

# Arabuluculuk ve Gizlilik\*

## Confidentiality in Mediation

Umut Ozan **ERGİNER**\*\*

### Öz:

Arabuluculuk ile ilgili hem Türk Hukuku hem de yabancı ülke hukuk mevzuatında çeşitli hükümler yer almaktadır. Arabuluculuk, tarafların müzakerelerde bulunmak amacıyla biraya geldiği, aralarındaki ihtilafın çözümlenmesini sağlamak için uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir arabulucunun katılımıyla gerçekleştirilen ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculukta gizlilik ilkesi ile arabulucu ve taraflar, işlem süresinde elde ettiği bilgi, belge vb. kayıtları birbirlerinin izni veya açık rızası olmaksızın hiç kimse ile paylaşamayacaklardır. Bu çalışmamızın konusunu da arabuluculuk süresince tarafların edindikleri tüm bilgileri gizlilik ilkesi kapsamında saklamakla yükümlü oldukları ve bunları saklamamaları halinde oluşabilecek hukuki sorumlulukları oluşturmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Arabuluculuk, Arabulucu, Gizlilik, Bilgi ve Belgelerin Saklanması.

### ABSTRACT:

There are various provisions regarding mediation in both Turkish Law and foreign law legislation. Mediation is a discretionary dispute resolution method carried out with the participation of an impartial and independent mediator who has received specialized training in order to resolve the dispute between the parties to the negotiations. In accordance with the principle of confidentiality in mediation, the mediator and the parties agree that they will not be able to share the information and the records with anyone without their mutual consent or explicit consent. Here, the issue of our work constitutes the legal responsibilities that may arise in the event that the parties are obliged to keep all the information they receive during the mediation and within the scope of the confidentiality principle.

### Keywords:

Mediation, Mediator, Confidentiality, Storing Information and Documents.

\* **Gönderilme Tarihi:** 24.01.2017, **Kabul Tarihi:** 11.05.2017.

Makale, *TÜBİTAK ULAKBİM* kriterlerine uygun olarak iki hakem denetiminden geçmiştir.

\*\* Av., İstanbul Barosu (uoerginer@hotmail.com).

## Giriş

Toplumların gelişmesi, insanların sosyalleşmesi ve artan kişisel ve ticari ilişkiler kapsamında, uyuşmazlık ve ihtilaflar günden güne artmaktadır. Kişilerin, aralarında çıkan ihtilafları çözümlenmek amacıyla mahkemeye başvurmaları aylar belki de yıllarca beklemeleri gerekmektedir. Bu nedenle de yabancı ülkeler bu sürecin hızlandırılması maksadıyla alternatif, ucuz ve hızlı çözüm yolları aramaya başlamışlardır.

Tüm bu süreçlerden sonra yabancı ülkelerde ADR (Alternative Dispute Resolution) olarak adlandırılan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine eğilim hızla artmaktadır. İnceleme konumuz olan arabuluculuk da alternatif uyuşmazlık yöntemleri içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. Tarafların özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü açısından arabuluculuk yöntemi de hızla gelişmektedir.

Taraflar arabuluculuk yöntemi ile, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde sicile kayıtlı bir arabulucu seçerek gönüllü bir sürece başlamaktadırlar. Bu gönüllü sürecin temelini de tüm tarafların birbirine güvenmesi esası oluşturmaktadır. Zira bu yöntem, tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını amaçlamaktadır.

Tüm bu güven ortamının oluşması ve arabulucu ile tarafların birbirleri ile olan iletişimlerini sağlayan en önemli etken, arabuluculuk sürecinin gizli olmasıdır. Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması, tarafların süreç içerisinde edindikleri bilgi ve belgelerin sır saklama yükümlülüğü altında olması, yargılama aşamasında arabulucu, taraflar ve üçüncü kişiler dahil hiç kimsenin kanunda belirtilen emredici hususlar ile ilgili bilgi ve belgeleri delil niteliğinde sunamaması ve bunlar hakkında tanıklık yapamaması arabuluculukta gizliliğin önemini açıkça vurgulamaktadır. Bu çalışmamızda arabuluculuğun tanımı ve prensiplerine değinilecek, arabuluculukta gizliliğin korunması hususu hem Türk Hukuku hem de yabancı ülke mevzuatları kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

## I. Arabuluculuk Kavramına Genel Bir Bakış

### A. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için kullanılan ADR usullerinden birisi olup, günümüzde hızla gelişmektedir. Yerel hukuk politikaları ve ülkeden ülkeye değişen hukuk sistemleri sebebiyle arabuluculuğun tanımı ile ilgili olarak hem doktrinde hem mevzuat hem de yabancı yargı kararlarında<sup>1</sup> çok çeşitli düzenlemelere rastlanılmaktadır.

<sup>1</sup> 10.11.2015 tarihli Oregon Temyiz Mahkemesi tarafından görülen *Alfieri v. Solomon* davasında arabuluculuk, arabulucunun sürecin bir parçası olduğu ve arabulucunun doğrudan katılımı olmak-

Doktrindeki genel kabul gören görüş<sup>2</sup> uyarınca arabuluculuk, uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların mahkeme yargısına başvurmak yerine, tarafsız bir üçüncü kişi veya onların yardımı ile tarafların uzlaşmasını veya birbirlerini anlamasını sağlayan gönüllü bir usul olarak tanımlanmaktadır. Doktrindeki bir başka görüş<sup>3</sup> uyarınca arabuluculuk, bir çözüm empoze etme yetkisi yoksun tarafsız bir kişinin, tarafların kendi aralarındaki ihtilafı çözmek için yardım etmesi veya çözüm planı sunmasıdır. Bir başka görüş<sup>4</sup> uyarınca ise arabuluculuk, arabulucunun oluşan ihtilafın sonuçlanmasına yardımcı olmak için, tarafların arasındaki iletişimi kolaylaştıran bir süreç olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk hususunda yapılan tanımlamalar çerçevesinde arabuluculuk, tarafların menfaatlerini en üst düzeyde karşılamak amacıyla, karar verme yetkisi olmayan tarafsız bir üçüncü kişi aracılığıyla yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir<sup>5</sup>.

Doktrindeki tanımlamaların yanı sıra arabuluculuk ile ilgili olarak hem Türk Hukuku hem de yabancı ülke hukuk mevzuatında çeşitli hükümler yer almaktadır. Zira Türk Hukuku açısından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin b fıkrasında 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 kurulması gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve

sızın taraflar arasındaki ihtilafa yönelik bir uzlaştırma süreci olduğunu belirtmiştir. Bkz., **Phillips, F. Peter**: "Oregon Supreme Court on Mediation Confidentiality", (Erişim: 02.11.2016, <http://www.mediate.com/articles/PhillipsPbl20160104.cfm>), s. 1.

- <sup>2</sup> **Steffek, Felix**: *Mediation in the European Union: An Introduction*, (Erişim: 02.11.2016, <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=b3e6a432-440d-4105-b9d5-29a8be95408f>.) 2012, s. 1; **Wykoff, Andrea**: "Mediation & Confidentiality", *Bond University Student Law Review*, Iss. 1, Art. 3, Vol. 4, 2016, s. 1; **Özbek, Mustafa Serdar**: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. Bası, Ankara 2016, s. 591; **Ildır, Gülgün**: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 88; **Kekeç, Elif Kısmet**: *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara 2011, s. 23; **Tanrıver, Süha**: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 1, S.: 64, 2006, s. 165; **Özbay, İbrahim**: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFD*, C.: X, S.: 3-4, 2006, s. 465; **Tuğsavul, Melis Taşpolat**: *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012, s. 26; **Karyağdı, Müjgan**: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi", *GÜHFD*, C.: XI, S.: 1-2, 2007, s. 920; **Kaplan, Yavuz**: "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *MHB*, C.: 28, S.: 1-2, 2008, s. 118; **Özatar, Hakan**: "Genel Olarak Arabuluculuk", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul 2014, s. 8; **Perçin, Gizem Ersen**: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *MHB*, C.: 31, S.: 2, 2011, s. 185.
- <sup>3</sup> **Brown, Kent L.**: "Confidentiality in Mediation: Status and Implications", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Art. 3, 1991, s. 308; **McMullen, Andrew**: "Mediation and Medical Malpractice Disputes: Potential Obstacles in the Traditional Lawyer's Perspective", *Missouri Law Review*, Iss. 2, Art. 5, 1990, s. 373.
- <sup>4</sup> **Carbone, Michael P.**: *A Primer on Mediation Confidentiality*, (Erişim: 04.11.2016, [www.mpcdisputeresolution.com/pg28.cfm](http://www.mpcdisputeresolution.com/pg28.cfm)), s. 1.
- <sup>5</sup> **Yazıcı Tıktık, Çiğdem**: *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul 2013, s. 10.

ihhtiyârî olarak yürütölen uyuşmazlık çözüml yöntemi” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca, 2013 yılında yayımlanan Türkiye Arabuluculuk Kurumu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'nın “Giriş” bölümünde arabuluculuk, “tarafsız bir üçüncü kişinin taraflar arasındaki iletişimi, müzakereyi kolaylaştırdığı ve tarafları, uyuşmazlık hakkında gönüllü bir karar vermeye teşvik ettiği özel bir uyuşmazlık çözüm usulüdür.” şeklinde ifade edilmiştir.

Avrupa Birliği'nin 21.05.2008 tarih ve 2008/52 sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin 3. maddesinin a fıkrasında 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 süreç” şeklinde ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olan arabuluculuk, Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği, Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından kabul edilen “Arabulucular İçin Model Etik Kuralları”nın önsöz bölümünde, arabuluculuğun tarafsız bir üçüncü kişinin iletişimi ve müzakereyi kolaylaştırdığı ve tarafları, uyuşmazlık hakkında gönüllü bir karar vermeye teşvik ettiği bir usul olarak belirtilmiştir<sup>8</sup>.

Arabuluculuğun ortaya çıkmasında en önemli ülkelerden birisi olan ABD’de ise Tek Tip Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act)<sup>9</sup>, arabuluculuk ile ilgili geniş hükümlere yer vermiştir. İşbu kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin a fıkrasında arabuluculuk, “bir arabulucunun, tarafların uyuşmazlıkları hakkında gönüllü bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmak için, taraflar arasındaki iletişim ve müzakereyi kolaylaştırdığı bir usul anlamına gelir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu'nun 1. maddesinde ise arabuluculuk, “gönüllük ilkesine dayanan, taraflardan her birinin uyuşmazlığın çözümünde üzerine sorumluluk aldığı, tarafsız ve uzman aracı (arabulucu) tarafından bilinen yöntemlerin uygulanması ile taraflar arasında iletişim sağlamayı hedefleyen, sistematik olarak teşvik eden bir yöntemdir.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 4. maddesinin b fıkrasında arabuluculuğun tanımı Kanun ile paralel düzenlenmiştir.

<sup>7</sup> AB Direktifinin Türkçe çev. için bkz., **Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C. 2, 4. Bası, Ankara 2016, s. 1459.

<sup>8</sup> Arabulucular İçin Model Etik Kuralların Türkçe çev. için bkz., **Özbek**, C. 2, s. 1467.

<sup>9</sup> ABD Tek Tip Arabuluculuk Kanunu Türkçe çev. bkz., **Özbek**, C. 2, s. 1487.

<sup>10</sup> **Yıldırım, Ferhat: Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu**, İstanbul 2015, s. 17.



## B. Arabuluculuğa Ait Olan Temel Prensipler

### 1. Arabuluculukta Gizlilik Prensipleri

Arabuluculuk yöntemi, tarafların birbirleri ile olan iletişimleri ve güven esaslı üzerine kurulduğundan, "gizlilik" arabuluculuğa ait en önemli prensiplerden biridir. Zira bu süreçte karşılıklı konuşmaların, bilgi ve belgelerin, arabuluculuk süreci sonrasında açılacak davalarda kendilerinin aleyhine kullanılmayacağına güvene altına alınmış olması gerekmektedir<sup>11</sup>.

Dünya ülkelerinin en az yarısı arabuluculuk sürecinde taraflarca açıklanan bilgi ve belgelerin gelecekte olabilecek yargılamalarda dışarıya ifşa edilmesinden korunmaya göre tasarlanmış hukuk kurallarına ve bunlara uygun mevzuata sahip bulunmaktadırlar<sup>12</sup>. Gerek Türk Hukuku gerek dünyada uygulanan hukuk düzenleri içerisinde gizlilik prensibinin temel amacı, tarafların hem arabulucuya hem de birbirlerine karşı güven duygusunu sağlamak üzere bilgi ve belgelerin sır niteliğinde sayılarak korunmasını sağlamak ve sağlıklı bir anlaşma zemini oluşturmaktır<sup>13</sup>.

### 2. Arabuluculuk Yönteminin İsteğe Bağlı Olması

Arabuluculuk, tanımlardan da anlaşılacağı üzere tarafların içerisinde dahil oldukları gönüllü bir süreçtir. Arabuluculuk mahkeme yargısına alternatif bir yöntem olmayıp aksine adalete erişimde mahkemelere yardımcı olan bir alternatif uyuşmazlık yöntemidir<sup>14</sup>. Zira devletin yargılaması dışında bu yola başvurarak süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak, bu yolun başarısını sağlayan en önemli unsurlardan bir tanesidir<sup>15</sup>. İşbu yöntemde başarılı bir sonuç elde edebilmenin ilk şartı, anlaşmazlığa düşen tarafların gönüllü iradeleri ve iyi niyet ilkesi kapsamında arabuluculuk usulüne başvurarak, karşılıklı çıkar dengesinin doğru bir şekilde kurulmasından geçmektedir<sup>16</sup>.

Bu sürecin iradi veya gönüllü olmasının temeli HUAK'ın 3. maddesinin 1. fıkrasından gelmektedir. Buna göre, "Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler." denilmektedir. HUAK m. 3/1 hükmü uyarınca, arabuluculuğa başvurma ve katılma, uzlaşma baskısının olmaması sonucunda; ortaya çıkan uzlaşma önerisi-

<sup>11</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 34; Özbek, C. 1, s. 612.

<sup>12</sup> Özmumcu, Seda: *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, İstanbul 2011, s. 295.

<sup>13</sup> Arabuluculukta gizlilik ilkesinin kapsamı ikinci bölümde ayrıntılı olarak düzenleneceğinden burada ayrıntılı bir açıklama yapılmamaktadır.

<sup>14</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 37; Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 154; Güler, Beyhan Kaplan: *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul 2014, s. 46.

<sup>15</sup> Kaplan, "Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", s. 136.

<sup>16</sup> Özmumcu, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 292.

nin kabul veya reddi durumunda veya arabuluculuk faaliyetinin sonra erdirilmesinde tarafların özgür iradeleri ile hareket edeceği belirtilmektedir<sup>17</sup>.

Arbuluculuk sürecini başlatan taraflar, sürece başladıktan sonra dahi bu süreçten geri çekilebilmektedirler. Bu durum arabuluculuk ilkesinin esnek yapısından kaynaklanmaktadır<sup>18</sup>. Ancak taraflardan birinin arabuluculuk yöntemini dilediği zaman terk edebilmesi için diğer tarafı zor durumda bırakmaması gerekmektedir. Tarafların arabuluculuk yoluna başvurduktan sonra bu yoldan çekilmek istemesi durumunda, çekilmeden önce en azından ilk oturuma katılması kararlaştırılabilir<sup>19</sup>. Bu da yöntemin kendilerine uygun olup olmadığının belirlenmesi için kendilerine bir süre tanınmasını ve daha faydalı kararlar vermelerine olanak sağlayacaktır<sup>20</sup>.

Arbuluculuğun bu ihtiyarı özelliğinin yanı sıra bazı ülkelerde söz konusu yöntemlere başvurma, tarafların iradesi ile değil zorunluluktan kaynaklanabilmektedir<sup>21</sup>. Örn; Baviera ve Baden Württemberg Eyaletlerinde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına dahil olan ve konusu para değeri olup 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklarda, kişinin şeref ve haysiyetine yönelik uyuşmazlıklardan doğan ihtilaflarda mahkeme aşamasından önce arabuluculuk kurumuna başvuru zorunlu tutulmuştur<sup>22</sup>. Doktrinde<sup>23</sup> bu bağlamda getirilecek olan yasal bir zorunluluğun, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılabileceği ve özellikle iş yükünün fazlalığı sebebiyle yargılama sürecinin ağır bir şekilde işlediği ülkelerde, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet verebileceği ifade edilmektedir.

### 3. Arabulucunun Tarafsız ve Bağımsız Olması

Arbuluculuk usulünün en temel özelliği arabulucunun tarafsız olması ve süreç sonunda ortaya çıkacak sonuç üzerinde herhangi bir menfaatinin olmamasıdır<sup>24</sup>. Arabuluculuk yöntemi açısından yapılan tanımlar incelendiğinde arabulucu olacak kişinin tarafsız ve bağımsız olması gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>25</sup>. Arabulu-

<sup>17</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 36; **Güler**, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, s. 47; **Yeşilirmak, Ali**: *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011, s. 10; **Özbek, Mustafa Serdar**: "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", *MİHDER*, C.: 2, S.: 4, 2006, s. 927.

<sup>18</sup> **Kaplan**, "Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", s. 136; **Özmumcu**, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 293; **Polat, Malike**: *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2010, s. 86; **Tuğsavul**, *Arabuluculuk*, s. 127.

<sup>19</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 43.

<sup>20</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 43.

<sup>21</sup> **Güler**, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, s. 47; **Perçin**, "Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", s. 182.

<sup>22</sup> **Tuğsavul**, *Arabuluculuk*, s. 125.

<sup>23</sup> **Ildır**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 48; **Tanrıver**, "Arabuluculuk", s. 154.

<sup>24</sup> **Özbek**, C. 1, s. 602; **Özmumcu**, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 326; **Kekeç**, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 90; **Akıncı, Ziya**: *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara 2007, s. 34.

<sup>25</sup> Bkz., HUAK m. 2/b, m. 3/2.

cunun tarafsız ve bağımsız olması, arabulucunun kişisel değerlerini çözüm sürecine getirmemesini ve taraflardan birine karşı herhangi bir özel yükümlülüğünün olmamasını ifade etmektedir<sup>26</sup>. Arabulucu tarafsız bir kolaylaştırma işlemi yürüttüğü sürece, tarafların kendini güvende hissetmesini sağlayabilir ve sürecin suiistimal edilmesini önleyebilir<sup>27</sup>. Arabulucu, tarafsızlık ilkesi gereğince arabuluculuk faaliyetinin öncesinde, devamında ve sonrasında tarafların konumlarını muhafaza ile yükümlüdür<sup>28</sup>. İşbu sebeple de arabulucunun, sürecin sonunda taraflardan birinin avukatı olarak görev yapamayacağı HUKAK'ın 9. maddesi kapsamında hüküm altına alınmıştır<sup>29</sup>.

Arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması gerektiğinden dolayı işbu husus ile ilgili çıkarılabilecek sonuç, arabulucunun ortaya koyacağı somut çözüm önerileri ile ilgili adil, eşit, tutarlı ve etkin olması gerektiğidir. Arabuluculuk süreci sırasında taraflardan birinin her zaman müzakerelerden çekilebileceği de göz önüne alındığında, arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması, taraflar arasında güven esasını arttıracak ve sürecin olumlu yürümesini sağlayabilecektir.

#### 4. Arabulucunun Bağlayıcı Bir Karar Verme Yetkisinin Olmaması

Arabuluculuk işleminin bir mahkeme yargısı olmadığını ve tarafların gönüllü bir süreç içerisinde buldukları yukarıda belirtilmiştir. Tarafların nihai ve bağlayıcı bir karar istemeleri durumunda diğer uyuşmazlık yöntemlerini veya karma uyuşmazlık yöntemini tercih edebileceklerdir<sup>30</sup>.

Arabuluculukta, mahkeme ve tahkim yargılamasındaki kazan-kaybet yönteminden farklı olarak karar verme yetkisini taraflar kendi ellerinde bulundurmaktadır<sup>31</sup>. Bu durum sonucunda da arabuluculukta çözümün yalnızca taraflara ait olması ve tarafların egemenliği altında sağlanması arabuluculuk kurumunun tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Zira arabulucu, sistemli iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırmakta ve bu durumun canlı tutulmasına katkı sağlayarak taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmaktadır<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Özbek, C. 1, s. 602; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 43; Özmumcu, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 329.

<sup>27</sup> Özbek, C. 1, s. 602.

<sup>28</sup> Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, s. 44.

<sup>29</sup> HUKAK m.9/4, "Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez." ifadesine yer vermiştir.

<sup>30</sup> İldir, tarafların Arabuluculuk-Tahkim karma uyuşmazlık yöntemini tercih edebileceklerini belirtmektedir, İldir, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 89; Özbek, C. 1, s. 875.

<sup>31</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 47; Özbek, C. 1, s. 111.

<sup>32</sup> Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 166; İldir, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 100; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 35.

Arbuluculukta, tarafların anlaşma şartlarını kendilerinin belirlemiş olması da, anlaşmaya aykırı davranma olasılığını önemli ölçüde azaltmaktadır<sup>33</sup>. Arbuluculuk kararları, üzerinde anlaşılan şartların tamamının yerine getirilmesi durumunda bağlayıcılık teşkil edecektir<sup>34</sup>. Bu nedenle arabulucu, sadece çözüm odaklı öneriler sunabilecek ve anlaşma zemininin sonuca bağlanması noktasındaki ege-menlik taraflara ait olacaktır.

## II. Arbuluculukta Gizliliğin Korunması

### A. Arbuluculukta Gizlilik İlkesinin Kapsam ve Düzenlenmesi

#### 1. Gizlilik İlkesinin Kapsamı

Arbuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümlenmesinde gizlilik ve güvenilirlilik en önemli şartlardan birini teşkil etmektedir<sup>35</sup>. Çünkü gizlilik, süreç içerisinde tarafların açık sözlü olmalarına ve samimi davranmalarına katkıda bulunmaktadır<sup>36</sup>. Ancak, tarafların arbuluculuk sürecinde ortaya koydukları çıkar ve menfaatlerin, tarafların kendi aleyhlerine bir sonuç doğurma ihtimali var ise; bu ihtimal taraflar arasındaki iletişim ve müzakere sürecini olumsuz yönde etkileyecektir<sup>37</sup>. Kişiler, kişisel ihtiyaçların, stratejilerin ve bilgilerinin kendilerine karşı kullanılabileceğini düşünürlerse bunları açıklamayacaklardır<sup>38</sup>. Bu nedenle de gizlilik ilkesindeki kilit mesele, arbuluculuk bağlamında yapılan iletişimlerin gizli olması sonucunda; taraflar veya arabulucu tarafından sonraki dava veya tahkim usullerinde bilgi ve belgelerin açığa vurulamayacağı hususudur<sup>39</sup>.

Zorlayıcı gücü olmayan bir arabulucu, tarafların sorunları belirleyerek, anlaşmaya varılabilecek temelleri araştırarak, tarafların birbirlerinin çıkarlarını gözetmeye teşvik ederek ve çatışmaların altında yatan nedenleri ortaya çıkararak

<sup>33</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 47.

<sup>34</sup> Özbek, C. 1, s. 608.

<sup>35</sup> Brown, "Status and Implications", s. 307; Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 2; Tuğsavul, *Arbuluculuk*, s. 134; Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arbuluculuk*, s. 50; Nolan, Anthony A./O'Brien, Michael: *Confidentiality in Mediation*, (Erişim: 09.11.2016, <http://barristers.com.au/wpcontent/uploads/2012/03/confidentialityinmediationjune2010.pdf>), s. 1; Thompson, Rod: *Mediation Confidentiality*, (Erişim: 09.11.2016, <http://www.callawyer.com/2016/06/mediation-confidentiality/>), s. 1; Carden, David M.: "Confidentiality in Mediation", *Presentation to the Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand Inc. Annual Conference*, 2005, s. 2.

<sup>36</sup> Özbek, C. 1, s. 624.

<sup>37</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 51.

<sup>38</sup> Brown, "Status and Implications", s. 309.

<sup>39</sup> Carden, "Confidentiality", s. 2; Gibson, gizliliğin korunması ile ilgili olarak, "Arbuluculuk, gizli olmadığı sürece etkisizdir. Arbuluculuk mahkeme sistemini daha verimli hale getirir. İşçi arbuluculuğu, bir sanayi uyumu politikasını teşvik eder. Bir fayda/zarar hesaplamasında, belirli bir davada bilgilerin açıklanması, genel arbuluculuk sürecine zarar verebilir ve dolayısıyla etkisiz hale getirebilir. Bu çok istenmeyen bir sonuç olacağından süreci korumak için yapılan girişimler, her bir davada bilgiye erişme arzusu üzerinde öncelik sahibi olmalıdır." ifadeleri ile arbuluculukta gizliliğin önemini vurgulamıştır. Gibson, Kevin: "Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 1, Art. 5, 1992, s. 40.

anlaşmaya varmalarına yardımcı olmaktadır<sup>40</sup>. Arabulucular yargısal bir görev ifa etmemekte; yargısal görev yapan hakimlerin münhasır yetkisine sahip değildirlen<sup>41</sup>. Arabulucular taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olmakta; ancak karar merci konumunda bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

Arabuluculuk sürecinde arabulucu hem tarafların tümüyle toplantı yaparak hem de özel toplantılar yaparak süreci idame ettirebilmektedir. Tüm bu toplantılarda taraflar, işbu sürecin gizli kalmasını ve bu sayede kişisel ve ticari itibarlarının korunması, tarafların arabuluculuğa başvurmadan önceki süreç ile başvurduktan sonraki süreçte daha uygunsuz duruma düşmemesi, süreç içerisinde edinilen bilgi ve belgelerin aleyhine kullanılmamasının sağlanması ve tarafların arabulucu ile hem müzakerelerde hem de özel oturumlarda paylaştığı bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmamasını istemektedirler<sup>43</sup>. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk süresi içerisinde bir anlaşmaya varsalar da varmasalar da arabuluculuk sonucunun gizli kalması gerekmektedir<sup>44</sup>. Doktrindeki bir görüş<sup>45</sup> uyarınca, sürecin tüm unsurları arasında tam bir güven olmasa dahi, arabuluculuk sürecinde artan bir iletişim ortamı oluşturulmalı ve tarafların birbirlerine açılım sürecinin sağlam temellere oturması gerekmektedir. Kanaatimizce arabuluculuk sürecinde taraflar, arabulucu ile paylaşacağı bilgiler konusunda tam bir güven içinde olmalı ve süreç bu yönde işlemelidir. Bu güven doğrultusunda da iletişim ortamının artması kaçınılmaz olacaktır.

Gizlilik ilkesi, özellikle aile hukuku ve ticari ilişkilerden doğan ihtilaflar açısından önem taşımaktadır<sup>46</sup>. Ticari ilişkileri olan tarafların, yüksek rakamlı uyuşmazlıklarının başka kişiler tarafından öğrenilmesi, piyasada sahip oldukları ticari itibarlarının etkilenmemesi veya sırlarının ifşa olmasının engellenmesi veya aile sorunlarında aile için problemlerin dışarıda duyulmasının önlenmesi gibi sebepler arabuluculuk yönteminin seçilmesine olanak sağlayabilecektir<sup>47</sup>.

Arabuluculuk sürecinin aksine mahkeme yargılamalarındaki genel kural, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesidir<sup>48</sup>. Mahkeme yargılaması-

<sup>40</sup> Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L.: "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Art. 2, 1986, s. 38.

<sup>41</sup> Özbek, C. 2, s. 1239.

<sup>42</sup> Özbek, C. 2, s. 1239.

<sup>43</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 54.

<sup>44</sup> Özmumcu, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 295; Özbek, C. 1, s. 615.

<sup>45</sup> Kirtley, Alan: "Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 1, Art. 4, 1995, s. 8; Karşı görüşte olan Gibson ise arabuluculukta taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bkz., Gibson, "A Moral Reassessment", s. 27.

<sup>46</sup> Özmumcu, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 302.

<sup>47</sup> Özmumcu, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 302.

<sup>48</sup> Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Ayvaz, Sema Taşpınar: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2016, s. 146; Konca, Nesibe Kurt: *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009, s. 6.



nın kamuya açık olmasının temelini de Anayasa'nın m. 141/1<sup>49</sup> ve HMK m.28'de<sup>50</sup> belirtilen aleniyet ilkesi oluşturmaktadır.

Yargılamanın açıklığından kasıt, her şeyden önce duruşmaların ve kararların sözlü bildiriminden aleni olması anlamını taşımaktadır<sup>51</sup>. Mahkeme yargısının aksine, arabuluculuk yöntemi resmi bir yargılama yöntemi olmayıp, mahkeme yargılamasında olduğu gibi alenilik veya yargılamanın açıklığı prensibi geçerlilik arz etmemektedir<sup>52</sup>. Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması sayesinde, taraflar hem uyuşmazlığın varlığını hem de müzakere sürecini gizli tutabilmektedirler<sup>53</sup>.

Taraflar açısından arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunması, asıl önemini, bu sürecin başarısız olması sonucunda gösterecek ve mahkeme yargılamasında ispat bakımından teşkil edebilecek hususların açıklanmasını istemeyeceklerdir<sup>54</sup>.

İşbu konu ile ilgili olarak, *Local 808, Building Maintenance, Service and Railroad v. National Mediation Board and Metro North Commuter Railroad Company* arasında oluşan iş uyuşmazlığında Columbia Bölge Temyiz Mahkemesi arabuluculuk ile ilgili görüşlerini belirterek, arabuluculuğun temelinde yargılamadan farklı bir "sanat formu" olduğunu ve adaletsizliğin antitezi olduğunu belirtmiştir. Devamında ise mahkeme, arabuluculuğu, arabulucuların dostça çözümlük sağlamak amacıyla sürekli değişen dinamiklerine uyum sağlaması gerektiğini belirtmiş ve gizlilik esasının da önemini belirterek arabuluculuğu "black box (kara kutu)" olarak değerlendirmiştir<sup>55</sup>.

1997 yılında görülen *Vacluse Holdings Ltd v Lindsay* davasında Güney Galler Temyiz Mahkemesi arabuluculuğun gizliliği ile ilgili olarak, "...Bu gibi uzlaşma anlaşmaları gizlidir. Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan herhangi bir husus

<sup>49</sup> Anayasa m. 141/1, "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde karar verilebilir." ifadesine yer vermiştir.

<sup>50</sup> HMK m. 28, "Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir. Tarafların gizlilik talebi ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Hâkim, bu kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar. Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamaları hususunda uyarır ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlali-ne ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir."

<sup>51</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 146; Konca, *Aleniyet İlkesi*, s. 10.

<sup>52</sup> Tuğsavul, *Arabuluculuk*, s. 134; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 55; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 75; Işıktaç, *Yasemin*: "Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul 2014, s. 65; Bulur, *Alper*: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C.: 65, S.: 4, 2007, s. 44.

<sup>53</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 55.

<sup>54</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 135.

<sup>55</sup> Kararın tam metni için bkz., (Erişim: 11.11.2016, <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/888/1428/204113>).



genellikle müteakip bir dava veya tahkime konulamaz. Bu ruhla, arabulucunun yardımı için hazırlanan belgelerdeki ifadelerin sonraki davalarda da uygulanması gerektiğini düşünmüyoruz. Arabuluculuk sürecinde tartışılan bir olgunun daha sonra bir tarafın zararına geri dönülmemesi için arabuluculuğun gizliliği esasını bir bütün olarak sağlamak gerekmektedir.” ifadelerini kullanmıştır<sup>56</sup>.

*Pipefitters v. Mechanical Contractors Association of Colorado* davasında mahkeme, iş uyuşmazlığını konu alan kilit unsurun, tarafların gizlilik konusundaki endişeleri açıklama korkusu olmadan federal arabulucularla açık şekilde tartışabilmeleri, Kongre'nin federal bilgi yasalarıyla ilgili arabuluculuk işlemlerinde edinilen bilgilerin açıklanmasının hariç tutulması gerektiğini belirterek gizliliğin önemini vurgulamıştır<sup>57</sup>.

*E. J. Wilson v. Sheriff Roland Attaway* (1985) uyuşmazlığında ise davacı taraf, arabuluculuk oturumunda bir tartışma sonucunda tutuklanmıştır. Davacı daha sonra tutuklanmanın anayasal haklarını ihlal ettiği iddiasıyla diğer taraf aleyhinde dava açmıştır. Arabulucu, olayda anlaşmazlığa tanık olmuş ve cezai sorumluluğun temelini oluşturan durumu raporunda belirtmiştir. ABD 11. Temyiz Mahkemesi, raporun kanıt olarak kullanılmasına izin verilmesinin takdir yetkisinin kötüye kullanılması olmadığını kabul etmiş, ancak mahkeme, gizlilik için sağlanan arabuluculuk kurumunun, arabulucunun raporunun taraflardan birine karşı kullanılmasına izin verilmesinin arabuluculuk sürecini baltalayacağına karar vermiştir<sup>58</sup>.

Arabuluculukta gizlilik hükmünün, herhangi bir sözleşme hükmü gibi uygulanabilir olması gerekmektedir<sup>59</sup>. Bu öncelikle belirli sözleşmenin koşullarına, uygulanabilir herhangi bir mevzuata ve yasal hakkaniyete dayanan esaslara bağlı olacaktır<sup>60</sup>.

ABD’de gizliliğin korunması esası hakkında önemli bir test olarak kabul edilen “Wigmore testi”, gizliliğin korunması için 4 kriter saymıştır. Bu kriterler, 1- arabuluculuk işleminde taraflar bilgilerin başkalarına açıklanmayacağı konusunda güven içinde olmalıdır. 2- Gizliliğin korunması, ilişkinin başarısı için esas teşkil etmelidir. 3- Taraflar arasındaki ilişki, halkın benimseyip koruyacağı bir ilişki olmalıdır. 4- Arabuluculuk sürecinin sonundaki açıklamalar, kamuya açıklanması nedeniyle kazanılan menfaatten daha büyük olmalıdır<sup>61</sup>.

## 2. Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu Açısından Gizlilik İlkesi

Türk Hukukunda arabuluculukta gizlilik ilkesi ile ilgili olarak Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu’nun “Gizlilik” başlıklı 4. maddesi, “Taraflarca aksi

<sup>56</sup> Carden, "Confidentiality", s. 7.

<sup>57</sup> Brown, "Status and Implications", s. 320.

<sup>58</sup> Brown, "Status and Implications", s. 332.

<sup>59</sup> Arthur, s. 4.

<sup>60</sup> Arthur, s. 4.

<sup>61</sup> Gibson, "A Moral Reassessment", s. 34; Freedman/Prigoff, "The Need for Protection", s. 43.

kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.” ifadesine yer vermiştir<sup>62</sup>.

Madde hükmü uyarınca arabulucunun, işlem süresinde elde ettiği bilgi, belge vb. kayıtları tarafların izni veya açık rızası olmaksızın hiç kimse ile paylaşamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>63</sup>. Ayrıca gizlilik hususu, taraflar için de geçerlilik arz etmektedir. Gizlilik ilkesine aykırı davranılması durumunda taraflar açısından hukuki yaptırımlar doğacaktır<sup>64</sup>. Ancak kanunda bunun aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Örneğin; taraflar arabuluculuk süreci içerisinde bir kısmın veya sürecin tamamının gizli olmayacağını kararlaştırabilirler veya taraflardan biri arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi gerektiği takdirde bu anlaşmanın içeriğini açıklayabilmektedir<sup>65</sup>.

Gizlilik yükümlülüğü özellikle üçüncü de kişileri bağlamaktadır<sup>66</sup>. Temelde arabuluculuk sürecinin arabulucu ve iki taraf arasında yapıldığı düşünülmekteyse de uygulamada katılanların sayısı üçten fazla olabilmektedir<sup>67</sup>. Taraflardan birinin, ikili görüşmeler (özel oturumlar) sırasında üçüncü kişiye belirli bilgiler vermesi durumunda, üçüncü kişi bu bilgileri diğer tarafa açıklamamalıdır<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> HUAK Gereğesinde 4. madde ile ilgili olarak, “...Maddenin birinci fıkrasında, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü vurgulanmıştır. Arabulucu, kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa, yorumla bu sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru yapılmış uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşıdır. Tarafların kendisi ile paylaştığı bu sırları saklamak durumundadır. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların öngördüğü çerçevede bir yargılamada tanıklıktan çekinme ya da kanunî bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, bu Kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezaî yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukukî sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Maddenin ikinci fıkrasında, gizliliğin taraflara ilişkin yönü vurgulanmıştır. Taraflar arabuluculuk faaliyetinin gizliliği konusunda aksini kararlaştırmamışlarsa bu konuda gizliliğe kendileri de uymak zorundadır. Buna rağmen taraflardan biri, kendisi ile ilgili olduğu ölçüde, zorunlu bazı sebeplerle diğer tarafa uyuşmazlığının az çok yansıması olan hususları açıklamak durumunda kalabilir. Böyle durumlarda, açık ve diğer tarafa zarar veren bir ihlâl olup olmadığı iyi tespit edilmelidir.” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>63</sup> ABD Tek Tıp Arabuluculuk Kanunu'nun (UMA) 8. maddesi, “Açık toplantı ve açık kayıtlar Kanunu'nun ilgili maddelerine tabi olmak kaydıyla arabuluculuk iletişimleri, taraflarca kararlaştırıldığı ölçüde veya bu Eyaletin diğer kanun ya da kurallarınca öngörüldüğü şekilde gizlidir”. Bkz., **Özbek**, C. 2, s. 1491.

<sup>64</sup> Yaptırımlar ile ilgili hususlar alt bölümlerde maddi hukuka ilişkin olarak ayrıntılı incelenecektir.

<sup>65</sup> **Özbek, Mustafa Serdar**: “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 1, S.: 68, 2007, s. 304; **Tuğsavul**, *Arabuluculuk*, s. 136.

<sup>66</sup> **Özbek**, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s. 304.

<sup>67</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 211.

<sup>68</sup> **Özbek**, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, s. 304.

### 3. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Yönetmeliği Kapsamında Gizlilik İlkesi

26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin “Gizlilik” başlıklı 6. maddesi kanun hükümlerinden farklı birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Yönetmelikte yer alan düzenlemenin 1. fıkrası kanun hükümleriyle aynı olsa da özellikle diğer fıkralar farklılık arz etmektedir. Zira işbu yönetmelik maddesi içerisinde arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemeyeceği, ses ve görüntü kaydı yapılamayacağı emredici olarak düzenlenmiş ve gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun, hukuki ve cezai sorumluluğu saklı tutularak, sicilden kaydının silinmesine de ayrıca karar verilebileceği belirtilmiştir. Hükmün devamında ise arabulucu için geçerli olan gizlilik yükümlülüğünün arabulucunun yanında çalışan kişiler veya arabulucunun denetim ve gözetimi altındaki stajyerleri de bağladığı ifade edilmiştir<sup>69</sup>. Bu nedenle, arabulucunun yanında çalışan kişiler ve onun stajyerlerinin yapmış olduğu hukuka aykırı işlemler de arabulucuyu bağlayacaktır.

### 4. Yabancı Ülke Mevzuatında Arabuluculukta Gizlilik İlkesi

Yabancı ülke mevzuatında arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunması<sup>70</sup> için birçok düzenleme yer almaktadır.

AB’nin 2008/52 sayılı Yönergesinin “Arabuluculuğun Gizliliği” başlıklı 7. maddesi, “Arabuluculuğun, gizliliğe uyulacak şekilde yapılmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, Üye Devletler, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde, arabulucuların veya arabuluculuk sürecinin yönetimine katılan kişilerin, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan veya arabuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında, herhangi bir hukuk veya ceza davasında ya da tahkimde delil göstermeye zorlanamamasını sağlarlar...” ifadesine yer vermiştir<sup>71</sup>. Yönergede yer alan hüküm, Türk Hukuku ile paralellik arz etmektedir. Zira, arabuluculuk süresince aksi kararlaştırılmadıkça süreç içerisinde elde edilen bilgilerin gizli tutulması gerekeceği ve bu bilgilerin ileride bir hukuk veya ceza davasında kullanılamayacağı belirtilmiştir.

ABD Tek Tip Arabuluculuk Kanunu’nun “Gizlilik” başlıklı 8. maddesi, “Taraflar aksine karar almadıkça, arabuluculuk usulüyle ilgili tüm bu anlaşmalar Devletin kanunları tarafından belirlenen istisnalar hariç gizli tutulmak zorundadır.” ifadesine

<sup>69</sup> HUAKY m. 6/2, 3, 4, 5, “Arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir. Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler ile denetim ve gözetiminde ilgili mevzuatı çerçevesinde staj yapanları da kapsar. Aksi kararlaştırılmamışsa, taraflar ve varsa vekilleri de birinci fıkrada belirtilen gizlilik kuralına uymakla yükümlüdür. Aynı şekilde, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de bu yükümlülük geçerlidir.” ifadesine yer vermiştir.

<sup>70</sup> Tüm mevzuatlarda yer alan gizlilik ilkesinin istisnaları usul hukuku bakımından incelenirken ele alınacaktır.

<sup>71</sup> Özbek, C. 2, s. 1460.

yer vermiştir<sup>72</sup>. ABD hukukunda çeşitli kurumlarca kabul edilen Arabulucular İçin Etik Kuralları metninin 5. bölümünde gizlilik ilkesi ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek Tek Tip Arabuluculuk Kanunu ile paralel düzenlemelere yer vermiştir<sup>73</sup>.

ABD'de, arabuluculukta gizliliğin korunması hususu 3 kategori içerisinde ele alınmıştır. İlk olarak California, Teksas ve Ohio Eyaletlerinde kabul edilen "Kesin Gizlilik (Absolute Confidentiality)" ilkesidir<sup>74</sup>. Bu ilke, arabuluculuğun gizliliğine ilişkin kesin kurallara sahip olup bu kuralları kullanan devletler, arabuluculuk iletişiminin hiçbir şekilde açıklanmasına izin vermemektedir<sup>75</sup>. 2001 tarihli Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin *Foxgate Homeowners Association v. Bramalea California* kararında arabuluculuğun gizliliğine veya arabulucu raporlarının içeriğine ilişkin kanuni sınırlara herhangi bir istisna getirilemeyeceği sonucuna vararak, arabuluculuk sırasında yapılan görüşmelerin taraflarca açığa vurulamayacağını belirtmiştir<sup>76</sup>. Bu kesinlik ile ilgili olarak zaman zaman karşı kararlara rastlanılsa<sup>77</sup> da kural, görüşmelerin taraflarca açığa vurulamayacağı ilkesidir. İkinci olarak Maryland Eyaletinde kabul edilen "Sayılı-Numaralandırılmış Gizlilik (Enumerated Confidentiality)" ilkesidir. Bu ilke kesin gizlilik ilkesi ile benzerlik taşımaktadır. Zira gizlilik ilkesi kapsamında ara-

<sup>72</sup> ABD hukuku içerisinde çeşitli eyalet kanunlarında arabuluculukta gizlilik hususlarına ilişkin ayrı kanunlar bulunmaktadır. Zira California Gizlilik Kanunu'nun (California Evidence Code) 1119. maddesinin son fıkrasında, "Bir arabuluculuk veya arabuluculuk istişaresi sürecinde taraflarca yapılan ve taraflar arasındaki tüm iletişim, müzakereler veya çözüm müzakereleri gizli kalacaktır." ifadesi bulunmaktadır. Ayrıca bkz., New Mexico Gizlilik Kanunu'nun 11. bölümünün 4. maddesi, "Aksi kararlaştırılmadıkça, tüm arabuluculuk işlemleri gizli olup, hiçbir ileri aşamada delil olarak kullanılamayacaktır."

<sup>73</sup> Arabulucular İçin Etik Kurallar metninin 5. bölümünde, "A. Arabulucu, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya uygulanacak hukuk tarafından emredilmedikçe, arabuluculukta öğrendiği bütün bilgileri gizli tutacaktır. 1. Taraflar, arabulucunun arabuluculuk sırasında edindiği bilgileri açıklayabileceğini kararlaştırırsa, arabulucu bunu yapabilir. 2. Arabulucu, tarafların arabuluculukta nasıl hareket ettiği hakkında, sürece katılmayan bir kişiye bilgi vermemelidir. Arabulucu, gerekli görülürse, tarafların programlanmış arabuluculuk toplantısına katılıp katılmadığı ve bir anlaşmaya varıp varmadığını rapor edebilir. 3. Arabulucu, arabuluculuğa eğitim, araştırma ve değerlendirme için katılırsa, tarafların ismini saklamalı ve onların gizliliğiyle ilişkin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır. B. Arabuluculuk sırasında taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak başka bir kişiye aktarmayacaktır. C. Arabulucu, tarafların, arabuluculukta edindikleri bilgilerin gizliliğini ne ölçüde koruyacakları konusunda anlaşmalarını teşvik etmemelidir. D. Arabuluculuğun durumuna bağlı olarak, tarafların gizliliğe ilişkin beklentileri değişebilir. Taraflar, gizlilik hakkında kendi kurallarını koyabilir veya kabul edilen bir bireysel arabulucu ya da kurumun uygulaması, belirli beklentilere uyulmasını zorunlu tutabilir". Bkz., Özbek, C. 2, s. 1471.

<sup>74</sup> Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 11.

<sup>75</sup> Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 11.

<sup>76</sup> Graham, Alice M.: *Max Factor III-Better Practice Tip: Recognized Exceptions to Mediation Confidentiality and Remedies That Every Litigator Should Know*, (Erişim: 11.11.2016, <https://www.mediate.com>).

<sup>77</sup> 1999'daki *Olam v. Congress Mortgage Co.* davasında, Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, bir arabulucunun dava süresince kanıt sunma zorunluluğu olan arabuluculuk gizliliğine ilişkin istisnaların olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu davada davacı, arabuluculuk anlaşmasını imzalarken baskı altında olduğunu ve bu gerçeği ispat etmek için, de davacının arabulucunun ifadesine ihtiyacı vardır. Federal Mahkeme, "adilliyi artırmak için arabulucu, arabuluculuk sırasında varılan anlaşmaya ilişkin ifade vermelidir" demiştir. Bkz., Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 11.

bulucu delil sunmaya zorlanamayacaktır. Taraflarca kötüye kullanım için mahkeme tarafından kabul edilebilecek delillerin sadece arabuluculuk sırasında açıklandığı için kabul edilemez hale gelmeyeceği belirtilmektedir<sup>78</sup>. Üçüncü olarak, Wisconsin Eyaletinde kabul edilen "Nitelikli Gizlilik (Qualified Confidentiality)" ilkesi uyarınca, arabuluculuk işlemlerinde genel olarak gizlilik ilkesinin ihlali, daha büyük bir haksızlığın önlenmesi için gerekliyse, bilgilerin açıklanmasına izin verilmektedir. Her vakanın, kamuya yönelik bir politika perspektifinden ziyade kendi bireysel esaslarına dayalı olarak değerlendirilmesine izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>79</sup>.

2002 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanununda (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) gizlilik ilkesi 8 ve 9. maddelerde yer almaktadır. Kanunun 8. maddesi, "Uzlaştırıcı<sup>80</sup>, uyuşmazlıkla ilgili bir taraftan bir bilgi aldığı anda, uzlaştıran bu uzlaşmaya taraf herhangi bir tarafa bu bilginin özünü ifşa edebilir. Bununla birlikte, bir taraf uzlaştırıcıya herhangi bir bilgi verdikten sonra, gizli kalacağı özel bir şarta tabi tutulursa, bu bilgi başka bir uzlaşma tarafına açıklanmaz." hükmüne yer vermiştir<sup>81</sup>.

Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu'nun 18. maddesi, "Arabulucu arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde ya da sonradan öğrenildiği sırları saklamakla yükümlüdür. Arabulucu arabuluculuk faaliyeti esnasında ortaya çıkan veya kendisine tevdi edilen belgeleri muhafaza etmelidir. Aynı durum arabulucunun yanında çalışan, yardımcı kişiler ile staj amacı ile arabulucu ile birlikte çalışan kişiler için de geçerlidir." ifadesine yer vermiştir<sup>82</sup>.

## B. Maddi Hukuk Açısından Arabuluculukta Gizlilik

Maddi hukuk açısından arabuluculuk bölümünde, tarafların gizlilik ilkesinin temelini oluşturan sır saklama yükümlülüğü ve bu duruma aykırılığın sonuçları ile sözleşme öncesi görüşmelerde gizlilik ilkesine değinilecektir. Ayrıca çeşitli kanunlarımızda yer alan arabuluculuk ilgili hükümleri ele alınacak olup; bu kanunlar içerisinde yer alan sır saklama yükümlülüklerine kısaca değinilecektir.

### 1. Arabuluculukta Gizlilik İlkesi Kapsamında Sır Saklama Yükümlülüğü

#### a. Arabuluculukta Sırrın Kapsamı

Sır, temelinde gizlilik ile eşdeğer bir kavram olup, kelime anlamı olarak saklanması gereken bilgidir<sup>83</sup>. Bir başka ifade ile sır, herkes tarafından bilinmeyen

<sup>78</sup> Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 12.

<sup>79</sup> Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 16.

<sup>80</sup> Kanun içerisinde *mediator* (arabulucu) yerine *conciliator* (uzlaştırıcı) terimi kullanılmıştır.

<sup>81</sup> Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanununun 9. maddesi ise, "Taraflar tarafından aksine karar alınmadıkça, açıklama yapılmadığı sürece uzlaştırma işlemleri gizli tutulacaktır." denilmektedir.

<sup>82</sup> Yıldırım, *Arabuluculuk Kanunu*, s. 22.

<sup>83</sup> Tekin, Kemal Doruk: *Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü*, Ankara 2010, s. 3; Kandiraloğlu, Pınar Çağla: *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2011, s. 73; Karasu, Sinem: *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2009, s. 44.



ve açıklanması sahibinin şeref ve çıkarlarına zarar verme tehlikesi gösteren hususlardır<sup>84</sup>. Doktrinde<sup>85</sup> genel olarak kabul edilen görüş uyarınca sır, kişinin özel yaşamına dahil, gizli, aleni olmayan, daha önceden bilinmesi mümkün olmayan, sadece belirli yakın şahıslar tarafından bilinen ve sır sahibinin de bunun açıklanmasından zarar göreceği maddi manevi değerlerle ilgili olaylar, davranışlar ve işlemlerdir.

Sır tanımlarından da anlaşılacağı üzere sırrın en önemli unsurlarından birinin, sırrın gizli kalmasının sır sahibine menfaat sağlamasıdır<sup>86</sup>. Bu menfaat ekonomik olabileceği gibi manevi olarak hukuken korunmaya değer bir menfaat de olabilecektir<sup>87</sup>.

Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması sebebiyle, taraflar hem uyuşmazlığın varlığını hem de uzlaşma sürecini gizli tutmaktadırlar. Sürecin gizli tutulması sonucunda, arabuluculuk sürecine dahil olan tüm tarafların hukuki, ticari veya kişisel sırlarının ortaya çıkması önlenmiş olacak hem de saygınlık ve güvenilirliklerinin korunması sağlanacaktır<sup>88</sup>.

#### **b. Arabulucu ve Tarafların Kanundan Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü**

HUAK m.4 uyarınca arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus arabulucunun kim veya kimler olabileceğidir. HUAK m. 6 uyarınca sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler. Sicile kayıtlı arabulucu olabilmek için de mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak gerekmektedir<sup>89</sup>. Başvuru şartlarını yerine getiren ve sınavlar sonunda başarılı olan kişiler, sicile kayıt olarak arabulucu olmaya hak kazanacaktır.

Arabulucunun HUAK m. 4 uyarınca belirtilen gizlilik ilkesine aykırı davranması, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir durumda arabulucu, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrandığından hem haksız fiilden

<sup>84</sup> **Tekin**, *Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü*, s. 3; **Kandırallıoğlu**, *Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, s. 73; **Karasu**, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, s. 44.

<sup>85</sup> **Kaplan, İbrahim**: "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu", *BATİDER*, C.: XV, Aralık 1990, s. 3.

<sup>86</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 137.

<sup>87</sup> **Yazıcı Tıktık**, *Gizliliğin Korunması*, s. 137.

<sup>88</sup> **Güler**, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, s. 65; **Özmumcu**, *Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, s. 296.

<sup>89</sup> HUAK m. 20: "Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurusu üzerine yapılır. 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) Kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak, d) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak, gerekir. Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir."



sorumlu olacak hem de uyuşmazlığın tarafları ile yapılan arabulucu sözleşmesine aykırılık ve bu bağlamda borca aykırılık sebebiyle sorumlu olacaktır<sup>90</sup>. Bu nedenle de arabulucunun gizlilik ilkesinden doğan sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde sözleşmesel ve sözleşme dışı tazminat talepleri yarışacaktır<sup>91</sup>.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından sicilden silinmesine karar verilebilecektir<sup>92</sup>. Ayrıca HUAK, arabulucunun gizlilik ilkesine aykırı davranarak sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ceza koşulu öngörmüştür. Zira HUAK'ın "Gizliliğin İhlali" başlıklı 33. maddesinde bu yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak bu yükümlülüğe aykırılığın soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi tutulmuştur.

Sır saklama yükümlülüğü sadece arabulucu açısından geçerlilik arz etmemektedir. Zira HUAK'ın gizlilik hükümlerine bakıldığında aksi kararlaştırılmadıkça sır saklama yükümlülüğünün taraflar açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Zira arabulucu için geçerli olan tüm yaptırımlar, sır saklama yükümlülüğünün ihlali durumunda taraflar içinde geçerlilik arz edecektir.

Ayrıca sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda tarafların manevi tazminat istemlerine ilişkin hakları da saklı tutulmaktadır.

### c. Arabuluculuk Yönteminde Culpa in Contrahendo İlkesinin Uygulanabilirliği

Arabuluculuk yöntemi içerisinde incelenmesi gereken en önemli hususlardan biri de culpa in contrahendo ilkesidir. Culpa in contrahendo ilkesi, sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranışlardan ortaya çıkan bir sorumluluk türüdür<sup>93</sup>. Sözleşme öncesi yapılan bazı kusurlu hareketler örneğin hata, hile, ikrah gibi haller TBK'da yer almış iken, sözleşme öncesi dürüstlük kuralına ilişkin aykırılıklarda ise bir kanun hükmü öngörülmemiştir. Zira culpa in contrahendo ilkesinin çıkması da bu noktaya dayanmaktadır. Bu ilkede ortada bir güven esasının olması ve bu esasa aykırı davranılmasının sonuçları olması gerekmektedir.

Sözleşme müzakerelerinde olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin görüşmeler içerisinde de doğruluk ve güven kurallarına uyulması gerekmektedir<sup>94</sup>. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik müzakerelerde, tarafların doğruluk ve güven esaslarına uygun yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda culpa in

<sup>90</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 141.

<sup>91</sup> Özbek, C. 2, s. 1232; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 141.

<sup>92</sup> HUAKY m. 6/3.

<sup>93</sup> Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 9. Bası, İstanbul 2011, s. 428; Kılıçoğlu, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 79; Gezder, Ümit: *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul 2009, s. 10.

<sup>94</sup> Özbek, C. 1, s. 180.

contrahendo sorumluluğu doğacaktır<sup>95</sup>. Bu esaslara uygun davranmayarak hareket eden kişi, karşı tarafın zararını tazminle yükümlü olacaktır<sup>96</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna, HUAK m. 16'da belirtilen arabuluculuk sürecinin başlaması hükmü ile başvurulabilecektir. Madde hükmünde arabuluculuk sürecinin, 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 başlayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların davet edilmesi ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesinin tutanakla belgelenmesi arasındaki süreçte doğacaktır. İlk toplantı ile tutanakla arabuluculuk yöntemine geçiş arasında belli bir süre olabilmektedir. Bu süreç içerisinde ihtilafın içerik, nicelik ve nitelik konusunun, arabulucu tarafından başka üçüncü kişilere iletilmesi halinde taraflardan biri zarara uğrayabilecektir. Arabulucunun tutanağın imzalanmasından önce tarafların malvarlığı veya kişisel itibarlarını koruyacak davranışlara aykırı hareket etmesi culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuracaktır.

#### d. Avukatlık Kanunu ve Noterlik Kanunu Açısından Arabuluculukta Gizlilik

Arabulucu olabilmenin şartlarından birinin arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olması ve mesleğinde en az beş yıl kıdeme sahip olması gerektiğini belirtmiştik. Zira, arabuluculuk niteliğine uygun olma açısından en başta gelen meslekler avukatlık ve noterliktir. Avukatlık Kanunu'nun 35/A ve 36. maddesinde avukatların uzlaşma ve sır saklama yükümlülüklerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilmektedirler. Bu uzlaşma sonucunda avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları kanunen yasaklanmıştır<sup>97</sup>. Bunun için, arabuluculuk yapacak olan avukatın taraflara, onların kendisinin müvekkili olmadığını açıklaması, onlar için arabuluculuk hizmeti verdiğini, bunun yasal bir hizmet olmadığını, gönüllü bir süreç olduğunu anlatması gerekmektedir<sup>98</sup>. Arabuluculuk süreci içerisinde avukatların, kendisi ile taraflar arasında avukat-müvekkil ilişkisi oluşmadığını belirtmesi gerekmektedir<sup>99</sup>. Arabuluculuk yapacak olan avukatın, arabulucu çerçevesi dışına çıkarak

<sup>95</sup> Özbek, C. 1, s. 180.

<sup>96</sup> Özbek, C. 1, s. 180.

<sup>97</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Avukatlık Kanunu m. 35/A, m. 36.

<sup>98</sup> Karyağdı, "Mukayese", s. 927.

<sup>99</sup> Karyağdı, "Mukayese", s. 928.

avukat-müvekkil ilişkisine girmesi ve bu nedenle de sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde hem hukuki hem cezai sorumluluğu doğacaktır.

Noterlerin, önceden katılmadıkları hukukî işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabulucu olarak faydalı olmaları mümkündür<sup>100</sup>. Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinde hiçbir hizmet ve görevin noterlikle birleştirilemeyeceği ancak yargı mercilerinin vereceği işlerle, ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, hakemlik, vasiyeti tenfiz memurluklarının istisna teşkil edeceği belirtilmiştir. Ancak kanunda noterlerin arabuluculuk yapacağı bir madde hükmüne yer verilmemiştir. Bizim de katıldığımız görüş<sup>101</sup> uyarınca kanun hükmü içerisinde noterlerin hakemlik yapabileceği belirtildiğinden arabuluculuk yapabilmelerinin önünde bir engel bulunmaması gerekmektedir. Ancak 22.07.2013 tarihli Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yayımladığı yazı ile, noterlerin arabuluculuk eğitimine katılmalarında herhangi bir sakınca bulunmadığı, eğitim sonunda yapılacak sınavlara katılabileceğini ancak noterlik mesleğine devam ettikleri sürece içerisinde arabuluculuk belgesi alsalar dahi bu görevi icra edemeyecekleri belirtilmiştir<sup>102</sup>.

Noterler açısından, sır saklama yükümlülüğünün kaynağını Noterlik Kanunu'nun 54. maddesi oluşturmaktadır. Madde hükmü uyarınca, noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği hal-ler dışında açıklayamayacağı belirtilmiştir.

### C. Usul Hukuku Açısından Arabuluculukta Gizlilik

#### 1. Genel Olarak Kanun Değerlendirmesi

HUAK'ın "Bilgi ve Belgelerin Kullanılmaması" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrası,

"(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

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<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Kayağdı, "Mukayese", s. 925; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 148.

<sup>101</sup> Özbek, C. 2, s. 1217; Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 149.

<sup>102</sup> Özbek, C. 2, s. 1217.

<sup>103</sup> HUAK 5/1-b Gerekeşi, "Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler de yasak kapsamındadır. Çünkü, taraflar daha sonra bu görüş ve tekliflerle bağlı olmayacaklarını bilmenin rahatlığıyla, özgür ve samimi bir ortamda uyuşmazlığı müzakere edip sonuçlandırmaya çalışacaklardır." ifadesine yer vermiştir.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü<sup>104</sup>.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.” ifadesine yer vermiştir<sup>105</sup>.

Madde hükmünde, tarafların arabuluculuk sürecinde edinmiş olduğu bilgi ve belgelerin, daha sonra mahkeme veya tahkim aşamasında ileri süremeyeceği bilgi ve belgeler ile tanıklığına dair düzenlemelere yer vermiştir. Tarafların arabuluculukla ilgili daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği gizlilik kapsamındadır. Çünkü, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın sonradan aleni hale gelmesini ya da böyle bir yolla çözüm arayışı içinde olduklarının öğrenilmesini istemeyebilirler<sup>106</sup>. Zira bu bilgi ve belgelerin temeli, Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan kesin ve takdiri delillerden oluşmaktadır. Tarafların arabuluculuk süresinde edinmiş oldukları kesin delil niteliği taşıyan senet ve belgeler ile takdiri delil niteliği taşıyan tanık ifadeleri kapsamında sınırlama getirilmiştir. Taraflardan herhangi biri arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bilgi ve belgeleri mahkeme aşamasında ileri süremeyecektir. Doktrinde bir görüş<sup>107</sup>, HUAK m. 5 hükmü, tarafların, açılacak olan davalardaki iddia ve savunmalarını kısıtlayabileceği ve hak arama hürriyetlerine aykırılık teşkil edebileceği şeklinde bir algı oluştursa da hükmün konuluş amacı ve istisnalar göz önüne alındığında, bu algının doğru olmadığını belirtmektedir.

HUAK m. 5/3 ise, “Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.” ifadesine yer vermiştir. Madde hükmün-

<sup>104</sup> HUAK 5/1-c Gerekçesi, “Bu konudaki diğer bir yasa, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulüdür. Yukarıda açıklanan gerekçe yanında, diğer bir gerekçe de, tarafların arabuluculuk görüşmeleri sırasında kabul ettikleri vakia ve iddialarla bağlı olmama yönündeki istekleridir. Yargılama dışında, özgür bir müzakere ortamında kabul edilen vakia ve iddialarla bağlı olacağını düşünen taraflar, çok dikkatli davranacaklar, tartışma ve görüşmede istenen samimiyet sağlanamayacaktır. Söylediklerinin daha sonra aleyhlerine kullanılma ihtimali, tarafların açık olmaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, arabuluculukta sağlıklı sonuç almaya engeldir.” ifadesine yer vermiştir.

<sup>105</sup> Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrası, “Uzlaşma süreci, uzlaştırıcı ve uzlaştırma işlemlerinin yürütülmesine katılanlar da dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü şahıs, tahkim, yargı veya benzeri işlemlerde delil olarak ortaya konulamaz veya aşağıdakilerden herhangi biriyle ilgili tanık veya delil sunamaz.: A- Bir tarafın uzlaşma işlemlerine davet ettiği veya bir tarafın uzlaşma işlemlerine katılmaya istekli olduğu yönünde bir davetiye; B- Anlaşmazlığın muhtemel çözümü hususunda uzlaşma sürecinde bir tarafça yapılan görüş veya önerilerin görüşleri; C- Uzlaştırma işlemleri süresince bir tarafça yapılan beyanlar veya kabuller; D- Uzlaştırıcı tarafından yapılan teklifler; E- Bir tarafın, uzlaştırıcı tarafından yapılan uzlaştırma önerisini kabul etme isteğini belirttiği gerçeği; F- Yalnızca uzlaştırma işlemleri için hazırlanan bir belge.” ifadesine yer vermiştir.

<sup>106</sup> Bkz., HUAK madde gerekçesi.

<sup>107</sup> Özbek, C. 2, s. 1251.

de, birinci fıkradaki bilgilerin açıklanmasının hukuki veya idari makam tarafından istenemeyeceği vurgulanmıştır. Arabuluculuk sürecinde elde edilen beyan veya belgeler, taraflarca veya tarafların bilgisi dışında herhangi bir şekilde delil olarak sunulursa, mahkeme tarafından hükme esas alınamayacaktır. Ancak madde hükmü iki istisna düzenlemeye yer vererek, söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesi ya da bunların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde kullanılabilmesini belirtmektedir.

HUAK m. 5/5 ise, "Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez." ifadesine yer vermiştir. Madde hükmünde de belirtildiği üzere, arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyumsuzluk için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, delilin geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>108</sup>. Bu konu ile ilgili olarak Queensland Temyiz Mahkemesinin *Williamson v Schmidt* kararında, arabuluculuk sürecinde elde edilen deliller, mahkeme aşamasında gizlilik dolayısıyla kabul edilemez haldeyken; eğer bir gerçek, başka bir kaynaktan ispatlanabiliyorsa, ortaya çıkan kanıtlar mahkemede kabul edilebilir nitelikte sayılacaktır<sup>109</sup>.

## 2. Tarafların Mahkeme Aşamasında İleri Sürebileceği Hususlar

HUAK m.6'da, tarafların hangi durumlarda bilgi ve belgeleri öne süremeyeceği ve hangi hususlarda tanıklık yapamayacağı belirtilmiştir. Ancak, tarafların mahkeme aşamasında ileri sürebileceği belgeler veya tanıklık durumları hakkında bilgilendirme yapılmamıştır. Zira AB Yönergesi'nin 7. maddesinde, üye Devletlerin kamu düzeni düşünceleri üstün geldiği için gerekli olması halinde; özellikle çocuğun menfaatlerinin en iyi şekilde korunmasını sağlamak veya bir kişinin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek gerektiğinde istisnai bir durum oluşacağı belirtilmiştir<sup>110</sup>. Ayrıca ABD'nin Tep Tep Arabuluculuk Kanunu'nun "İmtiyaz İstisnaları" başlıklı 6. maddesi, 4 imtiyaz belirlemiş olup; taraflarca imzalanan bir kaydın kanıtladığı bir anlaşma varsa, anlaşma çerçevesinde halka açık veya açık olan ya da kanun hükmü gereğince kamuoyuna açık olması gereken bir arabuluculuk oturumu sırasında yapılan bir durum varsa; bedensel yaralanma veya şiddet suçu işlemek için bir plan tehdidi veya ifadesi varsa, kasıtlı olarak bir suç planlamakta, bir suç işlemek veya işlemek veya devam ettirmek olan bir suçu veya cezai faaliyeti gizlemek için kullanılması söz konusu ise bunlar taraflarca ifşa edilebilecektir.

<sup>108</sup> Özbek, C. 2, s. 1251; Ayrıca bkz., HUAK madde gerekçesi.

<sup>109</sup> Wykoff, "Mediation & Confidentiality", s. 8.

<sup>110</sup> Özbek, C. 2, s. 1460.



### 3. Arabuluculuk Süreci Açısından Tarafların Tanıklığı

#### a. Arabulucunun Mahkeme Aşamasında Tanıklığı

Tanıklık, bir davada olayla ilgili vakıalar hakkında davanın tarafları dışındaki kişilerin bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmeleridir<sup>111</sup>. Tanıklık, takdiri bir delil olması sebebiyle çok güvenilir ve sağlam bir delil sayılmamaktadır<sup>112</sup>. Tanıklar taraflarca gösterilir ve hâkim, tanıkların mahkemede dinlenmesi konusunda re'sen karar veremeyecektir<sup>113</sup>.

Tanıklık yapması için mahkemeye davet edilen herkes, bu çağrıya uymakla yükümlüdür. Usulüne uygun olarak çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin mahkemeye gelmeyen tanık HMK uyarınca zorla getirilecektir<sup>114</sup>. Ancak tanığın kişisel nedenler, sır saklama<sup>115</sup>, menfaat ihlali tehlikesi gibi sebeplerle tanıklıktan çekinebileceği hüküm altına alınmıştır<sup>116</sup>. HMK'nın 249. maddesi, "Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler." ifadesine yer vermiştir.

HUAK m. 5 kapsamında arabulucunun tanıklık edemeyeceği durumlar açıkça sayılmıştır. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça tanık, kanun maddesi kapsamında yer alan hususlar ile ilgili olarak mahkeme yargılamasında tanıklık yapamayacaktır.

Doktrinde delil sözleşmesi ile ilgili bir görüş yer almaktadır. Delil sözleşmesi, bir hususun belli bir delil ile ispat edilebileceği hakkında yapılan sözleşmenin adıdır<sup>117</sup>. Doktrinde<sup>118</sup>, delil sözleşmesinin tanımına bakıldığında tarafların yalnızca olumlu delil sözleşmesi yapabilecekleri gibi bir anlayış doğduğu; ancak, arabuluculukta gizliliğin korunması kapsamında tarafların bazı delillerin kullanılmaması taahhüdü altına girmesi veya belirli bir delile başvuramayacakları hususunda anlaşmalarının da delil sözleşmesi niteliği taşıyacağı savunulmaktadır. Ayrıca, tarafların arabulucunun tanık olarak gösterilemeyeceğinin kararlaştırıldığı delil

<sup>111</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 436; Muşul, Timuçin: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012, s. 384.

<sup>112</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 436; Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, s. 38.

<sup>113</sup> Ayrıntılı bilgi için HMK m. 240.

<sup>114</sup> Ayrıntılı bilgi için HMK m. 245.

<sup>115</sup> HMK'nın 249. maddesi, "Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler." ifadesine yer vermiştir.

<sup>116</sup> Ayrıntılı bilgi için HMK m. 250.

<sup>117</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 462; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 344.

<sup>118</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 267.



sözleşmelerinin hâkimin tahkikat yetkisine bir müdahale niteliği taşımadığı belirtilmektedir<sup>119</sup>.

### b. Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Tanıklık Durumu

Arabuluculuk sürecinde, tarafların anlaşamaması sonucunda bir sonraki aşama mahkeme yargılamasıdır. Davacı ve davalı olan tarafların tanık olarak dinlenmesi de HMK kapsamında mümkün değildir. Buradaki sorun, arabuluculuk sürecinde tarafların kanuni temsilcilerinin tanık olarak dinlenip dinlemeyeceği hususudur. Gerçek kişi bakımından, HMK kapsamında taraflardan birinin avukatı, üçüncü kişi olduğundan tanık olarak dinlenebilir<sup>120</sup>. Buna karşılık tarafların yasal temsilcileri tanık olamayacak ve yasal temsilcilerin bilgisinden ancak isticvap yolu ile yararlanılabilecektir<sup>121</sup>. İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıya veya vakıalar hakkında mahkeme tarafından sorguya çekilmesi yani dinlenilmesi anlamına gelmektedir<sup>122</sup>. HMK kapsamında üçüncü kişiler tanık olarak dinlenebilse de HUAK m.5 kapsamında yer alan hususlarda üçüncü kişilerin tanık olamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Buradaki sorun, uyuşmazlığın taraflarından birinin tüzel kişi olması ve temsil yetkili kişinin kanuni temsilci olması durumunda tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği hususudur. Doktrinde bir görüş<sup>123</sup>, tüzel kişiyi temsil eden kanuni temsilcinin tanık olarak davet edilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira HUAK m. 5 kapsamında üçüncü kişilerin belirlenen hususlarda tanıklık yapması yasaklanmıştır. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.06.2006 tarih 2006/9-315 E. 2006/465 K. sayılı kararında tüzel kişinin taraf olduğu bir davada kanuni temsilcisi durumunda bulunan kişilerin tanık sıfatıyla dinlenemeyeceği ve bir davada taraf ya da kanuni temsilcilerin vakıalar hakkındaki beyanının isticvap yolu ile alınabileceği belirtilmiştir<sup>124</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararından da görülebileceği üzere, tüzel kişinin kanuni temsilcisi davada taraf olarak dinlenemeyecektir. HUAK m. 5 kapsamında da tüzel kişinin kanuni temsilcisi, taraflar arasında görülen davada arabuluculuk süreci ile ilgili tanık olarak davet edilemeyecektir.

### Sonuç

Arabuluculuk, uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların mahkeme yargısına başvurmak yerine, tarafsız bir üçüncü kişi veya onların yardımı ile tarafların uzlaşmasını veya birbirlerini anlamasını sağlayan gönüllü bir usuldür. Arabuluculuk

<sup>119</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 267; Özbek, C. 2, s. 1249.

<sup>120</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 436.

<sup>121</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 436.

<sup>122</sup> Arslan/Yılmaz/Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, s. 369.

<sup>123</sup> Yazıcı Tıktık, *Gizliliğin Korunması*, s. 244.

<sup>124</sup> Bkz., (Erişim: 13.11.2016, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=29964>).

yöntemi de bu işlevi dolayısıyla hem Kıta Avrupası hem de ABD’de en fazla uygulanan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Türk Hukuk sisteminde de arabuluculuğun gelişmesi ve yasal bir düzenlemeye sahip olması açısından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Arabuluculuk yöntemi tarafların birbirleri ile olan iletişimleri ve güven esasına üzerine kurulduğundan kanaatimizce gizlilik esasına arabuluculuğa ait en önemli prensiptir. Zira bu süreçte karşılıklı konuşmaların, bilgi ve belgelerin gizliliğinin güvence altına alınarak arabuluculuk süreci sonrasında açılacak davalarda kendilerinin aleyhine kullanılmayacağını güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Bunun temeli de karşılıklı güven ve sır saklama yükümlülüğü oluşturmaktadır.

Arabuluculukta gizliliğin korunmasındaki kilit mesele, arabuluculuk bağlamında yapılan iletişimlerin gizli olması sonucunda, taraflar veya arabulucu tarafından sonraki dava veya tahkim usullerinde bilgi ve belgelerin açığa vurulamayacağı hususudur. Gizlilik ilkesi kapsamında arabulucu, işlem süresinde elde ettiği bilgi ve belge gibi kayıtları tarafların izni veya açık rızası olmaksızın hiç kimse ile paylaşamayacaktır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 4. maddesi taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ve tarafların, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olacağını belirtmiştir. Bu maddenin temelini de sır saklama yükümlülüğü oluşturmaktadır. Zira sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda hem hukuki hem de cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu arabuluculukta gizliliğin korunması hususunda sadece tarafların müzakerelerine ilişkin düzenleme getirmiştir. Ayrıca HUAK m. 5 hükmü ile birlikte taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişilerin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, arabuluculuk süreci içerisinde yer alan veya edinilen bilgi ve belgelerin delil olarak ileri sürülemeyeceğini ve bu hususlarla ilgili tanıklık yapılamayacağını belirtmiştir.

Yabancı ülke mevzuatları da arabuluculuk ile ilgili bir çok düzenlemeye bulunmakta olup, seminer konumuz içerisinde ABD Tek Tip Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act), Avrupa Birliği’nin 21.05.2008 tarih ve 2008/52 sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi, 2002 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanununda (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) yer alan arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin tamamında arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunmasına, arabulucu ve tarafların arabuluculuk sürecinde elde ettiği delillerin mahkeme aşamasında ileri sürülemeyeceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

**Kaynakça**

- Akıncı, Ziya:** *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara 2007.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Ayvaz, Sema Taşpınar:** *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2016.
- Brown, Kent L.:** "Confidentiality in Mediation: Status and Implications", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Art. 3, 1991.
- Bulur, Alper:** "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C.: 65, S.: 4, 2007.
- Carbone, Michael P.:** *A Primer on Mediation Confidentiality*, (Erişim: 04.11.2016, www.mpcdisputeresolution.com/pg28.cfm.).
- Carden, David M.:** "Confidentiality in Mediation", *Presentation to the Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand Inc. Annual Conference*, 2005.
- Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L.:** "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Art. 2, 1986.
- Gezder, Ümit:** *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul 2009.
- Gibson, Kevin:** "Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 1, Art. 5, 1992.
- Graham, Alice M.:** *Max Factor III-Better Practice Tip: Recognized Exceptions to Mediation Confidentiality and Remedies That Every Litigator Should Know*, (Erişim: 11.11.2016, https://www.mediate.com.).
- Güler, Beyhan Kaplan:** *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul 2014.
- Ildır, Gülgün:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003.
- Işıқтаç, Yasemin:** "Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul 2014.
- Kandıralıoğlu, Pınar Çağla:** *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2011.
- Kaplan, İbrahim:** "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu", *BATİDER*, C.: XV, Aralık 1990.
- Kaplan, Yavuz:** "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *MHB*, C.: 28, S.: 1-2, 2008.
- Karasu, Sinem:** *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2009.
- Karyağdı, Müjgan:** "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi", *GÜHFD*, C.: XI, S.: 1-2, 2007.
- Kekeç, Elif Kismet:** *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktiler*, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012.
- Kirtley, Alan:** "Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest", *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 1, Art. 4, 1995.
- Konca, Nesibe Kurt:** *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009.

- McMullen, Andrew:** "Mediation and Medical Malpractice Disputes: Potential Obstacles in the Traditional Lawyer's Perspective", *Missouri Law Review*, Iss. 2, Art. 5, 1990.
- Muşul, Timuçin:** *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012.
- Nolan, Anthony A./O'Brien, Michael:** *Confidentiality in Mediation*, (Erişim: 09.11.2016, <http://barristers.com.au/wpcontent/uploads/2012/03/confidentialityinmediation-june2010.pdf>).
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 9. Bası, İstanbul 2011.
- Özatar, Hakan:** "Genel Olarak Arabuluculuk", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, İstanbul 2014.
- Özbay, İbrahim:** "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFD*, C.: X, S.: 3-4, 2006.
- Özbek, Mustafa Serdar:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. Bası, Ankara 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 2, 4. Bası, Ankara 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar:** "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 1, S.: 68, 2007.
- Özbek, Mustafa Serdar:** "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", *MİHDER*, C.: 2, S.: 4, 2006.
- Özmumcu, Seda:** *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk*, İstanbul 2011.
- Perçin, Gizem Ersen:** "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukusal Düzenlemelerdeki Yeri", *MHB*, C.: 31, S.: 2, 2011.
- Philips, F. Peter:** "Oregon Supreme Court on Mediation Confidentiality", (Erişim: 02.11.2016, <http://www.mediate.com/articles/PhillipsPbl20160104.cfm>).
- Polat, Malike:** *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2010.
- Steffek, Felix:** *Mediation in the European Union: An Introduction*, (Erişim: 02.11.2016, <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=b3e6a432-440d-4105-b9d5-29a8be95408f>).
- Tanrıver, Süha:** "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.: 1, S.: 64, 2006.
- Tekin, Kemal Doruk:** *Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü*, Ankara 2010.
- Thompson, Rod:** *Mediation Confidentiality*, (Erişim: 09.11.2016, <http://www.callawyer.com/2016/06/mediation-confidentiality/>).
- Tuğsavul, Melis Taşpolat:** *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012.
- Wykoff, Andrea:** "Mediation & Confidentiality", *Bond University Student Law Review*, Iss. 1, Art. 3, Vol. 4, 2016.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul 2013.
- Yeşilirmak, Ali:** *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011.
- Yıldırım, Ferhat:** *Avusturya Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*, İstanbul 2015.

