

ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Emel BADUR

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5133-8541>,
badur@cankaya.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 10.11.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 27.12.2023

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

Atıf | Citation:

Badur, Emel. "Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu". MHD. 1/1 (2024), s. 1-26.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Öz

Arabuluculuk, Türk Hukuku'na 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte 2012 yılında dahil olmuş, nispeten yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu Kanun gereğince arabulucu, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade eder. HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na dahil edilen dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri, Türk Hukuku açısından arabuluculuğun önemini ve yaygınlığını arttırmıştır.

Aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi kararlaştıran tarafların, arabulucuyla yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmeye, arabulucu sözleşmesi adı verilmektedir. Arabulucunun, arabulucu sözleşmesinin kurulmasının öncesinde de dikkat etmesi gereken hususlar vardır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü arabulucudadır. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu sözleşmesini kurmadan önce, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmeli; elverişli olduğu kanaatine varırsa, sözleşmeyi akdetmelidir. Aksi halde taraflar, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmalarına hukuken imkan bulunmayan bir uyuşmazlığı, bu yolla çözmek için zaman kaybedecek ve harcama yapacaklardır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olmadığını fark ettiği durumlarda, arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucu, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu olur.

Anahtar Kelimeler: Arabulucu, Arabulucu Sözleşmesi, Dava Şartı Arabuluculuk, Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo, Aydınlatma Yükümlülüğü

MEDIATOR'S LIABILITY TO CULPA IN CONTRAHENDO

ABSTRACT

Mediation is a relatively new alternative dispute resolution method that has been incorporated into Turkish Law in 2012 with the adoption and entry into force of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (MLCD). In accordance with this Law, mediator means "the real person who carries out the mediation activity and is registered in the mediators' registry organized by the Ministry". After the adoption of MLCD, the litigation requirement mediation regulations included in Turkish Law have increased the importance and prevalence of mediation in Turkish Law.

The parties who decide to resolve the dispute between them through mediation have done with the mediator and that the mediator undertakes to mediate to the parties of the dispute; On the other hand, the contract in which the parties to the dispute (or just one of the parties) owe to pay the mediator a fee is called the agreement to mediate. However, there are some issues that the mediator should pay attention to before the agreement to mediate is concluded.

It is the mediator's responsibility to evaluate whether the dispute between the parties is suitable for resolution through mediation. Before establishing a agreement to mediate with the parties to the dispute, the mediator should evaluate whether the dispute is suitable for resolution through mediation; If it deems it suitable, it should conclude the contract. Otherwise, the parties will waste time and spend in resolving a dispute that is not legally possible to resolve through mediation. In cases where he realizes that the dispute is not suitable for resolution through mediation, the mediator, who is a party to the agreement to mediate, is liable for the damages arising from the contractual negotiations.

Keywords: Mediator, agreement to mediate, litigation requirement mediation, liability in contractual negotiations, culpa in contrahendo, obligation to inform

GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2/1/a maddesinde arabulucu terimi, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Aynı maddenin (b) bendinde yapılan belirleme gereğince arabuluculuk,

"sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen"

uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuğun tanımına "ihtiyarilik" özelliği dahil edilmesine rağmen, HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na pek çok dava şartı arabuluculuk eklenmiştir. Özellikle 2023 yılında yasa koyucu, tarafından yapılan yasama faaliyetiyle Türk Hukuku'nda var olan üç dava şartı (iş, ticaret ve tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar) arabuluculuğa, HUAK'a dahil edilen 18/B maddesiyle dört ayrı dava şartı hali daha eklemiştir¹. Ayrıca 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalar da dava şartı arabuluculuk uygulamaları kapsamına alınmışlardır.

Türk Hukuku'na dahil edilen dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri sayesinde, sadece arabuluculuğun mevzuattaki önemi ve yaygınlığı artmamıştır. Bu değişikliklerle aynı zamanda arabulucuların uzmanlık alanları genişlediği gibi; arabulucuların bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını veya hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespitleri -eskisine oranla- daha da karmaşıklaşmıştır. Dava şartlarının kabulü öncesinde sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını denetlemekle yükümlü olan arabulucular; artık hem uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını, hem de bu sorunun yanıtının olumlu olması

¹ Anılan değişiklikle yeni dava şartı arabuluculuk uygulamaları olarak kabul edilen alanlar, kiralanan taşınmazların -ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere- kira sözleşmesinden kaynaklanan; taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin; Kat Mülkiyeti Kanunundan (KMK) kaynaklanan ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak belirlenmiştir.

² 32154 sayılı ve 05.04.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

halinde, hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesinin gerektiğini tespit ederek, tarafları bu konular hakkında bilgilendirme yükümlüsü haline gelmişlerdir.

İster iradi ister dava şartı arabuluculuk olsun, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında, arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi kararlaştıran tarafların, arabulucuyla yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmeye arabulucu sözleşmesi adı verilmektedir.

İhtiyari arabuluculuğun yürütüleceği hukuki ilişkilerde arabulucu sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmeye ilişkin yürütülen müzakereler çok kolay gözlemlenebilir. Buna karşılık dava şartı arabuluculuk süreçlerinde arabulucu sözleşmesinin kurulması, genellikle arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında yürütülen uzun sözleşme görüşmeleri sonucunda değil; tarafların zımnî irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Ancak bu durumda da arabulucunun bazı kusurlu davranış veya kaçınmalarının uyuşmazlığın taraflarının zarara uğramasıyla sonuçlanması mümkündür.

Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluğu, arabulucu sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına HUAK'tan kaynaklanan yasal veya etik kurallara dayalı yükümlülüklerini -kusurlu olarak- yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Zira arabulucular sadece HUAK'ta ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde³ (Yönetmelik) değil; Türkiye Arabulucular Etik Kuralları⁴ kapsamında da henüz arabulucu sözleşmesi akdedilmemiş ve arabuluculuk süreci başlamamış olsa bile bazı kurallara uymakla yükümlü kılınmıştır.

Arabulucunun bu kurallara aykırı davranışlarının uyuşmazlığın taraflarının tamamının veya bir kısmının zarara uğramasıyla sonuçlanması halinde, arabulucunun söz konusu zararları tazmin etmesinin hukuki dayanağının, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı kapsamında, sözleşmenin akdedilmesi öncesinde taraflar arasında kurulan güven temelli bir borç ilişkisinde bulunması mümkündür.

³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602-1.htm> (erişim: 10.10.2023).

⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/13032023103745T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (erişim: 10.12.2023).

I. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulması amacıyla yürütülen müzakereler sürecinde, taraflar arasında oluşturulan güven ilişkisinde, karşı tarafla paylaşılan hukuki değerlerin korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan sorumluluk olarak tanımlanabilir.⁵

- ⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Adal, “Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı “*Culpa in Contrahendo*” Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma)”, MÜİİBFD, 2/2 (1985), s. 27; Sibel Adıgüzel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, TAAD, 3/9 (2012), s. 285; Merve Bilge Akbulut, “Yargıtay HGK’nun 2017/2625 E. 2021/766 K. Sayılı Kararının *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu* Bakımından İncelemesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 10/1 (2023), s. 203; Mustafa Arıkan, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/1 (2009), s. 70; Elif Ayan Durhan, “Kendi Kusuruyla Yanılanın *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Terazi Hukuk Dergisi, 17/188 (2022), s. 46; Lale Ayhan İzmirli, “*Lex Mercatoria*’da *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 37/2 (2017), s. 191; Mehtap Ayrancı, “Yetkisiz Temsilcinin *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*”, TAAD, 48, (2021), s. 484; Cem Baygım, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*”, AÜEHFD, IV/1-2 (2000), s. 346; Erkam Haşim Bulut, “*Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun “İmkansızlık” Halindeki Görünümü*”, İstanbul Medeniyet Hukuk Dergisi, 5/9 (2020), s. 109; Uğur Bulut, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, ABD, 2 (2012), s. 328; Yasemin Durak, “Güven Sorumluluğu ve *Culpa In Contrahendo*”, SÜHFD, 25/1, (2014), s. 243; Hans Henrik Edlund, “*Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?*”, European Business Law Review, 30/5, (2019), s. 816; Mehmet Serkan Ergüne, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. I. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, s. 916; Ümit Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul: Beta, 2009, s. 12; Aylin Görener, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2/36 (2019), s. 69; Özgür Güvenç, “*Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi*”, GÜHFD, 18/3-4 (2014), s. 370; Najib Hage-Chahine, “*Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*”, Northwestern Journal of International Law & Business, 32/3 (2012), s. 465; Ali Naim İnan, “*Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzahl Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma*”, Adalet Dergisi, 45/7 (1954), s. 999; Atanur Karaahmetoğlu, “Sözleşme Görüşmelerinde *Culpa In Contrahendo* Açısından Güven Sorumluluğu”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2023), s. 508; Hakan Karakurt, “*Culpa in Contrahendo*”, İBD, 86/4, (2012), s. 223; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, İstanbul: Yasa Yayınları 1988, s. 109; Vladimir Monsalve-Caballero, “*The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations*”, Revista de Derecho Universidad del Norte, 39 (2013), s. 128; Özkan Özyakışır ve Muhammed Ganbari, “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar*”, SÜHFD, 28/2 (2020), s. 754; Alihan Sağır, “Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlı Butlan Yapırımın *Culpa in Contrahendo* ile Daraltılması”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2018), s. 233; Rona Serozan, ““*Culpa In Contrahendo*”, “Akadin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, 3 (1968), s. 117; Mustafa Tiftik ve Elif Şen, “Yetkisiz Temsilde *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, 22/3 (2016), s. 2655; Süleyman Yalman, *Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara: Seçkin,

Yargıtay⁶ sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu

"Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur."

nitelemesiyle tanımlamaktadır. Başka bir ifadeyle bu sorumluluğun temel işlevinin, sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğerine dürüstlük kuralına aykırı davranmak suretiyle verdiği zararların tazminini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür.⁷

Bu sorumluluk sebebine temel teşkil eden ve taraflar arasında kurulan güven ilişkisi, sözleşme yapma amacına yönelmiş bir sosyal temasla, yani sözleşme görüşmeleriyle başlar ve sözleşme süresince, hatta zaman zaman sözleşme sona erdikten sonra da sürer.⁸ Başka bir ifadeyle taraflar arasındaki güven ilişkisi sadece sözleşmenin kurulmasına ve varlığına dayalı olarak değil; sözleşme öncesi gerçekleştirilen temas ve ilişkilerle de kurulur. Bir sözleşme yapmak üzere görüşmelere başlayan kişiler arasında temelini dürüstlük kuralından alan bir güven ilişkisi doğar.⁹ Ancak taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından sonra gündeme gelen güven ilişkisi (veya koruma yükümlülükleri) ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet vermez. Zira sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, artık

2006, s. 38; Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa In Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", Yargıtay Dergisi, 11/3 (1985), s. 244; Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", İÜHFİM, 72/2 (2014), s. 543.

⁶ YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022; Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. E. 2020/4933, K. 2021/2006, T. 04.03.2021.

⁷ "Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir." YHGK E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 01.12.2010.

⁸ "Hukukî bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek hareket eder. Karşı taraf da bu güvenenden dolayı doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü altındadır. Bu ilkeye göre korunan, karşı tarafın haklı güvenidir." YHGK, E. 2018/(13)3-319, K. 2021/1561, T. 02.12.2021.

⁹ Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 267; Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, s. 31.

akit taraflar arasında sözleşmeden doğan sorumluluğun başladığı kabul edilir.¹⁰

Bununla birlikte sözleşmenin kurulması, sözleşme öncesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Görüşmeleri sırasında kusurlu davranışla karşı tarafa zarar verilen sözleşmenin kurulması, sözleşme öncesi sorumluluğu sona erdirmez veya sözleşme kurulmadan önce verilen zararların sözleşme ilişkisi içerisinde değerlendirilmesine sebebiyet vermez. Başka bir ifadeyle akit taraflar arasında gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulmuş olup olmaması kriter olarak değerlendirilmeksizin, koruma, aydınlatma veya özen gösterme yükümlülüklerine kusurlu bir şekilde aykırı davranan tarafın, bu nedenle sebebiyet verdiği zararı tazmin etmekle sorumlu olması gerekir.¹¹

Alman mevzuatında¹² (BGB'nin 241/2. maddesinde) açıkça düzenlenen bu borç ilişkisinin varlığı sonucuna, Türk Hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin düzenlemeden yola çıkılarak varılır. Sözleşme görüşmeleri sırasında kurdukları sosyal temasla birlikte birbirlerinin hak ve menfaatlerine etki etme yakınlığını elde eden taraflar arasında edim yükümlerinden bağımsız ve koruma yükümlerine tabi bir borç ilişkisi kurulur. Tarafların bu sosyal temas sürecinde -dürüstlük kuralı gereğince- birbirlerinin hak ve menfaatlerini koruma yükümü altına girdiği kabul edilir. Başka bir ifadeyle Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını edim

¹⁰ Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, s. 109; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?", s. 820; Güvenç, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", s. 374; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 227. "Diğer taraftan taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır." YHGK E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 01.12.2010; Y. 4. HD, E. 2013/13920, K. 2014/9371, T. 05.06.2014.

¹¹ Ayrancı, "Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", s. 486; Arkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71; Bulut, "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", s. 329; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 244; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 569.

¹² Diğer ülke mevzuatlarında culpa in contrahendo sorumluluğunun düzenleniş biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Monsalve-Caballero, "The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations", s. 132 vd.; Konuya ilişkin ABD Hukuku hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulanması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 364.

yükümlülüklerinden bağımsız ve dürüstlük kuralı gereğince kurulan bir borç ilişkisi oluşturur.¹³

Öğretide¹⁴ sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluğun hukuki niteliği oldukça tartışmalı olmakla birlikte, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hazırlık döneminde taraflarca gerçekleştirilecek bazı davranışların bu kapsamda değerlendirilebileceği konusunda genel bir kabul bulunmaktadır. Örneğin sözleşme görüşmelerini yürüten taraflardan birinin, diğer tarafa yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi; vermesi gereken bilgiyi vermemesi; sözleşme yapma iradesi olmamasına rağmen sözleşme görüşmeleri yapması; sözleşme görüşmelerini uygun olmayan bir zamanda kesmesi; koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi, doğabilecek zararları engellememesi, gibi davranışların culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.¹⁵ Taraflar arasında kurulan güven ilişkisinin ihlali, söze veya yazıya yansıyan olumlu davranışlarla ihlal edilebileceği gibi, karşı tarafa

¹³ Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71; Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 347; Güvenç, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", s. 373; Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009. s. 72 vd.; Karaahmetoğlu, "Sözleşme Görüşmelerinde Culpa In Contrahendo Açısından Güven Sorumluluğu", s. 523; Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, s. 102. "Davranış yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır. Davranış yükümleri somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarına değil, zarardan uzak tutulma çıkarına yönelmiştir." Serozan, "Culpa In Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", s. 118.

¹⁴ Sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", s. 286; Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 79; Ayhan İzmirli, "Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu" s. 194; Ayan Durhan, "Kendi Kusuruyla Yanılanın Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 47; Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 361; Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, s. 41; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 263; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?" s. 816; Görener, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 70; İnan, "Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", s. 1000; Hage-Chahine, "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation", s. 473; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 228; Sağır, "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltılması", s. 235; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 544.

¹⁵ Adıgüzel, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", s. 293; Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71, 77, 78; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?" s. 817; Günenç, s. 386; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 559.

açıklanması gereken bir hususun açıklanmaması suretiyle gerçekleştirilen eylemsizliklerle de ortaya çıkarılabilir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun unsurları, diğer sorumluluk türlerinin varlığı açısından da varlığı aranan kusur, zarar ve nedensellik bağıdır. Yargıtay¹⁶ bu sorumluluk türünü diğerler sorumluluklardan ayıran özel şartın “*normatif anlamda korunmaya değer güvenin ihlal edilmesi*” cümlesinden yola çıkılarak tespit olunabileceğinin altını çizmektedir. Sorumluluğun varlığı açısından aranan güven ilişkisinin, sadece sözleşme görüşmesi yürütmekten ibaret davranışlarla oluşması mümkündür.

Güvenin boşa çıkarılması sebebiyle culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, güven konusunun objektif bakımdan güven uyandırmaya elverişli olması gerekir. Ancak bu güvenin hukuk düzeni tarafından “*korunmaya değer olması*” da aranan bir diğer şarttır. Yani güven konusu, ortalama, makul ve dürüst bir kişide güven uyandıracak nitelikteyse, hukuk düzeni bu güveni, haklı güven olarak değerlendirir ve koruma altına alır.¹⁷ İhlal edilen güvenin korunmaya değer olup olmadığı her somut uyuşmazlık açısından bütün koşullar değerlendirilerek belirlenecektir.¹⁸

II. ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE DİKKAT ETMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Öğretide¹⁹, arabulucunun HUAK’tan ve Etik Kuralardan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda doğan zararların sözleşmeye aykırılık, haksız fiil ve sözleşme görüşmelerinden doğan güven ilişkisine aykırılığa dayalı olarak tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. HUAK’da ve konuya ilişkin diğer mevzuatta, arabulucunun ihtiyari veya dava şartı arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan hukuki (tazminat) sorumluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda arabulucunun sebep

¹⁶ YHGK, E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022.

¹⁷ Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, s. 179; Güvenç, s. 382.

¹⁸ Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, s. 115.

¹⁹ Betül Azaklı Arslan, “*Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu*”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2018), s. 210; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculukların Hak ve Yükümlülükleri*, B. 2. Ankara: Adalet 2018, s. 465; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, B. 3, Ankara: Adalet 2016 s. 211; Michael Moffitt, “*Suing Mediators*”, Boston University Law Review, 83/147 (2003), s. 168.

olduğu zararların tazmini konusunda borçlar hukukunun genel kurallarının uygulanması zorunludur.²⁰

Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunda, kurulması için görüşmelerin yürütüldüğü sözleşme, arabulucu sözleşmesidir. Arabulucu sözleşmesi, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi -en azından uyuşmazlığı bu yolla çözmeyi denemeyi-kararlaştıran tarafların, arabulucuyla (veya eş arabulucularla) yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanabilir.²¹ Arabulucu sözleşmesinin esaslı unsurları, arabulucu tarafından arabuluculuk görevinin gerçekleştirilmesi, bunun karşılığında uyuşmazlığın taraflarının (veya taraflardan sadece birinin) ücret ödemesi ve son olarak da sözleşmenin taraflarının anlaşmasıdır.

Eş arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için birlikte arabuluculuk faaliyeti gösteren iki veya daha fazla arabulucuyu ifade etmek için kullanılan bir terimdir.²² Uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki hukuki meseleyi, eş arabulucular tarafından yürütülecek bir arabuluculuk faaliyetiyle çözüme ulaştırmayı tercih etmeleri durumunda; eş arabulucuların her biri, arabulucu sözleşmesine taraf olacaktır.

Bu sözleşmenin kurulması sırasında eş arabulucuların birlikte sözleşme müzakerelerini yürütmeleri söz konusu olabileceği gibi; uyuşmazlığın taraflarıyla eş arabulucuların ayrı ayrı sözleşme görüşmeleri yapmalarının da önünde bir engel yoktur. Ayrıca eş arabulucuların kendi aralarında geçerli bir

²⁰ Öğretide arabulucunun hukuki sorumluluğunun, özellikle dava şartı arabuluculuk bağlamında, yasal zemine oturtulması ve konuya ilişkin açıklık getirilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir. Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBBD, 147 (2020), s. 126; Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 218.

²¹ Öğretide yapılan benzer tanımlar için bkz. Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 211; Emel Badur, "Arabulucu Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 15/162 (2020), s. 249; Emel Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 18 (2021), s. 54; Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, B. 2, İstanbul: On İki Levha 2019, s. 57; Amanda First, "A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space", Harvard Negotiation Law Review, 23 (2017), s. 412, 413; Andy Grossman, *Good Practice Guide: Mediation*, London: Riba 2009, s. 22, 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan 2020, s. 85.

²² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, "Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/161 (2018), s. 9-36.

temsil ilişkisinin varlığı halinde, eş arabuluculardan biri de diğeri (veya diğeri) adına eş arabuluculuk sözleşmesinin görüşmelerini yürütebilir. Eş arabulucular tarafından sürdürülen sözleşme görüşmelerinden doğan zararların tazmin edilmesi için, ihlal edilen güven ilişkisini kuran ve kusurlu bir şekilde bu güveni ihlal eden arabulucunun sorumlu tutulması gerekir.

Arabulucunun HUAK'tan ve Etik Kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerinin bir kısmı arabuluculuk sürecinin başlamasından ve arabulucu sözleşmesinin kurulmasından önce başlamaktadır. Örneğin arabulucunun görevi ifa ederken, arabuluculuğun temel ilkeleri olan tarafsızlığın sağlanmasına ve taraflar arasında eşitliğin gözetilmesine özen göstermesi gerekir.²³ Arabulucunun tarafsızlığı, sadece arabuluculuk sürecinin tümünde değil; sürecin başlamasından önce de sergilenmesi ve korunması gerekli bir hukuki beklentidir. Arabulucunun tarafsızlığından anlaşılması gereken, arabulucunun söz konusu faaliyeti yürütürken, kullanılacak yöntemi belirlerken veya uyuşmazlığa ilişkin çözüm seçeneklerini değerlendirirken, uyuşmazlığın tüm taraflarına eşit mesafede olması ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek tutum ve davranışlardan kaçınmasıdır.²⁴

HUAK'ın 9/3. (Yönetmeliğin 11/4.) maddesi gereğince arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük Yönetmeliğin 5/2. maddesinde yer verilen *"Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılmayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz."* kuralıyla da pekiştirilmiştir. Etik Kuralların 1. maddesinde yerini alan eşitliği gözetme yükümlüğü, uyuşmazlığın taraflarının gereksinimleri doğrultusunda adil olunmasını kapsayacak genişliktedir. Bu yükümlülük, arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasında da arabulucunun omuzları üzerindedir.

²³ Arabulucunun tarafsız ve eşitliği gözetir şekilde davranmasının sağlanması amacıyla, Etik Kuralların 4. maddesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında, herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışmasının bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucu sözleşmesinin akdedilmesinden önceye dayanmamalıdır. Başka bir ifade ile arabulucu uyuşmazlığın taraflarıyla arasında bir menfaat ilişkisi veya çatışması varsa, arabulucu sözleşmesi kurmaya yanaşmamalı, hatta bu durumu fark ettikten sonra sözleşme görüşmelerini sürdürmemelidir.

²⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, *"Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2019), s. 263 vd.

A. Arabulucunun Uyuşmazlığın Hukuki Niteliğini Belirlemesi

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü arabulucudadır. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu sözleşmesini kurmadan önce, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmeli; elverişli olduğu kanaatine varırsa, sözleşmeyi akdetmelidir. Aksi halde taraflar, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmalarına hukuken imkan bulunmayan bir uyuşmazlığı, bu yolla çözmek için zaman kaybedecek ve harcama yapacaklardır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olmadığını fark ettiği halde, sözleşme görüşmelerini bu nedenle sonlandırmayan veya arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucu, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu olur.

HUAK'ın 1/2. maddesinde yer verilen *“yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklar”* ifadesi, arabuluculukla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıkların kapsamının belirlendiği temel yasal düzenlemedir. Ayrıca aynı maddede aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı da belirtilmek suretiyle kapsama ilişkin belirlemeler tamamlanmıştır.²⁵ Arabulucunun, arabulucu sözleşmesine ilişkin görüşmeleri yürütürken yoğunlaşması gereken öncelikli husus, taraflar arasındaki uyuşmazlığın anılan madde kapsamında değerlendirilmeye uygun olup olmadığını belirlemesidir.

Arabulucunun HUAK kapsamında olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak arabuluculuk etmeyi üstlendiği bir durumda, Kanun çerçevesinde geçerli bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmediğinden, Kanun'un 16/2. maddesinde kaleme alınan *“Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”* hükmü uygulama alanı bulamayacak ve taraflar bu nedenle de zarara uğrayabileceklerdir.²⁶ Tarafların zamanaşımı veya hak düşürücü süreleri kaçırılmaları nedeniyle uğradıkları zararların arabulucunun culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmininin talep edilmesi mümkündür.

²⁵ Doğa Ekrem Doğancı, *“Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi”*, Sakarya Hukuk Dergisi, 1/2 (2013), s. 93-118.

²⁶ Dava şartı arabuluculuk açısından da benzer bir hüküm HUAK'ın 18/B/15. maddesinde *“Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.”* ifadesi kullanılarak düzenlenmiştir.

Buna karşılık arabulucunun uyuşmazlığın taraflarıyla yaptığı sözleşme görüşmelerinde kendinden beklenen gerekli özeni göstermesine rağmen, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı, arabulucu sözleşmesi kurulduktan ve arabuluculuk faaliyeti başladıktan sonra ortaya çıkması da olasılık dahilindedir. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı, arabulucuya yüklenecek bir kusur olmaksızın, sonradan ortaya çıkması halinde; arabulucu, arabuluculuğu sona erdirir. Böyle bir durumda kusuru bulunmayan arabulucunun, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu tutulamayacağı da açıktır. Hatta Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 4/2. maddesinde böyle bir durumda arabulucunun tam ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.²⁷

Arabulucunun uyuşmazlığın hukuki niteliğine ilişkin olarak tespit etmesi gereken tek husus, bu uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmaması hakkındaki değildir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması önkoşuluyla, arabulucu bu uyuşmazlığın dava şartlarından birinin kapsamında olup olmadığını da belirlemekle yükümlüdür. Örneğin işçinin iş kazası nedeniyle uğradığı zararlarının tazminine ilişkin olarak işvereniyle yaşadığı uyuşmazlık, HUAK kapsamında arabuluculuğa elverişli olmakla birlikte; İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/3. maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. İşçinin bu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğunu sanarak arabulucuyla sözleşme görüşmelerini başlatması durumunda; arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olduğu halde, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını açıklamalıdır.²⁸

Eğer taraflar arasındaki uyuşmazlık dava şartlarının birden fazlasını ilgilendiriyorsa, uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti arabulucu tarafından yapılacaktır.²⁹

²⁷ "Arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı hususu ortaya çıkar ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise sonradan ortaya çıkan bu durumla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, bu Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır."

²⁸ "Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını ve türünü resen araştırması gerekir." ifadesiyle aynı yönde bkz. Nesibe Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Adalet Dergisi, 68 (2022), s. 402.

²⁹ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, "Bir Uyuşmazlığın Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı ve Uyuşmazlık Türünün Belirlenmesine İlişkin Görüş" başlıklı ve 26.02.2021 tarihli yazısında konuya ilişkin görüşünü "HUAK uyarınca arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, gerek mesleki kademi, gerek almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve

Arabulucu, bu değerlendirmesinin sonucunu, henüz arabulucu sözleşmesi kurulmadan önce, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında taraflara da bildirmelidir. Söz konusu bilgilendirmenin yapılmaması, arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna sebep teşkil edebilir.³⁰ Özellikle Türk Hukuku'nda uyuşmazlığın taraflarının avukatla temsil zorunluluklarının bulunmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, dava şartı arabuluculuk alanları bakımından başvuruda yaptıkları yanlış alan tespitlerinin ve bu nedenle ortaya çıkması muhtemel zararların sonuçlarının, uyuşmazlığın tarafları üzerinde bırakılması adil olmayacaktır.³¹

Örneğin iki tacir arasındaki işyeri kirasından kaynaklanan kira bedeli alacağına ilişkin uyuşmazlığın, ticaret hukukuna mı yoksa kira sözleşmelerine ilişkin dava şartına mı tabi olduğunu belirleme yetkisi arabulucuya tanınmıştır. Bir uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında olduğunun belirlenmesinin birden fazla açıdan hukuki önemi vardır. Bunlardan ilki arabulucunun süreci yürütürken uymakla yükümlü olduğu azami sürelerin belirlenmesinde ortaya çıkar. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A/2. maddesi kapsamında yürütülen dava şartı arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Ancak bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabileceği de maddede belirtilmiştir. Buna karşılık HUAK'ın "Dava şartı olarak arabuluculuk" kenar

gerke uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukuki değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukuki alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi gerektiği değerlendirilmektedir." ifadesiyle açıklamıştır. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2622021151134Bir%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Dava%20%C5%9Eart%C4%B1%20Kapsam%C4%B1nda%20Olup%20Olmad%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Ve%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1k%20T%C3%BCr%C3%BCn%C3%BCn%20Belirlenmesine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20G%C3%B6r%C3%BClmesi.pdf>

³⁰ Öğretide dava şartı kapsamındaki uyuşmazlıklarda arabulucunun büro tarafından atandığı durumlarda, uyuşmazlığın taraflarının uğradıkları zararların tazmini talebiyle açılacak tazminat davalarının -arabulucunun kusuru olsa bile- devlet aleyhine açılması gerektiğine dair bir görüş de ileri sürülmüştür. Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 218; İbrahim Ermenek, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", Yargıtay Dergisi, 46/4 (2020), s. 1054; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, B. 2, Ankara: Yetkin 2022, s. 170-171. Kurt Konca böyle bir durumda Adalet Bakanlığının birinci derecede, arabulucunun ise ikinci derecede sorumlu olmaları gerektiğini; Bakanlık tarafından arabulucuya yöneltilen rücu talebinde, arabulucunun ancak açık bir kanun hükmüne aykırı davranışının bulunması halinde sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 397.

³¹ Aynı yönde bkz. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 402.

başlıklı 18/A/9. maddesinde diğer dava şartı hallerini kapsayacak şekilde, “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.” kuralına yer verilmiştir.

Arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk türlerinden hangisine dahil olduğunu belirlemesinin bir diğer önem taşıdığı nokta, arabulucunun ücretinin Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi üzerinden ödenmesi durumunda ortaya çıkar. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanması halinde arabulucuya ödenecek saatlik ücretler belirlenirken, uyuşmazlıkların konusuna (hukuki niteliğine) göre bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu nedenle arabulucu tarafından uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında yer aldığı belirlenmesi, uyuşmazlığın taraflarının Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi üzerinden ödeyecekleri ücrete ilişkin aydınlatmanın içeriğine de etki edecektir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı “Arabuluculuk Dosya Türü Değişikliğinde Mahkemelerin Arabuluculuk Sürecini Görebilmeleri Hakkında Görüş”³² başlıklı bilgilendirmesinde, konuya ilişkin bakış açısını şu şekilde ifade etmiştir: “Bir uyuşmazlıkla ilgili yapılan arabuluculuk başvurusunun, gerek ticari, gerek iş ve gerekse tüketici uyuşmazlığı adı altında yürütülüp, görüşme sonunda anlaşma olarak sonlandırılmasının ardından, o uyuşmazlıkla ilgili, arabuluculuk süreci tamamlanmış olacağından, açılacak olan dava, hangi görevli mahkemede açılırsa açılsın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili dava şartının yerine getirilmiş olacağı, bu şekilde yapılacak değerlendirmenin usul ekonomisi de uygun olacağı düşünülmektedir.”

B. Arabulucunun Uyuşmazlığın Uzmanlığı Gerektirip Gerektirmediğini Belirlemesi

HUAK'ta ve konuya ilişkin diğer düzenlemelerde ihtiyari arabuluculuk vasıtasıyla çözüme ulaştırılmak istenen uyuşmazlıkların konusu açısından, arabulucunun özel bir uzmanlığa sahip olması şartı aranmamıştır. Ancak dava şartı arabuluculuk kapsamında yürütülecek arabuluculuklar açısından önem taşıyan bir konu da arabulucunun uyuşmazlığın konusuna ilişkin uzmanlığı meselesidir. HUAK'ın “Dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlıklı 18/A/3. maddesinde “Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu

³²<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/532021164348adbg%C3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pdf>

madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir." ifadesi kullanılarak -çok da açık olmamakla birlikte- dava şartı kapsamında kalan uyuşmazlıklar için uzman arabulucuların³³ görev yapabileceği düzenlenmiştir. HUAK'ın 18/A/5. maddesinde ise bu çıkarımı destekler nitelikte olarak, dava şartı kapsamındaki uyuşmazlıklar için arabulucunun, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirleneceği³⁴ veya tarafların listede yer alan bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucunun görevlendirileceği kaleme alınmıştır.

Yukarıda açıklanan düzenlemeler birlikte ele alındığında, dava şartı arabuluculukların, ancak uzman arabulucular tarafından gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucunun sadece sicile kayıtlı olması yetmeyecek; aynı zamanda uzman arabulucular listesinde yer alması da gerekecektir. Başka bir ifadeyle dava şartı kapsamında bir uyuşmazlığa arabuluculuk edecek kişinin, listeye kayıtlı arabulucular arasından büroca atanması veya taraflarca seçilmesi gerekir.

Sonuç olarak, uzman arabulucu listesine kayıtlı olmayan bir arabulucunun, dava şartı arabuluculuk yapmak için kurduğu arabulucu sözleşmesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacaktır.³⁵ Uyuşmazlıkları dava şartı kapsamında yer alan tarafların, uzman arabulucular listesinde yer almayan bir kişiyi arabulucu olarak seçmeleri ve bu kişiyle arabulucu sözleşmesine ilişkin görüşmeleri başlatmaları halinde, culpa in contrahendo sorumluluğundan kaçınmak isteyen arabulucunun, taraflara söz konusu sözleşmeyi akdetmeye ehil olmadığını derhal açıklaması gerekir.

C. Arabulucunun Tarafları Aydınlatması

Sözleşme görüşmelerini yürüten tarafların her biri, karşı tarafın sözleşmenin kurulması veya koşullarıyla ilgili kararını etkileyecek tüm

³³ Uzman arabulucu kavramı, mevzuatta tanımlanmamış olmakla birlikte; öğretide "nitelik ve özellikleri itibarıyla birbirine benzeyen uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde, bu uyuşmazlığa özgü yöntemleri bilen, uygulayan ve geliştirme kapasitesine sahip olan arabulucular" ifadesiyle tanımlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 370.

³⁴ Bu hüküm Yönetmeliğin 24/1. maddesinde yer alan "Dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez" ifadesiyle de güçlendirilmiştir.

³⁵ Badur, "Arabulucu Sözleşmesi", s. 251.

konular hakkında doğru bilgi vermek ve açıklamada bulunmak zorundadır. Başka bir ifadeyle bilgi verme (aydınlatma), aslında sadece arabulucunun mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüğü değil; sözleşme kurma aşamasının da bir gerekliliğidir.

HUAK'ın 11. maddesinde “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.*” ifadesine yer verilmiştir. Üstünde durulması gerekli nokta, yasa koyucu tarafından kullanılan “*arabuluculuk faaliyetinin başında*” belirlemesinden anlaşılması gerekenin, arabulucu sözleşmesinin kurulmasının öncesi mi sonrası mı olduğu meselesidir. Zira bu belirlemeye göre, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, ya sözleşme öncesi görüşmeler kısmına ya da sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle dahil olacaktır.

Arabulucunun adalete erişim yollarında üstlendiği görevin önemi dikkate alındığında, aydınlatma yükümlülüğünü sadece sözleşmenin kurulmasından sonraya bırakılacak bir edim olarak nitelemek, arabuluculuk kurumunun işlevi ve sonuçları açısından uygun bir tercih olmayacaktır. Sonuç olarak arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını, arabuluculuk faaliyeti ve hukuki sonuçları hakkında sözleşme görüşmeleri sırasında da bilgilendirmelidir. Dava şartlarının yürürlüğe girmesiyle birlikte, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü daha da önem kazanmıştır.

Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri sırasında başladığına ilişkin yasal dayanağa, çok açık olmasa da HUAK'ın 9/2. maddesinde rastlanabilir. Yasa koyucu anılan hükümde, arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını bu konuda bilgilendirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında yer verilen “*Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.*” ifadesi, konuya ilişkin aydınlatmanın, sözleşme görüşmeleri sırasında -yani sözleşmenin kurulmasından önce- yapılmasının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğü, Yönetmeliğin 13/1. maddesi gereğince arabulucu tarafından şahsen ifa edilmelidir. Yönetmeliğin 13/2. maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının açıklanması amacıyla, arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek

olan anlaşma belgesi ile icra edilebilirliğin nitelik ve hukuki sonuçlarının da aydınlatmaya dahil edilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Arabuluculuğun temel ilkeleri gereğince, sürecin sürdürülmesi ve uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığın taraflarının kontrolindedir ve bu kontrol ancak arabulucu tarafından yapılan aydınlatmayla sağlanabilir. Nitekim Etik Kuralların 2/3. maddesinde arabulucuya karar verme yetkisinin kendisinde değil; taraflarda olduğu hususunu vurgulama yükümlüğü getirilmiştir. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında eksik bilgi vermesinin yanı sıra yanlış bilgi vermesinin de culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı belirtilmelidir. Sorumluluğun doğabilmesi için yanlış veya yanıltıcı bilgi verenin kusurlu olması gerekir. Ancak arabulucunun, aldığı eğitim ve başarılı bulunduğu bir sınav sonucunda bu faaliyeti yürüttüğü göz önünde bulundurulduğunda, arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı bilgi verdiği hallerde kusurlu olduğu kabul edilebilir.

D. Arabulucunun Sır Saklaması

Arabuluculuk sürecinin taraflarına sağladığı en önemli avantajlardan biri olan gizlilik ilkesinin³⁶ teminatını teşkil eden arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün de henüz arabuluculuk sürecinin başlamasından önce elde edilen sırları da kapsadığına dair bir şüphe bulunmamaktadır. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, HUAK'ın 4/1. maddesinde "*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*" şeklinde ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 6/3. maddesinde bu yükümlülüğün, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar için de geçerli olacağı açıklanmıştır.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, arabulucu sözleşmesinin sona ermesi, arabulucunun bu unvanı kaybetmesi, uyuşmazlığın taraflarının ölmesi veya tüzel kişiliği kaybetmesi gibi nedenlerle son bulmaz. Örneğin arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler esnasında öğrendiği ticari sırları alenileştiren arabulucunun, alenileşen ticari sır uyuşmazlığın taraflarına aitse taraflara; sır üçüncü kişilere aitse bu kişilere karşı tazminat sorumluluğu doğar. Sözleşme görüşmelerine katılan taraflar uğradıkları zararların tazminine ilişkin taleplerini culpa in contrahendo sorumluluğuna

³⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Umut Ozan Erginer, "*Arabuluculuk ve Gizlilik*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/9 (2017), s. 73-98.

dayandırabilirlerken; üçüncü kişiler haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararlarının tazmini yoluna başvurabilirler.

III. ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN ZARARLARI TAZMİNİ

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun hukuki sonucu, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet veren arabulucunun tazminat ödeme yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Tazmin edilmesi gereken zarar genellikle kişilerin malvarlığı değerlerine ilişkin, maddi zararlardır. Ancak koşulların varlığı halinde, arabulucunun sözleşme görüşmelerinde sergilediği kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkan manevi zararları da tazmin etmesi gerekir. Örneğin arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarına dair edindiği sırları arabulucu sözleşmesinin görüşmeleri sürerken yeterince saklamaması halinde, tarafların manevi zarara uğramaları da söz konusu olabilir.³⁷ Arabulucunun sözleşme görüşmelerinde edindiği sırrı açıklanmasıyla bir kazanç elde edilmişse, elde edilen kazancın iadesi de arabulucudan talep olunabilir.³⁸

Öğretide³⁹ culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmini gereken asıl zararın, ifa menfaatinin karşılanamamasından değil; taraflardan birinin sözleşmenin kurulacağına dair duyduğu haklı güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan menfi (olumsuz) zarar olduğu belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle bu durumda korunan menfaat, sözleşme görüşmelerinin hiç başlamamasına veya sözleşmenin kurulacağına dair güvenin hiç

³⁷ Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkta culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında, manevi zararların da tazmininin mümkün olduğunu şu ifadelerle özetlemiştir: "Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan koruma yükümlülüklerinin bir bölümü, diğer tarafın kişilik değerlerine zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar ve görüşmelerde bulunan taraflardan birisi, kusurlu olarak, bu yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle karşı tarafın örneğin beden bütünlüğünü ihlal edebilir veya gizli veya özel alanına ilişkin bir sırrı açıklayabilir. İşte bu hâllerde, kişilik hakkı ihlal edilen, acı ve elem duyabilir, yaşama sevinci azalabilir, yani manevi zarara uğrayabilir. Bu durumda da kişilik hakları ihlal edilen kişinin manevi zararını talep edebileceği kabul edilmelidir." YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022; YHGK, E. 2012/184, K. 2012/385, T. 13.06.2012.

³⁸ Cüneyt Bellican, "Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020, s. 142.

³⁹ Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 363; Demircioğlu, "Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)", s. 264; Güvenç, s. 397; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 233; Özyakışır ve Ganbari, "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar", s. 764; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 565.

duyulmamasına ilişkindir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, arabulucunun sözleşme görüşmeleri sırasında zarar verici kusurlu davranışı hiç sergilememiş olsaydı ortaya çıkmayacak olan zarardır. Ancak hakkaniyet gerektiriyorsa, hakimin TBK'nın 26/2. ve 47/2. maddelerinden kıyasen yararlanmak suretiyle olumsuz zararı aşan olumlu zarara hükmetmek noktasında takdir hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.⁴⁰

Yargıtay⁴¹ konuya ilişkin görüşünü “Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan (olumsuz zarardan) sorumluluğu değil, dürüstlük kurallarına dayanan güven ilkesinden kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar.” ifadesiyle ortaya koymuştur. Kararda “güven zararı” olarak nitelenen ve sözleşme görüşmelerinden doğan zararın “uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yahut yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan, başka bir deyişle, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarar olarak tanımlanabilecek “menfi zarar” kavramına paralel bir kavram olmakla birlikte görüşmelerden doğan zarar sözleşmenin hiç kurulmadığı hallerde de doğabileceği gibi istisnai de olsa bazı durumlarda müspet zararı dahi aşabileceğinden daha geniş kapsamlı” olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak Yargıtay’ca benimsenen, tazmini gereken zararın kapsamının her somut olayda hakim tarafından -olayın özelliklerine göre- belirlenmesidir.

Eğer uyuşmazlığın taraflarıyla arabuluculuk sözleşmesinin kurulmasına ilişkin müzakereleri eş arabulucular yürütmüşlerse, sözleşme görüşmelerinden doğan zararın, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet veren arabulucu tarafından tazmin edilmesi gerekir. Özellikle eş arabuluculardan her birinin sözleşme görüşmelerini uyuşmazlığın taraflarının paylaşılması suretiyle yürüttükleri durumlarda, kusurlu davranan eş arabulucunun, sebebiyet verdiği zararı tazmin etmesi, adil ve hukuka uygun bir sonuç oluşturacaktır. Buna karşılık eş arabulucuların birlikte aldıkları kararlar sonucu (örneğin uyuşmazlığın HUAK kapsamında olup olmadığına veya dava şartı türüne ilişkin olanlar vb.) sözleşme görüşmeleri sırasında zarara

⁴⁰ Baygın, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, s. 345; Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, s. 364; Ergüne, s. 920; Güvenç, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, s. 397; Özyakışır ve Ganbari, “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar”, s. 764; Sungurbey, Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, s. 103; Tiftik ve Şen, “Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, s. 2656.

⁴¹ YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022.

yol açmaları halinde, aynı fiilin faileri olmaları nedeniyle müteselsilen sorumlu oldukları kabul olunmalıdır.

SONUÇ

Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk Alman Hukukunun aksine, TBK'da genel bir hükümlerle düzenlenmemiştir. Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğuna dair özel hükümlere de HUAK'da yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğreti ve yargı kararlarıyla, Türk Hukukunda sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışıyla karşı tarafa zarar veren kişilerin bu zararları tazmin etmeleri gerektiği genel kabul görmüştür. Bu kabulün arabulucunun, arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasında, uyuşmazlığın taraflarının zarar görmesiyle sonuçlanan kusurlu eylemleri (veya kaçınmaları) için de geçerli olduğu şüphesizdir.

Arabulucu sözleşmesinin kurulması sürecinde birbirlerini korumalarını gerektirecek kadar yakın bir ilişkiye giren arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında oluşan sosyal temas, bu kişileri (bu makale özelinde arabulucuyu) özen göstermek, gerekli bilgileri vermek suretiyle diğer tarafı aydınlatmak, görüşülen kişilerin şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek amaçlarıyla bazı koruma yükümlülüklerine tabi kılmıştır. Bu özen ve koruma yükümlülükleri, arabulucunun kusurlu davranışını sergilediği görüşmelerin sonucunda geçerli bir sözleşme kurulmuş olup olmadığı önem taşımaksızın, sadece sözleşme görüşmelerine başlamakla doğmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, esas itibarıyla bir tazminat sorumluluğudur. Başka bir ifadeyle arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğundan söz edilebilmesi için, bu görüşmelere katılan uyuşmazlığın taraflarından en az birinin, zarara uğraması şarttır. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını zarara uğratmadığı kusurlu hareketlerinin sonucunda, culpa in contrahendo sorumluluğu doğmaz.

Arabulucunun sözleşme görüşmeleri sırasında sergilediği kusurlu davranışlarıyla uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlık konusuyla ilgili zararlara uğrayabilecekleri gibi; arabulucunun bu görüşmeler sırasında öğrendiği sırları yayması gibi bazı örneklerde, sadece uyuşmazlık konusuyla ilgili olmayan zararlara da uğrayabilirler. Uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusuyla ilgili zararlarının örneklerini geçerli olarak kurulmayan bir arabulucu sözleşmesine duydukları güven nedeniyle zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin kaçırılması; dava şartının yerine

getirilmemiş olması veya hükümsüz olan arabuluculuk anlaşma belgeleri sonucunda doğan zararlar oluşturabilir.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan. "Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı "Culpa in Contrahendo" Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma)". Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Dergisi. 2/2 (1985): 27-40.
- Adıgüzel, Sibel. "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk". TAAD. 3/9 (2012): 281-311.
- Akbulut, Merve Bilge. "Yargıtay HGK'nun 2017/2625 E. 2021/766 K. Sayılı Kararının Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bakımından İncelemesi". Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi. 10/1 (2023): 189-224.
- Arıkan, Mustafa. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/1 (2009): 69-89.
- Ayan Durhan, Elif. "Kendi Kusuruyla Yanılanın Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 17/188 (2022): 43-56.
- Ayhan İzmirli, Lale. "Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. 37/2 (2017): 170-229.
- Ayrancı, Mehtap. "Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", TAAD. 48, (2021): 473-508.
- Azıklı Arslan, Betül. "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu". Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8/1 (2018): 189-223.
- Badur, Emel. "Arabulucu Sözleşmesi". Terazi Hukuk Dergisi. 15/162 (2020): 248-265.
- Badur, Emel. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 18 (2021): 49-87.
- Bellican, Cüneyt. "Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü". Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020: s. 139-151.
- Baygın, Cem. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması". AÜEHFD. IV/1-2 (2000): 345-377.
- Bulut, Erkam Haşim. "Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun "İmkansızlık" Halindeki Görünümü". İstanbul Medeniyet Hukuk Dergisi. 5/9 (2020): 107-125. (İmkansızlık)
- Bulut, Uğur. "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi". ABD. 2 (2012): 321-346.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Doğancı, Doğa Ekrem. "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi". Sakarya Hukuk Dergisi. 1/2 (2013): 93-118.
- Durak, Yasemin. "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo". SÜHFD, 25/1, (2014): (s. 239-288).

- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculukların Hak ve Yükümlülükleri*. B. 2. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Edlund, Hans Henrik. "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?". *European Business Law Review*. 30/5 (2019): (s. 815-822).
- Ekmekçi Ömer, Muhammet Özokes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. B. 2. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erginer, Umut Ozan. "Arabuluculuk ve Gizlilik". *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/9 (2017): (s. 73-98).
- Ergüne, Mehmet Serkan. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini". Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010: (s. 909-926).
- Ermek, İbrahim. "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi". *Yargıtay Dergisi*. 46/4 (2020): (s. 1017-1062).
- First, Amanda. "A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space". *Harvard Negotiation Law Review*. 23 (2017): (s. 405-430).
- Gezder, Ümit. *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Görener, Aylin. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 2/36 (2019): (s. 67-80).
- Grossman, Andy. *Good Practice Guide: Mediation*, London: Riba, 2009.
- Güvenç, Özgür. "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi". *GÜHFD*. 18/3-4 (2014): (s. 363-406).
- Hage-Chahine, Najib. "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation". *Northwestern Journal of International Law & Business*. 32/3 (2012): (s. 451-540).
- İnan, Ali Naim. "Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma". *Adalet Dergisi*. 45/7 (1954): (s. 999-1013).
- Karaahmetoğlu, Atanur. "Sözleşme Görüşmelerinde Culpa In Contrahendo Açısından Güven Sorumluluğu". *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2023): (s. 505-543).
- Karakurt, Hakan. "Culpa in Contrahendo". *İBD*. 86/4 (2012): 222-235.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. B. 3. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kurt Konca, Nesibe. "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler". *Adalet Dergisi*. 68 (2022): (s. 367-408).
- Monsalve-Caballero, Vladimir. "The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations". *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 39 (2013): (s. 126-148).
- Moffitt, Michael. "Suing Mediators". *Boston University Law Review*, 83/147 (2003): (s. 147-206).

- Özmumcu, Seda. "Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/161 (2018): (s. 9-36).
- Özmumcu, Seda. "Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2019): (s. 262-276).
- Özyakışır, Özkan ve Muhammed Ganbari. "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar". SÜHFD, 28/2 (2020): (s. 745-775).
- Sağır, Alihan. "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltılması", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2018): (s. 225-242).
- Serozan, Rona. "'Culpa İn Contrahendo', 'Akdin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi". MHAD, 3 (1968): (s. 108-129).
- Sungurbey, Ayfer Kutlu. Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar. İstanbul: Yasa Yayınları, 1988.
- Tanrıver, Süha. "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler". TBBD, 147 (2020): (s. 111-142).
- Tanrıver, Süha. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. B. 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Tiftik, Mustafa ve Elif Şen. "Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu". MÜHFHAD, 22/3 (2016): (s. 2643-2664).
- Yalman, Süleyman. Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Yılmaz, Hamdi. "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa In Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler". Yargıtay Dergisi, 11/3 (1985): (s. 240-252).
- Yürekli, Sabahattin. "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)". İÜHFMD, 72/2 (2014): (s. 541-579).