmasından sonra da bir anlaşmaya varılabileceği gerekçesiyle bu husus tek başına arabulucunun ediminin ifasını imkânsız hale getirmez. Ayrıca, davacı daha sonra açtığı davayı geri alabilir. Tarafların arabuluculuk süreci dışında anlaşmaya varmaları ya da uyuşmazlığın konusuz kalması halinde de bir imkansızlıktan söz edilebilse de burada bir sözleşmeye aykırılık ya da kusurdan söz edilmez<sup>474</sup>.

Arabulucunun tazminat yükümlülüğü bakımından, imkansızlığın objektif ya da sübjektif olduğu; bir başka deyişle faaliyetin belli bir zaman dilimden hiç kimse tarafından ifa edilememesi veya imkansızlığa arabulucunun sebep olmasının herhangi bir önemi yoktur. Ancak bu husus TBK m. 112 anlamında sorumluluktan kurtulma ya da TBK m. 136 anlamında bir imkansızlığın olup olmadığının tespitinde dikkate alınmalıdır<sup>475</sup>.

### 3.1.2.2.1.3. Uygun İlliyet Bağı

Uyuşmazlığın taraflarının uğramış oldukları zarar ile sözleşmeye aykırılık arasında uygun illiyet bağı bulunmalı; bir başka deyişle, sözleşmeye aykırılık ile zarar arasında bir neden

<sup>472</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 115; Karş. Derendinger, Rz. 88.

<sup>473</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 116; Derendinger, Rz. 167; Ayrıca bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 199.

<sup>474</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 116.

<sup>475</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 116. Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 200.

sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bu husus gereği gibi ifa etmeme ile zararın belirlenmesi ve illiyet bağı sorununa ilişkin başlıklarda ayrıntılı olarak incelenecektir<sup>476</sup>.

#### 3.1.2.2.1.4. Arabulucunun Sözleşmeyi Kusurlu Olarak İhlal Etmesi

Arabulucunun sorumluluğundan söz edebilmek için arabulucunun kusurlu olması gerekir. Kusurun varlığı halinde arabulucu ortaya çıkan zararı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, tazmin etmekle yükümlüdür<sup>477</sup>.

#### 3.1.2.2.1.5. İspat

Uyuşmazlığın tarafları şayet edimin hiç ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talebinde bulunuyorlarsa arabulucu bu hususta sonradan ifanın mümkün olduğunu; dolayısıyla somut olayda yalnızca TBK m. 117 vd. düzenlenen temerrüt şartlarının söz konusu olduğu itirazında bulunabilir. Ancak uyuşmazlığın tarafları aynen ifadan vazgeçmiş ve TBK m. 112 uyarınca müspet zararın tazminini talep ediyorlarsa bu durumda arabulucunun ediminin imkânsız olduğunu ispatlamalıdır<sup>478</sup>.

Uygulamada üstlenilen edimin imkânsız hale geldiğinin ispatının güçlük arz ettiğinden daha önce söz edilmişti<sup>479</sup>. Bu durumda arabulucunun, kendisinden kaynaklı bir imkânsızlık söz konusu olduğunda, bu ifa imkansızlığı nedeniyle, HUAK m. 9/1 dikkate alınarak çözüm ortaklığı taraflarının da bu konudaki rızasıyla, TBK m. 506/1 uyarınca görevi ikame arabulucuya tevdi etmesini gerektiği ileri sürülebilir<sup>480</sup>. Arabulucunun kusursuz olduğu iddiası ancak arabuluculuk sürecinin arabulucunun kendi kişisel

<sup>476</sup> Bkz. aşa. “3.1.2.2.1. Arabulucunun Sebep Olduğu Sonraki İmkânsızlık Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları” başlığı.

<sup>477</sup> Karş. aşa. “3.1.2.2.2. İspat Yükü” başlığı.

<sup>478</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 117; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 340; Becker, Berner Kommentar, Art. 97 OR N 96 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art 398 OR N 201.

<sup>479</sup> Bkz. s. 115.

<sup>480</sup> Bu hususta Avukatlık Kanunu m. 42’de yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemenin HUAK’ta yer alması kanaatimizce gereklidir.

özelliklerine güven çerçevesinde şekillendiği ve sözleşmenin içeriği değişmeden üçüncü kişi tarafından yerine getirilebileceği halinde dinlenmez<sup>481</sup>.

TMK m. 6 uyarınca ispat yükü kendilerinde olan çözüm ortaklığı tarafları; sözleşmede kararlaştırılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından, sözleşmeye aykırılık ile söz konusu aykırılık ve meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispatlamalıdır<sup>482</sup>.

Uyuşmazlığın tarafları şayet iddialarını TBK m. 112'ye dayandırırsa bu durumda ispat yükü tersine döner. Bir başka deyişle arabulucu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe uyuşmazlığın taraflarının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur<sup>483</sup>.

#### 3.1.2.2.1.6. Sözleşmeye Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Arabulucunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık nedeniyle söz konusu olan zararı tazmin borcu, arabulucunun süreci yönetme yükümlülüğü olan asli edim yükümlülüğünün yerini alan bir ikincil (tali) yükümlülüktür. Bununla birlikte arabulucu sözleşmesinden kaynaklanan diğer yükümlülükler söz konusu dönüşüme rağmen varlığını devam ettirir. Burada borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı borç ilişkisini ortadan kaldırmadığından, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının yerine getirmesi gereken karşı edim; bir başka deyişle uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya karşı olan yükümlülükleri kural olarak devam eder<sup>484</sup>.

Günümüzde öğretide çoğunluk yazar tarafından kabul edilen fark teorisi<sup>485</sup> uyarınca uyuşmazlığın tarafları karşı edimin değeri veya tutarını, arabulucunun tazminat alacağı tutarından mahsup eder. Bu çerçevede taraflar arabuluculuk ücretini hiç ödemez ya da

<sup>481</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 117; Karş. Derendinger, s. 168; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 202.

<sup>482</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 117; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 346; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 205.

<sup>483</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 118; Karş. Derendinger, Rz. 339; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N 205.

<sup>484</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 118; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 206.

<sup>485</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 118; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 380 vd.

arabuluculuk faaliyeti için kendilerinden tahsil edilen ücreti yükümün hiç ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan tazminat miktarına mahsup edebilir ve aradaki farkı arabulucudan talep edebilir<sup>486</sup>.

Genel olarak arabulucu tarafından belirli bir sonucun üstlenilmediği salt işgörme edimleri ve dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti bakımından uygulamada tazminat miktarının hesaplanması güçlük arz etmektedir. Zira satış ya da kira bedelinden farklı olarak bu edimlerin maddi karşılığını çoğu zaman önceden tespit edebilmek mümkün değildir. Örneğin çoğunlukla ihtiyari arabuluculukta, arabulucuya ödenmesi gereken ücret arabulucunun harcadığı mesai ve yapılan oturumların sayısına göre belirlenir ve dolayısıyla arabuluculuk süreci, anlaşmaya varılsın ya da varılmasın, uygun bir şekilde tamamlandıktan sonra hesaplanabilir<sup>487</sup>. Bu nedenle, ihtiyari arabuluculuk bakımından arabuluculuk görevinin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi halinde hangi masrafların ortaya çıkacağını önceden belirlemek genellikle kolay değildir. Götürü bir ücretin belirlenmediği durumlarda, ücret, somut olayın koşullarına göre, örneğin özellikle arabulucunun arabuluculuk edimini gereği gibi yerine getirmesi için yapılan harcamalar, kişisel emek ve harcanan zaman ile arabulucunun ediminin somut uyumsuzluk bakımından önemi göz önünde bulundurularak belirlenmelidir<sup>488</sup>. Şayet taraflar zararın

<sup>486</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 118; Karş. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, R. 2848; Bucher, s. 380 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 207; Alman Federal Yüksek Mahkemesi avukatın sorumluluğu çerçevesinde verdiği bir kararda; sorumluluğa ilişkin hükümlerin koruma amacı ve zararın tazmininin işlevi ve amacına ilişkin normatif değerlendirmelerde bulunmuş ve fark teorisini bu değerlendirmeler çerçevesinde değiştirmiştir. Mahkemeye göre sorumluluğa ilişkin hükümlerin koruma amacı çerçevesinde, zarar gören tarafa kanunen hak ettiğinden daha fazlasını vermek hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu anlamda örneğin, avukatın vermiş olduğu tavsiyede bir hata yapılması halinde bir zarar meydana gelmişse, avukatın yalnızca müvekkilin tavsiyenin doğruluğu ve eksiksizliğine duyulan güven nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmalı ve zarar bu çerçevede tazmin edilmelidir. Federal Mahkemenin avukatın sorumluluğu bakımından benimsediği bu ilkeler arabulucunun sorumluluğu meselesine de uygulanabilir. Arabuluculuk hak temelli değil menfaat temelli bir süreçtir. Dolayısıyla söz konusu menfaati aşan zarar tazmin talepleri de dolaylı olarak arabuluculuğun temel ilkelerine aykırı olur. Zira böyle bir talebin kabulü ile uyumsuzluğun taraflarına arabuluculuk yolu ile elde edebileceğinden daha fazlası verilmiş olur. Son olarak, arabuluculukta asıl olan hak temelli değil menfaat temelli bir anlaşmaya ulaşabilmektir. Bu çerçevede arabulucunun sorumluluğunun uyumsuzluğun tamamına teşmili yalnızca arabulucunun iletişim hatalarından kaynaklanan zararlar bakımından söz konusu olabilir. Bununla birlikte burada bahsedilen hususlar gizlilik yükümlülüğünün ihlali gibi arabulucunun tipik edimleri bakımından sözleşmeye aykırılık bakımından geçerli değildir. Özellikle gizlilik yükümlülüğünün ihlali halinde meydana gelen zararın uyumsuzluk konusu bakımından ortaya çıkabilecek zarardan daha fazla olacağı düşünülebilir. Bu hususta söz gelimi konusu yalnızca kıdem tazminatının belirlenmesi olan iş hukuku kapsamındaki bir arabuluculuk süreciyle bağlantılı olarak ticari sırların ve şirket stratejisinin ifşa edilmesi örnek gösterilebilir. Bkz. Fankhauser-Lobsinger, s. 118-119, dn. 431.

<sup>487</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 119; Karş. Derendinger, Rz. 45; Dava şartı arabuluculuk bakımından ise söz konusu miktarlar Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir.

<sup>488</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 119.

tazminin, fark teorisi çerçevesinde; bir başka deyişle arabulucudan sözleşmede kararlaştırılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan müspet zarar nedeniyle tazminat alacağından arabulucuya ödenmesi gereken ücret arasındaki fark olarak talep ederlerse, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sözleşmeyle kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilmiş olsaydı bile tarafların elde edecekleri menfaatlerin değerinin uyuşmazlığın taraflarının ileri sürdüğü kadar olmayacağı itirazında bulunabilir. TMK m. 6 gereği ortaya çıkan müspet zarar ve uyuşmazlığın arabulucuya ödemesi gereken ücret hususunda ispat yükü uyuşmazlığın taraflarındadır<sup>489</sup>.

### 3.1.2.2.1.7. Vekilin İstifası ve Azline İlişkin TBK m. 512 ile İlişkisi

Arbuluculuk sözleşmesinin ifası arabulucunun kendi kusuru nedeniyle imkânsız hale gelirse, arabulucu TBK m. 512 uyarınca arabuluculuk sözleşmesini söz konusu durumu çözüm ortaklığı taraflarına derhal bildirerek feshetse bile tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Çözüm ortaklığı taraflarının talebi, arabulucunun sözleşmenin feshi nedeniyle arabuluculuk sürecinin başarıyla sona ermemiş olması nedeniyle uğramış oldukları zararın tazminidir<sup>490</sup>.

### 3.1.2.2.2. Arabulucunun Sorumlu Olmadığı İmkânsızlık (Kusursuz Sonraki İmkânsızlık)

#### 3.1.2.2.2.1. Genel Açıklamalar

Edimin ifasının imkansızlaşmasının arabulucunun kusurundan kaynaklanmadığı durumlarda, uyuşmazlığın taraflarının TBK m. 136 uyarınca borçlu borcundan kurtulacağı için arabulucudan talepte bulunmaları söz konusu değildir<sup>491</sup>. Bir başka

<sup>489</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 119; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art 398 N. 208.

<sup>490</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 120; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 226; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 19; Yapma ediminin (*obligatio faciendi*) artık söz konusu olmaması ve ortadan kalkmasından sonra da TBK m. 502/1 uyarınca sözleşme ilişkisinin sona erdirilip erdirilemeyeceğine ilişkin yapılan tartışmalar için bkz. Deredinger, s. 74 dn. 249.

<sup>491</sup> Öğretide bir kısım yazar TBK m. 136 hükmünün yalnızca objektif imkansızlığı düzenlediğini ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Art. 97 N 3 ve Art 119 N 4. Buna karşın öğretide çoğunluk görüşü ilgili maddenin sübjektif imkansızlık hallerinde de uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 233; Öğretide üçüncü bir görüş ise sübjektif imkansızlığın TBK m. 112 ya da m. 136 kapsamında değerlendirilemeyeceğini, bilakis söz konusu hususun TBK m. 117 vd.'da düzenlenen temerrüt

deyişle, arabulucudan kaynaklanan imkânsızlık halinden farklı olarak burada bir tali edim yükümü olarak tazminattan bahsedilemez<sup>492</sup>.

Arabulucunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık meselesinde, arabuluculuk gibi serbest meslek faaliyeti sayılan mesleklerde edimin ifasının diğer faaliyetlerinden kaynaklı bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle yerine getirilmesinin imkânsız olabileceği hallere özellikle dikkat etmek gerekir. Bu duruma örnek olarak aynı zamanda avukatlık yapan bir arabulucunun diğer müvekkillerinin menfaatlerini korumakla yükümlü olması nedeniyle, müvekkillerin menfaatlerinin çözüm ortaklarının menfaatleriyle çatışması sonucunda artık çözüm ortaklığı tarafları için arabuluculuk faaliyetini yerine getiremeyeceği hali gösterilebilir<sup>493</sup>. Bu durumda arabulucu Etik Kurallar m. 4 çerçevesinde TMK m.2 hükmünden hareketle “makul bir kişinin kendi menfaatlerini koruyacağı biçimde” ve “somut olaydaki menfaatlerin tamamının olaydaki önemine, bu menfaatlerin ne derecede tehlikeye düşebileceğine ve bu menfaatlerin sağlanabilmesi ihtimaline” göre hareket etmelidir<sup>494</sup>.Arabulucu sürecin yöneticisi olarak tarafların bir anlaşmaya varması amacıyla arabuluculuk faaliyetinde bulunmasını taahhüt etmiş olduğu ve esasen uyuşmazlığın taraflarının özel menfaatlerini gözetmesi öngörülmediğinden arabulucu sözleşmesinin kurulması doğrudan doğruya veya kendiliğinden (*per se*) bir menfaat çatışması yaratmaz<sup>495</sup>.

Arabulucunun menfaatleri ile uyuşmazlığın taraflarının yükümlülüklerinin karşı karşıya geldiği durumlarda, arabulucunun süreçten çekilip çekilmemesi gerektiği her somut olay bağlamında dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir. Ancak bazı hallerde kişisel menfaatlerle eşit değerde olduğu kabul edilse dahi borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin öncelikli olduğu kabul edilmelidir<sup>496</sup>.

---

hükümleri kapsamına girdiğini ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2536; von Büren, Allgemeiner Teil, s. 365, s. 390; Ayrıca bkz. Eren, *Genel Hükümler*, N. 4128.

<sup>492</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 120; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 227; Deredinger, Rz. 171; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt, Leyla Müjde, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)*, Ankara: Yetkin, 2016, s. 189 vd.

<sup>493</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 121.

<sup>494</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 121; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 235.

<sup>495</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 121.

<sup>496</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 121; Karş. von Tuhr/Escher, s. 99.

Arabulucunun arabuluculuk sürecinin kendinden kaynaklanan sebeplerle yürütülmemesi nedeniyle arabuluculuk rolünü üçüncü bir kişi konumundaki bir başka arabulucuya devretmesi halinde doğrudan subjektif imkansızlıktan söz edilemez. Böyle bir durum arabulucunun arabuluculuk görevini kendi kişiliğinden kaynaklanan nedenlerden ötürü yerine getiremediği ve üçüncü bir kişinin de yerine getirilecek faaliyetin kapsamında önemli bir değişiklik olmadan bunu sağlayabilmesi durumunda çözüm ortaklığı taraflarının bu konudaki açık rızalarının varlığı halinde sözleşmenin subjektif imkansızlığından bahsedilemez. İhtiyari arabuluculuk bakımından böyle bir ikame arabulucuya başvurunun HUAK m. 9/1 dikkate alınarak TBK m. 506/1 uyarınca mümkün olup olmadığı somut olayın değerlendirilmesi ile arabulucu sözleşmesinin yorumlanması ve tamamlanması ile tespit edilir. Arabulucunun HUAK m. 9/1 uyarınca caiz olmayan ikameden dolayı sorumluluğu, ortaya çıkan zararlardan kendi kusuru nedeniyle meydana gelmemiş olsa bile caiz olmayan ikame arabulucuya başvurusu nedeniyle TBK m. 507/1 'e göre doğar<sup>497</sup>.

#### 3.1.2.2.2.2. Hukuki Sonuçları

Tam iki tarafa borç yükleyen diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi arabulucu sözleşmesi bakımından da arabulucunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde de çözüm ortaklığı taraflarının karşı edimlerini ifa borcu da TBK m. 136/2 uyarınca kural olarak sona erer. TBK m. 136/2 uyarınca imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan arabulucu kendisine henüz ifa edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkından da yoksun kalır. Söz konusu durum tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan arabulucu sözleşmesinde edimler arasındaki karşılıklık ve değişim ilkesinin doğal bir sonucudur. Buradan hareketle arabulucu sözleşmesinde arabulucunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde edim hasarına çözüm ortaklığı tarafları katlanırken karşı edim hasarına ise arabulucu katlanır<sup>498</sup>. Ancak arabulucu sözleşmesinin ifasına başlanmıyorsa TBK m. 137 gereği, imkânsızlık gerçekleşene kadar verilen arabuluculuk hizmetleri tazmin edilmelidir. Arabulucu sözleşmesinin kural olarak bölünebilir edimlerden oluşması sonucunda TBK m. 137/2 c.1 uygulama alanı bulur ve çözüm ortaklığı taraflarının rızası da alınarak

<sup>497</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 121; Karş. Deredinger, Rz. 168; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 237; Gümüş, *C II*, s. 150-151.

<sup>498</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 4144.

arabulucunun kendi ediminin ifası mümkün olan kısmına karşılık gelen tutar ya da miktarda karşı edime hak kazanır<sup>499</sup>.

Tam ya da kısmi imkânsızlık hali söz konusu olduğunda arabulucu TBK m. 136/2 karşı taraftan almış olduğu avans veya arabuluculuk ücretini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlüdür<sup>500</sup>.

### 3.1.2.2.3. İspat Yükü

Arabulucu TBK m. 112 gereğince arabuluculuk faaliyetinin imkânsız hale gelmesinde kendi kusurundan kaynaklanmadığını kanıtlamakla yükümlüdür. Bu çerçevede arabulucu imkansızlığa kusurlu olarak neden olmadığı (ayırt etme gücünün olmaması, yükümün varlığının muacceliyetini bilmediğini, bilmesinin de gerekmediğini) yahut zararı önleyemediğini (yüküme aykırılığın bir beklenmeyen hal veya mücbir sebepten kaynaklandığını) kanıtlayabilirse tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur<sup>501</sup>.

## 3.1.3. Arabulucunun Temerrüdü

### 3.1.3.1. Genel Açıklamalar

Arabulucunun temerrüdünde karşılaştırılan edim karşılaştırılan tarihte ifa edilmez, bununla birlikte arabulucu sözleşmesinde sonraki imkansızlıktan farklı olarak edim hala yerine getirilebilir haldedir<sup>502</sup>. Borcun imkansızlığı borçlu temerrüdünü, borçlu temerrüdü ise ifa imkansızlığını dışlar. Dolayısıyla ikisi aynı anda ortaya çıkamaz. Arabulucunun temerrüde düşebilmesi için edimin muaccel hale gelmiş olması (yükümün istenebilir olması) ve arabulucunun edimi ifa zamanında yerine getirmesinden haberdar

<sup>499</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 122; Karş. Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 882; Kurt, s. 295 vd.

<sup>500</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 122; Karş. Eren, *Genel Hükümler*, N. 4145.

<sup>501</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 123; Karş. Bucher, *Allgemeiner Teil*, s. 419.

<sup>502</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 123; Karş. Deredinger, Rz. 176; Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 N 252; Edimin ifasının temerrütten sonra hemen yerine getirilmesi hakkında bkz. Brieske, s. 365 Rz. 28.



olması gerekir<sup>503</sup>. Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler TBK m. 117 vd. de yer almaktadır.

### 3.1.3.2. Arabulucunun Borcunun Muaccel Olduğu An

Arabuluculuk faaliyetinin muaccel olduğu tarih uyuşmazlığın taraflarının talep ettiği ve arabulucunun yerine getirmek zorunda olduğu tarihten ziyade sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması neticesinde belirlenir. Şayet hukuki işlemin niteliği veya somut olayın şartları farklı bir ifa zamanına işaret etmiyorsa TBK m. 90'a göre edimin ifası derhal talep edilebilir<sup>504</sup>. Tipik arabulucu sözleşmesinin varlığı halinde bu ilkenin benimsenmemesini gerektirecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

İhtiyari arabuluculuk bakımından çözüm ortaklığının tarafları bu hususta bir belirleme yapmamışlarsa kural olarak, arabulucu sözleşmesinin kurulmasından hemen sonra arabuluculuk faaliyetine derhal başlanmalı ve faaliyete sürekli olarak devam etmelidir. Bununla birlikte öğretide ve uygulamada “derhal” ifadesinin somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Her halükârda, arabulucuya, arabuluculuk faaliyetine başlaması için gerekli ve makul süre tanınmalıdır<sup>505</sup>. Dava şartı arabuluculuk bakımından ise hukuki öngörülebilirlik için arabuluculuk faaliyetinin belirli bir süre içerisinde sonuçlandırılması mecbur tutulduğu için arabulucu görevlendirildiği tarihten itibaren derhal arabulucu sözleşmesinin gereklerini yerine getirmeye başlamalıdır.

<sup>503</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 123; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 355; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 252.

<sup>504</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 123; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 256; Weber, Basler Kommentar, Art. 75 OR N 81 vd.

<sup>505</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 124; Karş. Weber, Basler Kommentar, Art. 75 OR N 85; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 263.

### 3.1.3.3. Arabulucunun Temerrüdünün Şartları

#### 3.1.3.3.1. Genel Açıklamalar

Arabulucunun temerrüdü için, TBK m. 117 uyarınca, kural olarak arabulucunun edimi muaccel olduktan sonra uyuşmazlığın taraflarının bir temerrüt ihtarında bulunması gerekir. Arabulucunun borcu muaccel olmadan önce çözüm ortaklığı taraflarına borcunu ifa etmeyeceğini net olarak bildirmişse artık ihtar gerek yoktur. Zira arabulucu bu beyanıyla borcunu ifa etmeme iradesini önceden ve kesin olarak açıkladığı için çözüm ortaklığı taraflarının yapacakları ihtarın herhangi bir faydası yoktur<sup>506</sup>. Bunun dışında tarafların belirli bir vade kararlaştırdığı hallerde veya arabulucunun yükünün muaccel olacağı tarihin çözüm ortaklarından birinin ya da her ikisinin ihbarda bulunarak belirleme yetkisi tanındığı hallerde veya sözleşmeyle temerrüt ihtarının gerekli olmadığının kararlaştırıldığı durumlarda ihtar çekilmesine gerek yoktur<sup>507</sup>.

Öğretideki hâkim görüşe göre borçlunun kararlaştırılan sürenin sonuna kadar edimini ifa etmemesi halinde edim imkânsız hale gelir. Bu nedenle temerrüt yalnızca edimin ifası için kararlaştırılan sürenin bir başka deyişle vadenin sonuna kadar söz konusu olur<sup>508</sup>. Buna karşı çıkan diğer görüşe göre ise vekalet sözleşmesi özelinde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kararlaştırılan vade geçmiş olsa bile edimin ifasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Buna göre, burada edim yalnızca kararlaştırılan vadede ifa edilmemiş olur<sup>509</sup>.

Arabuluculuk faaliyetinde temerrüde düşülmesi halinde, daha önce ifade edilen çözümlerden hangisinin benimseneceği sözleşmenin tarafların iradesine uygun olarak yorumlanması ve tamamlanması ile tespit edilir. Burada zaman etkeninin anlam ve öneminin dikkate alınması gerekir. Eğer süre taraflar için büyük önemi haiz değilse

<sup>506</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 3426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 918; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 916.

<sup>507</sup> Söz konusu süreçler dava şartı arabuluculuk bakımından arabulucunun büro tarafından görevlendirilmesiyle başlar. Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazan, Hüseyin / Timur, Pınar, Birinci Bölüm: Arabuluculukta İletişim ve Duygu Yönetimi, *Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı*, (Ed.: Şebnem Akipek Öcal) Ankara: Avrupa Konseyi, 2023, s. 122-123.

Karş. Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 916 vd.

<sup>508</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 124, dn. 457'deki yazarlar.

<sup>509</sup> Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 N 267.

burada TBK m. 117/1 uyarınca bir temerrüt ihtarıyla arabulucuyu temerrüde düşürmek uygun bir çözüm olabilir. Buna karşın edimin ifası için kesin bir süre belirlenmiş olması halinde bu sürenin geçirilmesi sonucunda ifanın artık imkânsız hale geldiği varsayılmalıdır<sup>510</sup>.

### 3.1.3.3.2. Temerrüdün Şartları

Borçlunun temerrüdünün şartları kural olarak edimin ifasının mümkün olması, borcun muaccel olması, ihtar gerektiren hallerde borçluya ihtar yapılmış olması, alacaklının edimi kabule hazır olması, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunmaması ve borcu ifa etmemenin borca aykırı bir davranış olmasıdır.

Konu arabulucu sözleşmesi bakımından özellik arz eden durumlar çerçevesinde incelendiğinde arabulucunun temerrüde düşürülmesi için yalnızca ifanın gecikmiş olması yetmez. Burada kanunda yer alan zamansal yerine getirme modalitelerinden birinin de somut uyuşmazlıkta yerine getirilmiş olması gerekir. Somut olayda hangi zaman modalitesinin söz konusu olduğu arabulucu sözleşmesinin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla belirlenir<sup>511</sup>.

Zamansal modalitelere örnek olarak, şayet sözleşmenin tarafları uyuşmazlığın çözümü için tek bir oturum kararlaştırmışlarsa, TBK m. 117/2’de düzenlenen bir vadenin somut olayda söz konusu olmaması kaydıyla, arabulucuya temerrüt ihtarında bulunulması düşünülebilir<sup>512</sup>.

Arbulucu sözleşmesi çerçevesinde uyuşmazlığın çözülmesi için, uyuşmazlığın niteliği ve taraflar arasındaki çatışmanın şiddetine göre ortak ya da ayrı oturumlar

<sup>510</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 125.

<sup>511</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 125.

<sup>512</sup> Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 272 vd.; Alman hukuku öğretisinde yapılan bir tartışmada arabuluculuk süreci çerçevesinde arabuluculuk ediminin gecikmeksizin yerine getirilmesinin arabulucu sözleşmesinin içkin niteliği olmasından ötürü BGB § 286 Abs. 2’de yer alan temerrüt ihtarının arabulucunun işlemlere başlaması için çabuk olmadığından bahisle bir ihtar çekilmesinin gereksiz olduğunu savunmaktadır. Öğretide bu görüşe karşı çıkmaktadır. Öncelikle, sözü edilen içkinlik meselesi yeterince incelenmemiştir. Bu çerçevede arabuluculuk bağlamında bu yükümlülüğün neden diğer sözleşme türlerine göre daha temel bir öneme sahip olduğu yeterince açık değildir. Kanaatimizce bir ihtilafın çözüme kavuşturulması psikolojik bir olgunlaşma sürecidir ve bu husus sürecin gereksiz yere uzadığı iddiasını haklı çıkarmak için bir gerekçe olarak kullanılamaz: Bkz. Fankhauser-Lobsinger, s. 125, dn. 460.

kararlaştırabilir. Bu oturumların belli tarihlerde yapılması da kararlaştırılabilir. Kararlaştırılan bu tarihler her ne kadar tarafların arzu ettikleri tarihler olsa da arabuluculuk faaliyetinde bu tarihlere çoğu zaman uymak mümkün olmamaktadır. Ancak, arabulucunun sözleşmede kararlaştırılan oturumlara zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak oturumların yürütülmesini geciktirmesi ve böylece uyuşmazlığın taraflarının herhangi bir kusuru olmaksızın arabulucu sözleşmesinde kararlaştırılan edimin süresinde ifa edemeyeceğinin anlaşılması halinde arabulucu kararlaştırılan bu sürelerin sona ermesinden önce temerrüde düşer<sup>513</sup>. şayet sözleşmede böyle bir tarih, kesin bir vade kararlaştırılmamışsa temerrüt uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya yapacağı bir temerrüt ihtarıyla gerçekteşir. Ancak temerrüt ihtarında bulunma zorunluluğunu düzenleyen TBK m. 117/1, TMK m. 2’de düzenlenen dürüslük kuralı çerçevesinde uygulama alanı bulmayabilir. Örneğin arabulucunun arabulucu sözleşmesi bağlamında iş görürken işin ne zaman tamamlandığı son tutanak gibi gerekli tutanakların ne zaman tutulması gerektiği hakkında kural olarak bilgi sahibi olan tek kişidir. Böyle bir durumda söz konusu edimlerin ifa yükümü muaccel olunca arabulucunun temerrüdü kendiliğinden ortaya çıkar<sup>514</sup>. Bu çerçevede ifa zamanını yalnızca arabulucu bilebiliyorsa kural olarak arabulucuyu temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarına gerek yoktur<sup>515</sup>.

Arabulucu sözleşmesi, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarınca arabulucuya tevdi edilen sürecin yürütülmesi faaliyetinin devamlılık ve süreklilik arz eden ya da ara sıra kesintiye uğrasa da devam eden bir işgörme edimi olarak değerlendirildiğinden bir sürekli edimli sözleşme olarak kabul edilir. Bu durumda vade tarihi genellikle sözleşme ile kararlaştırılır<sup>516</sup>. Bu durumda arabulucunun borçlanılan edime zamanında başlamaması

<sup>513</sup>Fankhauser-Lobsinger, s. 126; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 278.

<sup>514</sup> ; Ayrıntılı bilgi için bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 278; Alman hukukunda, süreç hakkında bu şekilde bir bilgi verilmemesi neticesinde arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünü de ihlal ettiği savunulmaktadır. Ancak bu durumda borçlunun temerrüdüne değil sözleşmeye aykırılığa ilişkin TBK m. 112 hükmü uygulanmalıdır. Bunun sebebi, aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olduğunda bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde zaman unsurunun pek önem arz etmemesi ve uyuşmazlığın taraflarının TBK m. 118’deki gecikmeden kaynaklanan tazminat talebine yönelmeyecek olmalarıdır. Buradan hareketle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde temerrüt hükümlerinin uygulanması tarafların menfaatine hizmet etmediği gibi temerrüt kurumunun ruhuna da uygun görünmemektedir: Fankhauser-Lobsinger, s. 126, dn. 462.

<sup>515</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 126; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 921.

<sup>516</sup> Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 284; Alman hukukunda savunulan diğer bir görüşe göre arabulucu sözleşmesi sürekli edimli bir borç ilişkisidir. Ancak bu görüşü, arabuluculuğun uygulamada pek çok farklı şekli olduğu ve arabulucu sözleşmesinin yorumlanması ve tamamlanmasında tarafların

veya başlayan ifaya ara vermesi halinde temerrüt ihtarına gerek yoktur. Eğer böyle bir belirleme yoksa uyuşmazlığın tarafları TBK m. 117/1 uyarınca sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir zamanda ihtar gönderebilir. Ancak arabulucunun borçlanılan faaliyeti kararlaştırılan sürenin sonuna kadar sürdürememesi veya görevine aykırı bir şekilde geciktirmesi halinde ihtar gerektirir<sup>517</sup>.

### 3.1.3.4. Arabulucunun Temerrüdünün Genel Sonuçları

#### 3.1.3.4.1. Genel Açıklamalar

Kural olarak arabulucunun temerrüdünde temerrüde rağmen borç devam eder. Dolayısıyla arabulucunun temerrüdünde çözüm ortaklığı tarafları her zaman ifayı talep edebilecekleri gibi arabulucu da gecikmiş edimini ifa edebilir. Temerrüt doğrudan borcun talep ve ifa edilebilirliğini ortadan kaldırmaz. Burada arabulucu sözleşmesinin de dahil olduğu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından ifasına başlanmış olan sözleşmeler ile ifasına başlanmamış olan sözleşmeler bakımından bir ayrıma gidilmelidir. İfasına başlanmamış arabulucu sözleşmesi bakımından arabulucunun temerrüdünün hüküm ve sonuçları genel sonuçlar ve özel sonuçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Özel sonuçlar arabuluculuğun arabulucu sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliği taşıması nedeniyle doğar. İleride öncelikle arabulucunun temerrüdünün genel sonuçları, daha sonra temerrüdün özel sonuçları incelenecektir. Son olarak ise ifasına başlanmış arabulucu sözleşmesi bakımından temerrüt ele alınacaktır.

#### 3.1.3.4.2. İfasına Başlanmamış Arabulucu Sözleşmesinde Arabulucunun Temerrüdünün Genel Sonuçları

Kusurlu olarak temerrüde düşen arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına TBK m. 118 gereği borcun geç ifa edilmesinden ötürü uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Söz konusu zararlar arabulucunun edimini vadesinde yerine getirmemesinden kaynaklanan

---

iradelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği dikkate alındığında kabul etmek mümkün değildir: Fankhauser-Lobsinger, s. 126, dn. 463.

<sup>517</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 127; Karş.Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 286.

tüm zararlarıdır. Tazminat tıpkı hiç ifa etmemede olduğu gibi uyuşmazlığın taraflarının arabulucunun arabuluculuk faaliyetini zamanında yerine getirseydi mal varlıklarında oluşacak durum ile mal varlığının mevcut durumu arasındaki fark dikkate alınarak hesaplanır<sup>518</sup>.

Bundan başka temerrüde düşen arabulucu beklenmedik hal nedeniyle doğacak zarardan da sorumludur. Bu çerçevede arabulucu TBK m. 119/1 uyarınca kişisel kusuru olmasa dahi arabuluculuk ediminin ifasını imkânsız kılan tüm durumlardan sorumlu olur<sup>519</sup>. Bununla birlikte tıpkı sözleşmeye aykırılıktaki ispat yükünde olduğu gibi borçlunun temerrüde düşmesinde kusuruna ilişkin maddede ispat yükü ters çevrilmiştir. Buna göre temerrüde düşen arabulucu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bundan başka, arabulucu gecikme ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunmadığını, örneğin TBK m. 119/2 uyarınca ifa zamanında gerçekleşmiş olsaydı bile beklenmeyen halin arabuluculuk faaliyetini imkânsız kılacağını ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir<sup>520</sup>.

Arbulucu, uyuşmazlığın taraflarınca olumlu sözleşme menfaati olarak ileri sürülen hususların hiç gerçekleşmeyeceğini ispat edebiliyorsa gecikmeden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacağı gibi beklenmeyen hal nedeniyle de sorumluluğu söz konusu olmaz. Aksi takdirde bu durum zararın tazmini aracılığıyla arabulucunun süreci başarılı bir şekilde sonuçlandırma sorumluluğuna sebep olur<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 287; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 20; Eren, Borçlar Genel, N. 3450 vd.; Oğuzman / Öz, C I, N. 1582 vd.; Gümüş, Genel Hükümler, s. 923; Alman öğretisinde edimin ifasının vadesi geçtikten sonra meydana gelen zararlara örnek olarak gecikme nedeniyle faiz ödenmesi ya da söz gelimi uyuşmazlığın taraflardan birinin sonradan görülecek dava esnasında ödeme güçlüğüne düşmesi nedeniyle davanın sonucunda alınacak kararın yerine getiremeyeceğini örnek göstermektedir: Fankhauser-Lobsinger, s. 127, dn. 465.

<sup>519</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 127; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 360 vd.; Öğretide TBK m. 119 hükmünün doğası gereği yalnızca parça borçlarında uygulanacağı savunulmaktadır. Bkz. Eren, Genel Hükümler, N. 3455; Gümüş, Genel Hükümler, s. 924.

<sup>520</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 127; Karş. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rz. 2684; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 290; Eren, Genel Hükümler, N. 3469; Oğuzman/Öz, C I, N. 1592. Gümüş, Genel Hükümler, s. 925.

<sup>521</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 128; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 291.

### 3.1.3.5. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Seçimlik Haklarını Kullanması: TBK m. 123-125

#### 3.1.3.5.1. Genel Açıklamalar

Arabulucunun temerrüdü halinde çözüm ortaklığı tarafları TBK m. 512’de yer alan sözleşmeyi sona erdirmeye imkanına sahip oldukları gibi karşılıklı edim borcu içeren sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarına ilişkin TBK m. 123-126’da yer alan düzenlemelere de başvurabilirler<sup>522</sup>.

Borçlunun temerrüdünde ek süre verilmesine ilişkin TBK m. 123-126 hükümlerinin ivaz karşılığı yapılmayan arabuluculuk için de uygulanabilir olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Buna göre ilgili hükümler yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanabilir<sup>523</sup>. Arabulucunun temerrüdü uyuşmazlığın taraflarının taleplerinin içeriği ya da kararlaştırılan edimin ifası anlamında herhangi bir değişiklik yaratmaz. Tersine, uyuşmazlığın tarafları arabulucunun temerrüdü üzerine kendisinden tazminat, beklenmeyen halden sorumluluk ve şartları varsa temerrüt faizi isteyebilme imkanlarına da kavuşur<sup>524</sup>.

Bununla birlikte uyuşmazlığın taraflarının arabulucunun temerrüdüne gidebilmesi için arabulucunun asli edim olan arabuluculuk edimini zamanında yerine getirememiş olması gerekir; zira uyuşmazlığın tarafları TBK m. 126 uyarınca ancak bu durumda fesih hakkını kullanabilirler. Arabulucunun sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde uyuşmazlığın tarafları arabulucudan yalnızca meydana gelen zararın tazminini talep edebilir<sup>525</sup>. Ancak uyuşmazlığın tarafları söz konusu durumda da arabulucu sözleşmesini TBK m. 512 uyarınca her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir<sup>526</sup>.

<sup>522</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 128; Deredinger, Rz. 162; Hofstetter, s. 93; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 19; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 295; diğer bir görüş için bkz. Gautschi, Berner Kommentar, OR Art. 397N. 10b, OR Art. 398 N26a ve Art. 400 ORN. 30b.

<sup>523</sup> Aksi görüş için bkz. Fellmann, Art. 398 N. 296.

<sup>524</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 128; Karş. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Rn. 2669.

<sup>525</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 128; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 366; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung, N. 94; Vekilin asli ve yan edim yükümlülükleri hakkında bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 394 N. 220 vd.

<sup>526</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 298; TBK m. 512’nin şartları hakkında bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N. 84 vd.

Çözüm ortaklığı taraflarının özellikle tazminat ve dönme haklarını kullanabilmeleri için arabulucunun kusuruyla temerrüde düşmüş olması gerekir. Burada arabulucu aleyhine bir kusur karinesi mevcuttur. Arabulucu ancak kusursuz olduğunu ispat ederek bu karineyi çürütebilir<sup>527</sup>.

### 3.1.3.5.2. Seçimlik Hakların Kullanılabilmesi İçin Ek Süre Verilmesi

Arabulucunun temerrüdü halinde uyuşmazlığın tarafları TBK m. 123 uyarınca arabulucuya borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya söz konusu uygun sürenin verilmesini hâkimden isteyebilir. Ek süre verilmesi için yapılacak bildirimde temerrüdün herhangi bir sonucuna atıfta bulunulması gerekli değildir. Bir başka deyişle temerrüdün sonuçlarının doğabilmesi ilgili beyanın bu amaçla yapılmış olması sonucuna bağlı değildir. Ancak söz konusu beyanda uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyetinin verilen süre içinde tamamlanmasını bekledikleri ve arabulucu tarafından edimin ifa edilmemeye devam etmesi halinde bunun sonuçlarının olacağı belirtilmelidir<sup>528</sup>. Bundan başka uyuşmazlığın tarafları bir ek süre vermenin yanı sıra arabuluculuk faaliyetinin ifasının mümkün olabileceği son tarihi de belirtmelidir<sup>529</sup>.

Süre verilmesine ilişkin TBK m. 123 verilecek sürenin “uygun” olmasını aramıştır. Sürenin uygun olması ile kastedilen borçluya borcunu sonradan ifa etmesine imkân verme olasılığının ciddi biçimde tanınmasıdır<sup>530</sup>. Bu husus her somut olayda sözleşmede kararlaştırılan hususlara ve söz konusu edimin ifa edilmesi için gerekli olan süreye göre değişiklik gösterir<sup>531</sup>.

Çözüm ortaklığının tarafları için şayet TBK m. 124'te yer alan süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan biri söz konusuysa, bir başka deyişle taraflar için daha fazla beklemek artık bir seçenek değilse, bu durumda ek bir süre verilmesine gerek kalmadan

<sup>527</sup> Eren, Genel Hükümler, N. 3483.

<sup>528</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 299; Eren, Genel Hükümler, N. 3472 vd.; Oğuzman/Öz, *C I*, N. 1651 vd.; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 933 vd.

<sup>529</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 368.

<sup>530</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 301; Eren, Genel Hükümler, N. 3476; Oğuzman/Öz, *C I*, N. 1656.

<sup>531</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 368; Eren, Genel Hükümler, N. 3476; Oğuzman / Öz, *C I*, N. 1656.



arabulucu temerrüde düşer<sup>532</sup>. Buna göre şayet arabulucunun bulunduğu durum ya da tutumu sürenin verilmesini anlamlı kılmıyorsa, arabulucunun temerrüde düşmesi sebebiyle arabuluculuk faaliyeti taraflar için faydasız hale gelmişse veya arabuluculuk faaliyetinin belirli bir zamanda ya da kesin vade veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi nedeniyle artık söz konusu ifanın istenemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa arabulucu süre verilmesine gerek kalmadan temerrüde düşer<sup>533</sup>.

Verilen süre içerisinde arabulucu edimini yerine getirmiş ise temerrüt ortadan kalkar. Aksi halde çözüm ortaklığı taraflarının seçimlik hakları doğar. Başka bir ifadeyle çözüm ortaklığı taraflarının seçimlik haklarının doğması için arabulucunun borçlandığı edimi verilen süre içerisinde ifa etmemesi gerekir.

### 3.1.3.5.3. Ek Sürenin Sonunda Çözüm Ortaklığı Taraflarının Kullanabileceği Haklar

#### 3.1.3.5.3.1. Genel Açıklamalar

Arabulucunun kendisine tanınan ek süreyi geçirmesi halinde uyuşmazlığın tarafları TBK m. 125'te yer alan seçimlik haklardan birini seçmek suretiyle arabulucu sözleşmesinin kaderini tayin ederler<sup>534</sup>.

Verilen süre içerisinde borcun ifa edilmesiyle ya da başka bir sebeple borç sona ermiş olmadıkça çözüm ortaklığı tarafları sürenin sonunda üç seçimlik hakka sahip olur. Bunlardan ilki çözüm ortaklığı taraflarının arabuluculuk ediminin ifasında ısrar ederek edimin geç ifa edilmesi nedeniyle meydana gelen zararların tazminini, bir başka deyişle gecikme tazminatını talep etmeleridir. Buna karşılık çözüm ortaklığı tarafları bu haklarını kullanmak istemeyebilirler. Bu durumda iki olasılık söz konusudur: Çözüm ortaklığı tarafları sözleşmeden dönebilir ve menfi zararı talep edebilirler. Bir diğer olasılıkta ise uyuşmazlığın tarafları sözleşmeden dönmez, bununla birlikte sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan müspet zararı arabulucunun tazmin etmesini isteyebilirler.

<sup>532</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Eren, *Genel Hükümler*, N. 3478 vd. Oğuzman/Öz, C I, N. 1719 vd.; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 936 vd.

<sup>533</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 129; Karş. Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 N. 302.

<sup>534</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 130.

Böylelikle uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyetinin ediminin ifa edilmiş olması halinde malvarlıklarının alacağı duruma en azından biraz da olsa yaklaştırılmaları söz konusu olur<sup>535</sup>.

### 3.1.3.5.3.2. Aynen İfa Talebi

TBK m. 125/1 uyarınca uyuşmazlığın tarafları kendisine süre verilen hallerde ilgili süre içinde edimi yerine getirmeyen ya da süre verilmesine gerek bulunmayan arabulucudan edimin ifasını yerine getirmesini ve gecikme sebebiyle meydana gelen zararın tazminini talep edebilirler<sup>536</sup>.

Uyuşmazlığın tarafları ayrıca TBK m. 113 uyarınca masrafı arabulucuya ait olmak üzere edimin bir başka arabulucu tarafından ifa edilmesine ilişkin izin isteyebilir. Arabuluculuk faaliyetinin masrafı önceki arabulucuya ait olmak üzere üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi, özellikle üçüncü kişinin arabuluculuk faaliyeti masrafının başlangıçta öngörülen tazminattan fazla olması halinde uyuşmazlığın taraflarının menfaatine olduğu söylenebilir<sup>537</sup>. Buna karşılık uygulamada, arabulucunun söz konusu yapma borcunu ifa etmeye cebri icra yoluyla zorlanmadan ve kendisinin ediminin bir başkası tarafından yerine getirilmesinin talep edilmesinden ziyade TBK m. 512 uyarınca sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirildiği görülmektedir<sup>538</sup>.

Arabulucu TBK m. 512 uyarınca sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirdiği sırada halihazırda temerrüde düşmüşse, bu madde çerçevesinde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmek istemesi somut olayda temerrüdün sonuçlarından kurtulmak için sözleşmeyi uygun olmayan zamanda bitirmesi sonucunu ortaya çıkabilir. Bu durumda arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına yalnızca uygun olmayan zamanda sona erdirmesi nedeniyle oluşan zararları değil, aynı zamanda gecikme tazminatı da ödemek durumunda

<sup>535</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 130; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 307; Eren, *Genel Hükümler*, N. 3485; Oğuzman / Öz, *C I*, N. 1664; Gümüş, Genel Hükümler, s. 941 vd.

<sup>536</sup> Öğretide Gautschi tarafından savunulan vekalet sözleşmesine aykırılık halinde *obligatio faciendi ex lege*'nin tazminat borcuna dönüştüğü görüşü ileri sürülmüştür. İlgili görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gautschi, Berner Kommentar, Art. 395 N. 25a.

<sup>537</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 130; Karş. Hofstetter, s. 70; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 310.

<sup>538</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 130; Karş. Derendinger, Rn. 124; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 311.

kalır ve arabuluculuk faaliyetinin kusuruyla imkânsız hale gelmesinden ötürü uyuşmazlığın taraflarının uğradığı zararı tazmin etmekle de yükümlü olur. Dolayısıyla arabulucunun sözleşmeden doğan edimin ifasını talep etmek üzere açılacak eda davasından kaçmak amacıyla arabuluculuk ilişkisini sona erdirmek istemesinin arabulucu için borçlu olduğu arabuluculuk edimini yerine getirmesine nazaran oldukça ağır sonuçları doğar<sup>539</sup>.

### 3.1.3.5.3.3. Tarafların Arabulucunun Ediminin İfasından Vazgeçmesi

#### 3.1.3.5.3.3.1. Arabulucu Sözleşmesinin Aynen İfasından Vazgeçerek Müspet Zararın Talep Edilmesi

TBK m. 125/2 uyarınca uyuşmazlığın tarafları arabulucunun temerrüdü halinde arabuluculuk ediminin aynen ifasını talepten vazgeçip bu edimin ifa edilmemesi nedeniyle doğan zararı talep edebilirler. Bu hususta yalnızca ifa ve gecikme tazminatından vazgeçme kararı arabulucuya derhal bildirilmelidir. Bundan başka çözüm ortaklığı tarafları TBK m. 125'te yer alan seçimlik haklardan hangisini seçtiklerini de bildirmeli ve arabulucu sözleşmesinin akıbeti hakkında arabulucuyu derhal bilgilendirmelidir<sup>540</sup>.

Seçimlik hakların amacı temel olarak temerrüde düşen borçlunun alacaklının borcunu ifasındaki çıkarlarının gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı kayıpların ortadan kaldırılarak sözleşmenin uygun şekilde ifası yapılmış olsaydı sahip olacağı konuma getirmektir. Ancak öğretide söz konusu amacın genel olarak ivazsız vekalet sözleşmesine ve dolayısıyla arabulucu sözleşmesine ne ölçüde uyacağı tartışmalıdır<sup>541</sup>. Bununla birlikte

<sup>539</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 131; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 312.

<sup>540</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 132; İfa talebi ve gecikme tazminatından vazgeçildiği ve seçimlik haklardan hangisinin kullanıldığının aynı anda karşı tarafa bildirilmesi gerektiği hususunda bkz. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 374; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 314; von Tuhr/Escher, s. 153 vd.

<sup>541</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 132; Hofstetter, s. 93; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 19; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 316 vd.; Diğer görüşte olan yazarlar için bkz. Derendinger, Rz. 163; Sonuç bakımından farklı görüş için bkz. Gautschi, Berner Kommentar, Art. 395 OR N. 25; Art. 397 OR N. 10, Art. 398 ve Art. 400 N. 30, buna göre işsahibi, TBK m. 512'de yer alan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkından geçerli bir şekilde feragat etmedikçe, sonraki ifadan vazgeçmesi durumunda müspet zararı talep etme hakkına sahip değildir. Söz konusu tartışmaya ilişkin olarak bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N 316.

ivazlı arabulucu sözleşmesi bakımından TBK m. 125/2’de düzenlenen seçimlik hakların kullanılmasıyla ilgili herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

Çözüm ortaklığı taraflarının seçimlik haklarından arabulucu sözleşmesini muhafaza edip müspet zararlarının tazminini talep etme hakkını kullanmaları halinde arabulucuya ücret ödeme borcu kural olarak devam eder. Alacaklının zararını, ifa edilmeyen edimin değeri ile karşı tarafın ediminin değeri arasındaki fark olarak kabul eden ve öğretide daha fazla yazar tarafından savunulan fark teorisi uyarınca çözüm ortaklığı taraflarının ödemekle yükümlü oldukları arabulucu ücreti talep edilen tazminattan düşülerek ödenecek miktar hesaplanır<sup>542</sup>. Eğer arabulucu ile çözüm ortaklığı tarafları bir ücret kararlaştırmamışsa tazminat miktarı sözleşmenin kurulduğu sırada yürürlükte olan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi dikkate alınarak sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı söz konusu olabilecek masraflar dikkate alınarak hesaplanır. Yapılmamış masraflar tazminat talebinden düşülür, verilmiş olan avans geri istenebilir<sup>543</sup>.

TBK m. 125/1 kapsamında talep edilecek tazminat bakımından, sözleşmenin ifasında olduğu gibi kusursuzluğunu ispat yükü arabulucudadır. Bir başka ifadeyle TBK m. 112 gereğince burada da arabulucu hakkında kusur karinesi mevcut olduğundan kusursuz olduğunu iddia eden arabulucunun bu hususu ispat etmesi gerekir<sup>544</sup>. Arabulucu kusuru olmadığını kanıtlarsa çözüm ortaklığı tarafları yalnızca vermiş oldukları avansı geri isteyebilir<sup>545</sup>.

### 3.1.3.5.3.3.2. Arabulucu Sözleşmesinden Dönme ve Sonuçları

Çözüm ortaklığının tarafları TBK m. 125/2 uyarınca aynen ifadan vazgeçip sözleşmeden dönebilir<sup>546</sup>. Bu durumda TBK m. 125/3 hükmü çerçevesinde taraflar karşılıklı olarak ifa

<sup>542</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 133; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 380 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, alt. Rn. 2779; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 320; Eren, Genel Hükümler, N. 3496.

<sup>543</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 133; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 321.

<sup>544</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 133; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 380 vd.; Eren, Genel Hükümler, N. 3497; Oğuzman/Öz, C..I, N. 1677; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, s. 962;

<sup>545</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 133; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 323.

<sup>546</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 133; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 376 vd.; Sözleşmeden dönmenin sözleşmenin geriye dönük sona ermesi anlamına gelmediği, bilakis sözleşmenin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü hususundaki tartışmalar için bkz. Serozan, Rona: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme

yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda çözüm ortaklığı tarafları TBK m. 125/3 c. 2 uyarınca arabulucudan, şayet arabulucu temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat edemezse, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelen zararı talep edebilir. Bu durum, çözüm ortaklığı taraflarının daha önce yerine getirmiş oldukları edimler ve sürecin yürütülmemesi nedeniyle üçüncü kişilerle gerçekleştiremedikleri işlemler sonucu oluşan kayıplar bakımından önem arz etmektedir<sup>547</sup>.

Bununla birlikte sürekli edimli borç ilişkilerinde dönmenin hukuki sonuçları tartışmalıdır. Dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından öğretide başlıca dört teori ortaya atılmıştır. Bunlar klasik teori, yasal borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi ve yeni dönme (dönüşüm) teorisidir<sup>548</sup>. Söz konusu teorilerden arabulucu sözleşmesine en uygun teori yeni dönme teorisidir. Bu teorinin arabulucu sözleşmesine uygulanmasıyla arabulucunun yan yükümlülüklerinin, koruma yükümlülüklerinin ve varsa teminatlarının varlığı sözleşme ilişkisinin bir tasfiye ilişkisine dönmesiyle birlikte korunur<sup>549</sup>. Arabulucu sözleşmesinin değişen içeriği tarafların aldıklarını geri verme borcuyla varlığını sürdürür. Dolayısıyla arabulucunun birtakım giderler ve avans talep etmesi halinde burada geri verme borcu doğar. Dönmenin etkisi arabulucu sözleşmesinin içeriğinin ilk edimler yerine geri verme edimlerine dönüştüğü ana kadar geriye yürür. Arabulucu bakımından kendisine verilen bilgi, belge ve evraklar bakımından söz konusu sonuç doğar. Bunun dışında dönme geleceğe etkili sonuçlar doğurur ve TBK m. 126'daki sonuçlara yaklaşır. Geri verme borcu öğretide bir görüşe göre sözleşmeden doğduğu için burada TBK m. 146'nın uygulanması söz konusudur<sup>550</sup>. Ancak TBK m. 147'de beş yıllık zamanaşımına tabi sözleşmeler bakımından ise dönmeye bağlı talepler için de söz konusu sürenin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Arabulucu sözleşmesi bakımından konu ele alındığında çözüm ortaklığının bir adi ortaklık türü olması ve arabulucunun arabulucu sözleşmesiyle söz konusu ortaklığın yöneticisi konumunda olması nedeniyle TBK m.

---

Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Armağanı*, Ankara: Seçkin, 2004, s. 197. Buz, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C.I, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 613.

<sup>547</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 134; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 325.

<sup>548</sup> Bu görüşlerin ve diğer teorilerin değerlendirilmesi hakkında bkz. Buz, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara: Yetkin, 1998, s. 118 vd.

<sup>549</sup> Buz, s. 125.

<sup>550</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 3510; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 952.

147/4 ve 147/5 hükmü uygulama alanı bulur. Bu nedenle zamanaşımı beş yıllık süreye tabidir.

#### 3.1.3.5.4. İfasına Başlanmış Arabulucu Sözleşmesinde Arabulucunun Temerrüdü

İfasına başlanmamış arabulucu sözleşmesi bakımından arabulucunun temerrüdü halinde çözüm ortaklığı taraflarının TBK m. 125'te gösterilen seçimlik hakları kullanabileceği daha önce ifade edilmişti. Buna karşılık ifasına başlanmış arabulucu sözleşmelerinde arabulucunun temerrüdü sonucunda kullanılan yenilik doğuran hak tarafların menfaatine daha uygun olduğu ön kabulü sonucunda yine ileriye etkili sonuçlar doğurur. Arabulucu sözleşmesinin ileriye etkili sona ermesinin manası sözleşmenin feshi olup fesih beyanının varmasından önce doğmuş olan veya beyanın varmasından sonra doğacak olan henüz ifa edilmemiş tüm sürekli edimlerin ve bu edimlerin karşılığı olan çözüm ortaklığı taraflarının karşı ediminin ortadan kalkmasıdır. Öğretide borçlunun sürekli borç ilişkisi çerçevesinde ifa ettiği edim alacaklı için faydasız hale gelmişse ya da ifa göz ardı edilebilecek kadar kısa sürmüştü ifasına başlanmış olsa bile sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülebileceği savunulmaktadır. Söz konusu görüşün arabulucu sözleşmesi bakımından da uygulanabileceği kanaatindeyiz<sup>551</sup>.

### 3.1.4. Gereği Gibi İfa Etmeme

#### 3.1.4.1. Genel Açıklamalar

TBK m. 112 düzenlemesi uyarınca borçlu yalnızca sonraki imkânsızlık ya da temerrütten dolayı değil sözleşmeye aykırı her türlü davranışından ötürü sorumludur. Gereği gibi ifa etmeme, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ya da temerrüt olarak nitelendirilmeyen tüm ifa engellerini kapsayan genel bir kavramdır<sup>552</sup>.

<sup>551</sup> Görüş için bkz. Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 958.

<sup>552</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 134; Ayrıca karşı. Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N. 328; bu hususta sözleşmenin müspet ihlali kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rz. 2616.

Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halleri de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. İlk ayırimda arabulucu arabuluculuk edimini kötü ifa etmesinden ötürü uyuşmazlığın tarafları zarara uğramaktadır. Diğer ayırimda ise arabulucu edimini yerine getirir; ancak söz konusu edimi yerine getirdiği sırada uyuşmazlığın taraflarının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (yani şahıs varlığı ve mal varlığı değerlerinin) ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Burada sözleşmenin müspet ihlali ayrı bir ifa davası konusu yapılamayan yan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>553</sup>.

Arabuluculuk bakımından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi meselesi oldukça önemlidir. Bunun nedeni, bir yandan bir işgörmenin kararlaştırıldığı sözleşmelerde sözleşmenin ifa edilmemesi meselesinde gereği gibi ifa edilmeme durumlarıyla genellikle imkânsızlık ve temerrütten daha fazla karşılaşılmasıdır<sup>554</sup>. Diğer yandan arabuluculuk faaliyetine özgü arabulucunun gizliliği, tarafsızlığı ve diğer sözleşmeye özgü ifa edilmeme halleri de bu aykırılık kapsamında değerlendirilir.

Genel olarak arabulucunun arabuluculuk faaliyeti için esas olan ve çeşitli görünüm biçimleri olan güven ilişkisini ve sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda arabulucu sözleşmesinin gereği gibi yerine getirilmemesinden söz edilir. Arabulucu uyuşmazlığın taraflarına kendilerini “her türlü zarardan” koruması yükümlülüğünü de içeren “tam bir sadakat” ile görevini ifa etme edimini de borçlanır<sup>555</sup>.

#### 3.1.4.2. İspat Yükü

Arabuluculuk ediminin sonraki kusurlu imkansızlığından doğan sorumlulukta olduğu gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde de zararı, sözleşmeye aykırılığı ve

<sup>553</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 135; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 335 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 329; Eren, Genel Hükümler, N. 3285; Oğuzman/Öz, C I, N. 1541. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlara göre bu kavram, borçlunun öncelikle edimi ifa etmesine (dolayısıyla imkansızlığın söz konusu olmamasına) ve ikinci olarak zamanında ifa etmesine (dolayısıyla temerrüt olmamasına) rağmen kusurlu bir sözleşmeye aykırı davranış gerçekleştirdiği hallerde söz konusu olur.

<sup>554</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 135, s. 17; Öğretilerdeki hâkim görüşe göre TBK m. 512 her ne kadar gereği gibi ifa etmemekten açıkça söz etmese de maddede bu hususun düzenlendiği kabul edilmektedir. İlgili madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 330.

<sup>555</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 135; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 331; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 21; Derendinger, Rz. 189 vd.; Mimarlık sözleşmelerinde sözleşmenin müspet ihlali hallerine ilişkin olarak bkz. Schumacher, Rz. 386 vd.

zarar ile kusur arasındaki uygun illiyet bağıını ispatlaması gereken taraf çözüm ortaklığı taraflarıdır. Arabulucu eğer kendisine herhangi bir kusur yükletilemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. TBK m. 112’de olduğu gibi TBK m. 506/2’de de ters çevrilmiş bir ispat yükü söz konusudur<sup>556</sup>.

### 3.1.4.3. Zarar

#### 3.1.4.3.1. Genel Olarak

Kusurlu imkânsızlık kapsamında doğan zararın tanımı ve hesaplanmasına ilişkin yapılan açıklamalar gereği gibi ifa etmemede zarar bakımından da geçerli olduğu için burada tekrar etme ihtiyacı duymuyoruz<sup>557</sup>.

Arabulucu sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi halinde uyuşmazlığın tarafları arabulucudan borcun ifasındaki çıkarının (tam ve olumlu bir ifa) gerçekleşmemesi yüzünden uğramış olduğu zararı ister. Bu çerçevede, uyuşmazlığın taraflarının arabulucunun arabulucu sözleşmesinde kararlaştırılan edimi ifa etmesiyle malvarlıklarının alacağı durum ile bu edimin ifa edilmemesi nedeniyle malvarlığının mevcut hali arasındaki fark olumlu zarar olarak adlandırılır<sup>558</sup>.

Sözleşmenin ifa edilmemesi meselesinde olduğu gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinde de ön koşul geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme, bir başka deyişle sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başlamasıdır. Bu şartın eksikliği arabulucunun görevi derhal reddetmediği bir sözleşmenin çözüm ortaklığı taraflarınca arabulucunun mesleki ve kişisel özelliklerine güvenerek sözleşmenin kurulmasının kanuna aykırılığı

<sup>556</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 136; Karş. Wiegand, Haftung für Dienstleistungen, s. 140; Derendinger, Rz. 233 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 332; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 32.

<sup>557</sup> Bkz. yuk. “3.1.2.2.1.1. Zarar” başlığı.

<sup>558</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 136; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 OR N. 30; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 339; Derendinger, Rz. 228 vd.; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 29; Hofstetter, s. 91; Eren, Genel Hükümler, N. 3306.



nedeniyle geçersizliğini bilmeden aralarındaki uyuşmazlığı çözeceğine güvenmeleri sonucu ortaya çıkan zararların talebi bakımından karşılaşılabılır<sup>559</sup>.

### 3.1.4.3.2. Arabulucunun Görevini Gereği Gibi İfa Etmemesi Nedeniyle Ortaya Çıkabilecek Zarar Çeşitleri

#### 3.1.4.3.2.1. Arabuluculuk Süreci Sonrası Açılan Davada Yargılama Masrafları

##### 3.1.4.3.2.1.1. Süreç

Özenle yürütülmemesi nedeniyle tarafların anlaşamamasıyla sonuçlanan bir süreç sonrasında ileride ayrıntılı olarak açıklanacak üç ihtimalden söz edilir. İlk ihtimalde arabulucunun arabuluculuk sürecini yürütürken özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle tarafların anlaşamaması söz konusudur. Diğer ihtimalde ise başarısızlıkla sonuçlanan bu süreç nedeniyle çözüm ortaklığı tarafları dava sürecini başlatırlar. Bu süreçte kaybeden taraf harç ve masraf ödemek ve ayrıca vekalet masraflarına katlanmak durumunda kalır. Son ihtimalde ise yine kaybeden taraf dava konusu uyuşmazlık konusu alacak ya da hakkı elde edememesinden ötürü başkaca zararlara da uğrayabilir. Söz konusu bu son ihtimalde davayı kaybeden çözüm ortaklığı tarafı ikinci ihtimalde bahsi geçen zararların tazmini için de arabulucuya başvurabilir<sup>560</sup>.

##### 3.1.4.3.2.1.2. Uyuşmazlığın Değeri

Çözüm ortaklığı taraflarının başlattıkları dava süreci, taraflardan birinin davayı kaybetmesi ile sonuçlanır. Bu hususta kaybeden tarafın davayı kaybetmesi neticesinde ödemesi gerekli miktarı arabulucudan tazmin edip edemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

---

<sup>559</sup>Fankhauser-Lobsinger, s. 137; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 340; Derendinger, Rz. 216.

<sup>560</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 137.

Şayet arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşması kendilerine alınmış olan mahkeme kararından daha fazla avantaj sağlıyorsa, bu durumda klasik zararın tazmini ilkesine göre bir zararın ortaya çıktığı kabul edilir; zira burada malvarlığında arabulucu anlaşmasının ihlalden sonraki ve mahkeme kararının alındığı durum ile arabulucu anlaşmasının uygun şekilde ifa edildiği durum arasında bir fark bulunmaktadır<sup>561</sup>.

Bu nedenle, kural olarak, yalnızca davayı kaybeden tarafın zarara uğradığından söz edilebilir. Davanın kısmen kabul veya kısmen reddi halinde davayı kısmen kazanan tarafın yargılama masraflarının bir kısmını ödemesine hükmedilmesi durumunda davayı kazandığı halde zararının doğması bir istisna gibi görünebilir. Ancak bu durumda da yine davacının ödemek zorunda kaldığı meblağ nedeniyle malvarlığında oluşan azalmanın olası bir arabuluculuk süreci sonunda oluşacak azalmadan daha fazla olması gerekir<sup>562</sup>.

Çözüm ortaklığı tarafları bakımından arabulucu sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek zarar riski arabuluculuğa konu uyuşmazlığın değerinin büyük meblağlar olması halinde oldukça fazla olabilir<sup>563</sup>.

#### 3.1.4.3.2.1.3. Vekalet Ücreti

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinin devam etmemesi nedeniyle açtıkları davada HMK m. 330 uyarınca vekalet ücreti davada haksız çıkan tarafa yükletilir ve fark teorisi çerçevesinde bir zarar kalemi olarak ele alınır. Vekalet ücretinin miktarı uyuşmazlık konusunun değerine ve uyuşmazlığın niteliğine göre değişir<sup>564</sup>.

Bununla birlikte süreç sonrası açılan davada haksız çıkan tarafın ödediği vekalet ücreti şayet avukatın sürece katılması “meşru bir önlem” olarak ortaya çıkmışsa bir dolaylı zarar

<sup>561</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 138; Söz konusu husus avukatın sorumluluğu ile paralellik arz eder. Bkz. Fellmann, Haftung, s. 188 vd. Buna göre bir avukatın süreyi kaçırması ve bu nedenle davayı kaybetmesi halinde yalnızca dava masraflarından değil müvekkilinin uğramış olduğu zarardan da sorumlu olur. Ancak bu durumda davacının avukatı uyuşmazlık değerinin tamamıyla değil yalnızca kusuru nedeniyle sebep olduğu zarardan sorumlu olur.

<sup>562</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 138.

<sup>563</sup> Burada bahsedilen zarar miktarının artmasıdır. Miktar arttıkça sorumluluk olasılığının artmasından söz edilmemektedir. Bir başka deyişle sorumlu olunan miktar zararın büyüklüğüyle orantılı değildir.

<sup>564</sup> Bu nedenle uyuşmazlığın değeri arttıkça arabulucunun tazmin etmesi gereken miktarın da arttığı söylenebilir: Fankhauser-Lobsinger, s. 138; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 620; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 766.

kalemi olarak arabulucu tarafından tazmin edilebilir<sup>565</sup>. Bununla birlikte, kural olarak tazmin edilecek diğer zararlarla bağlantılı olarak ortaya çıkmadıkları sürece, avukatların (en azından kendi avukatının) görevlendirilmesinden uyuşmazlık tarafı kendisi sorumlu olduğu için<sup>566</sup>, bu husus bir zarar kalemi olarak görülmez<sup>567</sup>. Buna karşın arabulucunun gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sorumluluğu bakımından bu hususu savunmak mümkün değildir. Taraf vekillerinin atanmalarının sebebi uyuşmazlık taraflarının arabulucunun gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sona eren arabuluculuk süreci sonrasında açılan davada kendilerini temsil etmektir. Dolayısıyla özen yükümlülüğünü ihlal eden arabulucunun sebep olduğu söz konusu bu zararı da tazmin etmesi gerekir.

Vekalet ücretinin varlığı ve miktarının ispat yükü çözüm ortaklığının taraflarındadır. Bu hususta ortaya çıkan zarardan fazlasını dürüstlük kurallarına aykırı olarak talep edilmesi halinde (örneğin gereksiz masrafların talebi) fazlaya ilişkin bu talepler mahkeme tarafından kabul edilmez. Ayrıca gözden kaçırılmamalıdır ki; zarar gören tarafın söz konusu süreçte halihazırda ortaya çıkan zararın artmaması için çaba gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>568</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinde kendilerini avukatla temsil ettirmeleri halinde arabuluculuk süreci başarıya ulaşmamış olsa bile avukatlara ödeyecekleri ücretler arabulucunun tazmin etmesi gereken bir başka zarar kalemi olarak karşımıza çıkar. Bu çerçevede sürecin arabulucunun gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sona ermesinden dolayı hak kazanılmamış olan vekalet ücretleri de İsviçre’de hâkim olan zararın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi gerektiği unsuru gereğince arabulucu tarafından tazmin edilmelidir<sup>569</sup>.

<sup>565</sup> Karş. Roberto, Vito, *Schadensrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1997, s. 222; Gauch, *Deliktanspruch*, s. 191 vd.; Sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan zararların tazmini bağlamında zarara kusuruyla sebebiyet verilip verilmemesinin avukatın sorumluluğu bağlamında da çoğunlukla aranması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz. Rey, Rz. 229; Oftinger/Stark, s. 79 vd. Rz. 34.

<sup>566</sup> Malvarlığı zararlarında uygulanacak hükme göre -ki bu hüküm arabulucunun sorumluluğunda kural olarak TBK m. 112’dir- tazmin edilebilir olsa bile.

<sup>567</sup> Karş. Oftinger/Stark, s. 79 Rz. 33 vd.

<sup>568</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 139.

<sup>569</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 139; Karş. Roberto, s. 175; Eren, Genel Hükümler, N. 1632.

#### 3.1.4.3.2.1.4. Yargılama Giderleri

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinin devam etmemesi nedeniyle açmış olduğu davada ödediği harç ve masraflar TBK m. 112 anlamında bir zarar kalemidir. İlgili harç ve masrafların miktarı ve gerçekleştirilen işlem kalemlerinin maktu karşılıklarının toplanmasıyla belirlenir<sup>570</sup>.

#### 3.1.4.3.2.1.5. Davanın Takip Edilmesi İçin Gereken Süre

Çözüm ortaklığının taraflarından birinin diğer tarafa karşı talebini vekili olmadan ya da bir avukattan hukuki yardım alarak ileri sürse dahi bu talebin mahkeme tarafından karara bağlanması için uzunca bir süre geçmişse, bu süreçte gerçekleştirilen hukuki işlemler için harcanan zaman ve zarar gören tarafça sarfedilen emeğin karşılığı, ancak ilgili tarafın bu çabayı sarfetmesi sonucunda başka bir kayba uğradığını ispat edebilmesi halinde tazmin edilebilir<sup>571</sup>.

#### 3.1.4.3.2.2. İkinci Bir Arabulucuya Başvurulması Halinde Ortaya Çıkacak Masraflar

Arabulucunun arabuluculuk faaliyetini özen yükümlülüğüne aykırı bir biçimde ifa etmesi halinde uyuşmazlığın tarafları başka bir arabulucu ile sürece devam etme kararı alabilir ve bir başka arabulucuyla sürece devam etmeleri nedeniyle ortaya çıkan masrafların tazminini arabulucudan talep edebilir<sup>572</sup>.

#### 3.1.4.3.2.2.1. Zararın Tazminine İlişkin Esaslar

Eski hale getirme tazminatının talep edilmesi halinde, zarar gören taraf genellikle zarar miktarını belirlemede serbesttir. Söz konusu serbestinin sınırını ihlalin söz konusu zararları ortaya çıkarmaya elverişliliği bir başka deyişle uygun illiyet bağı oluşturur<sup>573</sup>.

<sup>570</sup> HMK m. 323.

<sup>571</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 140.

<sup>572</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 140.

<sup>573</sup> Uygun illiyet bağı çerçevesinde borca aykırı davranışın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar olup borçlu tarafından tazmin edilmesi gerekir: Eren, Genel Hükümler, N. 3313, dolayısıyla söz konusu zararın dışında kalan gereksiz harcamalar talep edilemez.

Bunun dışında ortaya çıkan zararlar göz ardı edilebilecek miktarda az veya dikkate alınmayacak kadar önemsiz olsa bile söz konusu zararlar uygun illiyet bağı çerçevesinde kaldığı için talep edilebilirler. Uygun illiyet bağı belirlenirken makul ve dürüst bir kişinin zararın giderilmesi için yapacağı harcamalar belirlenirken hâkim TBK m. 114/2'nin göndermesi sonucu TBK m. 50/2 çerçevesinde hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Söz konusu düzenlemeye göre zararın varlığı ve miktarının belirlenmesi bakımından geniş bir takdir yetkisi verilen hâkim makul ve dürüst bir kişinin söz konusu zararın giderilmesi için yapacağı harcamalar ile söz konusu tarafın özel durumu nedeniyle subjektif koşullara göre yaptığı harcamaların bir zarar kalemi olarak talep edilip edilmeyeceğini takdir eder<sup>574</sup>.

#### 3.1.4.3.2.2.2. İkinci Arabulucunun Zararı Talep Edebilmesinin Sınırları

Çözüm ortaklığı taraflarının arabulucunun kötü ifası sonucu ortak bir çözüme varamamaları nedeniyle ikinci bir arabulucuya başvurmaları halinde ikinci arabuluculuk sürecinin masraflarına ilişkin talepler bakımından TBK m. 113 uygulama alanı bulur. Bu çerçevede arabuluculuk ortaklarının söz konusu taleplerinin sınırını TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı oluşturur. Taraflar doğrudan ilk arabuluculuk sürecinin kötü ifayla sona ermesi ile ilgili olmayan sonraki arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan masrafları ilk arabulucudan istemeleri mümkün değildir<sup>575</sup>.

#### 3.1.4.3.2.2.3. Taleplerin Mahsup Edilmesi

Arabulucunun arabulucu sözleşmesi çerçevesinde özen yükümlülüğüne aykırı olarak kötü ifa etmiş olsa bile çözüm ortaklığından talep edebileceği alacak hakkı çözüm ortaklığının ikinci arabuluculuk sürecine ilişkin yapmış olduğu harcamalara ilişkin olarak tazminat taleplerine karşı takasa konu olabilir<sup>576</sup>.

<sup>574</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 140; Köhler, s. 349; Eren, Genel Hükümler, N. 2280.

<sup>575</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 141.

<sup>576</sup> Huguenin, N. 759; Fankhauser-Lobsinger, s. 142; Burada dikkat edilmesi gereken husus uygulama ve öğretideki hâkim görüşe göre TBK m. 139'un lafzının aksine her iki borcun muaccel olması şart değildir.

### 3.1.4.3.2.3. Gerçek Kişilerin Gelecekte Elde Edecekleri Kazançtan Mahrum Kalmaları

Özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden arabulucunun yürüttüğü sürecin sonunda tarafların gelecekte bekledikleri bir gelirin kaybı sonucu da ortaya çıkabilir. Örneğin sürecin başarısızlıkla sona ermesinden sonra işverenin işçiyi işten çıkarması veya işçinin işinden istifa etmesi halinde durum böyledir. İşçinin beklenen kazancının hayatın olağan akışı bakımından ne kadar devam edeceğine bağlı olarak söz konusu kaybın sınırları malvarlığında beklenen muhtemel bir artışın gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkar<sup>577</sup>. Bu nedenle bu zarar “doğrudan” ya da “eşlik eden” zarar olarak adlandırılmaktadır. Zira kötü ifa sonucunda ortaya çıkan takip veya eşlik eden sonraki zararlar da kötü ifa fiiliyle uygun illiyet bağı dahilindeyse doğrudan zararı oluşturur<sup>578</sup>.

Başka bir ifadeyle, prensip olarak, sadece mevcut zarar, yani hizmetin yerine getirildiği sırada mevcut olan zarar, zararın hesaplanmasına dahil edilir. Gelecekteki zararlar, ancak meydana gelme olasılığı çok yüksekse ve yeterince belirlenebilirse tazmin edilir. Belirlenebilirliğin olmadığı durumlarda, zararın yeni sonuçlarının ortaya çıkmasıyla birlikte yeni tazminat talepleri doğar<sup>579</sup>.

Söz konusu zararların uygun illiyet bağı dahilinde bulunduğu ispat edilmesi zorluk teşkil edebilir. Çözüm ortaklığı tarafları arabulucunun arabuluculuk sürecini özen yükümlülüğüne aykırı yürütmesi ile söz konusu zararlar arasındaki neden sonuç ilişkisini ortaya koymalıdır. Bu ancak arabulucunun kötü ifası nedeniyle süreçte bir anlaşmaya varılamaması ile söz konusu anlaşmaya varılamama nedeniyle arabulucu ile güven ilişkisinin ortadan kalktığı ispatı sonucu mümkündür.

---

Takas edilecek borcun muaccel olması yeterlidir. Diğer borcun ise yalnızca ifa edilebilir olması yeterlidir: Eren, Genel Hükümler, N. 4031.

<sup>577</sup> Möller, s. 129; Fankhauser-Lobsinger, s. 143.

<sup>578</sup> Eren, Genel Hükümler, N. 1645.

<sup>579</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 99 N. 171.

#### 3.1.4.3.2.4. Şirketlerin Kar ve İtibar Kaybı

Üst başlıkta gerçek kişiler için yapılan açıklamalar şirketler için de geçerlidir. Bu çerçevede beklenen kazançla ilgili yapılan açıklamalar şirketler için de geçerlidir.

Arabuluculuk sürecinin dışında kalmakla birlikte uygun illiyet bağı neticesinde arabulucunun kötü ifasıyla ilişkilendirilebilecek malvarlığı kaybı ile yoksun kalınan kar şirketlerin uğradığı zarar olarak değerlendirilir. Bu zarar hem malvarlığı zararları gibi maddi hem de müşteri çevresinde itibar kaybı ya da marka değerinin azalması gibi gayri maddi hakların ihlali nedeniyle doğan zarar şeklinde ortaya çıkabilir<sup>580</sup>. Bu durumda fark teorisi çerçevesinde zarar gören tarafın malvarlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğuruyorsa bu zarar kalemleri de hesaplanmada dikkate alınır<sup>581</sup>.

Bu hususta örnek olarak müşteri çevresindeki itibar kaybı nedeniyle satışların düşmesi ile tedarikçilerin şirketin yaşadığı imaj kaybı nedeniyle mal ve hizmet tedarikini azaltması sonucunda şirketin karının azalması bu hususta örnek gösterilebilir. Başka bir örnek ise uzun süren yargılama süreçleri nedeniyle ortaya çıkan belirsizlik durumunun şirketin muhtemel maliyet hesaplarını yapmasına engel olmasıdır<sup>582</sup>.

#### 3.1.4.3.2.5. Tarafların Arabuluculuk Sürecinden Vazgeçerek Kendi Aralarında Müzakere Sürecine Dönmeleri Nedeniyle Ortaya Çıkacak Masraflar

Arabulucunun kötü ifası nedeniyle çözüm ortaklığı tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden müzakere yöntemini de benimseyebilirler. Bu çerçevede taraflar herhangi bir üçüncü kişinin yardım veya desteğini almadan bir araya gelip karşılıklı olarak fikir alışverişinde bulunmak ve birbirlerini ikna etmek suretiyle anlaşmaya varma yolunu da benimseyebilirler<sup>583</sup>. Bu sürecin benimsenmesi halinde yapılacak toplantılar, varsa

<sup>580</sup> Tüzel kişinin manevi zararının doğabileceği durumlar için bkz. Oral, Tuğçe, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 81 vd.

<sup>581</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 149; Öğretide bazı yazarlar zararın hesaplanmasında yalnızca parayla ölçülebilen şeylerin dikkate alınmasını eleştirmektedir. Bu görüş için bkz. Roberto, s. 109 vd.; Fankhauser-Lobsinger, s. 144.

<sup>582</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 145; Ayrıca bkz. Oral, s. 94 vd.

<sup>583</sup> Bu yöntem için bkz. Tanrıver, *Alternatif*, s. 37.

toplantıların yürütüldüğü yerlere ilişkin kira masrafları ve toplantının yapılması nedeniyle yapılan seyahat masrafları ortaya çıkabilir<sup>584</sup>.

Bu masrafların kötü ifa nedeniyle arabulucudan istenip istenemeyeceği hususuna ilişkin tartışmanın cevabı tarafların bir başka arabulucuyla sürece devam etmeleri halinde ilk arabulucudan sürece ilişkin masrafları talep etmelerine ilişkin açıklamalarda bulunur. Taraflar dürüstlük kuralı gereğince uygun gördükleri zarar kalemlerini talep ettiklerinde hâkim bunların uygun illiyet bağı içerisinde kaldıkları ölçüde tazmin edilmesine karar vermelidir.

#### 3.1.4.3.2.6. Zararın Artmasını Engellemek İçin Yapılan Harcamaların Tazmin Edilmesi

Öğretide ortaya çıkan zararın miktarının hesaplanması ile artmasının engellenmesine yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin olarak yapılan masrafların bir tazminat kalemi olarak ileri sürülüp sürülemediği tartışmalıdır<sup>585</sup>. Söz konusu zararlar arabulucunun kötü ifası nedeniyle ortaya çıkan zararların tespiti, zararın artması veya ortadan kaldırılması için muhtemel çözümlerin aranması veya bu zararları giderebilecek bir üçüncü kişinin bulunması için yapılan giderler olarak karşımıza çıkar. Söz konusu zararların ispatı mümkün olmakla birlikte bunların takip eden zarar olarak kabul edilebilmesi için zarar gören tarafın sözleşmenin ihlali nedeniyle söz konusu harcamaların zorunlu olarak yapıldığını yani uygun illiyet bağı içerisinde bu zararların tazmin edilebileceğini ispat etmesi gerekir<sup>586</sup>.

Öğretide söz konusu zararların ancak aktif bir çaba sonucu giderilmeye çalışılması neticesinde yapılan harcamaların bir tazminat kalemi olarak ileri sürülebileceği ifade edilmektedir<sup>587</sup>.

<sup>584</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 145.

<sup>585</sup> Roberto, s. 233 dn. 67; Fankhauser-Lobsinger, s. 147.

<sup>586</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 147.

<sup>587</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 147; Medicus, Staudinges Kommentar, § 253 BGB N. 53; Lange, s. 386.



### 3.1.4.3.2.7. Manevi Tazminat

Arabulucunun edimini özen yükümlülüğüne aykırı olarak yerine getirmesi neticesinde zarar görenin malvarlığında eksilmeye yol açmamakla birlikte söz konusu aykırılığın kişide elem ve üzüntü doğurması halinde manevi zararın ödenmesi gerektiği akla gelebilir<sup>588</sup>. TBK m. 56'da yaşama hakkı ile beden bütünlüğünün TBK m. 58'de ise bunlar dışında kalan kişilik değerlerinin ihlalden doğan manevi tazminat talepleri düzenlenmiştir<sup>589</sup>. Sözleşmenin kötü ifası halinde de şartları oluşmuşsa yine TBK m. 58'e göre bu tip zararların tazmini arabulucudan istenebilir<sup>590</sup>.

Arabulucu sözleşmesinin arabulucu tarafından bu şekilde ihlaline örnek olarak arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafsızlığın yitirilmesi, şiddet ve hakaret içeren bir dilin kullanılması ve arabuluculuk sırasında edinilen bilgilerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak ifşa edilerek özel hayatın gizliliği ihali halleri verilebilir<sup>591</sup>.

### 3.1.4.3.2.8. Boşuna Yapılmış Masraflar (*Frustrationsschaden*)

Arabuluculuk süreci bakımından boşuna yapılmış masraflar<sup>592</sup> çözüm ortaklarının ileride edimin ifasına güven ile yaptıkları ancak arabulucunun özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle boşuna yapılmış hale gelen harcamalardır<sup>593</sup>.

Bu zararlara örnek olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>594</sup> m. 51/8 çerçevesinde talep edilebilen tur organizatörü ile tüketici arasında çözülemeyen bir uyuşmazlık nedeniyle tüketicinin seyahatinin iptali ya da bir havayolu şirketi ile bu şirket

<sup>588</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 171; Manevi zarar kavramını açıklayan teoriler için bkz. Atlan, Hülya, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 47 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, N. 1654 vd.

<sup>589</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 171; Eren, Genel Hükümler, N. 2455.

<sup>590</sup> Brehm, Berner Kommentar, Art. 49 N. 45 vd.; Öğretide hâkim görüğe göre sözleşme ihlali oluşturan davranış aynı zamanda bir kişilik hakkını ihlal ediyorsa alacaklı borçludan sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 821 vd.

<sup>591</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 148; Brehm, Berner Kommentar, Art. 49 N. 45 vd.

<sup>592</sup> Boşuna yapılmış masraflar için bkz. Aybay, Mehmet Erdem, *Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini (Bir Tazminat Türü Olarak)*, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 53 vd.

<sup>593</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 148.

<sup>594</sup> RG. 28.11.2013-28835.

çalışanları arasında doğan uyuşmazlığın çözülememesi nedeniyle uçuşların iptali halinde boşa çıkan masraflar gösterilebilir<sup>595</sup>.

Söz konusu masrafların boşa çıkması fark teorisi çerçevesinde bir malvarlığı zararı olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle öğretide bu tür yansıma zararların tazmininin talep edilemeyeceği savunulmaktadır<sup>596</sup>.

### 3.1.4.3.2.9. Uyuşmazlık Konusunun Çekişmeli Olmasından Dolayı İktisadi Faaliyetlere Konu Edilememesi Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi Kayıplar (*Kommerzialisierungsschaden*)

Uyuşmazlık konusunun, örneğin ticari bir otobüsün mülkiyetinin çekişmeli olmasından dolayı iktisadi faaliyetlere konu edilememesi nedeniyle yaşanan maddi kayıplar<sup>597</sup> ile boşuna yapılmış masraflar arasındaki fark uyuşmazlığa konu mal ya da hakkın iktisadi faaliyetlerle konu edilememesi halinde ortaya çıkan maddi kayıplar hesaplanırken söz konusu mal iktisadi faaliyete konu edilseydi elde edilmesi beklenen gelirler dikkate alınırken boşuna yapılmış masraflar bakımından gelecekteki bir sonuç beklentisiyle halihazırda harcanmış değerler dikkate alınır<sup>598</sup>. Burada belirtmek gerekir ki; her ikisinin de temel noktası sözleşmenin uygun ifasının gerçekleşmemesi sonucu ilgilinin beklentisinin boşa çıkması nedeniyle ortaya çıkan kayıplar olmasıdır<sup>599</sup>.

Söz konusu kayıplara örnek olarak belli bir miktar paranın tahsil edilmemesi nedeniyle ilgilinin parayı nemalandıramayarak arttırmasının mümkün olmaması veya hasar görmüş bir ticari taksinin onarılamaması sonucu işletilmesinin mümkün olmaması nedeniyle doğan kayıplar<sup>600</sup> gösterilebilir.

<sup>595</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 148.

<sup>596</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 178; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmeneger, Rz. 2862; Roberto, s. 37; Eren, Borçlar Genel, N. 1846; Aybay, s. 137.

<sup>597</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aybay, s. 24 vd.

<sup>598</sup> Roberto, s. 34; Fankhauser-Lobsinger, s. 149.

<sup>599</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 149.

<sup>600</sup> Türk hukuku bakımından Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre trafik kazaları nedeniyle doğan uyuşmazlıklarda araç mahrumiyet tazminatı adı altında söz konusu zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Bkz. Y. 17 HD 2020/1733 E., 2021/1009 K., 09.02.2021 T., Y. 4 HD 2020/729 E., 2020/3654 K., 02.11.2020 T.

Öğretide bir görüşe göre söz konusu kullanım imkanından mahrumiyet fark teorisi anlamında bir zarar olarak kabul edilmemektedir<sup>601</sup>. Türk öğretisinde baskın görüşe göre ise normun koruma amacı göz önüne alınarak uygun illiyet bağının kurulabildiği her durumda dolaylı zararların talep edilmesi mümkündür<sup>602</sup>.

#### 3.1.4.3.2.10. Üçüncü Kişilerin Zararı

Arabulucunun özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle sözleşmeyi gereği gibi ifa etmediği hallerde zarar normun koruma amacı dışında kalan ve üçüncü kişi lehine bir sözleşme olmaksızın salt üçüncü kişinin hukuki alanında bir zarar meydana gelebilir. Kural olarak kötü ifa nedeniyle TBK m. 112 uyarınca arabulucu yalnızca arabuluculuk sürecine katılan çözüm ortaklığı taraflarının zararını gidermekle yükümlüdür. Fakat istisnai olarak arabulucunun kötü ifası nedeniyle üçüncü kişilerin de tazminat talep etme hakları ortaya çıkabilir. Bu durum üç şekilde ortaya çıkabilir: Tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin ihlali halinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ihlali halinde ve bu iki hal bulunmaksızın arabulucunun arabulucu sözleşmesini kötü ifası nedeniyle üçüncü kişinin hukuki alanında doğan zararların üçüncü kişi tarafından talep edilmesi (*Drittschadensliquidation*)<sup>603</sup>.

Arabulucunun üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir arabulucu sözleşmesinde sözleşmeye aykırı davranışıyla çözüm ortaklığı taraflarının koruma alanları içinde bulunan kimselere zarar vermişse zarar gören bu kimseler söz konusu zararların tazmini amacıyla doğrudan doğruya arabulucudan ilgili zararı talep edebilirler<sup>604</sup>. Arabulucu sözleşmesi bakımından bu durum ancak arabulucunun arabulucu sözleşmesinin yapılması sırasında ihlalin üçüncü kişiler için de risk yaratacağını fark edebildiği hallerde kabul edilebilir<sup>605</sup>. Böyle bir etkiye sahip sözleşmenin varlığı özellikle zayıf tarafın korunması ilkesinin açıkça benimsendiği kira ve iş uyuşmazlıkları bakımından yürütülen arabuluculuk

<sup>601</sup> Roberto, s. 208; bu hususta uyuşmazlık konusunu kullanamamanın bu anlamda zararın kaynağını oluşturduğu; ancak doğrudan zararı oluşturmadığı için talep edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Lange, s. 285.

<sup>602</sup> Eren, Genel Hükümler, N. 1846; Oğuzman/Öz, C II, N. 128; Gümüş, Borçlar Genel, s. 437.

<sup>603</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 287; Fankhauser-Lobsinger, s. 150.

<sup>604</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 203; Wiegand, Basler Kommentar, Art. 97 N. 40; Fankhauser-Lobsinger, s. 150; Eren, Genel Hükümler, N. 3311.

<sup>605</sup> Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger, Rz. 3913; Fankhauser-Lobsinger, s. 150.

süreçlerindeki arabulucu sözleşmeleri bakımından kabul edilmelidir. Bunlar dışında kalan sözleşmeler bakımından ise arabulucunun kötü ifası nedeniyle üçüncü kişilerin tazminat talepleri bakımından ihtiyatlı yaklaşmak gerekir<sup>606</sup>.

Arabulucu sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapılması halinde arabulucunun edimi üzerinde üçüncü kişi lehine talep hakkı doğar<sup>607</sup>. Söz konusu talep hakkı üçüncü kişinin üzerinde onun hukuk alanında doğrudan doğruya bağımsız bir hak olarak ortaya çıkar<sup>608</sup>. Üçüncü kişinin arabulucu sözleşmesinden doğan alacak muaccel olur olmaz arabulucudan bunu talep edebilmesine paralel olarak arabulucunun kötü ifası nedeniyle uğradığı zararları arabulucudan tazmin etmesini talep edebilir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının aksine üçüncü kişinin uğradığı zararın giderilmesi arada herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadan üçüncü kişinin uğradığı zararların tazminini gerektirmektedir. Kural olarak sözleşme ilişkisine bağlı olarak tazmin yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ortaya çıkabilir. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin dışında kalan taraf bu nedenle uğradığı zararı arabulucudan ancak haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz işgörmeye gibi hukuki yollara dayanarak talep edebilir. Bir başka ifadeyle arabulucu sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi kural olarak sözleşme ilişkisine dayanarak arabulucudan herhangi bir talepte bulunamaz<sup>609</sup>. Öğretide böyle bir durumun üç şekilde ortaya çıkabileceği savunulmaktadır: Bunlardan ilki dolaylı temsil edilenin taleplerine ilişkin davalar, önmirasçının artmirasçıya mirası geçirme yükümlülüğüne aykırı davranışına ilişkin zararlar ile ön sıradaki taşınır rehni hakkı sahibinin art rehin alacaklısına karşı yükümlülüklerini ihlal etmesinden kaynaklanan talepler örnek gösterilebilir<sup>610</sup>.

Arabuluculuk sürecinde üçüncü kişinin zararı ilk olasılıkta çözüm ortaklığını oluşturan taraflardan birinin dolaylı temsilci sıfatını taşıması nedeniyle arabulucunun kötü ifasından dolayı üçüncü kişi durumunda olan temsil edilenin zarar görmesi halinde ortaya

<sup>606</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 295; Avukatların bu husustaki sorumluluğu bakımından yapılan bir tartışma için bkz. Fellmann, Haftung, s. 218; Fankhauser-Lobsinger, s. 150.

<sup>607</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 290 vd.; Fankhauser-Lobsinger, s. 150

<sup>608</sup> Eren, Genel Hükümler, N. 3585.

<sup>609</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 296; Fankhauser-Lobsinger, s. 151.

<sup>610</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 301; Fankhauser-Lobsinger, s. 151.

çıkabilir. Örneğin uyuşmazlığın asıl taraflarından bir tanesinin kendi adına dolaylı temsilci olan bir müzakereciyi arabuluculuk sürecinde yer alması için yetkilendirmesi halinde arabulucunun kötü ifası nedeniyle zarar gören temsil olunan, doğrudan kendi hukuki alanında ortaya çıkan zararlar bakımından arabulucuya doğrudan dava açabilir<sup>611</sup>.

Arabulucunun kötü ifası nedeniyle üçüncü kişinin zarar talebinde bulunabileceği bir başka olasılık ise arabulucu sözleşmesinin çözüm ortağı taraflarının uyuşmazlık konusu malın mülkiyetine sahip olmadan yalnızca zilyetliğine sahip olduğu durumlar bakımından ortaya çıkabilir. Bu çerçevede söz konusu talep üçüncü kişilere ait eşyaların korunması, muhafazasıyla ilgili olarak bunları saklamakla yükümlü kişinin kusuru sebebiyle ilgili eşyanın hasar görmesi, tahrip olması ya da kaybolması nedeniyle doğan zararlardan kaynaklanabilir. Öğretide muhafaza yükümlülüğünün arabulucunun kötü ifası ile ilişkilendirilebilecek şekilde ihlali söz konusu olduğunda, TBK m. 116 çerçevesinde yardımcı kişi durumunda olan arabulucunun sebep olduğu zarar nedeniyle arabulucu ortaklarının TBK m. 116 kapsamında doğan zararı giderme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bu durumda üçüncü kişinin doğrudan haksız fiil failine karşı değil yalnızca çözüm ortaklığının taraflarına karşı bir talepte bulunmasının söz konusu olmasından dolayı teknik anlamda üçüncü kişinin zarar talebinde bulunmasından söz etmek mümkün değildir<sup>612</sup>.

#### 3.1.4.4. Sözleşmeye Aykırılık

##### 3.1.4.4.1. Genel Açıklamalar

Arabulucu TBK m. 502/1 uyarınca, arabulucu sözleşmesi kapsamında kendisine tevdi edilen iş ve hizmetleri HUAK m. 11/1 ve TBK m. 506/2 uyarınca özenle yürütmekle yükümlüdür. Bu çerçevede arabulucu, arabulucu sözleşmesi kapsamında borçlandığı edimi nitelik ve nicelik bakımından arabulucu sözleşmesinde kararlaştırılan şekilde yerine getirmediği takdirde sözleşmeye aykırılık meydana gelir<sup>613</sup>. Bu husus asli edimler

<sup>611</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 305; Fankhauser-Lobsinger, s. 151.

<sup>612</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N. 305; Fankhauser-Lobsinger, s. 152.

<sup>613</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 152; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 341; Derendinger, Rz. 237 vd.; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 18;

bakımından olduğu kadar yan edim, yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri bakımından da ortaya çıkabilir. Arabuluculuk bakımından arabulucunun çözüm ortaklığının taraflarına karşı sebep olduğu her türlü sadakat yükümlülüğüne aykırılığın sonuçlar ağırdır. Bu anlamda arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ya da süreçte tarafsızlığını kaybetmesi TBK m. 112 bağlamında sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verir ve arabulucunun tazminat sorumluluğu doğar<sup>614</sup>.

Arabulucu üstlendiği faaliyet çerçevesinde daha önce ifade edildiği üzere belli bir sonucu taahhüt etmekle yükümlü değildir. Buna karşın kendisinden arabulucu sözleşmesine uygun olarak ifa etme yükümlülüğüne uygun davranması beklenir. Buradan hareketle arabulucu temel olarak tarafların uygun bir çözüme ulaşmasını sağlamak için süreci en makul şekilde planlayıp yönetmek ve yürütmekle yükümlüdür<sup>615</sup>.

Arabulucu bu eylem ve işlemleri arabuluculuk mesleğinde edindiği tecrübesine ve somut olayın olağan akışına göre çözüm ortaklığı taraflarının talep ve istekleri doğrultusunda ortak bir çözüme varmalarına yönelik olarak yerine getirmelidir<sup>616</sup>. Bu nedenle arabulucu derecesi objektifleştirilmiş özen borcu altındadır<sup>617</sup>. Bu bağlamda arabulucu çözüm ortaklığı taraflarının haklı menfaatlerini korumak için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür<sup>618</sup>.

Arabulucu tarafların bir anlaşmaya varmaları için gerekli tüm eylem ve işlemleri planlayıp süreci buna göre yönetmekle yükümlüdür<sup>619</sup>. Arabulucu bu esnada tarafların hukuki menfaatlerini de gözetmekle yükümlüdür<sup>620</sup>. Buradan hareketle arabulucunun asli

<sup>614</sup> Sözleşme kapsamında sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine sebebiyet vermesine ilişkin olarak bkz. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 335; vekalet ilişkisi kapsamında aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü gibi yan edim yükümlülüklerinin özen yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Weber, Berner Kommentar, Art. 398 N. 25 vd.; Fankhauser-Lobsinger, s. 153.

<sup>615</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 153; Karş. Berner Kommentar, Art. 398 N. 342-343; Derendinger, Rz. 86 vd.; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 343.

<sup>616</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 153; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 5a.

<sup>617</sup> Başpınar, s. 162; Gümüş, *Özen*, s. 294.

<sup>618</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 153; Karş. Derendinger, Rz. 189.

<sup>619</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 154.

<sup>620</sup> “Arabulucu, taraflardan birinin süreci veya sürecin sonunda varılan anlaşmanın sonuçlarını anlamadığı düşüncesinde ise öncelikle sürecin ve anlaşmanın sonuçlarının anlaşılması için tarafsızlığını zedelemeyen açıklamalar yapabilir. Ayrıca gerekli görürse, o tarafa hukuki yardım almasını tavsiye edebilir.”: Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 32.

edim yükümlülüklerinin yanında koruma yükümlülüklerini de kapsayan birtakım davranış yükümlülüklerinin olduğu da kabul edilmelidir<sup>621</sup>. Söz konusu davranış yükümlülüklerine uygun hareket etmenin yalnızca kanunda öngörülen eylem ve işlemleri yapmaktan ibaret olmayıp arabulucunun süreci yürütürken etraflıca düşünerek ve son derece dikkatli hareket ederek tarafların menfaatlerine uygun olarak bir anlaşmaya varmaları için iradesini ortaya koymalıdır<sup>622</sup>.

Bu hususta tarafların arabulucu sözleşmesine ceza koşulu hükmü koymalarında yarar vardır. Böyle bir ceza koşulunun konması zararın meydana gelip gelmediğinin ya da miktarının kanıtlanması zor olabilecek hallerde çözüm ortaklığı tarafının konumunu güçlendirir<sup>623</sup>.

#### 3.1.4.4.2. Arabulucunun Görevini Özenle İfasına İlişkin Temel İlkeler

Arabulucunun göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesinin belirlenmesinde “mesleğe özgü ortalama arabulucunun ortalama davranışı” objektifleştirilmiş özen ölçüsüdür<sup>624</sup>. Arabulucu kural olarak “ortalama tahsil derecesi ve mesleki bilgisi olan dürüst bir arabulucunun kendisine verilen işi yürütürken göstereceği özeni” göstermekle yükümlüdür. Bu nedenle belli bir ücret karşılığı arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucudan beklenen özenin ölçüsü normal bir vekile göre daha fazladır<sup>625</sup>. Bu halde de görevin niteliğine göre bir ayırım yapılmalı ve söz konusu uyuşmazlığın özel koşulları da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla uzman arabulucunun eylem ve işlemlerinde göstereceği özen ölçüsü normal bir arabulucuya göre her halükârda daha fazla olmalıdır<sup>626</sup>. Buna ek olarak özen derecesi belirlenirken Türkiye Arabuluculuk Etik

<sup>621</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 154; Başpınar, s. 147 vd.; Gümüş, *Özen*, s. 123.

<sup>622</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 154; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 OR N. 345 vd.

<sup>623</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 154.

<sup>624</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 154; Karş. Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 27; Başpınar, s. 155; Gümüş, *Özen*, s. 322.

<sup>625</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 155; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 355; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N 28; Gümüş, *Özen*, s. 326: “Ancak somut vekilin, mesleğe özgü ortalama tahsil derecesi ve mesleki bilgisinin ötesinde bir formasyon, uzmanlık, yetenek ve niteliklere sahip olması durumunda; vekilden ortalama vekile nazaran daha fazla özen talep edilebilmek zorundadır. Bu bağlamda ortalamanın üzerinde bilgi ve tecrübeye sahip bir profesör ihtisas alanına özgü ortalama bir uzman doktora nazaran daha fazla özen göstermek zorundadır. Mesleğe özgü ortalama vekil ölçüsü en düşük özen standardı, diğer bir deyişle, objektif-tipleştirilmiş en düşük özen olarak karşımıza çıkmaktadır.”

<sup>626</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 155; Karş. Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 27; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 355; Başpınar, s. 177-178.

Kuralları ve Arabuluculuk Daire Başkanlığının hazırlamış olduğu arabuluculuk uygulamalarına ilişkin kaynaklar da dikkate alınmalıdır.

Arabulucunun özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığının tespitinde genel olarak taraf menfaatlerine uygun olarak ulaşılmaya amaçlanan anlaşmanın sağlanıp sağlanmayacağı bir temel noktası olarak kabul edilir. Daha sonra arabulucunun süreci tarafların kendi menfaatlerine uygun olarak ortak bir anlaşmaya varabilecekleri şekilde planlayıp yürütüp yürütmediği tespit edilmelidir. Şayet arabulucu tarafların anlaşmaya varmasına yönelik süreci planlayıp yürütmediyse arabulucunun objektif özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğunu doğduğu kabul edilir<sup>627</sup>. Arabulucu ifa esnasında karşılaştığı güçlükler de dikkate alınarak olayların normal seyri açısından sürecin anlaşmayla sona ermesi için gerekli tüm önlemleri almış ve davranışları göstermişse arabulucunun özen yükümlülüğüne uygun davrandığı kabul edilmelidir<sup>628</sup>.

Arabulucu süreçteki kendisine düşen inceleme, süreci planlama, taraflarla iletişim ve süreci yönetme eylemlerini arabulucu ortaklarının anlaşmaya varması için gerekli görülen süre içerisinde tamamlamakla yükümlüdür<sup>629</sup>. Burada belirtmek gerekir ki; arabulucunun süreci uygun zamanda yürütme yükümlülüğü arabulucunun aşırı iş yükü veya zamanın kısıtlı olması gerekçe gösterilerek görmezden gelinemez; zira eğer arabulucu sürecin bu nedenle tamamlanamayacağını düşünüyorsa bunu taraflara derhal bildirip süreçten çekilmelidir<sup>630</sup>.

Arabulucu sorumluluğun doğmasını engellemek üzere sürece arabulucu olarak katılmak için gereken bilgi ve becerilere sahip olup olmadığını kontrol etmelidir. Şayet arabulucu bilgi, beceri ya da deneyimlerinin söz konusu süreci yürütmek bakımından yetersiz olduğu kanısına varırsa görevi derhal reddetmekle yükümlüdür. Arabulucu böyle bir değerlendirme yapmadan ya da böyle bir değerlendirme yaparak yetersizliğini bildiği halde sürece arabulucu olarak katılmayı kabul ederse kusurun varlığı kabul edilir. Söz

<sup>627</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 155; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 356.

<sup>628</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 155; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 356.

<sup>629</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 156; Karş. Derendinger, Rz. 103.

<sup>630</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 156; Karş. Derendinger, Rz. 294; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 357.



konusu kusurun varlığı yalnızca özen yükümlülüğünün ihlali bakımından değil ayrıca doğan zararın arabulucuya yükletilebilmesi bakımından da dikkate alınır<sup>631</sup>.

Somut olay bakımından bilgisiz ve deneyimsiz arabulucunun kendi bilgisiz ve deneyimsizliğini fark etmemesi nedeniyle süreci yönetmeyi reddetmesinin mümkün olmaması savunması kabul edilebilir değildir. Arabulucunun deneyimsizliği veya eğitimdeki eksikler nedeniyle süreci iyi yönetememesi arabulucunun kusurunu ortadan kaldırmaz veya hafifletmez<sup>632</sup>.

Arabulucu çözüm ortaklığını oluşturan tarafların menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecekleri bir anlaşmaya varmaları için sürece ilişkin yöntemin planlayıcısı ve idare edeni olarak sahip olduğu bu yetkilerini dikkat ve özenle kullanmalıdır. Bu çerçevede arabulucu muhtemel seçenekleri değerlendirmeli, arabuluculukta kullanabileceği müzakere taktikleri ile müdahale yöntemlerini değerlendirmeli ve tarafların ortak bir çözüme ulaşma olasılığı, sürecin uzunluğu ile muhtemel riskler bakımından sonuca ulaştırması en muhtemel yöntemi seçmelidir<sup>633</sup>. Arabulucu bunlara ek olarak tarafların yapmaları gereken muhtemel masrafları dikkate alarak bunların mümkün merteye tarafların aleyhine gereksiz yere artmasına göz yummamalıdır. Başka bir ifadeyle arabulucu tarafından üstlenilen kırtasiye işi veya sekreteryaya gibi hizmetlerin mümkün olan en kısa sürede verilmesi gerekir<sup>634</sup>.

#### 3.1.4.4.3. Özen Yükümlülüğü Bakımından Arabuluculukta Tek Tip Davranış Kurallarının Belirlenmesi Sorunu

İsviçre öğretisinde arabuluculuk için standartlar belirlemenin makul ve hatta mümkün olup olmadığı sorusu ele alınmıştır. Bu hususta İsviçre'deki baskın görüşe göre böyle bir standartlaşmanın arabulucu mesleği ve süreciyle bağdaşmadığı savunulmaktadır. Buna

<sup>631</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 156; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 359; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 28; Gümüş, *Özen*, s. 79 vd.

<sup>632</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 156; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 359; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 28.

<sup>633</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 157; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 362; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 24; Derendinger, Rz. 289.

<sup>634</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 157; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 363; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 24; Derendinger, Rz. 289.

göre uygulamada anlaşma ile sonuçlanmış arabuluculuk süreçlerinde takip edilen usul ve iletişim tarzlarının çeşitlilik gösterdiği tespit edilmiştir. Bu sonucun nedeni olarak arabuluculuk sürecine katılan tarafların sosyo-ekonomik ve kültürel farklılıklarının olması, temel duygusal veya psikolojik ihtiyaçların farklılığı nedeniyle sürecin her somut uyuşmazlık için farklılaşması olarak gösterilmektedir. Diğer bir sebep olarak ise dostane çözüm yöntemi olan arabuluculuğun tarafların kişiliğiyle yakın ilişkili olması nedeniyle bireysel çözümlere ihtiyaç duyulması gösterilmektedir. Son olarak ise tarafların sürece getirdikleri hem olgular ve uyuşmazlık konularında farklılık göstermesi yine süreç bakımından standartlaşmayı engelleyen bir başka husus olarak ileri sürülmektedir. Aksi halde böyle bir standartlaştırmanın arabulucunun süreci planlama ve yönetme yükümlülüğünün şahsiliği ilkesini göz ardı etmek olacağı ifade edilmektedir<sup>635</sup>. Söz konusu husus arabuluculuk mesleğini avukatlık gibi benzeri mesleklerden ayırır ve avukatlığın aksine net kurallar koyulmasını engeller<sup>636</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde somut uyuşmazlık bakımından böyle bir standartlaşmaya gidilmesinin mümkün olmaması, aksi düşünülse bile, söz konusu düzenlemelerin arabuluculuk süreçlerinin iyileştirilmesine yardımcı olamayacağı ve arabulucunun sorumluluğunu belirleyecek genel bir formüle ulaşmanın mümkün olmayacağı düşüncesiyle İsviçre öğretisinde reddedilmektedir<sup>637</sup>.

Konu Türk hukuku bakımından ele alınacak olursa söz konusu sorun Türkiye Arabulucular Etik Kuralları ile çözülmeye başlanmış ve söz konusu etik kuralların ihlali halinde arabulucunun HUAK m. 20/2 kapsamındaki yaptırımlarla karşılaşabileceği ifade edilerek soruna çözüm aranmıştır. Arabuluculuk süreçlerinin ülkemizde yaygınlaşması ve mesleğinde başarılı olan arabulucuların daha tanınır hale gelmesi ile söz konusu sorun Türk hukuku bakımından ortadan kalkacaktır.

<sup>635</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 157; Aksi görüş için bkz. Gabriel, s. 127.

<sup>636</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 158.

<sup>637</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 158.

#### 3.1.4.4.4. Arabulucu Sözleşmesine Özgü Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri<sup>638</sup>

##### 3.1.4.4.4.1. Taraflar Arasındaki İletişimin Sağlanamaması

Arabuluculuk HUAK m. 2/1-b’de, “sistemik yöntemler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirini anlamaları ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere arabulucu taraflar arasında kurulamayan veya yanlış kurulan iletişimi arabuluculuk eğitimi almış bir profesyonel olarak sağlıklı bir şekilde kurmasına yardımcı olmakla yükümlüdür. Arabulucu bu iletişimi kurarken eğitimini almış olduğu iletişim becerilerini somut olay ve elde ettiği en son bulgulara uygun olarak kullanılmalıdır. Özellikle kolaylaştırıcı arabuluculuk bakımından arabulucu taraflar arasındaki iletişimi geliştirici ve tarafları bu konuda aydınlatıcı bir tutum benimsemelidir.

Arabuluculukta her bir sürecin birbirinden farklılık arz etmesi nedeniyle arabulucunun tarafların iletişimi konusunda izlemesi gereken kurallar ya da ilkeler bakımından bir belirleme yapılması mümkün değildir. Arabulucunun bu konudaki özen yükümlülüğünün içeriğini tespit edebilmek için öğretici ve uygulama tarafından işgörme sözleşmeleri için geliştirilen genel ölçütlere gönderme yapılmaktadır. Bu çerçevede arabulucu davranış ve iletişim psikolojisinde geliştirilen yöntemler ve arabuluculuk alanındaki son gelişmelere uygun bir yöntem belirlemelidir. Arabulucu somut uyuşmazlık ve uyuşmazlığın taraflarına göre takip ettiği yöntemleri de uyarlamalıdır<sup>639</sup>.

<sup>638</sup> İsviçre öğretisinde uluslararası ticari tahkimde hakemin sorumluluğunu ortaya çıkararak ihlal hallerinin arabuluculuk sürecinde arabulucunun sorumluluğu bakımından da yol gösterici olacağı savunulmaktadır. Bkz. Fankhauser-Lobsinger, s. 158.

<sup>639</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 159.

Arabulucunun tarafların arasındaki iletişimi sağlamadaki görevini meslek gereklerine aykırı olarak yerine getirmemesi halinde özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olur<sup>640</sup>.

#### 3.1.4.4.4.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ihlali kural olarak arabulucu sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur<sup>641</sup>.

#### 3.1.4.4.4.3. Arabulucunun Tarafsız Olma Yükümlülüğünün İhlali

Arabulucunun tarafsız olma yükümlülüğünün ihlali kural olarak arabulucu sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur<sup>642</sup>.

#### 3.1.4.4.4.4. Sürecin İradi ve Eşitlik İlkelerine Aykırı Devam Etmesine İzin Vermek

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek için arabuluculuk sürecine başvurmaları ile arabuluculuk sürecine devam etmeleri ve süreç sonunda bir çözüm üzerinde anlaşmaları arabuluculuğun temel ilkeleri olan iradilik ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde serbest iradeye sahip oldukları daha önce ifade edilmişti<sup>643</sup>. Uygulamada söz konusu irade serbestisine aykırılık çoğunlukla arabulucu ortaklığının güçlü tarafından kaynaklanmaktadır<sup>644</sup>. Söz konusu durumun ortaya çıkması halinde özellikle taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum ya da beyanı aşamasında bir sakatlığın varlığı halinde iradesi sakatlanan taraf TBK çerçevesinde kendisine verilen iptal hakkını kullanabilir<sup>645</sup>. Bundan başka; arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi, anlaşma belgesi ve taraflar arasında yapılmışsa sulh sözleşmesi bakımından da TBK’da düzenlenen irade bozukluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bunlar dışında şartları varsa haksız

<sup>640</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 159.

<sup>641</sup> Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. yuk. “1.4.9. Sır Saklama Yükümlülüğü” başlığı.

<sup>642</sup> Tarafsız olma yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. yuk. “1.2.3. Bağımsız ve Tarafsız Üçüncü Kişi Olması” başlığı.

<sup>643</sup> Bkz. yuk. “Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler” başlığı.

<sup>644</sup> Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 58.

<sup>645</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 1267 vd.

fiil nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluk ile sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa ilişkin talepler ileri sürülebilir.

#### 3.1.4.4.5. Arabulucunun Kendi Menfaatine Hareket Etmesi

Arabulucunun bir arabuluculuk sürecinde kendi menfaatlerini gözetmesi kural olarak doğrudan arabulucu sözleşmesinin ihlali anlamına gelmez. Buna karşın, arabulucunun salt kendi menfaatini gözetmesi arabulucunun özen yükümlülüğünün ihlali ya da güven ilişkisine dayalı yükümlülüklerin esaslı ihlaline neden oluyorsa burada arabulucu sözleşmesinin ihlali gündeme gelir. Unutulmamalıdır ki; arabulucu ile çözüm ortaklığı taraflarının aralarında menfaat uyumsuzluğunun varlığının arabulucu sözleşmesinin yapılmasından önce var olması halinde arabulucu Etik Kurallar m. 4/5 çerçevesinde kendisine getirilen teklifi reddetmeli; şayet söz konusu çatışma sonradan ortaya çıkmışsa arabulucu derhal süreçten çekilmelidir<sup>646</sup>.

Arabulucunun salt kendi menfaatine hareket etmesi nedeniyle tazminat sorumluluğunun doğması için tarafların anlaşmalarının üzerinde doğrudan etkisi olması ya da tarafların uzlaşmaya varamamaları nedeniyle başvurdukları mahkemede yapılan yargılamanın sonucunu etkilemesine gerek bulunmamaktadır. Bu tür etkilerin varlığı zararın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Başka bir ifadeyle, taraflar arasında sürecin nasıl sona erdiğinden bağımsız olarak arabulucunun tazminat sorumluluğu doğar<sup>647</sup>. Söz konusu duruma örnek olarak arabulucunun salt taraflardan talep edeceği ücreti arttırmak amacıyla oturumların süresini ya da sayısını fazla tutması gösterilebilir. Bunun sonucunda tarafların faiz ödemesi veya zamanaşımı nedeniyle zararlarının artması halinde arabulucunun bunu tazmin etme borcu da artar.

#### 3.1.4.4.6. Yapmama ve Katlanma Yükümlülüklerinin İhlali

Arabulucu sözleşmesi bakımından TBK m. 506/2’de öngörülen yükümlülükler yalnızca ifa etmeme veya kötü ifa halleriyle sınırlı olmayıp genel olarak vekilin vekalet

<sup>646</sup> Bkz. yuk. “Arabulucunun Tarafların Menfaatine Hareket Etmesi” başlığı. Ayrıca bkz. Fankhauser-Lobsinger, s. 160.

<sup>647</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 160.

sözleşmesine aykırı davranışlarının tümüne atıfta bulunmaktadır<sup>648</sup>. Dolayısıyla hüküm arabulucu sözleşmesinin salt ifa edilmemesinin ötesinde genel ve kural olarak tek başına ifası talep edilemeyen davranış yükümlülükleri bağlamında sözleşmenin olumlu ihlali hallerini de kapsamaktadır<sup>649</sup>. Bu nedenle arabulucunun üstlendiği iş ve hizmetleri sadakat ve özenle yürütme borcu çözüm ortaklığı taraflarını ortaya çıkabilecek her türlü zarardan korumayı içerir<sup>650</sup>. Arabuluculuğa özgü tipik kaçınma yükümlülüğü örneğini tarafların kişiler bilgilerini ifşa etmeme ve sürecin gizli olarak yürütülmesi yükümlülüğü gösterilebilirken, katlanma edimi olarak ise arabulucunun arabuluculuk sürecinde ortaya çıkabilecek iletişim bozuklukları nedeniyle taraflar arasındaki tartışmaların başlamasını ya da büyümesini engellemek amacıyla kusurları üstlenici bir tutum sergileme yükümü gösterilebilir<sup>651</sup>.

#### 3.1.4.4.7. Taraflar Arasındaki Güç Dengesinin Eşit Olmadığı Durumlarda Zayıf Konumdaki Tarafa Karşı Sadakat Borcunun İhlali

Arabulucunun sürece katılan taraflara karşı sadakat yükümlülüğünün derecesi tarafların süreçteki konumlarına göre her somut olay bakımından değişir. Söz konusu husus TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının arabuluculuk sürecinde somutlaştırılmasından kaynaklanır<sup>652</sup>. Dolayısıyla arabulucunun sadakat yükümlülüğünün kapsamını ve derecesini her şeyden önce çözüm ortaklığı taraflarının arabulucuya duyduğu güven belirler. Bu çerçevede örneğin, arabulucunun çözüm ortaklığı taraflarının aralarında olan söylemsel ve kültürel farklılıklara dayalı güç ilişkileri hakkında bilgisi ne kadar derinse tarafların duyduğu güven de o ölçüde artar. Arabulucunun bu farklılıkları gözetmesindeki amaç taraflar arasında ayrımcılığa sebep olmak değil, bilakis taraflar arasındaki güç

<sup>648</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 743 vd.; Gümüş, *Özen*, s. 130; Başpınar, s. 121.

<sup>649</sup> Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 18 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 184; Huguenin, Obligationenrecht, Rz. 846; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 335 vd.

<sup>650</sup> Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 331 ve N 27; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N. 21 vd.; Uygulamada söz konusu duruma örnek olarak arabulucunun oturumlar sırasında devamlı surette telefonuyla ilgilenmesi, oturumlar sırasında tarafları rahatsız edecek şekilde yemek yemesi veya taraflarla arabuluculuk mesleğine yakışmayacak şekilde samimiyet kurması örnek gösterilebilir: Fankhauser-Lobsinger, s. 161, dn. 610.

<sup>651</sup> Yeşilirmak, Arabulucu Kimdir, s. 74.; Fankhauser-Lobsinger, s. 161; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 335.

<sup>652</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 162.

dengelesizliklerini ortadan kaldırarak sürecin adil bir şekilde hakkaniyet çerçevesinde ilerlemesini sağlamaktır<sup>653</sup>.

Bu çerçevede arabulucu taraflar arasındaki güç dengesinin sağlanması için zayıf tarafın sürece daha etkin katılarak özgüveninin yerine gelmesi ve süreçte kendi menfaatine uygun karar vermesi için oturumlar arasında uzmanlardan bilgi almasını teşvik etmekle yükümlüdür. Arabulucu ayrıca zayıf tarafla yapılacak olan özel görüşmelerde yapacağı canlandırmalarla güvenini sağlaması ve süreçte kontrolünü kaybetmemesi için bazı sorular da sorabilir<sup>654</sup>.

#### 3.1.4.4.8. Arabulucunun Arabuluculuk Sürecine Uyuşmazlığın Tarafları Dışındaki Kimselerin Dahil Olmasına İzin Vermesi

Arabuluculuk sürecinde taraflar kişisel ve ticari itibarın korunması, sosyal ve ticari ilişkilerin devamının zarar görmemesi gibi nedenlerle uyuşmazlığın sebebinin ve sürecin kural olarak gizli kalmasını isterler. Dolayısıyla sürece tarafları temsil eden avukatlar dışındaki avukatların, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak uzmanların, psikolog, amir veya akraba gibi üçüncü kişilerin bu süreçte yer alması ancak çözüm ortaklığı taraflarının tümünün rızası ile mümkündür<sup>655</sup>. Her ne kadar bu kimselerin katılımı tarafların ortak bir çözüme ulaşmalarını sağlayabilecek olsa da bu husus sürecin gizliliğini ve muhtemelen tarafların bu ilgililerle varsa kişisel ilişkilerini etkiler. Tarafların açık rızasını almadan salt taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelinin açıklığa kavuşturmak için bir uzmana başvurulması HUKUK m. 17/8'e aykırılık oluşturur. Arabulucu ayrıca seçeceği uzman bakımından bu kimselerin tarafların menfaatlerine zarar vermeyecek kişiler olmasına da dikkat etmelidir. Arabulucunun uzmanlığını taahhüt ettiği kişilerin gizliliği ihlal etmesi de bir kötü ifa halidir.

<sup>653</sup> Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 58.

<sup>654</sup> Yazıcı Tıktık, Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri, s. 58.

<sup>655</sup> Ekmekçi/Özkes /Atalı/Seven, s. 73-74.

#### 3.1.4.4.4.9. Arabuluculuğun Gerçekleştirildiği Yer

Çözüm ortaklığı taraflarının aralarında halihazırda mevcut olan uyuşmazlığın çözümü için uygulanabilecek muhtemel çözüm seçeneklerini müzakere edecekleri ortam ile fiziksel koşullar ve süreçte izlenecek temel kuralları oluşturma arabulucunun yükümlülüğündedir. Arabulucu söz konusu ortamı seçerken eşitlik ilkesine uygun olarak tarafların eşit mesafede olacakları ve güvende hissedecekleri bir yer olmasına dikkat etmelidir. Söz konusu yer tarafların mümkün mertebe dışarıdan rahatsız edilmeyecekleri bir yer olmalıdır. Başka bir ifadeyle arabulucu sadakat yükümlülüğüne uygun olarak tarafları güvende hissedecekleri ve sürecin gizliliğine zarar vermeyecek bir yer seçmelidir<sup>656</sup>. Ayrıca arabulucu taraflarla veya tarafların avukatlarıyla ayrı oturum yapabilecekleri ve buradaki görüşmelerin karşı tarafa karşı mahremiyet içerisinde kalabileceği bir yer sağlamakla yükümlüdür.

#### 3.1.4.4.4.10. Sürecin Tutanak Altına Alınması

Arabuluculuk Kanunu'nda arabulucunun tutanak tutma yükümlülüğü temel olarak sürecin başlamasına ilişkin ve son tutanağın tutulması bakımından düzenlenmiştir. HUAK m. 16/1 bunun dışında arabuluculara her bir oturum için genel bir tutanak tutma yükümlülüğü getirmemiştir. Buradan hareketle tamamlayıcı hüküm olan TBK m. 508'de düzenlenen arabulucunun hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sözlü olarak da ifa edilebileceği sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca oturumlara katılan tarafların kendilerinin de özellikle avukatla temsil edilmeleri halinde Avukatlık Kanunu m. 53 uyarınca iş için yaptığı görüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanak ile tespit eder hükmü çerçevesinde her bir oturum için gerekli görülen hususları içeren bir tutanağı hazırlayıp taraflara imzalatılması önem arz edebilir. Bu çerçevede söz konusu tutanakların hazırlanması ve içeriği ile ilgili hususların doğruluğu öncelikle arabulucunun sorumluluğundadır. Taraflar ayrıca arabulucu sözleşmesiyle söz konusu tutanakların hangi safhalarda ve nasıl düzenleneceğini de kararlaştırabilirler. Böyle bir kararlaştırmanın yapıldığı durumlarda özel oturumlara ilişkin tutanakların karşı tarafça incelenip incelenemeyeceği hususu sonradan arabulucunun sorumluluğunun doğmaması

---

<sup>656</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 162.



için açıkça düzenlenmelidir. Arabulucunun söz konusu tutanakları hiç tutmaması, eksik tutması veya fiili durumu yansıtmayacak şekilde özensiz tutması halinde doğacak zararlardan sorumludur. Bunlar dışında vekilin sadakat borcu çerçevesinde söz konusu bilgi ve belgeleri içeren tutanakların da TBK m. 508/1 çerçevesinde iade edilmesi borcu doğabilir.

#### 3.1.4.4.11. Arabulucunun Öngörülen Sözleşme İhlali (*Antizipierter Vertragsbruch*)

Arabulucunun borcu ifa tarihinden önce arabulucu sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ifa etme niyetinde olmadığını taraflara bildirmesi ya da hal ve davranışlarından bu durumun şüphe edilmeyecek kesinlikle anlaşılması halinde söz konusu ihlal durumu ortaya çıkar<sup>657</sup>. Bu husus çoğunlukla geçerli olarak kurulduğu halde sözleşmenin arabulucu tarafından geçersizliğinin ileri sürüldüğü ya da herhangi bir irade sakatlığı bulunmadığı halde bir irade sakatlığı varmış gibi iptal beyanının ileri sürüldüğü hallerde ortaya çıkar. Bu durumda tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması dolayısıyla TBK m. 124 uyarınca ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 125'te düzenlenen taleplerini de ileri sürebilir<sup>658</sup>.

#### 3.1.4.4.12. Anlaşma Belgesinin Usulüne Uygun Düzenlenmemesi

Çözüm ortaklığı taraflarının aralarında bir anlaşma sağlaması halinde tarafların üzerinde anlaştıkları hususlara ilişkin olarak son tutanağın düzenlenmesinden sonra eğer isterlerse anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Daha önce ifade edildiği gibi söz konusu belgenin somut uyumsuzluk çerçevesinde hukuka uygun, eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri gözetilerek icra edilebilir bir belge niteliği taşıması arabulucudan çok varsa taraf vekilleri ve tarafların sorumluluğundadır. Taraflar aralarında anlaştıkları hususların tam ve net olarak düzenlendiğine emin olduktan sonra hazırladıkları anlaşma belgesini imzalamalı, arabulucu bu belgenin içeriğinin müzakere edilen ve üzerinde anlaşılan konularla uygunluğunu denetleyerek imzalamalıdır. Başka bir ifadeyle, kural olarak arabulucunun

<sup>657</sup> Öngörülen sözleşme ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Müller, Sebastian, *Antizipierter Vertragsbruch*, Zürich: Schulthess, 2021, s. 2.

<sup>658</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 164; Karş. Müller, s. 2-3; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 363.

anlaşma belgesi hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>659</sup>. Buna karşın taraflar arabulucu sözleşmesinde anlaşma belgesinin de arabulucu tarafından hazırlanacağını kararlaştırabilirler. HUAK m. 18/1 ve HUAKY m. 21/1 lafzında doğrudan düzenlenmemekle birlikte öğretilerde söz konusu yükümlülüğün TBK m. 508'de düzenlenen hesap verme yükümlülüğünden ya da arabulucunun sadakat borcundan böyle bir sonucun çıkarılmayacağını savunmaktadır<sup>660</sup>. Bu çerçevede arabulucunun yükümlülüğü HUAK m. 17/2 uyarınca tarafların anlaşmışları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk süreci başka bir nedenle sona erdiyse söz konusu neden tespit edilmek suretiyle taraf sayısından iki fazla olmak üzere son tutanağın düzenlenip taraflara verilmesinden ibarettir. Burada hatırlatılmalıdır ki; arabulucunun tarafların anlaşmasının muhtemel sonuçları hakkında da tarafları bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanacağını kararlaştırıldığı hallerde söz konusu belgenin içeriğinden kaynaklanan çeşitli sözleşme ihlali halleri karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki arabulucunun tarafların anlaşmışları ya da anlaşmadıkları hususları yazmayı unutmaması, eksik yazması veya yanlış yazması halidir. Arabulucunun ayrıca tarafların üzerinde anlaşmadıkları bir hususu sanki anlaşmış gibi tutanak altına alması mümkündür. Bunlar dışında arabulucunun eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine aykırı davranarak taraflardan birine anlaşmaya varması için baskı uygulayarak veya içeriğinde farklı anlama gelecek sözcükler kullanmak suretiyle anlaşma belgesinin içeriğini değiştirmesi söz konusu olabilir. Sürecin gizlilik ilkesini delmek amacıyla tarafların genel veya özel oturumlarda ifade ettiklerini gizliliğin korunması ilkesine aykırı olarak anlaşma belgesine yazabilir ve bunu üçüncü kişilerin öğrenmesini sağlayarak özellikle mahkeme önünde bu bilgilerin ileri sürülmesini mümkün kılmaya çalışabilir<sup>661</sup>. Söz konusu husus her arabuluculuk süreci bakımından kendi içinde değerlendirilmelidir.

<sup>659</sup> Akipek Öcal/Yıldırım/Kurt Konca/Demir, Arabuluculukta Hukuki Esaslar, s. 283; Yeşilirmak, Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması, s. 178; Karşı görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 183; Dür, s. 373.

<sup>660</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 165.

<sup>661</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 165.

Arabulucunun sorumluluğu değerlendirilirken tarafların söz konusu anlaşma belgesini okuyup imzalamaları nedeniyle varsa avukatlarının ve kendi kusurlarının dikkate alınması gerekir<sup>662</sup>.

#### 3.1.4.4.5. İspat

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun sözleşme kapsamında özen borcuna aykırı davranarak ihlal ettiğini ispat külfeti çözüm ortaklığı taraflarına aittir<sup>663</sup>. Çözüm ortaklığı tarafları özen ve sadakat borcunun arabulucu tarafından ifa edilmemesinden dolayı sürecin kanunda öngörülen şekilde yürümediği ispat ederek; arabulucu da borcun yerine getirilmemesinde bir kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur<sup>664</sup>.

Arabulucu sözleşmesinde diğer işgörme sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin ihlali bir sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle değil, özen borcunun ihlali nedeniyle ortaya çıktığından söz konusu ihlalin taraflarca ispatı ile arabulucunun kusursuzluğunu ispat külfeti birbiriyle örtüşür. Öğretide özellikle arabulucunun kötü ifasının ispatına yarayacak aydınlatma yükümlülüğünü hiç veya tam yerine getirmemesi veya bu hususa ilişkin bilgi ve belgelere ulaşmayı olanaksız kılması nedeniyle sözleşme ihlalinin çözüm ortaklarınca ispatının çok zor ya da mümkün olmadığı durumlarda TBK m. 508'de düzenlenen hesap verme yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle arabulucu söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemiş ve kendi sorumluluğunu doğuracak sebeplerle ilgili açıklamalarda bulunmamış ve bu nedenle çözüm ortaklığı taraflarının söz konusu hususu ispatlaması mümkün olamıyorsa arabulucu hesap verme yükümlülüğüne aykırılığı nedeniyle doğan zararlardan sorumludur. Bunun sonucunda ispat yükünün ters çevrilmesi mümkün olur<sup>665</sup>. Başka bir ifadeyle arabuluculuk sürecinde gereği gibi ifa edilmediğini ispatla yükümlü çözüm ortaklığı tarafı ispat yükünün kendine düşen tarafı olarak söz konusu delillerin arabulucunun elinde olduğunu ya da bu delillere nasıl ulaşılması gerektiğini ancak arabulucu tarafın bildiği hallerde ispat yükü kendisine düşen çözüm

<sup>662</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 165.

<sup>663</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 166; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 444; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 N 26.

<sup>664</sup> Başpınar, s. 276; Gümüş, *Özen*, s. 381; Vekalet sözleşmesinin ihlali ve kusurun ispatı konusunda bkz. Gümüş, *Özen*, s. 374 vd.

<sup>665</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 167; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 446; Gümüş, *Özen*, s. 399.

ortaklığı tarafının göstermek istediği delilleri kasıtlı ya da ihmali olarak sunulmasını engelleyecek hale getirmesi halinde ispat yükü değişerek söz konusu hususta gereği gibi ifa etmemenin bulunmadığını arabulucu ispatlamalıdır<sup>666</sup>.

#### 3.1.4.5. İlliyet Bağı

Arabulucu sözleşmesinin ihlali ile çözüm ortaklığı tarafı ya da taraflarının varlığını ileri sürdüğü zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı; dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin ihlali ile olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre husumet konusu arabuluculuk sürecinde ortaya çıktığı savunulan türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle uygun olmalıdır<sup>667</sup>.

İlliyet bağının ispatı hususu arabulucu sözleşmesinin kötü ifası bakımından güçtür. Öğretide baskın görüşe göre arabulucunun ancak özen borcuna aykırı davranışının genel hayat tecrübesine ve olayların akışına göre zarara sebep olduğu ispatlanabilirse sorumluluğu doğar<sup>668</sup>. Uygulamada özellikle arabulucunun iletişim hataları bakımından söz konusu hususta illiyet bağının ispatı zordur. Böyle bir durumda çözüm ortaklığı tarafları ancak gerçek bir anlaşmaya varılmamasına ve bu nedenle ekonomik menfaatlerde kayıp olması veya beklenen artışların olmamasına neden olduğunu kanıtlayabilirlerse söz konusu zararların giderilmesini talep edebilirler<sup>669</sup>. Yine de belirtmek gerekir ki arabulucu iletişim tekniklerini kendisinden beklenen özenle kullanmış olsaydı bile çözüm ortaklığı taraflarının yine de bir anlaşmaya varamamaları söz konusu olabileceği dikkate alınarak kötü ifanın böyle bir zarara neden olduğunun ispatı zordur.

<sup>666</sup> Aynı yönde bkz. Fankhauser-Lobsinger, s. 167-168; Derendinger, Rz.. 229.

<sup>667</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 167; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 457; Eren, *Genel Hükümler*, N. 3313; Başpınar, s. 209

<sup>668</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 168; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 461; Başpınar, s. 210.

<sup>669</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 168-169.

### 3.1.4.6. Kusur

#### 3.1.4.6.1. Genel Açıklamalar

Arabulucu, arabulucu sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan zararlardan söz konusu zararların kendisine yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Söz konusu durum kişisel kusurun varlığı ya da kanunen kusurlu sayıldığı hallerde ortaya çıkar. Arabuluculuk süreci bakımından arabulucunun sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için özen borcunun ihlalde kusurlu olması gerekir. Buradan hareketle arabulucunun somut süreci yönetip planlarken takındığı tutum ve davranışların hukuk düzeni tarafından o ya da bu şekilde kınanması gerekir<sup>670</sup>. Haksız fiilden doğan sorumluluğa göre sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi nedeniyle sözleşmeye dayanan sorumluluğun hüküm ve sonuçları haksız fiile dayanan sorumluluktan ayrışır. Söz konusu ayrışma özellikle zamanaşımı ile yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk hükümleri bakımından öne çıkar<sup>671</sup>.

Sorumluluk hukuku bakımından kural kişinin kusurlu olmasıdır<sup>672</sup>. Sorumluluk için kusuru arayan sözleşmeye dayanan sorumluluk TBK m. 112 vd.'da düzenlenmiştir. Buna karşın, TBK m. 116 ise yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu düzenleyerek sözleşme hukukunda temel kuralı değiştiren ve kusursuz sorumluluğu öngören bir istisna hükmüdür<sup>673</sup>. Öğretide TBK m. 116'da düzenlenen sorumluluğun kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamış olması nedeniyle TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğuna nazaran daha ağır olduğu savunulmaktadır<sup>674</sup>.

Arabulucu sözleşmesi bakımından kusur, arabulucunun örnek bir arabulucu tipine oranla göstermesi gereken özen ve sarf etmesi gereken dikkatin eksikliği veya "davranış yanlışlığı"dır<sup>675</sup>. Arabulucunun söz konusu kusuru mensup olduğu arabuluculuk

<sup>670</sup> Başpınar, s. 212.

<sup>671</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 169; Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s. 350 vd.; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, Rz. 2817; Derendinger, Rz. 105 vd., 203 vd.; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 462.

<sup>672</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 169; Gauch / Schlupe / Schmid / Emmenegger, Rz. 2726; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 462.

<sup>673</sup> Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 462; Derendinger, Rz. 243 vd.; Başpınar, s. 212.

<sup>674</sup> Eren, *Borçlar Genel*, N. 1917.

<sup>675</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 169; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 463-464; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3316.

mesleğinde kabul edilen standart ve ortalama bir arabulucunun davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı ve onaylamadığı bir davranış biçimi; başka bir ifadeyle davranış biçiminin niteliğidir<sup>676</sup>.

Arabulucu sözleşmesinden doğan sorumlulukta da kusur kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Dolayısıyla arabulucu, arabulucu sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kasten ya da ihmal yoluyla ihlal edebilir<sup>677</sup>.

Arabulucunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek ihlal etmesi halinde kastının varlığı kabul edilir<sup>678</sup>. Arabulucunun sözleşmeye aykırı sonucu, söz konusu ihlali tasarlayıp bunu istemesi durumunda doğrudan kastının varlığı; söz konusu sonucu açık ve kesin bir şekilde istememekle birlikte bu sonucu göze alması halinde dolaylı kastının varlığı kabul edilir. Örneğin arabulucunun arabuluculuk görüşmeleri sırasında taraflardan biriyle yapmış olduğu özel oturumlardan birinde elde ettiği bilgileri diğer tarafın daha sonra açacağı davada kullanması için kendisine söylemesi halinde arabulucunun doğrudan kastının varlığının kabul edilmesi gerekirken; taraflardan birinin arabuluculuk sürecini veya hukuki sonuçlarını tam kavramadığını fark etmesine rağmen kendisini uyardırmayarak hukuki yardım almasını teşvik etmemesi halinde dolaylı kastın varlığı kabul edilmelidir. Arabulucunun böyle bir durumda kusurunun olması için kastının sözleşmeyi ihlal etmek olması yeterlidir. Arabulucunun bu konuda bir zarar meydana getirmeyi de amaçlaması aranmaz<sup>679</sup>.

Arabulucunun arabulucu sözleşmesinin ihlalini istememekle beraber ihlalden kaçınmak için kendisiyle aynı mesleği icra eden arabulucularla aynı koşullar altında göstermesi talep edilen dikkat ve özeni sarf etmemesi halinde arabulucunun ihmali olduğu kabul edilir<sup>680</sup>. Öğretide arabulucunun davranışının taraflardan birine zarar vereceğini ve bu nedenle arabulucu anlaşmasını ihlal edeceğinin farkındaysa; ancak bu ihlalin gerçekleşmeyeceğini umuyorsa arabulucunun söz konusu ihmali bilinçli olarak

<sup>676</sup> Eren, *Borçlar Genel*, N. 3316; Aral, s. 180.

<sup>677</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 169; Eren, *Genel Hükümler*, N. 3317.

<sup>678</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Eren, *Genel Hükümler*, N. 3318; Tekinay / Akman/ Burcuoğlu / Altop, s. 876; Aral, s. 181.

<sup>679</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Karş. Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 N 467.

<sup>680</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Karş. Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 398 N 468.

gerçekleştirdiği, arabulucunun bilgisizliği, deneyimsizliği veya dikkatsizliği nedeniyle söz konusu davranışın bir zarara veya sözleşmenin ihlaline yol açabileceğinin farkında değilse ancak gerekli özeni göstermiş olsaydı bunu fark etmesi mümkünse ihmalinin bilinçsiz olarak ortaya çıktığı savunulmaktadır<sup>681</sup>.

### 3.1.4.6.2. Arabuluculuk Ediminin İfasında Gerekli Özenin Ölçütü

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun kusurunun tespitinde aranacak olan özenin ölçüsü TBK m. 506/3'te "basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışı" olarak gösterilmiştir. Söz konusu özensizliğin bir başka ifadeyle arabulucunun soyut ihmalinin belirlenmesinde "ortalama vekilin mesleğe özgü ortalama davranışına" dayalı "objektifleştirilmiş özen ölçüsü" terk edilerek "vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." düzenlemesiyle vekilin dolayısıyla arabulucunun ihmali (kusuru) belirlemede "basiretli bir vekilin davranışı"nın ölçü olarak tespit etmiştir<sup>682</sup>. Buradan hareketle arabulucunun özenli davranmış sayılması için basiretli bir arabulucunun göstermesi gereken tüm özeni göstermesi gerekir. Arabulucunun mesleki faaliyeti çerçevesinde arabulucu sözleşmesi sonucunda iş ve hizmet görmesi nedeniyle ihmali tespitinde kullanılan özen ölçüsü basiretli arabulucunun (vekilin) davranışdır. Söz konusu ölçünün benimsenmesi sonucunda daha önce ifade edildiği gibi arabuluculuk sürecinin yürütülmesi ve arabuluculuk hizmetinin görülmesi açısından ayrıntılı bir hazırlık ve plan yapmayı dolayısıyla "çok dikkatli görülecek işlem ve eylemleri" gerektirir<sup>683</sup>. Arabulucu arabuluculuk sürecini yürütürken eğitimi ve tecrübesi ile öngörülebilir tüm sonuçları dikkate almakla yükümlüdür. Bu çerçevede arabulucudan basiretli arabulucunun (vekilin) davranışına dayanan özen "ilk planda talep edilir."<sup>684</sup> Bunun dışında söz konusu arabulucunun uzman olmayan bir

<sup>681</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Karş. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger, Rz. 2974; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 468; Ayrıca sözleşmenin ihlalinde öğretide ihmali kendi içerisinde ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal olarak üçe ayrılması söz konusudur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 230 vd.; Ayrıca bkz. aşağıda "Kusurun Derecesi" başlığı.

<sup>682</sup> Gümüş, 2014, s. 162-163, yazara göre yeni hüküm ile Türk kanunkoyucusu vekilin sarf etmesi gereken özenin ölçüsünü yükseltmiş ve "çok daha fazla objektifleştirmiştir".

<sup>683</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 172; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 479; Gümüş, 2014, s. 164.

<sup>684</sup> Gümüş, 2014, s. 164.

arabulucunun mesleki bilgisinin, yetenek ve niteliklerinin ötesinde bir uzmanlık eğitiminden geçmesi veya yetenek ile niteliklere sahip olması halinde ilgili arabulucudan normal bir basiretli arabulucuya nazaran daha fazla özen talep edilir. Başka bir ifadeyle normal, basiretli bir arabulucu üzerinde nitelik, yetenek, tecrübe ve bilgiye sahip arabulucu; bulundurduğu nitelik, yetenek ve sahip olduğu uzmanlığın vermesi gereken özen ölçüsüne uygun bir özenle süreci yönetmek zorundadır<sup>685</sup>. Örneğin, aile hukuku uyuşmazlıklarında uzman bir arabulucudan cinsiyet eşitsizliği ve dezavantajlılık hususunda bu konuda uzman olmayan normal bir arabulucudan daha özenli olması beklenir. Bu çerçevede fikri ve sınai haklar hukuku alanında uzmanlaşan bir arabulucunun marka hakkının kötüye kullanılması ile ilgili bir uyuşmazlık bakımından normal bir arabulucuya göre daha özenli olması beklenir. Buna karşın uzman olmayan bir arabulucunun özenli davranıp davranmadığı tespit edilirken somut bir arabulucunun davranışı ideal ve soyut bir varlık, hukuki bir figür, ortalama zihni ve fikri, manevi ve fiziki yeteneklere sahip olan ortalama arabulucunun yine ortalama davranışı ile kıyaslanır<sup>686</sup>. Arabulucu, tarafların bir anlaşmaya varması için gereken her şeyi yapmakla ve anlaşmaya varılmasını tehlikeye atabilecek herhangi bir şey yapmaktan kaçınmakla yükümlüdür<sup>687</sup>. Bir arabuluculuk sürecinde süreci arabulucu olarak yürütmeyi üstlenen kişi bu uyuşmazlık bakımından gerekli becerilere sahip olduğundan emin olmalı ve çözüm ortaklığı taraflarının kendisine duyduğu güven çerçevesinde en azından ortalama bir arabuluculuk performansının kendisinden bekleneceğinin farkında olmalıdır<sup>688</sup>. Bu nedenle arabulucu, arabulucu sözleşmesini yaparken muhtemel gereklilikleri karşılayıp karşılayamayacağını dikkatlice kontrol etmekle yükümlüdür. Tarafların bu uyarıya rağmen arabuluculuk sürecinin kendisi tarafından yürütülmesinde ısrar etmesi ve bunun kabulü halinde daha sonra söz konusu eksikliklere ilişkin iddiaların arabulucunun kusurunun tespitinde dikkate alınması mümkün olmaz<sup>689</sup>.

Öğretide arabuluculuğun (Türk hukuku bakımından ihtiyari arabuluculuk) ivazlı veya ivazsız olarak yüklenilmesine göre sorumluluğunun tespitinde farklı bir özen ölçüsünün

<sup>685</sup> Karş. Derendinger, Rz. 278; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 492; Gümüş, *Özen*, s. 344-345.

<sup>686</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Karş. Derendinger, Rz. 269; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 470, 485; Gümüş, 2014, s. 164.

<sup>687</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 170; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 471.

<sup>688</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 171.

<sup>689</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 171.



aranıp aranmayacağı tartışılmış, baskın görüşe göre arabuluculuğun diğer vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi ivazsız olarak görülmesi arabulucu (vekil) için hiçbir menfaat sağlamadığı haller bakımından yalnızca tazminatın tespit edilmesi sırasında bir indirim sebebi olarak değerlendirilmesi savunulmuştur<sup>690</sup>.

#### 3.1.4.6.3. Kusurun Derecesi

Öğreti ve uygulamada kastın dolaylı ve dolaysız olarak ayrıldığı gibi ihmal de hafif, orta ve ağır ihmal olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Arabulucu en temel gereklilikleri göz ardı ederek hareket ederse ve bu durumdaki makul herhangi bir arabulucu için aşikâr olması gereken bir hususu gözden kaçırırsa arabulucunun ağır ihmalle hareket ettiği kabul edilir<sup>691</sup>. Arabulucu özen yükümlülüğünü yalnızca küçük bir ölçüde ihmal ederse gerçekleşmemesi beklenen ancak yine de gerçekleşebilecek ihmal söz konusu olduğunda hafif ihmalle hareket etmiş sayılır. Örneğin normal bir arabulucunun uzman ve çok dikkatli bir arabulucudan beklenmesi gereken özeni göstermemesi halinde hafif ihmali söz konusu olur<sup>692</sup>. Söz konusu ihmaller arasında kalan ve ağır ya da hafif ihmal olarak değerlendirilemeyecek ihmal ise orta derecede ihmal olarak adlandırılır<sup>693</sup>.

Arabulucu TBK m. 114/1 çerçevesinde her türlü kusurundan dolayı sorumludur. Buradan hareketle arabulucunun hafif ihmali de kusur teşkil eder. Arabulucunun ihmali sonucu kusuru yalnızca zararın tazmininin kapsamı bakımından dikkate alınan bir husustur<sup>694</sup>.

#### 3.1.4.6.4. Çözüm Ortaklığı Taraflarının Ortak Kusuru

Arabulucunun tazminat ödeme yükümlülüğü zarar gören çözüm ortaklığının taraflarının ortak kusurunun bulunduğu ölçüde azalır<sup>695</sup>. Bu nedenle makul bir kimsenin kendi

<sup>690</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 172; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 479; Derendinger, Rz. 273; Gümüş, 2014, s. 165.

<sup>691</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 173; Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495; Başpınar, s. 213; Gündoğdu, s. 230

<sup>692</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 173; Başpınar, s. 213-214; Gündoğdu, s. 231.

<sup>693</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 173; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 503; Gündoğdu söz konusu orta derecede ihmal ayrımının yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Gündoğdu, s. 230, dn. 651.

<sup>694</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 174; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 504; Başpınar, s. 211.

<sup>695</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175; Eren, *Genel Hükümler*, N. 2397.

zararına sakınması gereken davranış tarzının aksine özensiz davranan ya da zararın artmasını önleyecek ya da sınırlayacak önlemleri almayarak zararın kendi uhdesinde doğmasına ya da artmasına sebep olan çözüm ortaklığı tarafları söz konusu zararın en azından bir kısmına katlanmak zorundadırlar<sup>696</sup>. Çözüm ortaklığı taraflarının kendi kusuru ile zarara sebep olmaları halinde zararın doğumuna yardım eden ortak kusurun varlığı, buna karşın zarar gören tarafın uğramış olduğu zararın artmasını önleyecek veya genişlemesini engelleyecek önlemler almaması nedeniyle zararın artmasına yardım eden ortak kusurun varlığı kabul edilir<sup>697</sup>. Çözüm ortaklığı taraflarının kusurunun tazminatta indirip sebebi olarak dikkate alınıp alınmayacağı sorusunun cevabına ortak kusurun tanımından ulaşılır. Bu çerçevede söz konusu durumda ortak kusurun varlığı uyuşmazlığın taraflarından birinin zararını öngörebilmesi ya da öngörmesinin gerekmesi ve davranışını bu öngörüye göre değiştirmesinin beklenmesi halinde kabul edilir<sup>698</sup>. Zarar görenlerden beklenen davranışa aykırılık aynı zamanda hukuken korunan menfaatlerinin varlığını bildiği veya bilmesi gereken bir tehlikeye maruz bırakması veya alması gereken önlemleri almaması durumlarını içerir. Burada alması gerektiği halde almadığı önlemlerin derecesi hem söz konusu tehlikenin büyüklüğü hem de ihlal edilecek menfaatlerin değeri dikkate alınarak belirlenir<sup>699</sup>.

Çözüm ortaklığı taraflarının ortak kusuru zarardan indirim sebebi olarak arabulucu sözleşmesinin ihlalinden önce, ihlal sırasında veya ihlalinden sonra da ortaya çıkabilir<sup>700</sup>. Bununla birlikte sözleşmenin ihlalinden sonra ortaya çıkan ortak kusur kaçınılabılır zararın hesaplanması bakımından dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle zarar gören taraf, uğramış olduğu zararın arabulucu sözleşmesinin ihlali sonrasında gerekli iş ve işlemleri yaparak önleyebileceği miktardan kural olarak kendisi sorumlu olur. Bu nedenle zarar gören çözüm ortaklığı tarafının önleyebileceği sonradan ortaya çıkan zarar bakımından kusurun derecesini değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır<sup>701</sup>.

<sup>696</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175; Karş. Lange, s. 549.

<sup>697</sup> Bu konuda bkz. Eren, *Genel Hükümler*, N. 2395 vd.

<sup>698</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175.

<sup>699</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175.

<sup>700</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175.

<sup>701</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175.

Uygulamada özellikle arabulucunun yanlış iletişim dili seçmesi nedeniyle arabulucu sözleşmesinin ihlali halinde taraflardan arabulucuyu iletişim dilini değiştirmesi için uyarılmaması nedeniyle süreci ilerletememeleri ve ortak bir çözüme varamamaları sebebiyle doğan zarar bakımından ortak kusurlarının varlığı kabul edilebilir. Söz konusu durumun ortaya çıkması halinde arabulucunun tam tazminat ödeme yükümlülüğü ancak söz konusu ihlalin toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin var olduğu bir ortam gibi önemli bir hassasiyetin mevcut olduğu arabuluculuk süreçleri bakımından makul görülebilir.

Çözüm ortaklığı taraflarının ortak kusuru illiyet bağıni kesecek nitelikteyse arabulucu söz konusu zarara ilişkin sorumluluktan kurtulur<sup>702</sup>. Buna karşın söz konusu yoğunlukta olmayan ortak kusur yalnızca tazminattan indirim sebebi teşkil eder<sup>703</sup>. Zarar gören çözüm ortaklığı taraf veya tarafları ile arabulucunun ortak kusurunun ağırlığı karşılıklı değerlendirilmelidir<sup>704</sup>. Söz konusu değerlendirme sonucunda zarar görenin kusuru oranında tazminattan indirim yapılmalıdır. TBK m. 52 hâkime söz konusu indirimin yanında tazminattan sorumluluğu tamamen kaldırma yetkisi de tanımıştır. Zarar görenin kusuru çok ağırsa hâkim tazminatı tamamen kaldırmaya da karar verebilir<sup>705</sup>. Arabuluculuk süreci bakımından arabulucunun kusurunun yanında çözüm ortaklığı tarafının ortak kusurunun derecesi ve ağırlığı her somut olay bakımından ayrıca ele alınmalıdır<sup>706</sup>.

#### 3.1.4.6.5. Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti

Zarar gören çözüm ortaklığı taraflarının arabuluculuk sürecinde uğramış oldukları zararları ellerinden geldiği ölçüde artmasını engellemek için halihazırdaki sürecin gerektirdiği tüm uygun tedbirleri alma külfeti de bulunmaktadır. Söz konusu külfet dürüstlük kuralından kaynaklanır<sup>707</sup>. Öğretide bir görüş, zarar görenin zararı azaltma

<sup>702</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 175; Eren, Borçlar Genel, N. 2396.

<sup>703</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 176; Karş. Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N 248; Eren, *Genel Hükümler*, N. 2396.

<sup>704</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 176; Weber, Berner Kommentar, Art. 97 N 256; Eren, *Genel Hükümler*, N. 2398.

<sup>705</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 2397.

<sup>706</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 176.

<sup>707</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 99 N 197; Oftinger/Stark, s. 263; Gauch/Schluop/Schmid / Emmenegger, Rz. 2916; Kurt, Leyla Müjde, "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti", *AÜHFD*, 2015, C. 64 S. 3, 776-777.

külfetine aykırı davranışının TBK m. 52/1 uyarınca dikkate alınması gereken bir indirim sebebi olduğunu savunurken<sup>708</sup>, öğretideki diğer bir görüşe göre zararı azaltma külfeti çerçevesinde gerekli tedbirleri almaktan imtina etmenin illiyet bağıını keseceğini<sup>709</sup> savunmaktadır. İkinci görüşü eleştiren bir başka görüş ise söz konusu ihmalin çoğunlukla illiyet bağıını kesecek derecede olmadığını ve bu şekliyle tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracı bir etkiye sahip olacağını savunmaktadır<sup>710</sup>. Buna göre önlenbilir zararların tazmini kusurdan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Nihayetinde, alınan tedbirlerin zararı engellemeye uygunluğu<sup>711</sup> ve ölçülülüğüne ilişkin hâkimin değerlendirmesi tazminat kapsamında belirleyici olmalıdır. Bu görüşü savunanlar Amerikan öğretisine atıfta bulunarak somut vakalar bakımından üçlü bir ayırım yapmaktadır. Buna göre zarar gören tarafın makul ve anlaşılabilir bir eylemle önleyebileceği zararlar bakımından tazminat yükümlülüğü doğmaz, ihlalden sorumlu olanlar bu çerçevede makul zararı azaltmak için gerekli masrafları karşılamakla yükümlüdür ve dolayısıyla zarar görenler önleyebilecekleri fakat önlemekten imtina ettikleri zararlar bakımından tazminat talebinde bulunamazlar<sup>712</sup>.

Konu arabuluculuk süreci bakımından ele alındığında, zarar veren ile birlikte zarar görenlerin ortak kusurunun olduğu arabuluculuk süreçlerinde, arabulucunun yanlış dil veya tutum seçerek iletişim hatası yapması durumunda arabulucuyu söz konusu tutum ve davranışlardan veya kullandığı dil ile ilgili olarak uyarıp sağlıklı bir iletişimin kurulmasını sağlayarak kendi aralarında bir uzlaşmaya varma ve bu şekilde ortaya çıkacak zararı azaltma ya da tamamen önleme fırsatını kaçırdıkları gerçeğini kabul etmek durumunda kalırlar. Başka bir ifadeyle uygulamada hassasiyet gösterilmesi gerekmeyen özel durumlardan yoksun arabuluculuk süreçleri bakımından salt arabulucunun iletişim hatası sonucu karşılaşılabileceği tazminatın sınırları daralır<sup>713</sup>.

<sup>708</sup> Weber, Berner Kommentar, Art. 99 N 197.

<sup>709</sup> Oftinger/Stark, Rz. 45.

<sup>710</sup> Roberto, s. 288.

<sup>711</sup> Makul tedbir kavramı için bkz. Kurt, s. 780 vd.

<sup>712</sup> Roberto, s. 288, 297.

<sup>713</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 178.

### 3.1.4.7. Zararın Hesaplanması

Zararın hesaplanması bakımından zarardan sorumlu olan arabulucunun üstlenmesi gereken miktarın üst sınırı tespit edilirken somut zarar miktarının hesaplanması ve bu miktardan bir indirim yapıp yapılmayacağına karar verilmesi gerekir<sup>714</sup>. Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı tespit edilirken TBK m. 114/1'e göre "İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir." Uğranılan zarar için ödenmesi gereken tazminatın türü ve miktarı TBK m. 114/2'nin yollamasıyla TBK m. 50 vd.'ye göre belirlenir. Çözüm ortaklığı taraflarının arabuluculuk sürecinde oluşturduğu koşullar zararın ortaya çıkması ya da ağırlaşmasına sebep oluyor ya da arabulucunun sürecin planlayıcısı ve yöneticisi pozisyonunu, dolayısıyla arabuluculuk ediminin ifasını güçleştiriyorsa hâkim TBK m. 114'te düzenlenen "borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir" ifadesi uyarınca tazminat miktarını takdir eder. Şayet arabulucu doğan zarara kasten veya ağır ihmali sebebiyle neden olmamışsa hâkim, TBK m. 52/2 uyarınca tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek arabulucunun ödeyeceği tazminatı hakkaniyet çerçevesinde indirilebilir<sup>715</sup>.

Arabulucu çözüm ortaklığı taraflarına karşı vermiş olduğu zararlardan ötürü kusurlu olması, hukuka aykırı davranışı ile zarar arasında illiyet bağı olması şartlarının da gerçekleşmesi durumunda sorumludur ve ortaya çıkan zararların tazmin etmekle yükümlüdür<sup>716</sup>. Arabulucu sözleşmesinin de içinde bulunduğu vekalet türü sözleşmeler bakımından söz konusu zararlar kural olarak sadakat ve özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanır. Bu nedenle arabulucu ancak sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak nedenlerin varlığı halinde söz konusu zararın tazmininden kurtulur. Arabulucunun hafif ihmalinin bulunduğu durumlar bakımından tazminattan doğrudan bir indirim yapılmasından ziyade arabulucunun kusurunun ödeyeceği tazminat miktarı bakımından orantısız ve ağır olduğu hallerde söz konusu indirim yapılmalıdır<sup>717</sup>.

<sup>714</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 178; Oftinger / Stark, Rz. 1; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 505.

<sup>715</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 178.

<sup>716</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 178; Başpınar, s. 194.

<sup>717</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 179; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N. 511; Derendinger, Rz. 362.

Arabuluculuk süreci bakımından arabulucunun sorumlu tutulduğu tazminattan olası indirim sebepleri objektif derecede nadir karşılaşılan davranışlar bakımından hafif kusur ya da taraflar tarafından önceden bilinen olağanüstü yüksek bir riskin varlığının süreci etkilemesi ya da çözüm ortaklığı taraflarının doğan zarardan etkilenmeyecek biçimde fazla malvarlıklarının bulunması gösterilebilir<sup>718</sup>.

#### 3.1.4.8. Sorumsuzluk Anlaşması

Öğretide vekalet sözleşmeleri açısından TBK m. 115'te düzenlenen hükmün vekilin sorumluluğu bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre vekalet sözleşmesinde vekilin gördüğü iş ve hizmetin temelini TBK m. 506'da tartışmasız olarak "kanuni özen ölçüsü" oluşturduğu için vekilin sorumluluğunun bu nedenle sınırlandırılması mümkün değildir<sup>719</sup>. Öğretide bir kısım yazarlara göre ise orta veya hafif ihmal bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının görülen iş veya hizmetin niteliğiyle uyduğu durumlarda geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>720</sup>. Bunlar dışında kalan üçüncü bir görüşe göre ise vekalet sözleşmesi bakımından TBK m. 115'teki sınırlamalar dikkate alınarak vekil lehine sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi mümkündür<sup>721</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre daha sonra herhangi bir uyumsuzluk çıkmaması için tarafların sorumluluğun sınırlanmasının açık ve net olarak yazılması gereklidir<sup>722</sup>.

Konu arabulucu sözleşmesi bakımından ele alındığında TBK m. 115/3'ün uygulanması söz konusu olur. Arabuluculuk mesleğinin uzmanlığı gerektiren bir meslek olması ve Arabuluculuk Daire Başkanlığınca tutulan Arabuluculuk Siciline kaydolmak için birtakım yeterliliklere sahip olması, prosedürleri tamamlayarak gereklilikleri karşılaması ve kayıttan sonra mesleği icra edebilmesi nedeniyle arabulucu sözleşmesinde hafif ihmalinden (kusur) sorumlu olmayacağına ilişkin maddeler kesin olarak hükümsüzdür. Dolayısıyla arabulucunun her türlü kast ve ihmalinden doğan sorumluluğu ayrı bir

<sup>718</sup> Fankhauser-Lobsinger, s. 179; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N 31; Fellmann, Art. 398 N. 511.

<sup>719</sup> Gautschi, Berner Kommentar, Art. 398 N 25; Tandoğan, s. 433; Yavuz, s. 1308; Zevkliler / Gökyayla, s. 654.

<sup>720</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 732; Başpınar, s. 267.

<sup>721</sup> Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Art. 398 N 1; Derendinger, s. 159; Fellmann, Art. 398 N 515; Weber, Basler Kommentar, Art. 398 N 34.

<sup>722</sup> Fellmann, Art. 398 N 517; Derendinger, s. 360; Gümüş, 2014, s. 116.

sorumsuzluk anlaşması ya da arabulucu sözleşmesine konulacak bir hüküm ile kaldırılamaz<sup>723</sup>.

### 3.1.5. Uygun Olmayan Zamanda Sözleşmeyi Sona Erdirme

#### 3.1.5.1. Arabuluculukta Uygun Olmayan Zaman Kavramı

Arabulucu, arabulucu sözleşmesi ile çözüm ortaklığı taraflarının kendisine duyduğu güven neticesinde arabuluculuk sürecinde yönetici ve yürütücü rolünü üstlenerek sözleşme çerçevesinde birtakım yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt eder. Arabulucunun güvene dayalı üstlenmiş olduğu söz konusu yükümlülükler arabulucu sözleşmesinin sona erdirilmesini de etkiler. Arabulucu bakımından bu husus, daha önce ifade edildiği gibi, çözüm ortaklığı taraflarının menfaatlerine uygun düşmesi veya onlar tarafından başka bir arabulucuyla süreci devam ettirebileceklerinin kabul edilmesi halinde arabulucu sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>724</sup>. Söz konusu menfaatler HUAK m. 11/1 hükmü dikkate alınarak her bir arabuluculuk süreci bakımından ayrıca değerlendirilmelidir<sup>725</sup>. Örneğin, arabulucunun fikri ve sınai haklar hukuku gibi uzmanlık gerektiren ya da Türkçe dışında örneğin taraflardan biri ya da her ikisinin İtalyanca iletişim kurabilmesi nedeniyle İtalyan dilinde yürütülen bir arabuluculuk sürecini yönetmesi sırasında arabulucunun yerini alabilecek uygun bir arabulucu bulmadan ya da tarafların halihazırdaki arabulucunun süreçten çekilmesini kabul etmeden ve herhangi bir hazırlık yapmalarına izin vermeksizin arabuluculuk sürecinden çekilmesi halinde TBK m. 512/1’de düzenlenen zararı giderme yükümlülüğünün ortaya çıktığı kabul edilir<sup>726</sup>. Bu çerçevede TBK m. 512’deki yükümlülüğünün doğması için arabulucu tarafından fesih hakkının kullanıldığı an çözüm ortaklığı tarafları bakımından “özel bir olumsuz sonuca yol açacaksa” uygun olmayan bir zamanda yapıldığı kabul edilir<sup>727</sup>. Bu konuda bir başka örnek ise tarafların önceden arabuluculuk sürecinin sona ereceği kesin bir tarih

<sup>723</sup> Karş. Eren, *Özel Hükümler*, s. 732-733; Gümüş, *2014*, s. 166

<sup>724</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 181; Karş. Gautschi, *Berner Kommentar*, Art 404 N 18; Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 404 N 61; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. “1.2.1.4.5.2 Tarafların Her Zaman Arabulucu Sözleşmesini Sona Erdirme Yetkisi” başlığı.

<sup>725</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 181; Karş. Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 404 N 61.

<sup>726</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 182.

<sup>727</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 182; Fellmann, *Berner Kommentar*, Art. 404 N 48; Weber, *Basler Kommentar*, Art. 404 N 16; Huguenin, N. 829; Derendinger, *Rz.* 73; Gümüş, *2014*, s. 199.

belirledikleri bir arabuluculuk sürecinde arabulucunun arabuluculuk görevinin sona ereceği tarihten çok kısa bir süre önce süreçten çekildiğini taraflara bildirmesi hali gösterilebilir. Böyle bir durumda söz konusu fesih hakkının uygun olmayan zamanda yapıldığı kabul edilir<sup>728</sup>.

### 3.1.5.2. Hukuki Sonuçları

Arbulucunun haklı bir sebebe dayanmadan arabulucu sözleşmesini feshettiğini bildirmesi halinde arabulucunun uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirdiği kabul edilir. Bu husus değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken nokta örneğin çözüm ortaklığı taraflarından birinin karşı tarafı ya da arabulucuyu yaralaması, hukuka, ahlaka veya kanuna aykırı taleplerde bulunması, süreç sırasında aile içi şiddet iddiasını içeren arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlık<sup>729</sup> olduğunu tespit etmesi nedeniyle arabulucunun arabulucu sözleşmesini feshetmesi halinde arabulucu, arabulucu sözleşmesine devam etmesi dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemeyeceği için bu hakkı zamansız olarak kullanabilir ve TBK m. 512’de düzenlenen yaptırımla karşılaşmaz<sup>730</sup>.

Öğretide bir görüşe göre fesih hakkının kullanılması halinde, kural olarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği ve bu nedenle müspet zararın tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>731</sup>. Bu çerçevede arabulucu, arabulucu sözleşmesini uygun olmayan zamanda feshetmemiş olsaydı çözüm ortaklığı taraflarının uğramayacakları zararları tazmin etmekle yükümlüdür<sup>732</sup>. Buradan hareketle talep edilen menfi zararların yanında öğretide müspet zarar dışında kalan dava açılma süresinin kesin olarak kaçırılmasına

<sup>728</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 182; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art 404 N 61; Nölting, s. 197.

<sup>729</sup> Örneğin “Sharenting” sonucu doğabilecek hukuki problemler için bkz. Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, *SÜHFD*, C. 29 S. 4, 2021, s. 3387 vd.

<sup>730</sup> Arabulucu bu durumda ilgili taraftan kusuru varsa uğramış olduğu zararları da talep edebilir: Sarı, s. 180, Gümüş, 2014, s. 199; Fellmann, Berner Kommentar, Art 404 N 84; Derendinger, Rz. 67; Gautschi, Art. 404 N 17b; Sarı, s. 165 vd.; Gümüş, 2014, s. 199.

<sup>731</sup> Gautschi, Berner Kommentar, Art. 404 OR N. 19a; Fellmann, Berner Kommentar, Art 404 N 18; Tandoğan, s. 640; Eren, *Özel Hükümler*, s. 716; Ayrancı / Aral, s. 563; Yavuz, s. 1336.

<sup>732</sup> Söz konusu zararların içeriğine, sözleşmenin kurulması için ya da somut uyuşmazlık için uygun bir arabulucunun tayini maksadıyla yapılan masraflar girer. Fankhauser Lobsinger, s. 183; Derendinger, Rz. 74; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 19; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 404 N 19; Weber, Basler Kommentar, Art. 404 N 17.



ilişkin hak kayıpları zamansız fesih nedeniyle borsada elde edilebilecek karların elde edilememesi gibi müspet zarar kalemlerinin de talep edilebileceği savunulmaktadır<sup>733</sup>.

Arabuluculuk süreci bakımından çözüm ortaklığı tarafları yalnızca arabulucu sözleşmesinin uygun olmayan zamanda fesihle uğradıkları zararın tazminini değil, mümkün olan en uygun zamanda sözleşme sona erdirilmiş olsaydı içinde bulunacakları konuma getirilmesini talep edebilmelidir<sup>734</sup>. Başka bir ifadeyle tazmin edilmesi gereken zarar uygun olmayan zamanda sona erdirilmenin sebep olduğu ve bununla illiyet bağı içindeki zararlardır<sup>735</sup>.

### 3.1.5.3. Arabulucu Sözleşmesinin Arabulucu Tarafından Haklı Nedenle Feshi

Arabulucunun tazminat ödeme yükümlülüğü sözleşmeyi sona erdirmesini haklı bir sebebin varlığı halinde bulunmaz<sup>736</sup>. Arabulucu sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulan hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 435/2 hükmünde ifade edildiği gibi “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır.”<sup>737</sup> Söz konusu haklı sebepler arabulucunun şahsına karşı çözüm ortaklığı taraflarının biri ya da her ikisinin koruma yükümlülüklerinin ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi arabulucunun şahsında hastalık ve benzeri engellerin ortaya çıkması biçimde olabilir. Başka bir ifadeyle söz konusu sebeplerin içerisine dürüstlük kuralı gereğince arabulucudan arabuluculuk sürecini yönetmesinin beklenemeyeceği tüm haller dahildir<sup>738</sup>. Arabulucunun geçirdiği yüz felci sonrasında yaşadığı konuşma zorluğunun arabuluculuk sürecinin yürütülmesinde daha önce öngörülemeyen ve ciddi bir sorun olarak ortaya çıkması ya da taraflardan birinin ya da her ikisinin arabulucunun süreci yönetmekte yetersiz kaldığı düşüncesinin veya arabulucuya karşı şiddet uygulama isteğinin üçüncü kişiler nezdinde yaptıkları

<sup>733</sup> Öğretide TBK m. 512’de düzenlenen zararın bir “güven zararı” olarak nitelendirilmesi gerektiği için zamansız geri alma ya da feshin sebep olduğu illiyet bağı içindeki tüm zararların talep edilebilmesi gerekir. Bkz: Fellmann, Berner Kommentar, Art 404 N 73; Eren, *Özel Hükümler*, s. 716-717; Gümüş, 2011, s. 385-387.

<sup>734</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 183; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 70.

<sup>735</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 183; Derendinger, Rz. 74; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 68.

<sup>736</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 184; Derendinger, Rz. 67; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 404 N 17; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 84;

<sup>737</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 184; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 84.

<sup>738</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 184.

konuşmaların arabulucu tarafından öğrenilmesi nedeniyle güven ilişkisinin ortadan kalkması örnek gösterilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki; salt arabulucunun mali menfaatlerinin eksilmesi ya da ortadan kalkması haklı sebep olarak değerlendirilemez<sup>739</sup>. Sözleşmenin haklı sebeple feshedildiğinin ispat yükü arabulucuya aittir<sup>740</sup>.

### 3.1.6. Birden Çok Arabulucunun Süreci Yönetmesi

Arabuluculuk faaliyeti tek arabulucu tarafından yürütülebileceği gibi birden çok arabulucu tarafından da yürütülebilir<sup>741</sup>. Sözleşmede birden çok arabulucunun görevlendirildiği ya da alt veya ikame arabulucunun görevlendirilebileceği hususunda bir anlaşmanın olup olmadığı arabulucu sözleşmesinin yorumlanması suretiyle belirlenir<sup>742</sup>. Taraflar açıkça belirtmemişlerse TBK m. 511 gereğince kural olarak arabulucular arasında eş arabuluculuk tipinin benimsendiği kabul edilir. Arabulucu sözleşmesinde çözüm ortaklığı tarafının karşısında birden çok arabulucunun bulunması halinde arabulucuların eş arabulucular olarak süreci birlikte yürütmeyi üstlendikleri ve çözüm ortaklığı taraflarının da eş arabuluculuğu talep ettikleri kabul edilir<sup>743</sup>. Böyle bir arabulucu sözleşmesinin yapılması halinde arabulucular çözüm ortaklığına karşı TBK m. 511/2 uyarınca müteselsilen sorumludurlar.

TBK m. 511/2 hükmünün arabulucu sözleşmesi çerçevesinde uygulanması sonucu arabulucuların birlikte hareket etme karinesi bulunmaktadır. Buna karşın çözüm ortaklığı tarafları, işi arabuluculara tevdi ederken arabulucu sözleşmesiyle veya daha sonra arabulucuların iş bölümü yapılan eş arabuluculuk dışında sırayla yapılan arabuluculuk ya da ön koltuk-arka koltuk arabuluculuğu modellerinden birini benimseyebilirler. Arabulucunun bilgi veya uzmanlık alanı dışında olduğu durumlar için veya arabulucunun iş yükü nedeniyle ayırabileceği zamanın kısıtlı olması nedeniyle tarafları önceden bilgilendirerek ve onların onayı ile alt arabulucu veya ikame arabulucu ile sürecin

<sup>739</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 185; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 100; Gautschi, Berner Kommentar, Art. 404 N 100.

<sup>740</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 185; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 404 N 102; Gümüş, 2014, s. 146;

<sup>741</sup> Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 30.

<sup>742</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 185.

<sup>743</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 186; Yeşilirmak, Arabuluculuk Nedir, s. 30; Karş. Tandoğan, s. 573; Yavuz, s. 1328-1329.

yürütülmesi yoluna gidebilirler. Böyle bir durumda asıl arabulucu veya arabulucular alt arabulucu ya da ikame arabulucunun davranışından TBK m. 507/2’de düzenlenen sınırlar içerisinde müteselsil sorumlu olurlar<sup>744</sup>. Ayrıca alt arabulucu da asıl arabulucu ya da arabulucuların yanında arabulucu sözleşmesinin gereği gibi ifasından TBK m. 507/3 çerçevesinde çözüm ortaklığı taraflarına karşı doğrudan sorumlu olur<sup>745</sup>.

Arabuluculuk sürecini birlikte yürütmesi gereken arabuluculardan birinin arabuluculuk sürecini yönetemeyecek hale gelmesi durumunda arabulucu sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa veya hal ve şartlardan aksi anlaşılmıyorsa çözüm ortaklığı tarafları diğer arabulucudan arabuluculuk sürecine devam etmesini talep edebilirler<sup>746</sup>.

### 3.1.7. Arabulucunun Değişmesi

Arabuluculuk süreci taraflar arasında özel bir güvenin varlığını gerektirir. Bu sebeple kural olarak HUAK m. 11/1 uyarınca arabulucu süreci bizzat yürütüp yönetmek zorundadır. Dolayısıyla kural olarak arabulucu sözleşmesi bakımından TBK m. 83’te kabul edilen “gayrişahsi ifa ilkesi” burada benimsenmemiştir. Ancak arabulucunun üçüncü kişinin yardımlarından faydalanması ve esaslı nitelikte olmayan tali işleri sekreter gibi yardımcı kişilere yaptırması mümkündür<sup>747</sup>. Söz konusu husus eser sözleşmesinin aksine arabulucunun sonuç taahhüdünde bulunmadığı ve bu sebeple verilen yetkinin çözüm ortaklığı taraflarının belirli bir arabulucunun aranan niteliklerine ve yeteneklerine güvenilmesiyle verildiği kabulünden kaynaklanır<sup>748</sup>. Arabulucuya alt arabulucudan yararlanma yetkisi verilmişse TBK m. 507/2’ye göre sorumluluğu sınırlıdır<sup>749</sup>. Bu halde arabulucu, kendisine alt arabulucu yetkisi verilen kişinin işlem ve eylemlerinden doğan zararından sorumlu değildir. Arabulucu yalnızca alt arabulucuyu seçmede ya da ona talimat vermede kusurlu olması halinde çözüm ortaklığına karşı sorumlu olur. Örneğin

<sup>744</sup> Akipek, Şebnem, *Alt Vekalet*, Ankara: Yetkin, 2003, s. 162; Parlak, Şafak/Börü, Levent, “Alt Vekalet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 23 S. 96, 2011, s. 41.

<sup>745</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 186; Karş. Oser / Schönerberger, Art. 403 N 4; Yavuz, s. 1328; Eren, *Özel Hükümler*, s. 728; Gümüş, 2014, s. 152; Akipek, s. 218; Parlak/Börü, s. 41.

<sup>746</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 187; Yavuz, s. 1328.

<sup>747</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 187; Karş. Eren, *Özel Hükümler*, s. 724-725.

<sup>748</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 187; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 398 N 527; Eren, *Özel Hükümler*, s. 719; Yavuz, s. 1272.

<sup>749</sup> Akipek, s. 162-163; Parlak/Börü, s. 42.

belirli bir uzmanlığı gerektiren arabuluculuk sürecinde sürecin önemini kavrayacak tecrübe veya bilgisi olmayan alt arabulucunun görevlendirilmesi halinde durum böyledir<sup>750</sup>.

Buna karşın arabulucu, arabulucu sözleşmesinde alt arabulucunun atanması hakkı tanınmadan yetkisi dışına çıkarak alt arabulucuyu sürece dahil etmişse onun fiilinden TBK m. 507/1 uyarınca kendisi yapmış gibi sorumlu olur<sup>751</sup>. Burada arabulucu yetkisinin dışına çıkarak sürece alt arabulucuyu dahil ettiği için arabulucu sözleşmesini ihlal etmiş olur. Bu nedenle de alt arabulucunun yaptığı fiiller nedeniyle kusursuzluğunu ispat etmesi de mümkün değildir<sup>752</sup>. TBK m. 501'de düzenlenen söz konusu sorumluluk öğretide hafifletilmiş bir sebep sorunu olarak kabul edilmektedir<sup>753</sup>. Arabulucunun sözleşmeyi bu şekilde ihlal etmesi halinde çözüm ortaklığı taraflarının uğramış olduğu zarar müspet zarardır<sup>754</sup>.

### 3.2. SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK (*CULPA IN CONTRAHENDO*)

Arabulucu, arabulucu sözleşmesi kurulmadan önce kendisinin veya yanında çalıştırdığı örneğin sekreter gibi bir yardımcısının çözüm ortaklığı tarafına veya taraflarına ya da onların koruma alanında bulunan kişilere dürüstlük kuralına aykırı olarak aralarındaki sosyal temas nedeniyle kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı olarak verdiği zararlardan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde sorumludur<sup>755</sup>.

<sup>750</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 187; Karş. Eren, *Özel Hükümler*, s. 727.

<sup>751</sup> Akipek, s. 178-180; Parlak/Börü, s. 35-36.

<sup>752</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 188; Karş. Fellmann, Berner Kommentar, Art. 399 N 12; Weber, Basler Kommentar, Art. 399 N 5; Eren, *Özel Hükümler*, s. 728.

<sup>753</sup> Fellmann, Berner Kommentar, Art. 399 N 12; Weber, Basler Kommentar, Art. 399 N 5 Eren, *Özel Hükümler*, s. 728.

<sup>754</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 188; Eren, *Özel Hükümler*, s. 728.

<sup>755</sup> Bu konuda bkz. Eren, *Genel Hükümler*, N. 3528; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 976 vd.; Oğuzman / Öz, C I, N. 1549 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, §19 Sözleşme Öncesi Davranış Yükümlüğüne Aykırılıktan ve Yaratılan Güveni Boşa Çıkarmadan Ötörü Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo*), N. 1 vd.; Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. B., İstanbul: Beta, 2015, s. 376 N. 203 vd.; Sungurbey, Ayfer Kutlu, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo*, İstanbul: Yasa Yayınları, 1988, s. 99 vd.; Kırca, Çiğdem, *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Ankara: BTHAE, 2004, s. 159 vd.; Yalman, Süleyman, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*,

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk halleri kanundan doğan sorumluluk halleri ile öğretide kabul edilen görüşme sorumluluğu halleri olmak üzere ikiye ayrılabilir. Kanunda düzenlenen görüşme sorumluluğu hallerine arabuluculuk süreci bakımından örneğin arabulucunun yanılmada kusurlu olması örnek gösterilebilir. Bu çerçevede, TBK m. 35 uyarınca, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden arabulucu yanılma kendi kusuru sonucu ortaya çıkmışsa sözleşmenin bu nedenle iptalinden doğan zararı tazminle yükümlüdür. Daha önce ifade edildiği gibi arabulucu, kendi kusuruyla yanılması neticesinde sözleşmeyi iptal etmesi nedeniyle çözüm ortaklığı taraflarının uğradıkları menfi zararlardan, hakkaniyet gerektiriyorsa, menfi zararı aşan müspet zararlardan da sorumludur. Örneğin çözümü belirli bir tecrübe ya da uzmanlık gerektiren fikri ve sınai mülkiyet hukukuna dair bir uyuşmazlık bakımından aile hukuku uyuşmazlıklarında uzman bir arabulucunun yanılarak arabulucu olmayı kabul etmesi halinde söz konusu durum ortaya çıkabilir. Bundan başka, TBK m. 39/2 uyarınca aldatma veya korkutma altında yapılan arabulucu sözleşmesinin iptali veya iptalinden feragat hallerinde aldatan ya da korkutanlardan birinin arabulucu ya da arabulucunun yanında çalışanlardan biri olması halinde ödemek zorunda olduğu tazminat borcu da yine burada örnek gösterilebilir. Söz konusu duruma arabulucunun taraflardan biriyle hareket ederek çözüm ortaklığının diğer tarafını oluşturarak aldatarak veya korkutarak normalde yapmak istemeyeceği bir sulh sözleşmesini yapmasına sebep olması buna örnek gösterilebilir. Ayrıca yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemlerin temsil olunanın onamaması halinde işlemin hüküm ve sonuç doğurmaması nedeniyle doğan zarardan sorumluluk arabulucu bakımından da ortaya çıkabilir. Özellikle arabuluculuk sürecinin yüz yüze yürütülmediği arabuluculuk süreçleri bakımından, arabulucunun sürecin bir anlaşmayla sona ermesini sağlamak maksadıyla diğer tarafın kabul etmediği veya teklif etmediği bir çözümü diğer tarafa iletip onun bu konuda hazırlık yapmasına neden olmuşsa böyle bir sonucun iki tarafça istenmemesi nedeniyle doğan zararlardan arabulucu sorumlu olur. Son olarak, arabulucunun başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle arabulucu sözleşmesinin butlanından doğan zararlardan sorumluluğu da ortaya çıkabilir. Sicilden silindiği halde kendisini hala arabulucuymuş gibi tanıtarak arabulucu sözleşmesi yapan kimse TBK m. 27/1'e göre başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle borçlandığı edimin ifasının imkânsız

---

Ankara: Seçkin, 2006, s.13 vd.; Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin, 2009, s. 41 vd.; Baygın, Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", *AÜEHFD*, 2000, C.IV, S. 12, s. 345 vd.

olması nedeniyle bu davranışı bir sözleşme öncesi sorumluluk oluşturduğundan çözüm ortaklığı taraflarının uğradıkları zararı tazmin etmek zorundadır. Zira kendisini arabulucu olarak tanıtan bu kişinin davranışıyla arabulucu sözleşmesinin butlanı sonucu doğmuştur.

Öğreti ve uygulamada kabul edilen görüşme sorumluluğu hallerinden ise arabulucunun arabulucu sözleşmesinin imzalanması maksadıyla yapılan görüşmeler esnasında yanlış bilgi vermesi nedeniyle çözüm ortaklığı taraflarının zarar görmesi halinde sorumluluğun ortaya çıkması örnek gösterilebilir. Özellikle arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi mümkün olmayan bir uyuşmazlığın bu şekilde çözülebilecekmiş gibi yanlış bilgi veren arabulucunun tarafların hak düşürücü süre ya da zamanaşımı nedeniyle hak kaybına uğramalarında durum böyledir. Arabulucunun buradaki kusuru kast ya da ihmal şeklinde ortaya çıkabilir ve söz konusu sorumluluk arabulucu sözleşmesinin bu görüşmeler sonunda geçerli olarak yapılıp yapılmamasına bağlı değildir<sup>756</sup>. Bu hususta bir başka örnek ise arabulucu sözleşmesi yapma niyeti olmadığı halde kötünietli ve aldatıcı davranışlarla uyuşmazlık taraflarından birine avantaj sağlamak amacıyla çözüm ortaklığının diğer tarafına bir ümit yaratan arabulucu, sözleşmenin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmesidir. Örneğin arabulucu taraflardan biriyle anlaşarak aslında arabulucu rolünü üstlenmeyeceği bir uyuşmazlık bakımından sanki arabulucu sözleşmesi yapacaktı gibi taraflarla görüşmeye başlaması halinde bundan haberi olmayan arabuluculuk tarafının bu yüzden uğradığı zararlardan sorumluluğu doğar. Burada zarar gören çözüm ortaklığı tarafının uğradığı zarar temel olarak arabulucu sözleşmesinin yapılacağına duyulan güvenden doğan menfi zarardır. Söz konusu zararın içine boşa geçirilen zaman, yapılması beklenen arabulucu sözleşmesine güvenerek başka bir arabulucu ile veya uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesi için bir avukatla sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, yaratılan güven nedeniyle arabulucuya karşı üstlenilecek edimi sağlama hazırlıkları, daha sonra bu nedenle avukatlarla avukatlık sözleşmesi yapılması nedeniyle meydana gelen kayıp ve giderler girer<sup>757</sup>. Son olarak ise arabulucunun arabulucu sözleşmesi için görüşmelerin başlaması ile çözüm ortaklığı tarafları arasında kurulan güven ilişkisini koruma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle doğan zararlardan sorumluluğu gösterilebilir. Örneğin arabulucu sözleşmesi

<sup>756</sup> Karş. Eren, Genel Hükümler, N. 3546.

<sup>757</sup> Karş. Bucher, Allgemeiner Teil, s 281-282; Eren, Genel Hükümler, N. 3547.

görüşmelerinde tarafların ticari sırlarını öğrenen arabulucunun daha sonra bunu çözüm ortaklığı taraflarının rakiplerine sızdırması olarak gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali şeklinde ortaya çıkabilir<sup>758</sup>.

### 3.3. VEKÂLETSİZ İŞGÖRME

TBK m. 630/2’de yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişki düzenlenirken “ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması halinde vekaletsiz işgörmeye ilişkin hükümler uygulanır” düzenlemesi getirilmiştir. Buradan hareketle arabulucunun yetkisi olmaksızın ya da yetkisini aşarak çözüm ortaklığı taraflarının hukuki alanına müdahale etmesi halinde vekaletsiz işgörmeye ilişkin hükümlere gidilmelidir. Türk hukukunda TBK m. 526-531 arasında düzenlenen vekaletsiz işgörme bir sözleşme ilişkisi olmadığı halde vekalet ilişkilerini geniş anlamda vekalet kaynaklı sözleşme türleri arasında yer vermiştir. Söz konusu hükümlerde tanımlanmayan vekaletsiz işgörme aslında öğretide sözleşme benzeri ilişki ya da fiili sözleşme ilişkisi olarak kabul edilen gerçek vekaletsiz işgörme ile gerçekte hukuka aykırı fiil olarak tanımlanan gerçek olmayan vekaletsiz işgörme olmak üzere ikiye ayrılır<sup>759</sup>. Gerçek olan ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye talepler bakımından temel ayrım gerçek vekaletsiz işgörmeye vekaletsiz işgörenin iş sahibinden işini görmesi nedeniyle birtakım talepleri ileri sürmesiyken gerçek olmayan vekaletsiz işgörme bakımından ise iş sahibinin kendi veya üçüncü bir kişinin menfaatine iş görmesi nedeniyle işgörenden taleplerinin olmasıdır<sup>760</sup>. Bu ayrım çerçevesinde arabuluculuk süreci bakımından kural olarak tarafların arabulucudan talepleri gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümleri uyarınca ortaya çıkabilir. Arabulucunun sorumluluğunun kapsamı iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgören veya kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgören olmasına göre belirlenir. Şu hâlde arabulucunun niyetinin belirlenmesinde ölçü arabulucunun yapmış olduğu eylemin hukuka aykırı olduğunu

<sup>758</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 188.

<sup>759</sup> Bu konuda bkz. Arkan Akbıyık, Azra, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul: Alfa, 1999, s. 20; Baş Süzel, Ece, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 14 vd.; Eren, *Borçlar Özel*, s. 897 vd.; Yavuz, s. 1479 vd.; Zevkliler/Gökayla, s. 678 vd. Gümüş, 2014, s. 217 vd.;

<sup>760</sup> Gerçek vekaletsiz işgörme caiz ve caiz olmayan olarak ikiye ayrılırken gerçek olmayan vekaletsiz işgörme ise kendi içerisinde kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörme ve iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörme olarak ikiye ayrılır.

bilmesi veya bilmek zorunda olmasının tespit edilmesidir. Kural olarak işgörenin kendi veya üçüncü kişinin menfaatine yaptığı işten elde ettiği faydaları geri verme borcu ancak kötünietli olması halinde söz konusudur. Dolayısıyla kendisine veya üçüncü kişiye yarar sağlamak için çözüm ortaklığı taraflarının ya da onların koruma alanındakilerin hukuk alanına müdahale ettiğini bilen ya da bilmesi gereken arabulucu kötünietlidir<sup>761</sup>. Arabulucunun kötünietinin varlığını ispat yükü bu nedenle ortaya çıkan menfaat devrini talep edecek olan çözüm ortaklığı tarafı ya da taraflarıdır. Böylelikle çözüm ortaklığı tarafı ya da tarafları arabulucunun kötünietli olduğunu ispat ederek elde edilen kazançları bu şekilde geri alabilecektir<sup>762</sup>.

Daha önce ifade edilen haller dışında çözüm ortaklığı taraflarının ya da onun koruma alanındaki kişilerin hukuk alanına müdahale ettiğini bilmeyen ve bilmek de zorunda olmayan arabulucunun iyiniyetli olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda arabulucunun iş gaspı (*Geschäftsanmassung*) değil işe karışma ortaya çıkar<sup>763</sup>. Örneğin arabulucunun arabuluculuk görüşmeleri sırasında öğrendiği bilgileri sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak magazin basınına satması halinde arabulucu kötünietli gerçek olmayan işgörendir. Bu halde tarafların manevi zararı dışında maddi bir zararı ortaya çıkmayacağı gibi söz konusu bilgileri kendileri yayınlamak da istemeyebilirler. Dolayısıyla haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler arabulucunun elde edeceği kazancın karşısında çok yetersiz kalacaktır<sup>764</sup>. TBK m. 530'da "iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörenden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır. Buna göre arabulucu işten elde ettiği her türlü kazancı geri vermekle yükümlüdür. Söz konusu kazanç net kazanç yani işgörenin kendi çabası sonucu eline geçen değerden masrafların çıkarılmasıyla elde edilen miktardır. TBK m. 530'da düzenlenen elde edilen kazancın iadesi talebi iş sahibinin ihlal edilen hakkının korunmasına yönelik olduğu için söz konusu talebin uğranılan zararlarla ilgisi yoktur. Bu

<sup>761</sup> Huguenin, N. 2152; Eren, *Borçlar Özel*, s. 925.

<sup>762</sup> Arabulucunun iyiniyetli olması halinde iyiniyetli vekaletsiz işgören olarak iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında zenginleşmeye göre belirlenir: Metiner, Ali Akın, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İşgörenden Fikri Hakların İhlali Nedeniyle Elde Ettiği Kazancın İadesi Talebi*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015, s. 110; Eren, *Borçlar Özel*, s. 925.

<sup>763</sup> Karş. Eren, *Borçlar Özel*, s. 925.

<sup>764</sup> Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye elde edilen kazancın iadesi talebinin diğer hukuki taleplerle ilişkisi için bkz. Metiner, s. 130 vd.



nedenle herhangi bir zararın ispatı gerekmediği gibi kendisinin fakirleşmiş olmasının ispatına da gerek yoktur. Buradan hareketle kötüniyetli vekaletsiz işgören arabulucunun aynı kazancı arabuluculuk sürecinde bulunmadan, çözüm ortaklığı taraflarının hukuk alanına müdahale etmeden de edinebildiğine ilişkin itiraz da dikkate alınmaz. Çünkü somut olayda vekaletsiz işgören arabulucu çözüm ortaklığı taraflarının hukuki alanını ihlal etmesi nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>765</sup>.

### 3.4. SEBESİZ ZENGİNLEŞME

Arabulucunun arabuluculuk sürecinde sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluğu uygulama bakımından çoğunlukla iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörme halinde ortaya çıkar<sup>766</sup>. Daha önce ifade edildiği gibi bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözüm ortaklığı tarafları taleplerini ileri sürer. Sebepsiz zenginleşme “zenginleşenin bir müdahalesinden (*Eingriffskondiktion*) ve bu arada haksız bir fiilinden doğabileceği gibi, bir kazandırmadan (*Zuwendung*); yani bir edimden (*Leistungskondiktion*) veya beklenmedik bir olaydan (*Zufallskondiktion*) da doğabilir”<sup>767</sup>. Arabulucunun sebepsiz zenginleşmesinden doğan borcu kapsamında haklı bir sebep olmaksızın çözüm ortaklığı tarafı ya da tarafları aleyhine zenginleşerek malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin aynen veya nakden verilmesi söz konusu olur<sup>768</sup>. Örneğin arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucunun tarafların ticari sırrını öğrenmesi halinde söz konusu ticari sırrın çok teknik ve uzmanlık gerektiren bir bilgi olması nedeniyle arabulucunun söz konusu bilginin ticari sır olduğunu kavrayamaması sonucu iyiniyetli olarak bu bilgiyi paylaşması halinde elde ettiği zenginleşmede durum böyledir.

Arabuluculuk süreci bakımından sebepsiz zenginleşme çözüm ortaklığı taraflarının arabulucu lehine yaptığı bir kazandırmadan borçlanmış olduğu bir edimin ifasından da

<sup>765</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 92 vd.; Metiner, s. 91.

<sup>766</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 2642.

<sup>767</sup> Eren, *Genel Hükümler*, s. 2613; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C II, İstanbul: Vedat, 2020, N. 908 vd.; Serozan, Rona / Baysal, Başak / Sanlı, Kerem Cem, “§ 24. Haksız Zenginleşme Konusunda Genel ve Temel Bilgiler, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: On İki Levha, 2022, N. 1 vd.; Antalya, Osman Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C: V/1,2, 2. B., Ankara: Seçkin, 2019, N. 2967 vd.; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin, 2021 s. 606 vd.; Nomer, N. 141.

<sup>768</sup> Eren, *Genel Hükümler*, s. 2616; Oğuzman/Öz, *C II*, N. 908 vd.; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 606-607.

doğabilir. Burada sebepsiz zenginleşme davası ifa edilen edimin geri verilmesi amacını güder. Örneğin, çözüm ortaklığı tarafları arabulucuya daha sonra arabuluculuk çözüm yöntemine götürülmesi mümkün olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk sürecini yönetmesi için bir miktar avans vermişlerse sonradan arabulucu sözleşmesinin objektif olarak önceden imkânsız olması nedeniyle arabulucunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kendisine verilen avansı iade borcu doğar. Arabuluculuk sürecinde bazı durumlarda zenginleşme bizzat arabulucunun bir fiil ya da müdahalesinden de doğabilir<sup>769</sup>. Arabulucunun arabuluculuk sırasında çözüm ortaklığı taraflarının kendisine bıraktığı eşyayı iade etmeyi unutup büro çalışanlarınca bu eşyanın kullanılmaya başlanması halinde durum böyledir. Son olarak arabulucunun umulmayan olaydan doğan zenginleşmesi de söz konusu olabilir. Söz konusu zenginleşme tabiat olaylarından ziyade arabuluculuk süreci bakımından üçüncü bir kişinin fiilinden doğan zenginleşme biçiminde ortaya çıkabilir. Örneğin arabuluculuk süreci bittikten sonra taraflardan birinin çalıştığı bankanın arabulucuya yanlılıkla ödeme yapması halinde arabulucu üçüncü kişinin fiilinden dolayı zenginleşmiş olur.

Arabulucunun çözüm ortaklarına karşı sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir borcunun varlığı için arabulucunun malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme meydana gelmesi, bu zenginleşmenin çözüm ortaklığı taraflarının malvarlığı veya emeği sonucu olması, bunlar arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması ve son olarak da söz konusu zenginleşmenin hukuken korunan haklı bir sebebe dayanmaması gerekir<sup>770</sup>.

### 3.5. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUK

Arabulucunun haksız fiil nedeniyle tazminat ödeme yükümlülüğü de doğabilir. TBK m. 49 uyarınca “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille bir başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür”<sup>771</sup>. Arabulucunun haksız fiil sorumluluğu bakımından fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarından arabulucunun sorumluluğu

<sup>769</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 2650; Antalya, N. 2988 vd.

<sup>770</sup> Sebepsiz zenginleşmenin şartları için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 2654; Oğuzman / Öz, *C II*, N. 905 vd.; Antalya, N. 2960 vd.; Nomer, s. 247 N. 139 vd.; Serozan/Baysal/Sanlı, § 22, N. 1 vd.; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 606 vd.

<sup>771</sup> Fankhauser Lobsinger, s. 190; Karş. Eren, *Genel Hükümler*, N. 1610; Oğuzman/Öz, *C II*, N. 37 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 475; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 422; Ekmekçi, Ömer / Baysal, Başak / Yayvak Namlı, İrem, *Uygulamalı Tazminat Hukuku*, İstanbul: On İki Levha, 2022, s. 5.

bakımından özellik arz eden unsur hukuka aykırılık unsurudur. Öğretide hukuka aykırılık kavramını açıklayan iki görüşten baskın olan objektif hukuka aykırılık görüşü açısından arabulucunun söz konusu davranışı yazılı veya yazısız bir davranış normunu ihlal ediyorsa söz konusu hukuka aykırılığın ortaya çıktığı savunulmaktadır<sup>772</sup>. Hukuka aykırılık haksız fiile ilişkin sorumluluğun kurucu unsurudur. Burada dikkat edilmesi gerekir ki; haksız fiil ile suç arasında bir nitelik farkı bulunmamaktadır. Aralarındaki fark yaptırımında ortaya çıkar. Bir fiil ceza kanununda suç olarak tanımlanıyorsa bir suçtur. Dolayısıyla her suç bir haksız fiilken tüm haksız fiiller suç teşkil etmez. Hukuka aykırılığın tespiti böylece fiilden yola çıkılarak yapılabilecektir. Hukuka aykırılık fiile ilişkin bir nitelendirilmez<sup>773</sup>. Buradan hareketle hukuka aykırılık kesin olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek niyetiyle belirli bir davranışı emreden bir kuralın ihlali halinde gerçekleşir<sup>774</sup>. Yine objektif teoriye göre hukuka aykırılık kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı taşıyan emredici hukuk kuralı özelliğindeki genel davranış kurallarına aykırılıktır<sup>775</sup>. Arabuluculuk süreci bakımından arabulucu sözleşmesi dışında temel davranış normunun ihlali çerçevesinde özellikle ceza hukukunun konusunu oluşturan ve suç teşkil eden fiillerin arabulucu tarafından işlenmesi sonucunda da hukuka aykırılık ortaya çıkar. Örneğin TCK'nın "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümü altında TCK m. 135'te düzenlenmiş olan kişisel verilerin kaydedilmesi ve TCK m. 138'de düzenlenen verileri yok etmeme suçunun arabulucu tarafından işlenmesi halinde doğan zararlardan sorumluluğu bu şekilde bir haksız fiil sorumluluğudur ve arabulucunun tazmin yükümlülüğü haksız fiilde tazmin yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 49 vd. maddeleri çerçevesinde belirlenir.

Arabuluculuk süreci bakımından özellik arz eden husus ise özellikle etik kuralların ihlalden kaynaklanabilecek ahlaka aykırı fiillerden dolayı sorumluluktur. TBK m. 49/2, TBK m. 49/1'de düzenlenen kişi varlığı ile malvarlığı değerlerini koruyan yazılı ya da yazısız temel davranış normunun veya malvarlığını koruyan yazılı özel davranış

<sup>772</sup> Hukuka aykırılığı açıklayan teoriler bakımından bkz. Çağlayan Aksoy, Pinar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 153 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, N. 1808 vd.; Oğuzman/Öz, C II, N. 46; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 434 vd.; Ekmekçi/ Baysal /Yaymak Namlı, s. 10-11.

<sup>773</sup> Ekmekçi/ Baysal /Yaymak Namlı, s. 9.

<sup>774</sup> Çağlayan Aksoy, s. 156 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, N. 1810.

<sup>775</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 1810; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 436.

normunun kusurlu ihlaline dayalı dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna istisna oluşturur. Bu şekilde istisnai durumlarda salt genel bir ahlak kuralı ihlalinin bir hukuka aykırılık oluşturmuş gibi bir tazminat sorumluluğunu doğurduğu düzenlenmektedir. Bu açıklamalar ışığında öğretilerde TBK m. 49'un amacının ortada bir hukuka aykırılık bulunmasa da kabul gören ahlak değerlerinin kasıtlı ihlali sonucunda toplum vicdanını yaralayan fiillerin oluşturduğu zararların giderilmesi olduğu savunulmaktadır<sup>776</sup>. Arabuluculuk süreci bakımından kendisine başvuran taraflara aralarında yaptıkları çözüm ortaklığı sözleşmesinin veya arabulucu sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesine rağmen tarafları uyarmayan arabulucunun söz konusu davranışında çözüm ortaklığı taraflarına zarar verme kastı varsa ve arabulucunun örneğin kanunun emredici hükümlerine aykırılık gibi bir geçersizliğin varlığı nedeniyle bu geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadığı için arabulucunun bu davranışı nedeniyle zarar gören çözüm ortaklığı tarafları TBK m. 49/2 uyarınca arabulucudan tazminat talebinde bulunabilirler. Bir başka örnek olarak özellikle ihtiyari arabuluculuk bakımından bulunduğu bölgede uzmanlığı ve tecrübesi nedeniyle belli bir uyuşmazlık türü bakımından arabuluculuk hizmetinde tekel olan bir arabulucunun kendisiyle sözleşme kurmak isteyen çözüm ortaklığı taraflarının önerisini haklı bir sebep olmaksızın salt zarar vermek amacıyla reddetmesi halinde yine doğan zarardan TBK m. 49/2 anlamında sorumluluğu gösterilebilir. Son olarak bir başka durum taraflardan birinin arabuluculuk sürecine ilişkin bilgisinin azlığı veya toplumsal rollerdeki dezavantajı nedeniyle arabuluculuk sürecine etkin katılamaması halinde arabulucunun bu konuda önlemler alarak ve gerekirse dezavantajlı tarafın hukuki yardım almasına ilişkin olarak teşvik ve uyarılarda bulunması yerine çözüm ortaklığı karşı tarafının söz ve davranışlarından rahatsız olup kişisel husumet beslemesi nedeniyle arabuluculuk sürecini sonlandırıp tarafları dava yoluna sevk etmesi halinde arabulucunun sorumluluğu yine TBK m. 49/2 çerçevesinde doğar.

---

<sup>776</sup> Bkz. Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 458.

### 3.6. ARABULUCU SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİNİN ÇÖZÜM ORTAKLIĞI TARAFLARININ KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMASI

Kişilik hakkı ve içerdiği değerler sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğu için kişilik hakkı ve içerdiği değerlere aykırı arabulucu sözleşmesi yapılamaz. Bu nedenle TMK m. 23/2 uyarınca çözüm ortaklığı tarafları arabulucu ile yaptıkları arabulucu sözleşmesinde özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi bu özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamazlar. TMK m. 23'te kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin karşılaşıacağı hukuki yaptırım düzenlenmemiştir. Buna karşın TMK m. 23/2'nin TBK m. 27/1'e göndermesi sonucu içerik özgürlüğünün sınırlarının aşılması yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Öğretide ve uygulamada kişilik değerlerine aykırı sözleşmeler bakımından uygulanacak yaptırım için esnek hükümsüzlük teorisi ileri sürülmüştür<sup>777</sup>. Bu çerçevede akdedilen sözleşmenin içeriği eğer kişinin kişiye sıkı sıkıya bağlı çekirdek alanını ihlal ediyorsa söz konusu kişilik hakkı ihlali aynı zamanda ahlaka aykırı olacağı için yapılan sözleşme TBK m. 27/2'ye göre kesin hükümsüz olarak değerlendirilecektir. Buna karşın söz konusu sözleşme kişilik haklarının özünü ihlal etmiyorsa bu durumda ahlaka aykırılık hali gerçekleşmemiştir. Sözleşmenin kişilik hakkı ihlal edilen tarafı isterse sözleşmeyi ifa etmekten kaçınabilir<sup>778</sup>. Arabuluculuk süreci bakımından söz konusu ihlalin arabulucu sözleşmesinin bir kelepçeleme sözleşmesi şeklide yapılması halinde ortaya çıkması beklenebilir. Arabuluculuk sürecinde karar alma yetkisinden ahlaka aykırı bir şekilde aşırı bağlayıcı bir sözleşme ile vazgeçmeye teşebbüs eden zayıf taraf söz konusu durumda esnek hükümsüzlük teorisinin uygulanması sonucu sözleşmeyi ifa etmek veya ifadan kaçınarak sözleşmenin tamamen veya kısmen geçersizliğini ileri sürmek bakımından yetkilidir. Böyle bir durumda doğan zararlardan arabulucu ve arabulucuyla hareket eden çözüm ortaklığının karşı tarafı sorumlu olur.

### 3.7. SORUMLULUK TALEPLERİNİN YARIŞMASI

Tek bir zarar verici olay bazı durumlarda hem sözleşme sorumluluğunun hem de sözleşme dışı sorumluluğun doğmasına sebep olabilir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında

<sup>777</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 1031; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 226; Ateş, s. 360-361.

<sup>778</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 1033; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 226.

arabulucunun taraflardan birine hakaret etmesi halinde bu davranışıyla hem arabulucu sözleşmesine aykırı davranmış hem de taraflardan birinin kişilik haklarını ihlal ettiği için haksız fiil işlemiş olur. Söz konusu olayda haksız fiil çerçevesinden yaklaşıldığı zaman mutlak bir hakkın ihlali nedeniyle hukuka aykırılık, sözleşme sorumluluğu çerçevesinden bakıldığında koruma yükümlülüklerine aykırı davranma nedeniyle arabulucu sözleşmesinin ihlali gerçekleşmiş bulunmaktadır. Zarar gören haksız fiile ilişkin talepleri ileri sürerse TBK m. 49 vd.; sözleşmenin ihlaline ilişkin talepleri ileri sürerse TBK m. 505 vd. uyarınca talepler değerlendirilir. Sorumluluk hukuku bakımından birden çok talebin ileri sürülmesi halinde bu ilkelerden hangisi ya da hangilerinin uygulanacağına ilişkin başlıca üç ilke vardır. Bunlar taleplerin yığılması, taleplerin dışlanması ve taleplerin yarışması ilkeleridir. Türk sorumluluk hukuku bakımından taleplerin yarışma ilkesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu ilkeye göre zarar gören tazminat talebini dilerse sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine göre dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilir. Öğretide haksız fiil sorumluluğuyla sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin aynı olay bakımından uygulanabileceği durumlarda kural olarak sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>779</sup>. Bunlar dışında sözleşme dışı sorumluluk halleri yine aynı olay için ileri sürülebilir. Özellikle haksız fiil sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk, özen sorumluluğu halleri ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleriyle yarışması mümkündür. Arabuluculuk süreci bakımından özellikle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler ile haksız fiile ilişkin taleplerin aynı anda ileri sürülmesine dikkat edilmesi gerekir. Böyle bir durumda bu taleplerden yalnız birinin seçilerek bunun ileri sürülmesi mümkün olur. Sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerinin aynı olay için aynı anda ileri sürülmesi mümkün olmayacağı için yine böyle bir durumda ilgili bu taleplerden kendisi lehine olanı ileri sürmelidir. Unutulmamalıdır ki; gerçek olmayan vekaletsiz işgörme sebepsiz zenginleşmeyi tamamlayan bir müessesedir<sup>780</sup>. Son olarak burada belirtmek gerekir ki özellikle sözleşmenin ifasına ilişkin talep hakları sebepsiz zenginleşme talebini önler. Bu nedenle bu iki talep arasında yarışma söz konusu olmaz. Kötüniyetli vekaletsiz işgörme bakımından ise çoğunlukla kötüniyetli vekaletsiz işgören işini gördüğü tarafla mevcut hukuki ilişkinin dışına çıkarak onun hukuki

<sup>779</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 3552; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 982; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 421.

<sup>780</sup> Eren, *Genel Hükümler*, N. 2642.

alanından yararlandığı için her iki talebin aynı anda ileri sürülmesi teorik olarak mümkündür.

## SONUÇ

Arabulucunun hak ve yükümlülükleri “6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu”, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği” ve “Türkiye Arabulucular Etik Kuralları”nda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bu düzenlemelerde arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hükümlere yer verilmemiştir. Öğretide arabulucunun sorumluluğunun tespiti bakımından yalnızca arabulucu sözleşmesi incelenmiş ve buradan yola çıkılarak ağırlıklı olarak isimsiz sözleşme görüşü ve buna uygulanacak hükümler tartışılmıştır. Çalışmada arabulucunun hukuki sorumluluğunu ele alırken öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuran tarafların aralarında oluşan hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkinin sonucunda arabulucuyla kurdukları hukuki ilişkinin ele alınması uygun görülmüştür. Zira, arabulucunun salt arabuluculuk sözleşmesindeki varlığı tarafların bir başka hukuki ilişkideki kararlarının bir sonucu olup bu ikili hukuki ilişkiyi değerlendirmeden arabulucunun hukuki sorumluluğuna ulaşılması doğru olmaz. Bu açıklamalar çerçevesinde tarafların aralarında yaptıkları arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık türü olduğu ve buradan hareketle arabulucunun Kanunda da ifade edildiği gibi temel olarak süreci planlama, yürütme ve dolayısıyla yönetme yükümlülüğü çerçevesinde bu ortaklığa dışarıdan atanmış bir yönetici olduğu tespiti yapılmıştır. Dolayısıyla arabulucunun hukuki sorumluluğu TBK m. 630/1 nedeniyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir, arabulucu Kanununun açık düzenlemesi sonucu bir vekildir ve vekaletle ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu kural olarak ortaya çıkar. Arabulucunun, arabuluculuk yetkisinin dışına çıkması ve çözüm ortaklığı taraflarının hukuki alanlarına müdahale etmesi halinde şartları varsa gerçek olmayan vekaletsiz işgörme, sebepsiz zenginleşme nedeniyle veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu ortaya çıkabilir. Bunlar dışında arabulucunun haksız fiil nedeniyle sorumluluğu da ortaya çıkabilir.

Arabulucu ve arabuluculuk süreci sürece başlanması, sona erdirilmesi, aleni olması ve süreç sonunda kesin olarak bağlayıcı ve icra edilebilir kararın verilmesi unsurları bakımından medeni yargı ve hakimlik mesleğinden ayrılır. Tahkim yargılaması ve hakemlikten ise tahkim usulünü belirlemede ve hakemin bağlayıcı karar alabilmesi



bakımından ayrılır. Hukuki sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının doğru uygulanması hususunda tüm yargı organları, mahkeme, kamu veya özel hukuk kişisi kurum ve kurullar önünde müvekkillerine yardımcı olmak için bilgi ve tecrübelerinin kendilerine tahsis eden avukatlardan arabuluculuk sürecini tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olarak planlayan, yürüten ve yöneten arabulucunun çözüm ortaklığı taraflarının her ikisinin de ayrı ayrı yararlarını dikkate alması ve hukuki tavsiye yönlendirme yapmaması yönüyle ayrılır. Arabuluculuk mesleği tarafları menfaat odaklı bir çözüm bulmaya yönlendirirken sorun çözmeye yönelik faaliyet gösteren psikolojik danışmanlık mesleğinden de ayrılır.

Arabulucu arabuluculuk sürecinde temel olarak yöneticilik işlevini, taraflar arasında sağlıklı iletişim kurulması işlevini, tarafların süreç ve sonuçları hakkında aydınlatılması ve bilgilendirilmesi işlevini, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri çözüm seçeneklerini arttırma işlevini, tarafları gerçekçi düşünmeye yönlendirme işlevini, arabuluculuk sürecinde doğabilecek olumsuzlukları ve kusurları üstlenme işlevini, tarafların menfaatlerine yönelmesi için duygularını ifade etmesini sağlama işlevini, tarafların menfaatlerine kavuşması için tarafları geleceğe yönlendirme işlevini aktif bir şekilde yerine getirmesi gerekir.

Arabulucu arabuluculuk sürecinin iradilik, gizlilik, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olma ve süreç üzerinde tarafların kontrol sahibi olması temel ilkelerine sadık kalarak yürütmelidir.

Tarafların aralarında bulunan uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözülmesini kararlaştırması sonucu yaptıkları sözleşmeye arabuluculuk sözleşmesi denir. Hukuki niteliği itibarıyla bir adi ortaklık sözleşmesidir. Arabuluculuk sözleşmesi kişi unsuru, ortak amaç unsuru, ortak çaba ve faaliyet gösterme suretiyle ortak amaca erişme unsuru, doğacak masraflara katılma unsuru ve anlaşma unsurundan oluşur. Arabuluculuk sözleşmesi HUKAK ya da başka bir düzenlemede herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Arabuluculuk sözleşmesi çok taraflı bir sözleşmedir. Arabuluculuk sözleşmesi karşılıklı edimlerin mübadelesini gerektirmeyen ortak amacın izlenmesine yönelik bir sözleşme olduğu için ivazsız bir sözleşmedir. İhtiyari arabuluculukta tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunması gerekli ve yeterli olduğu için rızai bir

sözleşmedir. Çözüm ortaklığı taraflarının her birinin üstlendiği asli edim yükümlülüğü zamana yayılmış bir biçimde arabuluculuk sözleşmesinin sona ermesine kadar devamlı ifa edildiği için sürekli bir sözleşmedir. Arabuluculuk sürecinde taraflar kural olarak doğan borçtan müteselsil olarak sorumludurlar. Çözüm ortaklığı taraflarınca aralarında sağlıklı bir iletişim kurulması ile birbirlerini dinleyerek anlamaları ve böylece dostane bir çözüme ulaşmalarını sağlayacak söz konusu süreci yönetme görevi arabulucuya verilmiştir. Çözüm ortaklığı tarafları ile arabulucu arasında yapılan arabulucu sözleşmesi arabulucu ile çözüm ortaklığı taraflarının hak ve yükümlülüklerinin düzenleyen bir sözleşmedir ve TBK m. 630/1'e göre bir vekalet sözleşmesi türüdür. Arabulucu sözleşmesi niteliği itibariyle bir borç sözleşmesidir. Arabulucu sözleşmesinde tarafların edim yükümlülüğü birbirinin karşılığı olduğu için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Özellikle ihtiyari arabuluculuk bakımından arabulucunun kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. Arabulucu sözleşmesinin unsurları arabulucunun arabuluculuk sürecinin yürütülmesi borcu, arabulucunun bağımsızlığı, süreçte tarafların menfaatine ve hesabına hareket etmesi, anlaşma unsuru, tarafların güven ilişkisi ve süreci her zaman sona erdirme yetkisi unsuru ve son olarak da ücret unsurundan oluşmaktadır. Arabulucunun borçları HUAK, HUAKY ve Etik Kurallar içerisinde düzenlenen ve temel olarak süreci planlayıp yürütmek ve yönetmek borçlarından oluşurken, çözüm ortaklığı taraflarının borçları ise arabulucunun ücretini ödeme borcu, arabulucuya avans verme borcu ve arabulucu sözleşmesinin ifası sebebiyle arabulucunun uğradığı zararları giderilmesi borcundan oluşmaktadır.

Arabulucu sözleşmesi öncelikle sözleşmeleri sona erdiren sözleşmenin yenilenmesi, kusursuz imkânsızlık veya tarafların yapacakları ikale sözleşmesi gibi sebeplerden ötürü sona erebilir. Bu sebepler dışında arabuluculuk sözleşmesi HUAK m. 17/1 ve HUAKY m. 20/1'de öngörülen hallerde, Etik Kurallar m. 3/4'e aykırılık söz konusu olduğunda, dava şartı arabuluculuk bakımından HUAK m. 18/A/10 ve 11'de yer alan hallerde, HMK m. 74'te yer alan eksikliklerin giderilememesi durumunda ve son olarak da TBK m. 502/2'nin uygulanması sonucu TBK m. 512 ve 513'te yer alan sebeplere dayalı olarak sona erebilir. Son olarak ihtiyari arabuluculukta tarafların, dava şartı arabuluculukta kanunun öngördüğü sürenin dolması nedeniyle arabulucu sözleşmesi de sona erer.

Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun yöneticisi ve yürütücüsü olduğu arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespiti ile sona ermesi dışında tarafların anlaşması ya da anlaşamaması durumunda sona erer. Arabuluculuk sürecinde arzu edilen sonuç, sürecin sorunsuz tamamlanması ile tarafların arabulucunun yardımı ile ortak bir çözüme vararak bir anlaşmanın ortaya çıkarılmasıdır. Buna karşın, arabuluculuğun ihtiyari ve gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması nedeniyle süreç her zaman tarafların kendi menfaatleri çerçevesinde ortak bir çözüme varmalarıyla bitmeyebilir. Söz konusu husus dava şartı arabuluculuk bakımından da geçerlidir. Dava şartı arabuluculuk bakımından tarafların arabuluculuk yöntemine başvurusu zorunluluğu bulunmakla beraber tarafların anlaşmaya zorlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla hem ihtiyari hem de dava şartı arabuluculukta taraflar bir anlaşmaya varmaksızın süreci sonlandırabilirler.

Arabuluculuk sözleşmesi bakımından dava şartı arabuluculuk sürecinde taraflar arasında kanunun bu süreci zorunlu kıldığı hallerde sözleşme ilişkisi elbirliği ortaklık hallerine benzer şekilde kanundan kaynaklanır. Söz konusu zorunluluk tarafların yalnızca arabuluculuk sözleşmesini kurmak için yapması gereken öneri ve kabulün varlığını ortaya çıkarırken tarafların irade serbestisini etkilemesi ve arabuluculuk yönteminin temel ilkelerinden olan iradilik ilkesini ortadan kaldırması anlamına gelmez. Taraflar dava şartı arabuluculuk bakımından arabuluculuk sürecine devam edip etmemede ve bir anlaşmaya varıp varmama hususunda serbestirler. Arabulucu sözleşmesi bakımından tarafların irade serbestisi halen devam etmektedir. Dava şartı arabuluculuk süreci bakımından da arabulucu seçimi öncelikle tarafların iradesine tabi tutulmuştur. HUKUK m. 24/1 uyarınca taraflar listede yer alan bir başka arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları halinde söz konusu hususu belgeleyen bir tutanakla beraber tarafların süreci yönetmesini arzu ettikleri arabulucunun Adliye Arabuluculuk Bürosuna bildirim yapmasıyla birlikte söz konusu arabulucu görevlendirilmiş olur ve taraflar arasındaki arabulucu sözleşmesi böylelikle kurulmuş olur. Unutulmamalıdır ki; tarafların arabuluculuk listesinde yer alan arabulucular dışında bir başka arabulucunun süreci yönetmesi hususunda anlaşması halinde tarafların dava şartı arabuluculuk yöntemini terk ederek ihtiyari arabuluculuk yöntemiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri mümkündür. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk bakımından da bir özel hukuk sözleşmesi olan

arabulucu sözleşmesinin ve söz konusu sözleşmenin arabulucu tarafından ihlali halinde özel hukuktan doğan yaptırımların dava şartı arabuluculuk bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz.

Arabulucunun hukuki sorumluluğu arabuluculuk sözleşmesinin ihlali veya ifa edilmemesi nedeniyle, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk sebebiyle, vekaletsiz işgörme, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden dolayı ortaya çıkabilir. Kişilik hakkı ve içerdiği değerler sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğu için kişilik hakkı ve içerdiği değerlere aykırı arabulucu sözleşmesi yapılamaz. Bu nedenle TMK m. 23/2 uyarınca çözüm ortaklığı tarafları arabulucu ile yaptıkları arabulucu sözleşmesinde özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi bu özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamazlar.

Arabulucunun tek bir zarar verici olay ile hem sözleşme sorumluluğunun hem de sözleşme dışı sorumluluğunun bir ya da birkaçının aynı anda doğması halinde sorumluluk taleplerinin yarışması söz konusu olur. Bu çerçevede zarar gören çözüm ortaklığı taraf veya tarafları tazminat talebini dilerse sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine göre dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilir. Öğretide haksız fiil sorumluluğuyla sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin aynı olay bakımından uygulanabileceği durumlarda kural olarak sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır Özellikle haksız fiil sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk, özen sorumluluğu halleri ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleriyle yarışması mümkündür. Arabuluculuk süreci bakımından özellikle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler ile haksız fiile ilişkin taleplerin aynı anda ileri sürülmesine dikkat edilmesi gerekir. Böyle bir durumda bu taleplerden yalnız birinin seçilerek bunun ileri sürülmesi mümkün olur. Sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerinin aynı olay için aynı anda ileri sürülmesi mümkün olmayacağı için yine böyle bir durumda ilgili bu taleplerden kendisi lehine olanı ileri sürmelidir. Arabuluculuk süreci bakımından özellikle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler ile haksız fiile ilişkin taleplerin aynı anda ileri sürülmesine dikkat edilmesi gerekir. Böyle bir durumda bu taleplerden yalnız birinin seçilerek bunun ileri sürülmesi mümkün olur. Sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerinin aynı olay için aynı anda ileri sürülmesi mümkün olmayacağı için yine böyle bir durumda ilgili bu

taleplerden kendisi lehine olanı ileri sürmelidir. Belirtmek gerekir ki özellikle sözleşmenin ifasına ilişkin talep hakları sebepsiz zenginleşme talebini önler. Bu nedenle bu iki talep arasında yarışma söz konusu olmaz. Kötüniyetli vekaletsiz işgörmeye bakımından ise çoğunlukla kötüniyetli vekaletsiz işgören işini gördüğü tarafla mevcut hukuki ilişkinin dışına çıkararak onun hukuki alanından yararlandığı için her iki talebin aynı anda ileri sürülmesi teorik olarak mümkündür.

## KAYNAKÇA

- Aday, Nejat, Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından “Aynı İş” Olgusu ve Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri, *ERÜHFD*, 2015, C. 10 S. 2, s. 1-35.
- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 4. B., İstanbul: Vedat, 2016.
- Akipek, Şebnem, *Alt Vekalet*, Ankara: Yetkin, 2003.
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 1. C., 18. B, İstanbul: Beta, 2022.
- Albrecht, Britta, *Mediation im Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht und Betriebsverfassungsrecht*. Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 21. Frankfurt am Main: P. Lang, 2001.
- Antalya, Osman Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: V/1,2, 2. B., Ankara: Seçkin, 2019.
- Arabuluculuk Temel Eğitim Kitabı*, 3. B., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, (Ed.:Yeşilirmak, Ali / Kekeç, Elif Kısmet/Bulur, Alper), 2021.
- Aral, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara: Yetkin, 2011.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. B., Ankara: Yetkin, 2023.
- Arkan Akbıyık, Azra, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul: Alfa, 1999.
- Arslanlı, Halil, *Kollektif ve Komandit Şirketler*, 2. B., İstanbul: Halil Akgün Matbaası, 1960.
- Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara: Turhan, 2007.

- Atlan, Hülya, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul: On İki Levha, 2015.
- Aybay, Mehmet Erdem, *Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini (Bir Tazminat Türü Olarak)*, İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Ayrancı, Hasan, *Ön Sözleşme*, Ankara: Yetkin, 2006.
- Azıklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2018.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. B., İstanbul: Beta, 2022.
- Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. B., İstanbul: Vedat, 2016.
- Baş Süzel, Ece, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, İstanbul: On İki Levha, 2015.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, 2004.
- Baygın, Cem, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, *AÜEHFD*, 2000, C.IV, S. 12, ss. 345-377.
- Berger, Bernhard / Kellerhals, Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. 3. Aufl., Berne: Stämpfli Publishers, 2015.
- Bertolino, Camilla, *Der Mediationsvertrag-Die Vertragsbeziehungen zwischen Mediator und Medianten und ihre Gestaltung*, Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, 2020.
- Biçkin, İnci, Genel Olarak Uyuşmazlık Çözümü, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, C. 2 S. 7, ss. 34-39.
- Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine / Redfern, Alan/Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Edition, Oxford: Oxford Press, 2015.
- Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ed.: Öz, Turgut), Ankara: Seçkin, 2023.
- Bozkurt, Tamer, *Şirketler Hukuku*, 15. B., Ankara: Yetkin, 2023.

- Börü, Levent, Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler, *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, (Ed.: Gökalp Alıca, Süheyla Suzan/Basa, Necdet), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019, ss. 1043-1062.
- Börü, Levent / Parlak Börü, Şafak, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2022.
- Breidenbach, Stephan, *Mediation Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln: Otto Schmidt, 1995.
- Bulur, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, C. 65 S. 4, ss. 30-36.
- Buz, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara: Yetkin, 1998.
- Buz, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, *Prof. Dr. Rona Serozan 'a Armağan*, C.I, İstanbul: On İki Levha, 2010, ss.611-662
- Canarşlan, Gökçe, *Adi Ortaklıkta Ortakların Birbirine Karşı İç İlişkideki Borçlar*, 2. B., İstanbul: Vedat, 2021.
- Çaptuğ, Mehpere, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabulucunun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 33 S. 157, 2021, ss. 295-315.
- Çiftçi, Tuğba, *Adi Ortaklık ile İlgili Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Ankara: Adalet, 2021.
- Çilingirtürk, A. Mete, Hukuk Muhakemelerinde Dava ve Mahkeme Sayılarının Öngörüsüne İlişkin Model, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, C. 17 S. 54, ss. 33-50.
- Demir, Mehmet, Hâkimin Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Tazminat Davası, *EBYÜHFD* 2003, C. 7 S. 3-4, ss. 805-861.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Ankara: Yetkin, 2009.



- Deren Yıldırım, Nevhis, 'Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri', *Ankara Barosu Dergisi*, 2002, C. 60 S. 4, ss. 37-44.
- Derendinger, Peter, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, 2. Aufl., Freiburg: Universitätsverlag, 1990.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku*, 19. B., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Dür, Orhan, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. B., Ankara: Adalet, 2018.
- Eiholzer, Heiner, *Die Streitbeilegungsabrede- Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation*, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1998.
- Ekmekçi, Ömer / Özekes, Muhammet / Atalı, Murat / Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. B. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Eminoğlu, Cafer / Erdoğan, Ersin, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Ankara: Adalet, 2020.
- Erdost, Bediray, *Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin, 2022.
- Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, *İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996)*, 3. B, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 63-86.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. B, Ankara: Yetkin, 2021. (Borçlar Özel)
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. B., Ankara: Legem, 2023. (Borçlar Genel)
- Ermenek, İbrahim, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Ankara: Yetkin, 2021.

- Fankhauser-Lobsiger, Lukas, *Mediationsrecht-Rechtsverhältnisse, Vertraulichkeit, Neutralität, Freiwilligkeit, Haftung*, Bern: Berner Fachhochschule, 2014.
- Fellman, Walter, *Art. 394-406 OR. Der einfache Auftrag*, Berner Kommentar, Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Zürich: Stämpfli, 1993.
- Fischer, Konrad, Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?, *SZW*, 2005, C. 93 S. 1, ss. 79-83.
- Fiş Üstün, Gül, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *MÜHFHAD*, C. 26 S. 1, 2020, ss. 13-23.
- Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2018.
- Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, J. / Emmenegger, S., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Zürich: Schulthess, 2020.
- Gemicioğlu, Bora, *Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil*, İstanbul: Vedat, 2022.
- Goetz, Marc L., “Anwaltliche Mediation”-eine originär anwaltliche Tätigkeit?“, *AJP* 2005, H. 3, ss. 281-287.
- Görgün, L Şanal / Börü, Levent / Kodakoğlu, Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2021.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, 3. B., Bursa: Ekin, 2019.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 9. B., Ankara: Turhan, 2017.
- Gschnitzer, Frank, *Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts*, Wien: Springer Vienna, 1963.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul: Beta, 2001. (Özen)

- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, İstanbul: Vedat, 2010. (2010)
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. B., C. II, İstanbul: Vedat, 2014. (2014)
- Gümüş, Mustafa Alper/Eren Gümüş, Aynur, Psikolojik Danışmanın Psikolojik Danışma Sözleşmesine Dayalı Hukuksal Sorumluluğu, *Psikolojik Danışmada Etik ve Hukuk*, 3. B., (Ed.: Eren Gümüş, Aynur/Gümüş, Mustafa Alper), İstanbul: On İki Levha, 2020, ss. 65-100.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin, 2021.(Genel Hükümler)
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10. B., Ankara: İmaj, 2015.
- Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Habscheid, Edgar J., “Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis, *AJP 2001*, H. 8, ss. 938-945.
- Hagel, Ulrich: *MediationsG § 1 MediationsG Begriffsbestimmungen*, Mediationsgesetz, 2. Aufl., (Hrsg.: Klowait, Jürgen /Gläßer, Ulla), Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Handbuch Mediation* (Hrsg: Haft, F./Schlieffen, K./Bamberger, H.), 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2016.
- Hartmann, Christoph, § 44 *Sicherung und Vertraulichkeit*, Handbuch Mediation-Methoden und Technik Rechtsgrundlagen Einsatzgebiete, 3. Aufl, (Ed: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina), München: C. H. Beck, 2016.
- Hehn, Marcus: § 4 *Mediation im agrarrechtlichen Kontext*, Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht, 3. Aufl., (Hrsg.: Dombert, Matthias / Witt, Karsten), Münih: C.H. Beck, 2022.

- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2019
- Kalpsüz, Turgut, *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları*, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996), 3. B, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 339-379. (İnşaat)
- Kalpsüz, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. B., Ankara: Yetkin, 2010. (Tahkim)
- Kaplan, Yavuz, Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, C. 28 S. 1-2, ss. 115-146.
- Kaya, Talat, Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25 S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 979-1008.
- Kayıhan, Şaban / Selanik, Atakan Adem, *Sigorta Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Ankara: Seçkin, 2022.
- Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. B., Ankara: Adalet, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan, 2020.
- Kırca, Çiğdem, *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Ankara: BTHAE, 2004.
- Kıyak, Emre, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, Ankara: Seçkin, 2018.
- Koçyiğit, İlker / Bulur, Alper, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.

- Kurt, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, *AÜHFD*, 2015, C. 64 S. 3, ss. 775-814. (Zararı Azaltma)
- Kurt, Leyla Müjde, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)*, Ankara: Yetkin, 2016. (İmkânsızlık)
- Kuru, Baki/Aydın, Burak, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, 2. B, Ankara: Yetkin, 2021.
- Kuru, Baki/Aydın, Burak, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. B., Ankara: Yetkin, 2021.
- Küçükgüngör, Erkan, Spor Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22 S. 14, ss. 47-55.
- Liatowitsch, Peter, Die Bedeutung des Rechts in der Mediation oder: wie viel Recht erträgt die Mediation?, *Anwaltsrevue*, 2000, C. 3 S. 4, ss. 4-14.
- Medeni Usul Hukuku*, C. I, 15. B., (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. B., (Ed.: Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine/Taşkorkmaz, Hülya), İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Mediationsgesetz Handkommentar*, (Hrsg.:Jürgen Kloweit/Ulla Gläßer) 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2018.
- Metiner, Ali Akın, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İşgörenden Fikri Hakların İhlali Nedeniyle Elde Ettiği Kazancın İadesi Talebi*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015.
- Meyer, Valerie, *Court-connected Alternative Dispute Resolution: amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven*, Zürich: Schultess, 2005.
- Müller, Sebastian, *Antizipierter Vertragsbruch*, Zürich: Schulthess, 2021.
- Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Nurseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1*, 4. B, İstanbul: Beta, 2013.

- Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. B., İstanbul: Beta, 2015.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 17. B., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C I*, İstanbul: Vedat, 2023. (C I)
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C II*, İstanbul: Vedat, 2020. (C II)
- Oral, Tuğçe, “Niyet Mektubu”, *TAAD*, C. 7 S. 28, 2016, ss. 145-171. (Niyet Mektubu)
- Oral, Tuğçe, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, İstanbul: On İki Levha, 2018. (Manevi Zarar)
- Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. B., Ankara: Yetkin, 2022.
- Özcan Büyüktanır, Burcu Gülseren, “İlaç Patenti Sahibinin İlacın Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 71 S. 2, 2012, ss. 121-147.
- Özmumcu, Seda, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. B., İstanbul: On İki Levha, 2013. (Uzak Doğu)
- Özmumcu, Seda, “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan. C. II*, (Ed.: Hanağası, Emel/Göksu, Mustafa), Ankara: Yetkin, 2015, ss. 1275-1300. (Usuli Adalet)
- Özmumcu, Seda, *Arabuluculuk Modelleri*, İstanbul: On İki Levha, 2021. (Arabuluculuk Modelleri)
- Parlak, Şafak / Börü, Levent, “Alt Vekalet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 23 S. 96, 2011, ss. 17-48.


- Proksch, Stephan, *Mediation-Die Kunst der professionellen Konfliktlösung*, Wiesbaden: Springer Gabler, 2018.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. B., İstanbul: Vedat, 2021.
- Roberto, Vito, *Schadensrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1997.
- Sommer, Martin, *Die Haftung des Mediators unter besonderer Berücksichtigung seiner Position als Vertragsgestalter*, Karl-Franzens-Universität Graz Rechtswissenschaftliche Fakultät, Yayınlanmamış Lisans Tezi, Graz 2008.
- Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara: Yetkin, 2008. (Adi Ortaklık)
- Şener, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 5. B., Ankara: Seçkin, 2022. (Ders Kitabı)
- Serozan, Rona: Sözleşme İlişkinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Armağanı*, Ankara: Seçkin, 2004, ss. 195-207.
- Serozan, Rona / Baysal, Başak / Sanlı, Kerem Cem, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Şit, Banu, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara: İmaj, 2005.
- Şit Köşgeroğlu, Banu, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, Ankara: Adalet, 2020.
- Schweizerisches Zivilprozessrecht: mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, (Hrsg.: Baumgartner, Samuel P./Dolge Annette/Markus, Alexander R./Spühler, Karl/Vogel, Oscar), 10. Auf., Bern: Stämpfli Verlag, 2018.
- Sungurbey, Ayfer Kutlu, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo*, İstanbul: Yasa Yayınları, 1988.

- Taşkın, Alim, *Hakem Sözleşmesi*, 2. B. Ankara: Turhan, 2005.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. B., İstanbul: Vedat, 2010.
- Tanrıver, Süha, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*, Ankara: Yetkin, 2023. (Alternatif)
- Tanrıver, Süha, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2022. (Arabuluculuk)
- Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku C-I*, Ankara: Yetkin, 2018. (Medeni Usul I)
- Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku C-II*, Ankara: Yetkin, 2021. (Medeni Usul II)
- Taşpolat Tuğsavul, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin, 2012.
- Ulrici, Bernhard, Mediationsgesetz §§ 1-9, *Münchener Kommentar zu ZPO*, Band I, 6. Aufl., München: C.H. Beck, (Hrsg.: Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas), 2020.
- Uzman Arabuluculuğa Giriş Kitabı*, (Ed.: Akipek Öcal, Şebnem) Ankara: Avrupa Konseyi, 2023.
- Weber, Klaus, vd. *Rechtswörterbuch*, 24. Aufl., München: C.H. Beck, 2022, 'Mediator' ([https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcre\\_27%2Fcont%2Fcre.mediator.htm&pos=3&hlwords=on](https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Flex%2Fcre_27%2Fcont%2Fcre.mediator.htm&pos=3&hlwords=on), s.e.t. 14.06.2022).
- Weigel, Sasha: *Warum jetzt Mediation?! Eine interdisziplinäre Erörterung eines zeitgeschichtlichen Phänomens*, Mediation als Wissenschaftszweig-Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität, (Hrsg.: Kriegel-Schmidt, Katharina), Wiesbaden: Springer, 2017, ss. 143-159.
- Wiegand, Wolfgang, Zur Haftung für Dienstleistungen, Urteilsanmerkung Zivilrecht zu BGE 115 II 62 ff, *Recht:: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 1990, ss.134-140.
- Yalman, Süleyman, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara: Seçkin, 2006.



- Yazıcı Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: On İki Levha, 2013. (Gizliliğin Korunması)
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. B., (Yayına Hazırlayanlar: Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak), C II, İstanbul: Beta, 2022.
- Yeşilirmak, Ali, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun Milletlerarası Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu, *MIHDER* 2007/1, S.6, s. 85-89.
- Yılmaz, Ejder, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (Ed: Pekcanitez, Hakan), Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, ss. 843-856.
- Yılmaz, Ejder / Arslan, Ramazan / Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 7. B, Ankara: Yetkin, 2021.
- Yüksel, Sera Reyhani, “Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *MÜHFHAD*, C. 22 S. 3, 2016, ss. 2435-2451.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. B., İstanbul: Vedat, 2021.
- Ziegler, Ole, § 44 Mediation, *Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht*, 5. Aufl., (Hrsg.Plagemann, Hermann), München: C.H. Beck, 2018.
- Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, *SÜHFD*, C. 29 S. 4, 2021, ss. 3383-3417.

## EK-1. ORJİNALLİK RAPORU

	<b>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ</b> <b>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</b>	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-21
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.01.2023
	<b>FRM-DR-21</b> <b>Doktora Tezi Orijinallik Raporu</b> <i>PhD Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA**

Tarih: 25/06/2024

Tez Başlığı ARABULUCUNUN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)\*: MEDIATOR'S LIABILITY ARISING FROM PRIVATE LAW

Yukarıda başlığı verilen tezimin a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 233 sayfalık kısmına ilişkin, 15/04/2024 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 15 'dir.

Uygulanan filtrelemeler\*\*:

- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- Kaynakça hariç
- Alıntılar hariç
- Alıntılar dâhil
- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tezimin herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Ali Akın METİNER


Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Ali Akın METİNER	
	Öğrenci No	N14243105	
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk	
	Programı	Özel Hukuk-Doktora	
	Statüsü	Doktora	x

**DANIŞMAN ONAYI**

UYGUNDUR.  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

\*Tez Almanca veya Fransızca yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

\*\*Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları ikinci bölüm madde (4)'3'te de belirtildiği üzere: Kaynakça hariç, Alıntılar hariç/dahil, 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 5 words) filtreleme yapılmalıdır.

	<b>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ</b> <b>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</b>	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-21
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.01.2023
	<b>FRM-DR-21</b> <b>Doktora Tezi Orijinallik Raporu</b> <i>PhD Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

**TO HACETTEPE UNIVERSITY**  
**GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES**  
**DEPARTMENT OF PRIVATE LAW**

Date: 25/06/2024

Thesis Title (In English): MEDIATOR'S LIABILITY ARISING FROM PRIVATE LAW

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 15/04/2024 for the total of 233 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled above, the similarity index of my thesis is 15 %.

Filtering options applied\*\*:

- Approval and Declaration sections excluded
- References cited excluded
- Quotes excluded
- Quotes included
- Match size up to 5 words excluded

I hereby declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Ali Akın METİNER

<b>Student Information</b>	<b>Name-Surname</b>	Ali Akın METİNER		
	<b>Student Number</b>	N14243105		
	<b>Department</b>	Private Law		
	<b>Programme</b>	Doctor of Philosophy in Private Law – PhD		
	<b>Status</b>	PhD	<input checked="" type="checkbox"/>	Combined MA/MSc-PhD

**SUPERVISOR'S APPROVAL**

APPROVED  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

\*\*As mentioned in the second part [article (4)/3 ]of the Thesis Dissertation Originality Report's Codes of Practice of Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, filtering should be done as following: excluding reference, quotation excluded/included, Match size up to 5 words excluded.

## EK-2. ETİK KURUL İZİN FORMU

	<b>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ</b> <b>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</b>	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-12
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	<b>FRM-DR-12</b> <b>Doktora Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu</b> <i>Ethics Board Form for PhD Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

<b>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ</b> <b>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</b> <b>ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA</b>	
Tarih: 25/06/2024	
Tez Başlığı ARABULUCUNUN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞU Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*MEDIATOR'S LIABILITY ARISING FROM PRIVATE LAW	
Yukarıda başlığı verilen tez çalışmam:	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır.</li> <li>2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.</li> <li>3. Beden bütünlüğüne veya ruh sağlığına müdahale içermemektedir.</li> <li>4. Anket, ölçek (test), mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme gibi teknikler kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen araştırma niteliğinde değildir.</li> <li>5. Diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri kullanımını (kitap, belge vs.) gerektirmektedir. Ancak bu kullanım, diğer kişi ve kurumların izin verdiği ölçüde Kişisel Bilgilerin Korunması Kanuna riayet edilerek gerçekleştirilecektir.</li> </ol>	
Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.	
Gereğini saygılarımla arz ederim.	
Ali Akın METİNER	

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Ali Akın METİNER	
	Öğrenci No	N1423105	
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk	
	Programı	Özel Hukuk-Doktora	
	Statüsü	Doktora <input checked="" type="checkbox"/>	Lisans Derecesi ile (Bütünlük) Dr <input type="checkbox"/>

**DANIŞMAN ONAYI**

UYGUNDUR.  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

\* Tez Almanca veya Fransızca yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

	<b>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ</b> <b>SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ</b>	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-12
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	<b>FRM-DR-12</b> <b>Doktora Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu</b> <i>Ethics Board Form for PhD Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

<b>HACETTEPE UNIVERSITY</b> <b>GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES</b> <b>DEPARTMENT OF PRIVATE LAW</b>	
Date: 25/06/2024	
ThesisTitle (In English): MEDIATOR'S LIABILITY ARISING FROM PRIVATE LAW	
My thesis work with the title given above:	
<ol style="list-style-type: none"> <li>Does not perform experimentation on people or animals.</li> <li>Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).</li> <li>Does not involve any interference of the body's integrity.</li> <li>Is not a research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from the participants by using techniques such as survey, scale (test), interview, focus group work, observation, experiment, interview.</li> <li>Requires the use of data (books, documents, etc.) obtained from other people and institutions. However, this use will be carried out in accordance with the Personal Information Protection Law to the extent permitted by other persons and institutions.</li> </ol>	
I hereby declare that I reviewed the Directives of Ethics Boards of Hacettepe University and in regard to these directives it is not necessary to obtain permission from any Ethics Board in order to carry out my thesis study; I accept all legal responsibilities that may arise in any infringement of the directives and that the information I have given above is correct.	
I respectfully submit this for approval.	
Ali Akın METİNER	

<b>Student Information</b>	Name-Surname	Ali Akın METİNER	
	Student Number	N14243105	
	Department	Private Law	
	Programme	Doctor of Philosophy in Private Law-PhD	
	Status	PhD <input checked="" type="checkbox"/>	Combined MA/MSc-PhD <input type="checkbox"/>

**SUPERVISOR'S APPROVAL**

APPROVED  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR