

## ARABULUCULUK UYGULAMASINDA GİZLİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI VE ÖNEMİ

Av. İrfan Atış<sup>1</sup>

### Özet

*Biz bu çalışmamızın birinci bölümünde Türk Hukuku'nda arabuluculuğa hâkim olan ilkeler başlığı altında Türk Hukuku'nda arabuluculuğun tarihçesini, tanımı ve unsurlarını anlatmaya çalıştık. Sonrasında ise arabuluculuğa hakim olan ilkelerden gönüllülük ilkesi, hakimiyetin uyuşmazlığın taraflarında olması ilkesi, uyuşmazlıkların çözümünde menfaat ilkesine dayanılması ilkesi, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi ve eşitlik ilkesinden kısaca bahsederek, gizlilik ilkesini genel hatlarıyla ele alıp incelemeye çalıştık. Çalışmamızın ikinci bölümünde arabuluculukta gizlilik ilkesi başlığı altında, mukayeseli hukukta arabuluculukta gizlilik, gizlilik ilkesinin sınırları, gizlilik ilkesinin uygulanması ve gizlilik ilkesinin ihlalinin sonuçları konularını değerlendirmeye çalıştık. Konumuz kapsamı dışında olması sebebi ile de diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini, arabuluculuğun amacını, arabuluculuk sürecini ve dava şartı arabuluculuk konularına değinmedik.*

**Anahtar kelimeler:** Arabuluculuk, Gizlilik İlkesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk İlkeleri, Arabuluculukta Gizlilik İlkesi

### Abstract

*In the first part of this study, we tried to explain the history, definition, and elements of mediation in Turkish Law under the title of principles which have mediation in Turkish Law. Afterward, we tried to examine the principle of confidentiality, the principle of voluntariness, the principle of dominance on the sides of the dispute, the principle of relying on the principle of interest in dispute resolution, the principle of impartiality and independence of the mediator and the principle of equality. In the second part of our study, we tried to evaluate the issues of confidentiality in the mediation law, the boundaries of the confidentiality principle, the application of the privacy policy and the consequences of the violation of the confidentiality principle under the title of confidentiality principle in mediation. We did not mention other alternative dispute resolution methods, the purpose of mediation, the mediation process and the mediation of litigation due to the fact that the subject is out of scope.*

**Key Words:** Mediation, Privacy Policy, Alternative Methods of Settling Disputes, Mediations Policies, Privacy Policy of Mediations

---

<sup>1</sup> Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çalışma Ekonomisi ve Sosyal Siyaset Bilim Dalı Öğrencisi, irfanatis54@hotmail.com

## 1. Giriş

İnsanlık tarihinin var olduğu zamanlardan itibaren taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılmaktadır. İşbu yöntemler devlet yargısının olmadığı toplumlarda asli olarak, devlet yargısının olduğu toplumlarda ise alternatif olarak uygulama alanı bulmuştur. Günümüzde ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde yer alan arabuluculuğun önemi giderek artmış, Anglosakson ve Kıta Avrupası ülkelerinin birçoğunda yasal zemine oturtularak uygulama alanı bulmuştur (Bulur, 2008:2).

Arabuluculuk uygulamasına duyulan bu ilgi ülkemizde de diğer Avrupa ülkelerine paralel gelişme göstermiş, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile yasal zemine oturtulmuş, sonrasında İş Mahkemeleri Kanunu ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A Maddesi ile de kimi uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür.

Arabuluculuk uygulamasının kendinden beklenen faydayı sağlayabilmesi, sürecin başarılı bir şekilde yürütülmesine bağlıdır. Sürecin başarılı bir şekilde yürütülebilmesi için birtakım ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkelerin en önemlilerinden biri de gizlilik ilkesidir. Gizlilik ilkesinin arabuluculuk sürecinin kendinden beklenen faydayı sağlayabilmesindeki önemi, işbu konunun çalışma konumuz olmasına sebebiyet vermiştir.

## 2. Türk Hukuku'nda Arabuluculuğa Hakim Olan İlkeler

### 2.1 Türk Hukuku'nda Arabuluculuk

### 2.2 Tarihçe

Ülkemizde arabuluculuk, Osmanlı İmparatorluğu zamanından itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Günümüzde ise arabuluculuğun yasal zemininin oluşturulması amacıyla hazırlık çalışmaları yapılmış, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tasarıları hazırlanmış, işbu tasarı 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sonrasında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hazırlanmış, bu yönetmelik 26.01.2013 tarihinde kabul edilerek Resmi Gazete'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. 2013 yılının Mart ayında Arabuluculuk Kurulu tarafından arabuluculuk sistemi ve arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları oluşturularak kabul edilmiştir(Kekeç, 2016:18).

12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuk hususunda yeni düzenlemeler getirilmiş, işbu kanun ile kimi iş uyuşmazlıklarında dava

açmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür. Son olarak TBMM’de 06.12.2018 tarihi itibarıyla kabul edilen Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması ve Usulü Hakkında Kanun’un 20. Maddesi ile 6102 sayılı Ticaret Kanunu’na 5/A Maddesi eklenmiş, bu madde ile de ticari uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür. İşbu maddenin yürürlük tarihi 01.01.2019’dur.

### **2.3 Tanım ve Unsurları**

Arabuluculuk 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. Maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre 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, (EKLENMİŞ İBARE RGT: 25.10.2017 RG NO: 30221 KANUN NO: 7036/17) 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 yöntemi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere arabuluculuk, uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafların işbu uyuşmazlık konusunu çözüme ulaştırmak amacıyla tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin katılımıyla bir araya geldiği diyalog ve müzakere yöntemidir(Kekeç, 2016:18)

Süreç sonunda varılan anlaşma, yazıya döküldüğü ve sonrasında yetkili hakim veya mahkeme tarafından onaylandığı takdirde mahkeme ilamı niteliğini kazanmaktadır(Goodman, 2017:5).

Arabuluculuk uygulamasından bahsedebilmek için öncelikle bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır(Kurt, 2018:407). Bu uyuşmazlığın ne tür bir uyuşmazlık olabileceği Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu fıkraya göre bir uyuşmazlığın arabuluculuk uygulamasına konu olabilmesi için özel hukuka ilişkin olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden kaynaklanması gerekmektedir(ÖZDEMİR, 2012:55). Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da arabuluculuk uygulamasına konu olabilmektedir. Fakat aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk uygulaması kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Arabuluculuk uygulamasının söz konusu olabilmesi için gerekli olan ikinci unsur, uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafların varlığıdır. Taraflar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilirler. Bu konuda herhangi bir sınırlama yoktur. Arabuluculuk uygulamasının söz konusu olabilmesi için gerekli olan üçüncü unsur ise tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin mevcudiyetidir(Kurt, 2018:408). Üçüncü kişi ile kast edilen ise arabulucudur. Arabulucu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2. Maddesinin birinci fıkrasının a bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre arabulucu, “Arabuluculuk

faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi” ifade etmektedir.

### **3. Arabuluculuğa Hakim Olan İlkeler**

#### **3.1 Gönüllülük İlkesi**

Arabuluculuğa hakim olan ilkelerden birisi gönüllülük ilkesidir(Özmumcu, 2016:809). Gönüllülük ilkesine göre taraflar arabuluculuk sürecine başvurup başvurmama, başvuru neticesinde başlamış olan arabuluculuk sürecine devam edip etmeme ve süreç sonunda anlaşıp anlaşmama konusunda tamamen serbestiye sahiptirler (Cennet Engin Demir, 2017:29).

Bu ilkenin istisnası ise arabuluculuk sürecine başvurunun yasa gereği dava şartı olarak öngörüldüğü durumlardır. Hukukumuzda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku kaynaklı kimi uyuşmazlıklar için dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak öngörülmüş ve bu düzenleme 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Yine yukarıda ayrıntılı verilen 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi gereğince konusu ticari olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür. İşbu düzenlemenin yürürlük tarihi ise 01.01.2019 tarihidir. Bu düzenlemeler ile sadece arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüş, sürece devam edip etmeme ve süreç sonunda anlaşıp anlaşmama ise tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır.

#### **4. Hakimiyetin Uyuşmazlığın Taraflarında Olması İlkesi**

Arabuluculuk sürecine ilişkin önemli ilkelerden bir diğeri ise hakimiyetin uyuşmazlığın taraflarında olması ilkesidir(Kurt, 2018:428). Bu ilke gereğince arabuluculuk sürecinin nerede ifade edileceği, işleyişinin nasıl olacağı, arabuluculuk tutanaklarına hangi hususların yazılacağı ve süreç sonunda anlaşmaya varılıp varılamayacağı konusunda karar verme yetkisi tamamen taraflara aittir. Arabuluculuk sürecinde arabulucunun tek başına karar verme, son sözü söyleme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır(Kızıloğlu, 2014:38). Bu süreçte arabulucunun görevi sürecin sağlıklı bir şekilde işleyişini sağlamaktan ibarettir(Cennet Engin Demir, 2017:28).

Arabulucunun sadece görüşmelerin bitme noktasına geldiği durumda son bir teklifte bulunma yetkisi vardır. Fakat bu teklifin taraflar için herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.

#### **5. Uyuşmazlıkların Çözümünde Menfaat İlkesine Dayanılması İlkesi**

Arabuluculuk sürecine yönelik temel ilkelerden bir diğeri uyuşmazlığın çözümünde menfaat ilkesine dayanılması ilkesidir(Cennet Engin Demir, 2017:27).

Arabuluculuk sürecinde önemli olan kimin haklı olduğuna karar vermek değildir. Bu süreç kazan-kazan esasına dayalı olan bir süreçtir. Dolayısıyla bu süreçte önemli olan tarafların iradelerine ve menfaatlerine uygun olan bir çözüm üzerinde anlaşmalarıdır(Kekeç, 2016:29).

Arabulucunun bu süreçteki asli görevlerinden birisi tarafların ihtiyaç ve taleplerine uygun çözüm önerileri oluşturabilmelerini sağlayacak zemini oluşturmaktır.

## **6. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi**

Arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi işbu sürece hakim olan en temel ilkelerden birisidir. Arabuluculuk sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için arabulucunun tarafsız olması ve tarafsızlığına şüphe düşürecek hal ve hareketlerden kaçınması gerekir(Güler, 2014:23). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinde arabuluculuğun tanımı yapılırken arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması gerektiği özellikle ifade edilmiştir. Ayrıca yine aynı yasanın 9.maddesinde de arabulucunun görevini şahsen tarafsız ve özenli bir biçimde yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Arabulucunun tarafsızlığı iki açıdan incelenebilir. Bunlardan ilki arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına karşı tarafsız olmasıdır. Arabulucu taraflara eşit mesafede olmalı, tarafları eşit şekilde dinlemeli, taraflardan birine karşı daha samimi davranışlar içerisinde bulunmamaya özen göstermelidir(Tıktık, 2010:37). Zira arabuluculuk sürecinde tarafsız olmak kadar tarafsızlığa şüphe düşürecek hal ve hareketlerden kaçınma da büyük önem arz etmektedir. Arabulucunun tarafsızlığına yönelik incelenecek hususlardan bir diğeri ise arabulucunun uyuşmazlık konusu bakımından tarafsız olmasıdır. Yani arabulucunun uyuşmazlık konusu ile ilgili elde edebileceği herhangi bir ekonomik menfaatinin bulunmaması gerekmektedir(Tıktık, 2010:38). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9.maddesinin ikinci fıkrasında arabulucunun, tarafsızlığına gölge düşürecek durumların mevcudiyeti halinde bunu derhal taraflara bildirmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Taraflar buna rağmen arabulucudan görevine devam etmesini isteyebilirler.

Fakat arabulucunun tarafsız kalamayacağını anlaması durumunda işbu sürece devam etmemesinin en doğrusu olacağı kanaatindeyiz.

## **7. Eşitlik İlkesi**

Arabuluculuk süreci ile ilgili bir diğer önemli ilke ise eşitlik ilkesidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9.maddesinin üçüncü fıkrasında, arabulucunun taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Tarafların bu süreçte eşit haklara sahip oldukları Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3. maddesi ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 5.maddesi ile de hüküm altına alınmıştır. Tarafların süreç sonunda vardıkları anlaşmadan veya anlaşmaya varamasalar bile süreçten memnun kalabilmeleri için süreç boyunca eşit muamele gördüklerini özellikle hissetmeleri gerekmektedir.

Arabuluculuk süreci boyunca kendisini diğer tarafa karşı eşit hissetmeyen taraf süreç ne şekilde neticelenirse neticelensin çıkan sonuçtan memnun kalmayacaktır(Cennet

Engin Demir, 2017:53). Bu sebeple arabulucunun eşitlik ilkesinin uygulanmasında azami dikkati göstermesi gerekir(Konuralp, 2011:117).

## **8. Gizlilik İlkesi**

Arabuluculuk sürecinin en temel ilkelerinden birisi gizlilik ilkesidir. Zira bu süreç gizlilik esasına dayanmaktadır. Makalemizin konusu gereği gizlilik ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımızı ikinci bölümde yapacağız.

### **8.1 Arabuluculukta Gizlilik İlkesi**

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi arabuluculuk süreci gizlilik esasına dayanmaktadır. Gizlilik ilkesi, arabuluculuk yöntemine duyulan güvenin temel taşıdır(Görkem, 2015:107). Arabuluculuk sürecinin kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi için işbu sürecin gizli yürütülmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuk sürecinin temel amaçlarından birisi toplumsal barışın sağlanmasıdır. Arabuluculuk sürecinin kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için uyumsuzluk içerisinde bulunan tarafların süreç içerisinde duygu, düşünce, beklenti ve delillerini net olarak ortaya koyabilmeleri gerekmektedir(Bozdağ, 2016). Duygu, düşünce ve söylemlerin net olarak ortaya konmadığı bir arabuluculuk süreci taraflar arasındaki iletişimin sekteye uğramasına ve tarafların empati yapamamalarına sebebiyet verecektir(Tıktık, 2010:36). Böyle bir ortamda gerçekleşen arabuluculuk süreci kendinden beklenen faydayı sağlamayacak ve süreç sonunda anlaşmaya varılsa bile işbu anlaşma tarafları tam anlamıyla memnun eden bir anlaşma olmayacaktır. Ayrıca gizlilik ilkesinin uygulanmadığı bir ortamda gerçekleşen arabuluculuk sürecine ilişkin taraflarda mahkemeye ön hazırlık algısı oluşacaktır. İşbu algı, süreç içerisinde tarafların kendilerini tam olarak ifade edememelerine sebebiyet verecek ve böyle bir ortamda gerçekleşen arabuluculuk süreci sonunda da ya anlaşma sağlanamayacak ya da anlaşma sağlansa bile taraf memnuniyeti söz konusu olmayacaktır (Tıktık, 2010:45). Oysa gizlilik ilkesinin uygulandığı bir arabuluculuk sürecinde uyumsuzluk içerisinde bulunan taraflar, kendilerini tam olarak ifade edebilme, menfaat ve beklentilerini net olarak ortaya koyabilme imkânı bulmaktadırlar. (Karacabey,2016:460). Böyle bir ortamda gerçekleşen arabuluculuk süreci sonunda ise taraf iradelerine uygun anlaşmalar ortaya çıkmakta, süreç sonunda anlaşma sağlanamasa bile taraflar birbirlerini anlayabilme imkânı bulabilmekte ve bu durum da toplumsal barışın sağlanmasına katkı sağlamaktadır. (Karacabey,2016:465).

#### **a) Mukayeseli Hukukta Arabuluculukta Gizlilik**

Almanya’da Arabuluculuk özel bir kanunda, 21.06.2012 tarihli Arabuluculuk Kanununda düzenlenmiştir. Kanun’da 4. Madde arabulucunun gizlilik, güven ve sır

saklama yükümlülüğüne özgülenmiştir. Buna göre, sadece arabulucu değil, arabuluculuk sürecine dahil olan her ilgili sır saklama ve gizlilik yükümlülüğüne tabidir. Bu yükümlülüğün ortadan kalktığı haller ise kanunda istisnai şekilde özel olarak düzenlenmiştir. Gizlilik yükümlülüğünün kapsamına arabuluculuk süreci ile ilgili edinilen her türlü bilgi dahil olmaktadır. Alman hukukunda arabuluculuk süreci ile ilgili gizlilik yükümlülüğünün söz konusu olmadığı istisnai haller 3 başlık altında tespit edilmiştir.

Buna göre, arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın uygulanabilmesi için gerekli ise anlaşmanın içeriğinin açıklanması gizlilik ilkesinin ihlali olarak kabul edilmez. İkinci olarak, özellikle çocuğun refahına yol açacak bir riskten kaçınmak veya bir kişinin fiziksel veya zihinsel bütünlüğüne karşı ciddi bir zararı önlemek için gerekli olduğunda, kamu düzenine ilişkin hassasiyetlerin dikkate alınmaması gerekli olduğunda da gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü geçerlik kazanmaz. Son olarak, herkes tarafından bilinen genel bilgiler veya gizli kalınmasına ihtiyaç duyulmayan bilgiler de sır saklama ve gizlilik yükümlülüğünün konusunu teşkil etmezler. Arabulucu arabuluculuk sürecinin başlangıcında tarafları gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak bilgilendirmekle de yükümlüdür.

Birleşik Krallık Hukukunda arabuluculuk özel bir kanunda değil, yargılama hukuku ile ilgili kanunlarda dağınık olarak düzenlenmiştir. Nitekim AB Hukuku ile uyum sağlanması amacıyla Sivil Yargılama Kanunu (CivilProcedureAct) arabuluculuk ile ilgili ilke niteliğindeki hükümlerin yer aldığı bir kanundur(Özmumcu, 2016:810). Birleşik Krallık Hukuk sisteminde arabulucunun gizlilik yükümlülüğü arabuluculuk sürecini bir bütün olarak kapsamaktadır. Bu sebeple öncelikle arabuluculuk sürecinin tarafları süreç ile ilgili olarak edindikleri herhangi bir bilgiyi kendi menfaatlerine veya karşı tarafın aleyhine açıklayamazlar. Buna ilaveten gizlilik yükümlülüğünün kapsamına ayrıca arabulucuya süreç boyunca taraflarca verilen bilgiler de dahil olmaktadır. Böylece arabulucunun da gizlilik yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Arabulucuya ne taraflara ne de üçüncü kişilere arabuluculuk süreci boyunca edindiği bilgileri açıklayamaz. Buna karşın gizlilik yükümlülüğü tarafların anlaşması ile kaldırılabilir. Taraflar anlaşmasalar da mahkeme hakkaniyet gerektiriyorsa istisnai koşullar sağlanmak kaydıyla arabuluculukta gizlilik yükümlülüğünü kaldırabilir.

Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifinde de gizlilik ve sır saklama ilkesi düzenlenmiştir. Avrupa Birliğinin ticari ve sivil hukuki meselelere ilişkin 2008/52/EC sayılı Direktifinin 7. Maddesinde gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün asgari düzeyi tespit edilmiştir ve bu yükümlülük sivil ve ticari nitelikteki sınır aşan uyuşmazlıklardaki arabuluculuk süreci için geçerlidir(Bilgin, 2009:12).

Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk ile ilgili düzenleme 2001 tarihli Amerikan Arabuluculuk Uniform Kanununda yer almaktadır. Arabuluculuk Uniform Kanununda 4-8. Maddeler arasında arabuluculukta gizlilik ilkesi düzenlenmiştir ve bu gizlilik ilkesinin uygulama alanı arabuluculukla ilgili bilgilerin yargılama süreçlerinde

açıklanamamasına yöneliktir ve Uniform Kanununda yapılan bu düzenleme Amerikan mahkemelerinin yaklaşımları ile de uyum içerisindedir. Kanunun 8. Maddesine göre, Açık Toplantılar Kanunu ve Açık Kayıtlar Kanunu kapsamına girmemek kaydıyla, arabuluculukta gizlilik ilkesi geçerlidir. Arabuluculukta gizlilik yükümlülüğünün kapsamı taraflarca belirlenebileceği gibi, arabulucu ile taraflar arasındaki iletişim kurulduğunda da kapsam açıklığa kavuşturulabilir.

#### **b) Gizlilik İlkesinin Sınırları**

Arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesinin sınırları, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5. Maddesinin 1. Fıkrasında belirlenmiştir. Bu fıkraya göre arabuluculuk sürecine katılan kişiler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya bir vakıa veya iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremezler ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar. Aynı maddenin 4. Fıkrasında ise belirtilen sınırlamaların hukuk davası ve tahkimde geçerli olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere gizlilik ilkesi tarafların arabuluculuk faaliyetine katılma isteklerini, arabuluculuk davetlerini, arabuluculuk süreci içerisinde sunmuş oldukları görüş, öneri, kabul ve olaylar ile sırf arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri kapsamaktadır. Sırf arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla sunulan belge ile neyin kastedildiği ise yine aynı maddenin 5. Fıkrasında açıklanmıştır. Bu fıkraya göre, 'hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.' Misal olarak arabuluculuk sürecinde taraflardan biri tarafından alacağının ispatı için sunulan sözleşme veya senet, sırf arabuluculuk faaliyetinde ileri sürüldü diye mahkeme veya tahkimde ileri sürülemeyen evrak halini almayacaktır.

Gizlilik ilkesinin iki istisnası mevcuttur. Bu istisnalardan birincisi tarafların rızasıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4. Maddesine göre taraflarca kararlaştırıldığı takdirde arabuluculuk süreci içerisinde elde edilen beyan ve belgelerin açıklanması mümkündür. Ancak gizlilik ilkesinin bertaraf edilebilmesi için her iki tarafın da ortak rızası gerekmektedir. İkinci istisna ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5. Maddesinin 3. Fıkrasında öngörülmüştür. Bu fıkraya göre arabuluculuk süreci içerisinde elde edilen beyan ve belgeler kanun hükmü tarafından emredildiği takdirde açıklanabilecektir. Ayrıca işbu beyan ve belgeler arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varıldığı takdirde, bu anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilecektir.

#### **c) Gizlilik İlkesinin Uygulanması**

Gizlilik ilkesi uygulamada iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi arabulucunun, taraflar ile yaptığı özel oturumlarda kendisine sunulan bilgi ve belgeleri özel oturum yaptığı tarafın rızası olmadan diğer taraf ile paylaşmamasıdır(Kekeç,



2016). Arabulucu gerekli gördüğü ve taraflarca kabul edildiği takdirde, taraflar ile ayrı ayrı özel oturumlar yapabilmektedir. Bu özel oturumlarda kendisi ile paylaşılan bilgi ve belgeleri ancak özel oturumda bir araya geldiği tarafın rızası var ise karşı tarafla paylaşabilmektedir.

Gizlilik ilkesinin uygulamada karşımıza çıktığı ikinci durum ise arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelerin dış ilişkide üçüncü kişilerle paylaşılabilmesidir. Arabuluculuk sürecine katılan herkes bu kurala uymakla yükümlüdür.

HUAK 5. maddesinin 3. fıkrasında, belirtilen işbu beyan ve belgelerin açıklanmasının mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyeceği, bu beyan veya belgelerin, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmayacağı ifade edilmiş ve bu hüküm ile uygulamada gizlilik ilkesinin ihlalinin önüne geçilmek istenmiştir.

#### **d) Gizlilik İlkesinin İhlalinin Sonuçları**

Gizlilik ilkesine aykırı hareket edenler ile ilgili cezai yaptırım Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 33. Maddesinde hüküm altına alınmıştır. İşbu maddeye göre, gizlilik ilkesine aykırı hareket ederek bir kişinin hukukun korunduğu menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ve bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanımızca, cezai yaptırım öngören işbu düzenleme, yerinde bir düzenlemedir. Zira, gizlilik ilkesinin ihlal edildiği bir arabuluculuk süreci kendinden beklenen faydayı sağlamayacak, sonrasında arabuluculuğa duyulan güvenin zedelenmesine sebebiyet verebilecek ve neticede arabuluculuk müessesesinin uygulanırlılığının işlevsiz hale gelmesine yol açabilecektir. Ancak, gizlilik ilkesinin ihlali durumunda daha ağır bir cezai yaptırım öngörülmesinin arabuluculuk sürecine duyulan güveni ve dolayısıyla bu sürecin başarı ile neticelenme ihtimalini daha da artıracaklarını düşünmekteyim.

#### **Sonuç**

Arabuluculuk, aralarında özel hukuka ilişkin ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık bulunan tarafların, işbu uyuşmazlık konusunu çözmek amacıyla bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişi aracılığıyla bir araya geldikleri, ihtiyari olarak yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir. Ülkemizde arabuluculuğun yasal zemine oturtulması amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve bu kanuna ilişkin yönetmelik hazırlanarak resmî gazetede yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Sonrasında yürürlüğe giren İş Mahkemeleri Kanunu ve Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi ile kimi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür.

Arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanabilmesi ve arabuluculuğun tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesi için birtakım ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeleri gönüllülük

ilkesi, hâkimiyetin uyuşmazlığın taraflarında olması ilkesi, uyuşmazlıkların çözümünde menfaat ilkesine dayanılması ilkesi, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi, eşitlik ilkesi ve gizlilik ilkesi olarak sıralamak mümkündür.

Arabuluculuk faaliyetinin özü gizlilik ilkesine dayanmaktadır. Zira bu süreçte tarafların kendilerini açık ve net olarak ifade edebilmeleri ve sonrasında anlaşma sağlanabilmesi için sürecin gizlilik içerisinde yürütülmesi gerekmektedir. Fakat bundan sınırsız bir gizliliğin mevcudiyetini anlamamak gerekir.

Zira sınırları belli olmayan bir gizlilik ilkesi, arabuluculuk faaliyeti sonunda devlet yargısı yoluna gidilememesi neticesine sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5.maddesi ile gizlilik ilkesinin sınırları belirlenmiştir. Gizlilik ilkesine tabi olan beyan ve belgeler ise tarafların rızasının mevcut olması ve kanun hükmü tarafından emredildiği durumlarda açıklanabilecektir. Gizlilik ilkesi uygulamada iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi arabulucunun taraflar ile yapmış olduğu özel oturumlarda edindiği bilgi ve belgeleri özel oturum düzenlediği tarafın rızası olmadan karşı taraf ile paylaşmaması, ikincisi ise arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelerin sürece katılanlar tarafından üçüncü kişilerle paylaşılabilmesidir. Ancak ifade ettiğimiz gibi tarafların rızası mevcut ise veya kanun hükmü tarafından emrediliyor ise bu beyan ve belgeleri paylaşmak mümkündür.

Görüleceği üzere arabuluculuk faaliyetinin kendinden beklenen faydayı tam olarak sağlayabilmesinde gizlilik ilkesi hayati öneme sahiptir. Gizlilik ilkesinin uygulanmadığı bir arabuluculuk sürecinde taraflar, süreç içerisinde ileri sürdükleri beyan ve belgelerin devlet yargısına başvurulduğunda aleyhlerine kullanılabileceği konusunda endişe duyacaklar, kendilerini açık ve net olarak ifade edemeyeceklerdir. Bu durum uyuşmazlık içerisindeki tarafların empati yapamamalarına, neticede tarafların birbirilerini ve uyuşmazlık konusunu tam olarak anlayamamalarına sebebiyet verecektir. Neticede süreç sonunda ya anlaşma sağlanamayacak ya da sağlanan anlaşmada taraf memnuniyeti mevcut olmayacaktır. Bu sebeple, gizlilik ilkesinin tam olarak uygulanması için arabuluculuk süreci içerisinde bulunan herkesin azami dikkati göstermesi, gizlilik ilkesinin önemi ve ihlalinin sonuçları konusunda detaylı bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 33.maddesinde gizlilik ilkesinin ihlalinin sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre gizlilik ilkesini ihlal eden kişi şikayet üzerine 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Azami süresi 6 ay hapis cezası olan işbu yaptırımın daha ağır bir cezai yaptırıma dönüştürülmesinin gizlilik ilkesinin uygulanmasına daha fazla katkı sağlayacağı kanısındayım.

### Kaynakça

- Goodman, A. (2017). *Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği*. United Kingdom: Mediation Publishing Suite 74.
- Özmunucu, S. (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlar Arabuluculuk Sisteme Genel Bir Bakış. *Dergi Park*, 809-816.
- Tıktık, Ç. (2010). *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi.
- Bilgin, H. (2009). Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk. *Ankara Barosu Dergisi*, 9-21.
- Bozdağ, G. (2016). Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 104-109.
- Bulur, A. (2008). Alternative Dispute Resolutions and Mediation. *Arabuluculuk.com*, 1-34.
- Görkem, Z. (2015). *Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Güler, B. (2014). *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi.
- Karacabey, K. (2016). Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*, 458-478.
- Kekeç, E. (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayın Evi,.
- Kızıloğlu, S. (2014). *Türk Hukukunda Toplu İş Uyuşmazlığının Barışçı Çözüm Yollarından Olarak Arabuluculuk Kurumu ve Geleceğine İlişkin Bir Projeksiyon*. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Konuralp, C. (2011). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- Kurt, R. (2018). İş Yargısında "Arabuluculuk". *TBB Dergisi*, 407-439.
- Özdemir, C., Kökdemir, D., Sığırı, Ü., Yeşilirmak, A., Yazıcı Tıktık, Ç., Conceiçao, M., . . . Hatiboğlu, B. (2017). *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*. Ankara: Avrupa Konseyi.
- Özdemir, S. (2012). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55-56.