

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK
SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Onur İLHAN
174233001007

Danışman
Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Konya-2020



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Onur İLHAN
	Numarası	174233001007
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk/ Özel Hukuk
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐
	Tezin Adı	Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Onur İLHAN



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin	Adı Soyadı	Onur İLHAN	
	Numarası	174277001007	
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk	
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒	Doktora ☐
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Alper UYUMAZ	
	Tezin Adı	Türk Hukukunda Anabilmekle İlgili Sorunlar	

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Türk Hukukunda Anabilmekle İlgili Sorunlar başlıklı bu çalışma 03/01/2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Unvanı, Adı Soyadı	Danışman/Üye	İmza
Doç. Dr. Alper UYUMAZ	Danışman	
Dr. Öğr. Üyesi Banu BİLGE SARIHAN	Üye	
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAKOÇLU	Üye	

Not: Tezlerde ıslak imzalı suretleri yer almalıdır.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Onur İLHAN
	Numarası	174233001007
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk/ Özel Hukuk
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Alper UYUMAZ
	Tezin Adı	Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi

ÖZET

İnsanlık tarihi boyunca kişiler arasında uyuşmazlıklar hep var olmuştur. Bu uyuşmazlıkların çözümü kişilerin kendi haklarını kendilerinin alması olarak gerçekleşirken, toplum hâlinde yaşamaya başlanılması ve devlet kurumunun ortaya çıkmasıyla beraber uyuşmazlıkların çözümü devlet tarafından gerçekleştirilmiştir. Günümüzde ise, artan uyuşmazlık sayısı ve nüfusa bağlı olarak, mahkemeler ciddi bir iş yükü ile karşı karşıyadır. Aynı zamanda hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde yargının getireceği çözümün tatminkârlığı da sorgulanmaktadır. Bu sebeplerle yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sayesinde, daha hızlı, kalıcı ve tarafların menfaatine uygun çözümlere ulaşılabilmesi mümkündür.

Arabuluculuk yöntemi, en temel ve önemli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Türkiye’de arabuluculuk yöntemi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Türkiye Arabulucular Etik Kuralları çerçevesinde yürütülmektedir. Kanun ve Yönetmelik, bazı emredici düzenlemeler içerse de çoğunlukla düzenleyici hükümlerden oluşmaktadır. Bunun sebebi de, iradîlik unsurunun temel prensip olduğu arabuluculukta, taraflara serbestlik tanınarak çözüme ulaşılmasını kolaylaştırmaktır. Uyuşmazlığın tarafları, ilgili uyuşmazlığın çözümü için gerek arabulucuya başvururken kendi aralarında gerekse de başvurduktan sonra arabulucu ile aralarında sözleşme yaparak faaliyetin nasıl gerçekleştirileceğini kararlaştırabilirler.

Uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya başvururken kendi aralarında yaptıkları arabulucuya başvurma sözleşmesi ve arabuluculuk süreci başlarken arabulucu ile yaptıkları arabuluculuk sözleşmesi mevzuatta doğrudan düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla, isimsiz sözleşme olarak adlandırılabilen bu sözleşmelerin hukukî niteliği, kurulması, şekli, unsurları, taraflara sağladığı haklar ve yüklediği yükümlülüklerin tespit edilmesi gerekir.

Bu çalışmada, Kanun, Yönetmelik, Etik Kurallar, öğreti ve uygulama dikkate alınarak arabulucuya başvurma ve arabuluculuk sözleşmelerinin hukukî nitelikleri ve hükümleri tespit edilerek somutlaştırmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk, Arabulucuya Başvurma, Arabuluculuk Sözleşmesi, Arabulucu Sözleşmesi.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Onur İLHAN
	Numarası	174233001007
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk/ Özel Hukuk
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Alper UYUMAZ
	Tezin İngilizce Adı	Mediation Contract in Turkish Law

ABSTRACT

There have always been conflicts between people along history of humanity. While the settlement of these disputes was seen as vigilantism in primitive ages, the settlement of the disputes was the state with judicial power in the beginning of living in society and the emergence of the state institution. Nowadays courts are facing a serious workload due to the increasing number of disputes and the population. At the same time satisfaction of solution by judicial remedy are questioned in legal conflicts. For these reason, it is possible that more faster and more permanent solutions that are in the interest of the parties with alternative dispute resolution methods that are developing and becoming widespread.

Mediation method is one of the most base and important alternative dispute resolution methods. Mediation in Turkey, under the Code of Mediation in Dispute Law, Regulation and Rules of Turkey Mediators Model Ethic are carried out. Although there are some imperative provisions in the Law and Regulation, it contains mostly regulatory provisions. The reason for this is to simplify to reach a solution by enable the parties freedom of procedure in mediation where voluntariness is essential. The parties to the dispute may decide how the action will be carried out both by applying to the mediator among themselves and by concluding an agreement with the mediator for the settlement of the dispute.

The contract to apply for mediator that between the parties of the dispute to apply to the mediator between them when applying to the mediator and the mediation contract with the mediator at the beginning of the mediation process are not directly regulated in the Law. Therefore, the legal characteristic, establishment, form, elements, rights and obligations of the parties, which can be classified as an anonymous contract, should be determined.

In this study, the legal characteristic and provisions of contract to apply for mediator and mediation contract have been tried to be determined and concretization by considering the Law, Regulation, Ethical Rules, doctrine and practice.

Key Words: Alternative Dispute Resolution, Mediation, to Apply for Mediator, Mediation Contract, Mediator Contract.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	i
YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	4
I- ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ KAVRAMI.....	4
A) GENEL OLARAK	4
B) KAVRAM	6
II- ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ ÇEŞİTLERİ	11
A) MÜZAKERE (NEGOTIATION).....	11
B) ARABULUCULUK (MEDIATION).....	13
C) UZLAŞTIRMA (CONCILIATION)	14
D) TAHKİM (ARBITRATION)	18
E) ARABULUCULUK-TAHKİM (MEDIATION-ARBITRATION)	21
§ 2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK.....	22
I- ARABULUCULUK KAVRAMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	22
A) ARABULUCULUK KAVRAMI.....	22
B) ARABULUCULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ	26
II- ARABULUCULUĞUN ÖZELLİKLERİ	28
A) ARABULUCULUK SÜRECİNİN İRADÎ OLMASI	28

B) ARABULUCUNUN TARAFLARCA SEÇİLMESİ	30
C) MENFAAT TEMELLİ BİR YÖNTEM OLMASI.....	34
D) KAZAN/ KAZAN ŞEKLİNDE BİR SONUCA ELVERİŞLİ OLMASI	35
E) GİZLİLİK ESASINA DAYALI BİR YÖNTEM OLMASI	36
F) DAHA AZ ZAMAN VE DAHA AZ MASRAFLAR HARCANAN BİR YÖNTEM OLMASI	40
G) TARAFLARIN GELECEKTEKİ İLİŞKİLERİNİ KORUMASI ...	42
H) SÜRECİN ESNEK OLMASI.....	43
III- ARABULUCULUĞUN ÇEŞİTLERİ.....	45
A) İHTİYARÎ ARABULUCULUK	45
B) DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK	46
IV- ARABULUCUYA BAŞVURMA USULÜ	51
A) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA BAŞVURMA USULÜ	51
B) DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUKTA BAŞVURMA USULÜ	53

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİ

§ 4. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	56
I- ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	56
II- ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	58
§ 5. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE ŞEKLİ.....	66
I- KONUSU.....	66
II- ŞEKLİ.....	70
§ 6. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	72
I- SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	72
II- İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI	74

A) SÖZLEŞMENİN ESASLI UNSURLARI.....	74
B) SÖZLEŞMENİN YAN (TALÎ-İKİNCİL) UNSURLARI.....	77
III- DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUKTA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI.....	79
IV- İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI	80
§ 7. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ	81
I- GENEL OLARAK.....	81
II- TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI	83
A)UYUŞMAZLIĞIN VARLIĞI HÂLİNDE ARABULUCUYA BAŞVURMA HAKKI.....	83
B)ARABULUCULUK YÖNTEMİNE BAŞVURU YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	85
1. İhtiyarî Arabuluculukta Yönteme Başvuru Yükümlülüğü.....	85
2. Dava Şartı Olan Arabuluculukta Yönteme Başvuru Yükümlülüğü.....	87
§ 8. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK	88
I- GENEL OLARAK.....	88
II-TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ	90
A) BORCUN HİÇ İFA EDİLMEMESİ	90
1. İmkânsızlık.....	90
2. Temerrüt.....	94
B) BORCUN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ.....	104
1. Genel Olarak	104
2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları (Akdî Sorumluluk)	106
a) Borca Aykırı Bir Davranışın Varlığı.....	106
b) Bir Zararın Doğmuş Olması.....	106
c) Borçlunun Kusurlu Olması.....	108

d) İlliyet Bağı.....	110
3. Tazminat	111
§ 9. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	113
I- İFA.....	113
II- TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ, YA DA İFLÂSİ SEBEBİYLE SONA ERME	115
III- BOZUCU KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİ	117
IV- TARAFLARIN ANLAŞARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ (BOZMA SÖZLEŞMESİ)	119
V- DÖNME	121
VI- İPTAL	122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

§ 10. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ	124
I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	124
II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	125
A) HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	127
B) ESER SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	129
C) VEKÂLET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	130
§ 11. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE ŞEKLİ	140
I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU	140
II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	143
§ 12. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....	144
I- SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	144
II- SÖZLEŞMENİN UNSURLARI	146
A) SÖZLEŞMENİN ESASLI UNSURLARI.....	146
B) SÖZLEŞMENİN YAN (TALÎ-İKİNCİL) UNSURLARI.....	148

III- İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI.....	150
§ 13. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ.....	152
I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLAR VE BORÇLAR.....	152
A) ARABULUCUNUN HAKLARI	152
1. Arabuluculuk Unvanını Kullanma Hakkı	152
2. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı	152
3. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı	157
4. Resmî Mercilerden Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı.....	159
B) ARABULUCUNUN BORÇLARI	160
1. Müzakereleri Sevk ve İdare Etme Borcu	160
2. Müzakerelerin Sonucunu Belgeleme Borcu	162
a) Müzakerelerin Olumlu Sonuçlanması Hâlinde	162
b) Müzakerelerin Olumsuz Sonuçlanması Hâlinde.....	164
3. Görevini Özenle ve Şahsen Yerine Getirme Borcu	165
4. Tarafsız Olma Borcu.....	168
5. Bilgilendirme ve Aydınlatma Borcu.....	174
6. Sır Saklama Borcu	179
a) Sır Saklama Borcunun Açıkça Düzenlenmiş Olması Hâli.....	180
b) Sır Saklama Borcunun Açıkça Düzenlenmemiş Olması Hâli	182
7. Beyan ve Belgeleri Kullanmama Borcu	183
C) TARAFLARIN HAKLARI.....	184
1. Arabulucudan Faaliyette Bulunmasını Talep Etme Hakkı	184
2. Sürece Bizzat veya Vekil Aracılığıyla Katılabilme Hakkı	186
3. Müzakerelerin Sonucunun Arabulucu Tarafından Belgelenmesini Talep Hakkı	187
D) TARAFLARIN BORÇLARI	187
1. Ücret Ödeme Borcu	187

2. Sürece Katılma Borcu	190
3. Sır Saklama Borcu	192
a) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmiş Olma Hâli.....	192
b) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemiş Olma Hâli	193
4. Gider ve Avansları Ödeme Borcu.....	193
5. Arabulucunun İfa Sebebiyle Uğradığı Zararları Tazmin Etme Borcu	193
§ 14. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK.....	195
I- GENEL OLARAK.....	195
II-TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ	196
A) BORCUN HİÇ İFA EDİLMEMESİ	196
1. İmkânsızlık.....	196
2. Temerrüt.....	198
B) BORCUN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ.....	205
1. Genel Olarak	205
2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları	207
a) Borca Aykırı Bir Davranışın Varlığı	207
b) Bir Zararın Doğmuş Olması.....	208
c) Borçlunun Kusurlu Olması.....	210
d) İlliyet Bağı.....	211
C) HÜKMÜ	212
1. Uyuşmazlığın Tarafları Açısından.....	212
2. Arabulucunun Açısından	214
a) Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu	214
b) Arabulucunun İdarî Sorumluluğu	215

c) Arabulucunun Cezaî Sorumluluğu	215
§ 15. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	216
I- İFA.....	216
A) TARAFLARIN ANLAŞMAYA VARMA Sİ HÂLİ	216
B) TARAFLARIN ANLAŞMAYA VARAMAMASI HÂLİ.....	219
II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ARABULUCU VEYA TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ YA DA İFLÂSİ SEBEBİYLE SONA ERMESİ.....	220
III- BOZUCU KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİ VEYA SÜRENİN DOLMASI	224
IV- TARAFLARIN ANLAŞARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ (BOZMA SÖZLEŞMESİ)	226
V- FESİH.....	227
VI- İPTAL	231
SONUÇ.....	233
KAYNAKÇA.....	238
EKLER.....	256

KISALTMALAR

ArAÜT.	: Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
Akt.	: Aktaran
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
DÜHFD.	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Et:	: Erişim Tarihi
EÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HPD.	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAK.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İSGHD.	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İşMK.	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MİHBİR.	: Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği
MİHDER.	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
p.	: page
s.	: sayfa
SDÜ.	: Süleyman Demirel Üniversitesi
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TAEK.	: Türkiye Arabulucular Etik Kuralları
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay

GİRİŞ

Kişiler arasındaki uyuşmazlıklar insanlığın ilk çağlarından beri süregelen bir olgudur. Uyuşmazlıkların çözümü, bir devlet otoritesi kurulmadan önce ya toplumun ileri gelenleri tarafından ya da kişilerin kendi haklarını kendileri alacak şekilde çözülmüştür. Devletlerin varlığıyla beraber uyuşmazlıkların çözümü devletin hakkı ve görevi hâline gelmiş, yargılama gücü sayesinde kişiler arasındaki sorunlar da mahkemeler tarafından çözülmeye başlanmıştır. Uyuşmazlık çözümünde en temel ve doğal yol olan yargı yoluna başvuru, günümüzdeki uyuşmazlık sayısı ve türündeki artış, kişiler arası medenî ve ticarî ilişkilerin daha karmaşık bir hâle gelişi ve yargının artan iş yüküne bağlı olarak oldukça geç sonuçlanan davalar insanları farklı çözüm arayışlarına itmektedir. Bu sebeple insanlığın geçmişte de kullandığı arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim, müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanımı dünya çapında gündeme gelmiş ve birçok ülkede bu yöntemlerin kullanımı ve yaygınlaştırılması için çalışmalar yapılmıştır. Özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminin bu yöntemlere verdiği önem ve kullanımına tanındığı imkân, Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkeler tarafından da takip edilmekte ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaştırılması çalışmaları hızla devam etmektedir.

Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en tipik ve temel olan bir yöntemdir. Zira, tamamen uyuşmazlığın taraflarının iradesine dayanan ve gizliliğin esas olduğu bir yöntem olan arabuluculukta, arabulucu uyuşmazlığın çözümü için tarafların iletişimini kolaylaştırmakta ve gerekirse çözüm önerilerinde bulunabilmektedir. Türkiye’de arabuluculuk faaliyeti 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu esas alınarak yürütülmektedir. İş hukuku ve ticaret hukuku kapsamındaki bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunlu iken, geri kalan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olanlarında arabuluculuk yöntemini kullanmak tamamen ihtiyarîdir. Bu çalışmada, ihtiyarî arabuluculuk esas alınarak arabuluculuk sözleşmesi incelenmiş olup, yer yer dava şartı olan arabuluculuğa da değinilmiştir.

İhtiyarî arabuluculukta uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmayı kararlaştırabilirler. Öğretide uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya başvurma konusunda aralarında yaptıkları sözleşme “arabuluculuk sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Sürecin devamında arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşme ise “arabulucu sözleşmesi” olarak ifade edilmektedir. Bu çalışmada, uyuşmazlığın tarafları arasında arabuluculuk yöntemini kullanmak amacıyla yapılan sözleşmeye “arabulucuya başvurma sözleşmesi”, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşmeye ise “arabuluculuk sözleşmesi” adlandırması yapılmıştır. Zira, öğretide genel olarak kabul gören arabulucu-

luk ve arabulucu sözleşmesi kavramları karıştırılmaya müsait görünmektedir. Ayrıca, bir avukatın müvekkiliyle yaptığı sözleşme “avukatlık sözleşmesi” olarak adlandırılırken, benzer şekilde bir vekâlet niteliği gösteren arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılmış olan sözleşmeye de “arabuluculuk sözleşmesi” isimlendirmesi yapmak kabul edilebilir¹. Uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında arabulucuya başvurmak amacıyla yaptıkları sözleşme de “arabulucuya başvurma sözleşmesi” olarak ifade edilebilir. Böylece, uyuşmazlık taraflarının kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile arabulucu ve uyuşmazlık tarafları arasında yapılan sözleşmenin ismen karıştırılma ihtimali de en aza indirgenmiş olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan bir sözleşme olup, bazı hükümleriyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda düzenlense de, tipik bir isimli sözleşme olmayıp, ayrıntılı düzenlemelerden yoksundur. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesi ile ilgili boşlukların nasıl doldurulacağı sorunu önemli bir husustur. İsimsiz bir sözleşmedeki boşlukların tamamlanmasında, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Arabuluculukla ilgili yazılan diğer çalışmalarda daha çok arabuluculuğun usulü, sürecin işleyişi ve sona ermesi gibi hususlar incelenmiştir. Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği ve arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarının hakları ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde incelenmemiştir. Maddî hukuk ve usul hukukunu ilgilendiren arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği bu çalışmada tespit edilmeye çalışılmaktadır. Vekalet sözleşmesine benzeyen arabuluculuk sözleşmesine, TBK.m.502/II gereğince vekaletle ilişkin hükümler, arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesinin TBK.m.502/II anlamında isimsiz bir işgörme sözleşmesi olup olmadığı, bu hükümlerin genel hükümlerden önce mi sonra mı uygulanacağı, arabuluculuk sözleşmesinde boşluk olması hâlinde bu boşluğun tamamlanmasında faydalanılacak hükümler tespit edilirken izlenecek sıra ve arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarının hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu bu çalışmanın esas konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışmada, arabuluculuk sözleşmesi ağırlıklı olarak maddî hukuk boyutuyla ele alınacak olup, arabuluculuğun usulü, sürecin işleyişi ve sona ermesi gibi hususlar diğer çalışmalarda incelendiğinden, bu hususlara sadece gerektiği kadar yer verilecektir. Ayrıca, çalışmanın konusunu ihtiyarî arabuluculuk kapsamındaki arabuluculuk sözleşmesi oluşturduğundan, dava şartı olan arabuluculukla ilgili sadece genel bilgiler verilecek ve gerektiğinde bu konuyla ilişkilendirmeler yapılacaktır.

¹ Bir diğer örnek olarak gösterilebilecek sözleşme, simsarın taraflarla yaptığı “simsarlık sözleşmesi”dir (TBK.m.520).

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bahsedilmiş ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk kavramı, niteliği, özellikleri incelenmiştir. İlk bölümdeki son paragrafta, ihtiyarî ve dava şartı olan arabuluculukta, arabulucuya başvurma usulüne değinilmiştir. İkinci bölüm altı paragraftan oluşmaktadır. Bu bölümde arabulucuya başvurma sözleşmesi; tanımı, konusu, şekli, hukukî niteliği, kurulması, hükümleri, sorumluluk ve sona ermesi yönünden incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, ikinci bölümdeki sıralama ve sistematik takip edilerek arabuluculuk sözleşmesi ele alınmıştır. Çalışmanın esas konusunu içeren bu bölüm altı paragraftan oluşmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

I- ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Toplumsal hayatta, kişiler arasında, çeşitli konularda kaçınılmaz bir şekilde uyuşmazlıklar meydana gelmektedir. Hukuk sistemleri, toplumsal hayatın kurallarını belirleyip ortak yaşamın sorunsuz sürdürülebilmesini sağlamaya çalışırken, bir yandan da ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmeyi hedeflemektedir. Devletler, gerek kişilerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklarda, gerekse bizzat kendi organları olan idare ile kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda, sorunların çözümü için yargılama yetkisine dayanarak mahkemeler kurmuşlardır. Devlet, yargılama yetkisini mahkemeler aracılığıyla kullanır. Devletin egemenliğinin mutlak bir göstergesi olan yargılama yetkisi, başka bir kişi, kurum ya da organa devredilemez. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesine göre, "Türk Milleti adına yargı yetkisi, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır". Ayrıca, yargılama yetkisinin işlerlik kazanması ve kişilerin, sahip oldukları hakları koruyabilmesi adına, Anayasa'nın 36. maddesinde, "hak arama hürriyeti" düzenlenmiştir. Buna göre, herkes, davacı ya da davalı olarak, iddia ve savunmalarını, meşru vasıtalarından faydalanarak yargı mercileri önünde ileri sürebilir ve adil yargılanma hakkına da sahiptir. Bu hükümler göstermektedir ki, herhangi bir kişinin, hakkını aramak amacıyla, yargı mercilerine başvurması engellenemez.

Yargı yetkisi, yargılama mercileri olan mahkemelere ait olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollara başvurulmaktadır. Bu alternatif yollar, hukuk literatüründe alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri¹ olarak ifade edilir².

¹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, *alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlık çözüm yöntemleri* gibi farklı şekillerde de ifade edilmektedir. Bkz., **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 200.

² **Özbek**, s. 191; **İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 21; **Tanrıver**, Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842, s. 821; **Pekcanitez**, Hakan/**Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz Taş**, Hülya, Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 3, İstanbul 2017, s. 2807; **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Hanağası**,

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulabilmesi için alternatif çözüm yollarına başvurulmasının bazı sebepleri vardır. Bunlardan en önemlileri, mahkemelerin iş yüklerinin fazla olması ve uyuşmazlığın çözümü için dava yoluna başvurulduğunda, karar için beklenen sürenin uzun olmasıdır. Ayrıca yargı yoluna başvurmak, arabuluculuğa göre oldukça masraflıdır. Yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözümünde, usulî bir süreç işlemekte olup pozitif hukuk kurallarına göre bir değerlendirme yapılmakta ve sonuç olarak verilen kararda genelde bir kazanan ve bir kaybeden mevcut olmaktadır. *Kazan/ kaybet* modeli olan bu klasik yargılama modeli, uyuşmazlığın çözümünde her zaman tarafları tatmin etmeyebilmektedir. Bu gibi sebeplerden ötürü, daha esnek bir yapıya sahip olup *kazan/ kazan* şeklinde sonuçlara ulaştırabilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, 4 C esası ile açıklanmaktadır. Bunlar; *consensus (fikir birliği)*, *continuity (süreklilik)*, *control (kontrol)* ve *confidentiality (gizlilik)* olarak ifade edilir⁴. Gerçekten de bu dört esas, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel özelliklerini yansıtmaktadır. Tarafların bu çözüm yöntemlerine başvurma ve süreci yürütme konusunda anlaşmaları, süreçle ilgili akışın onların iradelerine tâbi olması “fikir birliği” esasını gösterir. Alternatif uyuşmazlık çözümü süresince tarafların çözüm üzerindeki hâkimiyetleri “kontrol” kapsamındadır. “Süreklilik” ise, tarafların uyuşmazlığın çözümü süresince ve çözümü sonrasında, gerek insanî ilişkilerini gerek ticarî ilişkilerini sağlıklı bir şekilde sürdürebilmelerini ifade eder. Son olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin taraflarca en önemli özelliği olarak görülebilen “gizlilik” özelliği sayesinde, mahkeme yoluyla yapılan

Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 778; **Ildır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 385-401, s. 385; **Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 11; **Tıktık Yazıcı**, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 5; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 22; **Dür**, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 5; **Sevim**, Onur Utku, Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2016, s. 7; **Özmumcu**, Seda, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 237; **Bulur**, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, ABD, S. 4, 2007, s. 30-48, s. 31; **Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD., S. 64, 2006, s. 151-178, s. 151; **Özbay**, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD., C. X, S. 3-4, s. 459-475, 2006, s. 459; **Sungurtekin Özkan**, Meral, Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER., C. 2, S. 2, 2005, s. 353-369, s. 355.

³ **Kekeç**, s. 8.

⁴ **Yıldırım**, M. Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.349; **Konuralp**, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, [https:// tez.yok.gov.tr/ UlusalTezMerkezi/ tezSorguSonucYeni.jsp](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp) Et: 07.02.2019, s. 13.

yargılamalardaki alenîlik ilkesine tamamen zıt şekilde, taraflar arasındaki uyuşmazlık ve bununla ilgili bilgi ve belgeler, yine taraflar ve onların vekilleri arasında (uyuşmazlık çözümüne tarafsız bir üçüncü kişi katılmışsa o da dâhil) gizli kalmaktadır.

B) KAVRAM

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış, Birleşik Krallık'ta ise gelişme göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, profesyonel anlamda arabuluculuk, ilk olarak 1940'lı yıllarda toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görülmüştür. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesine en büyük katkı, 1976 yılında Amerika Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen bir konferansta alınan, pilot bölgelerde arabuluculuk ve tahkim uygulanmasının tavsiye edilmesi kararıdır⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, Türk hukuk literatürüne İngilizce "Alternative Dispute Resolution" (ADR) kavramının Türkçe'ye çevirisiyle geçmiştir⁶. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, geleneksel anlamda tüm kültür ve uygarlıklarda belli ölçülerde yüzyıllardan beri uygulanagelmıştır. Ancak, yukarıda bahsedildiği gibi, modern (profesyonel) anlamda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin temeli Anglo-Sakson hukukudur⁷. Küreselleşmenin de etkisiyle, Kıta Avrupası'na hızla yayılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uygulamada işlerlik kazanmış olup tercih edilen yöntemler hâline gelmiştir⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü amacıyla, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, tarafları iletişim kurabilecekleri bir ortamda bir

⁵ **Özbek**, s. 248-249; **Özbay**, s. 462.

⁶ **Yazıcı Tıktık**, s. 5; **Konuralp**, s. 6; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 21.

⁷ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğuşunu etkileyen "adalete erişim akımı (access to justice movement)", 1960 yılından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişme göstermiş ve medenî usul hukukunda uzun süreden beri hâkim olan ve hukuku "devlet tarafından ihdas edilen durağan kurallar sistemi" olarak tanımlayan şekli yaklaşıma (formalistic approach) tepki olarak ortaya çıkmıştır. Adalete erişim akımı sebebiyle yapılan adalet reformlarından en önemlisi, bu reformların sosyal amaçlarını gerçekleştirebilmek ve mahkemelerin yapısını değiştirebilmek amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini teşvik etmektir. Liberal bir anlayışa dayanan ABD ve diğer Anglo-Sakson ülkeleri, bu anlayışla bütünleşen modern anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğup geliştiği yerler olmuştur. Zira, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, liberal hukuk ideolojisinin sağlam temeller üzerinde kurumsallaştığı yerlerde varlığını sürdürüp gelişmiştir. Bkz., **Özbek**, s. 240 vd; **Şahin Ceylan**, s. 251. Ayrıca, mahkeme yargılamasına gerçek anlamda bir alternatif teşkil eden tahkimin kökeni de, İngiliz hukukunda, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amacıyla bu alanda örf-adet kurallarına dayanan ticaret hukukunun (law merchant) oluşumuyla doğmuştur. Ticarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün geçmişi 17. yüzyıla kadar gitmektedir. Bkz., **Özbek**, s. 248-249. Görüldüğü gibi, modern/profesyonel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ilk olarak ABD ve Birleşik Krallık'ta ortaya çıkmıştır. Bu hukuk sistemlerinin yapısı ve liberal devlet anlayışının getirdiği bir ortam, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasına elverişli olmuştur.

⁸ **Bulur**, s. 31; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 151.

araya getirmek suretiyle uyuşmazlığın devlet mahkemelerinin yargılama faaliyeti dışında çözüme kavuşturulmasının hedeflendiği, gönüllülük esasına dayanan yöntemler bütünüdür⁹. Öğretide yapılan bir diğer tanıma göre, alternatif uyuşmazlık çözümü, yargılama süreci içinde veya dışında, zorunlu ya da ihtiyarî olarak başvurulabilen, uyuşmazlığın tarafsız üçüncü kişi ya da kişilerin katılımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, varılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı yöntemlerdir¹⁰. Bu tanımlar, alternatif uyuşmazlık çözümleri ile ilgili esasları kapsarken, bu yöntemlerin ancak üçüncü bir kişinin katılımıyla söz konusu olabileceği şeklinde anlaşıldığından, bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini içine almamaktadır. Söz gelimi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan müzakere yöntemi, tarafların kendi aralarında yaptıkları görüşmelere dayanan, herhangi bir üçüncü kişinin katılımının söz konusu olmadığı türden bir çözüm yöntemidir¹¹. Üçüncü bir kişinin katılımı olmadan yapılan müzakereler de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde sayıldığından, alternatif uyuşmazlık çözümü kavramının buna göre şekillenmesi gerekmektedir¹². Dolayısıyla, en genel ifadeyle alternatif uyuşmazlık çözümü, devlet mahkemelerinin yargılaması dışında kalarak, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları kendine has şekilde çözen uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran, uyuşmazlık çözümünde yargı dışı çözümlerden faydalanılması değil, bu çözüm yöntemlerinin devlet denetiminde ve hukuk kurallarıyla oluşturulmasıdır¹³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin özellik ve unsurlarına bakıldığında, öğretiye göre, ilk unsurun, uyuşmazlığın çözümü için tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı olduğu görülür¹⁴. Buna göre, taraflar arasındaki çatışma giderilememiş ve uyuşmazlığa dönüşmüştür. Bu uyuşmazlığın çözümü de tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesiyle mümkün olabilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir unsuru olarak tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını kabul etmek yukarıda açıklanan

⁹ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 151; **Özbek**, s. 191; **Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz**, C. 3, s. 2807; **Şahin Ceylan**, s. 170; **Atalı**, Murat/ **Ermeneç**, İbrahim/ **Erdoğan**, Ersin, Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 766; **Kavasoğlu**, Abdurrahman, Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation, İÜHFM. C. 68, S.1-2, s. 197-218, 2010, s. 197; **Oğuz**, Özgür, Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 27; **Muktedir**, Lale, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2016, s. 14.

¹⁰ **İldır**, s. 30; **Özbay**, s. 460; **İldır**, Auç, s. 392.

¹¹ **Özbek**, s. 150; **Sevim**, s. 23; **Dür**, s. 32; **Kekeç**, s. 43; **Yazıcı Tıktık**, s. 97; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 160.

¹² Müzakere ayrı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla beraber, diğer bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde kullanılan temel bir yoldur Bkz., **Özbek**, s. 197; **Konuralp**, s. 9.

¹³ **Kekeç**, s. 13.

¹⁴ **İldır**, s. 27; **Özbek**, s. 194; **Özbay**, s. 463.

nedenle mümkün gözükmemektedir. Tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine temel olan müzakere yöntemi, tarafların kendi aralarında yaptıkları görüşmelere dayandığından tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını gerektirmeyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁵. Buna dayanarak da bir alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden bahsedilebilmesi için tarafsız bir üçüncü kişinin katılımının zorunlu olduğu söylenebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilk unsuru, iradî olan yöntemler için geçerli olmak üzere, tarafların bu yöntemlere gönüllülük esasına göre başvurabilmesidir. Tarafların bu başvurusu, dava açılmadan önce olabileceği gibi, mahkeme veya tahkim yargılaması devam ederken tarafların talebiyle de gündeme gelebilir. Mahkeme veya tahkim yargılaması esnasında, hâkim veya hakem tarafından da taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmaları için yönlendirilebilir. Bazen de bu yöntemlerden birine başvurmak kanun tarafından zorunlu tutulmuş olabilir¹⁶. Böyle durumlarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak taraflar açısından iradî olmasa bile, sürecin devam ettirilip bir anlaşmaya varılması zorunlu tutulamayacağından, uyuşmazlığın giderilmesinin tarafların inisiyatifinde olduğu söylenmelidir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ikinci unsuru, bu yöntemlerle varılan uyuşmazlık çözümlerinin, taraflar açısından kural olarak bağlayıcı olmayacağıdır¹⁷. Bu unsur da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik bir özelliği olan bağlayıcı olmama özelliğini yansıtmaktadır. Burada belirtilmelidir ki, tahkim yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılık arz eder. Tahkim sürecinin sonucunda verilen hakem kararı, aynı mahkeme yoluyla işleyen dava süreci sonucunda hâkimin verdiği karar gibi bağlayıcıdır. Bu nedenle de öğretideki bazı görüşlere göre tahkim yolu, dava yoluna benzetilmekte ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında sayılmamaktadır¹⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adında geçen “alternatif” kelimesinin anlamı ve yerindeliği de öğretilerde tartışılmaktadır. “ADR (Alternative Dispute

¹⁵ **Özbek**, s. 150.

¹⁶ **Özbay**, s. 463-464. Buna örnek, 7036 sayılı İşK.m.3 ile getirilip dava şartı olarak öngörülen arabuluculuktur. Buna göre, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ya da tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması gerekmektedir. Diğer bir örnek, TTK.m.5/A hükmüdür. Bu hükme göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleriyle ilgili ticarî davalar açılmadan önce, arabulucuya başvurulması dava şartıdır.

¹⁷ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 151; **Özbay**, s. 464.

¹⁸ **Özbek**, s. 211; **Pekcanitez**, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD., S. 5, 2005, s. 12-16, s. 15; **İldır**, s. 61; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 171; **İldır**, Aç, s. 387, dn. 3. Bu hususla ilgili öğretilerdeki tartışmalara § 1, II, D “Tahkim” başlığı altında değinilecektir.

Resolution))” kısaltması, “dostane uyuşmazlık çözümü”, “uygun uyuşmazlık çözümü”, “idarî uyuşmazlık çözümü”, “tercih edilen uyuşmazlık çözümü” ve bu yöntemlere karşı olanlar tarafından ileri sürülen “uygun olmayan uyuşmazlık çözümü” gibi çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir¹⁹. Yaygın kullanım olan “alternatif uyuşmazlık çözümü” kavramında geçen “alternatif” sözcüğüyle anlatılmak istenenin ne olduğu, neye alternatif olduğu sorusunun cevabı net değildir. “Alternatif” kelimesi, sözlük anlamıyla “değişik, seçenek, karşı” anlamına gelmektedir²⁰. Günlük kullanımda genel olarak seçenek veya karşı anlamıyla kullanılmaktadır²¹. “Alternatif” kelimesinin “karşı” anlamı verdiği hâllerde, mevcut bir şey veya sistem yerine tercih edilen, onun yerine ikame edilen şey veya sistem şeklinde kullanılır²². Ancak, bu anlamdaki kullanımıyla anlaşılırsa, “alternatif” kelimesinin doğru bir tercih olmadığı ifade edilmektedir²³.

“Alternatif” sözcüğünün uygun bir tercih olmadığını düşünen görüşlerin dayanaklarından biri, dava yolunun uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılmadığı değişik toplumsal uyuşmazlık çeşitlerinin bulunmasıdır²⁴. Bu uyuşmazlıklarda, dava yoluna alternatif bir uyuşmazlık çözümünden bahsedilmesi mümkün değildir²⁵. Özellikle, dava yoluna gidilemeyecek kadar küçük anlaşmazlıklar, komşuluk ilişkileri ya da tüketici uyuşmazlıklarında kullanılabilecek müzakere ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, dava yoluna bir alternatif teşkil etmemiş olacaktır. “Alternatif” kelimesinin uygun olmadığını ileri süren görüşlerin dayanaklarından bir diğeri de, davaların, tahkikat aşamasına geçilmeden çözümlenmesidir. Şeklen dava süreci başlamış olsa dahi, genellikle tahkikat aşamasına geçilmeden uyuşmazlıklar mahkeme dışı yollarla çözülmekte veya davadan feragat edilmektedir.

Bir diğer dayanak ise, “alternatif” sözcüğünün, uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeleri ve hukukçuları dışlayan tepkisel bir akım tarafından da kullanılmasıdır. Oysa, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, kanunî düzenlemelerle sistemleştirilerek, mahkeme yoluyla ortaklaşa (ona entegre olarak) kullanılmakta ve uyuşmazlığın çözümüne birlikte hizmet etmektedir²⁶. Dolayısıyla, öğretilde ifade edilen, alternatif

¹⁹ Özbek, s. 193.

²⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?Option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bfc07af0df833.03769227 Et: 26.11.2018.

²¹ “Karşı” anlamına örnek olarak *alternatif tip*, *alternatif liste* verilebilir.

²² Özbek, s. 199.

²³ Özbek, s. 199.

²⁴ Bunlar genellikle komşuluk hukuku ya da tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklardır. Bkz., Özbek, s. 199.

²⁵ Özbek, s. 199.

²⁶ Özbek, s. 200.

uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargının yerine ikame edilmeye çalışılan bir alternatif olmadığı görüşüne katılmak mümkündür²⁷. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde, yargıya yardımcı olmakta ve bazen yargı sürecinin de bir şartı olarak gündeme gelebilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, devlet mahkemeleri eliyle yürütölen yargıya alternatif olmadığının göstergesi olarak uzlaşma, arabuluculuk gibi kimi alternatif çözüm yollarının dava sürecinin içinde işletilebilen birer aşama olarak düzenli ve başarılı bir şekilde uygulanması gösterilebilir²⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulama alanı bulabilmesi ve başarılı olabilmesi için olmazsa olmaz koşul (conditio sine qua non), bu yolların yargı yoluyla yarışarak onun yerine ikame edilmeye alışılmamasıdır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun genel gerekçesinde belirtildiğı gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin amacı, yargısal yollara başvurma imkânının ortadan kaldırılması değildir. Aksine, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak ege-menliğine zarar vermeden, uyuşmazlıkların çözümünün kolaylaştırılması ve bu sayede yargıya yardımcı olunmasıdır²⁹. Anayasa Mahkemesi de, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davayla ilgili verdiğı bir kararda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir yargılama biçimi olmadığını ve mahkemelere alternatif oluşturmadığını ifade etmiştir³⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı, öğretide ve uygulamada çoğunlukla kabul edilse de, “alternatif” kelimesinin meydana getirebileceğı olumsuz intibaya engel olmak için, bu kavramın yerine kullanılabilecek kavramlar düşünölebilir. Burada, “dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri” kavramının kullanımı önerilebilir. “Dostane” kelimesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde yatan, tarafların uzlaşması (barışması/anlaşması) amacına hizmet edebilecek, daha

²⁷ Pekcanıtez, s. 15; İldır, s. 21; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 152; Özbek, s. 200; Özbay, s. 460; Kekeç, s. 12; Yazıcı Tıktık, s. 5; Taşpolat Tuğsavul, s. 24; Dür, s. 6; Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 12, 2007, s. 163-175, s. 166; Uyumaz, Alper, Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif özüm Yolları, SÜHFD., C. 20, S. 1, 2012, s. 103-132, s. 111.

²⁸ Twining, William, Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics MLR., Vol. 56, No. 3, 1993, p. 380-392, p. 382.

²⁹ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> Et: 28.11.2018.

³⁰ AYM., 10.7.2013, E. 2012/94 K. 2013/89 “...Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllölük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir...” RG. 25.01.2014, S. 28893.

olumlu bir intiba bırakan, aynı zamanda devlet mahkemelerinin yargılama yetkisinin yerine geçmeye çalışan bir görüntü oluşturmayacak bir kelimedir. Yine de bu çalışmada, öğreti ve uygulamadaki yaygın kullanımı nedeniyle, “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” ifadesi kullanılacaktır.

II- ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ ÇEŞİTLERİ

Çeşitli türleri bulunan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlığın çözülmesini, tarafların bir noktada uzlaştırılmasını sağlayan yöntemlerdir. Bu yöntemler, dünya genelinde ülkeden ülkeye farklılık gösterse de, bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çok yaygın olarak uygulanmaktadır. Söz gelimi, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim, en çok kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindendir. Bu yöntemlerin haricinde, müzakere, mini yargılama, jüri yargılaması, yargıç kiralama, hüküm, tarafsız ön değerlendirme, son teklif, yüksek-alçak tahkim, kamu denetçiliği, vakıaların saptanması, online uyuşmazlık çözümü gibi daha birçok uyuşmazlık çözüm yöntemi bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çeşitleri, bu çalışmanın esas konusunu oluşturmadığından, sadece bunlardan en yaygın olanlara değinilecektir.

A) MÜZAKERE (NEGOTIATION)

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelini müzakere oluşturmaktadır. Sözlük anlamı olarak “bir kişiyle fikir alışverişinde bulunmayı³¹” ifade eden müzakere, günlük hayatta bile sıkça kullanılan bir iletişim yöntemidir. İnsanlık, en eski çağlarda müzakere etmeyi öğrenmiş ve müzakereyi sorunlarının çözümünde kullanmıştır³². Latince “ticaret yapmak” veya “iş yapmak” anlamına gelen “negotiari” kelimesinden türeyen müzakere, en genel tanımıyla, bir sorunun çözümü hususunda diğer tarafla iletişim kurmak veya görüşmektir³³. İletişim kurmak, kişiler arası etkileşimi sağladığından, pek çok sorunun çözümüne yardımcı olabilir. Müzakere de, kurulan iletişim sayesinde uyuşmazlıkları önleme ve asgarî seviyeye indirme konusunda kullanılabilecek en etkili yöntemlerden biri olup genellikle en tatmin edici uyuşmazlık çözüm yöntemidir³⁴. Müzakere ve uzlaşma kültürünün yeterince gelişmediği

³¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c051bee14e207.53542048, Et: 03.12.2018.

³² **Özbek**, s. 155.

³³ **Özbek**, s. 150; **Kekeç**, s. 43; **Şahin Ceylan**, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 296-297; **Ersen Perçin**, Gizem, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 31, S. 2, 2011, s. 177-201, s. 180-181.

³⁴ **Özbek**, s. 150. Uzlaşma ve müzakerede ne kadar başarılı olunursa, her zaman daha iyi bir kazanç elde edilebilir ve daha iyi anlaşmalar sağlanabilir. Bkz., **Tracy**, Brian, Müzakere (Çev. Ferhat Şirin), İstanbul 2015, s. 5.

toplumlarda, kişiler arasında meydana gelen küçük anlaşmazlıklar bile büyük sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle, herkesin, sorunlarının çözümünde iletişime açık olması ve hukukî uyuşmazlıklarında ilk olarak karşı tarafla müzakereyi denemesi pek çok açıdan daha faydalı bir yol olabilir.

Müzakerenin hukukî açıdan daha teknik bir tanımı yapılacak olursa, iki veya daha fazla tarafın, müzakere, karşılık tartışma ve ikna etme yollarıyla aralarındaki uyuşmazlığı çözerek ortak bir çözüme varma amacını gerçekleştirmek üzere, bizzat taraflarca ya da avukatları vasıtasıyla girdikleri etkileşim ve iletişim süreci olarak ifade edilebilir³⁵. Ayrıca, müzakere, taraflar arasındaki sorunun çözümüne tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı gerçekleşmediğinden, özel bir anlaşmazlığın gerçek bir uyuşmazlığa dönüşmesini engelleyen bir yol olarak da tanımlanabilir³⁶. Müzakere, her şeyden önce bir sonuç değil süreçtir. Bu süreç, tarafların karşılık olarak sürekli yeni bilgi alışverişinde bulunmaları ve birbirlerine yeni teklifler sunmaları nedeniyle statik olmayan dinamik bir süreçtir³⁷. Müzakere yöntemi sayesinde taraflar hem masraflardan hem de zamandan tasarruf eder.

Müzakereler genellikle bizzat taraflar arasında yürütülür, sürece genellikle avukatlar katılmaz. Avukatların da taraflarla beraber katıldığı müzakerelere “uzlaşma müzakeresi³⁸” (settlement negotiation) denir³⁹. Bu tip müzakereler esas olarak hukuki ilgilendirdiği için hukukun gölgesinde (shadow of the law) yürütülür⁴⁰.

³⁵ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 160; **Özbek**, s. 150; **Kekeç**, s. 44; **Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz**, C. 3, s. 2810; **Konuralp**, s. 24; **Dür**, s. 33; **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?, ABD., S. 2-3, 1999, s. 187-204 s. 200.

³⁶ **Özbek**, s. 151.

³⁷ **Özbek**, s. 150.

³⁸ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesinde düzenlenen uzlaşma davetiyle başlayan uzlaşma müzakeresi, bu yöntemle bir örnek teşkil edebilir.

³⁹ **Kekeç**, s. 44; **Dür**, s. 33.

⁴⁰ **Özbek**, s. 155; **Kekeç**, s. 44. *Hukukun gölgesinde pazarlık (bargaining in the shadow of the law)* kavramı 1976 yılında, Ford firması ve New York Carnegie şirketinin “Çocukluk Devresi ve Hükümet Projesi”ne verdiği destekle başlatılan ortak bir çalışmanın ürünüdür. Bu kavram, Mnookin ve Kornhauser tarafından ileri sürülmüştür. Hukukun gölgesinde pazarlık kavramıyla ifade edilmek istenen, tarafların müzakerelerde bulunurken dava açılmış olsaydı ne olacağını göz önünde tutarak pazarlık yapmalarıdır. Aynı zamanda, tarafların bu müzakerelerle, bireysel olarak kanunen icra edilebilir yükümlülükler altına girerek uyuşmazlıklarını hukuka uygun bir şekilde çözmeleri kastedilmektedir. Bkz., **Mnookin**, Robert H./ **Kornhauser**, Lewis, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, Yale Law Journal, Vol. 88, Issue 5, Article 4, 1979, p. 950-997, p. 950; **Özbek**, s. 154, 605, dn. 28.

B) ARABULUCULUK (MEDIATION)

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en önemli ve yaygın olarak kullanılan arabuluculuk yöntemidir⁴¹. Dolayısıyla bu yöntem, tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde, müzakere ile birlikte temel çözüm yöntemi olarak kabul edilebilir⁴². HUKAK.m.2’ye göre arabuluculuk, *“sistematiik 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”*dir.

Öğretide ise arabuluculuk farklı şekillerde tanımlanmıştır. En genel anlamıyla arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın menfaat temelli bir çözüme kavuşabilmesi amacıyla, tarafsız bir üçüncü kişinin, tarafları müzakerelerde bulunmaları ve anlaşabilmeleri için uygun ortamda buluşturan ve onların kendi çözümlerini bulabilmelerine imkân sağlayan, gönüllülük esasına dayalı yöntemler bütünüdür⁴³.

Arbuluculukla ilgili detaylar, arabuluculuk kavramı ve hukukî niteliği başlıkları altında inceleneceğinden, burada sadece arabuluculuğun tanımını vermekle yetinilmiştir.

⁴¹ Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en hızlı gelişendir. Bkz., **McKay**, Robert B., Ethical Considerations in ADR, Donovan Leisure, Newton&Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 459-482, s. 467, Akt: **Kekeç**, s. 23, dn. 80.

⁴² **Özbek**, s. 592.

⁴³ **Tanriver**, Arabuluculuk, s. 165; **Kaplan**, s. 118; **Özbek**, s. 592; **Kekeç**, s. 23; **Yazıcı Tıktık**, s. 10; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 26; **Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz**, C. 3, s. 2813; **Atalı/ Ermenek/ Erdoğan**, s. 768; **Şahin Ceylan**, s. 298; **Kavasoğlu**, s. 206; **Oğuz**, Auç, s. 37; **Dür**, s. 12; **Kuru**, Baki, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 406; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özkes**, Muhammet, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 616; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 778; **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 2, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 1181; **Görgün**, L. Şanal/ **Börü**, Levent/ **Toraman**, Barış/ **Kodakoğlu**, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 808; **Eksi**, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 52; **Tatar**, Erol, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 3, Temmuz 2009, s. 245-272, s. 249; Adalet Bakanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arbuluculukkatilimcielkitabi.pdf> Et: 05.04.2019, s. 28; **Biçkin**, İnci, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD., S. 7, 2006, s. 34-39, s. 37; **Yıldırım**, Ferhat, Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, International Journal of Social Sciences and Education Research, Vol. 2 No. 3, 2016, p. 748-762, p. 751.

C) UZLAŞTIRMA (CONCILIATION)

Uzlaşmak, sözlük anlamı olarak “aralarındaki düşünce veya çıkar ayrılığını, karşılıklı ödünlerle kaldırarak uyuşmak, karşılıklı anlaşmak”tır⁴⁴. Uzlaştırmak ise anlaşmazlığa düşen tarafları, belli ödünlere verdirerek karşılıklı olarak anlaşmalarını sağlamaktır. Uzlaştırma kavramı, Latince “conciliare” kelimesinin kökünden gelmektedir. Bu kelimenin anlamı “düşünceleri birleştirmek, bir araya getirmek”tir⁴⁵. Uzlaştırma, öğretideki kimi tanımlara göre, tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın çözülebilmesi adına, taraflara çözüm önerileri sunarak, onların somut olayın şartlarına göre en uygun çözüm önerisini seçip anlaşabilmelerini sağlamaktır⁴⁶. Bu görüşe göre, uzlaştırmacı, uyuşmazlığın çözümünde etkin bir rol oynar. Onun görevi, tarafların menfaatlerinin karşılıklı olarak korunması ve gerçekleştirilmesi için çözüm önerileri üretip taraflara sunmaktır. Arabulucu ise uzlaştırmacıdan farklı olarak, taraflara kendi çözüm önerilerini sunamaz. Arabulucunun görevi, ancak tarafların kendi çözüm önerilerini üretebilmeleri amacıyla bir araya gelip müzakerelerde bulunmalarını sağlamaktır⁴⁷. Buna karşın, arabulucunun, tarafların çözüm önerilerini üretmedikleri durumda, kendi çözüm önerisini onlara sunmasının mümkün olduğu da ileri sürülmüştür⁴⁸. Böylece arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde daha aktif bir rol alacaktır.

Uzlaştırma ve arabuluculuğun birbirine yapı olarak benzemesinden dolayı, bazı kıyaslamalar ve çıkarımlar yapılmaktadır. Öğretide, bu iki kurumun aktörlerinden arabulucunun mu uzlaştırmacının mı daha aktif olduğu, çözüm önerisi sunup sunamaması, yöntemin dava veya sorun odaklı olup olmaması gibi yönlerden tartışmalar bulunmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi bazı müelliflere göre, arabulucunun çözüm önerisi sunması doğru değildir. Taraflara çözüm önerisi sunmak uzlaştırmacının asıl görevidir. Dolayısıyla uzlaştırmacı, arabulucuya nazaran daha aktif bir konumdadır⁴⁹. Diğer bir görüşe göre ise, arabulucu, tarafların uyuşmazlığını çözebilmek amacıyla ikna girişimlerinde bulunup çözüm önerileri sunabileceğinden dolayı, uz-

⁴⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0130680919613640185 Et: 30.11.2018. Uzlaşabilmek, kişinin yaptığı her şeyi ve insanlarla ilişkilerini etkileyen oldukça önemli bir yetenektir. Bkz., **Tracy**, s. 5.

⁴⁵ **İldır**, s. 78, dn. 2; **Özbek**, Çözüm Yolları, s. 199; **Özbay**, s. 464;

⁴⁶ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 166; **Özbay**, s. 464; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 29; **Kaplan**, s. 119; **Konuralp**, s. 35; **Dür**, s. 33.

⁴⁷ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 166-167; **Kaplan**, s. 119.

⁴⁸ **Özbek**, Çözüm Yolları, s. 199; **Yılmaz**, Muzaffer Ercan, Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci, Kamu Hukuku Arşivi, 2006, s. 96-104, s. 102.

⁴⁹ **Kaplan**, s. 119; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 165; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 29.

laştırmacıdan daha aktif bir konumdadır. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti, uzlaştırmayı kapsarken, uzlaştırma faaliyeti arabuluculuğu kapsamaz⁵⁰.

Gerek Türkiye’de gerek yabancı ülkelerde bu iki kavram birbiri yerine de kullanılabilmektedir. Bunun en büyük sebebi, arabuluculuk ve uzlaştırmacılığın, kurumsal yapı olarak birbirine çok benzemesi, tanımlarının bile neredeyse aynı olmasından kaynaklanmaktadır. İşlevsel olarak bakıldığında aynı sonuca götüren bu iki kurumun amacı da, tarafları, üçüncü bir kişinin yardımıyla mahkeme dışında bir araya getirerek, aralarındaki anlaşmazlığı dostane bir şekilde çözüme bağlamaktır. Arabuluculuk ve uzlaştırmacılık arasında bir fark olarak ileri sürülen uyuşmazlığın çözüm sürecini idare eden üçüncü kişilerce çözüm önerisi sunulup sunulamayacağı meselesi, arabuluculuk açısından kanunda düzenlenmiştir. HUAK.m.15/VII’de, tarafların kendi çözümlerini üretemediklerinin anlaşılması hâlinde, arabulucunun çözüm önerisinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme, Kanun’a 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle eklenen bir değişiklikle getirilmiştir. Bu değişiklikten önce de öğretilde kabul edilen, tarafların çözüm hususunda anlaşamamaları hâlinde arabulucunun çözüm önerisinde bulunabileceğiydi. Ancak, arabuluculuk faaliyetinin tamamen gönüllülük esasına dayalı iradî bir faaliyet olmasından ötürü, arabulucu, taraflara sunduğu çözüm önerisinin, taraflarca kabul edilmesi hususunda baskı yapma ya da kendi görüşlerini empoze etme gibi bir seçeneğe sahip olamayacaktır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Genel Gerekçesi’nde de bu husus özellikle belirtilmiştir. Arabulucunun çözüm önerisinden bulunabileceğinin bir diğer kanıtı da, HUAK.m.2/I b bendindeki arabuluculuk faaliyetinin kanunî tanımıdır. Burada da kanunkoyucu, tarafların çözüm üretemediklerinin anlaşılması hâlinde arabulucunun çözüm önerisi getirebileceğini ifade etmiştir. Bu açıklamalardan sonra ifade edilebilir ki, arabuluculuk ile uzlaştırmacılığın kesin şekilde bir ayrımı yoktur. Esasen, bu iki kurumun net bir ayrımını yapmanın, pratik açısından da faydasının olduğu söylenemez⁵¹.

Türkiye’de ise, arabuluculuk ve uzlaştırma iki farklı alanda kullanılan müesseselerdir. Arabuluculuk özel hukuka özgü bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu iken, uzlaştırmacılık ceza hukuku alanında kullanılan bir yöntemdir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “Uzlaşma” olarak yer alan bu kurumun kökeni, ABD hukukuna dayanmaktadır. ABD’den Kara Avrupa’ına geçen *uzlaşma*, esasen suçtan doğan

⁵⁰ **İldır**, s. 78, dn. 2; **Özbay**, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, EÜHFD., C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 387-418, s. 390-391.

⁵¹ **Kekeç**, s. 26; **Özmumcu**, s. 279-280.

mağduriyetin giderilmesi yöntemidir⁵². Uzlaşma, suçtan zarar gören mağdurun, gördüğü bu zararının fail tarafından belli şekilde karşılanması ve zararın giderilmesi ile söz konusu olan soruşturma veya kovuşturmanın sona ermesidir⁵³. Bir muhakeme engeli olarak ceza davası açılmasını engelleyen uzlaşma, fail ve mağdurun anlaşmasıyla etkisini gösterir. Öğretide, failin cezalandırılabilmesi olanağını ortadan kaldıran uzlaşma, ceza ilişkisini düşüren bir sebep olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Ceza muhakemesi hukuku bağlamında uzlaşmadan söz edebilmek için; uzlaşma kapsamına giren bir suçun bulunması, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşması, tarafların uzlaşma teklifini özgür iradeleriyle kabul ederek uzlaşma müzakerelerini başlatmaları ve uzlaşma sonucunda edimin yerine getirilmesidir⁵⁵. Uzlaşma kurumuna müracaat edilebilmesi için gereken ilk ve en temel şart, fail tarafından işlenen suçun uzlaşmaya tâbi bir suç olmasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253'te, uzlaşmaya tâbi olan suçlar belirtilmiştir⁵⁶. İşlenen suç, uzlaşmaya tâbi bir suç ise dosya, cumhu-

⁵² **Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 929; **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016, s. 524; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 352; **Öztürk**, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019, s. 59-60. Uzlaşma kurumunun ortaya çıkışında, son dönemlerde özellikle ceza hukuku öğretisinde ve uygulamada ön plana çıkan fail lehine bakış açısı, suçtan zarar gören bir mağdurun da söz konusu olması ve mağdurun menfaatlerinin de dikkate alınması gerekliliği etkili olmuştur. 1960'larda ABD'de ortaya çıkıp Avrupa'ya da yayılan, fail eğilimli bir ceza hukuku oluşturan, tamamen faili topluma geri kazandırma odaklı hareket eden yaklaşıma tepki olarak uzlaşma kurumu doğmuştur. Bkz., **Özer/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 930; **Akbulut**, Berrin/ **Aksan**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 31. Böylece, alternatif uyumsuzluk çözümü sayılabilecek, fail ve mağduru aynı masaya oturtup mağdurun zararının giderilmesini sağlayarak onun ve failin menfaatine işleyebilecek olan uzlaşma sistemi ortaya çıkmıştır.

⁵³ **Özer/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 929; **Centel/ Zafer**, s. 524; **Soyaslan**, s. 352; **Sungurtekin Özkan**, s. 366; **Çakır**, Kerim, Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 24, S. 1, 2018, s. 446-452, s. 446; **İpek**, Ali İhsan/ **Parlak**, Engin, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 43.

⁵⁴ **Centel/ Zafer**, s. 525; **Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019, s. 795. Öğretideki bir başka görüşe göre uzlaşma, soruşturma aşamasında dava engeli, kovuşturma aşamasında ise davayı düşüren nedenlerdendir. Bkz., **Öztürk**, s. 60.

⁵⁵ **Centel/ Zafer**, s. 526; **Özer/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, s. 938 vd.

⁵⁶ Katalog suçlar olarak tabir edilen bu suçlar CMK.m.253/I'de:

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlar.

b) Şikâyetle bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra), 4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 5. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi), 6. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141), 7. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) Güveni kötüye kullanma (madde 155), 8. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157), 9. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165), 10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulma-

riyet savcısı tarafından uzlaştırma bürosuna gönderilir. Görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ve mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur (CMK.m.253/IV). Bu teklifle birlikte uzlaştırmacı, taraflara, uzlaşmanın mahiyeti ve sonuçlarıyla ilgili bilgi verir (CMK.m.253/V). Uzlaşma sürecinin sonunda taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa, soruşturma konusu suç sebebiyle tazminat davası açılmaz. Bu konuda görülmekte olan bir dava var ise, davadan feragat edilmiş sayılır. Öğretide, buna dayanılarak uzlaşmanın özü itibarıyla bir özel hukuk kurumu olduğu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olduğu ileri sürülmektedir⁵⁷. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, her ne kadar uzlaşma tutanağı bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilebilirse de, uzlaşma sürecinin cumhuriyet savcısı ve hâkimin gözetiminde olması, sürecin ceza hukuku sistematığı içinde yürütülmesi gibi sebeplerden dolayı uzlaşma özel hukuk kurumu olarak kabul edilmemektedir⁵⁸.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, arabuluculuk ve uzlaştırmada, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzlaştırmacı veya arabulucu, bağlayıcı kararlar alabilen biri değildir⁵⁹. Burada, bu tarafsız üçüncü kişinin fonksiyonu, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları bir çözüme kavuşturabilmeleri için profesyonel olarak onlara yardımcı olmaktır. Dolayısıyla, arabulucu veya uzlaştırmacı sıfatıyla hareket eden üçüncü kişi, mahkemeler gibi kesin karar veremeyeceği için burada esas olan haklılık kriterinden ziyade, hakkın da özünü oluşturan tarafların menfaati kriteridir⁶⁰. Arabuluculuk ve uzlaştırmacılık için ortak bir özellik olarak anılabilecek menfaat temelli olma hususuna, bazı yazarlar katılmamakta olup arabuluculuğun menfaat temeline dayandığını ancak uzlaştırmacılığın hak temelli olduğunu ifade etmektedirler⁶¹.

sı (madde 234), 11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

⁵⁷ **Soyaslan**, s. 357.

⁵⁸ **İpek/ Parlak**, s. 4.

⁵⁹ Arabulucu, bir karar merci olmadığı gibi, arabuluculuk yöntemi de hüküm vermeye dayalı bir yöntem (adjudicatory model) değildir. Dolayısıyla, arabuluculukta, şekli bir tahkikat (delil toplama), delillerin ikamesi, ispat, iddia ve savunmaların ileri sürülmesi gibi yargılama prosedürünün argümanları uygulama alanı bulmaz. Bkz., **Özbek**, s. 594; **Kaplan**, s. 119; **Günay**, s. 87.

⁶⁰ **Boran Güneysu**, Nilüfer, *Medenî Usul Hukukunda Karar*, Ankara 2014, s. 86; **Özbek**, s. 608.

⁶¹ **Tanriver**, *Arabuluculuk*, s. 167; **Özekes**, Muhammet, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi*, HPD., S. 7, 2006, s. 40-45, s. 42; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 29.

D) TAHKİM (ARBITRATION)

Tahkim, kelime anlamı olarak, “anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözümlenmesi yöntemi”dir⁶². Öğretideki tanımlara göre tahkim, taraflar arasında meydana gelmiş veya gelebilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesinin, devlet yargısı dışındaki özel kişi veya kişilere bırakılması ve bu kişiler tarafından nihaî bağlayıcı bir karar verilmesi⁶³. Tahkim, esas olarak tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür⁶⁴.

Mahkeme yargılamasının kurucu unsurlarından olan hâkim yerine, tahkim yargılamasında hakem bulunmaktadır. Hakem, tarafları bağlayıcı karar verme yetkisine sahiptir. Bu özelliği sebebiyle tahkim, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılık göstermektedir. Tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılık göstermesi, öğretide bu kurumun hukukî niteliği konusunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bir görüşe göre tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir ve uygulaması çok olduğundan önemi büyüktür⁶⁵.

⁶² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c3708b2be7331.58154583&Et=10.01.2019.

⁶³ **Kuru**, s. 666; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 780; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 171; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 591; **Kaplan**, s. 120; **İldır**, s. 57; **Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Taş Korkmaz**, C. 3, s. 2593; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 785; **Atalı/ Ermenek/ Erdoğan**, s. 725; **Kavasoglu**, s. 203; **Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, M. Kamil/ **Deren Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 595; **Postacıoğlu**, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 783; **Yeğengil**, Rasih, Tahkim, İstanbul 1974, s. 94; **Balcı**, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 103; **Şanlı**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 17; **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, s. 3; **Taşkın**, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 8; **Yılmaz**, Ejder, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 268-300, s. 268; **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, s. 767; **Üstündağ**, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1992, s. 913; **Küçükgüngör**, Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, 2001, s. 137-146, s. 141.

⁶⁴ **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 208; **Akıncı**, Ziya, s. 5. Tahkim yargılamasının usulü de taraflarca belirlenecektir (Parties are the masters of the arbitral proceedings) Bkz., **Özbek**, s. 211; **Kaplan**, s. 120; **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, s. 767.

⁶⁵ **Özbek**, s. 213; **Yılmaz**, Ejder, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-855, s. 845; **Şahin Ceylan**, s. 303; **Kaplan**, s. 120; **Biçkin**, s. 34-35; Hatta, **Ware/ Cole' ye** göre, tahkim, arabuluculuk ve müzakere ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin üç büyükleri arasında yer alır. Akt., **Kekeç**, s. 21, dn. 74; **Konuralp**, s. 129. Tahkimin hukukî niteliği ile ilgili görüşler, bu yöntemin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığıyla ilgili olduğu kadar, tahkim yöntemine gidebilmek amacıyla yapılan tahkim anlaşmasının bir maddî hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukukunu ilgilendiren bir sözleşme mi olduğu hususunda ileri sürülmektedir. Öğretideki bazı görüşlere göre tahkim bir özel hukuk sözleşmesidir ve tamamıyla tarafların iradesi kapsamında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşme teorisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre, hakemlerin verdiği karar, mahkeme kararı gibi olmadığından kesin hüküm teşkil etmez. Tahkimin niteliğiyle ilgili diğer görüş ise, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu kabul eder. Yargı teorisi olarak ifade edilen bu görüş, tarafların tahkim sözleşmesi yapmaları hâlinde hakemlerin tıpkı devlet mahkemeleri gibi yargılama yaparak karar vereceklerini ileri sürmektedir. Böylece, hakem

Tahkim, niteliği gereği alternatif uyuşmazlık çözümü olarak kabul edilmelidir. Tahkim yolu, işleyiş ve sonuç olarak yargısal bir usul gibi görünse de, uyuşmazlığın esasını çözen bunun için görevli sayılan mahkeme olmayıp tarafların iradesiyle seçilen hakem veya hakemlerdir. Hakemlerin çalışması fonksiyonel olarak yargısaldir ancak yapısal (organik) anlamda⁶⁶ yargısal faaliyet sayılmaz⁶⁷. Ayrıca tahkim yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi gönüllülük esasına dayanır. Yine tahkimde de gizlilik prensibi esastır. Sayılan sebeplerden ötürü, bu görüşe göre, birçok özelliğiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine benzeyen tahkim, bu kapsamda değerlendirilmelidir⁶⁸.

Tahkimin niteliğiyle ilgili öğretilerdeki diğer görüş, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığıdır. Bu görüşe göre tahkim, devlet yargısına alternatif istisnai bir yargısal yol durumundadır⁶⁹. Tahkimin bazı özellikleri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel özellikleriyle uyuşmamaktadır. Tahkimde, “hakem” adı verilen üçüncü kişi/ kişiler, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmayıp doğrudan mahkeme gibi yargılama yaparak bir karar vermektedir⁷⁰. Bu durum, alternatif çözüm yöntemleriyle tahkim arasındaki esaslı bir farklılıktır. Ayrıca, tahkimde diğer

mahkemeleri, diğer devlet mahkemelerinin yanında özel bir mahkeme statüsünde olacaktır. Bkz., **Yılmaz**, Tahkim, s. 269-270.

⁶⁶ Yapısal (organik) anlamda yargısal faaliyet, mahkemenin her türlü faaliyetine denir. Bkz., **Özbek**, s. 213.

⁶⁷ **Özbek**, s. 213.

⁶⁸ **Konuralp**, s. 130.

⁶⁹ **Pekcanıtez**, s. 15; **İldır**, s. 61; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 171; **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C. 18, S. 4, Ankara 1996, s.100; **Olçay**, Işık, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, S. 64, 2011, s. 14-25, s. 16. Avrupa Komisyonu’na (European Commission) alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili düzenlenen “Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap”ta da, bu yöntemlerin tanımı yapılırken tahkim dışarıda bırakılmıştır. Yeşil Kitap’ta tahkim, hakem kararının yargı kararı yerini tutmasından dolayı alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden ziyade yargı benzeri bir usul olarak ifade edilmiştir. Bkz., **Özbek**, Mustafa Serdar, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD., 2007/68, s. 265-320, s. 267.

⁷⁰ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 171; **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, s. 767; **Akıncı**, Ziya, Hakem Kararları, X. Milletlerarası Tahkim Semineri, 30 Nisan 2012, Ankara, s. 67-84, s. 69. Roma Hukuku’nda özel hakem olarak nitelendirilebilecek *bonus vir (iyi adam)*, uyuşmazlık taraflarının güvendikleri, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili karar verebilecek yeterliliğe sahip bir üçüncü kişidir. Roma’nın ilk dönemlerinde rastlanan *bonus vir*’in verdiği kararların doğrudan hukuken icraî bir fonksiyonu bulunmamaktaydı. Tahkim kurumu da Roma’da doğmuş olmakla birlikte, sadece tahkim anlaşmasının yapıldığı andaki uyuşmazlıklar bu yönteme konu olabılırken gelecekte doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulamamaktaydı. Bkz., **Üçer**, Mehmet, “Roma Hukukundan Günümüze Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu**, Tahir/ **Buluttekin**, M. Burak), s. 137-145, Ankara 2018, s. 140-142.

farklılık gösteren özellikler; devlet mahkemelerinin hakem yargılamasına müdahale edebilmesi, tahkim kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi ve taraflar için bağlayıcı nitelik taşıması, yargılamanın yenilenmesi imkânının mümkün olması ve cebri icra yoluyla yerine getirilebilmeleridir⁷¹. Ayrıca yine bu görüşe göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkeme yargılamasının yanı sıra tahkimin de alternatifini oluşturmaktadır. Çünkü, “tahkim hastalıkları” adı verilen, tahkimde yargılama masraflarının yüksekliği, davalı tarafın bazı taktiklerle davayı uzatabilmesi, sonuçta verilen karara uyulmadığında tasdik veya tenfiz için devlet yargısına başvurma zorunluluğu ve devlet yargısının tahkime müdahalesi gibi hususlar, tahkimi önemli ölçüde zayıflatmıştır. Bu sebeple de kanunkoyucu ve hukukçular, alternatif diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmişlerdir⁷².

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, tahkimin hukukî niteliğiyle ilgili olarak, doğrudan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığı söylenebilir. Çünkü, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en belirgin özelliği, tarafların uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasıyla ilgili olarak kendi çözümlerini bulmalarının sağlanmasıdır. Bu da, müzakere yöntemi hariç, tarafsız bir üçüncü kişinin taraflara yardımıyla mümkün olur. Ancak, tahkim yönteminde, tarafsız bir üçüncü kişi olan hakem, uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmaktan ziyade, doğrudan bir hâkim gibi uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır. Ayrıca, her ne kadar zorunlu tahkim hâlleri dışında tahkim yoluna gitmek taraflar için iradî olsa da, süreç sonunda verilecek hakem kararı bu yola başvuran taraflar için bağlayıcı olacaktır. Yine, hakem kararının, mahkeme onayı veya kesinleşmesine gerek kalmadan icra edilebilir olması da, onun mahkeme kararına benzeyen ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklı olan yanını gösterir⁷³. Tahkimin bu özellikleri nedeniyle, mahkeme yargılamasına benzer, istisnâî bir yargısal yol olduğu ifade edilerek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklı olduğu kabul edilebilir.

Tahkim ile arabuluculuk arasındaki en önemli fark, yukarıda bahsedilen, tahkimdeki hakemin yargılama yetkisidir. Tahkimde hakem, bir hâkim gibi yargılama yaparken, arabuluculuk yönteminde arabulucu kesinlikle bir yargılama yapmamakta, ancak tarafların kendi çözümlerini bulabilmeleri için onlara yardımcı olmaktadır. Ayrıca, arabuluculuk sonucunda taraflar bir karara varmak zorunda olmadıkları gibi,

⁷¹ **İldır**, s. 61; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 171; **Özbay**, s. 473; **Eksi**, s. 51; **Özekes**, s. 41-42; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 903.

⁷² **İldır**, s. 27; **Şanlı**, s. 371-372.

⁷³ HMK. m. 439/IV’e göre, hakem kararına karşı iptal davası açılması bile kararın icrasını durdurmaz. Kararın icrasının durdurulması için teminat yatırılması hâli saklıdır.

vardıkları karara da uymak zorunda değildirler⁷⁴. Arabuluculuk süreci sonrasında taraflardan biri veya her ikisi, devlet mahkemelerine müracaat ederek klasik yargılama usulüne yönelebilir. Ancak, tahkimde hakemin verdiği karar mahkeme kararı gibi bir hükümdür ve taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, ancak belli sebeplerle hakem kararının iptali için dava açabilirler. Böyle bir iptal davası açıldığında dahi, hakemin verdiği kararın icrası kural olarak durmayacaktır. Görüldüğü gibi, sürecin işleyişi ve sonuçta varılacak nokta iki yöntemde oldukça farklılaşmaktadır. İki yöntemde de kendi şahıslarına münhasır belli özellikler görülmekte, her iki yöntem de uygulamada sıkça kullanılmaktadır. Dolayısıyla ismi ve niteliği ne şekilde tespit edilirse edilsin, uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin de arabuluculuğun da yeri ve önemi geçerliliğini sürdürmektedir.

E) ARABULUCULUK-TAHKİM (MEDIATION-ARBITRATION)

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk-tahkim yöntemi, adından da anlaşıldığı üzere, arabuluculuk ve tahkimden oluşan karma bir yöntemdir. Bu yöntemde, uyuşmazlığın çözümü için, taraflar öncelikle arabulucuya başvururlar. Taraflar arasındaki uyuşmazlık arabuluculuk faaliyetiyle giderilemezse, arabulucu, hakem olarak tahkim sürecini yürütür. Burada, taraflar, arabulucuya verecekleri yetki vasıtasıyla, onun hakem sıfatıyla bağlayıcı karar verebilmesini sağlarlar⁷⁵. Ancak taraflar, arabuluculuk sonrasında yürütülen tahkim sonucunda verilen kararın bağlayıcı olmayacağını da kararlaştırmış olabilirler⁷⁶. Bu yöntemde, uyuşmazlığın çözüm aşamasının başında arabulucu sıfatını taşıyan tarafsız üçüncü kişi, arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalması hâlinde hakem sıfatıyla uyuşmazlığın giderilmesini sağlar⁷⁷. Bu yöntemin amacı, arabuluculuk sürecinden beklenen çözüm elde edilemezse, devlet mahkemelerine başvurmadan bağlayıcı bir karar alabilmektir⁷⁸.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin tartışılan yönlerinden biri, arabuluculuk ve hakemlik görevinin aynı kişi tarafından yerine getirilmesidir. Bu durumun avantajları arasında, arabulucunun, tahkim aşamasına geçmeden önce taraflar arasındaki uyuş-

⁷⁴ Doğal olarak, arabuluculukta da tarafların çözüm anlaşmasına uymamaları onların hukukî sorumluluklarının olmadığı anlamına gelmez. Çözüm anlaşmasına uymayan taraf, sözleşmeden doğan sorumluluk gereği karşı tarafın uğradığı bir zarar varsa bunu tazminle yükümlü olur. Ayrıca, uyuşmazlığın tarafları, çözüm anlaşması için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi aldıklarında bu anlaşma ilâm niteliğinde belge sayılacağından, anlaşmanın içerdiği yükümlülükler, icra hukuku bağlamında ilâmların icrasına ilişkin hükümlere göre yerine getirilecektir.

⁷⁵ **Özbek**, s. 608.

⁷⁶ **İldır**, s. 100.

⁷⁷ **İldır**, s. 100; **Özbek**, s. 223; **Özbek**, Çözüm Yolları, s. 201; **Özbay**, Uzlaştırma, s. 394; **İldır**, Auç, s. 392; **Kekeç**, s. 20; **Dür**, s. 51; **Konuralp**, s. 51; **Doğar**, s. 45; **Biçkin**, s. 38; **İşık**, s. 21.

⁷⁸ **Özbay**, Uzlaştırma, s. 394.

mazlık hakkında yeterli bilgiye sahip olmasıdır. Çünkü, arabuluculuk aşamasındayken uyuşmazlığı giderme yolunda taraflar, amaç ve çıkarlarını ortaya koyacaklar ve tahkim aşamasında her şeye en baştan başlanması gerekmeyecektir⁷⁹. Bu da, arabulucu ve taraflara, tahkim aşamasında hem vakit kazandıracak hem de bu kişilerin psikolojik olarak yıpranmalarını önleyecektir. Buna karşın, arabulucu ve hakem olarak görev yapan kişinin aynı kişi olmasının dezavantajı olarak, bu tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk sırasında öğrendiği gizli bilgilerin etkisi altında kalma ihtimalinin mevcut olması belirtilebilir⁸⁰. Ayrıca, taraflar, arabulucu ve hakemin aynı kişi olmasından ötürü kendilerini baskı altında da hissedebilirler⁸¹. Bu da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel amacı olan gönüllü bir çözüme ulaşılması hedefini engelleyebilir. Arabulucu ve hakemin aynı kişi olmasının bir diğer olumsuz sonucu ise, tarafların bu kişiye karşı güvenlerinde bir azalmayla kendini gösterebilir. Uyuşmazlığın tarafları, tarafsız üçüncü kişinin, sürecin devamında hakem sıfatıyla karar vereceğini bildikleri takdirde, arabuluculuk aşamasında samimi davranmayabilirler⁸². Bu da tarafları, uyuşmazlığın çözümü ve bir anlaşmaya varabilmek için gerekli olan bilgi ve fikirleri açıklamamaya itebilir⁸³. Buna karşın öğretilde, arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin devamında, bağlayıcı karar veren tarafsız bir hakem olarak yer almasının, taraflara güven vereceği ve gizlilik gerektiren bilgilerin yayılmayacağı gibi bir kanaatin oluşmasını sağlayacağı ifade edilmiştir⁸⁴. Bu şekilde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları bertaraf edebilmek için arabulucu ve hakem olarak görev yapacak olan kişilerin farklı kişiler olarak seçilmesi önerilebilir⁸⁵.

§ 2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

I- ARABULUCULUK KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) ARABULUCULUK KAVRAMI

Arabuluculuk, günlük dilde kelime olarak, anlaşmazlığa düşmüş kişilerin arasını bulma (orta yolu bulma/ara bulma), sorunu çözmelerini sağlama anlamında kullanılır. Sözlükte ise, “Bir anlaşmazlığın çözümünün üçüncü bir tarafsız kişiye veya

⁷⁹ İldır, s. 107; Kekeç, s. 20.

⁸⁰ Kekeç, s. 20-21.

⁸¹ İldır, s. 102; Kekeç, s. 20.

⁸² Özbek, s. 434-435.

⁸³ İldır, s. 102; Dür, s. 51.

⁸⁴ Özbek, Çözüm Yolları, s. 202.

⁸⁵ Özbek, s. 435; Dür, s. 51.

kuruma bırakılması” şeklinde tanımlanmıştır⁸⁶. Sözlükteki bu tanım, belki gündelik kullanımda arabuluculuğu tanımlamak için yeterli kabul edilebilirse de, hukukî anlamda arabuluculuk kavramından uzak bir tanımdır. Terim olarak “arabuluculuk”, anlaşmazlığın çözümünün sağlanmasını kolaylaştıran tarafsız bir üçüncü kişinin faaliyetidir. Oysaki sözlükteki tanımda, anlaşmazlığın çözümünün tarafsız bir kişi veya kuruma bırakılacağı ifade edilmiştir. Buradan çıkan anlama göre, anlaşmazlığın çözümünde tarafsız bir üçüncü kişi egemendir ve sorununu çözümü hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Bu da, uyuşmazlık çözüm türlerinden, bir kişinin çözüm üzerinde egemen olduğu ve karar verebildiği mahkeme yoluyla çözüm ya da tahkim yoluyla çözümü hatırlatmaktadır. Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünde en önemli husus, tarafların çözüm sürecinde egemen konumda olmaları ve kendi çözümlerini bulmalarıdır⁸⁷.

Arabuluculuk, İngilizce’de “Mediation” kelimesiyle ifade edilmiştir. “Mediation” kelimesi, uluslararası literatürde de kabul görmüş bir kelimedir⁸⁸. Bu kelime, Latince’de “mediare” kelimesinden türetilmiştir. “Mediare” kelimesinin anlamı ise “ortada olmak, araya girmek”tir⁸⁹. Gerçekten, arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun konumu, uyuşmazlığın taraflarına eşit mesafededir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için taraflara kolaylık sağlarken, tarafsızlığını da korumak zorundadır. Aksi

⁸⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c0792a3dbe184.23117502 Et: 05.12.2018.

⁸⁷ Tarafların uyuşmazlığın çözümünde kendi çözümlerini üretmediklerinin anlaşılması hâlinde, arabulucunun çözüm önerisi teklif etmesi bu durumun istisnası sayılabilir. Ancak, arabulucu taraflara çözüm önerisinde bulunsa bile, bu öneriyi kabul etmeleri için taraflara baskı kuramayacak ve fikirlerini onlara empoze edemeyecektir. Bunun gibi, geliştirdiği çözüm önerisine dayanarak uyuşmazlık hakkında karar da veremeyeceğinden, arabulucunun süreç üzerinde hâkimiyet kurduğu söylenemez.

⁸⁸ Fransızca’da “Médiation”, İtalyanca’da “Mediazione”, İspanyolca’da “Mediación” kavramları arabuluculuğu ifade etmek için kullanılmaktadır. Almanca’da ise, “Vermittlung” kavramı arabuluculuk için kullanılan kelimedir. Ancak Almanya’da, “Schlichtung” terimi de, arabuluculuk faaliyetleri için kullanılabilir. Oysaki Alman öğretisinden *Bühning-Uhle*’nin ileri sürüldüğüne göre, “Schlichtung” kelimesi, üçüncü kişiler tarafından bağlayıcı kararlar verilebildiği durumda kullanılabilir. Üçüncü kişi bağlayıcı bir karar veremiyorsa “Vermittlung” kelimesi kullanılmalıdır. Bkz., **Taşpolat, Tuğsavul**, s. 30. “Schlichtung” terimi daha çok “Uzlaştırıcılık” için kullanılıp “Vermittlung” kelimesi “Arabuluculuk” için kullanılsa da, arabuluculuk ve uzlaştırıcılık yöntemlerinin, birbirine çok yakın özellikler taşıması ve uygulamada bu iki yöntemi farklı yöntemler olarak kabul etmenin pratik bir faydası olmadığı gerekçesiyle, iki ayrı terimle bu kurumları ifade etmek yerine, Türk hukukunda doğrudan “arabuluculuk” kelimesi kullanılabilir. Alman öğretisinden *Krapp*’a göre, arabuluculuk (Mediation) ve uzlaştırma (Schlichtung) kavramları birbirinin aynısıdır. Arabuluculuğun İngilizce karşılığı “Mediation”, Almanca karşılığı “Schlichtung” kelimesidir. Bkz., **Taşpolat Tuğsavul**, s. 30.

⁸⁹ **İldır**, s. 78, dn. 2; **Özbay**, Uzlaştırma, s. 390, dn. 16; **Yazıcı Tıktık**, s. 6; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 21, dn. 2; **Sevim**, s. 29; **Dür**, s. 10; **Bayraktar**, Muratcan, Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, 2015, s. 151-172, s. 152; **Ertürk**, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2019, s. 26; **Işık**, s. 18; **Özmmucu**, s. 276.

hâlde, taraflar açısından bir güvensizlik meydana gelebilir. Bu durumda da arabuluculuktan beklenen fayda olan uyuşmazlığın barış içinde, anlaşmayla çözümü ihtimali zorlaşır.

Arabuluculuk, yukarıda da ifade edildiği gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın menfaat temelli bir çözüme kavuşabilmesi amacıyla, tarafsız bir üçüncü kişinin, tarafları müzakerelerde bulunmaları ve anlaşabilmeleri için uygun ortamda buluşturan ve onların kendi çözümlerini bulabilmelerine imkân sağlayan, gönüllülük esasına dayalı yöntemler bütünüdür⁹⁰. Arabuluculuk, kanunî tanımda ise, tarafların birbirlerini anlamaları ve çözümlerini üretebilmeleri için iletişim sürecini gerçekleştiren, bunun gerçekleşmesini sağlamak adına sistematik tekniklerle müzakere ve görüşmelerin yapılmasını düzenleyen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gönüllü olarak yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilmiştir (HUA.K. m. 2). Arabuluculukla ilgili olarak, hem öğretilerde kabul edilen tanıma hem de kanunî tanımına bakarak, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel özelliklerini bünyesinde taşıdığı söylenebilir. Söz gelimi, her şeyden önce arabuluculuğun ihtiyarî bir yol olması⁹¹, arabulucunun tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi konumunda olması, süreç üzerinde üçüncü kişiden ziyade tarafların egemen olması, üçüncü kişinin karar verme yetkisinin bulunmaması, sürecin sonunda varılan çözümün bağlayıcı olmaması gibi hususlar, arabuluculuğun tipik bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu gösterir. Özellikle, öğretilerdeki arabuluculuk tanımlarının birleştiği esas noktalar; gönüllülük, taraflar arasındaki iletişimin sağlanmasının sistematik olarak desteklenmesi ve süreç sonunda varılan çözümün tamamen tarafların kendi sorumluluklarında olmasıdır⁹².

Arabuluculuk kavramının tanımlanmasında, öncelik verilen hususların değişkenliği sebebiyle, arabuluculuğun farklı tanımlarının bulunduğu söylenebilir. Özel-

⁹⁰ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 165; **Kaplan**, s. 118; **Özbek**, s. 592; **Kekeç**, s. 23; **Yazıcı Tıktık**, s. 10; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 26; **Sevim**, s. 29; **Dür**, s. 12; **Çiçek**, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 37; **Ekmekçi**, Ömer/ **Özekes**, Muhammet/ **Atalı**, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 16; **Azarkan**, Necat, “Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticarî Tahkim”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu**, Tahir/ **Buluttekin**, M. Burak), s. 42-51, Ankara 2018, s. 44; **Akça**, Çağatay, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Arabuluculuk ve Uzlaştırma, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 1, 2009, s. 25-36, s. 26; **Günay**, Cevdet İlhan, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017, s. 82; **Işık**, s. 18; **Akan**, Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara 2013, s. 7; **Öznumcu**, s. 276; **İsfen**, Osman, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya), MİHDER., 2006/3, s.1325-1334, s. 1325.

⁹¹ Dava şartı olan arabuluculuk hâli belli durumlarda söz konusu olmakla birlikte, burada incelenen kural olarak ihtiyarî arabuluculuktur. Dava şartı olan arabuluculuğa da ayrı bir başlık altında kısaca değinilecektir (Bkz. §2, III, B).

⁹² **Taşpolat Tuğsavul**, s. 27.

likle, iki ayrı tanım şekli olarak konseptte dayalı tanım ve açıklayıcı tanım çeşitleri örnek verilebilir. Konseptte dayalı tanım, daha çok arabuluculuk yönteminin amaçları, temel ilkeleri ve özellikleri dikkate alınarak yapılan tanım türüdür. Bu türde bir tanımda, müzakere sürecine ilişkin detaylara yer verilmemektedir⁹³. Konseptte dayalı arabuluculuk tanımına göre, “meydana gelen uyuşmazlığın, tarafların iradî olarak başvurmaları sonucu arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle iki tarafın ortak menfaatini esas alan çözüm yöntemidir⁹⁴”. Öğretide arabuluculuk ile ilgili yapılan tanımlar çoğunlukla konseptte dayalı tanım şeklinde görülmektedir. Açıklayıcı tanım ise, arabuluculuk süreciyle ilgili uygulamada gerçekleşenler esas alınarak yapılan arabuluculuk tanımıdır. Açıklayıcı tanım olarak arabuluculuk, “uyuşmazlığın taraflarının konuşmak ve karşılıklı farklılıklarını ortaya koymak amacıyla arabulucu ile görüşmeleri” olarak tanımlanmıştır⁹⁵. Bu iki tanım türüne girmeyecek şekilde genel anlamda yapılan bir arabuluculuk tanımına göre ise, “arabuluculuk, aralarında uyuşmazlık bulunan iki ya da daha fazla tarafa, bu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için üçüncü tarafın yardımcı olduğu her türlü süreçtir⁹⁶”.

Arabuluculuğun uluslararası metinlerdeki tanımlarına bakılacak olursa, Avrupa Birliği’nin 2008/ 52/ EC sayılı “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi” dikkate alınmalıdır. 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen bu direktifin 3. maddesinin “a” bendine göre, “*Arabuluculuk, adlandırılma veya başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlıklarının çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri, plânlanmış bir süreci ifade eder*⁹⁷.” Hükmün devamında, arabuluculuk sürecinin taraflarca başlatılabileceği ya da mahkemece önerilebileceği yahut emredilebileceği, son olarak üye devletin hukukunca öngörülebileceği düzenlenmiştir⁹⁸.

⁹³ Yazıcı Tıktık, s. 8.

⁹⁴ Özekes, s. 43.

⁹⁵ Yazıcı Tıktık, s. 9.

⁹⁶ Yıldırım, s. 347.

⁹⁷ 2008/ 52/ EC sayılı “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi”, m. 3, 21.05.2008, [http: // www. arabuluculuk. adalet. gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/8.pdf](http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/8.pdf) Et: 06.02.2019.

⁹⁸ Bu Yönerge hükümlerine göre arabuluculuk faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, sınır ötesi uyuşmazlıkların varlığı hâlinde söz konusu olur. Bu uyuşmazlıklar da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri medenî ve ticarî sorunlardır. Yönerge özellikle, vergi, gümrük, idarî meseleler ya da Devlet’in egemenliğine dayanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğunu kapsamayacaktır (Yönerge m. 1/II).

B) ARABULUCULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Arabuluculuk, yukarıda da ifade edildiği gibi, taraflar arasındaki mevcut bir uyuşmazlığın, mahkeme dışında, tarafsız üçüncü bir kişi yardımıyla, gönüllü olarak çözüme kavuşturulmasıdır. Gerek kanun gerek öğretideki tanımlamalardan çıkarılabilecek genel tanım bu şekilde yapılabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yapılan arabuluculuk tanımından hareketle, arabuluculuğun unsurları belirlenebilir. Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

- Tarafların bir araya getirilmesi,
- Tarafların birbirlerini anlamalarının sağlanması ve kendi çözümlerini üretebilmeleri için aralarındaki iletişim sürecinin kurulması,
- Bu iletişim sürecinin kurulması amacının sistematik teknikler uygulayarak gerçekleştirilmesi,
- Tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren üçüncü bir kişinin varlığı,
- Tarafları bir araya getiren bu üçüncü kişinin uzmanlık eğitimi almış bağımsız ve tarafsız bir kişi olması,
- Tüm bu sürecin ihtiyarî olarak yürütülmesi.

Arabuluculuk faaliyetinin unsurlarının tespiti sayesinde, arabuluculuk kurumunun hukukî nitelendirmesi de daha kolay yapılabilir. Arabuluculuk, her şeyden önce bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temeli, en tipîği de denilebilir. Dolayısıyla, arabuluculuk, özünde ihtiyarî bir kurumdur. Taraflar ancak dilerse uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya gidebilirler. Kanun tarafından öngörülen dava şartı olan arabuluculukta ise, iradîlik söz konusu değildir. Ancak, yine de dava şartı olan arabuluculukta da yöntemin amacı, ihtiyarî arabuluculukta olduğu gibi, tarafların kendi çözümlerini üretebilmeleri adına iletişime geçip müzakerelerde bulunmalarını sağlamaktır.

Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabulucular siciline kayıtlı olan arabulucular tarafından yürütülebilen bir faaliyettir (HUA.K.m.20/3). Sicile kayıtlı olma, arabuluculuk faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesini sağladığı gibi, Bakanlık denetimini de sağlar. Arabuluculuk, kanunda düzenlenen belli ilkeler ve emredici kurallara bağlı olarak yürütülebilecek bir faaliyettir. Dolayısıyla taraflar, arabulucular siciline kayıtlı olmayan bir üçüncü kişiyi arabulucu

olarak seçemeyeceklerdir⁹⁹. Arabuluculuk faaliyetine uygulanacak hükümler, ya tarafların kendi aralarında yaptıkları arabulucuya başvurma sözleşmesine göre ya da taraflarla arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesine göre belirlenir.

Arabuluculuk ile ilgili değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, arabuluculuğun yapısı itibarıyla bir kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağıdır. Kamu hizmeti, kamu yararı amacıyla, kamu tüzel kişilerinin, doğrudan doğruya ya da bir özel kişiyi yetkilendirerek yürüttükleri faaliyetlerdir¹⁰⁰. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Gerekçesi'nde, "Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır" ifadesi yer almaktadır¹⁰¹. Kanunun amacının toplumsal barışın korunması olduğu belirtildiğinden, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk gibi uzlaşmaya/ anlaşmaya dayanan yöntemlerle çözmesi, kamu yararına hizmet edilmesini sağlar. Dolayısıyla, arabuluculuk yöntemi, kamu yararına hizmet eden bir yöntem olarak kabul edilebilir. Böylece bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan ilk şart sağlanmış olur. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesinin diğer bir şartı ise, bu hizmetin kamu tüzel kişilerinince doğrudan doğruya yahut bu tüzel kişilerin denetiminde özel kişilerce yerine getirilmesi gerekir. Arabuluculuk faaliyeti ise, Adalet Bakanlığı bünyesindeki Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na tutulan arabulucular siciline kayıtlı gerçek kişiler tarafından yerine getirilir. Arabulucular siciline kayıtlı olan bu kişiler, sırf bu faaliyetleri nedeniyle idarenin bir çalışanı, kadrolu bir görevlisi değildirler. Ancak arabuluculuk faaliyeti, Bakanlık'ın kendisince doğrudan değil bu arabulucular aracılığıyla yürütülmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti, kamu hizmeti tanımında yer alan, kamu tüzel kişilerinin, bir özel kişiyi yetkilendirerek kamu yararı amacıyla yürüttükleri faaliyet kapsamında değerlendirilebilir. Böylece arabuluculuk, kamu hizmetinin gerektirdiği şartları sağladığından kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Bu kabul için, arabuluculuk faaliyetinin ihtiyarî olarak veya dava şartı olarak yerine getirilmesi arasında bir fark yoktur. Keza, iki arabuluculuk türü de aynı sicile kayıtlı arabulucular tarafından gerçekleştirilmektedir.

⁹⁹ Uyuşmazlık taraflarının arabulucular sicili dışında bir kişiyi uyuşmazlığı çözmesi için seçmeleri hâlinde, bu faaliyet arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemeyecekse de, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olup olmadığı ayrıca değerlendirilebilir.

¹⁰⁰ **Gözler**, Kemal/ **Kaplan**, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa 2017, s. 528; **Çağlayan**, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 247.

¹⁰¹ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> Et: 28.11.2018.

Arabuluculuğun hukukî niteliğiyle ilgili, vekâlet, hizmet veya eser sözleşmesi gibi değerlendirmeler ileri sürülebilir¹⁰². Bu şekilde bir değerlendirme yapılmasının sebebi, arabuluculuk faaliyetinin her şeyden önce bir işgörme faaliyeti olmasıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda ise, işgörme ile ilgili sözleşmeler olarak hizmet, vekâlet ve eser sözleşmeleri yer almaktadır. Ancak arabuluculukta önemli olan, hangi kapsama girerse girsin, özen borcunun mevcudiyetidir.

II- ARABULUCULUĞUN ÖZELLİKLERİ

A) ARABULUCULUK SÜRECİNİN İRADÎ OLMASI

Arabuluculuğun en temel, en önemli özelliği, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin iradî yani gönüllülük esasına dayanan bir yöntem olmasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri genel olarak gönüllülük esasına dayansa da, arabuluculuk, faaliyet süreci ve yapısı itibarıyla gönüllülüğün daha da ön plana çıktığı bir yöntemdir. Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesi de, tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirerek sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olduklarını düzenlemiştir. İradîlik ilkesinin amacı, tarafların, dışarıdan herhangi bir baskıya maruz kalmadan, mümkün olduğunca serbest ve açık bir müzakere atmosferi içinde görüşebilmelerini sağlamaktır¹⁰³. İradîlik ilkesi, özel hukuktaki irade serbestisi¹⁰⁴ ve medenî yargılama hukukundaki tasarruf ilkesinin¹⁰⁵ arabuluculuk yöntemindeki karşılığını oluşturur¹⁰⁶.

Arabuluculuk sürecinin iradî olmasından, bu yönteme başvurulmasının kişilerin iradesine bırakılmış olması anlaşılabilir gibi, arabuluculuk sürecini devam ettirip bir çözüme (anlaşmaya) varılması da anlaşılabilir¹⁰⁷. Arabuluculuk yöntemine başvurulması aşaması ikili olarak incelenmelidir. Çünkü bu aşamada, ya tamamen

¹⁰² Burada arabuluculuk sözleşmesinden ziyade, arabuluculuk kurumunun niteliğinden bahsedilmiştir. Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği, ilerdeki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁰³ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 25; **Dür**, s. 249.

¹⁰⁴ İrade serbestisi, kişilerin, kendi kendini yönetmesi ve kendi geleceğini tayin edebilmesine olanak tanıyan, onların özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre belirlemelerini sağlayan ilkedir. Bkz., **Eren**, Genel, s. 316; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 503; **Oğuzman**, s. 23; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, s. 73.

¹⁰⁵ Bkz., **Meriç**, Nedim, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011. Tasarruf ilkesi, hâkimin kendiliğinden davaya bakamayacağını, ancak dava açılması yani bir talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava üzerinde tasarruf yetkileri bulunduğunu ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eden bir ilkedir. Bkz., **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 335; **Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 1, s. 783-784; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası** s. 151; **Alangöya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 182; **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, s. 338; **Üstündağ**, s. 228. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen bu ilke, medenî yargılamaya hâkim olan ilkelerden biridir.

¹⁰⁶ **Dür**, s. 250.

¹⁰⁷ **Kekeç**, s. 70.

tarafların iradesine bağılı şekilde bir başvuru serbestisi (ihtiyarî arabuluculuk) söz konusudur ya da arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan bir kanunî düzenleme (zorunlu arabuluculuk) mevcuttur. Arabuluculuğa başvuru konusunda, kanundan doğan bir zorlama mevcut olmayıp da taraflar kendi istek ve iradeleriyle bu yöntemle başvuruyorlarsa, burada iradilik ilkesinin önemli bir parçasını oluşturan, yöntemle başvuru-daki gönüllülüğün söz konusu olduğu söylenebilir. Arabuluculuğa başvurunun kanun tarafından bir dava şartı olarak düzenlendiği hâllerde ise, yöntemle başvuru noktasında taraf iradelerinin serbestisi söz konusu değildir. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için dava açarak mahkeme yoluna gitmek isteseler bile, öncelikle gitmeleri gereken bir arabuluculuk yolu söz konusudur. Bu da, arabuluculukta gönüllülük anlayışını zedeleyebilecektir. Öğretide, zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuk müessesesinin ruhuyla bağdaşmayacağı da ileri sürülmüştür¹⁰⁸. Ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, tamamıyla gönüllülük esası temeline dayandığı, dolayısıyla da taraflara, bu yöntemlere başvuru konusunda herhangi bir zorunluluk ve yaptırım getirilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bu şekilde getirilen bir kanunî zorunluluk, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak algılanabilir ve mahkemelerin iş yükünün fazla olduğu ülkelerde, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet verebilir¹⁰⁹. Gerçekten, öğretide, arabuluculuğa zorunlu başvuru ile hak arama özgürlüğünün¹¹⁰ ihlali arasındaki ilişkiye değinilmiş ve bu durumun hak arama özgürlüğü ilkesini ihlal edip etmediği tartışılmıştır¹¹¹. Temel yargılama hukuku güvencesi olup,

¹⁰⁸ **Yazıcı Tıktık**, s. 38. Zorunlu arabuluculuğa öğretide yöneltilen eleştiriler için bkz., **Özmumcu**, Seda, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM. C. 74, S. 2, 2016, s. 807-842, s. 827 vd.

¹⁰⁹ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 154.

¹¹⁰ Hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, herkesin, meşru yolları aracılığıyla, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia veya savunmada bulunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, hak arama özgürlüğü, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, herkes, hakları ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ya da aleyhinde isnat edilen bir suçlamayla ilgili olarak, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme nezdinde, tam bir eşitlik içinde adil ve kamuya açık olarak davasının görülmesi hakkına sahiptir (<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> Et: 06.02.2019). Hak arama özgürlüğü, başvuru hakkı ve başvuru yollarının tanınması sayesinde gerçekleşebilir. Bkz. **Akkan**, Koruma, s. 48.

¹¹¹ İhtiyarî arabuluculuğa başvurulması hâlinde ise, bu durumun hak arama özgürlüğünü zedelemeyeceği, sınırlandırmayacağı kabul edilmektedir. Bkz., **İldır**, s. 48; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 153; **Pekcanitez**, s. 14; **Özbay**, s. 473; **Kekeç**, s. 74; **Şahin**, Tuğçem/ **Çelik**, Yasin/ **Ruhi**, Ahmet Cemal, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018, s. 48. Dahası, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasının uyuşmazlığı hızlı ve etkin bir şekilde çözmesinden yola çıkarak devlet yargısına yardım ettiği gerekçesiyle, hak arama özgürlüğüne hizmet ettiği de ileri sürülmüştür. Bkz., **İldır**, s. 48. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında da benzer şekilde, "Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez" 10.07.2013 tarih E. 2012/94 K. 2013/89 numaralı Anayasa Mahkemesi kararı

medenî usul hukukunda üstün bir hukukî himaye gören ve daima gözetilen hak arama hürriyetinin korunması önem taşımaktadır¹¹². Bir görüşe göre, hem alternatif çözüm yöntemlerinden birine başvuru zorunlu olup hem de bu yöntemler sonucunda alınan karara uymak zorunlu olursa, hak arama hürriyeti kısıtlanmış olur. Ancak bunlardan birisi bile tarafların iradesine bırakılmışsa, alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin uygulanması hak arama özgürlüğünü ihlal etmez¹¹³. Esasen, sadece arabuluculuğa başvurmanın kanun tarafından zorunlu tutulmuş olması, bunun hak arama özgürlüğüne bir engel oluşturduğunu göstermez. Çünkü zorunlu arabuluculukta bile, sürecin devam ettirilmesi, tarafların bir anlaşmaya varması iradîdir. Bu sebeple, hakkını arabuluculuk faaliyetiyle değil de, yargılama faaliyetiyle aramak isteyen kişi, arabuluculuk sürecini sonlandırarak mahkemede dava açabilecektir. Bu konuda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iradilik ilkesinin, zorunlu arabuluculukta da etkin olduğu söylenebilir. Çünkü hiç kimse, belli bir anlaşmazlığın çözümü için başkaları tarafından zorlanamaz.

İradilik ilkesinin net bir şekilde görüldüğü kısım, arabuluculuk sürecinin devam ettirilerek bir anlaşmaya varılması ya da sürecin sonlandırılabilmesidir. Uyuşmazlığın çözümü için, gerek zorunlu gerekse de ihtiyarî olarak arabulucuya başvurulduğunda, taraflar müzakereleri yürütüp yürütmemekte serbesttirler. Bu müzakereler, belli bir süre devam edip, çözüm anlaşmasıyla olumlu sonuçlanabileceği gibi, tarafların süreci sona erdirmesiyle beraber olumsuz da sonuçlanabilir. İşte bu noktada, tarafların tam bir serbestliği söz konusudur. Menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculukta taraflar, menfaatlerine uygun olmayan bir çözümü kabul etmek istemediklerinde süreci sona erdirebilirler¹¹⁴. Yine, arabuluculuk sürecinin sonunda yapılmış olan çözüm anlaşması da tarafların serbestliğini etkilemez. Çözüm anlaşmasına uymak istemeyen taraf, yargı yoluna gidebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sonucunda verilen karar yargı yolunu kapatmaz¹¹⁵. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sonucunda varılan çözüm anlaşmasına, taraflardan birinin uymaması sonucu sözleşmeye aykırılıktan doğan haklar saklı kalacaktır.

B) ARABULUCUNUN TARAFLARCA SEÇİLMESİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, uyuşmazlık konusu hakkında uzman olan ya da uzman olmasa bile bu konuyu iyi bilen tarafsız ve bağımsız üçüncü

¹¹² Özbek, s. 305.

¹¹³ Özbek, s. 308.

¹¹⁴ Özbek, s. 305; Kekeç, s. 71; Taşpolat Tuğsavul, s. 127; Günay, s. 83.

¹¹⁵ Özbek, s. 306.

kişi veya kişilerce inceleme yapılır yahut çözüm için taraflara destek olunur¹¹⁶. İşte, uyuşmazlığın çözümü sürecinde taraflara yardımcı olan üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu hakkında sahip olduğu bilgi ve tecrübe, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en büyük faydalarından biridir. Taraflar, bu yöntemlere başvururken, sırf bu sebeple bile kendilerini güvende hissedebilmektedirler. Çünkü, yargılama sürecine başvurmuş bir davacının en büyük korkusu, mahkemelerin dava ile ulaşılmak istenen hedefi görememeleri ya da maddî hukuk düzenlemelerinin taraf menfaatlerine uygun olmaması sebebiyle dava sonucunda, dava açılmasındaki asıl amaç ile bağdaşmayan (talep sonucunu karşılamayan/ davacıyı tatmin etmeyen) bir hüküm verilebilmektedir¹¹⁷. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile bu tip durumlarla karşılaşılması ihtimali azaltılmaktadır.

Bilindiği üzere kişiler, uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurduklarında, davayı çözüme kavuşturacak olan hâkimi seçme hakkına sahip değillerdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, açılan bir davada hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğunu belirlemiştir. Kanun'un emredici hükümlerinin söz konusu olduğu bir durumda, taraflar, davaya bakacak olan hâkimi aralarında yapacakları bir anlaşmayla belirleyemezler¹¹⁸. Bu sebeple, davayı inceleyerek çözüme kavuşturacak olan hâkimin, uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmayan, o konuda uzmanlığı bulunmayan biri olarak davayı çözmesi durumları ile karşılaşılabilir. Uygulamada, davayı çözecek olan hâkimin, uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması her zaman mümkün olmayabilir¹¹⁹.

¹¹⁶ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 158; **Özbek**, s. 288; **Kekeç**, s. 90; **Ildır**, Auç, s. 389.

¹¹⁷ **Ildır**, s. 57; **Özbek**, s. 288; **Kekeç**, s. 90.

¹¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda görev kurallarının kamu düzeninden olduğu ifade edilmekle beraber, yetki kuralları için, her zaman kamu düzenine ait olması şeklinde bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, uyuşmazlık konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuysa ve bu konuyla ilgili Kanun'da kesin bir yetki kuralı belirtilmemişse, yetki sözleşmesi yapılabilir. Yetki sözleşmesi, tacir veya kamu tüzel kişisi olan tarafların, belli bir uyuşmazlık için kanunen yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılmak amacıyla yaptıkları sözleşmedir. Bkz., **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 152; **Kuru**, s. 70; **Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 1, s. 239; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 106; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 78; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 228; **Atalı/ Ermenek/ Erdoğan**, s. 190; **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, s. 174; **Üstündağ**, s. 185 vd.; **Önen**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 40; **Bolayır**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 29. Usul hukukuna ilişkin bir sözleşme olan yetki sözleşmesi ile taraflar, mahkemelerin göreviyle ilgili bir tercih yapamamaları da, uyuşmazlığa hangi yer mahkemelerinin bakabileceğine ilişkin bir tercih yapabilirler. Ancak bu da, yukarıda bahsedilen, tarafların uyuşmazlığa bakacak olan hâkimi seçemeyecekleri gerçeğini değiştirmez. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinde görev yapacak olan bir hakemin veya arabulucunun taraflarca seçimi gibi, davaya bakacak olan bir hâkimin seçimi mümkün değildir.

¹¹⁹ **Dür**, s. 23.

Arabulucu, HUAk.m.14'te de belirtildiği üzere, başka bir usul kararlaştırılmamışsa, taraflarca seçilir. Peki, arabulucu olarak kimler seçilebilecektir? Her şeyden önce, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabulucu olarak faaliyette bulunabilmek için belli şartların sağlanmasını ve özel bir eğitim alınmasını öngörmüştür¹²⁰. Ancak bu şartları sağlayıp arabuluculuk eğitimini aldıktan ve sınavı başarıyla geçtikten sonra arabulucular siciline kayıt olunabilir. HUAk.m.20/III'te, arabulucunun, siciline kayıt olduktan sonra faaliyete başlayabileceği düzenlenmiştir. HUAk.m.2/I-a bendinde, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında, bir kişinin arabulucu olarak kabul edilebilmesi için Bakanlıkça tutulan arabulucular siciline kayıtlı olması gerekmektedir. Bu sicile kayıtlı şekilde arabuluculuk faaliyetini yürütmenin önemi, faaliyet esnasında arabulucunun ve tarafların hak ve borçlarının bu Kanun'a dayanarak belirlenebilmesidir. Taraflar ve arabulucu arasındaki bir sözleşmede süreçle ilgili ya da hak ve borçlarla ilgili detaylı düzenlemeler yoksa veya bu konulara hiç değinilmemişse, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndan çıkarılan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Hatta bu Kanun'un emredici hükümlerinin devreye gireceği hâllerde, doğal olarak taraflar aksi bir düzenleme öngöremeyeceklerdir. Bu hâliyle, Kanun'da tanımlanan ve hakkında hükümler öngörülen anlamda arabuluculuk faaliyeti, ancak arabulucular siciline kayıtlı kişiler tarafından yürütülebilen faaliyetlerdir. Dolayısıyla, taraflar arabulucu seçerken, sicilde kayıtlı olan kişiler arasından bir seçim yapabileceklerdir¹²¹.

¹²⁰ HUAk.m.20'ye göre, arabulucular siciline kayıt şartları şunlardır:

(2) Arabulucular siciline kaydedilebilmek için;

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,

c) Tam ehliyetli olmak,

ç) (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen 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,

d) (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.; Aynen kabul: 31/1/2018-7069/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,

e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı (...) sınavda başarılı olmak, gerekir.

¹²¹ TBMM. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve AB. Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları s. 11'de, tarafların, istekleri hâlinde arızî olarak sicile kayıtlı olmayan bir kişiyi arabulucu olarak seçebilecekleri belirtilmiştir. Ancak bu hâlde, arabulucu olarak seçilen kişi kanunî anlamda "arabulucu" sıfatını kazanamaz ve yürütülen faaliyet de tasarıda be-

Tarafların, arabulucu seçimini ancak arabulucular sicilinde kayıtlı kişiler arasından yapabilmesi belli açılardan eleştiriye açıktır. Gerçekten, öğreti ve uygulamada da, tarafların arabulucuyu sicil dışından da seçebilmeleri gerektiği ifade edilmiştir¹²². Ancak, mahkemede görülen bir davada, hâkim tarafından önerilen bir arabuluculuk faaliyetinde seçilecek arabulucunun, sicilde kayıtlı isimlerden biri olarak belirlenebileceğinin doğru olduğu ileri sürülmüştür¹²³. Yine öğretide, arabuluculuğun sicile kayıtlı kişilerce yürütülebilmesi ve arabuluculuk faaliyeti için asgari ücret tarifesi belirlenmenin, bu kurumun uygulanış amacıyla bağdaşmadığı gibi, kurumun özünü de kaybettireceği ifade edilmiştir¹²⁴. Esasen, kurumun özellikleri ve ruhu açısından bakıldığında oldukça esnek bir yöntem olduğu düşünülürse, bu faaliyeti yürütebilecek olan kişilerin de sadece belli bir sicile kayıtlı olanlarca yerine getirilmesinin yanlış olduğu savunulabilir. Ancak, sonuçta arabuluculuk faaliyetinin temelinde de hukukî bir uyumsuzluk olduğu düşünüldüğünde, yargılamaya yardımcı olan bu yöntemin tamamen serbest bırakılması da birtakım sakıncalar doğurabilir. Doğabilecek sakıncaları önlemek ve arabuluculuk faaliyetlerinin güven ve düzen içerisinde yürütülebilmesini sağlamak adına sicile kayıt¹²⁵ ve faaliyet sürecinde “arabulucu” unvanının kullanılması zorunluluğu getirilmiştir¹²⁶. Burada, arabulucu olabilme şartlarının (eğitim ve sınavının) belirli bir dengede tutularak, bu faaliyeti gerçekleştirmek isteyenlere mümkün olduğunca imkân sağlanması ancak sicile kayıt yapılması gerekliliğinin de sürdürülerek arabuluculuk faaliyetiyle meşgul olanların özellikle disiplin sorumlulukları bakımından denetiminin yapılması önerilebilir.

lirtilen sonuçları doğurmaz (1/486, Sıra Sayısı 233, s. 11). Dolayısıyla, uyumsuzluğun çözümü müzakerelerini yürüten kişinin “arabulucu” sıfatını kazanamadığı hâlde yürütülen faaliyet de “arabuluculuk” olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulduğunda, arabulucu olarak seçilebilecek olan kişinin arabulucu komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden seçilmiş olması gerekmektedir. Taraflar, herhangi bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak seçemezler. Bkz., **Şahin/ Çelik/ Ruhi**, s. 32.

¹²² Ancak, arabulucu sicil dışından seçilecek olursa, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştiren kişi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu anlamında resmî olarak “arabulucu” sıfatını edinemez ve yürütülen faaliyet bu Kanun’un doğurduğu sonuçlardan faydalanamaz. Bkz., **Ekmekeçi/ Özekes/ Atalı**, s. 54.

¹²³ Bu fikirler, İstanbul Ticaret Üniversitesi’nde 1 Kasım 2007 tarihinde gerçekleştirilen ve Prof. Dr. Nevzat Koç tarafından yönetilen “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’na İlişkin Toplantı ve Sonuçları”nda, bu toplantıya katılan Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım, Doç. Dr. Şükran Şıpka, Doç Dr. Yücel Sayman, Mehmet Kılıç, Osman Çalışkan, Deniz Kite, Ruhi Özdemir, İzzet Doğan, Dr. Ali Yeşilirmak tarafından Adalet Bakanlığı’na gönderilen raporda ifade edilmiştir. Bkz., **Şıpka**, s. 172.

¹²⁴ **Şıpka**, s. 171-172.

¹²⁵ Arabulucuların sicile kaydedilmesinin, arabulucunun üstlendiği rolün önemi sebebiyle ve yöntemin güvenilirliğini sağlamak için gerekli olduğu öğretide de kabul edilmiştir. Bkz., **Kekeç**, s. 123.

¹²⁶ Bkz. TBMM. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve AB. Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları 1/486, Sıra Sayısı 233, s. 11.

C) MENFAAT TEMELLİ BİR YÖNTEM OLMASI

Arabuluculuk, hak temelli arabuluculuk (rightsbased) ve menfaat temelli arabuluculuk (interestbased) olarak ikiye ayrılır. Hak temelli arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümünde daha çok hukuk kurallarının etkisinin hissedildiği, adalet ağırlıklı ve tahmine dayalı bir yöntemdir¹²⁷. Bu yöntemde arabulucu, taraflara sahip oldukları haklarla ilgili bilgiler verir ve önerilerde bulunur¹²⁸. Burada, hukuk mahkemelerindekine benzer şekilde, hukuk kuralları ekseninde bir değerlendirme yapılarak kimin haklı kimin haksız olduğuna ilişkin tespitler yapılır. Bu tespitlerle, söz konusu uyuşmazlığın bir hakem veya hâkim önünde çözülsüydi nasıl sonuçlanacağı hakkında tahminde bulunulur. Uyuşmazlık bu tahmine göre çözümlenmeye çalışılır¹²⁹.

Menfaat temelli arabuluculuk sisteminde, tarafların istek ve ihtiyaçları önceliklidir. Arabulucunun görevi, tarafların bu öncelikli istek ve ihtiyaçlarını ortaya koymalarını teşvik ederek, onların tatmin olacakları kendi çözümlerini bulmalarını sağlamaktır¹³⁰. Menfaat temelli arabuluculukta hukuk kurallarından ve tarafların haklılık paylarından ziyade, taraf menfaatleri ön plandadır. Taraf menfaatlerinin bu şekilde ön planda olması, uyuşmazlığın çözümü için daha esnek ve geniş bir alan bırakacaktır. Bu sebeple de tarafların varacağı çözüm, mahkemenin o uyuşmazlıkla ilgili verebileceği karardan çok farklı olabilecektir¹³¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin asıl hedefinin adil olmaktan ziyade iki tarafın da tatmin edilebilmesi olduğu düşünülürse, menfaatlere dayalı tatmin edici bir çözümün yerindeliği savunulabi-

¹²⁷ **Dür**, s. 114.

¹²⁸ **Doğar**, Mehmet, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Et: 07.02.2019, s. 43.

¹²⁹ **Dür**, s. 114.

¹³⁰ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 29; **Doğar**, s. 43; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s. 33-34. Öğretide arabuluculuğun bu çeşidi kolaylaştırıcı arabuluculuk ile eşleştirilmektedir. Zira, kolaylaştırıcı arabuluculukta da tarafların menfaati ve iradesi en yüksek düzeyde önemli olup, arabulucu sadece tarafların anlaşması için gerekli ortamı sağlayan, onlara yardım eden ancak çözüm önerileri getirmeyen bir kişi konumundadır. Değerlendirici arabuluculukta ise arabulucu, taraflara çözüm önerileri sunabilir veya onları ileri sürdüğü çözüm önerilerini genişletebilir. Değerlendirici arabuluculuk, menfaat temelinden ziyade hak temeline dayanmaktadır. Bkz., **Özmuşcu**, Seda, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM., C. 71, S. 1, 2013, s. 1369-1389, s. 1372 vd.; **Korkmaz**, Fahrettin/ **Kıyak**, Emre, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 31-56, s. 34-35; **Görkem**, Zeynep Ezgi, Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Et: 04.12.2019, s. 7.

¹³¹ **Dür**, s. 114.

lir¹³². Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabul ettiği sistem, menfaat temelli arabuluculuk sistemidir¹³³.

Menfaat temelli arabuluculuk ve hak temelli arabuluculuk arasında bir kıyaslama yapmak gerekirse, menfaat temelli arabuluculuğun tarafların uyuşmazlık çözümünden memnuniyeti açısından daha avantajlı olduğu söylenebilir. Gerçekten, taraflar uyuşmazlığı mevcut hukuk kurallarına ve haklılık durumuna göre çözmek isteselerdi, dava açarak mahkeme yoluna gitmeleri gerekirdi. Ancak, taraflar uyuşmazlığı kendi kontrolleri altında ve çıkarlarını mümkün olduğunca koruyarak çözmek istiyorlarsa arabuluculuğu tercih etmelidirler. Bu anlamda, tarafların çıkarlarına en iyi şekilde hizmet edecek olan arabuluculuk türü ise menfaat temelli arabuluculuk olacaktır.

D) KAZAN/ KAZAN ŞEKLİNDE BİR SONUCA ELVERİŞLİ OLMASI

Aralarında bir uyuşmazlık bulunan taraflar, bu uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere başvurduklarında, uyuşmazlık konusu hakkında bir çözüme ulaşacakları kesindir. Gerçekten, hâkim, önüne gelen uyuşmazlığı bir çözüme bağlamak zorundadır¹³⁴. Devletin yargı yetkisinin vatandaşa yansıyan yönü, kişilerin uyuşmazlıklarının çözümü için devletin yargı organlarından hüküm alabilme imkânlarının olmasıdır. Bu sebeple, tatmin edici olmasa da, taraflar bir çözüme varmak istiyorlarsa mahkeme yoluna başvurmalıdırlar. Ancak, mahkeme yargılaması sonucunda verilecek hüküm, bir tarafın davayı kısmen veya tamamen kazandığı, diğer tarafın ise kaybettiği bir sonuca bağlanır. Bu şekilde bir hüküm, tarafların menfaatlerinden ziyade, pozitif düzenlemeler ışığında haklılık kriterine göre verilecektir. Sonuç olarak verilen hüküm, taraflar açısından bir kazan/ kaybet durumu oluşturacaktır¹³⁵. İşte tam da bu hususta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, kişiler için alternatif sonuçlar vaat etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri genel olarak, menfaat temeline dayanıp taraf egemenliğinin yoğun olduğu yöntemler olduğundan, varılacak sonuçlar tarafların kendi belirledikleri çözümlerden oluşur. Arabuluculuk yöntemi (özellikle menfaat temelli arabuluculuk), alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kalbi¹³⁶

¹³² Pekcanitez, s. 15; Kekeç, s. 95.

¹³³ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 158; Dür, s. 23.

¹³⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 291; Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Korkmaz Taş, C. 1, s. 818; Kuru, s. 44; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 56; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 129; Önen, s. 33; Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, s. 344; Üstündağ, s. 253; Atamer, Yeşim, Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler, İÜHFM. C. 63, S. 1-2, 2005, s. 171-191, s. 174.

¹³⁵ Özbek, s. 300; Yazıcı Tıktık, s. 47.

¹³⁶ Tackaberry/ Mariott, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kalbi olduğunu ifade etmiştir. Bkz., Taşpolat Tuğsavul, s. 28, dn. 21.

olduğundan, tarafları tatmin edecek bir sonucun ortaya çıkmasının en net görülebileceği yöntemdir. Çünkü arabuluculuk yönteminde, süreç boyunca egemen olan taraflar, çözüm için anlaşamazlarsa zaten süreci sonlandırıp arabuluculuk yönteminden vazgeçeceklerdir. Buna karşın, süreci olumlu ilerletip sonuçta da anlaşılırlarsa, bu anlaşma tamamen iradelerine dayandığı için iki tarafı da menfaatleri yönünden tatmin edecek ve kazan/ kazan şeklinde bir sonuca varılacaktır¹³⁷. Bu şekilde varılacak bir sonuç da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genelinin hedeflediği, tarafların malî çıkarlarını korumak ve tarafları dava yolunun katı yapısından uzak tutmak düşüncesine uygun düşer¹³⁸.

Arbuluculuk yönteminin taraflar açısından kazan/ kazan şeklinde sonuçlanmasının faydası, çözüm anlaşmasına riayet edilmesi hususunda kendini gösterecektir. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için varılan anlaşmayı ve bu anlaşmanın şartlarını kendileri belirlemiş olduğundan, anlaşmaya aykırı davranma ihtimalleri de azalmış olacaktır¹³⁹.

Arbuluculuğun kazan/ kazan şeklinde bir sonuca varmasında, dava yoluyla uyuşmazlık çözümünde olduğu gibi tarafların geçmişteki durumlarına değil, mevcut olan duruma ve gelecekte neler olabileceğine odaklanılması etkilidir. Arabuluculuk yönteminde, yargısal yollarda olduğu gibi bozulan fotoğraf tekrar oluşturulmak yerine, her iki tarafın da mutlu olabileceği yeni bir fotoğraf karesi oluşturulmaya çalışılır¹⁴⁰. Böylece, arabuluculuk yöntemi, sonuçta kaybedeni olmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kendini gösterir¹⁴¹.

E) GİZLİLİK ESASINA DAYALI BİR YÖNTEM OLMASI

Devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamalarda, aleniyet ilkesi kuraldır. Aleniyet ilkesinin bir gereği ve kural olarak, mahkemelerde görülmekte olan duruşmalar herkese açık yapılır. Bu durumun istisnası, ancak genel ahlâk veya kamu güvenliği-

¹³⁷ Kazan/ kazan modeli, ABD’li matematikçi John Nash tarafından ileri sürülen oyun teorilerinden biridir. Buna göre, çatışmalar oyun teorisi açısından birer “oyun”dur. Her oyunda da en az iki oyuncu vardır. Oynanan oyunda bir tarafın kazancı diğer tarafın kaybına eşitse buna “toplamı sıfır olan oyunlar” denir. Fakat gerçekte hayattaki çıkar çatışmalarında her zaman toplam “sıfır” olmayabilir. Yani, oyunun iki tarafı da kazançlı ya da kayıplı çıkarak toplamın sıfırdan büyük veya küçük olması mümkündür. Bu teoriye göre, toplamı sıfır olmayan oyunlar “işbirliği yapılabilir” olarak nitelendirilir. Teoriyle ilgili detaylı bilgi için bkz., **Snelson, J. Stuart**, Win- Win Theory for Win- Win Success- Introduction to Win- Win Theory and the Science of Social Causality, <http://www.investmenttools.com/pdf/winwin2.pdf>, Et: 27.02.2019.

¹³⁸ **Özbek**, s. 303; **Kekeç**, s. 27-28; **Yazıcı Tıktık**, s. 11; **Dür**, s. 26.

¹³⁹ **Yazıcı Tıktık**, s. 47; **Dür**, s. 27.

¹⁴⁰ **Özekes**, s. 42; **Kekeç**, s. 95.

¹⁴¹ **Dür**, s. 26; **Ersen Perçin**, s. 180; **Kurt**, Resul, İş Yargısında Arabuluculuk, TBBD., S. 135, 2018, s. 405-445, s. 410; **Tayfun**, Recep/ **Erdem Türk**, Aylin, Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği), TBBD., S. 122, 2016, s. 417-438, s. 427.

nin gerektirdiği hâllerdir. Bu hâllerde duruşmanın kısmen veya tamamen gizli yapılmasına karar verilebilir (AY.m.141; HMK.m.28). Duruşmaların herkese açık olarak yürütülmesindeki amaç, halkın yargıya olan güvenini sağlamak ve hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığını teminat altına almaktır¹⁴². Duruşmaların alenî olması sayesinde, yargılamayı merak eden üçüncü kişiler de süreci takip edebilecek ve hukukun uygulanıp uygulanmadığını bizzat görebileceklerdir. Aleniyet ilkesinin bu olumlu yönleri yanında, eskiden beri var olan bazı olumsuz yönleri de vardır. Bunlardan en önemlisi, aleniyet ilkesi nedeniyle herkese açık olan bir duruşmada, tarafların özel hayatıyla ilgili bazı ayrıntıların ve sırların ifşa olmasıdır. Bu olumsuz durum nedeniyle, artık kamu yararını ilgilendirmeyen hukuk yargılamalarında aleniyet ilkesinin gerekliliği ve geçerliliği tartışılmaktadır¹⁴³. Tüm bunlara rağmen aleniyet ilkesi, kamu güvenliği veya genel ahlâkla ilgili konular haricinde uygulama alanı bulmaktadır. Aleniyet ilkesinin uygulanması ise, bazı yargılamalarda tarafları rahatsız edebilmekte ve duruşmada tam olarak istediklerini ifade etmesini engelleyebilmektedir. Özellikle ticarî davalardan bir işletme ya da markayla ilgili davalarda ya da aile hukukuyla ilgili davalarda bu durum kendini daha net gösterebilmektedir. Bu da tarafların, sırlarının açığa çıkmaması, itibar kaybının önlenmesi ya da karşı tarafa yahut üçüncü bir kişiye karşı koz verileceği endişesiyle maddî gerçeğin aydınlanmasını engellemeleri sonucunu doğurabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ise gizlilik esastır ve gizlilik bu yöntemlerin hem en önemli özelliği hem de tercih edilme sebebini oluşturmaktadır¹⁴⁴. Arabuluculuk yönteminin başarıya ulaşabilmesi, uyuşmazlığın taraflarının rahatça iletişim kurup çözümlerini geliştirebilmelerine bağlıdır. Arabuluculuk yönteminin gizliliği ise, taraflar arasındaki bu iletişimin sağlanabilmesine yardımcı olur¹⁴⁵. Gizlilik, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıracağı gibi, arabulucunun da, süreci iyi bir şekilde idare edip tarafların çözümlerini bulmalarına yardımcı olmak için gerekli bilgilere ulaşabilmesini ve yöntemin başarılı olabilmesini sağlar¹⁴⁶. Ta-

¹⁴² **Kuru**, s. 41; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 343; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 189; **Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 1, s. 895-896; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 196; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 147; **Üstündağ**, s. 248-249; **Pekcanitez**, Hakan, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408-427, s. 408; **Kurt Konca**, Nesibe, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009, s. 23 vd.; **Kurt Konca**, Nesibe, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması*, SDÜHFD. C. 4, S. 2, MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 65-96, s. 69.

¹⁴³ **Pekcanitez**, Hakan, *Medenî Yargıda Adil Yargılanma*, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1997, s. 35-55, s. 44; **Ildır**, s. 48; **Pekcanitez**, Aleniyet, s. 422; **Kurt Konca**, s. 34.

¹⁴⁴ **Ildır**, s. 49; **Özbek**, s. 292; **Ildır**, Auç, s. 389; **Şahin/ Çelik/ Ruhi**, s. 54; **Çiçek**, s. 40; **Akan**, s. 15.

¹⁴⁵ **Yazıcı Tıktık**, s. 51; **Günay**, s. 84.

¹⁴⁶ **Kekeç**, s. 83-84.

raflar, gizlilik konusunda birbirlerine ve arabulucuya güvendiklerinde daha rahat edecek ve uyuşmazlığın çözümü için gerekli olabilecek yeni bilgi ve ipuçlarını verebilecektir.

Arabuluculukta gizlilik ilkesinin görünümü iki şekildedir. Bunlardan ilki, özel oturumlarda edinilen bilgilerin, diğer tarafla paylaşılıp paylaşılmayacağı konusuyla ilgilidir¹⁴⁷. Taraflardan biri ile arabulucu arasında görüşülmesi gereken özel bir konunun, diğer tarafla paylaşılmaması gerekiyorsa, gizlilik ilkesi gereği arabulucu bu oturumda öğrendiği bilgileri karşı tarafla paylaşmamalıdır. Bu gizlilik türüne iç (dahili) gizlilik denebilir¹⁴⁸. Gizliliğin diğer bir yönü ise dışa dönük olmasıdır. Dış gizlilik de denilebilecek bu hâlde, taraflar ve arabulucunun arasında geçen, faaliyet boyunca yapılacak oturumlarda sunulan bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere aktarılması, gizli tutulması gerekmektedir¹⁴⁹. Bu gizliliğin diğer bir görünümü, arabuluculuk ile olumlu bir sonuca ulaşamaması hâlinde, faaliyet boyunca edinilen bilgi ve belgelerin, yargılamada delil olarak kullanılamamasıdır. Bu durum, HUAK.m.5'te de belirtilmiş, taraflar, arabulucu veya bu sürece dâhil olan üçüncü kişilerin, uyuşmazlık konusuyla ilgili bir dava açıldığında yahut tahkim yoluna gidildiğinde, maddede sayılan belgeleri delil olarak ileri süremeyecekleri ve bu konuda tanıklık yapamayacakları ifade edilmiştir¹⁵⁰. Burada sayılan bilgi ve belgelerin hukuk yargılaması veya tahkimde kullanılamamasından amaç, tarafların ileride yargıya başvuracakları zaman, arabuluculuk süreci esnasında yaptıkları açıklama, verdikleri bilgi ve belgelerin

¹⁴⁷ **Kekeç**, s. 78.

¹⁴⁸ Arabuluculukta iç gizlilik konusu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Uluslararası düzenlemelerde ise, kimilerinde iç gizlilik kuralı olarak kabul edilmiş olup kimilerinde iç gizlilik ancak taraflarca kararlaştırıldığında kabul edilmiştir. Söz gelimi, Birleşmiş Milletler Model Kanunu iç ilişkide gizlilik hususunda, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ancak taraflarca açıkça kararlaştırıldığında söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları ise tam aksi yönde düzenleme yapmıştır. Buna göre, arabulucunun taraflardan biriyle yaptığı özel oturumlarda edindiği bilgiler de sır saklama yükümlülüğü kapsamında olup diğer tarafla veya üçüncü bir kişiyle paylaşılamaz. Ancak, bilgiyi veren taraf açıkça rıza gösterdiği takdirde, arabulucu bu bilgiyi diğer tarafa iletebilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ise iç ilişkide gizlilik ile ilgili özel bir düzenleme olmayıp, arabulucunun sır saklama yükümlülüğüyle ilgili madde genel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 59.

¹⁴⁹ **Kekeç**, s. 79.

¹⁵⁰ Tarafların, arabulucunun veya arabuluculuğa katılan üçüncü kişilerin hukuk davası veya tahkim yolunda kullanamayacakları bilgi ve belgeler HUAK. m. 5'te şöyle sayılmıştır:

- “a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.
- b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.
- c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.
- ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”.

aleyhlerine kullanılacak olmasından çekinmelerinin önlenmesidir¹⁵¹. Arabuluculukta sunulan her belgenin yahut verilen her bilginin, daha sonra yapılacak bir yargılamada delil olarak kullanılamayacağı mutlak değildir. HUAK.m.5/V'te, bir belgenin, sırf arabuluculuk faaliyetinde kullanılmasından ötürü delil olarak ileri sürülemeyeceğinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile beraber kanunkoyucu, tarafların arabuluculuk faaliyeti başlamadan sahip oldukları delillerin, sırf arabuluculuk sürecinde kullanılmasından ötürü delil olarak mahkemede ileri sürülememesi sakıncasının önüne geçmiş olmaktadır.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesiyle ilgili tarafların bazı beklentileri söz konusudur. Bu beklentilerden ilki, tarafların, kişisel ve ticarî itibarlarını korumak, diğer tarafla olan ilişkilerini sürdürmek amacıyla, aralarındaki uyuşmazlığın ve bunun çözümünün gizli kalmasıdır. Diğer bir beklenti, tarafların uyuşmazlık içindeki konumlarıyla ilgilidir. Tarafların haklı olan isteği, arabuluculuk sürecine başvurmakla birlikte, başvurmadan öncesine kıyasla daha elverişsiz konuma düşmemektir. Ayrıca, bir diğer genel beklenti, arabuluculuk sürecinde, arabulucunun edindiği bilgilerin üçüncü kişilere yayılmasının önlenmesidir. Taraflar, gerek olağan oturumlarda gerek özel oturumlarda sundukları bilgilerin, rızaları olmadan diğer tarafla yahut bir üçüncü kişiyle paylaşılmasını isteyebilirler¹⁵². İşte, arabuluculuğun gizlilik içeren bir yöntem olması, tarafların önemli beklentilerini karşılayarak onları bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini kullanmaya teşvik etmektedir.

Arabuluculukta gizlilik ilkesinin devre dışı bırakılabileceği bazı hâller bulunmaktadır. Bunlardan ilki, her şeyden önce tarafların, kendi sundukları bilgi ve belgelerin açıklanmasına, paylaşılmasına rıza göstermeleridir. Aynı şekilde taraflar, aralarında yapacakları arabulucuya başvurma sözleşmesinde ya da arabulucu ve taraflar arasında yapılacak olan arabuluculuk sözleşmesinde, gizlilik ilkesinin aksini kararlaştırabilirler. Gizlilik ilkesinin geçerli olmayacağı bir diğer durum ise, kanundan kaynaklanan istisnalardır. Beyan ve belgelerin kullanılmasıyla ilgili hüküm içeren HUAK.m.5/III'te, söz konusu beyan ve belgelerin, bir kanun hükmü tarafından emredildiğinde yahut arabuluculuk süreci sonunda varılan çözüm anlaşmasının uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, gizlilik ilkesi söz konusu durumlarda uygulanmayacaktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, gizlilik ilkesine verilen öneme dayanılarak, gizliliğin ihlal edilmesi hâlinde ihlale sebep olan kişiye verilecek ceza düzenlenmiştir. HUAK.m.33'e göre, gizlilik ilkesini ihlal ederek bir kişinin

¹⁵¹ Kekeç, s. 80.

¹⁵² Yazıcı Tıktık, s. 54.

hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, şikayet üzerine altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

F) DAHA AZ ZAMAN VE DAHA AZ MASRAF HARCANAN BİR YÖNTEM OLMASI

Adaletle ulaşma yolunda, hukuka, kanunlara ve hakkaniyete uygun bir karar vermek gerektiği kadar, zaman yönünden çabuk ve masraf yönünden de ekonomik bir giderle karar verilmesi gerekmektedir. Keza, doğru olan, haksızlığın, hukuka aykırı durumun en kısa zamanda ortadan kaldırılmasıdır¹⁵³. Anayasa’da da, bu durum yargıya bir görev olarak yüklenmiş, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerektiği ifade edilmiştir (AY.m.141). Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da hâkimin, yargılamayı düzenli biçimde yürütüp makul bir sürede tamamlaması ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (HMK.m.30). Ancak, uygulamada, yargılamaların çoğu zaman makul sürede tamamlandığını söylemek zordur. Mahkemeler, yoğun bir iş yükü altındadır ve bu da yargılama sürelerinin uzamasına yol açmaktadır. Kişiler, uyuşmazlıklarının çözümü için, alternatif yöntemleri tercih ettiklerinde, hem mahkemelerdeki yargılama yükü azalarak davalar daha makul sürelerde çözüme kavuşabilecek hem de uyuşmazlığa sahip olan kişiler, dava sürecinden de kısa olan arabuluculuk yöntemiyle sorunlarını çözebileceklerdir. Gerçekten, arabuluculuk yönteminde bir uyuşmazlık, bazen oturumların başlamasıyla beraber birkaç saatte, bazen de birkaç gün içinde çözümlenebilmektedir¹⁵⁴. Uygulamada, çözüm sürecinin bir haftadan uzun olduğu hâllerde çözüme ulaşılması ihtimalinin giderek azaldığı gözlemlenmektedir¹⁵⁵.

Arabuluculuk sayesinde taraflar, mahkeme yargılamasının dar ve katı kalıplarından, ağır işleyen ve uzun zaman gerektiren yapısından, masraflı olmasından kurtulurlar¹⁵⁶. Mahkeme yoluyla yargılama, belli şekli prosedürleri içerdiğinden katı bir özellik arz etmekte ve bu durum da uyuşmazlığın çözüm hızını etkileyebilmektedir. Ancak, arabuluculukta, taraflar ilk oturumda bile anlaşabileceklerinden, uyuşmazlık çözüm hızı oldukça yüksek olabilmektedir. Bu şekilde hızlı bir çözüm yolu sayesinde, özellikle işletmeciler, çalışanlarının uyuşmazlık çözümü gibi verimsiz uğraşlarla

¹⁵³ **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 89; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Yargının Sorunları, Yeni Türkiye Dergisi, S. 10, 1996, s. 285-298, s. 291; **Akkan**, Mine, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, MİHDER., S. 1, 2007, s. 29-68, s. 40, 58.

¹⁵⁴ Arabuluculuk süreci genel olarak beş saatten kısa sürmektedir. Bkz., **Özbek**, Mustafa, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD., C. 56, S. 1, 2007, s. 183-231, s. 193.

¹⁵⁵ **Dür**, s. 20.

¹⁵⁶ **İldır**, s. 57; **Özbek**, Çözüm Yolları, s. 198; **Özbek**, Yönerge, s. 193; **İldır**, Auç, s. 389; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s. 34.

vakit kaybederek işletmenin hedeflerinin aksamasının önüne geçmekte ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmektedirler. Böylece işletmeciler, kıymetli zamanlarının çoğunluğunu işletmelerine ayırabilirler¹⁵⁷.

Arabuluculuk, zamandan tasarruf edilmesinin yanı sıra, masraflardan da tasarruf edilebilmesini sağlar. Yargılama masrafları, kişileri olumsuz etkileyebilen hatta bazı hâllerde miktarı yüksek bulunarak dava açılıp hakkın aranmasını engelleyebilen bir husus olarak görülmektedir¹⁵⁸. Yargılama giderlerinin gerekliliği düşünüldüğünde, bir ideal olarak, hak arama hürriyetinin sınırlandırılmaması için yargılama giderlerinin taraflarca karşılanmayacağı düşünülebilir. Ancak, böyle bir durumda da, hak aramanın mantıkî yanı kaybolmuş olur¹⁵⁹. Bu da, yargılamayı olumsuz etkileyecek ve yargının iş yükünü gereğinden çok daha fazla arttırarak gerçekten hakkına kavuşmak isteyip adalet arayanların mağduriyetine yol açabilecektir. Dolayısıyla, yargılama giderlerinin gerekli olduğu ancak miktarının yüksek tutulmaması gerektiği söylenebilir. Arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ise, uyuşmazlığın tarafları, yüksek yargılama masraflarından kurtulmuş olmaktadır¹⁶⁰. Yargılama harç ve giderleri, tanık, bilirkişi ve keşif gibi usuller mahkemelere has olup ciddi bir masraf olarak yer almaktadır¹⁶¹. Oysa, arabuluculukta, mahkemelerin yetkisinde olan tanık dinleme, bilirkişiye başvurma ya da keşfe gitme gibi durumlar olmadığından, doğal olarak bu tip masraflarla karşılaşılmayacaktır. Ayrıca, yıldan yıla artan Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi¹⁶² de yargılama giderlerini arttırmaktadır. Ancak, arabuluculukta taraflar ve arabulucu haricinde bir avukatın sürece katılması zorunlu olmadığı gibi, süreç sonunda bir kaybeden de olmayacağından, tarafların avukatı olsa bile, vekâlet ücretinin karşı tarafa yükletilmesi söz konusu olmayacaktır¹⁶³.

¹⁵⁷ **Özbek**, s. 287; **Kekeç**, s. 88.

¹⁵⁸ Yargı sistemiyle ilgili genelde en önemli şikâyetlerden biri, yargılama masraflarının hak aramayı engelleyecek kadar yüksek olmasıdır. Genelde bu durum çok zengin kişiler ile adli yardımdan faydalanan fakir kişileri etkilememekle beraber, toplumun büyük kesimini etkilemektedir. Bkz. **Özbek**, s. 284.

¹⁵⁹ Söz gelimi, herkes, ücretsiz bir oyunda olduğu gibi, dava yoluyla bir kısım taktikler uygulayarak karşı taraf aleyhine birtakım avantajlar elde etme çabasına girişebilecektir. Bkz., **Gottwald**, Peter, Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz, (Çev. Sema Taşpınar), AÜHFD., C. 51, S. 1, 2002, s. 1-17, s. 8.

¹⁶⁰ ABD’de, arabuluculuk için yapılan ödeme, küçük miktarda sürecin yönetim gideri ve arabuluculara ödenen 200-400 USD arasında değişen ücrettir. Bkz., **Özbek**, Yönerge, s. 193.

¹⁶¹ **Özbek**, s. 286; **Dür**, s. 22.

¹⁶² 30 Aralık 2017 tarihli, 30286 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Tebliğ.

¹⁶³ Ancak, taraflar bunun aksini kararlaştırabilir. Böylece, faaliyet boyunca avukatlık hizmetinden yararlanmışsa, süreç sonunda avukatın vekâlet ücretinin kim tarafından nasıl ödeneceği de taraflarca kararlaştırılabilecektir.

Yargılama masraflarıyla ilgili olan ve yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan “usul ekonomisi” ilkesi, davanın basitleştirilmesi ve hızlandırılmasına dayanır. Ancak, zamana göre içeriği değişen bu ilke artık, yargılamanın etkin bir şekilde devamı, dava öncesinde veya dava sırasında birtakım araç ve olanaklara, yani alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ulaşılabilmesi imkânlarını da barındırmaktadır¹⁶⁴.

Arabuluculuk faaliyeti de, tarafların durumu, uyuşmazlığın niteliğine göre, zaman zaman uzun sürebilmektedir. Uzun süren her uyuşmazlık çözüm sürecinde de, doğal olarak masraflar artacaktır. Ancak, artan bu masrafların, mahkeme yargılamasındaki kadar fazla olma ihtimali düşüktür. Arabuluculuk sürecinin uzamasından dolayı masrafların fazla olacağı düşünülse bile, mevcut ilişkilerin korunması ve gelecekteki uyuşmazlıkların önlenmesi gibi faydaları göz önüne alındığında, arabuluculuğun daha az masraflı olduğu söylenebilir¹⁶⁵.

G) TARAFLARIN GELECEKTEKİ İLİŞKİLERİNİ KORUMASI

Uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme yoluna başvurulması hâlinde yürütülecek olan dava süreci, uyuşmazlığın tarafları arasındaki sorunun büyümesine yol açabilecektir. Dava yolu, esasında husumete ve karşıt iki tarafa dayandığından tarafları ortak noktada birleştirmeye yönelik değildir. Aksine, yapılacak yargılama sonucunda, mevcut mevzuata ve hukukun genel ilkelerine göre verilecek kararlar haklı olan tarafın tespit edilmesi ve adalete ulaşılması temel amaçtır. Haklı olan tarafın tespiti yahut kanunlara uygun olan bir yargılamanın yapılmış olması, her zaman tam anlamıyla tarafları tatmin etmeyebilir. Mahkemelerde yapılan yargılamanın husumet esasına dayanması, her tür uyuşmazlığın çözümünde iyi bir sonuç alınmasını sağlamayabilir. Ayrıca, dostane olmayan dava yolu, süreklilik arz eden ilişkilerde, taraflar arasında kalıcı sorunlara yol açabilir¹⁶⁶. Hatta, davalar nedeniyle yeni bir düşman kazanmak her zaman için mümkün olduğundan, birlikte çalışan büyük sermaye şirketleri gibi yeni bir düşman edinmenin önemli bir sorun olarak karşılaşıldığı taraf türlerinde, uyuşmazlığın çözümü sırasında gelecekteki ilişkiler çok daha fazla göz önünde bulundurulmaktadır¹⁶⁷.

Dava yoluyla çözümlenmeye çalışılan bir uyuşmazlıkta taraflar, husumet esasına dayalı olan yöntemlere göre yetiştirilip uygulama yapan hukukçuların belirledikleri stratejilerin etkisinde kalarak, kendilerini bir kazan ya da kaybet savaşının içinde

¹⁶⁴ Gottwald/ Taşpınar, s. 4; Kekeç, s. 89.

¹⁶⁵ Kekeç, s. 90.

¹⁶⁶ İldır, s. 56.

¹⁶⁷ Özbek, Çözüm Yolları, s. 192; İldır, Auç, s. 389.

bulabilirler¹⁶⁸. Oysa, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafları haklılık oranlarından ziyade menfaatlerine göre belli bir çözümde anlaşıp birleşmelerini sağlamak için vardır. Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, sonucunda her iki tarafın da memnun kalarak ayrıldığı bir süreci ifade eder ve kazan/ kazan şeklinde bir sonuca varılmasını sağlar.

Arabuluculuk yönteminde, taraflar arasındaki uyuşmazlık giderilmeye çalışılırken geçmişte yaşananlardan ziyade mevcut durum ve gelecekteki ilişkiler dikkate alınır¹⁶⁹. Tarafların geçmişteki yaşadıkları, ancak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması anındaki bağlantısı veya gelecekteki duruma katkısıyla ilgili olarak dikkate alınabilir¹⁷⁰. Böylece, tarafların arasında geçmişte yaşanmış olan olumsuzluklara sapanıp kalınmayacak ve daha yapıcı şekilde tatmin edici bir çözüme ulaşma ihtimali arttırılacaktır. Varılacak çözüm, tarafların yüz yüze görüşme fırsatlarından dolayı kendi çözümleri olacak ve onlar tarafından daha kolay benimsenebilecektir. Benimsenen bu çözüm, tarafların masadan memnun ayrılmalarını sağlayıp aynı zamanda bu süreçte gerginliği azalttığından, onlar arasındaki mevcut ticarî ve sosyal ilişkilerin devamını da mümkün kılacaktır¹⁷¹. Görüldüğü gibi arabuluculuk faaliyeti, taraflar arasındaki ilişkilere zarar vermediği gibi mevcut olumsuzlukların giderilmesini sağlayarak onarıcı yönde katkıda bulunabilmektedir¹⁷². Arabuluculuk sürecinde taraflar arasında kurulan diyaloglar sayesinde, yargı önünde meydana gelen zıtlaşma ve inatlaşmalar önlenmekte ve toplumsal barışa da katkı sağlanabilmektedir¹⁷³.

H) SÜRECİN ESNEK OLMASI

Özel hukuk açısından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bir yargılama sürecinin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğini, yargılama faaliyetiyle ilgili şekil kurallarını, formaliteleri düzenlemektedir. Usul hukuku (şeklî hukuk) denilen ve maddî hukuk dışında kalan bu kısımda, artık kişilerin hukukî ilişkilere girmesi, hak kazanımları, şahıs veya malvarlığıyla ilgili durumların değişmesinden ziyade, kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıkların, mevcut hukuk kurallarına göre ne şekilde çözümleneceği konusu gündeme gelir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 118 ve devamında yazılı yargılama usulü, m. 316 ve devamında ise basit yargılama usulü düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, yargılama usulü olarak yazılı yargılama ve basit yargılama şeklinde iki ayrı usul bulunmaktadır. Taraflar bir uyuşmazlığı mahkemeye

¹⁶⁸ İldır, s. 62.

¹⁶⁹ Özekes, s. 42; Tanrıver, Arabuluculuk, s.158.

¹⁷⁰ Kekeç, s. 95.

¹⁷¹ Özbek, Yönerge, s. 194; Dür, s. 28.

¹⁷² Özbek, s. 304; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 158; Şıpka, s. 166.

¹⁷³ Özbek, Çözüm Yolları, s. 191.

taşıdıklarında, davanın türüne, konusuna göre bu usullerden birini takip ederek yargılama faaliyetine dâhil olacaklardır. Kişilerin bu konuda bir serbestisi söz konusu değildir. Kanun'da belirtilen şekilde dava açıp, ilgili usule göre dava nasıl yürüyorsa buna uymak zorundadırlar. Dolayısıyla, şekli hususlar burada önem arz eder. Bu durum da, mahkeme yoluyla yapılan yargılamalara bir katılık/ sertlik katar. Dava yoluna giden bir kişi için, sürecin nasıl işleyeceği, aşamalar, usul silahları ve savunmaları ve benzeri hususlar net bir şekilde bellidir. Burada, şekle müdahale edecek bir taraf iradesi söz konusu değildir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, her şeyden önce, varılacak sonuçlar açısından belli kalıplarla bağlı olmamayı temel edinmiştir. Söz gelimi, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılacak çözüm, kanunlarda öngörülen sonuçlardan farklı olabilir. Sonuç kısmında esnek olan bu yöntem, sonuca varılan süreç açısından da aynı esnekliğe sahiptir. Arabuluculuk yöntemi, mevcut düzenleme ve prosedürlerle bağlı olmayan bir yöntemdir. Böylece, taraflar, kendilerine özgü bir çözüm yolu geliştirerek herkes için geçerli olan belli kalıplar içinde kalmaktan kurtulabileceklerdir¹⁷⁴. Belli dar kalıplarla sınırlanmamış bir ortamda, taraflar anlaşabilmeleri için gerekli olan iletişimi daha kolay sağlayabilirler¹⁷⁵.

HUAK.m.15/II'de de, tarafların, arabuluculuk usulünü, emredici hukuk kuralları sınırları içinde kalmak kaydıyla diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde de, arabuluculuk yönteminin özelliği gereği esnek bir yapıya sahip olduğu, bu özelliği sebebiyle katı ve sıkı kurallara bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'nın emredici hükümleri de, arabuluculuk yönteminin esnekliğinin bir diğer sınırır¹⁷⁶. Arabulucu olabilmenin ve faaliyette bulunmanın sıkı şartlara bağlanmasına rağmen, sürecin işleyişinin bu şekilde serbest bırakılmasının, amaca uygun bir düzenleme olduğu söylenebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, taraflarca arabuluculuğun nasıl yürütüleceğine ilişkin belirleme yapılmamışsa, arabulucunun aynı esneklik içinde uyuşmazlığı hızla çözebilecek bir usul izlemesi gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁷⁴ **Kekeç**, s. 95; *Wilkinson*'a göre, alternatif çözüm yöntemlerinin bu özelliğinin, başarısının en büyük sırrı olduğu ifade edilmektedir. Bkz., **Kekeç**, s. 95, dn. 368.

¹⁷⁵ **Dür**, s. 24.

¹⁷⁶ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları için bkz., http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teski-lat/mevzuat/etik_kurallar.html Et: 07.02.2019.

III- ARABULUCULUĞUN ÇEŞİTLERİ

A) İHTİYARÎ ARABULUCULUK

HUAK. m. 3/I'de ifade edildiği gibi, bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek serbesttir. Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en önemlilerinden biri ve en karakteristik özelliklerini taşıyan bir yöntem olduğundan, iradîlik prensibi oldukça büyük önem taşımaktadır. Taraflar, arabulucuya başvurmak ve süreci devam ettirip sonlandırmak yahut bu yöntemden vazgeçmek konusunda tamamen serbesttirler. Bu serbestlik sayesinde, arabuluculuk yönteminin kullanılmasının önü açılacaktır. Her ne kadar, Türkiye'de uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü, kişilerin uzlaşarak olayı yargıya taşımadan çözebilme-leri yaygın olmasa da, dünyadaki genel eğilime uygun olarak, burada da anlaşmazlıkların barışçıl ve menfaate dayalı çözümleri zamanla kendine bir yer edinecektir¹⁷⁷. İşte bu süreçte arabuluculuğun yaygınlaşması için, arabuluculuğun ihtiyarî veya zorunlu olması, farklı oranlarda katkı sağlayabilecektir.

İhtiyarî arabuluculuk, arabuluculuk kurumunun yapısına uygun olan bir arabuluculuk türüdür. Burada taraflar, arabulucuya başvurmak konusunda, gerek karşı taraftan gerekse mevzuat tarafından bir zorlamayla karşılaşmadan tamamen serbest iradeleriyle yöntemi tercih etmektedirler. Bu şekilde tercih edilen bir arabuluculuk yönteminde başarıya ulaşma ihtimali de oldukça yüksektir. Özellikle arabuluculuğun dünya genelinde uygulandığı alanların aile hukuku, komşuluk hukuku, ekonomik nitelikli ticarî uyuşmazlıklar olduğu görüldüğünden, ilişkilerin uyuşmazlığın çözümünden sonra da devam etmesi önemsenmektedir¹⁷⁸.

Arabulucuya başvurunun tamamen serbest olduğu yani ihtiyarî arabuluculuğun uygulandığı bazı ülkeler, Fransa, Belçika, Hollanda, Birleşik Krallık, Macaristan, Bulgaristan, Slovenya, Polonya gibi ülkelerdir. Bazı ülkelerde ise, arabulucuya başvuru ihtiyarî olmakla beraber, bu yöntemin kullanılması için teşvik de söz konusudur. Arabuluculuğa başvuruyu teşvik eden ülkeler İspanya, Avusturya ve İngiltere-

¹⁷⁷ Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre, ihtiyarî arabuluculuk sistemine başvuru 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında 15.655'tir. Bu başvurulardan 15.234 tanesi başarıyla sonuçlanmış olup 421 tanesi başarısızlıkla sonuçlanmıştır (Başarı oranı % 97'dir) [http:// www. adb. adalet.gov. tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari. pdf](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf) Et: 20.01.2019. İhtiyarî arabuluculuk kurumunun geldiği tarihten itibaren ise toplam istatistikler şu şekildedir: 2013-24.10.2019 tarihleri arasında arabulucu görevlendirmes yapılan toplam dosya sayısı 209.449'dur. Bu dosyaların 190.406'sı (%96'sı) anlaşmayla, 7.565'i (%4'ü) ise anlaşmamayla sonuçlanmıştır <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf> Et: 07.12.2019.

¹⁷⁸ **Pekcanıtez**, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, 2007, Çeşme/ İzmir s. 254.

re'dir¹⁷⁹. Rusya'da da, tarafların serbestçe başvurduğu hızlı "adli" arabuluculuk oldukça yaygındır ve genellikle aile ve arazi uyuşmazlıklarında kullanılır¹⁸⁰.

B) DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Arabuluculuk yönteminin uygulanmasının çeşitlerinden birini de dava şartı olan arabuluculuk oluşturmaktadır. Burada, arabulucuya başvuru bir dava şartı hâline gelmekte, uyuşmazlığın çözümü için dava açmadan önce arabulucuya başvurulması gerekir¹⁸¹. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesine¹⁸² kadar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda kabul edilen sistem ihtiyarî arabuluculuk sistemiydi. Buna göre, Kanun'da belirtilen uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurmak tamamen tarafların kendi iradelerine bırakılmıştır. 7036 sayılı Kanun ile beraber, Türkiye'de ilk kez arabulucuya başvuru belli davalar açısından zorunlu hâle getirilmiştir. Bu zorunluluk, ilgili Kanun'da "dava şartı¹⁸³ olarak arabuluculuk" şeklinde ifade edilmektedir¹⁸⁴. 7036 sayılı İşMK.m.3/I'e göre, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır". Görüldüğü gibi, artık kanun veya sözleşmeye dayanan işçi veya işveren alacakları ve tazminatlarında ya da işe iade davalarında, dava açmadan önce arabulucuya başvurulmuş

¹⁷⁹ Dür, s. 130.

¹⁸⁰ Chernyaeva, Daria V., Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), s. 89-104, s. 93.

¹⁸¹ Yazıcı Tıktık, s. 37; Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 149; Şahin/ Çelik/ Ruhi, s. 21; Çiçek, s. 93.

¹⁸² 7036 sayılı, 20.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan İş Mahkemeleri Kanunu'nun, dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 3. maddesinin yürürlüğe giriş tarihi 01.01.2018 olarak belirtilmiştir (İMK.m.38/I-a).

¹⁸³ Dava şartları, mahkemenin, davayı esastan inceleyerek yargılama yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan hâllerdir. Dava şartları, dava açılabilmesi için gerekli olan şartlar değildir. Dava şartlarından birinin yokluğu hâlinde açılan dava da açılmış sayılır, derdesttir. Ancak dava şartlarından birinin eksikliği tespit eden mahkeme, davanın esası hakkında inceleme yapamaz. Böyle bir durumda mahkeme, davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle yükümlüdür. Bkz., Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 244; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 190; Kuru, s. 127; Göngür, s. 254; Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş, C. 1, s. 925; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 203; Üstündağ, s. 270; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 285; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 317.

¹⁸⁴ "Dava şartı olarak arabuluculuk" kavramı yerine, İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı'nda "zorunlu arabuluculuk" kavramı kullanılmıştır. Fakat Taslak kanunlaşırken "zorunlu arabuluculuk" yerine "dava şartı olarak arabuluculuk" kavramı tercih edilmiştir. Bir görüşe göre, her iki kavram da aynı anlama gelmekte, aynı sonuca götürmektedir. Bkz., Çiçek, s. 83. Ancak, "zorunlu arabuluculuk" kavramı, sanki arabuluculuk yöntemi kullanılarak uyuşmazlığı çözmenin zorunlu olduğu gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Oysa, "dava şartı arabuluculuk" kavramı, bir dava şartı olarak öngörülen arabulucuya başvurma şartının bünyesine daha uygundur. Arabulucu önünde anlaşmak zorunda olmak gibi bir izlenim de uyandırmayan "dava şartı arabuluculuk" kavramının kullanılması isabetlidir.

olması gerekmektedir. Aksi hâlde, arabulucuya başvurulmadan açılan bir dava, mahkeme tarafından dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddedilecektir.

Bir diğer dava şartı olan arabuluculuk hâli ise, 7036 sayılı Kanun ile gelen düzenlemeden sonra getirilmiştir. 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, 06.12.2018 tarihinde, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiştir. Buna göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" (TTK.m.5/A). Bu düzenlemeyle beraber, ticarî davalarda, konusu para olan alacak ve tazminat talepleri için öncelikle arabulucuya başvurulmuş olması gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki dava şartı olan arabuluculuk düzenlemesine paralel şekilde Ticaret Kanunu'nda da dava şartı olan arabuluculuk, ilgili davalar açılmadan önce gidilmesi gereken zorunlu bir yol olarak düzenlenmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu ve Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler haricinde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da değişiklik yapılmış ve "dava şartı olarak arabuluculuk" madde başlıklı 18/A maddesi eklenmiştir¹⁸⁵. Bu madde, dava şartı olan arabuluculukla ilgili genel düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla, dava şartı olarak arabuluculuğun söz konusu olduğu hâllerde öncelikle ilgili özel hükme bakılacak, özel düzenleme bulunmayan hâllerde bu Kanun'un 18/A maddesine dikkate alınacaktır (HUAk.m.18/A/XIX). HUAk.m.18/A/II'ye göre, davacı, dava açarken arabulucuya başvurulduğu ancak anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Aksi hâlde mahkeme, davacıya, son tutanağı sunması için bir haftalık kesin süre verir. Bu bir haftalık kesin süre içinde tutanak davacı tarafından sunulmazsa dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeksizin usulden reddedilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde ise, dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilir.

Türkiye'de iş ve ticaret hukukunun belirli konularında görülen davalara getirilen dava şartı olarak arabuluculuk, bazı ülkelerde de bu şekilde uygulanmaktadır. Almanya¹⁸⁶, İtalya, Yunanistan ve Avusturya gibi ülkelerde dava açılmadan önce

¹⁸⁵ 06.12.2018 tarihinde, 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 6325 sayılı Kanun'a 18/A maddesi eklenmiştir.

¹⁸⁶ Almanya'nın Bavyera Eyaleti'nde, sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren, konusu para veya parayla ölçülebilen bir şey olup da, miktar veya değeri 750 Euro'yu aşmayan malvarlığı haklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, bazı komşuluk hukuku uyuşmazlıkları, basın yayın yoluyla işlenmemiş olmak şartıyla kişinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılardan kaynaklanan talepler konusunda, dava yoluna başvurulmadan önce uzlaşma sürecinin işletilmesi zorunludur. Bkz., **Tanriver**, Sosyolojik Bakış, s. 832. Almanya'nın Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Ancak burada zorunlu arabuluculuğa karşı Alman Federal Ana-

arabulucuya başvuru bazı uyuşmazlıklar bakımından zorunludur¹⁸⁷. Çin, Japonya ve ABD'nin bazı eyaletlerinde, uyuşmazlığın konusuna göre mahkeme, görülmekte olan bir davayı, arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi için tarafların iradesi dışında arabulucuya gönderebilmektedir¹⁸⁸. Türkiye'de ise, dava şartı olan arabuluculuk şartı sağlanmışsa veya bu şartın olmadığı bir uyuşmazlık hakkında dava açılmışsa mahkeme, taraf iradeleri olmaksızın uyuşmazlığı doğrudan arabulucuya taşıyamayacaktır. Ancak mahkeme, görülmekte olan bir dava esnasında, arabuluculuğun süreci, esasları, hukukî sonuçları hakkında tarafları aydınlatıp, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik faydalarının olabileceğini hatırlatarak onları arabuluculuğa teşvik edebilir¹⁸⁹ (HUAKEY.m.15).

Türkiye'de 2012 yılında kabul edilip 2013 yılından beri uygulanan ihtiyarî arabuluculuk, toplum ve hukukçular tarafından yeterince benimsenip uygulanmadığından, yöntemin işlerliği için getirilen yeni düzenlemelerle bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olan arabuluculukla beraber, bu müessesenin uygulanma alanı arttırılmaya çalışılmaktadır¹⁹⁰. Ancak, arabulucuya başvurunun kanunlarda zorunlu tutulmasının, her zaman bu yöntemin başarıyla uygulanıp sonuca ulaşılmasını sağlamadığı, zorunlu

yasa Mahkemesi'ne bir şikâyet yapılmış ve zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri yüksek mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. 14.02.2007 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında, uyuşmazlıkların uzlaşma ile çözülmesinin hukuk barışına katkı sağlamak ve devlet mahkemelerini rahatlatmak için teşvik edilebileceği ancak devlet mahkemelerinden tamamlayıcı yargı kararı alma yolunun kapatılmaması gerektiği, buna uygun olan düzenlemenin hak arama özgürlüğünü ihlâl etmediği, alternatif çözüm yöntemlerinin kullanılmasının mahkemelerdeki iş yükünü azaltarak uyuşmazlıkların daha kolay ve daha az masrafa yol açarak çözümlenebileceği gibi gerekçelerle zorunlu arabuluculuğun şikâyetçi tarafından yararsız görülüyor olmasının arabuluculuktan vazgeçilmesini haklı göstermeyeceğini ifade etmiştir. Bkz., **Erişir**, Evrim, Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 225-236, s. 226 vd.; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 129.

¹⁸⁷ **Pekcanıtez**, Tanıtım, s. 253; **Dür**, s. 130.

¹⁸⁸ **Dür**, s. 130.

¹⁸⁹ Bazı ülkelerde, arabulucuya başvuru zorunlu olmasa da, arabuluculuk kurumunun kullanılabilirliğini arttırmak için devlet tarafından bazı teşviklerde bulunmaktadır. Bu teşvikler, arabuluculuk masraflarının devlet tarafından karşılanması şeklinde olduğu gibi arabuluculuk süreci sonunda tahsil edilen paralardan vergi indirimi sağlamak şeklinde de görülebilir. Örneğin, Avusturya'da aile hukukuna ilişkin davalarda arabuluculuğa başvurulması hâlinde, masraflar devlet tarafından karşılanmaktadır. Bkz., **Pekcanıtez**, Tanıtım, s. 254.

¹⁹⁰ Adalet Bakanlığı verilerine göre, 02.01.2018-27.05.2018 tarihleri arasında, dava şartı olan arabuluculuğa başvuru sayısı 127.845'tir. Bunlardan 38.667'si başarıyla sonuçlanmış ve uyuşmazlık çözülmüş, 20.530 tanesi ise başarısızlıkla sonuçlanmış ve taraflar aralarında anlaşamamıştır (Başarı oranı % 65'dir) <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/davasarti.pdf> Et: 20.01.2019.

arabuluculuğun uygulandığı ülkelerdeki durum göz önüne alınarak ifade edilmiştir¹⁹¹.

Öğretide ve uygulamadaki bazı görüşlere göre, zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri hem bu kurumun doğasına hem de Anayasa'ya aykırıdır¹⁹². Uygulamadan bir görüş, temeli “sulh” kurumuna dayanan arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasının, bu kurumun ruhu, özü ve doğasıyla esaslı şekilde çeliştiğini ifade etmiştir¹⁹³. Öğretide ise, yine zorunlu arabuluculuğun bu kurumun ruhu ve ilkelerine aykırı olduğu belirtilmiş ancak böyle bir sisteme geçilecek olsa dahi, önce arabuluculuk kurumunun doğru anlaşılıp uygulanması ve belirli bir süre gözlenerek yerleşmesi sağlandıktan sonra bunun yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁴. Zira, ihtiyarî arabuluculuğun yerleşip gelişmesi için yeterince zaman tanınmadan kısa süre içinde zorunlu arabuluculuğa geçişin sağlıklı olmadığı belirtilmiştir¹⁹⁵. Ayrıca, zorunlu arabuluculuk uygulamasının, ihtiyarî arabuluculuğu Anayasa'ya uygun bulan 10.07.2013 tarih E. 2012/94 K. 2013/89 numaralı Anayasa Mahkemesi kararında tartışılan ve değerlendirilen hususlar ile örtüşmediği, zorunlu arabuluculuğun AY.m.36'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ilkesine aykırı olduğu, tarafların iradesi dışında onları yargı mercileri dışında bir mercide hak aramaya zorlamanın doğru olmadığı ifade edilmiştir¹⁹⁶.

¹⁹¹ **Pekcanıtez**, Tanıtım, s. 250. Buna karşın bazen, gerek ihtiyarî arabuluculukta gerek zorunlu arabuluculukta taraflar sürecin başlangıcında pek gönüllü olmasalar da, ortamın yarattığı psikoloji ve uzlaşma ruhu ile anlaşmaya varabildikleri gözlemlenmiştir. Bkz., **Kekeç**, s. 146. Ayrıca konuyla ilgili olarak Almanya'daki Bavaria Projesi'nin sonuçları için bkz., **Wegen**, Gerhard/ **Gack**, Christine, Mediation in Pending Civil Proceedings in Germany: Practical Experiences to Strengthen Mediatory Elements in Pending Court Proceedings, International Bar Association Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, December 2006, p. 8-10, p. 9.

¹⁹² **İldır**, s. 48; **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 112; **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s. 824; **Karacabey**, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2016, s. 457-489, s. 467; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 169. Öğretide, dava şartı olan arabuluculuğun bu kurumun doğasına ve Anayasa'ya aykırı olduğunu savunanlar, genellikle “dava şartı olarak arabuluculuk” kavramı yerine “zorunlu arabuluculuk” kavramını kullanmaktadırlar. Bu kullanım, dava açmak için dava şartı şeklinde bir engel olan arabulucuya başvuru şartının zorunlu kılınmasını doğru ifade etmesine rağmen, “zorunlu arabuluculuk” kavramı, tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirmek ve anlaşmaya varmak hususlarında zorlayıcı bir etkiye sahipmiş gibi algılanmasından ötürü yanlış bir kanaat uyandırabilir. Bu konuda, kanunun da kabul ettiği şekilde, “dava şartı olarak arabuluculuk” kavramının kullanımının uygun olduğu belirtilmelidir.

¹⁹³ **Karacabey**, s. 467.

¹⁹⁴ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 112.

¹⁹⁵ İhtiyarî arabuluculuk döneminde yaklaşık 3.5 milyon uyuşmazlık içinde, 20.000 civarında uyuşmazlık (tüm uyuşmazlıklar içinde yaklaşık % 0.5'i) için arabuluculuk yöntemi kullanılmıştır. Bu da, oldukça az bir rakamı gösterdiğinden arabuluculuğun tam olarak yerleşip kullanıldığı söylenemez. Bkz. **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 112.

¹⁹⁶ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 114; **Karacabey**, s. 467; Karş., **Özbek**, s. 324; **Dür**, s. 299. Karşı görüşte olanlar, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararındaki şu ifadelerle dayanarak zorunlu arabuluculuğun uygulanabileceğini ifade etmişlerdir: “...Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkansız hâle getirmek amacıyla

Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini düşünen bir görüşe göre, zorunlu arabuluculukla birlikte mahkemeye erişim tümüyle ortadan kaldırılmamakla birlikte, mahkemeye doğrudan erişimin ortadan kaldırıldığı, bağımsız ve tarafsız yargıya ulaşabilmenin geciktirildiği ve bazı maliyetlere yol açtığı da öne sürülmüştür¹⁹⁷. Başka bir görüşe göre ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tamamen gönüllülük esasına göre yürütülen yöntemler olması sebebiyle bu durumun korunması gerekir ve taraflar, özellikle yaptırımlar öngörülerek bu yöntemlere başvuru konusunda zorlanmamalıdır¹⁹⁸. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurunun zorunlu kılınması özellikle iş yükünün fazla olmasından dolayı yargılama sürecinin ağır işlediği ülkelerde, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet vereceğinden dolayı hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılanabilir¹⁹⁹.

Dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun, arabuluculuk kurumunun ilkelerine aykırı olmadığı, dolayısıyla bu şekliyle kabul edilip uygulanabileceği de bazı yazarlarca kabul edilmektedir²⁰⁰. Bu görüşlerden birine göre, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini değerlendirirken, bunların sonucunda verilen karara uymanın zorunlu olup olmadığına göre ikili bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sonucunda verilen karara uymak da zorunlu ise ve yargıya gidilemiyorsa bu takdirde hak arama özgürlüğü ilkesi ihlal edilmiş olur. Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözümünün sonucunda verilen karar uymak zorunlu değilse, hak arama özgürlüğünün ihlali söz konusu olmaz²⁰¹. Diğer bir görüşe göre, zorunlu arabuluculukta her ne kadar katılım zorunlu olsa da, sürece devam etmek tarafların isteğine bağlı olduğu için, taraflar masada kalıp faaliyete devam ettikleri sürece gönüllülük ilkesi işlevini sürdürmeye devam edecektir²⁰². Ayrıca, genelde pek çok kişinin arabuluculuk hakkında yeterince ve hatta hiç bilgi sahibi olmadığı dikkate alındığında, gönüllülük ilkesini ihlal etmemek kaydıyla, tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurusunun zorunlu kılınmasının, onların sistemin faydalarını ve özelliklerini öğrenebilmeleri açısından fayda sağlayabileceği ifade edilmiştir²⁰³. Yine, bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim veya dava yoluna başvurmadan önce alter-

oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez” (10.07.2013 tarih E. 2012/94 K. 2013/89 numaralı Anayasa Mahkemesi kararından).

¹⁹⁷ **Karacabey**, s. 468.

¹⁹⁸ **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s. 824.

¹⁹⁹ **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s. 70-71.

²⁰⁰ **Özbek**, s. 308; **Yazıcı Tıktık**, s. 40; **Kekeç**, s. 71-72.

²⁰¹ **Özbek**, s. 308.

²⁰² **Kekeç**, s. 71.

²⁰³ **Kekeç**, s. 72.

natif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasının faydası olarak, bu yöntemlere başvurmanın bir zayıflık belirtisi olarak algılanmasının önüne geçilmesi gösterilebilir²⁰⁴.

Kanundaki ifadesiyle dava şartı olan arabuluculuğa başvurunun, doğrudan hak arama özgürlüğünü zedelediği ve hakkını aramaya çalışan vatandaşları mağdur edeceği söylenemez. Dava şartı olarak getirilen bu tür arabuluculukta, taraflar normal şartlarda gerek ön yargılarından gerek bilgisizliklerinden kaynaklanan sebeplerle arabuluculuğa başvurmayı düşünmeyeceklerse de, dava açabilmek için bu yöntemle başvurmak zorunda kalacaklardır. Böylece, belki de dava açılmadan uyuşmazlığın arabulucu nezdinde çözülebilmesi imkânı oluşmaktadır. Bu şekilde, başlangıçta zorunlu tutulan başvuru sonucunda toplum arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında fikir sahibi olacak ve faydaları görüldüğünde ihtiyarî olarak da başka uyuşmazlıklarda kullanılabilecektir. Zorunlu arabuluculuğun mümkün olduğu Avrupa Birliği düzenlemelerinde de görülmektedir. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/ 52/ EC sayılı Yönergesi'nin 14. şartı, "Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuata, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi koşuluyla karşı değildir. Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, Yönerge kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olduğu ölçüde, kendi kurallarıyla işleyen mevcut arabuluculuk sistemlerini etkilememelidir" şeklindedir. Buna göre, dava şartı olarak arabuluculuğun getirilebilmesinin şartı, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarının engellenmemesidir. Mevzuattaki dava şartı arabuluculukla ilgili düzenlemeler, tarafların yargıya erişim hakkını engellemediğinden hak arama özgürlüğü ilkesini zedelememekte ve gerek Anayasa gerekse uluslararası direktif ve düzenlemelere uygundur.

IV- ARABULUCUYA BAŞVURMA USULÜ

A) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA BAŞVURMA USULÜ

Dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun söz konusu olduğu hâller; ya uyuşmazlığın tarafları arasında önceden yapılmış bir arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığı ya taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifini diğer tarafın kabul etmesi ya da tarafların birlikte bir arabulucu seçerek doğrudan arabulucu ile arabuluculuk sözleşmesi yaparak sürece başladıkları hâllerdir.

²⁰⁴ Özbek, s. 344.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.3'e göre, uyuşmazlığın tarafları arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek veya sonlandırmak konusunda serbesttirler. Arabulucuya başvurma hususundaki bu serbestî, dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalan uyuşmazlıklar için geçerli değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.13'te, tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi esnasında arabulucuya başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Maddenin devamında, dava açıldıktan sonra mahkemenin de tarafları arabuluculuğa teşvik edebileceği ifade edilmektedir. Mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşviki ön inceleme aşamasında mutlaklıdır. Yargılamanın diğer aşamalarında ise mahkeme her zaman tarafları arabuluculuğa yönlendirebilir²⁰⁵.

Uyuşmazlığın tarafları arasında bir arabulucuya başvurma sözleşmesi veya şartının olması durumunda, ilgili uyuşmazlık meydana geldiğinde farklı bir usul öngörülmedikçe taraflar birlikte bir arabulucu seçimi yapacaklardır (HUAK.m.14). Bu seçim, tarafların birlikte bir arabulucuyu seçmeleri şeklinde olabileceği gibi, taraflardan birinin arabulucu konusunda önerisini karşı tarafa teklif etmesi ve bu tarafın da arabulucuyu onaylaması şeklinde gerçekleşebilir²⁰⁶. Taraflardan biri veya her ikisi, arabuluculuk bürosuna başvurarak bir arabulucunun atanmasını da talep edebilirler. Bu şekilde arabuluculuk bürosundan arabulucu atanması talebinde bulunulabilmesi için zorunlu arabuluculuğun söz konusu olması gerekmeyip ihtiyarî arabuluculukta da aynı usul kullanılabilir²⁰⁷. Seçilecek olan arabulucu, Arabulucular Sicili'ne kayıtlı kişilerden biri olmalıdır. Arabulucu seçimi yapıldıktan sonra arabulucu, söz konusu uyuşmazlığı elindeki bilgiler ışığında değerlendirerek arabuluculuğa elverişli olup olmadığı, bu uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk yapıp yapamayacağı, tarafların kimlik bilgilerinin kontrolü ve sürecin devamıyla ilgili plan yapmalıdır²⁰⁸. Bu hazırlıklardan sonra arabulucu, taraflarla ilk teması gerçekleştirerek, kendini ve süreci onlara tanıtmalı, tarafların varsa sorularını cevaplayarak endişelerini giderip beklentilerini öğrenmelidir. Bu ilk temas çoğunlukla telefon aracılığıyla gerçekleşir. Devamında ise, hem kendisi hem taraflar için uygun bir ortak zaman ve mekan tespiti yapılarak arabuluculuk müzakerelerini başlatmalıdır.

İhtiyarî arabuluculukta arabuluculuk sürecinin başladığı an, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş ise, ilk toplantıda arabulucu ile tarafların sürece devam konusunda anlaşarak bir tutanak düzenledikleri andır. Dava açıldıktan sonra ise

²⁰⁵ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, C. 3, s. 2831; Dür, s. 318; Çiçek, s. 50; Kekeç, s. 131.

²⁰⁶ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 73.

²⁰⁷ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 74; Taşpolat Tuğsavul, s. 175-176.

²⁰⁸ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 74.

mahkemenin arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi ya da tarafların arabulucuya başvuru konusunda duruşma esnasında anlaşmaları veyahut arabulucuya başvuru konusunda duruşma dışında anlaşıp bunu mahkemeye yazılı olarak sundukları an arabuluculuk sürecinin başladığı andır (HUAk.m.16)²⁰⁹.

Uyuşmazlığın tarafları arasında bir arabulucuya başvurma sözleşmesi veya şartı olmadığı hâlde, taraflardan biri söz konusu uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözümlmek isteyip diğer tarafa arabulucuya başvurmayı teklif edebilir. Bu teklife karşı diğer taraf otuz gün içinde olumlu yanıt vermezse teklif reddedilmiş sayılacaktır (HUAk.m.13/II). Buradaki otuz günlük süre ay cinsinden değil gün olarak hesaplanmalıdır. Bu otuz günlük süre içinde diğer taraf teklifi kabul ederse taraflar arabulucu seçimine gideceklerdir ve devamında yukarıda bahsedildiği gibi süreç işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla, bu otuz günlük süreyi, teklifte bulunanın arabulucuya başvurma sözleşmesi için süreli bir önerisi olarak kabul etmek mümkündür.

Uyuşmazlığın yargı yoluna taşınarak mahkemede çözülmeye çalışıldığı hâlde de, gerek hâkimin yönlendirmesi gerek tarafların doğrudan kendi istekleriyle arabuluculuk yönteminin denenmesine karar verilmesi durumunda, yargılama üç aya kadar ertelenecektir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusuyla üç aya kadar daha uzatılabilir (HUAk.m.15/V)²¹⁰. Mahkemece verilen bu kararın etkisi usul hukuku anlamında yargılamayı erteleyici bir etkidir²¹¹.

B) DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUKTA BAŞVURMA USULÜ

Bugünkü mevzuata göre, dava şartı olan arabuluculuk 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3'teki ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.5/A'daki uyuşmazlıklar için düzenlenmiştir. Dava şartı olan arabuluculuk süreci ile ilgili olan düzenlemeler ise HUAk.m.18/A'da yer almaktadır.

Dava şartı olan arabuluculukta, başvuran, öncelikle ilgili uyuşmazlığın konusuna göre yetkili olan mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise görevli yazı işleri müdürlüğüne başvurmalıdır (HUAk.m.18/A/ IV). Bu başvuru arabuluculuğa başvuran kişi tarafından bizzat yapılması gereken bir başvuru olmadığından, ilgili kişinin temsilcisi (kanunî/iradî) veya avukatı aracılığıyla yapılabilir²¹². İşMK.m.3/V'e göre, arabuluculuk için başvuru

²⁰⁹ Arabuluculuk sürecinin başladığı anın önemi, uyuşmazlık konusuyla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durmasında kendisini gösterir.

²¹⁰ Uygulamada, arabuluculuk yönteminin denenmesi için taraflara verilen erteleme süresi, doğrudan üçer aydan altı ay olarak anlaşılmaktadır. Ancak, hâkim, davayı her zaman üç ay boyunca ertelemek zorunda olmayıp gerekli görürse daha kısa bir süre ertelemeye de karar verebilir.

²¹¹ Dür, s. 318.

²¹² Çiçek, s. 103.

karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu yoksa bu iş için görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılmalıdır. Bu düzenleme, iş davalarında mahkemenin özel yetkisini düzenleyen İşMK.m.6 ile de uyumludur. Zira bu maddeye göre, iş mahkemelerinde açılacak olan davalar, davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemelerinde açılmalıdır.

İş hukukunda üçlü ilişkiler (işyerinin devri, geçici iş ilişkileri, sözleşmenin devri uygulamaları) yaygın olduğundan, işçiye karşı birden fazla işverenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir²¹³. Söz gelimi işçiye karşı alt işveren ve asıl işverenin birlikte sorumlu olduğu bir uyuşmazlıkta işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, sürece işverenlerin birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir (İşMK.m.3/ XV). Aksi hâlde arabuluculuk yöntemi başarısızlıkla sonuçlanmış kabul edilir. Geçici iş ilişkisi kurulduğu veya işyeri devrinin gerçekleştiği durumlarda da birden fazla işveren söz konusu olduğundan, bu tip durumlarda yetkili arabuluculuk bürosu işin yapıldığı yer veya işverenlerden birinin yerleşim yerindeki arabuluculuk bürosu olarak kabul edilecektir.

Arabulucu, büronun yetkili olup olmadığını inceleyemez. Yetkiye itirazı ancak karşı taraf yapabilir (HUAK.m.18/A/ VIII). Böylece, söz konusu yetkinin mutlak (emredici/ kamu düzenine ilişkin) bir yetki olmadığı ifade edilebilir²¹⁴.

Arabulucu, tarafların arabuluculuk bürosuna başvurusundan sonra komisyon başkanlıklarına bildirilen liste içerisinde seçilerek büro tarafından belirlenir. Fakat, uyuşmazlığın tarafları ilgili liste içinden bir isim üzerinde anlaşmışlarsa o kişi arabulucu olarak görev yapabilecektir (HUAK.m.18/A/ V). Arabulucu belirlendikten sonra, arabuluculuk yöntemi için başvuran tarafın büroya vermiş olduğu iletişim bilgileri, büro tarafından arabulucuya verilecektir. Arabulucu bu bilgileri esas alarak hareket edebileceği gibi kendiliğinden de araştırma yapabilir. İletişim bilgilerine sahip olan arabulucu, tarafları toplantıya davet etmek için klasik posta usulünü kullanmak zorunda olmayıp herhangi bir iletişim aracı vasıtasıyla onları bilgilendirerek ilk toplantıya davet edebilir²¹⁵. Dolayısıyla, arabulucu, tarafların ilk toplantıya davetini Whatsapp, e-mail, Skype gibi değişik iletişim yolları aracılığıyla yapabilir.

Dava şartı olan arabuluculukta arabuluculuk sürecinin başladığı an ihtiyarî arabuluculuktan farklı olarak belirlenmiştir. Dava şartı olan arabuluculukta tarafın uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk bürosuna başvurduğu an süreç başlamış ola-

²¹³ Çiçek, s. 106.

²¹⁴ Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 158.

²¹⁵ Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 160; Çiçek, s. 111.

rak kabul edilecektir (HUAk.m.18/A/ XV). İhtiyarî arabuluculukta ise arabuluculuk sürecinin başladığı an, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş ise, ilk toplantıda arabulucu ile tarafların sürece devam konusunda anlaşarak bir tutanak düzenledikleri andır. Dava açıldıktan sonra ise mahkemenin arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi ya da tarafların arabulucuya başvuru konusunda duruşma esnasında anlaşmaları veyahut arabulucuya başvuru konusunda duruşma dışında anlaşıp bunu mahkemeye yazılı olarak sundukları an arabuluculuk sürecinin başladığı andır (HUAk.m.16)²¹⁶.

Dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlık için dava açmadan önce arabuluculuk bürosuna başvurulması hâlinde, karşı taraf arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Zira, arabuluculuk bürosunun yetkisi kesin yetki değildir²¹⁷. Arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etmek isteyen taraf bunu en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri veya işin yapıldığı yere ilişkin belgeleri sunarak ileri sürmelidir (HUAk.m.18/A/ VIII). Yetki itirazı ile karşılaşan arabulucu, dosyayı hemen ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim etmelidir. Arabulucu, büronun yetkili olup olmadığını kendisi inceleyemeyeceği gibi dosyayı doğrudan sulh hukuk mahkemesine de gönderemez. Arabuluculuk bürosu da yetki konusunda bir karar veremez²¹⁸. Arabuluculuk bürosu ancak dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderebilir. Büro tarafından dosya sulh hukuk mahkemesine gönderildiğinde mahkeme, harç almadan dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda en geç bir hafta içinde yetkili arabuluculuk bürosu hakkında karar vererek dosyayı büroya iade eder. Mahkemenin bu kararı büro tarafından taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazı reddedilmişse, aynı arabulucu süreci yönetmeye devam edecek olup arabuluculuk faaliyeti için Kanun'da öngörülen süre (HUAk.m.18/A/ IX) yeni görevlendirme tarihinden itibaren başlayacaktır. Yetki itirazının kabul edilmesi durumunda ise, taraflar kararın kendilerine tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili arabuluculuk bürosuna başvurabilirler. Tarafların bu bir haftalık sürede başvuru yapmaları hâlinde, hak kayıplarını engellemek için yetkisiz büroya başvuru tarihi yetkili büroya başvuru tarihi olarak kabul edilmektedir (HUAk.m.18/A/ VIII).

²¹⁶ Arabuluculuk sürecinin başladığı anın önemi, uyuşmazlık konusuyla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durmasında kendisini gösterir.

²¹⁷ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 157.

²¹⁸ **Şahin/ Çelik/ Ruhi**, s. 35-36.

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİ

§ 4. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

I- ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Bir uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasının kararlaştırılması, uyuşmazlık ortaya çıkmadan söz konusu olabileceği gibi uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra da gündeme gelebilir. Genellikle uygulamada görülen, uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılan arabulucuya başvurma sözleşmeleridir¹. HUAK.m.13'te de, tarafların dava açılmadan önce veya dava sırasında arabulucuya başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Arabuluculuk ve uzlaşma kültürünün yeterince yerleşmediği toplumlarda zaten yaygın olarak başvurulmayan arabuluculuk, ancak taraflar arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda gündeme gelebilmektedir. Uyuşmazlık doğmadan önce yapılan bu tip sözleşmeler öğretide “uyuşmazlık öncesi arabuluculuk sözleşmesi (pre-dispute mediation agreement)” olarak adlandırılır². Uyuşmazlık doğduktan sonra tarafların arabulucuya başvurmaya karar verdikleri sözleşmeler ise “uyuşmazlık sonrası arabuluculuk sözleşmesi (post-dispute mediation agreement)” olarak ifade edilmektedir³.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin tanımına geçmeden önce sözleşme kavramına değinmekte fayda vardır. Sözleşme, belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelmiş, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan hukukî işlemdir⁴.

¹ **Dür**, s. 320.

² **Kekeç**, s. 140.

³ **Kekeç**, s. 130.

⁴ **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Serhat/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 51; **von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, (Çev: Edege, Cevat), 2. Baskı, Ankara 1983, s. 133 vd.; **Martinek**, Michael, von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2005, s. 59; **Brox**, Hans/ **Walker**, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007, s. 19; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 95; **Feyzioğlu**, Necmeddin F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1976, s. 38; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018 (C. 1), s. 49; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 200; **Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1968, s. 119; **Aybay**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2016, s. 15; **Ataay**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 4. Baskı, İstanbul 1986, s. 224; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, An-

TBK.m.1’de de “sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” ifadesine yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’na göre, bir sözleşmeden bahsedebilmek için:

- İki (veya daha fazla) kişinin varlığı,
- İki (veya daha fazla) irade beyanının varlığı,
- Bu irade beyanlarının karşılıklı (mübadele ilişkisi içinde) olması,
- Karşılıklı olan irade beyanlarının aynı zamanda birbirine uygun olması gerekir.

Öğretide arabuluculuk sözleşmesi⁵ olarak adlandırılan arabulucuya başvurma sözleşmesi, taraflar arasında meydana gelebilecek olan veya meydana gelmiş bulunan uyuşmazlıkların, arabulucuya başvurularak bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiyle çözülmesinin amaçlandığı sözleşmedir⁶. Bu sözleşme, taraflar ile arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinden⁷ farklıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesi genellikle, aralarında uyuşmazlık bulunan (veya uyuşmazlık doğma ihtimali olan) taraflar arasında yapılır. Arabulucu, arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından biri değildir. Hâliyle, bu sözleşmenin kurulabilmesi için arabulucunun irade açıklamasına gerek yoktur.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi, taraflar arasındaki bir sözleşmeye koyulan kayıt (kloz) şeklinde de düzenlenebilir⁸. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesinin, taraflar arasındaki asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme şeklinde yapıldığı hâllerde, arabulucuya başvurma sözleşmesi ile asıl sözleşme arasındaki ilişkinin belirtilmesi, iki sözleşme arasında bağ-

kara 2018, s. 82; **Önen**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Kurallar, Ankara 1974, s. 28; **Nomer**, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 33; **Esener**, Turhan/**Gündoğdu**, Fatih, Borçlar Hukuku 1- Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, İstanbul 2017, s. 18; **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 73; **Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 97; **Zevkliler**, Aydın/**Ertas**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumalıoğlu**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 77.

⁵ Bazı yazarlar, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan ve konusu uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmak olan sözleşmeyi arabuluculuk sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 189; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101; **Kekeç**, s. 129; **Dür**, s. 319.

⁶ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 48; **Kekeç**, s. 129; **Yazıcı Tıktık**, s. 189; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101; **Dür**, s. 319; **Ertürk**, s. 95-96.

⁷ Taraflar ile arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi tezin üçüncü bölümünde incelenmiştir.

⁸ **Yazıcı Tıktık**, s. 190; **Kekeç**, s. 140; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101; Adalet Bakanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculuk-katilimcielkitabi.pdf> Et: 05.04.2019, s. 29; **Oğuz**, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 67.

lantının kurulması şarttır. Aksi hâlde, arabulucuya başvurma sözleşmesinin hangi sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmekte kullanılacağı belirsiz olacağından, ilgili sözleşmeye göre arabulucuya başvuru yapılamayacaktır. Burada önemli olan husus, arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi planlanan uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olmasıdır⁹. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin, başka bir maddî hukuk sözleşmesi içindeki bir şart şeklinde düzenlendiği hâllerde, bu yöntemin hangi uyuşmazlık için öngörüldüğü konusunda tartışma bulunmaz¹⁰.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği hâllerde, taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçersiz olması durumunda, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucuya başvurma sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Uyuşmazlık hâlinde arabulucuya başvurunun, esas sözleşme içerisinde bir kayıt (kloz) olarak düzenlendiği durumda da, sözleşmenin geçersizliği arabulucuya başvurma kaydının da geçersizliği sonucunu doğurur¹¹.

II- ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Herhangi bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi, bu sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağı, sözleşmenin kurulmasına ilişkin koşullar, şekil, ehliyet, şarta bağlanıp bağlanamama, irade bozukluğu durumunda iptal, fesih gibi müesseselerden faydalanma, sözleşmenin ifa edilmemesi ve sona ermesi, devletler özel hukuku açısından uygulanacak hukuk (lex fori/ lex causa) gibi uygulama açısından da önemli konuların netleştirilebilmesi için gereklidir¹².

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hukukî niteliği tespit edilirken ilk çözümleri gereken sorun, bu sözleşmenin maddî hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğudur. Bir sözleşmenin hukukî niteliğinin tespitinde, sözleşmenin etki göstereceği hukukî alan dikkate alınarak hareket edilmelidir¹³. Arabulucuya başvurma sözleşmesi, bir satış veya kira sözleşmesi gibi açık şekilde maddî hukuk alanına dâhil olan bir sözleşme değildir. Bu sözleşmenin, usul hukukunu ilgi-

⁹ Ayrıca bkz. **İldir**, s. 67.

¹⁰ **İldir**, s. 67. Bir maddî hukuk sözleşmesine eklenecek şöyle bir kayıt sayesinde arabuluculuğa gidilmesi kararlaştırılabilir: “İşbu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle arabulucuya başvuru yolunun denenmesi gerekmektedir”. Böyle bir düzenleme, ilgili maddî hukuk sözleşmesinin esas konusu olmayıp o sözleşme içindeki ayrı bir hükümdür.

¹¹ Aksi yönde bkz., **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmelerinin, asıl sözleşmeden bağımsız olduğu ve asıl sözleşme ile alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmelerinin birbirinin akıbetine tâbi olmayacağı ile ilgili olarak bkz., **İldir**, s. 68.

¹² **Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 53.

¹³ **Taşpınar**, s. 60; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 104.

lendiren yönü de vardır. Bu yüzden, arabulucuya başvurma sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalıdır.

Usul sözleşmeleri, görülmekte olan ya da gelecekteki bir davada etkilerini doğrudan göstererek bir usulî ilişkiyi kuran, değiştiren veya ortadan kaldıran yahut usulî bir edimin ifası veya ondan kaçınılmasını içeren iki taraflı usul işlemleridir¹⁴. Usul sözleşmeleri kendi içinde, gerçek usul sözleşmeleri, usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri ve karma sözleşmeler olarak üçe ayrılır¹⁵.

Usul sözleşmelerinin özel hukuktaki maddî sözleşmelerden ayrı birer sözleşme olup olmadıkları öğretide tartışmalıdır¹⁶. Bununla ilgili olarak farklı teoriler ileri sürülmüştür. Usul sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesi ile ilgili görüşler temelde, hukukî niteliğin belirlenmesini reddeden görüşler ve hukukî niteliğin belirlenmesinde kullanılacak ölçütleri açıklamaya çalışan görüşler olarak ikiye ayrılır. Hukukî niteliğin belirlenmesinde kullanılabilecek ölçütleri açıklayan görüşler ise, maddî (özel) hukuk yaklaşımı, saf yargılama hukuku yaklaşımı ve uzlaştırmacı görüşler olarak üçe ayrılmaktadır. Bu üç görüşten, arabulucuya başvurma sözleşmesiyle en yakından ilgili olan görüş, uzlaştırmacı görüşler arasında bulunmaktadır. Uzlaştırmacı görüşler; sözleşmenin dış görünüşü teorisi, sözleşmenin düzenlendiği yer teorisi, sözleşmenin etki ve unsurlarının birbirinden ayrılması teorisi ve konu veya sözleşmenin doğrudan etkilerini gösterdiği alan teorisidir¹⁷. Bu görüşlerden son zamanlarda en çok kabul edileni konu veya sözleşmenin doğrudan etkilerini gösterdiği alan teorisidir. Buna göre, sözleşmelerin hukukî niteliği, etkileri dikkate alınmadan belirlenemez. Ancak amaçlanan sonuç onun niteliğini ortaya çıkarır. Sözleşmenin hukukî niteliği, onun kendi başına sahip olduğu unsurlara göre değil, etkilerine göre belirlenir. Bu görüşe göre, bir sözleşmenin unsurlarına maddî hukukun mu usul hukukunun mu kurallarının uygulanacağı sorusundan önce, bu sözleşmenin etkilerinin maddî hukukta mı usul hukukunda mı etkilerini göstermesinin amaçlandığı araştırılmalıdır¹⁸. Yapılan

¹⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 164; Taşpınar, s. 73; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 52; Üstündağ, s. 408.

¹⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175-177; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 278 vd. Gerçek usul sözleşmelerine örnek yetki sözleşmeleri, usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmelerine örnek sözleşmede ifa yerinin belirtilmesi ve karma sözleşmelere örnek olarak da tahkim ve sulh sözleşmeleri verilebilir. Bkz., Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 411; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 152; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 167; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 278 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 104.

¹⁶ Bu tartışmalar, yargılama (usul) hukukunun niteliğiyle beraber yürümektedir. Öğretide yargılama hukukunun kamu hukuku veya özel hukuk alanlarından hangisine dâhil olduğu yahut karma bir alan mı olduğuyla ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. Bu konudaki tartışmalar için bkz., Taşpınar, s. 48 vd.

¹⁷ Bu teorilerle ilgili daha fazla bilgi için bkz., Taşpınar, s. 54 vd.

¹⁸ Taşpınar, s. 60; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175.

hukukî işlemin sözleşme olması, irade serbestîsinin bulunması, davadan önce veya sonra yapılması ya da unsurları sözleşmenin hukukî niteliğini tek başına belirlemekte yetersizdir. Dolayısıyla, tarafların sözleşme yapmaktaki amaçları dikkate alınarak, bu sözleşmeyle usulî bir ilişki kurup yargılama hukuku kurallarını etkilemek istiyorlarsa usul sözleşmesi; özel hukuk hükümleri ile bu alanda doğrudan etki yaratmak istiyorlarsa maddî hukuk sözleşmesi nitelendirmesi yapılabilir¹⁹.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, tarafların amacı, meydana gelen/ gelebilecek olan uyuşmazlığı yargı merciine gitmeden arabuluculuk vasıtasıyla çözebilmektir. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesinin yapılmasıyla beraber, devlet ve tahkim yargılamasına başvurulmasına engel olan “olumsuz etki” söz konusu değildir²⁰. Bu da, arabuluculuğun usulî bir sözleşme olarak kabulünü zorlaştırır. Çünkü usulî sözleşmeler, davadaki usulî ilişkiyi kuran, değiştiren veya ortadan kaldıran etkilerde bulunur. Burada, arabulucuya başvurma sözleşmesinin, tahkim sözleşmesindeki gibi bağlayıcı ve olumsuz etkisi olmadığından saf bir usul sözleşmesi olduğu söylenebilir²¹.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesi olabileceği fikride, bu sözleşmeye uygulanacak olan hükümlerin, borçlar hukukunun sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, tarafların ehliyeti, sözleşmeden doğan sorumluluk vs. gibi hususlarında etkili olmasından ötürü düşünülebilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle taraflar, esasında maddî hukuk anlamında bir etki yaratmak amacını taşımaktadırlar. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde genel olarak, uyuşmazlık hâlinde arabulucuya gidilerek uyuşmazlığın çözülmeye çalışılması, arabuluculuk faaliyeti gerçekleşirken yürütülecek olan müzakere yöntemi ve bu müzakerelerin işleyişi, arabuluculuğa başvurulmasına yol açan uyuşmazlık konusu hukukî ilişkiyi göz önünde bulundurarak uygulanacak kurallar ve arabuluculuk sürecinin mahkeme yahut tahkim yargılaması ile olan ilişkisi düzenlenir²². Arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimi olan uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuru (arbuluculuk yöntemine başvuru yükümlülüğü), esasen maddî hukuku ilgilendiren bir konudur.

İrade serbestîsi, hem maddî hukuk hem de usul hukuku alanında geçerli bir ilke olduğundan, maddî hukuka ait sözleşmeler ile usul sözleşmelerinin niteliklerinin

¹⁹ Taşpınar, s. 62.

²⁰ İldır, s. 67. Tahkim sözleşmesinde ise, bu sözleşmenin bağlayıcı olmasından dolayı hem olumlu hem de olumsuz etkinin mevcut olduğu söylenebilir. Olumlu etki, ilgili uyuşmazlığı çözmeye yetkisinin üçüncü bir kişiye verilmesidir. Olumsuz etki ise, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için öncelikle tahkim yoluna başvurulması, yani yargı yolunun ilk aşamada engellenmesidir. Bkz., İldır, s. 67.

²¹ İldır, s. 67; Yazıcı Tıktık, s. 191; Taşpolat Tuğsavul, s. 104; Dür, s. 322.

²² Yazıcı Tıktık, s. 191.

tespitinde belirleyici bir kriter olarak rol almamaktadır²³. Dolayısıyla, arabulucuya başvuru sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde irade serbestîsi ilkesinin etkisi söz konusu değildir.

Usul hukuku ve maddî hukuka etkileri olan ve “karma” sözleşme olarak anılan bazı sözleşmeler de bulunmaktadır. Çifte nitelikli sözleşmeler, hem maddî hukuku hem de usul hukukunu etkileyen, bu etkilerin birbiriyle bağımlılık gösterdiği sözleşmelerdir²⁴. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle usul hukukunun etkilenmesi, bu sözleşmeyi saf usul sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek ölçüde yoğun olmasa da, hem maddî hukuku hem usul hukukunu etkilediğinden çifte nitelikli sözleşme olarak kabul edilmesi mümkündür. Öğretide, ağırlıklı olarak arabulucuya başvurma sözleşmesi karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁵.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hem maddî hukuku hem de usul hukukunu etkileyen bir karma sözleşme olduğu kabulünden sonra, bu sözleşmenin, borçlar hukuku anlamında ne tür hükümler içerip hangi özelliklere sahip olduğunun incelenmesi gerekir. Bu anlamda ilk olarak bir sözleşmenin kanunda düzenlenip düzenlenmediğine bakılır. Bir sözleşme, tanımı, esaslı unsurları ve hükümleriyle beraber kanunda düzenlendiğinde isimli bir sözleşmedir. Ancak, bazı sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu veya herhangi bir başka kanunda düzenlenmemiştir ya da esaslı unsurlarını belirtecek kadar düzenlenmeyip sadece ismen anılmıştır. İşte, kanunkoyucunun, bazen uygulamada çıkabilecek bir sözleşmeyi öngörememesinden bazen de bilinçli olarak herhangi bir sözleşme tipini kanunda düzenlememesi hâlinde ortaya çıkan bu sözleşmelere *isimsiz sözleşmeler* denir²⁶. Öğretide, *isimsiz sözleşme* kavra-

²³ Taşkın, s. 15.

²⁴ Taşkın, s. 25; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 211; Ulsan, İlhan, Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 7, 1971, s. 149-203, s. 175 vd.

²⁵ İldır, s. 68; Taşpolat Tuğsavul, s. 105; Yazıcı Tıktık, s. 199; Sevim, s. 103. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesi olduğu yönünde bkz., Doğan, s. 66. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz., Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019, s. 17.

²⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 56; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 3; Feyzioğlu, Necmeddin F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1976, s. 371; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 865; Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 13; Eren, Fikret, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk'e Armağan, 2008, s. 85-111, s. 86; Feyzioğlu, Necmeddin F., Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdın Muhtelif Nevîleri, C. 1, İstanbul 1970, s. 33; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, s. 41; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 11. Baskı, Ankara 2018, s. 53; Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 70; Kılıçoğlu, Özel, s.18; Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018, s. 10; Oktay, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM., C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296, s. 264; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı

mının yanıltıcı olduğu ifade edilmiştir. Bunun sebebi de, isimsiz sözleşme olarak adlandırılan sözleşmelerin bazen kanunda²⁷ bazen de uygulamada²⁸ isimlerinin mevcut olmasıdır²⁹.

İsimsiz sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis), karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır³⁰. Bir diğer açıdan da, isimsiz sözleşmeler, tipik ve atipik isimsiz sözleşmeler olarak ayrılabilir³¹. Tipik isimsiz sözleşmeler, uygulamada sıkça karşılaşılan, iş hayatında yaygın bir kullanım alanı bulan, alışılmış hâle gelmiş, tipikleşmiş kitlesel isimsiz sözleşmelerdir. Atipik isimsiz sözleşmeler ise, tipik isimsiz sözleşmelerin aksine, henüz alışılacak hâle gelmemiş, genellikle birkaç defa yapılmış, sıra dışı sözleşmelerdir³².

Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin değişik unsurlarının, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir³³.

Akit, Ankara 1971, s. 9; **Aktürk Yücer**, İpek, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 29; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 35; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumaloğlu**, s. 406; **Aydoğdu**, Murat/ **Kahveci**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 22; İsimsiz sözleşme kavramı ilk kez 12. yüzyılda Roma döneminde Justinianus hukukunda görülmüş ve anlam itibarıyla kullanılmaya başlanmıştır. Bkz., **Oktay**, s. 266.

²⁷ Kanunda ismen anılsa bile hükümleri itibarıyla kendilerine yer verilmeyen sözleşmelere örnek olarak, “ön sözleşme (TBK.m.29)”, “irtifak sözleşmesi (TMK.m.781)”, “şerh sözleşmesi (TMK.m.1009)” gösterilebilir. Herhangi bir kanunda ismen anılmasına rağmen, asli edimleri, esaslı unsurları, hükümleri düzenlenmeyen bu tip sözleşmelere *kanunda adı zikredilmiş isimsiz sözleşmeler* denilmektedir. Bkz., **Eren**, İsimsiz, s. 86; **Oktay**, s. 264; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 11.

²⁸ Uygulamada kullanılıp kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerden bazıları, kapıcılık sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi gibi sözleşmelerdir. Bkz., **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 46; **Aral/ Ayrancı**, s. 58; **Eren**, Özel, s. 873; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 14; **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 38; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 18; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 26-27.

²⁹ **Eren**, İsimsiz, s. 86; **Aktürk Yücer**, s. 33-34.

³⁰ Öğretideki kimi görüşlerce, bileşik sözleşmelerin ayrı ayrı sözleşmelerin birleşmesinden oluşması ve bu birleşen sözleşmelerin hükümlerinin uygulanması, birleşen sözleşmelerin özelliklerini korumasından dolayı tam olarak isimsiz sözleşme olarak nitelendirilemeyecekleri ifade edilmiştir. Bileşik sözleşmeler için isimsiz figür terimini kullananlar da vardır. Bkz., **Eren**, Özel, s. 870; **Gümüş**, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. I, İstanbul 2013, s. 5 vd.; **Aktürk Yücer**, s. 40; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 5. Bir görüşe göre, isimsiz sözleşmelerin bu şekilde bir ayrıma tutulması doğru değildir. Bu görüşe göre bir sözleşme ya kanunda düzenlenmiştir yani tipiktir ya da sui generis (kendine özgü) bir sözleşmedir. Dolayısıyla, karma sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir. Bkz., **Kuntalp**, s. 13.

³¹ Tipik-atipik sözleşme kavramları, isimli-isimsiz sözleşme kavramlarının karşılığı değildir. Bilakis, tipik-atipik sözleşme ayrımının isimsiz sözleşmeleri kendi içinde sınıflandırmak için kullanıldığı söylenebilir. Bkz., **Eren**, Özel, s. 870; Karş., **Feyzioğlu**, Genel, s. 371.

³² **Eren**, Özel, s. 870.

³³ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 14; **Eren**, Özel, s. 871; **Aral/ Ayrancı**, s. 57; **Feyzioğlu**, Hususî, s. 42; **Oktay**, s. 273; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 18; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumaloğlu**, s. 407. Öğretide bazı görüşler, karma sözleşmelerin, sadece kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesiyle değil, kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz sözleşme-

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, karma sözleşmeden bahsedilebilmesi için, birden fazla sözleşmenin unsurlarının, edimlerinin bir araya getirilmiş olması gerekir. Karma sözleşmeyi oluşturan sözleşmelerin unsurları, bağımsızlıklarını kaybedip sentez hâlinde yeni bir bütün oluştururlar³⁴. Bu şekilde unsurları bir araya getirilen sözleşmelerin, oluşan karma sözleşmeye etki oranları farklıdır³⁵. İşte bu farklı etki oranları ve birleşim şekline göre, karma sözleşmeler üçe ayrılmaktadır. Bunlar, çift tipli, bileşik (kombine) tipli ve eklemli karma sözleşmelerdir. Çift tipli karma sözleşmeler, taraflarca karşılıklı olarak, kanunda düzenlenmiş olan iki sözleşmenin aslî edimlerinin, kanunda öngörülmemiş şekilde birleştirildiği sözleşmelerdir³⁶. Bileşik tipli karma sözleşmeler ise, taraflardan en az birisinin, kanunda düzenlenen iki ya da daha fazla sözleşmenin aslî edimlerini üstlendiği, diğer tarafın ise sadece para ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerdir³⁷. Eklemli karma sözleşmeler ise, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurların, birbirlerine eklenerek, birbiriyle karışarak oluşan sözleşmelerdir³⁸.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme olmakla beraber, unsurları ve aslî edimleri itibarıyla, kanunda düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin unsurlarından meydana gelmemektedir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflar için yüklediği aslî edim, arabuluculuk yöntemine başvurudur. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin unsurları ve edimleri, kanunda düzenlenen diğer sözleşmelere ait unsurlar ve edimlerle ilgili olmadığından, karma sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

lerin unsurlarının da bir araya getirilerek oluşturulabileceği yönündedir. Böylece, kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarıyla kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerin unsurları bir araya getirilerek bir karma sözleşme oluşturulabilecektir. Bkz., **Oktay**, s. 274. Bu görüşte olan yazarlar, karma sözleşmeleri tanımlarken *dar* ve *geniş* anlamda karma sözleşme olarak ikili bir ayırım yaparlar. *Dar anlamda karma sözleşme*, öğretide genel kabul gördüğü şekilde, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Geniş anlamda karma sözleşmeler ise, hem kanunda düzenlenmiş hem de düzenlenmemiş olan sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Bkz. **Oktay**, s. 274. Buna karşın, geniş anlamda karma sözleşmeleri, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ifade edip, karma sözleşmeden anlaşılması gerekenin “dar anlamda karma sözleşme” olması gerektiğini ifade eden görüşler için bkz., **Eren**, Özel, s. 871; **Aral/ Ayrancı**, s. 57-58; **Gümüş**, C. I, s. 6-7 .

³⁴ **Eren**, İsimsiz, s. 91; **Oktay**, s. 274. Çift tipli karma sözleşmelere örnek olarak kapıcılık sözleşmesi gösterilebilir.

³⁵ **Feyzioğlu**, Hususî, s. 42. Karma sözleşme şeklinde oluşan sözleşme birden fazla sözleşmenin bir araya gelmesiyle oluşsa da, sonuçta ortada tek bir sözleşme mevcuttur.

³⁶ **Eren**, Özel, s. 872;

³⁷ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 13; **Eren**, Özel, s. 874; **Oktay**, s. 274; **Aral/ Ayrancı**, s. 58; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 19. Kombine sözleşmelere örnek olarak pansiyon sözleşmeleri gösterilebilir.

³⁸ **Eren**, Özel, s. 876; **Oktay**, s. 274; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 20; **Aral/ Ayrancı**, s. 59. Karma bağışlama sözleşmesi, eklemli karma sözleşmelerin en yaygın örneğidir.

İsimsiz sözleşmelerin bir türü olup olmadığı tartışmalı olan bileşik sözleşmeler ise, kanunda düzenlenmiş iki ya da daha çok sözleşmenin sadece unsurlarının değil, tamamının bir bütün olarak, bağımsız niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelip aynı sözleşme içinde varlık ve geçerliliklerini sürdürdüğü sözleşmelerdir³⁹. Burada da, kanunda düzenlenen birden fazla sözleşme, bir bütün hâlinde bir araya gelmektedir. Arabulucuya başvurma sözleşmesi, bileşik sözleşmelerde olduğu gibi birden fazla sözleşmenin bir araya gelmesiyle oluşmaz. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesinin bir bileşik sözleşme de olmadığı belirtilebilir.

İsimsiz sözleşmeler kategorisinin hakkında en çok tartışma bulunan türü olan kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanun tarafından kısmen ya da tamamen düzenlenmemiş olan unsurları içeren, tarafların yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde yeni unsurları öngördüğü sözleşmelerdir⁴⁰. Taraflarca öngörülen bu yeni unsurlar ve edimler, basit bir toplanma şeklinde bir araya gelmeyip, sentez hâline gelmiş özel bir bütünlük arz eder⁴¹. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, “gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren” sözleşmelerdir⁴². Bu yeni oluşumlar, kanunda yer almayan unsurlar, edimler veya özellikler olduğundan, uygulanacak hükümler belirlenirken de Türk Borçlar Kanunu’nun “Özel Borç İlişkileri” adıyla anılan ikinci kısım hükümleri doğrudan uygulanmaz.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, unsurları, içerdiği edimler ve özellikleri sebebiyle kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir⁴³. Alman Hukuku’nda ise, arabulucuya başvurma sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür⁴⁴. Adi ortaklık sözleşmesi, “iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir” (TBK.m.620). Adi ortaklık sözleşmesinin unsurları; iki ya da daha çok kişinin iradelerinin birleşmesi; bu iradelerin, ortak amacı gerçekleştirebilmek için emek ve malların birleştirilmesine yönelik olması; ortakların katılma payı taahhüdünde bulunması; ortak bir amacın varlığı; ortak amacın taraflarca birlikte takibi ve amacın gerçekleştir-

³⁹ Eren, Özel, s. 883; Oktay, s. 275; Aral/ Ayrancı, s. 60; Zevkliler/ Gökyayla, s. 21.

⁴⁰ Feyzioğlu, Hususî, s. 34; Eren, Özel, s. 881; Oktay, s. 275; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 15; Zevkliler/ Gökyayla, s. 12; Aral/ Ayrancı, s. 56.

⁴¹ Eren, Özel, s. 881;

⁴² Aral/ Ayrancı, s. 56.

⁴³ Aynı görüşte bkz., Dür, s. 322; Yazıcı Tıktık, s. 194.

⁴⁴ Yazıcı Tıktık, s. 194.

rilmesi için gerekli olan faaliyetlere aktif katılmayı borçlanmalarıdır (affectio societatis)⁴⁵.

Kendine özgü bir sözleşme olan arabulucuya başvurma sözleşmesi, aslî edimin arabulucuya başvurmak olduğu bir sözleşmedir. Uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabulucuya başvurmak, ani bir edim olarak kabul edileceğinden, arabulucuya başvurma sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğu kabul edilemez⁴⁶. Sürekli edimler, zaman içinde, sürekli bir davranışla yerine getirilebilen edimlerdir⁴⁷. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesinde taraflar arabulucuya başvurduklarında aslî edimlerini yerine getirmiş olurlar. Böylece, ani edimli borçlarını ifa etmiş sayılırlar.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, rızaî sözleşmelerdendir. Rızaî sözleşmeler, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu, ayrıca herhangi bir tamamlayıcı unsurun aranmadığı sözleşmelerdir⁴⁸. Sözleşmelerin neredeyse tamamı, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de taraflar, ilgili uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmak konusunda iradelerini karşı-

⁴⁵ **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 40; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 12; **Ayhan**, Rıza/ **Çağlar**, Hayrettin/ **Özdamar**, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019, s. 66; **Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2019, s. 15 vd.; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 20 vd.; **Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2016, 18 vd.; **Şener**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1 vd.; **Girgin**, Ömer Ali, Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, İstanbul 2017, s. 1 vd.; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 853-854. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, tarafların amacı ortaktır. Bu ortak amaç, uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesidir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin, adi ortaklık sözleşmesine en çok benzeyen yanı tarafların ortak bir amacının olması ve bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, taraflarca gerekli faaliyetlere aktif katılımdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesindeki gerekli faaliyet, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuru ve arabuluculuk faaliyetine katılım yani sürece iştiraktır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin adi ortaklığa benzeyen bu yönlerinin dışında, benzemeyen yönlerinden biri, adi ortaklığın unsurlarından olan katılım payı taahhüdüdür. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, katılım payı taahhüdü vb. bir taahhüt bulunmamaktadır. Ayrıca, tarafların amacı her ne kadar uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmak olsa da, tarafların bu amaç için emek ve mallarını birleştirdikleri, yani birer ortak olarak hareket ettikleri söylenemez. Bu sebeplerden ötürü, Türk hukukunda arabulucuya başvurma sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi olduğunun kabulü mümkün değildir. Aynı yönde bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 196.

⁴⁶ Ancak, öğretide bir görüşe göre, arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimlerinden biri olarak sürece iştirak etmek kabul edildiğinden, bu fiilin sürekli edimli olmasından dolayı arabulucuya başvurma sözleşmesinin de sürekli edimli sözleşme olduğu ileri sürülmektedir. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 196.

⁴⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 37; **Eren**, Genel, s. 107; **von Tuhr/ Edege**, s. 49-50; **Tunçomağ**, s. 43; **Nomer**, s. 15; **Oğuzman**, C. 1, s. 12; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 45; **Kılıçoğlu**, s. 8; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahoğlu**, s. 44.

⁴⁸ **Eren**, Genel, s. 238; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 97; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 43-44; **Esener/ Gündoğdu**, s. 20; **Antalya**, C. 1, s. 211.

lıklı olarak beyan edip anlaşılırsa, sözleşme başka herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın kurulmuş olur.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulmasını, sözleşmenin her iki tarafına da bir borç olarak yüklediğinden, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak ifade edilebilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (*volkommen zweiseitigen Verträge*), taraflardan her biri, sözleşmenin diğer tarafının hem alacaklısı hem de borçlusu konumundadır⁴⁹. Bu sözleşmelerde taraflardan her biri, sözleşmenin diğer tarafını kendisine karşı borç altına sokmak için borçlanmıştır⁵⁰. Sözleşmenin taraflarının her birinin borcu esaslı (aslî) bir borçtur⁵¹. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler tam ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, sözleşme taraflarının birbirlerine karşı aslî edim borçlandıkları sözleşmelerdir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, tarafların yüklendikleri edimler birbiriyle değişim ilişkisi içinde olmayıp, bir tarafın edimi aslî nitelikteyken diğer tarafın edimi talî nitelik taşır⁵². Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de tarafların borcu olan arabulucuya başvurunun, sözleşmenin her iki tarafının da aslî borcu olduğu söylenebilir. Böylece, arabulucuya başvurma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunun kabulü mümkündür.

§ 5. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE ŞEKLİ

I- KONUSU

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, sözleşmeyi yapan tarafların, kanunî sınırlamalara uygun bir konu üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Üzerinde anlaşılması gereken konu, bütün unsurlarıyla beraber bir borç ilişkisidir⁵³. Borç ilişkisinin varlığıyla birlikte borçlu, sözleşmenin diğer tarafı olan alacaklıya bir şey vermek, yapmak veya yapmamakla yani edimi ifa etmek ile yükümlü olur⁵⁴. Dar anlamda borç ilişki-

⁴⁹ Sözleşmenin her iki tarafı da hem alacaklı hem borçlu olduğundan bu durum, Yunanca bir deyim olan *sinallagmatik (karşılıklı)* sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. Bkz. **von Tuhr/ Edege**, s. 140; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 53; **Tunçomağ**, s. 83; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 98; **Eren**, Genel, s. 210; **Feyzioğlu**, Genel, s. 38; **Oğuzman**, C. 1, s. 45; **Kılıçoğlu**, s. 74; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 82.

⁵⁰ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 98-99.

⁵¹ **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 82.

⁵² **Eren**, Genel, s. 211; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 98-99; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 83; **Cansel/ Özel**, s. 63; **Kılıçoğlu**, s. 74.

⁵³ **Aybay**, s. 38; **Feyzioğlu**, Genel, s. 231; **Brox/ Walker**, s. 7.

⁵⁴ Esasen bu tanım, dar anlamda borç ilişkisinin bir tanımıdır. Bkz., **Feyzioğlu**, Genel, s. 16; **Eren**, Genel, s. 21-22; **Westermann**, Harm Peter, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Band I, 2004,

sinin bu tanımı yanında, geniş anlamda borç ilişkisi ise, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin tümünü ifade eder. Bu ilişki kapsamında alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha fazla alacak hakkı, bazı ikincil (talî) haklar ve borçlar, ferî haklar, çeşitli yükümlülükler yer alır⁵⁵.

Borç ilişkisinin konusu ise edimdir⁵⁶. Edim, verme (dare), yapma (facere) ve yapmama (non facere) şeklinde kendini gösterir⁵⁷. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, tarafların aslî edimi, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmadır. Bu şekilde, arabulucuya başvuru, edim türlerinden yapma edimi olarak ifade edilebilir. Yapma edimlerinde, borçlunun bedensel veya zihinsel bir çabası söz konusudur⁵⁸. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de taraflar, aralarındaki sözleşme gereği uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuracaklardır. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesiyle beraber taraflar herhangi bir verme ya da yapmama yükümlülüğü altına kural olarak girmediklerinden, bu sözleşmenin konusu olan edimin bir yapma edimi olduğu belirtilmelidir.

Sözleşmelerin konusu, içeriği dâhilindedir. Sözleşmenin içeriğini ise taraflar, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler (TBK.m.26). Tarafların, sözleşmenin kurulması ve şartlarının belirlenmesinde özgür iradeleriyle karar verebilme serbestilerine sözleşme özgürlüğü denir⁵⁹. Liberal ekonominin bir gereği olan ve özel hukuk, özellikle de borçlar hukukunun temel prensiplerinden olan sözleşme özgürlüğü iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, sözleşme yapma özgürlüğü, ikincisi ise sözleşmenin konusunu ve şartlarını seçme özgürlüğüdür. Sözleşme yapma özgürlüğü, bir kişinin dilediği kişilerle sözleşme yapma serbestliği olduğunu ve sözleşme yapmak istemedikçe, kural olarak sözleşme yapmaya zorlanamayacağını ifade eder⁶⁰. Sözleşme özgürlüğünün diğer bir yönü de, sözleşmenin konusunu belirleme ve şart-

s. 634; **Brox/ Walker**, s. 8; **Ataay**, s. 31; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 6; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 3.

⁵⁵ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 6; **Eren**, Genel, s. 22; **Feyzioğlu**, Genel, s. 16.

⁵⁶ Borç ilişkisi; *alacaklı, borçlu* ve *edimden* oluşur. Bkz., **Feyzioğlu**, Genel, s. 18; **Oğuzman**, C. 1, s. 3; **Kılıçoğlu**, s. 5; **Tunçomağ**, s. 2 vd.; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 6; **Eren**, Genel, s. 96; **İnal**, H. Tamer, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, İstanbul 2014, 37.

⁵⁷ **Oğuzman**, C. 1, s. 6; **Feyzioğlu**, Genel, s. 18; **Eren**, Genel, s. 101 vd.

⁵⁸ **Kılıçoğlu**, s. 6.

⁵⁹ **Tunçomağ**, s. 155; **Brox/ Walker**, s. 27; **Kılıçoğlu**, s. 115; **Oğuzman**, C. 1, s. 23; **Eren**, Genel, s. 316. Anayasa'nın 48. maddesinde de, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir..." ifadesiyle, sözleşme özgürlüğü normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır.

⁶⁰ **Oğuzman**, C. 1, s. 23; **Kılıçoğlu**, s. 115; **Brox/ Walker**, s. 29; **Eren**, Genel, s. 317; **Tunçomağ**, s. 155; **Önen**, s. 39; **Aybay**, s. 38; **Ataay**, s. 246; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 507.

larını düzenleme özgürlüğüdür. Buna göre, taraflar, sözleşmenin tipini, içeriğini yani edimlerin miktarını, konusunu, süresini ve ifa tarzını serbestçe belirleyebilirler. Taraflar bu belirlemeleri yaparken, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan belirli bir sözleşmeyi seçebilecekleri gibi, kanunda düzenlenmemiş (isimsiz) sözleşmeleri de seçebilirler⁶¹. Taraflar uyuşmazlığın çözümünü arabuluculuk faaliyetiyle gerçekleştirmek istediklerinde, faaliyete başlamadan, aralarında arabulucuya başvurma sözleşmesi adında bir isimsiz sözleşme yapabilirler. Bu sözleşme ile birlikte, uyuşmazlığın çözümü için mahkeme yerine öncelikle arabulucuya başvuru konusunda bir yükümlülük altına girebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin başlamasından sonra da, müzakerelerin sürdürülebilmesi için yapılan oturumlara katılma yükümlülüklerini sözleşmede düzenleyebilirler.

Genel olarak her özgürlüğün sınırları olduğu söylenebilir. Sözleşme yapma özgürlüğünün de belli bazı sınırları vardır. Bu sınırlar, her şeyden önce, TBK.m.27'de "kesin hükümsüzlük" madde başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeler, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu itibarıyla imkânsız olamaz. Aksi hâlde, yapılan sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur.

Sözleşmenin kanuna aykırılığının kapsamı, sözleşmenin içeriğinin, sözleşmenin kurulmasının kanuna aykırı olması ya da sözleşmeyi yaparken taraflarca güdülen ortak amacın kanuna aykırı olmasıdır⁶². Arabulucuya başvurma sözleşmesi yapılırken de, tarafların amacının, sözleşmenin içeriğinin ve sözleşmenin kurulmasının kanuna aykırı olmaması gerekir. Sözleşmenin içeriğinin kanuna aykırı olmamasından maksat, geniş anlamda sözleşme içeriğidir⁶³. Yani, tarafların arabulucuya başvurma sözleşmesinde anlaşıp kararlaştırdıkları her şey, sözleşmenin içeriğine dâhildir. Dolayısıyla taraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesinde sadece arabulucuya başvurma konusunda değil, kararlaştırdıkları diğer konularda da kanuna, emredici hükümlere aykırı davranmamak zorundadırlar.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin geçerlilik durumu, taraflar arasında yapılan diğer maddî hukuk sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmeyip de taraflar arasındaki esas maddî hukuk sözleşmesine koyulacak bir kayıt (kloz) ile düzenlenmesi durumunda

⁶¹ Eren, Genel, s. 333; Oğuzman, s. 23-24; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 507 vd.; Feyzioğlu, Genel, s. 233; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 223-224; Kılıçoğlu, s. 121; Antalya, C. 1, s. 74-75; Nomer, s. 74.

⁶² Eren, Genel, s. 334-338; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 225-226; Brox/ Walker, s. 32; Feyzioğlu, Genel, s. 235; Tunçomağ, s. 161-163; Kılıçoğlu, s. 118; Antalya, C. 1, s. 74; Nomer, s. 66.

⁶³ Eren, Genel, s. 334.

da, söz konusu sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersizliği, arabulucuya başvurma kaydının geçersizliği sonucunu doğurur⁶⁴.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, ilgili uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümünün mümkün olması, yani “arabuluculuğa elverişli” olması gerekir⁶⁵. Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması demek ise, uyuşmazlık konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olması demektir (HUAk.m.1/II). HUAk.m.1/II’ye göre, özel hukuk kapsamında olup tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerle ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir⁶⁶. Kanunkoyucu, uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvuru konusunda böyle bir sınır getirerek, kamu düzenini korumayı amaçlamıştır⁶⁷. Dolayısıyla, kamu düzeniyle ilgili olup tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konular hakkında arabuluculuk yöntemine başvurulamaz.

Arabuluculuğa elverişli olmayıp kanuna aykırı şekilde arabuluculuğa başvurulması hâlinde sözleşmenin geçersizliğine yol açacak olan durumlardan birisi, aile içi şiddet iddiasıdır. HUAk.m.1/II’de açıkça belirtildiği üzere, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurulamaz. Emredici olan bu hüküm karşısında tarafların aile içi şiddet iddiası taşıyan bir uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmaları hâlinde, bu sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. Aile hukukuyla ilgili olan boşanma, evliliğin butlanı, velayet gibi konular kamu düzeniyle ilgili olduğundan arabuluculuğa elverişli değildir⁶⁸. Ancak, bo-

⁶⁴ Aksi yönde bkz., **Taşpolat**, s. 101.

⁶⁵ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 152; **Kekeç**, s. 96; **Taşpolat**, s. 109; **Doğar**, s. 75.

⁶⁶ Maddenin Gerekçesi’nde de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular, onların “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı’nda da, tarafların sulh olarak sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa da elverişli olduğu belirtilmiştir (s. 31).

⁶⁷ **Taşpolat**, s. 109; **Doğar**, s. 74. Kamu düzeni, kişilerin huzur, güvenlik ve sağlık içinde yaşamaları ve bozulduğunda kamu yararını olumsuz etkileyen, bozulmasının önüne geçilmesiyle de kamu yararını gerçekleştiren düzendir. Bkz., **Onar**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Esasları, C. 2, İstanbul 1960, s. 1106; **Günday**, Metin, İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 246; **Gözler**, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Bursa 2008, s. 218. Burada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini yargı düzeni için tehlikeli bulan görüşlere göre, kamu düzeni kavramı ve buna bağlı olarak tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği alanlar küresel anlamda genişleme eğilimindedir. Bu genişleme de kamu düzenini esneteceğinden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini hemen her uyuşmazlık için kullanılabilir hâle getirerek yargı organlarını devre dışı bırakabileceklerdir. Fakat her ülke, kendi sosyal, sosyo-ekonomik ve kültürel yapısına göre bu genişlemeyi sınırlandırıp kendince uygun bulduğu kamu düzeninin sınırlarını tespit edebileceğinden, yargı düzeni açısından tehdit oluşturan bir durum bulunmamaktadır. Bkz., **Tanrıver**, s. 152-153.

⁶⁸ Velayet konusunun arabuluculuğa elverişli olmasıyla ilgili olarak, boşanma aşamasındaki tarafların, velayet ve çocukla görüşme gibi hususlarda anlaşarak ilâm niteliğinde olmayan bir boşanma protokolünü arabulucu aracılığıyla hazırlayabilecekleri ileri sürülmüştür. Bkz., **Şipka**, s. 174.

şanma davasında eşlerin üzerinde tasarrufta bulunabileceği tazminat ve kamu düzeniyle ilgili olmayan nafaka türlerinde arabuluculuk söz konusu olabilecektir⁶⁹.

II- ŞEKLİ

Borçlar hukukunda şekil, kişilerin iradelerini dış dünyaya açıklamak için kullandıkları kalıp veya araçtır⁷⁰. İradenin dışarıya aktarılabilmesi için gerekli olan şekil, her irade beyanı için varlığı gereken bir unsurdur. Çünkü, şekilsiz bir irade beyanı olmaz. Bir hukukî işlemin şekle bağlı olmaması öngörülmüşse, bununla ifade edilmek istenen “şekilsizlik” değil, söz konusu irade beyanı veya işlemin geçerliliğinin belirli bir şekle tâbi olmamasıdır⁷¹. Bir irade beyanının açıklanması veya sözleşmenin geçerliliği için iradeyi açıklama şekillerinden herhangi biri kanunda düzenlenmişse, bu durumda “şekil şartı”nın varlığından söz edilebilir. Şekil şartı, diğer bir tabirle şekle bağlılık, Türk Borçlar Hukuku’nda istisnâî bir durumdur. TBK.m.12’de, kanunda aksine bir hüküm yoksa, sözleşmelerin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı ifade edilerek “şekil serbestisi” kabul edilmiştir.

Hakkında şekil şartı öngörülen sözleşmeler, yani şekle bağlı sözleşmelerle iki hâlde karşılaşılabılır. Bunlardan ilki, ilgili şekil şartının kanunda düzenlenmiş olma-

⁶⁹ Şipka, s. 174; Pekcanitez, Tanıtım, s.296; Taşpolat, s. 113. Boşanma davalarında hükmedilebilecek olan nafaka türlerinin tamamı arabuluculuğa elverişli değildir. Tedbir nafakası, hâkim tarafından re’sen, TMK.m.169 gereğince, boşanma veya ayrılık davaları devam ederken, dava devam ettiği sürece alınması gerekli olan geçici önlemlerdir. Tedbir nafakası kamu düzenini ilgilendirdiğinden tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu değildir. Bkz., Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 214; Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt, 15. Baskı, İstanbul 2013, s. 284-285; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 117; Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 187; Feyzioğlu, Necmeddin F., Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 278; Uyumaz, Alper/ Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜHFD., C. 17, S. 1, 2015, s. 119-169, ([http:// hukuk. deu. edu. tr/ fakultemiz/ hukuk- fakultesi- dergisi/ cilt- 17- sayi- 1- yil- 2015 / Et: 08.11.2018](http://hukuk.deu.edu.tr/fakultemiz/hukuk-fakultesi-dergisi/cilt-17-sayi-1-yil-2015/Et:08.11.2018)), s. 148. İştirak nafakası da, çocukların bakımı ile ilgili olup, hâkim tarafından re’sen hükmedilebilen bir nafaka türü olduğundan arabuluculuğa elverişli değildir. Yoksulluk nafakası ise, boşanma aile içi şiddet iddiasıyla ilgili gerçekleşmişse, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu olmadığından arabuluculuğa elverişli sayılamayacaktır. Bkz., Uyumaz/ Erdoğan, s. 154, 157. Bunların haricinde, aile hukukuyla ilgili olarak, nişanın bozulması hâlinde hediyeelerin geri verilmesi, evlilik süresince malların yönetilmesi ve bu mallar üzerindeki tasarruf, evliliğin sona ermesinde ise malların paylaşımı, yardım nakafası gibi konular da arabuluculuk yöntemi vasıtasıyla çözülebilecektir. Bkz., Uyumaz/ Erdoğan, s. 143, 157, 158; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı s. 32.

⁷⁰ Eren, Genel, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 270; Feyzioğlu, Genel, s. 312; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 138; Tunçomağ, s. 140; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 99; Antalya, C. 1, s. 449; Kılıçoğlu, s. 153; Nomer, s. 110; Cansel/ Özel, s. 197; Esener/ Gündoğdu, s. 183; İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 206.

⁷¹ Eren, Genel, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 270; Oğuzman, s. 138. Dolayısıyla, hakkında herhangi bir şekil şartının öngörülmediği sözleşmeler, taraflarca şekle tâbi kılınabilir.

sıdır. Bu hâlde, söz konusu sözleşmenin geçerliliği için, kanun tarafından belli bir şekle uyulması zorunlu kılınmıştır. Hukukî işlemin tarafları ise, kanunun düzenlediği şekil şartını kaldıramayacakları gibi hafifletemezler ancak, daha da ağırlaştırabilirler⁷². Kanunda düzenlenen şekil şartı, geçerlilik şartı (sıhhat) şeklinde olabileceği gibi, ispat şartı şeklinde de olabilir. Sözleşmenin geçerliliğinin bağlı olduğu şekil şartı, bir geçerlilik şartı yani sıhhat şartı ise, bu şekle uyulmaması sonucunda sözleşme geçersiz olacaktır. Ancak şekil ispat şartı olarak öngörülmüşse, bu şekle uyulmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, sadece ispat noktasında birtakım sonuçlar doğuracaktır⁷³.

Şekil şartının kanunda düzenlenmediği hâllerde, taraflarca iradî olarak da kararlaştırılması mümkündür⁷⁴. TBK.m.17’de düzenlenen iradî şekil, taraflarca, kanunun şekle bağlı kılmadığı sözleşmelerde, şekil şartının öngörülebileceği, öngörülen bu şekil şartına uyulmaması hâlinde ise sözleşmenin tarafları bağlamayacağı düzenlenmiştir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmemiş bir sözleşmedir. Arabulucuya başvuru sözleşmesinin hukukî niteliği olarak kendine özgü yapısı olan bir isimli sözleşme olduğu kabul edildiğinde, bu kabulün de bir sonucu olarak, söz konusu sözleşme için kanunda bir şekil şartı yoktur. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesinin şekli konusunda, bu sözleşmenin kural olarak şekle tâbi olmadığı ifade edilebilir⁷⁵. Ancak, hakkında şekil konusunda kanunda bir düzenleme bulunmayan sözleşmelerde, tarafların aralarında anlaşarak bir şekil şartı kararlaştırabileceği belirtilmişti. Buna göre, taraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesini şekle bağlı hâle getirebilirler. Diğer taraftan, arabulucuya başvurma sözleşmesinin sözleşme şartı olarak düzenlendiği hâllerde, ilgili sözleşmenin konusu veya içeriği belirli bir şekle bağlı hukukî ilişki olabilir. Bu durumda da, arabulucuya başvurma sözleşmesinin, o hukukî ilişki için öngörülen şekil şartına uyularak yapılması gerek-

⁷² Eren, Genel, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 272; Oğuzman, s. 139; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 209.

⁷³ Kanunda geçerlilik şartı olarak düzenlenen şekil şartına örnek olarak, taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yol açan sözleşmelerin tapu sicilinde düzenlenmesi, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin noterde tasdiki ve noterde tutulan sicile tescili örnek verilebilir. Şekil şartının ispat şartı niteliğini taşıdığı düzenlemeye ise, HMK.m.200’de düzenlenen, değeri 2.500 tl (2019 için güncellenen 3.660 tl) üzerindeki hukukî işlemlerin senetle ispat edilmesi zorunluluğu örnek verilebilir. Yine, şekil şartının ispat şartı olduğu durumlardan biri de senede karşı senetle ispat hususudur. HMK.m.201’e göre, senede bağlı olan iddiaya karşı olan ve bu senedin hüküm ve kuvvetini azaltacak veya ortadan kaldıracak olan hukukî işlemler tanıkla ispat olunamaz.

⁷⁴ Eren, Genel, s. 284; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 273; Oğuzman, s. 140; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 210; Cansel/ Özel, s. 200; Nomer, s. 112; Kılıçoğlu, s. 158; Esener/ Gündoğdu, s. 195.

⁷⁵ İldır, s. 66; Taşpolat Tuğsavul, s. 103; Kekeç, s. 129; Yazıcı Tıktık, s. 197.

mektedir⁷⁶. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmişse, esas sözleşmenin şekle bağlı olması, arabulucuya başvurma sözleşmesinin de aynı şekle bağlı olmasına sebep olmayacaktır.

§ 6. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

I- SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Sözleşme, belirli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan iki taraflı bir hukukî işlemdir⁷⁷. Buna göre, sözleşmenin kurulabilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir. Karşılıklı ve birbirine uygun bu irade beyanları için ise, en az iki kişinin varlığı gereklidir. İşte, sözleşmenin kurulabilmesi için gereken bu kişilere taraf adı verilir. Taraf, bir sözleşmeyi yapmaya katılan, sözleşmenin hukukî sonuçlarını kendi hâkimiyet alanlarında gerçekleştirip, bundan etkilenen kişilere denir⁷⁸. Borç ilişkisinin tarafları, borç ilişkisinin sükrelerini oluşturur⁷⁹. Borç ilişkisi, kural olarak sadece tarafları ilgilendirdiğinden, bu ilişkiden doğan haklar ve borçlar, taraflar arasında (inter partes) hüküm doğurur⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme tanımında da "taraflar" ibaresi yer almaktadır. Bu ibare, bir sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafın bulunması gerektiğini gösterir. Aynı zamanda, "karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı" için de, mantıken en az iki kişinin iradesinin açıklanması gerekmektedir. Tek bir kişi kendisiyle kural olarak sözleşme yapamaz⁸¹.

Herhangi bir sözleşmede taraf sıfatını kazanabilmek için, ilk olarak hak ehliyetine sahip olunması gerekir⁸². Hak ehliyetine sahip olan kişilerin ise, sözleşmede taraf olabilmesi için fiil ehliyetine de sahip bulunmaları gerekir⁸³.

⁷⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 103.

⁷⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 51; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 95; Feyzioğlu, Genel, s. 38; Oğuzman, / Öz, s. 49; Eren, Genel, s. 242; Tunçomağ, s. 119; Aybay, s. 14; Ataay, s. 224; Kılıçoğlu, s. 82; Önen, s. 28; Nomer, s. 33; Esener/ Gündoğdu, s. 18; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 73.

⁷⁸ Eren, Genel, s. 242; Antalya, C. 1, s. 223; Kılıçoğlu, s. 1-3; Uyumaz, Alper, Yetkili Servis Sözleşmesi, İstanbul 2018, s. 43.

⁷⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 7. Alacaklı taraf, borç ilişkisinin *aktif süjesini* oluştururken, borçlu taraf da, borç ilişkisinin *pasif süjesini* oluşturmaktadır. Bkz., Kılıçoğlu, s. 2-3; Antalya, C. 1, s. 47; Akıncı, s. 21.

⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 15; Oğuzman, s. 3.

⁸¹ Bu durumun tek istisnası, temsilde görülmektedir. Temsilci bazı durumlarda, sözleşmenin her iki tarafını oluşturarak kendi kendisiyle sözleşme yapabilmektedir. Bu durum "çift temsil" olarak ifade edilmektedir. Bkz., Eren, Genel, s. 243.

⁸² Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarındır. Hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı verilen varlıklar, hak süjesi olan birer "kişi"dirler. Hak ehliyeti

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki kişinin varlığı gerekir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin tarafları, esas sözleşme, yani hakkında uyuşmazlık doğan veya doğabilecek olan sözleşmenin taraflarıdır. Aralarında herhangi bir konu üzerinde maddî hukuk sözleşmesi yapmış olan taraflar, ortaya çıkabilecek veya çıkmış olan uyuşmazlıkların çözümünü arabulucuya başvurarak çözmeyi kararlaştırırlar⁸⁴. Böylece, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümü konusunda arabulucuya başvurmayla ilgili karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları açıklanır ve sözleşme kurulmuş olur.

Arabulucuya başvurma sözleşmesini, esas sözleşmenin tarafları yapmış olsa da, arabuluculuk faaliyetine bu sözleşmenin tarafları dışında başka kişiler de katılabilir. Her ne kadar arabuluculuk faaliyetinin oturumlarında, uyuşmazlığın çözümü için tarafların bizzat katılımı daha elverişli olsa da taraflar, oturumları avukatları veya kanunî temsilcileri aracılığıyla katılabilirler (HUAK.m.15/VI)⁸⁵. Ayrıca, uyuşmazlığın çözümü için gerekliyse ve taraflar bu konuda anlaşılırsa, uzman kişiler de oturumlarda hazır bulunabilir (HUAK.m.15/VI). Tarafların rızasıyla oturumlarda hazır bulunabilecek olan uzman kişiler, teknik bilgi gerektiren konularda muhasebeci, mü-

aktif yönüyle, kişilerin hak sahibi olabilme iktidarını; *pasif yönüyle* ise, borçlara sahip olabilme iktidarını ifade eder. Bkz., **Akipek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 267-268; **Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016, s. 39; **Serozan**, Rona, Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 415; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2016, s. 42; **Yarayan**, Ali, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2013, s. 184. TMK.m.8'de de her insanın hak ehliyetinin olduğu ifade edilmiştir. Hak ehliyeti, tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra her insanın sahip olacağı bir ehliyettir.

⁸³ Fiil ehliyeti, kişilerin, kendi fiilleri ile kendi lehlerine haklar yaratmak, bu hakları sınırlamak veya ortadan kaldırmak ve kendi fiilleriyle kendilerini borç altına sokmak iktidarındır. Herkes, fiil ehliyetine, hak ehliyetine sahip olduğu gibi sahip olamaz. Çünkü, fiil ehliyeti doğumla birlikte kazanılmaz. Fiil ehliyetinin kazanılabilmesi için kanunun belirlediği bazı şartlar vardır. Bu şartlar TMK.m.10'a göre, ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama olarak belirtilmiştir. Fiil ehliyetinin derecelerine göre dört farklı türü vardır. Kişiler de, fiil ehliyetinin bu türlerine göre; tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olarak dörde ayrılırlar. Bkz., **Akipek/ Akıntürk/ Ateş**, s. 279 vd.; **Dural/ Öz**, s. 47 vd.; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir**, s. 51 vd.; **Serozan**, Medenî, s. 429; **Yarayan**, s. 190.

⁸⁴ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101; **Kekeç**, s. 129; **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 48; **Yazıcı Tıktık**, s. 189; **Dür**, s. 319.

⁸⁵ Kanunen, tarafların arabuluculuk oturumlarını kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilme imkânları olsa da, arabuluculuk faaliyetinden en verimli sonuçların alınabilmesi, uyuşmazlığın çözümünün daha kolay ve kalıcı olabilmesi için tarafların bizzat oturumlara katılması tercih edilmelidir. Bkz., **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 62. Ayrıca, uyuşmazlığın tarafları, bir iradî temsilci tayin ederek, bu temsilci aracılığıyla da arabuluculuk oturumlarına katılabilecektir.

hendis, araştırmacı vs. olabileceği gibi, duygusal yönü olan uyuşmazlıklarda arkadaş, akraba veya terapistlerin de oturumlara katılmasına engel bulunmamaktadır⁸⁶.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde en az iki taraf bulunması gerektiği belirtilmişti. Ancak, bazı uyuşmazlıklarda ikiden fazla kişi uyuşmazlığın ilgilisi/tafafi olabilir. Böyle durumlarda, medenî usul hukuku açısından bakıldığında, bir dava açılacaksa uyuşmazlıkla ilgili kişi sayısının taraf sayısına etkisi bellidir. Bir davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf (İki taraf prensibi/ Zweiparteienprinzip) vardır⁸⁷. Davacı ve davalı tarafta ise, birden fazla kişi bulunabilir⁸⁸. Medenî usul hukukunun şekli ve emredici yapısı gereği davada davacı veya davalıdan başka bir taraf, kişilerin iradesiyle oluşturulamaz. Ancak, arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından, ikiden fazla taraf olması mümkündür. Arabuluculuğun bir avantajı olarak karşılaşılan bu durumda, birçok kişinin ilgili olduğu karmaşık bir uyuşmazlıkta, üç veya daha fazla taraf arabuluculuk sürecine katılabilir, beraber faaliyetleri yürütebilirler⁸⁹.

II- İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A) SÖZLEŞMENİN ESASLI UNSURLARI

Bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekir. İradelerin birbirine uygun olması, uyuşması hangi kapsamda olacaktır? TBK.m.2’de bu soruya cevaben, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşmaları hâlinde, ikinci derecedeki unsurlar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ifade edilmektedir. Öğretide de benzer şekilde, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların irade beyanlarının uygunluğu

⁸⁶ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Korkmaz Taş, C. 3, s. 2837; Kekeç, s. 167; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 64. Ailevi ya da kişisel uyuşmazlıklarda arkadaş, akraba ve terapistlerin arabuluculuk oturumlarına katılması Kuzey Amerika’da yaygındır ancak bu durum tarafların onayıyla mümkün olabilir. Japonya’da ise, batıdaki uygulamalardan farklı olarak, biri hâkim olmak üzere üç kişiden oluşan arabulucular komitesi gerekli görüldüğü takdirde, tarafların rızası olmasa bile, sonuç üzerinde menfaati olan üçüncü kişilerin oturumlara katılımına karar verebilir. Bkz., Kekeç, s. 167.

⁸⁷ Kuru, s. 103; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 142; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 207; Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Korkmaz Taş, C. 1, s. 553; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 113; Önen, s. 67; Üstündağ, s. 342; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 250.

⁸⁸ Davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin bulunduğu durumlar, dava arkadaşlığı durumlarıdır. Dava arkadaşlığı, davacı tarafta birden fazla kişinin beraber dava açabilmesi ya da davalı tarafta birden fazla kişiye karşı dava açılabilmesinin sonucudur. Dava arkadaşlığına subjektif dava birleşmesi de denir. Dava arkadaşlığının mecburî ve ihtiyarî olmak üzere iki türü vardır. Bkz., Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 473; Pekcanitez, Hakan/ Özkes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Korkmaz Taş, Hülya, Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 1, İstanbul 2017, s. 685-686; Kuru, s. 358; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 130; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 160; Önen, s. 67, Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 539; . Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 229-230.

⁸⁹ Kekeç, s. 164.

nun, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını kapsayacak şekilde olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁰. Dolayısıyla sözleşmenin kurulabilmesi için gereken taraf iradelerinin uyuşmasının kapsamı olarak, bütün unsurlar değil sadece esaslı unsurların önemli olduğu ifade edilebilir.

Sözleşmenin içerdiği unsurlar, “esaslı unsurlar” ve “yan (ikinci derecedeki) unsurlar” olarak ikiye ayrılır⁹¹. Sözleşmenin esaslı unsurları, tarafların kurmak istedikleri sözleşmeye ilişkin olarak üzerinde mutlak şekilde anlaşılması gereken unsurlardır. Esaslı unsurlar, objektif ve subjektif esaslı unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif esaslı unsurlar, kurulması istenen sözleşmenin asgarî içeriğini/ çekirdeğini oluşturan, sözleşmeye tipini veren, üzerinde taraflarca uzlaşılması şart olan hususlardır⁹². Objektif esaslı unsurlar, sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlar olduğundan sözleşmenin tipik unsurları adlandırması da yapılabilir⁹³. Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde, kanundaki tanımdan doğan objektif esaslı unsurlar, kanunda yer almayan, dolayısıyla da normatif bir tanımla yapılmamış isimsiz sözleşmelerde esaslı unsurlar, sözleşmenin anlam ve niteliğinden doğmaktadır⁹⁴.

⁹⁰ Eren, Genel, s. 248; Oğuzman, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 173; Feyzioğlu, Genel, s. 65; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 178; Cansel/ Özel, s. 103;

⁹¹ Ortak hukuktan beri süregelen bir diğer ayrım, “esaslı noktalar (essentialia negotii)”, “tabii (olağan) noktalar (naturalia negotii)” ve “arızî noktalar (accidentalia negotii)” olmak üzere üçlü bir ayrımdır. Tabii ve arızî noktalar, bir sözleşmenin esaslı noktaları dışındaki noktaları ifade etmektedir. Esaslı noktaların olağan sonucu olan noktalar tabii noktaları oluşturur. Tabii noktalar, taraflarca kararlaştırılmasa bile, düzenleyici (tamamlayıcı) hukuk kuralları olarak bulunmaktadır. Örneğin, borçlunun temerrüdü hâlinde faiz, kusuru hâlinde tazminat ödeme borcu tabii noktadır. Arızî noktalar ise, sözleşmenin içeriğinde yer almakla birlikte, esaslı nokta sayılmazlar. Arızî noktalar ya tabii noktalardan yapılan ayrılımları ifade eder ya da tabii noktaları tamamlayan bir görev üstlenir. Örneğin, bir tabii nokta olan satış parasının nakden ödenmesi, arızî bir nokta kararlaştırılarak çek ile ödeme şeklinde değiştirilebilir. Ya da satış parasının ödenmesinde temerrüde düşülmesi şeklinde görülen tabii nokta, cezaî şart kararlaştırıldığında, arızî bir noktanın düzenlenmesiyle tabii nokta tamamlanmış olur. Bu tabii ve arızî noktalar, taraflarca sözleşmenin esaslı noktası hâline getirilmemişse (subjektif esaslı nokta olarak kabul edilmemişse), bunlar sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları olarak kalmaya devam ederler (Eren, Genel, s. 248-249; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 174-175; Oktay, s. 265; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahoğlu, s. 81).

⁹² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 75; Eren, Genel, s. 249; Antalya, C. 1, s. 234-235; Cansel/ Özel, s. 103; Antalya, C. 1, s. 234-235; Esener/ Gündoğdu, s. 37; Nomer, s. 48.

⁹³ Eren, Genel, s. 249; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 75; Antalya, C. 1, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 174-175; Antalya, C. 1, s. 235; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 178; Kılıçoğlu, s. 86; Esener/ Gündoğdu, s. 37-39; Cansel/ Özel, s. 103-104; Akıncı, s. 74-75. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları, sözleşmeyi diğer sözleşme tiplerinden ayırarak ona bir karakter verdiği için *gerekli klos* olarak da ifade edilmektedir. Bkz., Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 178.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 175; Eren, Genel, s. 250; Kılıçoğlu, s. 86; Antalya, C. 1, s. 235; Esener/ Gündoğdu, s. 37-39; Cansel/ Özel, s. 103; Akıncı, s. 74; Uyumaz, s. 65.

İsimsiz bir sözleşme olan arabulucuya başvurma sözleşmesinin kanunî bir tanımını yoktur. Bu sebeple, arabulucuya başvurma sözleşmesinin objektif esaslı unsurları kanundan doğmayacak olup uygulamadaki sözleşmelere, içtihatlarla ve sözleşmenin anlam ve içeriğine göre belirlenecektir. Bu anlamda, arabulucuya başvurma sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını, sözleşmenin yapılma amacı, sözleşmede düzenlenen, üzerinde durulan konu, sözleşmenin etkisi gibi değişik kıstaslarla değerlendirerek tespit edilebilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde tarafların amacı, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü arabulucuya başvurarak sağlamaktır. Sözleşmenin esas konusu da, uyuşmazlık hâlinde arabulucuya başvurulmasıdır. Yine, bu sözleşme, maddî hukukta etkisini göstererek, taraflara, olası bir uyuşmazlık hâlinde arabulucuya başvurma yükümlülüğü yükler. Böylece, arabulucuya başvurma sözleşmesinin objektif esaslı unsurunun, arabulucuya başvurma olduğu sonucuna ulaşılabilir⁹⁵.

Sözleşmenin subjektif esaslı unsurları ise, objektif esaslı unsurlar dışında kalan, objektif açıdan ikinci derecedeki yan unsurlardır. Bu yan unsurlar, taraflarca sözleşmenin esaslı unsurları hâline getirilebilir. Taraflar ya anlaşarak ya da taraflardan biri diğerine bu noktanın önemli olduğunu hissettirmek veya anlatmak suretiyle belli ederek yan unsurları, sözleşmenin zorunlu koşulu olan esaslı unsurlar hâline getirebilirler⁹⁶. Görüldüğü gibi, subjektif esaslı unsurlar, esasen yan unsurlar olup sözleşmenin kurulması için varlığı zorunlu olmayan unsurlardır. Ancak, taraflardan biri veya her ikisi, bu unsurları önemli görmekte ve sözleşmenin varlığı için zorunlu, olmazsa olmaz (condicio sine qua non) şart olarak ileri sürmektedirler. Bir yan unsurun subjektif esaslı unsur hâline getirilip getirilmediği tartışmalı ise, hâkim, bu sorunu tarafların irade beyanlarını yorumlamak suretiyle çözer⁹⁷. Esaslı unsur hâline getirilmek istenen yan unsurlar üzerinde taraflar anlaşamamış ve ileride de sorunun nasıl çözüleceği hususunda anlaşma sağlanamamışsa, sözleşme kurulmuş olmaz⁹⁸.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, bazı yan unsurlar, tarafların anlaşmasıyla esaslı unsur hâline getirilebilir. Söz gelimi, arabulucunun ücreti ve arabuluculuk faaliyetinden doğan masrafların nasıl ve ne şe-

⁹⁵ Öğretideki bazı görüşlere göre, arabulucuya başvurma sözleşmesinin diğer esaslı unsuru sürece iştirak etmektir. Bkz., **Kekeç**, s. 162; **Yazıcı Tıktık**, s. 203.

⁹⁶ **Eren**, Genel, s. 250; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 73; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 175; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 179; **Antalya**, C. 1, s. 235; **Kılıçoğlu**, s. 87; **Cansel/ Özel**, s. 104; **Antalya**, C. 1, s. 235; **Esener/ Gündoğdu**, s. 37-38; **Nomer**, s. 48.

⁹⁷ **Eren**, Genel, s. 252; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178; **Esener/ Gündoğdu**, s. 39; **Cansel/ Özel**, s. 104.

⁹⁸ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 73; **Eren**, Genel, s. 251; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 175-176; **Akıncı**, s. 75; **Esener/ Gündoğdu**, s. 38.

kilde ödeneceği gibi yan unsurlar, taraflarca arabulucuya başvurma sözleşmesinin esaslı bir noktası hâline getirilebilecektir.

B) SÖZLEŞMENİN YAN (TALÎ-İKİNCİL) UNSURLARI

Objektif ve subjektif esaslı unsurlar dışında kalan unsurlar, sözleşmenin ikinci derecedeki yan (talî) unsurlarını meydana getirir⁹⁹. Sözleşmenin yan unsurları üzerinde taraflarca hiç durulmamış olsa bile sözleşme kurulur (TBK.m.2/I). Bu yan unsurlar, objektif ve subjektif yan unsurlar olarak ikiye ayrılır. Objektif yan unsurlar, tarafların, sözleşme müzakereleri esnasında üzerinde hiç durmadıkları, hakkında hiç tartışmadıkları, görüşerek subjektif esaslı unsur hâline getirmediikleri unsurlardır¹⁰⁰. Objektif yan unsurlar, taraflar arasında hiç görüşülmediğinden, bunların yokluğu hâlinde de sözleşme kurulur. Sözleşme kurulduktan sonra bu hususlarla ilgili bir anlaşmazlık çıktığında, hâkim, konuyla ilgili tamamlayıcı (düzenleyici) hukuk kurallarını uygulayarak sorunu çözer. Bu durumda, hakkında uyuşma sağlanamayan ikinci derecedeki unsurların işin özelliğine göre çözüleceğini belirten TBK.m.2/II hükmü uygulanmaz. Hâkim, kanunda konuyla ilgili bir hüküm bulamazsa, boşluğu tamamlayıcı yorum yaparak veya sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre doldurur¹⁰¹. Sözleşmenin tamamlanması için, öncelikle sözleşmede bir boşluğun söz konusu olması gerekir. Sözleşme boşluğu, tarafların sözleşme içeriğinde yer alan hukukî bir sorunu hiç veya yeterli kapsamda düzenlememeleri hâlidir. Objektif yan unsurlar da, tarafların üzerinde hiç durmadığı, görüşmediği unsurlardır. Dolayısıyla, bu konularla ilgili bir uyuşmazlık meydana geldiğinde nasıl çözüleceği sözleşmede belirtilmemişse, hâkim, sözleşmenin tamamlanması yoluna gidecektir¹⁰². Hâkim, sözleşmeyi tamamlarken, öncelikle kanundaki düzenleyici kurallara başvurmalıdır. Kanunda düzenlenen sözleşmelerde bu noktada bir sorun çıkmamakta iken, isimsiz sözleşmeler, kanunda düzenlenmediğinden hangi hükümlerin uygulanacağı da sorun teşkil ede-

⁹⁹ **Eren**, Genel, s. 252; **Antalya**, C. 1, s. 236; **Esener/ Gündoğdu**, s. 40; **Kılıçoğlu**, s. 88; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 76. **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 176; **Akıncı**, s. 74-75; **Cansel/ Özel**, s. 103-104.

¹⁰⁰ **Eren**, Genel, s. 252; **Antalya**, C. 1, s. 237. Objektif yan noktalara, TBK.m.88'deki faiz miktarı, TBK.m.89'daki ifa yeri örnek verilebilir.

¹⁰¹ **Eren**, Genel, s. 252; **Antalya**, C. 1, s. 237; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178; **Esener/ Gündoğdu**, s. 40-41; **Cansel/ Özel**, s. 125-126; **Kılıçoğlu**, s. 345.

¹⁰² Sözleşmenin gerçek anlamda tamamlanması, hâkim tarafından yapılan tamamlamadır. Sözleşme boşluğunun kapsamı, sözleşmenin yan noktalarındaki boşluklar olduğundan, hâkimin tamamlaması gereken hususlar da yan noktalara ilişkindir. Hâkim sözleşmeyi tamamlarken, isimli veya tipik isimsiz sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda, genel ve soyut bir kural koymalıdır. Tamamlanacak sözleşme bireysel ve atipik bir sözleşme ise hâkim, bağımsız, özel bir kural koymalıdır. Bkz., **Eren**, Genel, s. 497; **Aktürk Yücer**, s. 83; **Kılıçoğlu**, s. 88; **Kuntalp**, Erden, Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 653-670, s. 656; **Atamer**, s. 174.

bilmektedir. Tamamlanması gereken isimsiz sözleşmelerde de, isimli sözleşmelerde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulması mümkündür. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesi, her ne kadar isimsiz bir sözleşme de olsa, konuyla ilgili kanunda bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesi tamamlanırken, öncelikle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bir hüküm varsa o uygulanmalıdır. Bu kanunda bir hüküm bulunmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmına gidilebilir. Genel hükümler, tüm borç ilişkilerine uygulanacak genel ve soyut hükümler olduğundan, bazı durumlarda sözleşmenin tamamlanmasına hizmet etmekte yetersiz olabilir. Bu hâlde, hâkim, TMK.m.1/II'deki sırayı takip ederek öncelikle örf ve âdet hukukunda uygulanabilir bir hüküm olup olmadığını kontrol eder. Burada uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak kural koyma yoluna gider¹⁰³.

Subjektif yan unsurlar ise, tarafların, sözleşme görüşmeleri sırasında konuşup tartıştıkları ancak esaslı unsur hâline getirmedikleri yan unsurlardır¹⁰⁴. Taraflar, objektif bir yan unsur üzerinde görüşerek subjektif yan unsur hâline getirmişler ancak anlaşmaya varamayıp bundan vazgeçmiş olabilirler. Bu durumda hâkim, kurulmuş olan sözleşmedeki söz konusu boşluğu düzenleyici hukuk kurallarına göre dolduracaktır¹⁰⁵. Diğer bir durum ise, tarafların bazı yan unsurlar üzerinde görüşüp, bu unsurlara ilişkin anlaşmayı ileri bir tarihe bırakmaları hâlidir. Böyle bir durumda ise,

¹⁰³ Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin tamamlanmasında, karma sözleşmelerde olduğu gibi farklı, çeşitli teoriler geliştirilmemiştir. Ancak, karma sözleşmelerin tamamlanmasında uygulanabilecek olan bazı teoriler, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde de kabul edilebilir. Bunlardan ilki, hâkimin hukuk kuralı yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması demek olan *yaratma teorisidir*. Öğretide hâkim olan bu görüşe göre, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere ait unsurlardan oluşmadığı için, bu sözleşmelere uygulanabilir yazılı hukuk kuralları bulunmamaktadır. Bu sözleşmelere uygulanacak bir örf-adet hukuku da mevcut değilse, hâkim, hukuk yaratma yetkisini kullanarak bir kural oluşturmakla yükümlüdür. Burada hâkim, kendine özgü sözleşme uygulamada çok sık yapılan tipik bir sözleşme ise genel ve soyut bir kural koymalıdır. Yapılan sözleşme nadir görülen, atipik bir sözleşme ise hâkimin yaratacağı kural TMK.m.4 gereği sözleşmeye uygun, bireysel ve somut yapıda olmalıdır. Kendine özgü sözleşmelerin tamamlanmasında savunulan bir diğer teori ise, kıyas yoluyla uygulama teorisidir. Bu teorinin önemi, kendine özgü sözleşmelerdeki uyuşmazlığa benzer sorunları kanunda çözüme kavuşturan bir düzenleme olduğu hâllerde kendini gösterir. Hâkim, hukuk kuralı yaratırken, kanunda benzer uyuşmazlık için gösterilen çözümü, önündeki somut uyuşmazlığa kıyasen uygulayarak kıyas yolundan faydalanabilir. Bkz., **Feyzioğlu**, *Hususî*, s. 33-34; **Aral/ Ay-rancı**, s. 64; **Eren**, *Özel*, s. 882-883; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 15-16; **Eren**, *İsimsiz*, s. 100; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 12; **Serozan/ Baysal/ Sanlı**, s. 100-101; **Aktürk Yücer**, s. 112-113; **Gümüş**, s. 11-12.

¹⁰⁴ **Eren**, *Genel*, s. 252; **Esener/ Gündoğdu**, s. 40; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu**, s. 81. Bunlar sözleşmenin arızî noktalarıdır (accidentalia negotii). **Antalya**, C. 1, s. 237.

¹⁰⁵ **Eren**, *Genel*, s. 253; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178; **Esener/ Gündoğdu**, s. 40; **Antalya**, C. 1, s. 238.

TBK.m.2/II gereği, sözleşmedeki boşluk, hâkim tarafından, düzenleyici kurallara göre değil, işin niteliği esas alınarak doldurulur¹⁰⁶.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de taraflar, bazı yan unsurları görüşüp sözleşmenin esaslı bir unsuru sayabilecekleri gibi, ilgili hususlar üzerinde anlaşmayı daha ileri bir tarihe de bırakabilirler. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde aslî edim yani esaslı unsurlar dışında kalan, arabulucunun ücretinin ve masrafların nasıl ödeneceği, sır saklama yükümlülüğü gibi hususlar taraflarca görüşülüp anlaşma sağlanırsa esaslı nokta hâline gelir. Bu unsurlar üzerinde görüşülüp o aşamada anlaşma sağlanmadığında, söz konusu unsurlarla ilgili görüşme ileri bir tarihe bırakılabilir. Bu tarihte de ilgili unsurlar üzerinde görüşülmez ise, hâkim, boşluğu TBK.m.2/II hükmünü esas alarak işin niteliğine yani, sözleşmenin amacı, durumun özelliklerine göre sözleşmeyi tamamlama yoluna gidecektir.

III- DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUKTA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Uyuşmazlığın çözümüyle ilgili kullanılan yöntem ihtiyarî arabuluculuk yöntemi ise, buna ilişkin sözleşme yapmak mümkündür. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözümünün bir “ön adım” ya da “dava şartı” olduğu hâllerde, bu konuda sözleşmeden söz etmek mümkün değildir¹⁰⁷. Böyle bir hâlde, taraflardan birinin doğrudan resmî arabuluculuk bürosuna başvurusu üzerine Kanun’daki prosedür uygulama alanı bulacak ve atanan ya da taraflarca üzerinde anlaşılan arabulucu denetiminde arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilecektir. Burada, arabulucuya başvurma sözleşmesi gibi bir sözleşmeden bahsedilemeyeceği için, unsurları veya konusundan da bahsedilmesi mümkün değildir.

Dava şartı olan arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü için tarafların arabulucuya başvurusu zorunlu olup bir sözleşme yapmayı gerektirmese de, taraflar, yetkili arabuluculuk bürosundaki arabuluculardan birinin seçimi, arabuluculuk masraflarının ne şekilde ödeneceği veya sır saklama yükümlülüğünün kapsamı gibi hususları düzenleyebilmek için bir sözleşme yapabilirler¹⁰⁸. Ancak bu sözleşme, nitelik olarak arabulucuya başvurma sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir. Zira, arabulucuya

¹⁰⁶ İşin niteliğinden anlaşılması gereken, sözleşmenin amaç ve niteliği, olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılır. Burada, düzenleyici kuralların uygulanmamasının nedeni, tarafların yan noktaları pozitif hukuk düzenlemelerine göre çözmek istemediklerini göstermeleridir. Bkz., **Eren**, Genel, s. 253; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178. *Antalya*’ya göre, kanundaki “saklı tutma olgusundan” hareketle, tarafların subjektif esaslı nokta hâline getirmek isteyip de anlaşamadıkları durumlarda, sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Bkz., **Antalya**, C. 1, s. 238.

¹⁰⁷ **İldır**, s. 66.

¹⁰⁸ **Ertürk**, s. 98.

başvurma sözleşmesinin aslî edimi olarak kabul edilen arabulucuya başvurma unsuru dava şartı olan arabuluculukta iradî olmayıp kanundan doğmaktadır.

IV- İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur (TBK.m.1/I). Bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için, iki ayrı irade açıklamasının bulunması gerekir. Bu irade açıklamalarından, önce yapılanına öneri (*icap/ Antrag*) adı verilmektedir. Zaman olarak önce yapılan öneri, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan, varması gerekli tek taraflı irade açıklamasıyla meydana gelen, kesin ve bağlayıcı olup muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasıdır¹⁰⁹. Öneri, belli bir kişi veya kişilere yapılabileceği gibi, genele de yapılabilir. Bu tarz öneriler, “*herkese açık öneri*” şeklinde adlandırılmaktadır¹¹⁰. Arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi istenen uyuşmazlık ne ise, o uyuşmazlığın tarafı olan kişi ya da kişiler, arabulucuya başvurma sözleşmesi için yapılan önerinin muhatabıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle ilgili olarak, bir firmanın verdiği ilanda kendileriyle yapılan işlemlerde çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözüleceğini belirterek genele bildirimde bulunmaları hâlinde, bu ilan genele yapılmış bir öneri olarak kabul edilebilir. Böylece, bu firmayla iş yapmak isteyen taraf, arabuluculuk şartını da kabul ederse arabulucuya başvurma sözleşmesi kurulmuş olur.

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan diğer irade beyanı ise *kabuldür*. Kabul, sözleşmenin öneriye uygun olarak kurulmasını sağlayan, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile açıklanan¹¹¹, öneriyle tam bir uyum içinde bulunan irade açıklamasıdır¹¹². Öneri ve kabul beyanlarının içerikleri birbirine uygun olarak birbirinin tamamlaması hâlinde (Konsens) sözleşme meydana gelir¹¹³. Kabulün öneriden farklı olan özelliklerinden biri, onun yenilik doğuran bir hak olarak kurucu nitelikte olmasıdır¹¹⁴. Kabul, öneriye tam olarak uymaz ve birtakım kayıtlar taşırsa ya da esas-

¹⁰⁹ Eren, Genel, s. 258-259; von Tuhr/ Edege, s. 176; Martinek, s. 60; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 50-51; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 82 vd.; Feyzioğlu, Genel, s. 69-70; Kılıçoğlu, s. 86; Antalya, C. 1, s. 239.

¹¹⁰ Eren, Genel, s. 259; Kılıçoğlu, s. 85; Antalya, C. 1, s. 243.

¹¹¹ Kabulün muhataba varması gerekli bir irade beyanı ile gerçekleşmesi, ancak beyan yoluyla yapılan kabullerde söz konusudur. Zira kabul, irade beyanı şeklinde değil de irade faaliyetiyle açıklanmaktaysa, muhataba ulaşması gerekmemektedir. Bkz., Eren, Genel, s. 269, dn. 97.

¹¹² Eren, Genel, s. 269; von Tuhr/ Edege, s. 182; Martinek, s. 64; Kılıçoğlu, s. 102; Feyzioğlu, Genel, s. 89; Antalya, C. 1, s. 265; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 64.

¹¹³ Von Tuhr/ Edege, s. 184; Martinek, s. 66; Brox/ Walker, s. 19.

¹¹⁴ Feyzioğlu, Genel, s. 89; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 93. Ancak, öğretide kabulün kurucu yenilik doğuran bir hak olmadığı da ileri sürülmektedir. Zira, sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın irade beyanına ihtiyaç vardır. Tek taraflı bir beyanla, kurucu yenilik doğuran bir

lı bazı ek ve değişiklikler barındırırsa, artık kabulden değil yeni bir öneriden söz etmek gerekir¹¹⁵.

Uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemini kullanmak isteyen taraflardan birinin, bu yöndeki teklifini diğer tarafa iletmesi öneri; diğer tarafın ise bu teklifi onaylayarak kabul etmesi de teknik anlamda kabuldür. Birbirine uygun olan bu öneri ve kabul ile beraber, arabulucuya başvurma sözleşmesi de kurulmuş olacak ve taraflar uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya gidebileceklerdir. Kabul, örtülü şekilde yani irade faaliyeti biçiminde de kendini gösterebileceğinden, arabulucuya başvurma sözleşmesinin oluşması için yapılan öneriye karşılık olarak yapılan kabul, açık bir kabul olabileceği gibi, diğer tarafın arabulucuya gitmesi şeklinde irade faaliyeti olarak da meydana gelebilir.

Karşılıklı olan öneri ve kabul, hazırlar arasında meydana gelmekteyse sözleşme, bu beyanların yapıldığı anda kurulmuş olacaktır. Kurulmuş olan bu sözleşme, hüküm ve sonuçlarını da aynı anda, yani sözleşmenin kurulduğu anda doğuracaktır¹¹⁶.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmede, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an bakımından gönderme teorisi kabul edilmektedir¹¹⁷. TBK.m.11'e göre, kabul haberi muhataba gönderildiği anda sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Böylece, Türk hukukunda hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerin meydana gelmesi açısından varma (kabulün, önerenin hâkimiyet alanına ulaşması) teorisi, sözleşmenin hükümlerini doğurması açısından ise gönderme teorisinin kabul edildiği söylenebilir¹¹⁸.

§ 7. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I- GENEL OLARAK

Herhangi bir sözleşmenin hükümlerinden bahsedildiğinde, o sözleşmenin içeriği, konusuyla ilgili birtakım düzenlemeler, sözleşmeyle amaçlanan maddî ve hukukî durumlara erişme, tarafların sahip olduğu haklar ve borçlar ifade edilmek istenir.

hak ile sözleşme kurulması, sözleşmenin iki taraflı hukukî işlemlerden olması sebebiyle bu görüş tarafından kabul edilmemektedir. Bkz., **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, C. 1, s. 204; **Antalya**, C. 1, s. 266.

¹¹⁵ **Feyzioğlu**, Genel, s. 89; **Eren**, Genel, s. 270.

¹¹⁶ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, C. 1, s. 210; **Eren**, Genel, s. 277; **Antalya**, C. 1, s. 275; **Feyzioğlu**, Genel, s. 100; **Kılıçoğlu**, s. 112.

¹¹⁷ **Eren**, Genel, s. 277; **Feyzioğlu**, Genel, s. 100; **Kılıçoğlu**, s. 113; **Antalya**, C. 1, s. 275; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, C. 1, s. 211.

¹¹⁸ **Eren**, Genel, s. 277. **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, C. 1, s. 210-211; **Feyzioğlu**, Genel, s. 100; **Kılıçoğlu**, s. 113; **Antalya**, C. 1, s. 275.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin tarafları da, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuracak olan taraflardır. Esas/ asıl maddî hukuk sözleşmesinin tarafları, arabulucuya başvurma sözleşmesinin de taraflarıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hükümleri de, bu tarafların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini açıklar.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hükümleri tespit edilirken, sadece bu sözleşmede düzenlenmiş olan hususlar dikkate alınmaz. Bir sözleşmeden doğan haklar ve yükümlülüklerin tespitinde, öncelikle kanunda yer alan emredici hükümler dikkate alınır. Arabulucuya başvurma sözleşmesi, isimsiz, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğundan, hakkında kanunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak, kanunkoyucu, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, bazı emredici ve düzenleyici (tamamlayıcı) hükümlere yer vermiştir. İşte, sözleşmeden önce gelen ve kanunda düzenlenmiş olan bu emredici hükümler, öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Emredici hükümler, tarafların rızaları olmasa bile hüküm ifade eden, herkesin uymak zorunda olduğu, aksinin kararlaştırılmasına hukuk düzenince izin verilmeyen düzenlemelerdir¹¹⁹. Kanunda yer alan emredici düzenlemelerden sonra, taraflarca yapılan arabulucuya başvurma sözleşmesi hükümleri dikkate alınır. Burada boşluk söz konusu olduğunda, duruma göre, varsa tamamlayıcı hukuk kurallarına müracaat edilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hâkim tarafından sözleşmenin tamamlanması esnasında, isimsiz bir sözleşme tamamlanıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri dikkate alınabilecektir. Bunun haricinde, Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmındaki düzenlemelerin, kendine özgü yapısı olan sözleşmelere uygulanabilmesi konusu tartışmalıdır¹²⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmındaki düzenlemeler, her ne kadar kendine özgü yapısı olan bir sözleşmenin unsurlarını oluşturmaya da, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas (örnekseme) yoluyla isimsiz sözleşmelere de uygulanabilmelidir. Kanunî düzenlemeler de yeterli gelmediğinde, hâkimin başvurabileceği yollar sırasıyla örf ve âdet hukuku ya da hukuk yaratma yoludur.

¹¹⁹ **Edis**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989, s. 165; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Barlas**, Nami, Medenî Hukuk, 23. Baskı, İstanbul 2017, s. 87; **Dural**, Mustafa/ **Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. 1, İstanbul 2016, s. 131; **Serozan**, Medenî, s. 136 vd.; **Yarayan**, s. 113.

¹²⁰ **Eren**, İsimsiz, s. 100; **Serozan/ Baysal/ Sanlı**, s. 100-101; **Aral/ Ayrancı**, s. 64.

II- TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI

A) UYUŞMAZLIĞIN VARLIĞI HÂLİNDE ARABULUCUYA BAŞVURMA HAKKI

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, tarafların temel, en doğal hakkı, uyuşmazlığın giderilebilmesi için arabulucuya başvurmaktır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin esaslı unsuru, aslî edimi tarafların arabulucuya başvurmalarıdır. Bu yükümlülük, sözleşmenin iki tarafına da yüklenmiştir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin tarafı olarak benzer konumda olup, aynı hak ve yükümlülüklerle sahip bulunmaktadırlar. Bu yönüyle arabulucuya başvurma sözleşmesi diğer sözleşmelerden farklılık arz eder. Söz gelimi, bir satış sözleşmesinde, alıcı ve satıcının edimleri karşılıklı olmakla birlikte farklıdır. Satıcı, malın mülkiyeti ve zilyetliğini karşı tarafa geçirmeyi; alıcı ise, malın bedelini diğer tarafa ödemeyi yükümlenir¹²¹. Karşılıklı olan bu edim yükümlülüklerinin içeriği birbirinden farklıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, tarafların yükümlülükleri, içerik olarak birbirinden farklı değildir ancak karşılıklıdır¹²².

Arabulucuya başvuru, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi esnasında gündeme gelebilir (HUAk.m.13). Dava açılmadan önce taraflar aralarında ayrı bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmışlarsa ya da esas sözleşmeye arabulucuya başvurma konusunda bir şart (kloz) eklemişlerse, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda bir yükümlülük meydana gelir. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle meydana gelen arabulucuya başvurma yükümlülüğü, taraflar için, tahkim sözleşmesindeki gibi mahkemeye başvurmayı engelleyecek bir yükümlülük değildir. Çünkü, arabulucuya başvurma sözleşmesinin, devlet yargısına başvuruyu engelleyen olumsuz etkisi söz konusu değildir¹²³. Dolayısıyla, tarafların da, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, bu yükümlülüklerine aykırı davranma ihtimalleri bulunmaktadır. Böyle bir durumda da, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle bazı sorumluluklar doğacaktır¹²⁴.

¹²¹ Aral/ Ayrancı, s. 65; Eren, Özel, s. 26; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 26; Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 124; Zevkliler/ Gökyayla, s. 29; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 61.

¹²² Buradaki karşılıklılık (synallagmatik) ile anlatılmak istenen, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki, bir tarafın borcunun diğer tarafın alacağını oluşturması ve bunların çift taraflı bir değişim (mübadele) içinde olmasıdır. Bkz., Eren, Genel, s. 211; Feyzioğlu, Genel, s. 39; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 98-99; Kılıçoğlu, s. 74; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 71; Esener/ Gündoğdu, s. 21.

¹²³ İldır, s. 67. Bu durum, ihtiyarî arabuluculuk konusunda geçerlidir. Dava şartı olan arabuluculukta, aynı tahkim sözleşmesinde olduğu gibi, arabulucuya başvurma olumsuz etkisi mevcuttur. Buna bağlı olarak da, arabulucuya başvurmadan dava açılması hâlinde, açılan dava mahkeme tarafından usulden reddedilir.

¹²⁴ Tarafların sözleşmeyi ihlâlden doğan sorumlulukları § 8'de incelenecektir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, esas sözleşmeye bir kayıt şeklinde konulmuş ve çok sayıda benzer sözleşmede karşı tarafa sunulmak üzere düzenlenmişse, bu durumda ilgili düzenlemenin bir genel işlem koşulu olup olmadığı incelenmelidir. Genel işlem koşulları, ileride yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere, bir tarafın tek başına hazırlayıp diğer tarafa sunduğu, standartlaştırılmış sözleşme hükümleridir¹²⁵. Sözleşmedeki bir hükmün, genel işlem koşulu olarak kabul edilebilmesi için, önceden tek bir tarafça hazırlanmış olması, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacıyla düzenlenmesi, soyut ve genel hükümler içermesi gerekir¹²⁶. Böylece, taraflarca müzakere edilmeden sözleşmeye tek taraflı olarak eklenen bu hükümler genel işlem koşulu sayılacaktır. Genel işlem koşulları, TBK.m.21'e göre yürürlük denetimine tâbidir. TBK.m.21'e göre, sözleşmeyi düzenleyen, karşı tarafın menfaatine aykırı olan hükümlerin varlığını karşı tarafa açıkça bildirmeli, karşı taraf da bu hükümlerin içeriğini öğrenip kabul etmelidir. Aksi takdirde, genel işlem koşulu, TBK.m.21/II'ye göre yazılmamış sayılır. Hükümdeki yazılmamış sayılma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük olduğunu ileri sürmektedir¹²⁷. Diğer bazı yazarlara göre ise, yazılmamış sayılma esasında bir yokluktur¹²⁸. Bunların haricinde, yazılmamış sayılmanın, kesin hükümsüzlükten daha ağır ve özel bir geçersizlik türü olduğu, yokluk olmadığı öğretide ifade edilmektedir¹²⁹. Buradaki tartışmada, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken, genel işlem koşulunun yaptırımının yokluk olduğudur. Zira, amaçlanan, karşı tarafın aleyhine olan hükmün sözleşmede bulunmaması, bir diğer ifade ile yazılmamış sayılarak yok hükmünde görülmesidir.

Arabulucuya başvurma kaydı, genel işlem koşulu oluşturacak şekilde sözleşmede düzenlenmişse, TBK.m.21'e göre yok hükmündedir. Sözleşmeyi düzenleyen, ilgili hükmün yazılmamış sayılmasını önlemek için genel işlem koşulu sayılabilecek düzenlemeyi, sözleşmenin karşı tarafına bildirerek onun öğrenmesini ve bu şartı kabul etmesini sağlamalıdır. Aksi takdirde, sözleşmenin diğer tarafının bilgisi veya kabulü olmadan, tek taraflı olarak düzenlenen arabulucuya başvurma şartı, yazılmamış sayılacaktır. Bu hâlde, tarafların arabulucuya başvurma hakkı veya yükümlülüğünden de bahsedilemez. Başka herhangi bir geçersizlik söz konusu değilse, düzenleyen taraf, genel işlem koşulu olup yazılmamış sayılan arabulucuya başvurma kay-

¹²⁵ **Eren**, Genel, s. 215; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 162; **Cansel/ Özel**, s. 130; **Akıncı**, s. 111; **Kılıçoğlu**, s. 170; **Esener/ Gündoğdu**, s. 230; **Antalya**, C. 1, s. 415.

¹²⁶ **Esener/ Gündoğdu**, s. 232 vd.; **Eren**, Genel, s. 219 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 170 vd.; **Antalya**, C. 1, s. 415 vd.

¹²⁷ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 165.

¹²⁸ **Eren**, Genel, s. 221; **Kılıçoğlu**, s. 175; **Esener/ Gündoğdu**, s. 237.

¹²⁹ **Antalya**, C. 1, s. 429.

dından dolayı, bu kayıt olmadan sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez (TBK.m.22).

B) ARABULUCULUK YÖNTEMİNE BAŞVURU YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. İhtiyarî Arabuluculukta Yönteme Başvuru Yükümlülüğü

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflar için getirdiği ilk ve en önemli yükümlülük, arabulucuya başvurma yükümlülüğüdür¹³⁰. Aynı zamanda taraflar için bir hak olan arabulucuya başvurma, taraflar arasındaki esas sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde, devlet yargısına müracaat etmeden önce arabuluculuk yöntemine başvurmayı gerekli kılar. Ancak bu gereklilik, ihtiyarî arabuluculuk için yukarıda da ifade edildiği gibi, tarafların devlet yargısına başvurmalarını engelleyecek nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar, uyuşmazlığın çözümü için, aralarındaki anlaşmaya rağmen mahkemeye başvurup dava yoluna gidebilecektir. Bununla birlikte sözleşmeyi ihlâl etmekten doğan sorumluluk ise saklı kalacaktır.

Öğretide, arabulucuya başvurma sözleşmesi veya şartının varlığı hâlinde, kanunda mahkemeye başvurmayı geciktiren bir durum yoksa (dava şartı olan arabuluculuk gibi), taraflardan birinin uyuşmazlığı yargı yoluna taşıdığına ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ihtiyarî arabuluculukta, sözleşmenin varlığına rağmen arabulucuya başvurmak yerine mahkemeye başvurulabilir. Böylece, başvuran taraf, arabuluculuk faaliyeti sonrasında varılacak çözümü kabul etmeyeceğini peşinen belirtmiş olur. Uyuşmazlığın çözümü için bu şekilde mahkemeye başvurulması, zımî olarak arabulucuya başvurma sözleşmesini ortadan kaldırır¹³¹. Diğer bir görüşe göre ise, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek isteyen tarafların bu konuda yaptıkları arabulucuya başvurma sözleşmesinin bağlayıcı kılınarak zorla yerine getirilmesi mümkün olmalıdır. Bu ise, kanunî bir düzenleme vasıtasıyla sözleşmeyle düzenlenen arabulucuya başvuru yolunun tüketilmeden dava yoluna geçilemeyeceği şeklinde açık bir hükümle söz konusu olabilir¹³². Ancak, mevcut kanunî düzenlemeler, dava şartı olan arabuluculuğu ayrı bir şekilde düzenlemiş olup, ihtiyarî arabuluculuğun kararlaştırılmasından sonra bu yönteme başvurmadan dava açılması durumunda ne gibi sonuçlar doğacağını açıkça belirtmemektedir. Bu görüşe göre, taraflar arasında arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen dava açılması durumunda mahkeme, diğer tarafın itirazı üze-

¹³⁰ Özbek, s. 665; Yazıcı Tıktık, s. 196.

¹³¹ İldır, s. 65. Aynı yönde diğer bir görüş için bkz., Taşpolat Tuğsavul, s. 108; Ertürk, s. 190.

¹³² Özbek, s. 787; Karyağdı, Müjgan, Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11, S. 1, 2, 2007, s. 919-964, s. 941.

rine ya davayı usulden reddedecek ya da davanın görülmesini belli bir süre erteleyecektir. Usul ekonomisini göz önünde tutan yazar, mahkemenin, davayı usulden reddetmek yerine, arabuluculuk aşaması tüketilene kadar mevcut yargılamayı ertelemesinin daha uygun bir seçenek olduğunu ifade etmektedir¹³³. Bir diğer görüşe göre, Belçika’da oluşu gibi, taraflardan birinin arabulucuya başvurma şartı veya sözleşmesinin varlığına rağmen bu yönetime başvurmadan dava açarsa, diğer tarafın itirazı sonucu mahkeme yargılama talebini reddedecektir¹³⁴. Buna benzer bir diğer görüş de, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen bu yönetime başvurmadan dava açılması hâlinde, davanın mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddinin gerektiğini ifade etmektedir¹³⁵. Bir başka görüş, HUAK.m.3’teki iradilik ilkesine dayanarak, taraflardan birisinin arabuluculuk yöntemine başvurmadan dava açmasının, “arabulucuya başvurmadan vazgeçme” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Aynı zamanda kanunkoyucu, HUAK.m.15/V’te, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını mahkemeye beyan etmeleri hâlinde, yargılamanın mahkemece üç ay erteleneceğini düzenlemiştir. Bu görüşe göre, HUAK.m.3 ve HUAK.m.15/V hükümleri karşısında, kanunî bir düzenleme olmadan, taraflar arasındaki arabulucuya başvurma sözleşmesi hükümlerine dayanılarak davanın usulden reddi veya ertelenmesi mümkün değildir¹³⁶.

Arabulucuya başvurma şartı veya sözleşmesinin varlığına rağmen, taraflardan birinin bu yönetime başvurmadan dava açması hâlinde, mahkemenin davayı reddetmesi veya ertelenmesi ile ilgili kanunî bir düzenleme yoktur. Esasen, arabulucuya başvurma sözleşmesi veya diğer herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, Türk hukukunda, yargı yoluna müracaat etmeyi engellememektedir. Taraflarca bu konuda bir sözleşme yapılsa bile, taraflardan her biri, uyuşmazlığın çözümü için, kendisine Anayasa ve kanunlar tarafından tanınan “hak arama hürriyeti”ne dayanarak dava açabilecektir. Ancak, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda anlaşılan taraflarca, bir sözleşme yapılması durumunda, tarafların birbirlerine karşı, arabuluculuk yöntemine başvuru yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük,

¹³³ **Özbek**, s. 788. Aynı yönde bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 201.

¹³⁴ Burada ileri sürülen, arabulucuya başvurma şartının bir ilk itiraz niteliği taşıması ve açılan davayı mahkemenin usulden reddetmesi gerektiğidir. Bkz., **Namlı**, Mert, Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 99-125, s. 103. Almanya’da da, taraflardan birinin arabulucuya başvurma şartı veya sözleşmesine rağmen dava açması durumunda, diğer tarafın itirazıyla birlikte mahkeme, davanın geçici olarak kabul edilemez nitelikte olmasından hareketle davayı reddedebilecektir. Fransa’da da benzer şekilde, davanın görülmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Hollanda, Japonya ve İsviçre’de, arabulucuya başvurma sözleşmesi veya şartının, ilgili uyuşmazlıkla ilgili dava açılmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Bkz., **Dür**, s. 323-325.

¹³⁵ **Volkmann**, Judith, Mediation im Zivilprozess, Frankfurt 2006, s. 66.

¹³⁶ **Dür**, s. 325-326.

uyuşmazlığın çözümü için tarafları, mahkeme yargılamasından önce arabulucuya başvurma hususunda yükümlendirse de, yükümlülüğe rağmen dava yoluna gitmeyi engelleyemeyecektir. Böylece, taraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen, uyuşmazlığı yargı yoluna taşıyabilecek ancak, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettiği için, diğer tarafa karşı hukukî sorumluluğu doğacaktır. Bununla birlikte, Türk hukukunda da, yapılacak bir kanunî düzenleme ile arabulucuya başvurma sözleşmesinin varsa, bu sözleşmeye rağmen arabuluculuk yöntemi denenmeden dava açılması durumunda, davalı tarafın itirazı ile davanın usulden reddine veya ertelenmesine imkân tanınmalıdır. Böylece, ihtiyarî arabuluculukta, tarafların sözleşmeye, “bu sözleşme, HUAK.m.18/A’da düzenlenen dava şartı arabuluculuk gibi yargılama açısından dava şartı niteliği gösterir” şeklinde bir hüküm koyabilmeleri imkânının bir Kanun değişikliği ile sağlanması yerinde olacaktır.

2. Dava Şartı Olan Arabuluculukta Yönteme Başvuru Yükümlülüğü

Dava şartı olan arabuluculuk, tarafların serbest iradeleriyle başvurmayı kararlaştırdıkları ihtiyarî arabuluculuktan, yönteme başvuru açısından önemli bir farklılık arz eder. İhtiyarî arabuluculukta taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvuru konusunda anlaşma sağlayıp bir sözleşme yapmaktayken, dava şartı olan arabuluculukta, arabulucuya başvuruya ilgili bir sözleşmenin bulunması gerekmemektedir. Keza, burada arabulucuya başvuru yükümlülüğü sözleşmeden değil kanundan doğar. 7036 sayılı İşMK.m.3’te, kanun veya sözleşmeye dayanan işçi ve işveren alacakları ile tazminat ve işe iade talepleriyle ilgili davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Yine, TTK.m.5/A’da, konusu bir miktar paranın ödenmesi ve tazminat talebiyle açılan ticarî davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Kanunun lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, belli davalarda arabulucuya başvuru bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup, taraflara bir yükümlülük yüklenmiştir. Böylece, söz konusu uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, arabulucuya başvurmuş olma şartından dolayı, zorunluluk arz eden bir durum söz konusudur. Burada, tahkimde olduğu gibi, dava açılmasını engelleyen olumsuz etki söz konusudur¹³⁷.

Uyuşmazlığın taraflarından biri, dava şartı olan arabuluculuğa rağmen, arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açmış ise, diğer taraf, bu hususu her zaman ileri sürebilir ve mahkeme de bu durumu her zaman dikkate almalıdır (HMK.m.115).

Dava şartı olan arabuluculukta, ihtiyarî arabuluculukta olduğu gibi, arabulucuya başvuru yükümlülüğüne aykırı davranıldığında, diğer tarafa karşı bir sorumluluk söz konusu değildir. Burada, arabulucuya başvurmadan dava açan tarafın davası,

¹³⁷ İldır, s. 67.

usulden reddedilecektir. Arabulucuya başvurulmadan dava açılması hâlinde mahkeme, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığını gösteren belgenin aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini mahkemeye sunması için bir haftalık kesin bir süre verir. Bu ihtarın gereği yerine getirilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir (İMK.m.3/II)¹³⁸.

§ 8. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK

I- GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış olan *ifa* kavramı, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer bakımından tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir¹³⁹. Borç ilişkisinin amacı olan ifa tam, doğru ve gereği gibi yerine getirildiğinde alacaklının tatmin olmasını sağlayarak borçluyu borçtan kurtarır¹⁴⁰. Aksi takdirde, şart ve unsurlara uygun olmayan bir ifa,

¹³⁸ Özel bir dava şartı olan arabulucuya başvurma şartıyla ilgili bu düzenleme öğretide bazı açılardan eleştirilmiştir. Hükme yapılan eleştirilerden ilki, arabulucuya başvuru şartının yerine getirilmeden dava açılması hâlinde, dava dilekçesinin verilen kesin süre sonunda karşı tarafa tebliğ edilmeksizin davanın usulden reddine karar verilmesidir. Bu durumda, kendisine karşı dava açılan, uyuşmazlığın diğer tarafı olan davalının, ilgili olduğu bir davada kendisinin bilgisi olmadan karar verilmektedir. Pratik bazı kaygı ve gerekçelerle yapılan bu düzenleme, davanın tarafının yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olmasını engellediği için, HMK.m.27/II-a'da düzenlenen hukukî dinlenilme hakkına aykırıdır. Düzenleme, genel dava şartlarında olduğu gibi, dosya üzerinden karar verilse bile dilekçeler aşamasının tamamlanması şeklinde bir usul öngörseydi, davalı, dava ile ilgili bilgiye sahip olacak ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmiş olacaktı. Bkz., **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 153. Öğretideki eleştirilerden bir diğeri, arabulucuya başvurmadan dava açılması hâlinde, mahkemece, herhangi bir inceleme yapılmaksızın doğrudan davanın usulden reddedilmesiyle ilgilidir. Genel dava şartlarındaki usulden farklı olarak getirilen bu düzenlemede mahkeme, önüne gelen davada, yargı yetkisinin olmadığı veya görevli olmadığı ya da dava açan tarafın taraf ehliyetine sahip olmadığı bir davayı söz konusu açılardan inceleyemeden usulden reddedecektir. Ancak, böyle bir durumda mahkeme, yetkili veya görevli olmadığı bir davada ya da taraf ehliyeti olmayan biri hakkında tarafmış gibi hüküm vermiş olacaktır. Buna karşı öğretilde önerilen, böyle bir durumda önce genel dava şartlarının incelenmesi, eğer onlar mevcutsa arabulucuya başvurma şeklinde olan özel dava şartının inceleme konusu yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Genel dava şartlarının incelenebilmesi için de, önce dilekçelerin karşılıklı olarak sunulması (dilekçeler aşamasının tamamlanması) ve sonrasında en erken dosya üzerinden ön inceleme aşamasında bir karar verilmesi gerekmektedir. Bkz., **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 153-154.

¹³⁹ **Eren**, Genel, s. 932; **Oğuzman**, C. 1, s. 251; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 758; **Nomer**, s. 293; **Antalya**, C. 3, s. 2; **Tunçomağ**, s. 369; **Antalya**, C. 3, s. 2; **Akıncı**, s. 201; **Aybay**, s. 114; **Cansel/ Özel**, s. 231; **Kılıçoğlu**, s. 1066; **Feyzioğlu**, Necmeddin F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1977, s. 3; **Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 7.

¹⁴⁰ **Eren**, s. 932; **Kılıçoğlu**, s. 1066; **Akıncı**, s. 201; **Cansel/ Özel**, s. 231.

ifa olarak nitelendirilemeyeceğinden borçluyu borçtan kurtarmaz. Bu hâlde de, borcun ifa edilmemesi söz konusu olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Bölüm İkinci Ayırımı'nda, "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları" düzenlenmiştir. Öğretide, esasen bu başlığın "Borç ilişkilerinin İfa Edilmemesi ve Bunun Sonuçları" olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴¹. Bu ayırmada, borç ilişkilerinin ihlâl türü olarak "borcun ifa edilmemesi" ve "borcun vaktinde ifa edilmemesi (borçlunun temerrüdü)" düzenlenmiştir. Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemesi (Nichterfüllung) ve borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını (ungehörige Erfüllung) kapsayan bir üst kavramdır¹⁴². Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ise, "kötü ifa" ile "yan yükümlülüklerin ihlâlini" kapsar. Böylece, borç ilişkisinin ihlâli (ifa etmeme), kusurlu imkânsızlık (hiç ifa etmeme), gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt şeklinde üçe ayrılabilir. Ayrıca, TBK.m.113/II, bağımsız yapmama borçlarına aykırı hareketten doğan zararın tazmini yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bağımsız yapmama borçlarının ihlâli de, borcun ifa edilmemesi hâllerinden biridir¹⁴³.

Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Ayırımı olan "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları" başlığı altındaki maddeler, tüm borç ilişkilerine uygulanacak hükümlerdir. Ancak, TBK.m.113/II ve III hükümleri, sadece yapmama borçlarında, TBK.m.123-125 hükümleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde, TBK.m.120-122 ise, yalnızca para borçlarında söz konusu olur¹⁴⁴. Arabulucuya başvurma sözleşmesi ise, niteliği itibarıyla bu hükümlerden TBK.m.123-125'e tâbi olabilecektir. Çünkü, arabulucuya başvurma sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat, arabulucuya başvurma sözleşmesinde tarafların borcu para olmadığından, TBK.m.120-122'nin burada uygulanması söz konusu değildir. Yine aynı şekilde, yapmama borçları da arabulucuya başvurma sözleşmesinde karşılaşılabilecek borçlardan olmadığından, bununla ilgili olan TBK.m. 113/II-III hükümleri de uygulanmaz.

İfa mümkün olduğu sürece borçlu borcunu ifa etmeli, alacaklı da ifayı kural olarak kabul etmelidir. Alacaklının, mümkün olan ifadan vazgeçip tazminat isteyebilmesi, ancak bu konuda kanunda bir düzenleme mevcut olduğunda söz konusu-

¹⁴¹ Eren, Genel, s. 1053.

¹⁴² Eren, Genel, s. 1053; Oğuzman, C. 1, s. 369; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 851; Tunçomağ, s. 451; Cansel/ Özel, s. 265; Kılıçoğlu, s. 816-817.

¹⁴³ Eren, Genel, s. 1054; Oğuzman, C. 1, s. 369.

¹⁴⁴ Eren, Genel, s. 1054.

dur¹⁴⁵. Borcun ifasının imkânsız olması hâlinde ise, alacaklının ifa talebinde bulunmasının anlamı yoktur. Borcun ifa edilmesinin imkânsız olması sebebiyle alacaklı bir zarara uğramış ise, gerekli şartlar mevcutsa, alacaklı borçludan tazminat talep edebilir. Borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumluluğu olan bu tazminat sorumluluğu, sözleşmeye aykırılıktan doğduğu için “sözleşmeden doğan sorumluluk (akdî sorumluluk)” şeklinde adlandırılır¹⁴⁶.

Borcun ifa edilmesinin imkânsız olduğu hâllerin yanı sıra, borcun vaktinde ifa edilmediği ya da gereği gibi ifa edilmediği hâllerde de alacaklının uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi mümkündür. Ancak, bu durumda alacaklı gecikme nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmek için borçluyu temerrüde düşürmelidir¹⁴⁷.

Öğretide de, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açılması hâlinde, sözleşmenin ihlâl edilmiş sayılacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸. Bu durumda, arabulucuya başvurmadan dava açan tarafın, diğer tarafa karşı sorumluluğu doğar.

II- TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

A) BORCUN HİÇ İFA EDİLMEMESİ

Borcun hiç ifa edilmemesi, imkânsızlık ve temerrüt şeklinde kendini gösterir. Keza, bu iki hâlde de borç, hiç ifa edilmemektedir. Burada, arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, imkânsızlık ya da temerrüt gibi durumların mevcut olup olamayacağı, mevcut olması hâlinde ne tür bir sonuç doğuracağı incelenecektir.

1. İmkânsızlık

İmkânsızlık, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu veya kusursuz bir davranışı nedeniyle edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır¹⁴⁹. Öğretideki bir diğer tanıma göre imkânsızlık,

¹⁴⁵ **Oğuzman**, C. 1, s. 370. Örneğin, TBK.m.125/II’de, alacaklının, borcun ifası ve gecikme tazminatını talep hakkından hemen vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteyebilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ **Oğuzman**, C. 1, s. 370; **Eren**, Genel, s. 1054; **Tandoğan**, s. 414; **Kılıçoğlu**, s. 820; **Aybay**, s. 144.

¹⁴⁷ **Oğuzman**, C. 1, s. 370. TBK.m.117/I’de, muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ **Özbek**, s. 787.

¹⁴⁹ **Altunkaya**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 88; **Eren**, Genel, s. 1062; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 903; **Tandoğan**, s. 395; **Kılıçoğlu**, s. 851; **Antalya**, C. 3, s. 232; **Cansel/ Özel**, s. 272; **Akıncı**, s. 226; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 459; **Aybay**, s. 139.

mevcut olan bir borcun ifa edilmesinin cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesidir¹⁵⁰. Buradaki imkânsızlık, borcun doğumuna, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olan imkânsızlık değildir. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen imkânsızlık, başlangıçtaki imkânsızlıktır. Başlangıçtaki imkânsızlık ise, sözleşmenin içeriğinin, sözleşmeden doğan edim veya edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olarak imkânsız olmasıdır¹⁵¹. Edimin ifasının başlangıçta, yani sözleşmenin kuruluş aşamasında imkânsız olması, TBK.m.27'ye göre sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Buna karşın, burada incelenecek olan sonraki imkânsızlıkta, geçerli bir sözleşme ve buna dayanan borç ilişkisi taraflar arasında mevcuttur.

İmkânsızlık kavramı, edim sonucuna ilişkin olacak bir şekilde dar yorumlanmalıdır. Böylece, imkânsızlık, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin kesin, sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması hâlinde söz konusu olacaktır¹⁵². Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de aynı şekilde, imkânsızlığın tespiti edim sonucuna yönelik olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, tarafların arabulucuya başvurmalarının mümkün olup olmadığı hususu önemlidir.

İmkânsızlık, mantıkî (tabiî), fiilî ve hukukî sebeplere dayanabilir. Mantıkî imkânsızlıkta, edim, mantık ve tabiat kanunlarına göre yerine getirilememektedir. Fiilî imkânsızlıkta edim konusu şey yok olmamakta ancak, bu edimin ifası fiilî ve pratik nedenlerle ortadan kalkabilir, edimin ifası fazlasıyla güçlük arz edebilir. Hukukî imkânsızlık ise, edim konusu şeyin mevcut olmasına rağmen, bunun yerine getirilmesinin emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olduğu hâllerde gündeme gelir¹⁵³.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, bu imkânsızlık türlerinden karşılaşılmaması en mümkün olan, hukukî imkânsızlıktır. Tarafların aralarında yapacakları arabulucuya başvurma sözleşmesiyle çözmek istedikleri uyuşmazlık, arabuluculuk yöntemiyle çözülmeye elverişli bir uyuşmazlık olmalıdır. Arabuluculuk yöntemiyle çözülmeye elverişli olan uyuşmazlıklar ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarından oluşur. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarının, kamu hukukuna dâhil olan ceza hukukuyla

¹⁵⁰ Oğuzman, C. 1, s. 444.

¹⁵¹ Altunkaya, s. 103; Eren, Genel, s. 344; Oğuzman, C. 1, s. 87; Nomer, s. 337.

¹⁵² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 904; Eren, Genel, s. 1063; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 447; Antalya, C. 3, s. 231; Kılıçoğlu, s. 853-854; Nomer, s. 338; Cansel/ Özel, s. 280.

¹⁵³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 904 vd.; Eren, Genel, s. 1063-1064; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 447; Altunkaya, s. 91 vd.; Aybay, s. 139; Cansel/ Özel, s. 279; Tandoğan, s. 397.

ilgili bir meselede ya da aile içi şiddet iddiasını da içeren bir aile hukuku uyuşmazlığında arabulucuya başvurmayı kararlaştırdıklarında, bu sözleşmenin konusu hukuka aykırıdır. Sözleşmenin konusu hukuka aykırı ise, bu durumda o sözleşme TBK.m.27 gereğince kesin hükümsüzdür¹⁵⁴. Böyle bir sözleşmeye dayanarak hukukî izin verilmeyen bir konuda arabulucuya başvurulması mümkün değildir.

Tarafların, arabulucuya başvurma sözleşmesini yaparken üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu, daha sonra yapılan kanun değişiklikleriyle tarafların serbest tasarruf yetkisinden çıkmışsa, bu hâlde sonraki imkânsızlık gündeme gelecektir. Bu sonraki imkânsızlığın temeli, hukukî bir imkânsızlığa dayanmaktadır. İsviçre öğretisinden bir görüşe göre, sonraki imkânsızlığın başlangıçtakine göre daha geniş tutulması gerekir. Bu görüşe göre, başlangıçtaki bazı olaylar hukukî imkânsızlık değil, hukuka aykırılık durumunu oluşturur¹⁵⁵. Gerçekten, çözümü için arabulucuya başvurulabilecek uyuşmazlıkların sınırı kanunda belirtildiğinden, tarafların bu yasak konularda arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmaları hâlinde, sözleşmenin konusu kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaktadır. Bunun yaptırımını ise, TBK.m.27'ye göre sözleşmenin kesin hükümsüz olmasıdır. Buna karşılık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri herhangi bir konuda arabulucuya başvurma sözleşmesi yapıldıktan sonra, ilgili konunun arabuluculuğa elverişli olmadığıyla ilgili bir kanun değişikliği yapıldığında, arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifası mümkün olmayacak ve sonraki imkânsızlık hâli gerçekleşecektir. Bu iki durumda varılan sonuçlar farklı olmakla birlikte, başlangıçtaki imkânsızlık ve hukuka/ kanunun emredici hükümlerine aykırılık hâllerinde varılacak sonuç aynı olup, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olacaktır.

İmkânsızlık, bir diğer açıdan objektif ve subjektif imkânsızlık olarak ikiye ayrılır. Edim, borçlu da dâhil olmak üzere, hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa objektif imkânsızlık, sadece borçlu tarafından ifa yerine getirilemiyorsa subjektif imkânsızlık söz konusu olur¹⁵⁶. Subjektif imkânsızlık kavramı, esasen tam bir imkânsızlığı belirtmediği için öğretilde eleştirilmiştir. Buna göre, imkânsızlık, herkes yönünden kesin ve sürekli bir ifa engeli teşkil ettiği için subjektif imkânsızlık kavramı yerine, “borçlunun güçsüzlüğü (Unvermögen des Schuldners)” kavramı tercih edilmelidir¹⁵⁷. Çünkü, burada borçlunun güçsüzlüğü söz konusudur ve güçsüzlük hiçbir zaman imkânsızlık değildir. Fakat, yine bu görüşe göre, istisnâ olarak borçlunun şahsına

¹⁵⁴ Eren, Genel, s. 334; Nomer, s. 84; Kılıçoğlu, s. 141.

¹⁵⁵ Bucher'e ait olan görüş için bkz., Eren, Genel, s. 1064, dn. 42.

¹⁵⁶ Eren, Genel, s. 1065; Altunkaya, s. 111, 115; Tandoğan, s. 396.

¹⁵⁷ Eren, Genel, s. 1065; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 461-462.

sıkı sıkıya bağlı edimlerde meydana gelen güçsüzlük, objektif imkânsızlık ile eş değer tutulmalıdır¹⁵⁸.

Ekonomik güçsüzlük (*wirtschaftlicher Unvermögen*), hiçbir zaman imkânsızlık olarak nitelendirilemez. Borçlunun kusuru dışında ortaya çıkan olağanüstü olaylar nedeniyle meydana gelebilecek olan aşırı ifa güçlüğü, öğretide, imkânsızlık kavramını fazlasıyla genişleteceğinden dolayı eleştirilmiştir¹⁵⁹. Bu gibi hâllerde, aşırı ifa güçlüğü konusunu düzenleyen TBK.m.138'e gidilmeli, şartları oluştuysa hâkimden uyarılma talep edilmelidir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, genellikle ekonomik güçsüzlük sebebiyle ifanın mümkün olmamasına rastlanılmaz. Aşırı ifa güçlüğü de, arabulucuya başvurma sözleşmesinin ediminin konusu olan uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurma ile uyuşmadığından burada söz konusu değildir.

Öğretide imkânsızlığın çeşitleri olarak ahlakî veya psikolojik imkânsızlık kavramları da yer almaktadır. Ahlakî/ psikolojik imkânsızlıkta borçlu, ekonomik/ malî sebepler dışında kalan ve vicdanî yönden psişik bir sıkıntı hâli içinde bulunmasından dolayı edimin ifasını gerçekleştirememektedir¹⁶⁰. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de örneğin, taraflardan birinin eşi veya çocuğunun ölüm döşeginde olması ya da buna benzer acı olaylardan ötürü psikolojik olarak sıkıntıda bulunması hâlinde, sözleşmenin ifasının ahlakî imkânsızlık kapsamında olup olmadığı düşünülebilir. Ancak, böyle bir hâlde, tarafların aslî edimi olan arabulucuya başvurma fiilini mutlaka şahsen yerine getirmeleri gerekmediğinden, psikolojik ya da ahlakî imkânsızlıktan söz etmek mümkün değildir.

İmkânsızlık, yerine getirilmesi gereken edimin tamamının ifasını engellediğinde tam imkânsızlık (*voll Unmöglichkeit*) söz konusu olur. Eğer, edimin tamamı değil de bir kısmı imkânsızlık nedeniyle ifa edilemiyorsa kısmî imkânsızlıktan (*teilweise Unmöglichkeit*) söz edilir¹⁶¹. Kısmî imkânsızlıktan bahsedilebilmesi için, edimin bir kısmının ifa edilememesi gerekir. Edimin bir kısmının ifa edilememesi için ise edim, niteliği itibarıyla bölünebilir bir edim olmalıdır¹⁶². Arabulucuya başvurma sözleşme-

¹⁵⁸ **Tandoğan**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 396; **Eren**, Genel, s. 1065; **Kılıçoğlu**, s. 855; **Altunkaya**, s. 112. Aksi görüşte olanlar, borçlunun şahsıyla ilgili bütün imkânsızlıkları subjektif imkânsızlık olarak kabul etmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, objektif imkânsızlıktan bahsedilebilmesi için edimin başkaları tarafından da ifa edilememiş olması yetmez, ayrıca imkânsızlığın borçlunun şahsından doğmamış olması gerekir. Bkz., **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 907-908.

¹⁵⁹ **Eren**, Genel, s. 1066.

¹⁶⁰ **Eren**, Genel, s. 1066.

¹⁶¹ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 910; **Eren**, Genel, s. 1067; **Kılıçoğlu**, s. 855; **Altunkaya**, s. 131.

¹⁶² **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 910; **Eren**, Genel, s. 1068; **Altunkaya**, s. 131; **Antalya**, C. 3, s. 380.

sinin aslî edimi olan arabulucuya başvurma ise, niteliği itibarıyla bölünebilir bir edim değildir. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesinde, kısmî imkânsızlığın ortaya çıkması mümkün değildir. Öğretide, nitelik olarak işgörme (hizmet) edimleri ile yapmama edimlerinin bölünemeyen edimlerden olması nedeniyle, kısmî imkânsızlığın bu tip edimlerde görülemeyeceği de ifade edilmiştir¹⁶³.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifa edilmesinde sonraki imkânsızlık durumuyla karşılaşıldığında iki ayrı sonuç ortaya çıkar. Bu sonuçlar, imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun kusuru olup olmamasına göre değişir. İmkânsızlık borçlunun kusuruyla meydana gelmişse TBK.m.112; borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlık oluşmuşsa TBK.m.136 hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından biri, kendi kusuruyla edimi yerine getirmeyerek arabulucuya başvurmadağında, diğer tarafın bu sebeple meydana gelen zararını TBK.m.112'ye göre tazminle yükümlüdür. Burada, zarara uğrayan taraf, diğer tarafın kusurunu ispatla yükümlü değildir çünkü TBK.m.112, borçlunun kusurlu olduğu yönünde bir adî kanunî karine içermektedir¹⁶⁴.

Öğretide hâkim görüş, ifa imkânsızlığı hâli, borçlunun kusurundan dolayı meydana gelmişse borcun sona ermeyeceğini, sadece borcun içeriğinin değişeceğini ileri sürmektedir¹⁶⁵. Buna göre, ifası imkânsızlaşan edim yerine, alacaklının zararı tazmin yükümlülüğü söz konusu olacaktır (TBK.m.112). Edimin ifasını sözleşmenin kurulmasından sonra engelleyen kusursuz imkânsızlık hâlinde ise, TBK.m.136'ya göre borç sona erecek ve tazmin yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bir görüşe göre, borçlunun kusurunun olup olmaması, borcun sona ermesi sonucunu değiştirmez. Borçlu ifanın imkânsız hâle gelmesinde ister kusurlu ister kusursuz olsun borç sona erer. Borçlunun kusuru, ifanın imkânsızlık sebebiyle yerine getirilememesiyle alacaklının uğradığı zararın tazmini hususunda etkisini gösterir. Borçlu, ifanın imkânsızlaşmasında kusurlu ise, TBK.m.112 gereği alacaklının zararını tazminle yükümlü olup, kusursuz imkânsızlıkta böyle bir tazmin yükümlülüğü, TBK.m.136 gereği söz konusu değildir¹⁶⁶.

2. Temerrüt

Temerrüt, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış bir kavram değildir. Öğretide ise temerrüt, ifası mümkün (imkânsız olmayan) ve muaccel bir borcun, borca aykırı

¹⁶³ Eren, Genel, s. 1068.

¹⁶⁴ Oğuzman, C. 1, s. 449; Eren, Genel, s. 1086, 1092; Antalya, C. 3, s. 288.

¹⁶⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 853-854; Feyzioğlu, C. 2, s. 181.

¹⁶⁶ Oğuzman, C. 1, s. 449-450.

olarak geç ifa edilmesi, zamanında ifa edilmemesi şeklinde tanımlanmıştır¹⁶⁷. Burada borçlu, borçlandığı edimi zamanında yerine getirmeyerek ifayı geciktirip borca aykırı davranmış olmaktadır¹⁶⁸. İfa zamanının geçmesi, bazı hâllerde borcun ifası imkânını ortadan kaldıracaktır. Eğer, borç için belirlenen ifa zamanı, borcun ifasının gerçekleştirilebileceği mutlak/ tek bir zamanı ifade etmekteyse, söz konusu zamanın geçmesi durumunda borcun ifası imkânsızlaşmış olacaktır. Böyle bir durumda, temerrüt hükümleri değil, imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur. Keza, imkânsızlık temerrüdü engeller¹⁶⁹.

Temerrüt, her şeyden önce geçici bir durumu ifade etmektedir. Temerrüde düşmüş olan borçlu (mütemerrit), borçlandığı edimi daha sonra ifa edebilir ya da kesin olarak ifa etmeme durumuna girebilir¹⁷⁰. Temerrüde rağmen borcunu ifa etmemekte direnen borçlu, şartlar oluştuğunda borçlunun temerrüdü hükümleri uyarınca bazı sonuçlara katlanmak zorunda kalır.

Temerrüt, öncelikle ani edimli borçlarda söz konusu olur. Borçlunun borçlandığı edim sürekli bir borç ilişkisiyse, bu sürekli edimin zamanında ifa edilmemesi hâlinde temerrüt hükümlerine gidilip gidilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, sürekli borç ilişkisi kuran edimlerde, sözleşmede öngörülen sürede borç ifa edilmezse temerrüt değil, imkânsızlık söz konusu olur. Bunun sebebi olarak, sürekli borçların zaman yönünden devamlılık göstermesi ve bu zaman süreci içinde her an ifa edilmelerinin gerekmesi gösterilmektedir¹⁷¹. Ancak, bu görüşe göre, ifa zamanının tamamının geçmediği hâllerde, sürekli borçlarda da temerrüt söz konusu olabilir¹⁷². Diğer bir görüşe göre, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, sürekli edimlerde kararlaştırılan zamanda ifa edilmeyen kısmın, artık zaman geçtiğinden dolayı telafisi mümkün olmadığı gibi, ani edimlerde de aynı husus söz konusudur¹⁷³. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüt ile ilgili hükümlerinde ani borç/ sürekli

¹⁶⁷ Oğuzman, C. 1, s. 458; Eren, Genel, s. 1117; Feyzioğlu, C. 2, s. 229; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 911; Serozan, İfa, s. 216-217; Kılıçoğlu, s. 874; İnan/ Yücel, s. 18; Antalya, C. 3, s. 407; Akıncı, s. 229; Cansel/ Özel, s. 285; Kizir, Mahmut, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012, s. 25-26; Öztürk Kılıç, Gizem, Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2016, s. 21.

¹⁶⁸ Eren, Genel, s. 1117; Oğuzman, C. 1, s. 458; Cansel/ Özel, s. 285; Akıncı, s. 229.

¹⁶⁹ Oğuzman, C. 1, s. 458; Eren, Genel, s. 1117; Serozan, İfa, s. 217; Kizir, s. 33.

¹⁷⁰ Eren, Genel, s. 1117.

¹⁷¹ Serozan, İfa, s. 216.

¹⁷² Serozan, İfa, s. 216.

¹⁷³ Eren, bu duruma örnek olarak, satış sözleşmesine göre 25 Haziran'da teslim edilmesi gereken bir malın, kararlaştırılan tarihte teslim edilmemesi durumunda artık bu malın 25 Haziran'da teslim edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz., Eren, Genel, s. 1118.

borç şeklinde bir ayırım yapılmadığından bahisle, sürekli borçlarda da temerrüt hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür¹⁷⁴.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, ani edimli bir sözleşme olduğundan, temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkündür. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, edimin ifasının gecikmesi hâlinde borçlu temerrüdüne gidilebilmesi için bazı şartlar gerekmektedir. Bunlardan ilki, TBK.m.117/I'e göre, borcun muaccel olması ve alacaklının borçluya ihtarda bulunmasıdır. Kanun maddesindeki ifadede, borçlunun temerrüdü için yalnızca iki şart yeterliymiş gibi görünse de, temerrüdün şartları bunlarla sınırlı değildir. Öğretide, borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, borcun muaccel olması ve alacaklının borçluya ihtarda bulunmasının yanı sıra, borcun ifasının mümkün olması, alacaklının ifayı kabule hazır olması, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmaması ve ifa etmemenin borca aykırı bir davranış olarak görülmesi şartları da bu kapsama alınmaktadır¹⁷⁵.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, taraflardan birinin arabulucuya başvurmayarak temerrüde düşmüş sayılabilmesi için, edimin ifasının mümkün olması gerekir. Edimin ifasının sonradan imkânsız hâle gelmesiyle birlikte temerrütten söz edilemez¹⁷⁶. Örneğin, tarafların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmeye elverişli konulardan biriyle ilgili yaptıkları arabulucuya başvurma sözleşmesi, daha sonra yapılan kanun değişiklikleri nedeniyle, esas sözleşme konusunun arabuluculuğa elverişli olmayan bir konu hâline gelmesi durumunda, ifa imkânsızlığı gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, arabulucuya başvurma sözleşmesinin edimiyle ilgili imkânsızlık hükümlerine gidilecek, borçlunun temerrüdü söz konusu olmayacaktır.

Temerrüt ile ilgili şartlardan biri olan ihtar, alacaklının, borçluyu, borçlandığı edimi yerine getirmesi için uyarması, ifaya davet etmesidir¹⁷⁷. İhtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından borçlu veya ihtar kabule yetkili temsilcisine, varması gerekli açık bir irade beyanıyla yapılan ve borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuran hukuki işlem benzeri bir fiildir¹⁷⁸. İhtarın ne şekilde yapılması gerektiği Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Yaygın olan görüşe göre, ihtar herhangi bir şekilde, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir¹⁷⁹. Doğal olarak, ihtarın yazılı yapılması, hatta uygulamada genelde noter aracılığıyla yapılıyor olması,

¹⁷⁴ Eren, Genel, s. 1119.

¹⁷⁵ Oğuzman, C. 1, s. 459; Eren, Genel, s. 1119 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 911; Antalya, C. 3, s. 410; Kılıçoğlu, s. 875 vd.; Akıncı, s. 229; Cansel/ Özel, s. 286 vd.

¹⁷⁶ Eren, Genel, s. 1120.

¹⁷⁷ Eren, Genel, s. 1121; Cansel/ Özel, s. 288; Akıncı, s. 230; Antalya, C. 3, s. 414; Tandoğan, s. 471; Öztürk Kılıç, s. 54.

¹⁷⁸ Oğuzman, C. 1, s. 460-461; Eren, Genel, s. 1121; İnan/ Yücel, s. 618; Öztürk Kılıç, s. 56.

¹⁷⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 914; Oğuzman, C. 1, s. 462; Eren, Genel, s. 1122.

daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacağından tercih edilen şekil olmalıdır. Öğretide, ifa davası açmanın da ihtar yerine geçeceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Ancak, burada sözü edilen ifa davasının aynen ifa davası olması gerektiği, tazminat talebi veya sözleşmenin feshiyle ilgili bir davanın ihtar yerine geçmeyeceği de ifade edilmiştir¹⁸¹. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle ilgili olarak, taraflardan biri arabulucuya başvurmadan dava açarsa, diğer tarafın sözleşmeye dayanarak arabulucuya başvurulması hususunda aynen ifa davası açıp açamayacağı tartışılabilir. Öğretideki bir görüşe göre, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen sözleşmenin taraflarından birinin, diğerini arabuluculuk sürecine katılmaya zorlamak amacıyla dava açabilmesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde mümkün değildir¹⁸². Ancak, sözleşmenin ihlâlinden dolayı, TBK.m.112 hükümleri gereğince tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁸³.

Bazı hâllerde, borçluyu temerrüde düşürebilmek için ihtara gerek olmadığı konusunda düzenlenmiştir. Bu hâller, taraflarca borcun ifa edileceği günün açıkça kararlaştırılması, borcun vadesi belirlenmiş olmayıp muacceliyetin sözleşmenin taraflarından birinin yapacağı ihbara bağlı olması, borçlunun borç muaccel olmadan önce alacaklıya borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi (dürüstlük kuralına göre artık ihtar yapılmasının gereksiz olduğunun anlaşılması), borcun haksız fiil veya sebepsiz

¹⁸⁰ **Eren**, Genel, s. 1122; **Oğuzman**, C. 1, s. 461; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 915. Alman Hukuku'nda, ifa davası açmanın ihtar yerine geçeceği, ikisinin aynı anlama geldiğiyle ilgili BGB § 286'da açık bir kanunî düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca, icra takibi başlatılması veya tüketici hakem heyetine başvurulmasının da ihtar yerine geçeceği ifade edilmektedir. Bkz., **Nomer**, s. 365.

¹⁸¹ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 915-916.

¹⁸² **Erdoğan**, Ersin/ **Erzurumlu**, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016, s. 13.

¹⁸³ Öğretide, yapma borçlarının ifasında, aynen ifa davası açılarak borçlunun ifaya zorlanıp zorlanmayacağı tartışılmıştır. Fransız Medenî Kanunu 1142. maddede, "herhangi bir yapma borcu veya yapmama borcu, borçlu tarafından ifa edilmediğinde, zarar ve ziyana dönüşür." şeklinde bir düzenleme ile açıkça, yapma borçlarında aynen ifaya zorlamanın mümkün olmadığı ancak, borçlu tarafından ifa edilmeyen edim yerine tazminat yükümlülüğünün olduğu ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenleme olmasa da, yapma borçlarının niteliği gereği zorla ifasının istenemeyeceği, bunun yerine borçludan tazminat talep edileceği kabul edilebilir. Bkz., **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 654. Yapma borçlarının icrası ile ilgili bkz., **Erdoğan**, Ersin, Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2017, s. 145-175. Ayrıca burada, yapma veya yapmama borçlarına aykırı davranış nedeniyle açılan davalardan alınan hükümlerin icrasıyla ilgili uygulanan İİK.m.30 ve İİK.m.343 hükümleri, arabulucuya başvurma sözleşmesi bakımından uygulanmamalıdır. Zira, İİK.m.343, borçlunun aynen ifayı içeren mahkeme ilâmına aykırı hareket edip borcu ifa etmemesi hâlinde, şikâyet üzerine üç aya kadar tazyik hapsine karar verileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması, arabulucuya başvurma sözleşmesi açısından anlamsız ve rahatsız edici nitelikte olacaktır. Çünkü, arabulucuya başvurmak istemeyen taraf, tamamen iradilik ilkesine göre yürütülen arabuluculuk faaliyetine katılmaya zorlanırsa, buradan uzlaşmaya yönelik bir sonuç çıkmayacağı açıktır. Bu sebeple, formalite şeklinde olacak bir arabulucuya başvuru için tarafı gereksiz yere tazyik hapsiyle zorlamak uygun görünmemektedir.

zenginleşmeden doğmuş olması (sebepsiz zenginleşen iyiniyetliyse ihtar verilmesi şartı devam etmektedir) ve TTK.m.1530'da sayılan bazı özel ihtarsız temerrüt hâlleridir¹⁸⁴.

Temerrüdün şartlarından bir diğeri de alacaklının, edimi kabule hazır olmasının gerekmesidir. Alacaklı, edimi kabule hazır olmadığına, kendisine sunulan ifayı kabulden kaçındığında alacaklı temerrüdü gündeme gelecektir. Alacaklı temerrüdünün bulunduğu hâlde ise, borçlu temerrüdü gerçekleşmeyecektir¹⁸⁵. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, bir verme edimi söz konusu değildir. Taraflar, sözleşme gereğince birbirlerine herhangi bir şey vermek zorunda olmadıklarından, alacaklının edimi kabule hazır olmasından da maddî anlamda söz edilemez. Ancak, bu sözleşmede de ifa edilmesi gereken bir yapma edimi söz konusu olduğundan, taraflardan biri arabulucuya başvurma için fiilen harekete geçilmesi anlamında bir teklifte bulunduğu, diğer tarafın da temerrüde düşmemek için bu teklifi kabul ederek sözleşmenin amacına hizmet edecek şekilde, uyuşmazlığın çözümü hedeflenerek arabulucuya başvurulması gerekir.

Borçlunun temerrüdü için gereken bir diğer şart da, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmamasıdır. Borçlu TBK.m.97 ve 98'e göre, borçlanmış olduğu edimi ifadan kaçınma hakkını elde edebiliyorsa, temerrütten söz edilemez¹⁸⁶.

Temerrüdün şartlarıyla ilgili son olarak, ifa etmeme durumunun, borca aykırı bir davranış meydana getirmesi gerektiği belirtilebilir. Zira, borcun muaccel olması, ifanın borçlu tarafından derhâl yerine getirilmesi yükümlülüğü anlamına gelmemektedir¹⁸⁷. Borçlu için bu yükümlülük, alacaklı tarafından talep edilmesi hâlinde doğar. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, taraflardan birinin arabulucuya başvurduğunu diğer tarafa bildirmesiyle beraber, sözleşmenin diğer tarafı için de borcunu yerine getirme, yani arabulucuya başvurma yükümlülüğü doğar.

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusur gerekli olan bir şart değildir¹⁸⁸. Türk Borçlar Kanunu, bu açıdan objektif temerrüt teorisini kabul etmiştir¹⁸⁹. Temerrüt

¹⁸⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 916 vd.; Oğuzman, C. 1, s. 463 vd.; Eren, Genel, s. 1125; Antalya, C. 3, s. 422 vd.; Akıncı, s. 231; Cansel/ Özel, s. 290 vd. Burada sayılan temerrüt için ihtara gerek olmayan hâllerin bir kısmı TBK.m.117/II'de, bir kısmı TTK.m.1530'da düzenlenmiş olup bir kısmı da öğretide genel kurallardan çıkarım yapılarak tespit edilmiştir.

¹⁸⁵ Tandoğan, s. 479; Eren, Genel, s. 1125; Oğuzman, C. 1, s. 470; Akıncı, Şahin, Alacaklının Temerrüdü, SÜHFD. C. 7, S. 1-2, 1999, s. 97-113, s. 108; Antalya, C. 3, s. 429; Öztürk Kılıç, s. 40.

¹⁸⁶ Eren, Genel, s. 1125.

¹⁸⁷ Eren, Genel, s. 1125; Antalya, C. 3, s. 412; Tandoğan, s. 470; Cansel/ Özel, s. 286; Akıncı, s. 229.

¹⁸⁸ Alman Hukuku'nda ise, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz., Eren, Genel, s. 1126; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 919; Oğuz-

konusunda kusurun etkisi, daha çok bu kurumun sonuçlarıyla ilgilidir. Temerrüde düşen borçlu, aynı zamanda kusurlu ise, alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olur. Temerrüt nedeniyle beklenmedik hâlden dolayı sorumluluk için yine borçlunun kusuruna ihtiyaç vardır¹⁹⁰.

Borçlu temerrüdünün sonuçları, genel ve özel sonuçlar olarak ikili şekilde incelenmektedir. Temerrüdün genel sonuçları her türlü borç ilişkisinde mevcut olurken, özel sonuçlar, TBK.m.123-125'e göre sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde meydana gelir. Temerrüdün genel sonuçları, borçlunun gecikme tazminatı ödemesi ve temerrüt sonrası beklenmedik hâlden doğacak zararlardan sorumlu olmasıdır. Bu iki husus da, temerrüdün genel sonuçları olduğundan, arabulucuya başvurma sözleşmesinde de uygulanması düşünülebilir.

TBK.m.118, temerrüdün ilk genel sonucu olarak, gecikme tazminatını düzenlemektedir. Buna göre, borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermek zorundadır (TBK.m.118). Alacaklı, borçlu temerrüdünün varlığına rağmen, hem aynen ifayı talep edebilir hem de ifanın gecikmesi nedeniyle bir zarara uğramışsa, bu zararının giderilmesini isteyebilir. Kanunda ifa ile beraber gecikme tazminatının istenmesini engelleyen bir hüküm yoktur. Ancak, alacaklı, aynen ifadan vazgeçip sadece gecikme tazminatını isteyemez¹⁹¹.

Temerrüt nedeniyle gecikme tazminatı istenebilmesi için:

- Borçlu ifada gecikmiş olmalı,
- Geç ifadan bir zarar doğmuş olmalı,
- Zarar ile geç ifa arasında uygun illiyet bağı olmalı,
- Zarar, borçlunun kusurlu davranışından doğmuş olmalıdır¹⁹².

Bu şartlar sağlanıyorsa, alacaklı tarafından, borçludan aynen ifanın yanında gecikme tazminatı da istenebilecektir. Alacaklı, gecikme tazminatının varlığını ve mik-

man, C. 1, s. 470; Serozan, İfa, s. 218; Antalya, C. 3, s. 410; Tunçomağ, s. 502; Kılıçoğlu, s. 884; İnan/ Yücel, s. 620; Öztürk Kılıç, s. 78.

¹⁸⁹ Objektif temerrüt teorisine göre temerrüt durumu, borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durumdur. Bkz., Eren, Genel, s. 1126; Tunçomağ, s. 502.

¹⁹⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 919; Eren, Genel, s. 1126.; İnan/ Yücel, s. 621; Akıncı, s. 234; Cansel/ Özel, s. 296; Kizir, s. 70 vd.

¹⁹¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 920; Eren, Genel, s. 1130; Oğuzman, C. 1, s. 488; Akıncı, s. 233; Serozan, İfa, s. 221; Cansel/ Özel, s. 295; Kizir, s. 33-34; Öztürk Kılıç, s. 82. Bu imkân, sadece iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur (TBK.m.125).

¹⁹² Eren, Genel, s. 1130 vd.; Tunçomağ, s. 507.

tarını ispatlamakla yükümlüdür¹⁹³. Gecikme zararı, borçlunun borçlanmış olduğu edimi zamanında ifa etmesi ile alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile söz konusu ifanın geç yapılmış olmasından dolayı hâli hazırda arz ettiği durum arasındaki farktan ibarettir. Dolayısıyla, hukukî nitelik olarak gecikme zararının müspet (olumlu) bir zarar olduğu söylenebilir¹⁹⁴. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de temerrüde düşmemiş olan taraf, arabulucuya başvurulmadığından dolayı oluşmuş bir zararı varsa, şartları sağladığı sürece borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak gecikme tazminatı talep edebilecektir. Burada, ilgili hükümler, arabulucuya başvurma sözleşmesinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Zira, kendine özgü bir sözleşme olan arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen diğer sözleşme tiplerinin edimlerinden farklılık arz ettiğinden, genel hükümlerin bu sözleşmeye uygulanmasında da edimlerin tarzı ve yapısına uygun olduğu ölçüde tatbikat sağlanmalıdır.

Borçlunun temerrüde düşmesinin bir diğer genel sonucu beklenmedik hâlden (kazadan) sorumluluktur. TBK.m.119'da düzenlenen bu sorumluluğa göre, temerrüde kusuruyla düşen borçlu, temerrüt nedeniyle edim konusunun beklenmedik hâlden dolayı yok olması veya kötüleşmesinden sorumludur¹⁹⁵. Buradaki beklenmedik hâl deyimi, geniş anlamda anlaşılmalı ve mücbir sebebi de kapsamalıdır¹⁹⁶. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde taraflardan birinin temerrüde düşmesiyle beraber, beklenmedik hâlden sorumluluğun söz konusu olup olamayacağı düşünüldüğünde, olumsuz bir sonuca ulaşılmaktadır. Zira, arabulucuya başvurma sözleşmesinin konusu, maddî bir verme fiili, yok olmaya veya zarara uğramaya elverişli bir nesne, bir eşya değildir. Bu durumda, arabulucuya başvurma sözleşmesinde beklenmedik hâlden sorumluluğun söz konusu olması mümkün görünmemektedir.

Yine, borçlu temerrüdünde para borçlarından sorumlulukta da TBK.m.120, temerrüt faizini düzenlemektedir. Temerrüt faizi, borçlu temerrüdünde para borçları söz konusu olduğunda gecikme tazminatını karşılamak ve tazminatın alt sınırını oluşturmak üzere ödenmesi gereken faizdir¹⁹⁷. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin konusu bir para borcunu içermediğinden, borçlu temerrüdünde karşılaşılan para borç-

¹⁹³ **Antalya**, C. 3, s. 435; **Eren**, Genel, s. 1132. Borçlu ise, gecikme tazminatını ödememek için, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlamakla yükümlüdür (TBK.m.118).

¹⁹⁴ **Eren**, Genel, s. 1131-1132; **Tunçomağ**, s. 507; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 925. Karşı bir görüş için bkz., **Antalya**, C. 3, s. 433.

¹⁹⁵ **Tandoğan**, s. 483; **Eren**, Genel, s. 1133; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 488; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 926; **Tunçomağ**, s. 509; **Akıncı**, s. 233; **Cansel/ Özel**, s. 296.

¹⁹⁶ **Eren**, Genel, s. 1133; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 489; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 926; **Tunçomağ**, s. 509; **Akıncı**, s. 233; **Cansel/ Özel**, s. 296.

¹⁹⁷ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 491; **Eren**, Genel, s. 1134; **Tandoğan**, s. 484-485; **Cansel/ Özel**, s. 297; **Akıncı**, s. 234; **Antalya**, C. 3, s. 445; **Kizir**, s. 29.

larıyla ilgili temerrüt faizi hükmünün uygulamasıyla burada karşılaşmak mümkün değildir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, borçlu temerrüdünün özel sonuçlarını düzenleyen TBK.123-126 hükümleri burada uygulama alanı bulabilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde taraflar, birbirlerine karşı, uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabulucuya başvurmak konusundaki yükümlülüğünü ihlâl ederek zamanında yerine getirmediklerinde, borçlu temerrüdünün özel sonuçları gündeme gelecektir. TBK.m.123'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde, diğer taraf, borcun ifası için uygun bir süre verebilir ya da süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Borçluya ek süre verilmesi, alacaklı tarafından borçlunun belirli bir tarihe kadar borcunu ifaya davet eden bir irade beyanıdır. Böylece, borçluya, temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için son bir imkân tanınmaktadır¹⁹⁸. Borçluya süre verilmesi, herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, süre verilmesi hâkimden istenecekse, bunun yetkili hâkimden istenmesi gerekir¹⁹⁹. Ek süre, edimin ifası için uygun bir süre olmalıdır. Dolayısıyla, edimin konusu ne ise, verilecek süre de ona göre belirlenecektir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin edimi bir yapma borcu teşkil ettiğinden ve ortaya eser sözleşmesinde olduğu gibi bir maddî sonuç ortaya koyma durumu olmadığından, edimin ifası için verilecek sürenin uzun tutulmasına gerek yoktur²⁰⁰. Süre verilmesinin hukukî niteliği, ihtarda olduğu gibi, borçluya varması gerekli, hukukî işlem benzeri bir fiil, bir irade açıklamasıdır²⁰¹.

TBK.m.124'te, alacaklı tarafından borçluya süre verilmesinin gerekmediği hâller düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun tutum veya davranışından süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılması, borçlunun temerrüdü nedeniyle borcun ifa edilmesinin alacaklı açısından faydasız hâle gelmesi ya da ortada kesin vadeli bir işlem bulunması durumunda, alacaklı tarafından borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur (TBK.m.124). Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, taraflardan biri, uyuşmazlığı arabulucuya başvurarak çözme gibi bir amacı olmadığını karşı tarafa belli eden hareketlerde bulunmuşsa veya uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurmuşsa, artık bu sözleşmenin ifası için ek süre verilmesine de gerek kalmamaktadır.

¹⁹⁸ Eren, Genel, s. 1138; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 506; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 946; Tunçomağ, s. 513.

¹⁹⁹ Eren, Genel, s. 1139; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 508; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 948; Tunçomağ, s. 513.

²⁰⁰ Verilecek süre, “vakit geçirmeksizin”, “derhâl”, “uygun bir süre içinde” gibi ifadeler içeriyorsa, öğretide bunun uygun bir ek süre olduğu kabul edilmemekte, böyle bir beyan geçersiz sayılmaktadır. Bkz., Eren, Genel, s. 1140; Tunçomağ, s. 513.

²⁰¹ Eren, Genel, s. 1140; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 506; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 946.

Alacaklı tarafından borçluya tanınan ek süre içinde de edim ifa edilmezse, alacaklı, TBK.m.125'te kendisine tanınan seçimlik haklardan birini seçebilir. Buna göre alacaklı; aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhâl bildirerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı talep etme (müspet zararın tazmini) ya da sözleşmeden dönerek uğradığı menfî zararın tazminini talep etme haklarına sahiptir. Burada alacaklıya tanınan seçimlik haklar, hukukî nitelik olarak yenilik doğuran haklardır²⁰². Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesinde temerrüde düşmüş olan tarafa karşı diğer taraf, seçim hakkını tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Alacaklının, sahip olduğu seçim hakkını “derhâl” kullanması gerekmektedir. Aksi hâlde, aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebilecek, diğer seçimlik haklarından birini kullanamayacaktır. Öğretide “derhâl” ile anlatılmak istenenin ise, beyanın hâl ve şartlara göre vakit geçirilmeksizin yapılması olduğu ifade edilmiştir²⁰³.

Alacaklı, aynen ifa ve gecikme tazminatını istemeyip, borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı (müspet zarar) talep etmek istiyorsa bunu hemen borçluya bildirmelidir. Böylece, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam edip sözleşmenin içeriği değişmekte, sözleşmenin konusu olan aslî edim yükümlülüğü yerine tazminat ödeme yükümlülüğü geçmektedir²⁰⁴. Borçlu tarafından, eğer kusurlu ise ödenmesi gereken bu tazminat, alacaklının borçlanılan edimin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı müspet zarara yöneliktir. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatini gösterir. Sözleşme zamanında ifa edilseydi, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırdaki durumu arasındaki fark müspet zarardır²⁰⁵. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, taraflardan biri arabulucuya başvurmayarak uyuşmazlığın çözümünü geciktirmiş ya da daha fazla masraflı bir yol olarak yargı yoluna gitmişse, bundan dolayı diğer tarafın uğradığı zararı gidermek zorundadır.

Alacaklının, TBK.m.125'e göre sahip olduğu seçimlik haklardan bir diğeri de sözleşmeden dönme ve bu sebeple yani sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın (menfî zarar) tazminini talep etmektir. Sözleşmeden dönme genellikle, edimin ifasının alacaklı için faydasız bir hâl aldığı durumlarda veya borçludan tazminat istenmesi hâlinde yerine getirip getirmeyeceği şüpheli ise gidilen bir yoldur. Sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklı hangi ekono-

²⁰² Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 511; Eren, Genel, s. 1143; Kılıçoğlu, s. 927.

²⁰³ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 511; Eren, Genel, s. 1144; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 958; Kılıçoğlu, s. 928.

²⁰⁴ Tazminat ödeme yükümlülüğü, nitelik olarak ikincil (talî) bir edim yükümlülüğüdür. Bkz., Eren, Genel, s. 1145; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 513; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962; Tunçomağ, s. 520; Kizir, s. 173 vd.; Öztürk Kılıç, s. 120.

²⁰⁵ Tandoğan, s. 426; Eren, Genel, s. 1145; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 513; Kılıçoğlu, s. 930.

mik durumda olacak idiyse, o durumu sağlamaktır²⁰⁶. Sözleşmeden dönmenin niteliği, klasik görüşe göre bozucu yenilik doğuran bir hak, yeni dönme görüşüne göre ise değiştirici yenilik doğuran bir haktır²⁰⁷.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, taraflardan biri temerrüde düşerse (örneğin, arabulucuya başvurmak için bir tarih belirlenip de başvuru yapılmazsa) bundan dolayı zarara uğrayan taraf, şartları oluşmuşsa sözleşmeden dönerek olumsuz (menfi) zararını talep edebilir. Olumsuz (menfi) zarar, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarardır. Olumsuz zarara, “güvenden doğan zarar” da denilmektedir²⁰⁸. Arabulucuya başvurma sözleşmesi yapılmamış olsaydı, taraflardan biri veya her ikisi, uyuşmazlığın çözümü için doğrudan mahkemeye giderek taleplerde bulunabileceklerdi. Arabulucuya başvurulmadan dava açılması nedeniyle zarara uğrayan taraf, sözleşmeyi feshettiği takdirde, bu sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda bulunacak idiyse, o duruma getirilmesi için olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde karşılaşılabilecek olan olumsuz zararlar, arabulucunun başka bir şehirde olduğu hâllerde yonteme başvuru için yapılan yol masrafı, sözleşmenin diğer tarafına arabulucuya başvurma için noterden çekilen ihtar masrafı ya da uyuşmazlığın çözümünün arabulucuda değil de mahkemede çözülmesi sebebiyle uzayan süreçte belli zararlara uğranmasıdır. Ancak, mahkemede uyuşmazlığın çözümü sürecinde bir zarara uğranması hâlinde arabulucuya başvurulmaması ve uğranılan zarar arasında illiyet bağının kurulması ayrı bir önem arz etmektedir. Bu son hâlde, uğranılan zararın ispat oldukça zor olacaktır. Dolayısıyla, böyle bir hâlde, arabulucuya başvurulmadan dava açılırsa sözleşmeye bir ceza koşulu konması daha etkili sonuç alınmasını sağlayacaktır.

²⁰⁶ Tandoğan, s. 427; Eren, Genel, s. 1148; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 964; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 516; Tunçomağ, s. 521.

²⁰⁷ *Klasik dönme görüşü*, dönme bildiriminin, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren (ex tunc) ortadan kaldırdığını kabul ederken, yeni dönme görüşü, dönme işleminin ne geçmişe ne de geleceğe etkili olarak borcu ortadan kaldıracağını kabul etmektedir. *Yeni dönme görüşüne* göre, dönme bildirimiyle sözleşme ortadan kalkmamakta, sadece taraflar arasında sözleşmeye dayanan yeni bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Dönmeyle ilgili öğretilerdeki bir diğer görüş ise, Alman hukukçuları tarafından ortaya atılan *yasal borç ilişkisi teorisi* ise, sözleşmeden dönmeyle birlikte borç ilişkisi ortadan kalkar fakat bu durum sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hükümsüz olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, tarafların vaktiyle yerine getirdikleri edimler de sebepten yoksun kalmaktadır. Böylece, taraflar arasında tasfiyeye yönelik “yasal bir borç ilişkisi” meydana gelmektedir. Bu teori, Alman Hukuku’nda mevcut olan bazı özel düzenlemeler sebebiyle, ihtiyaçtan dolayı ortaya atılmış bir teoridir. Türk ve İsviçre Hukukları’nda, bu teoriye gerek duyulmamakta, tartışmalar daha çok dönmenin klasik görüşe göre mi yoksa yeni dönme görüşüne göre mi değerlendirilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bkz., Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 517 vd.; Eren, Genel, s. 1148 vd.; Tunçomağ, s. 521; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962 vd.

²⁰⁸ Eren, Genel, s. 1152; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 524; Tandoğan, s. 427; Kılıçoğlu, s. 930-931.

B) BORCUN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ

1. Genel Olarak

Borca aykırılığın bir diğer yönünü oluşturan borcun gereği gibi ifa edilmemesi, imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan borcun ihlâli hâlleridir. Gereği gibi ifa, borçlanılan edimin, borca uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Tam ve doğru bir ifa için, borçlanılan edimin bütün unsurlarıyla (modaliteleriyle) birlikte yerine getirilmesi gerekmektedir²⁰⁹. Gereği gibi ifa etmeme, geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, borçlanılan edimin taraflar, yer, zaman ve miktar ya da nitelik gibi unsurlarından birine uygun olarak yerine getirilmemesidir. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ise, borçlanılan edimin niteliklerine uymaması hâlinde ve borçlunun yan yükümlülüklerini ihlâl etmesi hâlinde söz konusu olur²¹⁰.

Gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlâlini içermektedir. Kötü ifa (Schlechterfüllung), borç ilişkisinde nitelikleri belirlenen edimin, bu niteliklerine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesidir. Diğer bir deyişle kötü ifa, edimin nitelik olarak ayıplı, eksik ve kötü olmasıdır²¹¹. Kötü ifa, maddî edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde, borçlanılan edimin yerine başka bir malın ifa edilmesi hâlinde (yanlış ifa/ aliud pro alio) farklıdır. Kötü ifa, imkânsızlıktan da farklıdır zira, kötü ifada bir ifa veya ifa teşebbüsü bulunmaktadır. Fakat ifa, borçlanılan edimin niteliklerine uymamakta, tam ve gereği gibi bir ifa olmaktan uzaktır²¹².

²⁰⁹ **Eren**, Genel, s. 1072; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 472; **Kılıçoğlu**, s. 857. Gereği gibi ifa için, ifanın tarafları, yeri, zamanı ve konusunun borçlanılan edime uygun olması gerekir. “Gereği gibi ifa etmeme” kavramı, Türk ve İsviçre hukuklarında, kanunî düzenlemelerde açıkça yer aldığından, bu şekilde adlandırılmasında sakınca bulunmamaktadır. Ancak, öğretilerdeki kimi görüşler, “gereği gibi ifa etmeme” kavramı yerine “sözleşmenin müspet ihlâli (die positiven Vertragsverletzungen)” kavramını tercih etmektedirler. Sözleşmenin müspet ihlâli kavramı, Alman hukuk öğretisinde bir zorunluluktan dolayı ortaya atılmıştır. Zira, BGB’de temerrüt ve imkânsızlık hâlleri düzenlenmiş ancak gereği gibi ifa etmeme durumuna yer verilmemiştir. Kanundaki bu eksiklik, öğretiden tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Türk ve İsviçre Hukuku’nda böyle bir kavrama gerek kalmamaktadır. Çünkü, TBK.m.112’de açık bir şekilde, “...borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi” ifadesi kullanılarak, gereği gibi ifa etmeme durumları kanun tarafından öngörülmüş olmaktadır. Ayrıca, öğretilerde, sözleşmenin müspet ihlâli kavramı, ihlâlin her zaman olumlu bir davranışla değil, olumsuz bir davranışla da gerçekleşmesi mümkün olduğundan eleştirilmiştir. Bkz., **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 474; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 973; **Serozan**, İfa, s. 246 vd.; **Aral**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 76 vd.; **Cansel/ Özel**, s. 305; **Serozan**, Rona, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukeyeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129, s. 111 vd.

²¹⁰ **Aral**, s. 75; **Eren**, Genel, s. 1072; **Cansel/ Özel**, s. 303; **Akıncı**, s. 241-242.

²¹¹ **Eren**, Genel, s. 1074; **Aral**, s. 92; **Antalya**, C. 3, s. 389; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 474; **Cansel/ Özel**, s. 313; **Akıncı**, s. 241.

²¹² **Eren**, Genel, s. 1074; **Antalya**, C. 3, s. 389; **Cansel/ Özel**, s. 305.

Kötü ifa, verme ve yapma edimlerinde söz konusu olabilmektedirken, yapmama edimlerinde kötü ifadan bahsetmek mümkün değildir. Yapmama edimlerinde kural olarak sadece imkânsızlık söz konusu olabilir. Yapma edimlerinde ise, edimin konusu bir işgörme olduğundan ifanın niteliği, gösterilen özene, harcanan çabaya göre belirlenir. Sürekli edimli sözleşmelerde ise, gereği gibi ifa etmeme durumu, sözleşmenin diğer tarafına haklı sebeple fesih imkânı verir²¹³. Arabulucuya başvurma sözleşmesi de, yapma edimi içerdiğinden kötü ifaya konu olabilir. Ancak, bu sözleşmenin aslî ediminin arabulucuya başvurmak olduğu düşünüldüğünde, kötü ifanın nasıl gerçekleşebileceği sorusu akla gelir. Böyle bir durumda, kötü ifada bulunan tarafın, sözleşmenin diğer tarafına karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira, kötü ifa hâlinde genellikle alacaklı iki çeşit zarara uğrar. Alacaklının ilk ve doğal zararı, ifa menfaatine ilişkin olan olumlu (müspet) zararıdır. Diğer zararı ise, edimin ayıplı ifası sebebiyle mal ve şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan ek zarardır. Bu ek zararlara eşlik eden (refakat eden zarar/ *Begleitschaden*) veya izleyen (müteakip zarar/ *Folgeschaden*) adı verilmektedir²¹⁴.

Yan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde de gereği gibi ifa etmemeden bahsedilir. Bilindiği üzere, yan yükümlülükler, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. İfaya yardımcı olan yan yükümlülükler, sözleşmenin konusu olan aslî edimin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eder. Hazırlama ve sağlama yükümlülükleri ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin başında gelmektedir. Bu yükümlülüklerin önemi, edim sonucunun borçlanıldığı sözleşmelerde ortaya çıkar²¹⁵. Arabulucuya başvurma sözleşmesi edim sonucunu hedefleyen bir sözleşme olmadığından, burada söz konusu yükümlülüklerin etkisi bulunmamaktadır. Ancak, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin en önemlilerinden olan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü, arabulucuya başvurma sözleşmesinde de etkisini gösterir. Tarafların uzlaşmasını, uyuşmazlıkla ilgili kendi çözümlerini bulmalarını amaçlayan bu sözleşmede, tarafların birbirlerine karşı iyiniyetli ve samimi olmaları gerekmekte, taraflar birbirlerini, öğrenilmesi gereken konularda aydınlatma ve bilgi verme yükümlülükleri nedeniyle uyarmak durumundadırlar.

Koruyucu yükümlülükler ise, ifa fiili sebebiyle veya ifa dolayısıyla alacaklının mal veya şahısvarlığı değerleriyle ilgili bir zarara uğramasını önlemeye çalışır. Kaynağını TMK.m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralından alan bu koruyucu yükümlülükler, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet eder. Alacaklının edim menfaati dışındaki bu menfaatleri, alacaklının aynı

²¹³ Eren, Genel, s. 1075; Aral, s. 195; Antalya, C. 3, s. 389.

²¹⁴ Eren, Genel, s. 1075.

²¹⁵ Eren, Genel, s. 1075; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 4-5; Aral, s. 118.

hakları, kişilik hakkı vb. gibi mutlak haklardır²¹⁶. Koruma yükümlülükleri, tarafların sosyal temasıyla başlar, sözleşme müzakereleri boyunca devam eder, sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar sürdüğü gibi bazı hâllerde ifadan sonra da varlığını devam ettirir. Esasen haksız fiil teşkil eden koruma yükümlülüklerinin ihlâli, sözleşme ilişkisinin taraflar arasında kurduğu güven ilişkisi ve özel bağlantı (Sonderverbindung) sebebiyle sözleşme ilişkisi içinde değerlendirilmiştir. Böylece, alacaklı, haksız fiil hukukunun elverişsiz hükümlerinden ziyade sözleşme hukukunun daha avantajlı olan hükümlerine dayanabilecektir²¹⁷. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de arabulucuya başvurma edimi ifa edilirken diğer tarafın mutlak haklarına zarar geldiyse, zarar veren tarafın, bu fiilinden dolayı sözleşmesel sorumluluğu bulunmaktadır.

2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları (Akdî Sorumluluk)

TBK.m.112'ye dayanan sözleşmesel sorumluluğun şartları; borçlunun borca aykırı bir davranışı (sözleşmenin ihlâli), zarar, ihlâl ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurun bulunmasıdır.

a) Borca Aykırı Bir Davranışın Varlığı

Kişilerin yaptıkları sözleşmelerden sorumluluklarının doğabilmesi için, öncelikle aralarında geçerli bir hukukî ilişki doğuran sözleşmenin mevcut olması gerekir. Geçerli bir sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurabileceğinden, ancak böyle bir sözleşmenin borca aykırı bir davranışla ihlâl edilmesi söz konusu olur. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık hususu, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa karşılık gelir²¹⁸. Borçlunun, borca aykırı davranışı olumlu bir davranışla bir yapma fiili olabileceği gibi, pasif bir davranış şeklinde, bir yapmama fiili de olabilir²¹⁹. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, borca aykırı davranış, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmamak şeklinde yapmama temeline dayanan bir davranış biçimi olabilir.

b) Bir Zararın Doğmuş Olması

Zarar, borçlar hukukunda tazminatın, sorumluluğun en temel şartlarından biridir. Alacaklının/ zarar görenin, tazminat isteminin sonucu, ortaya çıkan zarar kadar olabilmektedir. Zarar, zarar görenin iradesi dışında, onun hukukça korunan değerle-

²¹⁶ Eren, Genel, s. 1077; Aral, s. 174; Antalya, C. 3, s. 398.

²¹⁷ Eren, Genel, s. 1077.

²¹⁸ Eren, Genel, s. 1078; Kılıçoğlu, s. 823.

²¹⁹ Eren, Genel, s. 1078; Kılıçoğlu, s. 823.

rinde ortaya çıkan azalmazdır²²⁰. Zarar, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde ifade edilebilir. Geniş anlamda zarar, maddî ve manevî zararı kapsarken; dar anlamda zarar gerçek zararı oluşturmakta olup, sadece maddî zararı kapsar²²¹. Maddî zarar, alacaklının malvarlığının mevcut durumuyla sözleşmenin ihlâli olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır²²². Maddî zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılır. Fiilî zarar, malvarlığının aktif kısmındaki azalma yahut pasif kısmındaki (borçlardaki) artma olarak gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise, sözleşme ihlâl edilmese yani borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artıştır²²³.

Maddî zararın kapsamına, her şeyden önce, ifa edilmeyen edimin değeri girer. Bu zararın oluşabilmesi için, edimin ifasının imkânsız hâle gelmiş olması gerekir. Zira, edimin ifası imkânı hâlen mevcut ise, alacaklı aynen ifayı talep hakkına sahip olduğundan, malvarlığında bu anlamda bir zarar meydana gelmemiştir²²⁴. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, aslî edim bir malın verilmesi, teslim edilmesi şeklinde olmadığından ifa edilmeyen edimin değeri şeklinde bir maddî zarara rastlanmaz. Ancak, maddî zararın bir diğer görünüm şekli olan gider zararı, arabulucuya başvurma sözleşmesinde de görülebilir. Söz gelimi, arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifası için, arabulucuya başvurmayan tarafa noter aracılığıyla çekilen bir ihtar, maddî zararın yapılan harcamalar/ giderler kalemine girecektir. Arabulucuya başvurulmayarak dava açılması hâlinde yapılacak dava giderleri de maddî zarar kapsamında değerlendirilebilir.

Manevî zarar ise, malvarlığındaki bir azalma değil, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle alacaklının duyduğu cismanî ve manevî acı, ızdırıp ve elemi, buna bağlı olarak yaşama sevincinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir²²⁵. Manevî zararın tazmininin sözleşmesel ilişkilere de uygulanabilmesi esasen TBK.m.114/II atfina dayanır. Bu maddeye göre, haksız fiille ilgili düzenlemeler, sözleşmeye aykırı-

²²⁰ **Tunçomağ**, s. 265; **von Tuhr/ Edege**, s. 76; **Eren**, Genel, s. 1078; **Cansel/ Özel**, s. 317; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 384; **Antalya**, C. 3, s. 320; **Tunçomağ**, s. 266.

²²¹ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 547-548; **Cansel/ Özel**, s. 317; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 384.

²²² **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 855; **Cansel/ Özel**, s. 317; **Eren**, Genel, s. 1080.

²²³ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 856; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 390-391; **Eren**, Genel, s. 1079; **Tunçomağ**, s. 266.

²²⁴ **Eren**, Genel, s. 1081.

²²⁵ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 391; **Antalya**, C. 3, s. 320; **Gürsoy**, Kemal Tahir, Manevî Zarar ve Tazmini, AÜHFD., C.30, S. 1, 1973, s. 7-56, s. 8.

lıktan doğan hâllere de kıyasen uygulanacaktır. Manevî zararın tazmininin de bu kapsamda olması, öğretide kabul edilmektedir²²⁶.

Sözleşmenin ihlâli nedeniyle borçlunun sorumluluğunda önemli bir zarar ayrımı da müspet-menfî zarar ayrımıdır. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir şekilde yapılan ifaya ilişkin menfaati olan, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmesinden doğan bir zarardır²²⁷. Müspet zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olarak ikiye ayrılır. Menfî zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından kaynaklanan zarardır. Burada, alacaklı, sözleşmenin kurulmasına ve geçerli olmasına güvenerek bu güveninin boşa çıkmasından ötürü zarara uğramaktadır. Alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki fark menfî zarardır. Bir diğer deyişle, alacaklının sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate karşılık gelen zarar menfî zarardır²²⁸. Menfî zararlar, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler veya alacaklının, borçlu tarafından yapılacak ifayı kabul için yaptığı giderlerdir. Bunlardan, arabulucuya başvurma sözleşmesinde karşılaşılabilecek olan, sözleşmenin kurulması için yapılan giderlerdir. Örneğin, arabulucuya başvurma sözleşmesiyle başvurulacak arabulucunun başka bir şehirde olması nedeniyle yapılan yol masrafı, sözleşmenin diğer tarafına arabulucuya başvurusu için noterden çekilen ihtar gibi masraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesiyle ilgili giderlerdendir.

c) Borçlunun Kusurlu Olması

Sorumluluk hukukunda temel ilke kusur sorumluluğudur. Sözleşmeden doğan sorumlulukta da, zarara kural olarak borçlu katlanmaktadır (casum sentit dominus). TBK.m.114'e göre, borçlu her türlü kusurdan sorumludur. Sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru, borçlunun kusuru olmaktadır²²⁹. Kusur, borca aykırı sonucun tasarlanarak veya bu sonucun meydana gelmesini önlemek için gerekli özen gösterilmeyerek, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminde bulunulmasıdır²³⁰. Borçlunun borcuyla ilgili göstermesi gereken özenin derecesi iki türdür. Subjektif özen derecesi, borçlunun kendi işlerinde göstermeyi alışkanlık hâline getirdiği özen derecesidir. Objektif özen derecesi ise, genel ve soyut bir kriter

²²⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 857; Oğuzman/ Öz, s. 392.

²²⁷ Eren, Genel, s. 1082; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855; Buz, s. 239.

²²⁸ von Tuhr/ Edege, s. 79; Eren, Genel, s. 1084; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 386; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855; Buz, s. 239.

²²⁹ Eren, Genel, s. 1086; Kılıçoğlu, s. 827; Cansel/ Özel, s. 318; Akıncı, s. 247.

²³⁰ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 405; Eren, Genel, s. 1087; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 875; Aral, s. 176; Antalya, C. 3, s. 288; Kılıçoğlu, s. 413; Erdoğan, İhsan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990, s. 109-134, s. 117.

olup makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özen kadardır²³¹. Her ne kadar, öğretide hâkim görüş soyut borçlu tipini esas alıp objektif ve normatif bir nitelikte olan objektif özen derecesini kabul etse de işgörme sözleşmeleri açısından, sorumluluğun ölçütünün subjektifleştirilmesi gerektiği ve somut olayın şartlarına göre normalden daha ağır özen yükümlülüğünün kabul edilebilmesi gerekir²³².

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur, kast ve ihmal şeklinde kendini gösterebilir. Kast, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlâl etmesidir. Borçlunun sözleşmenin ihlâli ile meydana gelecek olan sonucu tasarlayıp istemesine doğrudan kast; meydana gelecek olan sonucu doğrudan istememekle birlikte onu göze alması hâlinde dolaylı kast söz konusu olur. İhmal ise, borçlunun, sözleşmenin ihlâli ile meydana gelecek sonucu istememekle beraber, bu sonucun önlenmesi için alınması gereken önlemleri almaması, kendisiyle aynı meslekî koşullarda bulunan objektif bir üçüncü kişinin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemesidir. İhmal; ağır, orta ve hafif ihmal olarak üçe ayrılır²³³. Borçlunun kusurundan dolayı sözleşmesel sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kusurun kast veya ihmal şeklinde olması yeterlidir, kusurun çeşidi önemli değildir. Borçlunun kusurunun fazla veya az olması sorumluluktan ötürü zararın giderilmesi amacıyla hesaplanan tazminat miktarını etkileyecektir²³⁴.

Kusurun subjektif ve objektif yönleri bulunmaktadır. Sözleşmesel kusurun subjektif yönü, borçlunun ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Esasen, borçlunun ayırt etme gücüne sahip olması, onun sorumluluk ehliyetine sahip olması için gerekli olan bir husustur. Sözleşmesel kusurun diğer yönünü oluşturan objektif yön ise, borçlunun göstermesi gereken özendir. Bu özenin derecesi, borcun niteliği, kapsamı, içeriği ve borçlunun mensup olduğu sosyal ve meslekî çevredeki makul, dürüst, orta seviyedeki objektif bir borçlu tipinin bu tarz ilişkilerde göstereceği özen kadardır. Borçlunun, sözü edilen bu objektif borçlunun davranışına uygun hareket edebilmesinin somut

²³¹ Eren, Genel, s. 1087; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 876; Oğuzman/ Öz, C. 3, s. 406; Antalya, C. 3, s. 292; Cansel/ Özel, s. 319; Erdoğan, Kusur, s. 130. Ayrıca kusur derecelendirmesiyle ilgili Yargıtay kararları için bkz., Yar. 21. HD., 16.4.2018, E. 2018/1525 K. 2018/3813; Yar. 21. HD., 19.3.2019, E. 2017/3504 K. 2019/2136; Yar. 14. HD., 28.06.2006, E. 2006/6051 K. 2006/7724; Yar. 14. HD., 15.02.2012, E. 2012/1016 K. 2012/2058; Yar. 3. HD., 14.03.1983, E. 1982/7237 K. 1983/1783.

²³² Antalya, C. 3, s. 294. TBK.m.400/II'de düzenlenen işçinin sorumluluğunda olduğu gibi bazı durumlarda kusur değerlendirmesi yapılırken hem objektif hem de subjektif özen derecesi dikkate alınabilir.

²³³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 876-877; Eren, Genel, s. 1087-1088; Kılıçoğlu, s. 415-417; Antalya, C. 3, s. 290-291.

²³⁴ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 406; Antalya, C. 3, s. 298; Cansel/ Özel, s. 319; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 496; Kılıçoğlu, s. 827.

olayda fiilen mümkün olup olmadığı değer taşımaz²³⁵. Ayrıca, objektif kusur yönünden bakıldığında, borçlunun kişisel yeteneksizliği, bilgisizliği, yaşlılığı, zekâ düzeyi, hastalığı vb. durumlar, önceden alacaklı tarafından bilinip kabul edilmedikçe, dikkate alınmaz ve borçlu lehine bir durum yaratmaz²³⁶.

Kusurun ispatı hususunda kanunkoyucu, TMK.m.6 ve HMK.m.190'daki genel ilke olan herkesin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmesi kuralından ayrılarak, borçlu aleyhine bir kusur karinesi koymuştur (TBK.m.112). Borçlu, sözleşmenin ihlâl edilmesinde kendisine herhangi bir kusur yükletilmeyeceğini ve alacaklıya zarar veren sonucun oluşmaması için somut olayın gerektirdiği her türlü önlemi aldığını ispat etmelidir²³⁷. Borçlu aleyhine kusur karinesi getiren TBK.m.112 emredici bir hüküm olmadığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Dolayısıyla, taraflar sözleşmede borçlunun kusurlu olduğunun ispatını alacaklıya yükleyebilirler. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, kusurun ispatı kural olarak arabulucuya başvurmayarak uyuşmazlığın çözümün geciktiren tarafa ait bir yükümlülüktür. Ancak, taraflar sözleşmede kusurun ispatını sözleşmenin diğer tarafına, yani sözleşmenin ihlâlinden dolayı zarar görmüş olan tarafa da yükleyebilirler.

d) İlliyet Bağı

Borçlunun sözleşmenin ihlâli ile alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, borçlunun sözleşmeyi ihlâli ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. İlliyet kavramıyla ifade edilmek istenen, her şeyden önce, birbirini izleyen olaylar arasındaki sebep-sonuç bağıdır²³⁸. Sözleşmesel sorumluluğun kurucu şartlarından biri olarak aranan illiyet bağı, uygun illiyet bağıdır (adäquater Kausalzusammenhang). Uygun illiyet bağında, sözleşmenin ihlâlinin, olayların olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibarıyla elverişli olup olmadığına bakılır²³⁹. Uygun illiyet bağı, dolaylı-dolaysız zarar ayrımını kaldırdığından, sözleşmenin ihlâl edilmesiyle ortaya çıkıp bu borca aykırı davranışın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar olarak kabul edilecek ve borçlu tarafından tazmin edilmesi gerekecektir²⁴⁰. Örneğin, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen arabulu-

²³⁵ Eren, Genel, s. 1089; Aral, s. 178; Antalya, C. 3, s. 290.

²³⁶ Eren, Genel, s. 1090.

²³⁷ Antalya, C. 3, s. 302; Eren, Genel, s. 1092; İnal, s. 413 vd.

²³⁸ Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 10.

²³⁹ Eren, İlliyet, s. 51; Antalya, C. 3, s. 332; Eren, Genel, s. 1086; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 383; Tunçomağ, s. 455; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 868; Cansel/ Özel, s. 319; Akıncı, s. 138.

²⁴⁰ Eren, Genel, s. 1086; Tunçomağ, s. 269.

cuya başvurmadan dava açılması ve bu sebeple diğer tarafın yargılama giderleri ve vekâlet ücreti gibi masrafları ödemek zorunda kalması, uygun illiyet bağının varlığından dolayı doğrudan zarar olarak kabul edilebilir.

Alacaklının tazminat talebiyle karşılaşan borçlu, illiyet bağını kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. İlliyet bağını kesen sebepler, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, mücbir sebep, alacaklının (zarar görenin) ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur²⁴¹.

3. Tazminat

Sözleşmesel sorumlulukta borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle sorumluluğunun yaptırımı tazminat ödeme yükümlülüğüdür (TBK.m.112). Sözleşmenin ihlâlinden meydana gelen bir zararın tazmini için, yukarıda sayılan şartların mevcut olması gerekir. Bu şartlar mevcut olduğu takdirde, borçlu, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, söz konusu zararının varlığını ve miktarını ispat etmelidir. Eğer, zararın miktarı net olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve alacaklı tarafından alınan önlemleri de göz önünde tutarak zararın miktarını saptar²⁴². Tazminatın miktarı, en fazla zararın miktarı kadar belirlenebilir. Zararı aşan, alacaklıyı haksız yere zenginleştiren yahut borçlunun cezalandırılmasına yol açan bir tazminat miktarı belirlenemez²⁴³.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcun ifasını imkânsız hâle getirmesiyle beraber alacaklının uğradığı zararın tazmini hususunda, alacaklının tazmin amacıyla talepte bulunabilmesi için kendi edimini ifa edip etmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu konuyla ilgili olarak, değiştirme (*mübadele/ Austauschtheorie*) ve fark (*Differenztheorie*) teorisi olarak iki görüş ileri sürülmektedir. Değiştirme teorisine göre, alacaklı imkânsızlaşan edim yerine borçludan tazminat talep edebilmek için, kendi edimini ifa etmek zorundadır. Burada edimler arasındaki değişim ilişkisi devam etmekte, alacaklı karşı edimi aynen alamasa bile kendi edimini ifa etmek durumundadır. Ancak, alacaklının edimi de bir miktar paranın ödenmesi ise, borçludan alacağı tazminatla kendi para borcunu mahsup ilişkisi içerisinde takas etme imkânına sahiptir²⁴⁴. Fark teorisinde ise, borçlunun ödemesi gereken tazminat, alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla uğradığı zarar ile kendi ediminin

²⁴¹ Eren, İlliyet, s. 51; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 568; Kılıçoğlu, s. 824; Antalya, C. 3, s. 332.

²⁴² Antalya, C. 3, s. 334; Eren, Genel, s. 1094; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 393;

²⁴³ Eren, Genel, s. 1095; Nomer, s. 247; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 428; Antalya, C. 3, s. 336.

²⁴⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 869; Eren, Genel, s. 1094; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 397; Antalya, C. 3, s. 347; Kılıçoğlu, s. 933.

ifade ettiği değer arasındaki fark kadar olduğu kabul edilmektedir²⁴⁵. Öğretideki hâkim görüş olan fark teorisi, çağdaş piyasa durumu ve borç ilişkilerine daha uygun görünmektedir. Burada, alacaklının, edimini yerine getirmemiş olan borçluya karşı kendi edimini ifa etmesine gerek bulunmamaktadır. Alacaklının ediminin para borcu olduğu hâllerde, iki teori arasındaki fark ortaya çıkmamakta, pratik olarak her iki teori de aynı sonuca yönelmektedir²⁴⁶. Kanunda ise, bazı özel hükümler dışında (TBK.m.213/II ve III ya da m. 236/II ve III gibi) hangi teorinin kabul edileceği belirtilmemiştir. Dolayısıyla, alacaklı özellikle değiştirme teorisinin uygulanmasını istemiş veya edimini yerine getirmiş olmadıkça, fark teorisinin uygulanmasını kabul etmek piyasa şartlarıyla daha uyumlu görünmektedir²⁴⁷.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, iki tarafın da borcu para borcu olmadığından, sözleşmeye aykırılık hâlinde zarara uğrayan tarafın zararını tespit etmek kolay olmamaktadır. Özellikle, değişim ya da fark teorilerini uygulayarak arabulucuya başvurma sözleşmesinin ihlâli nedeniyle tarafların uğrayacağı zararın hesaplanması mümkün görünmemektedir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, arabulucuya başvurulmaması nedeniyle zarara uğrayan taraf, uğradığı zarar konusunda inandırıcı delillerle ispat yükünü yerine getirmek zorunda olsa da zararın miktarına hâkim, TBK.m.114/II atfı gereği TBK.m.50/II'ye göre, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak hakkaniyet çerçevesinde karar verecektir.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta hükmedilecek tazminatta da, aynı sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi indirim sebeplerinin bulunması durumunda hâkim, tazminat miktarında indirime gidebileceği gibi tazminat talebini tamamen de reddedebilir²⁴⁸. Taraflar da, aralarında anlaşma yaparak sorumsuz olacaklarını belli derecede kararlaştırabilirler (TBK.m.115)²⁴⁹.

²⁴⁵ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 395; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 869; **Eren**, Genel, s. 1095; **Antalya**, C. 3, s. 347; **Kılıçoğlu**, s. 933-934.

²⁴⁶ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 869; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 397.

²⁴⁷ **Eren**, Genel, s. 1095; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 869-870; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 395, **Kılıçoğlu**, s. 934. Öğretideki bir görüşe göre, bu teorilerden üstün tutulması gerekeni, alacaklının yaptığı seçime uygun olandır. Bkz., **Serozan**, İfa, s. 211-212; **Antalya**, C. 3, s. 348.

²⁴⁸ **Eren**, Genel, s. 1096; **Antalya**, C. 3, s. 336; **Nomer**, s. 249. TBK.m.114/II atfı gereği, haksız fiile ilişkin hükümlere gidilerek TBK.m.51 ve 52'de düzenlenen indirim sebepleri sözleşmesel sorumlulukta da uygulama alanı bulacaktır. Bunlar, borçlunun kusurunun hafifliği, ortak kusur, zarar görenin zarara razı olması, ekonomik sıkıntı içerisinde olma gibi sebeplerdir.

²⁴⁹ Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağıyla ilgili önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Yine, hizmet sözleşmelerinde borçlunun alacaklıya karşı herhangi bir borçtan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Bir diğer sınırlama da uzmanlık gerektiren konularla ilgilidir. Uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar, ancak kanun tarafından verilen izinle icra edilebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür (TBK.m.115).

Sözleşmeden doğan sorumlulukta da borçlunun tazmin yükümlülüğü aynen tazmin veya nakden tazmin şeklinde olabilir. Ancak, sözleşmesel sorumlulukta nakden yani para ile tazmin kuraldır²⁵⁰. Nakden ödenecek tazminat, toptan ödenebileceği gibi irat şeklinde, taksitler hâlinde de ödenebilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, uğranılan zararların giderilmesi nakden, yani para ile yerine getirilecektir.

TBK.m.114/II’de haksız fiil hükümlerine yapılan atıf, zamanaşımı yönünden sözleşmeye dayalı ilişkileri etkilemeyecek olup, sözleşmelerle ilgili uygulanacak zamanaşımı süreleri kural olarak TBK.m.146’ya göre on yıl, bazı hâllerde ise TBK.m.147’ye göre beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, bu sözleşmeden doğan alacaklar için genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre uygulanacaktır.

§ 9. ARABULUCUYA BAŞVURMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I- İFA

Borcun sona ermesinin en temel hâli ifadır. Sözleşmeden doğan bir borcun, borçlusu tarafından alacaklıya karşı, konu, yer ve zaman açılarından tam ve doğru bir şekilde sunulması ile borç sona erecektir. Borçlanılan edimin yerine getirilmesi anlamına gelen ifa ile alacaklı tatmin edilerek borcun amacına ulaşılmış olur²⁵¹. İfa, dar

²⁵⁰ Eren, Genel, s. 1096; Antalya, C. 3, s. 347.

²⁵¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 758; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 251; Eren, Genel, s. 932; Antalya, C. 3, s. 2; Serozan, İfa, s. 7; Cansel/ Özel, s. 232; Tunçomağ, s. 369; Akıncı, s. 201. İfanın hukukî niteliği konusunda da çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan başlıcaları, genel sözleşme görüşü, maddî fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşüdür. Artık değerini yitirmiş olan genel sözleşme görüşüne göre, ifa hukukî niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Borçlu, borçlandığı edimin ifasını alacaklıya önerir, alacaklı da bu öneriyi kabul eder ise ifa sözleşmesi kurulmuş olur. Türk Hukuku bakımından kabulü zor olan bu görüşün dayanabileceği bir hüküm, TBK.m.83 ve devamında bulunmamaktadır. Zira, Türk Borçlar Kanunu’nda ifanın sözleşme olduğunu gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 759; Eren, Genel, s. 935; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 256; Serozan, İfa, s. 15; Antalya, C. 3, s. 7; İncoğlu, Murat, İfanın Hukukî Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, AÜHF. C. 54, S. 4, 2005, s. 149-182, s. 150. Maddî fiil görüşüne göre ise ifa, nitelik olarak borcu sona erdiren bir maddî fiildir. Bu görüşe göre, tarafların ifa sebebi üzerinde anlaşmalarına gerek olmayıp, ifanın fiilen gerçekleşmiş olması, ifa amacıyla gerçekleşmiş olması yeterlidir. Bazen edimin ifası için belli bir sözleşmenin yapılması gerekebilir ancak bu sözleşme, borçlanılan fiilin bir parçasını oluşturur. Dolayısıyla bu sözleşme, ifa fiilinden ayrı ve özel bir nitelik taşımaz. Bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 760; Serozan, İfa, s. 15; Eren, Genel, s. 936; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 256; İncoğlu, s. 152; Antalya, C. 3, s. 8. İfanın hukukî niteliğini tespit etmeye çalışan görüşlerden bir diğeri olan sınırlı sözleşme görüşü, bugün için Türk-İsviçre hukuklarında hâkim olan görüştür. Buna göre, ifanın maddî bir fiil veya bir hukukî işlem ile yapılması arasında fark vardır ve bu iki durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Borçlanılan edim, bir yapma, yapmama ya da katlanma gibi maddî fiilleri içeriyorsa, bunun ifa kastıyla (ifa iradesi/ animus solvendi) yapılmasına gerek olmadığı gibi, alacaklının bu fiili kabul iradesine de gerek yoktur. İfa kasti ve alacaklının kabul iradesi, borçlanılan edimin bir hukukî işlemle ifasında önem arz eder. Bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 759-760; Eren, Genel, s. 936 vd.; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 256; Cansel/ Özel, s. 232; İncoğlu, s. 154; Antalya, C. 3, s. 9. İfanın ni-

anlamda borç ilişkisini sona erdirmesine rağmen, her zaman geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmeyebilir²⁵².

İfa, Türk Borçlar Kanunu'nun sistematığı içinde "Borç İlişkisinin Hükümleri" bölümünde düzenlenmiş olup, "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi" bölümünde düzenlenmemiştir. Borcu sona erdiren bir neden olmasına rağmen, ifanın bu bölümde düzenlenmemesinin sebebi, borcu sona erdiren diğer nedenlerden farklılık göstermesidir. Borcu sona erdiren diğer nedenlerde, borçlanılan şey alacaklıya verilmeden hukuksal bağ ortadan kalkmasına rağmen, ifada borç amacına uygun şekilde yerine getirilmekte, alacaklı tatmin edilerek hukuksal bağ sona erdirilmektedir²⁵³.

İfada, bazen edim fiili yerine getirilirken bazen de edim sonucu yerine getirilmektedir²⁵⁴. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimi olan arabulucuya başvurma, ifa ediliş bakımından edim fiilinin yerine getirilmesi olarak nitelendirilebilir. Çünkü, arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifası ile birlikte, eser sözleşmesindeki gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesi, bir edim sonucuna varmayı amaçlamayıp, edim fiilinin yerine getirilmesini amaçlamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ifa ile ilgili hükümler, genellikle düzenleyici hükümlerdir. Bunun sonucu olarak da, ifayla ilgili hükümler, ancak taraflar aksini kararlaştırmamışsa ya da işin niteliği o hükümlerden farklı bir sonuç öngörüyorsa uygulama alanı bulur²⁵⁵. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifası ile ilgili olarak da, taraflar ayrıca belli bazı hususlarda anlaşmışlarsa, edimin ifasında öncelikli olarak bu hükümler uygulanır. Zira, arabulucuya başvurma sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğundan, edimlerin ifası da diğer sözleşmelerden farklılık arz etmektedir. Arabulucuya başvurma yükümlülüğünün nasıl ve ne şekilde, ne zaman, nerede, kimler tarafından yerine getirileceğinin, arabulucuya başvurma sözleşmesinde düzenlenmesinde taraflar açısından fayda vardır. Hukuk Uyuşmazlık-

teliğini açıklamaya çalışan bu görüşlerden, en pratik ve uygulamaya müsait olanı sınırlı sözleşme görüşüdür. Zira, ifanın niteliği, onun bir maddî fiille mi ya da hukukî işlemle mi gerçekleştirileceğine göre değişecektir. İki farklı durum şeklinde değerlendirme yapılarak, ifa edimini yerine getiren borçlunun ifa kastı, ehliyeti, tasarruf yetkisi yahut alacaklının kabul iradesi gibi hususların ayrı ayrı değerlendirilmesi kabul edilebilir.

²⁵² İfa, genellikle dar anlamda borç ilişkisi için kullanılan bir kavramdır. Dar anlamda borç ilişkisini ilgilendiren ifa, tekil borcu sona erdirir. Özellikle, sürekli ya da dönemli edimli sözleşmelerde ifa, bu borç ilişkilerinin içerdiği tekil borcu ortadan kaldırır. Ancak, ani edimli sözleşmelerde, tek bir borç veya alaktan oluşan ilişkilerde borcun ifa edilmesiyle beraber, hem dar anlamda hem de geniş anlamda borç ilişkisi sona ermiş olur. Bkz., **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 251; **Eren**, Genel, s. 932; **Antalya**, C. 3, s. 3.

²⁵³ **Cansel/ Özel**, s. 231; **Antalya**, C. 3, s. 2;

²⁵⁴ **Eren**, Genel, s. 932.

²⁵⁵ **Antalya**, C. 3, s. 5; **Eren**, Genel, s. 933.

larında Arabuluculuk Kanunu'nda da, tarafların, emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir (HUAK.m.15/II)²⁵⁶. Özellikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmasından sonra, gerekirse Türk Borçlar Kanunu'nun ifa ile ilgili genel düzenlemeleri devreye girecek ve arabulucuya başvurma sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Arabuluculuk usulüyle ilgili olarak uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf-adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre karar vermelidir (TMK.1).

Unsurlarına uygun olarak yerine getirilmiş tam ve doğru bir ifa borcu sona erdireceğinden, alacak hakkının ortadan kalkması sonucu doğar. Bu sebeple de, niteliği itibarıyla ifa bir def'i değil bir itirazdır²⁵⁷. İfa olayının bir itiraz niteliği göstermesi neticesinde, taraflar bu durumu yargılamanın her aşamasında ileri sürebilecekleri gibi, hâkim tarafından da re'sen (kendiliğinden) dikkate alınması gerekir.

II- TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ, YA DA İFLÂSİ SEBEBİYLE SONA ERME

Kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olan arabulucuya başvurma sözleşmesi tamamlanırken, genel hükümlere gidilecek olup, burada da ilgili hüküm bulunamazsa tartışmalı da olsa özel hükümlere gidilebilecektir. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesinin yapısına uygun bir sözleşmeye özel hükümlerde de rastlanılmamaktadır. Dolayısıyla, arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü, ehliyetsizliği ya da iflâsı hâlinde ne olacağı sorunu genel hükümler çerçevesinde incelenmelidir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimi olan arabulucuya başvurma, mutlaka şahsen ifa edilmesi gereken bir borç değildir. TBK.m.83 uyarınca, borçlu, borçlanılan edimi şahsen ifa etmek zorunda değildir. Buna göre, konusu maddî bir

²⁵⁶ Arabuluculuk usulünü kararlaştırmak, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini belirlemektir. Esasen, arabuluculuk usulünün taraflar ve arabulucunun bir araya gelerek yaptıkları “arabuluculuk sözleşmesi”nde düzenlenmesi daha uygundur. Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesinin edimleri tarafları ilgilendirdiğinden, bu edimlerin nasıl yerine getirilmesi gerektiğinin taraflarca bu konudaki ilk sözleşme olan arabulucuya başvurma sözleşmesiyle düzenlenmesi gerekir.

²⁵⁷ **Eren**, Genel, s. 934; **Antalya**, C. 3, s. 7. Def'i, esasen davalının borçlu olduğu bir edimi yerine getirmekten kaçınmasına özel bir nedenle imkân veren bir haktır. Def'inin, davalı tarafından açıkça ileri sürülmesi gerekir. Hâkim, ileri sürülmemiş olan def'iyi kendiliğinden gözetemez. İtiraz ise, bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren olaydır. İtirazlar, davalı tarafından ileri sürülme bile hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İtiraz ve def'iler, usul hukukunda, maddî hukuka dayanan savunma vasıtaları olarak adlandırılırlar. Bkz., **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 305; **Pekcanitez**, Hakan/ **Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz Taş**, Hülya, Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 2, İstanbul 2017, s. 1208-1210; **Kuru**, s. 175 vd.

malvarlığı değeriyle ilgili olan uyuşmazlıklarda, arabulucuya başvurma sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, taraflardan birinin ölümü hâlinde arabulucuya başvurma yükümlülüğü mirasçılara geçecektir. Ancak, mirasçılar, TMK.m.606'ya göre, kural olarak mirasbırakanın öldüğünü öğrenmelerinden itibaren üç ay içerisinde mirası reddedebilirler. Bu hâlde, mirası reddeden mirasçı açısından arabulucuya başvurmak şeklinde bir yükümlülük söz konusu olmaz. Ayrıca, en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmeleri hâlinde, miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonucunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir (TMK.m.612). Artık, mirasın sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesi durumunda, arabulucuya başvurma sözleşmesine dayanarak uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümü söz konusu değildir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği bir diğer hâl de taraflardan birinin ehliyetsizliğidir. Arabulucuya başvurma sözleşmesi açısından bakıldığında, uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemini kullanarak çözmek isteyen taraflardan birinin sonradan ehliyetsiz olması hâlinde, yasal temsilci arabuluculuk faaliyetine devam edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından birinin tam ehliyetsiz hâline gelmesi durumunda, artık uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülemeyeceğini kabul etmek gerekir. Ancak, sözleşmenin taraflarından birinin kısıtlanarak sonradan sınırlı ehliyetsiz olması durumunda, artık arabulucuya başvurabilecek olan kişi, kısıtlının vasisidir. Vasi, uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesini istiyorsa, TMK.m.462/I-8 gereği vesayet makamından izin almalıdır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından birine sonradan yasal danışman atanarak sınırlı ehliyetli hâline gelmesi durumu söz konusuysa, arabulucuya başvurulabilmesi için TMK.m.429/I-1 gereğince yasal danışmanın onayı gerekir²⁵⁸.

İflâs hâlinde, arabulucuya başvurma sözleşmesinin sona ermesinin nedeni, iflâs eden tarafın malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin olmamasıdır. Uyuşmazlığın taraflarından biri, arabulucuya başvurmadan iflâs ederlerse, uyuşmazlık konusu ile ilgili iflâs eden tarafın tasarruf yetkisi, İİK.m.226 gereğince iflâs masasının yasal temsilcisi kabul edilen iflâs idaresine geçeceğinden, arabulucuya başvurma sözleşmesinin

²⁵⁸ Bu bentte, her ne kadar “dava açma ve sulh olma” düzenlenmişse de hükmün amacı gereği arabuluculuk yöntemine başvurmanın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, arabulucuya başvurduktan sonra yöntem başarıyla sonuçlanıp çözüm anlaşması yapılabileceğinden ve bu anlaşmanın niteliği de mahkeme dışı sulh olarak kabul edildiğinden, TMK.m.429/I-1 bendinin arabuluculuk için de uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Aynı kabul, TMK.m.462/I-8 için de geçerlidir.

sona erip ermemesi, iflâs idaresinin ve uyuşmazlığın diğer tarafının takdirinde olacaktır²⁵⁹.

Uyuşmazlığın taraflarından birinin konkordatoya başvurması hâlinde, arabulucuya başvurma sözleşmesine dayanarak arabulucuya başvurulup başvurulamayacağı sorunu ortaya çıkar. Konkordato, iflâsa göre hafifletilmiş bir kolektif icra kurumu olarak kabul edildiğinden, borçlunun tasarruf yetkisi kural olarak devam eder²⁶⁰. Konkordatoda geçici süre içerisinde görevlendirilen geçici komiser, İİK.m.290/II gereğince, borçlunun hukukî işlemlerini denetler. Bu süreçte, konkordato komiseri, arabuluculuk sözleşmesinin ve faaliyetinin devamında sakınca görmüyorsa, faaliyete devam edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Borçlunun konkordato talebini inceleyen mahkeme, İİK.m.289/III'e göre borçluya kesin mühlet verdiğinde, İİK.m.297/I'e gereğince, borçlu, komiserin denetimi altında işlem yapabilecektir. Ancak, konkordatoya başvuran tarafın yapacağı işlemler, konkordato komiseri tarafından denetleneceği için konkordato komiserinin onayı ile arabulucuya başvurulabilecektir.

III- BOZUCU KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİ

Hukukta koşul kavramı, hukukî işlemin hükümlerinin sonuç doğurup doğurmaması ya da bu hükümlerin sonuçlarının ortadan kalkmasının bağlı olduğu gelecekteki belirsiz olaydır²⁶¹. Sonuç doğurması veya ortadan kalkması gelecekteki şüpheli olaya bağlanan borca da koşula bağlı borç adı verilir²⁶². Koşul, her şeyden önce, borçlar hukukundaki irade serbestliğinin bir yansıması olarak taraf iradelerine bağlıdır ve bu taraf iradelerinin genişletilmesine hizmet eden hukukî bir kurumdur²⁶³. Taraf iradelerinin sözleşmeye bir koşul koyma yönünde olmasından başka, ileri sürülen koşulun gelecekteki belirsiz bir olay (gerçekleşmesi şüpheli) olması gerekmektedir. Koşulun bağlanacak olduğu gerçekleşmesi şüpheli olay, maddî bir olay olabileceği

²⁵⁹ İflâs durumunda mevcut olan sözleşmelerin akıbeti ve iflâs idaresinin yetkisi ilgili olarak bkz., **Muşul**, Timuçin, İflâs ve Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 240 vd.; **Altay**, Sümer/ **Eskiocak**, Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 14; **Öztek**, Selçuk/ **Budak**, Ali Cem/ **Tunç Yücel**, Müjgan/ **Kale**, Serdar/ **Yeşilova**, Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 389 vd.

²⁶⁰ **Uyar**, Talih, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019, s. 8; **Öztek/ Budak/ Tunç Yücel/ Kale/ Yeşilova**, s. 409; **Altay/ Eskiocak**, s. 10; **Muşul**, s. 375.

²⁶¹ **Tunçomağ**, s. 544; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 328; **Kılıçoğlu**, s. 963; **Eren**, Genel, s. 1189; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 284; **Okur**, Sinan, Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2019, s. 31-101, s. 58.

²⁶² **Eren**, Genel, s. 1189; **İnan/ Yücel**, s. 552; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 328; **Kılıçoğlu**, s. 963; **Feyzioğlu**, C. 2, s. 343.

²⁶³ **Eren**, Genel, s. 1189; **Tunçomağ**, s. 545.

gibi (bir hastanın iyileşmesi, sınıfın geçilmesi, hava durumu vs.), hukukî olaylar şeklinde de (mülkiyetin devri gibi) olabilir²⁶⁴.

Koşul, geciktirici ve bozucu koşul olarak ikiye ayrılır. Geciktirici koşul (*die aufschiebende Bedingung*), hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının gelecekteki belirsiz bir olaya bağlanmasını sağlayan koşuldur²⁶⁵. Kanun’da da geciktirici koşul, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olaya bağlanması şeklinde tanımlanmıştır (TBK.m.170). Bozucu koşul ise, hüküm ve sonuçlarını doğuran geçerli bir hukukî işlemin, sonuçlarının ortadan kalkmasının gelecekteki belirsiz olaya bağlanmasıdır²⁶⁶. TBK.m.173’te de, “sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme”nin bozucu koşula bağlanmış sayılacağını düzenlemiştir. Bozucu koşul, geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olan sözleşmeleri etkileyen bir koşuldur. Geçerli olan ve bozucu koşula bağlanan sözleşmeler, bu bozucu koşul gerçekleşene kadar varlığını sürdürür, bozucu koşul gerçekleştiğinde ise ortadan kalkar (TBK.m.173/II)²⁶⁷.

Gerçekleştiğinde sözleşmenin ortadan kalkmasına yol açan bozucu koşul, sözleşmeyi sona erdiren hâllerden biri olarak kabul edilebilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesi de, herhangi bir bozucu koşula bağlanabilir. Örneğin, taraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarından birinin arabulucuya başvurmadan dava açması hâlinde sözleşmenin sona ereceğini düzenleyebilirler. Yine, taraflar, arabulucuya başvurma sözleşmesine, “esas sözleşme konusu ile ilgili ilk uyuşmazlık ortaya çıktığı tarihten itibaren 90 gün içinde arabulucuya başvurulmazsa, işbu arabulucuya başvurma sözleşmesi sona erecektir.” şeklinde bir hüküm koyabilirler. Görüldüğü gibi, arabulucuya başvurma sözleşmesi de, bozucu koşul kararlaştırılmaya elverişli bir sözleşmedir²⁶⁸.

²⁶⁴ Tunçomağ, s. 547; Eren, Genel, s. 1196; Kılıçoğlu, s. 970-971.

²⁶⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 330; Kılıçoğlu, s. 967; Eren, Genel, s. 1199; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 285; Tunçomağ, s. 548; İnan/ Yücel, s. 554; Feyzioğlu, C. 2, s. 347; Okur, s. 74.

²⁶⁶ Eren, Genel, s. 1199; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 330; Kılıçoğlu, s. 968; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 286; Tunçomağ, s. 548; İnan/ Yücel, s. 554; Feyzioğlu, C. 2, s. 349; Okur, s. 75.

²⁶⁷ TBK.m.173/III’e göre, sözleşmenin taraflarınca aksine bir düzenleme kararlaştırılmamışsa veya işin niteliği gerektirmiyorsa, bozucu koşul ile sözleşmenin sona ermesi geçmişe etkili olmaz. Bozucu koşul geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Bu durum, özellikle sürekli edimli sözleşmelerde kendini gösterir. Sürekli edimli sözleşmelerin bozucu koşulla sona ermesi halinde, o ana kadar ifa edilen edimler hükümsüz hâle gelmez, geçerliliklerini korurlar. Bkz., Eren, Genel, s. 1206; Tunçomağ, s. 568; Kılıçoğlu, s. 979.

²⁶⁸ Bazı konularda hukuk düzeni koşula bağlı işlem yapmayı yasaklamıştır. Bu hukukî işlemler, genellikle kamu düzenini ilgilendiren işlemlerdir. Örneğin, aile hukukunda evlenme, evlat edin-

Sözleşmenin tarafları, sözleşmede öngörülen bozucu koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak engellerler ise, koşul gerçekleştirmiş sayılır. Ayrıca, taraflar, dürüstlük kuralına aykırı olarak koşulun gerçekleşmesini sağlarlarsa, koşul gerçekleştirmiş sayılır (TBK.m.175). Koşulun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesinin engellenmesi, her türlü durumda aksi sonuç doğurmayacak olup, dürüstlük kuralına aykırı şekilde engelleme yapılmış olması, TBK.m.175'in uygulanması için gerekli olan bir husustur²⁶⁹. Örneğin, arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarının, yukarıdaki örnekte olduğu gibi arabulucuya başvurma için sınırlandırıcı bir zaman öngörerek bir bozucu koşul kararlaştırdıklarında, sözleşmenin sona ermesini isteyen taraf, dürüstlük kuralına aykırı şekilde, sözleşmenin diğer tarafını türlü bahanelerle oyalayıp, arabulucuya başvuru için taraflarca kararlaştırılan sürenin geçmesine neden olursa, bozucu koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır. Böyle bir hâlde, tarafların arabulucuya başvurma için öngördükleri süre dolsa bile arabulucuya başvurma sözleşmesi sona ermeyecektir.

Görüldüğü üzere, sözleşmede bozucu bir koşulun bulunması, sözleşmeyi sona erdiren bir hâl olarak kabul edilebilmektedir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde de, tarafların bir bozucu koşul kararlaştırmış olmaları durumunda, söz konusu koşul gerçekleştiğinde, sözleşme o anda sona erecek ve sözleşmenin hüküm ve sonuçları ortadan kalkacaktır.

IV- TARAFLARIN ANLAŞARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ (BOZMA SÖZLEŞMESİ)

Tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmek amacıyla yaptıkları bozma sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bir sözleşmedir. Bu sözleşme, borçlar hukukuna hâkim olan irade serbestliği ilkesi gereğince ortaya çıkan bir sözleşmedir. Diğer adı “ikale (fesih mukavelesi)” olan bu sözleşme, aslında “sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesi” yani “bozma sözleşmesi”dir. Bozma sözleşmesi ile taraflar, alacaklı ve borçlu sıfatlarını sona erdirecek şekilde, daha önce yapmış oldukları sözleşmeden doğan alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçmektedirler²⁷⁰.

Bozma sözleşmesi, nitelik olarak bir tasarruf işlemi olduğundan, sözleşmenin taraflarından olan alacaklının, söz konusu alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca, bu sözleşme yapıldığında, tarafların fiil ehliyetine de

me sözleşmeleri; miras hukukunda mirasın reddi işlemi; eşya hukukunda tapu siciline kayıtlı taşınmaz mallarda sicile yapılan tescil işlemleri koşula bağlı olarak yapılamayan işlemlerdendir. Bkz., Eren, Genel, s. 1195; Kılıçoğlu, s. 970; Tunçomağ, s. 552.

²⁶⁹ Eren, Genel, s. 1207; Kılıçoğlu, s. 975-976; Okur, s. 88-89.

²⁷⁰ Feyzioğlu, C. 2, s. 413; Eren, Genel, s. 1288; İnan/ Yücel, s. 654; Akıncı, s. 292.

sahip olmaları gerekir²⁷¹. Taraflar, bozma sözleşmesine ilişkin iradelerini açık olarak ortaya koyabilecekleri gibi, örtülü olarak da ortaya koyabilirler. Bozma sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına da bağlı değildir²⁷². Ortadan kaldırılması amaçlanan sözleşmenin özel bir şekil şartına sahip olması da durumu değiştirmez. Zira, TBK.m.13'teki düzenleme, mevcut sözleşmenin değiştirilmesi ile ilgilidir. Buna göre, kanunda yazılı şekil şartı öngörülen sözleşmelerin değiştirilmesi de yazılı şekil ile yapılmalıdır. Burada, mevcut sözleşmeyi değiştiren sözleşmenin, değiştirilecek sözleşmenin bağlı olduğu şekil şartına uyularak yapılması, aradaki değiştirme ilişkisinden kaynaklanır²⁷³. Bozma sözleşmesinde ise, önceki sözleşmeyi değiştirme amacı güdülmeyip, mevcut sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılması amaçlandığından, kaldırılacak sözleşmenin şekil şartına uyulması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Bozma sözleşmesi, kural olarak geçmişe etkili sonuçlar (ex tunc/ makable şamil) doğurur. Genelde taraflar, bozma sözleşmesi ile ortadan kaldırılan sözleşmenin yapılmasından önceki durumun kurulmasını amaçlarlar²⁷⁴. Ancak, taraflar aralarında anlaşarak bozma sözleşmesinin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını da kararlaştırabilirler. Sürekli edimli sözleşmelerde, borç ifa edilmeye başlandıktan sonra yapılan bir bozma sözleşmesi, etkilerini geleceğe ilişkin olarak doğurmuş olacaktır²⁷⁵. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise, arabulucuya başvurma yükümlülüğü ani edim teşkil ettiğinden, tarafların arabulucuya başvurma sözleşmesini ortadan kaldırmak için yapacakları bozma sözleşmesi, etkisini kural olarak geçmişe etkili olarak gösterir.

Bozma sözleşmesi ile geniş anlamda borç ilişkisi sona ermektedir. Taraflar, dar anlamda borç ilişkisini yani borçlardan birini sona erdirmek istiyorlarsa ibra sözleşmesi yapmaları gerekir²⁷⁶.

²⁷¹ **Eren**, Genel, s. 1288.

²⁷² **Tunçomağ**, s. 646; **Eren**, Genel, s. 1288.

²⁷³ **Tunçomağ**, s. 646; **Eren**, Genel, s. 1288.

²⁷⁴ **Eren**, Genel, s. 1289; **Akıncı**, s. 292.

²⁷⁵ **Eren**, Genel, s. 1289.

²⁷⁶ **Eren**, Genel, s. 1300; **Tunçomağ**, s. 645; **Aksu**, Mustafa, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeniliklerden İbra, Journal of Yaşar University, Vol. 8, Band I, 2013, p. 97-130, p. 99. İbra sözleşmesi, tarafların, borçluyu borcundan kurtarmak amacıyla, mevcut bir borcu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmak için yaptıkları bir sözleşmedir. Dolayısıyla, ibra sözleşmesi de, borcu sona erdiren sebeplerden birini teşkil eder. Ancak, bu sona erdirmeye, dar anlamda borç ile ilgilidir. Bu durum da, ibra sözleşmesi ile bozma sözleşmesinin farkını ortaya koyar. Bkz., **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 985; **Eren**, Genel, s. 1300; **Tunçomağ**, s. 653; **Akıncı**, s. 296; **Nomer**, s. 414.

V- DÖNME

Dönme (*Rücktritt*), sözleşmeyi ortadan kaldıran sebeplerden birisidir. Klasik anlamda dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili (*ex tunc*) şekilde sona erdirir. Bu görüşe göre dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla dönme hakkının kullanılması tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla mümkün olur. Bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamadığı gibi şarta da bağlanamaz²⁷⁷.

Sözleşmeden dönmeyle ilgili klasik teoriden farklı olarak yeni dönme görüşü (dönüşüm teorisi/ *Umwandlungstheorie*) öğretilde çoğunlukla savunulmaktadır. Yeni dönme görüşü, klasik görüşte olduğu gibi sözleşmeyi geçmişe etkili sonuçlar doğuracak şekilde sona erdirmeyip, geleceğe etkileri olan bir şekilde sözleşmeyi dönüştürür. Bu dönüşüm ile henüz ifasına başlanmamış edimler sona ererken, ifa edilmiş edimler açısından sözleşmenin tarafları arasında bir tasfiye ilişkisi meydana gelir. Böylece yeni dönme teorisine göre sözleşmeye dayalı ilişki dönme ile birlikte sona ermeyip sözleşmenin içeriği değişmiş olur²⁷⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nda dönme, her türlü sözleşmede ve durumda başvurulabilecek bir kurum olarak değil, sadece karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde (TBK.m.125), alacaklının temerrüdünde bir şeyin tesliminin gerekmediği edimlerde (TBK.m.110), ifa güçsüzlüğü hâlinde (TBK.m.98) ve alacaklının kimliğinin belli olmaması gibi diğer ifa engellerinin (TBK.m.111) varlığı hâlinde kullanılabilen bir kurumdur. Ayrıca dönme, olağan fesihte olduğu gibi sözleşmenin taraflarından birinin herhangi bir nedene dayanmaksızın fesih bildirim sürelerine uyararak sözleşmeyi sona erdirmesini sağlamaz. Dönme daha çok olağanüstü fesih gibi haklı bir sebebin varlığı hâlinde derhâl kullanılarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkân tanıyan bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına yol açan haklı sebep ise, sözleşmeye aykırı bir davranışın Kanun'un aradığı şartlar içerisinde gerçekleşmesidir²⁷⁹.

Sözleşmeden dönme, ister klasik anlamda ister yeni dönme görüşüne göre algı-lansın, ani edimli sözleşmeler açısından önem arz etmektedir. Zira, dönme ile meydana gelen ifa edilmiş olan edimlerin iadesi hususu ani edimli sözleşmeler açısından gündeme gelebilecektir. Sürekli edimli sözleşmelerde, genelde edimlerin iadesi söz konusu olmaz. Kira, ödünç gibi sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi hâlinde kira konusu veya ödünç konusu olan malın iadesi gerekir. Ancak, bu malların iadesi fes-

²⁷⁷ Eren, Genel, s. 1290; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 436 vd.; Kılıçoğlu, s. 934; Tunçomağ, s. 521; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962; Antalya, C. 3, s. 507.

²⁷⁸ Buz, s. 123; Eren, Genel, s. 1291; Antalya, C. 3, s. 510 vd.

²⁷⁹ Buz, s. 84.

hin doğrudan bir sonucu olmayıp Kanun'dan veya sözleşmeden doğmaktadır²⁸⁰. Dolayısıyla, sürekli edimli sözleşmelerde sözleşme feshedilse bile önceden ifa edilen edimlerin iadesi söz konusu olmayacak, fesih ileriye etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi de, arabulucuya başvurma aslî edimini içerdiğinden, bu edimin niteliğinin ani edim olmasından dolayı, taraflardan birinin temerrüdü hâlinde sözleşmeden dönmenin mümkün olması gerekir. Ancak, diğer ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi dönme durumunda, önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi söz konusu olamayacaktır. Burada dönme, arabulucuya başvurma sözleşmesiyle bağlı olmama hususunda etkisini gösterecektir.

VI- İPTAL

İptal, geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmenin, TBK.m.30 ve devamında düzenlenen yanıltma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan hâllerden biri nedeniyle, tek taraflı irade açıklamasıyla, kural olarak geçmişe etkili şekilde sona erdirilmesidir²⁸¹. Sürekli edimli sözleşmelerde ise iptal, geleceğe etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır²⁸². Ancak, arabulucuya başvurma sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmenin iptal edilmesi hâlinde, sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecektir. İptal yaptırımına tâbi olan bir sözleşme, iptal edilene kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için bu sözleşmenin geçerliliği “askıda geçerlilik” hâlidir²⁸³. İptal, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte, bu hakkın kullanımından geri dönülemez ve hakkın kullanımı şarta bağlanamaz²⁸⁴. İptal hakkının kullanımı, herhangi bir şekle bağlı değildir²⁸⁵.

İptal hakkının kullanılabilmesi hak düşürücü süreye bağlanmıştır. TBK.m.39'a göre, iptal hakkı, yanıltma ve aldatma durumunda bu durumların öğrenildiği ya da korkutma hâlinde, bu korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. İptal hakkının kullanımı için dava açmaya gerek yoktur. Ancak, iptal hakkı kullanıldıktan sonra, sözleşmenin diğer tarafı iptalin gereğini yerine

²⁸⁰ Buz, s. 82-83.

²⁸¹ von Tuhr/ Edege, s. 302 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 426; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 178; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 177.

²⁸² Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 179; Cansel/ Özel, s. 181; Uyumaz, s. 372.

²⁸³ Eren, Genel, s. 427; Cansel/ Özel, s. 177; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 452; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 178; Akıncı, s. 122.

²⁸⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 452; Eren, Genel, s. 429; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 119; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 178.

²⁸⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 429; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 119; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 179.

getirmiyorsa, iptal hakkının usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığının tespiti için bir tespit davası açılabilir²⁸⁶.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, iptal hakkının kullanılabileceği durumlardan aldatma veya korkutma hâllerinin gerçekleşme ihtimali bulunmaktadır. Örneğin, dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen bir konuda, arabulucuya başvurma sözleşmesinin taraflarından biri, bu sözleşmeyi yapmak için diğer tarafı, ilgili uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculukta çözülmesi gerektiği hususunda hileli davranışıyla ikna ederek arabulucuya başvurma sözleşmesini yapmasını sağlamışsa, diğer taraf, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Taraflardan birinin, aralarındaki uyuşmazlığı dava yoluyla çözmek isteyen tarafı zorlayarak, onun şahıs veya malvarlığı değerlerine zarar vereceği tehdidiyle, arabulucuya başvurma sözleşmesinin kurulmasını sağlaması hâlinde de korkutulan taraf, korkutmanın etkisinin başladığı tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir.

²⁸⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 431; Cansel/ Özel, s. 179; Akıncı, s. 122.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

§ 10. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında yapılan, taraflar ve arabulucunun hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği, arabuluculuk sürecini başlatan sözleşme arabuluculuk sözleşmesidir¹. Arabuluculuk sözleşmesi, genellikle tarafların, uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmaya karar verip bir arabulucu üzerinde anlaşmalarından sonra gündeme gelir. Arabuluculuk sözleşmesi, arabuluculuk yönteminin en önemli sözleşmesi olup bu sözleşmedeki hükümler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri ve bu Kanun'daki temel ilkeler ile Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları² arabuluculuk faaliyetinin temel düzenlemelerini oluşturur³.

Arabuluculuk sözleşmesi ile uyuşmazlık tarafları ve arabulucunun hak ve yükümlülükleri düzenlendiği gibi, arabuluculuk sürecinin nasıl ilerleyeceği de belirlenebilir. HUAK.m.15/II'de, tarafların, arabuluculuk usulünü, emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinin gidişatını etkileyecek olan usulü belirleme, sadece uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen arabulucuya başvurma sözleşmesi ile yapılabileceği gibi, taraflar ve arabulucu arasında akdedilen arabuluculuk sözleşmesi ile de belirlenebilir⁴. Daha önce de ifade edildiği gibi, sürecin daha sağlıklı ve verimli geçmesi açısından, arabuluculuk sürecinde uygulanacak usulün taraflar ve arabulucu tarafından birlikte belirlenmesi tercih edilmelidir⁵.

Uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan arabulucuya başvurma sözleşmesi ile taraflar ve arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi bazı hâllerde iç içe

¹ **Özbek**, s. 672; **Yazıcı Tıktık**, s. 153; **Kekeç**, s. 151; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 143; **Dür**, s. 335; **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 51; **Oğuz**, s. 68.

² Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca hazırlanan Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları için bkz., http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html Et: 06.04.2019.

³ **Dür**, s. 335; **Oğuz**, s. 68.

⁴ Arabuluculuk usulünün arabulucuya başvurma sözleşmesinde uyuşmazlığın taraflarınca belirlenmesi durumunda, faaliyetin bu usule göre gerçekleştirilebilmesi, bunun ancak arabulucu tarafından kabul edilmesine bağlıdır.

⁵ **Dür**, s. 321.

geçmektedir. Özellikle, uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların birlikte bir arabulucuya danışma amacıyla gitmelerinde, söz konusu uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeye karar vermeleri ve arabulucu ile bir arabuluculuk sözleşmesi yapmaları hâlinde, sürecin aşamaları birbirinin içine geçmiş bir görünüm arz eder. Öğretide, arabuluculuk faaliyeti için, borçlar hukuku karakterli bu iki sözleşmenin mutlaka ayrı iki sözleşme şeklinde yapılmasının gerekmediği, bu sözleşmelerdeki bazı hususların yer değiştirebileceği ifade edilmiştir⁶. Uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurma konusunda taraflar önceden anlaşmamış olsalar bile, birlikte bir arabulucu seçip bu uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi konusunda anlaştıklarında yine arabulucuya başvurma sözleşmesi kurulmuş olur⁷. Arabulucuya başvurma sözleşmesi herhangi bir şekle de bağlı değildir. Tarafların, arabulucuya başvururken hemfikir olması, bu sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Devamında, taraflar arabulucuya başvurma sözleşmesini ayrıca yapmadıkları için, eksik olan konularda, özellikle usulün nasıl olacağı hususunda, arabuluculuk sözleşmesi devreye girebilecektir. Görüldüğü gibi, arabuluculuk usulü⁸, gizlilik ve sır saklama, arabulucunun görev sınırları gibi hususlar hem arabulucuya başvurma sözleşmesinde hem de arabuluculuk sözleşmesinde de düzenlenebilecektir.

II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Arabuluculuk yöntemiyle ilgili çeşitli hükümler, temel ilke ve kurallar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak, ilkesel bu düzenlemelerin, arabuluculuk sözleşmesinin, kanunda düzenlenen isimli bir sözleşme olarak kabulü için yeter derecede olmadığı belirtilmelidir. Arabulucuya başvurma sözleşmesi gibi, arabuluculuk sözleşmesi de kanunda ayrıca ve sistematik olarak düzenlenmemiş olan bir sözleşmedir. Dolayısıyla, bu isimsiz sözleşmenin, öncelikle hangi hukuk alanına giren bir sözleşme olduğu tespit edildikten sonra, kanundaki diğer sözleşmelerle olan ilişkisi incelenip hukukî nitelendirmesi yapılmalıdır.

Uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi, ilk bakışta, maddî hukuk ve usul hukukunu ilgilendiren bir sözleşme gibi görülebilmektedir. Bir sözleşmenin hukukî niteliğinin tespiti yapılırken de, sözleşmenin dâhil olduğu hukuk alanının tespiti önemlidir. Arabuluculuk sözleşmesinin hangi alana

⁶ Yazıcı Tıktık, s. 154.

⁷ Bir sözleşmenin kurulması için gereken irade beyanları olan öneri ve kabul, açık bir şekilde yapılabileceği gibi (sözlü veya yazılı), örtülü şekilde de (fiilî, davranışlarla belli eder şekilde) yapılabilir. Bkz., Eren, Genel, s. 261; Aybay, s. 27, 31; Antalya, C. 1, s. 263, 267; Kılıçoğlu, s. 85 vd.; Akıncı, s. 67; Cansel/ Özel, s. 105.

⁸ Arabuluculuk usulüyle ilgili düzenlemeler arabulucuya başvurma sözleşmesinde düzenlenmişse, bu düzenlemelerin arabuluculuk faaliyetinde uygulanabilmesi, bunun arabulucu tarafından kabul edilmesine bağlıdır.

dâhil olduğunun tespiti, arabulucuya başvurma sözleşmesinin niteliğinin tespitine göre bu anlamda kolaylık arz eder. Çünkü, arabuluculuk sözleşmesi, taraflar ve arabulucu arasında yapılıp, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ile ilgili olduğundan, bu sözleşmenin içerdiği hükümler, maddî hukuk yönü ağır basan hükümler olarak görülebilir.

Usul sözleşmeleri, görülmekte olan ya da gelecekteki bir davada etkilerini doğrudan göstererek bir usulî ilişkiyi kuran, değiştiren veya ortadan kaldıran yahut usulî bir edimin ifası veya ondan kaçınılmasını içeren iki taraflı usul işlemleridir⁹. Usul sözleşmeleri, gerçek usul sözleşmeleri, usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri ve karma sözleşmeler olarak üçe ayrılır¹⁰. Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların bu sözleşmeyi yapmaktaki amaçları maddî hukuk alanında değişiklik yapmayı istediklerinden gerçek usul sözleşmesi olarak kabul edilemez. Ancak, deliller ve gizlilik ile ilgili konularda arabuluculuk sözleşmesinde düzenleme yapılabileceğinden bu sözleşmenin usul hukukunu etkileyen bir yanı da bulunmaktadır. Sonuç olarak, arabuluculuk sözleşmesi, hem usul hukukunu hem maddî hukuku ilgilendirdiğinden karma nitelikte bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Usulî ilişkileri ve dolayısıyla usul hukukunu ilgilendirme ihtimali olan arabulucuya başvurma sözleşmesinin bu niteliğiyle ilgili değerlendirme ise daha önceki bölümde yapılmış bulunmaktadır¹¹.

Öğretide, tarafların ve arabulucunun ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini ve ayrıca arabuluculuk süreciyle ilgili bazı hususları düzenleyen arabuluculuk sözleşmesinin, maddî hukuka tâbi bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹². Konu veya sözleşmenin doğrudan etkilerini gösterdiği alan teorisine göre de, tarafların sözleşme yapmaktaki amaçları dikkate alınacak ve bu sözleşme ile usul hukukunda mı yoksa maddî hukukta mı etki yaratılması hedeflendiğine göre nitelendirme yapılacaktır. Buna göre, taraflar ve arabulucunun öncelikli amacının, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi usulü ve birbirlerinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi hususları olduğundan, etki doğurmasının istendiği alanın özel hukuk alanı olduğu söylenebilir. Ancak, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları, usule ilişkin yapacakları bazı düzenlemelerle usul hukukunu kısmen de etkileyebilirler. Bu sebeple, arabulu-

⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 52; Taşpınar, s. 73; Taşkın, s. 16-17.

¹⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175-177; Taşpolat Tuğsavul, s. 104.

¹¹ Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hukukî niteliğiyle ilgili bkz., İkinci Bölüm, § 4, II.

¹² Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 51; Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 156; Dür, s. 337; Oğuz, s. 69.

culuk sözleşmesinin hem usul hukuku hem de maddî hukuku etkileyen bir karma sözleşme olduğunun kabulü mümkündür¹³.

Arabuluculuk sözleşmesi, hem usul hukukunu hem de maddî hukuku etkileyen bir karma sözleşme olarak kabul edildikten sonra, kanunda ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmemiş olan bu sözleşmenin, kanunda düzenlenen diğer sözleşmelerle olan ilişkisi incelenmelidir. Burada bakılması gereken sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen işgörme sözleşmeleridir¹⁴. Zira, arabuluculuk sözleşmesinde de, arabulucunun aslî yükümlülüğü, arabuluculuk sürecini sözleşme ve kanuna uygun şekilde yönetmek, taraflara bu süreçte eşlik etmek yani arabuluculuk hizmeti sunmaktır¹⁵. Taraflar da bu hizmet karşılığında bir ücret ödeyeceklerdir. Tarafların uyuşmazlığının arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi, arabulucunun bu süreci yürütmesi şeklinde ifa edeceği işgörme edimiyle alakalıdır.

A) HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Alman Hukuku'nda, arabuluculuk sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁶. Bir işgörme edimi şeklinde kendini gösteren arabuluculuk hizmeti, özel bir hizmet olarak nitelendirilip, arabuluculuk sözleşmesine de bir hizmet sözleşmesi nitelendirmesi yapılmıştır. Bunun sebebi ise, Alman Hukuku'nda, vekâlet sözleşmesinin ücrete tâbi olarak yapılamamasıdır. Almanya'da hâlen, Roma Hukuku'ndan gelen bir anlayış olarak, vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığı yapılamayacağı anlayışı devam etmektedir. Dolayısıyla, orada, normal şartlarda tipik bir vekâlet sözleşmesi özelliği gösteren bir sözleşme ücret karşılığı yapıldıysa, hizmet veya eser sözleşmesi kategorisine konulmaktadır. Vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesine uygun hâle getirebilmek için de, genel hizmet sözleşmesi ve özel hizmet sözleşmesi ayrımı yapılmıştır. Buna göre, uzmanlık şeklinde özel bir eğitim sonucunda yapılıp yüksek bir özen isteyen avukatlık, doktorluk, mühendislik gibi faaliyetler, özel hizmet sözleşmeleri kapsamında icra edilebilmektedir¹⁷.

Avusturya ve İsviçre Hukuku'nda da arabuluculuk sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır¹⁸. İlaveten, Avusturya'da, arabulu-

¹³ Karş., Yazıcı Tıktık, s. 156; Taşpınar, s. 62; Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Taşkın, s. 17.

¹⁴ Özellikle, hem Türk hem yabancı hukuk öğretisinde, arabuluculuk sözleşmesinin ilişkilendirilip değerlendirildiği sözleşmelerin başında eser, hizmet ve vekâlet sözleşmeleri gelmektedir.

¹⁵ Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 156; Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 51; Dür, s. 336.

¹⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 145; Dür, s. 337; Yazıcı Tıktık, s. 156.

¹⁷ Taşkın, s. 27; Dür, s. 337; Taşpolat Tuğsavul, s. 145.

¹⁸ Dür, s. 337.

cunun özen gösterme borcunun tam anlamıyla uygulanabilmesi için eser sözleşmesi hükümlerinin de göz önüne alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹.

Türk Hukuku'nda hizmet sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel hizmet sözleşmesi ve İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmesi olarak görülür. TBK.m.393'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin, bir işverene bağımlı şekilde belirli veya belirsiz süreli olarak işgörmesi ve işverenin de bu işgörme karşılığında işçiye, zamana ya da yaptığı işe göre ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Hizmet sözleşmesinin taraflar işçi ve işverendir²⁰. Hizmet sözleşmesinin unsurları; işgörme, bağımlılık, zaman ve ücrettir²¹. Hizmet sözleşmesini, diğer işgörme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli ve belirgin unsur bağımlılık unsurudur. İşçi, işgörme edimi çerçevesinde, kişisel yön, işyeri düzeni ve ekonomik yönden işverene bağımlıdır. Dolayısıyla, işçi, işverenin vereceği talimatlara uymak, işveren ait araç ve gereçleri kullanmak, ona hesap vermek zorundadır²². Arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olan arabulucu ise, sözleşmenin diğer tarafı olan uyuşmazlık taraflarına bağımlı değildir. Tam aksine, arabulucu görevini yerine tarafsız davranmak zorundadır (HUA.K.m.9). Arabulucunun bu tarafsızlığı sağlayabilmesi için de, uyuşmazlığın taraflarından herhangi birine veya her ikisine de bağımlı hareket etmesi düşünülemez. Hizmet sözleşmesinde karşılaşılan işverenin işçiye denetleme ve talimat hakkına, arabuluculuk sözleşmesinde rastlanmaz²³. Ancak, arabulucunun süreci özenle idare etmesi, süreçle ilgili olarak tarafları aydınlatma ve bilgi vermesi, arabulucunun bu yükümlülüklerini yerine getirmesinin taraflarca talep edilebilmesi hususu bunun dışındadır. Zira, arabulucunun tarafları aydınlatması ve süreçle ilgili bilgi vermesinde, işçi-işveren arasındaki talimat ve denetim ilişkisi gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesinin tipik bir unsuru olan bağımlılık unsurunun arabuluculuk sözleşmesinde bulunmaması ve arabulucu ile taraflar arasındaki ilişkinin, işçi-işveren ilişkisi tarzında olmamasından hareketle, arabuluculuk sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olmadığı ifade edilmelidir²⁴.

¹⁹ **Dür**, s. 337.

²⁰ **Eren**, Özel, s. 534; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 426; **Bilge**, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Mü-nasebetleri, Ankara 1962, s. 178.

²¹ **Eren**, Özel, s. 534; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 426; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 475 vd.

²² **Eren**, Özel, s. 535; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 475; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 431; **Bilge**, s. 178.

²³ **Yazıcı Tıktık**, s. 163.

²⁴ **Yazıcı Tıktık**, s. 163; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 145; **Dür**, s. 338; **Oğuz**, s. 69. Uyuşmazlık tarafları ile hakem arasında yapılan hakem sözleşmesinin de, yukarıda sayılan sebeplerle bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği hususunda bkz., **Taşkın**, s. 28.

B) ESER SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Avusturya Hukuku'nda, arabuluculuk sözleşmesinin eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan bir karma sözleşme olduğu da ileri sürülmüştür²⁵. Eser sözleşmesi, iş sahibinin bir bedel karşılığında eser sipariş ettiği ve yüklenicinin de sipariş edilen bu eseri meydana getirip teslim etmeyi yükümlendiği sözleşmedir (TBK.m.470)²⁶. Eser sözleşmesinin belirgin özelliği, bu sözleşme sonucunda ortaya objektif olarak bir eser konulmasıdır. Burada, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden farklı olarak, bir edim fiili değil, edim fiiline bağlı edim sonucu borçlanılmaktadır²⁷.

Eser sözleşmesinin unsurları; meydana getirme, eser, bedel ve anlaşmadır²⁸. Bu unsurlardan en önemlileri, eser sözleşmesinin tipik unsurları olup onu diğer sözleşmelerden ayıran bir meydana getirme fiili ve eser unsurlarıdır. Meydana getirme unsuru, daha önce var olmayan bir eserin işgörmeye dayalı olarak ortaya çıkarılması yahut geniş anlamda meydana getirme olarak var olan bir eserin değiştirilmesi, onarılması ve yok edilmesi gibi hususları kapsar. Meydana getirme unsuru, eser sözleşmesini konusu işgörme sözleşmesi olmayan diğer sözleşmelerden (satış, kira vb.) ayırır²⁹. Eser unsuru ise, bu sözleşmeyle yüklenicinin iş sahibi adına ortaya çıkarmayı üstlendiği sonuçtur³⁰. Eserin maddî bir sonuç olup olmadığı tartışmasına girmeden, arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun yükümlülüklerine uygun olarak edimini

²⁵ Yazıcı Tıktık, s. 159.

²⁶ **Gümüş**, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), 3. Baskı, C. 2, İstanbul 2014, s. 1; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 537; **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 1; **Bilge**, s. 212; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 461; **Gümüş**, s. 317.

²⁷ **Gümüş**, C. 2, s. 3.

²⁸ **Gümüş**, C. 2, s. 4-7; **Tandoğan**, C. 2, s. 2 vd.; **Gümüş**, s. 317. Öğretideki bazı yazarlarca, eser sözleşmesinin unsurları; bir eserin meydana getirilmesi, bedel ve anlaşma şeklinde üçe ayrılarak belirlenmiştir. Bkz., **Eren**, Özel, s. 588 vd.; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 462 vd.

²⁹ **Gümüş**, C. 2, s. 4; **Eren**, Özel, s. 594-595; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 467-468; **Gümüş**, s. 317.

³⁰ Eser kavramının neleri içerdiği öğretide oldukça tartışmalı bir konudur. Eser kavramından anlaşılması gereken sadece maddî varlığı olan sonuçlar mı yoksa maddî olmayan sonuçların meydana getirilmesi de bu kapsamda mıdır? Bu sorunun cevabı Türk-İsviçre hukuklarında hâkim görüşe göre, eser kavramının hem maddî hem de maddî olmayan sonuçları kapsayacağı şeklinde cevaplanmıştır. Ancak, maddî olmayan sonuçların eser kavramına dâhil edilebilmesi için bazı yazarlarca belli kriterler de ileri sürülmüştür. "Fikri eser" olarak adlandırılan maddî olmayan işgörme sonuçları için, bunun bir maddî varlık üzerinde süreklilik gösterecek tarzda cisimleşmesi (objektif bir bütünlük) ve nitelik olarak taahhüt edilmeye elverişli (borçlunun yerine getirmede yeterli olması) olması gerekmektedir. Bazı yazarlara göre ise, maddî bir varlıkta cisimlenip cisimlenmediğine bakılmaksızın, içsel bütünlüğe sahip olup belirlenebilir nitelikteki maddî olmayan, geçici veya sürekli tüm işgörme sonuçları eser olarak kabul edilmektedir. Yine, bunun aksi yönündeki bazı görüşlere göre de, maddî olmayan işgörme sonuçlarının meydana getirilmesini konu edinen sözleşmeler eser sözleşmesi değil, sui generis sözleşme olarak kabul edilir. Bkz., **Gümüş**, C. 2, s. 4-6; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 538-539; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 462 vd.; **Eren**, Özel, s. 588 vd.; **Tandoğan**, C. 2, s. 2 vd.; **Bilge**, s. 213; **Gümüş**, s. 318-319.

ifa etmesiyle bir sonucun meydana gelip gelmeyeceği düşünülmelidir. Arabulucu, arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasıyla beraber, taraflara karşı arabuluculuk sürecini idare etme, süreci gereği gibi yönetme yükümlülüğü altına girer. Arabulucunun, uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisi olmadığından, taraflara karşı uyuşmazlık hakkında karar verme taahhüdünde bulunamaz. Ayrıca, arabulucu, arabuluculuk faaliyetiyle birlikte uyuşmazlık hakkında çözüm getiren bir sonuca ulaşılacağını da taraflara taahhüt edemez. Zira uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi kullanılarak anlaşma ile çözümü, arabulucun karar verebileceği bir husus değildir. Dolayısıyla, arabulucunun faaliyeti bir işgörme faaliyeti olup sonuç meydana getirmeyi içeren, maddî veya maddî olmayan bir eser vaat eden tarzda bir faaliyet değildir. Böylece, arabuluculuk sözleşmesinin hukukî nitelik itibarıyla bir eser sözleşmesi olmadığı kabul edilmelidir³¹.

C) VEKÂLET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Hizmet ve eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek olan arabuluculuk sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi olup olmadığı incelenebilir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin, vekâlet veren hesabına, onun menfaatine olacak şekilde, bağımlılık ilişkisi bulunmadan ve sonucun elde edilememesi tehlikesi ona ait olmadan bir iş görmeyi yüklediği sözleşmedir³². Kanunda ise vekâlet sözleşmesi, “vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır (TBK.m.502). Bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinde vekilin edimi maddî edimlerden farklı olarak onun malvarlığından değil, bizzat kendi (bedensel veya fikrî) faaliyetinden kaynaklanır³³. Vekâlet sözleşmesinin unsurları; bir işin görülmesi, işin vekâlet verenin iradesine ve menfaatine uygun olarak görülmesi, işgörmenin zaman kaydına bağlı olmaması, vekilin işgörmeyle başarılı bir sonuç elde edi-

³¹ **Yazıcı Tıktık**, s. 160-161; **Dür**, s. 339. Süreç sonunda bir karar vermenin söz konusu olduğu hakem sözleşmesinde bile, hakemin vereceği kararın zihni (maddî olmayan) bir eser sayılmasının mümkün olmadığı, zira eser sözleşmesindeki özel sorumluluk hükümlerinin (ayıba karşı tekeffül) hakem kararına uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz., **Taşkın**, s. 30-31.

³² **Tandoğan**, C. 2, s. 355; **Gümüş**, C. 2, s. 122; **Eren**, Özel, s. 705; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 596; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 632; **Gümüş**, s. 411-412; **Başpınar**, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 70; **Özka-ya**, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 32; **Emiroğlu**, Haluk, Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, C. 52, S. 1, 2003, s. 101-111, s. 101; **Somuncuoğlu**, Ünal, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri ile İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Fransızca Versiyonunun Karşılaştırılması ve Bazı Özel Akit Tipleri (Satım, Eser, Vekâlet, Kefalet), Ankara 2016, s. 305; **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 791.

³³ **Gümüş**, C. 2, s. 122.

lememesi tehlikesini taşımaması, işgörmenin kanunla düzenlenen başka bir işgörme sözleşmesinin türünü oluşturmaması ve tarafların anlaşmasıdır³⁴.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları arasında, TBK.m.502'ye göre kural olarak ücret yoktur. Ücret, ancak taraflarca kararlaştırılmışsa veya bununla ilgili teamül varsa mevcut olur (TBK.m.502/III)³⁵. Kanundaki tanımdan yola çıkıldığında, vekâlet sözleşmesinde ücretin zorunlu bir unsur olmadığı görülür. Böylece, vekâlet sözleşmesinin temelde eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilebilir³⁶. Her ne kadar, kanunda vekâlet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz olduğu kabul edilmişse de, uygulamada vekâlet ilişkileri fiilen ücret karşılığında yapıldığından (avukatlık, hekimlik, mimarlık sözleşmeleri gibi), artık vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığında yapılan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması kural hâline gelmektedir³⁷.

Bir işgörme edimini içeren arabuluculuk sözleşmesi, yukarıda sayılan vekâlet sözleşmesinin unsurlarına ve özelliklerine benzeyen bir görünüm arz etmektedir. Arabulucunun, sistematikler teknikler uygulayarak, müzakere etmeleri amacıyla tarafları bir araya getirip kendi çözümlerini bulmalarını sağlaması ve bu süreci yönetmesi (HUAk.m.2), vekâlet sözleşmesindeki vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi üstlenmesidir (TBK.m.502). Arabulucunun, arabuluculuk sözleşmesiyle yerine getirmesi gereken edimini ifa ederken özenle hareket etmesi (HUAk.m.9), vekâlet sözleşmesinde de vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri yerine getirirken göstermesi gereken

³⁴ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 632 vd.; **Eren, Özel**, s. 708 vd.; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 602 vd.; **Tandoğan**, C. 2, s. 356 vd.; **Gümüş**, C. 2, s. 124 vd. Ancak, vekâlet sözleşmesinin unsurları ile ilgili olarak öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bkz., **Başpınar**, s. 71. Burada da, unsurların hemen hepsine yer verilerek vekâlet sözleşmesinin özelliklerinin belirgin hâle getirilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte ifade edilmelidir ki, vekâlet sözleşmesinin en belirgin özelliği, başkasının menfaatine işgörmektir (mandatum mea gratia). Böylece, işgörmeyi amaç edinen sözleşmeler açısından vekâlet sözleşmesi bir prototip teşkil etmekte ve anahtar kavram işlevi yerine getirmektedir. Bkz., **Başpınar**, s. 72.

³⁵ Vekâlet sözleşmesinde ücretin söz konusu olmaması, Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma'da, vekâlet ile ilgili işler ücret karşılığında yapılmamaktaydı. Vekâletin ifası, başkasına ait bir işin görülmesi Romalı'lar için bir onur ve saygınlık meselesiydi. Dolayısıyla, böyle bir işgörme karşılığında ücret alınmazdı. Bu anlayışın etkisi Alman Hukuku'nda devam ederek vekâlet sözleşmesinin mutlak şekilde ücretsiz yapılacağı, ücret karşılığı yapılırsa bunun bir hizmet veya eser sözleşmesi olacağı kabul edilmektedir. Türk ve İsviçre Hukuku'nda ise, vekâlet sözleşmesi kural olarak ücretsiz iken, taraflarca veya teamül gereği ücret kararlaştırılabilir. Günümüzde, vekâlet sözleşmesinin ücret karşılığı yapılması oldukça yaygınlaştığından, vekâletin ücrete tâbi olması fiilen bir kural hâline gelmiş bulunmaktadır. Bkz., **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 637; **Gümüş**, C. 2, s. 129-130; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 604; **Başpınar**, s. 78 vd.; **Tandoğan**, C. 2, s. 365; **Başpınar**, Veysel, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Hakkında Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, 2004, s. 463-478, s. 465; **Akıncı**, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 9; **Emiroğlu**, s. 105.

³⁶ **Başpınar**, s. 78; **Gümüş**, C. 2, s. 123; **Eren, Özel**, s. 706-707; **Akıncı**, Vekâlet, s. 13. Vekâlet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu da öğretide ileri sürülmüştür. Bkz. **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 642.

³⁷ **Başpınar**, s. 79, 85; **Eren, Özel**, s. 707; **Aral/ Ayrancı**, s. 438; **Gümüş**, C. 2, s. 130.

özen borcuyla örtüşmektedir (TBK.m.506/II). Arabulucunun, gizlilik ilkesine uygun olarak sır saklama yükümlülüğü (HUAK.m.4), vekâlet sözleşmesinde vekilin sır saklama yükümlülüğüyle benzeşmektedir (TBK.m.506/II). Ayrıca, hem arabuluculuk sözleşmesinde hem de vekâlet sözleşmesinde arabulucu ve vekil, işgörmeye başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşımamaktadır. Bir görüşe göre, bu sayılanlar arabuluculuk sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi mahiyetinde olduğunu göstermektedir³⁸. Ancak, bu sayılan benzerlikler yanında, aşağıda değinileceği gibi arabuluculuk sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında bazı farklılıklar da bulunduğundan, arabuluculuk sözleşmesinin doğrudan vekâlet sözleşmesi mahiyetinde bir sözleşme olduğu söylenemez.

Arabuluculuk sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin benzeyen birçok yönü olmasına rağmen, farklılaşan bazı özellikleri de mevcuttur. Bunlardan ilki ve en önemlisi ücret hususudur. Günümüzde her ne kadar vekâlet sözleşmeleri ücret karşılığında yapılan bir sözleşme ise de Kanun'a göre kural olarak ücret karşılığında yapılmadığından, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁹. Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre, ücret bu sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir. Ancak, avukatlık sözleşmesi gibi profesyonel bir işin görüldüğü vekâlet sözleşmesi niteliğine sahip bazı sözleşmelerde ücret zorunlu bir unsur olabilmektedir. Arabuluculuk sözleşmesinde de, arabulucunun ücreti zorunlu bir unsur olarak kabul edilebilir⁴⁰. Zira, HUAK.m.7'de, arabulucunun ücret ve masraflarını isteyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, arabulucuya ödenecek ücret, faaliyetin sona erdiği tarihteki Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'ne göre belirlenecektir (HUAK.m.7/II). Esasen, vekâlet sözleşmesinin kanuna göre kural olarak ücretsiz olması ve ücret karşılığında yapılabilmesinin önünde bir engel olmaması nedeniyle, arabuluculuk ve vekâlet sözleşmeleri birbirinden bu noktada keskin çizgilerle ayrılmamaktadır. Sadece arabuluculuk sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinin özel bir türü olan avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi, ücrete tâbi bir işgörme sözleşmesi özelliği taşımaktadır⁴¹.

³⁸ **Özbek**, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2014, C. 20, S. 1, s. 1119-1156, s. 1144.

³⁹ **Başpınar**, s. 78; **Gümüş**, C. 2, s. 123; **Eren**, Özel, s. 706-707.

⁴⁰ Arabuluculuk sözleşmesinde ücret, zorunlu bir unsur olsa da, aynı avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi istisnâ olarak arabuluculuk sözleşmesinin de ücretsiz yapılabileceği kabul edilmelidir. HUAK.m.7/I ve II'ye göre, arabulucu ücret isteme hakkına sahiptir ve bu ücret aksi kararlaştırılmamışsa Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir. Böylece, arabulucu iradî olarak ücret istemek hakkından vazgeçebilecek ve istisnâ olarak arabuluculuk sözleşmesi ücretsiz de yapılabilecektir.

⁴¹ Avukatlık sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda hâkim görüş tarafından her ne kadar vekâlet sözleşmesi nitelendirmesi yapılsa da, avukatlık sözleşmesi kendine özgü yapısı olan bir sözleş-

Mevzuattaki düzenleme dikkate alındığında, arabuluculuk sözleşmesinde ücretin kural olarak zorunlu olduğu ifade edilebilir. HUAk.m.7/II'deki, "aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir..." ifadesi ile ilgili Tarife'de⁴² yer alan 1. maddenin II. fıkrasına göre, "Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz." düzenlemeleri birlikte ele alındığında arabuluculuk sözleşmesinde ücretin zorunlu bir unsur olduğu çıkarımı yapılabilir. Esasen, arabuluculuk sözleşmesinde ücretin zorunlu bir unsur olması, Avukatlık Kanunu m. 164'teki "Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılmaz." ifadesi gibi açık bir şekilde düzenlenmemiştir. HUAk.m.7/II'deki "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesi, taraflarca arabuluculuk ücretinin bilerek kararlaştırılmayıp ücretsiz şekilde yapılabileceği gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Bu kabul, arabuluculuk yöntemindeki yoğun iradîlik unsuruna ve borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi ilkesine daha uygun olsa da, Tarife'de yer alan açık düzenleme karşısında, Kanun'daki "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinin, arabulucunun ücretinin asgarî ücret tarifesinin altına inmeden serbestçe kararlaştırılabileceği şeklinde anlaşılmasına sebep olabilir. Ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da açıkça, Avukatlık Kanunu'nda olduğu gibi, asgarî ücret tarifesinin altında ücret kararlaştırılamayacağını düzenlenmesi isabetli olur. Zira, bu hâliyle öğretilde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Yönetmeliği'nde açık bir yasak yok iken, Bakanlık tarafından Tebliğ şeklinde yayınlanan Tarife'de asgarî ücret tarifesindeki ücretlerin altında ücret kararlaştırılamayacağı, yani ücretsiz arabuluculuk yasağının getirilmiş olduğu kabul edilemez⁴³. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesinin kural olarak ücrete

medir. Çünkü, avukatlık sözleşmesiyle ilgili getirilen hükümler ve bu sözleşmenin uygulamasında ortaya çıkabilecek hususlar sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel vekâlet sözleşmesinin özelliklerinden farklılaşmış ve yeni bir sözleşme tipi ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, avukatlık sözleşmesi için, vekâlet sözleşmesinin yasa da düzenlenmiş özel bir türü olduğu söylenebilir. Bkz. **Burcuoğlu**, Haluk, Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBBD., S. 49, 2003, s. 50; **Günergök**, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 35; **Güner**, Semih, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014, s. 73; **Keçecioğlu**, Burak, Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1649-1679, s. 1652; **Gümüş**, C. 2, s. 135. Ayrıca, öğretildeki bir görüş, avukatın yargılamaya yönelik faaliyetleri dışında kalan danışmanlık faaliyetlerini, hukukî rapor düzenleme ve sözleşme hazırlama gibi işlerini fikrî birer eser kabul ederek, avukatın maddî olmayan bir sonucu borçlandığından hareketle eser sözleşmesi nitelendirmesi yapmaktadır. Bkz., **Gümüş**, C. 2, s. 135.

⁴² 30642 sayı ve 31 Aralık 2018 tarihli Tebliğ vasıtasıyla Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181231M4-13.htm> Et: 05.05.2019.

⁴³ **Erdoğan/ Erzurumlu**, s. 17; **Dost**, Süleyman, Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, TBBD., S. 115, 2014, s. 449-476, s. 457; **Özbek**, Tahlil, s. 1132. Ayrıca, öğretilde, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili asgarî ücret tarifesinin getirilmiş olup, bu faali-

tâbi bir sözleşme olduğu, ancak istisnâ olarak ücretsiz şekilde yapılabileceği ifade edilmelidir.

Arabuluculuk sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden farklılaşan bir diğer yönü, işgörme borcunun şahsen yerine getirilmesi gerekliliğinin derecesidir. Vekâlet sözleşmesinde, TBK.m.506 hükmü gereğince vekil, kural olarak borcunu şahsen ifa etmelidir. Vekâlet sözleşmesinde kural olarak, TBK.m.83'te öngörülen “şahsen ifa zorunluluğunun olmaması ilkesi” geçerli değildir⁴⁴. Böylece, vekil, kanunda sayılan istisnâ durumlar yoksa, vekâlet verenin menfaatine olacak şekilde işgörme borcunu bizzat yerine getirmelidir⁴⁵. TBK.m.506/I'de, vekile yetki verildiği, durumun zorunlu veya teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Görüldüğü gibi, kanunen vekilin belli durumlarda işgörme borcunu başkasına yaptırabilmesi, borcun mutlak şekilde şahsen ifa edilmeyebileceğine işaret eder. Buna karşın, arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun aslî edimi olan arabuluculuk faaliyetini yürütmesi şeklinde kendini gösteren işgörme borcu, mutlak şekilde arabulucu tarafından ifa edilmesi gereken bir borç olarak nitelendirilir. Zira, HUAK.m.9'da, arabulucunun görevini “şahsen” yerine getireceği düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesinden farklı olarak da, arabulucunun şahsen borcunu ifa etmesini herhangi bir istisnası öngörülmemiştir⁴⁶. Ayrıca, böyle bir imkân mümkün olsaydı da, arabulucunun arabuluculuk görevini devredeceği kişinin de arabulucular siciline kayıtlı, resmî olarak arabuluculuk yapmaya yetkili bir kişi olması gerekirdi (HUAK.m.2/I-a ve m.19). Yönetmelik'te de arabulucunun görevini şahsen yerine getirmesi gerektiği ve bu görevini kısmen dahi olsa başkasına devredemeyeceği ifade edilmiştir (HUAKY.m.11)⁴⁷.

yetin ücrete tâbi kılınması çabası, arabuluculuk kurumunun amacı ve ruhuna zarar vereceği gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Bkz., Şipka, s. 171-172.

⁴⁴ Gümüş, C. 2, s. 147-148; Eren, Özel, s. 724; Somuncuoğlu, s. 310.

⁴⁵ Vekilin borcunu bizzat yerine getirmesi demek, onun mutlaka işgörme faaliyetinin her bir aşamasını bizzat yapması gerektiği anlamına gelmez. Vekil, aslî nitelikte olmayan ikinci derecedeki işleri yardımcılara yaptırabilir. Söz gelimi, bir avukat yazı işlerinde kâtip veya sekreter kullanabilir ya da bir doktor hasta bakıcıdan yararlanabilir. Bu gibi hâllerde vekil, yardımcı kişilerin fiillerinden TBK.m.116'ya göre sorumlu olur. Bkz., Eren, Özel, s. 725; Aral/ Ayrancı, s. 450.

⁴⁶ Yazıcı Tıktık, s. 164. Uygulamada, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştiren bürolarda, uyuşmazlığın taraflarıyla yapılan ilk görüşmeler, oturum tarihi planlama ve süreçle ilgili bazı açıklamalar arabulucu yerine sekreterler tarafından yapılmaktadır. Ancak, Kanun'daki açık düzenleme sebebiyle, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bütün iş ve işlemleri yerine getirmesi gereken kişi arabulucunun kendisidir. Arabulucunun şahsen ifa borcunun istisnası Kanun'da öngörülmemiştir (HUAK.m.9/I).

⁴⁷ Arabulucu, görevini başkasına devredemez ancak uyuşmazlığın tarafları, ilgili uyuşmazlığın çözümü için birden fazla arabulucu görevlendirebilirler (HUAK.m.14). Eş arabuluculuk olarak adlandırılacak olan bu durumda, arabulucular görevlerini yine şahsen yerine getirmek zorunda olup süreci birlikte yönetirler.

Arabuluculuk sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden farklılık arz eden bir diğer yanı arabulucunun tarafsızlığıdır. HUAK.m.9’da, arabulucunun görevini yerine getirirken tarafsız davranması gerektiği düzenlenmiştir. Tarafsızlık, bir ilke olarak arabuluculuk kurumunda yer almakta ve bu kurumun işlerliği için oldukça önem arz etmektedir. Çünkü, uyuşmazlık taraflarının arabulucuya güvenerek uyuşmazlığı bu faaliyet aracılığıyla çözebilmeleri için önemli olan kriterlerden biri arabulucunun tarafsızlığıdır⁴⁸. Vekâlet sözleşmesinde vekilin durumu ise bu anlamda farklılık gösterir. Vekil, işgörme borcunu yerine getirirken vekâlet verene bağlılık (sadakat) içerisindedir (TBK.m.506/II). Vekilin sadakat yükümlülüğü; sır saklama ve gizlilik yükümlülüğü, kendi menfaatlerini vekâlet verenin menfaatine tâbi kılmasının sonucu olarak çifte temsil ve kendi kendisiyle sözleşme yapmaktan kaçınma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü gibi yükümlülükler şeklinde somutlaştırılabilir⁴⁹. Vekilin tarafsızlığı, görevini yerine getirirken tarafsız davranması gibi bir yükümlülük vekâlet sözleşmesi hükümlerinde düzenlenmediği gibi, vekilin sadakat borcu kapsamında da yer alan bir husus değildir. Zira, vekâlet sözleşmesinde vekil ve vekâlet veren olmak üzere iki taraf vardır. Temelde bir vekil ve bir vekâlet verenden oluşan vekâlet sözleşmesinde, vekilin kime karşı nasıl tarafsız kalacağı sorunu karşısında, bu sözleşmeden vekilin tarafsız kalmasını beklemek işlevsel olmayacaktır. Ayrıca, vekâlet sözleşmesinin varlık amacı gereği, vekil doğal olarak vekâlet verenin yanında yer alan bir taraf konumundadır. Aralarındaki sözleşme gereğince başka birine ait bir işlemi yapan, bir hizmetin ifası veya işin idaresini üstüne alan kimsenin (vekilin), bu işin sahibine karşı tarafsız olmasından söz edilemez⁵⁰. O hâlde, arabulucunun tarafsız olması gerekirken, genel vekâlet sözleşmesindeki vekilin tarafsız olması söz konusu değildir. Arabulucu, onu arabulucu olarak seçenlerin (uyuşmazlığın taraflarının) menfaatine yönelik davranmalı ve bu taraflara karşı bağımsız ve tarafsız hareket etmelidir.

Öğretideki bazı görüşler, arabuluculuk sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak kabul ederek bununla ilgili hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, arabuluculuk sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi hükümleri tam olarak örüşmektedir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesi hükümleri, arabuluculuk sözleşmesine en uygun olan hükümler olduğundan, bu sözleşmeye doğrudan uygula-

⁴⁸ **Yazıcı Tıktık**, s. 169; **Dür**, s. 420. HUAK.m.9’un gerekçesinde de, tarafların güveninin sağlanabilmesinin, arabulucunun her iki tarafa da eşit mesafede durması ve tarafsız kalması ile mümkün olacağı belirtilmiştir. Bkz., <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> Et: 28.11.2018.

⁴⁹ **Gümüş**, C. 2, s. 155.

⁵⁰ **Başpınar**, s. 94.

nabilir⁵¹. Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğiyle ilgili öğretideki diğer görüş ise, arabuluculuk sözleşmesinin her ne kadar vekâlet sözleşmesine benzediğini kabul etse de, bu sözleşmeyi tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmeyip vekâlet hükümlerinin TBK.m.502/II atfı gereğince kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁵². Bu görüşe göre, arabuluculuk sözleşmesi, TBK.m.502/II ile izin verilen isimsiz bir işgörme sözleşmesidir⁵³.

Arabuluculuk sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar ücret, bağımsız ve tarafsız hareket etme ile şahsen ifa borcunun mutlaklığı olarak tespit edilmişti. Bu farklara dayanarak, arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği tespit edilirken, esas dikkate alınması gereken bu farkların aslî unsurlara dâhil olup olmadığıdır. Zira, bir sözleşmenin isimsiz sözleşme, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olup olmadığının tespiti, sözleşmenin aslî unsurlarına bakılarak yapılmaktadır. Aslî unsurlar kıyaslandığında ise, arabuluculuk sözleşmesindeki arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmesi ve karşılığında ücret ödenmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel vekâlet sözleşmesinden farklılık arz etmektedir. Ancak, vekâlet ilişkisine dayalı bir işgörme sözleşmesinde ücret kararlaştırılmış olması, o sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Vekâlet sözleşmesine büyük oranda benzeyen avukatlık, hekimlik, mimarlık gibi bazı sözleşmeler de ayırt edici olan bazı özelliklerinden dolayı kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olarak kabul edilebilmektedir⁵⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, teknik anlamda bir kendine özgü söz-

⁵¹ **Özbek**, Tahlil, s. 1144; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 146; **Dür**, s. 340.

⁵² **Kekeç**, s. 152; **Yazıcı Tıktık**, s. 164-165.

⁵³ **Yazıcı Tıktık**, s. 164-165.

⁵⁴ Avukatlık sözleşmesi ile avukat ve müvekkil arasındaki hukukî ilişki ve ücret konusu düzenlenmektedir. Bu sözleşme, avukat sıfatını kazanmış bir meslek mensubunun hukukî ilişkilerinin düzenlenmesini ve her tür hukukî uyuşmazlık konusundan kendisine başvuranlara kamusal bir hizmet sunmasını sağlayan her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemeler sebebiyle sui generis bir nitelik taşıyan avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ile de büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak, avukatlık sözleşmesi, ismen ve kurucu unsurlarıyla da Kanun'da düzenlendiği için, teknik anlamda sui generis bir sözleşme olarak kabul edilemese de, vekâlet sözleşmesinden farklılaşan hükümleri nedeniyle kendine has yapısı olan fakat temelde vekâlete dayanan bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Bkz., **Burcuoğlu**, s. 49; **Günergök**, s. 35; **Güner**, s. 68-69; **Keçecioğlu**, s. 1652; **İyimaya**, Ahmet, Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?, TBBD., S. 3, 1993, s. 362-384, s. 367 vd.; **Albayrak**, Hakan, Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 12, 2018, s. 155-194, s. 162 vd. Buna karşın öğretide, avukatlık sözleşmesine ilişkin ayrı yasal düzenlemelerinin olmasının, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemeyeceği de ileri sürülmüştür. Bkz., **Gümüş**, C. 2, s. 135. Mimarlık sözleşmesiyle ilgili olarak ise, proje düzenleme, meslekî kontrol, yapının teknik bakımdan denetimi ve yönetimi hizmetlerinin birlikte üstlenildiği mimarlık sözleşmesinin (tam mimarlık sözleşmesi) öğretide bir karma sözleşme olarak kabul edildiği belirtilebilir. Bkz., **Kaplan**, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara

leşmeden (sui generis) bahsedilebilmesi için, sözleşmenin aslî edimlerinin yani esaslı unsurlarının kanun tarafından düzenlenmemiş olmasının gerekmesidir. Böylece, avukatlık, mimarlık sözleşmesi gibi sözleşmelerle birlikte arabuluculuk sözleşmesinin de vekâlet sözleşmesi ile ilişkisi incelenirken bu hususun göz ardı edilmemesi gerekir.

Belli açılardan arabuluculuk sözleşmesine benzeyen hakemlik sözleşmesi ise, öğretideki hâkim görüşe göre vekâlet sözleşmesi niteliğindedir⁵⁵. Bir görüşe göre, tarafından ileri sürülen görüşe göre, hakem sözleşmesinde ücret kararlaştırılması, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak kabulünü engellemez⁵⁶.

Arabuluculuk sözleşmesinin gösterdiği bazı özellikler ve işin icabı gereği, yukarıda sayılan farklılıklardan ötürü doğrudan bir vekâlet sözleşmesi olduğu söylene-
mez. Zira, eser veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyen isimsiz sözleşmelerin tamamını doğrudan vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmek yerine, bu isimsiz sözleşme ile ilgili hüküm var ise önce bunları uygulamak, gerektiğinde bu sözleşmelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesi hükümlerini uygulamak daha uygun görünmektedir⁵⁷. Ancak böyle bir durumda TBK.m.502/II anlamlı ve işlevsel olacaktır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre de, isimli-isimsiz sözleşme ayrımı çok da önemli değildir. Zira, isimli sözleşme olarak ifade edilen kanunda düzenlenmiş bazı sözleşmelerde bile, o sözleşmelere ait bütün hususlar kanunda düzenlenmemiş olabilmektedir. Bu ayrıntıların düzenlenmemesi her zaman kanun boşluğu olduğu anlamına gelmemekle beraber, kanunkoyucunun kanun yapma tekniği olarak bilinçli ve özellikle bıraktığı boşluklar olabilir. Bu görüşe göre, taraflarca, TBK.m.27 hükmü sınırları çerçevesinde oluşturulan yeni sözleşmenin içeriği, isimli bir sözleşmeye ait

1983, s. 96; **Gümüş**, C. 2, s. 133. Hekimlik sözleşmesi de, TBK.m.502/II anlamında, bu Kanun'da düzenlenmeyen bir işgörmeye sözleşmesidir ve bu sözleşmeye niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bkz., **Yavuz İpekyüz**, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, DÜHFD., C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61, s. 52, dn. 101. Öğretideki hâkim görüş, hekimlik sözleşmesinin hekim ile hasta arasındaki bir vekâlet ilişkisi olduğu yönündedir. Estetik ameliyatlara ilgili işlemlerde ise tartışmalar eser veya vekâlet sözleşmesi çerçevesinde sürmektedir. Bkz., **Gümüş**, C. 2, s. 133.

⁵⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 786; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 613; **Taşkın**, s. 38. Yargı kararları da, hakemlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bir kararda, "Yargıtay hukuk kısmının 13.05.1964 gün 1-3, 64/1 esas ve 3 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre taraflarla hakem arasındaki ilişki akdî niteliktedir. Tarafların teklifi üzerine hakemlik yapmayı kabul eden kişiler vekâleten onlara ait bir işin yapılmasını üzerlerine almışlardır. O hâlde taraflar arasındaki bağ bir vekâlet akdidir." HGK. 06.12.1969, E. 969 K. 866, **Taşkın**, s. 39, dn. 71. Hakem sözleşmesinin nitelik olarak vekâlet sözleşmesi olduğu yönündeki diğer bazı Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları için bkz. Yar. 15. HD. 20.06.2019, E. 2018/5543 K. 2019/2891; Ankara BAM. 4. HD., 13.4.2017, E. 2017/477 K. 2017/451.

⁵⁶ **Taşkın**, s. 41.

⁵⁷ **Taşkın**, s. 36-37.

unsurlar bakımından belli bir yoğunluğa ulaşmıyorsa, bu sözleşme isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmelidir⁵⁸. Yine, bu görüşe göre, isimli-isimsiz sözleşme ayrımı bir hayli zorluk yaratmaktadır⁵⁹. Esasen, öğretide, kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmeler için her zaman ayrıntılı hükümler bulunmadığından, isimli ve isimsiz sözleşmeler arasında sadece bir derece farkının bulunup nitelik farkının bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, isimli sözleşmelerin isimsiz sözleşmelerden farkı, sadece daha az boşluk içeren sözleşmeler olmalarıdır. Ancak, yine de isimli-isimsiz sözleşme arasındaki sınırın belirlenmesi, ilgili sözleşmeye uygulanacak emredici ve tamamlayıcı hükümler bakımından önem arz etmektedir⁶⁰.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî nitelendirmesi yapılırken de, isimli-isimsiz sözleşme ayrımında belli zorluklarla karşılaşılrsa da, pratik olarak uygulanacak hükümler ve varılacak sonuç benzerlik arz etmektedir. Zira, arabuluculuk sözleşmesine yukarıda belirtildiği gibi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen isimsiz bir iş-görme sözleşmesi nitelendirmesi yapıldığında, bu sözleşme temelde vekâlet sözleşmesine benzeyen bir iş-görme sözleşmesi olarak kabul edilip TBK.m.502/II gereğince vekâlet sözleşmesi hükümleri, bu sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Sonuçta, arabuluculuk sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi hükümlerinden tamamen ayrılması, vekâlet sözleşmesi hükümlerinden hiçbirinin uygulanmaması mümkün değildir.

Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucunun arabuluculuk sürecini yürütme borcu karşısında uyuşmazlık taraflarının ücret ödemesi gerekliliği nedeniyle, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arabulucu ve tarafların borcunun birbiri ile değişim ilişkisi içinde olmasından ötürü de, arabuluculuk sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) bir sözleşme olduğu ifade edilebilir⁶¹. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (*volkommen zweiseitigen Verträge*), taraflardan her biri, sözleşmenin diğer tarafının hem alacaklısı hem de borçlusu konumundadır⁶².

Arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının öneri ve kabulde bulunarak anlaşmalarıyla kurulan arabuluculuk sözleşmesi, sözleşmenin kurulması için irade açıklamalarından başka herhangi bir şeyin teslimi aranmadığından rızaî bir sözleşmedir.

⁵⁸ Aktürk Yücer, s. 35; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 4.

⁵⁹ Oktay, s. 265.

⁶⁰ Kuntalp, 2, s. 6.

⁶¹ Yazıcı Tıktık, s. 157.

⁶² von Tuhr/ Edege, s. 140; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 53; Tunçomağ, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 98; Eren, Genel, s. 210; Feyzioğlu, Genel, s. 38; Oğuzman, C. 1, s. 45; Kılıçoğlu, s. 74; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 82.

Arabuluculuk sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğu hususunda, bunun sürekli bir edim içeren sözleşme olduğu ifade edilmelidir. Zira, sürekli edimler yapısal olarak zaman içinde, sürekli bir davranışla yerine getirilebilen edimlerdir⁶³. Arabuluculuk sözleşmesinde de, arabulucunun edimi, arabuluculuk sürecini yönetmek, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulabilmeleri için gerekli şartları sağlamaktır. Arabulucunun edimi, zamana yayılan, süreklilik arz eden bir edim türüdür. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu ifade edilmelidir⁶⁴. Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun karşısında yer alan uyuşmazlığın taraflarının borcunun ücret ödeme şeklinde ani edim içeren bir borç olması, arabuluculuk sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak nitelendirilmesini etkilemez. Zira, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde önemli olan, edimlerden birinin süreklilik arz edecek nitelikte olmasıdır.

Arabuluculuk sözleşmesinde ücret ödenecek olması, genel vekâlet sözleşmesinin aslî unsurlarından farklı bir özellik göstermekte ve yukarıda sayılan diğer farklılıklar (şahsen ifa borcunun mutlaklığı, tarafsızlık konusu gibi) da vekâlet sözleşmesinden ayrılan yönleri göstermektedir. Temelde bir işgörme sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesine, kendine has düzenlemeler dışında kalan hususlarda TBK.m.502/II'ye göre “torba sözleşme” niteliğinde olan vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu sebeple, arabuluculuk sözleşmesini teknik anlamda kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olarak kabul edilemez. Çünkü, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili belli başlı bazı hükümler ve ilkeler Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmiş olup arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hükümler kısmen de olsa bellidir. Ayrıca, arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimleri olan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilip sürecin yönetilmesi ve karşılığında bir ücret ödenmesi, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden tamamen ayrı bir edim özelliği göstermemektedir. Bir işgörme borcu olan arabulucu-

⁶³ Oğuzman, C. 1, s. 12; von Tuhr/ Edege, s. 49-50; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 37; Eren, Genel, s. 107; Tunçomağ, s. 43; Nomer, s. 15; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 45; Kılıçoğlu, s. 8.

⁶⁴ Yazıcı Tıktık, s. 158. Bu noktada, vekâlet sözleşmesinin hem sürekli edimli hem de ani edimli olarak yapılabileceği belirtilmelidir. Özellikle, bir işin veya malın yönetilmesinde daima, işgörme sonucu somut bir amacın hedeflendiği durumlarda ise kural olarak süreklilik söz konusudur. Örneğin, bir avukatın faaliyeti genelde sürekli edimli borç ilişkisini doğururken, bir taşınmazın satın alınması veya belirli bir ödemenin yapılması şeklinde beliren işgörmelerde ani edimden söz edilebilir. Bkz., Zevkliler/ Gökyayla, s. 599; Aral/ Ayrancı, s. 435. *Gümüş*'e göre ise, vekâlet sözleşmesi “her zaman” için sürekli bir borç ilişkisidir. Yazara göre faaliyet kavramı, daima asgarî de olsa bir süreklilik gerektirmektedir. Bkz., *Gümüş*, C. 2, s. 123. Eren'e göre ise, belirli bir malvarlığının yönetimi şeklinde görülüp süreklilik arz eden durumlarda vekâlet sözleşmesi de sürekli bir borç ilişkisi doğurur. Buna karşın, görülen iş malvarlığının yönetilmesi gibi süreklilik arz etmeyip de uzunca bir süre devam ediyorsa, bu işgörme de az çok zamana yayıldığı için vekâlet sözleşmesi “sürekli sözleşme benzeri” bir nitelik taşır. Arızî bir iş için vekâlet verildiğinde ise, artık ani edimli bir ilişki söz konusu olur. Bkz., Eren, Özel, s. 708.

luk faaliyeti ve karşılığında ücret ödenmesi, kanunda düzenlenen iki farklı sözleşme tipinin edimlerinin birleştirilerek oluşturulmuş bir karma sözleşme olmadığını da gösterir. Sui generis veya karma sözleşme olarak nitelendirilemeyen arabuluculuk sözleşmesinin, TBK.m.502/II anlamında bir isimsiz işgörme sözleşmesi yahut Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen bir işgörme sözleşmesi olarak kabul edilmelidir⁶⁵.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hükümler, öncelikle Kanun'un emredici hükümleri, sözleşmedeki hükümler, sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği'nin tamamlayıcı hükümleri, arabuluculukla ilgili etik kurallar ve bunlarda gerekli olan düzenlemeler bulunmadığında arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde torba işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesi hükümleri, yine burada da hüküm yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, genel hükümlerde düzenleme bulunmayan hâllerde ise TMK.m.1/II gereği örf-adet hukuku ve sonrasında da hâkimin hukuk yaratması uygulanacaktır.

§ 11. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE ŞEKLİ

I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Bir sözleşmenin konusu, tarafların arasında meydana gelen borç ilişkisidir. Bu borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, sözleşmenin kuruluş amacı ve konusunu oluşturur. Sözleşme kurularak varılmak istenen amaca ulaşmak için belirlenen edimler, verme, yapma veya yapmama edimleri olabilir⁶⁶.

⁶⁵ Aynı yönde bkz., **Kekeç**, s. 152; **Yazıcı Tıktık**, s. 164-165. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, TBK.m.502/II'ye karşılık gelen BK.m.386/II'de, "Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur." şeklindeki ifade nedeniyle, kanunda düzenlenen işgörme sözleşmeleri dışında herhangi bir işgörme sözleşmesi yapılamayacağı, yani bu alanda "sınırlı sayı ilkesi"nin geçerli olduğunu ileri sürenler olmuştur. İsviçre'de de yoğun tartışmaların yapıldığı bu konuda, hâkim görüş, sınırlı sayı ilkesinin işgörme sözleşmeleri alanında geçerli olmadığı yönündeydi. Bkz., **Kayihan**, Şaban/ **Günergök**, Özcan, Borçlar Kanunu m. 386/2 Karşısında İsimli İşgörme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?, AÜEHFD. C. 2, S. 1, 1998, s. 275-282, s. 280; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 634-635; **Gümüş**, C. 2, s. 135; **Akıncı**, Vekâlet, s. 11. TBK.m.502/II'nin, "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır." düzenlemesi ile BK.m.386/II'ye dayanan tartışmalar sona ermiştir. Zira, TBK.m.502/II'deki "...bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır." ifadesiyle, işgörme sözleşmeleri alanında da sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı ve isimsiz işgörme sözleşmeleri yapılabileceği anlamı rahatça çıkarılmaktadır. Aynı zamanda maddedeki, "...niteliklerine uygun düştüğü ölçüde..." ifadesi de, isimsiz olan işgörme sözleşmelerinin özelliklerinin vekâlet sözleşmesinden farklı olabileceği ve vekâlet hükümlerinin söz konusu olan bu isimsiz işgörme sözleşmelerine uygulanmayabileceğine işaret etmektedir.

⁶⁶ **Feyzioğlu**, Genel, s. 16; **Eren**, Genel, s. 21-22; **Ataay**, s. 31; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 6.

Arabuluculuk sözleşmesiyle güdülen amaç, tarafların üzerinde uyuşmazlığa düştükleri konunun arabuluculuk yöntemi aracılığıyla menfaat temeline dayalı olarak çözülmesidir. Bu uyuşmazlık çözümünün gerçekleştirilebilmesi için faaliyet gösteren arabulucunun borcunun bir işgörme borcu olduğu yukarıda ifade edilmişti. Böylece, sözleşmelerin konu ve amaçları bakımından yapılan sınıflandırılmasında, arabuluculuk sözleşmesinin bir işgörme sözleşmesi olduğu ifade edilebilir⁶⁷.

Borçlar hukukunda geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince kişiler kanunî sınırlar içerisinde diledikleri sözleşmeyi yapabileceklerdir. Sözleşme özgürlüğünün görünüm şekillerinden ilki, sözleşme yapma özgürlüğü, ikincisi ise sözleşmenin konusunu ve şartlarını seçme özgürlüğüdür. Sözleşme yapma özgürlüğü, bir kişinin dilediği kişilerle sözleşme yapma serbestliği olduğunu ve sözleşme yapmak istemedikçe, kural olarak sözleşme yapmaya zorlanamayacağını ifade eder⁶⁸. Arabuluculuk sözleşmesinde de, uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi vasıtasıyla çözüme kavuşturulabilmesi için bir arabulucu seçerler. Arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi amacıyla, bir arabulucunun sürece dâhil olması, onun taraflarca yetkilendirilmesine bağlıdır. Zira, arabuluculukta, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarınca, ilgili uyuşmazlığın çözümü için yürütülecek faaliyeti yönetmek amacıyla kabul edilmesi önemli bir gerekliliktir⁶⁹. Kanun'da da belirtildiği gibi, başka bir usul kararlaştırılmamışsa arabulucu taraflarca seçilecektir (HUK.m.14). Taraflar, arabulucunun kim olacağı konusunda anlaştıktan sonra arabulucu ile aralarında arabuluculuk sözleşmesini yapacaklardır.

Sözleşme özgürlüğünün diğer bir yönü de, sözleşmenin konusunu belirleme ve şartlarını düzenleme özgürlüğüdür. Buna göre, taraflar, sözleşmenin içeriğini yani edimlerin miktarını, konusunu, süresini ve ifa tarzını serbestçe belirleyebilirler. Taraflar, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan belirli bir sözleşmeyi seçebilecekleri gibi, kanunda düzenlenmemiş (isimsiz) sözleşmeleri de seçebilirler⁷⁰. Burada da, uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabuluculuk faaliyetinin yürütülebilmesi için isimsiz bir

⁶⁷ **Yazıcı Tıktık**, s. 159. Sözleşmelerin konu ve amaç bakımından yapılan sınıflandırılmasında sözleşme grupları; kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, temlik borcu doğuran sözleşmeler, işgörme sözleşmeleri, muhafaza sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talihe ve tesadüfe bağlı olan sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri şeklinde ayrılır. Bkz., **Eren**, Özel, s. 21 vd.; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 26 vd.; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 9-10; **Feyzioğlu**, Hususî, s. 18 vd. İrat sözleşmelerini de bu sınıflandırmada ayrı bir başlık altında inceleyen yazarlar bulunmaktadır. Bkz., **Aral/ Ayrancı**, s. 51-52; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 60 vd.

⁶⁸ **Oğuzman**, C. 1, s. 23; **Kılıçoğlu**, s. 115; **Eren**, Genel, s. 317; **Tunçomağ**, s. 155; **Önen**, s. 39; **Aybay**, s. 38; **Ataay**, s. 246; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 507.

⁶⁹ **Kekeç**, s. 77.

⁷⁰ **Eren**, Genel, s. 333; **Oğuzman**, s. 23-24; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 507 vd.; **Feyzioğlu**, Genel, s. 233; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 223-224; **Kılıçoğlu**, s. 121; **Antalya**, C. 1, s. 74-75; **Nomer**, s. 74.

işgörme sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesinin yapılması gerekir. Arabuluculuk sözleşmesinde, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceği, arabuluculuk usulü, sürecin en fazla ne kadar sürebileceği, oturumların gerçekleştirilmesi ile ilgili hususlar arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca belirlenebilir.

Sözleşmenin konusu, içeriği belirlenirken, TBK.m.27’de sayılan sınırlar çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu maddede sayılan sözleşmenin kanuna aykırılığının kapsamı, sözleşmenin içeriğinin, sözleşmenin kurulmasının kanuna aykırı olması ya da sözleşmeyi yaparken taraflarca güdülen ortak amacın kanuna aykırı olmasıdır⁷¹. HUAK.m.15/II’de de, tarafların, emredici hukuk kuralları çerçevesinde, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilecekleri ifade edilmiştir. Bu hüküm olmasaydı da, taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi ve arabuluculuk yöntemindeki iradîlik ilkesi gereği arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilecekler ve bu serbestînin sınırları da TBK.m.27 olacaktır.

Uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu, karşılıklı olarak arabuluculuk sözleşmesinde, yürütülecek usulle ilgili hükümleri özenli bir şekilde düşünüp kararlaştırırlarsa ve hem arabulucunun hem tarafların hakları ve yükümlülüklerini açıkça tespit ederlerse, bu sözleşme ile arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşma ihtimali arttırılacaktır⁷².

Arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucunun müzakereleri sevk ve idare etmesi, tarafsız olması, faaliyetin yürütülmesini şahsen yerine getirmesi, tarafları aydınlatması ve bilgilendirmesi, sır saklaması gibi yükümlülükleri, bunlara karşılık tarafların da arabulucuya ücret ödeme yükümlülüğü ve bu ücretin miktarı kararlaştırılabilir⁷³.

Arabuluculuk sözleşmesinde, arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanamaması hâlinde uyuşmazlığın çözümü için mahkeme veya tahkim yoluna başvurulduğunda, arabulucunun tanık olarak çağrılmayacağına ilişkin hükümler düzenlenebilir. Ek olarak, taraflardan birinin arabuluculuk müzakerelerine nasıl son verebileceği, devam eden bir yargılama esnasında durumun ne olacağı ve arabulucunun sorumluluğu gibi hususlar ayrıca düzenlenebilir⁷⁴. Bununla birlikte, uyuşmazlık taraflarının uzlaşma yetkisi, delil imtiyazları ve gizlilik ile ilgili hususlar da arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenerek bu sözleşmenin konusunu oluşturabilir⁷⁵.

⁷¹ Eren, Genel, s. 334-338; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 225-226; Feyzioğlu, Genel, s. 235; Tunçomağ, s. 161-163; Kılıçoğlu, s. 118; Antalya, C. 1, s. 74; Nomer, s. 66.

⁷² Dür, s. 409.

⁷³ Yazıcı Tıktık, s. 165 vd.; Taşpolat Tuğsavul s. 147 vd.; Dür, s. 408 vd.

⁷⁴ Kekeç, s. 153.

⁷⁵ Özbek, s. 672.

II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

İradenin dışarıya aktarılabilmesi için gerekli olan şekil, bir kalıp veya araç olarak iradenin açıklanması için gerekli olan bir husustur⁷⁶. Mantıken de şekilsiz bir irade beyanının olmayacağı ifade edilebilir. Bir hukukî işlemin şekle bağlı olmaması öngörülmüşse, bununla ifade edilmek istenen “şekilsizlik” değil, söz konusu irade beyanı veya işlemin geçerliliğinin belirli bir şekle tâbi olmamasıdır⁷⁷.

Arabuluculuk sözleşmesi, şekle bağlı olmayan bir sözleşmedir⁷⁸. Zira, kanunda arabuluculuk sözleşmesinin ancak belirli bir şekilde yapılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme yoktur. Bu sebeple uyuşmazlık taraflarının öneri (icap) niteliğini taşıyan davetleri üzerine, arabulucunun kabulü ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak, bu sözleşmenin, sonradan meydana gelebilecek olan ihtilafları önlemek adına yazılı şekilde yapılması daha uygun görünmektedir. Uygulamada da, arabulucu ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen arabuluculuk sözleşmesinin yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir⁷⁹.

Kanunda, hakkında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olan arabuluculuk sözleşmesine, TBK.m.502/II’ye dayanarak vekâlet sözleşmesi hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulandığında da şekille ilgili sonuç değişmeyecektir. Zira, vekâlet sözleşmesi de kural olarak şekle bağlı olmayan bir sözleşmedir⁸⁰.

Arabuluculuk sözleşmesinin şekle bağlı olarak kabul edilebilmesi için, taraflar ve arabulucunun daha önce yapacakları bir sözleşme ile arabuluculuk sözleşmesini şekle bağlı olarak yapacaklarını kararlaştırmış olmaları ya da arabuluculuk sözleşmesi yapılırken şekil şartını ileri sürmüş ve bu konuda tarafların anlaşmış olmaları gerekir. Bu şekilde sözleşmenin taraflarınca getirilen ve geçerlilik şartı olarak kabul edilen şekil şartına “iradî şekil” adı verilir⁸¹. Bunun dayanağı TBK.m.17’dir. Bu maddede göre, taraflarca, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşme şekle tâbi tutulursa,

⁷⁶ Eren, Genel, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 270; Feyzioğlu, Genel, s. 312; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 138; Tunçomağ, s. 140; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 99; Antalya, C. 1, s. 449; Kılıçoğlu, s. 153; Nomer, s. 110; Cansel/ Özel, s. 197; Esener/ Gündoğdu, s. 183; İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 206.

⁷⁷ Eren, Genel, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 270; Oğuzman, s. 138. Dolayısıyla, hakkında herhangi bir şekil şartının öngörülmediği sözleşmeler belirli bir şekle tâbi kılınabilir.

⁷⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Dür, s. 335; Özbek, Tahlil, s. 1126; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51; Oğuz, s. 68.

⁷⁹ Kekeç, s. 151.

⁸⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 643; Aral/ Ayrancı, s. 443; Zevkliler/ Gökyayla, s. 607; Gümüş, C. 2, s. 139.

⁸¹ Eren, Genel, s. 284; von Tuhr/ Edege, s. 239; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 134; Tunçomağ, s. 142.

öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmeler tarafları bağlamaz, yani geçersiz bir sözleşme olarak kabul edilir. İradî şekilde kural geçerlilik şekli olsa da taraflar, ispat kolaylığı sağlamak amacıyla da şekil şartı öngörmüş olabilirler. Bu hâlde, şekle uygun olmadan yapılan sözleşme geçersiz sayılmayacaktır⁸².

§ 12. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

I- SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmenin tarafları arabulucu ve aralarındaki uyuşmazlığı çözmek isteyen taraflardır⁸³. Borç ilişkisi, kural olarak sadece tarafları ilgilendirdiğinden, bu ilişkiden doğan haklar ve borçlar, taraflar arasında (inter partes) hüküm doğurur⁸⁴. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesi de, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarından olan arabulucu, öğretide, uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisi olmadan ve kendi çözüm önerisini uyuşmazlık taraflarına dayatmadan tarafları müzakerede bulunmaya sevk eden, onların çözüme ulaşabilmeleri için kolaylaştırıcı rol oynayan ve sonuçla ilgili menfaati bulunmayan tarafsız üçüncü kişidir⁸⁵. Aralarındaki uyuşmazlığı çözmek isteyen taraflar için görüşmelere katılan ve her iki tarafın da menfaatine uygun bir çözüm bulabilmelerine yardımcı olan arabulucu, müzakerelerin ve arabuluculuk sözleşmesinin zorunlu kişisidir⁸⁶. Arabulucunun, arabuluculuk sürecindeki varlığı ve onun iletişim becerileri sayesinde, müzakerelerin gerçekleştirilmesi açısından ilerleme sağlar⁸⁷. Arabulucu bağımsız ve tarafsız konumuyla, uyuşmazlık taraflarına güven vererek onların sorunlarını çözebilmelerine yardımcı olur.

Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarından olan arabulucu, HUAK.m.2/I-a'da, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Hukuk Uyuşmazlıklarından Arabuluculuk Kanunu kapsamında bir "arabulucu"dan söz edebilmek için, kişinin sadece arabuluculuk faaliyetini yürütmesi yetmemekte, aynı zamanda

⁸² Tunçomağ, s. 142; von Tuhr/ Edege, s. 239; Eren, Genel, s. 284; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 134.

⁸³ Yazıcı Tıktık, s. 155; Özbek, s. 672; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51; Taşpolat Tuğsavul, s. 143; Erdoğan/ Erzurumlu, s. 17; Kekeç, s. 151; Dür, s. 335.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 15; Oğuzman, s. 3.

⁸⁵ Yazıcı Tıktık, s. 10-11.

⁸⁶ Kekeç, s. 162. Öğretide arabuluculuk, "üçüncü bir kişinin yardımıyla sürdürülen müzakere" olarak da tanımlanır. Bkz., Özbek, s. 601.

⁸⁷ Özbek, s. 595.

Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline de kaydolmuş olması gerekmektedir. Eğer, uyuşmazlığın tarafları Bakanlıkça düzenlenen arabulucular sicilinde kayıtlı olmayan herhangi bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak seçerlerse, burada Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında bir arabuluculuk faaliyetinden söz edilemeyecek ve söz konusu faaliyet teknik anlamda arabuluculuk olarak kabul edilemeyecektir⁸⁸. Bunun sonucu olarak da uyuşmazlığın tarafları ve arabuluculuk görevini yapan kişi, Kanun'daki hak ve yükümlülöklere de sahip olamayacağı gibi arabuluculuk için getirilmiş etik kurallarla da bağılı olmayacaktır⁸⁹.

Bir kişinin arabulucu olarak faaliyette bulunabilmesi için, gerekli şartları taşıması hâlinde Daire Başkanlığı'na (Arabuluculuk Daire Başkanlığı) yazılı olarak başvurusu gerekmektedir. Arabulucu olabilmek için gereken şartlar ise; "Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, kasten işlenmiş bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezası almamış olmak ve bu bentte sayılan diğer suçları işlememiş olmak⁹⁰, terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve yazılı sınavdan başarılı olmak" gerekir (HUAK.m.20/II). Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinde bulunmaya ancak sicile kayıt tarihinden itibaren başlayabilir (HUAK.m.19/III). Bu nedenle de, arabulucunun bir arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olabilmesi için gerekli şartları taşıyıp arabulucular siciline kayıtlı olması gerekmektedir.

Arabuluculuk sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan "uyuşmazlığın tarafları", aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek amacıyla arabulucuya başvurmuş olan kişilerdir. Bu kişiler, arabulucuya başvurmadan önce, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeye karar verip aralarında bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapabilecekleri gibi, doğrudan arabulucuya giderek arabulucu ile aralarında arabuluculuk sözleşmesi de yapabilirler⁹¹.

⁸⁸ Arabuluculuk faaliyetinin Arabulucular Sicili'ne kayıtlı olmayan bir arabulucu tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde, her ne kadar bu faaliyet Kanun'da arabuluculuk için öngörölen sonuçları doğurmasa da bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (ADR) olarak kabul edilecektir.

⁸⁹ **Dür**, s. 331, dn. 156.

⁹⁰ HUAK.m.20/II'nin ç bendi; "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen 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" şeklinde düzenlenmiştir.

⁹¹ **Dür**, s. 317.

Arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olan uyuşmazlığın tarafları, bu sözleşmenin kurulmasında arabulucu karşısında bir konum elde ederler. Arabuluculuk sözleşmesinin bir tarafı tek kişiden oluşan “arabulucu”, diğer tarafı ise birden fazla kişiden oluşan “uyuşmazlığın tarafları”dır. Sözleşmelerde, alacaklı veya borçlu tarafı meydana getiren kimseler, birer kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Sözleşmenin taraflarının birden fazla kişiden oluşması, sözleşmenin iki taraf arasında kurulduğu gerçeğini değiştirmez⁹².

II- SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A) SÖZLEŞMENİN ESASLI UNSURLARI

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşma sağlamış tarafların karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir. Esaslı unsurlar, objektif ve subjektif esaslı unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif esaslı unsurlar, kurulması istenen sözleşmenin asgarî içeriğini/ çekirdeğini oluşturan, sözleşmeye tipini veren, üzerinde taraflarca uzlaşılması şart olan hususlardır⁹³. Objektif esaslı unsurlar, sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlar olduğundan sözleşmenin tipik unsurları adlandırması da yapılabilir⁹⁴. Kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde, kanundaki tanımdan doğan objektif esaslı unsurlar, kanunda yer almayan, dolayısıyla da normatif bir tanımla yapılmamış isimsiz sözleşmelerde esaslı unsurlar, sözleşmenin anlam ve niteliğinden doğmaktadır⁹⁵.

Arabuluculuk sözleşmesiyle ilgili olarak, kanunda tipleştirme yoluna gidilmediğinden, bu ad altında bir sözleşmeye ve sözleşme tanımına rastlanılmamaktadır. Ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ndaki bazı düzenlemeler ve uygulamada yapılan arabuluculuk sözleşmelerine bakılarak bu sözleşmenin esaslı unsurları tespit edilebilir. Arabuluculuk sözleşmesinde HUAK.m.2/I-b’de yapılan arabuluculuk faaliyetinin tanımını gereğince bu faaliyeti yürütmek ve yönetmek, arabulucunun aslî edimidir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığı çözebilmeleri amacıyla onlara müzakere imkânı tanımak, arabuluculuk sürecini yönet-

⁹² Eren, Genel, s. 243; Kılıçoğlu, s. 83; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahoğlu, s. 78.

⁹³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 75; Eren, Genel, s. 249; Antalya, C. 1, s. 234-235; Cansel/ Özel, s. 103; Antalya, C. 1, s. 234-235; Esener/ Gündoğdu, s. 37; Nomer, s. 48.

⁹⁴ Eren, Genel, s. 249; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 75; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 174-175; Antalya, C. 1, s. 235; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 178; Kılıçoğlu, s. 86; Esener/ Gündoğdu, s. 37-39; Cansel/ Özel, s. 103-104; Akıncı, s. 74-75.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 175; Eren, Genel, s. 250; Kılıçoğlu, s. 86; Antalya, C. 1, s. 235; Esener/ Gündoğdu, s. 37-39; Cansel/ Özel, s. 103; Akıncı, s. 74; Uyuşmaz, s. 65.

mek, sonuçta bir işgörme faaliyeti olarak arabuluculuk faaliyetini yerine getirmek arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biridir⁹⁶.

Karşılıklı borç yükleyen ve bu borçlar arasında tam bir değişim ilişkisi (synallagma) gösteren arabuluculuk sözleşmesinin diğer esaslı unsuru ise ücrettir. Uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya, onun yerine getirdiği faaliyet karşılığında ücret ödemek zorundadır. Ücret, arabuluculuk sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından bir diğeridir⁹⁷. Ancak, öğretilerdeki kimi görüşlere göre, ücret arabuluculuk sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Bu görüşe göre ücret, arabuluculuk sözleşmesinin esaslı bir unsuru sayılmayıp, bu sözleşmenin ücretsiz de yapılabileceği ileri sürülmüştür. Gerekece olarak ise, arabuluculuk faaliyeti karşılığında ücret kararlaştırılmasının zorunlu olmadığı, zira Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'nde belirlenen ücretin altında ücret kararlaştırılmayacağı hükmünün (Tarife m.1/II), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. HUAK.m.7/II'deki "aksi kararlaştırılmadıkça" ibaresinin uyuşmazlığın tarafları ve arabulucuya, ücreti serbestçe kararlaştırabilme imkânı verdiği ancak Tebliğ şeklinde yayınlanan Tarife'nin Kanun ve Yönetmelik'e aykırı olarak ücreti zorunlu kıldığı belirtilmiştir⁹⁸. Bu görüş, arabulucu ve taraflar arasındaki ilişkiyi, ücretin zorunlu bir unsur olmadığı, konusu işgörme borcu olan bir sözleşme olarak kabul etmektedir⁹⁹. Uygulamada da arabuluculuk sözleşmesinin, genellikle ücrete tâbi bir sözleşme şeklinde yapıldığı görülmektedir.

Sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşılması gerekli olan objektif esaslı unsurlar dışında, subjektif esaslı unsurlar da bulunabilir. Subjektif esaslı unsurlar, objektif esaslı unsurlar dışında kalan, objektif açıdan ikinci derecedeki yan unsurlardır. Bu yan unsurlar, taraflarca sözleşmenin esaslı unsurları hâline getirilebilir. Taraflar ya anlaşarak ya da taraflardan biri diğerine bu noktanın önemli olduğunu hissettirmek veya anlatmak suretiyle belli ederek yan unsurları, sözleşmenin zorunlu koşulu olan esaslı unsurlar hâline getirebilirler¹⁰⁰. Sözleşmenin esaslı bir noktası hâline getirilmek istenen yan unsurlar üzerinde taraflar anlaşamamış ve ileride de sorunun nasıl çözüleceği hususunda anlaşma sağlanamamışsa, sözleşme kurulmuş olmaz¹⁰¹.

⁹⁶ Yazıcı Tıktık, s. 157; Kekeç, s. 152; Özbek, Tahlil, s. 1145; Dür, s. 336.

⁹⁷ Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 157; Dür, s. 336.

⁹⁸ Erdoğan/ Erzurumlu, s. 17.

⁹⁹ Erdoğan/ Erzurumlu, s. 17. Aynı yönde bkz. Dür, s. 341.

¹⁰⁰ Eren, Genel, s. 250; Oğuzman, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 175; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 179; Antalya, C. 1, s. 235; Kılıçoğlu, s. 87; Cansel/ Özel, s. 104; Antalya, C. 1, s. 235; Esener/ Gündoğdu, s. 37-38; Nomer, s. 48.

¹⁰¹ Oğuzman, s. 73; Eren, Genel, s. 251; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 175-176; Akıncı, s. 75; Esener/ Gündoğdu, s. 38.

Uyuşmazlığın taraflarınca ve arabulucu için sözleşmenin kurulması hususunda varlığı zorunlu hâle getirilen veya getirilmek istenen yan unsurlar, özenle hareket etme, görevini şahsen yerine getirme, tarafsızlık, bilgilendirme, sır saklama yükümlülükleri gibi yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmiş yükümlülüklerdir. Arabulucu veya uyuşmazlığın tarafları, bu yükümlülükler ayrı bir önem atfederek onları birer yan edim derecesine yükseltebilirler. Aksi hâlde, bu yükümlülükler sözleşmede düzenlenmese bile Kanun'dan doğacaktır ancak koruyucu veya tamamlayıcı yan yükümlülük görevini yerine getirip ifaya bağımlı şekilde, ondan ayrı bir ifa davasıyla ileri sürülemeden, tazminat sorumluluğu doğuracak şekilde sözleşmesel ilişkiyi etkileyebilecektir.

B) SÖZLEŞMENİN YAN (TALÎ-İKİNCİL) UNSURLARI

Objektif ve subjektif esaslı unsurlar dışında kalan unsurlar, sözleşmenin ikinci derecedeki yan (talî) unsurlarını meydana getirir¹⁰². Sözleşmenin yan unsurları üzerinde taraflarca hiç durulmamış olsa bile sözleşme kurulur (TBK.m.2/I). Bu yan unsurlar, objektif ve subjektif yan unsurlar olarak ikiye ayrılır. Objektif yan unsurlar, tarafların, sözleşme müzakereleri esnasında üzerinde hiç durmadıkları, hakkında hiç tartışmadıkları, görüşerek subjektif esaslı unsur hâline getirmedikleri unsurlardır¹⁰³.

Sözleşme kurulduktan sonra bu hususlarla ilgili bir anlaşmazlık çıktığında, hâkim, konuyla ilgili tamamlayıcı (düzenleyici) hukuk kurallarını uygulayarak sorunu çözer. Bu durumda, hakkında uyuşma sağlanamayan ikinci derecedeki unsurların işin özelliğine göre çözüleceğini belirten TBK.m.2/II hükmü uygulanmaz. Hâkim, kanunda konuyla ilgili bir hüküm bulamazsa, boşluğu tamamlayıcı yorum yaparak veya sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre doldurur¹⁰⁴. Hâkim sözleşmeyi (yan unsurlardaki boşluğu) tamamlarken, isimli veya tipik isimsiz sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda, genel ve soyut bir kural koymalıdır. Tamamlanacak sözleşme bireysel ve atipik bir sözleşme ise hâkim, bağımsız, özel bir kural koymalıdır¹⁰⁵.

Hâkim, arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının bazı yan unsurlar üzerinde hiç durmayarak objektif yan unsurlar hâline getirdikleri hususları, sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre tamamlarken, isimsiz sözleşmelerdeki tamamlama sıralama-

¹⁰² Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 176; Eren, Genel, s. 252; Antalya, C. 1, s. 236; Esener/ Gündoğdu, s. 40; Kılıçoğlu, s. 88; Akıncı, s. 74-75; Cansel/ Özel, s. 103-104.

¹⁰³ Eren, Genel, s. 252; Antalya, C. 1, s. 237. Objektif yan unsurlara, TBK.m.88'deki faiz miktarı, TBK.m.89'daki ifa yeri örnek verilebilir.

¹⁰⁴ Eren, Genel, s. 252; Antalya, C. 1, s. 237; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 178; Esener/ Gündoğdu, s. 40-41; Cansel/ Özel, s. 125-126; Kılıçoğlu, s. 345.

¹⁰⁵ Eren, Genel, s. 497; Aktürk Yücer, s. 83; Kuntalp, Tipolojik, s. 657; Atamer, s. 187-188.

sına dikkat etmeli ancak, arabuluculuk sözleşmesine ilişkin bazı kural ve ilkelerin Kanun'da düzenlenmiş olması nedeniyle bu hükümlere de öncelik tanınmalıdır. Böylece hâkim, sözleşmede düzenleme bulunmayan hususlarda öncelikle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği hükümlerine bakmalı, buradaki yan unsurlar ile ilgili düzenlemeleri sözleşmeye uygulamalıdır. Özen borcu, gizlilik, tarafsızlık, şahsen ifa, beyan veya belgelerin kullanılamaması, tarafların aydınlatılması gibi hususlarda, sözleşmede bir düzenleme mevcut olmadığında, hâkim, doğrudan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun bu hususlarla ilgili düzenlemelerine gidebilecektir. Buna ek olarak, bu hususlar dışında kalan konularda da sözleşmede boşluk olması hâlinde, isimsiz sözleşmelerden farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden önce, TBK.m.502/II gereği, özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen vekâlete ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Vekâlet sözleşmesinde de ilgili hususlar düzenlenmemiş ise, sırasıyla Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, örf-adet hukuku ve son olarak hâkimin hukuk yaratması uygulanarak sözleşmedeki boşluk tamamlanacaktır.

Subjektif yan unsurlar ise, tarafların, sözleşme görüşmeleri sırasında konuşup tartıştıkları ancak esaslı unsur hâline getirmedikleri yan unsurlardır¹⁰⁶. Taraflar, objektif bir yan unsur üzerinde görüşerek subjektif yan unsur hâline getirmişler ancak anlaşmaya varamayıp bundan vazgeçmiş olabilirler. Bu durumda hâkim, kurulmuş olan sözleşmedeki söz konusu boşluğu düzenleyici hukuk kurallarına göre dolduracaktır¹⁰⁷. Buradaki tamamlama, yukarıda bahsedilen şekilde yapılacak olup, hâkimin bakması gereken ilk yer Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği hükümleri olacaktır.

Diğer bir durum ise, tarafların bazı yan unsurlar üzerinde görüşüp, bu unsurlara ilişkin anlaşmayı ileri bir tarihe bırakmaları hâlidir. Böyle bir durumda ise, TBK.m.2/II gereği, sözleşmedeki boşluk, hâkim tarafından, düzenleyici kurallara göre değil, işin niteliği esas alınarak doldurulur¹⁰⁸. İşin niteliğinden anlaşılması gereken, sözleşmenin amaç ve niteliği, olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılır. Burada, düzenleyici kuralların uygulanmamasının nedeni, tarafların yan unsurları pozitif hukuk düzenlemelerine göre çözmek istemediklerini göstermeleridir¹⁰⁹. Hukuk Uyuş-

¹⁰⁶ **Eren**, Genel, s. 252; **Esener/ Gündoğdu**, s. 40; **Kılıçoğlu**, s. 88; Bunlar sözleşmenin arızî noktalarıdır (accidentalia negotii). **Antalya**, C. 1, s. 237.

¹⁰⁷ **Eren**, Genel, s. 253.

¹⁰⁸ **Eren**, Genel, s. 253; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178. *Antalya*'ya göre, kanundaki "saklı tutma olgusundan" hareketle, tarafların subjektif esaslı nokta hâline getirmek isteyip de anlaşamadıkları durumlarda, sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Bkz., **Antalya**, C. 1, s. 238.

¹⁰⁹ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 178; **Eren**, Genel, s. 253.

mazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan pek çok düzenleme emredici hukuk kuralı olmayıp tamamlayıcı/ düzenleyici hukuk kuralı olduğundan, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları sözleşmeye, Kanun'daki düzenlemelerden sapan hükümler koyabileceklerdir. Örneğin, arabuluculuk sürecindeki gizlilik ile ilgili olarak arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları bazı görüşmelerde bulunmuş fakat bu hususlar üzerindeki anlaşmayı ileri bir tarihe bırakmışlarsa, onların iradesinin Kanun'daki tamamlayıcı hükümlerin uygulanmaması yönünde olduğu kabul edilerek, hâkim tarafından yapılacak tamamlamada, TBK.m.2/II'ye göre işin niteliği esas alınacaktır.

III- İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI

Bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için, iki ayrı irade açıklamasının bulunması gerekir. Zira sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur (TBK.m.1/I). Bu irade açıklamalarından, önce yapılanına öneri (icap/ *Ant-rag*) adı verilmektedir. Zaman olarak önce yapılan öneri, sözleşmenin yapılması tek-lifini kapsayan, varması gerekli tek taraflı irade açıklamasıyla meydana gelen, kesin ve bağlayıcı olup muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucu doğuran irade açıklamasıdır¹¹⁰. Öneri, belli bir kişi veya kişilere yapılabileceği gibi, genele de yapılabilir. Bu tarz öneriler, “herkese açık öneri” şeklinde adlandırılmaktadır¹¹¹.

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan diğer irade beyanı ise kabuldür (*An-nahme*). Kabul, sözleşmenin öneriye uygun olarak kurulmasını sağlayan, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla açıklanan¹¹², öneriyle tam bir uyum içinde bulunan irade açıklamasıdır¹¹³. Öneri ve kabul beyanlarının içerikleri birbirine uygun olarak birbirinin tamamlaması hâlinde (Konsens) sözleşme meydana gelir¹¹⁴.

Arabuluculuk sözleşmesinde de uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmaz-lığı arabuluculuk yöntemiyle çözme hususunda anlaştıklarında, bir arabulucu seçerek süreci başlatırlar. Arabulucu seçimiyle birlikte, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında bir arabuluculuk sözleşmesi yapılır. Bu sözleşmede genellikle, sözleşmenin kurulması için gereken ilk irade açıklaması olan öneri uyuşmazlığın taraflarından gelebilir. Doğal olarak, bunun tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Arabulucu, profesyonel olarak bu mesleği icra ettiğinden pek çok kez, arabuluculuk sözleşmesi-

¹¹⁰ Eren, Genel, s. 258-259; von Tuhr/ Edege, s. 176; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 50-51; Tekinay/ Akmak/ Burcuoğlu/ Altop, s. 82 vd.; Feyzioğlu, Genel, s. 69-70; Kılıçoğlu, s. 86.

¹¹¹ Eren, Genel, s. 259; Kılıçoğlu, s. 85.

¹¹² Kabulün muhataba varması gerekli bir irade beyanıyla gerçekleşmesi, ancak beyan yoluyla yapılan kabullerde söz konusudur. Zira kabul, irade beyanı şeklinde değil de irade faaliyetiyle açıklanmaktaysa, muhataba ulaşması gerekmemektedir. Bkz., Eren, Genel, s. 269, dn. 97.

¹¹³ Eren, Genel, s. 269; von Tuhr/ Edege, s. 182; Kılıçoğlu, s. 102; Feyzioğlu, Genel, s. 89.

¹¹⁴ von Tuhr/ Edege, s. 184; Martinek, s. 66; Brox/ Walker, s. 19.

nin bir tarafı olması sebebiyle sözleşme içeriğine hâkim olup, uyuşmazlığın taraflarına sözleşmenin kurulması için öneride bulunabilir¹¹⁵. Ayrıca, arabuluculuk sözleşmesinin kurulması için uyuşmazlığın taraflarınca arabulucuya öneride bulunulduğu hâllerde, arabulucu bu öneriyi derhâl reddetmedikçe kabul etmiş sayılır. Zira, arabuluculuk, profesyonel olarak yerine getirilen bir işgörme faaliyeti olup TBK.m.502/II atfı gereğince vekâlet sözleşmesi hükümleri, bu sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Vekâlet sözleşmesiyle ilgili TBK.m.503 hükmüne göre, vekil, işgörme konusunda resmî sığata sahipse veya söz konusu işin yapılması onun mesleğinin gereğiyse ya da bu tarz işleri kabul edeceğini bildirmişse, kendisine yapılan öneri onun tarafından derhâl reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yerine getirmeye resmî olarak yetkili olduğundan, kendisine arabuluculuk sözleşmesi kurulması için yapılan öneriyi hemen reddetmedikçe kabul edilmiş sayılır.

Arabulucunun, arabuluculuk hizmeti sunma (arabuluculuk sürecini yönetme/ yürütme) karşılığında talep ettiğı bedeli belirttiğı öneriye (ya da bedel belirtmeden ancak faaliyetin ücretli olduğunu bildirerek) karşılık uyuşmazlığın taraflarının kabulü ile arabuluculuk sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Tam tersi olan ihtimalde ise, uyuşmazlığın taraflarınca arabulucular sicilinden seçilen arabulucuya yöneltilen ve içeriğı arabuluculuk hizmetinin talebi ve bunun karşılığında ücret ödenmesi olan öneriye karşılık arabulucunun bu öneriyi kabul etmesi ile de sözleşme kurulabilir¹¹⁶.

Öneri, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermelidir. Bu sebeple, arabuluculuk sözleşmesinde de öneride bulunan tarafın önerisinin içeriğı, sözleşmenin esaslı unsurları olan arabuluculuk hizmeti sunma ve ücret hususlarını kapsamalıdır. Bunun haricinde, arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarınca sözleşmenin objektif esaslı unsurları dışında kalan unsurlarından birisi de esaslı hâle getirilmek isteniyorsa, önerinin bu subjektif esaslı unsuru da kapsaması gerekir. Örneğın, uyuşmazlığın tarafları bir yan unsur olan gizlilik hususunun ayrıntılarıyla sözleşmede yer almasını istediklerinde, arabulucuya sundukları öneri kapsamında bu hususu arabuluculuk hizmeti ve ücret edimlerinin yanında ileri sürmelidirler. Aksi hâlde, taraflarca üzerinde tartışılmış ve subjektif esaslı unsur hâline getirilmek istenen bir nokta üzerinde uyuşulamamış olacak ve sözleşme kurulamayacaktır.

¹¹⁵ Ancak, arabulucunun arabuluculuk sözleşmesinin kurulması için uyuşmazlığın taraflarına öneride bulunması, reklam faaliyeti gerçekleştirerek yapılmaması gereken bir fiildir. Zira, HUAK.m.10'a göre, arabulucuların iş elde etmek amacıyla reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette kaçınmaları gerekir.

¹¹⁶ **Ekmekeçi/ Özekes/ Atalı**, s. 51; **Yazıcı Tıktık**, s. 153; **Kekeç**, s. 151.

§ 13. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLAR VE BORÇLAR

A) ARABULUCUNUN HAKLARI

1. Arabuluculuk Unvanını Kullanma Hakkı

Bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümünde, uyuşmazlığın tarafları müzakere sürecinde yardım almak amacıyla herhangi bir üçüncü kişiyi seçerek görevlendirebilirler. Ancak, seçilen bu kişinin resmî anlamda arabulucu olmaması, yani onun arabulucular siciline kayıtlı olmaması, yürütülen bu uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuk olarak nitelendirilse bile mevzuat kapsamında arabuluculuk olarak değerlendirilemez. Böyle bir faaliyete, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği hükümleri uygulanmaz. Bu şekilde yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma da, Kanun kapsamında yapılan arabuluculuk faaliyetinin getireceği sonuçlardan mahrum olacaktır¹¹⁷.

HUAK.m.6'da belirtildiği üzere, arabulucu unvanı ve bu unvana bağlı yetkilerin kullanılması hakkına sadece sicile kayıtlı olan arabulucular sahiptir. Ayrıca, arabulucular, arabuluculuk faaliyetinde bulunurken arabulucu unvanlarını da belirtmek zorundadırlar (HUAK.m.6/II). Dolayısıyla, arabulucu için bu unvanı kullanmak bir hak olduğu kadar bir yükümlülüktür. Arabulucunun, arabulucu unvanını kullanma hakkı ve yükümlülüğü, esasen doğrudan kanundan doğan bir hak ve yükümlülüktür.

2. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı

Arabulucular siciline kayıtlı şekilde arabuluculuk hizmeti sunan arabulucu, bu mesleği profesyonel anlamda icra eden bir kişi konumundadır. Uyuşmazlığın tarafları ile söz konusu uyuşmazlığın taraflarca çözülmesine yardım edilmesi hususunda arabulucu vekâlet benzeri bir ilişki çerçevesinde hizmetini sunar. Arabulucunun sunduğu arabuluculuk hizmetine karşı, uyuşmazlık taraflarından ücret isteyebileceği kanunda düzenlenmiştir (HUAK.m.7/I). Arabulucunun yerine getirdiği faaliyet karşılığı ücret talep edebilmesinin kaynağı HUAK.m.7 hükmüdür. Ancak bu hüküm söz konusu olmasaydı da, TBK.m.502/II atfı gereğince vekâlete ilişkin hükümler niteli-

¹¹⁷ **Ekmekçi/ Özkes/ Atalı**, s. 59; **Dür**, s. 388; **Kekeç**, s. 124. Bu durum, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Gerekçesi'nde de belirtilmiş, arabuluculuğu arızî olarak yerine getiren kişinin, Kanun'da arabulucular için düzenlenen hak ve yetkilere sahip olamayacağı ve ilgili faaliyet sonucunun Kanun'un arabuluculuğa bağladığı sonuçları doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bkz., **Türkyılmaz Kabaktepe**, İpek, Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2017, s. 56.

ğine uygun düştüğü ölçüde arabuluculuk sözleşmesine de uygulanacağından, TBK.m.502/III'e göre, "sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır." hükmü arabulucunun ücrete hak kazanmasının dayanağı olabilirdi. Zaten, özel hukuktaki sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, uyuşmazlığın tarafları ve arabulucunun, her zaman için konusu arabuluculuk hizmeti sunulması ve karşılığında ücret ödenmesi olan bir sözleşme yapmalarına engel yoktur.

Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimlerinden biri olan ücret ödenmesi, arabulucu için sözleşmeden doğan bir hak olduğundan bu talebini uyuşmazlığın taraflarına karşı ileri sürebilir¹¹⁸. Arabulucunun ücret talep edebilmesi, arabuluculuk faaliyetinin başarı ile sonuçlanmasına bağlı değildir¹¹⁹. Bu husus, arabuluculuğun vekâlete benzeyen yönünden kaynaklanmaktadır. Zira, vekâlet sözleşmesinde de vekil, işin sonucunu garanti etmemekte, sonucun gerçekleşmemesi rizikosu müvekkile ait olmaktadır¹²⁰.

Arabulucunun ücret talep edebilmesi yöntemin başarı ile sonuçlanmasına bağlı olmamakla beraber, ücret miktarının Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'ne göre belirlendiği hâllerde kısmen de olsa başarıya bağlı olarak düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Söz konusu Tarife'nin 7. maddesine göre, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklarda ücret, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'nin birinci kısmına göre belirlenirken, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda Tarife'nin ikinci kısmına göre belirlenmektedir (ArAÜT.m.7/ I ve II). Arabuluculuk yönteminin başarıyla sonuçlanıp sonuçlanmamasının ücreti etkilediği durum ArAÜT.m.7/III'te "Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanamaması hâlinde, arabuluculuğun konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlık olsa bile arabulucu, arabuluculuk ücretini bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin birinci kısmına göre isteyebilir." şeklinde düzenlenmiştir. Mart 2013'te yürürlükte olan, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m.7.3'e göre, arabuluculuk ücreti belirlenirken, faaliyetin sonucuna veya kısmen de olsa başarısına göre bir belirleme yapılamayacağı düzenlenmekteydi¹²¹. Etik kurallardaki bu yasak ile ArAÜT'deki m.7 hükmü çeliştiğin-

¹¹⁸ Yazıcı Tıktık, s. 165; Dür, s. 336; Kekeç, s. 152; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51; Muktedir, s. 38.

¹¹⁹ Özbek, C. 2, s. 1215; Dür, s. 395; Yazıcı Tıktık, s. 166; Özbek, Tahlil, s. 1144; Kekeç, s. 152.

¹²⁰ Zevkliler/ Gökyayla, s. 598-599; Gümüş, C. 2, s. 130; Aral/ Ayrancı, s. 438; Başpınar, s. 71.

¹²¹ 2013 tarihli, Arabulucular için Model ve Etik Kurallar hakkında bkz. http://www.adb.adalet.gov.tr/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html Et: 25.05.2019.

den öğretide eleştirilmiştir¹²². Ancak, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca yeniden düzenlenen Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'nda, arabulucunun ücretinin, yöntemin başarısına bağlı olamayacağı ile ilgili bir yasak bulunmamaktadır¹²³. Sonuç olarak, mevcut düzenlemeler ışığında, arabulucunun ücret miktarı, faaliyetin başarıyla sonuçlanıp sonuçlanmamasına göre kısmen değişebilmektedir. Ücretin sözleşmede belirlendiği hâllerde de, bu konuda bir yasak söz konusu olmadığından, arabuluculuğun başarıyla sonuçlanması hâlinde nispi, başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde belirli bir ücret üzerinden anlaşma yapılabilir¹²⁴.

Arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca, arabuluculuk sözleşmesinde ücretle ilgili düzenleme serbestisi kural olarak vardır. Bu kuralın istisnalarına ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'nde yer verilmiştir. Bu sınırlamalardan ilki, Kanun ve Yönetmelik'te açıkça düzenlenmesinde de, Tarife'de getirilmiş bir kısıtlama olan asgarî ücret sınırıdır. ArAÜT.m.1/II'ye göre, Tarife'de öngörülmüş olan ücretlerin altında bir ücretin belirlenemeyeceği düzenlemiştir. Dolayısıyla, avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi, arabuluculuk sözleşmesinde de asgarî bir ücret sınırı öngörülmüş olmakta ve taraflarca bu ücretin altında ücret kararlaştırılamamaktadır¹²⁵.

Arabulucunun ücretiyle ilgili düzenleme serbestisinin sınırlamalarından ikincisi, arabulucunun, arabuluculuk süreciyle ilgili olarak belirli kişilere aracılık etme

¹²² **Dür**, s. 394-395. *Dür'e* göre, bu problemin çözümü için tüm uyuşmazlıklarda Tarife'nin birinci kısmındaki maktu ücreti kabul etmek, konusu para olan büyük miktartlı uyuşmazlıklar için tatmin edici olmayacaktır. Saat başı ücretin artırılması yoluna gidilirse de, küçük miktartlı uyuşmazlıklar veya konusu para olmayan uyuşmazlıklar için uygun bir çözüm olmayacaktır. *Dür*, bu konuda sadece hukuk tekniğiyle değerlendirme yapmaktan ziyade hem insan psikolojisi ve sosyolojinin gereklerinin de göz önüne alınması hem de öğretide bazı yazarların da kabul ettiği gibi başarıya bağlı vekâlet ücreti kararlaştırılmasının mümkün olması sebepleriyle arabulucunun ücret miktarının, Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'nde belirtildiği gibi yöntemin başarısına bağlanmasında sakınca görmemektedir. Bkz., **Dür**, s. 396.

¹²³ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları için bkz. http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html Et: 25.05.2019.

¹²⁴ Ancak, öğretide arabulucunun ücretinin başarıya bağlı olarak kararlaştırılmasının etik bir yaklaşım olmayacağından bahisle bu durum eleştirilmiştir. Bkz., **Dost**, s. 456. **Özbek**, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya uzlaşma konusunun miktarına bağlı olarak ücret belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz., **Özbek**, Tahlil, s. 1124. Yurtdışındaki bazı arabuluculuk merkezlerinde ise arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması hâlinde bu başarı dolayısıyla ek bir ücret de öngörülmektedir. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 167. Öğretide genellikle vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilen hakem sözleşmesinde ise, hakemin ücretinin başarıya bağlı olarak kararlaştırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre hakem, tarafların beklenti içinde oldukları sonuçla ilgili olarak taahhütte bulunamaz. Böyle bir taahhüt hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmayacağı için başarıya bağlı olarak ücret belirlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz., **Taşkın**, s. 191. Ücretin başarıya bağlı olarak belirlenmesi arabulucunun sonuca müdahale etmesi riskini doğurabilecekken, genel olarak arabuluculuk faaliyetlerinin daha sağlıklı yürütmesi ve başarıya ulaşması açısından kamçılayıcı bir rol de oynayabilecektir.

¹²⁵ **Güner**, s. 283; **Günergök**, s. 143; **Dost**, s. 464; **Özbek**, C. 2, s. 1224.

veya belirli kişileri tavsiye etme yasağıdır. Arabulucu, söz konusu yasağa rağmen arabuluculuk için belirli kişilere aracılık eder veya belirli kişileri tavsiye ederse, bunun karşılığında ücrete hak kazanamaz. Arabulucunun karşılığında ücrete hak kazanacağı faaliyet arabuluculuk faaliyetidir. Yani arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının kendi çözümlerine ulaşabilmeleri için arabuluculuk müzakerelerini yönetme ve sürecin devamını sağlama fiili karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. Aracılık etme veya tavsiye etme yasağına karşın arabulucu ile diğer kişiler arasında bu konuda bir sözleşme yapılırsa, bu sözleşme geçersiz olacaktır (HUK.m.7/III)¹²⁶. Arabuluculuk sürecinde arabulucunun belli kişilere aracılık etmesi veya belli kişileri tavsiye etmesi ile ilgili yapılan sözleşmelerin geçersizliği, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur. Zira, kanunun emredici bir hükmüne aykırı şekilde yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür (TBK.m.27).

Öğretide, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle arabulucuya ödenecek ücretin arabulucuya başvurma sözleşmesi ile kararlaştırılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹²⁷. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin konusu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurmaktır. Bu sözleşmenin tarafları için, arabulucuya başvurmak asli yükümlülüktür. Arabulucunun ücretinin ve masrafların yalnızca nasıl ödeneceği gibi hususlar ise arabulucuya başvurma sözleşmesi için birer yan unsurlar olup taraflarca istenirse esaslı unsur hâline getirilebilirler. Arabulucunun ücretinin nasıl ödeneceği hususu taraflarca kararlaştırılabilir de ücretin miktarının ne olacağı arabulucuya başvurma sözleşmesinde kararlaştırılamaz. Zira, bu sözleşmenin tarafı yalnızca uyuşmazlığın taraflarıdır. Arabulucuyu ilgilendiren kısım olan ücretin miktarı ise, arabuluculuk sözleşmesinde arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca birlikte kararlaştırılabilir.

Arabulucunun ücretin tamamına hak kazanabileceği durumlar;

- Tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması,
- Arabulucu tarafından, uyuşmazlık taraflarına danışılarak faaliyet için daha fazla çaba harcamanın gereksiz olduğunun tespit edilmesi,
- Taraflardan birinin diğer tarafa ya da arabulucuya, arabuluculuk sürecinden çekildiğini bildirmesi,
- Taraflardan birinin ölümü ya da iflâsı,
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri,

¹²⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Gerekçesi'nde, bu yasağın amacının, arabulucunun sadece faaliyette bulunduğu sorunla ilgilenmesini sağlayarak bu yöntemin sağlıklı şekilde işlenmesini temin etmek olduğu ifade edilmektedir.

¹²⁷ **Yazıcı Tıktık**, s. 166

- Faaliyete başlandıktan sonra uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı-
nın anlaşılması ve bu hususta arabulucunun kusursuz olması,

- Arabuluculuk faaliyeti devam ederken faaliyetin konusuz kalması ya da uyuşmazlığın feragat, kabul, sulh gibi arabuluculuk yöntemi dışındaki yollarla çö-
zülmesidir¹²⁸.

Arabulucunun ücreti, arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasıyla gündeme gelen bir borçtur. Ancak, ücretin muaccel olacağı an, sözleşmenin kurulduğu an değildir¹²⁹. Zira, HUAK.m.7’de, arabulucunun, yaptığı faaliyet karşılığında ücret isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, arabulucunun ücretinin muacceliyetini, arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmiş olmasına bağlamıştır¹³⁰. Ancak arabulucu ve uyuşmaz-
lığın tarafları, ücretin ne zaman ödeneceğini sözleşmede kararlaştırırlarsa, ücret ödeme borcunun muacceliyet anı buna göre tespit edilecektir¹³¹. Vekâlet sözleşme-
sinde de vekil, kural olarak vekâlet verenden önce edimini ifa etmekle yükümlüdür. Böylece, aksine bir sözleşme veya teamül yoksa, vekilin ücret alacağı vekâlet konusu işin görülmesi/ yerine getirilmesi ile muaccel olur¹³². Arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun alacağı ücret miktarı açıkça belirlenmişse faaliyetin yerine getirilme-
siyle sözleşmedeki ücret muaccel olacak ve arabulucu tarafından uyuşmazlığın taraf-
larından talep edilebilecektir. Eğer, arabuluculuk sözleşmesinde ücretin miktarı belir-
tilmemişse, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi’ne göre belirlenecektir (ArAÜT.m.7/II).

¹²⁸ 2014 yılında geçerli olan Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi’nin 6. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması ya da feragat, kabul, sulh gibi bir nedenle uyuşmazlığın sona ermesi hâlinde, arabulucunun ücretin yarısına hak kazanabileceği düzenlenmişti. İçinde sulhu de barındıran ve amacı tarafları uzlaştırmak olan arabuluculuk yönteminin, feragat, kabul, sulh gibi yine tarafların iradesine tâbi olan bir yolla sona ermesi durumunda, arabulucunun ücretin yarısına hak kazanacak olması haklı olarak öğretide eleştiriye uğramıştır. Bkz., **Özbek**, C. 2, s. 1225. Öğretide aksi yönde bir görüşe göre ise, feragat, kabul ve sulh, arabuluculuk yönteminin bir sonucu gibi algılanamayacağından, Tarife’de yer alan arabulucunun ücretin yarısına hak kazanması durumu yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. Bkz., **Dost**, s. 468.

¹²⁹ **Dür**, s. 398.

¹³⁰ **Özbek**, C. 2, s. 1227; **Dür**, s. 398.

¹³¹ **Özbek**, C. 2, s. 1227.

¹³² **Aral/ Ayrancı**, s. 458; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 657; **Akıncı**, Vekâlet, s. 101; **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 802; **Yalçınduran**, Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 150-151; Öğretideki hâkim görüşe göre, vekâlet sözleşmesinde ücret alacağı, sözleşmenin kurulmasıyla doğar. Bkz., **Gümüş**, s. 455. Azınlıkta olan görüşe göre ise, ücret alacağının doğumu, vekâletin yerine getirilmesine bağlıdır. Bkz., **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 627. Bunun dışında, ücret alacağının muacceliyeti ile ilgili de görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ücret alacağının muacceliyeti genel hükümlere tâbidir ve kural olarak ücret alacağı doğar doğmaz muaccel olur. Bkz., **Gümüş**, s. 455; **Yalçınduran**, s. 149-150; **Gümüş**, C. 2, s. 180. Diğer görüşe göre, ücret alacağının muaccel olabilmesi için vekâlet görevinin tam ve doğru bir şekilde ifası gerekir. Bkz., **Aral/ Ayrancı**, s. 458; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 627.

Arabulucunun ücretinin zamanaşımı süresiyle ilgili bir düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesi'nde bulunmamaktadır. Bu sebeple, isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun ücreti için uygulanması gereken zamanaşımı süresi, TBK.m.502/II atfı gereğince TBK.m.147/I-5 hükmüdür. Buna göre, vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Vekâlet sözleşmesi hükümleri, arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmeye uygulanabileceğinden, arabulucunun ücretinin beş yıllık bir zamanaşımı süresine tâbi olduğu ifade edilmelidir¹³³. Bu beş yıllık zamanaşımı süresi, arabulucunun ücretinin muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Arabulucu için ücret isteme hakkının yanı sıra, faaliyet dolayısıyla yaptığı masrafları da talep etme hakkı bulunmaktadır. Zira, ücretle ilgili madde olan HUAK.m.7'nin başlığı "ücret ve masrafların istenmesi" şeklinde olup, madde içeriğinde de ücret ve masraflar birlikte anılmaktadır. Hatta, arabulucu başlangıçta yapacağı giderler için uyuşmazlığın taraflarından avans da isteyebilir (HUAK.m.7/I). HUAKY.m.9/II'ye göre, arabulucunun faaliyet başında uyuşmazlık taraflarından almış olduğu avans, faaliyet sonundaki ücretten mahsup edilir. Ayrıca, masraflar için alınan avans, kullanılmayan kısımlar arabuluculuk süreci sonunda iade edilecektir. Arabulucunun gerçekleştirdiği faaliyet nedeniyle uyuşmazlığın taraflarından talep edebileceği masraflar; kırtasiye giderleri, arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarınca farklı bir şehirde gerçekleştirilmek isteniyorsa ulaşım giderleri, arabuluculuk oturumları için arabulucunun bir yer tutması hâlinde ilgili oturum için ödenmesi gereken kira bedeli gibi masraflardır.

3. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı

HUAK.m.8'de, arabulucunun, uyuşmazlığın tarafları ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebileceği ve iletişim kurabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, HUAKY.m.10'da da, arabulucunun bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabileceği öngörülmüştür. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının kendi menfaatlerine uygun çözümü bulabilmelerine yardımcı olurken, onlarla görüşmeli, iletişime geçmelidir. Arabulucunun taraflarla görüşüp iletişime geçmesi bu yöntemin en doğal ve bir yandan zorunlu olan kısmıdır. Kanun'daki düzenleme, arabulucunun taraflarla ayrı ayrı veya birlikte görüşebilmesine imkân tanımış, tarafların her koşulda yüz yüze getirilmek zorunda kalmalarını engellemiştir. Böylece arabulucu, yürüttüğü faaliyetin özelliği ve tarafların durumuna göre onlarla ayrı ayrı veya birlikte görüşmeye kendisi karar verebile-

¹³³ Özbek, Tahlil, s. 1146; Dost, s. 460; Dür, s. 399.

cektir. Ancak, arabulucunun taraflarla ayrı ayrı görüşmesi şeklinde uygulanan özel oturumlar, uyuşmazlık taraflarının bu oturumların yapılmasına karşı çıkması hâlinde arabuluculuk sürecinde kullanılmamalıdır¹³⁴. Zira, arabuluculuk yöntemi taraf iradelerinin yoğun şekilde etkin olduğu bir yöntemdir. Bununla birlikte, uyuşmazlığın taraflarının bir araya geldiği oturumlarda da iletişim sorunu yaşanması hâlinde, sürecin yöneticisi konumunda olan arabulucu, kendi inisiyatifiyle özel oturum yapılmasına karar verebilecektir. Özel oturum yapma kararı veren arabulucu, bu konuda ikna edici davranmalı ve bu oturumların uyuşmazlığın çözümü için daha faydalı olacağını taraflara açıklamalıdır¹³⁵. Uyuşmazlığın taraflarının özel oturum yapılmasını istemedikleri durumlarda, arabulucu her iki tarafın da katıldığı ortak oturumlar ile süreci devam ettirecektir.

Kanun'daki düzenlemede sadece görüşme değil iletişim kurulabilmesi de yer almaktadır. Bunun sebebi Kanun Gerekçesi'nde, arabuluculuk yönteminin temelinde yatan anlayışın sağlıklı iletişim olması gerektiği olarak belirtilmiştir. Gerçekten, uyuşmazlıkların esas sebebi kişiler arasındaki iletişim bozukluklarıdır. Arabulucunun esas görevi ise, taraflar arasındaki iletişim bozukluğunu gidererek onların karşılıklı anlayış içerisinde bir iletişimle temasa geçip kendi çözümlerini bulabilmelerini sağlamaktır¹³⁶.

Arabulucuya taraflarla ayrı ayrı görüşme imkânı tanınmasının sebebi, onların arasındaki gerilimden dolayı yöntemin çıkmaza girmesini engellemek olduğu kadar, taraflarca ileri sürülen fikir ve önerilerin diğer tarafça yanlış anlaşılacak şekilde kabul edilmemesi ihtimalidir. Arabulucu, aralarında anlaşmazlık olan tarafları ayrı ayrı dinleyerek onların fikir ve önerilerini, diğer tarafa, söylenenlerin içeriğinde bir değişiklik yapmaksızın, söylenmek isteneni karşı tarafın daha doğru anlayacağı bir şekle sokarak iletmelidir¹³⁷.

Arabulucunun, taraflarla iletişim sağlarken mutlaka fizikî ortamda bir araya gelmesinin gerekip gerekmediği mevzuattaki düzenlemelerden açık olarak anlaşılmamaktadır. Ancak, Avrupa'da uygulanan ve kendine yer edinmiş olan elektronik (online) uyuşmazlık çözümünün Türkiye'de de kabul edilerek yaygınlaşması alterna-

¹³⁴ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 85.

¹³⁵ **Moore**, Christopher W., *Arabuluculuk Süreci*, 4. Basımdan Çeviri, Ankara 2016, (Çev: Tarık Kaçmaz, Abbas Türnüklü), s. 494; **Kekeç**, s. 183.

¹³⁶ **Kekeç**, s. 104-105.

¹³⁷ **Kekeç**, s. 105. *Kekeç*, arabulucunun, tarafların özel oturumlarda yaptığı açıklamaları karşı tarafa iletirken "içerikte bir değişiklik yapmadan, söylenmek isteneni karşı tarafın kabul edebileceği daha lezzetli bir şekle sokarak" yapması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz., **Kekeç**, s. 105. Ayrıca arabulucu, tarafların olumsuz ifadeleri, uç söylemleri ve genelleştirmeleri azaltmak için sağlıklı bir iletişimin gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bkz., **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 88.

tif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması ve başarıya ulaşması açısından önemli bir husustur¹³⁸. Zira, uyuşmazlık taraflarının ve arabulucunun her zaman fiziken bir araya gelmesi mümkün olmayabilir ya da zor olabilir. Bu da, yöneme pek de sıcak bakmayan tarafın süreçten daha da uzaklaşmasına sebep olabilir. Müzakerelerin ve iletişimin elektronik ortamda yapılabilmesini kabul etmek, bu anlamda meydana gelebilecek olan sakıncaları önleyeceğinden, arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşması amacına hizmet edebilecektir. HUAKY.m.10'da, arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarıyla görüşmek için her türlü iletişim aracını kullanabileceği düzenlenmektedir. Böylece, arabulucu, taraflarla iletişim kurarken canlı yayın veya görüntülü konuşma özelliği olan Facebook, Whatsapp ve Skype gibi online iletişim araçlarından faydalanabilecektir.

Arabulucu, müzakereler esnasında taraflarca ileri sürülen fikir ve çözüm önerilerini not veya tutanak tutarak takip edebilir. Bu durum, arabulucu açısından süreci daha iyi yönetebilmek bakımından yararlıdır. Ancak, toplu iş hukukunda yaşanan tecrübeler, müzakerelerde uzlaşmaya varılabilmesi için gerekli esnekliğin sağlanması açısından, arabuluculuk faaliyetinin tutanak tutularak yürütülmesinden ziyade sözlü olarak yürütülmesinin daha faydalı olduğunu göstermektedir¹³⁹.

Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m.5/VIII'de, uyuşmazlığın taraflarından birinin uyuşmazlık konularını veya çözüm seçeneklerini anlamakta güçlük çekmesi ya da arabuluculuk sürecine etkin katılmada zorlanması durumunda arabulucunun, bununla ilgili olarak tarafa hukukî yardım almasını önermek de dâhil olmak üzere değişiklik önerilerini getirebileceği ve hatta gerektiğinde faaliyeti sonlandırabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, müzakereler ve sürecin yürütülmesi, arabulucu ya da sürece katılanlardan biri tarafından zarar görürse arabulucu, gerekirse arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek ya da arabuluculuk faaliyetini sonlandırmak da dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri derhâl almalıdır (TAEK.m.5/IX).

4. Resmî Mercilerden Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı

HUAKY.m.17/X'da, arabulucuların, bilgi ve belge alışverişi hususunda yargı organları ve elektronik altyapısını tamamlamış olan kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik ortamda temasa geçebileceği düzenlenmiştir. Böylece, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının kimlik ve adres bilgilerini yahut uyuşmazlıkla ilgisi olan bir taşınmaz söz konusuysa bu taşınmazla ilgili bilgi ve belgeleri ilgili kamu kurumundan elektronik ortamda talep edebilecektir. Hüküm, öğretide gizlilik ilkesine aykırı

¹³⁸ Özbek, C. 2, s. 1242.

¹³⁹ Özbek, C. 2, s. 1242.

olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁰. Hükümün, arabuluculukta oldukça önemli bir yer tutan gizliliği ihlal etmemesi açısından sadece arabulucunun bilgi ve belge alabilirliği hususunda kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴¹. Ancak, arabulucunun bilgi ve belge alışverişi için elektronik ortamda kamu kurum ve kuruluşlarıyla temasa geçmesi, arabuluculuk faaliyetinin gizliliğini ihlâl etmemektedir. Zira, bu belgeler ilgili kişi tarafından her zaman söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarından edinilebilmektedir. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını veya uyuşmazlığın konusuyla ilgili bilgi ve belgeleri edinmesini, arabuluculukta gizlilik ilkesini ihlâl eden bir hâl olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına sürecin çıkmaza girmesinden önce çözüm önerisi getiremeyeceğinden, elektronik ortamda bilgi ve belge alışını olayın hukukî değerlendirmesinde kullanmaktan ziyade, tarafların hangi çözüm seçeneğinde anlaşmaları gerektiği hususunda kullanmalıdır¹⁴².

B) ARABULUCUNUN BORÇLARI

1. Müzakereleri Sevk ve İdare Etme Borcu

Arabulucunun, arabuluculuk müzakerelerini sevk ve idare etmesi onun arabuluculuk sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlülüğüdür¹⁴³. Arabulucu, süreci mevzuatın emredici hükümleri ve taraf iradeleriyle oluşturulan arabuluculuk usulüne göre yürütmek ve uyuşmazlık taraflarının kendi çözümlerini bulmalarına imkân sağlamakla yükümlüdür. Arabulucunun bu yükümlülüğü, arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun aslî bir borcudur.

Arabuluculuk yöntemi, tamamen iletişim üzerine kurulu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan gerek arabulucunun taraflarla gerekse tarafların birbirleriyle olan iletişimi sürecin sağlıklı ilerlemesi açısından oldukça önemlidir¹⁴⁴. Arabulucunun önemi, bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira, uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki sorunu iletişimsizlikten dolayı çözememekte iken, arabulucu bu engelin aşılmasını sağlayarak tarafların kendi çözümlerini bulabilmelerine yardımcı olacaktır.

Arabulucunun müzakerelerin yürütülebilmesi için yaptığı otumlarda, uyuşmazlığın ne olduğu, uyuşmazlığın hikâyesi, olası çözüm seçenekleri hakkında bilgi edinilmeye çalışılır. Edinilen bu bilgiler ışığında, uyuşmazlığın taraflarının menfaatine en uygun olacak çözümün tespiti sağlanarak uyuşmazlık sona erdirilecektir. Ara-

¹⁴⁰ **Dür**, s. 407.

¹⁴¹ **Dür**, s. 407.

¹⁴² **Dür**, s. 407.

¹⁴³ **Yazıcı Tıktık**, s. 168; **Dür**, s. 408.

¹⁴⁴ **Kekeç**, s. 261, 267.

bulucu, uyuşmazlığın taraflarının müzakereler esnasında çözüm önerisi geliştirememeleri hâlinde, HUAK.m.2/I-b ve HUAK.m.15/VII'ye dayanarak çözüm önerisi getirebilecektir¹⁴⁵. Böylece, aslî edimi arabuluculuk sürecini, bu sürecin gerçekleşmesini somutlaştıran müzakereleri yürütmek ve yönetmek olan arabulucunun bunun dışında, tarafların çözüm önerisi getirememeleri hâlinde çözüm önerisi getirebilme yetkisi de bulunmaktadır. Kanun'daki ifadeden ("tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen") ve işin doğasından kaynaklanan çözüm önerisi getirebilme davranışının, bir yükümlülükten ziyade yetki olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Arabulucunun işgörme borcunun içeriği olan arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmesi yani arabuluculuk hizmeti sunması, esasen onun müzakereleri yürütmesi ve yönetmesi borcu şeklinde ortaya çıkar. Bunun yanı sıra, tarafları aydınlatma, görevini şahsen ve özenle yerine getirme, tarafsızlık, gizlilik gibi diğer yan yükümlülükler ayrıca kendi başlıkları altında incelenecektir. Tüm bu yükümlülüklerin toplamı, arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi, arabulucunun işgörme borcunu ifasının bir yansımasıdır.

Arabuluculuk süreci, arabulucu ve uyuşmazlık taraflarınca belirlenen bir usulde ilerler. Arabuluculuk yönteminin avantajlarından biri de budur¹⁴⁶. Arabulucu bu süreç çerçevesine bağlı olmakla beraber, katı bir bağlılık da söz konusu değildir. Zira, arabuluculuk yönteminin özelliklerinden biri olan esneklik ilkesine göre, arabulucu süreci yönetirken her zaman için belirli aşamaların sırasına uymak veya bu aşamaları uygulamak zorunda değildir. Arabulucu duruma göre, önceden planlanmış olan aşamalar arasında ileri geri hareket edebilir. Arabulucunun bu davranışı, uyuşmazlığın çözümü için esneklikten taviz vermeksizin amaca uygun hareket etme zorunluluğunu ifade etmektedir¹⁴⁷.

Arabulucu, müzakereleri sevk ve idare ederken, uyuşmazlığın taraflarının anlaşmasını sağlayabilmek için gerekli ortam ve zemini hazırlamalıdır. Burada belirleyici üç etken bulunmaktadır. Birincisi, arabulucunun, müzakerelerin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli olan uygun fiziksel ortamı sağlaması şeklinde meydana gelen fiziksel etkidir. Bir diğer etken, duygusal etkidir. Buna göre arabulucu, taraflara uzlaşabilmeleri için sadece fiziksel bir ortam sağlamakla kalmaz,

¹⁴⁵ 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, arabulucunun taraflara çözüm önerisi sunma yetkisi bulunmamaktaydı. Ancak, HUAKY.m.17/VI'da belirtildiği gibi, arabulucu çözüm önerisi veya öneriler dizisini taraflara empoze edemez, tarafları bu çözüm önerilerini kabul etmeleri için zorlayamaz.

¹⁴⁶ **Kekeç**, s. 95; **Dür**, s. 408.

¹⁴⁷ **Dür**, s. 409.

aynı zamanda onları uzlaşmaya sevk edebilecek bir atmosfer de yaratmalıdır. Bunun için arabulucu, pozitif bir tavır sergilemeli, yöntemin gizliliği ve güvenliği hususunu taraflara yansıtarak onların duygusal açımlarını teşvik etmelidir. Üçüncü ve son etken ise, usulî etkindir. Usulî etken ise, arabulucunun borcunu ifa ederken gerçekleştireceği yöntemin belirlenmesi, müzakerelerin gündeminin belirlenmesi, meydana çıkabilecek problemlerin çözülmesi gibi hususlarda etkili olur¹⁴⁸.

2. Müzakerelerin Sonucunu Belgeleme Borcu

a) Müzakerelerin Olumlu Sonuçlanması Hâlinde

Arabuluculuk yönteminde tarafların anlaşmaya varma şeklinde bir zorunlulukları olmadığından müzakereler olumlu ya da olumsuz olarak sona erebilir. HUAK.m.17’de arabuluculuğun sona erme hâlleri düzenlenmiştir. Bu maddede sayılan sona erme sebeplerinden yalnızca biri sürecin olumlu sona ermesiyle ilgilidir. Müzakerelerin olumlu sonuçlanması, tarafların anlaşmaya vardığını gösterir (HUAK.m.17/I-a). HUAK.m.17/II’de ise, “arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanakla belgelendirilir.” hükmü düzenlenmiştir. HUAK.m.17’nin gerekçesinde de, arabuluculuk faaliyetinin son bulup bulmadığı veya ne zaman son bulduğunun tespit edilmesini sağlamak amacıyla, arabulucunun faaliyetin sona erdiğini bir tutanak ile belgelendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre arabulucu, sona eren bir arabuluculuk faaliyetinde uyuşmazlığın nasıl sona erdirildiğini belgelendirmelidir.

Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının anlaşmasına dayanan tutanağı, her iki taraf için de açık, anlaşılabilir olacak şekilde ve mümkün olan en kısa sürede hazırlamalıdır¹⁴⁹. Arabulucunun, müzakerelerin sonuçlanması ile birlikte durumu belgelendirme borcunu ifa ederken, hazırlayacağı tutanağın yani anlaşma belgesinin içeriğinin kapsamı, sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olarak uyuşmazlığın taraflarınca belirlenecektir (HUAK.m.18/I)¹⁵⁰. Zira, uyuşmazlığın taraflarının anlaşmasını yansıtan bu belge, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmenin

¹⁴⁸ Yazıcı Tıktık, s. 168; Dür, s. 412.

¹⁴⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 183; Yıldırım, s. 758. Arabuluculuğun olumlu sonuçlanması hâlinde düzenlenen tutanak olan çözüm anlaşmasının içeriğinin etkili olması için “SMART” formülü geliştirilmiştir. Buna göre; Spezifisch (Kendine özgü şartlar), kimin ne zaman ve nasıl yapıyor olduğunun belirlenmesi; Messbar (Ölçülebilirlik), çözüm anlaşmasının objektif anlamda ölçülebilir, pozitif, davranış odaklı olması; Annehmbar (Kabul edilebilirlik), çözüm anlaşmasının içerik olarak, her iki tarafa yerine getirilebilir ve gerçekçi olması; Realitätsnah (Gerçekçilik), çözüm anlaşmasının uygulanmasına engel olabilecek sebeplerin öncelikle ele alınarak çözüm anlaşmasının şartlarının mevcut durumla ilişki kurmasının sağlanması; Terminiert (Süre), çözüm anlaşmasının uygun vadeler öngörmesidir. Bkz., Dür, s. 366, dn. 268.

¹⁵⁰ Özbek, C. 2, s. 1256.

niteliği öğretide tartışmalıdır. Alman öğretisinde arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan çözüm anlaşmasının bir sulh sözleşmesi olduğu ya da kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşleri ileri sürülmektedir. Ağırlıklı olarak öğretide savunulan görüş, çözüm anlaşmasının bir sulh sözleşmesi (mahkeme dışı sulh) olduğu yönündedir¹⁵¹. Sulh sözleşmesi, bir hukukî ilişki hakkında aralarında uyuşmazlık veya belirsizlik bulunan tarafların, bu uyuşmazlık ve belirsizliği gidermek amacıyla karşılıklı olarak ödünler vererek yaptıkları sözleşmedir¹⁵². Mahkeme dışı sulh ise, mahkeme dışında uyuşmazlığın taraflarınca yapılan tamamıyla maddî hukuka özgü bir sözleşmedir¹⁵³. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan çözüm anlaşmasının da, mahkeme dışında yapılmış olması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, iki tarafın da belli tavizler vererek giderilmesini sağlaması gibi özelliklerinden dolayı bir sulh sözleşmesi olduğu (mahkeme dışı sulh) kabul edilebilir. Ancak, çözüm anlaşmasında, sadece alacaklı taraf alacağından vazgeçiyor ve diğer taraf bunu kabul ediyorsa, bir ibra sözleşmesinin varlığından da bahsedilebilir.

Arabulucunun, müzakerelerin olumlu bir şekilde sonuçlanması hâlinde durumu belgelendirme borcu bir yan borç, yan yükümlülüktür. Yan yükümlülükler, aslî edim yükümlülüklerine bağımlı olup, alacaklı tarafından bağımsız bir ifa davasıyla yerine getirilmesi talep edilemeyen yükümlülüklerdir. Yan yükümlülükler, bağılı oldukları aslî edim yükümlülükleri hiç veya gereği gibi ifa edilmez ise tazminat davasına konu olurlar¹⁵⁴. Aslî edim yükümlülüklerini koruyucu veya ifasına yardımcı olan yan yükümlülükler şeklinde ikiye ayrılan bu yükümlülükler, aslî edim yükümlülüklerine hizmet eder. Özellikle, ifaya yardımcı olan yan yükümlülükler, aslî edimin borç programı ve sözleşmenin hizmet ettiği amaca uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlar¹⁵⁵.

Arabuluculuk sözleşmesinin aslî edim yükümlülüklerinden biri olan arabuluculuk sürecinin yürütülmesi ve yönetilmesi (arabuluculuk hizmeti sunma) ediminin,

¹⁵¹ **Ildır**, s. 165; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 172; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 185; **Özbay**, Uzlaştırma, s. 395; **Yılmaz**, Uzlaşma, s. 846; **Dür**, s. 365; **Akkan**, Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılın Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 1-31, s. 16; **Kıyak**, Emre, Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği, TAAD., C. 6, S. 21, 2015, s. 529.

¹⁵² **Eren**, Özel, s. 938; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 13; **Eren**, İsimli, s. 86; **Kuru**, s. 398; **Karauz**, Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 8-9; **Bilge**, s. 5; **Uluslan**, s. 150; **Aydoğdu/ Kahveci**, s. 33.

¹⁵³ **Eren**, Özel, s. 944; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 13; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 16; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 19.

¹⁵⁴ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 14; **Eren**, Genel, s. 37; **Kılıçoğlu**, s. 44; **Antalya**, C. 1, s. 15; **Cansel/ Özel**, s. 80-81; **Akıncı**, s. 39-40.

¹⁵⁵ **Eren**, Genel, s. 37-38; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 14; **Antalya**, C. 1, s. 15; **Kılıçoğlu**, s. 44; **Cansel/ Özel**, s. 80-81; **Akıncı**, s. 39-40.

sözleşmeyle güdülen amaca uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için, bazı yan yükümlülüklerle ihtiyaç duyulur. Müzakerelerin sonucunun belgelenmesi de, arabulucunun arabuluculuk hizmeti sunmak şeklinde kendini gösteren aslî ediminin tam ve doğru bir ifaya uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için yerine getirilmesi gereken bir yan yükümlülüktür. Zira, arabuluculuk sözleşmesiyle amaçlanan, uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeleridir. Arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde taraflarca üzerinde anlaşılan çözüm anlaşmasının düzenlenmesi, arabulucunun aslî borcu olan arabuluculuk görevini yerine getirmesine hizmet eden, onu tamamlayan bir yükümlülüktür.

b) Müzakerelerin Olumsuz Sonuçlanması Hâlinde

Arabuluculuk müzakerelerinin olumsuz sonuçlanması hâlinde, durum yine arabulucu tarafından tutanak ile belgelendirilecektir (HUAk.m.17/II). Düzenlemesi arabulucu tarafından yapılan bu tutanak, arabulucu, taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır (HUAk.m.17/II)¹⁵⁶. Arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanması hâlleri Kanun'da;

- Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetine devam edilmesinin, bunun için daha fazla çaba harcanmasının gereksiz olduğuna taraflara danıştıktan sonra karar vermesi,
- Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinden çekilmesi,
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri,
- Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi olarak sayılmıştır (HUAk.m.17/I).

Arabuluculuğun olumsuz sonuçlanması hâlinde de arabulucunun bu sonucu belgelendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira bu husus, Kanun'dan doğan bir yan yükümlülük şeklinde ortaya çıkar. Ayrıca arabulucu, arabuluculuk faaliyetinden başarılı bir sonuç çıkmayacağını anladığı takdirde, kendisi başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini uygulayamazsa da, gerekli gördüğü takdirde uyuşmazlık taraflarına tarafsız değerlendirme, tahkim, danışmanlık veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini denemelerini önerebilir (TAEK.m.5/VI). Kanun ve Yönetmelik'te, arabulucunun aynı uyuşmazlıkta daha sonra hakem olarak görev almayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu uyuşmazlığın içeriğiyle ilgili arabuluculuk sürecinde bilgi sahibi olan arabulucunun, arabuluculuk sürecinden sonra hakem olarak bu uyuşmazlığı çözebilmesinin mümkün olması gerekir. Dolayısıyla

¹⁵⁶ Ayrıca, arabuluculuk sürecini takip etmesi için uyuşmazlığın taraflarınca bir iradî temsilci görevlendirilmişse, bu temsilcinin de söz konusu tutanağı imzalaması gerekir.

sıyla, Kanun ve Yönetmelik’te bir sınırlama yok iken Etik Kurallar’da böyle bir sınırlama getirilmesi isabetli değildir.

3. Görevini Özenle ve Şahsen Yerine Getirme Borcu

HUAK.m.9’da, arabulucunun görevini özenle ve şahsen yerine getireceği düzenlenmiştir. Arabulucunun görevini özenle yerine getirmesi borcunun varlığı, ondan belirli şekilde hareket etmesinin istendiğini gösterir. Genel olarak özen borcunun temeli, borçlunun taahhüt ettiği iş, işlem yahut fiilin gereği gibi yerine getirilmesi düşüncesine dayanır¹⁵⁷.

Özen kavramı ile ilgili olarak mevzuatta bir tanım olmadığından öğretide bu kavram tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre özen, belirli bir sonuca erişmek yani, asıl borcun ifa edilebilmesi için gereken dikkat, itina, bedenî ve fikrî yetenek gibi, borçludan beklenen özelliklerin hepsidir¹⁵⁸. Özen, belli bir işin görülmesi, hizmetin ifası ya da fiilin sergilenmesinde etkili olan belirli bir dereceyi ifade eder¹⁵⁹. Özenin derecesi ise, borçlunun durumuna göre değişebilecektir. TBK.m.506/II’de, vekilin üstlendiği işi yerine getirirken özenle hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Özen kavramının günümüzde çifte işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde aslî edimin kötü ifasına dayalı sözleşme ihlâlinin tespiti; diğeri ise, kusurun tespitindeki işlevidir¹⁶⁰. Vekâlet sözleşmesiyle ilgili olarak vekil için, hem sözleşme ihlaline yol açan bir “özen yükümü” hem de kusur unsurunun tespitinde objektifleştirilmiş bir ölçü olarak “gerekli özen”den bahsedilebilir. TBK.m.506/II’de özen kavramı, vekilin asli edimi olan işgörme edimini kötü ifa etmeme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Buna göre, vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan borcunu kötü ifa etmiş olarak kabul edilebilmesi için, somut olaya göre ideal/uygun bir vekilden beklenen en üst derecedeki özenli davranıştan sapan davranışlar sergilemesi yeterlidir. Buna karşın, TBK.m.506/III’te, kusur unsurunun belirlenmesinde işlevi olan objektifleştirilmiş özen ölçüsü düzenlenmiştir¹⁶¹. Bu iki özen derecesi karşılaştırıldığında, sözleşmenin ihlali için aranan objektif ölçünün, kusurun tespitinde aranan objektifleştirilmiş ölçüden daha yüksek olduğu ifade edilebilir.

Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde vekil için bir yükümlülük olarak mevcut olan özen borcu, Hukuk Uyuşmazlıklarında

¹⁵⁷ Başpınar, s. 123; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 655; Zevkliler/ Gökyayla, s. 613; Gümüş, s. 443; Aydoğdu/ Kahveci, s. 799; Kılıçoğlu, Özel, s. 543; Aral/ Ayrancı, s. 448.

¹⁵⁸ Başpınar, s. 124; Aral/ Ayrancı, s. 448.

¹⁵⁹ Başpınar, s. 124; Aydoğdu/ Kahveci, s. 799; Zevkliler/ Gökyayla, s. 613; ; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 656.

¹⁶⁰ Gümüş, s. 443.

¹⁶¹ Gümüş, s. 443; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 657; Kılıçoğlu, s. 543; Aral/ Ayrancı, s. 670.

Arabuluculuk Kanunu'nda arabulucular için özel olarak düzenlenmiştir. HUAK.m.9'daki, arabulucunun görevini özenle yerine getirmesi gerekliliği, bu konuda vekâlet sözleşmesi hükümlerine başvurmadan doğrudan özel hüküm olarak arabuluculuk faaliyetinde uygulanacak bir hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla, arabulucunun, arabuluculuk sözleşmesi nedeniyle sözleşmenin diğer tarafı olan uyuşmazlığın taraflarına karşı, arabuluculuk faaliyetindeki görevini itina ile basiretli bir şekilde yerine getirmesi gerekmektedir. Arabulucunun özen borcunu ihlâl ederek gerekli dikkat ve itinayı göstermemesi onun hafif kusurundan bile sorumlu olmasına yol açar¹⁶².

Vekâlet sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden, özellikle de eser sözleşmesinden ayıran önemli bir unsur olan sonucun vekil tarafından garanti edilmesi hususu, arabuluculuk için de geçerlidir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin ve arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun, edimin ifasında özen gösterme borcu, vekil ve arabulucunun gördükleri işin bir sonuç borcu olmamasına dayanır¹⁶³. Bu da, eser sözleşmesinde yüklenicinin sonuç borcuna karşılık vekâlet ve arabuluculuk sözleşmesinde özen borcunun varlığını gösterir. Böylece, özen borcuna uygun olarak edimini ifa eden arabulucu, arabuluculuk faaliyeti olumsuz sonuçlansa dahi gereği gibi ifade bulunmuş kabul edilir¹⁶⁴.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin görevini özenle yerine getirme borcunun niteliği öğretide tartışılmaktadır. Bu tartışmalar özellikle, vekilin üstlendiği özen borcunun edimden bağımsız bir borç olduğu yönündeki görüş ile özen borcunun niteliğinin, vekilin aslî edim borcunun gereği gibi ifa edilmesine hizmet eden bir yan borç olduğu görüşüdür¹⁶⁵. Bir diğer görüşe göre ise, vekilin özen borcu, vekâlet sözleşmesinin aslî edimi olan işgörme edimine eklemlenerek onu tamamlayan, gereği gibi ifaya hizmet eden ancak yan yükümlülük niteliği taşımayan bağımsız bir yükümlülüktür¹⁶⁶. Sözleşmeyle ilgili olarak mevcut olan yükümlülüklerin aslî-yan edim yükümlülüğü olması ya da yan yükümlülük olarak nitelendirilmesi, bu yükümlülüğe aykırı davranılması hâlinde ayrıca bir ifa davası açılıp açılmamasını belirler. Zira, aslî veya yan edim yükümlülüklerine aykırı davranıldığında, bu yükümlülükler doğrudan sözleşmenin ifasını, alacaklının ifa menfaatini etkilediğinden ayrıca bir aynen ifa davasına konu olabilir ve yerine getirilmeleri talep edilebilir. Buna karşın, varlığı aslî

¹⁶² Başpınar, s. 157; Güner, s. 251.

¹⁶³ Başpınar, s. 158; Akıncı, Vekâlet, s. 16; Antalya, C. 3, s. 390; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 657.

¹⁶⁴ Başpınar, s. 158.

¹⁶⁵ Başpınar, s. 147; Antalya, C. 3, s. 390.

¹⁶⁶ Gümüş, C. 2, s. 161. Özen borcunun, vekâlet sözleşmesinin esaslı bir unsuru olduğu yönünde bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 657.

edim yükümlülüklerinin varlığına bağlı olan ifaya yardımcı ve koruyucu yükümlülükler şeklinde ikiye ayrılan yan yükümlülükler ise, bağımsız bir ifa davasının konusunu oluşturmaz. Ancak, bu yan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde tazminat davasının açılabilmesi mümkündür¹⁶⁷.

Arabulucunun özen borcu, arabulucunun aslî borcu olan arabuluculuk faaliyetini yürütme borcunun gerçekleşebilmesine hizmet eden bir yan yükümlülüktür. Vekilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcu, vekâlet sözleşmesinin aslî edim yükümü olmadığı gibi, arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucunun özen borcu, bu sözleşmenin aslî edim yükümü değildir¹⁶⁸. Zira, vekâlet sözleşmesinde, müvekkilin bu sözleşme ile ulaşmak istediği amaca hizmet eden vekilin özenli davranması, bir vasıttan ibarettir. Gerçek anlamda bir edim yükümü olarak nitelendirilemeyecek olan özen borcu, aslî ve bağımsız bir varlığa sahip olmadığından bu borcun ihlâli hâlinde de aynen ifa davası açılabilmesi mümkün değildir¹⁶⁹. Özen borcunun ihlâli hâlinde aynen ifa davası yerine ancak TBK.m.112'ye dayanan bir tazminat davası açılabilecektir.

Arabulucunun özen yükümünü ihlâl etmesiyle birlikte, uyuşmazlığın tarafları aynen ifa davası açamayacakken, TBK.m.112 temeline dayanan bir tazminat davası açabilirler. Bu durum da göstermektedir ki, arabulucunun özen yükümlülüğü edim yükümlülüğü olmaktan ziyade ancak bir yan yükümlülük olarak nitelendirilebilecektir. Arabulucunun sözleşmeye aykırı davranarak özen borcunu ihlâl edip, edimini gereği gibi yerine getirmediği durumlarda karşılaşacağı hukukî sorumluluğa ayrı bir başlık altında değinileceğinden burada sorumluluğun şartları ele alınmayacaktır.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirirken tedbirli ve basiretli bir biçimde hareket etmeli, tarafların mevcut hukukî durumlarını, haklarını zedelemekten onların bir çözüm bulabilmelerine yardımcı olmalıdır. Özellikle arabulucu, uyuşmazlığın taraflarından birinin diğer tarafla paylaşılmasını istemediği bilgi ve belgeleri gizli tutmalı, tarafların bu anlamda verecekleri talimatlara uymalıdır. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetlerinin gerçekleştirileceği yeri, fizikî mekânı belirlerken, uyuşmazlığın taraflarının ikametgâhı veya işyerlerini göz önüne alarak uygun bir yeri seçmesi özen borcunun somutlaşmasına bir örnek olarak verilebilir¹⁷⁰. Zira, arabuluculuk müzakerelerinin gerçekleşeceği yer, çoğunlukla kişinin kendine duyduğu gü-

¹⁶⁷ **Eren**, Genel, s. 30-38; **Aral**, s. 34 vd.; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 4-5.

¹⁶⁸ **Başpınar**, s. 158; **Dür**, s. 431.

¹⁶⁹ **Başpınar**, s. 158. Hatta, bu borca aykırılık durumunun kendi başına bir “sözleşmenin müspet ihlâli (positive Vertragsverletzung)” bile oluşturmayacağı ileri sürülmüştür. Bkz., **Başpınar**, s. 158.

¹⁷⁰ **Dür**, s. 432.

veni ve tutumunu etkileyeceğinden faaliyetin özenli bir şekilde yerine getirilip getirilmediği hususunda önem arz eder¹⁷¹.

HUAK.m.9/I'de, arabulucunun görevini “şahsen” yerine getireceği düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi benzeri bir sözleşme olan arabuluculuk sözleşmesinde de güven unsuru yoğun şekilde ön plana çıkmaktadır. Güvene dayalı sözleşmelerde ise, borçlunun şahsı ayrı bir önem arz eder. Vekâlet sözleşmesinde de kural, vekilin borcunu şahsen yerine getirmesidir. Ancak, vekâlet sözleşmesinden vekilin şahsen borcuna bir istisna da getirilmiştir. TBK.m.506/I'de, öncelikle vekilin borcunu şahsen ifa etmesi gerektiği düzenlenmiş, ardından vekile bu konuda yetki verildiği, teamülün mümkün veya durumun zorunlu kıldığı durumlarda vekilin işi bir başkasına yaptırabileceği düzenlenmiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, vekâlet sözleşmesi ile arabuluculuk sözleşmesi arasındaki farklardan biri de, vekil/ arabulucunun şahsen ifa borcunun derecesidir. Vekilin şahsen ifa borcu mutlak olmayıp istisnası mevcut iken, arabulucu açısından Kanun'da herhangi bir istisna öngörülmediğinden arabulucunun şahsen ifa borcu mutlaktır. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili iş ve işlemleri, arabulucunun kendisi bizzat yerine getirmelidir. Uygulamada görüldüğü gibi, bazı arabuluculuk ofislerinde, uyuşmazlığın taraflarıyla yapılan ilk görüşmeler, toplantı tarihi ve yeri ayarlanması gibi hususlar, Kanun'a ve arabuluculuk sözleşmesine aykırı olarak sekreter veya diğer yardımcı kişilerce yerine getirilmektedir. Ancak, sayılan işlerin hepsi arabulucu tarafından bizzat yapılması gereken işlerdendir.

4. Tarafsız Olma Borcu

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetini yerine getirirken uyuşmazlığın taraflarına karşı tarafsız bir konumda bulunması, arabuluculuğa hâkim ilkelerden biri olan “tarafsızlık ilkesi”nin bir görünümüdür. Arabuluculuk öğretide, “taraflar arasındaki uyuşmazlığın menfaat temelli bir çözüme kavuşabilmesi amacıyla, *tarafsız* bir üçüncü kişinin, tarafları müzakerelerde bulunmaları ve anlaşabilmeleri için uygun ortamda buluşturan ve onların kendi çözümlerini bulabilmelerine imkân sağlayan, gönüllülük esasına dayalı yöntemler bütünüdür¹⁷²” şeklinde tanımlandığından, *tarafsızlık* hususunun arabuluculuğun tanımının zorunlu bir unsuru olduğu ifade edilebilir. Zira, arabulucu ise öğretide, “uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olup yol gösteren bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi” olarak tanımlanmaktadır¹⁷³. Görüldüğü üze-

¹⁷¹ Kekeç, s. 156.

¹⁷² Tanriver, Arabuluculuk, s. 165; Kaplan, s. 118; Özbek, s. 592; Kekeç, s. 23; Yazıcı Tıktık, s. 10; Taşpolat Tuğsavul, s. 26; Sevim, s. 29; Dür, s. 12.

¹⁷³ Özbek, s. 600; Kekeç, s. 61; Yazıcı Tıktık, s. 43; Dür, s. 420. Avrupa Komisyonu'na düzenlenen 2008/52/EC Direktifi (21.05.2008) m.3/b'de yapılan arabulucu tanımında da, “*impartial*” kelimesi kullanılarak arabulucunun taşıması gereken özelliklerden birinin tarafsızlık olduğu vur-

re, arabuluculuk ve arabulucu kavramlarının tanımlanmasında vazgeçilmez bir unsur olarak yer alan tarafsızlık unsuru, arabuluculuğa hâkim ilkelerden birisi olması dola- yısıyla da arabulucu için önemli bir yükümlülük olarak kendini gösterir.

HUAK.m.9/I’de, arabulucunun görevini “tarafsız bir biçimde” yerine getirece- ği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, arabulucuya, onun tarafsızlı- ğından şüpheyne düşülecek önemli bir durumun varlığı hâlinde, bu konuda tarafları bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde de, arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleyebilmesi için arabulucunun, uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit uzaklıkta ve tarafsız olacak şekilde davranıp onların güvenliğini koruması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁴. Maddenin ikinci fıkrasıyla ilgili olarak da gerekçede, arabulucu- nun tarafsızlığı ve güven ortamının tesisi için özel bir vurgulamanın yapıldığı belirti- lerek, herhangi bir yanlış anlaşılma nedeniyle sürecin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı açıklanmıştır.

Amerika Hakemler Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözümle- me Derneği 2005 yılında Arabulucular için Örnek Meslekî Ahlâk Standartları kabul etmişlerdir. Kabul edilen bu standartlardan ikinci olan “tarafsızlık ilkesi”ne göre, arabulucu, süreci tarafsız bir şekilde yönetemeyeceğini düşünüyorsa arabuluculuğu reddetmelidir. Tarafsızlıktan kasıt, yanlı davranışlardan, ön yargıdan ve iltimastan uzak durmak anlamına gelir¹⁷⁵. Aynı zamanda tarafsızlık, arabulucunun dikkatini tüm taraflara eşit ölçüde vermesi ve süreci dengeli şekilde yönetmesi anlamına gel- mektedir¹⁷⁶.

Arabulucunun gücü ve taraflar üzerindeki etkisi, onun tarafsızlığından kaynak- lanmaktadır¹⁷⁷. Zira, arabulucunun tarafsız olması, uyuşmazlığın taraflarınca arabu- lucuya duyulan güven ile doğru orantılıdır. Arabulucu, taraflardan birinin lehine veya aleyhine olacak şekilde davranışlar sergilerse, süreç bu durumdan olumsuz etkilene- bilecektir. Bu yüzden arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde bir kolaylaştırıcı olarak, uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir çıkarı olmadığını ve uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit mesafede olduğunu hissettirdiği sürece faaliyetin başarıyla sonuçlan- ma ihtimali artacaktır¹⁷⁸.

gulanmıştır (<https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090128135756Directive2008-52-ECOncertainspectsofmediation.pdf> Et: 06.07.2019).

¹⁷⁴ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaLari/KanunLasi/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> Et: 06.07.2019.

¹⁷⁵ **Moore/ Kaçmaz/ Türnüklü**, s. 595.

¹⁷⁶ **Parkinson**, Lisa, Aile Arabuluculuğu (Editör: **Yücel**, Yonca Fatma), 2018, s. 25.

¹⁷⁷ **Kekeç**, s. 61.

¹⁷⁸ **Özbek**, s. 602; **Kekeç**, s. 62; **Özbek**, C. 2, s. 1229; **Moore/ Kaçmaz/ Türnüklü**, s. 20. Arabulu- cunun tarafsızlığıyla kastedilen, onun kişisel değerlerini çözüm sürecine dâhil etmemesidir. Her-

Arabulucunun tarafsızlığının iki yönü vardır. Bunlardan ilki tarafsızlığın içsel yönüdür. Tarafsızlığın içsel yönü ile kastedilen, arabulucunun zihninde, değer, öncelik ve duyguların bulunmamasıdır. Tarafsızlığın diğer yönü olan dışsal yön ise, arabulucunun davranış, görünüm ve sözlerinde değer, öncelik ve duygu bulunmamasıdır¹⁷⁹. İçsel tarafsızlık, arabulucunun kendi iç dünyasında bulunan zihinsel bir olgu olduğundan engellenmesi veya tespiti mümkün değildir. Ancak, burada tarafsızlığı sağlayacak olan kişi, kendi içsel taraflılığını sözleri ve davranışlarıyla dışsallaştırmadan süreci yöneten arabulucudur¹⁸⁰.

Arabulucu, tarafsız bir konumda olmasının gereği olarak, arabuluculuk sürecine katılanlara dinlenilme fırsatı (opportunity to be heard) tanınmalı ve onların süreçte aktif bir rol almalarını sağlamalıdır¹⁸¹. Uyuşmazlığın tarafları arasında önemli derecede bir güç dengesizliği mevcut ise, arabulucunun tarafsız kalması daha da zorlaşacaktır. Zira arabulucu, taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidermeye çalışır ise, zayıf olan tarafın yanında yer almış olarak algılanacak olup, bu güç dengesizliğine karşı hiçbir şey yapmazsa da etik kurallara aykırı olarak zayıf olan tarafın süreçte pasif kalmasına yol açmış olur¹⁸². Bu durumda akla gelen soru, arabuluculuk süreci sonunda varılan çözüm anlaşmasının adil ve hakkaniyete uygun olup olmaması arabulucunun sorumluluğunda mıdır? Bu bağlamda, taraflarca varılacak çözüm anlaşmasının etkin ve tutarlı olması hususunda arabulucunun sorumluluk üstlenmesinin onun tarafsızlığına gölge düşürmeyeceği kabul edilebilir. Aksi hâlde, arabulucu tarafsızlık ilkesi nedeniyle aşırı şekilde kısıtlanacak olup gelişmelere kayıtsız kalmak durumunda bırakılacaktır¹⁸³. Ancak, arabulucu, tarafların vardığı sonucun adil olmasını denetleyemeyecektir. Zira, mevzuatta arabuluculuk, hak temelinden ziyade menfaat temeline dayandırılmıştır. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde doğal olarak bir

kes gibi arabulucunun da gerek uyuşmazlık konusu ile ilgili gerek uyuşmazlığın tarafları ile ilgili belli fikirlerde ve duygular içerisinde bulunması mümkündür. Burada önemli olan nokta, arabulucunun profesyonel davranarak, görevinin çizdiği sınırları aşmaksızın, arabuluculuk faaliyetiyle güdülen amaç olan tarafların kendi çözümlerini bulmalarına hizmet edecek şekilde davranıp, kendi şahsî görüş ve isteğine göre tarafları yönlendirme veya onlara baskı yapma şekline dönüş-türmemesidir. Bkz., **Özbek**, s. 602; **Kekeç**, s. 65.

¹⁷⁹ **Kekeç**, s. 65.

¹⁸⁰ **Kekeç**, s. 65.

¹⁸¹ **Özbek**, s. 603. Psikologlar tarafından yapılan çalışmalar sonucunda ortaya çıkan sonuçlara göre; tarafsız bir üçüncü kişi nezdinde görülen bir yargılama veya olay çözümünde, hâkim, hakem veya arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına güven verebilmesi, tarafsızlığını gösterebilmesi şu etkenlerin varlığına bağlıdır: Söz hakkı (voice), tarafsız olma (neutrality), güvenilir olma (trustworthiness) ve son olarak nezaket ve saygıdır (courtesy and respect). Bu etkenlerden tarafsız olma etkeninin kapsamında; ön yargılı olmama (lack of bias), bireyler hakkında kararların uygulanmasında tutarlılık, süreçle ilgili şeffaflık, bilgiye erişim ve bilgi toplama yeteneği gibi hususlar yer alır. Bkz., **Özbek**, s. 603.

¹⁸² **Özbek**, s. 603.

¹⁸³ **Yazıcı Tıktık**, s. 45.

hâkim gibi karar veremeyecektir ancak, tarafların menfaatlerine uygun çözümlerini bulmaları konusunda onlara yardımcı olacaktır. Böylece, süreç sonunda varılacak çözüm her zaman için pozitif düzenlemelerde yer alan tarafların haklarıyla örtüşmesi bile, tarafların belli fedakârlıklarda bulunarak bazı haklarından feragat ettiği azamî memnuniyeti sağlayacak bir sonuca ulaşılabilir¹⁸⁴.

Arabulucunun tarafsızlığı hem uyuşmazlığın tarafları bakımından hem de uyuşmazlığın konusu bakımından mevcut olmalıdır. Uyuşmazlığın tarafları bakımından tarafsızlık, arabulucunun her iki tarafa da eşit şekilde davranıp, iki tarafın da menfaatlerini anlamaya çalışmasıdır. Uyuşmazlığın konusu bakımından tarafsızlık ise, arabulucunun, bu faaliyet sonucunda varılacak çözüm anlaşmasında şahsî çıkarının bulunmamasıdır¹⁸⁵. Uyuşmazlığın tarafları bakımından tarafsızlığın kapsamında, arabulucunun hiçbir tarafa yakın ve bağlantılı olmaması yer alır¹⁸⁶. Arabulucunun tarafsızlığından söz edilebilmesi için, özellikle uyuşmazlığın taraflarıyla ekonomik bir bağlantı içerisinde olmaması gerekir. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarından biriyle daha önceden herhangi bir iş yapmış olması ya da başka bir konuda vekilliğini üstlenmesi, onun tarafsızlığına gölge düşüreceklerdir.

Arabulucunun taraflardan herhangi biriyle kişisel yakınlığının bulunması durumunda, tarafsızlığın korunabilmesi için, durumu uyuşmazlığın taraflarına bildirmesi gerekir. Arabulucu ile taraflar arasında belli derecelerde akrabalık ilişkisi varsa bu durum arabulucunun tarafsızlığından şüpheyi gerektirecek bir hâl sayılabilir. Buna ek olarak, arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarından birinin arkadaşlık ilişkisinin olması da tarafsızlığın şüpheye düştüğü hâllerden biri olarak kabul edilebilir¹⁸⁷. Böyle durumlarda arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirmeli ve tarafların onayıyla sürece devam etmeli yahut taraflar bu duruma rıza göstermezse arabuluculuktan çekilmelidir (HUAk.m.9/II). Burada, Kanun tarafından uyuşmazlık taraflarına serbestî tanındığı görülmektedir. Arabulucu ile taraflardan biri ne derece yakın olursa olsunlar (örneğin arabulucu, uyuşmazlığın taraflarından birinin babasıdır), tarafların her ikisi de arabulucunun görevine devam etmesini isterlerse arabulucunun görevden

¹⁸⁴ **Yazıcı Tıktık**, s. 45. Öğretideki bu yönde olan bir görüşe göre de, arabuluculuk yönteminde, uyuşmazlıklar “hukukun gölgesinde” çözülmeye çalışıldığı için, arabulucular en azından adil bir çözümü onaylamalıdır. Bkz., **Özbek**, s. 605. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, tek tarafın menfaatine uygun olan bir anlaşmaya varıldığında arabulucu doğrudan bu anlaşmayı engelleyemez. Ancak, anlaşmanın eksikliklerini taraflara gösterebilir yahut anlaşmaya taraf olmamayı tercih edebilir. Tarafların kötünîyeti ve hilesinin belli olduğu ve anlaşma şartlarının hukuka aykırı olduğunun tespiti hâlinde arabulucu, anlaşmaya dâhil olmayı reddedip tarafları yasal yardım almaya yönlendirebilir veya bu tarz hareketlerde bulunanları yetkili mercilere bildirebilir. Bkz., **Akan**, s. 140-141.

¹⁸⁵ **Yazıcı Tıktık**, s. 44.

¹⁸⁶ **Dür**, s. 421.

¹⁸⁷ **Dür**, s. 421.

çekilmesine gerek kalmamaktadır. Ancak, bu durum faaliyetin sağlıklı bir şekilde devamı açısından sakıncalı olabilir. Öğretide, bu konuyla ilgili sakıncaları gidermek için ikili bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre, arabulucunun tarafsız kalamayacağına mutlak sayılacağı hâllerde, görevden mutlaka çekilmesi gerekip, tarafsızlığından şüpheyi gerektiren ancak mutlaklık seviyesinde olmayan hâllerde ise, uyuşmazlığın taraflarının iradesine göre hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁸.

Arabulucunun tarafsız olma borcu niteliği itibarıyla bir yan yükümlülük olarak kabul edilebilir. Zira yan yükümlülükler, aslî edimin ifasına yardım eden, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüklerdir¹⁸⁹. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirirken tarafsız olması, aslî edim olan arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmesini sağlayan, arabuluculuk sözleşmesiyle güdülen amaca hizmet eden bir borç olması nedeniyle yan yükümlülük özelliği gösterir. Arabulucu tarafsız olma borcunu yerine getirmediği takdirde, bu borcun ifası uyuşmazlığın taraflarınca ayrı bir dava ile talep edilemeyecekse de, bundan doğan zararların tazmini ayrıca talep edilebilir.

Arabulucunun tarafsızlığı, onun seçiminde gösterilecek özenle ve arabulucunun kişilik özellikleriyle sağlanır¹⁹⁰. Uyuşmazlığın tarafları, arabulucuyu kendi istek ve iradelerine uygun bir şekilde Arabulucular Sicili'nden seçerken taraflardan birine belli yakınlıkta olmayacak birini seçerek arabulucunun tarafsız olması ihtimalini arttırabilirler. Arabulucunun kişilik özellikleri de onun süreçteki tarafsızlığını etkileyebileceğinden, tarafsız kalamayacağını düşündüğü durumlarda uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirip onların görüşüne göre hareket etmek de arabulucu için bir görevdir. Bununla birlikte, arabulucunun taraflarla arasında bir menfaat ilişkisi veya çatışması mevcut ise arabulucu, bu durum kendi dürüstlüğüne ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verebilecek nitelikteyse, tarafların anlaşması veya rızalarına bakılmaksızın görevden çekilmeli veya arabuluculuğu reddetmelidir (TAEK.m.4/V). Hüküm, arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı şekilde yürütülmesi açısından faydalı bir düzenleme olup, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da bu hususa yer verilmesi uygun olur. Dolayısıyla, TAEK.m.4/V'teki gibi "Arabulucu ile taraflar arasındaki doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucunun tarafsızlığına ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verecek nitelikteyse; arabulucu, tarafların aksi yöndeki talepleri ve anlaşmasına bakılmaksızın, arabuluculuk teklifini reddetme-

¹⁸⁸ Erdoğan/ Erzurumlu, s. 17-18.

¹⁸⁹ Eren, Genel, s. 38; Antalya, C. 1, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 14; Kılıçoğlu, s. 44; Cansel/ Özel, s. 80-81; Akıncı, s. 39-40.

¹⁹⁰ Dür, s. 421.

li ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.” şeklinde bir maddenin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenmesi önerilebilir.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarından birine karşı daha yakın tavırlar sergileyip önceden kararlaştırılmadan veya diğer tarafın bilgisi olmadan gizli/ özel görüşmelerde bulunması, tarafsız olma borcunu ihlâl ettiğine dair güçlü bir kanıt oluşturur¹⁹¹. Arabulucu, süreç boyunca tarafsız olduğu kadar dışarıya da bu tarafsızlığını gösterebilmelidir.

Arabulucunun tarafsızlığı ile ilgili Türkiye Arabulucular Etik Kuralları’nın 3. maddesinde bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de, arabulucunun, dışarıdan tarafsızlığı ile ilgili şüphe doğuracak şekilde uyuşmazlığın taraflarından birinden değerli bir hediye, borç veya yardım almaması ve bunları taraflardan birine vermemesi gerekliliğidir¹⁹². Yine aynı maddede, arabulucunun arabuluculuk faaliyetini, taraflarca aksi öngörülmemişse, tarafsız ve uygun bir yerde yürütmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla arabulucu, arabuluculuk müzakerelerinin yürütüleceği yeri belirlerken hem yukarıda bahsedilen özen borcuna uygun olarak uyuşmazlığın tarafları için mümkün olduğunca uygun bir yer belirleyip bu yerin tarafsızlığı zedelememesine dikkat etmelidir.

HUAK.m.9/IV’te, tarafsızlıkla ilgili olarak, arabulucunun, arabulucu sıfatıyla yürüttüğü bir uyuşmazlık çözümü konusunda daha sonra dava açılması hâlinde, bu davada arabulucunun taraflardan birinin avukatı olarak görev yapamayacağı düzenlenmiştir. Arabulucunun tarafsızlığı ilkesine hizmet eden bu hükme uygun bir düzenleme Yönetmelik’te de mevcuttur (HUAKY.m.11/V). Önceki Arabuluculuk Yönetmeliği’nde ise, Kanun’daki düzenlemeyi aşan şekilde, arabulucunun bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra hakemlik, hâkimlik ve bilirkişilik yapamayacağı öngörülmüştü. Bu hüküm, öğretilde Kanun’a aykırı olması sebebiyle eleştirilmiş ancak, Kanun’un Yönetmelik’teki düzenlemeye benzer şekilde değiştirilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir¹⁹³. Arabulucunun, arabulucu sıfatıyla yürüttüğü uyuşmazlık ile ilgili olarak daha sonra dava açılması hâlinde avukat olarak görev yapamaması şeklindeki düzenleme yerindeyken, önceki Yönetmelik’te düzenlenen ve arabulucunun daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem, hâkim ve bilirkişilik yapamaması düzenlemesi amacı aşan bir düzenlemedir. Zira, arabulucu tarafsızlığını

¹⁹¹ Kekeç, s. 179; Özbek, s. 607.

¹⁹² Benzer bir hüküm, 2005’te Amerika’da kabul edilen Arabulucular için Örnek Meslekî Ahlak Standartları “Tarafsızlık” ile ilgili bölümünde de düzenlenmiştir. Arabulucunun taraflardan bir hediye, iyilik ya da arabulucunun dışarıdan algılanan tarafsızlığıyla ilgili soru işareti uyandıracak herhangi bir değerli nesneyi kabul etmemesi ve taraflara vermemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz., Moore/Kaçmaz/ Törnükü, s. 595.

¹⁹³ Erdoğan/ Erzurumlu, s. 18.

korumakla yükümlüdür. Aynı uyuşmazlıkta daha sonra hakem, hâkim veya bilirkişi olabilmesinin de mümkün olması gerekir. Ek olarak, arabuluculuk-tahkim modelinin uygulandığı uyuşmazlık çözümlerinde, arabulucu ilgili uyuşmazlık çözümlenmez ise hakem olarak uyuşmazlığı çözerek bir karara bağlayacaktır. Arabuluculuk-tahkim ile ilgili, Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m.4/VI'da, uyuşmazlıkta arabuluculuk yapan kişinin, tarafların yazılı ve açık onayları ile talep etmeleri hâlinde, tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapabileceği ifade edilmiştir. Bu da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk-tahkim (med-arb) çözüm yönteminin kullanılmasına işaret eder¹⁹⁴. Ancak, yine aynı Etik Kurallar'da arabulucunun, arabuluculuk sürecinde başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemini yürütemeyeceği, gerekli ve uygun görürse tarafları tahkim veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirebileceği düzenlenmiştir (TAEK.m.5/VI). TAEK.m.4/VI'da ise, tarafların onayı ile arabulucunun aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev alabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, Etik Kurallar'daki bu çelişkinin bir değişiklikle giderilmesi ve arabulucunun aynı uyuşmazlık için tarafların onayıyla hakemlik yapabileceğinin kabulü gerekir.

Arabulucunun, aynı uyuşmazlıkla ilgili daha sonra açılan davada avukat olarak görev yapamaması açıkça düzenlenmişken, uyuşmazlık öncesi taraflardan birinin avukatlığını yapan arabulucunun durumunun ne olacağı düzenlenmemiştir. Esasen, böyle açık bir düzenlemeye de ihtiyaç yoktur. Zira, arabulucunun daha önceden taraflardan birinin avukatlığını yapmış olması, onun tarafsızlığından şüpheyi gerektirecek önemli bir hâl sayılabilir ve her iki tarafın da buna rıza göstermesiyle birlikte arabulucu görevine devam edebilir (HUAK.m.9/II).

5. Bilgilendirme ve Aydınlatma Borcu

Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirme ve aydınlatma borcu, HUAK.m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını, faaliyetin başında, arabuluculuğun süreci, sonuçları ve ilkeleri bakımından gereği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. Yönetmelik'in 13.maddesinde ise, Kanun'daki düzenlemeye benzer bir düzenleme getirilmiş, farklı olarak sadece tarafları aydınlatmanın arabulucu tarafından "şahsen" yerine getirileceği belirtilmiştir (HUKY.m.13). Esasen, bu durum, düzenlemeler arasında önemli bir farklılık doğurmamaktadır. Zira, arabulucu, arabuluculuk görevini şahsen ifa etmelidir. Arabulucunun şahsen ifa borcu, vekâlet sözleşmesindeki vekilin şahsen ifa borcunun istisnaları gibi belli istisnalar

¹⁹⁴ Arabuluculuk-tahkim yöntemi için bkz. § 1, II, E başlığı.

da içermeyen bir borçtur¹⁹⁵. Dolayısıyla, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını sürecin başında, arabuluculuğun ilkeleri, sürecin işleyişi ve bu sürecin sonuçları hakkında bizzat ve gereği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, arabuluculuk faaliyetinin ilkeleri, arabuluculuk sürecinin işleyiş mekanizması ve arabuluculuk sürecinin hukukî sonuçlarından oluşur. Arabulucu, yükümlülüğü olan bu bilgilendirme ve aydınlatmayı yaparken, uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuğun ne olduğunu, bu yöntemle uyuşmazlığın nasıl çözüleceğini, yöntemin sonuçlarını, özellikle anlaşmaya varılması durumunda düzenlenecek olan çözüm anlaşmasının ilgili mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle beraber ilâm niteliğinde bir belge olacağını açıklamalıdır. Arabulucu, bu anlamda uyuşmazlığın taraflarının tam bilgi sahibi olmasını ve çözüm anlaşmasının sonuçları hakkında iyice aydınlatılmalarını sağlamakla yükümlüdür¹⁹⁶. Böylece, uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk yöntemiyle ilgili daha çok bilgi sahibi olacak ve süreç boyunca kendilerinden emin ve güven içinde müzakerelere katılacaklardır¹⁹⁷. Uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuk yönteminin işlerliğine ikna edebilecek ve yönetime güven duymalarını sağlayacak olan süreç sonunda varılan çözüm anlaşmasının, mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle birlikte ilâm niteliğini kazanması hususu arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün içeriğinin oldukça önemli bir kısmını oluşturur. Bununla birlikte, tarafların bu çözüm yönteminde eşit konumda olduğu, yöntemin tamamen gizlilik esaslarına göre yürütüleceği (gizliliğin sınırları uyuşmazlığın taraflarınca belirlenir), arabuluculuk faaliyeti esnasında oluşturulan bilgi ve belgelerin ve arabuluculuk faaliyeti esnasındaki irade beyanlarının daha sonra bir davada, hakem yargılamasında kullanılamayacağı, bu konularda tanıklık yapılamayacağı, gizlilik ilkesi ihlâl edildiğinde ihlâl eden kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı gibi hususlarda da arabulucu tarafından uyuşmazlığın tarafları bilgilendirilmelidir¹⁹⁸.

Arabulucu, sürecin başında, tarafların içine düştüğü uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını da denetler ve taraflara bilgi verme ve aydınlatma borcu kapsamında konuyla ilgili gerekli uyarıları ve bildirimleri yapar. Uyuşmazlık arabu-

¹⁹⁵ Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun şahsen ifa borcu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, AvK.m.171'de olduğu gibi alt vekâlete izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun görevini bir başka arabulucuya devretmesi, vekâlet sözleşmesi hükümlerine (TBK.m.506-507) göre de mümkün değildir. Zira, bu konuda HUAK.m.9 özel bir hükümdür ve şahsen ifa borcuna istisna tanımamaktadır. Ancak, uyuşmazlığın taraflarınca seçilen arabulucuyla eşit konumda olacak bir başka arabulucu da aynı uyuşmazlık için görevlendirilebilir (eş arabuluculuk).

¹⁹⁶ **Kekeç**, s. 67; **Şahin Ceylan**, s. 300; **Özmumcu**, s. 356; **Muktedir**, s. 47.

¹⁹⁷ **Dür**, s. 426.

¹⁹⁸ **Dür**, s. 428.

luculuğa elverişli ise, arabulucu, arabuluculuk yönteminin tamamen gönüllülük esasına dayandığını, tarafların bir anlaşmaya varmak zorunda olmadığını, bu yöntemle birlikte herhangi bir hak kayıplarının meydana gelmeyeceğini, taraflar dilediği müddetçe sürecin gizli kalacağını ve sonuçta çözüme varılırsa ilgili anlaşmanın mahkemeden alınacak icra edilebilirlik şerhiyle ilâm niteliğini kazanacağını bildirerek, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk yöntemine ısınmasını ve anlaşma hususunda motive edilmesini sağlar¹⁹⁹.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını aydınlatma yükümlülüğü, Kanun'daki "arabuluculuk faaliyetinin başında" ifadesinden dolayı, sürecin başında mutlak bir yükümlülük olarak yerine getirilmelidir. Bu yükümlülük açılış konuşması yapma yükümlülüğü olarak da ifade edilebilir. Sürecin devamında ise arabulucu, taraflar arasındaki bilgi akışının sürmesini sağlamak amacıyla gerektiğinde tarafları belli hususlarda aydınlatmalıdır²⁰⁰. Ancak, HUAK.m.11'deki düzenleme, "arabuluculuk faaliyetini başında ve devamında" şeklinde değiştirilerek, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğünün sürecin tamamına yayılması isabetli olacaktır. Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını sürecin başında aydınlatma borcu kanundan doğan bir yan yükümlülük olduğu hâlde, sürecin devamındaki aydınlatma borcu, mevcut hâliyle arabuluculuk sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük özelliği taşır. Zira, TBK.m.502/II atfı gereğince, vekâlet sözleşmesinin hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan isimsiz işgörme sözleşmelerine, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Vekâlet sözleşmesinde vekilin, TBK.m.506/II gereği, üstlendiği işi yerine getirirken sadakat ve özenle, vekâlet verenin menfaatlerini gözeterek hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Vekilin sadakat yükümlülüğünün somut görünümlerinden biri de vekâlet vereni aydınlatma borcudur. Vekil, aydınlatma borcu ile vekâlet verenin menfaatine olacak şekilde, vekâlet sonucunun gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olarak her türlü bilgiyi vekâlet verene bildirmek zorundadır²⁰¹. Vekilin, sadakat yükümlülüğü kapsamında, vekâlet vereni aydınlatma borcu, hesap verme borcundan farklı olarak bir yan yükümlülüktür. Zira, hesap verme borcu, vekâlet verenin talebiyle yerine getirilmesi gereken bir borç olduğundan, yan

¹⁹⁹ **Erdoğan/ Erzurumlu**, s. 20; **Özbek**, C. 2, s. 1232. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgilendirmesiyle ilgili olarak, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na hazırlanan şablon için bkz., Ekler. Ayrıca bkz., <http://www.adb.adalet.gov.tr/sablonlar/index.html> Et: 12.12.2019.

²⁰⁰ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 153.

²⁰¹ **Gümüş**, C. 2, s. 155; **Eren**, Özel, s. 734; **Tandoğan**, C. 2, s. 408. Vekilin aydınlatma borcu, hesap verme borcundan farklıdır. TBK.m.508/I'de düzenlenen hesap verme borcuna göre, vekâlet veren tarafından talep edildiğinde, görülen iş ile ilgili olarak vekil tarafından vekâlet verene hesap verilmelidir. Vekil, hesap verme yükümlülüğünü gerçeğe uygun, vaktinde ve tam olarak yerine getirmelidir. Bkz., **Eren**, Özel, s. 735; **Gümüş**, C. 2, s. 176-177.

edim yükümlülüğü sayılır. Böylece, vekâlet veren, ayrı bir ifa davasıyla hesap verme borcunun ifasını talep edebilir. Ancak, vekilin aydınlatma yükümlülüğü için bu durum söz konusu olmayıp, asıl borç ile birlikte ifası talep ve dava edilebilir. Vekâlet sözleşmesindeki bu durum arabuluculuk sözleşmesine de kıyasen uygulanabilir. Böylece, arabulucunun süreçle ilgili gelişmeleri, dikkat çekilmesi gereken hususları gereği gibi uyuşmazlığın taraflarına bildirmesi, arabulucu açısından bir yan yükümlülük olarak ifade edilebilir.

Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına bilgi verebilmesine karşın bireysel veya toplu hâlde tavsiye vermekten kaçınmalıdır. Burada tavsiye vermek ile kastedilen, arabulucunun bir avukat ya da hukukî danışman gibi taraflara hukukî bilgi vermesidir²⁰². Arabulucu, taraflara hukukî bilgi veremez ancak tarafların buna ihtiyaçları varsa, konuyla ilgili bir uzmandan veya avukattan yardım almaları için onları yönlendirebilir. Özellikle, uyuşmazlığın tarafları arasında açık bir güç dengesizliği varsa, uyuşmazlığın çözümü adil bir sonuçtan oldukça uzak bir görüntü çiziyorsa arabulucu, tarafların varmak üzere oldukları çözümü doğrudan değiştiremezse de, her iki tarafı da uyararak konuyu bir uzmana veya avukata danışmalarını önerebilir²⁰³.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü, sadece sözleşme kurulduktan sonra değil, sözleşmenin kurulmasından önceki safhayı da kapsar. Aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeye karar vermiş olan taraflar arabulucuya geldiklerinde, arabulucu, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını, tarafların herhangi bir sorumlulukları olmaksızın arabulucuya başvuruyu reddetme imkânlarının olduğunu uyuşmazlığın taraflarına bildirmelidir²⁰⁴. Esasen, arabulucunun bu yükümlülüğü, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan (culpa in contrahendo) kaynaklanan bir yükümlülüktür. “Edim yükümlüklerinden bağımsız borç ilişkileri” olarak adlandırılan bu durumlardan biri, sözleşme görüşmeleriyle sosyal temasa geçmiş olan kişiler arasında, içeriği koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi olan “sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri”dir. Bu borç ilişkisinin kaynağı, TMK.m.2, yani dürüstlük kuralıdır²⁰⁵. Kurulacak sözleşmenin tarafları, bu aşamada birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerlerini koruma, süreç boyunca birbirlerine karşı özen gösterme ve

²⁰² **Özbek**, s. 622; **Dür**, s. 428.

²⁰³ Arabulucunun, arabuluculuk yöntemiyle varılacak çözümün etkin, tutarlı ve adil olması hususunda denetim yetkisinin bulunduğu ile ilgili bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 45. Arabulucunun, tarafların etkin ve tutarlı bir çözüme ulaşmaları konusunda denetim yetkisinin olduğu kabul edilebilirse de menfaat temeline dayanan arabuluculuk faaliyetiyle varılan çözümün adil olması, arabulucu tarafından denetlenemez.

²⁰⁴ **Yazıcı Tıktık**, s. 173.

²⁰⁵ **Eren**, Genel, s. 43-44; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 37-38; **Tunçomağ**, s. 137; **İnal**, s. 116.

birbirlerini gerekli hususlarda aydınlatmak zorundadırlar²⁰⁶. Arabuluculuk sözleşmesinin kurulma aşamasında da arabulucu, özellikle uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmaması ve tarafların bu çözüm yöntemindeki serbestîleri konusunda onları bilgilendirmekle yükümlüdür. Arabulucu, bu yükümlülüğüne aykırı davranarak taraflardan birini zarara uğrattırsa, sözleşme görüşmelerinden doğan borca aykırılık sebebiyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır²⁰⁷.

Öğretideki bir görüşe göre, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, belli açılardan hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne benzetilebilir. HMK.m.31'deki düzenlemeye göre, uyuşmazlığın aydınlatılması gerektiği durumlarda hâkim, maddî veya hukukî açıdan belirsiz kalan unsurların açığa kavuşturulması ve çelişkilerin giderilmesi için taraflara açıklama yaptırabilir, sorular sorup delil göstermelerini isteyebilir. Bu hükümle güdülen amaç, hâkimin maddî gerçeğe ulaşarak doğru hüküm verebilmesidir. Arabulucunun da aynı hâkimin davayı aydınlatma ödevinde olduğu gibi, uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirme ve aydınlatma borcu kapsamında, taraflar arasındaki iletişimin sağlıklı bir şekilde devamı için yanlış anlaşılımları engellemesi, çelişkili veya kapalı hususları açıklattırmaası gerektiği ileri sürülmüştür²⁰⁸. Hâkimin ve arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü arasındaki fark olarak ise, hâkimin davayı aydınlatmaya çalışırken çelişkili veya kapalı hususların açıklığa kavuşturulmasını taraflardan isterken, arabulucunun aydınlatma görevini bizzat kendisinin yapacağı ifade edilmektedir²⁰⁹. Esasen, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve arabuluculuk sözleşmesinden doğmaktadır. Bu yükümlülük gereği arabulucu, tarafların gerçek menfaatlerini anlamak için onlara açıklama yaptırabilir. Arabulucu, aktif dinleme yapıp taraflara sorular sorarak uyuşmazlığın sebepleri ve çözüm olanaklarını daha iyi anlayabilir. Ancak, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü, hâkimin davayı aydınlatma ödevinden farklı olduğundan, HMK.m.31 hükmünün arabuluculuğa kıyasen uygulanması mümkün değildir.

²⁰⁶ **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 38; **Tunçomağ**, s. 137.

²⁰⁷ Arabuluculuk sözleşmesi müzakerelerinden doğan borç ilişkisinde, ortaya çıkan zararın giderilmesinde sözleşmesel sorumluluk olan TBK.m.112 vd. hükümlerine dayanılabilir. Ancak, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla ilgili öğretilerde farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul eden görüşe göre, TBK.m.49 vd. hükümlerine dayanılarak sorumluluk tespit edilecektir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliğiyle ilgili bkz., **Eren**, Genel, s. 1158 vd; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 978 vd.

²⁰⁸ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 153; **Dür**, s. 430.

²⁰⁹ **Dür**, s. 431.

6. Sır Saklama Borcu

Arabulucunun sır saklama borcu, arabuluculuk yönteminin en önemli özelliklerinden biri olan gizlilik ilkesinin kapsamında yer alan ve gizliliğin gerçekleşmesine hizmet eden bir borçtur²¹⁰. Bu borcun niteliği ise, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olup olmamasına göre farklılık arz edecektir.

HUAK.m.4'te düzenlenen arabuluculukta gizlilik ilkesine göre, arabulucu (aksi kararlaştırılmamışsa taraflar ve sürece katılan diğer kişiler de), arabuluculuk sürecinde kendisine sunularak veya başka şekilde elde ettiği bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. HUAKY.m.6'da da Kanun'dakine benzer bir düzenleme yer almakta, Kanun'da sürece katılan diğer kişiler açıkça sayılmamışken Yönetmelik'te, taraflar, kanunî temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Yönetmelik'te, gizlilik kuralına uymakla yükümlü olan kişiler arasında arabulucunun yanında çalışan kişiler ve onun denetimi altında staj yapan stajyerler de sayılmaktadır (HUAKY.m.6/III). TAEK.m.6'da da, Kanun ve Yönetmelik'teki düzenlemelere paralel olarak, aksi kararlaştırılmamışsa, arabulucunun, süreç boyunca taraflarca açıklanan bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Arabuluculuk yönteminde sır saklama borcunun amacı, her şeyden önce, uyuşmazlığın taraflarının haklarının ihlâl edilmemesi ve onların arabulucuya duydukları güvenin pekiştirilmesidir. Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk yöntemi başarısızlıkla sonuçlanırsa açılacak olan davada, arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin kullanılmayacağını bilirlerse, faaliyete ve arabulucuya olan güvenleri artacak ve uyuşmazlığın her iki tarafının menfaatlerine uygun bir çözüme ulaşılması ihtimali artacaktır²¹¹.

Arabulucunun sır saklama borcunun iki yönü vardır. Sır saklama borcunun esası, dış gizliliğe dayanır. Buna göre arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinde ileri sürdükleri, paylaştıkları bilgi ve belgeleri, aksi kararlaştırılmamışsa, üçüncü kişiler ile paylaşmamalı, herhangi bir şekilde üçüncü kişilerce öğrenilmesine neden olmamalıdır²¹². İç gizlilik diye tabir edilen sır saklama borcunun içe dönük yönü ise, arabulucunun HUAK.m.8'e dayanarak uyuşmazlığın taraflarıyla ayrı ayrı yaptığı özel oturumlara ilişkindir. Özel oturumlar (private caucus, Klausur), genellikle uyuşmazlığın taraflarından birinin iç sorunları ya da dinamikleri ile ilgili olarak

²¹⁰ Arabuluculuk yöntemindeki gizlilik, uyuşmazlığın taraflarının devlet yargılamasında açıklayamayacakları bilgileri açıklamalarını sağlayan, arabuluculuk faaliyetinin uyuşmazlığı çözme gücünü arttıran önemli bir husustur. Bkz., **Taşpolat Tuğsavul**, s. 134.

²¹¹ **Dür**, s. 435; **Özbek**, C. 2, s. 1245.

²¹² **Yazıcı Tıktık**, s. 175; **Dür**, s. 435.

sadece o taraf (dilerse ilgili tarafın temsilcisi) ve arabulucu arasında gerçekleşen oturumlardır²¹³. Bu özel oturumlarda taraflardan birinin arabulucu ile paylaştığı bilgi ve belgeler, paylaşan tarafın rızası olmadıkça uyuşmazlığın diğer tarafına iletilemez. Arabulucu, taraflardan biri ile yaptığı bu özel oturumlardan elde ettiği bilgileri de sır saklama borcu kapsamında saklamak zorundadır²¹⁴. Arabulucunun sır saklama borcunun arabuluculuktaki iç ilişkiye bakan bu yönü de, dış ilişkiye bakan yönü kadar önem arz etmektedir. TAEK.m.6/III’te de, arabulucunun taraflardan biriyle yaptığı özel oturumda edindiği bilgileri, bilgiyi veren tarafın rızası olmaksızın doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktaramayacağı düzenlenmiştir. Böylece, arabulucu, bu özel oturumlar sayesinde hem uyuşmazlığın taraflarının gerçek niyetlerini anlayabilecek hem de burada açıklanan bilgilerden diğer tarafın haberinin olmaması sayesinde uyuşmazlığın çözüme kavuşması ihtimali artabilecektir. “Araç diplomasisi (Shuttle diplomacy)” olarak adlandırılan bu yöntem bazı arabulucular tarafından sürecin bir parçası olarak görülüp rutin şekilde kullanılırken, kimi arabuluculara göre ancak görüşmeler tıkandığında başvurulacak bir yol olarak kabul edilmektedir²¹⁵.

Arabulucunun saklaması gereken sırlar, saklanmasında tarafların menfaati olan ve başkaları tarafından öğrenilmesi hâlinde uyuşmazlığın taraflarını maddî veya manevî zarar tehlikesi ya da diğer kişilerin kınaması sonucuyla karşılaştırabilecek olaylardır. Genelde herkes tarafından bilinen olay ve olgular, sır olarak değerlendirilmez²¹⁶. Bu tip olay ve olguların arabulucu tarafından sır olarak tutulmasına da gerek yoktur. Arabulucunun sır saklama borcunun kapsamı öncelikle sözleşmeye göre, sözleşmede düzenleme bulunmaması hâlinde dürüstlük kuralına göre tespit edilecektir²¹⁷.

a) Sır Saklama Borcunun Açıkça Düzenlenmiş Olması Hâli

Sır saklama borcu, uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinde ayrıca düzenlenebilir. Zira, borçlar hukukuna hâkim olan ilkelere sözleşme serbestisi ilkesinin kapsamında, kural olarak sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesi de yer alır. Uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu, sır saklama borcunu sözleşmede düzenleyebilirler, bu borcun kapsamını da açıkça belirleyebilirler²¹⁸. HUAK.m.4’te yer alan gizlilik, emredici bir hüküm olarak değil, tamamlayıcı

²¹³ Moore/ Kaçmaz/ Türnüklü, s. 490.

²¹⁴ Dür, s. 435; Yazıcı Tıktık, s. 175.

²¹⁵ Yazıcı Tıktık, s. 119; Dür, s. 436.

²¹⁶ Yazıcı Tıktık, s. 178; Günergök, Özcan, Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, AÜEHFD. C. 7, S. 1-2, 2003, s. 655-667, s. 656.

²¹⁷ Yazıcı Tıktık, s. 178.

²¹⁸ Yazıcı Tıktık, s. 175.

bir hüküm olarak düzenlendiğinden, sözleşmenin taraflarınca bu hükmün aksi yönünde bir düzenleme yapılabilecektir.

Sır saklama borcunun kapsamının belirlenmesi ve sınırlandırılması, esasen arabuluculuktaki gizliliğin mutlak olmamasının bir sonucudur. Gizliliğin sınırlanabileceği veya kaldırılabilmesi hâller, tarafların rızası ve kanun olarak sayılabilir²¹⁹. Bu durumlardan birinin varlığıyla birlikte, arabuluculukta gizlilik ilkesi esnetilecek ve arabuluculuğun içeriğinin açıklanması sağlanabilecektir.

Uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından arabuluculuk sözleşmesi yapılırken, arabuluculukla ilgili yapılan görüşmelerin gizli kalacağı, arabulucunun, taraflarca daha sonra açılan bir davada tanık olmaya zorlanamayacağı, bu faaliyette açıklanan bilgilerin başka bir hukukî süreçte kullanılamayacağı gibi hususlar düzenlenerek gizliliğin kapsamı belirlenebilir²²⁰. Böylece, arabuluculukta sır saklama borcunun kapsamının belirlenmesi sayesinde, daha sonra bu sebeple ortaya çıkabilecek olan anlaşmazlıklar önlenilecektir.

Sır saklama borcunun sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması hâlinde bunun hukukî niteliği sorunu ortaya çıkacaktır. Sır saklama borcu sözleşmede düzenlense bile, arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimi ve belirleyici faktörü olmadığından dolayı aslî edim yükümlülüğü olarak nitelendirilemez. Sır saklama borcunun yan edim veya bir yan yükümlülük olup olmadığı düşünülebilir. Yan yükümlülükler, TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanan ve sözleşmenin karşı tarafına ve onun yakınındakilere zarar vermeme borcu doğuran davranış ve koruma yükümlülükleridir. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı olan yükümlülükler şeklinde de olabilir²²¹. Genelde özen gösterme, aydınlatma, muhafaza altına alma gibi sayılabilecek yan yükümlülükler bunlarla sınırlı değildir.

Sır saklama borcu da nitelik olarak yan yükümlülük olarak değerlendirilebilir. Zira, sır saklama borcu, aslî edim olan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesine, başarıya ulaşmasına hizmet eden bir yükümlülüktür. Ancak, sözleşmenin taraflarınca sözleşmede ayrıca kararlaştırılan sır saklama borcu, artık bir yan edim niteliği taşır. Sadece yapma edimlerinde değil, yapmama edimlerinde de sözleşmenin tarafları bir yan edim yükümlülüğü getirebilirler²²². Bir yapmama edimi olan sır saklama borcu ile birlikte, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları için, bu süreçte öğrenecekleri bilgi ve edinecekleri belgeleri kimseyle paylaşmama yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün

²¹⁹ Karş., **Kekeç**, s. 84.

²²⁰ **Kekeç**, s. 85.

²²¹ **Eren**, Genel, s. 38; **Kılıçoğlu**, s. 44; **Cansel/ Özel**, s. 80; **İnal**, s. 220 vd.

²²² **Eren**, Genel, s. 36.

ihlâli hâlinde açılacak davada, hâkim tarafından sır saklama borcunu ihlâl edebilecek davranışlardan kaçınılmasına karar verilebilir. Ayrıca, sözleşme hazırlanırken yan edim olarak kararlaştırılan sır saklama borcunun ihlâli hâlinde, ceza koşulu da öngörülebilir²²³. Böylece, ifası ayrıca dava edilebilecek olan bir sır saklama borcu, yan edim olarak sözleşmede yerini almış olacaktır.

b) Sır Saklama Borcunun Açıkça Düzenlenmemiş Olması Hâli

Sır saklama borcu, arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenmemişse, arabulucu ve tarafların gizlilik ile ilgili yükümlülüklerinin ne olacağı konusunda düşünülebilir. Gizliliğe dair uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından bir belirleme yapılmamışsa, Kanun'daki tamamlayıcı hükümler devreye girecektir. Öğretide, sır saklama borcunun arabuluculuk sözleşmesinde açıkça düzenlenmemesi durumunda bir sözleşme boşluğu olduğu ileri sürülmüştür²²⁴. Burada bir sözleşme boşluğu olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin tamamlanması kurumu devreye girecektir. Sözleşmenin tamamlanması taraflarca, düzenleyici kurallarla ya da hâkim tarafından yapılır²²⁵. Hâkim, sözleşmeyi tamamlarken, öncelikle kanundaki düzenleyici kurallara başvurmalıdır. Kanunda düzenlenen sözleşmelerde bu hususta bir sorun çıkmamakta iken, isimsiz sözleşmeler, kanunda düzenlenmediğinden hangi hükümlerin uygulanacağı da sorun teşkil edebilmektedir. Tamamlanması gereken isimsiz sözleşmelerde de, isimli sözleşmelerde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulması mümkündür. Arabuluculuk sözleşmesi her ne kadar isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilse de, arabuluculukla ilgili özel kanun bulunduğundan, genel hükümlerden önce bu kanun hükümlerine başvurulmalıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bir hüküm varsa o hüküm uygulanmalıdır. Bu kanunda bir hüküm bulunmadığı takdirde, önce, TBK.m.502/II atfı gereğince vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen arabuluculuk sözleşmesine de uygulanması gerekir. HUAK.m.4 düzenlemesi arabulucuya sır saklama borcunu yüklediğinden, arabuluculuk sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmasa bile arabulucunun kanundan doğan bir sır saklama borcunun olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, sır saklama borcu açısından vekâlet sözleşmesi hükümleri veya genel hükümlere gitmeye gerek kalmamaktadır.

²²³ **Eren**, Genel, s. 104.

²²⁴ **Yazıcı Tıktık**, s. 176.

²²⁵ Sözleşmenin gerçek anlamda tamamlanması, hâkim tarafından yapılan tamamlamadır. Sözleşme boşluğunun kapsamı, sözleşmenin yan noktalarındaki boşluklar olduğundan, hâkimin tamamlaması gereken hususlar da yan noktalara ilişkindir. Hâkim sözleşmeyi tamamlarken, isimli veya tipik isimsiz sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda, genel ve soyut bir kural koymalıdır. Tamamlanacak sözleşme bireysel ve atipik bir sözleşme ise hâkim, bağımsız, özel bir kural koymalıdır. Bkz., **Eren**, Genel, s. 497; **Aktürk Yücer**, s. 83 **Kuntalp**, s. 656; **Atamer**, s. 174; **Arat**, Ayşe, İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, EÜHFD. C. 1, S. 2, 2006, s. 239-249, s. 240.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda gizlilikle ilgili düzenleme yer almasaydı da vekâlete ilişkin hükümlerde, vekilin sadakat borcunun somut görünüm şekillerinden biri de sır saklama borcu olduğundan vekilin sır saklama borcu arabulucuya kıyasen uygulanarak aynı sonuca varılabilirdi²²⁶.

Her ne kadar sır saklama yükümlülüğü ile ilgili bir boşluk söz konusu olmasa da böyle bir ihtimalde hâkim, TMK.m.1/II'deki sırayı takip ederek öncelikle örf ve âdet hukukunda uygulanabilir bir hüküm olup olmadığını kontrol ederdi. Burada uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak kural koyma yoluna gider²²⁷.

Arabulucunun sözleşmeden doğan bir sır saklama borcunun varlığı, taraf iradelerinin farazî yorumu suretiyle de kabul edilebilir. Zira, gizlilik ilkesi arabuluculuğun temel ilke ve özelliklerinden biridir. Arabulucuya başvurmuş olan uyuşmazlığın tarafları, bu yöntemin vazgeçilmez unsurlarından biri olan gizlilik unsurunu da kararlaştırmış, kabul etmiş olacaktırlar²²⁸.

7. Beyan ve Belgeleri Kullanmama Borcu

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.5'te, "beyan ve belgeleri kullanmama" başlığı altında hem arabulucu için hem de uyuşmazlığın tarafları ve sürece dâhil olan üçüncü kişiler için geçerli olan bir beyan ve belgeleri kullanmama borcu düzenlenmektedir. Buna göre, arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ve sürece dâhil olan üçüncü kişiler, daha sonra açılacak bir hukuk davasında ya da tahkimde,

²²⁶ Tandoğan, C. 2, s. 408; Gümüş, C. 2, s. 154-155; Eren, Özel, s. 734; Aral/ Ayrancı, s. 447; Yazıcı Tıktık, s. 177.

²²⁷ Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerin tamamlanmasında, karma sözleşmelerde olduğu gibi farklı, çeşitli teoriler geliştirilmemiştir. Ancak, karma sözleşmelerin tamamlanmasında uygulanabilecek olan bazı teoriler, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde de kabul edilebilir. Bunlardan ilki, hâkimin hukuk kuralı yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması demek olan *yaratma teorisidir*. Öğretide hâkim olan bu görüşe göre, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere ait unsurlardan oluşmadığı için, bu sözleşmelere uygulanabilir yazılı hukuk kuralları bulunmamaktadır. Bu sözleşmelere uygulanacak bir örf-adet hukuku da mevcut değilse, hâkim, hukuk yaratma yetkisini kullanarak bir kural oluşturmakla yükümlüdür. Burada hâkim, kendine özgü sözleşme, uygulamada çok sık yapılan tipik bir sözleşme ise genel ve soyut bir kural koymalıdır. Yapılan sözleşme nadir görülen, atipik bir sözleşme ise hâkimin yaratacağı kural TMK.m.4 gereği sözleşmeye uygun, bireysel ve somut yapıda olmalıdır. Kendine özgü sözleşmelerin tamamlanmasında savunulan bir diğer teori ise, kıyas yoluyla uygulama teorisidir. Bu teorinin önemi, kendine özgü sözleşmelerdeki uyuşmazlığa benzer sorunları kanunda çözüme kavuşturan bir düzenleme olduğu hâllerde kendini gösterir. Hâkim, hukuk kuralı yaratırken, kanunda benzer uyuşmazlık için gösterilen çözümü, önündeki somut uyuşmazlığa kıyasen uygulayarak kıyas yolundan faydalanabilir. Bkz., Feyzioğlu, Hususî, s. 33-34; Edis, s. 143; Oğuzman/ Barlas, s. 118 vd.; Aral/ Ayrancı, s. 64; Eren, Özel, s. 882-883; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 15-16; Eren, İsimli, s. 100; Zevkililer/ Gökyayla, s. 12; Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 100-101; Aktürk Yücer, s. 112-113; Gümüş, s. 11-12; Arat, s. 246-246.

²²⁸ Yazıcı Tıktık, s. 177.

şu beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremezler ve bunlarla ilgili tanıklık yapamazlar (HUAK.m.5):

- Uyuşmazlığın taraflarınca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın daveti üzerine diğer tarafın sürece katılma isteği,
- İlgili uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle sona ermesi için uyuşmazlığın taraflarınca öne sürülen teklif ve görüşler,
- Arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığın taraflarının ileri sürdüğü öneriler ve herhangi bir iddia veya vakıanın kabulü,
- Yalnızca arabuluculuk yöntemi için hazırlanmış olan belgeler.

Yukarıda sayılan belge ve beyanların gizlilik kapsamında olması açısından şekli önem arz etmez (HUAK.m.5/II).

Bu sayılan beyan ve belgelerin açıklattırılması, mahkeme, hakem veya başka herhangi bir idarî makam dâhil olmak üzere hiçbir kurum tarafından istenemez (HUAK.m.5/III). Bu beyan ve belgeler, görülmekte olan bir davada delil olarak ileri sürülse bile hükme esas alınamaz. Ancak, Kanun burada gizlilik ilkesine bir istisna getirmektedir. Yukarıda sayılan beyan ve belgeler, bir kanun hükmünün emrettiği durumlarda veya arabuluculuk süreci sonunda kabul edilen çözüm anlaşmasının uygulanabilmesi ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilecektir (HUAK.m.5/III).

Beyan ve belgeleri kullanmama yasağı, sadece hukuk davaları ve tahkim yargılaması için geçerlidir (HUAK.m.5/IV). Ceza yargılamasında, HUAK.m.5'te sayılan beyan ve belgelerin kullanılmasına bir engel yoktur.

Gizlilik ilkesinin bir sınırı da HUAK.m.5/V'te düzenlenmiştir. Buna göre, ilk fıkrada belirtilen beyan ve belgeler hariç olmak üzere, bir hukuk davası ya da tahkimde ileri sürülebilecek olan deliller, sırf arabuluculuk sürecinde sunulduğu için kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez. Bu hüküm, arabuluculukta gizliliğe bir sınır çizerek, maddî gerçeği aydınlatabilecek olan delillerin, kötü niyetle arabuluculukta ileri sürülüp, davada kullanılamaz hâle gelmesini engellemiştir.

C) TARAFLARIN HAKLARI

1. Arabulucudan Faaliyette Bulunmasını Talep Etme Hakkı

Arabuluculuk yöntemi kapsamında uyuşmazlığın çözümünde hâkimiyet uyuşmazlığın taraflarındadır. Taraflar, gerek sürece başlarken ve devam ettirirken gerekse

de süreci sonlandırırken tamamen serbesttirler²²⁹. Arabuluculuk sözleşmesiyle, uyuşmazlığın tarafları, ilgili uyuşmazlığı arabulucu vasıtasıyla çözmek üzere bir arabulucu ile anlaşmış olmaktadır. Bu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı bir sözleşmedir. Böylece, uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimlerinden biri olan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi ediminin ifasını arabulucudan talep edebilirler²³⁰. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirebilmek için müzakereleri yürütüp yönetmesinin aslî edim yükümlülüğü olmasının en önemli sonucu olarak, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda uyuşmazlığın taraflarına edimin ifasını talep edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Zira, aslî edim yükümlülükleri borçlu tarafından yerine getirilmezse alacaklı, açacağı bir aynen ifa davasıyla edimin yerine getirilmesini talep edebilir²³¹. Ancak, arabulucunun borcu bir yapma borcu olduğundan ve şahsen yerine getirilmesi gerektiğinden, arabulucunun borcunu ifa etmemesi durumunda, taraflar aynen ifayı talep edemeyecek olup uğradıkları zararın tazminini talep edebileceklerdir.

Arabulucunun, arabuluculuk müzakerelerini yürütme ve yönetmesinin, onun aslî edim yükümlülüğü olmasının bir sonucu olarak arabulucu, süreci mevzuatın emredici hükümleri ve taraf iradeleriyle oluşturulan arabuluculuk usulüne göre yürütmek ve uyuşmazlık taraflarının kendi çözümlerini bulmalarına imkân sağlamakla yükümlüdür²³². Arabulucunun bu yükümlülüğü, arabuluculuk sözleşmesinin esaslı bir unsuru ve arabulucunun aslî bir borcudur.

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sözleşmesinin imzalanmasından sonra, arabuluculuk müzakerelerini başlatmakta geciken arabulucuya, müzakereleri başlatması için bir ihtarda bulunabilir. Bu ihtarın noter kanalıyla yapılması, açılması muhtemel bir davada ispat kolaylığı sağlayacağından daha tercih edilir. Arabulucunun aynen ifa borcunu yerine getirmeyerek arabuluculuk hizmetini sunmaması hâlinde ne olacağı ilerleyen kısımda, arabulucunun hukukî sorumluluğu başlığı altında incelenecektir²³³.

²²⁹ Özbek, s. 288; Yazıcı Tıktık, s. 47; Kekeç, s. 77; Dür, s. 248.

²³⁰ Özbek, s. 1215; Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 156; Dür, s. 336.

²³¹ Eren, Genel, s. 32; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 4; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 8; Kılıçoğlu, s. 42.

²³² Yazıcı Tıktık, s. 168; Dür, s. 408.

²³³ Bkz., § 14.

2. Sürece Bizzat veya Vekil Aracılığıyla Katılabilme Hakkı

Arabuluculuk yönteminin en önemli özelliği, uyuşmazlığın taraflarının kendi çözümlerini bulabilmelerini sağlamasıdır²³⁴. Uyuşmazlığın taraflarının kendi çözümlerini bulabilmeleri ise, ancak çözüm sağlama amacıyla iletişime geçmeleri ile mümkündür. Bu iletişim arabuluculuk oturumlarında yüz yüze görüşmek şeklinde olabileceği gibi, arabulucu ile yapılan özel oturumlar aracılığıyla müzakere şeklinde de gerçekleşebilir²³⁵.

Arabuluculuk yönteminin başarısı, genelde uyuşmazlığın taraflarının beraber müzakerelere katılması ve yüz yüze iletişim vasıtasıyla kendi çözümlerini bulmalarına dayalıdır. Ancak, bazı hâllerde, gerek tarafların psikolojik durumlarının buna hazır olmaması gerekse diğer kişisel nedenlerden ötürü, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk müzakerelerine katılamamaları mümkündür. HUAK.m.15/VI'ya göre, uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk müzakerelerine bizzat kendileri katılabileceği gibi temsilcileri veya avukatları vasıtasıyla da katılabilirler. Kanun'un bu düzenlemesi ile uyuşmazlığın taraflarının müzakerelere katılmak zorunda olmadıkları, temsilcileri veya avukatları aracılığıyla arabuluculuk sürecini devam ettirebilecekleri ifade edilmektedir. Bununla birlikte, uyuşmazlığın konusuyla ilgili olarak çözüme katkı sağlayabilecek olan uzman kişilerin de müzakerelerde hazır bulunabileceği düzenlenmektedir.

Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın taraflarının müzakerelere bizzat katılım sağlamaları uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırabilir ve varılacak çözümün kalıcılığını arttırabilir²³⁶. Bu sebeple mümkün olduğunca uyuşmazlığın taraflarının müzakerelere bizzat katılmaları, hem sürecin sağlıklı işlemesi açısından hem de tarafların menfaatlerinin daha iyi korunabilmesi açısından tercih edilmelidir. Ancak, uyuşmazlığın taraflarının arasında kişisel bir husumet olması veya böyle bir müzakere süreci için psikolojik olarak hazır olmamaları durumunda da süreci avukatları aracılığıyla takip etmeleri mümkündür. Uyuşmazlığın tarafları, kendileri yerine müzakerelere katılıp arabuluculuk sürecinin devamını sağlayacak olan avukatlarına bu konuda özel yetki vermelidirler. Zira, avukatın müvekkili yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine katılabilmesi onun özel olarak yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. HMK.m.74'te bu durum, "açıkça yetki verilmemiş ise vekil, ... alternatif uyuş-

²³⁴ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 165; Kaplan, s. 118; Özbek, s. 592; Kekeç, s. 23; Yazıcı Tıktık, s. 10; Taşpolat Tuğsavul, s. 26; Sevim, s. 29; Dür, s. 12.

²³⁵ Özbek, C. 2, s. 1242; Kekeç, s. 181; Yazıcı Tıktık, s. 116.

²³⁶ Özbek, C. 2, s. 1240; Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, C. 3, s. 2837; Yazıcı Tıktık, s. 203; Erdoğan/ Erzurumlu, s. 22.

mazlık çözüm yollarına başvuramaz” şeklinde düzenlenmiştir²³⁷. Kanun’daki ifade geniş bir kavramı yansıtmakta olup, bu kavram içerisinde hangi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gireceği açıkça belli değildir. Ancak, arabuluculuk en temel ve yaygın olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olduğundan, avukatla temsil hâlinin özel yetki verilmesinin gerektiği bir durum olarak kabulünde duraksama olmaksızın kabul edilebilir²³⁸.

3. Müzakerelerin Sonucunun Arabulucu Tarafından Belgelenmesini Talep Hakkı

Arabuluculuk faaliyetinin sonuna gelindiğinde, varılan sonuç olumlu da olsa olumsuz da olsa durum arabulucu tarafından belgelendirilmelidir (HUAk.m.17/II). Arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyetinin sonucuyla ilgili olarak düzenlenen bu belge, arabulucu, uyuşmazlığın tarafları, temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Faaliyetin nasıl sonuçlandığını açık ve net bir şekilde gösteren bu belgenin düzenlenmesi arabulucu açısından kanunî bir zorunluluktur. Aynı zamanda, arabuluculuk sözleşmesinden doğan arabuluculuk hizmeti sunma borcunun tam ve gereği gibi ifa edilebilmesi için arabulucunun bu sonuç belgesini düzenlemesi onun Kanun’dan doğan bir yan yükümlülüğüdür²³⁹.

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan durumu belirginleştirmek için arabulucudan, sonuçla ilgili açık ve net bilgiler içeren bir belgeyi en kısa zamanda hazırlamasını talep edebilirler. Uyuşmazlığın tarafların, belgenin hazırlanması safhasında, arabulucunun kusuru nedeniyle meydana gelebilecek olan zararların tazminini arabulucudan talep edebilir. Zira, böyle bir hâlde sözleşmeden doğan ikincil yükümlülük olan zararın tazmini devreye girecektir.

D) TARAFLARIN BORÇLARI

1. Ücret Ödeme Borcu

Türkiye’de arabuluculuk faaliyeti, belli şartları sağlayan kişiler tarafından resmî sicile kayıtlı olarak ve profesyonel şekilde gerçekleştirilebilen bir faaliyettir. Bu faaliyet sonucunda arabulucu, yerine getirdiği hizmet karşılığında uyuşmazlığın taraflarından bir ücret isteme hakkına sahiptir (HUAk.m.7). Arabulucunun bu ücret

²³⁷ TBK.m.504/III’te de vekilin özel yetkili kılınmasını gerektiren hâller düzenlenmektedir. Bu maddede, arabuluculuk yöntemi açıkça sayılmasa da vekilin özel yetki almasını gerektiren hâller olarak, “dava açma, sulh olma, hakeme başvurma...” gibi durumlar sayıldığından, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun da vekil için özel yetki gerektiren bir hâl olarak kabul edilmesi gerekir.

²³⁸ Özbek, C. 2, s. 1240.

²³⁹ Arabulucunun bu yükümlülüğü ile ilgili açıklamalar için bkz., § 13, B, 2 başlığı.

isteme hakkının karşılığını oluşturan uyuşmazlığın taraflarının ücret ödeme borcu, arabuluculuk sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlülüklerinden bir diğeridir²⁴⁰.

Arabulucunun hak kazandığı ücret, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenir. Uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında yaptıkları arabulucuya başvurma sözleşmesinde, arabulucu bir sözleşme tarafı olarak yer almadığından, ücretin miktarı bu sözleşmede kararlaştırılamaz. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde, uyuşmazlığın taraflarının ücretle ilgili kararlaştırabilecekleri husus, ücretin kim tarafından ne şekilde ödeneceğidir.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmek için seçildiği andan itibaren en kısa süre içinde, en geç ilk oturuma kadar, uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuk ücreti ve bu faaliyetle ilgili diğer masraflar hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Ayrıca arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk faaliyeti henüz başlamadan önce arabuluculuk ücreti ve diğer masraflarla ilgili anlaşma yapmalarını sağlaması uygun olur (TAEK.m.9/II ve III). Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'ndaki bu düzenlemelerin amacı, uyuşmazlığın taraflarını sürecin daha başındayken ücret ve masraflar konusunda bilgilendirip bu ücretin nasıl ödeneceği konusunda tarafların anlaşmalarını sağlayarak, daha sonraki süreçte meydana gelebilecek anlaşmazlıkları önlemektir. Esasen, HUAK.m.7 düzenlemesi de, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında ücret ödenmesi ile ilgili hususlarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önleyici ve bu konuyla ilgili sözleşmede hüküm olmaması hâlinde ilgili eksikliği tamamlayıcı hükümlere yer vermektedir. Böylece, zaten bir uyuşmazlığa düşmüş ve karşı karşıya kalmış tarafların, arabuluculuk ücretiyle ilgili bir başka uyuşmazlığa daha sürüklenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır²⁴¹.

Arabulucunun ücret talep edebilmesi, arabuluculuk faaliyetinin başarı ile sonuçlanmasına bağlı değildir²⁴². Bu husus, arabuluculuğun vekâlete benzeyen yönünden kaynaklanmaktadır. Zira, vekâlet sözleşmesinde de vekil, işin sonucunu garanti etmemekte, sonucun gerçekleşmemesi rizikosu müvekkile ait olmaktadır²⁴³. Arabulucu da vekil gibi arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanmaması rizikosunu taşımaz. Arabulucu, arabuluculuk ücretini sadece yaptığı faaliyet karşılığında kaza-

²⁴⁰ Yazıcı Tıktık, s. 165; Kekeç, s. 152; Dür, s. 336; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51; Volkmann, s. 93.

²⁴¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.7'nin gerekçesinde de, arabuluculuk ücreti taraflarca kararlaştırılmamışsa, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'nin geçerli olacağı düzenlemesiyle, arabulucunun ücretinin belirsiz olması ve bu durumun ortaya çıkarabileceği sorunların engellenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalar/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>. Et: 19.07.2019).

²⁴² Özbek, C. 2, s. 1215; Dür, s. 395; Yazıcı Tıktık, s. 166; Özbek, Tahlil, s. 1144; Kekeç, s. 152.

²⁴³ Zevkliler/ Gökyayla, s. 598-599; Gümüş, C. 2, s. 130; Aral/ Ayrancı, s. 438; Başpınar, s. 71.

nır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'ndan önce yürürlükte olan Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları m.7.3'te, arabulucunun ücretinin, faaliyetin sonucuna veya kısmen dahi olsa başarısına bağlanamayacağı düzenlenmekteydi. Hâlen yürürlükte olan Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'nda ise bu şekilde bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucunun ücretinin, faaliyetin başarısına bağlanması, etik olarak bir aykırılık teşkil etmediği ifade edilebilir²⁴⁴. Ancak, Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'ne göre, arabulucunun ücreti Tarife esas alınarak belirlenecekse, uyuşmazlığın konusu para ile değerlendirilemiyorsa Tarife'nin birinci kısmındaki saatlik ücretler, uyuşmazlığın konusu para ile değerlendirilebiliyorsa Tarife'nin ikinci kısmındaki yüzdelik ücretler dikkate alınır (ArAÜT.m.7). Bu düzenleme göstermektedir ki, arabulucunun ücretinin tespitinde, uyuşmazlığın konusundan tamamen uzak kalınması mümkün değildir.

Uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya ücret ödeme şeklindeki aslî borçlarının doğumu ve muacceliyeti ne zaman olduğu tespit edilmelidir. Arabuluculuk sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, arabulucunun ücret alacağı doğacaktır. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin ücret alacağının doğumu hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, vekilin ücret alacağı, vekâleti tam ve gereği gibi ifa ettiği anda doğar²⁴⁵. Buna karşın, öğretideki hâkim görüş, vekâlet ücretinin vekâlet sözleşmesiyle birlikte doğacağını kabul etmektedir. Vekâlet ücretinin muacceliyet (istenebilir olma zamanı) anı ise bir görüşe göre vekilin, vekâlet görevini yerine tam ve gereği gibi yerine getirmesi anıdır²⁴⁶. Diğer bir görüşe göre ise, vekâlet ücretinin muaccel olması ile vekilin görevini tam ve gereği gibi yerine getirmesi arasında bir ilişki yoktur. Vekâlet ücretinin muacceliyeti genel hükümlere göre belirlenmelidir. Buna göre, aksi kararlaştırılmamışsa borç, doğumuyla birlikte muaccel olur²⁴⁷.

Arabuluculuk sözleşmesinin muacceliyet anı, vekâlet sözleşmesinden farklılık arz etmektedir. Zira, HUAK.m.7'de "...yapmış olduğu faaliyet karşılığı..." ifadesi, arabulucunun ücret alacağının, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmesiyle muaccel olacağına işaret etmektedir²⁴⁸. Arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları, gerek borcun doğumu gerek muaccel olacağı an ile ilgili olarak farklı bir düzenlemeyi arabuluculuk sözleşmesinde yapabileceklerdir.

²⁴⁴ Zira, arabulucunun yaptığı faaliyet ne yargısal bir faaliyet ne de taraflardan birinin vekili gibi hareket ettiği bir faaliyettir. Bkz., **Özbek**, Tahlil, s. 1125; **Dost**, s. 455-456; **Dür**, s. 391.

²⁴⁵ **Tandoğan**, C. 2, s. 575; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 627; **Yalçınduran**, s. 147.

²⁴⁶ **Aral/ Ayrancı**, s. 458; **Yalçınduran**, s. 149-150.

²⁴⁷ **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 627; **Uyumaz**, s. 119-120.

²⁴⁸ **Özbek**, Tahlil, s. 1144; **Dür**, s. 398.

Uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesiyle muaccel hâle gelen arabuluculuk ücretini ödeme hususunda müteselsil sorumlu olup olmadıkları incelenmelidir. Uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk ücretinden müteselsil sorumlu olmaları Alman hukukunda kabul edilmektedir²⁴⁹. Buna göre, arabulucu ücret alacağının tamamını uyuşmazlığın taraflarından birinden talep edebilir. Arabulucuya ödemeyi yapan taraf, diğer tarafa rücu ederek kendi payı dışında kalan kısmın kendisine ödenmesini talep edebilir. Türk hukuku açısından bakıldığında, arabuluculuk ücretinin kural olarak taraflarca eşit şekilde ödeneceği kabul edilmektedir (HUAk.m.7). Aksi kararlaştırılmadığı sürece, uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk ücretinden yarı yarıya sorumlu olurlar. Bir görüşe göre, arabuluculuk faaliyeti sebebiyle arabulucuya ücret ödeme borcu bulunan uyuşmazlığın taraflarının müteselsil sorumlu olmadığı zira, uyuşmazlığın taraflarından birinin borcunu yerine getirmemesi durumunda diğer tarafın bundan sorumlu olmaması ve aralarında bir rücu ilişkisinin bulunmaması, taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların doğmasını önlemeye hizmet edeceği ileri sürülmektedir²⁵⁰. Diğer bir görüşe göre ise, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya karşı arabuluculuk ücretinin ödenmesinden müteselsil sorumlu olmalıdır. Bu görüşe göre, arabulucu süreç boyunca her iki tarafa da hizmet etmekte ve hatta bazı hâllerde uyuşmazlığın taraflarının çözüme ulaşmalarını sağlamaktadır. Buna dayanarak da, uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya karşı müteselsil sorumlu oldukları ifade edilmiştir²⁵¹. Gerçekten, arabuluculuk hizmeti alan uyuşmazlığın tarafları açısından, arabuluculuk faaliyeti tarafların ortak yararlandıkları bir hizmettir. Böylece, arabuluculuk faaliyetini yerine getiren arabulucunun ücreti konusunda, uyuşmazlığın taraflarının müteselsil sorumlu olduklarını kabul etmek uygun görünmektedir.

2. Sürece Katılma Borcu

Uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk müzakerelerine katılmaları kendileri için bir hak olduğu kadar aynı zaman da bir borç da teşkil etmektedir. Ancak, bu borç uyuşmazlığın taraflarının her durumda müzakerelere katılıp bir çözüm anlaşmasına varmasını gerektirmez. Zira, uyuşmazlığın taraflarından böyle bir davranış beklemek, arabuluculuğun en temel özelliklerinden biri olan iradîlik ilkesine aykırı olur²⁵². Bu sebeple, uyuşmazlığın taraflarının, gerek sürecin başlangıcında, gerekse devamında arabuluculuk faaliyetinden çekilmeleri mümkündür (HUAk.m.3).

²⁴⁹ Yazıcı Tıktık, s. 167.

²⁵⁰ Yazıcı Tıktık, s. 167-168.

²⁵¹ Özbek, Tahlil, s. 1137.

²⁵² Özbek, s. 305; Kekeç, s. 71; Taşpolat Tuğsavul, s. 127; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 24.

Arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığın taraflarının müzakerelere katılımını sağlamak için bazı tedbirler alınması²⁵³, iradilik ilkesinin ihlâlini oluşturmaz²⁵⁴. Zira, etkin bir arabuluculuk faaliyetinden söz edilebilmesi ve bir çözüme ulaşılabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının müzakerelere katılımı önemlidir²⁵⁵. Ancak, ne olursa olsun uyuşmazlığın tarafları bir çözüme varmaya zorlanamaz. Uyuşmazlığın tarafları için sürece katılma borcu, sürecin sağlıklı işleyebilmesi açısından bir yan yükümlülük olarak kabul edilebilir. Bu yükümlülüğün kaynağı, TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Buna göre, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir (TMK.m.2). Uyuşmazlığın tarafları, sırf karşı tarafı zarara uğratmak, süreci sabote etmek, süreci gereksiz yere uzatmak gibi dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla hareket ederler ise, bu hâlde karşı tarafın uğrayacağı zararları tazmin etmek yükümlülüğüyle karşılaşabilirler. Taraflar, sürece katılmada dürüstlük kuralına uygun hareket etmeyip sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla hareket ederlerse, arabuluculuk süreci bir formalite hâlini alabilecek ve yöntem başarıyla sonuçlanamayacaktır²⁵⁶. Bu sebeple, uyuşmazlığın tarafları, samimi bir şekilde, arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlığın çözümünü mümkün kılacak şekilde hareket etmelidirler.

Kanun, tarafların arabuluculuk oturumlarına bizzat kendileri katılabileceği gibi, temsilcileri ya da vekilleri aracılığıyla da katılabileceklerini düzenlemiştir (HUK.m.15/VI). Arabuluculuk sürecine katılmak şeklinde bir yapma fiili, bir iş-görme fiili içeren sürece katılma borcu, kişisel bir edim olmakla beraber, borçlunun kişiliğine bağlı olmayan bir edim özelliği göstermektedir²⁵⁷.

²⁵³ Söz gelimi, dava şartı arabuluculukta olduğu gibi müzakerelere gelmeyen tarafa daha sonra açılacak davanın yargılama giderlerinin yükletilmesi örnek verilebilir.

²⁵⁴ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 28.

²⁵⁵ Arabuluculuk yönteminin başarısı, tarafların bu sürece iradî katılımına bağlıdır. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 203.

²⁵⁶ Mahkemece tarafların sürece dürüstlük kuralına uygun şekilde sürece iştirak edip etmediklerinin tespitinde, gizlilik kuralına riayet edilmelidir. Buna göre, mahkeme, incelemeyi sadece kötünîyetle sınırlandırmalı, tarafların arabuluculuğa olan güvenlerini sarsmadan gizliliğe zarar vermeden hareket etmelidir. Bkz., **Yazıcı Tıktık**, s. 203.

²⁵⁷ Kişisel edimler, borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edimler ve borçlunun kişiliğine bağlı olmayan edimler olarak ikiye ayrılır. Borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edimlerde borç, ancak borçlu tarafından yerine getirilir. Borçlunun kişiliğine bağlı olmayan edimler ise, borçlunun borcunu şahsen yerine getirmesinin şart olmadığı edimlerdir. Bu tip edimler özellikle, borçlunun kişisel becerileri ve özellikleriyle ilgili olmayan edimlerdir. Bkz., **Eren**, Genel, s. 106; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 6; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 35-36; **Cansel/ Özel**, s. 148.

3. Sır Saklama Borcu

a) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmiş Olma Hâli

Arabuluculuk sözleşmesinde, gizlilik ilkesi çerçevesinde sır saklama yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş olması hâlinde, gerek arabulucu gerekse uyuşmazlığın tarafları açısından sözleşmeden doğan bir sır saklama borcu meydana gelecektir. Sözleşmede sır saklama yükümlülüğü düzenlenecekse, bu yükümlülüğün kapsamının da belirlenmesi, daha sonra çıkabilecek olan uyuşmazlıkları önlemek için faydalı olacaktır.

Uyuşmazlığın taraflarının sır saklama borçları, nitelik itibarıyla yan yükümlülük olarak kabul edilebilir. Zira, ayrıca ifası dava edilemeyen bir borç olarak kabul edilen sır saklama borcu, ihlâl edildiği takdirde tazminat yükümlülüğü doğuran bir borç niteliğindedir. Arabulucunun sözleşmeden doğan sır saklama borcu ile uyuşmazlığın taraflarının bu sözleşmeden doğan sır saklama borçları aynı derecede önem arz etmektedir.

Arabulucunun sır saklama borcu dış ve iç gizlilik olarak iki yönden oluşur. Sır saklama borcunun esası, dış gizliliğe dayanır. Buna göre arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinde ileri sürdükleri, paylaştıkları bilgi ve belgeleri, aksi kararlaştırılmamışsa, dışarı ile paylaşmamalı, herhangi bir şekilde üçüncü kişilerce öğrenilmesine neden olmamalıdır²⁵⁸. İç gizlilik diye tabir edilen sır saklama borcunun içe dönük yönü ise, arabulucunun HUAk.m.8'e dayanarak uyuşmazlığın taraflarıyla ayrı ayrı yaptığı özel oturumlara ilişkindir. Bu özel oturumlarda taraflardan birinin arabulucu ile paylaştığı bilgi ve belgeler, paylaşan tarafın rızası olmadıkça uyuşmazlığın diğer tarafına iletilemez. Arabulucu, taraflardan biri ile yaptığı bu özel oturumlardan elde ettiği bilgileri de sır saklama borcu kapsamında saklamak zorundadır²⁵⁹.

Uyuşmazlığın taraflarının sır saklama borcunun kapsamı, arabulucunun sır saklama borcunun kapsamına göre daha dardır. Zira, arabulucunun sır saklama borcunun dış ve iç yönü bulunmaktadır. Ancak, uyuşmazlığın tarafları için geçerli olan sır saklama çevresi, dış gizliliği kapsar. İç gizlilikte uyuşmazlığın tarafları için sır saklama zorunluluğu söz konusu değildir. Bunun sebebi, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecinde paylaşacakları bilgi ve belgelere tamamen kendilerinin karar vermesidir. Dış gizlilik kapsamında, uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgi ve belgeleri sürecin dışında kalan kişilerden saklamalı, süreçte geçerli olan

²⁵⁸ Yazıcı Tıktık, s. 175; Dür, s. 435.

²⁵⁹ Dür, s. 435; Yazıcı Tıktık, s. 175.

gizlilik ilkesine riayet etmelidir. Ayrıca, uyuşmazlığın taraflarının arabulucuyu saf dışı bırakarak özel oturumlar yapması da arabuluculuk faaliyeti içinde değerlendirilmeyecek bir husustur.

b) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemiş Olma Hâli

Sır saklama yükümlülüğünün arabuluculuk sözleşmesi yapılırken açıkça kararlaştırılmaması hâlinde, aynı arabulucunun kanundan doğan sır saklama borcu gibi uyuşmazlığın taraflarının da kanundan doğan sır saklama borçları mevcuttur. HUAK.m.4/II gereğince, uyuşmazlığın tarafları ve hatta sürece katılan diğer kişiler de, arabuluculuk sürecinde elde ettikleri bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler. Uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu için güvenli bir müzakere ortamı oluşturulabilmesi ve arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşabilmesi için getirilen bu düzenlemeyle, gerek arabulucu gerekse de uyuşmazlığın tarafları ve sürece dâhil olan diğer kişiler için sır saklama borcu mevcuttur²⁶⁰.

Arabulucu veya uyuşmazlığın tarafları yahut sürece katılmış olan diğer kişilerin gizlilik yükümlülüğüne aykırı şekilde davranarak bir kişinin hukuken korunan menfaatlerine zarar verdikleri takdirde, takibi şikâyeteye bağlı olacak şekilde yapılan bir ceza yargılaması sonucunda altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları söz konusu olabilir (HUAK.m.33).

4. Gider ve Avansları Ödeme Borcu

Arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ile arabuluculuk sözleşmesi yapılırken, arabuluculuk faaliyetinin gerektireceği giderler ve arabuluculuk ücreti için belli bir avans talep edebilir (HUAK.m.7; HUAKY.m.9; TAEK.m.9). Uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya ödeyeceği bu avans, sürecin sonunda ödenmesi gereken arabuluculuk ücreti ve masraflarından düşülür.

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle yapmış olduğu giderlerin karşılanması, tarafların aslî borçları olan ücret ödeme borcunun yanında yer alan bir yan edim yükümlülüğü niteliği arz eder.

5. Arabulucunun İfa Sebebiyle Uğradığı Zararları Tazmin Etme Borcu

Arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi esnasında, arabulucunun bazı zararlara uğraması mümkündür. Arabuluculuk sürecinde meydana gelebilecek olan zararların uyuşmazlığın taraflarınca giderileceği Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu konudaki boşluk, vekâlet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanarak çözülebilir.

²⁶⁰ Yazıcı Tıktık, s. 56.

TBK.m.510'a göre, "vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın vekâlet veren tarafından giderilmesini isteyebilir." Maddenin devamında, vekâlet verene sorumluluktan kurtulabilmesi için bir imkân tanınmıştır. Buna göre, vekâlet veren, vekilin zarara uğramasında bir kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Öğretide, vekâlet verenin kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması eleştirilmiştir. Buradaki eleştirilerin odağı, gerçek vekâletsiz iş-görmede, arada bir sözleşme ilişkisi bulunmasa bile iş sahibinin, işgörenin uğradığı zararları tazminle yükümlülüğü var iken, arada vekâlet sözleşmesi olmasına rağmen, vekâlet vereninin kusurunun bulunmadığını ispatlayarak vekilin uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğünün bulunmamasının adaletsiz bir sonuca yol açmasıdır. Bu nedenle, öğretide ve uygulamada TMK.m.1/II'ye dayanarak amaca uygun sınır-lama (teleolojik redüksiyon) ile TBK.m.510/II hükmünün yalnızca ivazlı vekâlet sözleşmesinde uygulanması kabul edilmiş, ivazsız vekâlet sözleşmesinde vekilin uğradığı zararlardan, vekâlet verenin kusuru olmasa bile sorumlu olacağı kabul edilmiştir²⁶¹.

Arabuluculuk sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, ivazlı olarak kabul edilir ve arabulucunun arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uğradığı zararlar, uyuşmazlığın taraflarınca tazmin edilir. Ancak, uyuşmazlığın tarafları, kusurlarının bulunmadığını ispatlayabilirlerse sorumlulukları söz konusu olmaz.

Arabulucunun, arabuluculuk nedeniyle uğradığı zararlar ile arabuluculuk hizmeti sunma ediminin ifası arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır²⁶². Aksi hâlde arabulucu, uğradığı zararları uyuşmazlığın taraflarından tazmin edemeyecektir.

Uyuşmazlığın taraflarının, arabulucunun zararlarını tazmin etme borcu, zararın doğması ile muaccel olur ve buna bağlı olarak temerrüt faizi de işlemeye başlar²⁶³. Zararı tazmin borcunun muaccel olması, arabuluculuk faaliyetinin tamamlanmış olmasına bağlı değildir. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uğrayabileceği zarara örnek olarak, uyuşmazlığın taraflarınca müzakereler için şehir dışında bir yer belirlenmesi ve arabulucunun oturumları bu yerde yapması için ikna edilmesi üzerine, söz konusu yere giderken arabulucunun kaza yapması hâli veya yine uyuşmazlığın taraflarınca uygun olmayan bir yer seçimi nedeniyle arabulucunun başka bir zarara uğraması durumu verilebilir.

²⁶¹ **Gümüş**, C. 2, s. 186; **Tandoğan**, C. 2, s. 598; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 630; **Eren**, Özel, s. 743; **Aral/ Ayrancı**, s. 460; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 421; **Uyumaz**, s. 123-124; **Erkan**, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Vereninin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD., C. 62, S. 2, 2013, s. 441-472.s. 459.

²⁶² **Tandoğan**, C. 2, s. 599; **Gümüş**, C. 2, s. 185-186; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 629; **Aral/ Ayrancı**, s. 460; **Eren**, Özel, s. 743; **Kılıçoğlu**, Özel, s. 547.

²⁶³ **Tandoğan**, C. 2, s. 603; **Gümüş**, C. 2, s. 187; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 630.

§ 14. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK

I- GENEL OLARAK²⁶⁴

Borç ilişkisinin amacı olan ifa tam, doğru ve gereği gibi yerine getirildiğinde alacaklının tatmin olmasını sağlayarak borçluyu borçtan kurtarır²⁶⁵. Aksi takdirde, şartlara ve unsurlara uygun olmayan bir ifa, ifa olarak nitelendirilemeyeceğinden borçluyu borçtan kurtarmaz. Bu hâlde de, borcun ifa edilmemesi söz konusu olur. Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemesi (*Nichterfüllung*) ve borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını (*ungehörige Erfüllung*) kapsayan bir üst kavramdır²⁶⁶. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ise, “kötü ifa” ile “yan yükümlülüklerin ihlâlini” kapsar. Böylece, borç ilişkisinin ihlâli (ifa etmeme), kusurlu imkânsızlık (hiç ifa etmeme), gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt şeklinde üçe ayrılabilir. Ayrıca, TBK.m.113/II, bağımsız yapmama borçlarına aykırı hareketten doğan zararın tazmini yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bağımsız yapmama borçlarının ihlâli de, borcun ifa edilmemesi hâllerinden biridir²⁶⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun İkinci Ayırımı olan “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” başlığı altındaki maddeler, tüm borç ilişkilerine uygulanacak hükümlerdir. Ancak, TBK.m.113/II ve III hükümleri, sadece yapmama borçlarında, TBK.m.123-125 hükümleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde, TBK.m.120-122 ise, yalnızca para borçlarında söz konusu olur²⁶⁸. Arabuluculuk sözleşmesi ise, niteliği itibarıyla bu hükümlerden TBK.m.123-125’e tâbi olabilecektir. Çünkü, arabuluculuk sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı/ synallagmatik) bir sözleşmedir. Arabuluculuk sözleşmesinde, uyuşmazlığın taraflarının aslı borcu arabuluculuk ücretinin ödenmesi olduğundan, para borçlarıyla ilgili olan TBK.m.120-122’nin burada uygulanması mümkündür. Yine aynı şekilde, arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının bazı borçları, yapmama borcu şeklinde olduğundan bu borçlarla ilgili olarak TBK.m.113/II-III hükümleri de uygulama alanı bulur.

²⁶⁴ Bu paragrafta açıklanacak bazı kavram ve kurumlar daha ayrıntılı şekilde önceki paragraflarda incelendiğinden daha fazlası için bkz., § 8, II, A ve B başlıkları.

²⁶⁵ **Eren**, s. 932; **Akinci**, s. 201; **Kılıçoğlu**, s. 1066; **Cansel/ Özel**, s. 231.

²⁶⁶ **Eren**, Genel, s. 1053; **Oğuzman**, C. 1, s. 369; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 851; **Tunçomağ**, s. 451; **Tandoğan**, s. 395 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 816-817.

²⁶⁷ **Eren**, Genel, s. 1054; **Oğuzman**, C. 1, s. 369.

²⁶⁸ **Eren**, Genel, s. 1054.

Borcun ifa edilebilmesi mümkün olduğu sürece borçlu borcunu ifa etmeli, alacaklı da ifayı kural olarak kabul etmelidir. Alacaklının, mümkün olan ifadan vazgeçip tazminat isteyebilmesi, ancak bu konuda kanunda bir düzenleme mevcut olduğunda söz konusudur²⁶⁹. Borcun ifası imkânsız ise, alacaklının ifa talebinde bulunmasının anlamı yoktur. Borcun ifa edilmesinin imkânsız olması sebebiyle alacaklı bir zarara uğramış ve gerekli şartlar mevcutsa, alacaklı borçludan tazminat talep edebilir. Borçlunun, borcunu ifa etmemesinden doğan sorumluluğu olan bu tazminat sorumluluğu, sözleşmeye aykırılıktan doğduğu için “sözleşmeden doğan sorumluluk (akdî sorumluluk)” şeklinde adlandırılır²⁷⁰.

Arabulucunun hukukî sorumluluğuyla ilgili bir düzenleme mevzuatta yer almamaktadır. Bu sebeple, arabulucunun arabuluculuk sözleşmesinden doğan hukukî sorumluluğuyla ilgili olarak TBK.m.502 vd. hükümleri ile genel hükümlere başvurulabilir. Ancak, arabuluculuk esnek bir süreç olduğundan, arabulucunun sorumlu tutulabileceği hâller görece az olup, sorumluluk şartlarının ispatı güçlük arz edebilecektir²⁷¹.

II- TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

A) BORCUN HİÇ İFA EDİLMEMESİ

1. İmkânsızlık

İmkânsızlık (*Unmöglichkeit*), bir sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu veya kusursuz bir davranışı nedeniyle edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır²⁷². Öğretideki bir diğer tanıma göre imkânsızlık, mevcut olan bir borcun ifa edilmesinin cebrî icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesidir²⁷³. Buradaki imkânsızlık, borcun doğumuna, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olan imkânsızlık değildir. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen imkânsızlık, başlangıçtaki imkânsızlıktır. Başlangıçtaki imkânsızlık ise, sözleşmenin içeriğinin, sözleşmeden doğan edim veya edimlerden

²⁶⁹ Tandoğan, s. 406; Oğuzman, C. 1, s. 370; Kılıçoğlu, s. 818. Örneğin, TBK.m.125/II’de, alacaklının, borcun ifası ve gecikme tazminatını talep hakkından hemen vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteyebilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

²⁷⁰ Tandoğan, s. 414; Oğuzman, C. 1, s. 370; Eren, Genel, s. 1054; Kılıçoğlu, s. 820.

²⁷¹ Dür, s. 452.

²⁷² Altunkaya, s. 88; Eren, Genel, s. 1062; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 903; Tandoğan, s. 395; Kılıçoğlu, s. 851; Antalya, C. 3, s. 232; Cansel/ Özel, s. ; Akıncı, s. 226; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 459.

²⁷³ Oğuzman, C. 1, s. 444.

birinin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olarak imkânsız olmasıdır²⁷⁴. Edimin ifasının başlangıçta, yani sözleşmenin kuruluş aşamasında imkânsız olması, TBK.m.27'ye göre sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Örneğin, arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda, arabulucunun bu durumu bilerek bir arabuluculuk sözleşmesi yapması hâlinde, sözleşmenin konusu imkânsız olduğundan kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Bu duruma, başlangıçtaki kusurlu imkânsızlık denir. Buna karşın, burada incelenecek olan sonraki imkânsızlıkta, geçerli bir sözleşme ve buna dayanan borç ilişkisi taraflar arasında mevcuttur.

İmkânsızlık, mantıkî (tabiî), fiilî ve hukukî sebeplere dayanabilir. Edim, mantık ve tabiat kanunlarına göre yerine getirilemiyorsa mantıkî imkânsızlık söz konusudur. Fiilî imkânsızlıkta edim konusu şey yok olmamakta ancak, bu edimin ifası fiilî ve pratik nedenlerle ortadan kalkmakta, edimin ifası fazlasıyla güçlük arz etmektedir. Hukukî imkânsızlık ise, edim konusu şeyin mevcut olmasına rağmen, bunun yerine getirilmesinin emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olduğu hâllerde gündeme gelir²⁷⁵.

Arabuluculuk sözleşmesinin ifasında karşılaşılabilecek imkânsızlık hâlleri, bu sözleşmeden doğan aslî edimlerden biri olan arabuluculuk hizmeti sunulmasının sadece arabulucu tarafından yerine getirilebilecek bir şahsî edim borcu olmasıyla ilgilidir. Zira, arabulucunun arabuluculuk hizmeti sunma edimi, mutlak şekilde şahsen ifa edilmesi gereken bir borçtur. Arabulucunun, arabuluculuk görevini şahsen ifa edemeyecek duruma gelmesinde kusuru bulunursa, sonraki kusurlu imkânsızlık sebebiyle uyuşmazlığın taraflarına karşı sorumlu olur. Örneğin, başlangıçta arabuluculuk için gerekli şartları sağlamamasına rağmen bir şekilde arabulucu sıfatını kazanarak sicile kaydolmuş bir arabulucunun, sonradan durumun ortaya çıkmasıyla beraber sicilden silinmesi ve onun yürütmekte olduğu bir arabuluculuk sürecinin ortada kalması hâli, hukukî imkânsızlık durumu teşkil eder. Bu durumda, arabulucunun şahsen ifasını gerektiren bir edim söz konusu olduğundan, arabulucu tarafından subjektif nedenlerle ifa edilemeyen borcun, objektif imkânsızlığı doğuracağı kabul edilebilir²⁷⁶. Benzer bir örnek olarak da, mevzuata uygun şekilde arabulucu sıfatını kazanan bir kişinin, arabuluculuk süreci devam ederken arabuluculuğun gerektirdiği şartları sağlayamaması nedeniyle sicilden silinmesi (HUAK.m.21) hâli verilebilir. Bu du-

²⁷⁴ Altunkaya, s. 103; Eren, Genel, s. 344; Oğuzman, C. 1, s. 87.

²⁷⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 904 vd.; Eren, Genel, s. 1063-1064; Oğuzman/ Öz, s. 447; Altunkaya, s. 91 vd.

²⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 855. Öğretide, subjektif imkânsızlığı kabul etmeyen görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, subjektif imkânsızlık hâlinde borçlunun temerrüdü hükümlerine gidilmelidir. Zira, temerrüt hükümleri alacaklıya daha geniş imkânlar tanıyan seçenekli bir yapıdadır. Bkz., Aral, s. 72; Antalya, C. 3, s. 242.

rumda da, sonraki kusurlu imkânsızlığın, arabulucu açısından gerçekleştiği kabul edilir.

Arabulucunun arabuluculuk hizmetini sunma şeklindeki aslî borcu, sözleşmenin yapılmasından sonra arabulucunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer²⁷⁷. Örneğin, arabulucunun, süreci başlattıktan sonra, tedavisi uzun sürecek derecede hasta olması ve bu sürede arabuluculuk görevini yürütemeyecek olması hâlinde borç sona erecektir. Bu hâlde, arabulucunun borcu sona erdiği gibi (TBK.m.136) uyuşmazlığın tarafları da arabulucunun o ana kadar ifa ettiği arabuluculuk hizmeti karşılığı olarak arabulucuya ücretini öderler.

Arabulucunun sorumlu olduğu sonraki kusurlu imkânsızlık hâlinde, TBK.m.112 gereğince uyuşmazlığın taraflarının uğradıkları zararı tazmin borcu doğar. Arabulucunun zararı tazmin etmekten kurtulabilmesi için, kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekir. Burada tazmini gereken zarar, olumlu (müspet) zarardır. Zira olumlu zarar, arabulucunun edimi tam ve gereği gibi yerine getirseydi uyuşmazlığın taraflarının malvarlığının göstereceği durum ile hâli hazırda gösterdiği durum arasındaki farktır²⁷⁸. Bu zararın tazmini, malvarlığının olumlu yarar (positives Interesse) kaybının telafisine hizmet ettiğinden olumlu zarar (positiver Schaden) olarak adlandırılmaktadır²⁷⁹.

Sürekli edimli sözleşmelerde ve yapma borçlarının söz konusu olduğu hâllerde, bu tip edimlerin niteliği bölünmeye uygun olmadığından, kısmî imkânsızlığın (teilweise Unmöglichkeit) görülmesi mümkün değildir. Arabuluculuk sözleşmesi de hem sürekli edimli bir sözleşme olması hem de bir yapma edimi içermesi sebebiyle, ancak edimin tamamının imkânsız hâle gelmesiyle tam imkânsızlığın (voll Unmöglichkeit) görülebileceği bir sözleşmedir.

2. Temerrüt

Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış olan temerrüt öğretide, ifası mümkün (imkânsız olmayan) ve muaccel bir borcun, borca aykırı olarak geç ifa edilmesi, zamanında ifa edilmemesi şeklinde tanımlanmıştır²⁸⁰. Burada borçlu, borçlandığı edimi zamanında yerine getirmeyerek ifayı geciktirip borca aykırı davranmış olmak-

²⁷⁷ Eren, Genel, s. 1328; Kılıçoğlu, s. 1079; Dür, s. 454.

²⁷⁸ Tandoğan, s. 426; Eren, Genel, s. 1145; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 513; Kılıçoğlu, s. 930.

²⁷⁹ Antalya, C. 3, s. 326; Kılıçoğlu, s. 930; Eren, Genel, s. 1145.

²⁸⁰ Oğuzman, C. 1, s. 458; Eren, Genel, s. 1117; Feyzioğlu, C. 2, s. 229; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 911; Serozan, İfa, s. 216; Kılıçoğlu, s. 874; İnan/ Yücel, s. 18; Cansel/ Özel, s. 285; Akıncı, s. 229.

tadır²⁸¹. Temerrüt, geçici bir durumu ifade eder. Temerrüde düşmüş olan borçlu (mütemerrit), borçlandığı edimi daha sonra ifa edebilir ya da kesin olarak ifa etmez²⁸².

Sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, sürekli edimli sözleşmelerin süresinde ifa edilmemesi hâlinde temerrüt değil imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir. Bunun sebebi olarak, sürekli borçların zaman yönünden devamlılık göstermesi ve bu zaman süreci içinde her an ifa edilmelerinin gerekmesi gösterilmektedir²⁸³. Diğer bir görüşe göre, sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün olmayacağına katılmak mümkün değildir. Zira, sürekli edimlerde kararlaştırılan zamanda ifa edilmeyen kısmın, artık zaman geçtiğinden dolayı telafisi mümkün olmadığı gibi, ani edimlerde de aynı husus söz konusudur²⁸⁴. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüt ile ilgili hükümlerinde ani borç/ sürekli borç şeklinde bir ayırım yapılmadığından bahisle, sürekli borçlarda da temerrüt hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür²⁸⁵.

Öğretide, borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, borcun muaccel olması ve alacaklının borçluya ihtarda bulunmasının yanı sıra, borcun ifasının mümkün olması, alacaklının ifayı kabule hazır olması, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmaması ve ifa etmemenin borca aykırı bir davranış olarak görülmesi şartları da bu kapsama alınmaktadır²⁸⁶. Bu şartlar sağlandığında, sürekli edimli bir sözleşme olan arabuluculuk sözleşmesinde de, arabulucunun temerrüdü durumunun oluşması mümkündür. Temerrüdün şartlarıyla ilgili genel bilgiler yukarıda verildiğinden, burada sadece temerrüdün arabuluculuk sözleşmesi açısından incelemesi yapılacaktır²⁸⁷.

Arabuluculuk sözleşmesinin ifasında temerrütten bahsedilebilmesi için, öncelikle ifası mümkün bir edimin söz konusu olması gerekir. İfası sonradan imkânsızlaşan bir edimin varlığı hâlinde temerrüde değil imkânsızlık hükümlerine başvurulur²⁸⁸. Zira, edimin hâlen borçlu tarafından yerine getirilebilme imkânının olması,

²⁸¹ Eren, Genel, s. 1117. Oğuzman, C. 1, s. 458; Cansel/ Özel, s. 285; Akıncı, s. 229.

²⁸² Eren, Genel, s. 1117.

²⁸³ Serozan, İfa, s. 159.

²⁸⁴ Eren, bu duruma örnek olarak, satış sözleşmesine göre 25 Haziran'da teslim edilmesi gereken bir malın, kararlaştırılan tarihte teslim edilmemesi durumunda artık bu malın 25 Haziran'da teslim edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz., Eren, Genel, s. 1118.

²⁸⁵ Eren, Genel, s. 1119; Antalya, C. 3, s. 540.

²⁸⁶ Oğuzman, C. 1, s. 459; Eren, Genel, s. 1119 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 911; Antalya, C. 3, s. 410; Kılıçoğlu, s. 875 vd.

²⁸⁷ Temerrüt ile ilgili açıklamalar için bkz. § 8, II, A, 2.

²⁸⁸ Eren, Genel, s. 1120; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 469.

temerrüdü imkânsızlıktan ayıran önemli bir husustur²⁸⁹. Arabulucunun, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanarak borcunu ifa edemeyecek duruma gelmesi hâlinde, temerrüt değil imkânsızlık söz konusudur²⁹⁰.

Arabulucunun temerrüde düşürülebilmesi için, uyuşmazlığın tarafları arabulucuya, borcunu ifa etmesi yani arabuluculuk hizmetini sunması için ihtarda bulunmalıdır. İhtar, alacaklının borçluyu, borçlandığı edimi yerine getirmesi için uyarması, ifaya davet etmesidir²⁹¹. HUK.m.15/I'e göre, arabulucu uyuşmazlığın çözümünde görev alması amacıyla seçildikten sonra, uyuşmazlığın taraflarını en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Hükümden anlaşıldığı üzere, eğer arabuluculuk sözleşmesinde ilk toplantı tarihi açıkça belirlenmemişse, arabulucu seçildikten sonra en kısa sürede ilk toplantıyı gerçekleştirmelidir. Bu sürenin ne kadar olacağı her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, arabuluculuk sözleşmesinde arabuluculuk faaliyeti için ilk toplantı tarihinin belirtilmemiş olduğu durumlarda, belirli veya kesin vadeden söz edilemez²⁹². Bu hâlde, belirsiz vade söz konusu olup, uyuşmazlığın taraflarınca arabulucudan toplantı yapması için talepte bulunmaları ile arabulucu temerrüde düşmüş olacaktır. Ek olarak, arabulucunun ilk toplantıyı gerçekleştirmeyi geciktirmesi, aynı zamanda onun özenle hareket etme borcunu ihlâl etmesi anlamına da geleceğinden, arabulucu temerrüde düşmeden önce de özen borcunun ihlâlinden dolayı uyuşmazlığın taraflarına karşı sorumlu olabilir²⁹³.

Temerrüdün şartlarından bir diğeri de alacaklının, edimi kabule hazır olmasının gerekmesidir. Alacaklı, edimi kabule hazır olmadığına, kendisine sunulan ifayı kabullenmediğinde alacaklı temerrüdü gündeme gelecektir. Alacaklı temerrüdünün bulunduğu hâlde ise, borçlu temerrüdü gerçekleştiremeyecektir²⁹⁴. Arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimleri birer verme edimi olmadığından, uyuşmazlığın taraflarının edimi teslim almaktan kaçınması söz konusu olmasa da, arabulucu tarafından yapılması gereken işi kabullenmekten kaçınmaları yani tam ve doğru bir ifayı reddetmeleri şeklinde ortaya çıkabilir.

²⁸⁹ Aral, s. 73; Başpınar, s. 248; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 912; Serozan, İfa, s. 216; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 469.

²⁹⁰ Karş., Dür, s. 454.

²⁹¹ Eren, Genel, s. 1121; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 913; Serozan, İfa, s. 217; Kılıçoğlu, s. 876; Antalya, C. 3, s. 413; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 460.

²⁹² Belirli vade, sadece borcun muaccel olduğu zamanı değil, borçlunun zamanında ifada bulunmadığı anda alacaklının ihtarına gerek olmaksızın mütemerrit duruma düşeceği zamanı ifade etmektedir. Kesin vade ise, vadenin gelmesiyle borçlunun ihtara gerek olmadan temerrüde düşmesi ve alacaklının edimi kabullenmekten kaçınabileceği ve sözleşmeden dönebileceği vade türünü ifade eder. Bkz., Eren, Genel, s. 976; Kılıçoğlu, s. 707; Antalya, C. 3, s. 46-47.

²⁹³ Dür, s. 457.

²⁹⁴ Eren, Genel, s. 1125; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 470.

Borçlunun temerrüdü için gereken bir diğer şart da, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmamasıdır. Borçlu TBK.m.97 ve 98'e göre, borçlanmış olduğu edimi ifadan kaçınma hakkını elde edebiliyorsa, temerrütten söz edilemez²⁹⁵. TBK.m.97'ye göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı hâlinde, karşı edimin ifasını talep eden tarafın daha sonra ifa etme hakkı bulunmadıkça, kendi edimini ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Bu genel hüküm, arabuluculuk sözleşmesi bakımından değerlendirilirse, arabulucunun kendi edimini uyuşmazlığın taraflarından önce ifa etmesi gerektiği ifade edilebilir. Zira, HUAK.m.7'de, "arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı..." ve ikinci fıkrada "...arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte..." ifadeleri ile arabulucunun ücret alacağının kendi borcunu yerine getirmesiyle beraber muaccel olacağı belirtilmiştir. Bu sebeple de, uyuşmazlığın taraflarının, arabulucudan edimini yerine getirmesini talep edebilmeleri için kural olarak, yerine getirmeleri gereken edim olan ücret ödeme borcunun ifasını önermiş veya tamamlamış olmalarına gerek yoktur.

Temerrüdün şartlarından sonuncusu, borçlunun edimini ifa etmemesi durumunun, borca aykırı bir davranış ortaya çıkarmasıdır. Borçlu için borcunu yerine getirme yükümlülüğü, alacaklı tarafından ifanın talep edilmesi hâlinde doğduğundan, sırf muaccel bir borç dolayısıyla borçlu doğrudan temerrüde düşmüş sayılamayacaktır²⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu objektif temerrüt teorisini kabul ettiğinden, borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olmasına gerek yoktur²⁹⁷. Temerrütte arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarının kusurunun önemi, alacaklının uğradığı zararın tazmininde ortaya çıkar. Bunun dışında temerrüt nedeniyle beklenmedik hâlden dolayı sorumluluk için yine arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarının kusuruna ihtiyaç vardır²⁹⁸.

Borçlu temerrüdünün sonuçları, genel ve özel sonuçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Temerrüdün genel sonuçları her türlü borç ilişkisinde mevcut olurken, özel sonuçlar, TBK.m.123-125'e göre sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde meydana gelir. Borçlunun gecikme tazminatı ödemesi ve kusurlu borçlunun temerrüt sonrası beklenmedik hâlden doğacak zararlardan sorumluluğu temerrüdün genel sonuçlarıdır.

Arabuluculuk sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan TBK.m.123-125 hükümleri bu sözleşme için uygulama alanı bulacaktır. TBK.m.123'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde

²⁹⁵ Eren, Genel, s. 1125; Antalya, C. 3, s. 429; Akıncı, s. 232;

²⁹⁶ Eren, Genel, s. 1125; Antalya, C. 3, s. 412.

²⁹⁷ Objektif temerrüt teorisine göre temerrüt durumu, borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durumdur. Bkz., Eren, Genel, s. 1126; Tunçomağ, s. 502.

²⁹⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 919; Eren, Genel, s. 1126; İnan/ Yücel, s. 621.

düştüğü takdirde, diğer taraf, borcun ifası için uygun bir süre verebilir ya da süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Bu sayede borçluya, temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için son bir imkân tanınmaktadır²⁹⁹. Borçluya süre verilmesi, herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, süre verilmesi hâkimden istenecekse, bunun yetkili hâkimden istenmesi gerekir³⁰⁰. Ek süre, edimin konusuna uygun şekilde belirlenecek olup edimin ifası için uygun bir süre olmalıdır. Arabuluculuk sözleşmesinin edimi bir yapma borcu teşkil ettiğinden ve ortaya eser sözleşmesinde olduğu gibi bir maddî sonuç ortaya koyma durumu olmadığından, edimin ifası için verilecek sürenin uzun tutulmasına gerek yoktur³⁰¹. Arabuluculuk sözleşmesinde edimin ifası için verilecek ek süre, TMK.m.2 gereğince dürüstlük kuralına göre belirlenecektir. Süre verilmesinin hukukî niteliği, ihtarda olduğu gibi, borçluya varması gerekli, hukukî işlem benzeri bir fiil, bir irade açıklamasıdır³⁰².

TBK.m.124'te, alacaklı tarafından borçluya süre verilmesinin gerekmediği hâller düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun tutum veya davranışından süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması, borçlunun temerrüdü nedeniyle borcun ifa edilmesinin alacaklı açısından faydasız hâle gelmesi ya da ortada kesin vadeli bir işlem bulunması durumunda, alacaklı tarafından borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur (TBK.m.124). Arabuluculuk sözleşmesinde ilk toplantının yapılacağı tarih açıkça belirtilmişse ve arabulucu bu tarihe kadar üzerine düşenleri yapmamışsa, uyuşmazlığın taraflarınca arabulucuya süre verilmeden borçlunun temerrüdü hükümlerine gidilebilecektir. Uyuşmazlık, arabulucunun müzakerelere başlamakta gecikmesi üzerine, uyuşmazlığın taraflarınca başka bir yöntemle çözülmüşse de artık arabulucuya süre verilmesinin anlamı kalmamaktadır.

Ek süre verilmesine karşın, borçlu bu süre içinde de borcunu yerine getirmezse, alacaklı, TBK.m.125'te kendisine tanınan seçimlik haklardan birini seçebilir. Bu seçimlik haklar, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhâl bildirerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı talep etme (müspet zararın tazmini) ya da sözleşmeden dönerek uğradığı menfî zararın tazminini talep etme hakkıdır. Alacaklının sahip olduğu

²⁹⁹ Eren, Genel, s. 1138; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 506; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 946; Tunçomağ, s. 513.

³⁰⁰ Eren, Genel, s. 1139; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 508; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 948; Tunçomağ, s. 513.

³⁰¹ Verilecek süre, “vakit geçirmeksizin”, “derhâl”, “uygun bir süre içinde” gibi ifadeler içeriyorsa, öğretide bunun uygun bir ek süre olduğu kabul edilmemekte, böyle bir beyan geçersiz sayılmaktadır. Bkz., Eren, Genel, s. 1140; Tunçomağ, s. 513.

³⁰² Eren, Genel, s. 1140; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 506; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 946.

bu seçimlik hakların hukukî niteliği yenilik doğuran haktır³⁰³. Bu sebeple, arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun temerrüde düşmesi hâlinde uyuşmazlığın tarafları, seçim hakkını tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Uyuşmazlığın tarafları, seçim haklarını kullanmak isterlerse bunu “derhâl” yapmalıdırlar. Öğretide “derhâl” ile anlatılmak istenenin ise, beyanın hâl ve şartlara göre vakit geçirilmeksizin yapılması olduğu ifade edilmiştir³⁰⁴. Ancak, arabulucunun temerrüde hâlinde, uyuşmazlığın tarafları aynen ifayı talep edemeyeceklerdir. Zira, arabulucu görevini şahsen yerine getirmelidir. Bu sözleşmedeki şahsen ifa borcunun mutlaklığı ve arabuluculuğun niteliği gereği, TBK.m.113 hükmü uygulanarak arabuluculuk faaliyetinin bir başka kişi tarafından veya uyuşmazlığın taraflarınca yerine getirilmesi mümkün değildir. Uyuşmazlığın tarafları, temerrüde düşmüş olan arabulucudan ancak müspet veya menfî zararlarını talep edebilirler. Ayrıca, uyuşmazlığın tarafları her ne kadar TBK.m.113’e dayanarak temerrüde düşen arabulucu yerine faaliyeti yerine getiremezlerse de bir başka arabulucu ile farklı bir arabuluculuk sözleşmesi yaparak uyuşmazlığı çözmeyi deneyebilirler.

Uyuşmazlığın tarafları, müspet zararın tazminini talep ettiğinde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam ederken sözleşmenin içeriği değişikliğe uğramaktadır. Artık arabulucu, aslî edimi olan arabuluculuk sürecini yürütmek yerine uyuşmazlığın taraflarına tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaktadır³⁰⁵. Arabulucu tarafından, eğer kusurlu ise ödenmesi gereken bu tazminat, uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyetinin yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı müspet zarara yöneliktir. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatini gösterir. Sözleşme zamanında ifa edilseydi, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâli hazırdaki durumu arasındaki fark müspet zarardır³⁰⁶.

Alacaklının, TBK.m.125’e göre sahip olduğu seçimlik haklardan bir diğeri de sözleşmeden dönme ve bu sebeple yani sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın (menfî zarar) tazminini talep etmektir³⁰⁷. Menfî zarar, sözleşme hiç

³⁰³ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 511; Eren, Genel, s. 1143; Kılıçoğlu, s. 927.

³⁰⁴ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 511; Eren, Genel, s. 1144; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 958.

³⁰⁵ Tazminat ödeme yükümlülüğü, nitelik olarak ikincil (talî) bir edim yükümlülüğüdür. Bkz., Eren, Genel, s. 1145; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 513; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962; Tunçomağ, s. 520.

³⁰⁶ Eren, Genel, s. 1145; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 513.

³⁰⁷ *Klasik dönme görüşü*, dönme bildiriminin, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren (ex tunc) ortadan kaldırdığını kabul ederken, yeni dönme görüşü, dönme işleminin ne geçmişe ne de geleceğe etkili olarak borcu ortadan kaldıracağını kabul etmektedir. *Yeni dönme görüşüne* göre, dönme bildirimiyle sözleşme ortadan kalkmamakta, sadece taraflar arasında sözleşmeye dayanan yeni bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Dönmeyle ilgili öğretideki bir diğer görüş ise, Alman hukukçuları tarafından ortaya atılan *yasal borç ilişkisi teorisi* ise, sözleşmeden dönmeyle birlikte borç ilişkisi ortadan kalkar fakat bu durum sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hükümsüz olduğu anlamına

yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfî zarara, “güvenden doğan zarar” da denilmektedir³⁰⁸. TBK.m.126’da, sürekli edimli sözleşmeler için ayrı bir seçimlik hak düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre, ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü durumunda alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar; ifa ve gecikme tazminatı istemek ya da sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini talep etmektir. Görüldüğü gibi bu hüküm, ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde uygulanmalıdır. İfasına başlanmamış olan sürekli edimli sözleşmelerde ise TBK.m.125/III uygulanabilecektir. Arabuluculuk sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, temerrüt hâlinde sözleşmeden dönme, sadece oturumlar başlayana kadar mümkündür. Oturumlar başladıktan sonra, sözleşme feshedilerek menfî zararın tazmini talep edilebilir. Sözleşmeyi feshetmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklı hangi ekonomik durumda olacak idiyse, o durumu sağlamaktır³⁰⁹.

Arabuluculuk sözleşmesinde edimin ifasına başlandıktan sonra, arabulucu temerrüde düşerse (örneğin arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesi için gerekli olan müzakereleri organize etmezse), bundan dolayı zarara uğrayan taraf, şartları oluşmuşsa sözleşmeyi feshederek sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklı menfî zararını talep edebilir. Arabuluculuk sözleşmesi yapılmamış olsaydı uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığın çözümü için doğrudan mahkemeye giderek taleplerde bulunabileceklerdi. Ancak, arabuluculuk sözleşmesinin varlığına dayanıp arabulucuya güvenilecekler, aralarındaki uyuşmazlığın çözülebilmesi için işlerliği olan bir arabuluculuk süreci beklentisine girip bir çözüme varmayı amaçlayan uyuşmazlığın tarafları, özenli bir şekilde yürütülmeyen, müzakerelerin zamanında gerçekleştirilmediği arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uğradıkları zararların tazminini arabulucudan talep edebileceklerdir. Zarara uğrayan uyuşmazlığın tarafları, sözleşmeyi feshettikleri takdirde, bu sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda bulunacaklarsa, o duruma getirilebilmeleri için menfî zararının giderilmesini isteyebilirler. Arabuluculuk sözleşmesinde menfî zararlara, arabulucunun oturumları başlatması için noterden ihtar yapıldıysa ihtar masrafı, arabulucuya bazı bilgi veya belgeler gönderilmişse posta masrafları, arabu-

gelmez. Dolayısıyla, tarafların vaktiyle yerine getirdikleri edimler de sebepten yoksun kalmaktadır. Böylece, taraflar arasında tasfiyeye yönelik “yasal bir borç ilişkisi” meydana gelmektedir. Bu teori, Alman Hukuku’nda mevcut olan bazı özel düzenlemeler sebebiyle, ihtiyaçtan dolayı ortaya atılmış bir teoridir. Türk ve İsviçre hukuklarında, bu teoriye gerek duyulmamakta, tartışmalar daha çok dönmenin klasik görüşe göre mi yoksa yeni dönme görüşüne göre mi değerlendirilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bkz., **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 517 vd.; **Eren, Genel**, s. 1148 vd.; **Tunçomağ**, s. 521; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 962 vd.

³⁰⁸ **Eren, Genel**, s. 1152; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 524; **Tandoğan**, s. 427; **Kılıçoğlu**, s. 930-931.

³⁰⁹ **Eren, Genel**, s. 1148; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 964; **Oğuzman/ Öz**, C. 1, s. 516; **Tunçomağ**, s. 521. **Buz**, s. 66.

luculuk faaliyetleri için farklı bir şehirde oturumlar gerçekleştirilmişse yol masrafları örnek olarak verilebilir.

B) BORCUN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ

1. Genel Olarak

Borcun ihlâl edilerek borca aykırılığın oluşmasına yol açan hâllerden biri de borcun gereği gibi ifa edilmemesidir. Gereği gibi ifa ile kastedilen, borçlanılan edimin, borca uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Tam ve doğru bir ifa için, borçlanılan edimin bütün unsurlarıyla (modaliteleriyle) birlikte yerine getirilmesi gerekmektedir³¹⁰.

Kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlâli, gereği gibi ifa etmemeyi oluşturur. Kötü ifa (*Schlechterfüllung*), borç ilişkisinde nitelikleri belirlenen edimin, bu niteliklerine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesidir. Edimin nitelik olarak ayıplı, eksik ve kötü olmasıdır³¹¹. Kötü ifanın söz konusu olabileceği edimler verme ve yapma edimleridir. Yapma edimlerinde ise, edimin konusu bir işgörmeye olduğundan ifanın niteliği, gösterilen özene, harcanan çabaya göre belirlenir. Sürekli edimli sözleşmelerde ise, gereği gibi ifa etmeme durumu, sözleşmenin diğer tarafına haklı sebeple fesih imkânı verir³¹². Arabuluculuk sözleşmesi arabulucu açısından bir yapma edimi içerdiğinden, kötü ifa ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Arabulucu, görevini özenle yerine getirmelidir. Arabulucunun kanundan doğan bu özen yükümlülüğüne aykırı davranması, hem yapma edimlerindeki kötü ifa olan özen gösterilmemesi hususuna girmekte hem de arabulucunun özen borcu bir yan yükümlülük olduğundan yan yükümlülüğün ihlâlini oluşturmaktadır.

³¹⁰ Eren, Genel, s. 1072; Oğuzman/ Öz, s. 472; Kılıçoğlu, s. 857. Gereği gibi ifa için, ifanın tarafları, yeri, zamanı ve konusunun borçlanılan edime uygun olması gerekir. “Gereği gibi ifa etmeme” kavramı, Türk ve İsviçre hukuklarında, kanunî düzenlemelerde açıkça yer aldığından, bu şekilde adlandırılmasında sakınca bulunmamaktadır. Ancak, öğretideki kimi görüşler, “gereği gibi ifa etmeme” kavramı yerine “sözleşmenin müspet ihlâli (die positiven Vertragsverletzungen)” kavramını tercih etmektedirler. Sözleşmenin müspet ihlâli kavramı, Alman hukuk öğretisinde bir zorunluluktan dolayı ortaya atılmıştır. Zira, BGB.’de temerrüt ve imkânsızlık hâlleri düzenlenmiş ancak gereği gibi ifa etmeme durumuna yer verilmemiştir. Kanundaki bu eksiklik, öğreti tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Türk ve İsviçre hukukunda böyle bir kavrama gerek kalmamaktadır. Çünkü, TBK.m.112’de açık bir şekilde, “...borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi” ifadesi kullanılarak, gereği gibi ifa etmeme durumları kanun tarafından öngörülmüş olmaktadır. Ayrıca öğretide, sözleşmenin müspet ihlâli kavramı, ihlâlin her zaman olumlu bir davranışla değil, olumsuz bir davranışla da gerçekleşmesi mümkün olduğundan eleştirilmiştir. Bkz., Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 474; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 973; Serozan, İfa, s. 246 vd.; Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 76 vd.; Cansel/ Özel, s. 305; Serozan, Edim, s. 111 vd.

³¹¹ Eren, Genel, s. 1074; Aral, s. 92; Antalya, C. 3, s. 389; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 474; Kılıçoğlu, s. 857.

³¹² Eren, Genel, s. 1075; Aral, s. 195; Antalya, C. 3, s. 389.

Gereği gibi ifa etmeme kötü ifa şeklinde gerçekleşebileceği gibi yan yükümlülüklerin ihlâli şeklinde de gerçekleşebilir. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu yükümlülüklerin önemi, edim sonucunun borçlanıldığı sözleşmelerde ortaya çıkar³¹³. Arabuluculuk sözleşmesi edim sonucunu hedefleyen bir sözleşme olmadığından, burada söz konusu yükümlülüklerin etkisi bulunmamaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinde etkisini gösteren yan yükümlülük, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden olan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğüdür. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirme ve aydınlatma borcu, HUAK.m.11’de düzenlenmiştir. Buna göre arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını, faaliyetin başında, arabuluculuğun süreci, sonuçları ve ilkeleri bakımından gereği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, arabuluculuk faaliyetinin ilkeleri, arabuluculuk sürecinin işleyiş mekanizması ve arabuluculuk sürecinin hukukî sonuçlarından oluşur. Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili gerekli bilgileri faaliyetin başında uyuşmazlığın taraflarına açıklamayan arabulucu, bu hususla ilgili uyuşmazlığın taraflarının uğrayacağı zararlardan sorumludur. Zira, bir yan yükümlülük olan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli gereği gibi ifa etmemeyi oluşturmakta ve arabulucunun sorumluluğuna yol açmaktadır.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, bir yan yükümlülük olduğundan, bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde de gereği gibi ifa etmeme durumu oluşur. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti boyunca uyuşmazlığın taraflarınca paylaşılan bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Arabuluculuk faaliyetinin tercih edilmesindeki en önemli nedenlerden biri olan gizlilik ilkesi sebebiyle gerek arabulucu gerekse de sürece dâhil olan uyuşmazlığın tarafları, vekilleri gibi kişiler sır saklamakla yükümlüdürler. Arabulucunun ve uyuşmazlığın taraflarının, bu sır saklama yükümlülüğünü ihlâl ederek faaliyette ileri sürülen bilgi ve belgeleri üçüncü kişilerle paylaşmaları yahut herhangi bir davada ileri sürmeleri, onların sorumluluğuna sebep olur.

Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti süresince koruması gereken tarafsızlığını ihlâl etmesi de, bir yan yükümlülüğün ihlâli olduğundan gereği gibi ifa etmemeye neden olur. Söz gelimi, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarından birine karşı daha yakın olması ya da özel oturumlarda taraflardan birinin paylaştığı bilgiyi onun rızası olmadan uyuşmazlığın diğer tarafıyla paylaşması, tarafsızlığın ihlâline örnek olarak verilebilir.

Kaynağını TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralından alan koruyucu yükümlülükler, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunma-

³¹³ Eren, Genel, s. 1075; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 4-5; Aral, s. 118.

sına hizmet eder. Alacaklının edim menfaati dışındaki bu menfaatleri, alacaklının aynî hakları, kişilik hakkı vb. gibi mutlak haklardır³¹⁴. Koruma yükümlülükleri, tarafların sosyal temasıyla başlar, sözleşme müzakereleri boyunca devam eder, sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar sürdüğü gibi bazı hâllerde ifadan sonra da varlığını devam ettirir. Aslında bir haksız fiil teşkil eden koruyucu yükümlülükler, sözleşme tarafları arasında kurulan güven ve özel bağlantı nedeniyle sözleşme ilişkisi içine dâhil edilmiştir. Böylece, alacaklı, haksız fiil hukukunun elverişsiz hükümlerinden ziyade sözleşme hukukunun daha lehe olan hükümlerine dayanabilecektir³¹⁵. Arabuluculuk faaliyeti yürütülürken arabulucu tarafından uyuşmazlığın taraflarının şahıs veya malvarlığı değerleri bir zarara uğratılırsa, arabulucunun sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının kimlik bilgilerini hukuka aykırı olarak kullanması nedeniyle onları zarara uğratmış olabilir.

2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

a) Borca Aykırı Bir Davranışın Varlığı

Kişilerin yaptıkları sözleşmelerden sorumluluklarının doğabilmesi için, öncelikle aralarında geçerli bir hukukî ilişki doğuran sözleşmenin mevcut olması gerekir. Geçerli bir sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurabileceğinden, ancak böyle bir sözleşmenin borca aykırı bir davranışla ihlâl edilmesi söz konusu olur. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık hususu, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa karşılık gelir³¹⁶. Borçlunun, borca aykırı davranışı olumlu bir davranışla bir yapma fiili olabileceği gibi, pasif bir davranış şeklinde, bir yapmama fiili de olabilir³¹⁷.

Borçlunun sözleşmeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için varlığı gerekli olan borca aykırı bir davranış şartı, borçlunun borcunu hiç ifa etmemesi, eksik ifa etmesi, zamanında ve yerinde ifa etmemesi, kötü ifa etmesi gibi farklı şekillerde gerçekleşebilir³¹⁸. Arabulucunun tarafsız olma, sır saklama, uyuşmazlığın taraflarını süreçle ilgili aydınlatma ve bilgi verme borçları gibi yan yükümlülüklerini ihlâl etmesi birer borca aykırı davranış örneği teşkil eder. Arabulucunun görevini yerine getirmek amacıyla uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirdiği müzakerelerde, onların iletişimini engelleyerek süreci sekteye uğratması da borca aykırı bir davranış örneği teşkil eder³¹⁹. Yine, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğüne aykırı şekilde, uyuşmazlığın

³¹⁴ Eren, Genel, s. 1077; Aral, s. 174.

³¹⁵ Eren, Genel, s. 1077.

³¹⁶ Eren, Genel, s. 1078; Kılıçoğlu, s. 823.

³¹⁷ Eren, Genel, s. 1078.

³¹⁸ Kılıçoğlu, s. 823; Tandoğan, s. 414.

³¹⁹ Görkem, s. 121.

taraflarını arabuluculuk süreci, sonuçları ve özellikle zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin ne olacağı gibi hususlarda bilgi vermemesi ve tarafların bundan kaynaklı bir zarara uğramaları hâlinde de arabulucunun borca aykırı bir davranışının varlığı kabul edilir.

b) Bir Zararın Doğmuş Olması

Zarar, alacaklının iradesi dışında, onun hukukça korunan değerlerinde ortaya çıkan azalmadır³²⁰. Zarar, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde ifade edilebilir. Geniş anlamda zarar, maddî ve manevî zararı kapsarken; dar anlamda zarar gerçek zararı oluşturmakta olup, sadece maddî zararı kapsar³²¹. Maddî zarar, alacaklının malvarlığının mevcut durumuyla sözleşmenin ihlâli olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır³²². Maddî zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılır. Fiilî zarar, malvarlığının aktif kısmındaki azalma yahut pasif kısmındaki (borçlardaki) artma olarak gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise, sözleşme ihlâl edilmese yani borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artıştır³²³.

Maddî zararın kapsamına, her şeyden önce, ifa edilmeyen edimin değeri girer. Bu zararın oluşabilmesi için, edimin ifasının imkânsız hâle gelmiş olması gerekir. Zira, edimin ifası imkânı hâlen mevcut ise, alacaklı aynen ifayı talep hakkına sahip olduğundan, malvarlığında bu anlamda bir zarar meydana gelmemiştir³²⁴. Arabuluculuk sözleşmesinin konusu bir malın teslim edilmesi gibi verme edimini içermediğinden, borç ifa edilmediğinde edimin değeri şeklinde bir zarardan söz edilemez. Ancak, gereği gibi yerine getirilmeyen bir arabuluculuk faaliyetinden uyuşmazlığın tarafları zarar gördüğü takdirde, bu maddî zararlardan arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Örneğin, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarınca açıklanan sırları üçüncü kişilerle paylaşarak onların zararına sebep olmuşsa veya arabuluculuk süreci ile ilgili gerekli aydınlatma ve bilgi vermeyi gerçekleştirilmeyip uyuşmazlığın taraflarının faaliyetle ilgili bilgileri olmadan bu sürece girişmeleri ve zarara uğramalarına neden olmuşsa arabulucunun sorumluluğu gündeme gelir. Söz gelimi, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına arabuluculukta anlaşmaya varsalar bile dava açabileceklerini söylemesi veya zamanaşımı sürelerinin arabuluculuk faaliyetiyle beraber kesildiğini söy-

³²⁰ Tunçomağ, s. 265; Eren, Genel, s. 1078; Cansel/ Özel, s. 317; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 384; Antalya, C. 3, s. 320; Nomer, s. 164.

³²¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 547-548; Cansel/ Özel, s. 317; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 384; Kılıçoğlu, s. 823.

³²² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855.

³²³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 856; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 390-391; Eren, Genel, s. 1079; Tunçomağ, s. 266; Nomer, s. 166.

³²⁴ Eren, Genel, s. 1081.

lemesi yahut ehliyetsiz kişilerle oturum yapması gibi hâllerde borca aykırı davranış mevcut olduğundan, uyuşmazlığın taraflarının uğradığı zararlardan arabulucunun sorumluluğu söz konusu olacaktır. Arabulucu, müzakereleri başlatmayarak süreci uzatırsa, uyuşmazlığın taraflarınca arabulucunun görevini ifa etmesi için yapılan ihtar masrafı da taraflar açısından maddî zarar kapsamında gider zararını oluşturur.

Sözleşme ihlâl edildiğinde zarar değerlendirmesi yapılırken dikkat edilmesi gereken önemli bir ayrım da müspet ve menfî zarar ayrımıdır. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir şekilde yapılan ifaya ilişkin menfaati olan, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden doğan bir zarardır³²⁵. Müspet zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olarak ikiye ayrılır. Menfî zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından kaynaklanan zarardır. Burada, alacaklı, sözleşmenin kurulmasına ve geçerli olmasına güvenerek bu güveninin boşa çıkmasından ötürü zarara uğramaktadır. Alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki fark menfî zarardır. Bir diğer deyişle, alacaklının sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate karşılık gelen zarar menfî zarardır³²⁶. Menfî zararlar, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler veya alacaklının, borçlu tarafından yapılacak ifayı kabul için yaptığı giderlerdir. Arabuluculuk sözleşmesinde, uyuşmazlığın taraflarınca karşılanan bazı masrafların, sözleşmenin geçersiz olması hâlinde boşa sarf edilmesi ya da sözleşmenin kurulabilmesi için yapılan bazı masraflar menfî zarar kapsamına girebilir. Söz gelimi, arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda, arabulucunun kusurlu hareket ederek arabuluculuğa elverişli kabul edip arabuluculuk sözleşmesinin yapılması üzerine, müzakerelerin gerçekleştirileceği yerle ilgili bazı harcamalarda bulunulması gibi masraflar yapılmışsa, bu hâldeki zararın giderilmesi menfî zarar kapsamında değerlendirilebilir.

Manevî zarar ise, malvarlığındaki bir azalma değil, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle alacaklının duyduğu cismanî ve manevî acı, ızdırap ve elemi, buna bağlı olarak yaşama zevkinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir³²⁷. Manevî zararın tazmininin sözleşmesel ilişkilere de uygulanabilmesi esasen TBK.m.114/II atfına dayanır. Bu maddeye göre, haksız fiille ilgili düzenlemeler, sözleşmeye aykırılıktan doğan hâllere de kıyasen uygulanacaktır. Manevî zararın tazmininin de bu kapsamda olması, öğretilerde de kabul edilmektedir³²⁸. Arabuluculuk sözleşmesinde karşılaşılabilecek manevî zarar örneği olarak, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına

³²⁵ Eren, Genel, s. 1082; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855.

³²⁶ Eren, Genel, s. 1084; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 386; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855.

³²⁷ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 391; Antalya, C. 3, s. 320; Kılıçoğlu, s. 398; Gürsoy, Kemal Tahir, Manevî Zarar ve Tazmini, AÜHFD., C.30, S. 1, 1973, s. 7-56, s. 8..

³²⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 857; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 392; Antalya, C. 3, s. 345.

eşit davranmaması, uyuşmazlığın tarafları arasında renk, cinsiyet, ırk, din ayrımı yaparak tarafsızlığını ihlâl etmesi üzerine, farklı muameleye tâbi olan tarafın kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle uğradığı üzüntü bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak, gerek arabuluculuk sözleşmesinde gerek diğer sözleşmelerde ve haksız fiile dayanan sorumluluklarda manevî zararın varlığı, bu zararın giderilmesi için uygulanacak yaptırım her somut olay açısından ayrıca değerlendirilip hâkim tarafından takdir edileceğinden, belli kıstaslarla tespit edilmesi veyahut sınırlandırılması mümkün değildir. Zira, manevî zararın somut kanıtlarla ispat edilebilmesi bile mümkün değildir. Manevî zarar ancak, zarar görenin duygusal yaşamındaki kaybın dışı yansıyan belirtilerine göre kanıtlanabilir³²⁹.

c) Borçlunun Kusurlu Olması

Sözleşmeden doğan sorumlulukta zarara kural olarak borçlu katlanmaktadır (casum sentit dominus). TBK.m.114'e göre, borçlu her türlü kusurdan sorumludur. Sözleşmeden doğan sorumluluğun (akdî sorumluluk) temel unsuru, borçlunun kusurudur³³⁰. Kusur, borca aykırı sonucun tasarlanarak veya bu sonucun meydana gelmesini önlemek için gerekli özen gösterilmeyerek, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminde bulunulmasıdır³³¹.

Kusur, kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Kast, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlâl etmesidir. Borçlunun sözleşmenin ihlâli ile meydana gelecek olan sonucu tasarlayıp istemesine doğrudan kast; meydana gelecek olan sonucu doğrudan istememekle birlikte onu göze alması hâlinde dolaylı kast söz konusu olur. İhmal ise, borçlunun, sözleşmenin ihlâli ile meydana gelecek sonucu istememekle beraber, bu sonucun önlenmesi için alınması gereken önlemleri almaması, kendisiyle aynı meslekî koşullarda bulunan objektif bir üçüncü kişinin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemesidir. İhmal; ağır, orta ve hafif ihmal olarak üçe ayrılır³³². Borçlunun kusurundan dolayı sözleşmesel sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kusurun kast veya ihmal şeklinde olması, yani kusurun çeşidi önemli değildir. Borçlunun kusurunun fazla veya az olması sorumluluktan ötürü zararın giderilmesi amacıyla hesaplanan tazminat miktarını etkileyecektir³³³.

Kusur, subjektif ve objektif yönlerden oluşmaktadır. Sözleşmesel kusurun subjektif yönü, borçlunun ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Arabuluculuk sözleşme-

³²⁹ Kılıçoğlu, s. 399.

³³⁰ Eren, Genel, s. 1086; Cansel/ Özel, s. 318; Akıncı, s. 247; Kılıçoğlu, s. 827.

³³¹ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 405; Eren, Genel, s. 1087; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 875; Aral, s. 176; Antalya, C. 3, s. 288; Kılıçoğlu, s. 413.

³³² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 876-877; Eren, Genel, s. 1087-1088.

³³³ Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 406.

sinde ise, ayırt etme gücüne sahip olamayanlar arabulucu olarak görev yapamayacakları için arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun kusuru açısından kusurun subjektif yönünün mevcut olduğu ifade edilmelidir. Sözleşmesel kusurun diğer yönü olan objektif yön ise, borçlunun göstermesi gereken özenle ilgilidir. Bu özenin derecesi, borcun niteliği, kapsamı, içeriği ve borçlunun mensup olduğu sosyal ve meslekî çevredeki makul, dürüst, orta seviyedeki objektif bir borçlu tipinin bu tarz ilişkilerde göstereceği özen kadardır. Borçlunun, sözü edilen bu objektif borçlunun davranışına uygun hareket edebilmesinin somut olayda fiilen mümkün olup olmadığı değer taşımaz³³⁴. Ayrıca, objektif kusur yönünden bakıldığında, borçlunun kişisel yeteneksizliği, bilgisizliği, yaşlılığı, zekâ düzeyi, hastalığı vb. durumlar, önceden alacaklı tarafından bilinip kabul edilmedikçe, dikkate alınmaz ve borçlu lehine bir durum yaratmaz³³⁵. Arabulucunun, sözleşmenin ihlâlinde kusurlu olması durumunda, kusurun objektif yönü bakımından değerlendirme yapılırsa, arabulucunun göstermesi gereken özenin yüksek olduğu kabul edilmelidir. Zira, arabuluculuk faaliyeti, profesyonel olarak resmî sıfatla ve sicile kayıtlı şekilde yürütülebilen bir faaliyettir.

Kusurun ispatı hususunda kanunkoyucu, TMK.m.6 ve HMK.m.190'daki genel ilke olan herkesin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmesi kuralından ayrılarak, borçlu aleyhine bir kusur karinesi koymuştur (TBK.m.112). Borçlu, sözleşmenin ihlâl edilmesinde kendisine herhangi bir kusur yükletilmeyeceğini ve alacaklıya zarar veren sonucun oluşmaması için somut olayın gerektirdiği her türlü önlemi aldığını ispat etmelidir³³⁶. Borçlu aleyhine kusur karinesi getiren TBK.m.112 emredici bir hüküm olmadığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Dolayısıyla, taraflar sözleşmede borçlunun kusurlu olduğunun ispatını alacaklıya yükleyebilirler. Arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucuya karşı, gereği gibi ifa etmemeye dayanarak açılan davada, kusurun yokluğunun ispatı arabulucuya düşer. Arabulucu, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusurunun olmadığını ispatlayabilirse, sorumluluğun kurucu unsuru olan kusurun yokluğu nedeniyle sorumluluktan kurtulabilecektir.

d) İlliyet Bağı

Borçlunun sözleşmenin ihlâli ile alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, borçlunun sözleşmeyi ihlâli ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. İlliyet kavramıyla ifade edilmek istenen, her şeyden önce,

³³⁴ Eren, Genel, s. 1089; Aral, s. 178; Antalya, C. 3, s. 290.

³³⁵ Eren, Genel, s. 1090.

³³⁶ Antalya, C. 3, s. 302; Eren, Genel, s. 1092; İnal, s. 413 vd.

birbirini izleyen olaylar arasındaki sebep-sonuç bağıdır³³⁷. Sözleşmesel sorumluluğun kurucu şartlarından biri olarak aranan illiyet bağı, uygun illiyet bağıdır (adäqua-ter Kausalzusammenhang). Uygun illiyet bağında, sözleşmenin ihlâlinin, olayların olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibarıyla elverişli olup olmadığına bakılır³³⁸.

Yapmama şeklindeki fiiller normal şartlarda bir sonucun maddî nedeni olamaz. Zira, yapmama nedeniyle dış âlemde genel olarak bir değişikliğe yol açılmaz. Ancak, yapılmayan fiilin yapılması gerekiyorsa, soyut bir yapmama, doğan sonucun sebebi sayılabilir³³⁹. Sözleşme ilişkisi içerisinde de borçlunun yapması gereken fiili yapmaması, yerine getirmemesi de dış dünyada bir değişikliğe yol açıp alacaklı açısından zarara sebep olabileceğinden, yapmama fiiliyle meydana gelen zarar arasında illiyet bağının kurulabileceği kabul edilir. Örneğin, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarının fiiliyle meydana gelen zarar arasında illiyet bağı mevcutsa sorumluluk söz konusu olacaktır.

Arabulucu veya uyuşmazlığın tarafları, tazminat talebiyle karşılaştıklarında, illiyet bağını kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. İlliyet bağını kesen sebepler, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, mücbir sebep, alacaklının (zarar görenin) ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur³⁴⁰. Örneğin, arabuluculuk faaliyeti arabulucunun bürosunda yürütülürken deprem olması ve uyuşmazlığın taraflarını zarara uğraması hâlinde, arabulucu mücbir sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Yine, arabulucunun, içinde uyuşmazlığın taraflarının kimlik bilgilerinin de olduğu cep telefonunu tamir için servise bırakması ve servis elemanının bu kimlik bilgilerini kopyalayarak farklı işlemlerde kullanıp uyuşmazlığın taraflarını zarara uğratması hâlinde, üçüncü kişinin ağır kusuru söz konusu olur.

C) HÜKMÜ

1. Uyuşmazlığın Tarafları Açısından

Tazminat ödenmesi, borç ilişkilerinde borca aykırı davranış nedeniyle oluşan zarar karşısında borçlunun karşılaşıacağı yaptırımdır (TBK.m.112). Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanan tazminat sorumlulukları,

³³⁷ Eren, İlliyet, s. 10.

³³⁸ Eren, İlliyet, s. 51; Antalya, C. 3, s. 332; Eren, Genel, s. 1086; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 383; Tunçomağ, s. 455; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 868; Cansel/ Özel, s. 319; Akıncı, s. 138.

³³⁹ Tunçomağ, s. 272.

³⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 824.

TBK.m.502 vd. ile TBK.m.112'ye dayanır. Sözleşmenin ihlâli yani borca aykırı davranış nedeniyle meydana gelen bir zararın tazmini için, yukarıda sayılan şartların mevcut olması gerekir. Bu şartlar mevcut olduğu takdirde, borçlu, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür. Zararın miktarını ispat yükü alacaklıdadır. Eğer, zararın miktarı net olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve alacaklı tarafından alınan önlemleri de göz önünde tutarak zararın miktarını saptar³⁴¹. Tazminatın miktarı, en fazla zararın miktarı kadar belirlenebilir. Zararı aşan, alacaklıyı haksız yere zenginleştiren yahut borçlunun cezalandırılmasına yol açan bir tazminat miktarı belirlenemez³⁴².

Sözleşmeden doğan sorumlulukta hükmedilecek tazminatta da, aynı sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi indirim sebeplerinin bulunması durumunda hâkim, tazminat miktarında indirime gidebileceği gibi tazminat talebini tamamen de reddedebilir³⁴³. Örneğin, arabuluculuk faaliyetleri esnasında, gizlice ses kaydı alan uyuşmazlığın tarafının, bu kayıtları yayıp kişisel verileri ifşa ederek diğer tarafı zarara uğratması durumunda, hafif kusura kanaat getirilirse tazminat miktarında indirime gidilebilir. Taraflar da, aralarında anlaşma yaparak sorumsuz olacaklarını belli derecede kararlaştırabilirler (TBK.m.115)³⁴⁴.

Sözleşmesel sorumlulukta nakden yani para ile tazmin kuraldır³⁴⁵. Arabuluculuk sözleşmesinin ihlâlinden doğacak zararların tazmini de nakden yerine getirilmelidir. Nakden ödenecek tazminat, toptan ödenebileceği gibi irat şeklinde, taksitler hâlinde de ödenebilir. Fakat, manevî tazminat olarak ödenecek miktar irat şeklinde değil toptan ödenebilir.

TBK.m.114/II'de haksız fiil hükümlerine yapılan atıf, zamanaşımı yönünden sözleşmeye dayalı ilişkileri etkilemeyecek olup, sözleşmelerle ilgili uygulanacak zamanaşımı süreleri kural olarak TBK.m.146'ya göre on yıl, bazı hâllerde ise TBK.m.147'ye göre beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Arabuluculuk sözleşme-

³⁴¹ **Antalya**, C. 3, s. 334; **Eren**, Genel, s. 1094.

³⁴² **Eren**, Genel, s. 1095.

³⁴³ **Eren**, Genel, s. 1096; **Antalya**, C. 3, s. 336. TBK.m.114/II atfı gereği, haksız fiile ilişkin hükümlere gidilerek TBK.m.51 ve 52'de düzenlenen indirim sebepleri sözleşmesel sorumlulukta da uygulama alanı bulacaktır. Bunlar, borçlunun kusurunun hafifliği, ortak kusur, zarar görenin zarara razı olması, ekonomik sıkıntı içerisinde olma gibi sebeplerdir.

³⁴⁴ Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağıyla ilgili önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Yine, hizmet sözleşmelerinde borçlunun alacaklıya karşı herhangi bir borçtan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Bir diğer sınırlama da uzmanlık gerektiren konularla ilgilidir. Uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar, ancak kanun tarafından verilen izinle icra edilebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür (TBK.m.115).

³⁴⁵ **Eren**, Genel, s. 1096.

sinde, arabulucunun ücretinin ödenmemesi durumunda, bu ücret TBK.m.147/I-5'e göre beş yıllık zamanaşımına tâbi iken, arabuluculuk sözleşmesinin ihlâlinden doğan diğer zararların tazmini, TBK.m.146'ya göre on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

2. Arabulucunun Açısından

a) Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu

Arabulucu, arabuluculuk sözleşmesinden doğan borçlarını ifa ederken, yukarıda bahsedildiği gibi, temerrüt, kusurlu imkânsızlık veya gereği gibi ifa etmeme durumları söz konusu olduğunda, uyuşmazlığın taraflarının uğradığı zararları gidermek zorundadır. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarının uğradığı zarardan sorumlu olması için, kusurlu bir hareketiyle borca aykırı bir davranışta bulunup uyuşmazlığın taraflarını zarara uğratmış olması gerekir. Bu hâlde, uyuşmazlığın tarafları, zararlarının giderilmesi için arabulucudan tazminat talep edebileceklerdir.

Arabulucunun, arabuluculuk sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirirken, kusurlu bir hareketiyle tarafları zararı uğratması hâlinde, haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olabilir. Özellikle, arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranarak uyuşmazlığın taraflarını zarara uğratması hâlinde, sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu hükümleri yarışır³⁴⁶. Dolayısıyla, zarara uğrayan taraf, ister sözleşme hükümlerine ister haksız fiil hükümlerine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilecektir. Zarar gören, talepte bulunurken hangi hükümlere dayanacağını belirtmemişse ve kanunda da aksine düzenleme yoksa, hâkim, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan hükümlere dayanarak karar verir (TBK.m.60)³⁴⁷.

Arabulucuların, hukukî sorumlulukları gereği, sebep oldukları zararlardan doğan tazminat taleplerini karşılamak için malî mesuliyet (meslekî sorumluluk) sigortası yaptırma zorunlulukları yoktur³⁴⁸. Ancak, profesyonel şekilde yürütülen ve özen gerektiren bir faaliyet olan arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirebilmek için, sicile kayıtlı olmanın yanı sıra, malî mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğunun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenecek bir madde ile getirilmesi önerilebilir.

³⁴⁶ Dür, s. 453.

³⁴⁷ Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluğun aynı olayda gerçekleştiği hâllerde, hem kusurun ispatı hem de zamanaşımı süresi gibi hususlarda daha lehe olan sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanmak isabetli olur.

³⁴⁸ Avusturya'da, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle oluşan zararların tazmini için malî mesuliyet sigortası yaptırmak ve bunu arabuluculuk siciline kayıtlı olunan süre boyunca sürdürmek zorunluluğu bulunmaktadır. Bkz., Özbek, C. 2, s. 1236.

b) Arabulucunun İdarî Sorumluluğu

Arabulucunun idarî sorumluluğu, ilke olarak Kanun'da düzenlenen tarafsız olma, görevini özenle ve şahsen yerine getirme gibi yükümlülüklerin ihlali hâlinde söz konusu olur. Dolayısıyla, tarafsızlık, görevini özenle ve şahsen yerine getirme gibi yükümlülükler, arabuluculuk sözleşmesinde ayrıca düzenlenmese bile, arabulucu açısından Kanun'dan doğan yükümlülüklerdir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın genel gözetimi ve denetimi altında gerçekleştirir³⁴⁹. Böylece, arabulucunun, idarî sorumluluğunun söz konusu olduğu ifade edilmelidir.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini, arabuluculuk sözleşmesine ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Yönetmeliği ve Etik Kurallar'da belirtilen düzenlemelere göre gerçekleştirmelidir. Aksi takdirde, arabulucunun sözleşmesel, yani hukukî sorumluluğunun yanı sıra, idarî sorumluluğu da söz konusu olabilecektir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirirken Kanun'da belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen arabulucuyu yazılı olarak uyarır. Yapılan bu yazılı uyarı dikkate alınmazsa, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabulucunun savunması aldıktan sonra, gerekirse arabulucunun adının sicilden silinmesini Arabuluculuk Kurulu'ndan talep eder (HUAK.m.21/II)³⁵⁰.

c) Arabulucunun Cezaî Sorumluluğu

Arabulucunun hukukî ve idarî sorumluluklarının yanı sıra, cezaî sorumluluğu da bulunmaktadır. Hatta, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ayrı bir madde şeklinde arabulucunun cezaî sorumluluğu düzenlenmiştir (HUAK.m.33). Buna göre, HUAK.m.4'teki gizliliğe aykırı şekilde, bir kişinin hukuken korunan menfaatlerinin zarar görmesine neden olan kişi, şikâyet üzerine altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (HUAK.m.33). Esasen, bu düzenleme, sadece arabulucular açısından değil, arabuluculuk faaliyetine bir şekilde dâhil olmuş tüm kişiler açısından geçerlidir. Kural olarak, arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ve görüşmelere katılan diğer kişiler, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer şekilde elde edilen bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler. Aksi takdirde, bu yükümlülüğe aykırı şekilde herhangi bir kişi zarara uğratılırsa, hukuken korunan menfaati ihlâl eden kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilecektir. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır (HUAK.m.33/II).

³⁴⁹ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 61.

³⁵⁰ Şüphesiz, idarî bir işlem olan yazılı uyarı ve çıkarma işlemlerine karşı idarî yargı yolu açıktır.

HUAK.m.33'deki hükümden en çok etkilenecek olan, faaliyeti yürütecek kişi olarak arabulucudur. Zira, arabulucu, faaliyet nedeniyle uyuşmazlığın taraflarının gizli kalması gereken bazı bilgilerini öğrenmektedir. Uyuşmazlığın tarafları, gerek karşılıklı müzakerelerde gerekse arabulucu ile yaptıkları özel oturumlarda bazı sırlar paylaşmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının sırlarını öğrenen arabulucu, hem arabuluculuk faaliyeti boyunca hem de arabuluculuk faaliyetinden sonra bu sırları saklamakla yükümlüdür. O halde, HUAK.m.4'teki yükümlülüğüne aykırı davranan arabulucu, tarafların şikâyeti üzerine, hapis cezası ile cezalandırılabilir.

§ 15. ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I- İFA

A) TARAFLARIN ANLAŞMAYA VARMA HÂLİ

Arabuluculuk yöntemi kullanılarak çözülmesi amaçlanan herhangi bir uyuşmazlığın, tarafların anlaşmasıyla olumlu bir çözüme ulaşması en başta ve en çok istenen sona erme hâlidir. Uyuşmazlığın tarafları, ilgili uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşmışlarsa, arabulucunun faaliyet sonucunda hazırlaması gereken tutanak çözüm anlaşması yerine de geçebilir³⁵¹. Zira, arabulucu HUAK.m.17/II'ye göre, arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığıyla ilgili bir tutanak hazırlamak zorundadır. Bu tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında başka nelerin yazılması gerektiğine uyuşmazlığın tarafları karar verir (HUAK.m.17/III). Bu fıkra dayanarak, uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki anlaşmanın ayrıntılarını arabulucunun tutacağı tutanağa yazdırabilirler. Ancak, uyuşmazlığın tarafları arasındaki çözüm anlaşmasının yazılı şekilde yapılma zorunluluğu yoktur (HUAK.m.18/I). Dolayısıyla, ancak uyuşmazlığın tarafları isterlerse aralarındaki anlaşma yazılı hâle getirilecektir. Böylece, anlaşma şartları ile ilgili daha sonra ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıklar önlenmiş olacaktır³⁵².

Arabulucunun faaliyet sonunda tuttuğu tutanak haricinde bir anlaşma belgesi düzenlendiğinde, bu belgenin, uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir (HUAK.m.18/I).

Çözüm anlaşması, borçlar hukuku bağlamında bir sözleşme olduğundan sözleşmelerle ilgili genel hükümlere tâbi olacaktır³⁵³. Özellikle, TBK.m.27'de sayılan kesin hükümsüzlük hâlleri, TBK.m.28'deki aşırı yararlanma hâli, TBK.m.30-39 ara-

³⁵¹ Kekeç, s. 197.

³⁵² Kekeç, s. 197; Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 94; Dür, s. 363.

³⁵³ Dür, s. 364.

sındaki irade bozukluğuna sebep olan yanıltma, aldatma ve korkutma gibi hâllere ilişkin hükümler çözüm anlaşmasına da uygulanabilecektir.

Çözüm anlaşması için düzenlenecek belgede³⁵⁴, uyuşmazlığın taraflarının hak ve yükümlülüklerinin ayrı ve açıkça belirtilmesine dikkat edilmeli, kullanılan ifadelerin daha sonra başka uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde, anlaşılır olmasına özen gösterilmelidir. Bu sebeple, genel ifadelerden kaçınmaya çalışılmalı, uyuşmazlığın özeline ilişkin ifadelere yer verilerek tarafların iradeleri tam ve doğru bir şekilde yansıtılmalıdır³⁵⁵.

Çözüm anlaşmasının hukukî niteliğiyle ilgili olarak, tarafların karşılıklı fedakârlıklarda bulunması durumunda, maddî hukuk anlamında bir sulh sözleşmesi (mahkeme dışı sulh) olduğu söylenmelidir³⁵⁶. Mahkeme dışı sulh şeklinde nitelendirilen çözüm anlaşmasının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir³⁵⁷. Somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, varılan anlaşmanın niteliğinin ibra sözleşmesi olduğu da düşünülebilir. Özellikle, çözüm anlaşmasında, sadece alacaklı olan taraf alacağından vazgeçer ve diğer taraf da bunu kabul ederse, burada bir ibra sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkündür³⁵⁸. Böylece, çözüm anlaşmasının hukukî niteliği, anlaşmanın içeriğine göre mahkeme dışı sulh sözleşmesi veya ibra sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Çözüm anlaşması sonunda uyuşmazlığın tarafları bu belgenin icra edilebilirliği ile ilgili bir şerh verilmesini mahkemeden talep edebilirler. İcra edilebilirlik şerhi içeren bir çözüm anlaşması, ilâm niteliğinde belge sayılarak icra hukuku bağlamında ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tâbi olur. İcra edilebilirlik şerhini verecek olan

³⁵⁴ Çözüm anlaşmasının somutlaştırıldığı belge, Kanun'daki ifadesiyle "anlaşma belgesi"dir. Dolayısıyla, Kanun'da anlaşma belgesi ifadelerinin geçtiği yerlerde, uyuşmazlığın taraflarının yaptıkları çözüm anlaşmasını anlamak gerekir.

³⁵⁵ **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 95; **Kekeç**, s. 199; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 183; **Özmumcu**, s. 382.

³⁵⁶ **Özbay**, Uzlaştırma, s. 395; **Kekeç**, s. 24; **Kıyak**, s. 529; **Kurt**, Ekrem, "Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk", Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu**, Tahir/ **Bulutekin**, M. Burak), s. 147-154, Ankara 2018, s. 152; **Karauz**, s. 10. Alman hukuk öğretisinde de arabuluculuk sonucundaki çözüm anlaşmasının hukukî niteliğiyle ilgili olarak bir sulh sözleşmesi olduğu ya da kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Bkz., **Dür**, s. 365.

³⁵⁷ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 191.

³⁵⁸ Sulh sözleşmesi ile ibra sözleşmesi arasındaki fark; sulh sözleşmesinde, taraflar karşılıklı ödünler vererek uyuşmazlığı sona erdirirken, ibra sözleşmesinde, alacaklı taraf, alacağından feragat etmektedir. Ayrıca, iki sözleşme arasındaki bir diğer fark da sulh sözleşmesinde sadece uyuşmazlığın giderilmesi değil, belirsizliğin giderilmesi de mümkündür. Ancak, ibra sözleşmesinde, sadece mevcut olan bir alaktan vazgeçilmesi söz konusudur. Bkz., **Ulusay**, s. 154; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 987; **Eren**, Özel, s. 38 vd.; **Eren**, Genel, s. 1300 vd.; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 54; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 13; **Aksu**, p. 99. Ayrıca, öğretide, sulh sözleşmesi ile ibra sözleşmesinin bazı hâllerde iç içe geçtiği de ifade edilmektedir. Bkz., **Eren**, Genel, s. 1302; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 54.

mahkeme, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa arabulucunun görev yaptığı sulh hukuk mahkemesi; davanın görüldüğü esnada arabuluculuk yöntemine başvurulmuşsa bu hâlde davanın görüldüğü mahkemedir (HUAK.m.18/II). İcra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkemenin icra mahkemesi yerine sulh hukuk mahkemesi olması ve yetki bakımından da talepte bulunan kişi veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yerine arabulucunun görev yaptığı yer mahkemesinin yetkili olması öğretide eleştirilmiştir³⁵⁹.

7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber, arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği ile ilgili mahkemeden şerh verilmesi dışında bir imkân daha getirilmiştir. HUAK.m.18/IV'e göre, uyuşmazlığın tarafları ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı çözüm anlaşmaları, icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği ile ilgili kolaylaştırıcı bir hüküm olarak getirilen bu düzenleme, esasen Avukatlık Kanunu m.35/A'daki uzlaşma sağlama hükmüne benzer³⁶⁰. Avukatlık Kanunu m.35/A'daki hükme göre, taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa ve uzlaşma belgesi taraflar ve avukatlarınca imzalanırsa bu belge ilâm niteliğindedir. İlâm niteliğinde bir belge, avukatlar denetiminde hazırlanıp avukatlar ve tarafların imzalarıyla icra edilebilir bir belge vasfını kazanırken, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki düzenleme avukatlar ve tarafların haricinde arabulucunun da imza atması gerekliliğini getirmektedir.

Çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesini istemek, uyuşmazlığın tarafları açısından tamamen ihtiyarî bir durumdur. Zira, uyuşmazlığın tarafları gönüllü olarak iradeleriyle hazırladıkları bu anlaşmaya sadık kalarak mahkeme veya icra kanalına müracaat etmeden anlaşmanın şartlarını yerine getirebilirler.

HUAK.m.18/V'te, arabuluculuk faaliyeti sonucunda, anlaşmaya varılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmektedir. Öğretide, madde met-

³⁵⁹ **Özbek**, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2017, s. 69-84, s. 80. Aksi yönde bkz., **Özmumcu**, s. 377; **Yıldırım**, Arabuluculuk, s. 760.

³⁶⁰ Ancak, arabuluculuktaki çözüm ile AvK.m.35/A'daki uzlaşma arasında bazı farklar bulunmaktadır. AvK.m.35/A'ya göre uzlaşma, dava açılmadan önce veya dava açılmışsa en geç duruşma başlayana kadar mümkündür. Arabuluculukta ise, dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra duruşmalar başlamış da olsa her zaman çözüm anlaşması yapmak mümkündür. Çözüm anlaşması ile AvK.m.35/A'daki uzlaşma belgesinin farklarından bir diğeri de uzlaşma belgesinde, tarafları ve avukatlarının imzaları bulunmaktayken, arabuluculukta yapılan çözüm anlaşmasında, taraflar, avukatları ve arabulucunun imzalarının olması gerekmektedir. Buna karşın, öğretide, bu iki belgenin de aynı olduğunu ifade eden görüşler ileri sürülmektedir. Bkz., **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 98; **Kekeç**, s. 205; **Özbek**, İcra Edilebilirlik, s. 75. Bununla birlikte, bir görüşe göre, arabuluculuktaki çözüm anlaşmasına, arabulucunun da imza atması gerekliliğinin, arabuluculuk yöntemi açısından faydalı bir fazlalık olduğu da ifade edilmektedir. Bkz., **Ekmekçi/ Özekes/ Atalı**, s. 98.

ninde geçen “dava açılmaz” ibaresinin hukukta karşılığı olmadığı, aynı zamanda, kimsenin dava açma hakkına engel olunamayacağı ifade edilerek söz konusu hüküm eleştirilmiştir³⁶¹. Yine, öğretide, bu hükme rağmen bir dava açılması hâlinde ne olacağına da belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Taraflarca üzerinde anlaşılan bir hususta dava açılması hâlinde, mahkemenin davayı usulden mi yoksa esastan mı reddeceği belli değildir. Kanun’daki bu düzenlemenin bir ilk itiraz veya dava şartı olmadığı göz önüne alınarak mahkemenin davayı usulden reddedemeyeceği ifade edilmelidir³⁶². Uyuşmazlığın taraflarının yaptığı çözüm anlaşması, usulsüz bir arabuluculuk faaliyeti dayanıyorsa veya tarafların iradeleri sakatlığa uğramışsa, taraflarca dava açılması gerekecektir³⁶³. Bu sebeple, tarafların çözüm anlaşması yapmaları hâlinde, dava açılmasına bir engel yoksa da irade yokluğu, irade bozukluğu, ehliyetsizlik gibi hâller bulunmuyor ve geçerli bir mahkeme dışı sulh varsa, davanın mahkemece esastan reddi gerekir³⁶⁴.

B) TARAFLARIN ANLAŞMAYA VARAMAMASI HÂLİ

Arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varamaması da muhtemel sonuçlardan biridir. Arabuluculuğun olumsuz sona erme hâlleri Kanun’da; arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına danıştıktan sonra arabuluculuk sürecini devam ettirmenin gereksiz olduğunu tespit etmesi, uyuşmazlığın taraflarından birinin süreçten çekilmesi veya uyuşmazlığın taraflarınca birlikte alınan faaliyetten çekilme kararı ya da uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi olarak düzenlenmiştir (HUAK.m.17). Bu durumlardan biri gerçekleştiğinde arabuluculuk faaliyeti çözüm anlaşmasına varılamadan, yani olumsuz şekilde sonuçlanmış olacaktır.

³⁶¹ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 99.

³⁶² Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 100.

³⁶³ Çözüm anlaşmaları, ilâm olmayıp ilâm niteliğinde belge sayıldığından, irade bozukluğu hâlinde iptalinin istenmesi mümkündür. Bkz., Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, s. 822-823.

³⁶⁴ Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 100. HUAK.m.18/V hükmünün, bu hâliyle, bir temenni hükmü olarak bile kabul edilemeyecek, hukuken anlamlandırılmayacak bir hüküm olduğu ifade edilmektedir. Bkz., Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 100. Ayrıca, bir Yargıtay kararında da, usulüne uygun yürütülmemiş bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda dava açılması hâlinde, söz konusu davanın usulden reddedilmesinin hatalı olduğu ifade edilmektedir. İlgili karar için bkz., Y. 9. HD., 11.6.2019, E. 2019/ 3694 K. 2019/ 13040 (Lexpera İçtihat Programı, Et: 10.10.2020). Bir ilk derece mahkemesi kararında ise, arabuluculuk faaliyeti sonucundaki çözüm anlaşmasında, işe iade davasından açıkça feragat eden işçinin, daha sonra aynı nedene dayanarak dava açamayacağı ifade edilmektedir. Ek olarak, irade sakatlığı hâllerinin bulunması nedeniyle çözüm anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmenin, söz konusu davada mümkün olmadığı, bu talebin genel mahkemelerde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz., Ankara 24. İş Mahkemesi, 30.04.2019, E. 2019/122 K. 2019/248. Söz konusu kararı istinafta onayan Bölge Adliye Mahkemesi Kararı için bkz., Ankara BAM. 5. HD., 24.10.2019, E. 2019/2895 K. 2019/2493.

Uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varamadığı hâllerde de, arabuluculuk faaliyetine başlanmış olacağından arabuluculuk sözleşmesinin aslî edimlerinden biri olan arabuluculuk hizmetinin sunulmuş olması gerekmektedir. Arabulucu, edimini ifa etmek amacıyla, seçildikten sonra uyuşmazlığın taraflarını en kısa sürede toplantıya davet eder (HUAk.m.15). Arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın taraflarının ilk toplantıya davet edilmeleri ve bu toplantıda sürece devam edilmesi hususunda anlaşma sağlanıp durumun tutanakla tespit edilmesi ile başlamış olur. Bu aşamadan sonra arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığına bakılmaksızın arabulucu görevini yerine getirdiği sürece arabuluculuk sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olacaktır.

Arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanması hâlinde de, söz konusu durumun arabulucu tarafından tutanak düzenlenerek belgelendirilmesi gerekir. Zira arabulucunun bu borcu, Kanun'dan doğan bir yan yükümlülüktür.

II- ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNİN ARABULUCU VEYA TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ YA DA İFLÂSİ SEBEBİYLE SONA ERMESİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk faaliyetinin sona erme hâlleri 17. maddede beş bentte sayılmaktadır. Burada, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirecek kişi olan arabulucunun veya sözleşmenin diğer tarafı olan uyuşmazlığın taraflarının ölümü, ehliyetsizliği ya da iflâsı sona erme sebebi olarak düzenlenmemiştir. HUAkY.m.20/V'te ise, arabulucunun bazı hukukî veya fiilî sebeplerden dolayı görevini ifa edemeyecek duruma gelmesi hâlinde, uyuşmazlığın taraflarının yeni bir arabulucu üzerinde anlaşarak faaliyete devam edebilecekleri düzenlenmektedir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti kesintiye uğramadan devam edebilecek olup, görevini yerine getiremeyen arabulucu ile yapılmış olan arabuluculuk sözleşmesi sona erecektir. Arabulucunun görevini yerine getiremeyecek durumda olduğu hâller ise, TBK.m.502/II atfı gereğince, temelde vekâlet sözleşmesi benzeri diğer isimli bir işgörme sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesine, özel borç ilişkileri kısmındaki vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanarak TBK.m.513'e başvurulur.

TBK.m.513'e göre, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflâsı hâlinde, sözleşme veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça vekâlet sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Madde metninden anlaşıldığı üzere ölüm, vekâlet sözleşmesini geleceğe etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeptir³⁶⁵. Ölüm sebebiyle

³⁶⁵ Akıncı, Vekâlet, s. 69; Eren, Özel, s. 744; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 438; Aral/ Ayrancı, s. 463; Zevkliler/ Gökyayla, s. 636; Gümüş, s. 471; Kılıçoğlu, Özel, s. 553 vd.

vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin nedeni, bu sözleşmedeki güven unsurunun oldukça önemli olması ve sözleşme taraflarının kişiliklerinin özel bir önem arz etmesidir³⁶⁶. Arabuluculuk sözleşmesi de, güven unsurunun fazlaca ağır bastığı sözleşmelerden birisidir. Zira, uyuşmazlığın tarafları, süreç boyunca kendileriyle ilgili bazı sırları açıklayacak, belli bilgi ve belgeleri arabulucuya vereceklerdir. Arabuluculuk yönteminin en önemli özelliklerinden biri olan gizlilik ilkesi kapsamında, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarınca güvenilen birisi olması gerekir.

Arabulucu, arabuluculuk hizmeti sunma, arabuluculuk faaliyetini yürütme edimini bizzat yerine getirmelidir. Arabuluculuk görevi, bir başkasına devredilerek ifa edilebilecek bir görev değildir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edim olan arabuluculuk hizmeti sunma edimi, arabulucu açısından mutlaka şahsen yerine getirilmesi gereken ve vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi şahsen ifa borcunun istisnası olan bir edim değildir. Dolayısıyla, arabulucunun faaliyet başladıktan sonra ölmesi hâlinde, onun yerine bu borcu kimse ifa edemeyeceğinden sözleşme, TBK.m.513 gereğince kendiliğinden sona erecektir. Esasen, aynı sonuca TBK.m.136 ile varmak da mümkündür. TBK.m.136'ya göre, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple borcun ifası imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Genel hükümlerde düzenlenen bu hüküm, kusursuz sonraki imkânsızlık hâli olarak ifade edilmektedir. TBK.m.513 hükmü olmasa yahut arabuluculuk sözleşmesine uygulanamasa bile, TBK.m.136 da arabulucunun ölümü hâlinde borcun sona ermesi şeklinde gerçekleşen aynı sonucu doğurmuş olacaktı.

Uyuşmazlığın taraflarından birinin arabuluculuk faaliyeti devam ederken ölmesi hâlinde ise, vekâlet verenin ölümü hâlinde gerçekleşen sonuç olan sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucuyla karşılaşılacaktır. Ancak bu hâlde de, işin niteliği gereği yahut sözleşmede kararlaştırılmış olması kaydıyla, arabulucunun görevine devam etmesi, uyuşmazlığın taraflarının mirasçılarıyla söz konusu olabilir. Vekâlet sözleşmesinde uygulanan bu istisnaî durumun, arabuluculuk sözleşmesinde her zaman uygulanması mümkün olmayabilir. Zira, uyuşmazlığın tarafları da arabuluculuk sözleşmesinin birer tarafı olduklarından ve bu sözleşmede tarafların kişilikleri önem arz ettiğinden, taraflardan birinin yokluğu hâlinde sözleşmenin ayakta kalması mümkün değildir. Fakat, uyuşmazlığın konusu kişiliğe bağlı olmayan, malvarlığı ile ilgili bir husus ise uyuşmazlığın taraflarından birinin ölümü hâlinde de mirasçıların ilgili uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla, diğer tarafın da rızasıyla arabuluculuk faaliyetine devam etmesi mümkündür. Mirasçılar, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine devam etmek istiyorlarsa, oybirliği ile karar almalıdırlar. Zira, mirasçılar

³⁶⁶ Tandoğan, C. 2, s. 646; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 675; Gümüş, C. 2, s. 201; Akıncı, Vekâlet, s. 70; Yalçınduran, s. 99-100; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 191; Seçer, Öz, Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İNÜHFD., C. 6, S. 4, 2015, s. 877-944, s. 879.

arasında elbirliği mülkiyeti söz konusudur. Mirasçıların mirası reddetmeleri hâlinde ise arabuluculuk sözleşmesi sona erecektir. Zira, sözleşmenin taraflarından biri bulunmadığından faaliyetin icrası da mümkün olmaz.

TBK.m.202'ye göre, bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması hâlinde, devreden, bu malvarlığıyla ilgili uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmekteyse, devir nedeniyle arabuluculuk yöntemine devam edilip edilememesi sorunu ortaya çıkar. Bu sorunun çözümünde, TBK.m.202'nin devreden ile devralanı iki yıl boyunca müteselsil sorumlu kabul etmesinden hareket edilmelidir. Muaccel borçlar için iki yıllık süre, devrin bildirme veya duyuru tarihinden itibaren başlayacağından, bu iki yıllık süre boyunca devredenle devralan müteselsil sorumlu olacak ve devreden tarafından yürütülen arabuluculuk müzakerelerine devralanla birlikte devam edilecektir. Arabuluculuk yöntemini sonlandırma kararını da devreden ile devralanın birlikte vermesi gerekir.

Arabuluculuk sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği bir diğer hâl de taraflardan birinin ehliyetsizliğidir. Ehliyetsizlik sebebiyle vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin maddî fiillere ilişkin vekâletten çok hukukî işlemlere ilişkin vekâlete yönelik olduğu ileri sürülmektedir³⁶⁷. Zira, doktorun hastayı tedavi etmesi sürecinde hastanın fiil ehliyetini kaybetmesiyle birlikte tedavisinin yarım bırakılması düşünülemez. Maddî fiillerde vekâlet veren ehliyetini kaybetmesine rağmen vekil işgörmeye devam edebilecektir. Ancak, vekilin işgörmeye devam edebilmesi vekâlet verenin kanunî temsilcisinin onayına bağlıdır³⁶⁸. Elbette, vekilin maddî fiil ile ilgili vekil olduğu hâllerde ehliyetini kaybetmesi durumunda, sözleşme sona erecektir.

TBK.m.513'ün arabuluculuk sözleşmesine kıyasen uygulanması sonucunda, arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarından birinin sonradan tam ehliyetsiz hâline gelmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Bunun istisnası, sözleşmede aksinin kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesidir. İşin niteliği gerektiriyorsa, yasal temsilci faaliyetin arabulucu ile devamına karar verebilir. Bu durumda, uyuşmazlığın diğer tarafı ve arabulucunun da faaliyete devam etmeyi kabul etmeleri gerekir. Uyuşmazlığın taraflarının sınırlı ehliyetsiz konumuna gelmeleri hâlinde, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının yasal temsilcilerinin rızasıyla faaliyete devam edebilir. Ancak, kısıtlanan uyuşmazlık tarafının vasisi, arabuluculuk sözleşmesinin devamı için TMK.m.462/I-8'e göre, vesayet makamından izin almalıdır.

³⁶⁷ Tandoğan, C. 2, s. 667; Akıncı, s. 78. Ancak, işin niteliği gerektiriyorsa, özellikle, ticarî iş, bankacılık faaliyeti gibi hukukî işlem vekâletleri bakımından da vekâlet sözleşmesinin devam etmesinin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz., Gümüş, s. 472; Kılıçoğlu, s. 331; Eren, Genel, s. 470.

³⁶⁸ Tandoğan, C. 2, s. 666.

Uyuşmazlığın tarafları sınırlı ehliyetli konumundalarsa, uyuşmazlığın konusu TMK.m.429'daki izne tâbi işlemlere giriyorsa yasal danışmanın onayı gerekir.

Arabulucu, sınırlı ehliyetsiz bir kimse hâline gelirse, HUAK.m.20/II'deki sicile kayıt şartlarını taşıyamayacağından arabuluculuk faaliyetini gerçekleştiremez. Zira, başlangıçta gerekli şartları sağlayan bir arabulucunun, Kanun'un aradığı şartları daha sonra kaybetmesi hâlinde Daire Başkanlığı'nca sicilden kaydı silinecektir (HUAK.m.21). Dolayısıyla, arabulucu açısından bakıldığında, arabulucunun tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olması arasında bir fark olmamakta, her iki durumda da arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirememektedir.

Arabuluculuk sözleşmesini TBK.m.513'ün kıyasen uygulanması kapsamında sona erdiren son hâl, arabulucu veya uyuşmazlığın taraflarından birinin iflâs etmesidir³⁶⁹. İflâs hâlinde, arabuluculuk sözleşmesinin sona ermesinin nedeni, iflâs eden kişinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır³⁷⁰. Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk faaliyeti esnasında iflâs ederlerse, arabuluculuk sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa veya işin niteliğinden açıkça anlaşılmıyorsa sözleşme kendiliğinden sona erer. Arabulucunun iflâs etmesi hâlinde de faaliyet kendiliğinden sona erecektir.

Arabuluculuk süreci devam ederken, uyuşmazlığın taraflarından birinin konkordato ilân etmesi hâlinde, arabuluculuk sözleşmesi ve sürecinin ne olacağı sorunu ortaya çıkar. Konkordato, iflâsa göre hafifletilmiş bir kolektif icra kurumu olarak kabul edildiğinden, borçlunun tasarruf yetkisi kural olarak devam eder³⁷¹. Konkordato geçici süre içinde görevlendirilen geçici komiser, İİK.m.290/II gereğince, borçlunun hukukî işlemlerini denetler. Bu süreçte, konkordato komiseri, arabuluculuk sözleşmesinin ve faaliyetinin devamında sakınca görmüyorsa, faaliyete devam edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Borçlunun konkordato talebini inceleyen mahkeme, İİK.m.289/III'e göre borçluya kesin mühlet verdiğinde, İİK.m.297/I'e gereğince, borçlu, komiserin denetimi altında işlem yapabilecektir. Kesin mühlet içinde, borçlu, arabuluculuk sözleşmesine dayanarak arabuluculuk faaliyetinin devam etmesini istiyorsa, konkordato komiserinden bu konuda izin almalıdır. Zira, İİK.m.296'da, işletmenin faaliyeti için önem arz eden sözleşmeler, borçlunun konkordatoya başvurması gerekçesiyle sona erdirilemez. Arabuluculuk sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın konusu, konkordatoya başvuran tarafın işletmesi için önemliyse, sözleşme bu sebebe

³⁶⁹ Âdi iflas, Arabulucular Sicili'ne kaydolmaya engel değilse de HUAK.m.20/II-ç bendi gereğince, hileli iflâs nedeniyle mahkûm olmuş kişi, arabuluculuk yapamayacaktır.

³⁷⁰ İflâs durumunda mevcut olan sözleşmelerin akıbeti ve iflâs idaresinin yetkisi ilgili olarak bkz., **Muşul** s. 240 vd.; **Altay/ Eskiocak**, s. 14; **Öztek/ Budak/ Tunç Yücel/ Kale/ Yeşilova**, s. 389 vd.

³⁷¹ **Uyar**, s. 8; **Öztek/ Budak/ Tunç Yücel/ Kale/ Yeşilova**, s. 409; **Altay/ Eskiocak**, s. 10; **Muşul**, s. 375.

dayanarak sona erdirilemeyecektir³⁷². Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlığın çözümü için yapılacak çözüm anlaşmasında, borçlu, İİK.m.297/II'de belirtilen yasak işlemleri yapamayacaktır. Dolayısıyla, borçlu, mahkemenin izni olmaksızın mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dâhi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Borçlu, bu sınırlara uygun şekilde, komiserin de onayıyla, uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyeti ile çözebilecektir. Konkordato komiseri, arabuluculuk faaliyetinin devamını engellemek amacıyla sebepsiz yere borçluya izin vermekten kaçınırsa, İİK.m.287/V atfı gereğince İİK.m.16 kapsamında konkordato komiseri, asliye ticaret mahkemesine şikâyet edilebilir.

Konkordato komiserinin arabulucuya başvurulması için borçluya izin verdiği durumlarda, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmadan doğan borçlardan, bu anlaşmaya onay vermiş olmak kaydıyla konkordato komiseri de sorumlu olacaktır. Zira, konkordato süresince, borçlunun yaptığı işlemleri denetlemekle yükümlü olan konkordato komiserinin, borçlunun arabulucuya başvurmasına izin vermiş olması ve arabuluculuk sonunda varılan anlaşmayı uygun bulması durumunda, bu süreç sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaması düşünülemez. Konkordato komiseri, uyuşmazlığın taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözmelerinin, konkordatoya başvuran borçlunun malî durumunu iyileştirmesi açısından faydalı olacağını düşünmekte ise arabulucuya başvurma için borçluya izin verilebilir³⁷³. Bu öngörüsü arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma ile somutlaşmışsa, artık komiser bu anlaşmayı da uygun bulmalıdır. Bu, onun için bir hak olduğu kadar görevdir.

III- BOZUCU KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİ VEYA SÜRENİN DOLMASI

Hukukta *koşul* kavramı, hukukî işlemin hükümlerinin sonuç doğurup doğurmaması ya da bu hükümlerin sonuçlarının ortadan kalkmasının bağlı olduğu gelecek-

³⁷² **Öztek/ Budak/ Tunç Yücel/ Kale/ Yeşilova**, s. 393; **Muşul**, s. 480; **Altay/ Eskiocak**, s. 374. Borçlunun işletmesi için önemli olan sözleşmeler, genellikle işletmenin faaliyete devamı için gerekli olan hammadde, makine, teçhizat temini ile ilgili sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yapılan arabuluculuk sözleşmesi de asıl sözleşmeye bağlı olarak işletmenin faaliyeti için önemli bir sözleşme olarak kabul edilebilir.

³⁷³ Zira, konkordato komiseri, konkordatoya başvuran borçlunun işlemlerini denetlerken, borçlunun malvarlığı ve işletmesi açısından faydalı olup olmayacağını gözetmelidir. Bkz., **Öztek/ Budak/ Tunç Yücel/ Kale/ Yeşilova**, s. 409. Konkordato komiserinin borçluya, arabulucuya başvurması için sebepsiz yere izin vermemesi durumunda, İİK.m.287/V atfı gereğince İİK.m.16 kapsamında konkordato komiseri, asliye ticaret mahkemesine şikâyet edilebilir.

teki belirsiz olaydır³⁷⁴. Sonuç doğurması veya ortadan kalkması gelecekteki şüpheli olaya bağlanan borca da koşula bağlı borç adı verilir³⁷⁵. Sözleşme taraflarının iradelerini genişleten bir kurum olan koşul, gelecekteki belirsiz bir olay (gerçekleşmesi şüpheli) şeklinde olmalıdır³⁷⁶. Koşulun bağlanacak olduğu gerçekleşmesi şüpheli olay, maddî bir olay olabileceği gibi (bir hastanın iyileşmesi, sınıfın geçilmesi, hava durumu vs.), hukukî olaylar şeklinde de (mülkiyetin devri gibi) olabilir³⁷⁷.

Koşul, geciktirici ve bozucu koşul olarak ikiye ayrılır. Sözleşmeyi sona erdirecek olan koşul, bozucu koşuldur. Bozucu koşul, hüküm ve sonuçlarını doğuran geçerli bir hukukî işlemin, sonuçlarının ortadan kalkmasının gelecekteki belirsiz olaya bağlanmasıdır³⁷⁸. TBK.m.173'te de, “sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme”nin bozucu koşula bağlanmış sayılacağını düzenlemiştir. Bozucu koşul, geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olan sözleşmeleri etkileyen bir koşuldur. Geçerli olan ve bozucu koşula bağlanan sözleşmeler, bu bozucu koşul gerçekleşene kadar varlığını sürdürür, bozucu koşul gerçekleştiğinde ise ortadan kalkar (TBK.m.173/II).

Arabuluculuk sözleşmesi de herhangi bir bozucu koşula bağlanabilir. Örneğin, arabuluculuk sözleşmesinde, “arabulucunun seçildikten sonraki yedi gün içerisinde ilk toplantıyı gerçekleştirmemesi hâlinde, sözleşme bozucu koşula bağlı olarak sona erecektir” şeklinde bir bozucu koşul düzenlenebilir. Görüldüğü gibi, arabuluculuk sözleşmesi de, bozucu koşul kararlaştırılması ve bu koşulun gerçekleşmesi hâlinde sona erecek bir sözleşmedir³⁷⁹.

TBK.m.173/III'e göre, sözleşmenin taraflarınca aksine bir düzenleme kararlaştırılmamışsa veya işin niteliği gerektirmiyorsa, bozucu koşul ile sözleşmenin sona ermesi geçmişe etkili olmaz. Bozucu koşul geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Bu durum, özellikle sürekli edimli sözleşmelerde kendini gösterir. Sürekli edimli sözleşmelerin bozucu koşulla sona ermesi halinde, o ana kadar ifa edilen edimler hükümsüz

³⁷⁴ **Tunçomağ**, s. 544; **Kılıçoğlu**, s. 963; **Eren**, Genel, s. 1189; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 284; **Okur**, s. 58.

³⁷⁵ **Eren**, Genel, s. 1189; **İnan/ Yücel**, s. 552.

³⁷⁶ **Eren**, Genel, s. 1189; **Tunçomağ**, s. 545.

³⁷⁷ **Tunçomağ**, s. 547; **Eren**, Genel, s. 1196; **Kılıçoğlu**, s. 970-971.

³⁷⁸ **Eren**, Genel, s. 1199; **Kılıçoğlu**, s. 968; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 286; **Tunçomağ**, s. 548; **İnan/ Yücel**, s. 554; **Okur**, s. 75.

³⁷⁹ Bazı konularda hukuk düzeni koşula bağlı işlem yapmayı yasaklamıştır. Bu hukukî işlemler, genellikle kamu düzenini ilgilendiren işlemlerdir. Örneğin, aile hukukunda evlenme, evlat edinme sözleşmeleri; miras hukukunda mirasın reddi işlemi; eşya hukukunda tapu siciline kayıtlı taşınmaz mallarda sicile yapılan tescil işlemleri koşula bağlı olarak yapılamayan işlemlerdir. Bkz., **Eren**, Genel, s. 1195; **Kılıçoğlu**, s. 970; **Tunçomağ**, s. 552.

hâle gelmez, geçerliliklerini korurlar³⁸⁰. Arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucu, seçildikten sonra faaliyetin başlamasıyla birlikte ücrete hak kazanacak olup, bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşme ortadan kalksa bile, o ana kadar sunulan arabuluculuk hizmetinin karşılığı olan ücretin uyuşmazlığın taraflarınca ödenmesi gerekecektir. Zira, bu husus, arabuluculuk sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır. Hizmet sözleşmesi gibi sürekli edimli sözleşmelerde bozucu koşulun etkisi ileriye etkili şekilde olacak ve sözleşme yapıldığı tarihten itibaren değil koşulun gerçekleştiği andan itibaren sona erecektir³⁸¹.

Sözleşmenin tarafları, sözleşmede öngörülen bozucu koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak engellerler ise, koşul gerçekleştirmiş sayılır. Ayrıca, taraflar, dürüstlük kuralına aykırı olarak koşulun gerçekleşmesini sağlarlarsa, koşul gerçekleştirmiş sayılır (TBK.m.175). Koşulun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesinin engellenmesi, her türlü durumda aksi sonuç doğurmayacak olup, dürüstlük kuralına aykırı şekilde engelleme yapılmış olması, TBK.m.175'in uygulanması için gerekli olan bir husustur³⁸².

IV- TARAFLARIN ANLAŞARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ (BOZMA SÖZLEŞMESİ)

Sözleşmeyi ortadan kaldıran hâllerden biri olan bozma sözleşmesi (ikale), sözleşme taraflarının aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmek amacıyla yaptıkları bir sözleşmedir. Bozma sözleşmesi ile taraflar, alacaklı ve borçlu sıfatlarını sona erdirecek şekilde, daha önce yapmış oldukları sözleşmeden doğan alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçmektedirler³⁸³.

Nitelik olarak bir tasarruf işlemi olan bozma sözleşmesini yapacak olan tarafların tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir³⁸⁴. Bozma sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına da bağlı değildir³⁸⁵. Ortadan kaldırılması amaçlanan sözleşmenin özel bir şekil şartına sahip olması da durumu değiştirmez.

Bozma sözleşmesi, kural olarak geçmişe etkili sonuçlar (ex tunc/ makable şamil) doğurur. Genelde taraflar, bozma sözleşmesi ile ortadan kaldırılan sözleşmenin

³⁸⁰ Eren, Genel, s. 1206; Tunçomağ, s. 568; Kılıçoğlu, s. 979. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz., Yar. 3. HD., 11.04.2002, E. 2002/2275 K. 2002/3795; Yar. 3. HD., 17.10.2000, E. 2000/8689 K. 2000/9920.

³⁸¹ Eren, Genel, s. 1206; Oğuzman/ Öz, C. 2, s. 526-527; Okur, s. 55.

³⁸² Eren, Genel, s. 1207; Kılıçoğlu, s. 975-976; Okur, s. 88-89.

³⁸³ Feyzioğlu, C. 2, s. 413; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 984; Eren, Genel, s. 1288; İnan/ Yücel, s. 654.

³⁸⁴ Eren, Genel, s. 1288.

³⁸⁵ Tunçomağ, s. 646; Eren, Genel, s. 1288.

yapılmasından önceki durumun kurulmasını amaçlarlar³⁸⁶. Ancak, taraflar aralarında anlaşarak bozma sözleşmesinin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını da kararlaştırabilirler. Sürekli edimli sözleşmelerde, borç ifa edilmeye başlandıktan sonra yapılan bir bozma sözleşmesi, etkilerini geleceğe ilişkin olarak doğurmuş olacaktır³⁸⁷. Arabuluculuk sözleşmesi de sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında bir bozma sözleşmesi yapıldığında bu sözleşme geleceğe etkili olarak arabuluculuk sözleşmesini sona erdirecektir. Arabuluculuk sözleşmesinin geleceğe etkili şekilde sona ermesinin bir sonucu olarak, arabulucu, bozma sözleşmesinin yapılması anına kadar faaliyet için harcadığı emeğin karşılığını, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi'ndeki saatlik ücret miktarında alacaktır. Sadece uyuşmazlığın taraflarının bozma sözleşmesi yapması hâlinde, arabulucu bu sözleşmenin dışında kalmış ise bozma sözleşmesi arabuluculuk sözleşmesini sona erdirmez.

Bozma sözleşmesi ile geniş anlamda borç ilişkisi sona ermektedir. Taraflar, dar anlamda borç ilişkisini yani borçlardan birini sona erdirmek istiyorlarsa ibra sözleşmesi yapmaları gerekir³⁸⁸.

V- FESİH

Fesih (*Kündigung*), sürekli edimli bir sözleşmeyi geleceğe etkili olarak (ex nunc) sona erdiren bir sebeptir. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkı, hüküm ve sonuçlarını muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda doğurur³⁸⁹. Yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkı, koşula bağlı tutulamaz ve kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Sözleşmeyi feshetme yetkisi taraflar için ya onların iradesinden, yani sözleşmeden ya da bir kanun hükmünden doğar³⁹⁰.

Fesih, olağan ve olağanüstü fesih olarak ikiye ayrılır. Olağan fesih (sürelî fesih), belirsiz süreli sürekli edimli bir sözleşmeyi, fesih beyanı karşı tarafa ulaştıktan belli bir süre sonra sona erdiren fesih türüdür. Olağanüstü fesih ise, belirli veya belir-

³⁸⁶ Eren, Genel, s. 1289; Akıncı, s. 292.

³⁸⁷ Eren, Genel, s. 1289.

³⁸⁸ Eren, Genel, s. 1300; Tunçomağ, s. 645. İbra sözleşmesi, tarafların, borçluyu borcundan kurtarmak amacıyla, mevcut bir borcu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmak için yaptıkları bir sözleşmedir. Dolayısıyla, ibra sözleşmesi de, borcu sona erdiren sebeplerden birini teşkil eder. Ancak, bu sona erdirmeye, dar anlamda borç ile ilgilidir. Bu durum da, ibra sözleşmesi ile bozma sözleşmesinin farkını ortaya koyar. Bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 985; Eren, Genel, s. 1300; Tunçomağ, s. 653; Uluhan, s. 154, Aksu, p. 99.

³⁸⁹ Eren, Genel, s. 1289; Tunçomağ, s. 646; Antalya, C. 3, s. 533; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 525; Kılıçoğlu, s. 937; Buz, s. 81.

³⁹⁰ Eren, Genel, s. 1289; Tunçomağ, s. 646; Antalya, C. 3, s. 536-537; İnan/ Yücel, s. 655.

siz süreli sürekli edimli sözleşmelerin, haklı bir sebebe dayanılarak karşı tarafa yapılacak bir fesih beyanıyla derhâl sona erdirilmesidir³⁹¹.

Fesih yetkisi kullanılıp sözleşme sona erdirildiğinde, bunun sonuçları daima geleceğe etkili olacaktır. Böylece, feshedilen sözleşme sonucu, fesih anına kadar doğmuş olan alacaklar ve borçlar geçerliliklerini koruyacaktır³⁹². Böylece, sürekli edimli sözleşmelerin niteliğine daha uygun şekilde geleceğe etkili sonuç doğuran bir durum ortaya çıkmış olur. Arabuluculuk sözleşmesi de, sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin fesih ile ortadan kaldırılması mümkündür. Arabuluculuk sözleşmesinin feshi de etkilerini geleceğe yönelik olarak doğurur. Böylece, fesih anına kadar, arabuluculuk sözleşmesinden doğmuş alacaklar geçerliliğini koruyacaktır.

Haklı bir sebeple sözleşmeyi sona erdirmeye, kanuna dayanabileceği gibi, sözleşmeden de kaynaklanabilir. Dürüstlük kuralından (TMK.m.2) yola çıkılarak bu iki kaynak haricinde üçüncü bir haklı fesih dayanağı kabul edilebilir.

Vekâlet sözleşmesi hükümleri, arabuluculuk sözleşmesine, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından, TBK.m.512 hükmüne göre arabuluculuk sözleşmesinin her zaman sona erdirilmesi mümkündür. Hem arabulucu hem de uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sözleşmesine her zaman tek taraflı olarak son verebilirler. Bu sona erdirmenin niteliği, fesihtir. Ancak, vekâlet sözleşmesinde vekil, arabuluculuk sözleşmesinde ise arabulucu açısından feshetme istifa olarak kabul edilebilir. Vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenin, arabuluculuk sözleşmesinde ise uyuşmazlığın taraflarının fesih yetkisi ise geri alma olarak adlandırılabilir³⁹³. Dolayısıyla, geri alma ve istifanın, feshin vekâlet sözleşmesindeki görünüşleri olduğu kabul edilebilir.

Geri alma (Widerruf), haklı bir sebep veya ek süre (önel) verilmesine gerek olmadan tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla geleceğe etkili olarak derhâl hüküm doğurmak üzere kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁹⁴. Geri

³⁹¹ **Antalya**, C. 3, s. 534; **Eren**, Genel, s. 1290; **Buz**, s. 81.

³⁹² **Tunçomağ**, s. 647; **Eren**, Genel, s. 1290; **Antalya**, C. 3, s. 539.

³⁹³ Vekâlet sözleşmesi açısından istifa ve geri alma arasında bir fark yoktur. Bkz., **Akıncı**, s. 54. Öğretideki kimi görüşlere göre, geri alma, fesih ve dönmeyi de kapsayan bir üst kavram iken kimi yazarlara göre fesih, geri alma ve dönmenin bir çeşididir. Bkz., **Akıncı**, Vekâlet, s. 55; **Seçer**, s. 881-882. Bir diğer görüşe göre, vekâlet sözleşmeleri her zaman için sürekli edimli sözleşmeler olduğundan, TBK.m.512’de kastedilen sona erdirmeye, niteliği itibarıyla fesihtir. Bkz., **Gümü**, s. 467. Esasen, sürekli edimli sözleşmelerde söz konusu olan feshin, vekâlet sözleşmesindeki görünüşlerinin istifa ve geri alma olduğu ifade edilebilir.

³⁹⁴ **Tandoğan**, C. 2, s. 620; **Eren**, Genel, s. 1292; **Akıncı**, Vekâlet, s. 54; **Özkaya**, s. 853; **Aral/Ayrancı**, s. 461; **Yalçınduran**, s. 98; **Erdem**, Mehmet, Vekâletten Azil ve İstifa (Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi), Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 949-962,

alma, tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, geleceğe etkili sonuçlar doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır. Vekâlet sözleşmesinde, hem vekile hem vekâlet verene bu şekilde bir serbestlik tanıyan bir hakkın verilmesinin sebebi, vekâlet sözleşmesinin yoğun bir güven ilişkisine dayalı olmasıdır³⁹⁵. Bu yoğun güven ilişkisinde sözleşmenin taraflarından biri şüpheye düşer veya sözleşmenin devamını istemezse, herhangi bir sebep göstermeden ve bir bildirim süresine uymadan tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebilir (geri alma/ istifa hakkı).

Arabuluculuk sözleşmesinde de, hem arabulucunun hem uyuşmazlığın taraflarının sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkündür. Arabulucunun taraflarla arasında bir menfaat ilişkisi veya çatışması mevcut ise arabulucu, bu durum kendi dürüstlüğüne ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verebilecek nitelikteyse, tarafların anlaşması veya rızalarına bakılmaksızın görevden çekilmeli veya arabuluculuğu reddetmelidir (TAEK.m.4/V). Bu hâl, arabulucunun tarafsızlığından şüphe gerektiren durumlar için geçerli olmakla birlikte, arabulucunun her şartta sebep göstermeksizin görevinden çekilmesi açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple, uyuşmazlığın tarafları için tamamen iradî olan arabuluculuk sürecinin arabulucu açısından da serbestçe istifaya açık olması, sürecin sağlıklı işlemesi bakımından uygun olacaktır. Bu imkânın kanunî dayanağı olarak da, TBK.m.502/II atfı gereğince TBK.m.512 dikkate alınarak, vekâlet sözleşmesindeki vekilin her zaman için fesih hakkının, arabuluculuk sözleşmesindeki arabulucu açısından da mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Arabuluculuk sözleşmesinde uyuşmazlığın tarafları açısından geri alma hakkının mümkün olduğu, sürecin tamamen iradî olmasından anlaşılabılır. Uyuşmazlığın taraflarının güvenmediği, süreci onunla devam ettirmek istemediği bir arabulucu ile sağlıklı bir sonuca ulaşılamayacağı açıktır. HUAK.m.14'e göre, arabulucu taraflarca seçilecektir. Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk görevi için seçtikleri arabulucuyu her zaman görevden alabilme hakkına sahip olmalıdırlar. Vekâlet sözleşmesinin esası olan yoğun güven ilişkisi arabuluculuk sözleşmesinde, ihtiyarî arabuluculukta en yoğun hâliyle, dava şartı olan arabuluculukta ise bu yoğunlukta olmasa da mevcuttur.

Uyuşmazlığın taraflarınca arabulucunun görevinden alınması sonucu arabulucu, gerçekleştirmiş olduğu faaliyet karşılığında ücrete hak kazanacaktır (HUAK.m.7). Bu düzenleme, vekâlet sözleşmesinde vekilin de yerine getirdiği iş-görme edimi kadar ücrete hak kazanmasıyla uyumludur. Ayrıca, vekâlet sözleşme-

s. 951. Geri alma, etkisini geleceğe ilişkin gösterdiğinden dönmeden ziyade feshe benzemektedir. Ancak elden bağışlamanın geri alınması gibi durumlarda geri alma geçmişe etkili sonuç doğuracağından dönmeye benzemektedir. Bkz., **Buz**, s. 90.

³⁹⁵ **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 631; **Tandoğan**, C. 2, s. 620; **Eren**, Özel, s. 715; **Aral/ Ayrancı**, s. 462; **Erdem**, s. 950; **Gümüş**, s. 467.

sinde, uygun olmayan zamanda yapılan fesih nedeniyle karşı taraf zarara uğrarsa bu zararın giderilmesi gerektiği düzenlenmiştir (TBK.m.512). Uygun olmayan zamanda vekâletin geri alınması ya da vekilin istifası, haklı bir sebebin bulunmasının gerekmesiyle aynı durum değildir. Burada sadece, her zaman için fesih hakkının olumsuz sonuçlarını gidermeye yarayan, hakkaniyete dayalı bir tazminat söz konusudur. Uygun olmayan zamanda yapılan geri alma, vekâlet sözleşmesinin ihlâli sayılmaz. Öğretideki bir görüşe göre, bu şekilde yapılan geri alma ile karşı tarafın uğradığı zararlardan menfî zararlar tazmin edilecektir³⁹⁶. Bir diğer görüşe göre ise, geleceğe etkili olarak ortadan kalkan vekâlet sözleşmesinde, güvenin boşa çıkması nedeniyle müspet zararların istenebileceği ileri sürülmektedir³⁹⁷. Burada tazmini gereken zarar, zamansız feshin sonucu olan, bu fesihle illiyet bağı bulunan zararlardır³⁹⁸.

Uygun olmayan zamanın ne olduğunun tespiti, işgörme borcunun niteliği de dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde objektif şekilde yapılabilecektir. Haklı bir sebebin bulunmadığı her hâl uygun olmayan zaman olarak kabul edilemeyecekse de, haklı bir sebebin mevcut olduğu durumlarda uygun olmayan zamandan bahsedilemeyecektir³⁹⁹.

Arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucu açısından uygun olmayan bir zamanda uyuşmazlığın taraflarının sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeleri hâlinde, arabulucunun uğradığı belli zararların giderilmesi gündeme gelecektir. Bu zararlara örnek olarak, arabulucunun arabuluculuk oturumları için belli bir yer tutması, oturumlar için bazı harcamalar yapması, uyuşmazlığın çözümü için bir uzmandan görüş alması gibi arabulucunun sözleşmenin varlığına ve devamına güvenerek yaptığı harcamalar verilebilir.

Arabuluculuk sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşme olduğundan fesih söz konusu olsa da arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi için yapılması gereken oturumlar başlamamışsa, sözleşmeden dönme gündeme gelir. Dönme (Rücktritt), sözleşmeyi ortadan kaldıran sebeplerden birisidir. Klasik anlamda dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili (ex tunc) şekilde sona erdirir. Bu görüşe göre dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla dönme hakkının kullanılması tek taraflı ve

³⁹⁶ Aral/ Ayrancı, s. 463; Zevkliler/ Gökyayla, s. 633; Tandoğan, C. 2, s. 634 vd.; Özkaya, s. 863; Erdem, s. 957.

³⁹⁷ Gümüş, s. 470.

³⁹⁸ Gümüş, s. 470; Uyumaz, s. 371.

³⁹⁹ Yalçınduran, s. 98.

varması gerekli bir irade beyanıyla mümkün olur. Bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamadığı gibi şarta da bağlanamaz⁴⁰⁰.

Arabuluculuk sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olması sebebiyle, dönme kurumundan ziyade fesih kurumunun söz konusu olduğu bir sözleşmedir. TBK.m.126'da, ifa edilmeye başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde, sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmiştir. Arabulucu, arabuluculuk sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlâl eder ve uyuşmazlığın taraflarınca yapılan ihtara rağmen borcunu yerine getirmese, uyuşmazlığın taraflarının TBK.m.126 gereğince sözleşmeyi fesih hakları söz konusu olur.

VI- İPTAL

İptal, geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmenin, TBK.m.30 ve devamında düzenlenen yanılma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan hâllerden biri nedeniyle, tek taraflı irade açıklamasıyla, kural olarak geçmişe etkili şekilde sona erdirilmesidir⁴⁰¹. Sürekli edimli sözleşmelerde ise iptal, geleceğe etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır⁴⁰². Arabuluculuk sözleşmesi de sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, iptal edilmesi hâlinde, iptalin etkisi ileriye dönük olacaktır. İptal yaptırımına tâbi olan bir sözleşme, iptal edilene kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için bu sözleşmenin geçerliliği "askıda geçerlilik" hâlidir⁴⁰³. İptal, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte, bu hakkın kullanımından geri dönülemez ve hakkın kullanımı şarta bağlanamaz⁴⁰⁴. İptal hakkının kullanımı, herhangi bir şekle bağlı değildir⁴⁰⁵.

İptal hakkının kullanılabilmesi hak düşürücü süreye bağlanmıştır. TBK.m.39'a göre, iptal hakkı, yanılma ve aldatma durumunda bu durumların öğrenildiği ya da korkutma hâlinde, bu korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. İptal hakkının kullanımı için dava açmaya gerek yoktur. Ancak, iptal hakkı kullanıldıktan sonra, sözleşmenin diğer tarafı iptalin gereğini yerine

⁴⁰⁰ Eren, Genel, s. 1290; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 436 vd.; Kılıçoğlu, s. 934; Tunçomağ, s. 521; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 962; Antalya, C. 3, s. 507.

⁴⁰¹ Von Tuhr/ Edege, s. 302 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 426; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 178; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 177.

⁴⁰² Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 179; Cansel/ Özel, s. 181; Uyumaz, s. 372.

⁴⁰³ Eren, Genel, s. 427; Cansel/ Özel, s. 177; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 452; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 178; Akıncı, s. 122.

⁴⁰⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 452; Eren, Genel, s. 429; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 119; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 178.

⁴⁰⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 429; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 119; Akıncı, s. 122; Cansel/ Özel, s. 179.

getirmiyorsa, iptal hakkının usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığının tespiti için bir tespit davası açılabilir⁴⁰⁶.

Arabuluculuk sözleşmesinde, sözleşmeyi iptal etme hakkının kullanılabileceği farklı durumlarla karşılaşılabılır. Söz gelimi, uyuşmazlığın tarafları, bir arabulucu üzerinde anlaşmışlar fakat arabulucu bu uyuşmazlığın çözümünde görev almak istememektedir. Ancak, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuyu tehdit edip zorlayarak bu sözleşmeyi yapmasına neden olmuşlarsa, arabulucu, korkutmanın etkisinin kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin ifası amacıyla bir arabulucuya başvuran uyuşmazlığın taraflarından biri, arabulucu ve uyuşmazlığın diğer tarafınca, ilgili uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek zorunda olduğu hususunda diğer tarafı aldatarak bir arabuluculuk sözleşmesi yapmışlarsa, aldatılan taraf, gerçek durumu bilseydi bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse, aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir.

⁴⁰⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 453; Eren, Genel, s. 431; Cansel/ Özel, s. 179; Akıncı, s. 122.

SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en temel ve yaygın türlerinden biri olan arabuluculuk faaliyeti, faaliyetin öncesi, devamı ve sonunda değişik sözleşmelerle yürümektedir. Bu sözleşmelerden ilki, arabuluculuk faaliyeti için yapılması zorunlu olmasa da uyuşmazlığın tarafları için faydalı olan “arabulucuya başvurma sözleşmesidir”. Öğretide “arabuluculuk sözleşmesi” olarak anılan arabulucuya başvurma sözleşmesi, aralarında uyuşmazlık meydana gelmiş ya da gelebilecek olan tarafların söz konusu uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmeyi hedefledikleri sözleşmedir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi için sürecin devamını sağlayan sözleşme ise, öğretide “arabulucu sözleşmesi” olarak adlandırılan “arabuluculuk sözleşmesidir”. Öğretideki hâkim görüşten farklı olarak bu isimlendirmenin yapılmasının sebebi, arabuluculuk sözleşmesi ve arabulucu sözleşmesi kavramlarının karıştırılmaya müsait olmasıdır. Ayrıca, avukat ve müvekkil arasında yapılan ve avukatlık hizmetinin sunulmasını sağlayan sözleşme, avukatlık sözleşmesi olarak adlandırıldığından, konusu arabuluculuk hizmetinin sunulması olan ve arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşmenin, arabuluculuk sözleşmesi olarak kabulü mümkündür.

Arabulucuya başvurma sözleşmesi, hem maddî hukuku hem de usul hukukunu etkileyen çifte nitelik taşıdığından karma sözleşmedir. Maddî hukuk açısından ise, aslî edimi ve esaslı unsuru bakımından ayrıca Kanun’da düzenlenmediğinden, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edimi, arabulucuya başvurmaktır. Arabulucuya başvurma sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi asıl sözleşmeye arabulucuya başvuru ile ilgili bir kayıt (kloz) konularak da düzenlenebilir. Her iki durumda da, aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, asıl sözleşmenin geçersizliği, arabulucuya başvurma sözleşmesinin de geçersizliği sonucunu doğurur.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin aslî edim yükümlülüğü olan arabuluculuk yöntemine başvuru yükümlülüğüne rağmen, taraflardan birinin arabulucuya başvurmak yerine doğrudan dava açması mümkündür. Ancak, ortada taraf iradelerine dayanan bir sözleşme olduğundan, ahde vefa ilkesi gereğince, arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açan tarafın sözleşmenin diğer tarafına karşı hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, arabulucuya başvurmayan tarafa karşı, aynen ifa talebi ileri sürülemeyecek ve arabulucuya başvurmayan taraf, sürece katılmaya zorlanamayacaktır. Buradaki sorumluluk, TBK.m.112’ye göre belirlenir. Fakat, arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen sözleşmenin diğer tarafının doğrudan dava açması hâlinde, zarara uğrayan tarafın zararının tespiti zor olacağı-

dan, uygulamada sorun çıkacaktır. Arabulucuya başvurma sözleşmesinin varlığına rağmen doğrudan dava açılması hâlinde, mahkemenin davayı bu sebeple reddetmesi mümkün değildir. Ancak, ihtiyarî arabuluculukta, arabulucuya başvurma sözleşmesinin etkinliğini artırmak için HUAK.m.18/A/I'e, "Tarafların, arabulucuya başvurma sözleşmesine, arabulucuya başvurulmasına dava şartı arabuluculuktaki etkinin tanınmasına ilişkin bir kayıt koymaları hâlinde, bu maddenin ikinci fıkrası kıyasen uygulanacaktır" şeklinde bir hüküm getirilmesi önerilebilir.

Arabuluculuk sözleşmesi arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan, arabuluculuk sürecinin gerçekleştirilmesini sağlayan, karşılıklı olarak arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği bir sözleşmedir. Arabuluculuk sözleşmesi de hem maddî hukuku hem de usul hukukunu ilgilendiren bir sözleşme olduğundan karma nitelik gösterir. Bu sözleşme, Kanun'da doğrudan ayrı bir şekilde ve sistematik olarak düzenlenmediği için isimsiz sözleşme olarak sınıflandırılabilir. Arabuluculuk sözleşmesiyle ilgili olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Yönetmeliği ve Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'nda bazı emredici-tamamlayıcı düzenlemeler bulunsa da bu sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak kabulünü gerektirecek seviyede değildir.

İsimsiz bir sözleşme olan arabuluculuk sözleşmesi, bünyesinde iki ayrı sözleşmenin unsurlarını veya özelliklerini taşımadığı için karma sözleşme ya da bileşik sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir. Arabuluculuk sözleşmesi, Kanun'da düzenlenen sözleşmelerden (vekâlet sözleşmesi) tamamen farklı olan aslî edimlere de sahip değildir. Sadece vekâlet sözleşmesiyle belli açılardan farklı olan (ücretin zorunlu olması, tarafsızlık, şahsen ifa borcunun mutlaklığı) arabuluculuk sözleşmesi, teknik olarak kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul edilemez. Kendine özgü, karma ya da bileşik bir sözleşme olarak kabul edilmeyen arabuluculuk sözleşmesine doğrudan vekâlet sözleşmesi nitelendirmesi yapmak da uygun görünmemektedir.. Vekâlet sözleşmesine benzeyen arabuluculuk sözleşmesine, doğrudan vekâlet sözleşmesi nitelendirmesi yapmak yerine, bu sözleşmeyi isimsiz bir işgörme sözleşmesi kabul ederek TBK.m.502/II atfı gereği niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerini uygulamak amaca daha uygun düşmektedir. O hâlde, vekâlet sözleşmesine benzeyen isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hükümler; öncelikle Kanun'un emredici hükümleri, sözleşmedeki hükümler, sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği'nin tamamlayıcı hükümleri, arabuluculukla ilgili etik kurallar ve bunlarda gerekli olan düzenlemeler bulunmadığında arabuluculuk sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde torba işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesi hükümleri, yine burada da hüküm yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümle-

ri, genel hükümlerde düzenleme bulunmayan hâllerde ise TMK.m.1/II gereği örf-adet hukuku ve sonrasında da hâkimin hukuk yaratması uygulanacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin esaslı unsurları; arabulucunun arabuluculuk hizmetin sunarak süreci yönetmesi ve uyuşmazlığın taraflarının bu hizmet karşılığında ücret ödemesidir. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları bunlar olmakla beraber, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları özenle hareket etme, görevini şahsen yerine getirme, tarafsızlık, bilgilendirme, sır saklama gibi yükümlülükleri subjektif esaslı unsur hâline getirebilirler. Yan unsurlar hakkında sözleşmede bir düzenleme bulunmaması hâlinde ise, yukarıda bahsedilen sırayla ilgili hükümler uygulanacaktır.

Arabulucunun ücretinin ne kadar olacağı arabuluculuk sözleşmesinde arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarınca belirlenebilir. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne göre ücret tespit edilecektir. Arabulucuya başvurma sözleşmesinde ise uyuşmazlığın tarafları, arabulucunun ücretinin nasıl, ne zaman ve taraflarca hangi oranda ödeneceği gibi hususları kararlaştırılabilirler. Arabulucunun ücretinin muaccel olduğu an ise, HUAK.m.7'ye göre arabuluculuk faaliyetinin yerine getirildiği andır. Ancak, arabuluculuk sözleşmesinde ücretin ne zaman ödeneceği kararlaştırılmışsa, muacceliyet anı buna göre belirlenecektir.

Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını aydınlatma yükümlülüğü, Kanun'daki "arabuluculuk faaliyetinin başında" ifadesinden dolayı, sürecin başında mutlak bir yükümlülük olarak yerine getirilmelidir. Sürecin devamında ise arabulucu, taraflar arasındaki bilgi akışının sürmesini sağlamak amacıyla gerektiğinde tarafları belli hususlarda aydınlatmalıdır. Ancak, arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını aydınlatmasıyla ilgili olarak, HUAK.m.11'e "arabuluculuk faaliyetinin başında ve sürecin devamında" ifadesinin eklenmesi önerilebilir. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını aydınlatma borcu kapsamında onlara bilgi verebilmesine karşın bireysel veya toplu hâlde tavsiye vermekten kaçınmalıdır. Burada tavsiye vermek ile kastedilen, arabulucunun bir avukat ya da hukukî danışman gibi taraflara hukukî bilgi vermesidir. Arabulucu, taraflara hukukî bilgi veremez ancak tarafların buna ihtiyaçları varsa, konuyla ilgili bir uzmandan veya avukattan yardım almaları için onları yönlendirebilir. Ayrıca, arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili açılması planlanan davanın sonucu hakkında tahminde bulunamaz.

Arabulucunun, arabuluculuk sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ifa ederken zarara uğraması durumunda uyuşmazlığın taraflarının söz konusu zararı gidermesiyle ilgili bir düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak, vekâlet sözleşmesiyle ilgili TBK.m.510'a göre, "vekîl, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın vekâlet veren tarafından gi-

derilmesini isteyebilir.” Maddenin devamında, vekâlet verenin, vekilin zarara uğramasında bir kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme, arabuluculuk sözleşmesinin de niteliğine uygun düştüğünden dikkate alınmalı ve arabulucunun arabuluculuk faaliyeti nedeniyle uğradığı zararların giderilmesinde, uyuşmazlığın tarafları şartlar oluşmuşsa sorumlu tutulmalıdır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda, uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varması hâlinde, bu çözüm anlaşması ile ilgili bir belge düzenlenip uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanacaktır. Çözüm anlaşmasının hukukî niteliği ile ilgili, uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı fedakârlıklarda bulunması durumunda, maddî hukuk anlamında bir sulh sözleşmesi (mahkeme dışı sulh) olduğu söylenmelidir. Ancak, çözüm anlaşmasında, sadece alacaklı olan taraf alacağından vazgeçer ve diğer taraf da bunu kabul ederse, burada bir ibra sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkündür. Böylece, çözüm anlaşmasının hukukî niteliği, anlaşmanın içeriğine göre mahkeme dışı sulh sözleşmesi veya ibra sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Çözüm anlaşması sonunda, uyuşmazlığın tarafları bu belgenin icra edilebilirliği ile ilgili bir şerh verilmesini mahkemeden talep edebilirler. Ayrıca, HUAK.m.18/IV’e göre, uyuşmazlığın tarafları ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı çözüm anlaşmaları, icra edilebilirlik şerhine gerek kalmaksızın, ilâm niteliğinde belge sayılır. Çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği ile ilgili kolaylaştırıcı bir hüküm olarak getirilen bu düzenleme, esasen Avukatlık Kanunu m.35/A’daki uzlaşma sağlama hükmünden farklıdır. Avukatlık Kanunu m.35/A’daki hükme göre, taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa ve uzlaşma belgesi, taraflar ve avukatlarınca imzalanırsa bu belge ilâm niteliğindedir. Uzlaşma belgesi, dava açıldıktan sonra en geç duruşma başlayana kadar düzenlenebilir. Arabuluculuktaki çözüm anlaşması ise, dava açıldıktan sonra duruşmalar devam ederken de düzenlenebilecektir. Ayrıca, AvK.m.35/A’daki uzlaşma belgesinde, taraflar ve avukatlarının imzaları yeterli iken çözüm anlaşmasında, buna ek olarak arabulucunun da imzası gerekir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda çözüm anlaşması yapılması durumunda, üzerinde anlaşma yapılan hususlar hakkında dava açılmayacağı ile ilgili HUAK.m.18/V hükmünün kaldırılması veya taraflar arasındaki çözüm anlaşmasının, bir diğer ifade ile mahkeme dışı sulhun, yokluk, butlan ya da irade bozukluğu halleri dışında maddî hukuk anlamında var olan hakkı sona erdirdiği gibi bir ifade ile yeniden düzenlenmesi isabetli olur.

Arabuluculuk sözleşmesini sona erdiren durumlardan biri, arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirecek kişi olan arabulucunun veya sözleşmenin diğer tarafı olan

uyuşmazlığın taraflarının ölümü, ehliyetsizliği ya da iflâsıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmemiş olan bu sona erme sebebi, TBK.m.502/II atfı gereğince, TBK.m.513 hükmünün arabuluculuk sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla söz konusu olur.

Arabuluculuk süreci devam ederken, uyuşmazlığın taraflarından birinin kısıtlanması durumunda, arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının yasal temsilcilerinin rızasıyla faaliyete devam edebilir. Ancak, kısıtlanan uyuşmazlık tarafının vasisi, arabuluculuk sözleşmesinin devamı için TMK.m.462/I-8'e göre, vesayet makamından izin almalıdır. Uyuşmazlığın tarafları sınırlı ehliyetli konumundalarsa, uyuşmazlığın konusu TMK.m.429'daki izne tâbi işlemlere giriyorsa yasal danışmanın onayı gerekir.

Arabuluculuk süreci devam ederken, uyuşmazlığın taraflarından birinin konkordato yoluna başvurması hâlinde, borçlunun arabuluculuk faaliyetine devam edebilmesi, konkordato komiserinin takdirî onayına bağlıdır. Konkordato komiseri, arabuluculuk faaliyetine izin verdiğinde, faaliyet sonucunda taraflarca yapılan çözüm anlaşmasını da uygun bulmuşsa, ancak bu ihtimalde sorumlu olması düşünülebilir. Zira, konkordato komiseri, konkordato süreci boyunca borçlunun işlemlerini denetlemeli ve onun kendi durumunu kötüleştirecek işlemler yapmasını engellemelidir.

Arabuluculuk sözleşmesinde, hem arabulucunun hem uyuşmazlığın taraflarının sözleşmeyi her zaman sona erdirebilmeleri mümkündür. Arabulucunun taraflarla arasında bir menfaat ilişkisi veya çatışması mevcut ise arabulucu, bu durum kendi dürüstlüğüne ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verebilecek nitelikteyse, tarafların anlaşması veya rızalarına bakılmaksızın görevden çekilmeli veya arabuluculuğu reddetmelidir (TAEK.m.4/V). Bu hâl, arabulucunun tarafsızlığından şüphe gerektiren durumlar için geçerli olmakla birlikte, arabulucunun her şartta sebep göstermeksizin görevinden çekilmesi açıkça düzenlenmemiştir. Arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının, TBK.m.502/II atfı gereğince, TBK.m.512 dikkate alınarak, vekâlet sözleşmesindeki tarafların her zaman için fesih hakkını (geri alma/ istifa hakkının) kullanmaları mümkündür.

KAYNAKÇA*

Adalet Bakanlığı: Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf> Et: 05.04.2019.

Akan, Pınar: Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara 2013.

Akbulut, Berrin/ **Aksan,** Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019.

Akcan, Recep: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.39-51.

Akça, Çağatay: Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Arabuluculuk ve Uzlaştırma, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 1, 2009, s. 25-36.

Akıncı, Şahin: Alacaklının Temerrüdü, SÜHFD., C. 7, S. 1-2, 1999, s. 97-113 (**Akıncı,** Temerrüt).

Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya 2017 (**Akıncı,** Borçlar).

Akıncı, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004 (**Akıncı,** Vekâlet).

Akıncı, Ziya: Hakem Kararları, X. Milletlerarası Tahkim Semineri, 30 Nisan 2012, Ankara, s. 67-84 (**Akıncı,** Hakem).

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013 (**Akıncı,** Ziya).

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C. 18, S. 4, Ankara 1996, s.100 (**Akıncı,** Alternatif).

Akıntürk, Turgut/ **Ateş Karaman,** Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt, 15. Baskı, İstanbul 2013.

Akil, Cenk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, s. 75-137). (<http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/tekmakale/2014-4/1.pdf> Et: 03.10.2018).

Akipek, Jale/ **Akıntürk,** Turgut/ **Ateş,** Derya: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018.

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadını taşıyan yazarlara yapılan atıflar, her eserin sonunda parantez içinde gösterilmiştir.

Akkan, Mine: Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 1-31.

Akkan, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, MİHDER., S. 1, 2007, s. 29-68 (**Akkan,** Koruma).

Aksu, Mustafa: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeniliklerden İbra, Journal of Yaşar University, Vol. 8, Band I, 2013, p. 97-130.

Aktürk Yücer, İpek: İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara 2016.

Alangoya, Yavuz/ **Yıldırım,** M. Kamil/ **Deren Yıldırım,** Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.

Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Albayrak, Hakan: Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 12, 2018, s. 155-194.

Altay, Sümer/ **Eskiocak,** Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2019.

Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018 (**Antalya,** C. 1).

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, İstanbul 2017 (**Antalya,** C. 2).

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2017 (**Antalya,** C. 3).

Aral, Fahrettin/ **Ayrancı,** Hasan: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 11. Baskı, Ankara 2018.

Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.

Arat, Ayşe: İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, EÜHFD., C. 1, S. 2, 2006, s. 239-249.

- Ataay**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 4. Baskı, İstanbul 1986.
- Atalı**, Murat/ **Ermenek**, İbrahim/ **Erdoğan**, Ersin: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Atamer**, Yeşim: Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler, İÜHFM. C. 63, S. 1-2, 2005, s. 171-191.
- Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019.
- Aybay**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2016.
- Aydoğdu**, Murat/ **Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Ayhan**, Rıza/ **Çağlar**, Hayrettin/ **Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019.
- Azarkan**, Necat: “Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Milletlerarası Ticarî Tahkim”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu**, Tahir/ **Buluttekin**, M. Burak), s. 42-51, Ankara 2018.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2019.
- Barlas**, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2016.
- Başpınar**, Veysel: Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Hakkında Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, 2004, s. 463-478 (**Başpınar**, Avukatlık).
- Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Bayraktar**, Muratcan: Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, 2015, s. 151-172.
- Biçkin**, İnci: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD., S. 7, 2006, s. 34-39.
- Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- Bolayır**, Nur: Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Boran Güneysu**, Nilüfer: Medenî Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014 (**Boran Güneysu**, Karar).
- Brox**, Hans/ **Walker**, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007.

Bulur, Alper: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, ABD, S. 4, 2007, s. 30-48.

Burcuoğlu, Haluk: Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar, TBBD., S. 49, 2003.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Cansel, Erol/ **Özel**, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 2. Baskı, Ankara 2017.

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2016.

Chernyaeva, Daria V.: Rus Hukukunda İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul (Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), s. 89-104.

Çağlayan, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2016.

Çakır, Kerim: Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 24, S. 1, 2018, s. 446-452.

Çiçek, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.

Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011.

Doğar, Mehmet: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Et: 07.02.2019.

Dost, Süleyman: Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, TBBD., S. 115, 2014, s. 449-476.

Dural, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016.

Dural, Mustafa/ **Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. 1, İstanbul 2016.

Dür, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara 2018.

Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989.

Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.

Ekşi, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Emiroğlu, Haluk: Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, C. 52, S. 1, 2003, s. 101-111.

Erdem, Mehmet: Vekâletten Azil ve İstifa (Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi), Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 949-962.

Erdoğan, Ersin/ Erzurumlu, Nurbanu: Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016.

Erdoğan, Ersin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İSGHD., C. 14, S. 55, 2017, s. 1211-1242 (**Erdoğan, Zorunlu**).

Erdoğan, Ersin: Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2017, s. 145-175 (**Erdoğan, Yapma**).

Erdoğan, İhsan: Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990 (**Erdoğan, Kusur**).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, (**Eren, Genel**).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, (**Eren, Özel**).

Eren, Fikret: İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut Akıntürk'e Armağan, 2008, s. 85-111, (**Eren, İsimli**).

Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (**Eren, İliyet**).

Erişir, Evrim: Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 225-236.

Erkan, Umut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD., C. 62, S. 2, 2013, s. 441-472.

Ersen Perçin, Gizem: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 31, S. 2, 2011, s. 177-201.

Ertürk, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2019.

Esener, Turhan/ **Gündoğdu**, Fatih: Borçlar Hukuku- 1- Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, İstanbul 2017.

Feyzioğlu, Necmeddin F.: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971 (**Feyzioğlu**, Aile).

Feyzioğlu, Necmeddin F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1976 (**Feyzioğlu**, Genel).

Feyzioğlu, Necmeddin F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 1977 (**Feyzioğlu**, C. 2).

Feyzioğlu, Necmeddin F.: Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevîleri, C. 1, İstanbul 1970 (**Feyzioğlu**, Hususî).

Girgin, Ömer Ali: Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, İstanbul 2017.

Glasser, Cyril/ **Roberts**, Simon: Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives, MLR., Vol. 56, 1993, s. 277-281.

Gottwald, Peter: Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz, (Çev. Sema Taşpınar), AÜHFD., C. 51, S. 1, 2002, s. 1-17.

Görgün, L. Şanal/ **Börü**, Levent/ **Toraman**, Barış/ **Kodakoğlu**, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.

Görkem, Zeynep Ezgi: Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, [https : // tez. yok. gov. tr/ UlusalTezMerkezi/ t e z S o r g u S o n u c Y e n i. j s p](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez/sonucyeni.jsp) Et: 04.12.2019.

Gözler, Kemal/ **Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa 2017.

Gözler, Kemal: İdare Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Bursa 2008.

Gümüş, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), 3. Baskı, C. 2, İstanbul 2014 (**Gümüş**, C. 2).

Gümüş, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. 1, İstanbul 2013 (**Gümüş**, C. 1).

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2018.

Günay, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.

Günday, Metin: İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2002.

Güner, Semih: Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014.

Günergök, Özcan: Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, AÜEHFD., C. 7, S. 1-2, 2003, s. 655-667 (**Günergök**, Sır).

Günergök, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013.

Gürsoy, Kemal Tahir: Manevî Zarar ve Tazmini, AÜHFD., C.30, S. 1, 1973, s. 7-56.

Hatemi, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Hoffman, Leonard: Changing Perspectives on Civil Litigation, MLR., Vol.56, 1993, s. 297-306.

Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 385-401 (**Ildır**, Auç).

Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

Işıқтаç, Yasemin: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, İstanbul 2014.

İnal, H. Tamer: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, İstanbul 2014.

İnan, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

İnan, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

İnceoğlu, Murat: İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, AÜHFD., C. 54, S. 4, 2005, s. 149-182.

İpek, Ali İhsan/ **Parlak**, Engin: Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 3. Baskı, Ankara 2016.

İsfen, Osman: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya), MİHDER., 2006/3, s.1325-1334.

İyimaya, Ahmet: Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?, TBBD., S. 3, 1993, s. 362-384.

Kaplan, İbrahim: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983.

Kaplan, Yavuz: Arabuluculuk ve Türk Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 115-146, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/99327> Et: 14.11.2018.

Karacabey, Kürşat: Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2016, s. 457-489.

Karauz, Agah Kürşat: Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.

Karyağdı, Müjgan: Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11, S. 1, 2, 2007, s. 919-964.

Kavasoğlu, Abdurrahman: Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation, İÜHFM. C. 68, S.1-2, s. 197-218, 2010.

Kayalı, Didem: Uluslararası Ticarî Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 499-517.

Kayıhan, Şaban/ **Günergök**, Özcan: Borçlar Kanunu m. 386/2 Karşısında İsimli İşgörmeye Sözleşmeleri Yapılabilir mi?, AÜEHFD. C. 2, S. 1, 1998, s. 275-282.

Kayıhan, Şaban/ **Ünlütepe**, Mustafa: Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, 2014, s. 171-212.

Keçecioğlu, Burak: Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1649-1679.

Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.

Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 519-552 (**Kekeç**, Arabuluculuk).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017 (**Kılıçoğlu**, Aile).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019 (**Kılıçoğlu**, Özel).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Yargının Sorunları, Yeni Türkiye Dergisi, S. 10, 1996, s. 285-298 (**Kılıçoğlu**, Yargı).

Kıyak, Emre: Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği, TAAD., C. 6, S. 21, 2015, s. 529.

Kızır, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2017.

Konuralp, Cengiz Serhat: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Et: 07.02.2019.

Korkmaz, Fahrettin/ **Kıyak**, Emre: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 31-56.

Köprülü, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1986.

Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara 2013 (2).

Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

Kuntalp, Erden: Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 653-670 (**Kuntalp**, Tipolojik).

Kurt Konca, Nesibe: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

Kurt Konca, Nesibe: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, SDÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, MİHBİR. Özel Sayısı, 2014, s. 65-96 (**Kurt Konca**, Sınırlandırma).

Kurt, Ekrem: “Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu**, Tahir/ **Buluttekin**, M. Burak), s. 147-154, Ankara 2018.

Kurt, Resul: İş Yargısında Arabuluculuk, TBBD., S. 135, 2018, s. 405-445.

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014.

Kuru, Baki, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019.

Küçükgüngör, Erkan: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, 2001, s. 137-146.

Martinek, Michael: von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2005.

McKay, Robert B.: Ethical Considerations in ADR, Donovan Leisure, Newton&Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 459-482, (Akt: Kekeç, s. 23, dn. 80).

Mnookin, Robert H./ **Kornhauser**, Lewis: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, Yale Law Journal, Vol. 88, Issue 5, Article 4, 1979, p. 950-997.

Moore, Christopher W.: Arabuluculuk Süreci, 4. Basımdan Çeviri, (Çev: Tarık Kaçmaz, Abbas Türnüklü), Ankara 2016.

Muktedir, Lale: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2016.

Muşul, Timuçin: İflâs ve Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

Namlı, Mert: Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 99-125.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016 (**Oğuz**, Auç).

Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/ **Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 23. Baskı, İstanbul 2017.

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018 (**Oğuzman/ Öz**, C. 1).

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2017 (**Oğuzman/ Öz**, C. 2).

Oğuzman, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2016.

Oktay, Saibe: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM., C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296.

Okur, Sinan: Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2019, s. 31-101.

Olca, Işık: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, S. 64, 2011, s. 14-25.

Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Esasları, C. 2, İstanbul 1960.

Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979 (**Önen**, Yargılama).

Önen, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Kurallar, Ankara 1974.

Özbay, İbrahim: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD., C. X, S. 3-4, 2006, s. 459-475.

Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, EÜHFD., C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 387-418 (**Özbay**, Uzlaştırma).

Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?, ABD., S. 2-3, 1999, s. 187-204, (**Özbek**, Çözüm Yolları).

Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Baskı, Ankara 2016.

Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 2, 4. Baskı, Ankara 2016 (**Özbek**, C. 2).

Özbek, Mustafa Serdar: Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi'nin Tahlili, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2014, C. 20, S. 1, s. 1119-1156 (**Özbek**, Tahlil).

Özbek, Mustafa Serdar: Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesi'ne İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2017, s. 69-84 (**Özbek**, İcra Edilebilirlik).

Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD., 2007/68, s.265-320. (**Özbek**, Avrupa Birliği)

Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD, C. 56, S. 1, 2007, s. 183-231, (**Özbek**, Yönerge).

Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s.441-502.

Özbek, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3, s.113-137 (**Özbek**, Avukatlık).

Özbek, Mustafa Serdar: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, 2002/51, s. 121-162 (**Özbek**, Gelişmeler).

Özbek, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

Özdemir, Semih Sırrı: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere’deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, HHFD. C. 2, S. 1, 2012, s. 55-66, (<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S1makale5.pdf> Et: 03.10.2018).

Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD., S. 7, 2006, s. 40-45.

Özkaya, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 3. Baskı, Ankara 2013.

Özmumcu, Seda: Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFM., C. 71, S. 1, 2013, s. 1369-1389 (**Özmumcu**, Rol).

Özmumcu, Seda: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İÜHFM. C. 74, S. 2, 2016, s. 807-842 (**Özmumcu**, Zorunlu).

Özmumcu, Seda: Uzak Doğu’ da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013.

Öztekin, Selçuk/ **Budak**, Ali Cem/ **Tunç Yücel**, Müjgan/ **Kale**, Serdar/ **Yeşilova**, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

Öztürk, Bahri: Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.

Öztürk Kılıç, Gizem: Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2016.

Öztürk, Necla/ **Yarar**, Güven: AB 2008/ 52/ EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 1351-1386.

Parkinson, Lisa: Aile Arabuluculuğu (Editör: **Yücel**, Yonca Fatma), 2018.

Pekcanitez, Hakan/ **Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz Taş**, Hülya: Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 3, İstanbul 2017 (**Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 3).

Pekcanitez, Hakan/ **Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz Taş**, Hülya: Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 2, İstanbul 2017 (**Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 2).

Pekcanitez, Hakan/ **Özekes**, Muhammet/ **Akkan**, Mine/ **Korkmaz Taş**, Hülya: Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, C. 1, İstanbul 2017 (**Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz Taş**, C. 1).

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2019.

Pekcanitez, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005, S. 5, s. 12-16.

Pekcanitez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, 2007, Çeşme/ İzmir (**Pekcanitez** Tanıtım).

Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408-427 (**Pekcanitez** Aleniyet).

Pekcanitez, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1997, s. 35-55 (**Pekcanitez** Adil).

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014.

Postacioğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1975.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2015.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2015 (Şerh).

Seçer, Öz: Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İNÜHFD., C. 6, S. 4, 2015, s. 877-944.

Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem Cem: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, 7. Baskı, İstanbul 2016 (**Serozan, İfa**).

Serozan, Rona: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129 (**Serozan, Edim**).

Serozan, Rona: Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2018 (**Serozan, Medenî**).

Sevim, Onur Utku: Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2016.

Snelson, J. Stuart: Win- Win Theory for Win- Win Success- Introduction to Win- Win Theory and the Science of Social Causality, <http://www.investmenttools.com/pdf/winwin2.pdf>, Et: 27.02.2019.

Somuncuoğlu, Ünal: Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri ile İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Fransızca Versiyonunun Karşılaştırılması ve Bazı Özel Akit Tipleri (Satım, Eser, Vekâlet, Kefalet), Ankara 2016.

Soyaslan, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016.

Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER., C. 2, S. 2, 2005, s. 353-369.

Şahin Ceylan, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

Şahin, Tuğçem/ Çelik, Yasin/ Ruhi, Ahmet Cemal: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018.

Şanlı, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.

Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Baskı, İstanbul 2002 (**Şanlı, Ticari Akitler**).

Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Baskı, 2002.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.

Şıpka, Şükran: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 12, 2007, s. 163-175.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Baskı, İstanbul 2010 (**Tandoğan, C. 2**).

Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010.

Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842, (**Tanrıver, Sosyolojik Bakış**).

Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açısından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025-2036 (**Tanrıver, Değerlendirme**).

Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD., S. 64, 2006, s. 151-178, (**Tanrıver, Arabuluculuk**).

Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656.

Taşkın, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.

Taşpınar, Sema: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Taşpolat Tuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Tatar, Erol: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 3, Temmuz 2009, s. 245-272.

Tayfun, Recep/ Erdem Türk, Aylin: Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği), TBBD., S. 122, 2016, s. 417-438.

Tekinalp, Ünal: Hakem Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti Konusunda Düşünceler, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 15-29.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Serhat/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966.

Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Tracy, Brian: Müzakere (Çev. Ferhat Şirin), İstanbul 2015.

Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1968.

Türkyılmaz Kabaktepe, İpek: Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2017.

Twining, William: Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics MLR., Vol. 56, No. 3, 1993, s. 380-392.

Uluslan, İlhan: Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 7, 1971, s. 149-203.

Uyar, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019.

Uyumaz, Alper/ Erdoğan, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜHFD., C. 17, S. 1, 2015, s. 119-169, ([http:// hukuk. deu. edu. tr/ fakultemiz/ hukuk- fakultesi- dergisi/ cilt- 17- sayi- 1- yıl- 2015 / Et: 08.11.2018](http://hukuk.deu.edu.tr/fakultemiz/hukuk-fakultesi-dergisi/cilt-17-sayi-1-yil-2015/Et-08.11.2018)).

Uyumaz, Alper: Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, SÜHFD., C. 20, S. 1, 2012, s. 103-132 (**Uyumaz, Tüketici**).

Uyumaz, Alper: Yetkili Servis Sözleşmesi, İstanbul 2018.

Üçer, Mehmet: “Roma Hukukundan Günümüze Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Editörler: **Muratoğlu, Tahir/ Buluttekin, M. Burak**), s. 137-145, Ankara 2018.

Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1992.

Üstündağ, Saim: Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 294-301 (**Üstündağ, Tahkim**).

Volkman, Judith: Mediation im Zivilprozess, Frankfurt 2006.

von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, (Çev: **Edege, Cevat**), 2. Baskı, Ankara 1983.

Wegen, Gerhard/ Gack, Christine: Mediation in Pending Civil Proceedings in Germany: Practical Experiences to Strengthen Mediatory Elements in Pending Court Proceedings, International Bar Association Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, December 2006, p. 8-10.

Westermann, Harm Peter: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Band I, 2004.

Yalçınduran, Türker: Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara 2007.

Yarayan, Ali, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2013.

Yavuz İpekyüz, Filiz: Hekimin Tazminat Sorumluluğu, DÜHFD., C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61.

Yavuz, Cevdet/ **Acar**, Faruk/ **Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Baskı, İstanbul 2014.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

Yeğengil, Rasihi: Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974.

Yenisey, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.

Yıldırım, Ferhat: Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, International Journal of Social Sciences and Education Research, Vol. 2, No. 3, 2016, p. 748-762 (**Yıldırım**, Arabuluculuk).

Yıldırım, M. Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.349.

Yılmaz, Ejder: Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi), Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 1275-1285.

Yılmaz, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-855 (**Yılmaz**, Uzlaşma).

Yılmaz, Ejder: Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 268-300 (**Yılmaz**, Tahkim).

Yılmaz, Muzaffer Ercan: Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci, Kamu Hukuku Arşivi, 2006, s. 96-104 (<http://hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/kamu-hukuku-arsivi-dergisi-khuka> Et: 19.10.2018).

Zevkliler, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Aydoğdu**, Murat/ **Cumalıoğlu**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

Zevkliler, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Aydoğdu**, Murat/ **Cumalıoğlu**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir 2013.

Zevkliler, Aydın/ **Gökyayla,** Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018.

Zorlu, Süheyla: Özel Güvenlik Sözleşmesi, Ankara 2018.



EKLER



EK-1) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA
ARABULUCU TARAFINDAN YAPILAN ARABULUCULUK DAVET
MEKTUBU

Sayın

Sözleşmesi/Konusu/Davası ile ilgili konudaki uyuşmazlığı dostane olarak arabuluculuk yoluyla çözmek için bu davet yazısını yazıyoruz.

.....hukuki uyuşmazlığının 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlığı olduğu anlaşılmaktadır.

Size yapılan teklifin elinize ulaştığı tarihten itibaren gün içinde cevap vermeniz, cevabınızın olumlu olması halinde arabuluculuk görüşmelerine başlanması için görüşme tarih ve yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Arabuluculuk görüşmelerine başlamadan önce arabuluculuk sürecinin daha verimli geçmesi için;

Arabuluculukla ilgili şu hususları bilgi ve görüşlerinize sunmak isterim:

a) Arabuluculuk taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın tarafsız, bağımsız, arabuluculuk eğitimi almış ve arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucu desteği ile çözülmesi yöntemidir.

b) Arabulucu ile uyuşmazlığın çözümü tamamen gönüllülük esasına dayalıdır. Taraflar serbest iradeleri ile uyuşmazlığın dostane olarak çözümlenmesini sağlar.

c) Arabuluculuk görüşmelerine katılmak başvurunun iddia ve taleplerini kabul anlamına gelmez.

d) Arabuluculuk görüşmeleri, taraflardan birinin isteği ile her aşamada sonlandırılabilir.

e) Arabuluculuk görüşmelerinde gizlilik ilkesine uyulması esastır.

f) Arabuluculuk ücreti 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ortaklaşa ödenir. Ancak ücretin hangi tarafça ödeneceği ve ne kadar olacağı müzakerelere başlanmadan önce taraflarca özel olarak da belirlenebilir. Arabulucunun ücretine ilişkin bilgilere Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde yayınlanan Arabuluculuk Asgari Üc-

ret Tarifesinden ulaşabilirsiniz. (6325 Sayılı Yasa 7. madde, Yönetmelik 12. madde) (<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/tarife-index.html>)

g) Arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşmaya varılması halinde, arabuluculuk ücreti dışında, mahkeme harcı ve yargılama giderleri ödenmez.

h) Arabuluculuk toplantılarına bizzat veya avukatınız aracılığıyla katılabileceksiniz.

i) Arabulucuya başvuracağınızı dava açıldıktan sonra mahkemeye bildirmeniz halinde görülmekte olan dava, üç ayı geçmemek üzere ertelenebilecektir. Birlikte talep etmeniz halinde ise bu süre üç aya kadar daha uzatılabilecektir.

j) Arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya vardığınızda, sürecin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. (6325 Sayılı Kanun 16. madde, Yönetmelik 20. madde)

k) Uyuşmazlık konusunda anlaşmaya varmanız, isteğe bağlı olarak arabuluculuk faaliyetinden vazgeçmeniz, görüşmelerden çekilmeniz, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşılması veya arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeniz durumunda arabuluculuk sona erecektir. (6325 Sayılı Kanun 17. madde, Yönetmelik 21. madde)

l) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varmanız halinde, varılan anlaşmayı tespit edip arabulucu ile birlikte imzalayarak, mahkemeden bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirsiniz. Bu şerhin verildiği anlaşma tutanağı ilam niteliğinde bir belge sayılacaktır (6325 Sayılı Yasa 18. madde, Yönetmelik 22. madde)

Bu davetin size ulaştığı tarihten itibaren veya daveti alma tarihinden itibaren arabuluculuk görüşmelerine katılma davetimizi kabul edip, etmeyeceğinizi gün içinde tarafımıza iletmenizi rica ederiz.

Uyuşmazlığı anlaşmaya çevirmenizi temenni ederiz.

Arabulucu ad, soyad, sicil no. İletişim bilgileri

EK-2) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA ÜCRET DÂHİL ARABULUCU SÖZLEŞMESİ

ÜCRET DÂHİL ARABULUCU SÖZLEŞMESİ

(İhtiyari-İsteğe Bağlı Arabuluculuk)

TARAF 1 :

(Ad, soyad, TC Kimlik no.[/ticaret sicil no.]ve adres)

TARAF 2 :

(Ad, soyad, TC Kimlik no.[/ticaret sicil no.]ve adres)

ARABULUCU :

(Ad, soyad, arabuluculuk sicil no. ve adres)

İşbu sözleşme arabulucu (“Arabulucu”) tarafından taraf 1 ve taraf 2'ye (“Taraflar”) verilecek arabuluculuk hizmetine ilişkin olup karşılıklı hak ve yükümlülükleri kapsar.

Arabulucu, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde arabuluculuk sözleşmesine göre arabuluculuk faaliyetini yürütmeyi; taraflar da onun ücret ve masraflarını ödemeyi kabul eder.

Arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirip onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmeleri için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlayacaktır.

Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirecektir.

Arabulucu, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan gizlilik yükümlülüğüne uyar. Arabulucu taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinden önce veya arabuluculuk faaliyeti sırasında gizli bir bilgi paylaşması halinde; bu bilgiyi paylaşan tarafın rızası olmaksızın kanunun gerektirdiği haller dışında herhangi bir taraf veya kişi ile paylaşmayacaktır.

[NOT: Taraflar arabuluculuk ücretini ve masrafını eşit olarak ödenmesin- den başka bir usulde kararlaştırabilecekleri için bu sözleşmede nasıl bir usul belirlenmiş- se onun yazılması gerekir]

Tarafların, arabulucunun ücret ve masrafının nasıl ödeneceği ve avans talebine dair hangi usulü tayin ettiklerinin belirtilmesine dair bir fıkra girilmesi gereklidir.

Arabulucuya, yukarıda sözü edilen arabuluculuk hizmeti nedeniyle Lira + KDV arabuluculuk ücreti / Lira + KDV saat ücreti ödenecektir. Arabuluculuk ücreti, masraf ya da avansı arabulucunun

..... bankasındaki TR IBAN numaralı hesabına yatırılacaktır. Avans olarak alınan Lira + KDV, ödenecek olan arabuluculuk ücretinden mahsup edilecektir. Ücret ve masraflar çıktıktan sonra avanstaki artı kalan meblağ tarafların

.... bankası TR..... ve bankası TR..... IBAN numaralı hesaplarına yatırılır.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonunda, ödeme karşılığında serbest meslek makbuzu düzenleyerek taraflara verecektir.

Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücret gerektirmez. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflarca anlaşmaya varılması halinde arabulucu anlaşma belgesinin hazırlanmasına yardım edebilir. İşbu anlaşma belgesinin imza edilmesini takiben arabuluculuk faaliyeti sona erer.

Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapamaz veya belirli kişileri tavsiye edemez ya da bu tip faaliyetler için herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler hükümsüzdür.

Kanunen arabuluculuk faaliyetinin devam ettirilmesine dair başkaca engel bir hususun ortaya çıkmasından ötürü ve de arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesi ile sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak arabulucunun herhangi bir kusurunun olmaması halinde arabulucu, belirlenen ücretin tamamına hak kazanır. Keza arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntemlerle uyuşmazlık sona ermesi halinde de, arabulucu belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması durumunda ise arabulucu her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanır. Bu halde yeni uyuşmazlık konuları için arabuluculuk ücreti, arabulucu ve taraflarca ayrıca belirlenir.

Taraflar işbu sözleşmede yazılı adreslerini tebliğe elverişli adres olarak beyan ederler. Yazılı olarak adres değişikliği bildirilmediği sürece bu adreslere yapılan tebligatlar geçerli kabul edilir.

İşbu arabulucu sözleşmesi üç sayfa ve üç nüsha olarak düzenlenmiştir.

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

.....

Taraf 1 Taraf 2

(Ad, soyad, imza) (Ad, soyad, imza)

.....

Arabulucu

(Ad, soyad, imza)

EK-3) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA BİLGİLENDİRME TUTANAĞI

Arabuluculuk Sürecine İlişkin Bilgilendirme Tutanağı

..... /..... /..... tarihinde aşağıda ad ve unvanları yazılı taraflar adresime birlikte/ayrı ayrı gelerek 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince arabuluculuk yoluna başvurmak istediklerini bildirip aralarındaki uyuşmazlıkta arabuluculuk yapmamı istediler. Bunun üzerine taraflar aşağıdaki konularda sözlü olarak bilgilendirildiler:

□ Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttirler. Taraflar zorla bu sürecin içine dâhil edilemeyecekleri gibi her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmaktan da vazgeçebilirler. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz.

□ Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, taraflar ve arabuluculuğa katılan üçüncü kişiler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifler; arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü; sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

□ Arabulucu, yapmış olduğu faaliyet karşılığı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nden az olmamak kaydıyla ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Tarifeye göre belirlenir ve ücret ile masraf, taraflarca eşit olarak karşılanır.

□ Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığı ile de katılabilirler.

□ Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca ka-

bul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

□ Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

□ Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra avukat olarak görev üstlenemez.

□ Arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar konusunda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması halinde anlaşma belgesi düzenlenir. Bu anlaşmanın gereklerinin taraflardan herhangi biri tarafından yerine getirilmemesi durumunda diğer taraf arabuluculuk anlaşma belgesini yetkili mahkemeye ibraz ederek icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilir, bu belge yetkili mahkeme tarafından şerh verilmesi ile birlikte ilâm niteliğinde belge vasfını kazanarak mahkeme kararı gibi icra edilir.

□ Taraflar arabuluculuk süreç ve esasları ile anlaşmanın hukuki niteliği ile ilgili, iş bu imzaya konu belge içindeki açıklamaları anladıklarını ve arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek hiçbir hal ve şartın olmadığından bahisle arabuluculuk sürecine başlamak istediklerini ifade ettiler. İşbu tutanak üç nüsha olarak düzenlenmiştir. /..... /.....

(Ad,soyad, TC Kimlik no. ve imza) (Ad, soyad, TC Kimlik no. ve imza)

Taraf Taraf

(Ad, soyad ve imza)

Arabulucu

Arabuluculuk Sicil No:

Bu Tutanak üç (3) nüsha olarak düzenlenir; taraflarda ve arabulucunun kendisinde kalır.

EK-4) MODEL ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Gereğince Yürütülecek Arabuluculuğa ilişkin Model Arabuluculuk Sözleşmesi

İşbu Sözleşme:

Taraf

(Ad, soyad, TC Kimlik no.[/ticaret sicil no.]ve adres)

ile Taraf

(Ad, soyad, TC Kimlik no.[/ticaret sicil no.]ve adres)

arasında imza edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu sözleşmesi ile ilgili olarakdur.

Taraflar, uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin olarak aşağıdaki konularda anlaşma sağlamıştır:

Taraflar, uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmek için iyi niyetle hareket etmeyi, uyuşmazlıklarını, uyuşmazlığın arabuluculuğa yönlendirildiği andaki kanun hükümlerine göre çözmeyi ve arabuluculuk faaliyetine katılmayı kabul eder.

Taraflar, işbu sözleşmenin yetkili temsilcileri tarafından müzakere ve imza edildiğini kabul eder. Taraflar adına bu sözleşmeyi imzalayan yetkili temsilciler, bu sözleşmenin ve olası bir anlaşmanın şartlarının arabuluculuk faaliyetinde mevcut bulunan Taraf ve Taraf adına bulunan kişiler için bağlayıcı olduğunu kabul eder (yetki belgesi bu sözleşme ekinde yer almalıdır).

Taraflar, uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olmak için tek arabulucu seçmeyi kabul eder. Arabulucu, taraflarca müştereken seçilecektir. Bir arabulucu konusunda mutabık kalınamaz ise, arabulucu, tarafından seçilir. Arabulucu ücret ve masrafları için avans isteme hakkına sahiptir.

[NOT: Bu hususun kalması faydalı olur. Zira arabulucu avans alabilmeli ki daha sonra ücret konusunda taraflarla arasında uyuşmazlık çıkmasın]

Arabuluculuk faaliyetine katılanlar:

a) Arabuluculuk faaliyeti öncesi veya sırasında, aksi taraflarca yazılı olarak kararlaştırılmadığı sürece, arabuluculuk faaliyetinden kaynaklı veya bu faaliyetle bağlantılı tüm bilgileri gizli tutacaktır; meğerki bunların kanunen açıklanması zorunluluğu veya taraf anlaşmasının uygulanması gerektiğinde ya da sigorta şirketleri, sigorta brokerleri ve/veya muhasebecilere bilgi verilmesi durumları söz konusu olsun.

b) Taraflar, arabulucu ile aralarında paylaşılan bilgilerin kanunun gerektirdiği haller dışında herhangi bir yasal süreçte hâkim, hakem veya diğer karar vericilere açıklanmayacağını veya bu bilgilerin delil olarak sunulamayacağını kabul eder.

Taraflardan biri, arabulucu ile arabuluculuk faaliyetinden önce veya sırasında gizli bir bilgi paylaşması halinde, arabulucu, bu bilgiyi paylaşan tarafın rızası olmaksızın kanunun gerektirdiği haller dışında herhangi bir taraf veya kişi ile paylaşmayacaktır.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, her bir taraf, arabuluculuk faaliyetine ilişkin arabulucunun yaptığı masraf ve arabulucunun ücretini eşit olarak paylaşmayı kabul eder. Her bir taraf, arabuluculuk faaliyetine hazırlık ve faaliyete ilişkin kendi masraflarını kendisi karşılamayı kabul eder.

Uyuşmazlığın arabuluculuğa sevk edilmiş olması, tarafların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan haklarını etkilemez; uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözülemez ise tarafların mahkemeye başvuru hakkı saklıdır.

Taraflardan biri, arabulucu ile arabuluculuk faaliyetinden önce veya sırasında gizli bir bilgi paylaşması halinde, arabulucu, bu bilgiyi paylaşan tarafın rızası olmaksızın kanunun gerektirdiği haller dışında herhangi bir taraf veya kişi ile paylaşmayacaktır.

İşbu sözleşme iki sayfa ve üç nüsha olarak düzenlenmiştir.

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

.....

Taraf 1 Taraf 2

(Ad, soyad, imza) (Ad, soyad, imza)

.....

(Ad, soyad ve imza)

Arabulucu

Arabuluculuk Sicil No:

EK-5) ARABULUCULUK İLK OTURUM TUTANAĞI

Arabuluculuk Faaliyetinin Başlamasına İlişkin

İlk Oturum Tutanağı

Aşağıda ad ve unvanları yazılı taraflar 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince yürütülen arabuluculuk sürecinin esasları, süreci ve sonuçları hakkında bilgilendirilmişlerdir. Aralarındaki konusundaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi amacıyla görüşmelere tarafların birlikte katılımıyla /..... /..... tarihinde saat ... : ...'da başlanmıştır.

İşbu belge üç nüsha olarak düzenlenmiştir.

.....

(Ad, soyad, TC Kimlik no. ve imza)

(Ad, soyad, TC Kimlik no. ve imza)

Taraf Taraf

.....

(Ad, soyad ve imza)

Arabulucu

Arabuluculuk Sicil No:

EK-6) İHTİYARİ ARABULUCULUKTA
ÖRNEK ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ - TUTANAĞI

Bir Uyuşmazlık Arabuluculukla Çözüme Kavuşturulduğunda Arabuluculuğun Son Aşamasında Kullanılır.

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca düzenlenen Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

ÖRNEK ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

Taraf : [Ad, soyad, TC Kimlik no./ticaret sicil no.]

Vekili : [Ad soyad ve baro sicil no.]

Taraf : [Ad, soyad, TC Kimlik no./ticaret sicil no.]

Vekili : [Ad soyad ve baro sicil no.]

Uyuşmazlık Konusu : Taraf 1 ile Taraf 2 arasında tazminattan doğan ihtilaf[Uyuşmazlık konusu ayrıntılı olarak belirtilecektir]

Anlaşma Tarihi :

Anlaşma Şartları : Tarafların Arabulucu'in yardımıyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca anlaşmaya varmaları üzerine işbu anlaşma belgesi hazırlanmıştır.

Taraflar arabulucu huzurunda aralarındaki uyuşmazlığın çözümü konusunda özgür iradeleriyle aşağıdaki şartlarda anlaşmışlardır (Bu kısma açıklamalar yazılır):

1.

2.

***** Tic. Ltd. Şti 1000 TL (bintürklirası) bedeli ödemeyi ve bu bedeli 20.06.2018 tarihine kadar *****'e ait TR***** IBAN numaralı hesaba aktarmayı kabul etti. Ayrıca, maddi ve manevi hiçbir tazminat talebi olmadığını beyan etti.

***** , ***** tarafından belirttiği IBAN numarasına 20.06.2018 tarihine kadar ödenecek olan 1000 TL (bintürklirası) bedel haricinde maddi ve manevi başka hiçbir tazminat talebi olmadığını beyan etti.

Taraflar, arabulucunun ücret ve masraflarının [eşit şekilde] / [şu şekilde paylaşılması] konusunda anlaşmışlardır.

İşbu belge iki sayfa ve üç nüsha olarak düzenlenmiştir.

.....

Taraf 1 Taraf 2

(Ad, soyad, imza) (Ad, soyad, imza)

.....

(Ad, soyad ve imza)

Arabulucu

Arabuluculuk Sicil No:

Bu anlaşma üç (3) nüsha olarak düzenlenir; taraflarda ve arabulucunun kendisinde kalır. İcra edilebilirlik şerhi almakta da kullanılır.

EK-7) İHTİYARÎ ARABULUCULUKTA SON TUTANAK

Arabuluculuğun son aşamasında hazırlanır.

Sadece bu nüsha Arabuluculuk Daire Başkanlığına gönderilir.

Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesine İlişkin

Son Oturum Tutanağı

(İhtiyari-İsteğe Bağlı Arabuluculuk)

Aşağıda ad ve unvanları yazılı taraflar arasında uyuşmazlık konusunda, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince yürütülen arabuluculuk süreci, işbu kanunun 17. Maddesi çerçevesince saat ...'da anlaşmayla /anlaşmazlıkla sona erdi.

[Taraflar arasında /..... /..... tarihli bir anlaşma belgesi düzenlendi.]

İşbu belge dört nüsha olarak düzenlenmiştir.

.....

(Ad, soyad, TC Kimlik no. ve imza)
no. ve imza)

(Ad, soyad, TC Kimlik

Taraf Taraf

.....

(Ad, soyad ve imza)

Arabulucu

Arabuluculuk Sicil No:

[İşbu belgenin bir kopyası Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Dairesi'ne UYAP üzerinden gönderilir.

Bu tutanak dört (4) nüsha olarak düzenlenir; iki kopya taraflarda ve bir kopya arabulucunun kendisinde kalırken, son kopya Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na UYAP Arabulucu Portalı üzerinden gönderilir.

