T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

ARABULUCULUKTA GİZLİLİĞİN KORUNMASI

Çiğdem YAZICI TIKTIK

Danışman
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

2010

ARABULUCULUKTA GİZLİLİĞİN KORUNMASI

İÇİNDEKİLER I
KISALTMALAR IX
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE ARABULUCULUKTA GİZLİLİK

§1. Arabuluculuğa İlişkin Genel Bilgiler 3
A. Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk 3
B. Arabuluculuk Yönteminin Amaçları ve Toplumsal Plandaki Sonuçları 10
C. Arabuluculuğun Kıta Avrupası'ndaki Gelişimi ve Türkiye'deki Durumu 13

§2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler 27
A. Arabuluculuk Sürecinin Gizli Olması 29
B. Arabuluculuk Yönteminin İradi Olması 30
C. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı 36
D. Arabuluculuk Sürecine Hakimiyetin Uyuşmazlığın Taraflarına Ait Olması 40

§3. Arabuluculukta Gizlilik 43
A. Gizliliğin Kapsamı ile Bazı Anayasal ve Yargısal Teminatlarla Olan İlişkisi 45
I. Gizliliğin Kapsamı 45
1. Arabuluculuk Sürecinin Aleni Olmaması 46
2. Arabulucunun, Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Sır Saklama Yükümlülüğü 47
3. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunması Amacıyla Bazı Beyan, Bilgi ve Belgelere Delil Olarak Dayanılamaması 48
4. Arabuluculukta Gizliliğin Bertaraf Edilmesini Gerektiren Haller 49

a. Uyuşmazlığın Taraflarının Rızası 49
b. Arabuluculuk Süreci Sonunda Varılan Anlaşmanın Uygulanması ve İcrası 51
c. Suçu Bildirme Yükümlülüğü 57
II. Gizliliğin Anayasal ve Yargısal Teminatlarla Olan İlişkisi 60
1. Genel Olarak 60
2. Gizlilik ve Aleniyet İlkesi 61
3. Gizlilik ve Özel Hayatın Korunması 65
B. Yargılama Sürecinde Gizlilik ve Yargılama Sürecindeki Gizliliğin Arabuluculukta Gizlilik ile Karşılaştırılması 68
1. Mahkeme Sürecinde Gizlilik 68
2. Tahkim Sürecinde Gizlilik 71
3. Arabululuculukta Gizliliğin Mahkeme ve Tahkim Sürecindeki Gizlilik ile Karşılaştırılması 76
C. Arabuluculuk Süreci Dışındaki Kişilere Karşı Gizlilik 79
I. Genel Olarak 80
II. Müzakere Yöntemleri ve Müzakere Sürecinde Gizliliğin İşlevleri 80
1. Müzakere Yöntemleri 80
a. Mücadeleci Yöntem 81
b. Problem Çözücü Yöntem 82
c. İşbirlikçi Yöntem 84
d. Arabuluculukta Kullanılan Yöntemler 85
2. Müzakere Sürecinde Taraflar Bakımından Gizliliğin İşlevleri 86
a. Tarafları Müzakere Sürecinde Dürüstlüğe Teşvik Etmek 86
b. Tarafların Yüksek Korunma Gereksinimini Karşılamak 87
c. Tarafların Karşılıklı Güvenini Sağlamak 88
3. Müzakere Sürecinde Arabulucu Bakımından Gizliliğin İşlevleri 89
a. Arabulucuya Karşı Güven İnşa Etmek 89
b. Arabulucunun Tarafsızlığını Sağlamak 90
c. Arabulucunun Mesleki Davranış Kurallarından Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmek 91

d. Arabulucuların Sır Saklama Yükümlülüğü ile Kamusal Menfaati Sağlamak 92
D. Arabuluculuk Sürecine Katılanlar Arasında Gizlilik 94
I. Genel Olarak 94
II. Müzakere Sürecinde Arabulucunun Taraflarla Yaptığı Özel Oturumlar 96
III. Özel Oturumlarda Gizliliğin Korunması 98

§4. Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemelerde Kullanılan Yöntemler ... 99
A. Kişi Odaklı Koruma Yöntemi 100
I. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi 101
II. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun 102
III. Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanunu Tasarısı 103
IV. İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu 104
B. Bilgi Odaklı Koruma Yöntemi 105
I. Birleşmiş Milletler Model Kanunu 106
II. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arabuluculuk Kanunu 107
C. Hukuk Uyumazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısında Öngörülen Koruma Yöntemi 109

İKİNCİ BÖLÜM
MADDİ HUKUK YÖNÜNDEN GİZLİLİĞİN KORUNMASI

§5. Arabulucu Bakımından Gizliliğin Korunması 112
A. Arabulucunun Sır Saklama Yükümlülüğü 112
I. Genel Olarak Sır 112
II. Arabuluculukta Sırrın Kapsamı 114
B. Arabulucunun Kanundan Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü 116

I. Meslek Kanunlarında Düzenlenen Sır Saklama Yükümlülüğünün Arabulucu Bakımından Uygulanması 116
1. Avukatlık Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü 118
a. Avukatlık Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Avukat-Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği 118
b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları 120
2. Noterlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü 121
a. Noterlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Noter-Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği 121
b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları 123
3. Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü 123
a. Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği 123
b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları 125
II. Meslek Kanunu'nda Özel Hüküm Bulunmayan Meslek Mensuplarının Sır Saklama Yükümlülüğünün Arabulucu Bakımından Uygulanması 125
III. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Sır Saklama Yükümlülüğünün Arabulucu Bakımından Uygulanması 128
C. Arabulucunun Sözleşmeden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü 130
I. Arabulucu Sözleşmesi 131
1. Arabulucu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği 133
2. Uyuşmazlığın Taraflarının Sözleşmeden Doğan Ücret Ödeme Yükümlülüğü 142
3. Arabulucunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri 145
a. Müzakereleri Sevk ve İdare Yükümlülüğü 145
b. Tarafsız Olma Yükümlülüğü 146
c. Şahsen Ifa Yükümlülüğü 147
d. Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülüğü 149
e. Sır Saklama Yükümlülüğü 150
(aa) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmesi 151

(bb) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemesi 152
4. Arabulucu Sözleşmesinden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Sonuçları 155
a. Arabulucunun Tazminat Yükümlülüğü 155
b. Sözleşmenin Sona Ermesi 159
D. Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinde Edindiği Bilgilere İlişkin Sır Saklama Yükümlülüğü 161

§6. Taraflar ile Üçüncü Kişiler Bakımından Gizliliğin Korunması 164
A. Taraflar Bakımından Gizliliğin Korunması 164
I. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği 164
1. Arabuluculuk Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi 168
2. Arabuluculuk Sözleşmesinin Yargılama Hukuku Açısından Değerlendirilmesi 171
II. Uyuşmazlığın Taraflarının Arabuluculuk Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri 176
1. Sürece İştirak Yükümlülüğü 176
2. Sır Saklama Yükümlülüğü 177
a. Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmesi 177
b. Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemesi 178
3. Uyuşmazlığın Taraflarının Arabuluculuk Sözleşmesinden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığının Hukuki Sonuçları 179
a. Tazminat Sorumluluğu 179
b. Sözleşmenin Sona Ermesi 182
B. Üçüncü Kişiler Bakımından Gizliliğin Korunması 183

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MEDENİ USÛL HUKUKU YÖNÜNDEN GİZLİLİĞİN KORUNMASI

§7. Kanundan Doğan Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler 188
A. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunmasına İlişkin Bazı Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler 189
I. Birleşmiş Milletler Model Kanunu'ndaki Düzenlemeye Göre Gizliliğin Korunması 189
II. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifindeki Düzenlemeye Göre Gizliliğin Korunması 191
III. Avusturya'da Gizliliğin Korunması 193
IV. Amerika Birleşik Devletleri'nde Gizliliğin Korunması 194
V. Almanya'da Gizliliğin Korunması 198
VI. İsviçre'de Gizliliğin Korunması 200
B. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Gizliliğin Korunması 201
I. Gizli Yargılama Yapılması 201
II. Tanıklık, Tanıklık Yapma Yükümlülüğü ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı 204
III. Arabulucunun Tanıklığı 206
1. Arabulucunun Kanundan Doğan Tanıklıktan Çekinme Hakkı 206
2. Kanundan Doğan Çekinme Hakkının Kullanılması Yükümlülüğünü İçeren Sözleşmenin Geçerliliği 210
IV. Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Tanıklığı 211
V. HUMK m. 236 f. 3'de Yer Alan Düzenleme 212
C. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Göre Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunması 213
I. Düzenlemenin Kişi Bakımından Uygulama Alanı 214
II. Düzenlemenin Konu Bakımından Uygulama Alanı 215
III. Düzenlemenin Değerlendirilmesi ve Düzenlemeye Aykırılığın Sonuçları 216
§8. Sözleşmeden Doğan Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler 218
A. Genel Olarak Usul Sözleşmeleri ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenmeyen Usul Sözleşmelerinin Geçerliliği 219

I. Usul Sözleşmeleri 219
II. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenmeyen Usul Sözleşmelerinin Geçerliliği 220
B. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek Usul Sözleşmeleri 222
I. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek İkrar Sözleşmesi 223
1. İkrar Sözleşmesinin Değerlendirilmesi ve Geçerliliği 223
2. İkrar Sözleşmesi ve Arabuluculukta Gizliliğin Korunması 227
II. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek Delil Sözleşmesi 229
1. Genel Olarak Delil Sözleşmesi 229
2. Delil Sözleşmesi ve Arabuluculukta Gizliliğin Korunması 232
III. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılan İkrar Sözleşmesinin ve Delil Sözleşmesinin Yargılamaya Etkisi 235
IV. Gizliliğin Korunmasına Yönelik Usul Sözleşmelerinin Üçüncü Kişilerle Olan Uyuşmazlıklarda Uygulama Alanı 238
SONUÇ 241
KAYNAKÇA 243

KISALTMALAR

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
Arb. Int	:	Arbitration International
aşa.	:	aşağı
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	:	Avukatlık Kanunu
AY	:	Anayasa
b.	:	Bent
BB Beilage	:	Betriebsberater Beilage
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	:	Bakınız
B.K.	:	Borçlar Kanunu
C.	:	Cilt
çev.	:	çeviren
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dis.Res.J.	:	Dispute Resolution Journal
dn.	:	Dipnot
Ed.	:	Editör
EGZPO	:	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
f.	:	Fıkra
FamRZ	:	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVG	:	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. Law Rev	:	Harvard Law Review
Harv. Neg. L. Rev	:	Harvard Negotiation Law Review
HMKT	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı

HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
HUAKT	:	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
HUMK	:	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
ICC	:	International Chamber of Commerce
IDR	:	Journal of International Dispute Resolution
İİK	:	İcra İflâs Kanunu
İsBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İTic.ÜSBD	:	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	:	İzmir Barosu Dergisi
J. Disp. Resol.	:	Journal of Dispute Resolution
J. Int. Arb.	:	Journal Of International Arbitration
karş.	:	Karşılaştırınız
KaHukA	:	Kamu Hukuku Arşivi
Kn.	:	Kenar Numarası
m.	:	Madde
Marq. L.Rev.	:	Marquette Law Review
MDR	:	Monatschrift des deutschen Rechts
MİHDER	:	Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Dergisi
MK	:	Medeni Kanun
Mo. J. Disp. Res	:	Missouri Journal of Dispute Resolution
Mod. Law Rev	:	Modern Law Review
MQ	:	Mediation Qarterly
Neg.J	:	Negotiation Journal
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
No.	:	Numara
OECD	:	Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)

Ohio St. J. On Dis. Resol	:	Ohio State Journal on Dispute Resolution
ÖJZ	:	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	:	Bundesgesetz über das Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
öZPO	:	Österreichische Zivilprozessordnung
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SchiedsVZ.	:	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SDÜİİBFD	:	Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBBD		Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TNBHD	:	Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTB	:	Türk Tabipler Birliği
UMA	:	Uniform Mediation Act
vd.	:	ve devamı
YD	:	Yasa Dergisi
yuk.	:	yukarı
WIPO	:	World Intertaional Intellectual Property Organization
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgezetsbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZivMediatG	:	Zivil-Mediations-Gesetz
ZKM	:	Zeitschrift für Konfliktmanagament
ZPO	:	Alman Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung)
ZZP	:	Zeitschrift für den Zivilprozess
ZZPInt	:	Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Farklı toplumlara ait bireyler arasında artan gündelik ve ticari ilişkiler dolayısıyla hukuki problemler çeşitlilik kazanmış ve bu problemlerin çözümü bakımından barışçıl ya da diğer bir deyişle mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yöneliş hemen her ülkede giderek artan bir öneme sahip olmuştur. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden özellikle arabuluculuk, sürecin aleni olmaması, yöntemin katı kurallara tabi olmaması, uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin bir başkasına devredilmeyip uyuşmazlığın taraflarında kalması gibi kendine has özellikleri dolayısıyla adından en çok söz edilen ve taraflarca tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk süreci sonunda, taraflar kendi menfaatlerine en uygun çözüm üzerinde anlaşmaya çalışacaklar, arabulucu ise tarafları bu sonuca götürmek için sistematik teknikler uygulayan ve uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi olmayan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olarak arabuluculuk sürecini yönlendirecektir.

Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık üzerinde karar verme, uyuşmazlığı anlaşma ile sonuçlandırma ya da mahkeme ya da hakem huzurunda çözüm aramaya karar verme yetkisi tamamen uyuşmazlığın taraflarına ait olduğundan, tarafların sürece içtenlikle katılımları ve kendi menfaatlerini açıkça ortaya koymaları sürecin anlaşma ile sonuçlanması bakımından önemli bir role sahiptir. Tarafların sürece içtenlikle katılımları ya da diğer bir deyişle menfaatlerini açıkça ortaya koymaları tarafların arabulucuya ve birbirlerine güven duymalarına bağlıdır. Arabuluculuk sürecinde tarafların gerek birbirlerine gerekse arabulucuya duyacakları güveni sağlayacak ortam, sürecin başarısızlıkla sonuçlanması halinde arabuluculuk yoluna başvurmazdan öncesine oranla daha kötü durumda olmayacaklarının güvence altına alınmış olması halinde gerçekleşmiş olacaktır. Diğer bir deyişle taraflar, arabuluculuk sürecinde paylaştıkları beyan ve belgelerin gizliliğinin korunacağından ve sürecin başarısızlıkla sonuçlanması halinde sonraki olası yargılama aşamasında kendisi aleyhine kullanılamayacağından emin olmadan, kendi menfaatlerini açıkça ortaya koyamayacaklardır.

Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması, arabulucunun ve tarafların arabuluculuk sürecinde paylaşılan beyan ve belgeler bakımından sır saklama yükümlülüğü ve arabuluculuk sürecinde ortaya konan beyan ve belgelerin arabuluculuk süreci sonrasındaki olası yargılama aşamasında kullanılmaması, arabuluculuk sürecinin gizliliğini ve bu gizliliğin süreç sona erdikten sonrasında da korunmasını gerektirir. Bu sebeple, arabuluculuk ile ilgili yasal düzenlemelerin odak noktalarından birisi de arabuluculukta gizliliğin korunması olmuştur.

Bu çalışmamızda arabuluculukta gizliliğin kapsamı ve korunması üç bölüm altında incelenecektir. Birinci bölümde arabuluculuk hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra arabuluculukta gizliliğin kapsamı, gizliliğin bertaraf edildiği haller, arabuluculuktaki gizliliğin mahkeme sürecinde gizlilik ve tahkim sürecindeki gizlilik ile karşılaştırılması ve gizliliğin taraflar ve arabulucu bakımından önemi gibi gizlilik ile ilgili temel konuları açıklanacaktır. İkinci bölümde ise arabulucu, taraflar ve üçüncü kişileri bakımından arabuluculukta gizliliğin korunması incelenecektir. Bu bağlamda arabulucu, taraflar veya üçüncü kişileri bakımından gerek kanunlar gerekse sözleşmeler ile sır saklama yükümlülüğünün maddi hukuk yönünden ne şekilde güvence altına alınabileceği tespit edilecektir. Ancak gizliliğin arabuluculuk sonrası olası yargılama aşamasında da korunması gerekir. Bu nedenle nihayet üçüncü bölümde Medeni Usul Hukuku yönünden arabuluculukta gizliliğin korunması incelenecektir. Arabuluculuk süreci sonrasında gerek uyuşmazlık konusuna ilişkin gerekse uyuşmazlık konusu ile bağlantılı başka bir uyuşmazlığa ilişkin hukuk mahkemeleri ya da hakem huzurunda dava açılması halinde arabuluculuk sürecindeki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılamayacağına öngören delil yasağı ve tanıklıktan çekinme hakkı gibi gizliliğin korunmasına ilişkin yasal ve sözleşmesel düzenlemeler ise üçüncü bölümde medenî usûl hukuku yönünden gizliliğin korunması altında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE ARABULUCULUKTA GİZLİLİK

§1. Arabuluculuğa İlişkin Genel Bilgiler

A. Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk

Küreselleşme kavram ve olgu olarak modern dünyanın karakteristik özelliği olarak belirmekte ve kendisini dayatmaktadır. Küreselleşmeye ilişkin olumlu ya da olumsuz tartışmalar bir kenara bırakılarak günümüzde küreselleşme gerçekliği karşısında nasıl bir hukuk yaklaşımının sunulması gerektiği sorusuna cevap bulunmaya çalışılmaktadır[1]. İletişim ve küreselleşme gerçekliği, çağdaş dünyada temel evrensel hukuk ilkelerinin oluşturulmasında önemli rol oynamıştır[2]. Temel insan hak ve özgürlükleri, hukuk devleti, sosyal adalet gibi ilkeler uluslararası bağlamda normatif düzenlemelere konu olmuştur. Ancak küreselleşme yalnızca temel evrensel hukuk ilkelerinin oluşumda etkisini göstermemiştir. Aynı zamanda yargılama hukuklarının yeniden şekillenmesinde küresel bir akım olan adalete erişim hareketi etkili olmuştur. Kişilerin haklarını etkin bir şekilde kullanmasını ve hakların etkin şekilde kullanımı karşısındaki engellerin bertaraf edilmesi için önlemlerin alınmasını sağlamaya yönelik olan hareketi ifade eden bu akım, tüm hukuk sistemlerinde adalete ilişkin yapılan reformların dayanağını teşkil etmiştir[3]. CAPELLETI ve GARTH adalete erişim hareketini üç dalgadan ibaret olarak

---

[1] **Gürbüz**, Ahmet "Küreselleşme Olgusu Karşısında Nasıl Bir Hukuk Yaklaşımı İnsanlığa Sunulmalıdır?" Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt II, Ankara 2006, s. 424 vd.

[2] **Gürbüz**, s. 430.

[3] Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı incelendiğinde, adalete erişimin yapılan düzenlemelerin temelini teşkil ettiği tespit edilecektir. Tasarıda adalete erişim hakkı şöyle tanımlanmıştır: "Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, 'etkin hukukî koruma' ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur". Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde, adalete erişimin kavram olarak tanımlanması yanında, açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanununa hâkim olan ilkeler arasında sayılmıştır.

tanımlamıştır[4]. Birinci dalgada, 1960'lu yıllarda başlayan adli yardım gibi kurumların düzenlenerek ekonomik bakımından zayıf durumda olanların adalete ulaşması için ekonomik engellerin giderilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. İkinci dalga, 1970'li yılların başlarında başlayan örgütsel engellerin giderilmesi amacıyla kolektif hak ve menfaatlerin temini için grup davaları imkânı tanınmasıdır. Üçüncü dalga ise, 1970'li yıllarda adalete erişimde yargının yetersiz kalması dolayısıyla mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesidir[5]. Yargılama kurallarının karmaşık ve mücadeleci yapısı sonucu ortaya çıkan mahkemelerin ağır iş yükü, uyuşmazlıkların çözümünde yerel hukuk sistemlerinin öngördüğü karmaşık sayılabilecek yargılama kuralları yerine uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak daha basit kuralların hakim olduğu mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur[6].

Farklı toplumlara ait bireyler arasında artan gündelik ve ticari ilişkiler dolayısıyla çeşitlilik kazanan hukuki problemlerin çözümü bakımından barışçıl ya da diğer bir deyişle mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin içselleştirilmesinde ülkeler ve kıtalararası etkileşimler olmuş ve küreselleşmenin hukuk üzerindeki etkisi uyuşmazlık çözüm yöntemleri alanında da hissedilir hale gelmiştir[7].

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak da tanınmaktadır. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" hukuk literatürümüze İngilizce "Alternative Dispute Resolution" -kısaca ADR- kavramının

---

[4] **Alexander**, Nadja, "Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 5

[5]Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Adalete Başvuruyu Kolaylaştırıcı Tedbirler Hakkındaki R (81) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 2. maddesinde "Uygun olduğunda, yargılama öncesi veya sırasında tarafların uzlaştırılması ve ihtilafların dostane bir biçimde çözümlenmesini kolaylaştırıcı veya teşvik edici tedbirler alınma"sı tavsiye edilmiştir.

[6]İngilizce yayınlanan legal week dergisi 7.12.2000 tarihli sayısında, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin giderek daha tanınır hale gelmesiyle tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözmek için devlet yargısı yerine bu yöntemlerden birisini tercih etme eğilimindeki artışa "Dava yolu öldü mü?" sorusu sorularak dikkat çekilmek istenmiştir; bkz. **Risse**, Jörg, Wirtschaftsmediation, Münih 2003, s. 1.

[7]Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin neo-liberalist akımın, ulusal devlet ve merkezi yargının zayıflatılması etkisi ile geliştirildiği ve uluslar arası sermayenin yayılımının kolaylaştırma amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir. (**Öztek**, Selçuk, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Eleştiriler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 16). Bu görüş hakkındaki eleştiriler için bkz. **Tanrıver**, Süha, **"**Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 92 vd.

Türkçe'ye çevirisiyle kazandırılmıştır. Burada alternatif kelimesine birçok anlam yüklenebileceğinden, bu kelimenin açıklanması üzerinde daha fazla durulmuştur[8]. Alternatif kelimesinin ne ifade ettiği ve neyin alternatifini teşkil ettiği soruları üzerinde çokça tartışılmış ve bu konuda genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mahkeme ya da devlet yargısına bir alternatif değil, yargı organlarını destekleyici bir fonksiyonu olduğu görüşü egemen olmuştur[9]. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri devletin mutlak egemenliğinde olan yargılama faaliyetine bir alternatif değil, yardımcı ve tali yöntemlerdir. O halde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devlet yargısı ile diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmaları arasındaki yapısal farklılığa işaret ederek, yargılama kurallarının alternatiflerini ortaya koymaktadır[10]. Alternatif çözüm yollarının asıl hedefi küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönmeden çözümünü gerçekleştirmektir[11]. Alternatif uyuşmazlık yöntemleri terimi Türk hukuk literatüründe nispeten yeni bir kavram olduğundan ve halen bazı tereddütler uyandırdığından, çalışmamızda bu terim yerine mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri terimini kullanmayı tercih ettik[12].

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk ise uluslararası literatürde "mediation" olarak ifade edilmiştir. "Mediation" kavramı ingilizce "to mediate: arabulmak" dan gelmektedir. Latince kökeni "mediare" ortada olmak anlamını taşır[13]. Tarafsız üçüncü bir kişinin katılımıyla uyuşmazlığın çözümü

---

[8] **Pekcanıtez,** Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", HPD, 2005/5, s. 271; **Tanrıver**, Süha "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD, 2006/64, s. 152; **Yıldırım**, Kamil "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında" , Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 338.

[9] **Stintzing**, Heike, Mediation-A Necessary Element in Family Dispute Resolution, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Viyana; Lang, 1994, s. 37-38; **Pekcanıtez**,"Alternatif Uyuşmazlık", s.15; **Ildır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 21 vd; **Tanrıver,** "Alternatif Uyuşmazlık", s. 152; **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 89 vd; **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 338; **Özekes**, Muhammet, "Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk", Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 112; **Özbay**, s. 460.

[10] **Stintzing**, s. 38; **Brown,** Henry/**Mariott**,Arthur, ADR Principles and Practice, Londra 2002, s. 21. Alternatif, yargıya başvurmadan da uyuşmazlığın çözüm yolunun bulunduğunu ifade eder (**Özekes**, "Yanılgılar ve Önyargılar", s. 112).

[11] **Pekcanıtez**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 12-16.

[12]Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri terimi yerine, amaç ve işlevinin daha iyi bir biçimde tanımlanmasına hizmet eden dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri tabirinin kullanılmasının daha uygun olacağı da ifade edilmiştir. (**Tanrıver**, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma", s. 93). Alternatif Çözüm Şekilleri ifadesinin yanılgıya yol açabilecek nitelikte olduğu yönüne bkz. **Yıldırım,** "Mahkeme Dışı", s. 338.

[13] **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s. 5.

aslında 20. ve 21. yüzyıllarda ortaya çıkmış bir yöntem olmayıp, insanlık tarihi kadar eskidir. Tarih boyunca uyuşmazlıklar olmuş ve uyuşmazlığın çözümü için üçüncü kişinin katılımına ihtiyaç duyulmuştur. Babiller'de, Roma`da, Afrika ve Amerika kıtasında arabuluculuk yöntemine dair özelliklerin kullanılarak uyuşmazlıkların çözümlendiğine dair kanıtlar bulunmuştur[14]. Ancak arabuluculuk yönteminin düzenlenmesi ve kurumsallaştırılması hep unutulmuş ya da ihmal edilmiştir. Amerikan yargılama hukukunun zayıf tarafları, özellikle çok yüksek avukatlık ücreti ve yargılama giderleri, istikrarsız ve önceden kestirilemez juri kararları gibi hususlar 1970li yıllarda arabuluculuğun yeniden keşfedilmesini sağlamıştır[15]. O nedenle, modern arabuluculuk 1970li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan 1980li yıllarda İngiltere ve Avusturalya'da ve 1990lı yıllarda ise Avrupa ülkelerinde yayılmaya başlayan bir hareketi ifade etmektedir[16]. Her ne kadar kıta avrupası hukuk sistemlerine yeni tanınmaya başlanmışsa da arabuluculuk, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin "uyuyan devi" olarak nitelendirilmiştir[17]. Tahkim, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en çok başvurulan yöntem ise de, uyuşmazlığın çözüme ulaşma süresi ve hakemin karar verirken pozitif düzenlemelerle bağlı olması bakımlarından ele alındığında dava yoluna göre belirgin avantajlara sahip değildir. Bu nedenlerle, arabuluculuk günümüzde giderek tercih edilen ve yaygınlaşan bir yöntem halini almakta hatta arabuluculuk her zaman tarafların ihtiyari olarak uyuşmazlığı çözmek için seçtikleri bir yol olmayıp, bazı ülke düzenlemelerinde mahkemelerce ve idari otoritelerce de taraflar zorunlu olarak arabuluculuğa yönlendirilmektedir[18].

Yerel hukuk politikaları, ülkeden ülkeye değişen uyuşmazlık türleri ve bunların çözümü değişiklik arz ettiğinden arabuluculuk yönteminin görünümü ve uygulaması da bu etkenlere bağlı olarak farklılık göstermektedir[19]. Arabuluculuğun

---

[14]**Duve**, Christian,"Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution? Überblick über die aussergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB Beilage 9/1998, s. 15; **Hehn**, Marcus, "Entwicklung und Stand der Mediation-ein historischer Überblick", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §6, k.n. 2 vd.

[15] **Beck** Lucia, Mediation und Vertraulichkeit, Münih 2008. s. 27.

[16] **Alexander**, "GT", s. 2.

[17]**Picker**, Benett G., Mediation Practice Guide, A Handbook for Resolving Business Disputes, American Bar Association, 1998, s. 1.

[18] Bkz. aşa. §2,B.

[19] **Alexander**, "GT", s. 4.

gerek usuli yönden esnek bir sistem olması gerekse uygulamada değişiklikler göstermesi, bu kavramın tanımlanmasını güçleştirmektedir. Arabuluculuğun tanımında öncelik verilen hususlar dikkate alınarak arabuluculuğun farklılaşan tanımlarına rastlamak mümkündür. Konsepte dayalı tanım olarak kategorize edilen arabuluculuk tanımlarında arabuluculuk; yöntemin amaçları, yönteme hakim olan ilkeler ve temel özellikleri dikkate alınarak tanımlanmaya çalışılmış ve bu tanımlarda müzakere sürecine ilişkin detaylar tanımlara yansıtılmamıştır[20]. Konsepte dayalı tanıma göre arabuluculuk, "meydana gelen uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu arabulucu (veya uzlaştırmacı) olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle iki tarafın ortak menfaatini esas alan çözüm yöntemidir[21]. BESEMER'e göre arabuluculuk "Uyuşmazlık halinde, taraflarca kabul edilen tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla uyuşmazlık bakımından en uygun çözümün bulunmasıdır[22]". BRIEDENBACH, arabuluculuğu şöyle tanımlamıştır: Arabuluculuk, karar verme yetkisini haiz olmayan tarafsız bir üçüncü kişi yönteminde, tarafların mahkeme dışında ve ihtiyari olarak uyuşmazlık hakkında birbirlerine uygun karar vermeleridir[23]. GOLDENBERG/SANDERS/ROGERS' e göre ise arabuluculuk, "üçüncü bir kişinin gözetiminde yürütülen müzakerelerdir[24]"

Arabuluculuğun tanımlanması arayışında açıklayıcı tanım yöntemi de kullanılmıştır. Açıklayıcı tanımda uygulamada arabuluculuk sürecinde gerçekleşenler esas alınarak arabuluculuk yöntemi tanımlanmaya çalışılmıştır. Örneğin ROBERTS arabuluculuğu "uyuşmazlığın taraflarının konuşmak ve karşılıklı farklılıklarını ortaya

---

[20]**Boulle**, Laurence, Mediation Principles, Process, Practice, Sydney-Adelaide Brisbane-Canberra Melbourne-Perth, 1996, s. 5.

[21]**Özekes**, Muahmmet "Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi", HPD 2006/7, s. 43.

[22] **Besemer**, Christoph, Mediation in der Praxis, Baden 2002, s. 14.

[23] **Breidenbach,** Stefan, Mediation Strucktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Berlin 1995, s. 137.

[24]**Goldenberg**, Stephen/ **Green**, Eric D./ **Sander**, Frank E.A., Dispute Resolution, Boston Toronto, 1985, s 103. Konsepte dayalı tanıma bir örnek olarak şu tanıma da yer verilebilir: "Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak amacıyla aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür", (**Tanrıver**, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma", s. 89). Ayrıca bkz. **Schütz**, Jürg, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2009 §4.I.B.

koymak amacıyla arabulucu ile görüşmeleri" olarak tanımlamıştır[25]. Açıklayıcı tanımın, arabuluculuk yönteminin uygulanmasındaki farklılıklar ve çeşitlilik dikkate alındığında, arabuluculuğun temel felsefesini yansıtmaktan uzak ve yetersiz olduğu sonucuna varılabilir[26].

Doktrindeki konspete dayalı ya da açıklayıcı tanımların yanı sıra halihazırda arabuluculuğun pozitif düzenlemelerde yer verilen tanımları da mevcuttur. Örneğin Avrupa Birliği'nin 2008/52/EC sayılı "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Direkitifin 3. maddesinde arabuluculuk "*gönüllülük esasına dayanan ve arabulucu yardımı ile iki veya daha fazla tarafın uyuşmazlıklarını bir anlaşmaya varmak suretiyle neticelendirmeyi amaçladıkları yapısal süreç*" olarak tanımlamıştır[27]. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ise arabuluculuğun tanımında son derece detaylı bir düzenleme öngörmüştür. Tasarı'ya göre arabuluculuk: "Dava açılmadan önce yahut davanın görülmesi sırasında, sistematik teknikler uygulayarak, tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzman eğitimi almış, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen faaliyeti" ifade etmektedir. (HUAKT m.2).

Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunların yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan ve Tek Tip Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act –UMA)'na göre ise; arabuluculuk öyle bir yöntemdir ki, bu yöntemde arabulucu uyuşmazlığın

---

[25] **Roberts**, Marain, "Systems or Selves? Some Ethical Issues in Family Mediation", 10 MQ 11 (1992), s. 3.

[26]**Boulle**, s. 5. Arabuluculuk konsepti ya da müzakerelerde kullanılan yöntem gözönünde bulundurulmaksızın geniş kapsamda "Aralarında uyuşmazlık bulunan iki ya da daha fazla tarafa, bu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için üçüncü tarafın yardımcı olduğu her türlü süreç" arabuluculuk yöntemini açıklamada kullanılmıştır. bkz. **Yıldırım** "Mahkeme Dışı",s. 347.

[27] Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. **Özbek**, Mustafa, "Türk ADR Mevzuatı ve Tasarıları", http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-mevzuati-ve-tasarilari/hukuki-ve-ticari-uyusmazliklarda-arabuluculugun-belirli-yonlerine-iliskin-21-05-2008-tarihli-avrupa-parlementosu-ve-konseyi-yonergesi-2008-52-ec.

taraflarının gönüllü bir uzlaşmaya varmalarını sağlamak için taraflar arasında iletişimi ve müzakerelerini sağlar[28].

Doktrinde ve pozitif düzenlemelerde yapılan arabuluculuk tanımlarından hareketle arabuluculuk "tarafların kendi menfaatlerini azami ölçüde karşılayan çözüme ulaşmalarını sağlamak amacıyla, karar verme yetkisini haiz olmayan, tarafsız bir üçüncü kişi olan ve uzmanlık eğitimi almış arabulucunun katılımı ile yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanabilir. Bu tanımlardan çıkan ortak sonuç arabuluculuğu diğer yöntemlerden ayıran en temel özelliğin arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki konumu olduğudur[29]. Diğer bir deyişle yöntemin temel özelliği uyuşmazlığın taraflarının uzlaşma arayışındaki egemenliğidir[30]. Arabulucu, tarafları müzakereye yönlendiren, sonuçla ilgili herhangi bir menfaati bulunmayan, karar vermesi gerekmeyen, kendi çözüm önerisini taraflara dayatmayan ve kolaylaştırıcı rol oynayan tarafsız bir üçüncü kişidir[31]. Arabulucunun kolaylaştırıcı özelliği uyuşmazlık halinde olan tarafların kendi görüşlerini geliştirmelerinin ve olasılıkları gözden geçirmelerinin faydalarını göstererek süreci idare etmesinden ileri gelir[32].

B. Arabuluculuk Yönteminin Amaçları ve Toplumsal Plandaki Sonuçları

Gerek kıta avrupasında gerekse içtihada dayalı hukuk sistemlerinde arabuluculuk farklı yöntemlerle kamuoyuna tanıtılmış ve teşvik edilmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurunun arttırılması ile

---

[28]Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA, m.2. http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.pdf (erişim tarihi 31.12.2010).

[29] **Ceylan**, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 298.

[30] **Hess**, Burkhard, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung-Regelungsbedarf im Verfahrens-und Berufsrecht?", Gutachten F zum 67. Deutschen Jursitentag, Erfurt 2008, s. 16.

[31]**Breidenbach**, s. 137; **Eidenmüller**, Horst "Verhandlungsmanagement durch Mediation" Mediation in der Anwaltspraxis (Ed.) **Henssler**, Martin/**Koch**, Ludwig , §2, Kn. 25; **Nölting**, Hubertus, Mediatorenverträge, Hamburg 2003**,** s. 6; **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 349. Arabuluculuğun tanımlanması arayışında arabuluculuk tanımının müzakerelerde benimsenen yöntemler ya da arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine yerleştirilmemesi gerektiği zira bu hususların usuli kurallar ya da meslek kuralları ile tespit edilmesi gerektir (**Hess**, s. 17).

[32] **Ceylan**, s. 299.

nasıl bir sonuç hedeflenmektedir? Diğer bir deyişle arabuluculuk yönteminin amacı nedir? Bu soruya iki perspektiften bakılarak cevap verilebilir. Birinci bakış açısına göre, uyuşmazlığın tarafları ile sınırlı olarak değerlendirilmesi sonucu arabuluculuğun amacı uyuşmazlığın barışçıl yöntemle her iki tarafın da menfaatlerinin azami ölçüde karşılandığı; kazan-kazan olarak ifade edilen bir sonuçla çözüme kavuşturulması olacaktır[33]. Hatta arabuluculuğun anlaşmazlık içinde olan tarafların saygı ve dürüstlük çerçevesinde kalarak, ilişkilerde maddi ve manevi kayıplara uğranmasına fırsat vermeden her türlü sorunlarının çözülmesini sağlamak gibi ahlaki bir misyonu olduğu da ifade edilmiştir[34]. Hatta arabuluculuk yönteminin yalnızca sonuçları bağlamında incelenmemesi gerektiği de ifade edilmiştir[35]. Zira bu süreçte uyuşmazlık tamamıyla çözümlenemese bile bu yönteme başvurmuş olmakla bile tarafların kazanımları olacaktır. Şöyle ki:

- Taraflar bu süreçte birbirlerinin menfaatlerini öğrenmiş olacaklardır.
- Taraflar uyuşmazlığı körükleyen olumsuz duygularını kontrol edebilmeyi öğreneceklerdir.
- Uyuşmazlık noktalarını ve uyuşmazlık dışında kalan noktaları tespit etmiş olacaklardır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusunu daha net ifade edebileceklerdir.
- Uyuşmazlık konusunda birbirleri için öncelikli hususları tespit edeceklerdir.
- Uyuşmazlık dışında kalan üçüncü kişilerin (yakın çevre ve akrabalar, kurullar, temsilciler) etkilerini tespit edebileceklerdir.
- Uyuşmazlık konusu asıl meseleleri hangi yöntemlerle çözümleyecekleri konusunda anlaşmaya varabileceklerdir.
- İleride ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar için problem çözme metodları geliştirebileceklerdir.

Ancak arabuluculuğun amaçlarına daha geniş bir açıdan bakıldığından bu yöntem ile hedeflenen bazı toplumsal sonuçlar da olduğu tespit edilecektir.

---

[33] **Eidenmüller**, "Verhandlungmanagement", §2, Kn. 24; **Duve**, s. 86; **Nölting**, s. 6; **Ware**, Stefan J., Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001, s. 204 vd; **Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010, s. 47 vd.

[34] **Şıpka**, Şükran, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", İTic.ÜSBD, S.12, 2007/2, s.165.

[35] **Boulle**, s. 45-46.

Arabuluculuk yönteminin teşvik edilmesi ile hedeflenen sonuçlar üç başlıkta toplanabilir.

Arabuluculuk yönteminin en belirgin amacı uyuşmazlıkların etkin bir şekilde çözümü ve adalete erişimin sağlanmasıdır[36]. Etkin bir şekilde uyuşmazlık çözümü ile ifade edilmek istenen tarafların daha az emek ve masraf harcayarak uyuşmazlıklarını çözebilmeleri ve böylelikle de mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıdır[37]. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması sonucunda görülmekte olan davaların da sonuçlanması için gerekli süre kısalacak ve aynı zamanda mahkeme huzurundaki uyuşmazlıklar da etkin bir şekilde çözümlenmiş olacaktır. Ancak arabuluculuk yönteminin aslında yargılama esnasında mahkemelerin sunduğu teminatları ihtiva etmemesi nedeniyle kişilere sunulan ikinci sınıf bir adalet hizmeti olduğu da ifade edilmiştir[38]. Bu eleştiri özellikle müzakerelerde taraflar arasında bir güç dengesizliğinin olduğu durumlarda daha çok gündeme gelmektedir. Ancak kural olarak tarafların arabulucuya başvurusu ve arabuluculuk sürecinin sonlandırılmasında ihtiyarilik prensibi hakim olduğundan ve güç dengesizliğinin olması halinde taraflar süreci herhangi bir olumsuz sonuca katlanmaksızın sonlandırabileceklerinden arabuluculuğun ikinci sınıf bir adalet sağladığı görüşüne katılmıyoruz. Bilakis tarafların, uyuşmazlıklarını kendi menfaatlerini esas alarak, herhangi bir dayatma olmaksızın anlaşma ile sonuçlandırması halinde, daha ucuz ve daha hızlı bir şekilde adalete ulaştıkları, uyuşmazlığın etkin bir şekilde çözümlendiği kanaatindeyiz. Uyuşmazlığın etkin bir şekilde çözümlenmesi aynı zamanda arabuluculuğun diğer belirgin amacı olan adalete erişim ile de örtüşmektedir. Zira adalete erişim akımı yapılan birçok yargısal reformların temel kaynağı olmuş ve bu çerçevede hem haklar hem de adalete erişimle ilgili usulî sorunlar üzerinde yoğunlaşılmıştır. Bu akım, kişilerin sadece avukatla temsil edilmesini ve geleneksel yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesini değil, aynı zamanda yeni temsil

[36] **Alexander**,. "GT", s. 10.

[37] Arabuluculuk gibi yöntemlerin yargının klasik sorunlarının çözümü için bir sebep olmayıp arabuluculuk yoluyla iş ve maliyet yükünün azalmasının sadece olumlu bir sonuç olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir (**Özekes**, "Yanılgılar ve Önyargılar", s. 111).

[38] **Capelletti**, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World Wide Access to Justice Movement", Mod. Law Rev., S. 56, 1995, s. 287-288.

biçimlerinin ve yeni uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin denenmesini de amaçlamıştır[39].

Arabuluculuk, tarafların herhangi bir dayatma olmaksızın özgür iradeleri ile anlaşma olanaklarını kendilerinin yaratmasına yönelik bir yöntem olduğundan arabuluculuğun en çok ifade edilen diğer amacı uyuşmazlığın çözümünde tarafların hakimiyetinin sağlanmasıdır[40]. Böylelikle arabuluculuk yöntemiyle hedeflenen, tarafların gerek kendi gerekse karşı tarafın kişisel menfaatlerini ve ihtiyaçlarını anlamasını sağlayan bir ortam yaratılması ve tarafların uyuşmazlığın çözümünde etkin rol alarak sonucun gerektirdiği sorumluluğu üstlenmesidir. Arabuluculuk sonunda uyuşmazlığın her zaman uzlaşma ile sonuçlanması mümkün olmayabilir. O nedenle arabuluculuğun tek ve nihai amacı uyuşmazlığın uzlaşma ile çözümlenmesi sağlamak değil, münferit amaçlarından birisinin tarafların birbirlerinin menfaatlerini anlamak ve her iki tarafın menfaatlerinin de azami ölçüde karşılandığı uzlaşma olanaklarını yine kendilerinin yaratmasını sağlamaktır. Böylelikle taraflar ileride doğabilecek uyuşmazlıkları uzlaşma ile sonuçlandırabileceklerdir.

Arabuluculuğun diğer bir amacı da dönüşüm sağlanmasıdır[41]. Dönüşüm ile ifade edilen hem uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin arabuluculuk sürecinde yeni bir şekle bürünmesi, hem de sosyal dönüşümdür. Uzlaşma kültürünün yeterince oluşmadığı yahut gelişmediği toplumlarda iletişimin geliştirilmesi için uygun ortam yaratılmalı ve bireylerin birbirleriyle iletişim kurması için tarafsız ve objektif üçüncü bir kişinin yardımı veya desteğini alarak bir araya gelmek suretiyle, kendi sorunlarını kendilerinin çözebileceği bilincinin oluşturulması sağlanmalıdır[42]. Arabuluculuk yöntemi ise amaca en uygun ve en ideal yöntemlerden birisidir. Taraflar arabuluculuk sürecinde birbirleriyle iletişim kurmaya, karşılıklı hak ve menfaatlerini anlamaya çalışırlar. Nitekim Almanya'da Aşağı Saksonya'daki mahkeme bağlantılı

---

[39] **Özbek**, Mustafa, Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" AÜHFD 2002/2, s. 135.

[40]**Alexander**, "GT", s. 11; **Ware**, s. 207. Arabuluculuk taraf hakimiyetine dayalı bir yöntem olup, tarafların aktif katılımı ve birbirlerini anlamalarını sağladığı için, anlaşmaya varılmasa bile, taraflarda bu yönde bir değişimin ve gelişimin sağlanması dahi arabuluculuğun başarılı sayılması için yeterli kabul edilmiştir.

[41]**Alexander**, "GT", s. 11; **Tanrıver** "Alternatif Uyuşmazlık", s. 168; **Breidenbach**, s.132-134.

[42] **Ildır**, s. 26; **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 168.

arabuluculuk projesi ile amaçlanan tarafların uyuşmazlık kültüründe değişim ve dönüşüm yaratmak ve bu sayede uzun vadede kişilerin uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruların ve bu yöntemden memnuniyetlerini arttırmaktı[43]. Bu yönü ile arabuluculuk yalnızca uyuşmazlığın uzlaşmayla sonuçlanması amacını taşımamakta, aynı zamanda bu süreçte kişilerin birbirleriyle iletişim kurmasını, iletişimin arttırılmasını ve bu sayede uyuşmazlık çözüm kültürünün dostane bir yapıya bürünmesi amaçlamaktadır. Uyuşmazlığın çözümü sürecinde, tarafların çatışan menfaatlerine karşın, taraflar çözüm olanaklarının yaratılması için birbirleriyle işbirliği halindedir. Tarafların uyuşmazlığın çözümü için iletişim halinde olması ve aralarındaki bu ilişkinin devamı toplumdaki uyuşmazlık ve uzlaşma kültürünün dönüşümüne öncülük teşkil edecektir.

C. Arabuluculuğun Kıta Avrupası'ndaki Gelişimi ve Türkiye'deki Durumu

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk Amerika Birleşik Devletleri'nde 1964 tarihli Yurttaşlık Yasası ile toplum hayatına girmiş ve 1960'lı yıllarda ise federal hükümet tarafından belirli bir bölgede ortaya çıkan bireysel uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemlerle çözümü için Yerel Adalet Merkezleri (Neighborhood Justice Centers) 'nin kurulmasını teşvik etmiştir. Bu merkezler 1980'li yıllarda iyice kurumsallaşarak adalet sisteminin bir parçasını teşkil eder hale gelmişlerdir[44]. Arabuluculuğun çıkış yeri olan Amerika Birleşik Devletlerinden diğer ülkelere ne şekilde ve nasıl taşınabileceği, içinde yer alınan hukuk sistemlerinin genel özellikleriyle ilgilidir. Anglo Amerikan hukuk sisteminin tepkisel bir devlet yapısına ve yatay otoriteye ve çatışma çözümünü hedef alan mücadeleci bir yapıya, Kıta Avrupası hukuk sisteminin ise eylemci veya yönetici devlet yapısı, hiyerarşik otorite ve devlet politikalarının uygulanmasını amaçlayan tahkike dayalı usul sistemine sahip olduğu ifade edilmiştir[45]. Uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemlerle çözümünün, mücadeleci usul sistemlerine ve yatay

[43] **Alexander,** Nadja/**Gottwald,** Walther/**Trenczek**, Thomas, "Mediation in Germany", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 191.

[44] **Yılmaz** Muzaffer Ercan, "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci", KaHukA, Eylül 2006, s. 99.

[45] **Ceylan**, s. 289.

otoriteye sahip tepkisel bir devlette daha kolay gerçekleştiği kabul edilmiştir[46]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve özellikle arabuluculuğun Anglo Amerikan hukuk sistemlerindeki hızlı gelişimi karşısında, kıta avrupası hukuk sistemlerinde uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümünün yaygınlaştırılması konusunda önceleri bir isteksizlik oluşmuş ve özellikle arabuluculuğa meşruiyet tanınması konusunda zorluklar yaşanmıştır. Arabuluculuğun Amerika Birleşik Devletleri'ne paralel şekilde geliştiği ülkeler arasında Avusturalya, Kanada ve Yeni Zelanda yer almaktadır[47]. Doğu Avrupa ülkelerine bakıldığında, ancak komünist rejimlerin yıkılmasıyla arabuluculuk 1990'lı yılların başlarından itibaren sosyal yaşama girmiş ve Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Macaristan, Bulgaristan, Rusya ve Ukrayna'da Amerika Birleşik Devletleri'nin finansal ve eğitimsel desteğiyle Uyuşmazlık Çözüm Merkezleri kurulmuştur[48]. Arabuluculuğun Türk hukuk sisteminin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemine ne şekilde entegre edildiğinin ve bu ülkelerde nasıl bir gelişim gösterdiğinin incelenmesinin, ülkemizde yeni doğmakta olan arabuluculuk kurumunun uygulanmasına ve gelişmesine ışık tutacağı kanaatindeyiz. O nedenle biz bu çalışmamızda yalnızca Kıta Avrupası'na dahil olan bazı ülkelerde arabuluculuğun gelişimini aktarmayı uygun bulduk[49].

Avrupa Birliği ile müzakere sürecindeki Türkiye için Avrupa Birliği müktesabatındaki arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler önem arz ettiğinden öncelikle Avrupa Birliği nezdindeki gelişmeleri incelemekte fayda vardır. Avrupa Birliği Bakanlar Kurulu ve Komisyonu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle de arabuluculuğa önem vermiş ve bu konuda hem yasama faaliyetleri hem de somut girişimleri teşvik etmek suretiyle arabuluculuğa destek vermiştir. Avrupa Birliği organlarının arabuluculuğun üye devletlerde etkin şekilde uygulanmasını sağlamaya ve arabuluculuğu teşvik etmeye yönelik faaliyetlerinin yanı sıra, üye

[46]Tahkik ve mücadeleci usul sistemleri ve alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ceylan**, s. 278 vd.

[47] **Yılmaz**, "Arabuluculuk Süreci", s. 99.

[48] **Yılmaz** "Arabuluculuk Süreci", s. 99.

[49] Arabuluculuğun Amerika Birleşik Devletlerinde gelişimi hakkında bkz. **Moore**, Christoph W., The Mediation Process, Third Edition, San Francisco, 2003, s. 20 vd; **Folberg,** Jan/**Taylor**, Alison, Mediation, A comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984, s. 3 vd; **Alexander**, "GT", s. 5; **Kekeç**, s. 53 vd; ayrıca arabuluculuk kurumunun tarihi gelişim hakkında bkz. **Hehn** §6, Kn. 3 vd. Kıta Avrupası'nda arabuluculuğun gelişimi hakkında bkz. **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 350 vd.

ülkelerde de kanunlaştırma çalışmaları yapılmış ve arabuluculuğun tanıtımı ve teşviki için başlıca üç yöntem kullanılmıştır. Birincisi, arabuluculuk kültürünün anlaşılması ve tanıtılması yöntemi, ikincisi pragmatik yöntem, üçüncüsü ise hukuksal yöntemdir[50]. İsviçre, önceliği arabuluculuk kültürünün gerçekten anlaşılmasına vermiş bunu temin için bir takım önlemler almıştır. Hollanda ve Danimarka gibi ülkeler, mahkemelerce yürütülen dava prosedürü dışında ancak adalet sisteminin ilgi ve takibi altında yürütülen uzun soluklu pilot projelerin öne çıkan başarılarının etkisiyle arabuluculuk yöntemini yaygınlaştırmışlardır.[51] Avrupa ülkeleri arasında çoğunlukla kabul edilen yöntem hukuksal yöntemdir. Almanya, İtalya, Fransa, Yunanistan gibi ülkeler yasama faaliyetlerine ağırlık vererek arabuluculuk kurumunu teşvik etmiş ve yaygınlaştırmaya çalışmışlardır. Aşağıda belli başlı bazı ülkelerdeki arabuluculuk ile ilgili faaliyetler yakından incelenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yalnızca yasama faaliyetleri ile arabuluculuk yönteminin benimsenmesi ve uygulanmasının yeterli olduğu konusuna şüpheyle bakılmalıdır[52]. Zira İsviçre'de arabuluculuk yönteminin tanınmasına ilişkin yoğun eğitim ve tanıtım faaliyetleri ile Hollanda ve Danimarka'daki pragmatik sistemin, arabuluculuk yönteminin en üst düzeyde algılanması ve uygulanması için faydaları ve sonuçları yadsınamaz.

1998 tarihli Viyana eylem planı ve 1999 yılında Tampere Avrupa Zirvesi çerçevesinde Avrupa Konseyi Üye devletlere adalete erişimin iyileştirilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi için çağrıda bulunmuş ve Avrupa Komisyonu'nu bir yeşil kitap hazırlamaya davet etmiştir. Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002'de Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine ilişkin olarak bir yeşil kitap hazırlanmıştır. Yeşil kitap, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kalitesini sağlama ve esnekliğini koruma gereği ile

---

[50] **De Palo,** Giuseppe/ **Harley**, Penelope "Mediation in Italy: Exploring the Contradictions", Negotiation Journal, October 2005, s. 469-470.

[51] 1993 yılında Hollanda'da ilk arabuluculuk merkezi olan Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (Netherlands Mediation Institute-NMI), kamunun arabuluculuk konusunda bilgilendirilmesi ve arabuluculuğun uygulamasının ve kalitesinin arttırılmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. NMI'nin kuruluşu Hollanda'da arabuluculuğun kurumsallaşması yönünde önemli bir işaret olmuş ve büyük ilgi görmüştür. Sadece 1996-2002 yılları arasında 2358 arabulucu NMI nezdine kayıt yaptırmıştır; **De Roo**, Annie J/**Jagtenberg**, Robert W. "The Netherlands Encouring Mediation", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 238.

[52] **De Palo/Harley**, s. 478.

yargı yolları ile uyumu arasındaki dengeye ilişkin cevapları bulmayı amaçlamıştır[53]. Bu yeşil kitap Avrupa Parlamentosu tarafından desteklenmiş ve 2004 yılında arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını özendirmek, arabuluculuğa başvuran tarafların bir yasal temele dayanmasını sağlamak ve özellikle hukuk usulünün kilit yönlerini düzenleyen bir yasal çerçeve sağlamak amacıyla Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Önerisi hazırlanmıştır[54]. Direktif önerisi üye ülkelerin adli sistemlerinde, arabuluculuk sürecinin gizliliği, arabulucuların daha sonra tanık olarak dinlenememeleri, arabuluculuk yoluyla varılmış olan çözümün icrası, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı sürelerinin askıya alınması gibi bazı hukuk kurallarını tesis ederek arabuluculuğun kullanımına engel olabilecek hususları bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilmiştir. AB üye ülkelerinin Direktif maddelerini, öngörülen üç yıl içerisinde iç hukuklarına uyarlaması gerekmektedir. Avrupa Birliği'nin arabuluculuğa açık desteğinin açık kanıtı olan Direktif, yabancı unsurlu arabuluculuk anlaşmalarının Avrupa Birliği çapında tanınma ve tenfizi, arabuluculuğun gizlilik ilkesinin garanti altına alınması, zamanaşımı vb. düzenlemeleriyle büyük öneme sahiptir. Direktifin asıl adresi olan yabancı unsurlu uyuşmazlıklara ilaveten, arabuluculuğun yerel uyuşmazlıklarda da etkin ve yaygın kullanılması bağlamında etkileri beklenilmektedir.

Komisyon, Avrupa'da sınır ötesi ihtilafların çözümü için tüketicilerin yargı dışı yollardan yararlanmasını kolaylaştırmak amacıyla " EEJ-Net" ve "FIN-Net" adlı iki merciin kurulmasına destek vermiştir[55]. Bu mercilerden ilki her üye devlette ulusal bir merkezi bulunan tüketici yardım ve bilgilendirme ağı olarak ikincisi ise mali hizmetler sektöründe sorunla karşılaşan tüketicilerin ihtilaflarının mahkeme dışı yöntemlerle çözümü konusunda faaliyet göstermektedir.

---

[53]**Heintz**, Jean Jacques, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış", Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 2006, s. 23.

[54]Direktif önerisi Türkçe tercümesi için bkz. **Özbek**, Mustafa "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi" AÜHFD 2007/1, s. 183-231; **Tekin**, Ceren, "Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi", MİHDER 2006/3, S. 5, s. 1347 vd.

[55] **Heintz**, s.25.

Diğer taraftan Avrupa Konseyi'nin standartları Bakanlar Komitesinin 44 üye devletin hükümetlerine aile, ceza, idari ve medeni hukuk konusunda yapmış olduğu 4 tavsiye kararında yer almaktadır. Bunlar;

-Bakanlar Komitesinin üye devletlere idari makamlar ile özel kişiler arasındaki ihtilafların alternatif çözüm yollarına ilişkin Rec (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı,
-Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere ceza hukuku ile ilgili R (99) 19 sayılı kararı,
-Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere aile ihtilaflarının arabuluculukla ilgili R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı,
-Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere medeni hukuk meselelerinde arabuluculuk konusunda Rec (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı.

Bu düzenlemelerin yanı sıra Hollanda'nın Utrecht şehrinde yapılan Sekizinci Uluslararası Usul Hukuku Kongresinde Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin usul hukukçuları tarafından oluşturulan çalışma grubu, ortak bir Avrupa Usul Kanunu oluşturulması zorunluluğunu tespit ederek, 1992 tarihinde model bir kanun hazırlamıştır. Bu model kanunda yargının hızlandırılmasına yönelik çeşitli hükümler sevkedilmiş, bunun yanında model kanunun en önemli amacı taraflar arasındaki barışın sağlanması olarak tespit edilmiştir[56].

"Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" 21 Mayıs 2008 tarihinde kabulünden evvel Avrupa Birliğine üye ülkeler içerisinde arabuluculuğun geliştiği ve arabuluculuğa ilişkin öncü sayılabilecek kanunlaştırma faaliyeti Avusturya'da yapılmıştır. Avusturya da arabuluculuk kurumu ile ilk kez 1985 yılında (Aussergerichtlicher Tatausgleich, ATA) tanışmış, 1994 yılında etkin bir adım atılarak boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklar için pilot uygulamalar başlatılmıştır. 1998 yılında ise avukatlık kanununda avukatların arabulucu olarak da faaliyet göstermesine ilişkin düzenleme öngörülerek arabuluculuk bir meslek dalı olarak kabul edilmiştir[57]. Avusturya'da arabuluculuk konusundaki en önemli ve temel

[56] **Pekcanıtez**, Hakan, "Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 65.

[57] Lebens-und SozialberaterInnen-Befähigungsnachweisverordnung, Bundesgezetsblatt für die Republik Österreich: 221, 10.07.1998.

düzenleme 2003-2004 yıllarında yürürlüğe giren ZivilMediatG olarak ifade edilen Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun'dur[58]. Söz konusu düzenleme ile arabuluculuk tüm medeni uyuşmazlıklarda başvurulacak bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öngörülmüştür. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun ile bir arabulucular sicili öngörülmüş ve arabulucuların bu sicile kayıtlı olması gerektiğini düzenlemiştir. Bu Kanuna ilişkin çıkartılan Yönetmelikle ise sicile kayıtlı arabulucuların alması gereken arabuluculuk eğitime ilişkin şartlar düzenlenmiştir[59]. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun ile amaçlanan arabuluculuğun bir meslek dalı olarak kabul edilmesi ve "sicile kayıtlı arabulucu"ların ve bu yönteme başvuranların söz konusu Kanun'un öngördüğü korumalardan yararlanmasıdır. Sicile kayıtlı olan arabulucular bakımından bu kişilerin tanıklığına başvurulamaması için Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili kısmında değişiklik yapılmıştır[60].

Avrupa Birliği üyesi ülkeler içerisinde aksayan ve yavaş işleyen bir adalet sistemine sahip olan ve adalet sisteminin ağır işleyişi ve davaların uzun sürede sonuçlanması nedenleriyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi huzurunda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle aleyhine davalar açılan ve sadece 2000 yılında 600 milyon Euro ceza ödemeye mahkum edilen İtalya'daki arabuluculuğa ilişkin gelişmelerin, yakın bir kültüre ve sorunlara sahip Türkiye'ye bakımından önem arz ettiği kanaatindeyiz[61]. İtalya'da da reform niteliğindeki yasama faaliyetleri hukuk sektörü ve barolar tarafından hep bir tedirginlik ve eleştiri ile karşılanmıştır[62]. Her ne kadar yeni kurumlara olan eğilimler politik bağımlılık

[58] Bu Kanun'un Türkçe'ye çevirisi için bkz. **İsfen**, Osman, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun", MİHDER 2006/3, S.5, s. 1325 vd.

[59] Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum engetragenen Mediator (Zivilrects-Mediations-Ausbildungsverordnung-ZivMediat-AV). Yönetmelik metni için bkz. **Hopt**, Klaus J./**Steffek**, Fellix, "Grundlagen", Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffex, Tübingen 2008, s. 984 vd.

[60] öZPO §320 (4).

[61] **De Palo**, Giuseppe /**Cominelli**, Luigi, "Crisis of Courts and the Mediation Debate", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 215 vd.

[62] Türkiye'de de örneğin İstanbul Barosu Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın geri çekilmesi gerektiği hakkında görüş bildirmiştir. bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=2&ID=2906 (erişim tarihi: 26.11.2010). Ayrıca Tasarı ile ilgili eleştiriler ve bu eleştirilere yöneltilen açıklamalar hakkında bkz.

gerekçesiyle eleştirilmiş ve yargının aynen muhafaza edilmeye meyilli olduğu ifade edilmişse de, problemin aslında politik değil kültürel bir tutum olduğu, zira liberal ve tutucu taraftaki partilerin hâkimleri sıradan insanlar gibi etkiledikleri ifade edilmiştir[63]. Bu direnişe rağmen 1991 yılında İtalyan parlamentosu, düşük talepli uyuşmazlıklara çözmeye yetkili hâkimleri aynı zamanda arabulucu görevini üstlenerek de uyuşmazlıkları çözme konusunda yetkilendirmiştir (Giudice di Pace-Justice of the Peace)[64]. 1993 yılında parlamento tarafından 580 sayılı yasa ile ticaret odalarına arabuluculuk yetkisi verilmiş, müteakip 192 sayılı 1998 tarihli yasa ile de bazı uyuşmazlıklar bakımından ticaret odaları nezdinde arabulucuya başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Devam eden yasama faaliyetleri ile tüketici uyuşmazlıkları bakımından ve 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile ticari ve ekonomik uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru düzenlenmiştir. Adalet bakanlığı nezdinde bir arabulucular sicili oluşturulmuş ve sicile kayıtlı arabulucular aracılığı ile uyuşmazlığın çözüme kavuşması halinde iki temel avantaj sağlanmıştır. Bu avantajlar: damga vergisinden muafiyet ve uzlaşma belgesinin basit bir prosedürün tamamlanmasıyla icra kabiliyetini kazanmasıdır. Bu yasama faaliyetlerinin yanı sıra yerel yönetimler ve baroların işbirliği ile kişilere arabuluculuk hizmetleri sağlanmıştır. Örneğin Roma'da ve Milano'da düşük miktarlı uyuşmazlıklarda arabulucuya yönlendirme ile ilgili baroların ve ticaret odalarının çalışmaları olmuştur. Ne var ki İtalya'daki bu yoğun yasama faaliyetlerine rağmen, arabulucuya başvuru sayısında önemsenecek bir artış olmayışı çelişki olarak nitelenmiştir[65]. Arabuluculuğun İtalya'da beklenen düzeyde uygulama alanı bulamayışı makro ve mikro düzeyde incelenmiş; hukuk uygulamacılarının arabuluculuk ile ilgili yeterince bilgi sahibi olmamaları ve bu nedenle başvuruda çekingenlik göstermeleri ampirik çalışmalarla ortaya konulmuştur. Bunun yanı sıra kültürel etkenlerin ve kıta avrupası hukuk sistemlerinde yargılamanın daha ucuz olması gibi sebepler de arabuluculuğun gelişimindeki bazı etkenler olarak belirlenmiştir[66]. Ancak 2008/52/EC sayılı "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif"

Pekcanıtez, Hakan, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s, 68.

[63] **De Palo/Cominelli**, s. 215.

[64] Sulh mahkemeleri olarak ifade edilebilir.

[65] **De Palo/Harley**, s. 472.

[66] **De Palo/Harley**, s. 473-478.

İtalya'da da 4 Mart 2010 tarihinde yasalaşmış ve bu düzenleme ile zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki türlü arabuluculuk öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme 6 Mart 2011'de yürürlüğe girecek olup, sigorta, bankacılık ve finansal sözleşmelerle mülkiyet hakkı, malların paylaşımı, miras ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar gibi belirli konularda arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiş sayılan belirli uyuşmazlıklar dışındaki medeni ve ticari uyuşmazlıklarda da ihtiyari arabuluculuğu kabul etmiştir.

İsviçre ise uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümü bakımından bazı uygulamalara sahip olmasına karşın, arabuluculuk yeni bir kurum olarak hukuk sistemine girmiştir. Ülkede uyuşmazlık çözümünde sulh mahkemeleri önemli bir yer tutmaktadır. Sulh hâkimi nezdindeki görüşmelerin %30'u, diğer mahkemeler nezdindeki davaların ise %50'den fazlası uzlaşma ile sonuçlanmaktadır[67]. İsviçre'de barışçıl uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir diğeri de ombudsmanlıktır[68]. Arabuluculuk ise İsviçre'de gelenekselleşen bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine bir alternatif olarak desteklenmiştir. Arabulucululuğun en çok uygulandığı uyuşmazlıklar konusu aile hukukuna ilişkin olanlardır. 2000 yılında yürürlüğe giren boşanmaya ilişkin hükümler, tarafların hukuki konularda uzlaşması halinde boşanma için uygulanacak prosedürü kolaylaştırmıştır. Arabuluculuk ise boşanmak isteyen tarafların hukuki konularda uzlaşmaya ulaşması için uygulanan bir yöntem haline gelmiştir. Diğer taraftan 2011 yılında yürürlüğe girecek olan İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nda arabuluculuk 2. bölümde 213-218. maddeler arasında özel olarak düzenlenmiştir[69]. Federal Medenî Usûl Kanunu hükümleri doğrultusunda arabuluculuğun mahkeme bağlantılı olarak düzenlenmesi halinde, İsviçre'de arabulucuya başvurunun artacağı ve halihazırda başarıyla uygulanan barışçıl çözüm

[67] **Meier**, İsaak, "Mediation and Conciliation in Switzerland" Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 344.

[68] İsviçre'de ombudsmanlar resmi ve özel ombudsmanlar olarak faaliyet gösterirler. Özel ombudsmanlar, bankacılık, sigorta ve turizm alanlarında faaliyet gösterirler[68]. Bir idari otorite, banka, sigorta şirketi ya da turizm acentesi tarafından hakkı ihlal edildiğini düşünen kimse, ombudsmana başvurur. Ombudsman tarafları dinledikten sonra, talebin yerinde olunduğu kanaatine varırsa, diğer tarafa bir teklifte bulunur. Uyuşmazlık çözümünde ombudsmanlık, olumlu sonuçlar veren diğer bir yöntemdir. (**Meier**, s. 345).

[69] Taslağın Türkçe çevirisi için bkz. **Atalı**, "Murat, **"**İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı" (çev. Murat Atalı), MİHDER 2005, S. 1, s. 162-166. Tasarı hakkında değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Alangoya**, "İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83 vd.; **Atalı**, "Değerlendirme" s. 607 vd.

yöntemleri olduğundan, arabuluculuktan beklenilenin, mahkemelerin iş yükünü azaltması değil, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yanında tarafların menfaatlerinin azami oranda karşılanacağı uzlaşma sonuçlarına ulaşmak olduğu ifade edilmiştir[70].

Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde önemli bir role sahip Almanya'da ise Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya uygulamaları ile kıyaslandığında ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvuru çok daha azdır. Almanya'da arabuluculuğun gelişmesi ve yaygınlaşması özellikle arabuluculuğun mahkeme yargısına kurumsal olarak dahil edilmesiyle başlamıştır[71]. Almanya'da 1 Ocak 2000 tarihinden itibaren uygulanmak üzere belli uyuşmazlıkların çözümünde dostane yöntemlerin uygulanmasını öngören bir düzenleme yürürlüğe girmiştir[72]. Söz konusu düzenleme iki temel amaca hizmet etmek üzere yürürlüğe sokulmuştur. Bu amaçlardan birisi, arabuluculuk yönteminin uygulamada avukatlar ve hâkimler tarafından tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak diğeri ise, mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır[73]. Bu düzenlemeye göre, miktar ve değeri 750 Euro'yu aşmayan uyuşmazlıklar, komşuluk hakkından doğan bazı uyuşmazlıklar ile basın yoluyla işlenmeyen hakarete ilişkin uyuşmazlıklarda, her bir federe devlet parlamentosu bu uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvuruyu bir dava şartı olarak düzenlemeye sevk edilmiştir. Bu bağlamda ilk düzenleme Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine

---

[70] **Meier**, s. 357. İsviçre'de mahkeme harç ve giderleri ile yargılama sürecinin uzun olmaması güvence altına alınmış olduğundan, Almanya ve Avusturya'dan farklı olarak İsviçre'de arabuluculuk ile ilgili düzenlemelerin amacı daha çok arabuluculuğun profesyonel olarak daha sağlam ve geniş bir alanda uygulanmasını sağlamaktır; **Meier, Isaak**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich Basel Genf 2010, s.592.

[71] **Hopt/Steffek**, s. 7.

[72] Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (EGZPO) ile getirilen düzenleme dava henüz açılmadan önce ön aşama olarak zorunlu sulh teşebbüsü aşaması olarak da ifade edilmiştir (**Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 344). Bu yöntemin kullanımı henüz yeterli uzlaşma merkezleri ağının olmaması nedeniyle eyalet meclislerinin tercihine bırakılmış olduğundan çok dardır (**Schilken**, Eberhard, "Probleme der aussergerichtlichen obligatorsichen Streitschlichtung aufgrund der Öffnungsklausel nach §15a EGZPO", Festschrift Ishikawa 2001, s.473).

[73]**Funken**, Katja, "Comperative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany", German Law Journal, C. 3, No: 2-01, s. 9; **Volkmann**, Judith, "Mediation im Zivilprozess", Frankfurt 2006, s.12.

İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu'dur (Bayerisches Schlichtungsgesetz- BaySchlG)[74]. Bu bağlamda Baden-Württemberg, Bayern, Bradenburg, Hessen, Nordrhein-Westfallen, Saarland, Sachsen-Anthal ve Schlesig-Holstein eyaletlerinde de gerekli düzenlemeler yapılarak zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler getirilmiştir[75]. Ancak §15 EGZPO ile uyuşmazlığın çözümünün hukuksal bir zeminde aranması ve karar yetkisini elinde bulunduran üçüncü kişinin önemli ölçüde katılımı dolayısıyla arabuluculuk yönteminden çok teknik anlamda uzlaştırma (conciliation) yönteminin öngörüldüğü ifade edilmiştir[76]. Diğer taraftan §15 EGZPO ile getirilen düzenlemede öngörülen zorunluluk unsurunun, arabuluculuk yönteminin en temel özelliklerinden biri olan ihtiyarilik ilkesini bertaraf etmesinden dolayı eleştirilmiş ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve özellikle arabuluculuğun bu düzenleme kapsamında uygulama alanı bulmadığı ifade edilmiştir[77]. Diğer taraftan, §15 EGZPO ile beklenen amaca ulaşılamayacağı zira taraflara alternatif yaratmaktan ziyade, yeni bir usuli kesit eklediğinden arabuluculuğun tarafların mahkeme yoluna başvuruda karşılarına çıkarılan engel olarak görülebileceği de ifade edilmiştir[78]. Bu düzenlemenin yanı sıra ZPO§ 278, V'de ki düzenlemeye istinaden mahkeme içi arabuluculuk uygulaması doğmuştur[79]. Pek çok model projesinde mahkeme arabuluculuğu, hâkim arabuluculuğu ya da mahkemeye yakın arabuluculuk ifadeleri kullanılmış ancak bir terim birliği sağlanamamıştır[80]. ZPO§ 278, V'e göre mahkeme, tarafları sulh teşebbüsü için uyuşmazlık hakkında karar veren mahkemeye mensup olmayan hâkime yönlendirilebilmektedir. Burada sulh teşebbüsünde

[74]Bu Kanunun Türkçe'ye çevirisi için bkz**. İsfen**, Osman "Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu" MİHDER 2006/3, S.5, s. 1335 vd.

[75] Bu düzenlemelerdeki amaç yargının yükünün hafifletilmesi, menfaat temelli çözümler üretilmesi ve uyuşmazlığın daha hızlı ve daha az masraflı bir şekilde çözümlenmesinin sağlanmasıdır (**Ott**, Stefanie, Aussergerichtliche Konfliktbeilegung in Zivilsachen- Der baden-württembergische Entwurf eines Gesetzes zur obligatorischen aussergerichtlichen Streitschlichtung, Tübingen 2000, s, 47 vd).

[76] **Kilian**, Matthias/**Wielgosz**, Joanna, "Gerichtsnahe Mediation- Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Einbindung alternativer Konfliktlösungmechanismen in das Zivilverfahrensrecht", ZZPInt 9. Band 2004, s. 356.

[77] **Volkmann**, s. 12.

[78] **Gottwald**, Walther, "Gerichtsnahe Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002**,** s. 438; **Schilken**, s. 484; **Hess**, s. 32. Bu düzenlemenin yargının yükünün hafifletmesi amacına ulaşamadığı da tespit edilmiştir **(Hess**, s. 32).

[79]Alman Medeni Usul Hukuku Reformu ve bu reformun merkezi olan zorunlu sulh teşebbüsü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Albin**, Wolf, Güteverhandlung und Mediation- Evaluierung der ZPO-Reform von 2002 , Berlin 2006**,** s. 77 vd. ayrıca bkz., **Hess**, s. 19 vd.

[80] **Erlangen**, Reinhard Greger,"Yargı ve Arabuluculuk Model Projesinin Tamamlanmasından Sonra Gelişim Çizgileri", (Çev. Cenk Akil), AÜHFD, S.4, 2008, s. 371.

bulunan hâkim arabuluculuğa ilişkin metotları uygulayarak tarafları uzlaşmaya sevk edebilir[81]. Ancak gerek mahkeme içi gerekçe mahkeme dışı arabuluculuk bakımından ortak bir düzenleme getirilmemiş ve mahkeme dışı arabuluculukta özellikle arabuluculukta gizliliğin ve hak düşürücü sürelerin korunması, arabuluculuk uzlaşma tutanağının icra edilebilirliği ve arabuluculuk mesleğine ilişkin hususların düzenlemeye muhtaç olduğu ifade edilmiştir[82]. Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi", 2011 yılına kadar üye devletlerin bu düzenlemeyi uygulamaya koymalarını öngördüğünden Almanya'da da ilgili Direktife paralel hükümler içeren Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvikine İlişkin Kanun Tasarı'sı geçtiğimiz günlerde Almanya Adalet Bakanlığı'nca kamuoyuna duyurulmuştur[83]. Almanya'da günümüzde arabuluculuk konusunda faaliyet gösteren kuruluşlar da mevcuttur. Bu kuruluşlardan bazıları Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt- BMWA, Gesellschaft für Wirtschaftmediation und Konfliktmanagement-gmwk, Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft e.V.- DGMW.

Türk hukuk sistemi bakımından ise arabuluculuk kurumunun henüz bir gelişme kaydettiğinden bahsedilemez. Ancak Türk yargı sisteminin en önemli sorunlarından birinin mahkemelerin aşırı iş yükü olduğu gerçeği karşısında, doktrinde pek çok yazar tarafından hem ilk derece mahkemelerinin hem de üst mahkemelerin iş yükünün azaltılması gerektiği, bu nedenle de mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerinin teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[84]. Adalete

[81]Bu uygulamaların arabuluculuk ile ortak yanı karar verme yetkisi elinde bulunmayan tarafsız üçüncü kişi yardımıyla rızaya dayalı olarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmaya çalıştırılması ise de arabuluculuktan önemli farklılıkları da bulunduğu ifade edilmiştir. Söz konusu farklılıklar şunlardır: Arabuluculuğun arabuluculuk eğitimi veren tanınmış kurumlar tarafından belirli bir yeterlilik düzeyine sahip kişiler tarafından yapılması gerekir. Oysa hâkimler bu anlamda bir eğitim almamışlardır. Diğer taraftan arabulucu-hâkim uyuşmazlığın tarafları karşısına başka bir rolle çıksa da hâkimdir ve sulh teşebbüsünde bulunan ya da arabulucu olarak görev yapan hâkim medeni yargılama hukuku çerçevesinde görüşmeleri ele almakta ve uyuşmazlık teorisi anlamında bir arabuluculuk söz konusu olmamaktadır (bkz. **Erlangen**, s. 371-372).

[82] **Hess**, s. 101 vd; **Erlangen**, s. 379 vd.

[83]http://www.bmj.bund.de/files/ad91cdb6e44f5c981cc03e29e3762cc2/4646/RefE_Mediationsgesetz_20100803.pdf

[84] **Pekcanıtez**, Hakan "Yargı reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler", İz BD 1995/2, s. 13-113; **Tanrıver**, Süha "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine"

erişim, Anayasamızın 36 ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır. Adalete daha iyi erişimin sağlanmas için mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili farkındalık yaratılması, yasama faaliyetlerinin bu yönde gerçekleştirilmesi ve mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerine politik öncelik verilmesi amaçlanmış ve Eylül 2007'de Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan 60. Hükümet programında kamuoyuna "mahkemesiz adalet" projesi olarak takdim edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve arabuluculuk Türk hukuk gündemine girmiştir[85]. Arabuluculuk ile ilgili düzenlemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı içerisinde yapılması düşünülmüşse de konunun önemi nedeniyle ayrı bir komisyon içinde incelemenin ve ayrı bir kanun tasarısı içerisinde değerlendirilmesinin daha uygun olduğu sonucuna varılmıştır[86]. Tasarının hazırlanmasında, Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun (Birleşmiş Milletler Model Kanunu) ve Avrupa Birliği Direktif Tasarısı dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Würtenberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınmıştır. Bu yazılı kaynaklar yanında, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İtalya, İspanya ve Kanada gibi ülkelerin uzmanlarıyla çeşitli zamanlarda toplantılar yapılmış, Almanya, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerin uzmanları ve uygulamacılarıyla bir araya gelinerek, mukayeseli hukuktaki gelişmeler de izlenmiştir[87].

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, maddî hukuktaki sürelere, arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığına, arabuluculuk

---

AÜHFD 2000/1-4, S.67-83, **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 349 vd; **Yıldırım** "Mahkeme Dışı", s. 358 vd.

[85] **Yıldırım**, Kamil "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 37; bkz. Tasarı, Genel Gerekçe.

[86] **Pekcanıtez**, "Tebliğ", s. 61.

[87] Tasarı, Genel Gerekçe.

eğitimi verecek kuruluşların koşullarına, gizliliğe, arabuluculuk mesleğine ilişkin düzenlemelere ve arabuluculuk faaliyeti sonunda uzlaşma sağlanması halinde bu belgenin icra kabiliyetine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Tasarı dokuz bölüm, otuz altı madde ve üç geçici maddeden oluşmaktadır. Tasarı 14.05.2008 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından son şekli verilerek Başbakanlığa gönderilmiş olup, üniversiteler ve ilgili meslek kuruluşları da Tasarı'ya dair görüş ve önerilerini kamuoyu ile paylaşmışlardır[88]. Arabuluculuğun etkin ve yaygın bir şekilde uygulanması için bu konuda mutlaka bir yasal düzenleme gerekmemesine rağmen özellikle arabuluculukta gizlilik, süreler ve taraflarca varılan anlaşmanın icra kabiliyetinin bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasının ortaya çıkabilecek bazı sorunları bertaraf edeceği kanaatindeyiz. Ancak Tasarı'ya ilişkin öneri ve eleştiriler altında Tasarı'daki düzenlemelere değil de; arabuluculuk kurumu ve mesleğine yöneltilen eleştiri ve endişelere katılmadığımızı da belirtmek isteriz. Zira arabuluculuk yukarıda açıklanan nedenlerle adalete etkin erişime giden bir yol olup, arabuluculuğun kabulü ile "modern kadı"lığın getirildiği gibi endişeler yersizdir[89]. Diğer taraftan Türk hukuk sisteminde bugüne kadar mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri önemli bir gelişme kaydetmiş değilse de pozitif hukuktaki münferit düzenlemelere bakıldığında hukuk sistemimizin aslında mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve uzlaşma kültürüne pek de yabancı olmayıp münferit bazı düzenlemelerde arabuluculuğa yer verilmiştir[90]. Örneğin halihazırda Köy Kanunu'nda ihtiyar meclisine arabuluculuk görevi verilmiştir[91]. 442 Sayılı köy Kanunu'nun 53. maddesine göre "İhtiyar meclisleri köylünün iki tarafın uzlaşmasıyla bitirilebilen her türlü işlerini görürler". Buna göre köylüler arasındaki ihtilaflar ihtiyar meclisinin arabuluculuk girişimiyle çözülebilir. Ayrıca Av. K m. 35/A da

---

[88] İstanbul barosunun görüş ve değerlendirmeleri hakkında bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=2&ID=2906

[89] http://www.nethaber.com/Politika/88758/Hazir-olun-Kiravatli-MODERN-KADILAR; Tasarı ile ilgili eleştiriler ve bu eleştirilen yöneltilen açıklamalar hakkında bkz. **Pekcanıtez**, "Tebliğ", s. 59-60, 68. Ayrıca arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunmadığından; ahali arasında vuku bulan ihtilafların çözülmesi maksadıyla İslâmiyet'in ilk devirlerinden itibaren var olan ve günümüzdeki hâkimler gibi görev yapan kadılık müessesesi ile arabuluculuk kurumu arasında kanaatimizce hiçbir benzerlik bulunmamaktadır.

[90] Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 362 vd.

[91] 60 ıncı Hükümet Programında köylerin idari ve mali kapasitelerinin güçlendirilmesi amacıyla yeni bir Köy Kanunu çıkarılması öngörülmüş ve bu bağlamda bir Köy Kanunu Tasarı Taslağı hazırlanmıştır. Tasarı Taslağında ihtiyar meclisi kaldırılarak yerine köy meclisi oluşturulmuş ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 6. Fasıl'da düzenlenen "ihtiyar meclisinin göreceği davalar"a Tasarı Taslağında yer verilmemiştir.

avukatlara uzlaştırma yetkisi veren ve tam olarak arabuluculuk olmasa da hukukumuzda müzakere yoluyla mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünü destekleyen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza Muhakemeleri Yasası'nda 2006 yılı sonunda yapılan değişiklik ile de bazı suçlarda soruşturma ya da kovuşturma aşamasında tarafların uzlaşarak sorunun çözülmesi olanağı getirilmiştir. Uzlaşma kapsamındaki suçlar genel olarak, takibi şikâyete bağlı suçlar ile bazı hafif yaralamalar, taksirle yaralama, konut dokunulmazlığını bozma, çocuğun kaçırılması ve alıkonması, ticari sırların açıklanması gibi suçlardır. Uzlaştırmayı cumhuriyet savcısı ya da yargıç kendisi yapabileceği gibi barodan uzlaştırıcı avukat görevlendirmesini isteyebilir ya da hukuk öğrenimi görmüş kimseler arasından uzlaştırıcı seçebilir.

Son dönemde mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin teşviki amacıyla yapılan yeni bir yasal düzenleme de 5092 sayılı "Kamulaştırma Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile getirilmiştir[92]. Yasaya göre kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen yasada belirtilen tarihler arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen ya da irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır[93].

Bu düzenlemelerden hareketle Tasarı'da öngörülen hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun yasal zeminde kurumsal bir kimliğe kavuşması ve uygulamada yer bulması ile arabuluculuk hem mahkemelerin iş yükünün azalmasına hem de toplumsal barışa katkı sağlayacaktır. Ancak sadece kanun yapmak uyuşmazlıkların arabuluculuk ya da uzlaşma ile çözümü bakımından yeterli olmayıp, toplumda

[92]5092 sayılı Kanun 18.06.2010 tarihinde kabul edilmiştir.

[93]5092 sayılı Kanuna göre tazminat talebinde bulunulması halinde Kamulaştırma Kanunu kapsamında oluşturulacak olan kıymet takdir komisyonu, taşınmazın değerini belirleyecektir. Taşınmazın değerinin belirlenmesinde taşınmaza el konulan tarihteki nitelikleri esas alınacak ve uzlaşma görüşmeleri en geç 6 ay içinde sonuçlandırılacaktır. Uzlaşma sağlanamaması halinde 3 ay içinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilecek ve dava açılması halinde ise taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri mahkemece tespit edilecek ve mahkeme, taşınmazın veya irtifak hakkının idare adına tesciline veya terkinine veya malike tazminat ödenmesine hükmedecektir.

uzlaşma kültürünün teşvik edilmesi için her kesimden kişilere uyuşamazlıkların mahkeme dışı çözüm yöntemleriyle çözümünün olumlu yanlarının anlatılması ve bu alışkanlığın kazandırılması gerekmektedir[94].

§2. Arabuluculuğa Hakim Olan İlkeler

Arabuluculuk, mahkeme yargısı ve tahkim ile kıyaslandığında, usul kurallarının ve ritüellerin olmadığı, tarafların geniş bir esneklik içerisinde, süreci kendilerinin şekillendirdiği bir çözüm yöntemidir. Bu usuli esneklik, hem uyuşmazlığın türüne hem de tarafların tercihlerine göre anlaşma sağlamaya yönelik en uygun ortamın yaratılmasını sağlar. Arabuluculukta mahkeme yargısı ve tahkim yönteminde olduğu gibi taraflar, gerek ileri sürecekleri vakıalar gerekse ispat hukuku gibi kurallarla sınırlandırılmamışlardır. Ancak bu usuli esnekliğe karşın, arabulucu tarafından yönetilen arabuluculuk sürecinde bir tutarlılık ve uyum fark edilir. Arabulucu eğitim programlarında, arabuluculara süreç içerisinde sistematik tekniklerin uygulanması empoze edilmektedir[95]. Bu sistematik teknikler ile arabuluculuk aşamalarında kendi içerisinde mantıksal gerekçelendirilmeler sağlandığından ve bazı temel ilkelere sadık kalındığından, arabuluculuk taraflar arasında üçüncü bir kişinin katılımı olmaksızın gerçekleşen müzakerelerden daha sistemli ve bir takım usuli kuralları barındıran bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir[96]. Diğer taraftan arabuluculuk her ne kadar bilinen en esnek mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri ise de, bu yönteme hakim bazı ilkeler vardır. Çalışmamızın konusunu oluşturan gizlilik, arabuluculuğa hakim olan temel

---

[94] **Pekcanıtez**, Hakan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı", Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 249; **Tanrıver** "Arabuluculuk ve Uzlaştırma", s. 101. Talep yaratmaksızın sadece bir arabuluculuk sistemi yaratılırsa ya hiç arabuluculuk talebi olmayacak ya da çok az olacaktır (**Marsh**, s. 42).

[95] **Boulle**, s. 36.

[96] Arabuluculuk sürecinin aşamaları konusunda değişik açıklamalara rastlamak mümkündür. Örneğin bir eserde, arabuluculuk süreci arabuluculuk öncesi aşama, arabuluculuk aşaması ve arabuluculuğun sona ermesi aşaması olmak üzere üç aşama olarak sınıflandırılmıştır; bkz. **Kekeç**, s. 143 vd. Başka bir eserde ise arabuluculuk süreci hazırlık ve arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı 1. Aşama, Uyuşmazlığın belirlendiği 2. Aşama, uyuşmazlığın ve tarafların menfaatlerinin irdelendiği 3. Aşama, çözüm önerilerinin üretildiği ve değerlendirildiği 4. Aşama ve Çözüm şeklinin seçildiği ve anlaşmanın yapıldığı 5. Aşama olmak üzere toplam 5. Aşamada incelemiştir; bkz. **Meier**, " Zivilprozessrecht", s. 586 vd, aynı yönde ayrıca bkz. **Risse** "Wirtschaftsmediation", s. 147 vd. Arabuluculuk yönteminde aşamalar hakkında başkaca detaylı bilgi için bkz. **Moore**, s. 211 vd; **Nolan-Haley**, Jacqueline M. : Alternative Dispute Resolution, St. Paul, Minn., 2001, s. 66 vd; **Özbek** "Alternatif Uyuşmazlık", s. 248 vd.

ilkelerden biri olup, yöntemin temel taşıdır. Bu konuda detaylı bilgi verilmeden önce, arabuluculuk yöntemine hakim olan temel ilkeleri de kısaca belirtmekte fayda vardır. Bu temel ilkeler aşağıdaki dört başlık altında toplanabilir[97].

A. Arabuluculuk Sürecinin Gizli Olması

Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sonuçlanması tarafların süreç içerisinde birbirleriyle açıkça ve rahatça iletişim kurmalarına bağlıdır[98]. Tarafların vakıaları ve kendi menfaatlerini açıkça ortaya koymaları uyuşmazlığın anlaşma ile giderilmesinin başlıca sebebi olabilir[99]. Arabuluculuk yöntemi tarafların iletişimi üzerine kurulu olduğundan, tarafların arabuluculuk yöntemine güven duyması gerekir. Bu güvenin tesis edilmesi için sürecin gizli yürütülmesi, tarafların bu süreçte ortaya koydukları ve sır olarak saklanması gereken beyan, bilgi ve belgelerin gizliliğinin güvence altına alınması ve yine arabuluculuk sürecinde taraflarca ortaya konulan bazı beyan, bilgi ve belgelerin arabuluculuk süreci sonrasında açılabilecek davalarda kendisi aleyhine kullanılmayacağının güvence altına alınmış olması

---

[97] Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler bazı kaynaklarda "Arabulucunun Tarafları Bilgilendirme Yükümlülüğü" de yönteme hakim olan ilkeler altında ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Schlieffen,** Katherina **/Ponschab**, Reiner**/Rüssel**, Ulrike**/Harms**,Torsten, Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, Berlin 2006, s. 22 vd; **Mürner**, Diana, Gerichtsnahe Zivilmediation, Zürih- Basel- Genf, 2005**,** s. 4 vd.; **Kracht**, Stefan, "Rolle und Aufgabe des Mediators- Prinzipien der Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §15, Kn.114; **Oldenbruch**, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006, s. 5; **Meier**, "Zivilprozessrecht", s.586. Ancak biz arabulucunun tarafları bilgilendirme yükümlülüğünü yönteme hakim olan ilkelerden biri olarak değil arabulucu sözleşmesinden doğan arabulucunun yükümlülüklerinden birisi olarak değerlendirdiğimizden, arabuluculuğa hakim olan ilkeleri Gizlilik, İhtiyarilik, Arabulucunun Tarafsızlığı ve Sorumluluğun Uyuşmazlığın Taraflarına Ait Olması başlıklarından ibaret olmak üzere dört başlık altında inceledik. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarı'sında İkinci Bölümde düzenlenmiştir. Tasarıya göre bu ilkeler, tasarının üçüncü, dördüncü ve beşinci maddelerinde sırasıyla "İradi Olma ve Eşitlik", "Gizlilik" ve " Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı haller" olmak üzere üç maddede belirlenmiştir. Tasarının 5. Maddesinde düzenlenen " Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı haller" gizlilik ilkesinin bir uzantısı olduğundan Tasarı temel ilkeleri iradi olma, eşitlik ve gizlilik olmak üzere üç başlık altında toplamıştır. Ancak arabulucunun tarafsız bir üçüncü kişi konumunda olması ve arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı arabuluculuk yönteminin tanımında kullanılan ortak bir unsur olduğundan biz arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığını da yönteme hakim olan ilkelerden birisi olarak incelemeyi uygun bulduk.

[98] **Eidenmüller**, Horst, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation: Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Köln 2001, s. 24; **Hartmann**, Christoph, "Sicherung der Vertraulichkeit", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §27, Kn. 2; **Groth/v. Bubnoff**, s. 338; **Hilber**, Marc, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationverfahrens**,** Hamburg 2006**,** s. 9.

[99] **Groth/v. Bubnoff**, s. 338.

gerekir[100]. Dolayısıyla arabuluculukta gizlilik, tarafların arabulucuya ve tarafların birbirlerine güven duygusunu sağlamak üzere arabuluculuk yöntemine hakim olan ilkelerden birisidir[101].

Arabuluculuk süreci ancak tarafların birbirlerine karşı dürüst bir biçimde menfaatlerini ifade etmeleri ve arabulucunun da bütün çözüm olasılıklarını değerlendirebilmesi ve tarafların gerçek durumları ve menfaatleri hakkında bilgi sahibi olmasını gerektirir[102]. Bu nedenle arabuluculuğa başvuran tarafların gizlilik hakkındaki beklentilerinin bir arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması bakımından hayati önem taşıdığı ifade edilmektedir[103]. Tarafların gizlilik beklentilerine uygun olarak arabuluculukta gizliliğin sürecin aleni olmamasını ve delil güvenliğini taahhüt ediyor olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda gizlilik ilkesi; arabuluculuk sürecinin aleni olmamasını, arabulucunun, arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişilerin ve tarafların birbirlerine karşı sır saklama yükümlülüğünü ve arabuluculuk sonrasında açılabilecek davalarda müzakerelerde ortaya konulan bazı beyan, bilgi ve belgelere dayanılamayacağına ve arabulucuya tanık olarak başvurulmayacağına ilişkin delil güvenliğini ifade eder[104]. Gizlilik ilkesinin kapsamı aşağıda daha detaylı olarak inceleneceğinden bu kapsam hakkında burada detaylı açıklama yapılmayacaktır[105].

Taraflar ve arabulucu ya da müzakerelere katılan üçüncü kişiler bakımından gizliliğin korunması taraflar arasında akdedilen sözleşmelerle güvence altına alındığı gibi, pozitif düzenlemelerde de gizlilik ilkesine açıkça yer verilmiştir. Arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlerin yer aldığı pozitif düzenlemelere başlıca örnek olarak, Birleşmiş Milletler Model Kanunu, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA (Uniform Mediation Act), Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21

[100] **Hartmann**, §27, Kn. 5; **Mannhart**, s. 137; **Beck**, s. 38 vd; **Hilber**, s. 5 vd.

[101] **Alexander,** Nadja/**Ade**, Juliane, "Mediation, Schlichtung, Verhandlungs-management, Olbrisch Constantin Münster 2005, s. 78; **Kracht**, §15, Kn. 140 vd; **Oldenbruch**, s. 5.

[102] **Stintzing**, s. 54; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık" s. 215; **Mannhart**, s. 136.

[103] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 213.

[104] **Mürner**, s. 8.

[105] Bkz. aşa §3.

Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" gösterilebilir. Gizliliğin sözleşmelerle ya da pozitif düzenlemelerde ne şekilde korunma altına alındığı konusu çalışmanın bundan sonraki bölümünde detaylı olarak incelenecektir[106].

B. Arabuluculuk Yönteminin İradi Olması

Yukarıda da açıklandığı üzere, arabuluculuk mahkeme yargısına alternatif bir yöntem olmayıp, adalete erişimde mahkemelere yardımcı bir usuldür. Arabuluculuk yargı yolunu kapatan bir yöntem olamadığından, taraflar uyuşmazlığın yargı organları nezdinde çözüme kavuşturulması yoluna her zaman başvurabilirler. O bakımdan bu yöntemin yasal düzenlemelerle de en çok teminat altına alınan ve doktrinde en çok ifade bulan ilkei iradi olmasıdır[107]. İradilik ya da diğer bir deyişle gönüllülük, yönteme başvurma ve katılma, uzlaşma baskınının olmayışı, taraflarca ortaya konulan uzlaşma önerilerinin serbestçe kabul edilmesi veya reddedilmesi ve yöntemin sona erdirilmesi gibi aşamalarda irdelenebilir[108]. Arabuluculukta iradiliğinin süreçteki garantörü ise arabulucu olarak ifade edilmiştir[109]. Arabulucu arabuluculuk sürecinin iradi olduğu konusunda tarafları bilgilendirmeli ve ikna etmelidir.

Arabuluculuk yöntemine başvuru konusunda iradi olma prensibi, gerek mahkemelerin iş yükünün azaltılması, gerekse yöntemin uygulamada benimsenmesi bakımından bazı ülke uygulamalarında göz ardı edilmiştir[110]. Örneğin mahkemeler

---

[106] Bkz. aşa. ikinci ve üçüncü bölümler.

[107] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms** s. 29; **Kracht**, §15, Kn. 100 vd; **Prütting**, Hans Verfahrensrecht und Mediation" Mediation für Juristen (Ed) **Breidenbach**, Stephan/**Henssler**, Martin, Köln 1997, s. 62; **Mürner**, s. 9; **Alexander,** Nadja, Wirtschaftsmediation in Deutschland, Melbourne 1998, s. 32; **Alexander/Ade**, s. 78; **Albin**, s. 63; **Stintzing**, s. 53; **Pekcanıtez**, "Tanıtım", s. 254; **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 154; **Oldenbruch**, s. 6.

[108] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms** s. 29; **Alexander**, "Wirtschaftsmediation", s. 32; **Mürner**, s. 9.

[109] **Kracht**, §15 Kn. 98; **Schütz**, §8 I.A.1; **Bargen**, s. 18.

[110] **Stintzing**, s. 53; **Schütz**, §8 I.A.2. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda 3. madde gerekçesi incelendiğinde; tarafların zorla bu sürecin içine dahil etmenin mümkün olamayacağı, uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de uygulamada tarafların teşvik edilebileceği ve bunu cazip kılacak bazı tedbirlerin alınabileceği ancak, tarafları buna mutlak anlamda zorlamanın hem bu yolun niteliğine tamamen aykırı olduğu hem de herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana getireceği ifade edilmiştir. Ayrıca gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur

ya da idari organlar nezdinde dinlenmeden önce arabuluculuğa başvurma ön şartının getirilmesi ya da sivil toplum kuruluşlarının üyeleri ya da çalışanlarının arabuluculuğa başvuru konusunda yönlendirici etkisinin olduğu hallerde tamamen ya da kısmen iradilik ilkesi bertaraf edilmektedir[111].

Arabuluculuğun başlangıcı genel olarak üç ihtimalde incelenebilir: Bunlardan birincisi, tarafların talebiyle arabuluculuğun başlatılmasıdır ki burada arabuluculuğun tam anlamıyla iradi olmasından bahsedilebilir. İkincisi, hâkimin arabuluculuk yöntemini önermesidir[112]. Hâkim, tarafları arabuluculuk ve mevcut uyuşmazlığa uygulanabilirliği gibi hususlarda bilgilendirme konuşması yaparak arabuluculuğa yönlendirebileceği gibi, herhangi bir detaylandırma olmaksızın arabuluculuğu önererek de yönlendirebilir. Üçüncüsü ise, arabulucuya başvurunun bir dava şartı haline getirilmesi, diğer bir deyişle, öncelikle arabulucuya başvurmadan dava açılamamasıdır[113]. Bu son ihtimalde arabulucuya zorunlu başvurudan bahsedilir[114].

---

olunduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemeyeceği, tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da, zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün olmadığından, tarafların arabuluculuya başvurmak, süreci devam ettirmek veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları hükme bağlanmıştır (Tasarı, Madde Gerekçeleri, m.3).

[111] **Boulle**, s.16-17; **Ingleby,** R. "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation", Modern Law Review, S.56, 1993, s.443.

[112]**Ware**, s.259. Örneğin Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanunu Tasarısı ile hâkimlerin tarafları arabuluculuğa yönlendirebileceği düzenlenmiştir (Artikel, 3, 4, 5, 11).

[113]Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak düzenlenmesine örnek olarak Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu gösterilebilir. Kanun'nun 1. maddesine göre, EGZPO madde 15a fıkra 2'de belirtilen uyuşmazlıkların dışında, Sulh Mahkemlerinde aynı maddede açıkça sayılan ve değeri 750 Euro'yu aşmayan uyuşmazlıklar gibi bazı hukuk uyuşmazlıklarında dava açılması, madde 3'de belirtilen bir uzlaşma veya arabuluculuk makamı önünde uyuşmazlığın dostane çözüm yoluyla giderilmemiş olmasına bağlıdır. Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. **İsfen**, "Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu", s.1335-1336. Bu düzenlemeler yalnızca arabuluculuğa katılıma ilişkin hükümler getirmekte, arabuluculuğun seyri ve sonucu tamamen tarafların iradesine tabi kalmaya devam etmektedir (**Stienstra**, Donna/**Willing**,Thomas, E, "Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts"), Federal Judicial Center www.fjc.gov, (erişim tarihi: 21.11.2011) s. 4.

[114]Almanya'dan başka zorunlu arabuluculuğun uygulandığı ülkelere örnek olarak Japonya da gösterilebilir. Japonya'da da farklı tiplerde mahkeme katılımlı arabuluculuk mevcut olup, arabuluculuk bazı uyuşmazlıklar için ihtiyari bazıları içinse zorunlu olarak düzenlenmiştir. Arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıklar aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar olup bunun dışındaki diğer uyuşmazlıklar için arabulucuya başvuru ihtiyaridir (**Funken**, s. 9). Amerika Birleşik Devletleri'nde de bazı eyaletlerde de bazı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk, dava yoluna başvurmadan önce gidilmesi gereken zorunlu bir yöntem olarak öngörülmüştür. Örneğin, Kaliforniya'da velayet hakkından ve bu kapsamda ziyaret hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak mahkemeye başvurmadan önce, arabulucuya başvurulması zorunludur. Ayrıca Connecticut'da da, aile hukukuna ve düşük miktarlı kira alacağı uyuşmazlıklarında arabulucuya

Arabuluculuğun zorunlu olarak düzenlenmesinin bazı olumsuz etkileri olduğu ifade edilmiştir[115]. Bunlardan birisi tarafların isteksiz bir şekilde müzakerelere katılması ve arabuluculuk sonunda varılan uzlaşmanın bağlayıcı karakteri haiz olmaması nedenleriyle arabuluculuğun başarı ile sonuçlanması olasılığının daha az olmasıdır[116]. Diğer bir olumsuz etkisi ise, başvuru masraflarının taraflara ait olması halinde, ekonomik açıdan zayıf durumda olan hak sahiplerinin sırf ekonomik sebeplerle bazı haklarından vazgeçmeleri sonucunu doğurabilmesidir. Diğer taraftan temel prensiplerinden birisi iradilik olan arabuluculuğun zorunlu şekilde düzenlenmesinin kurumun ruhu ile de örtüşmeyeceği söylenebilir.

Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlemesinin doğuracağı olumsuz etkilere ilişkin mülahazaların yanında, zorunlu arabuluculuğun bazı potansiyel avantajları olduğu da göz ardı edilmemelidir[117]. Bu avantajlardan bazıları şunlardır:

- Arabuluculuğa başvurulan uyuşmazlıkların sayısının arttırılması,
- Avukatların ve diğer meslek sahiplerinin arabuluculuk hakkında bilgilerinin arttırılması,
- Arabuluculuğa başvuruda çekingenlik gösteren tarafların, donanımlı arabulucuların katılımı ile uzlaşmaya varması,
- Zaman ve masraftan tasarruf etmek için arabuluculuk sürecinin denetim altında tutulması.

Ülkemiz bakımından arabuluculuk ile ilgili pozitif bir düzenleme olmamakla birlikte, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı arabuluculuk

---

başvuru bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi arabuluculuk uygulamasında farklılaşmalar oldukça fazladır. Bu bakımdan Connecticut'da ilginç bir örnek teşkil eder. Zira burada arabuluculuk mahkeme binası çatısı altında gerçekleştirilmektedir. Mahkeme binası içinde arabuluculuk oturumuna katılan taraflar, arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanması halinde, başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurabilecek ya da dava açabilecektir. Böylece taraflar hem zaman, hem de mekân değişikliği dolayısıyla yapacakları masraftan kurtulmuş olacaklardır; **Gottwald**, s. 425. Amerika Birleşik Devletlerinde Florida'daki zorunlu arabuluculuk uygulaması hakkında bkz. **Kekeç**, s. 229, dn. 319.

[115] **Boulle**, s. 17-18; **Ingleby**, s.441; **Nolan-Haley**, s. 91; **Stienstra/Willing,** s. 31 vd.; **Stintzing**, s. 54; Amerika Birleşik Devletlerinde özellikle aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurunun ihtiyari olması gerektiği ifade edilmiştir.

[116] **Boulle**, s.16; **Ingleby**, s. 443.

[117] **Boulle**, s. 18.

yöntemine katılımda da iradilik prensibini benimsemiştir[118]. Her ne kadar Tasarı zorunluluk öngörmemekte ise de, böyle bir düzenleme öngörülebilir miydi sorusu üzerinde durmakta yarar vardır[119]. Anayasamızın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenerek temel hak ve hürriyetler arasında sayılmıştır. Söz konusu hüküm, her ilgilinin yargı mercileri önünde davacı ve davalı olabilme ve adil yargılanma haklarını güvence altına alınmıştır. Dava yoluna başvurmadan önce ya da sonra belli ya da tüm uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurunun zorunlu hale getirilmesi, söz konusu anayasal hüküm ile güvence altına alınan hakkı zedeler miydi? Hak arama hürriyeti yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması ve haklarını mahkeme önünde ileri sürmek isteyen herkese aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu yola başvurma yolunun sağlanması anlamına gelir[120]. Kanaatimizce arabulucuya başvurunun zorunlu hale getirilmesi hak arama hürriyetini sınırlamazdı çünkü arabuluculuk faaliyeti yargısal bir faaliyet olmadığından, arabulucuya zorunlu olarak başvurunun yasayla düzenlemesi halinde bu bir dava şartı şeklinde düzenlenecek ve arabuluculuğun başarısızlığa uğraması halinde taraflar yine mahkemeler nezdinde haklarını arayabileceklerdir[121]. Ayrıca taraflar diledikleri

---

[118] Tasarı'da arabuluculuğa başvuru konusunda hangi yöntemin tercih edileceği uzun süre tartışılmış ancak hem HUMK m. 213 ve m. 513'deki düzenlemeler hem de İş Mahkemeleri Kanunu ve Aile Mahkemeleri Kanunu'ndaki hâkimin tarafları önce sulhe teşvik edeceğine yönelik düzenlemeler dikkate alındığında bu hükümlerin dahi işletilemediği tespit edilmiş ve böylece arabuluculuğa başvuruda iradilik yöntemi benimsenmiştir (**Pekcanıtez**, "Tanıtım", s. 254).

[119] **Ildır**, s. 45 vd. Her ne kadar özünde iradi olma unsurunu taşıyan bir kurumu zorunlu hale getirmenin kurumun ruhuna uymayacağı öncelikle ifade edilmişse de Türk Hukuku bakımından da dava öncesinde zorunlu arabuluculuk modelinin bazı özel konularda mahkemelerin iş yükünü azaltmaya, uyuşmazlıkların çözümünün hızlanmasına ve masrafların azalmasına hizmet edebileceği belirtilmiştir (**Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 355).

[120] **Budak**, "Üçüncü Kişiler", s. 6.

[121] **Tanrıver**, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tümüyle gönüllülük esasına göre yürüyen bir kurum olması dolayısıyla gönüllülük esasının korunması ve taraflara yaptırımlar öngörülerek bu yollara başvurunun zorunlu kılınmasına dair getirilecek yasal zorunluluğun hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılanabileceğini ifade etmiştir (bkz. **Tanrıver** "Alternatif Uyuşmazlık", s.154). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun mahkemeye başvurmayı engellemeyeceği ve bu nedenle de hak arama özgürlüğünü de kısıtlamadığıkonusunda bkz. **Ildır**, s. 45 vd; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık" s. 174. Dava öncesi zorunlu başvuruya benzer bir düzenleme getirmesi bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi hükmünü ve bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'nde açılmış iptal davasını incelemekte yarar vardır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 22 (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./29. md.) : "(*)Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu Kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir tüketici sorunları hakem heyeti oluşturmakla görevlidir. Başkanlığı Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici sorunları hakem heyeti; belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odalarının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye olmak üzere başkan dahil beş üyeden oluşur. Ticaret ve sanayi odası ya da ayrı ayrı kurulduğu yerlerde ticaret odası ile esnaf ve sanatkâr odalarının görevlendireceği üye, uyuşmazlığın satıcı tarafını oluşturan kişinin tacir veya esnaf ve sanatkar olup

anda arabuluculuk faaliyetine son verebileceklerinden, burada yargı organlarına ulaşmak için aşılması güç bir engelden bahsedilemez.

Arabuluculuk yönteminin başarılı olup olmaması, uygulanan ülkelerin sosyal şartlarıyla doğrudan bağlantılı olsa da, yönteme özellik veren iradi olma ilkesinin yasal düzenlemelerle sınırlandırılması halinde, arabulucuya zorunlu olarak başvuran tarafların uzlaşmaya varma olasılıkları hayli düşük olsa da, kanaatimizce arabuluculuğun tanınması ve uygulamasının yaygınlaştırılması bakımından olumlu etkileri göz ardı edilmemelidir[122]. Ancak arabulucuya zorunlu başvurunun düzenlenmesi halinde, başvuru nedeniyle doğacak masraflar bakımından adli yardım kurumunun uygulama alanı bulması ya da bu başvurunun taraflar bakımından

---

olmamasına göre ilgili odaca görevlendirilir. Bakanlık taşra teşkilatının bulunmadığı il ve ilçelerde tüketici sorunları hakem heyetinin başkanlığı en büyük mülki amir ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür. Tüketici örgütü olmayan yerlerde tüketiciler, tüketim kooperatifleri tarafından temsil edilir. Tüketici sorunları hakem heyetinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler, belediye meclislerince resen doldurulur. Tüketici sorunları hakem heyetlerinde heyetin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin raporu sunmak üzere en az bir raportör görevlendirilir. ***Değeri beşyüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir.*** Taraflar bu kararlara karşı on beş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hakim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir." Söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Isparta Tüketici Hakem Heyetleri tarafından Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. 2007/53 E. Ve 2007/58 K. Sayılı Kararı'nda Anayasa Mahkemesi Tüketici Hakem Heyetleri tarafından yapılan faaliyetin bir yargılama faaliyeti olmadığı, yargılama faaliyeti sayılabilmesi için "*kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerek"*tiğini ifade ederek başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti "mahkeme" niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermiştir. Arabuluculuk faaliyeti de bir yargılama faaliyeti olmadığından, arabulucuya başvurunun zorunlu olarak kanunla düzenlenmesi halinde Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varılacaktır. RG 22.12.2007 tarih ve 26739 sayı.

[122] Aksi yönde bkz. **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 169. Arabuluculuk sürecinin işleyişi tamamen tarafların ihtiyarına bırakılmalıdır. Zira bizim gibi iletişim kopukluğunun ve diyalog eksikliğinin yaşandığı, uzlaşma kültürünün kaybolmaya yüz tuttuğu toplumlarda, uzun soluklu da olsa, her sosyal alanda, sürekli eğitim vermek ve uygun propaganda araçlarından yararlanmak suretiyle, uzlaşma bilincinin oluşturulması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Bunun yerine kişilere arabulucuya başvuru konusunda genel bir yasal zorlama getirmek, yarardan ziyade büyük sakıncalar yaratır. Bu sakıncalardan bir tanesi ağır iş yükü altında bulunması sebebiyle, yargının yavaş işlediği bizim ülkemiz gibi ülkelerde, zorunlu arabuluculuğa başvuru mekanizması, yargıdaki gecikme sebebiyle, lehine daha avantajlı bir durum doğan tarafın, uyuşmazlık çözüm sürecini daha da uzatmasına prim verir; bu da arabuluculuk kurumundan beklenen yararın tümüyle gerçekleşmesini önler (**Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 169).

ekonomik külfet doğurmayacak şekilde düzenlemesi gerekir. Aksi takdirde arabuluculuk, taraflarca ekonomik bir külfet, dava yoluna başvuru ya da diğer bir deyişle haklarına ulaşmada aşılması gereken bir engel olarak görülecek, kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

Arabuluculuk yönteminin, taraflarca dilendiği zaman sona erdirilmesi konusundaki iradilik prensibi herhangi bir istisna yaratılmaksızın tüm düzenlemelerde kabul edilmiştir. İradilik prensibi, arabuluculuk sürecinin taraflardan birinin isteği üzerine sonlandırılması halinde, her iki tarafın da bu nedenle bir külfete katlanmak zorunda kalmaması halinde anlam ifade eder[123]. İradi olmada en önemli unsur tarafların yöntemi diledikleri zaman terk edebilmeleri ama en önemlisi bu nedenle herhangi bir olumsuz etkiye ya da sonuca maruz kalmamalardır. Tarafların arabuluculuk yoluna başvurduktan sonra bu yoldan vazgeçmek istemesi halinde, vazgeçmeden önce en azından ilk oturuma katılması kararlaştırılabilir[124]. Böyle bir düzenleme iradi olma prensibini zedelemeyecek, tarafların en azından arabuluculuk yöntemiyle tanışmasını ya da bu yöntemin kendilerine uygun olup olmadığına karar vermeleri için kendilerine bir süre tanınmasını ve daha sağlıklı karar vermelerini sağlayacaktır.

C. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Arabuluculuk yönteminin doktrinde yapılan tanımları incelendiğinde hemen hepsinde arabulucunun "tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi" olduğu vurgulanmıştır[125]. O halde arabuluculuk süreci, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi olan arabulucu

[123] Burada kastedilen taraflardan birinin talebi üzerine arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi halinde, sona erdirmek isteyen tarafın herhangi bir hukuki veya cezai sorumluluğunun bulunmamasıdır, bkz; **Alexander/Ade**, s. 78; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 29-30; **Kracht**, §15, Kn. 99; **Oldenbruch**, s. 6; **Meier**, "Zivilprozessrecht", s.586.

[124]Örneğin Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (Center for Dispute Resolution, CEDR), tarafından öngörülen örnek arabuluculuk sözleşmesinde, "taraflar, açılış sunumu yapıldıktan ve arabulucu her bir tarafla ayrı ayrı en az bir saat görüştükten sonra, arabuluculuk sürecini sonlandırabilir" şeklinde bir düzenleme tavsiye edilmiştir; http://www.cedr.com.

[125] Bkz. yuk. §1,A. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde çözüme ulaşmada faaliyet gösteren üçüncü kişi tarafsız bir üçüncü kişi olmakta ve bu kişiler her yönteme göre farklı isimlendirilmektedir (**Özbay**, s.463).

tarafından yönetilmektedir[126]. Bu nedenle arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı yönteme hakim olan temel prensiplerden birisidir. Arabulucunun bağımsızlığı, arabulucunun taraflardan herhangi birine karşı özel bir yükümlülüğü olmaması şeklinde anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle arabulucu taraflara eşit davranma ve tarafları eşit şekilde gözetme yükümlülüğü altındadır[127]. Arabulucunun tarafsızlığı iki açıdan incelenmelidir[128]. Bunlardan birincisi arabulucunun, uyuşmazlığın tarafları bakımındandır[129]. Bu tarafsızlık, arabulucunun taraflara eşit şekilde davranması yükümlülüğünü doğurmaktadır. Arabulucunun empati yaparak, tarafları eşit şekilde dinlemesi ve menfaatlerini anlaması beklenir[130]. İkincisi ise, uyuşmazlık konusu bakımından tarafsız olması, yani arabuluculuk neticesinde varılacak anlaşmada şahsi menfaatinin bulunmamasıdır[131].

Her ne kadar arabuluculuk yönteminin temel prensiplerinden birisi arabulucunun tarafsız olması ise de, taraflara eşit mesafede duran tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, uyuşmazlığın her zaman anlaşma ile çözümlenmesinde yeterli değildir. Hatta arabulucunun tarafsızlığı ilkesinin beraberinde barındırdığı bazı riskler olduğu da ifade edilmiştir[132]. Bu riskler üç başlık altında ifade edilmiştir: Güçlü olan tarafın, zayıf olan taraf karşısındaki üstünlüğü ile bir uzlaşmaya

---

[126] **Moore**, s. 53 vd., 215; **Alexander/Ade**, s. 78; **Kracht** §15, Kn. 25, 28; **Breidenbach**, s. 170; **Schütz**, §8, Kn. 237; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s.24-25; **Schütz**, §8, Kn. 237; **Oldenbruch,** s. 6; **Bargen**, s. 21; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 208; **Pekcanıtez**, "Alternaitf Uyuşmazlık" s. 15, **Meier**, "Zivilprozessrecht", s. 586

[127] Bu husus Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarı'sında 3. Bölümde "Görevin Özenle ve Tarafsız Biçimde Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü" başlığı altında düzenlemiştir.

MADDE 9- *(1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir.*

(2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

(3) Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür.

(4) Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

[128] **Alexander/Ade**, s. 78; **Kracht** §15, Kn. 25, 28.

[129] **Breidenbach**, s. 170; **Schütz**, §8, Kn. 237; **Meier** "Zivilprozessrecht", s.586.

[130] **Alexander/Ade**, s. 79.

[131] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s.24-25; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 208; **Schütz**, §8, Kn. 237; **Bargen**, s. 21; **Meier** "Zivilprozessrecht", s.586. Arabulucunun tarafsızlığı içsel ve dışsal tarafsızlık olarak da incelenmiştir. İçsel tarafsızlık arabuluculunun zihninde, duygu ve düşüncelerindeki tarafsızlığı, dışsal tarafsızlık ise arabulucunun söz, davranış ve görünümünde duygu, değer ve önceliklerinin bulunmaması olarak ifade edilmiştir (**Kekeç**, s.79).

[132] **Stintzing**, s. 50-51.

varılması, varılan uzlaşmanın uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü kişilere de etki edecek olması (örneğin boşanacak eşlerin ortak çocukları), toplumsal değerlerin göz önünde bulundurulmamış olması[133]. Ancak arabulucunun tarafsızlığı ilkesi, taraflar arasında açık güç dengesizliği olması ve zayıf olan tarafın korunmasının arabulucudan beklenmesi halinde daha karmaşık bir hal alacaktır[134]. O halde öncelikle şu soruların cevaplanması gerekir: Arabulucudan arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın hukuken de adil ve hakkaniyete uygun olmasını sağlaması beklenir mi? Arabuluculuk neticesinde varılmak istenen sonuç tarafların azami menfaatlerinin karşılanmış olması ise, bu sonuca ulaşılmış olması halinde sonucun zaten adil ve hakkaniyet uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir mi?[135] Öncelikle arabulucunun taraflarca varılacak çözümün adil, tutarlı, etkin ve akla yatkın olması konusunda sorumluluk üstlenmesi, tarafsızlığına gölge düşürmeyeceğinin belirtilmesi gerekir[136]. Çünkü arabulucunun tarafsızlığı, arabulucunun kayıtsız olacağı anlamına gelmemez. Uyuşmazlık dolayısıyla taraflar arasındaki ilişki gerilim yüklü olduğundan, tarafların adil bir sonuca ulaşma yönünde bir gayretleri olmayabilir. Ayrıca konunun ele alınışı, yöntem ve sonuç tamamen tarafların idaresine bırakıldığında, varılan anlaşmanın adil olması da garanti edilemez. Bu durumlarda arabulucu, taraflara eşit uzaklıkta olmakla birlikte, bu riskleri azaltacak önlemleri de almalı, adil bir çözüme ulaşılmasını sağlamalıdır. Çözümün adil olması, her zaman pozitif düzenlemelerce taraflarına tanınan hakların gereklerinin kararlaştırılması demek olmayabilir. Taraflar karşılıklı fedakârlıklarla kendilerine tanınan bazı haklardan feragat ederek azami memnuniyet ile kendi içerisinde adil bir sonuca ulaşabilirler[137].

Arabulucunun tarafsızlığının sağlanmasında anahtar nokta, taraflara arabulucuyu reddetme imkânının tanınmasıdır[138]. Arabulucunun taraflı davrandığı

[133]**Breidenbach**, s. 175. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin aile arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararına göre, çocukların menfaatlerinin öncelikli olduğundan, menfaat ve yararlarının en iyi şekilde korunması gerekmektedir (**Özbek**, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı", DEÜHFD, C. VII, S. 2, İzmir 2005, s. 92, d. 4).

[134] **Honeyman**, Christopher, "Patterns of Bias in Mediation", Mo. J. Disp. Res., 1985, s.141.

[135] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 209; **Kekeç**, s. 81.

[136] **Breidenbach**, s. 177.

[137] **Breidenbach**, s. 170.

[138]**Susskind**, Lawrence/**Cruishank**, Jeffrey, Breaking the Impasse Consensual Approaches to Resolving Public Disputes, New York 1987, s. 146.

sonucuna varan taraf, arabulucunun görevini sonlandırabilecektir. Arabuluculuğun yaygın olarak uygulandığı bazı ülkelerde pozitif düzenlemelerde, arabulucunun tarafsızlığını şüpheye düşürecek hallerden birinin varlığı halinde arabulucunun bu hususta derhal tarafları bilgilendirmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu hususta Amerika Birleşik Devletleri'nde Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'ya göre, bir kimse arabuluculuğu kabul etmeden önce uyuşmazlığın taraflarından birisi ile devam eden ya da önceden kurulmuş olan şahsi bir ilişkisi olup olmadığını ya da uyuşmazlık konusu üzerindeki şahsi ya da ekonomik menfaati bulunup bulunmadığını tetkik etmelidir. Böyle bir durumun varlığı ya da varlığına dair şüphe uyandıracak bir halin varlığı durumunda kendisine başvurulan arabulucu, arabuluculuğu kabul etmeden önce derhal tarafları bilgilendirmelidir. Arabulucunun tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren halin arabuluculuk süreci başladıktan sonra ortaya çıkması halinde ise arabulucu yine bu durumu derhal taraflara bildirmelidir. Taraflara bildirildikten sonra taraflarca kabul edilmesi halinde arabulucu görevine devam edebilir[139]. Bu konudaki diğer bir düzenlemeye örnek olarak Avrupa Birliği tarafından hazırlanan ve arabuluculuk etik kurallarını düzenleyen "Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları" m. 2 gösterilebilir[140]. Söz konusu düzenleme arabulucunun arabuluculuk süreci çerçevesinde taraflara eşit davranması ve her zaman tarafsız olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'daki düzenlemeye paralel olarak arabulucu tarafsızlığından şüphe uyandıran ya da uyandırma ihtimali olan hallerin varlığı halinde arabuluculuk yapmaya başlamadan önce ya da başlamışsa görevine devam etmeden önce tarafları bilgilendirmelidir[141]. Bu hallere örnek olarak; arabulucunun taraflardan biriyle kişisel ya da ticari ilişkisi olması, arabuluculuk sonucu ortaya çıkacak durumdan doğrudan ya da dolaylı ekonomik ya da başkaca bir menfaatinin olması, arabulucunun ya da arabulucu firmasının, uyuşmazlığın taraflarından bir ya da daha fazlası tarafından arabuluculuk görevi dışında başkaca bir şekilde yetkilendirilmiş olması gösterilmiştir.

---

[139] Bkz. UMA, 9. Bölüm Mediator's Disclosure of Conflicts of Interest

[140] "Code of Conduct" genel olarak bir kurumun çalışma ve idari işlerle ilgili ilkeler ve kurallar bütününü ifade eder. Code of Conduct, "İş Ahlakı Tüzüğü", "Davranış Yönetmeliği", "Davranış Kuralları" şeklinde Türkçe olarak ifade edilmiştir. Biz "Code of Conduct" terimini "Davranış Kuralları" şeklinde ifade etmeyi uygun bulduk.

[141] European Code of Conduct for Mediators; http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

Tasarı'nın 9. maddesine göre de, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmeli ve arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, tarafları bilgilendirmelidir[142] (HUAKT m.9). Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir[143].

D. Arabuluculuk Sürecine Hâkimiyetin Uyuşmazlığın Taraflarına Ait Olması

Arabuluculuk tarafların sonuçla ilgili sorumluluğu ve kontrolü ele alarak taraflarda etkili çözüm bulma isteği yaratan bir yöntemdir[144]. Diğer bir deyişle arabuluculukta mahkeme ve tahkim yargılamasında hukukun ikili şeması da olarak ifade edilen kazan-kaybet yönteminden farklı olarak taraflar karar vermek yetkisini elinde buldurmakta, hükümler taraflarca belirlenmekte ve tarafların süreci etkileme imkânı her zaman bulunmaktadır[145]. Arabuluculukla ilgili birçok ankette taraflarca dile getirilen ve arabuluculuğun olumlu yanlarından biri olarak ifade edilen unsur uyuşmazlığın taraflarına kendi uyuşmazlıklarıyla ilgili sorumluluk alabilme fırsatının verilmesidir[146]. Tarafların anlaşmayı ve şartlarını kendilerinin belirlemiş olması, o anlaşmaya aykırı davranılması ihtimalini de azaltacaktır[147]. Bu nedenle, arabuluculuk yöntemine hâkim diğer bir temel prensip ise hâkimiyetin uyuşmazlığın taraflarına ait olması ilkesidir. Arabulucu, karar vermek yetkisini haiz olmayan bir üçüncü kişi olarak tarafları uzlaşmaya teşvik ettiğinden ve taraflarca varılan anlaşma şekli yine

[142]Gerek Tasarıda gerekse yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerde getirilen arabulucunun reddi imkânı tanıyan hükümler bizi arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama faaliyeti olduğu sonucuna götürmez. Bu hükümler arabuluculuk yönteminin daha iyi işleyişinin sağlanması amacına yöneliktir. Oysa gerek hâkimler (HUMK m. 27, 28) gerekse hakemlerin (HUMK m. 521,1) tarafsızlığını güvence altına alan düzenlemelerin amacı uyuşmazlığı nihai bir sonuca bağlayacak yargılama faaliyetinin tarafsız bir organca yürütülmesini sağlamaktır.

[143] Tasarıdaki tam madde metni için bkz. yuk.§2,C, dn.122.

[144] **Alexander/Ade,** s. 78.

[145] **Bargen**, s.26; **Katzenmeier**, Christian, Zivilprozess und aussergerichtliche Streitbeilegung" ZZP 2002, S.115, s. 69; **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 340-341; **Kekeç**, s.109.

[146] **Marsh,** s. 34.

[147] **Stulberg**, Joseph B., Taking Charge-Managing Conflict, Lexington 1987, s. 16; **Singer**, s.14.

kendilerinin mahsulü olduğundan, süreç tarafların hâkimiyetindedir[148]. Taraflar, uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini arabulucuya devretmediklerinden, kendi menfaat ve yetkileri doğrultusunda ortaya çıkan durumdan ve bu durumun sonuçlarından kendileri sorumludurlar[149].

Uyuşmazlığın çözümü ile ilgili kontrolün tarafların elinde olması ilkesi karşısında arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde ne ölçüde müdahaleci olabileceği konusu doktrinde tartışma yaratmıştır[150]. Bu konuda pasif arabuluculuk ve aktif arabuluculuk olmak üzere iki model öngörülmüştür. "Pasif Arabuluculuk" modeli, Amerika Birleşik Devletlerinde ileri gelen arabuluculardan McCARTY ve CORMICK tarafından ileri sürülmüştür. Bu modelde arabulucunun taraflar arasındaki iletişimi sağlaması asli ve birincil görevi olarak ifade edilmiştir[151]. Tarafların uzlaşma konusunda kendi çözümlerini üretmeleri gerektiğinden, arabulucu bu yönde her türlü sorumluluğu reddetmeli, aktif rol üstlenmemeli ve uzlaşmanın içeriğinin belirlenmesinde tarafları etkileyici rol oynamamalıdır. Dolayısıyla arabulucu, çözüm önerisinde bulunmamalıdır.

"Pasif Arabuluculuk" modeli, hızla eleştirilmiş ve anlaşmazlıklara sebep olmuştur. SUSKIND, her ne pahasına olursa olsun anlaşmanın sağlanması ve arabuluculuğun başarısının içerik göz ardı edilerek yalnızca uyuşmazlığın anlaşma ile giderilmesi ile ölçülemeyeceğini ifade etmiştir[152]. Dolayısıyla, "Aktif Arabuluculuk" modeli, arabulucunun aktif bir rol üstlenmek zorunda olduğunu ve arabuluculunun görevleri arasında, uyuşmazlığın taraflarına ve tüm ilgililere çözüm önerisi getirmenin de sayıldığını ileri sürmektedir[153]. Bu yetki ile donatılmış

---

[148] **Moore**, s. 18. Arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkındaki görüşleri ancak tavsiye niteliğindedir. bkz. **Ware,** s. 202, **Pekcanıtez**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 16; **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 341; **Özbay**, s. 465; **Meier** "Zivilprozessrecht", s.586.

[149] **Alexander/Ade,** s. 78; **Schütz**, §8, Kn. 233; **Oldenbruch**, s. 6; **Stulberg**, s.16.

[150] **Bargen**, s. 26; **Kracht,** §15, Kn. 102; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 25-26.

[151] **Kracht**, §15, Kn. 102; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 25-26.

[152] **Susskind/Cruikshank**, s. 136 vd.

[153]Toplu iş hukukunda arabuluculukta resmi sıfatı haiz arabulucu görüşmelere katılıp taraflara önerilerini sunar. Dolayısıyla toplu iş hukukunda arabulucu resmi sıfatı olan ve bu çalışma konusu kapsamında ele alınan hukuk uyuşmazlıklarında başvurulan arabulucudan farklı yetkilerle donatılmıştır. Toplu iş hukukunda arabuluculuk için bkz. **Çelik,** Nuri, "İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk," İstanbul 1973; **Oğuzman,** Kemal, "Türkiye'de Toplu İş sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır?" İstanbul, 1973; **Tuncay**, Can "2822 Sayılı Yasa Açısından Arabuluculuk ve Tahkim", 1984 Yılı Konferansları, İ.Ü. Hukuk Fak. Yay., İstanbul 1985,

arabulucu, taraflar arasındaki güç dengesini de gözeterek süreci daha iyi yönetebilecektir. Kısaca aktif arabuluculuk modelinde arabulucunun yalnızca iletişim sağlayan moderatör değil aynı zamanda taraflara yardımcı rolünün de olduğu, hukuken uygun bir uzlaşmaya varılmasını sağlamakla yükümlü olduğu ve taraflara çözüm önerileri getirebilme yetkisinin olduğu ifade edilmiştir[154]. Literatürde çoğunlukla aktif arabuluculuk modelinin benimsendiği görülmektedir[155]. Ancak arabulucuya çözüm önerisi getirebilme yetkisinin tanınmış olması halinde, yalnızca hâkimiyetin taraflara ait olması ilkesi değil aynı zamanda arabulucunun tarafsızlığı ilkesinin de zedelenebileceğine dikkat çekilmiştir[156]. Her ne kadar arabulucunun çözüm önerisinde bulunması halinde tarafsız kalamayacağı ifade edilmişse de, arabulucunun tarafsızlığının yalnızca çözüm önerisi getirip getirmediğiyle değil, çözüm önerisi getirirken göz önünde bulundurduğu kriterlerle tespit edilecektir[157]. Diğer taraftan, arabulucu ile taraflar arasında akdedilen arabulucu sözleşmesinde, müzakerelerde uygulanacak yöntem belirlenirken arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi verilmişse, arabulucu sözleşme ile kendisine verilen yetkiyi kullanıyor olacağından, tarafsızlığının ihlali söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisiyle donatılması halindeki problem, arabulucunun tarafsızlığının tehlikeye düşmesi değil, hâkimiyetin taraflara ait olması ilkesiyle çelişiyor olup olmadığı noktasında karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda arabulucunun görevi, özgürlük alanı bırakarak, tarafların bağımsız ve özgür bir biçimde vakıaları ve şahsi hesaplarını gözden geçirmesini ve çözüm önerisi ile ilgili

---

s.75 vd.; **Subaşı, İbrahim,** "Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk", Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 743 vd.

[154] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 26.

[155] **Kracht,** §15, Kn. 104; **Maehler**, Gisele**/Maehler**, Hans-Georg, **"**Mediation in der Praxis", Mediation. Die andere Scheidung Ein interdisziplinärer Überblick. (Ed.) Josef Duss-von Werdt - Gisela Mähler - Hans-Georg Mähler, Stuttgart 1995, s. 133. Arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkındaki görüşlerinin ancak tavsiye niteliğinde olduğunu yönündeki görüşler de dolaylı olarak arabulucunun öneride bulunması halini değerlendirdiğinden bu yönde bkz. **Moore**, s. 18; **Ware**, s. 202; **Oldenbruch**, s. 6; **Pekcanıtez**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 16; **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 341; **Özbay**, s. 465. karş. **Özbek** "Alternatif Uyuşmazlık", s. 222. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde yapılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı toplantısında arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunma yetkisinin bulunmadığı ve Tasarı'nın Üçüncü Bölümü'nde yer alan "Arabulucuların Yükümlülükleri" başlığı altında, "taraflara çözüm önerisinde bulunmama yükümlülüğü"nün de ayrı bir madde ile düzenlenmesinin, bu konunun ciddiyetini vurgulaması bakımından olumlu olacağı raporda ifade edilmiştir (**Şıpka**, s. 171).

[156] **Kracht**, §15, Kn. 106.

[157] **Kracht**, §15, Kn. 107.

kendilerini baskı altında hissetmeden karar vermelerini sağlamaktır. Bu halde hâkimiyetin taraflara ait olduğuna ilişkin ilke de zedelenmeyecektir[158].

Aktif ve pasif arabuluculuk modelleri bakımından problemli alan hukuki olanaklılıktır[159]. Burada ifade edilmek istenen, arabuluculuk süreci sonunda taraflarca mutabık kalınan anlaşmanın hukuken korunabilir olması gerektiğidir. Aktif arabuluculuk modelinde, arabulucu hukuka uygun bir anlaşmaya varılmasını sağlamakla sorumludur. Pasif arabuluculuk modelinde ise, arabulucuya böyle bir görev yüklenemez çünkü arabulucuya yüklenen bu görev hâkimiyetin uyuşmazlığın taraflarına ait olması ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir[160]. Zira bu modelde arabulucunun görevi, hukuken korunabilir ve uygulanabilir bir uzlaşmaya varılmasını temin etmek değil, daha ziyade kritik konularda taraflara yol gösterici olmak ve onları uyarmaktır. Bu uyarıların dikkate alınmaması halinde arabulucu bakımından son çare ise, yöntemin sona erdirilmesidir[161]. Aktif arabuluculuk öğretisinde ise, arabulucunun görevleri belirlenirken bir adım daha öteye gidilmiş ve arabulucunun hukuken geçerli bir anlaşmaya ulaşılmasını sağlamakla yükümlü olduğu ve hatta sorumlu olduğu ifade edilmiştir[162]. Şayet arabulucu aynı zamanda avukat bir kişiyse, taraflar arabulucunun anlaşmanın hukuki geçerliliğinin kontrol etmesi konusunda anlaşabilirler, ancak ideal olan ve tavsiye edilen, tarafların kendi avukatlarına danışarak uzlaşmanın hukuki uygunluğu kontrol ettirmeleridir[163]. Taraflar hukukun dışına çıkarak bir uzlaşmaya varma konusunda ısrarcı olurlarsa, tarafları bu konuda sınırlandıran arabulucunun müdahalesi değil bizzat hukuki yaptırımların kendisidir.

§3. Arabuluculukta Gizlilik

[158] **Bargen**, s.27.
[159] **Kracht,** §15, Kn. 110 vd; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms,** s. 27; **Bargen**, s. 27.
[160] **Kracht**, s. 386.
[161] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 28.
[162] **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s. 28.
[163] **Kracht**, s. 386.

Yukarıda da belirtildiği üzere arabuluculuğun başarı diğer bir deyişle anlaşma ile sonuçlanması için, tarafların birbirleriyle rahatça iletişim kurabilmeleri gerekir[164]. Tarafların birbirleriyle rahatça iletişim kurabilmesi için arabuluculuk sürecinin aleni olmaması gerekir. Ancak sürecin aleni olmaması tek başına tarafların artık rahatça ve güven içerisinde birbirleriyle iletişime geçmeleri sonucunu doğrumaz. Tarafların arabuluculuk sürecinde ortaya koydukları menfaat ve beklentilerinin, ileride kendileri aleyhine sonuç doğruma ihtimali varsa, bu taraflar arasındaki iletişime ve uzlaşma sürecine zarar verecektir[165]. Arabuluculuğun olumsuz yanlarından birisi olarak taraflardan birinin diğer tarafın sırlarını öğrenmek için arabuluculuk yöntemini kötüye kullanarak daha sonraki mahkeme ya da hakem huzurundaki konumunu güçlendirmek istemesi olasılığına işaret edilmiştir[166]. Arabuluculuğun, ileride görülecek bir davaya hazırlık süreci olarak değil, başlı başına uyuşmazlığın mahkeme dışı çözüm yöntemlerinden birisi olarak anlaşılması gerekir[167]. Arabulucululuk sürecinin muhtemel ve müstakbel bir dava için ön hazırlık aşaması olarak anlaşılması, ki bu durum özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olduğu hukuk sistemlerinde daha çok önem arz edecektir, tarafların güven duygusu ile birbirleri ile iletişim kurmasına ve böylelikle azami menfaatlerini karşılayan bir çözüm formülü bulmaya ve uyuşmazlığı çözmeye odaklanmalarına engel teşkil eder. Arabulucunun görevlerinden birisi müzakere sürecinde tarafların önemli bilgi ve vakıaları, ortak menfaatlerinin belirlenmesinin temini yani kendi uzlaşma formülünü bulmaları için birbirleriyle paylaşmasını sağlamaktır. Bu görevin sınırlarını ise gizlilik ilkesi belirler.

---

[164] Bkz. yuk. §2,A

[165] **Eidenmüller**, "Vertrags", s.24; **Groth/v. Bubnoff**, s. 338; **Hartmann**, §27, Kn.2,; **Kentra**, Pamela A., **"**Hear No Evil, See No Evil, Speak No Evil: The Intolerable Conflict for Attorney Mediators Between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct" Brigham Young University Law Review, 1997, S. 3, s. 722; **Freedman**, Lawrence/ **Prigoff**, Michael, "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection" Ohio St. J. On Dis. Resol., S. 2, 1986 , s. 38; **Gray**, Owen V., "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, Osgoode Hall Law Journal, 1998/4, s. 671; **Hilber**, s. 9; **Oldenbruch**, s.14-15; **Beck**, s.55; **Nolan-Haley**, s.107; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 213-214;**Kekeç**, s. 97.

[166] **Deren- Yıldırım,** Nevhis "Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 88-89.

[167] Her ne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargılamaya hazırlık yapılmasını sağladığı ifade edilmişse de, bununla kastedilen tarafların temel meseleler üzerinde yoğunlaşmasının sonucunda ADR yöntemi anlaşmayla sonuçlanmasa bile ihtilaflı meselelerin daraltılmış olacağıdır. (**Özbek**,"Alternatif Uyuşmazlık" s. 173).

Arabuluculukta gizlilik ile ne ifade edilmek istendiğini anlamak için bir de gizlilik kelimesinin anlamlarına yakından bakmak gerekir. Gizlilik kelime anlamı olarak; "gizli olma durumu, mahremiyet"i ve "genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin kişisel hak ve çıkarlarına zarar verme tehlikesi gösteren durum"u ifade eder[168]. Yani bir şeyin gizli kalması onun ifşa edilmemesine bağlı olduğundan gizlilik kavramı sır saklama yükümlülüğünü de içerisinde barındırır. Ingilizce hukuk literatüründe arabuluculukta gizlilik "confidentiality" ve "privilege"[169] almanca hukuk literatüründe ise "Vertraulichkeit" olarak ifade edilmiştir[170]. Türk hukuk literatüründe de tahkimde gizliliğe ilişkin bazı eserlerde "mahremiyet" ya da "şeffaflık" ifadesi kullanılmışsa da, Tasarı'da İkinci Bölümde Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler altında "Gizlilik" ifadesi kullanıldığından ve daha güncel olduğundan biz de bu terimi kullanmayı tercih ettik (HUAKT m. 4)[171].

A. Gizliliğin Kapsamı ile Anayasa ve Yargısal Teminatlarla Olan İlişkisi

I. Gizliliğin Kapsamı

Gerek literatürde[172], gerek pozitif düzenlemelerde[173], gerekse arabuluculuk kurumlarında[174] gizliliğin çerçevesi ve içeriği hakkında değişik açıklamalara

---

[168] TDK; www.tdk.gov.tr; **Beck**, s. 38.

[169] **Nolan-Haley**, s.107; **Stintzing**, s. 54; **Boulle**, s. 40;

[170] **Hilbe**r, s. 5 vd; **Cremer**, Katja, Die Vertraulichkeit der Mediation, Leipzig 2006, s. 27 vd; **Beck**, s, 38 vd; **Oldenbruch**,s .6 vd; **Schlieffen/Ponschab/ Rüsel/Harms**, s. 32; **Groth/v. Bubnoff**, s. 338; **Hartmann**,§27; **Mürner**, s. 91 vd; **Mannhart**, s. 134 vd.; **Kracht**, §15, Kn. 120 vd.

[171] Bkz. **Özsunay**, Ergun, "Tahkim Yargılamasında Mahremiyet", İstanbul Barosu Dergisi, 2004/2, s. 540; **Çal**, Sedat, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.4, 2008, s. 146-147. Mahremiyet ile yargılamanın aleni olmamasının özdeş olmadığı, mahremiyetin süreçle birlikte, sunulan malzemeleri, ispat araçlarını, hakem kararlarını ve kimliklerini de içerdiği, sürecin aleni olmamasının ise mahremiyetin bir sonucu olduğunu belirtmiştir (**Kurt-Konca**, Nesibe, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 234). Kanaatimizce, aleni olmamayı gizliliğin bir sonucu olarak değil, gizliliğin kapsamında, gizlilik kavramı içerisinde değerlendirmek gerekir.

[172] **Eckardt/Dendorfer**, s. 786; **Groth/v. Bubnoff**, s.338 vd; **Hartmann**, § 27.

[173] Bu çalışmamıza konu olan pozitif düzenlemeler ile sınırlı olarak gizliliğin korunmasına ilişkin hükümler için bkz. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi, m. 7; Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, m. 18; Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m.9 ve 10; Amerika Birleşik DevletleriTek Tip Arabuluculuk Kanunu m.4 ve 8 ile henüz Tasarı halinde bulunan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 4 ,5 ile Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun m.4.

rastlamak mümkündür. Gizliliğin kapsamının saptanması, taraflara bilinçli ve sorumlu bir şekilde karar vererek karşı tarafın bilgisine sunacakları olguları tespit edebilme imkânı verecektir. Bu nedenle öncelikle arabuluculuğa başvuran tarafların, arabuluculukta gizlilikten beklentilerinin tespit edilmesi gerekir. Tarafların gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemelerin hangi hususları içermesi gerektiği konusundaki beklentilerini üç başlıkta toplamak mümkündür[175]:

- Taraflar uyuşmazlığın kendisinin ve uzlaşma sürecinin gizli kalmasını ve bu sayede kişisel ve ticari itibarlarının sarsılmaması ve ilişkilerin devamını teminat altına almak isterler.
- Taraflar arabuluculuk yoluna başvurmakla başvurmazdan öncesine oranla daha elverişsiz duruma düşmeme beklentisindedirler. Bu nedenle taraflar, müzakereler esnasında karşı tarafça edinilen ve başka şekilde ulaşılması ve ispatlanması mümkün olmayan bilgileri, anlaşma tekliflerini ve arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla düzenlenen belgeleri gizlilik kapsamında düzenleme ve yargılama organları önüne taşınmasını önleme eğilimi içerisindedirler[176].
- Taraflar, gizliliğe ilişkin düzenlemelerde arabulucunun müzakerelerde edindiği bilgileri üçüncü kişilere ifşa etmemesini güvence altına almak isterler. Ayrıca arabulucunun taraflarla özel oturumlar yapması halinde taraflar, arabulucunun özel oturumlar esnasında edindiği bilgileri, tarafın açık rızası olmadıkça karşı tarafa açıklamamasını güvence altına almak isterler.

1. Arabuluculuk Sürecinin Aleni Olmaması

Aleniyet, açıklık kamuya ait olmak, aleni muhakeme ise yargılamanın ve duruşmaların herkese açık olması anlamına gelir[177]. Bilinen en dar anlamıyla gizlilik

---

[174] Örneğin Almanya'da ticari uyuşmazlıklar bakımından kurumsal bir arabuluculuk merkezi olan Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement (GWMK)'nın model arabuluculuk sözleşmesinde, taraflarca arabuluculuk sürecinde ortaya konan tüm bilgiler gizlidir (m.4). WIPO tarafından sunulan model arabuluculuk sözleşmesinde ise arabuluculuk sürecinde taraflar ile arabulucu arasındaki görüşmelerin kayıt altına alınmayacağı ve gizli olduğu düzenlenmiş (m. 14) ve bazı beyan ve belgelere tahkim ya da mahkeme yargılamasında delil olarak dayanılamayacağına yer verilmiştir (m.17).

[175] **Hartmann**, § 27; Kn. 21; **Oldenbruch**, s. 14-17.

[176] **Hartmann**, § 27; Kn. 21; **Eidenmüller**, "Vertrags", s. 26; **Oldenbruch**, s. 14.

[177] **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992, s.57. Aleniyetin anlamları hakkına ayrıca bkz. **Kurt-Konca**, s. 5.

aleni olmamayı ifade eder. Mahkeme yargısı ile karşılaştırıldığında arabuluculuk yönteminin en önemli olumlu özelliklerinden birisi de işte bu sürecin aleni olmamasıdır[178]. Yöntemin gizliliği ve gizliliğin güvence altına alınması tarafların uzlaşmak için daha etkin bir şekilde iletişim haline girmelerinde belirleyici rol oynamaktadır. Uyuşmazlık türlerinin çeşitliliği de dikkate alındığında, patent uyuşmazlıklarında olduğu gibi, müzakerelerin aleni olmaması arabuluculuk yöntemine önemli bir avantaj sağlamaktadır[179]. Arabuluculuk sürecinin aleni olmaması dolayısıyla taraflar hem uyuşmazlığın varlığını hem de uzlaşma sürecini gizli tutabileceklerdir. Bu sayede taraflar uyuşmazlıkların alenileşmesinden doğabilecek sorunlardan sakınma ve ticari işletmeyi ilgilendiren bilgilerin ve ticari, ekonomik ve kişisel sırların ifşa edilmesini önleme imkânına sahip olmaktadırlar[180].

2. Arabulucunun, Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk sürecinde taraflar arabulucunun uyguladığı sistematik tekniklerin de yardımıyla bir anlaşma zeminine ulaşmaya çalışırken, varılan anlaşmaya uyulmasının ve devamlılığının sağlanabilmesi için tarafların menfaatlerinin azami oranda karşılandığı bir anlaşmanın sağlanması gerekir.

Arabuluculukta her ne kadar ulaşılmak istenen sonuç anlaşma ise de, anlaşmaya varılamaması halinde uyuşmazlık konusunun alenileşmesi ve müzakerelerde edinilen bilgilerin sonradan aleyhine kullanılması ihtimallerini göz önünde bulundurarak tarafların tedirgin ve güvensiz bir tavırla müzakerelere katılması halinde, hedeflenen sonuca ulaşılması ihtimali daha da azalacaktır. Dolayısıyla tarafların birbirleriyle ve arabulucu ile rahat iletişim kurabilmeleri güven ortamının yaratılmasına bağlıdır. Zira tarafların menfaatlerinin ortaya konması bazen herkesçe bilinmeyen ve ulaşılması mümkün olmayan bir takım olguların, bazen ortak oturumlarda bazen de arabulucunun tarafların her biri ile ayrı yaptığı özel oturumlarda, ortaya konmasını gerektirebilir. İşte herkesçe bilinmeyen ve kolayca

[178] **Kentra**, s. 721-722; **Deren- Yıldırım**, "Arabuluculuk", s. 88; **Mannhart**, s. 135.
[179] **Mannhart**, s. 135.
[180] **Özbek**,"Alternatif Uyuşmazlık", s. 161.

ulaşılması mümkün olmayan nitelikteki olguların ortak oturumlarda ortaya konması halinde, arabuluculuk sürecine katılan ve arabuluculuk dolayısıyla bu bilgiye vakıf olan herkes sır saklama yükümlülüğü altındadır[181]. Taraflar ve arabulucu bakımından gizliliğin korunması ile sağlanmak istenen taraflardan her birinin kendi menfaatlerini açıkça ortaya koyması için içtenliklerinin dolayısıyla da birbirlerine karşı güvenin artmasını sağlamaktır. Diğer bir deyişle tarafların, arabulucunun ve varsa arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüğü vardır[182]. Sır olarak nitelendirilebilecek bu olguların arabulucunun taraflarla yaptığı özel oturumlarda arabulucu ile paylaşılması halinde, arabulucu, sır sahibinin rızası olmadıkça bu sırrı diğer tarafla da paylaşmamak durumundadır[183]. Arabuluculuk ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde, arabulucunun, tarafların ve üçüncü kişilerin sır saklama yükümlüğünün açıkça düzenlendiği göze çarpmaktadır[184]. Arabuluculuk sürecinde sır saklama yükümlülüğüne ilişkin özel düzenleme bulunmayan örneğin Almanya'da sır arabulucunun sır saklama yükümlüğünün belirlenmesinde meslek sırrına ilişkin düzenlemeler duruma göre kıyasen uygulanmakta ya da sözleşmesel düzenlemelerle sır saklama yükümlülüğü getirilmektedir[185].

3. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Bazı Beyan, Bilgi ve Belgelere Delil Olarak Dayanılamaması

Gizlilik, diğer yönüyle de mahkemede arabuluculuk müzakereleri esnasında edinilen bilgilere yargılama esnasında dayanılamamasını ifade etmektedir[186].

---

[181] **Eidenmüller**, "Vertrags", s. 27; **Hartmann**, §27, Kn.5

[182] **Oldenbruch**, s. 18 vd; **Beck**, s. 95 vd; **Kracht** § 15, Kn. 120 vd; **Hilber**, s. 19 vd.

[183] **Oldenbruch**, s. 21; **Kracht** § 15, Kn. 121; **Hartmann**, §27, Kn.5; **Beck**, s. 81 vd.

[184]Tasarı'nın 3. maddesinde arabulucu ve taraflar bakımından sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Tasarı'nın yanı sıra sır saklama yükümlülüğünün yer aldığı düzenlemeler için bkz. Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 9; Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m. 8,9.

[185]Meslek sırrına ilişkin düzenlemeler ve arabulucunun bu bağlamda sır saklama yükümlülüğü için bkz. **Oldenbruch**, s. 30 vd; **Beck**, s.96 vd; **Hilber**, s. 19 vd; noter arabulucular bakımından ayrıca bkz. **Wagner**, "Notariat und Mediation-institutioneler Rahmen" Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002**,** §25; Kn.9, avukat arabulucular bakımından bkz. **Breidenbach, /Henssler**, s.75. Almanya'da Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşviki Kanunu Tasarısı'nın 4. Maddesinde arabulucunun sır saklama yükümlüğüne yer verilmiştir.

[186] **Beck**, s. 38.

Böylelikle arabuluculuk müzakerelerinin dış dünyadan ve etkilerinden korunması sağlanmaya çalışılmıştır[187].

Arabuluculukta gizliliğin korunması ile amaçlanan güven ortamının yaratılması tarafların arabuluculuk yoluna başvurmakla, bu yönteme başvurmazdan öncesine oranla daha elverişsiz duruma düşmeyeceği endişesinin bertaraf edilmesine ilişkin yeterli önlemlerin alınmasına bağlıdır[188]. Bu bağlamda müzakereler esnasında karşı tarafça edinilen ve başka şekilde ulaşılması ve ispatlanması mümkün olmayan bilgilerin, anlaşma tekliflerinin ve arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla düzenlenen belgelerin gizlilik kapsamında düzenlenerek yargılama organları önüne taşınmasının önlenmesi gerekir. Buna ilişkin olarak arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı ve bazı bilgi ve belgelere mahkemede delil olarak dayanılamayacağına ilişkin pozitif düzenlemelere rastlamak mümkündür[189]. Ayrıca tanıklık yapma zorunluluğu kamusal bir yükümlülük olduğundan tanıklıktan çekinme sözleşme ile kararlaştırılamayacak nitelikte ise de taraflarca bazı bilge ve belgelere dayanılamayacağına ilişkin usul sözleşmeleri yapılması da mümkündür[190]. Ancak buna ilişkin düzenlemelerin tarafların ispat hakkını ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekir. Diğer bir deyişle arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, delilin geçerliliğini etkilemeyecek olmalıdır[191].

4. Arabuluculukta Gizliliğin Bertaraf Edilmesini Gerektiren Haller

a. Uyuşmazlığın Taraflarının Rızası

[187] **Beck**, s. 38.

[188] **Oldenbruch**, s. 15.

[189] Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 320; Tek Tip Arabuluculuk Kanunu, m.4; Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 10; Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi, m. 7. Ayrıca bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, m. 5. Arabulucunun tanıklığına ilişkin bu düzenlemeler aşağıda detaylı olarak incelendiğinden burada daha fazla açıklamaya yer verilmemiştir. Bu konuda bkz. aşa.§7.

[190] **Oldenbruch**, s. 118**; Beck**, s. 194; **Hilber**, s. 126; **Wagner**, "Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag", NJW 2001, s.1398 vd; **Hartmann**, §27, Kn. 32-38.

[191] Tasarı, Gerekçe m. 5.

Arabuluculukta gizliliğin kapsamı sürecin aleni olmaması, arabuluculuk sürecine katılanların sır saklama yükümlülüğü ve arabuluculuk süreci sonrası yargılama aşamasında bazı beyan, bilgi ve belgelere dayanılmaması olarak ifade edilmişti. Ancak gizlilik kapsamında sayılan her durum mutlak nitelikte olmayıp, aksi taraflarca kararlaştırılabilecektir. Taraflar arabuluculuk sürecinin aleni yapılmasını kararlaştırabilecekleri gibi, arabulucunun ve arabuluculuk sürecine katılan diğer kişilerin sır saklama yükümlülüğünü de ortadan kaldırabilirler. Zaten sır saklama yükümlülüğünün varlığının ortaya konması söz konusu bilginin bilgi veren tarafından sır olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Taraflarca sır olarak nitelendirilmeyen bir bilginin de korunmasından bahsedilemeyecektir. Kaldı ki, arabuluculukta sır saklama yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde bu düzenlemelerin temelinde kanun koyucunun uyuşmazlığın taraflarının sırrın korunmasına dair menfaatlerini korunmaya değer bulması yatar. Yasal düzenlemeyle ya da sözleşmelerle güvence altına alınan arabuluculuk sürecine ilişkin hususlarda sürece katılanların ve özellikle arabulucunun sır saklama yükümlülüğünde menfaat sahibi olan uyuşmazlığın taraflarının bundan feragat etmesi de mümkündür.

Arabulucunun, kural olarak arabuluculuk sürecinin tamamen dışındaki üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu ve bunun aksinin taraflarca kararlaştırılabileceği konusunda yasal düzenlemelerde bir yeknesaklık görülmektedir[192]. Ancak arabulucunun uyuşmazlığın bir tarafından edindiği bir bilgiyi diğer tarafa iletme konusunda kural olarak arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu ve tarafların rızasının bir istisna teşkil ettiğini söyleyerek bir genelleme yapmak mümkün değildir. Örneğin Birleşmiş Milletler Model Kanunu iç ilişkide gizlilik konusunda arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün taraflarca açıkça kararlaştırılması gerektiğini aksi takdirde böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığını öngörmüş ve EUCON (Avrupa Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü-Europäisches Institute für Conflikt Management) Müzakere kuralları da buna paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde uyuşmazlığın taraflarından birinin özel oturumlar esnasında arabulucuya ilettiği bir bilgiyi diğer

[192] Bu konuda örnek olarak bkz. UMA m.6 a; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı m. 5; Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, m. 18.

tarafa iletilmemesi konusunun açıkça kararlaştırılmaması halinde taraflarının zımni muvafakatinin olduğu sonucuna varılır. Buna karşın Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları tam aksi yönde bir genel kural ve istisna öngörmüş ve buna göre de arabulucunun özel oturumlarda uyuşmazlığın taraflarının birinden edindiği bir bilgi bakımından da kural olarak sır saklama yükümlülüğünün bulunduğunu ancak tarafın açık rızası halinde bunu karşı tarafa iletebileceğini düzenlemiştir. Tasarı'da iç ilişkide gizlilik bakımından özel bir hüküm sevk edilmemiş, arabulucunun sır saklama yükümlülüğü genel olarak düzenlenmiştir.

Arabuluculukta gizliliğin korunması amacıyla bazı pozitif düzenlemelerle ve kurumsal arabuluculuk sözleşmeleri ile getirilen ve başvurulamayacak deliller arasında gösterilen deliller bakımından da taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür[193].

b. Arabuluculuk Süreci Sonunda Varılan Anlaşmanın Uygulanması ve İcrası

Taraflarca arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varıldığı takdirde, bu anlaşmanın hukuki bir zemine kavuşturulması için anlaşmanın içeriği bir metin haline getirilir. Tasarı'nın 17. maddesine göre taraflarca varılan uzlaşma "anlaşma", ve bu sözleşmeyi içeren yazılı belge ise 18. maddede "anlaşma belgesi" olarak ifade edilmiştir[194] (HUAKT m. 17 ve 18).

Anlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca serbestçe kararlaştırılacağından anlaşma metninin hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak derecede açık, basit ve kolay anlaşılır olması gerekir. Arabulucu taraflara yardım almaları konusunda tavsiyede bulunabilir ve arabulucu anlaşmanın içeriğindeki kararlaştırılan tüm hususların açık ve anlaşılır olduğunu kontrol edebilir[195].

---

[193] Bu düzenlemeler bakımından detaylı açıklama hakkında bkz. §7.A.

[194] Anlaşma tarafların belirli bir konudaki iradelerinin uyumunu ifade eder, sözleşme ise tarafların hak ve yükümlülüklerini hatırlatır (**Konuralp**, Haluk, "İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları", Ankara 1999, s.58-59, dn.15). Biz de kavram kargaşasını önlemek için Tasarı'da kullanılan kavramlara sadık kalarak anlaşma terimini kullanmayı tercih ettik.

[195] **Kekeç**, s. 207; **Kessen,** Stefan/**Troja**, Markus "Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess" Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §16, Kn. 79;

Varılan bu anlaşma niteliği itibariyle bir maddi hukuk sözleşmesidir. Arabuluculuk kurumunun temelinde, sulh kurumunun yattığı kabul edilirse taraflarca yapılan bu sözleşmenin bir sulh sözleşmesi olup olmadığının tespit edilebilmesi için sulh sözleşmesinin unsurlarının incelenmesi gerekir[196]. Bilindiği üzere sulh, henüz bir dava konusu olmadan, tarafların anlaşarak uyuşmazlığı ortadan kaldırması şeklinde olabileceği gibi, bir davanın devamı sırasında, dava konusu yapılan uyuşmazlığın taraflarca sona erdirilmesi ve davayı sona erdiren işlem olarak da karşımıza çıkabilir. Mahkeme önünde yapılan sulh, kendisine temel teşkil eden yargısal karakterli bazı hukuki ilişkileri de etkileyerek bunları değiştirir ya da sonlandırır. Bu ilişkiler davanın açılmasıyla tarafların kendi aralarında ve taraflarla mahkeme arasında doğan bağlantılarıdır[197]. Ancak arabuluculuk süreci sonunda taraflarca varılan anlaşma mahkeme huzurunda gerçekleşmediği için burada mahkeme dışında yapılan sulh esas alınarak bir değerlendirilme yapılmalıdır[198].

Türk-İsviçre kanunlarında sulhe ilişkin bir tanım verilmemiştir. Alman, Fransız ve İtalyan Medeni kanunlarında yapılan tanımlardan hareketle sulh sözleşmesinin taşıması gereken öğeler şunlardır: taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunması, bu hukuki ilişki üzerinde çekişme ya da kuşku bulunması ve bu çekişme ya da kuşkuya son vermek amacıyla tarafların karşılıklı fedakârlıklarda bulunması[199]. Arabuluculukta, taraflar arasındaki temel hukuki ilişki hakkında bir uyuşmazlık ya da tereddüt olduğu kabul edilebilir. Sulhun unsurlarından bir diğeri ise karşılıklı

Bargen, Jan Malte, Gerichtsinterne Mediation: eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008. s. 27; **Schütz**, §8, Kn. 338.

[196]**Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 172. Arabuluculuğun temelinde de sulh kurumu bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Sungurtekin-Özkan**, Meral, "Tarafların Uzlaşma Sağlama Yetkisi (AvK md.35/A)", MIHDER, S. 2 2005, s. 356; **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 172; **Yılmaz**, Ejder "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 846.

[197] **Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 21. Mahkeme önünde sulh terimi yerine kazai sulh terimi kullanılmıştır Bu konuda bkz. **Ulusan**, İlhan, "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1971, Sayı: 7, s. 23 vd.

[198] **Eidenmüller**, , "Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation" Konsesuale Streitbeilegung (Ed.) **Breidenbach**, Stefan/ **Coester**-Waltjen/ **Hess**, Burkard/**Nelle**, Andreas/ **Wolf**, Christian, Bielefeld 2001, s. 79; **Hess**, Burkhardt/**Sharma**, Daniel, "Rechtsgrundlagen der Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §26, Kn. 4; **Lörcher**, §28, Kn. 1 **Beck**, s. 47; **Oldenbruch**, s. 13; **Risse**, "Wirtschaftsmediation", §10, Kn. 65.

[199] **Önen**, s. 23 vd. ; **Ulusan** "Sulh", s. 6.

fedakârlıklarda bulunulması gerekliliğidir. Arabuluculukta varılmak istenen sonuç tarafların azami menfaatlerinin karşılandığı bir uzlaşma olduğuna göre bu nitelikte bir uzlaşmaya ulaşılması için ideal olan her iki tarafın da karşılıklı fedakârlıklarda bulunmasıdır[200]. Her ne kadar ideal olan tarafların karşılıklı fedakârlıklarda bulunarak bir anlaşmaya ulaşması ise de arabuluculukta anlaşma bakımından bu bir zorunluluk değildir. O nedenle arabuluculuk sonunda varılan bazı anlaşmalar sulh sözleşmesi niteliğinde ise de bazıları değildir. Dolayısıyla da mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile varılan anlaşmanın sulhten daha geniş nitelikte olduğu ifade edilmiştir[201]. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki amacın nasıl olursa olsun tarafların üzerinde anlaştıkları bir anlaşma sağlamak olduğu, bu amaç doğrultusunda da taraflardan birinin fedakârlıkta bulunmasının söz konusu olmayabileceği gerekçesiyle varılan bu sonuca katıldığımızı belirtmek isteriz. Zira arabuluculuk süreci sonunda tarafların üzerinde anlaştıkları anlaşma şekli sulh sözleşmesi şeklinde karşılıklı fedakârlıkları barındırabileceği gibi bir ibra şeklinde de olabilir[202]. Bu nedenle biz arabuluculuk sonunda varılan uzlaşma için sulh sözleşmesi yerine anlaşma terimini kullanmayı tercih ettik[203].

---

[200] **Nölting**, s. 12-13; **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 172.

[201] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık" s. 420.

[202] Sulh kendisi gibi bir özel hukuk kurumu olan ibradan farklılık gösterir. "… sulhle taraflar karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunmak suretiyle uyuşmazlığı sona erdirdikleri halde; ibrada, alacaklı borçlu ile yapacağı bir sözleşmeyle onun herhangi bir fedakârlıkta bulunmasına gerek olmaksızın borcun sona erdirilmesini sağlamakta bir başka ifade ile onu borcundan kurtarmaktadır" (**Tanrıver**, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, Sa. 1-2, s. 333).

[203] Arabulucudan beklenen tarafları sulh etmektir. Taraflar sulh olurlarsa dava açılmasından sonra arabulucuya başvurulması halinde gerçekleşmişse mahkeme içi sulh, dava açılmadan önce gerçekleşmişse mahkeme dışı sulh olacaktır (**Kuru**, Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", MİHDER 2010/2, s. 243).

Arabuluculuk sonundaki anlaşmanın mahkeme dışı sulh sözleşmesi özelliğini taşıdığı durumlarda; her ne kadar mahkeme dışında yapılan sulhlerin, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusunda, doktrinde iki görüş varsa da bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüş, mahkeme dışında yapılmış olan sulh sözleşmesinin mahkemeye verilmesi ve mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi halinde, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşeceği yönündedir. Bu konuda bkz. **Ansay**, s. 184; **Ulusan** "Sulh" s. 188; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4 Cilt, İstanbul 2001, C. II, s. 2669; **Tanrıver**, "Sulh" s. 339. Diğer görüş, mahkeme huzurunda yapılan sulhün, sadece bir maddi hukuk işlemi olmayıp aynı zamanda bir yargılama işlemi de olması ve mahkemenin sulhün yapılmasında uzlaştıncı ve teşvik edici bir işleve sahip olması nedenleriyle; mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin, mahkemeye verilmesi ve onun tarafından duruşma tutanağına geçirilmesi ile mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşemeyeceği yönündedir. Bu konuda bkz. **Önen**, s. 88.

O halde, anlaşma metninin mahkeme tarafından tutanağa geçirilmekle mahkeme huzurunda yapılan sulh niteliği kazandırılması halinde sonuçları neler olacaktır? Mahkeme huzurunda yapılan sulhün, ilam niteliğinde bir belge olduğu İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi hükmü ile öngörülmüştür. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı da icra mahkemesi tarafından şerh

Tasarı'nın 18. maddesine göre ise taraflar, arabuluculuk sürecinin sonunda vardıkları anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi için icra mahkemesi anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olarak inceler ve bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır[204]. Kanunlara uygun bir biçimde yapılmış olan anlaşmalar hukuken geçerlilik kazanmakla beraber, her zaman icrası mümkün olan bir belge olmayabilir. Arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşma ancak içerik itibari ile cebri icraya elverişli bir yapıya sahip ise icra edilebilir. İçerik yönünden anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olması onun bir edimin ifasını sağlamaya yönelik bulunması halinde söz konusu olur. Anlaşmanın konusu bir edimin ifası olmayıp; bir hukuki ilişkinin belirlenmesi ise bu durumda içerik itibari ile cebri icraya elverişli bulunmayıp ancak arabuluculuk giderleri açısından icrası mümkün bir belge durumundadır[205].

---

verilmesiyle anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılacağını düzenlemekle mahkeme huzurunda yapılan sulhe paralel hale getirmiştir. Peki arabuluculuk sonunda varılan anlaşma belgesine icra mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verildiği takdirde, bir kesin hükümden bahsedilebilecek midir? Kabul ve feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağını öngören Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95. maddesinin birinci fıkrası hükmü çoğunlukla, kısmi kabul ve kısmi feragatı aynı anda içeren ve onlar gibi bir taraf usul işlemi olan sulh için de geçerlidir. Maddedeki bu genel ifadeye bakılarak burada kastedilenin hem şekli hem de maddi anlamda kesinlik olduğu sonucuna varılmamalıdır. Maddi anlamda kesinlik maddi gerçeğin belirtilmesidir ki bu maddi kesinlik prensibi sulhun karakteri ile de bağdaşmaz. Zira sulh bir taraf işlemidir ve taraflar bir adli gerçeği belirleme kudretinden yoksundurlar. Bu durum karşısında 95. maddede sözü edilen kesinliğin ancak şekli anlamda bir kesinlik olduğu kabul edilmelidir (**Önen**, s. 148 vd.; **Tanrıver**, "Sulh" s. 345 vd). Bu hükümden hareketle, mahkeme içi sulh şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuracağından, bir sulh aleyhine normal kanun yoluna gidilemez. Diğer taraftan tarafların karşılıklı rıza ile vardıkları bir anlaşma olan sulh aleyhine kanun yoluna başvurmada da bir menfaat yoktur. **(Önen**, s. 150).

Bu açıklamalardan hareketle, dava açıldıktan sonra taraflarca arabulucuya başvurulması halinde, arabuluculuk görüşmeleri devam ederken dava derdest kalmaya devam edecek ve taraflarca karşılıklı fedakârlıkla bir anlaşmaya varılması halinde anlaşmanın mahkeme tutanağına geçirilmesi halinde bu anlaşma mahkeme içi sulh niteliğini kazanacaktır. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya mahkeme içi sulh vasfının kazandırılması halinde bunun hüküm ve sonuçları da meydana gelmiş olacaktır. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki arabuluculuk müzakereleri sonucunda taraflar karşılıklı fedakârlıklara dayalı bir anlaşma yerine tamamen yaratıcı yepyeni bir çözüme de ulaşmış olabilirler.

[204] Eğer taraflar icra mahkemesine gitmemişlerse zaten tarafların imzaladığı bu anlaşma bir sözleşmedir ve sözleşme olduğuna göre de taraflar mahkemeye başvurabilir ya da para alacağı ise genel haciz yoluyla takip yapabilirler. Ancak tarafların ileride anlaşmaya uyuşmaması halinde mahkeme başvurmasını önlemek ve ilam niteliğinde belge olması ile arabuluculuğa güvenilirlik sağlanmak istenmiştir (**Pekcanıtez**, "Tebliğ", s. 71).

[205] Sulh bakımından açıklama için bkz. **Tanrıver**, "Sulh" s. 345.

Taraflar gerek yepyeni ve yaratıcı çözümleri[206] içeren bir şekilde gerekse uyuşmazlık konusu hakkında karşılıklı fedakârlıklarla bir anlaşmaya varmış olsunlar uyuşmazlığın ileriye dönük olarak barışçıl yöntemle sonlandırılması amacına ulaşılabilmesi için anlaşmanın icra edilebilir nitelikte olması, icra edilebilmesi için ise içeriğinin ulaşılabilir ve anlaşılabilir olması mutlaka gereklidir[207]. Her durumda gizliliğin sözleşmenin icra edilirliğine tercih edilmesi, arabuluculuk yöntemini de gereksiz hale getirecektir. Taraflarca yazılı hale getirilen anlaşmaya ilişkin ortaya çıkan bir tereddütün giderilmesi bakımından müzakereler esnasındaki görüşmelerdeki ifadelere ihtiyaç duyulduğunda, arabulucu bu konuların açıklığa kavuşturulmasının gerektirdiğinden daha fazla bilgiyi açıklamamalıdır[208].

Bu nedenle arabulucunun sır saklama yükümlüğünü düzenleyen hükümlerde de genellikle sır saklama yükümlüğünün istisnası olarak anlaşmanın icrası gösterilmiştir. Örneğin Avrupa Birliği Direktifinin 7. maddesi arabuluculuğun sonucu olarak yapılan arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin yerine getirilmesi veya icra edilmesi için bu anlaşmanın içeriğinin açıklanması gerektiğinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olmadığını düzenlemiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hususların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği hükme bağlanmıştır. Tasarıda da katı şekilde getirilen beyan ve belgelerin kullanılması yasağına, iki temel istisna getirilmiştir. Bunlar, söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesi ya da bunların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olmasıdır. Ancak, bu istisnanın da ancak arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icrasının zorunlu kıldığı ölçüde geçerli olacağı ve gereksiz şekilde genişletilemeyeceği belirtilmiştir[209].

---

[206] Yaratıcı çözümler yaratılması teknikleri için bkz. **Kessen/Troja**, §16, Kn. 26; **Schütz**, §8, Kn. 327 vd. **Tanrıver**'e göre "arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir". bkz. **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 172. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sulh ile elde edilecek çözüm usûl hukukunda öncelikli hedef olmalıdır zira bir mahkeme kararı ne kadar adil olursa olsun, sulh sonucunda elde edilen çözüm kadar kalıcı ve etkili olamaz. bkz. **Pekcanıtez**, Hakan, "Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 65

[207] **Breidenbach**, s. 119, dn.136.

[208] **Hilber**, s.15.

[209] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Madde Gerekçeleri, m.5.

Sır saklama yükümlüğünün istinası olarak belirtilen arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası başlığı altında sözleşmenin geçerliliğine ilişkin iddialar da sayılmalı mıdır? Örneğin hata, hile ya da ikrah sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi halinde, arabulucunun sır saklama yükümlüğünün istisnası var kabul edilebilir mi?

Bir sözleşme yapılırken esaslı hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan tarafın o akitle bağlı olmadığı Borçlar Kanunumuzun 23, 28 ve 31. maddelerinde belirtilmiştir. B.K.'nın 31. maddesinde ise "*Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf, işbu akti ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirirse, akde icazet vermiş nazarıyla bakılır*". Bazı hukuk sistemlerinde akdin iptali için dava açılması gerekmesine karşın bizim hukukumuzda dava açmaya gerek yoktur. Ancak karşı taraf iptal hakkının varlığına itiraz ederse, iptal hakkının varlığının tespiti için dava açılabilir ki bu dava sonucunda verilen hüküm tespit hükmü niteliğindedir[210]. Tasarı'da beyan ve belgelerin kullanılamaması kuralının istisnaları bir kanun hükmünün emri veya arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icrasının zorunlu kılması olarak belirlenmiş ve gereksiz şekilde genişletilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak taraflarca varılan anlaşmanın iptalini gerektiren bir halin varlığının ya da yokluğunun tespiti için dava açılması halinde dava sonunda verilecek karar sözleşmenin uygulanmasını veya icrasını etkileyecek nitelikte olduğundan kanaatimizce bu kapsamda değerlendirilmeli ve arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün istisnasını teşkil etmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bazı düzenlemelerde arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün istisnaları kapsamında anlaşmanın feshi, değiştirilmesi ya da geçersizliği konusunda açılan davalar da sayılmıştır. Örneğin Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'nın 6. bölümün (b) bendine göre mahkeme arabuluculuk sonucunda varılan uzlaşma anlaşmasının feshi, değiştirilmesi ya da geçersizliği konusunda açılan davalarda ve bir cürümün konu olduğu davalarda (mağdur fail arabuluculuğu hallerinde örneğin), arabulucunun tanıklığına karar verebilir. Ancak söz konusu maddede mahkemece arabulucunun tanıklık yapmasına karar verebilmesi için iki şart öngörülmüştür. Bunlardan birincisi

[210] **Oğuzman**, Kemal/**Öz,** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 139.

arabulucunun tanıklığına başvuran tarafın söz konusu delile başka yoldan ulaşmasının mümkün olmadığı konusunda mahkemeyi ikna etmesi gerekir. Böylelikle mahkeme söz konusu delile ulaşmadaki menfaatin gizliliğin korunmasından ağır bastığı sonucuna varacaktır. İkinci şart ise bu talebin belirli bir usul kesiti içerisinde iletilmesi gerektiğidir. Kanaatimizce Tasarı'da bu hususun da açıkça belirtilmesi halinde istisnayı düzenleyen 5. madde kapsamının sınırlarının belirlenmesinde tereddüte yer kalmayacaktır.

c. Suçu Bildirme Yükümlülüğü

Arabulucunun sır saklama yükümlüğünün yer aldığı düzenlemelere bakıldığında, bu yükümlüğün suç ya da kabahat oluşturan eylemler karşında sınırlandırıldığı görülmektedir. Örneğin Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'da müzakereler esnasında vücut bütünlüğüne bir saldırı oluşmuş ya da suç oluşturan bir eylem ya da buna dair bir plan açıklanmış ya da müzakereler bir suçun planlanması için kullanılmış, suça teşebbüs edilmiş ya da devam eden suç ya da cezayı gerektiren eylem örtbas edilmeye çalışılmış ise arabulucu susmakla yükümlü değildir. Bu gibi durumlarda kanun koyucu sırrın ya da gizliliğin korunması ve kamu düzeni menfaat dengesinde tercihini kamu düzeninden yana kullanmıştır.

5238 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinde düzenlenen suçu bildirmeme suçunun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır. 765 sayılı Kanun'da memurlar ve sağlık mesleği mensupları bakımından öngörülen suçu bildirme yükümlülüğü 5238 sayılı Kanun'un 279 ve 280. maddelerinde korunmuş olup 278. maddede düzenlenen ve memur veya sağlık mesleği mensubu sıfatını taşımayanlar bakımından suçu bildirmeme suçu yeni düzenlenmiş bir suç tipidir. Bu suç toplumdaki barış ve huzurun korunması amacıyla ihdas edilmiş olup bu husus madde gerekçesinde de ifade bulmuştur[211]. 278. maddede düzenlenen suçu

[211] *Barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunma hakkı vardır. Bu bakımdan, belli bir suç vakıasıyla ilgili olarak bildirimde bulunmak, hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini*

bildirmeme suçu her suç bakımından öngörülmemiş ve kanun koyucu ancak işlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bu suçların yetkili makamlara bildirilmemesi halinde suçu bildirmeme suçunun oluşacağını öngörmüştür. Bu suçun faili kamu görevlisi ya da sağlık mesleği mensubu dışındaki herhangi bir kimsedir. Bu suç özgü bir suç olmayıp, fail her gerçek kişi olabilir. Kamu görevlisi veya sağlık mesleği mensubu kişiler bakımından özel düzenleme bulunduğundan bu kişiler Türk Ceza Kanunu'nun 279. ve 280. maddelerine göre cezalandırılacaklardır. .

Kamu görevlisi ve sağlık mesleği mensuplarına özgü bir suçun (TCK m. 279) arabulucu bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağının belirlenmesi gerekir. Kamu görevlisi tanımı yakından incelenecek olursa Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile görüleceği" belirtilmektedir. Hukukumuzda "kamu hizmeti" ve "kamu görevi" kavramları zaman zaman bir arada kullanılmasına rağmen aralarındaki fark açıkça ortaya konulmamıştır. Kamu görevi yasama ve yargı görevleri yanında Devletin gerçekleştirmek zorunda olduğu, kamu hukuku kurallarına göre kamu kudretini kullanarak yaptığı etkinliklerdir. Kamu hizmeti ise ikincil nitelikteki genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak için Devlet tarafından yapılabileceği gibi devletin gözetim ve denetimi altında başkaları tarafından da yapılabilen etkinliklerdir. Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Kanun'un 279. maddesine göre kamu görevi yapanlar ceza hukukunda memur sayılmakta, kamu hizmeti yapanlar ise sayılmamakta iken yeni yürürlüğe konulan 5237 sayılı Kanun'da böyle bir tanımlamaya yer verilmemiş kapsam genişletilerek kamu görevlisi tanımı getirilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/c maddesine göre kamu görevlisi "*kamusal faaliyetin yürütülmesine*

---

*öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Madde metninde belli suçlar açısından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Birey, ilk kez 5237 sayılı Yasanın 278. maddesiyle "işlenmekte olan" veya "işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan" bir suçu yetkili makamlara bildirmekle yükümlendirilmiştir. Bu yükümlülüğü yerine getirmemek "suçu bildirmeme" suçuna vücut verir. Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü veya hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda kimse olması cezayı artırıcı nedendir. (*Türk Ceza Kanunu, m.278 gerekçesi).

atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 6/c bendindeki tanıma göre, avukatlar ve noterler kamu görevlisidir[212].

Avukatların müvekkilinin işlediği suçu bildirme yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı tartışmalıdır[213]. Avukatların meslekleri gereğince edindikleri bilgileri tanıklıktan çekinme haklarını kullanmadıkları sınırlı hal hariç ifşa etmemek zorunda olduklarından, avukatların da fail olacağı düşünüldüğünde avukatlık ve özellikle de müdafilik görevini icrası mümkün olmayacağından avukatların kanuni tipte açıkça ayrık tutulması gerektiği ifade edilmiştir[214]. Kanuni değişiklik yapılıncaya kadar avukatların, müdafilerin sır saklama ve müvekkilinin sadece lehine davranma hak ve görevleri bulunduğu için müvekkilinin işlediği suçu bildirmemeyi bu hakkın icrası kapsamında görerek hukuka uygun saymak gerektiği ileri sürülmüştür[215]. Arabulucunun aynı zamanda avukat olması halinde de bu görüşten hareketle avukat arabulucunun da suçu bildirme yükümlülüğünün olmadığı söylenebilir mi? Her ne kadar arabuluculuk avukatlık mesleği ile bağdaşır nitelikte bir faaliyet ise de arabulucunun aynı zamanda avukat olması halinde kendisi müdafii olmadığı gibi taraflardan birinin temsilcisi de değildir. Diğer taraftan bu görüşün kabulü ve avukat arabulucular bakımından uygulanması halinde avukat arabulucular ile avukat olmayan arabulucular arasında farklılık ortaya çıkmış olacaktır. O nedenle kanunda açıkça düzenlenmedikçe biz avukat arabulucuların da Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde düzenlenen suçun faili olabileceği kanaatindeyiz.

---

212 TCK m. 6 gerekçesinde de avukatların kamu görevlisi olduğu ifade edilmiştir. "…Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.''

213 Avukatların da TCK m. 278 kapsamında suçu bildirme yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. **Döner**, İsa, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 90; aksi yönde **Güner**, s. 395. Donay da, avukatın meslek sırrı olarak da ortaya çıksa, taammüden işlenen suçlar bakımından avukatın ihbar yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir (**Donay**, Süheyl, "Meslek Sırrının Açıklanması Suçu", İstanbul 1978, s.118).

214 **Ünver**, s. 302.

215 **Ünver**, s.320-303.

Avukatın suçu bildirmesi karşısında meslek sırrının ihlali suçunun oluşmasına hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali engel olacaktır.

Kanaatimizce avukat ya da noter olmayan arabulucuların da Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması halinde bir kamu görevlisi olduğu sonucuna varmak mümkün olmalıdır. Zira bu durumda sicile kayıtlı arabulucular da mahkemelere yardımcı kişiler olarak yargı faaliyetine dolaylı yoldan katkıda bulunuyor olacaklarından kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmeti kamu adına yürütüyor kabul edilecektir. Bu nedenle de Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi kabul edilecek ve belirtilen suçun faili olabileceklerdir. Ancak sicile kayıtlı olmayan arabulucular bakımından bu sonuca varmak mümkün olmayacaktır. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular arabuluculuk faaliyetini meşru bir zeminden kaynaklı olarak yürütmediklerinden Tasarı'daki her türlü düzenlemenin de kapsamı dışında kalacaklarından yargıya dolaylı yoldan katkıda bulundukları kabul edilemeyecek ve kamu görevlisi olmadıklarından da suçun faili olmayacaklardır. O halde bu kişilerce suçu bildirmeme suçunun faili olmamak için işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirilmesi gerekir (TCK m. 278). Bu bildirim yükümlüğü ise sır saklama yükümlülüğünün ihlali bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir.

II. Gizliliğin Anayasal ve Yargısal Teminatlarla Olan İlişkisi

1. Genel Olarak

Anayasal hakları, anayasa tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış haklar olarak tanımlayabiliriz. Hangi hak ve hürriyetin "anayasal" bir hak ve hürriyet olduğu tartışmasız bir şekilde bellidir. Anayasa'da düzenlenmiş olan temel hak ve

hürriyetler, anayasal hak ve hürriyetlerdir. Örneğin Anayasamızın ikinci kısmının ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerinde (m.17-74) düzenlenmiş olan temel hak ve hürriyetlerin hepsi anayasal hak ve hürriyetlerdir. 1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetler Anayasanın ikinci kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünde (m.12-16) temel hak ve hürriyetlerin özelliği, sınırlanması, kötüye kullanılmaması, durdurulması ve yabancıların durumu hükme bağlanmıştır. Bu ilk bölümden sonra Anayasa, temel hak ve hürriyetleri üçe ayırarak düzenlemektedir: Kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler, siyasî haklar ve ödevler. Anayasal temel hak ve hürriyetler ile arabuluculukta gizlilik arasında bir ilişki kurulmak istendiğinde, hangi kişi hak ve hürriyetin arabuluculukta gizlilik ile ilgili ya da bağlantılı olduğu sorusu akla gelir. Aşağıda arabuluculukta gizliliğin korunması ile Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın korunmasını isteme hakkı arasındaki ilişki tespit edilecektir.

Yargılama faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda ise anayasa ile teminat altına alınan yargısal temel hakların korunması gündeme gelecektir[216]. Yargılama usullerinin insan hakları bakımından içermesi gereken asgari teminatlara, insan hakları hukukunda yargılama güvenceleri denilmektedir[217]. Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin bağımsızlığı, aleniyet, yargı kararlarının gerekçeli olması bu güvencelerdendir[218]. Bu güvencelerin amacı insan haklarının korunmasının yanı sıra yargılama hukuku güvencelerini içeren etkin bir yargı sistemi kurulmasını ve işletilmesini temin etmektir[219]. Yargılamaya ilişkin pek çok insan hakkı genel olarak adil yargılanma hakkı içerisinde toplanmaktadır[220]. Konumuz arabuluculukta gizliliğin korunması olduğundan, her ne kadar arabuluculuk bir yargılama faaliyeti

[216] Yargısal temel haklar, başlı başına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmamakla birlikte maddi nitelikteki temel hakların ve insan haklarının yargılama faaliyeti içinde gereçekleşmesine hizmet eden şekli nitelikteki haklardır (**Atalay**, Esra, "Yargısal Temel Haklar", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.442).

[217] **Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul, 2000, s.3.

[218] Bu ilkeler kaynağını aynı zamanda Anayasa'dan aldıklarından, ihlalleri halinde yargılamaya hakim olan diğer ilkelere göre daha ağır bir hak kaybı söz konusu olacaktır (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 239).

[219] **Budak**, "Üçüncü Kişiler", s. 5.

[220] **Yeşilova**, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s.131.

değilse de, yargılamaya ilişkin temel anayasal haklardan aleniyetin arabuluculuk bakımından da uygulanması gerekip gerekmediğine değinilecektir.

2. Gizlilik ve Aleniyet İlkesi

Uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenmesi halinde duruşmalar herkese açık olup, bu husus Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır. Aleniyet ilkesi olarak ifade edilen bu ilke tüm yargılama hukukları bakımından temel bir hak ve ilke olarak kabul edilmiştir[221]. Anayasamızın 141. maddesinde aleniyet şu şekilde düzenlenmiştir: "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına, ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler korunu*r"[222]. İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında da aleniyet ilkesi düzenlenmiş olup, adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olarak kabul edilmiştir[223]. Diğer taraftan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinin 11. maddesinde de aleniyet ilkesinden bahsedilmiştir[224]. Gerek Anayasa ile gerekse uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınan aleniyet yargılamanın tarafsızlığının etkin bir teminatıdır[225]. Sözlü muhakeme için geçerli olan aleniyet ilkesi mahkemelerin duruşma sırasında

---

[221] **Pekcanıtez**, Hakan "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408. Anayasa'da düzenlenen aleniyetin yargılamanın tarafları için mi yoksa yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler için mi bir hak olduğu konusunda bkz. **Kurt-Konca**, s. 60 vd.

[222] Duruşmalar gizli yapılsa bile, dava dosyaları özel biçimde saklanmadığından, avukatların ve tarafların dosyalara ulaşabilmesi, ticari sırların korunması bakımından tehlike teşkil etmektedir; **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz /**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010, s.696.

[223]"*Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması ya da adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamında tamamen veya kısmen basın mensupları veya halk hakkında tahdit edebilir."* İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6 f.2. Aleni surette yargılanma hakkından, açıkça veya zımnen başka bir kamu menfaatini zedelemeden, feragat etmek mümkündür (**İnceoğlu**, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuku Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005, s. 348,349; **Yeşilova**, s. 200, karş. **Pekcanıtez**, "Aleniyet", s. 411).

[224] "*Hiçbir şahıs, müdafaası için lüzumlu bulunan teminatın bahşedilmiş bulunduğu aleni bir muhakeme sonunda mahkum edilmedikçe cezalandırılamaz"(* Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi, m.11).

[225]Madde gerekçesi için bkz. **Akad/Dinçkol**, s. 577. Ayrıca aleniyetin yargılamanın tarafsızlığının teminatı olduğu konusunda bkz. **Museliak**, Hans Joachim, Zivilprozessordnung Kommentar, 7. Auflage, Münih 2008, Kn. 49-51.

yapmış oldukları işlemlerin üçüncü kişiler tarafından izlenebilecek olmasını ve hükmün de aleni olarak tefhim edilmesini ifade eder[226]. Aleniyet ilkesi yargının en önemli teminatı olup, yargılama faaliyetinin kapalı kapılar ardında değil, egemenliğin sahibi olan halkın önünde yapılması amacıyla getirilmiştir[227]. Bu temel amaca paralel olarak aleniyet ile kişilerin adalete olan güvenin sağlanması, toplumun yargıya güvenin arttırılması, mahkemelerin ve burada yapılan yargılamanın toplum tarafından kontrolünün amaçlandığı ifade edilmiştir[228]. Bireyler aleniyet ilkesi çerçevesinde duruşmaları izlemeseler dahi herhangi birinin her an duruşma salonuna girerek duruşmayı izleyebilme ihtimali karşısında yargı erkinin gereği gibi yerine getirildiği inancı hakim kalmaktadır. Yargılanma faaliyetinin denetim gerekliliği engizisyon mahkemelerindeki insan haklarına aykırı uygulamalardan sonra özellikle aydınlanma dönemi düşünürleri tarafından uzun tarihsel gelişim süreci sonunda ortaya konmuştur[229]. Ancak aleniyet ilkesi özellikle 1970'li yıllardan beri içinde bulunduğumuz çağa uygun olmadığı ve işlevselliğini yitirdiği gerekçeleriyle eleştirilere maruz kalmıştır[230]. Aleniyet sebebiyle duruşmalara katılanların bu ilkenin amaçladığı gibi kontrolün sağlanması amacıyla değil de, sansasyonel bir olayı duymak ya da kişileri görmek amacıyla katıldıkları ve aleniyet yüzünden tarafların kişilik alanlarının ve yaşamlarının gizli alanlarının tehlikeye girebileceği hatta ihlal edilebileceği ifade edilmiştir[231]. Bir kimsenin ekonomik, ahlaki veya siyasi durumuna zarar vermek amacıyla haksız yere dava açılması ve bu davalarda haksız ileri sürülen iddiaların aleni şekilde tartışılması kişilere telafisi mümkün olmayan

---

[226]**Pekcanıtez**, "Aleniyet", s. 409. Duruşmaların aleni yapılması dinamik aleniyet, hükmün aleni olarak tefhim edilmesi ise statik aleniyet olarak ifade edilmiştir (**Pekcanıtez** "Aleniyet", s. 409; **Kurt-Konca**, s. 173 vd).

[227] **Pekcanıte**z "Aleniyet", s. 409; Aleniyet ilkesi "halka açıklık" olarak da ifade edilmiştir; bkz **Öztürk**, Bahri **/Tezcan**, Durmuş **/Erdem**, Mustafa R. **/Sırma**, Özge **/Saygılar**, Yasemin**/Alan, Esra,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s. 133.

[228]**Pekcanıtez**, "Aleniyet", s. 410-412; **Üstünda**ğ, Saim, "Medeni Yargılama Hukuku", 6. Bası, İstanbul 1997, s. 259; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 272; **Alangoya,** Yavuz/**Yıldırım,** Kamil/**Deren-Yıldırım,** Nevhis, "Medeni Usul Hukuku Esasları" 7. Bası, İstanbul 2009, s. 189; **Kurt-Konca**, s. 23 vd.

[229] **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan**, s. 133; **Pekcanıtez** "Aleniyet", s. 409; **Kurt-Konca**, s. 32.

[230]**Fasching**, Hans W, "Prozessprinzipen und Reform des Zivilprozess" Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburstag, Viyana 1993, s. 130; **Pekcanıtez**, s. 412-413; **Özbek**,"Alternatif Uyuşmazlık", s. 162; **Dönmezer**, Sulhi Tartışmalar-Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 495; **Kurt-Konca**, s. 34 vd.

[231] **Pekcanıtez** "Aleniyet", s. 412-413.

zararlar verebileceği gibi, sırlarının ifşa olmasından çekinen tarafların haklarını dava açmak yoluyla aramaktan vazgeçmeleri de az rastlanır bir durum değildir[232].

Mevcut eleştirilere rağmen yargılama hukukları bakımından temel ilke olan ve hukuk devletinin bir gereği olan aleniyet ilkesinin varlığı, gizliliğin, yargılamanın meşruiyeti ve bağımsızlığı karşısında oluşturduğu tehlike karşısında korunmaya değer bulunmuştur[233]. Mahkemelerde duruşmaların kapalı kapılar ardında yapılması, halkın adaletten şüpheye düşmesi sonucunu doğurabilir.

Arabuluculuk ise mahkeme yargılamasının tam aksine gizli yürütülen bir faaliyettir. Yukarıda açıklandığı üzere gizlilik hem arabuluculuk sürecinin gizliliğini, hem arabuluculuk sürecine katılanların sır saklama yükümlülüğünü hem de bu süreçte arabuluculuk dolayısıyla düzenlenen veya ortaya konan bilgi ve belgelerin yargılama aşamasında delil olarak kullanılmamasını ifade eder[234]. Ancak arabuluculuk süreci bir yargılama faaliyeti olmadığından arabuluculukta gizlilik yargılama hukukları bakımından temel ilke olarak kabul edilen ve Anayasamızda da teminat altına alınan aleniyet ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira arabuluculuk yönteminde yargılama faaliyetinde olduğu gibi uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini ve bu anlamda bir kamu gücünü elinde bulunduran üçüncü kişi yoktur ve taraflar süreç sonucunda ortaya çıkacak durum üzerinde doğrudan etkilidir[235]. Anayasanın 9. maddesi uyarınca mahkemelerde hâkim millet adına ve onun verdiği yetkiye dayanarak hüküm vermekte ve aleni yapılan duruşmalar ve tefhim edilen hükümle halk da adaletin kendi adına nasıl dağıtıldığını denetleme imkânına sahip kılınmaktadır. Oysa arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak tarafları anlaşmaya sevkeden bir üçüncü kişi konumundadır. Uyuşmazlık adına karar verme yetkisi arabulucuya devredilmediği gibi, arabulucunun adalet dağıtıcı bir işlevi de yoktur. Arabuluculukta taraflar menfaatlerine odaklanarak menfaatlerine en uygun anlaşma zemini arayışı içerisindedirler. Bu arayışta arabulucu taraflara yol gösterici

[232] **Grunsky**, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974, s. 224; **Köbl**, s. 236.

[233]Aleniyet ilkesinin giderek artan biçimde sınırlandırılması ve hatta bazı durumlar karşısında tamamen kaldırılması, günümüzde geçerli bir hukuk politikası olarak kabul edilmiştir (**Simotta**, Daphne-Ariane, "Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess" Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 456).

[234] Bkz. yuk. §3,A,I,3.

[235] **Stintzing**, s.54.

konumundadır. Üstelik taraflar diledikleri zaman arabuluculuk sürecinden vazgeçme hakkına sahip olduklarından, mahkemeler nezdinde haklarını arama imkânına da her zaman sahiptirler[236]. Arabuluculukta bir yargılama faaliyeti söz konusu olmadığından, aleniyet ilkesinin amacı olan yargılamanın halk tarafından kontrolü ve bu sayede halkın yargıya olan güveninin sağlanması amacı da uygulama alanı bulmayacaktır.

3. Gizlilik ve Özel Hayatın Korunması

Kişinin hayat alanı kamuya açık alan, özel alan ve gizli alanı olarak üçe ayrılmaktadır[237]. Kural olarak kişinin kamuya açık alanı, herkes tarafından izlenebilen, bilinen yaşam alanıdır ve hukuksal koruma altında değildir[238]. Kişinin özel alanı da kişinin yakın çevresi ile paylaştığı ve kişinin gizli alanından daha geniş bir alanı ifade etmektedir[239]. Kişinin gizli alanı veya sır alanı diye de bilinen alan ise kişinin kendisinde saklı tutmak istediği, diğer kişilerce bilinmesini arzu etmediği olay ve hareketleri içerir[240].

Özel hayat kavramı, Anglo-Amerikan Hukukunda 19. yüzyılın sonlarına doğru Warren ve Brandeis tarafından ortaya atılmıştır[241]. Teknolojik gelişmelerle birlikte

---

[236]Gizliliği sağlamak üzere arabuluculuğa başvuran tarafların devlet yargısına müracaat etmeleri halinde mahkeme nezdinde gizliliğin nasıl sağlanacağı sorunu gündeme gelecektir. Taraflarca kişilik alanının korunması ya da ticari sırların veya buluşların korunması gibi sebeplerle duruşmaların gizli yapılması yine de talep edilebilecektir ancak bu konuda karar verme yetkisi hâkimdedir. Bu konuda daha detaylı açıklama için bkz. aşa. §3, B, 1.

[237]**Kılıçoğlu**, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s. 83; **Uzeltürk**, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 3; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan**, s. 134-135; **Soysal**, s. 150; **Aydın** Vahdettin, "1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması", Süleyman Demirel Üniversitesi, İİBFD, 1998, S. 3, s.187; **Bellican**, Cüneyt; Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C. I, s.535, dn.1, s. 540-545. Alan teorisindeki ayırımların mutlak olmadığına ilişkin eleştiri için bkz. **Bellican**, s.541, dn.21.

[238]**Kılıçoğlu**, "Hukuksal Sorumluluk", s. 115.

[239]Özel alan yerine "dar anlamda özel yaşam alanı" ifadesi için bkz. **Kılıçoğlu**, "Hukuksal Sorumluluk", s.116.

[240]Gerek sır alanını gerekse gizlilik alanını kapsayacak şekilde özel hayatın gizliliği kavramı kullanılabilir. Bu ayırımın pratik önemi kişinin uğrayacağı manevi zararın miktarının belirlenmesinde ortaya çıkabilir (**Bellican**, s. 545).

[241]**Warren**, Samuel/**Brandeis**, Louis D., "Right to Privacy", Har. Law Rev. 193, 1890. http://www.spywarewarrior.com/uiuc/w-b.html, s.1.

kişilerin özel hayat alanları da değişim gösterdiğinden, kesin bir özel hayat tanımı yapılmamakla birlikte kişilerin özel alanı ve gizli alanının korunması gerektiği gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerle kabul görmüş ve evrensel bir boyut kazanmıştır[242]. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nin 12. maddesinde[243], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde ve Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 17. maddesinde[244] de özel hayatın gizliliğinin korunmasına yer verilmiştir.

Anayasamızın Temel Hak ve Ödevler başlığı altında ikinci bölümünü oluşturan hükümleri altındaki 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması düzenlemiştir. " *Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz* " diyerek ilk fıkrada hak tanınmakta ve 3.10.2001 tarihi itibarı ile değişikliğe uğramış ikinci fıkrasında ise, hakkın sınırlama koşullarını ortaya konulmaktadır. Buna göre; " *Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar*."

---

[242]Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de geniş bir kavram olan "özel hayat"ın her zaman geçerli bir tanımını yapmaktan kaçınmış, önüne gelen her somut olayı kendine özgü koşulları içerisinde değerlendirerek bunun özel hayat kavramına dahil olup olmadığını saptama yoluna gitmiştir. Mahkeme kararları göz önüne alındığında esas itibariyle özel hayat kavramına dahil olan konular şunlardır: Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, bireye ait özel yerler ile evrakın aranması ve zaptı işlemleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı, posta gönderilerinin açılması ve okunması, kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması

(Gözübüyük, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi), Ankara 2009. s. 334**)**.

[243] Madde 12- *"Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır".*

[244] Madde 17*, Mahremiyet Hakkı "1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.*

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."

Anayasa ile teminat altına alınan özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin düzenleme karşısında, tanınmış olsun sıradan olsun herkesin özel hayatının korunması kanun koyucunun görevleri arasında kabul edilmiştir[245]. Kişilerin özel hayat ve gizliliklerinin korunması hem bu alanın araştırılamaması hem de burada öğrenilen bilgi ve belgelerin açıklanmamasını ifade eder[246].

Yargılamanın aleniyeti yargılamaya katılan kişilerin özel hayatlarının başkaları tarafından öğrenilmesine yol açabilir[247]. Hukuk uyuşmazlıklarında uygulamada özel hayatın ihlâli, aile hukukuna ilişkin dava ve işlerde, kişilik haklarının ihlaline ilişkin maddi ve tazminat davalarında gündeme gelmektedir[248]. Özel hayatın korunması gerekliliği dolayısıyla aleniyet ilkesinin uğradığı eleştiriler karşısında, tarafların özel hayatlarının korunması amacıyla mahkemelere aleniyeti kaldırma yetkisi tanınmıştır[249]. Ancak özel hayatın korunması amacıyla aleniyetin kaldırılması için, gizli kalmasında korunmaya değer menfaatler söz konusu olmalıdır[250]. İlgilinin hastalık durumu, karakteristik özellikleri, dünya görüşü, yakınları ve ailesi ile kişisel ilişkileri bu kapsamda değerlendirilebilir[251]. Diğer taraftan duruşmalarda aleniyet kaldırılsa bile hükmün aleni olarak tefhim edilmesi gerekir. Hükmün tefhimi esnasında da kişinin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediği ve özel alan kapsamında değerlendirilebilecek hususların açıklanması söz konusu olabilir. Mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla aleniyetin kaldırılmasına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır[252]. Arabuluculuk yöntemi kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasını sağlamak bakımından önemli bir avantaja sahiptir. Yöntemin gizliliği sayesinde uyuşmazlığın taraflarının özel hayatı koruma altındadır. Arabuluculuk bir

[245] Özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelere örnek olarak bkz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, m. 85; Medeni Kanun, m. 24, 24a, Türk Ceza Kanunu, m. 480 vd.

[246] **İmre**, Zahir, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının Korunması ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler" İÜHFM, C.39, S.1-4, s.154.

[247] **Pekcanıtez**, "Aleniyet", s.424.

[248] Buna ilişkin Fransız bir mahkeme kararında, mahkeme kararlarını düzenli olarak yayınlayan bir karar dergisinde kocanın aşırı derecede cinsi münasebet istekleri sonunda yıpranan ve sağlığı bozulan kadının, bu sebepleri ileri sürdüğü boşanma talebinin kabul edildiği boşanma ilamının aynen yayınlaması, eşin şahsiyet hakkına tecavüz sayılmıştır (**İmre**, s.156-157).

[249] Bkz. yuk.§3, II, 2.

[250] **Klienknecht**, s. 178; **Zimmermann**-Münchener Kommentar GVG § 171 b, Kn. 9.

[251] **Zimmermann**-Münchener Kommentar GVG § 171 b, Kn. 9

[252]2006 ve 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı'larındaki hükümler için bkz. yuk. §2, A,II, 2.

yargılama faaliyeti olmadığından ve dolayısıyla da aleniyet ilkesinin uygulama alanı bulmadığından taraflar uyuşmazlığı sonlandırmak adına dava yönteminde olduğu gibi uyuşmazlığı ve uyuşmazlığın konusuna ilişkin vakıaları arabulucu dışındaki üçüncü kişilerle paylaşmak durumunda kalmayacaklardır. Her ne kadar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları belirlerken aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları kapsam dışına bırakmışsa da, kişilerin özel hayatı kapsamında korunan aile ilişkileri başka türden uyuşmazlıklarda da gündeme gelebileceğinden bu anlamda da sınırlı da olsa bir koruma sağlanmış olacaktır.

B. Yargılama Sürecinde Gizlilik ve Yargılama Sürecindeki Gizliliğin Arabuluculukta Gizlilik ile Karşılaştırılması

1. Mahkeme Sürecinde Gizlilik

Mahkeme sürecinde gizliliği incelerken, aleniyetin kaldırılması ve sır kapsamındaki bilgi ve belgelerin dava malzemesi olarak yargılamaya dahil edilmesinden kaçınılabilmesi ihtimallerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Mahkemelerdeki sözlü yargılamanın aleni surette yapılmasına ilişkin kural mutlak bir kural olmayıp, aleniyet ilkesi ile çatışan bireysel ve toplumsal değerleri korumak amacıyla aleniyet ilkesine bazı istisnalar getirilmiştir[253]. Anayasamızın 141. maddesinde teminat altına alınan aleniyet ilkesine "genel ahlâk", "kamu düzeni", ulusal güvenlik", "küçüklerin korunması" "özel hayatın gizliliği" ve "adaletin selâmeti" gibi gerekçelerle birtakım istisnalar getirilmiş ve bu hallerden birinin gerçekleşmesi halinde yargılama oturumlarının (duruşmaların) kısmen ya da tamamen gizli olarak yapılmasına da cevaz verilmiştir[254]. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan aleni surette yargılanmayı düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, *"...genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatları gizliliği*

[253] **Köbl**, s. 237; **Pekcanıtez**, "Aleniyet" s. 422; **Kurt-Konca**, s. 241; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 273. Duruşmalara ilişkin olarak mahkemece verilen gizlilik kararı dinamik aleniyetle ilgilidir. Hükmün açıklanmasının her halükarda aleni olması gerekir (**Pekcanıtez**, "Aleniyet", s. 422) Aynı yönde bkz. **Tanrıver**, Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı" TBBD, 2004, S. 53, s. 202.

[254] **Tanrıver** "Adil Yargılanma", s. 204; **Kurt-Konca**, s. 241 vd.

gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar, davanın tamamı süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir" denilmek suretiyle, mahkeme sürecinde gizliliğe karar verilebileceğine işaret edilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, *"Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."* denilmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin ikinci cümlesinde ise, mahkeme sürecinde gizliliğe ilişkin olarak açıkça *"Alenen icrası âdap ve ahlâkî umumiyeye mugayir olduğu muhakkak olan hallerde, mahkeme, esbabı mucibe beyaniyle muhakemeyi hafiyyen icra edebilir"* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Konumuz hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukta gizliliğin korunması olduğundan, bu başlık altında mahkeme sürecindeki gizlilik yalnızca hukuk usulü muhakemeleri açısından ele alınacaktır.

Duruşmalarda aleniyetin kaldırılması yukarıda belirtilen sınırlar çerçevesinde kanunla ya da kanunla hâkime tanınan takdir yetkisinin kullanılmasıyla talep üzerine veya re'sen verilen mahkeme kararı ile söz konusu olabilir[255]. Gizli duruşma yapılması konusunda hâkime tanınan bu takdir yetkisi ve kapsamı aşağıda detaylı olarak inceleneceğinden burada ayrıntıya girilmeyecektir[256].

Duruşmaların aleni olmasının ve istisnalarının yanı sıra, tarafların ve tanıkların yargılama sürecinde sır saklama yükümlülüğünün devam edip etmediğinin yani kişilerin uhdesindeki bilgileri yargılama sürecinde gizli tutmaya devam edip etmeyeceğinin de incelenmesi gerekir. Zira her ne kadar duruşmalar aleni değilse de, aleniyetin kaldırılması yalnızca taraflar dışındaki üçüncü kişiler bakımından söz konusu olmaktadır. Taraflar veya vekilleri her zaman duruşmalara katılabilir ve dava

[255] **Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 56-57; **Postacıoğlu**, İlhan, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1970, s.324; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.117; **Bilge,** Necip/**Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 291; **Pekcanıtez** "Aleniyet",s. 422-423. İslam hukukunda önceleri aleniyet, davaların camide görülmesi suretiyle sağlanmaya çalışılmıştır (**Ansay**, s. 56).

[256] Bkz. aşa.7, B, I.

dosyasındaki belgelerin fotokopisini alabilirler (HUMK m.157; m.155)[257]. Bu durumda medenî usûl hukukunun bir amacı olan gerçeğin ortaya çıkartılması ile yargılamaya katılanların sır saklama yükümlülüğü kapsamında bazı bilgileri gizli tutmasındaki menfaat dengesi nasıl sağlanacaktır? Bu menfaat dengesi yalnızca duruşmaların gizli yapılmasıyla sağlanamayacağından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu örneğin mesleki sırların korunması bakımından tanıklıktan çekinme hakkını düzenlemiştir[258] (HUMK m. 245 b.4; m.246, b. 3). Tanıklıktan çekinme hakkı çerçevesinde tanıklığına başvurulan kişiler, Kanun'un öngördüğü hallerde bazı bilgilerin gizliliğini korumak adına tanıklık yapmak zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır. Ancak senetlerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin HUMK m. 326 vd. hükümlerine göre taraflar iddialarını dayandırdıkları olayların ispatı için gerekli tüm belgeleri mahkemeye sunacaklardır. Bu belgeler üçüncü şahsın elinde ise, üçüncü şahıs bakımından da belgelerin mahkemeye ibrazı zorunluluğu öngörülmüştür. Yalnızca tanıklıktan çekinme hakkına sahip üçüncü kişiler bu zorunluluktan muaftırlar (HUMK m. 336). İbrazı istenen belgenin ispat edilmek istenen vakıaya ilişkin olup olmadığının mahkemece değerlendirilmesi ve iddia edilen vakıayı ispata ilişkin olmayan belgelerin mahkemeye sunulmasının önlenmesi gerekmektedir. Ancak her halükarda senetlerin mahkemeye ibrazı kişilik haklarının ihlâli ya da ticari sırların açıklanması sonucunu doğuracaksa bu durumun nasıl çözümleneceği konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır[259]. Diğer taraftan özellikle dosya içeriği hakkında yazı işlerindeki

[257] Taraf aleniyeti (Partei Öffentlichkeit) davanın taraflarına tanınmış bir haktır ve hukuki dinlenilme hakkı ile ilişkidir (**Özekes**, Muhammet, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 88 vd). Taraf aleniyeti hakkında ayrıca bkz. **Zimmermann** -Münchener Kommentar, GVG §169, Kn. 71-72; **Heinrich**--Münchener Kommentar, ZPO §357, Kn. 1-13; **Saenger**, ZPO §357, Kn. 1-2; **Museliak**, Kn. 49-51; **Pekcanıtez**, "Aleniyet", s. 408; **Üstündağ**, s. 260. Taraf aleniyetinin de aleniyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Ansay**, s. 57; **Bilge/Önen**, s. 292; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 188.

[258] Tanıklıktan çekinme hakkı aşağıda detaylı olarak incelenecektir. bkz. aşa

[259] Bir belgenin mahkemeye sunulması kişilik haklarının ihlâli sonucu doğuracak ise mahkemenin bu belgelerin ibrazından vazgeçebileceği zira mahkemelerin de kişilik haklarını ihlâl etmeye aracılık edemeyeceği ifade edilmiştir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 471). Bu konuda halihazırda Tasarı halinde bulunan ve ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrı olduğu öne sürülerek bilgi ve belge taleplerine yeterli veya hiç cevap verilmemesi ya da sırrın gereği gibi korunmaması nedeniyle yolsuzluk iddialarının açıklığa kavuşturulamadığı gerekçesiyle, sırların talep edilmesinin tâbi olacağı usul ve esasların belirlenmesi amacıyla hazırlanan Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanunun Tasarısı'nın 5. Maddesine değinmekte fayda vardır. Söz konusu 5. madde hükmüne göre de ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının mahkemece talep edilmesi halinde sır sahipleri ve bu sırları elinde bulunduranlar, sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri mahkemelere ve Cumhuriyet başsavcılıklarına vermekle yükümlüdürler. Bkz. Genel Gerekçe http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/ticarisir.pdf (erişim tarihi: 01.12.2010)

görevlilerin ve adliye binaları içerisinde dosyaların gizli tutulmaması sonucunda herhangi birinin dosyaya kolayca ulaşabilmesi neticesinde gizliliğin zarar görmesi ihtimali de söz konusu olabilecektir. Bu nedenle mahkemelerin taraflarca sunulan her türlü bilgi ve belgenin gizliliğini korumak üzere gerekli tedbirleri alması gerekir.

2. Tahkim Sürecinde Gizlilik

Tahkim, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek işlerden doğmuş ya da doğacak uyuşmazlıkların, devlet yargısına başvurmadan üçüncü kişiler aracılığıyla çözümlenmesidir[260]. Tahkimin gizliliği kapsamında tahkim yargılamasının aleni olmaması, tahkim yargılaması sürecinde edinilen bilgiler bakımından tahkime katılanların sır saklama yükümlülüğü ve tahkim yargılamasında ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizliliği ifade edilir[261]. Tahkim kurumu zorunlu ve ihtiyari tahkim olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuş olup, zorunlu ya da ihtiyari niteliği tahkimde gizliliğin belirlenmesi açısından önem taşır[262]. Zorunlu tahkimde uyuşmazlığın kanunla belirlenen şekilde tahkim yoluyla çözümü öngörüldüğünden, tarafların bu konuda iradeleri bulunmadığından devlet yargısının bir uzantısı sayılmakta ve Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin hakem kurulu tarafından sağlanması gerekmektedir[263]. Bu nedenle de aleni surette

---

[260] **Kuru**, C.IV, s. 5874; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 845; **Bilge/Önen**, s. 743; **Üstündağ**, s.934; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 595; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 693; **Karataş**, s. 6; **Kalpsü**z, Turgut, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları", İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Ankara 2001, s. 343; **Kurt-Konca**, s.232.

[261] **Özsunay**, s. 541; **Weile**r, Todd, International Investment Law and Arbitration, Londra 2003, s. 171; **Kurt-Konca**, s.234; **Prütting**, Hans "Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation" Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century (Ed.) Briner, Robert/ Fortier, Yves L/ Berger, Klaus Peter/ Bredow, Jens, Köln 2001 s. 630; **Rosell**, Jose, "Arbitration v. State Courts: Arbitration Confidentiality Challanged by The State Courts", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, s. 85.

[262] **Kalpsüz**, s. 363; **Kuru**, C.IV, s. 5875; **Bilge/Önen**, s. 743; **Kurt-Konca**, s. 233.

[263] Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da zorunlu tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin hakem kurulu tarafından sağlanması gerektiğine karar vermiş olduğundan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki başvuruları değerlendirmesi mümkündür. (**İnceoğlu**, s. 361) Aynı yönde bkz. **Kurt-Konca**, s. 233. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının tahkim bakımından da geçerli olduğu hakkında bkz. **Özekes** "Hukuki Dinlenilme", s. 220vd.; **Öztek**, Selçuk "Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü", Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID'de Arabuluculuk", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, s.343; **Yeşilova**, s. 168 vd; **Schütze**, Schiedsgerichts und Schiedsverfahren,Münih 2007, s.83.

yargılanma adil yargılanma hakkının temel unsuru olduğundan zorunlu tahkimde yargılamanın aleni olması, kamu düzeninden sayılmaktadır[264]. Diğer taraftan yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim sürecinde, verilen kararlardan ve kararın gerekçesinden kamuoyunun haberdar olması gerektiği zira yatırım uyuşmazlıklarında kamusal çıkarın söz konusu olduğu ve bu nedenle kamudan gizli tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir[265]. Öte yandan, şeffaf bir yapı ile hakem heyetinin faaliyetlerine dışarıdan erişim sağlamak suretiyle, hakemlerin kendilerini daha dikkatli davranmak zorunda hissedebilecekleri; eleştiriye açık tutulmalarının imkan dahiline girmesiyle, etkinliğin ve süreçteki kalitenin artacağı da ileri sürülmüştür[266].

İhtiyari tahkim bakımından ise tahkim yargılamasının aleni olmaması bilinen ve kabul edilen temel prensiplerinden biridir[267]. Tahkimde gizlilik ile ifade edilmek istenen tahkimin aleni olmamasının yanında taraflar arasındaki uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin her türlü bilgi ve belgenin üçüncü kişilerden saklı tutulmasıdır[268]. Tahkimde hakemlerin kimlikleri ve hakem kararının içeriği de gizlilik kapsamında değerlendirilmekte, tarafların izni olmadıkça hakem kararlarının yayımlanamayacağı kabul edilmektedir[269]. Tahkim yargılaması aleni olmaması dolayısıyla mahkeme yargısına göre belirgin bir avantaja sahip olup, taraflarca devlet

---

[264] **Kurt-Konca**, s. 233.

[265]**Yannaca-Small**, "Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, No. 2005/1, Nisan 2005, s. 2; **Çal**, s. 146-147. Yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin Uluslararası Çözüm Merkezi olan ICSID'de tahkim ve arabuluculuk için bkz. **Yıldırım**, Kamil "Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID'de Arabuluculuk", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, s. 359 vd.

[266] **Çal**, s. 146-147. ICSID Sözleşmesi'nin 28-35. maddeleri arasında düzenlenen arabuluculuk yoluna yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından çok az sayıda başvuru olmuştur (**Yıldırım**, "ICSID 'de Arabuluculuk", s. 367).

[267]**Schwab/Walter**, s. 6; **Prütting**, "Vertraulichkeit", s. 629; **Büchting**, Heuessen, Beck´sches Rechtsanwalts-Handbuch, Münih 2007, Kn. 28-29; **Alangoya**, "Tahkim", s.19; **Özsunay**, s. 541; **Kalpsüz**, s. 344; **Deren-Yıldırım**, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", ABD 2002/4, s. 40; **Dayınlarlı**, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 30; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.696. Taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapılması ile taraflarca aleni surette yargılanma hakkından feragat edildiğinin tartışmasız bir biçimde kabul edildiği ifade edilmiştir (**Yeşilova**, s. 199). Ayrıca bkz. **Pekcanıtez** "Aleniyet", s. 426. İhtiyari tahkimde geçerli yargısal temel haklar bakımından bkz. **Yeşilova**, s.165; **Öztek**, "Ulusal Tahkim", s.345.

[268]**Özsunay**, s. 541. Bu bağlamda tahkim yargılamasına konu olan vakıalar, deliller, yargılama esnasında hazırlanan ve teati edilen bilgi ve belgeler ile hakem kararları gizlilik kapsamındadır. (**Weile**r, s. 171). Tahkim yargılamasının süreçle birlikte, yargılamaya sunulan malzemeler, ispat araçları, hakemlerin kimlikleri ve hakem kararının içeriği ile gizliliğinin mahremiyet olarak ifade edilmesi gerektiği ve tahkimin aleni olmamasının mahremiyetin bir sonucu olduğu hakkında bkz. **Kurt-Konca**, s.234.

[269] **Schütze**, s.12.

yargısı yerine tahkime başvurulmasına temel neden teşkil etmektedir[270]. Sürecin gizliliği sayesinde tahkime başvuran taraflar, gerek ticari sırlarının korunmasını sağlayarak gerekse uyuşmazlığın basın yoluyla kamuya duyurulmasının önüne geçerek ticari ilişkilerinin de devamını teminat altına alırlar[271].

Tahkimde gizliliğin korunması kimi zaman kurumsal tahkim sistemleri ile ve istisnai olarak da yasal düzenlemelerle sağlanmaya çalışılmıştır[272]. Türk hukuku bakımından ne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ne de Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda gizliliğin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır[273]. Kurumsal tahkim merkezlerindeki düzenlemeler incelendiğinde ise tahkimde gizliliğin düzenlenmesinde iki farklı sistem göze çarpmaktadır. Bir kısım kurumsal tahkim merkezleri gizliliği genel bir ilke olarak düzenlemekte, diğerleri ise gizliliğin kapsam ve içeriğini detaylı olarak düzenlemektedir. Örneğin ICC Tahkim Kuralları, tahkim yargılamasını kamuya açık olmadığını açıkça belirtmiş buna karşılık taraflar bakımından gizliliğe ilişkin bir yükümlülük getirmemiştir. WIPO Tahkim Kurallarındaki düzenleme ise gizliliğe ilişkin detaylı bir düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir. WIPO Tahkim Kurallarında gizliliğe ilişkin düzenlemeler duruşmalar, tahkimin varlığı, tahkim sırasında yapılan açıklamalar bakımından öngörülmüş olup, gizlilik merkez ve hakem tarafından da sürekli olarak gözetilmek zorundadır[274].

---

[270] **Schütze,** Rolf, A/**Tscherning**, Dieter/**Wais**, Walter, Handbuch des Schiedsverfahrens, Berlin 1990, s. 10, Kn. 17; Tahkimde gizlilik hakkında ayrıca bkz. **Paulsson**, Jan/ **Rawding**, Nigel "The Trouble with Confidentiality" Arbitration International, 2005, S.11, s. 303 vd; **Fortier**, Yves "The Occasional Unwarranted Assumption of Confidentiality", Arbitration International 1999, S.15, s. 131 vd.; **Öztek**, "Ulusal Tahkim", s.345.

s. 131; **Kouris**, Sterphen, Confidentiality: Is International Arbitration Losing one of its Major Benefits?" Journal of International Arbitration,2005, S. 22/ 2, s. 127; **Weile**r, s. 171.

[271] **Dayınlarlı**, s. 30; **Schwab/Walter**, s. 5.

[272] Tahkim yargılamasındaki gizliliğe ilişkin düzenleme Fransız Usul Kanunu'nda göze çarpmaktadır. Fransız Hukuk Usulü Kanunu 1469. maddesinde hakem mahkemesinde görüşmelerin gizli olduğu belirtilmiş ancak tahkim yargılamasında taraflarca verilip alınan belgeler ve öğrenilen bilgiler bakımında gizliliğe ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir (**Özsunay**, s. 550).

Tahkim yargılamasının gizliliğine ilişkin diğer bir düzenleme ise İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu'nun 203. maddesinin 3. fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Tahkim yargılaması aksi kararlaştırılmadıkça yalnız taraflar bakımından alenidir (**Gasser,** Dominik/**Rickli**, Brigitte, "Schweizerische Zivilprozessordnung", Zürih 2010, s. 179; **Leuenberger**, Christoph/ **Uffer-Tobler**, Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, s.445).

[273] Tahkim şartında veya sözleşmesinde taraflar uygulanacak usulü kararlaştırmamışlarsa ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaksa, tahkim yargılamasının aleni yapılmak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Kurt-Konca**, s. 238.

[274] WIPO Tahkim Kurallarının 53. maddesinin c. bendi duruşmaların gizliliğini düzenlemiştir. Buna göre tüm duruşmalar gizli olup, üçüncü kişilere kapalıdır. Gizliliğe ilişkin diğer düzenlemeler

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere tahkim yargılamasında tarafların gizliliğe ilişkin esaslı bir güvence sağlamaları için tahkim anlaşmasına gizliliğe ilişkin hükümler koymaları ve kurumsal tahkim merkezleri ya da kurallarından birinin seçimi halinde ise bu konuya özen göstermeleri gerekmektedir[275].

Tahkimin gizliliği kapsamında hakem yargılamasının aleni olmaması ve tahkime katılanların sır saklama yükümlülüğü konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte, tahkim yargılamasında taraflarca ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizliliğinin mahkemeler nezdinde de korunabilip korunmayacağı konusunda son dönemlerde bazı tereddütler uyanmıştır[276]. Tahkim yargılaması esnasında mahkemelerin hakemlere yardımı ve hakem kararlarının denetimi aşamasında tahkim yargılamasında ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizliliğinin ihlali tehlikesi gündeme gelmektedir[277]. Bazı yerel mahkemeler, tahkimin gizliliği kuralı çerçevesinde tahkim yargılamasında ileri sürülen bilgi ve belgelerin devlet mahkemeleri önüne getirilmeyebileceğine hükmetmiş ancak bu konuda bir içtihat birliğine ulaşılmamıştır. Örneğin bir çok İngiliz mahkemesi gizliliğin kapsamına tahkimde ileri sürülen bilgi ve belgeleri de dahil etmiş, Fransız mahkemeleri de benzer yönde karar vermiştir[278]. Son yıllara kadar tahkim yargılamasında gizlilik konusu fazla

---

"Gizlilik" Başlığı altında 7. Bölümde düzenlenmiştir. 73. maddede tahkime itiraz ya da hakem kararının tenfizi söz konusu olmadıkça tahkim yargılamasının varlığı taraflardan birince açıklanmaz. 74. madde ise tahkim yargılaması esnasındaki öğrenilen tahkim yargılamasına katılmaksızın ulaşılması mümkün olmayan tanık beyanları, diğer bilgi ve belgelerin gizlilik kapsamında olduğunu ve üçüncü kişilere açıklanamayacağını düzenlemektedir. 75. madde ise hakem kararının gizliliğini düzenler. Buna göre, hakem kararı ancak tarafların rızasıyla veya ulusal bir mahkemede açılmış bir dava ya da yetkili bir makam tarafından istenmiş ve kamunun bilgisine sunulmuşsa veya üçüncü bir kişiye karşı taraflardan birinin hakkı korunmak amacıyla açıklanabilir. 76.madde ise WIPO merkez ve hakemlerinin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

[275] **Özsunay**, s. 556.

[276] **Rosell**, s. 84; **Thomson/Finn**, s. 76; **Prütting** "Vertraulichkeit", s. 631.

[277] **Weiler**, s.173. Londra Uluslararası Tahkim Divanı Kurallarının 30.1. maddesine göre taraflarca aksi kararlaştırmadıkça tahkim yargılamasında sunulan, kamuya açık olmayan bilgi ve belgeler gizlidir. Bir hakkın korunması ve takibi veya hakem kararını tenfizi için bunların devlet mahkemesine açıklanması gizlilik ilkesinin istisnasıdır; **http://www.lcia.org/** (erişim tarihi 28.11.2010) İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları da 43. maddede daha detaylı olmakla beraber paralel bir düzenleme öngörmüştür; **https://www.sccam.org/sa/en/rules.php** (erişim tarihi: 28.11.2010).

[278] Örneğin *Dolling Baker v. Merett* davasında İngiliz Temyiz Mahkemesi, tahkim sürecinin de gizlilik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiş, bu bağlamda tahkim yargılamasında hazırlanan ve kullanılan belgeler, deliller ve tanık beyanları ve hakem kararının da gizli olduğuna karar vermiştir. Ancak mahkeme gizliliğin davanın adil bir şekilde ele alınmasını etkileyecek düzeyde olamayacağını belirtmiştir (**Thomson/Finn**, s. 76). Paris temyiz mahkemesinin benzer yönde *Aita* ve *Namfico v. Foster Wheeler* davaları hakkında bkz. **Rosel**l, s. 94-95.

tartışılmamışken, bazı mahkeme içtihatları dolayısıyla tahkimde ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizlilik kapsamında olup olmadığının duruma ve şartlara göre değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği, tahkim yargılamasında taraflarca ileri sürülen bilgi ve belgeler bakımından önceden ve kesin olarak gizliliğin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu konuda dünyada alarm etkisi yapan ve büyük yankı uyandıran karar Avusturalya Yüksek Mahkemesinin 1995 yılında Esso Avusturalya davasında vermiş olduğu karardır[279]. Esso Avusturalya davasında Avusturalya Yüksek Mahkemesi kararında tahkim yargılamasının aleni olmaması gerektiğini ifade edilmekle birlikte yargılamanın aleni olmamasının (private), tahkim yargılamasında taraflarca ortaya konulan bilgi ve belgelerin de gizli olduğu anlamına gelmeyeceği (confidential) belirtilmiştir[280]. İsveç Temyiz Mahkemesi ise, *A.I. Trade Finance Inc. v.Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. (Bulbank)*, tahkim sürecinin gizliliği konusunda bir düzenleme olmadığı ve güven ve iyiniyet ilkeleri çerçevesinde tahkim yargılamasındaki bilgilerin gizliliğe konu olabileceğine hükmetmiştir[281]. Türk hukuku bakımından da tahkimde gizliliğinin hakem yargılaması esnasında devlet mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde veya yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, taraflarca hakemlere sunulan dava ve cevap dilekçelerinin mahkemece talep edilmesi ve mahkemeye ibrazı durumunda zarar göreceği endişesi dile getirilmiştir[282]. Ancak uluslararası uygulamalarda da gözlemlendiği üzere devlet mahkemeleri nezdinde tahkimde gizliliğin korunması mutlak bir ilke değildir ve tahkim yargılamasının her aşamasında ve özellikle hakem kararının tenfizi sırasında mahkemeye başvurulması ile tahkim kamuya açık bir boyut kazanmaktadır[283].

3. Arabuluculuktaki Gizliliğin Mahkeme ve Tahkim Sürecindeki Gizlilik ile Karşılaştırılması

[279] **Rosell**, s. 84 vd; **Thomson/Finn**, s. 76; **Prütting** "Vertraulichkeit", s. 631.

[280] **Rosell**, s. 85. *Avusturalya Esso* davasında tahkimde gizliliğe ilişkin karar, Esso ile Avusturalya Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında ortaya çıkan ve Esso'nun fiyat artışı ile ilgili uyuşmazlık nedeniyle kamu hizmeti veren iki kurum arasındaki tahkim yargılamasında Esso tarafından mahkemeye sunulan ve üretim maliyetleri ve kar oranı gibi ticari bakımdan hassas bilgilerin açıklanması istemi sonucunda ortaya çıkmıştır.

[281] **Stockholm Arbitration Report**, s. 137; ayrıca bkz. **Rosell**, s. 88; **Thomson/Finn**, s. 76.

[282] **Kalpsüz**, s. 97. Burada özellikle dosya içeriği hakkında yazı işlerindeki görevlilerin ve adliye binaları içerisinde dosyaların gizli tutulmaması sonucunda herhangi birinin dosyaya kolayca ulaşabilmesi neticesinde gizliliğin zarar görmesi ihtimaline değinilmiştir.

[283] **Özsunay**, s. 557.

Yukarıda incelenen tahkim ve mahkeme sürecinde gizliliğin amaçları ve kapsamı ile arabuluculukta gizliliğin amaçları ve kapsamının belirlenmesindeki farklılığı yaratan temel kriter arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmamasıdır. Arabuluculuk sonunda uyuşmazlığın giderilmesi uyuşmazlığın yargılama faaliyeti sonucunda verilen adil bir kararla değil ancak arabulucunun sistematik teknikler uygulayarak tarafları anlaşmaya ikna etmesiyle mümkün olabilmektedir. Arabuluculuk süreci sonunda taraflarca anlaşmaya varılamaması halinde taraflar halen hakem ya da mahkemeler önünde hak arama özgürlüğüne sahip olduğu gibi, arabuluculuk süreci devam ederken de süreci sonlandırabilip uyuşmazlığın hakemler ya da mahkeme huzurunda çözümlenmesini isteyebilirler. Arabuluculuk süreci bir yargılama faaliyeti değil de bir uzlaşma arayışı süreci olduğundan ve tarafların azami menfaatlerinin karşılandığı bir anlaşmaya varabilmesi için birbirleriyle rahatça iletişim kurması gerektiğinden gizlilik korunmaya değer bulunmuştur[284]. Bu nedenlerle arabuluculuk yönteminin gizliliğine getirilen eleştiriler ve Anayasa'ya aykırılık iddiası hukuki dayanaktan yoksundur[285]. Diğer taraftan Türk Hukukunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'dan önce de uzlaşma sürecinde tarafların birbirleriyle rahatça ve sonraki olası yargılama aşamasına ilişkin endişelerden arınmış bir şekilde iletişim kurmalarını temin etmek amacıyla müzakerelerin gizliliğini sağlamaya yönelik hükümler getirildiği görülmektedir. Bunlardan birisi Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 17. maddesinin son paragrafında "*Uzlaşma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyan ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması halinde geçerli olmayıp, uzlaşma*

[284] Taraflar arabuluculuk sürecinin aleni olmasını kararlaştırabilirler. Ancak arabuluculuk sürecinin gizli yapılabilmesi taraflarca yöntemin en belirgin olumlu özelliklerinden birisi olarak kabul edildiğinden, arabuluculuğa başvuran tarafların tercihi sürecin gizli yürütülmesinden yanadır.

[285] Bu eleştirilerden bazıları için bkz http://www.arabulucu.com/haberler/arabuluculuk-yasa-tasarisi-t-b-m-m-ab-uyum-komisyonunda-kabul-edildi; *CHP Bursa Milletvekili Onur Öymen, Adalet Bakanlığının AB ile ilgilenmesinin sevindirici olmakla birlikte "Konuya en yanlış noktadan başladığını" belirterek, "Dokunulmazlık, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yapısı gibi AB'nin sizden ısrarla istediği konular dururken böylesine akla aykırı bir düzenlemeyi nasıl getiriyorsunuz, hayretler içinde kaldım" dedi. Arabuluculuğun, adalet sistemini tümüyle bozacak bir düzenleme olduğunu savunan Öymen, yargılamanın açıklık esasına dayanırken yeni sistemde gizliliğin esas alındığını ifade etti. Tasarıyı kabul etmeyeceklerini, yasalaşması halinde iptali için Anayasa Mahkemesine götüreceklerini kaydeden Öymen, "İsterseniz gidin bizi bir kez daha Brüksel'e şikayet edin. Ama lütfen hukuk çizgisine gelin. Mahkemelerin, yargıçların bağımsızlığını sağlayamazken arabulucuların bağımsızlığını nasıl sağlayacaksınız?" diye konuştu. CHP İstanbul Milletvekili Algan Hacaloğlu, Meclisin, dokunulmazlıklar, HSYK'nın yapısı ve yerleşik etik kuralları gibi AB'nin öngördüğü bazı düzenlemelerden kaçınırken, yargı bağımsızlığını zedeleyebilecek bir düzenlemeyi tartışmasını naif bulduğunu belirtti ve "Bu hukukun özelleştirilmesidir" dedi.*

konusuyla ilgili olarak açılmış ve daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz" hükmü getirilerek uzlaşma müzakerelerinde gizlilik korunmaya çalışılmıştır[286].

Mahkeme yargılamasında duruşmaların aleniyeti yukarıda belirtilen amaçlarla esas olarak kabul edilmiş olup ancak mahkemece aleniyetin kaldırılmasına karar verilebilecektir[287]. Mahkeme sürecinin aleniyeti dolayısıyla uyuşmazlığın kendisi ve uyuşmazlığın mahkemece duruşmalarda ele alınması sürecinde üçüncü kişilerin haberdar olması mümkün olduğundan ve bu durum özellikle devam eden ticari ve kişisel ilişkilere zarar verebileceğinden, taraflar uyuşmazlığın mahkeme aracılığıyla değil de gizlice giderilmesi yolunu tercih edebilirler. Diğer taraftan mahkemelerde gerçeğe ulaşma amacı gözetilerek uyuşmazlıkların çözümlenmesi esas alındığından tarafların ellerindeki belgeleri mahkemeye ibraz etme yükümlülüğü ve kişilerin de kural olarak tanıklık yapma zorunluluğu kabul edilmiştir. Mahkemelerin yargılama faaliyeti sonucunda gerçeğe ulaşma ve hukuk normlarının uygulanması yoluyla adaletin gerçekleştirilmesini temin etme işlevini yerine getirirken yargılamaya katılanların kişilik haklarının korunması ve sırların açıklanması suretiyle kişilik haklarının ihlaline aracılık etmemeleri gerekir[288].

Arabuluculuk faaliyeti yargılama faaliyeti olmadığından, arabuluculuk süreci devam ederken ya da sonrasında tarafların mahkemeye başvurma olasılığı ve arabuluculuk yönteminin kendine özgü özellikleri dolayısıyla arabuluculukta gizlilik daha geniş bir kapsamda korunmayı gerektirmekte ise de, arabuluculukta gizliliğin kapsamı ve ihtiyari tahkimde gizliliğin kapsamı karşılaştırıldığında bazı ortak unsurlar tespit edilebilir[289]. Arabuluculuk ve tahkimde gizliliğin ortak yanı her iki

[286] HUMK'un 236/3 maddesindeki "Sulh müzakeresi esnasında sebkeden ikrar muteber değildir" hükmüne paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

[287] Bkz. yuk.§3, B, I.

[288] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 471.

[289]Tahkim yargılamasında hakemlerin taraflarla özel görüşmeler yapması, hakemlerin karar verme yetkisini elinde bulunduran kişiler olması dolayısıyla tarafsızlığına gölge düşürecek ve bunun dışında yargılamaya ilişkin bazı ilkelerin ihlaline sebebiyet verebilecektir. Oysa arabuluculukta arabulucunun taraflarla özel görüşmeler yapması mümkün ve sıkça başvurulan bir yöntem olduğundan ve tarafların birinden edindiği bilgileri diğer tarafa iletmemesi ve bu açıdan da gizliliğin güvence altına alınması gerekliliği bakımından arabuluculukta gizlilik daha geniş bir perspektif gerektirmektedir.

sürecin de kural olarak aleni olmamasıdır. Bu sayede arabuluculuk ve tahkim yoluna başvuran taraflar, gerek sırlarının korunmasını sağlayarak gerekse uyuşmazlığın basın yoluyla kamuya duyurulmasının önüne geçerek ilişkilerinin de devamını teminat altına alırlar. Tahkim sürecinin gizliliği dolayısıyla arabuluculukta olduğu gibi tahkimde de hakem yargılamasına katılanların sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir[290]. Ancak hakem yargılaması sürecinde hakemlerin yapamayacağı işler, hakem kararlarının iptali ve tenfizi gibi durumlarda mahkemelerin yardımı ve denetimi söz konusu olabilmekte ve bu durumlarda tahkim yargılamasında taraflarca ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizliliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali gündeme gelmektedir. Bu durumda Türk hukukunda ve uluslararası uygulamalarda da gözlemlendiği üzere devlet mahkemeleri nezdinde tahkimde gizliliğin korunması mutlak bir ilke değildir ve tahkim yargılamasının her aşamasında ve özellikle hakem kararının tenfizi sırasında mahkemeye başvurulması tahkimde kamuya açık bir boyut kazandırmaktadır[291]. Arabuluculukta ise arabuluculuk sürecinde tarafların rahatça birbirleriyle iletişim kurabilmelerini sağlayacak bir güven ortamının yaratılması ve bu ortamın korunmasını sağlamak amacıyla arabuluculuk sonrası yargılama aşamasında da gizliliğin korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerde arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınmış ve müzakereler esnasında taraflarca ileri sürülen uzlaşma tekliflerinin ve bazı bilgilerin mahkeme ya da tahkim aşamasında kullanılamayacağı düzenlenmiştir[292].

C. Arabuluculuk Süreci Dışındaki Kişilere Karşı Gizlilik

Tarafların arabuluculukta gizlilikten beklentileri göz önünde bulundurularak gizlilik, iç ilişkide gizlilik ve dış ilişkide gizlilik olarak iki kısımda incelenebilir.

Dış ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgi ve belgelerin üçüncü kişiler huzurunda ifşa edilmemesi ifade eder. Arabuluculuk yöntemine katılanlar "Bu odada konuşulan her şey bu odada kalacak" seklinde, arabuluculuk

[290] **Prütting** "Vertraulichkeit", s. 632 vd.

[291] **Rosell**, s. 84; **Thomson/Finn**, s. 76; **Prütting** "Vertraulichkeit", s. 631; **Özsunay**, s. 557; **Kalpsüz**, s. 97.

[292] Bu düzenlemeler hakkında bkz. aşa.§7, A.

sürecini korunaklı bir oda şeklinde simgelerler[293]. Dış ilişkide gizliliğin muhatabı arabuluculuk sürecine katılan taraflar ya da arabulucu değil, bu sürecin tamamen dışında bulunan üçüncü kişilerdir. Üçüncü kişiler arkadaşlar, tanıdıklar, çalışma arkadaşları, basın ya da bu bilgiyi öğrenmede menfaati olan herhangi birileri olabilir. Müzakerelerde edinilen bilgilerin bu üçüncü kişilere açıklanması mahkeme huzurunda olmadığından yaptırımı da maddi hukuka ilişkin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık olacaktır. Diğer taraftan gizlilik kapsamında olan, korunmaya değer bilgilerin mahkeme huzuruna getirilmesi halinde ise sorun usul hukukuna ilişkin kurallarla çözümlenecektir. Arabuluculuk esnasında paylaşılan bilgilere mahkeme huzurunda çeşitli durumlarda ihtiyaç duyulabilir. Örneğin taraflar ile arabulucu arasında baş gösteren bir uyuşmazlıkta; ücret alacağı gibi, ya da tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeye taşıması halinde ya da taraflardan birinin üçüncü kişiyle olan bir uyuşmazlığında müzakereler esnasındaki bazı bilgileri mahkeme huzuruna getirmek istemesi olasıdır. Uyuşmazlık genellikle medeni yargıya ilişkin olacaksa da ceza yargısına ilişkin de olabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere dış ilişkide muhatap arabuluculuk sürecine dahil olmayan üçüncü kişi ya da kişilerdir. Gizliliğin korunması hem maddi hukukun hem de usul hukukunun konusunu teşkil eder.

Burada dış ilişkide gizliliğin sağlanmasının arabuluculuk sürecinde nasıl bir önemi olduğu, arabuluculuğun başarıya ulaşmasında ne denli etkili olduğu ve arabuluculuk sürecine ilişkin özellikleri üzerinde durulacaktır.

I. Genel Olarak

Gizlilik arabuluculuğun başarıyla uygulanmasının en önemli koşuludur. Amerikan hukuk literatüründe gizlilik arabuluculuğun olmazsa olmazı; yani "sine qua non" olarak ifade edilmiş, tarafların sürece katılımı ve sürecin başarıya ulaşmasının koşulu olduğu ileri sürülmüş[294]; tarafların tek ve en önemli endişelerinin müzakerelerde ortaya konulan bilgi ve belgelerin ileride kendisi aleyhine

[293] **Beck**, s. 50; **Oldenbruch**, s. 14 vd.
[294] **Folberg/Taylor**, s. 264.

kullanılması ihtimali olduğu da ifade edilmiştir[295]. Alman hukuk literatüründe ise gizlilik, arabuluculuğun "can damarı[296]", "direği[297]" olarak tanımlanmıştır.

Uygulamacılar ise gizlilik ile ilgili farklı değerlendirmeler yapmışlardır[298]. Kimisi tarafların arabuluculuğa başvurmadaki iradelerinin tamamen uyuşmazlığı hızlı ve menfaatlere uygun oalrak çözmeye yöneldiğini, gizliliğin başkaca mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından da söz konusu olduğunu ifade ederek gizliliği yalnızca müzakerelerin aleni yapılmaması yönünden değerlendirmiş, kimisi ise gizliliğin yalnızca teorik tartışmaların odağı olduğunu, uygulamada bu konuda bir sıkıntı yaşanmadığını ifade etmiştir[299].

II. Müzakere Yöntemleri ve Müzakere Sürecinde Gizliliğin İşlevleri

1. Müzakere Yöntemleri

Arabuluculuk gibi birçok mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından müzakereler önemli bir aşamayı oluşturur. Arabuluculuk süreci de yöntemin yapısal özelliği gereği tarafların karşılıklı katılımına dayalı bir süreçtir. Müzakere genel anlamda bir konu üzerinde fikir alış verişinde bulunmak olarak ifade edilir[300]. Müzakere sürecinin temel faaliyetleri; tartışmak, ikna etmek, tarafların birbirlerini etkilemesi ve tutumda değişiklik yaratarak kendi pozisyonunu kabul ettirmeye çalışmaktır[301]. Biz burada arabuluculuk yöntemine ve müzakere sürecine ilişkin bilgi verdikten sonra gizliliğin müzakerelere katılımı sağlamada nasıl bir önemi ve etkisi olduğuna değineceğiz.

---

[295] **Sekolec**, Jerney, **"**Introduction to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", 2002 ICCA Yearbook Commercial Arbitration, s. 400.

[296] **Hacke**, s.254; **Maehler**, Gisele/**Maehler**, Hans-Georg, "Missbrauch von der mediation erlangten Informationen", ZKM 2001, s. 4.

[297] **Eisele**, Jörg, "Strafrecht und Strafprozess", Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schlieffen, §30, s. 794.

[298] Uygulamacıların gizlilik ile ilgili değerlendirmesine Almanya'da arabuluculuk faaliyetini yürüten kişilerle yapılan görüşmelere dayanılarak varılmıştır. Bu konuda bkz. **Beck**, s. 66 vd.

[299] **Beck**, s. 68.

[300] www.tdk.gov.tr

[301] **Çetin**, s. 4.

Tarafların uyuşmazlığı ele almada esas alabilecekleri kriterlere göre müzakere süreci, pozisyona dayalı müzakere (positional bargaining) ve menfaate dayalı müzakere süreci olarak isimlendirilebilir[302].

Pozisyona dayalı müzakere süreci geleneksel bir süreç olup bireysel ve seküler toplumlarda çoklukla başvurulan bir yöntemdir[303]. Pozisyona dayalı müzakere süreci genellikle kazan-kaybet ya da ödün verme odaklıdır. Bu süreçte daha hızlı sonuca varılmasına karşın her iki tarafın da yüksek oranda tatmin olması olasılığı daha azdır zira tarafların ortak çabalarıyla bir uzlaşma zeminine varmaktansa bir tarafın ödünleri neticesinde sunduğu teklifi diğer tarafın kabul etmesi neticesinde oluşturulan bir anlaşma söz konusudur.

Menfaate dayalı müzakere sürecinde ise tarafların mümkün olabilecek en çok menfaatini karşılayan bir anlaşma zemini aranır. Müzakere sürecinin etkili olması ve tarafların mevcut ilişkilerine zarar vermemesi sağlanmaya çalışılmıştır. Tarafların menfaatleri üç ana grupta toplanabilir: temel menfaatler, usuli menfaatler ve psikolojik menfaatler[304]. Menfaat odaklı müzakere sorun çözmeye yönelik kazan-kazan yöntemini esas almaktadır. Genellikle taraflar menfaatlerinin neler olduğunu saptadıktan sonra arabuluculuk sürecinin başlamasıyla birlikte yapılan oturumlarda bu bilgileri paylaşarak tespit edilen menfaatleri asgari ölçüde karşılayan bir anlaşma zemini üzerinde çalışırlar. Tarafların uzlaşmaya varabilmesi için her iki tarafın da temel, usuli ya da psikolojik menfaatlerinden en az bir ya da birkaç tanesinin karşılanması gerekir. Bu yöntemin tanımlanmasında 4 temel kriter vardır:

- Kişisel problemler asıl uyuşmazlık konusundan ayrılmalıdır. Bunun sağlanabilmesi için tarafların birbirini anlaması, saygılı olması, uyuşmazlık konusunun kişilerden ayrı tutulması gerekir. Bu davranış biçimi "problem üzerinde sert ama kişiler üzerinde yumuşak olmak" şeklinde ifade edilmiştir[305]. Bu durum kişisel açıdan gelişmiş, iletişim yeteneği gelişmiş sofistike bir bakış açısını

[302] **Moore**, s. 73.
[303] **Boulle**, s. 49.
[304] **Moore**, s. 75.
[305] **Fisher/Ury**, s. 13 vd.

gerektirmektedir ki pozisyona dayalı müzakere sürecinde bu özelliklere ihtiyaç yoktur.

- Müzakere sürecinde tarafların pozisyonları üzerinde değil kişisel ihtiyaçlarının ve menfaatlerinin üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir.
- Müzakere sürecinde taraflar uzlaşmaya varmadan önce kişisel menfaatlerini azami ölçüde göz önüne alan birden çok çözüm ihtimali yaratmalıdırlar.
- Müzakereler mümkün olduğu ölçüde objektif kriterler göz ardı edilmeden tarafların kişisel ihtiyaçlarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak sürdürülmelidir.

Müzakere sürecinde çeşitli arayışlar ve teoriler mevcuttur[306]. Arabulucu tarafından bu teorilerden birisi uygulanarak taraflar uyuşmazlığın çözümüne yönlendirilirler. Müzakere yöntemlerinden en bilinenleri mücadeleci yöntem, problem çözücü yöntem ve işbirlikçi yöntemdir.

a. Mücadeleci Yöntem

Mücadeleci yöntem, en eski müzakere yöntemi olup son nokta anlayışıyla birlikte anılmaktadır[307]. Bu yöntemi benimseyen taraf müzakereyi bu anlayışa göre yürütür. Mücadeleci yönteme göre müzakere, sonuçta bir kazanan ve bir kaybeden tarafın bulunduğu kazan-kaybet anlayışının en iyi örneğidir[308]. Bu yöntemde taraflar müzakerelere başlarken en fahiş uzlaşma teklifini ileri sürerek alt sınırını belli etmeyerek az ve küçük tavizler vermek suretiyle yine kendi menfaatine en uygun uzlaşma sonucuna varabilecektir[309]. Mücadeleci yaklaşımda bir diğer anahtar nokta alt sınır ile ilgili bilgidir. Her iki taraf da birbirlerinin alt sınırlarını öğrenmek için tetikte beklerler. Bu nedenle her iki taraf da birbirlerine alt sınırla ilgili yanıltıcı bilgi verirler. Mücadeleci yaklaşımda varılmak istenen amaç ZOPA yani olası anlaşma

[306] Arabuluculukta müzakere yaklaşımları hakkında bkz. **Kekeç,** s. 27 vd.

[307] **Beck**, s. 56; **Eidenmüller**, "Verhandlungsmanagement", s. 40.

[308] **Ware**, s. 148; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 78; **Kekeç**, s. 28.

[309] **Beck**, s. 56; **Risse**, "Wirtschaftsmediation", s. 44,45; **Risse**, Jörg , "Klassisches Verhandeln und Wirtschaftsmediation" ZKM/Kon:sens, 1999, s.131 vd

sahasının belirlenmesidir[310]. Müzakereci diğer tarafın alt sınırını öğrenebilmek için tetikte olmalıdır; ayrıca kendi müvekkilinin alt sınırını da göstermemek için elinden geleni yapmalıdır. Anlaşma alanının belirlenmesi ve tarafın menfaatine uygun bir anlaşmaya varılması için alt sınırlar hayati önem taşımaktadır.

Bu yöntem tarafın kendi menfaatine en yüksek oranda uygun olan çözüm yöntemine ulaşmasını amaçladığından, her iki tarafın birden en yüksek oranda tatmin edildiği bir çözüm şekline ulaşılması olasılığını da aynı oranda düşürmektedir[311].

b. Problem Çözücü Yöntem

Müzakere ile ilgili en güncel yöntem problem çözücü yöntem olup bu yöntem de menfaat odaklıdır[312].

Problem çözücü yöntemin benimsendiği müzakerelerde "Harvard Müzakere Projesi" en bilinenidir[313]. Bu yöntem FİSHER/URY tarafından geliştirilmiş olup, yöntemde taraflara müzakere yoluyla uyuşmazlığın çözülmemesi halinde en iyi sonucun taraflara anlatılması gerekir, ki bu ihtimal BATNA "Müzakere Edilen Anlaşmaya En İyi Alternatif" olarak ifade edilmektedir[314]. Zira müzakerelerin amacı uyuşmazlığın taraflarının müzakerelerde bulunmadan elde edebilecekleri sonuçlara nazaran daha iyi sonuç elde etmektir[315]. Buna alternatif olarak getirilen bir öneri ise WATNA yani "Müzakere Edilen Anlaşmaya En Kötü Alternatifin" taraflarca göz önünde bulundurulması gereğidir[316].

---

[310] Zone Of Possible Agreement; bkz. **Risse**, "Wirtschaftsmediation", s. 444 vd; **Beck**, s. 57; **Schütz**, §2, Kn. 63 vd; **Bühring-Uhle**, Christian, Arbitration and Mediation in International Business, Arbitration, Münih 1995, s. 297.

[311] **Beck**, s. 57.

[312] Bu yöntem Fisher/Ury tarafından 1981 yılında "Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In" isimli eserde geliştirilmiştir: **Fisher**, Roger/**Ury**, William, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In, Boston 1981, s.7 vd.

[313] **Risse**, "Wirtschaftsmediation", s. 54.

[314] **Fisher/Ury**, s. 17 vd; **Risse**, "Wirtschaftsmediation", s. 62 vd; **Schütz**, §3, Kn.95 vd; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 77 vd.

[315] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 77; **Risse**, "Wirtschaftsmediation", s. 62.

[316] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 77.

Müzakerelerde çoğunlukla kullanılan bu yöntem, tarafların birbirileriyle olan ilişkilerini devam ettirecek olmaları halinde elverişli olup, bu sayede tarafların ilişkisinde süreklilik ve güven korunmuş olur[317].

Problem çözmeye dayalı müzakere yönteminde amaç tarafların menfaatlerini en yüksek oranda tatmin edecek birden çok çözüm alternatifinin sağlanması olduğundan, bu yöntemin başarıya ulaşması için tarafların menfaatlerini açıkça ortaya koymaları gerekmektedir. Bu da ancak tarafların yönteme güven duymaları ile mümkün olacağından, yöntemin süreçteki gizliliği azami ölçüde koruyor olması gerekmektedir.

c. İşbirlikçi Yöntem

Müzakerelerde artık en çok tercih edilen yöntem işbirlikçi yöntemdir. Bu yöntemde tek taraflı bir çözümdense, tarafların her ikisi için de uygun bir sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır. Buradaki amaç, iki tarafı da memnun etmek, bunu yaparken de etik kurallardan taviz vermemektir. İşbirlikçi yöntem mahkum çıkmazı olarak da bilinir (Gefangenendilemma)[318]. Anlaşma alanı ve ihtimalinin olduğu hallerde, işbirlikçi yöntem uygulanırsa anlaşma daha kolay sağlanır. Bu da anlaşmanın hızlı ve daha ucuz olmasını sağlar ki mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının temel amaçları çabukluk ve hızlılıktır. Adil bir anlaşmaya varılması muhtemel bu yaklaşımda, taraflar istemlerindense objektif ölçütlere uygun hareket ederler; bilimsel kanıtlar sübjektif iddialardan daha önemlidir[319].

İşbirlikçi yöntem ancak taraflar arasında iletişimin sağlanabilmesi halinde uygulanabilecek bir yöntemdir. Dolayısıyla iyi bir sonuca ulaşılması ancak tarafların birbirleriyle işbirliği içindeymiş gibi görünmek yerine gerçekten işbirliği halinde oldukları konusunda karşılıklı güven duymalarına bağlıdır[320]. Zira işbirlikçi yöntemi benimseyen bir taraf karşısındaki diğer taraf bakımından en büyük tehlike karşı tarafın mücadeleci yöntemi benimsemiş olmasıdır. İşbirlikçi yöntemle müzakereye

[317] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 78.
[318] **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s. 68 vd; **Beck,** s. 57 vd.
[319] **Ekler**, Çağdaş "Müzakere Yaklaşımları www. muzakere. org. 20.05.2010.
[320] **Beck**, s. 60.

başlandığında, müzakereci gelecekte karşılaşacağı müzakereciye karşı hangi taktiği kullanacağını belirler. Buna TIT FOR TAT denmiştir[321]. Bunun anlamı mütekabiliyet ya da kısasa kısastır. Bir müzakereci ile ilk karşılaştığında müzakereci kendisinin işbirlikçi olacağını ancak karşı tarafın işbirlikçi olamaması halinde bir dahaki karşılaşmalarında rekabetçi yaklaşımı benimseyeceğini söyler.

d. Arabuluculukta Kullanılan Yöntemler

Arabuluculuk yönteminde müzakereler tarafların kazanımları ve kaybedecekleri üzerinde yoğunlaştığından, arabuluculukta kullanılan yöntem kazan-kazan çözüm şekline yani her iki tarafın da kazanımına dayalı bir müzakere şeklidir. Ortak kazanım ise ancak tarafların pozisyonlarına odaklanmaları ile değil ancak menfaatlerine odaklanmalarıyla mümkün olacaktır[322]. Tarafların pozisyonları ne istedikleri, menfaatleri ise bunları neden istediklerini ifade eder[323]. Dolayısıyla arabuluculukta geçmişte ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünden başka uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin geleceğe dönük bir biçimde yapılandırılmasına da öncelik tanınmalıdır. Taraflar menfaatlerine en uygun çözüm olasılıklarını kendileri yaratacaklardır. Her iki tarafın da menfaatlerine en uygun çözüm yönteminin bulunması tarafların kendi menfaatlerini açıkça ortaya koymasına ve karşılıklı birbirlerini anlamalarına bağlıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere arabuluculukta müzakerelerin işbirlikçi ya da problem çözücü yöntem esas alınarak yürütülmesi arabuluculuk kurumunun doğasına uygun olacaktır[324]. İşbirlikçi yöntemin tercih edildiği müzakere sürecinde taraflardan birisinin kendi menfaatlerini açıkça ortaya koymadan yalnızca karşı tarafın menfaatlerini ve dolayısıyla zayıf noktalarını tespit etmek amacıyla müzakerelere katılması halinde ise arabulucu tarafları farklı müzakere

[321] **Beck**, s. 61

[322] **Beck**, s. 63.

[323] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 211.

[324] **Riskin**, Leonard L., "Towards New Standarts For The Neutral Lawyer in Mediation", Arizona Law Review 1984, C. XXVI, s. 361.

yöntemlerini uygulamaya teşvik edebilir[325]. Zira işbirlikçi yöntemin başarılı olması her iki tarafın da aynı yöntemi benimsemiş olmasına bağlıdır.

Arabulucunun bütün çözüm olasılıklarını değerlendirmesi tarafların gerçek durumları ve menfaatleri hakkında tam bilgi sahibi olmasını gerektirir[326]. Arabulucunun başvuracağı özel oturumlar ise arabulucunun bu görevine yardımcı bir usuldür[327]. Uyuşmazlığın taraflarının işbirlikçi katılımını sağlayacak en önemli unsur gizliliğin yüksek derecede korunmasının temini ve arabuluculuk sürecinin dava sürecine hazırlık aşaması olarak görülmemesinin önüne geçilecek önlemlerin alınmasıdır. Dolayısıyla gizlilik arabuluculukta müzakere sürecinde özel bir önem teşkil etmektedir.

2. Müzakere Sürecinde Taraflar Bakımından Gizliliğin İşlevleri

a. Tarafları Müzakere Sürecinde Dürüstlüğe Teşvik Etmek

Yukarıda da belirtildiği üzere arabuluculuğun amacı tarafların azami ölçüde menfaatlerini kapsayan bir çözüm şekline ulaşmaktadır. Bu amaç tarafların menfaatlerine ortak bir bakışı gerektirir. O nedenle arabuluculuğun başarı ile sonuçlanması tarafların ancak korumak istediği menfaatlerini ve dolayısıyla buna ilişkin bilgileri de açıkça ortaya koymasına bağlıdır. Ancak bu sayede bir anlaşmanın olup olamayacağı anlaşılabilecektir. Taraflar stratejik nedenlerle bazı bilgilerin alenileşmesini önlemek adına bu bilgileri gizli tutmakta ve birbirlerine karşı açık ve dürüst davranmamaktadır. Oysa taraflar karşılıklı olarak ne kadar çok bilgiyi ortaya dökerlerse, çözüm önerilerini geliştirirken o kadar çok alandaki menfaatleri gözden geçirmiş olurlar. Aksi takdirde tarafların kendilerine sakladıkları bilgiler çözüm önerilerini oluşturan yelpazede yer almayacak ve bu nedenle de dile getirilmeyen ancak mevcut olan bir memnuniyetsizlikle süreç sona erecektir[328]. Dolayısıyla arabuluculuğun başarısı tarafların menfaatlerini ve buna ilişkin bilgileri

[325] **Beck**, s. 64.
[326] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 215.
[327] Özel oturumlar hakkında bkz. aşa. §3, D, II.
[328] **Beck**, s. 69.

açıkça ortaya dökmelerine, tarafların kendileri açmaya hazır hissetmeleri ise gizliliğin korunması seviyesine bağlıdır[329].

b. Tarafların Yüksek Korunma Gereksinimini Karşılamak

Paylaşılan bilgilerin üçüncü kişilere ifşa edilmesinin doğuracağı zararlar ve bu bilgilerin ne ölçüde korunacağı, bilginin içeriği ve yoğunluğuna bağlıdır.

Medeni yargılama faaliyetinde vakıaların ve bu vakıalara ilişkin delillerin sunulması tarafların görevidir. Taraflar taleplerini dayandırdıkları vakıaları ve delillerini mahkemeye sunarak bulundukları pozisyonu yani davacı ya da davalı pozisyonunu üstün kılmaya çalışırlar. Mahkeme de tarafların sundukları vakıalara ve delillere dayanarak bir hukuk normunu uygulayıp uyuşmazlığı nihai olarak sona erdirir. Yargılamanın amacı taraflar arasındaki ilişkiye ileriye odaklı bir çözüm üretmek değil taraflarca sunulan vakıalar çerçevesindeki mevcut uyuşmazlığa uygun hukuk normunu uygulamak ve uyuşmazlığı sonlandırmaktır. Ancak arabuluculukta yasal taleplerin haklılığına göre değil, taraflar arasındaki ilişkiye daha geniş bir açıyla bakılmaktadır. Arabuluculukta amaçlanan vakıalara, düşüncelere, duygulara ve arka plana bakılarak bir değerlendirme yapılması ve çözüm alternatifleri üretilmesidir[330]. Dolayısıyla arabuluculuk mahkeme yargısı ya da hakem yargılamasında olduğu gibi geçmişte yaşanan vakıalara dayalı ve bunlarla sınırlı olarak değil, tarafların hali hazırdaki ve gelecekteki ihtiyaçlarına odaklı olarak uyuşmazlığı çözmeyi esas alan bir çözüm yöntemidir[331]. Bu nedenle arabuluculukta taraflar yargılama esnasında iddia ya da savunmalarını desteklemek için ortaya koyduklarından daha fazla bilgiyi paylaşmaktadırlar[332]. Taraflar müzakereler esnasında daha önce hiç birbirleriyle paylaşmadıkları bilgileri de paylaşmaktadırlar.

---

[329] **Eisele**, §30, Kn. 3; **Hartmann**, §27, Kn. 1; **Eidenmüller** "Vertrags", s. 24; **Beck**, s. 69. Tarafların birbirlerine karşı açık olmalarını arabulculuğun yürüten dinamo olarak nitelendirilmiştir (**Kirtley**, Alain, "The Mediation privileges Transition from Theory to Implementation: Designing a Medaition Privilege Standart to Mediation Participants, the Process and the Public Interest", Dis. Resol. J., 1995, s. 8).

[330] **Beck**, s.71.

[331] **Eckardt,** Berndt/**Dendorfer**, Renate "Der Mediator zwischen Vertarulichkeit und Zeugnispflicht – Schutz durch Prozessvertrag" MDR 14/2001, s. 786; **Hoxie**, Timothy, "Protecting Confidentiality in Mediation", Harv. Law Rev., 98, 1984, s.441.

[332] **Kirtley**, s.16.

Ayrıca taraflar müzakereler esnasında sağlanan motivasyonun sonucu olarak yargılama sürecine nazaran daha özel bilgilerini de ortaya koyabilirler[333]. Her ne kadar genel olarak özel yaşamın gizliliği ve ticari sırların korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler mevcut ise de, her somut olay bakımından ilgili hukuk normunun bulunması ve uygulanması gerekliliği hukuki belirsizliğe sebebiyet vereceğinden arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgilerin gizliliğine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır[334]. Bu durum arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunmasına daha çok ihtiyaç duyulduğunu gösterir.

c. Tarafların Karşılıklı Güvenini Sağlamak

Taraflar arasında açık bir iletişim ancak güven ile sağlanabilir. Arabuluculuk sürecine başlarken taraflar arasında bu güvenin olduğundan bahsedilemez. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcuttur ve bu uyuşmazlık bir güvensizlik ortamı doğurmuştur. Uyuşmazlık olduğundan onlar artık birbirleri için "karşı taraf"tır. Arabuluculuk süreci dışındaki kişilere karşı diğer bir deyişle dış ilişkide gizliliğin korunması bu güven ortamının oluşmasına yardımcı olacak ve tarafların müzakereler esnasında ortaya döktükleri bilgilerin ileride kendileri aleyhine kullanılması endişesi de bertaraf edilmiş olacaktır[335]. Çünkü zaten uyuşmazlığa düşmekle birbirlerine olan güvenleri sekteye uğramış taraflar, arabuluculuğun karşı tarafça yalnızca bazı bilgilere ulaşmak ve sonradan da bu bilgileri kullanmak için başvurduğu bir yöntem olarak gördüğü endişesine neden olmaktadır[336]. Bu endişenin giderilmesi ve taraflar

---

[333] Örneğin finansal problemler ya da ailevi konulara ilişkin sırlar müzakerelerde paylaşıma konu olabilir. Bu konuda bkz. **Freedman**,**/ Prigoff**, s. 37; **Lee**, Jaime**/Geisler**,Carl, "Confidentiality in Mediation", Harv. Neg. L. Rev. S.3, 1998, s. 285.

[334] Mevzuatta özel yaşamın ve ticari sırların korunmasına ilişkin düzenlemelere örnekler: Türk Ticaret Kanunu, m. 57/7, m. 57/8, m. 64/1,m. 358, m. 363; Borçlar Kanunu, m. 532; Vergi Usul Kanunu, m. 5; İş Kanunu, m. 93; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, m. 26/c, m. 36, m. 89, m. 125 ve m. 126; Avukatlık Kanunu, m. 36; Noterlik Kanunu, m. 54; Sigortacılık Kanunu, m. 21-23.

[335] Tarafların ileride aleyhlerine kullanılacağı korkusuyla birbirlerine karşı açık olmamaları hali birçok Amerikan mahkemesi içtihadında "poker oyunculuğu" na benzetilmiştir." *If participants cannot rely on the confidential treatment of everything that transpires during (mediation) then counsel of necessity will feel constrained to conduct themselves in a cautious, tight-lipped, non-committal manner suitable to poker players in a high stakes game than to adversaries attempting to arrive at a just resolution of a civil dispute*" Lake Utopia Paper Ltd. V. Connelly Containers, Inc. , 608 F:2d 928, 930 (2nd Circ. 1979); **Deason**, Ellean, "The Quest for Uniformity in Medation Confidentiality: Foolish Cosistency or Crucial Predictability", 85 Marq. L.Rev.2001, s. 81; dn. 11.

[336] **Risse,** Jörg, "Wirtschaftsmediation", NJW 2000, s.1614.

arasında güvenin yeniden inşa edilmesi ile ancak taraflar yeniden birbirleriyle iletişime geçeceklerdir.

Tarafların birbirlerine açık oldukları güvenli bir müzakere ortamının sağlanması için tarafların birbirlerinin menfaatlerini anlamaları ve psikolojik himayenin de sağlanması gerekir[337]. Böylelikle tarafların müzakerelerde daha hassas oldukları bilgileri ortaya koyma eğilimi de artacak ve güvenin hakim olduğu bir müzakere ortamında daha yaratıcı çözümler üretilebilecektir[338].

Bu nedenle gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemelerde kanun koyucu arabuluculuk sürecinin sona ermesinden sonra bu süreçte taraflarca ortaya konulan bilgi ve belgelerin sonradan kendileri aleyhine kullanılması endişesini bertaraf edecek ve bu sayede tarafların birbirlerine güvenebilmelerini sağlayacak nitelikte düzenlemeler yapmalı ve güven tesis etmelidir[339].

3. Müzakere Sürecinde Arabulucu Bakımından Gizliliğin İşlevleri

a. Arabulucuya Karşı Güven İnşa Etmek

Bazı meslekler bakımından güven ilişkinin temel taşıdır. Örneğin avukatlar, ya da hekimler müvekkillerinin ya da hastalarının kendilerine olan güveni ile mesleklerini ifa edebilirler. Bu gibi mesleklerde öncelikli amaç kişiler arasındaki iletişimin kuvvetlendirilmesi olduğundan, bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmış ve bu güvenin ve kişiler arasında sağlıklı iletişimin sağlanması için bu meslekleri icra edenler sır saklama yükümlülüğü altına sokulmuştur[340]. Bu sır saklama yükümlülüğü birçok ülke düzenlemesinde de kabul edilmiştir. Diğer taraftan avukatların sır saklama yükümlülüğü Avrupa Birliğinin avukatlık meslek kuralları içerisinde de yer almıştır[341].

---

[337] **Maehler/Maehler**, "Missbrauch", s. 4; **Hartmann**,§27, Kn. 3.

[338] **Beck**, s. 73; **Hartmann**,§27, Kn. 3.

[339] **Eidenmüller**, "Vertrags", s. 27; **Hartmann**, §27, Kn. 4.

[340] **Deason**, s. 81; **Beck**,s. 74; **Hennsler**, Martin, "Das anwaltliche Berufsgeheimnis" NJW 1994, s. 1817.

[341] Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kurallarının 2.3.1. maddesine göre avukatların sır saklama yükümlülükleri hem yargı organlarının hem de müvekkillerinin menfaati gereğidir.

Arabuluculukta da müzakerelerin başarıya ulaşmasında olmazsa olmazlardan biri olarak öngörülen kriter tarafların arabulucuya olan güvenidir[342]. Burada güven, tarafların; arabulucunun tarafsız olduğu, kişisel görüş ve değerlerinin müzakereleri etkilemeyeceği ve karşı tarafa daha yakın olmadığı konusunda ikna olmasını ifade eder. Güven sürecin başlangıcı aşamasında temin edilmeli, süreç sonlanıncaya kadar ve hatta sonlandıktan sonrasında dahi korunmalıdır.

Arabulucu, hekim-hasta ya da avukat-müvekkil ilişkisindeki gibi yalnızca bir kişiyle değil her iki tarafla da güveni inşa etmeli ve korumalıdır. Kanun koyucu belli meslek gruplarına tanıklıktan çekinme hakkını vermekle, o meslek grubundan kişilere verilen bilgilerin de kamuya ifşa edilmeyeceğine dair güven sağlamaktadır. Böylelikle bu kişilerle daha kolay iletişim tesis edilmektedir. Arabulucunun taraflardan edindiği bilgileri mahkemede açıklaması yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesi halinde ise arabulucuya karşı güven ya hiç kurulamayacak ya da yıkılacaktır.

Gizliliğin sağlanması yalnızca arabulucu ile taraflar arasındaki ilişkide güvenin tesis edilmesini değil aynı zamanda arabulucunun tarafsız olmasını da sağlar. Diğer bir deyişle gizlilik, arabulucuya duyulan güven ve arabulucunun tarafsızlığı ile dayanışma halindedir[343].

b. Arabulucunun Tarafsızlığını Sağlamak

Arabulucunun tarafsız olması arabuluculuk yönteminin tanımında da üzerinde durulan bir husus olup, arabuluculuk yönteminin temel prensiplerinden birisidir[344]. Tarafsızlık farklı şekillerde sınıflandırılsa da arabulucunun kendi içinde, uyuşmazlığın taraflarına karşı ve sürecin bir parçası olmayan üçüncü kişilere karşı tarafsız olması gerektiği ifade edilmiştir[345]. Arabulucunun arabuluculuk süreci

[342] **Boulle**, s. 124; **Kentra**, s. 715.

[343] **Beck** , s. 75.

[344] Bkz.yuk.§ 1,A.

[345]Arabulucunun tarafsızlığı "içsel", "dışsal" ve "objektif" tarafsızlık olarak da ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Beck**, s. 76.

sonrasında açılabilecek davalarda tanık olarak gösterilmesi tarafsızlığına gölge düşürecek bir haldir çünkü arabulucu tanık olarak vereceği ifadede taraflardan birinin lehine diğerinin ise aleyhine davranmış olacaktır[346]. Arabulucunun tanıklığına izin verilmesi halinde arabulucu her ne kadar tarafsız bir şekilde müzakereler esnasında gerçekleşen olayları aynen aktarsa da bu durum taraflardan birinin lehine etki ederek davayı yönlendirecektir[347]. Dolayısıyla mahkemede arabulucunun tanıklığına başvurulmasına izin verilmesi halinde arabulucunun tarafsızlığının geçici ve hayali bir durum olduğu sonucuna varılacaktır[348]. Diğer taraftan arabuluculukta başvurulan bir yöntem olan özel oturumlar sayesinde taraflar diğer tarafın bilmesini istemedikleri hususları dahi arabulucunun bilgisine sunmaktadır. Tarafların arabulucunun tarafsızlığından şüphe duymaları halinde özel oturumların işlerlik kazanması ve kendisinden beklenen faydanın sağlanması mümkün değildir. Bu nedenlerle arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler, tarafların arabulucunun tarafsız olduğuna ilişkin kanaatlerinin de kuvvetlenmesini sağlayacaktır[349].

c. Arabulucunun Mesleki Davranış Kurallarından Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmek

Etik, insanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, kuralları doğru-yanlış ya da iyi-kötü gibi ahlaki açıdan araştıran bir felsefe disiplinidir[350]. Meslek etiği ise etik disiplininin bir alt dalıdır. Meslek yaşamının da kendine göre kuralları ve bir etik anlayışı vardır[351]. Meslek etiğinin en önemli yanlarından biri dünyanın her yerinde ayı meslekte çalışanların bu davranış kurallarına uygun davranmaları gerektiğidir.

---

[346] **Deason**, s. 79; **Kentra**, s. 715; **Kirtley**, s.5.

[347] **Hilber**, s.12.

[348] **Deason**, s. 82.

[349] **Hoxie**, s. 441; **Kirtley**, s. 1; **Lee/Geisler**, s. 285.

[350] **Kırel**, Çiğdem, "Örgütlerde Etik Davranışlar Yönetimi ve Bir Uygulama Çalışması", Eskişehir Anadolu Üniversitesi İ.İ.B.F. Yayınları No: 168, s. 2.

[351] **İşgüden**, Burcu/**Çabuk**,Adem, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri", Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.9, S.16, s. 60.

Etik anlayışı yansıtan mesleki davranış kurallarının yasal düzenlemelerle de hüküm altına alındığı görülmektedir[352]. Bazı meslek grupları iletişim sağlıklı biçimde sağlanmasına dayalı olduğundan, bu iletişimin sağlanması bakımından bu meslekleri ifa edenler bakımından sır saklama yükümlülüğü mesleki davranış kuralları arasında kabul edilmiştir. Bu gibi meslek gruplarında örneğin hasta-hekim ya da avukat-müvekkil ilişkilerinde hasta ya da müvekkil doktor ya da avukata kendisine ilişkin gizli kalmasını istediği bazı bilgileri emanet ederek karşılığında profesyonel hizmet beklemektedir. Arabuluculu bakımından da gizlilik meslek davranış kurallarından kabul edilir[353]. Dolayısıyla arabulucunun mesleki davranış kurallarına uygun şekilde profesyonel olarak hizmet verirken gizliliğe ilişkin hükümlere de uygun davranması gerekir. Arabulucunun hem mesleğini gereği gibi ifa edebilmesi hem de arabuluculuğa başvuran kişilerin kuruma olan güvenlerinin sağlanması arabulucunun sır saklama yükümlülüğü ve kendisine tanık olarak başvurulamayacağına ilişkin güvencelerin varlığına bağlıdır.

d. Arabulucuların Sır Saklama Yükümlülüğü ile Kamusal Menfaati Sağlamak

Kanun koyucunun sır saklama yükümlüğü ve bu bağlamda tanıklıktan çekinme hakkı verdiği meslek gruplarına genel bakış açısı bu kişilerin sır saklama yükümlülüğünde kamusal bir menfaat olduğudur[354]. Bu meslekler güven temeline dayalıdır ve güven ancak sır saklama yükümlülüğünün varlığının kabulü ile güçlendirilir. Zira bu meslekleri ifa eden kişilerin bu mesleği yaparken kamu yararına hizmet ettiği ifade edilmektedir[355]. Örneğin avukatlar ele alınacak olursa sır saklama yükümlülüğünün olması avukat müvekkil ilişkisindeki güven unsurunu

---

[352] Örnek vermek gerekirse; Denetim Görevlilerin Uyacağı Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (TTB 47. Genel Kurulunda kabul edilmiştir), Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kuralları.

[353] Bu husus Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları m.4'de düzenlenmiştir. Buna göre arabulucu, arabuluculuğun yapılması da dahil olmak üzere, kanunla aksi emredilmedikçe ya da kamu düzeni gereğince açıklanması gerekmedikçe arabuluculuk sürecine ilişkin ve arabuluculuktan doğan tüm bilgileri gizli tutmalıdır. Arabulucuların taraflarla özel oturumlar yapması halinde bu oturumlarda arabulucuya iletilen bilgiler de tarafın kendi rızası olmadıkça diğer tarafa iletilmemelidir. Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları'nın tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

[354] **Hennsler**, "Berufsgeheimnis", s. 1817; **Arndt,** Herbert/ **Lerch,** Klaus/**Sandkühler**, Gerd, Bundesnotarordnung, Köln 2003, § 18, Kn. 3.

[355] **Beck**, s. 77.

pekiştirecek ve avukat da kamu yararına hizmet vermeye devam edecektir. Bu husus Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kurallarının 2.3.1 maddesinde şöyle ifade edilmiştir: "*Müvekkilinin sırlarının mutemedi olması ve kendisine özel bilgi ve mesajlar geçirilmesi avukatın görevinin gereğidir. Sırrın olmaz ise güven de olmaz. Dolayısıyla, meslek sırrını korumak, avukatın hem hakkı, hem de başlıca ve temel görevidir*"[356]. Bu düzenleme ile sırrın korunması avukatlar bakımından hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak tespit edilmiştir. Ayrıca TBB Disiplin Kurulu'nun bir kararı ile avukatın sır saklama yükümlülüğündeki kamusal menfaat şu şekilde ifade edilmiştir: "… *avukatlık meslek sırrı sır sahibini korumanın ötesinde, hukuk sisteminin vazgeçilmez unsuru olan serbest avukatlık kurumunu ve dolayısıyla hukuk devletine özgü hukuk sitemini de korumaktadır*"[357]. Avukatlar bakımından getirilen bu yaklaşım arabulucular bakımından da geçerli midir? Arabuluculuğun mahkemelere yardımcı bir yöntem olması dolayısıyla yargının bir parçası olduğu kabul edilirse, arabulucuların da sır saklama yükümlülüğü olduğu ve bunda kamusal bir menfaat olduğu sonucuna varılacaktır[358].

Diğer taraftan arabuluculuk, son yıllarda medenî usûl alanında yapılan pek çok reformun dayanağı olan adalete erişim hareketinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir[359]. Adalete erişim hareketinin bir parçası olarak kabul edilen arabuluculuğun teşvik edilmesi ve uyuşmazlığa düşen tarafların arabuluculuğa başvurması ancak arabuluculuk uygulamasında alınan başarılı sonuçlara ve uygulamalara bağlıdır. Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanmasına giden yolun ise tarafların arabulucuya güven duymasından geçtiği yukarıda ifade edilmişti[360]. Tarafların arabulucuya olan güvenini pekiştiren unsur ise arabulucunun sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkını içeren gizliliğe ilişkin düzenlemelerdir. Dolayısıyla arabuluculukta gizliliğin korunması arabulucu bakımından da hem bir hak hem de yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Bu

[356]Çeviri için bkz. **Pazarbaşı**,http://www.hukuki.net/showthread.php?6144-Avrupa-Birli%F0i-Avukatl%FDk-Meslek-Kurallar%FD (erişim tarihi: 05.12.2010).

[357]18.05.2002 tarih, 2002/66 E. ve 2002/159 K. sayılı kararı, TBBD, 2002/2, s. 92. Sırrın açıklanacağı korkusu taşımadan hastanın hekime, iş sahibinin avukata başvurmasında kamu yararı vardır (**Güner,** Semih, "Avukatlık Hukuku", Ankara 2003, s. 393).

[358] **Beck**, s. 77.

[359] **Özbek**, "Adalete Erişim", s. 61.

[360] Bkz. yuk. §4,C, II, 2,c.

sayede taraflar arabulucuya güven duyabilecekler, arabulucu daha çok sayıda uyuşmazlığı yargı organları önüne taşınmadan çözümleyecek, bu sayede adalete erişim hareketi ile hedeflenen sonuçlara yaklaşılmış olacaktır[361].

D. Arabuluculuk Sürecine Katılanlar Arasında Gizlilik

I. Genel Olarak

İç ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecine katılan arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları bakımından gizliliği ifade eder. Diğer bir deyişle iç ilişkide gizliliğin korunmasına taraflardan birinin yalnızca arabulucuya verdiği ve gizli kalmasını istediği bilgiyi arabulucunun diğer tarafa ifşa etmesi ihtimalinde ihtiyaç duyulacaktır. Bu problem ise, ancak arabulucunun özel oturumlara başvurması yani diğer bir deyişle taraflardan birisi ile özel görüşme yapması halinde kendini gösterecektir. Arabulucunun taraflar ile özel görüşmeler yapması, arabuluculuk yöntemine mahsus olup, mahkeme ya da tahkim yargısında hâkim ya da hakem bakımından karşımıza çıkan bir durum değildir. Arabuluculuk önce herkesle aynı odada başlar, açılış konuşmaları yapılır ve sonra taraflar ayrılır ve farklı odalara gider, arabulucu artık ortak odada değil bu ayrı odalarda taraflarla görüşür[362].

İç ilişkide gizliliğin korunması ihtiyacı, arabuluculuk yönteminin kendisine has özelliği olan özel oturumlar yapılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere usul hukuku normları mahkemelerce adil bir yargılama yapılmasını sağlamakta ve teminat altına almaktadır. Ancak mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle de arabuluculuk yönteminin temel prensibi serbestliktir. Arabuluculukta taraflar, arabulucunun yardımıyla müzakere tekniklerine ilişkin kurallar bir tarafa bırakılırsa, herhangi bir usuli kuralla sınırlandırılmadan bir anlaşma zemini sağlamaya çalışmaktadır. Ancak mahkeme yargısı ve arabuluculuk yöntemleri arasındaki en temel farklılığın üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde üstlendiği rollerin farklılığı olduğuna yukarıda değinildi[363]. Dava yolunda hâkim uyuşmazlık

[361] **Hilber**, s.13; **Kentra**, s. 715, 723.

[362] **Kumberg**, Wolf, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 136.

[363] Bkz. yuk. §3, B, III.

hakkında karar verme yetkisine sahip tarafsız üçüncü kişi olduğundan ve uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi hâkime ait olduğundan, taraflar hâkim huzurunda iddia ve savunmalarını ifade etmek ve hâkimi ikna edebilmek bakımından eşit koşullarda olmalıdırlar. Bu eşitliğin sağlanması adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakları ile güvence altına alınmıştır[364]. Oysa arabulucu uyuşmazlığın çözümü hakkında karar verme yetkisine sahip olmadığından, diğer bir deyişle taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda kontrolü halen ellerinde bulundurduğundan, iddia ve savunmanın ileri sürülmesi, silahların eşitliği gibi ilkeler de burada uygulama alanına sahip değildir. Bu nedenle de usulî kurallar ile sınırlama olmaksızın taraflar karşılıklı fedakârlıklarla bir anlaşma sağlamaya çalışmaktadır. Özetle, arabulucunun karar verme yetkisi olmadığından adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkından söz edilemez. Diğer taraftan, arabuluculuk yolunun başarıya ulaşmaması ve tarafların dava yoluna başvurması durumunda, mahkeme aşamasında adil yargılanma güvencesi halen mevcuttur. Ancak mahkemelerde yapılan yargılamada hâkimin taraflar ile özel görüşmeler yapması tarafların hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecek ve hâkimin tarafsızlığına zarar verecektir. O halde mahkeme yargılamasında iç ilişkide gizliliğin koruma altına alınması ihtiyacından söz edilemez.

Tahkim de bir yargılama faaliyeti olduğundan, hakemler önünde yapılan yargılamada da tarafların hukuki dinlenilme hakkı vardır ve hakemlerin de taraflarla özel görüşmeler yapması bu hakkın ihlali anlamına geleceği gibi hakemin tarafsızlığına da zarar verir[365].

---

[364] Medeni Usul Hukukunda adil yargılanma hakkında detaylı bilgi için bkz. **Pekcanıtez**, Hakan "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzBD, 1997, S.2, s. 35 vd; **Tanrıver**, "Adil Yargılanma", s. 191 vd.; **Özekes**, "Hukuki Dinlenilme", s. 55; **Demircioğlu**, s. 47 vd; **Kurt-Konca**, s. 106; **Rechberger**, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılamaya İlişkin Yeni Sorunlar", (Çev. Kamil Yıldırım) İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 67 vd; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 258; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 365-366. Hukuki dinlenilme hakkı için ayrıca bkz; **Pekcanıtez**, "Hukuki Dinlenilme", s. 753; **Özekes**, "Hukuki Dinlenilme" s. 19 vd; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 265 vd; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 187 (Yargılamaya Katılanların Dinlenilmesi İlkesi altında ifade edilmiştir).

[365] Tahkimde de kural olarak hukuki dinlenilme hakkının tüm unsurları yerine getirilmeli, taraflar yargılamanın başından sonuna kadar yargılama hakkında bilgi sahibi olmalı, açıklama haklarını kullanmalı ve hakemler de bunları dikkate alıp değerlendirmelidir (**Özekes** "Hukuki Dinlenilme", s. 222).

Biz burada önce arabuluculuk yöntemine özgü bir usul olan özel oturumlar hakkında kısaca bilgi verdikten sonra özel oturumlarda gizliliğin korunmasını değerlendirmeye çalışacağız.

II. Müzakere Sürecinde Arabulucunun Taraflarla Yaptığı Özel Oturumlar

Arabuluculuk yönteminin bu aşamasında arabulucu taraflar ile özel görüşmeler yapmaktadırlar (HUAKT m. 8)**.** Özel oturumlar literatürde "private caucus" ya da "Klasur" olarak nitelendirilmiştir[366]. Arabulucunun taraflar ile ayrı ayrı ve özel görüşmeler yaparak bir çözüm şekline ulaşması tekniğine ise "shuttle diplomasi" denir[367].

Arabulucu taraflar ile hangi aşamada özel oturumlar yapacağı konusunda stratejik bir karar vermelidir. Arabuluculuk yönteminin esnekliği sebebiyle arabulucu bu sürecin ilk aşamalarında özel oturumlara karar verebileceği gibi, müzakereler tıkanma noktasına geldiğinde, taraflarca önerildiğinde, tarafların birbirleri huzurunda makul çözüm önerilerinde bulunamadıklarını anladığında ya da birlikte oturumlarda tansiyonun yükseldiği anda da özel oturuma karar verebilecektir[368].

Özel oturumlar hem arabuluculuk yönteminin en can alıcı özelliği olarak belirtilmiş hatta yöntemin tanımında en belirgin özelliği olarak gösterilmiş hem de çeşitli bakımlardan eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilere geçmende önce bu aşamanın ne gibi avantajları ve fonksiyonları olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Arabulucunun taraflarla özel görüşmeler yapmasının dört temel amacı vardır[369].

---

[366] **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s.242; **Schütz** §8, Kn. 346; **Bühring-Uhle**, s. 284 vd.. Özel oturumlar, kapalı toplantılar olarak da ifade edilmektedir bkz. **Kumberg**, s. 136-137.

[367] Bu kavram ilk kez eski ABD başkanlarından Jimmy Carter tarafından kamuya tanıtılmıştır (**Hoxie**, s. 445; **Kentra**, s. 720; **Schütz**, §8, Kn. 347; **Bühring-Uhle**, s. 284 vd; **Stulberg**, s. 188 vd; **Moore**, s. 369 vd).

[368] **Moore**, s. 369; **Kekeç**, s. 192.

[369] **Calkins**, s. 128;**Moore**, s. 369-370.

Bunlardan birincisi arabulucunun tarafların güvenini kazanması ve tarafları uzlaşmaya sevkeden üçüncü kişi olarak süreçteki rolünün pekiştirilmesidir. Taraflarla yapacağı özel görüşmelerde her iki tarafın da menfaatlerini azami ölçüde karşılayacak bir uzlaşma zemini arayışı içerisinde olduğu konusunda tarafları ikna ederek güven kazanmaya çalışacaktır. Bu yakınlığın ve güven duygusunun gelişmesiyle birlikte taraflar arabuluculuğa ilk başvurdukları anda yapmayı düşündükleri fedakârlıkları arttırma eğilimi içerisinde olacaklardır.

İkinci olarak arabulucu özel oturumlar sayesinde vakıaları ve hukuki uyuşmazlığı daha iyi bir şekilde tespit edebilecektir. Gizliliğin güvence altına alınması sayesinde arabulucu tarafa yargılama esnasında sorulmayacak ya da sorulamayacak soruları yöneltebilecektir. Böylelikle tarafın uyuşmazlıktaki zayıf noktalarını da tespit edebilecektir. Bu durum ise arabulucuya hâkim ya da hakemin belki de hiç sahip olamayacağı bir bakış açısıyla uyuşmazlığı anlamasını sağlayacaktır[370]. Özel oturumlar sayesinde taraflar birlikte yapılan oturumlarda ifade edemedikleri çekincelere işaret edebilecekler ve böylelikle de arabulucu taraflar arasındaki muhtemel anlaşmanın asgari ölçütlerini saptayacak ve resme daha yukardan bakarak olası uzlaşma zeminlerini tespit edecektir[371].

Üçüncü olarak özel görüşmeler sayesinde arabulucu tarafların olası uzlaşma zemini hakkında gerçek niyetlerini anlayabilecektir[372]. Örneğin tarafın niyeti mümkün olduğunca çok para almak mı, uyuşmazlığın ne pahasına olursa olsun çözülmesi mi yoksa haklarının korunması mıdır? Böylelikle tarafların makul olmayan beklentileri olup olmadığını ya da tarafın beklediğini almadığı sürece anlaşmaya yatkın olup olmadığını tespit edecektir. Bu tespitten çıkan sonuç her ne olursa olsun, arabulucu yine de tarafları anlaşmaya sevketmeye çalışacaktır.

Son olarak özel oturumlar sayesinde arabulucu tarafların gizli gündemlerini de tespit etmeye çalışır. Bazen tarafları arabuluculuğa ekonomik kazanç dışındaki

---

[370] Taraflar hâkim ya da hakem karşısında olduğu gibi yüz yüze müzakerelerde bulundukları durumlarda genellikle taktiksel abartma ya da çarpıtmalara başvurmaktadırlar (**Bühring-Uhle**, s. 285).

[371] **Bühring-Uhle**, s. 285; **Nolan- Haley**, s. 74; **Risse**, Jörg/**Wagner**, Christof "Mediation im Wirtschaftsrecht" Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §38, Kn. 85.

[372] **Oldenbruch**, s. 21; **Risse/Wagner**, §38, Kn. 85

faktörler de itebilmektedir. Örneğin taraf kendi bakış açısıyla olayı anlatmak ya da bazen bir özür ifadesi için de arabuluculuğa başvurmuş olabilir. Bazen tarafların kendilerinin bile farkında olmadıkları bu gizli gündem uyuşmazlığın çözümünde belirleyici olabilir.

Arabulucunun taraflarla özel görüşmelerde bulunmasına yöneltilen eleştiriler ise arabulucunun tarafsızlığı etrafında toplanmaktadır[373]. Ayrıca bu özel oturumlar esnasında arabulucunun taraflarca manipüle edilmesi ihtimaline de değinilmiştir. Diğer bir eleştiri ise arabulucunun özel oturumlar esnasında öğrendiklerini açıklaması çekincesidir. Diğer taraftan arabuluculuk yöntemi tarafların birbirleriyle mümkün olabilecek en yüksek ölçüde iletişim halinde olmalarına ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmesine dayalı bir sistem olduğundan, arabulucunun taraflarla özel oturumlar yapması halinde taraflar arasındaki iletişim azalacaktır. Ayrıca arabulucunun tarafların birbirlerine yolladıkları mesajları iletirken aktardıklarında eksiklikler olma olasılığı ya da tarafların birbirlerini yanlış anlama riski ortaya çıkacaktır. Bu durum ise yöntemin temel dayanak noktasının sarsılmasına sebebiyet vereceğinden sürecin başarısızlıkla sonuçlanma ihtimali artacaktır[374].

Bazı arabulucular özel oturumları ya da diğer bir deyişle "shuttle diplomasi"yi sürecin bir parçası olarak benimsemişlerdir ve rutin bir yol olarak görmektedirler[375]. Bazıları ise ancak görüşmeler tıkandığında ya da taraflardan birisinin geride durduğu izlenimine kapıldığında başvurmaktadırlar.

III. Özel Oturumlarda Gizliliğin Korunması

Yukarıda da açıklandığı üzere arabulucu özel oturumlara çeşitli sebeplerle başvurabilir. Bu sebepler, müzakerelerin tıkanması, iletişimin iyileştirilmesi ya da psikolojik sınırların zorlanması olabilir[376].

---

[373] **Boulle**, s. 107; **Schütz**, §8, Kn. 348.

[374] Özel oturumların zaman kaybına sebebiyet verdiği de ifade edilmiştir (**Kekeç**, s.192).

[375] **Kracht,** §15, Kn. 121; **Risse/Wagner**, §15, Kn. 121; **Risse**, "NJW", s. 1614. Eleştirel bir bakış için bkz. **Körper**, s. 36 vd.

[376] **Calkins**,s . 128;**Moore**,s. 369-370; **Beck**, s. 87-90; **Oldenbruch**, s. 21.

Özel oturumlar her halükarda diğer tarafın yokluğunda gerçekleştiğinden arabulucunun edindiği bilgileri diğer tarafa iletme yükümlülüğü yoktur. Zira arabulucunun özel oturumlarda konuşulanlarla ilgili olarak sessiz kalması kendisinden beklenendir. Çünkü özel oturumda taraflar, birbirleri huzurunda söylemekten kaçındıkları tüm hususları arabulucuya ileteceklerdir. Arabulucunun tarafların birbirleri huzurunda açıklamadıkları hususların gizliliğini tehlikeye düşürmemesi gerekir. Arabulucu özel oturumda tarafın birinden edindiği bir bilgiyi ancak kendisinin açık izni doğrultusunda diğer tarafa iletebilecektir. Dolayısıyla, özel oturumlarda gizlilik alanı daha da genişlemiş ve arabulucu bakımından gizlilik ilkesi daha da sert bir şekilde karşımıza çıkar[377].

Ancak arabulucunun özel oturumda paylaştığı ya da edindiği bilgilerin hepsi korunmaya değer olmayabilir. Dolayısıyla hangi bilgilerin gizlilik kapsamında değerlendirileceği özel oturumlar yapmakla amaçlanan sonuca göre belirlenecektir[378]. Bu kriter esas alındığında; örneğin arabulucu sürecin başlangıcında sürecin nasıl işleyeceğini, hangi hususların müzakerelere konu olacağını taraflarla özel görüşmeler yaparak belirleyebilir. Bu şekilde yapılan özel görüşmeler organizasyon amaçlı olduğundan gizlilik kapsamında değerlendirilmez[379]. Ancak örneğin tarafların menfaatlerinin belirlenmesi için yapılan özel oturumlarda paylaşılan bilgiler gizlilik kapsamında değerlendirilmelidir zira burada taraflar bazı endişelerinden dolayı birbirlerine iletmedikleri kişisel, ticari ya da sosyal menfaat ve beklentilerini arabulucuya iletmektedirler. Bu amaçla gerçekleştirilen özel oturumlardaki gizlilik özel bir önem taşır.

§4. Arabuluculukta Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemelerde Kullanılan Yöntemler

Arabuluculuk farklı disiplinlerin yakından ilgilendiği bir çözüm yöntemi olmasının yanı sıra son yıllarda yasa koyucuların da meşgul olduğu bir alan

[377] **Hartmann**, §27, Kn. 5; **Schütz**, §8, Kn. 346; **Oldenbruch**, s. 22.
[378] **Beck**, s. 91-94; **Hartmann**, §27, Kn. 5; **Oldenbruch**, s.21.
[379] **Beck**, s. 91.

olmuştur. Bu alandaki önemli kanunlaştırma çalışmaları dikkatle incelendiğinde arabuluculukta arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ve arabuluculuk sürecinde ortaya konulan bilgi ve belgelerin gizliliğinin düzenlemelerin ağırlık noktasını oluşturduğu tespit edilecektir[380]. Arabuluculuk ile ilgili bilinen ilk ve kapsamlı düzenleme 2001 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde çıkarılan Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'dur. Daha sonra 2002 yılında Birleşmiş Milletler tarafından üye devletlere model kanun niteliğinde çıkartılan Birleşmiş Milletler Model Kanunu olmuştur. Avrupa Birliği üyesi devletler içerisinde de ilk kodifikasyon 2004 yılında Avusturya tarafından yapılan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun"dur. Avrupa Birliği de 2004 yılında "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Önerisi" isimli teklifi sunmuş ve bu 2008/52/EC numaralı teklif 24.5.2008 tarihinde yayın organlarında kamuya duyurularak 13.06.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gizliliğin korunmasına ilişkin hükümler kişi odaklı ya da bilgi ve belge odaklı olabilir. Bu başlık altında genel olarak kişi odaklı koruma ve bilgi ve belge odaklı koruma yöntemleri açıklandıktan sonra Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısında öngörülen koruma modeli incelenecektir. Ancak arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemelerin tamamının sayılanlardan ibaret olmadığını belirtmekte fayda vardır. Birçok ülke arabuluculuğa ilişkin olarak iç hukuk sistemlerinde pozitif düzenlemeler yapmıştır. Biz bu çalışmamızda her bir ülkedeki pozitif düzenlemeyi incelemek mümkün olmadığından ulusal düzenlemelere yön veren temel düzenlemelere ve hukuk sistemimizi yakından ilgilendiren bazı ülkelerdeki ulusal düzenlemelere yer vermekle yetineceğiz.

A. Kişi Odaklı Koruma Yöntemi

Kişi odaklı koruma bilginin iletildiği kişiyi merkez alarak o kişi tarafından bilginin ifşa edilmesini önlemeyi esas alır. Alman hukuk sistemi, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun ve İsviçre Medenî Usûl Kanunu`ndaki düzenlemeler kişi odaklı bir koruma sistemini öngörmüştür. Bu

[380] Arabuluculuğun çok esnek ve gelişmiş bir süreç olmasından hareketle geniş anlamda denetlenip düzenlenmesi, düzenlemelerde aşırıya kaçılmaması gerekir (**Marsh**, s. 38).

sistemde belirli kişiler sır saklama borcu altına sokulmuştur[381]. Sır saklama borcu altındaki kişiler sır olarak kabul edilen bilgileri üçüncü kişilerden gizlemekle yükümlü tutulmuşlardır ve sır saklamakla yükümlü olan kişiler genellikle meslek grubuna göre belirlenmiştir. Yargılama esnasında gizlilik ise genellikle tanık delili ile ilgili düzenlemeler ve bu bağlamda tanıklıktan çekinme hakkı ya da delil yasakları getirilerek sağlanmıştır[382]. Tanıklıktan çekinme ancak belirli kişilere tanınmış bir hak olduğundan, gizlilik sağlanması gereken diğer kişileri kapsam dışında bırakma tehlikesini içermektedir.

I. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi

Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi gizliliğin yargılama sürecinde korunmasına ilişkin olarak 7. maddede usuli bir düzenleme öngörmüştür. Ancak usuli koruma dışındaki koruma sözleşmesel bir koruma olması gerektiğinden, yani taraflarca ancak sözleşmeyle kararlaştırılması gerektiğinden hareketle maddi hukuka ilişkin bir korumayı açıkça düzenlememiştir. Arabuluculuk Direktifinde Üye Devletlerin, Direktif hükümlerini en geç 21 Mayıs 2011'de iç hukuklarına aktarmaları ve 21 Kasım 2010'da, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların iç hukuklarında cebrî icra yoluyla icra edilebilmesi için başvurulacak yetkili mahkeme ve merciler hakkında Avrupa Komisyonuna bilgi vermeleri öngörülmüştür (Direktif 12,1; 6,3). Bu düzenlemeye göre:

"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.[383]"

---

[381] **Beck**, s. 53.

[382] Bkz. aşa. §7, A..

[383] Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. **Özbek**, "ADR Mevzuatı". Direktif önerisinde öngörülen gizliliğe ilişkin düzenleme "Mahkeme Yargılamasında Delillerin Kabul Edilebilirliği" başlığı altında

Ayrıca "Avrupa Birliği Arabuluculuk Davranış Kuralları" [384] m. 4'de arabulucuların sır saklama yükümlüğü düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, yasal düzenlemeler ya da kamu düzeni aksini gerektirmedikçe arabuluculuktan doğan ya da arabuluculuk ile ilgili olan her türlü bilgiyi gizli tutmakla yükümlüdür. Ayrıca arabulucu uyuşmazlığın taraflarından birinin kendisine bildirdiği hususları sır sahibinin rızası olmadan karşı tarafa iletmemelidir.

II. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun ise 18. maddesinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre "*Arabulucu, arabuluculuk süreci çerçevesinde kendisine güvenilerek aktarılan veya diğer bir şekilde hakkında bilgi sahibi olduğu olguları gizli tutmakla yükümlüdür. Arabulucu, arabuluculuk süreci çerçevesinde hazırlanan ve kendisine tevdi edilen belgeleri güvenilir bir şekilde muhafaza eder. Aynı şey, arabulucunun yardımcı personeli ve uygulama öğretimi çerçevesinde arabulucunun yanında ve onun talimatına göre faaliyet gösteren kişiler için de geçerlidir"* [385] Bu düzenleme çerçevesinde arabulucu, arabuluculuk esnasında gerek taraflarca kendisine iletilen gerekse kendisinin edindiği bilgileri açıklamama yükümlülüğü altındadır. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, bu yükümlüğü yalnızca sicile kayıtlı olan arabulucular bakımından öngörmüştür. Dolayısıyla taraflar sicile kayıtlı olsun olmasın, diledikleri kişiyi arabulucu olarak atayabilseler bile, gizliliğin korunmasına ilişkin kanunun getirdiği

---

6. maddede düzenlenmişti. Bu düzenleme bilgi odaklı olarak gizliliğin korunmasını öngörmüş ve düzenlemeye göre " *1. Arabuluculuk hizmetlerinin uygulamasına katılan kişiler yanında arabulucular, aşağıdaki konularda hukuk davalarında tanıklık yapamaz ve delil gösteremezler: (a) Arabuluculuğa başvurmak için taraflardan birince yapılan bir davet veya taraflardan birinin arabuluculuğa katılmayı istemiş olması; (b) Arabuluculukta, uyuşmazlığın olası çözümü hakkında taraflardan birince açıklanan görüş veya öneriler; (c) Arabuluculuk esnasında taraflardan birince yapılan beyanlar veya kabuller; (d) Arabulucu tarafından sunulan çözüm önerileri; (e) Taraflardan birinin, arabulucu tarafından çözüm için yapılan bir öneriyi kabul etmek istediğini belirtmiş olması; (f) Sadece arabuluculuğa ilişkin amaçlarla hazırlanan bu belgeler***.** Direktif önergesinin Türkçeye çevirisi için bkz. **Tekin**, s. 1343 vd; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 183-231.

[384] "Davranış Kuralları" teriminin tercih edildiği yönündeki açıklama için bkz. §2, C, dn. 140.

[385] **İsfen**, "Avusturya", s. 1330.

güvenceden yalnızca sicile kayıtlı olan arabulucuyu atayanlar yararlanabileceklerdir. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular bakımından ise kanun koyucu bilinçli bir boşluk bırakmıştır ve Kanun'un 18. maddesi kıyas yoluyla bu kişilere de uygulanamaz. 18. madde çerçevesinde yalnızca arabulucuya taraflarca açıklanan vakıalar değil aynı zamanda arabulucu tarafından arabuluculuk esnasında edinilen tüm bilgiler gizlilik kapsamındadır. Bu kapsama müzakerelerde konuşulanlar ve arabuluculuk esnasında ya da arabuluculuk dolayısıyla olup olmadığına bağlı olmaksızın edinilen tüm bilgiler girmektedir[386]. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, gizlilik kapsamının sınırlarını açıkça belirlemediği gibi arabulucu bakımından kayıtsız şartsız bir sır saklama yükümlülüğü öngörmüş; uyuşmazlığın tarafları bakımından ise sır saklama yükümlüğüne ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Bu yükümlüğe aykırılığın gerektirdiği tazminat yükümlüğü gibi hukuki yaptırımların yanı sıra, kanunda arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek bir kişinin haklı yararına zarar vermesi kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olarak öngörülmüştür. Cezai yaptırım bakımından kamusal ve haklı kişisel yarar hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiştir[387]. Ayrıca hem Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun (öZPO) 320. maddesinde hem de Ceza Usul Kanunu'nun (öStPO) 152. maddelerinde yapılan değişikliklerle arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır.

III. Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun Tasarısı

Almanya'da arabuluculuk ile ilgili pozitif bir düzenleme bulunmadığından arabuluculukta gizlilik ancak tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin genel düzenlemelerin ve arabulucuların asıl mesleklerine ilişkin meslek kanunlarının

[386]**Pruckner**, Martina, Recht der Mediation, Viyana 2003 s.33; **Roth**, Marcus/**Gherdane**, David, "Österreich" Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s. 138-139; **Fuchshuber**, Christian, Mediation im Zivilrecht, Viyana 2004, s. 17.

[387] Bu husus Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğua İlişkin Federal Kanunu'nun 31.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre:" *(1) Gizli tutma ve güvenilirlik yükümlülüğüne aykırı olarak ilgili olguları açıklayan veya değerlendiren ve böylelikle bir kişinin haklı yararlarına zarar veren kişi, mahkeme tarafından altı aya kadar hapis cezasına veya 360 güne kadar adli para cezasına çarptırılır. (2) Açıklamanın veya değerlendirmenin içerik veya şekil bakımından bir kamusal veya haklı kişisel yarar sebebiyle hukuka uygun olduğu durumlarda fail cezalandırılmaz."*Türkçe çeviri için bkz. **İsfen**, "Avusturya" s. 1333.

kıyasen uygulanması suretiyle ve sözleşmelerle korunmaya çalışılmıştır[388]. Dolayısıyla her bir somut duruma uygulanacak hukuk normunun tespit edilmeye çalışılması ile gizliliğin ne şekilde korunabileceği belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak 24 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanarak 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" (2008/52/EC) Üye Devletlerin, Direktif hükümlerini en geç 21 Mayıs 2011'de iç hukuklarına aktarmaları ve 21 Kasım 2010'da, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların iç hukuklarında cebrî icra yoluyla icra edilebilmesi için başvurulacak yetkili mahkeme ve merciler hakkında Avrupa Komisyonuna bilgi vermeleri öngörmüştür (Direktif 12,1; 6,3). Bu bağlamda hazırlanan Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun Tasarısı (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung), 04.08.2010 tarihinde kamuoyu ile paylaşılmıştır[389]. Tasarı'nın 4. maddesi arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne ilişkin genel kuralı ve bunun istisnalarını düzenlemiştir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla vakıf olduğu bilgileri, kanunda aksi öngörülmedikçe, sır olarak saklamakla yükümlüdür. Arabulucu bakımından getirilen bu sır saklama yükümlüğü dolayısıyla arabulucu ZPO m. § 383 fıkra 1 bent 6'da öngörülen kapsamda değerlendirilecek ve tanıklıktan çekinebilecektir.

IV. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu

Yukarıda belirtildiği üzere İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu arabuluculuk kurumunu 2. Bölümde 213 ile 218 maddeleri arasında düzenlemiştir[390]. Bu düzenlemelerden 216. maddede mahkemeler ile arabuluculuk yöntemi arasındaki ilişki düzenirken arabuluculukta gizlilik de güvence altına alınmıştır. Ancak 216. maddede öngörülen bu düzenleme, medenî usûl hukuku bakımından getirilen bir

[388]Hukuk devleti bağlamında mevcut durumda sözleşmesel ve yargısal arabuluculuğa ilişkin hukuki güvensizliğin giderilmesi amacıyla bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir (**Hess**, s. 100).

[389] Tasarı metni ve gerekçe hakkında bkz.; http://www.bmj.bund.de/files/f266206150ce52e29346a5da1afc8330/4646/RefE_Mediationsgesetz_20100803.pdf (erişim tarihi: 07.12.2010)

[390] Bkz. yuk. §1, C.

düzenleme olup, mahkeme aşamasındaki gizliliği güvence altına almakta, arabuluculuğun aleni olmaması ya da arabulucu ve tarafların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hususlara yer vermemektedir.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 216. maddesinin 1. fıkrasına göre arabuluculuk faaliyeti mahkemeden ve zorunlu uzlaşmadan (schlichtungs) bağımsız olup gizlidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tarafların beyanlarının mahkeme aşamasında kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Arabuluculukta gizliliği güvence altına alan diğer bir düzenleme ise 166. maddenin 1. fıkrasının d bendindeki hükümdür. Buna göre arabulucu, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla edindiği bilgiler bakımından ispat faaliyetlerine katılmaktan çekinebilir (Mitwirkungsverweigerungsrecht). Diğer bir deyişe arabulucu yalnızca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olmayıp, aynı zamanda arabuluculuk dolayısıyla hazırlanan belgeleri mahkemeye teslim etmek zorunda değildir[391].

İsviçre'de arabuluculukta gizliliğe ilişkin hükümler medenî usûl hukuku yönünden gizliliğin korunmasına ilişkin olduğundan ve üçüncü bölümde bu konu detaylı olarak inceleneceğinden burada daha fazla ayrıntıya yer vermeden düzenlemelerin odak noktasının kişiler olduğuna dikkat çekilmek istenmiştir[392]. Zira bu düzenlemelerde arabulucu ve taraflara, arabuluculuk sürecindeki beyan ve bilgileri gizli tutma bakımından bir takım imtiyazlar tanınmış, bu imtiyazlar tanınırken beyan ve belgelerin niteliği ya da özellikleri bakımından ayrıntılı düzenlemeye yer verilmemiştir.

B. Bilgi Odaklı Koruma Yöntemi

Bilgi odaklı korumada ise, koruyucu düzenlemenin odak noktası o bilginin kendisidir. Dolayısıyla o bilginin herkes tarafından kullanılması yasaklanır. Buna örnek olarak Amerikan hukukunda "mediation privilege" ve Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan model kanun verilebilir. Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan Model Kanun incelendiğinde 9. maddede sır saklama yükümlülüğü

[391] **Meier**, "Zivilprozessrecht", s.596; **Gasser**/**Rickli**, s.192.
[392]Bkz. aşa. §7,A, VI.

düzenlenmiş ancak 10. maddede müzakereler esnasında taraflarca ileri sürülen uzlaşma tekliflerinin ve bazı bilgilerin mahkeme ya da tahkim aşamasında kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

I. Birleşmiş Milletler Model Kanunu

Ekonomik yönden karşılıklı bağımlılığın gittikçe arttığı bir dünyada, uluslararası ticaret ve yatırımı kolaylaştıran daha iyi bir hukuki çerçevenin konulması konusunda önemli rol oynayan Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu 2002 yılında uluslararası ticari uyuşmazlıklarda uzlaşmaya ilişkin bir model kanun yayınlamıştır. Bilindiği üzere model kanun, bazen ülkelerin kendi şartlarına göre ayarlamalar yapmaları, bazen de bundan kaçınmaları önerilen, milli mevzuata dahil edilmesi tavsiye edilen yasal metindir. Adı geçen model kanun bilgi odaklı gizliliğin korunması yöntemini benimsemiş ve 9. maddede genel olarak arabuluculuk sürecinin gizli olduğunu ve arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgilerin taraflarca aksi kararlaştırmadıkça kural olarak gizli tutulması gerektiğini düzenledikten sonra gizliliğin istisnalarını da düzenlemiştir. Buna göre gizliliğin korunmasının istisnaları; aksinin kanunla öngörülmüş olması ya da taraflarca varılan anlaşmanın yorumlanması ve icrası bakımından açıklanmasının gerekli olmasıdır. Sır saklama yükümlülüğü arabuluculuğa ilişkin tüm bilgileri kapsamaktadır. Bu bilgilerin neler olduğu açıklanmamış ancak gerekçesinde yalnızca müzakereler esnasında edinilen bilgilerin değil aynı zamanda arabuluculuğa başvuru konusundaki tarafların tutumu arabulucunun seçimi, arabuluculuğa davet, bu davetin kabul ya da reddi gibi konuların da "bütün bilgiler" kapsamında olduğu ifade edilmiştir[393]. Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nun 9. maddesinde genel olarak gizlilik ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin kuralı getirildikten sonra 10. maddesinde de yargılama sürecine dahil edilemeyecek olan bilgi ve belgeler düzenlenmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesi de "Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması" başlığı altında Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nun ilgili hükmü model alınarak düzenlenmiştir. Model Kanun, müzakerelere katılan arabulucunun ve müzakerelerde yönetime katılanlar da dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü kişinin, tahkim, mahkeme yargısı ya da benzer süreçlerde belirli konulara

[393] Guide to Enactment, m. 9.

ilişkin delil gösteremeyeceğini ve tanıklık yapamayacağını düzenlemiştir. Bu konular şunlardır:

(a) Tarafın arabuluculuk sürecine ilişkin daveti ya da taraflardan birinin arabuluculuğa başvurma isteğine ilişkin beyanı;

(b) Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin taraflarca ileri sürülen görüş ve öneriler;

(c) Müzakereler esnasında taraflarca ileri sürülen beyan ve kabuller;

(d) Arabulucu tarafından ileri sürülen teklifler;

(e) Arabulucu tarafından ileri sürülen teklifin kabul edilmesi isteğini içeren taraf beyanları;

(f) Arabuluculuk amacına münhasır olarak düzenlenmiş bir belge.

Model Kanun kapsamında yukarıda sayılan hususlara ilişkin bilgi ve belgeler korumanın odak noktasıdır[394]. Bu bilgi ve belgelerin, taraflar, arabulucu ya da üçüncü kişinin elinde bulunması halinde mahkemeye sunulması ve mahkemede bu konulara ilişkin tanıklık yapılamayacağı düzenlenerek, gizliliğin korunması sağlanmıştır.

II. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arabuluculuk Kanunu

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerin bir çoğu, farklı alanlarda arabuluculukla ilgili Kanunlar kabul etmişlerdir[395]. Eyaletlerce kabul edilen bu kanunların çok fazla olması, Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansını (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws),

[394] **Beck** ,s. 53; **Duve,** Christian/**Prause**,Matthias "Mediation und Vertraulichkeit - Der Vorentwurf einer europaeischen Mediationsrechtlinie", IDR 2004, s. 126 vd.

[395] **Özbek**, Mustafa "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 264; **Özbek**, Mustafa "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD 2007/68, s. 267; **Nolan-Haley**, s. 108. Bu düzenlemelerden arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin hüküm içeren yaklaşık 250 tane Kanun bulunmaktadır. Bu değişik düzenlemeler hakkında bkz. **Cole,** Sarah/**Rogers,** Nancy/ **McEwen**, Craig, Mediation: Law, Policy & Practice, 2006, Ek-A; **Rufenacht,** Mindy, The Concern over Confidentiality in Mediation", Dis. Res. J., 2000, s. 113; **Kentra**, s. 715 vd; **Kirtley**, dn. 6-7.

Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nu-UMA hazırlamaya sevk etmiştir[396]. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu 10-17.08.2001 tarihleri arasında kararlaştırılmış ve eyaletlerin iç hukuklarına uyarlanmak üzere sunulmuştur[397].

Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA, Birleşmiş Milletler Model Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirerek taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça müzakerelerde edinilen bilgilerin gizli olduğunu ve bu bilgilerin ancak kanunla emredildiği takdirde açıklanabileceğini düzenlemiştir[398]. Gizliliğin korunması genel olarak Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile gizliliğin sınırlarının belirlenmesi tarafların sorumluluğuna bırakılmıştır. Taraflar gizliliğin sınırlarını ve gizlilik kapsamını her bir somut durum bakımından sözleşme ile belirlemelidirler. Bu nedenle Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'nın 8. maddesinin çerçeve bir düzenleme ile taraflara gizliliğin korunmasına dair sözleşme yapılması gerektiğini hatırlatan bir fonksiyonu olduğu ifade edilmiştir[399]. Gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlerin ileride mahkeme huzurunda kamu düzeni gerekçesiyle geçersiz olmamasına da dikkat edilmelidir. Arabuluculuk ile ilgili gizliliğin ve sır saklama yükümlülüğünün kural olarak düzenlendiği ve bu kuralın istisnalarını düzenleyen 8. maddenin yanı sıra 4. maddede arabuluculuk görüşmelerinin delil teşkil etmeyeceğine ilişkin düzenleme mevcuttur. Buna göre; aksi düzenlenmedikçe ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk görüşmelerine delil olarak dayanılamaz. Bu bağlamda arabulucu, taraflar ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı "privilege" bulunmaktadır. Ancak caiz sayılan ve önceden ulaşılabilen bilgi veya delilin sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Tespit edildiği üzere Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'na göre gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlerin odak noktası, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece arabuluculuk müzakereleri esnasındaki tüm iletişim

---

[396] **Nolan-Haley**, s. 108.

[397] Tek tip Arabuluculuk Kanunu Colombia, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Utah, Vermont ve Washington tarafından kabul edilmiştir. http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-uma2001.asp (erişim tarihi, 04.12.2010).

[398] Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nun tam metnine ulaşmak için bkz.; http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.htm (erişim tarihi (04. 12.2010).

[399] **Beck**, s. 267.

bilgileridir[400]. Tüm iletişim bilgileri kapsamına arabuluculuk müzakereleri esnasında ya da müzakerelere ilişkin taraflar arasındaki tüm sözlü ve yazılı iletişim bilgileri dahildir. Bu düzenlemede korumanın odak noktası arabuluculuk sürecine katılanlar değil, tüm iletişim bilgileri olduğundan, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nun bilgi odaklı bir gizliliğin korunması sistemini kabul ettiği sonucuna varılabilir[401].

C. Hukuk Uyumazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısında Öngörülen Koruma Yöntemi

Biz bu çalışmamızda arabuluculuk ile ilgili düzenlemelere esas olarak Birleşmiş Milletler Model Kanunu, Avrupa Birliği Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Direktifi, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA ve Almanya'daki düzenlemeler ile Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanunu Tasarısı'nı ele aldığımızdan arabulucunun sır saklama yükümlüğünün bu düzenlemelere konu olup olmadığını, olduysa ne şekilde düzenlendiğini yukarıda tespit ettikten sonra Türk Hukuku'ndaki durumu belirlemeye çalışacağız[402].

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı 37. maddeden oluşmaktadır. Tasarıda arabuluculuğun uygulama alanı "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıkları" olarak belirlenmiştir (HUAKT m.1). Kanun koyucu tarafların sulh olabilecekleri

---

[400] **Hoxie**, s. 441; **Rufenacht**, s. 113.

[401] **Beck**, s. 278.

[402] Bu arada yeri gelmişken Belçika'daki gizliliğe ilişkin düzenlemeye de kısaca yer vermekte fayda vardır. Belçika'da arabuluculuğa ilişkin ilk düzenleme 2001 yılında aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin kanundur. Böylece arabuluculuk ilk olarak aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlanmış ve Şubat 2005 tarihli yasa 30 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile Avrupa Birliği Direktif teklifi doğrultusunda arabuluculuk kurumuna medeni usul kanunu içerinde ayrıca bir bölümde yer verilmiştir. Belçika'da kanun koycu arabuluculukta gizliliği ve mesleki sır saklama yükümlülüğünü arabuluculukta başarıya giden anahtarlar olarak tespit etmiş ve bu nedenle hem yargılama esnasındaki gizliliği hem de gizliliği teminat altına alan mesleki yükümlülükleri düzenlemiştir. Ayrıca arabuluculara Belçika Ceza Kanunu'nun 458. maddesinde sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun yanı sıra taraflar arabulucunun medeni ya da idari usullere göre de tanıklığına başvuramazlar. Bu konuda bkz. **Demeyere**, s. 89; **Namlı**, Mert, "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumun Temel Esasları", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 100 vd.

uyuşmazlıkları uygulama alanına almış ve kamu düzenini ilgilendiren hukuki uyuşmazlıkları ise kapsam dışında bırakmıştır.

Tasarı ile sevk edilen gizliliğin korunmasına dair hükümler Birleşmiş Milletler Model Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır (HUAKT m. 4 ve m. 5). Bu düzenleme 4. maddede öncelikle arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü hüküm altına alarak kişi odaklı koruma öngören bir düzenleme yapmış, diğer taraftan 5. maddede de bazı "beyan ve belgelerin kullanılamaması" başlığı altında bilgi odaklı bir korunma öngörmüştür.

Tasarı'ya göre arabulucu kural olarak arabulucululuk faaliyeti esnasında kendisine sunulan bilgi ve belgeler bakımından sır saklama yükümlülüğü altındadır (HUAKT m. 4). Bu sır saklama yükümlüğü genel bir kural olmakla birlikte taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği de hüküm altına alınmıştır. Aynı madde taraflar bakımından da sır saklama yükümlülüğünü genel kural olarak öngörmüş ancak aksinin kararlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu maddedeki düzenleme arabulucu ya da tarafların arabuluculuk faaliyeti esnasında edindiği bilgi ve belgelerle sınırlı olarak arabulucu ve taraflara sır saklama yükümlülüğü getirerek arabuluculuk faaliyeti dışında kalan üçüncü kişilere bilgi ve belgelerin ifşa edilmemesini öngörmektedir. Tasarının 5. maddesi ise gizliliğin yargılama esnasında da korunmasını güvence altına almak amacıyla madde hükmünde belirtilen konuların hâkim ya da hakem önüne getirilemeyeceğini düzenlemektedir (HUAKT m.5). 5. madde yalnızca arabulucu ve tarafları değil arabuluculuğa katılan üçüncü kişileri de kapsamaktadır. Buna göre "taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği", "uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler", "arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü", "sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler" delil olarak sunulamaz ve bu beyan ve belgeler hakkında arabulucu, taraflar ya da arabuluculuğa katılan üçüncü kişilerin tanıklığına başvurulamaz. Tasarı bu sayılan hususlara ilişkin bilgi ve belgeler saklı kalmak koşuluyla caiz sayılan delillerin sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceğini düzenleyerek kullanılamayacak beyan ve belgeleri konu bakımından sınırlamıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın, gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlerinde bir yandan arabulucunun ve tarafların sır saklama yükümlülüğü olduğunu düzenlemiş, bir yandan da arabuluculuk müzakereleri esnasındaki hangi bilgi ve belgelerin mahkeme huzuruna getirilmeyeceğini düzenlemiştir. Bu hükümler incelendiğinde kanaatimizce kanun koyucunun iradesi gizliliği hem kişi odaklı hem de bilgi odaklı koruma yönündedir.

İKİNCİ BÖLÜM:

MADDİ HUKUK YÖNÜNDEN ARABULUCULUKTA GİZLİLİĞİN KORUNMASI

§5. Arabulucu Bakımından Gizliliğin Korunması

Birinci bölümde gizliliğe neden ihtiyaç duyulduğunu ve gizliliğin kapsamını belirledik. Arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin Türk hukukunda mevcut özel pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı gizliliğe ilişkin hükümler sevketmiş ancak söz konusu Tasarı henüz yasalaşmamıştır. Tasarıdaki bu hükümler yasalaşmasa dahi mevcut yasal düzenlemelerle arabuluculukta gizliliğin korunması mümkün müdür? Ya da gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki gerekse mevcut düzenlemeye göre sağlanan koruma yeterli midir? Bu soruların cevabını bu bölümde tespit etmeye çalışacağız.

A. Arabulucunun Sır Saklama Yükümlülüğü

Gizliliğin kapsamının sürecin aleni olmamasını, arabulucunun tarafların ve üçüncü kişilerin sır saklama yükümlülüğünü ve arabuluculuk süresi sonrasında açılabilecek davalarda gizliliği korunması amacıyla bazı beyan, bilgi ve belgelere dayanılamaması olduğu yukarıda tespit edilmişti[403]. Bu kapsamda maddi hukuk yönünden gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olacağından ve bu bölümde arabulucu, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından sır saklama yükümlülüğü tespit edilmeye çalışılacağından öncelikle sırrın tanımına yer vermek ve arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün kapsamının ne olduğunu tespit etmek gerekir.

[403] Bkz. yuk.§3, A, I, 1,2 ve 3.

I. Genel Olarak Sır

Sır kavramı ve sır türleri hukuk disiplerinde[404] farklılaşan içeriğe sahip olmakla birlikte genel olarak sırrın hukuki tanımı yapılmamıştır[405]. O nedenle burada genel olarak sır kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. Sırrın sözlük anlamı "Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey", "bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvurulan özel ve gizli yöntem" veya "saklanması gereken bilgi"dir[406].

Sırra ilişkin genel tanımlara rastlamak mümkündür. Alman hukuk doktrininde sır, sahibi tarafından gizli kalması istenen ve sahibinin bunda menfaati olan durumlara ilişkin bilgilerdir[407]. Sırrın en önemli unsuru aleni olmaması ve sahibinin bunun gizli kalmasında menfaati bulunmasıdır. Türk hukuk literatüründe sırra ilişkin çeşitli tanımlamalara rastlamak mümkündür. Örneğin, bir görüşe göre, sır "sahininin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus" olarak tanımlanır[408]. Diğer bir ifadeye göre ise sır "işitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve maddi varlığa sahip bulunmayan veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması lazım olan hususdur"[409]. Diğer

---

[404] Sır kavramı özel sır ve devlet sırrı olarak karşımıza çıkabileceğinden özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bu sırlar korunma altına alınmaya çalışılmıştır (**Kloepfer**, Michael, Informationenrecht, Münih 2002, §9, Kn.2).

[405] Örneğin, Ticari sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2. maddesine göre: *a) Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri, b) Banka sırrı: Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri, c) Müşteri sırrı: Ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri,* ifade eder.

[406] Tdk, Güncel Türkçe Sözlük; **Yılmaz,** "Sözlük", s. 802.

[407] **Kloepfer**, §9, Kn.1; **Wodtke**, Carolina/**Richters**, Swantje/**Pfuh**l, Marcus, Schutz von Betriebs-Geshaeftsgehimnissen, Berlin 2004, s.21.

[408] **Donay**, s.4.

[409] **Erem,** Faruk/ **Altınok,** Akın/**Tandoğan,** Haluk, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1975, s. 333.

bir görüşe göre ise sır "Gizli kalması sahibi veya sahiplerine menfaat sağlayan, bu nedenle sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, tek bir kişi ya da belli bir topluluğa ait her türlü iş, işlem ya da olaya ilişkin bilgidir"[410]. Sır sahibi kişinin, bu hususun sır olarak saklanması konusunda iradesinin olması ve tutum ve davranışlarıyla da bu hususu desteklemesi gerekmektedir[411]. Bu irade açık ya da zımni olabilir. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde sır sahibinin menfaatinin bulunduğu açıkça anlaşılabiliyorsa bu durum, sır sahibinin bu hususun gizli kalmasına dair iradesinin varlığına karine teşkil eder[412].

Doktrindeki sır tanımlarından da anlaşılacağı üzere sırrın önemli unsurlarından bir diğeri gizli kalmasının sahibine menfaat sağlanmasıdır. Bu menfaat ekonomik olabileceği gibi, manevi de olabilir. Burada önemli olan hukuken korunmaya değer bir menfaat olmasıdır[413].

Sırrın saklanması yükümlülüğüne aykırılık bazen pozitif düzenlemelerden kaynaklanan hukuki ve cezai bir sorumluluk gerektirir. Buna örnek olarak avukatların sır saklama yükümlülüğü[414], hekimin sır saklama yükümlülüğü[415] verilebilir. Bazı durumlarda ise taraflar sözleşme ile sır saklama yükümlülüğü altına girerler. Buna örnek olarak ise, vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, know-how sözleşmesi verilebilir[416]. Sır saklama yükümlülüğü ayrıca günümüzdeki uyuşmazlıklarda özellikle ticari sırların gerekli olduğu yargılamalar bakımından da büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle ticari sırlar yalnızca yerel düzenlemelerle değil bunun yanında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasına ekli TRIPS anlaşmasıyla da koruma altına alınmıştır[417].

---

[410] **Usluel**, Aslı Gürbüz, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul 2009, s. 7.

[411] **Hartmann**, §27, Kn.6; **Oldenbruch**, s. 19.

[412] **Gürzümar**,Osman B., Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 83.

[413] **Gürzümar**, s. 84.

[414] Avukatlık Kanunu, m. 36.

[415] Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 5, m.23.

[416] **Usluel**, s. 13.

[417] Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret İlgili Görünümleri Hakkında Anlaşma) m. 39.

II. Arabuluculukta Sırrın Kapsamı

Sır sahibi kişinin, bu hususun sır olarak saklanması konusunda iradesinin olması ve tutum ve davranışlarıyla da bu hususu desteklemesi gerekmektedir[418]. Bu kural arabuluculuk yönteminin tarafları için de geçerlidir. Bilgiyi paylaşan ya da karşı tarafın bilgisine sunan tarafın, bu hususun gizli kalması yönünde iradesi ya da tutumu yoksa zaten sır saklama ya da gizli tutma yükümlülüğü de bir anlam ifade etmeyecektir. O halde gizli bilgi ya da sır, taraflardan birinin uhdesinde bulunan, kamunun elde etmesine izin verilmeyen, ticari, mali veya sınai önemi olan ve ona sahip olana tarafça gizli sayılan bilgi olarak ifade edilebilir[419]. Arabuluculukta da sır kapsamında kalan ya da tarafların birbirlerinden sır olarak muhafaza edilmesini beklediği bilgi ve belgeler, arabuluculukta müzakere aşamasında tarafın kendisinin sunduğu belgeler, sözleşmeler, malvarlığı bilgileri ya da bu süreçte diğer tarafın kendiliğinden öğrendiği bilgi ve belgelerdir. İşte müzakere aşamasındaki tarafların beyanları gibi bu bilgi ve belgeler de sır kapsamındadır. Genel olarak bilinen ya da somut bir konuyla ilgilenen kişiler bakımından kolaylıkla elde edilebilecek olan hususlar sır saklama yükümlüğü kapsamında değerlendirilmemelidir[420]. O bakımdan arabulucunun taraflarla birlikte, uyuşmazlık halinde hangi bilgi ve belgelerin gizli kalacağını tespit etmesi, tarafları buna yönlendirmesi gerekir[421]. Dolayısıyla arabuluculukta hem taraflar hem de arabulucu bakımından öngörülen sır saklama yükümlülüğü gerek yasal düzenlemeklerle koruma altına alınan sırları gerekse sözleşmelerle sır olarak kararlaştırılan bütün hususları kapsar[422]. Ancak arabuluculukta gizliliğin kapsamı belirlenirken yalnızca arabulucu ve taraflar bakımından sır saklama yükümlülüğü kapsamındaki hususlar değil aynı zamanda tarafların arabulucuya başvuru sonrasında dezavantajlı duruma düşmemelerinin güvence altına alınması da göz önünde bulundurulmaktadır[423].

---

[418] **Hartmann**, §27, Kn.5; **Oldenbruch**, s. 19.

[419] WIPO Tahkim Kuralları m. 52.

[420] **Özsunay**, s. 542.

[421] **Oldenbruch**, s. 20.

[422] **Eiholzer**, Heiner, Die Streitbeilegungsabrede, Freiburg, İsviçre 1998, s. 129.

[423] **Hartmann**, §27, Kn.4.

Arabuluculukta sır saklama yükümlülüğü, arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ve arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişiler bakımından söz konusudur. Arabulucu müzakereler esnasında taraflardan edindiği bilgileri üçüncü kişilere, özel oturumlarda edindiği ve özel oturum yaptığı tarafın açıkça izni olmadıkça kendisine sunulanları karşı tarafına ifşa etmemekle yükümlüdür. Arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişi bakımından da sır saklama yükümlülüğü, müzakerelerde edindiği bilgileri üçüncü kişilere aktarmama yükümlülüğünü ifade eder. Uyuşmazlığın tarafları bakımından sır saklama yükümlülüğü ise müzakereler esnasında edinilen ve sır olarak değerlendirilen bilgileri üçüncü bir kişiye ifşa etmeme yükümlülüğünü ifade etmektedir.

B. Arabulucunun Kanundan Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmamakla birlikte, meslek kanunlarındaki sır saklama yükümlülülüğüne ilişkin düzenlemelerin ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin arabulucu bakımından da uygulanması bazı durumlarda mümkün olabilmektedir. Biz bu başlık altında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı henüz yasalaşmadığından, mevcut sistemde, arabulucunun kanundan doğan sır saklama yükümlülüğünü tespit etmeye çalışacağız.

I. Meslek Kanunlarında Düzenlenen Sır Saklama Yükümlülüğünün Arabulucu Bakımından Uygulanması

Meslek kanunları, belirli bir meslek alanındaki meslek elemanlarının haklarını ya da o meslek grubunun verdiği hizmetlerden yararlananların haklarını korumak üzere kanun koyucunun öngördüğü düzenlemeleri ve yaptırımları içeren kanunlardır. Diğer deyişle, bazı kanunlar, unvan kanunlarıdır ve belirli bir mesleği icra yetkisini, sadece o mesleğin elemanlarına verir. Meslek dışından kişiler bu unvanı kullanarak meslek icra ederlerse, yasaların öngördüğü cezalara çarptırılırlar. Bazı yasalar da belirli bir meslekle ilişkili uygulamaların o meslek içinden hangi koşullara sahip kişilerce yapılması gerektiğini belirleyen uygulama standartları yasalarıdır. Bazı yasalar da hem unvanları korur hem de uygulama standartlarını

düzenler. Meslek yasaları, uygulama standartlarını düzenlerken, genellikle o mesleğin gelişimini sağlayacak şekilde, "çerçeve kanunlar" biçiminde çıkarılırlar. Düzenlemelerin ayrıntılı yönleri ise yönetmeliklere bırakılır.

Türk hukukunda arabuluculuk mesleği ile ilgili hali hazırda mesleki bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabulucu değişik meslek gruplarından seçilebilir. Örneğin arabulucu avukat, noter, psikolog ya da mühendis olabilir. Her ne kadar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda arabulucuların *"arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmak*" yükümlülüğü varsa da, bu düzenlemenin yasalaşması halinde, söz konusu hüküm Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun'daki gibi yalnızca sicile kayıtlı arabulucular bakımından uygulama alanı bulacaktır (HUAKT m. 4). Sicile kayıtlı olmayan arabulucuların tayin edilmesi halinde ise gizliliğin ne şekilde korunacağı konusunda kanun koyucu bilinçli bir boşluk bırakmıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda düzenlenen bu sır saklama yükümlülüğünün yasalaşması halinde arabuluculuk meslek grubu için yeknesak bir düzenleme sağlanmış olacaktır. Diğer taraftan arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün kanundan doğması halinde arabuluculuk sürecine dahil olmayan üçüncü bir kişiye ait bir sırra arabulucu tarafından vakıf olunması halinde sır sahibinin korunması da pozitif bir dayanak kazanmış olacaktır. Zira uyuşmazlığın tarafları arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü arabulucu sözleşmesi ile düzenlediklerinden zaten kendileri kanundan doğmasa da arabulucu sözleşmesi çerçevesinde gizliliği güvence altına almış olacaklarıdır. Ancak üçüncü kişiler bakımından arabulucu ile sır sahibi üçüncü kişi arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığından sözleşmeye aykırılığa ilişkin yaptırımlar uygulanamayacaktır. Kanaatimizce kanun ile arabulucunun arabuluculuk görevi dolayısıyla edindiği bilgilerin sır olarak saklanması yönünde bir düzenleme getirilmesi halinde arabulucunun kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü hem uyuşmazlığın tarafları hem de uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü kişileri koruma altına alacaktır.

Arabulucunun meslek kanunlarından doğan düzenlemeler çerçevesinde kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü olduğunun tespiti halinde, sır saklama

yükümlülüğüne aykırılığın hukuki sonuçlarını belirleyen hukuki dayanaklar da farklı olabilecektir. Böyle bir durumda arabulucu kanunda düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne göre hem haksız fiilden sorumlu olacak, hem de uyuşmazlığın tarafları ile yapılan sözleşmeye aykırılık ve bu bağlamda borca aykırılık dolayısıyla sorumlu olacaktır. Dolayısıyla arabulucunun meslek kanunlarından doğan sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde sözleşmesel ve sözleşme dışı tazminat talepleri yarışacaktır[424].

1. Avukatlık Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü

a. Avukatlık Kanunundaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Avukat-Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği

Avukatın sır saklama yükümlülüğü Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde ve Meslek Kurallarının 37. maddesinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, avukatın sadakat gerektiren mesleğine ve müvekkili ile arasındaki güven ilişkisine dayanır[425]. Avukatın meslek sırrı yalnızca Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları tarafından değil, ceza hukuku, ceza usul hukuku ve medenî usûl hukuku hatta Anayasa Hukuku tarafından da korunur[426]. Avukatın kendisiyle müvekkili arasındaki güvene dayalı sözleşme ilişkisi çerçevesinde yalnızca temsilcisi olduğu tarafa karşı sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır[427].

Avukatlık Kanunu`nun 36. maddesinde düzenlenen tarafların sır saklamasına ilişkin hükme göre; "*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini*

[424] Ancak alacaklı için borçluyu borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutmak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmaktan çoğu kez daha elverişli olacaktır. Zira borca aykırılıkta borçlu kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalmakta ve borca aykırılık halinde tazminat davası zamanaşımı kural olarak on sene iken, haksız fiil sorumluluğunda tazminat davası zarara ve faile ıttıla tarihinden itibaren bir seneden zamanaşımına uğramaktadır (**Oğuzman/Öz**, s. 380).

[425] **Güner**, s. 382.

[426] **Sungurtekin-Özkan**, Meral, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006**,** s. 240. Avukatın meslek sırrının korunması Anayasa ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliğinin de bir gereğidir (**Güner**, s. 393).

[427] **Sungurtekin-Özkan**, "Avukatlık"s. 240.

almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. ..."

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere tarafların sır saklama yükümlülüğü sadece mesleğin icrasına ilişkin olarak edinilmiş sırlara ilişkindir[428]. O halde her türlü sır bu koruma kapsamında değildir[429]. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün doğması için sırrın mesleği icra sırasında öğrenilmesi yeterli olmayıp, icra edilen meslek ile doğrudan ilgili olması gerekir[430]. O halde burada üzerinde durulması gereken husus, avukatların arabuluculuk yapması halinde, avukatlık mesleğini de icra edip etmediğidir. Bunu tespit edebilmek için Avukatlık Kanunun 2. maddesinde düzenlenen avukatlığın amacına yakından bakacak olursak; avukatlığın amacı hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ve uyuşmazlıkların her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Diğer taraftan Avukatlık Kanunu'nun 35 A maddesi hükmü uyarınca avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara ilişkin ve bunlarla sınırlı olarak, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler[431]. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi

---

[428]Avukatın müvekkiline ilişkin olarak sahip olduğu bilgilerden hangilerinin sır olarak nitelendirilemeyeceğinin tespiti güç olmakla birlikte, Alman hukukunda tereddüt halinde avukatın müvekkilini "Sırların Efendisi" olarak kabul etmesi ve tereddüt ettiği hususu gizli tutması gerektiği ifade edilmiştir (**Henssler**, Martin, "Das anwaltliche Berufsgeheimnis" NJW 1994, s. 1823). Aynı yönde bkz. **Henssler**, Martin/**Prütting**, Hans: Bundesrechtsanwaltsordnung: Kommentar, Münih 2004, §43 a, Kn. 59; **Hartung**, Wolfgang/**Holl**, Thomas, Anwaltliche Berufsordnung-Kommentar und Berufsrechts-ABC, Münih 2001; §2, Kn. 20.

[429] **Günergök**,Özcan, Tarafların Sır Saklama Yükümlülüğü", AÜEHFD C.VII; S.1-2 (Haziran 2003), s. 657; **Güner**, s.393.

[430] **Sungurtekin-Özkan**, "Avukatlık",s. 244.

[431] Avukatlar, kendilerine intikal eden iş ve davalarda tarafları arabulucu sıfatıyla uzlaşmaya davet etmektedirler (**Özbek**, Mustafa "Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk" ABD 2001/3, s. 129).

anlamında ilam niteliğindedir. Bu düzenleme ile aslında avukatlara dava yoluyla uyuşmazlık çözümünün yanı sıra mahkeme dışı çözüm yollarında da yetki verilmiş olup, hukukçu olarak uzlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözümü konusunda da etkili olmalarının yolu açılmıştır[432]. Diğer taraftan Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 17. maddesinin son paragrafında da müzakerelerde yapılan beyan ve ikrarların delil teşkil etmeyeceği hükme bağlanarak gizlilik korunmaya çalışılmıştır[433].

Arabuluculuk aslında uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla uyuşmazlıklarına çözüm arayışları ve üçüncü kişinin de tarafların uzlaşmaya varmaları konusunda çaba göstermesinden ibaret bir girişim olup, tarafsız üçüncü kişinin mutlaka avukat olması gerekmiyorsa da Avukatlık Kanunu m. 35 A' daki düzenleme yalnızca avukatlara tanınmış bir yetkidir[434].

Bu hükümden hareketle avukat-arabulucunun Avukatlık Kanunu kapsamında da sır saklama yükümlülüğüne sahip olduğu söylenebilir[435].

b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlali, avukatın hukuki sorumluluğunun yanında cezai sorumluluğunu da doğurur. Bu yükümlülüğün ihlali aynı zamanda disiplin cezasını da gerektirir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün ihlali, sır sahibinin maddi ve manevi zararının doğması ve nedensellik[436] bağı gibi şartların da eklenmesi halinde hukuki sorumluluğunu doğurur[437]. Cezai sorumluluğu ise Türk

---

[432] **Sungurtekin**, "Uzlaşma", s. 360.

[433] Madde metni için bkz. yuk. §3, B, III. HUMK'un 236/3 maddesinde "Sulh müzakeresi esnasında sebkeden ikrar muteber değildir" hükmü olmasına rağmen, yönetmelikte bu hükme gerek olmadığı kanaatindeyiz.

[434]**Sungurtekin**, "Uzlaşma", s. 358. Kanunun bu hükmü avukatları arabulucu olarak faaliyet göstermeye teşvik etmektedir (**Özbek**, "Avukatlık Kanunu", s. 129).

[435] Avukat-arabulucunun, sır saklama yükümlülüğü arabuluculuk sürecine başvuran her iki taraf bakımından söz konusu olacaktır (**Oldenbruch**, s. 35).

[436]Avukatın mesleki mesleki faaliyet alanı içerisinde kabul edilemeyecek bir mekân ve zamanda tesadüfen öğrenilmiş bilgiler bakımından nedensellik bulunmamaktadır; **Hartung/Holl**, §2, Kn. 14; **Güner**, s.393. Nedensellik bağının bulunmadığı duruma ilişkin somut bir örnek olarak avukatın öğlen yemeği esnasında yan masada açıklanan ve avukata ulaşan bilgiler gösterilmiştir; **Güner**, s. 393.

[437]Hukuk sorumluluğun dayanağı konusunda bkz. yuk. §5, B, I.

Ceza Kanunu'nun 258. maddesinde düzenlenen görev sırrının açıklanması suçu çerçevesinde gündeme gelecektir[438].

Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla avukatın hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğundan kurtulabilmesi de bazı durumlarda mümkündür. Avukatın meslek sırrı ile bağlılıktan kurtulabilmesinin şartları genel olarak sır sahibinin rızası, ızdırar hali, avukatın kişisel menfaatlerini koruma yetkisi olarak ifade edilebilir[439]. Avukatın kişisel menfaatlerini korumak yetkisi çerçevesinde sır saklama yükümlülülüğü ile bağlılıktan kurtulması özel hukuka ilişkin bir tazminat isteminde, sırrın korunmasında ısrar edilmesi halinde ceza hukukuna veya meslek hukukuna ilişkin disiplin cezası tehdidi altında bulunması gibi durumlarda karşımıza çıkabilir[440].

Avukat arabulucular bakımından da sır saklama yükümlüğüne aykırılık halinde yukarıda belirtilen hukuki, cezai ya da disiplin cezası yaptırımları uygulama alanı bulacaktır zira arabuluculuk faaliyeti avukatlık mesleğinin icrası kapsamındadır.

2. Noterlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü

a. Noterlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Noter-Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği

Noterlerin sır saklama yükümlülüğü Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısiyle öğrendikleri sırları açıklayamazlar. Bu sır saklama yükümlüğünün istisnası ise yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre noter ve noter katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları ancak kanunların emrettiği hallerde açıklayabilirler,

[438] Bkz. aşa. §5, B,III.

[439] **Sungurtekin-Özkan**, "Avukatlık", s. 246 vd.

[440] Özellikle avukatın ücret alacağının dava konusu olması halinde sır saklama yükümlülüğünden kurtulabileceği ifade edilmiştir (**Hartung/Holl**,§2, Kn.32; **Henssler**, s. 1822).

aksi halde açıklayamazlar[441]. Noterlerin kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü olduğu ifade edilmekle beraber bu hükmün noter arabulucular bakımından uygulanıp uygulanamayacağının tespit edilmesi gerekir. Bunun tespiti ise arabuluculuk faaliyetinin noterlerin faaliyet alanı kapsamında olup olmadığının tespiti ile mümkündür.

Arabuluculuk faaliyetinin noterler tarafından üstelenilmesinin teşvik edilmesi gerektiği zira arabuluculuk faaliyetinin noterler tarafından yapılmasının bazı avantajları olacağı ifade edilmiştir[442]. Noterlerin önceden katıldıkları hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk yapması halinde noterlerin tarafların gerçek iradelerine vakıf olmaları ve hukuki işlem hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmasından ötürü büyük katkısı olacağı düşünülmüştür[443]. Noterlerin bağımsız ve tarafsız konumları dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarında güven uyandırmaları daha kolay olacaktır. Noterlerin arabuluculuk yapmasının diğer bir avantajı olarak da arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın noterlerce belgelenmesi halinde sözleşmesinin icra edilmesinde sağlayacağı kolaylıklar gösterilmiştir[444]. Açıklanan nedenlerle, sahip oldukları hakları ve yükümlülükleriyle arabulucu olarak görev yapmaya çok uygun olan noterler aslında arabuluculuk için gerekli olan temel özelliklerin birçoğunu bünyelerinde barındırmaktadırlar. Ancak arabuluculuk noterlerin görevleri kapsamında mıdır? Bu sorunun cevaplandırılması için Noterlik Kanunu'nun 1. maddesi ile 50. maddesinden yola çıkmak gerekir. Noterlik Kanunu'nun 1. maddesine göre noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar. Dolayısıyla noterler hukukî işlemlere katılarak resmiyet kazandırmakta, işlemlerin taraflarını bilgilendirmekte, uyarmakta ve taraflara hukuk

[441] Noterlerin tanıklıktan çekinme hakkının da bulunduğunu burada yeri gelmişken belirtmekte fayda vardır. Ceza Muhakemesi bakımından noterlerin tanıklıktan çekinme hakkı kanun hükmünde açıkça zikredilerek belirtilmiştir. CMK m. 46 f. 1 b. c'ye göre "*malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler*" dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

[442] **Karyağdı**, Müjgan "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2,2007, s. 925; **Özbek**, Mustafa "Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi" TNBHD 2006/132, s. 43-58, **Yeni**, Hasan, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 149.

[443] **Karyağdı**, s. 925.

[444] **Karyağdı**, s.925.

danışmanlığı yapmakta ve bu sayede de ileride çıkması muhtemel anlaşmazlıkları önlemektedir[445]. Noterlik mesleği hakkında genel düzenleme getiren 1. maddenin yanı sıra "n*oterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işler*" 50. maddede düzenlenmiştir. Buna göre noterliğin yargı mercileri tarafından verilen işlerle, ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, hakemlik, vasiyeti tenfiz memurluğu dışında başkaca bir işle bağdaşmadığı düzenlenmiştir[446]. Noterlerin hakemlik yapabileceğine ilişkin bu düzenleme ve noterlerin hukuki güvenliği sağlamak ve uyuşmazlıkları önlemek gibi görevleri birlikte değerlendirildiğinde arabuluculuğun da noterlik faaliyeti kapsamında kaldığı kabul sonucuna varılır[447].

b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Noter-arabulucuların sır saklama yükümlüğünü ihlal etmesi cezai, hukuki ve disiplin sorumluluğunu doğuracaktır[448].

Noterlik mesleğinin bir kamu hizmeti olması dolayısıyla noterlerin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesi kapsamında suç teşkil edecektir[449]. Diğer taraftan hem Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesi hem de Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenen sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla noterlerin tazminat sorumluluğu doğacaktır[450]. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 125'de noterlik mesleğinin vakar ve onuruna aykırı eylem ve hareketlerde bulunanlarla, görevlerini yapmayan veya kusurlu olarak yapan yahut da görevinin gerektirdiği güveni sarsıcı hareketlerde

---

[445] **Özbek** "Noterler", s. 55-56.

[446] Tasarı'nın yasalaşması halinde noterlerin arabuluculuk yapabilmesi için kanaatimizce bu hususun ilgili maddeye eklenmesi uygun olacaktır.

[447] Alman hukukunda her ne kadar noterlerin arabuluculuk faaliyeti hakkında açıkça bir düzenleme yoksa da BNotO §18, §24'deki düzenlemeler, noterlerin uyuşmazlıkları önleme işlevi ve noterlerin taraflara hukuki danışmanlık yapma görevi ve hakemlik yapabilmesi dolayısıyla arabuluculuk noterlerin görevleri arasında kabul edilmiştir. Bu konuda bkz; **Wagner**, "Notariat", Kn. 40-41; **Oldenbruch**, s. 35 vd.; **Beck**, s. 107 vd.; **Hilbe**r, s. 33 vd.

[448] Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla avukatlar gibi noterlerin de hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğundan kurtulabilmesi genel olarak sır sahibinin rızası, ızdırar hali, noterlerin kişisel menfaatlerini koruma yetkisi olan hallerde mümkün kabul edilmelidir.

[449] Bkz. aşa. §5, B, III.

[450] Tazminat sorumluluğunun hukuksal dayanakları konusunda bkz. yuk. §5, B, I.

bulunan noterler hakkında, noterlik hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi amacı ile durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre disiplin cezaları verileceği hükme bağlanmıştır. Noterlere verilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, para cezası, geçici olarak işten çıkarma ve meslekten çıkarmadır.

3. Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğü

a. Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'ndaki Sır Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı ve Arabulucu Bakımından Uygulanabilirliği

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda mesleki ahlak ve moral değerlerle ilgili bazı hükümler yer almıştır. Söz konusu Kanunun 43. maddesinde sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, "*Meslek mensupları ve bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemezler, çeşitli kanunlarla muhbirlere tanınan hak ve menfaatlerden faydalanamazlar*". Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından yayınlanan Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 7. maddesine göre de "*Meslek mensupları ve bunların yanlarında çalışanlar mesleki faaliyetleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları mesleki faaliyetlerine son verseler bile ifşa edemezler*". Ticari uyuşmazlıklarda taraflarca arabulucudan kendilerine mali konularda da yol göstermesinin beklendiği hallerde serbest muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin arabulucu olarak tayini edilmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur[451].
Bu Kanun kapsamındaki meslek mensuplarının arabulucu olarak tayini halinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğunu tespit edebilmek için öncelikle arabuluculuk faaliyetinin meslek ile bağdaşır nitelikte ve mesleğin konusu

[451] **Beck**, s. 113; **Oldenbruch**, s.54; **Hartmann**, §27, Kn. 15.

kapsamında olduğunun tespiti gerekir. Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2. maddesinde muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleklerinin konusu tespit edilmiştir. Bu maddeye göre, muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirler; gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin kanunda belirtilen birtakım belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, malî tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmakla görevlidir. Serbest muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin "tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri" yapmaları açıkça mesleğin konusu içerisinde değerlendirildiğinden, arabuluculuk faaliyeti de bu kişilerce ifa edildiğinde kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilecektir[452]. Ancak kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğünden bahsedebilmek için bu kişilerin arabuluculuk faaliyetini üstlendikleri uyuşmazlığın konusunun da mesleki faaliyetleri ile bağlantılı olması gerekir[453]. Örneğin aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta ya da patent hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta muhasebeci ya da mali müşavirin arabuluculuk yapması halinde kanundan doğan bir saklama yükümlülüğü olduğu söylenemez[454].

b. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin sır saklama yükümlüğüne aykırı davranışları, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre hukuki ve Türk Ceza Kanunu'na göre cezai sorumluluklarını doğuracağı gibi, disiplin cezası ile cezalandırılmalarını da gerektirir[455]. Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 48. maddesinde "*Mesleğin vakar ve onuruna aykırı fiil ve hareketlerde bulunanlarla,*

[452] Almanya'da da muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin arabuluculuk faaliyetinin mesleğin kapsamı içerisinde yer aldığı, bu nedenle bu kişilerin kanundan doğan sır saklama yükümlülükleri olduğu bazı yazarlarca kabul edilmiştir (**Hilber**, s. 19; **Beck**, s. 113). Aksi yönde bkz. **Oldenbruch**, s. 54; **Hartmann**, §27, Kn. 16.

[453] **Hilber**, s. 39.

[454] Tasarı'ya göre ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabileceğinden aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAKT m. 1). Ancak arabuluculuğun uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri, Avusturalya, Avusturya gibi birçok ülkede aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvuru mümkündür.

[455] Hukuki sorumluluğun dayanakları hakkında bkz. yuk. §5, B, I.

görevlerini yapmayan veya kusurlu olarak yapan yahut da görevinin gerektirdiği güveni sarsıcı hareketlerde bulunan meslek mensupları hakkında, muhasebe ve müşavirlik hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi maksadı ile durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre. (..) disiplin cezaları verilir" hükmü getirilmiştir. Meslek mensuplarının sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden davranışları, hem mesleğin vakar ve onuruna aykırı bir fiil hem de görevin gerektirdiği güven sarsıcı hareket olarak değerlendirilecektir.

II. Meslek Kanununda Özel Hüküm Bulunmayan Bulunmayan Meslek Mensuplarının Sır Saklama Yükümlülüğü

Taraflar, arabuluculuk faaliyetini yürütmesi için, o uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip kişileri arabulucu olarak tayin etmeyi tercih edebilirler. Uyuşmazlık hakkında teknik ve özel bilgiyi haiz kişinin arabulucu olarak görev alması durumunda arabulucu tarafların menfaatlerini daha kolay anlayıp tespit edebileceğinden, tarafların da birbirini daha iyi anlamasını sağlayarak anlaşmaya yönlendirebilir. Örneğin inşaat ile ilgili bir uyuşmazlıkta bir inşaat mühendisinin ya da mimarın arabuluculuk yapması arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması ihtimalini arttıracaktır. Bu durumda avukatlar ve noterler gibi özel bir kanunla düzenlenmemekle birlikte meslek sırrı kapsamında sır saklama yükümlülüğü bulunan diğer meslek sahiplerinin arabuluculuk yapması halinde asıl meslekleri dolayısıyla getirilen sır saklama yükümlülüğünün arabuluculuk faaliyetini de kapsayıp kapsamadığının tespit edilmesi gerekmektedir[456]. Bütün meslek dallarının bu başlık altında incelenmesi mümkün olamayacağından, biz uygulamada önem arz eden bazı meslek mensuplarının arabuluculuk yapması halinde sır saklama yükümlülüğü olup olmadığını tespit etmeye çalışacağız.

Bu bağlamda öncelikle uygulamada sıkça karşılaşılan psikolog-arabuluculara değinmekte fayda vardır. Türkiye' de sağlık alanındaki pek çok diğer meslek alanlarında olduğu gibi, psikologların da meslek kanunu bulunmamaktadır. 1928 yılında çıkarılan Tababet Kanunu, Türkiye'deki mesleklerin görev tanımlarını, icrasını ve uygulamaya dönük temel işleyişi düzenlerken, "psikologluk" mesleği söz

[456] **Oldenbruch**, s. 30; **Hartmann**, §27, Kn. 9; **Beck**, s. 96; **Hilber**, s. 19.

konusu kanunda yer almamaktadır. Psikolog ile danışan arasındaki ilişki tıpkı avukat-müvekkil, hekim-hasta ilişkilerinde olduğu gibi güven temeline dayalı bir ilişkidir. Psikologların hizmet verdiği kişi ve kurumlara karşı sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği meslek hukukuna ilişkin bir kanun olmamakla birlikte Türk Psikologlar Derneğinin Etik Yönetmeliği'nin 3.2 maddesinde psikologların, çalışması boyunca hizmet verdiği kişi ve kurumlardan edindiği bilgileri gizli tutmakla yükümlü oldukları, bunun yanı sıra 3.3 maddesinde kişi ve/veya kuruma ait her türlü bilgi, değerlendirme, görsel kayıt ya da yazılı metinler psikolog tarafından koruma altında tutulacağı düzenlenmiştir. Psikologların arabuluculuk yapması haline arabuluculuk faaliyetinin meslek kapsamında olup olmadığını tayin eden bir meslek kanunu olmamakla birlikte psikoloji biliminin insan davranışını bilimsel şekilde gözlemleyerek ölçüp bu bilgilere dayanarak insan davranış ve sorunlarını anlayan modeller ve sorunlarına yardım eden yaklaşımlardan oluştuğu göz önünde tutulursa psikologların uyuşmazlığa düşen tarafları anlaşmaya teşvik eden faaliyetlerinin mesleğin uygulanmasının bir biçimi olduğu sonucuna varılacaktır[457]. Psikologların sır saklama yükümlülüğünü ihlalinin Türk Ceza Kanunu m. 239'da düzenlenen suçun unsurlarını taşıması halinde cezai sorumlulukları da olduğundan psikolog arabulucular bakımından da cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Hekimler bakımından da sır saklama yükümlülüğü meslek kanunu ile düzenlenmemekle birlikte sır saklama yükümlülüklerinin bulunduğu Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlığını taşıyan 5. maddesinin f fıkrası, "Bilgilerin Gizli Tutulması" başlıklı 23'üncü maddesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 5. ve 9'uncu maddesi ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4'üncü maddesindeki düzenlenmeler çerçevesinde kabul edilmiştir[458]. Ayrıca Dünya Tabipleri Birliği

---

[457] http://acikkapi.bilgi.edu.tr/content/pages/ensiksorulansorular.asp (erişim tarihi: 01.12.2010). Almanya'da da psikologların bir meslek yasası olmamakla birlikte, psikologların meslek örgütleri olan Alman Psikologlar Derneği (Deutschen Gesellschaft für Psycologie-DGPs) ve Psikolglar Meslek Birliği (Berufsverbands Deutscher Pyschologinnen und Pyschologen-BDP) tarafından yayınlanan meslek etiği kurallarında sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. bkz. http// bdp-verband.org/bdp/varband/ehtik.shtml (erişim tarihi: 01.12.2010). Alman Hukukunda psikolog arabulucuların sır saklama yükümlüğü hakkında ayrıca bkz. **Beck**, s. 116; **Hartmann** § 27, Kn. 12; **Hilber**, s. 41.

[458] Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlığını taşıyan 5. maddesinin f fıkrasına göre "*Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*". "Bilgilerin Gizli Tutulması" başlıklı 23. maddesine göre ise "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu*

tarafından 1981 yılında yayımlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde "Hasta hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir" ilkesi ifade edilmiştir. 1994 yılında yayımlanan Amsterdam Bildirgesi'nde de hastaya ait bilgileri usulüne uygun olarak korumanın önemi, hekimlerin bu bilgileri saklamaya ilişkin yükümlülükleri sıralanmıştır[459]. Tıbbi uygulamalarda bireylerin kişilik haklarının ihlal edilmemesi amacıyla düzenlenen ve kısa adı 'BİYOTIP' olan sözleşmenin 1'inci maddesinde 'biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bireylerin haysiyetini ve kimliğini korumak' taraf devletlerin en temel yükümlülüğü olarak görülürken, bireylerin bunu talep etmelerinin en temel hakları olduğu belirtilmiştir[460]. Hekimler bakımından kabul edilen sır saklama yükümlülüğü hekim ile hasta arasındaki güvene dayalı tedavi ilişkisinin bir sonucudur[461].

Hekimin sır saklama yükümlülüğü öcelikle hastasının sağlık durumu ve tedavi ya da tıbbi müdahale ile ilgili olguların açıklanmamasını ifade eder[462]. Hekimin hastasından ancak mesleği dolayısıyla öğrendiği sırlar bakımından sır saklama yükümlülüğü olduğundan ve arabuluculuk faaliyetinin bir hekim tarafından icra edilmesi halinde hasta hekim ilişkisi doğmayacağından hekim-arabulucunun bu kapsamda sır saklama yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılamaz.

---

hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz".

[459] **Gürgan**, Mahmut, "Teletıp ve Hasta Hakları" Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S.9, 2009, s.106; **Büyükay**, Yusuf, "Hekimin Sır Saklama Yükümlüğü", AÜHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s. 386. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğü hakkında ayrıca bkz. **Karasu**, Sinem**,** Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 1999, **s.** 44; **Doğan** Cahid "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, **s.** 105; **Zeytin**, Zafer "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", www. medimagazin.com.tr/mmhekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html (erişim tarihi: 01.05.2010); **Özdemir**, s. 125 vd.

[460] Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir).

[461] **Büyükay**, s. 384.

[462] **Budak**, Ali Cem "İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul, s. 545.

III. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Sır Saklama Yükümlülüğünün Arabulucu Bakımından Uygulanması

Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla öğrendiği bazı bilgileri ifşa etmesi Türk Ceza Kanunu bakımından da sorumluluk doğurabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu suç, özellikle arabulucular ve arabulucuların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin özel bir suç tipi olmamakla birlikte arabulucu ancak cezai bir yaptırım öngörülen bazı sırları ifşa ederse cezalandırılabilecektir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur. Fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da bu cezalar uygulanır. Türk Ceza Kanunu'nun anılan 239. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında suç genel olarak tanımlandıktan sonra üçüncü ve dördüncü fıkralarında da ağırlaştırıcı hükümler öngörülmüştür. Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz. Diğer bir ağırlaştırıcı koşul ise bilgi ve belgelere cebir ve tehdit ile ulaşılmasıdır. Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Türk Ceza Kanunda sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin suç olarak düzenlendiği diğer bir hüküm ise, 258. maddedir. İlgili maddeye göre görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kişiye, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Ancak bu suçun oluşması için kişinin kamu görevlisi olması gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında her ne kadar kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir

şeklinde bir düzenleme öngörülmüşse de suçun oluşması için kişinin kamu görevi nedeniyle bu sırlara vakıf olması gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin c bendindeki tanıma göre, avukatlar ve noterlerin kamu görevlisi olduğu yukarıda ifade edilmişti[463]. Buradan hareketle arabulucunun avukat-arabulucu ya da noter-arabulucu olması durumunda sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde bir suç işlemiş kabul edileceğinden şüphe duyulmaz (TCK m. 258). Avukat ya da noter olmayan arabulucuların da Tasarı'nın yasalaşması halinde bir kamu görevlisi olduğu sonucuna varılmıştır[464]. Bu durumda sicile kayıtlı arabulucular Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi kabul edilecek ve belirtilen suçun faili olabileceklerdir (TCK m. 258). Ancak sicile kayıtlı olmayan arabulucular bakımından bu sonuca varmak mümkün olmayacaktır. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular arabuluculuk faaliyetini meşru bir zeminden kaynaklı olarak yürütmediklerinden Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'daki her türlü düzenlemenin de kapsamı dışında kalacaklarından yargıya dolaylı yoldan katkıda bulundukları kabul edilemeyecek ve kamu görevlisi olmadıklarından da suçun faili olmayacaklardır. Ancak burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabululuculuk Kanunu Tasarısı'nda gizliliğin ihlâline ilişkin 33. madde hükmü cezai bir yaptırım öngörmüştür. İlgili madde başlığı gizliliğin ihlali olup "*4. maddedeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmünü getirmiş ve bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğunu da ikinci fıkrada öngörmüştür. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme gizliliğin ihlalini bir zarar suçu olarak düzenlemiş ve suçun oluşması için bir kimsenin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesi gerektiğini öngörerek Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK m. 258) düzenlemeye oranla daha dar bir uygulama alanı yaratmıştır. O bakımından kanaatimizce Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki bu cezai hüküm bulunmasaydı dahi arabulucu belirtilen suçun

[463] Bkz. yuk. §3, A,4.
[464] Bkz. yuk. §3, A,4.

oluşması durumunda sır saklama yükümlülüğünü ihlali dolayısıyla cezai bir müeyyide ile karşı karşıya kalabilecekti (TCK m.258).

C. Arabulucunun Sözleşmeden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk yönteminde arabuluculuk sürecine dahil olan kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen sözleşmeler önem arz etmektedir. Arabuluculuk ile ilgili olarak pozitif bir düzenleme bulunmadığından bu süreçte karşımıza çıkan sözleşmeler de açıkça isimlendirilmemiştir. Her ne kadar tahkim karar verme yetkisini haiz üçüncü bir kişi olan hakem vasıtasıyla uyuşmazlığın çözümünü öngören mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi ise de biz bu çalışmamızda düzenledikleri hukuki ilişkilerdeki paralellik bakımından arabuluculuk sürecinde karşımıza çıkan sözleşmeleri de buna uygun olarak isimlendirmeyi uygun bulduk[465]. Tahkim sözleşmesi; esas bakımından uyuşmazlığın tarafları arasında objektif tahkim ehliyetine uygun olarak uyuşmazlığın hakem kararıyla sonuçlandırılması için akdedilen milli ve milletlerarası sözleşme, hakem sözleşmesi ise; tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya hakemler arasında yapılan, usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşme olarak ifade edilmiştir[466]. Bu tanımlardan hareketle tahkim sözleşmesine paralel olarak, taraflarca uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurulacağının kararlaştırıldığı sözleşme "arabuluculuk sözleşmesi"; taraflarla hakem arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen hakem sözleşmesine paralel olarak taraflarla arabulucu arasında düzenlenen sözleşme ise "arabulucu sözleşmesi" olarak isimlendirilecektir. Arabuluculukta tahkimde olduğu gibi önceden belirlenmiş atıf yapılabilecek bir mevzuat bulunmadığından bu sözleşmelerin tahkim ve hakem sözleşmelerinden daha detaylı olarak düzenlenmesi gerekir[467].

---

[465] Hukuk literatüründe de arabuluculuk sürecindeki hukuki ilişkilerin tanımlanmasında bir terim birliği olmadığı tespit edilmiştir. Örneğin arabulucu sözleşmesi yerine arabuluculuk sözleşmesi için bkz. **Hartmann**, §27. Arabuluculukta taraflarca varılan anlaşma yerine "Abschlussvereinbarung" terimi için bkz. **Hess/Sharma** §26. Taraflar arasında varılan anlaşma yerine "Mediationsvereinbarung" terimi için bkz. **Schütz**, §8, Kn. 335 vd.

[466] **Taşkın**, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 8.

[467] Her ne kadar yalnızca arabuluculuk sözleşmesinin daha detaylı olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmişse de kanaatimizce arabuluculukta taraflar arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen tüm

I. Arabulucu Sözleşmesi

Uyuşmazlığın taraflarınca uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümleneceğini öngören arabuluculuk sözleşmesinden sonra, uyuşmazlığın tarafları ile arabuluculuk sürecini yönetecek olan arabulucu ya da arabulucular arasında yapılan sözleşme arabulucu sözleşmesidir[468]. Arabulucu sözleşmesinin bir tarafında uyuşmazlığın tarafları diğer tarafında ise arabulucu ya da arabulucular vardır[469]. Arabulucu sözleşmesi, arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı güven ve dürüstlük temeline dayanır. Zira taraflar müzakereler esnasında en gizli ve kişisel bilgilerini arabulucu ile paylaşırlar. O nedenle arabulucu sözleşmesine göre, arabulucunun önemli bir sorumluluk kaynağının güven ilişkisi olduğunu belirtmekte fayda vardır[470].

Her ne kadar arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucu sözleşmesi ayrı sözleşmeler ise de bazı durumlarda bu iki sözleşmenin katı bir biçimde birbirinden ayrılmadığına rastlanır[471]. Her iki sözleşme de borçlar hukukunun konusu olup, mutlaka ayrı iki sözleşme şeklinde yapılması gerekmez. Arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sözleşmesi kapsamındaki bazı hususlar yer değiştirebilir. Örneğin taraflar arabulucu klozu ile arabuluculuk yoluna başvurmayı kararlaştırmış ancak bu hususta detayları düzenlememiş olabilirler. Bu durumda arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırılması gereken sürece ilişkin detaylar, arabulucu sözleşmesinde de kararlaştırılabilir. Bu durumda sözleşme metni maddi hukuka ilişkin iki kısımdan

---

sözleşmelerin tahkim usulündeki sözleşmelere nazaran daha detaylı olarak düzenlenmesi gerekir. (bkz. **Yıldırım**, "Mahkeme Dışı", s. 348).

[468] **Pruckner**, s. 24; **Hess/Sharma**, §26, Kn.9; **Oldenbruch**, s. 12; **Beck**, s. 46; **Eidenmüller,** s.71; **Hennsler/ Koch** §11, Kn. 16; **Nölting**, s. 3 vd.

[469] Sözleşmenin bir tarafında birden fazla kişinin bulunması durumunda "çok taraflı sözleşme" ya da "çok taraflı hukuki işlem" olarak nitelendirilse bile, sözleşme iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.54; **Eren**, s. 154; **Oğuzman/Öz**, s. 39. Bu hukuki işlem, farklı menfaatlerle ve amaçlarla haraket eden kişiler arasında genellikle borç doğurmak, mevcut borcu değiştirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak amacıyla yapılır. Ayrıca bu konuda bkz. **Saymen**, F. Hakkı/**Elbir**, H. Kemal, Türk Borçlar Hukuku, Umumī Hükümler, I-II, İstanbul, 1958 s. 81;**Tunçomağ**, s. 136; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 43; **Eren**, s.154; **Oğuzman/Öz**, s.39; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 95.

[470]Güven ilişkisi hakkında bkz. **Edis**, s. 448-449; **Kocayusufpaşaoğlu**, §13; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuku, İstanbul 2007, s.148-149, 212.

[471]**Duve,** Christian/**Eidenmüller,** Horst/**Hacke** Andreas, Mediation in der Wirtschaft, Köln 2003, s. 299; **Hartmann**, §27, Kn. 19.

oluşacaktır. Bu şekildeki üç köşeli ilişki, hem arabuluculuk sözleşmesine hem de arabulucu sözleşmesine ilişkin unsurları içermekte dolayısıyla da hem arabuluculuğun tarafları arasındaki hem de taraflar ile arabulucu arasındaki ilişkileri düzenlemektedir[472].

Arabulucunun arabuluculuk sürecini yönetmekle yetkilendirilmesi taraflarla arabulucu arasında yapılacak arabulucu sözleşmesi ile başlar. Arabulucu ile taraflar arasındaki iletişimin kurulması diğer bir deyişle arabulucu sözleşmesinin akdedilmesine kadarki süreçte uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasındaki görüşmelerin başlaması değişik ihtimallerde söz konusu olabilir[473].

---

[472] **Oldenbruch**, s. 13.

[473] **Moore**, s. 85. Bu ihtimaller şunlar olabilir: 1) *Taraflardan birinin ya da her iki tarafın birlikte arabulucuyu davet etmesi:* Arabulucunun taraflardan birisi veya her iki tarafça sürece dahil olması en sık başvurulan ve ideal olan seçenektir. Müzakerelerin başlamasından önce veya müzakereler başladıktan ancak taraflarca üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç olduğuna karar verildiğinde arabulucuya başvurulabilir. Arabulucuya her iki tarafın anlaşarak başvurması durumunda sürecin başarıya ulaşması ihtimali daha yüksektir. Zira her iki taraf da uyuşmazlığın çözümü konusunda isteklidirler ve böylelikle arabulucunun taraflarla birlikte çalışması kolaylaşır. Ancak tarafların anlaşarak arabulucuya başvurması sürecin kesinlikle başarıyla sonuçlanacağının göstergesi olarak algılanmamalıdır. Zira arabulucu karar verme yetkisine sahip olmadığından taraflar kendi çözüm yöntemlerini kendileri üreteceklerdir. Her iki tarafın ortak kararıyla değil de taraflardan birinin arabulucuya başvurması konusunda çeşitli çekinceler baş göstermektedir. Bu sebeplerden en belirgin olanı müzakere sürecinde tarafın pozisyonunu zayıflatma korkusudur. Bu çekince arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasını olumsuz etkileyebileceği gibi arabulucunun da işini zorlaştırmaktadır. Diğer taraftan taraflardan yalnızca birinin arabulucuya başvurması durumunda, arabulucunun diğer tarafla iletişime geçmesi halinde bu tarafın gerek yöntem hakkında yeterli bilgiye sahip olmamasından, gerek uyuşmazlıkların ancak dava yoluyla hâkim tarafından çözümlenmesi gerektiği konusundaki geleneksel görüşünden, gerekse karşı tarafla iletişim halinde olmakla ilgili duygusal çekincelerden dolayı kabul etmemesi ihtimali mevcuttur. Taraflardan birinin arabulucuya başvurması ve diğer tarafında da bu teklifi kabul etmemesi konusunda Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalarda farklı sonuçlarla karşılaşılmışsa da bu oranın azımsanmayacak derecede yüksek olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu durumda arabulucunun diğer tarafla ilk iletişiminin stratejik önemi vardır. Arabulucu karşı tarafı yöntemin avantajları, sorumlulukları ve masrafları konusunda açıklayıcı ve ikna edici şekilde bilgilendirmelidir. 2) *Uyuşmazlığın tarafları dışındaki diğer bir kişinin arabulucuya başvurması:* Uyuşmazlığın taraflarından başka üçüncü bir kişinin arabulucuya başvurması çeşitli ihtimallerde ortaya çıkar. Bu ihtimallerden ilki, arabulucuya başvuran taraf uyuşmazlığın tarafı olmamasına karşın uyuşmazlığın çözümü konusunda doğrudan bir menfaate sahiptir. Diğer bir ihtimal ise üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde doğrudan bir menfaati olmayıp, bu kişi tarafların yakınları, akrabaları veya komşularıdır. Bu ihtimalde arabulucuya başvuran kişinin uyuşmazlık konusunda doğrudan bir menfaati olmasa da çeşitli sosyal veya duygusal sebeplerle uyuşmazlığın çözümlenmesini istemektedir. 3) *Yetkili bir makam tarafından arabulucu atanması*: Mahkeme bağlantılı arabuluculukta bazı uyuşmazlık türlerinde arabulucuya başvuru zorunlu olabileceği gibi arabulucunun doğrudan mahkeme tarafından atanması da mümkündür. Mevcut Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda mahkeme bağlantılı arabuluculukla ilgili bir düzenleme öngörmediğinden Türkiye uygulaması bakımından böyle bir ihtimal söz konusu değilse de diğer bazı hukuk sistemlerinde mahkeme bağlantılı zorunlu ve ihtiyari arabuluculukla ilgili düzenlemeler olduğundan arabulucunun mahkeme veya yetkili makamlar tarafından atanması mümkündür (**Moore**, s.86-87).

Arabulucunun sürece katılımı ister tarafların başvurusuyla ister yetkili bir makam tarafından atanmak suretiyle başlamış olsun, uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesi akdedilmektedir. Arabulucu sözleşmesinin taraflarından birisi arabulucu diğeri ise uyuşmazlığın taraflarıdır.

1. Arabulucu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmenin yapılmasına ilişkin koşullar, şekil, ehliyet, sözleşmenin sona ermesi ve iptali, temyiz merciinin mutlak veya sınırlı inceleme yetkisine sahip olduğunun belirlenmesi gibi hususların tespitinde önem taşır[474]. Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlerken öncelikle sözleşmenin maddi hukuk mu yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğunu tespit etmek gerekir. Taraflar ile arabulucu arasında akdedilen arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için ise öncelikle bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde ne gibi ölçütlerin esas alındığının incelenmesi gerekir. Sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespitinde bugün için kabul edilen görüşe göre, sözleşmelerin hukuki nitelikleri ancak hukuki etkilerinin ve tarafların beyanları ile doğrudan amaçlanan sonuç ve etkilerine göre belirlenecektir[475]. O halde arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde sözleşmenin taraflarının iradelerinin asıl etkiyi hangi alanda doğurmaya yönelik olduğunun tespiti gerekmektedir.

Arabulucu sözleşmesinde uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri değil, arabulucu ile taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler sözleşmenin konusunu teşkil eder. Arabulucu sözleşmesinin konusunu, sözleşmenin taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile birlikte sözleşmenin sona ermesine ilişkin hususlar oluşturur. Arabulucu sözleşmesi ile asıl olarak arabulucu arabuluculuk sürecini yönetmekle taraflar ise arabulucuya bunun karşılığında ücret ödemekle yükümlü olduğundan[476], tarafların bu edim yükümlülükleri dikkat

[474] **Taşpınar**, Sema, İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 53.

[475]**Schiedermair**, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s. 31 vd; **Taşpınar**, s.55 vd; **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 40-41.

[476] **Hacke**, Andreas, Der ADR-Vertrag: Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösüngsverfahren, Heidelberg, 2001, s, 70; **Nölting**, s. 19 vd.

alındığında iradelerinin maddi hukuku alanında etki doğurmaya yönelik olduğu açıktır ve bu nedenle arabulucu sözleşmesi bir maddi hukuk sözleşmesidir[477].

Arabulucu sözleşmesinin bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu tespit ettikten sonra sözleşmelerin türünün tayininde kullanılan kriterleri uygulayarak arabulucu sözleşmesinin ne tür bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu tespit etmek gerekir.

Bilindiği üzere sözleşmeler taraflara borç yükleme açısından iki gruba ayrılır. Bazı sözleşmeler taraflardan yalnız birine borç yüklerken (tek tarafa borç yükleyen akitler), bazı sözleşemelerle ise her iki taraf da borç altına girer (iki tarafa borç yükleyen akitler). Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin bazılarında ise taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcuna karşılık teşkil eder. Bir edim değişimi söz konusu olur[478]. Bu tarzdaki sözleşmelere ise "tam iki taraflı sözleşmeler", "Sinallagmatik sözleşmeler" ya da "karşılıklı sözleşmeler" denir[479]. Arabulucu sözleşmesinin sinallagmatik bir sözleşme olup olmadığı sorusuna gelince; sinallagmatik sözleşmelerde sözleşmenin taraflarının temel edim yükümlülükleri arasındaki ilişki belirleyicidir. Tarafların asli edim yükümlükleri karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi içindedir[480]. Arabuluculuk ilişkisinde arabulucu süreci yönetmek ve anlaşmaya aracılık etmek; taraflar ise arabulucuya bir ücret ödeme yükümlülüğü altındadır. Tarafların bu asli edim yüklerinin karşılıklı durduğuna tereddüt etmemek gerekir. Sözleşme serbestisi içerisinde taraflar başkaca edim yükümlülükleri de kararlaştırabilirler[481]. Bu yönüyle bakıldığında arabulucu sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olarak nitelendirilebilir[482].

---

[477] **Hacke**, s. 109; **Hutner**, Armin, "Die Mediationsvereinbarung Regelungsgegenstaende und vertragsrechtliche Qualifizierung" SchiedsVZ 2003, s.189; **Nölting**, s. 18; **Eidenmüller**, "Vertags", s. 32; **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s. 134; **Oldenbruch**, s. 56; **Beck**, s.146; **Eiholzer**, s. 196.

[478] **Oğuzman/Öz**, s. 264.

[479] **Oğuzman/Öz**, s. 264; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 194; **Tekinay**, Sulhi/**Akman**, Servet/**Burcuoğlu,** Haluk/**Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 53

[480] **Nölting**, s. 18. Asli edim yükü bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde temel kriter teşkil eder (**Larenz** Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, Münih 1987, § ,2 I).

[481] Arabulucu sözleşmesi ile tarafların kararlaştırabilecekleri diğer yükümlülükler için bkz. aşa. §5, C. I, 3.

[482] **Nölting**, s. 20.

Arabulucu sözleşmesinin sinallagmatik bir sözleşme olduğu tespit edildikten sonra bu sözleşmenin ani edimli bir akit mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir akit mi olduğunun tespitinde de yarar vardır. Bilindiği üzere sözleşmesel ilişkinin süresi ya da sözleşmesel ilişki ile yüklenilen edimler göz önünde bulundurularak ani edimli sözleşme ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayrımı da yapılmıştır. Sözleşmesel ilişkide yüklenilen borçların en az bir tanesi sürekli, aralıklı ya da dönemli edimleri gerektiriyorsa buna sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler denir[483]. Süreklilik kesintisizlik anlamında ele alınırsa ancak yapmama edimleri sürekli edim niteliğini haizdir. Olumlu edimlerde ise süreklilik kesintisizlik değil, davranışın fiili ve hukuki yönden bütünlük teşkil edecek şekilde uzun bir zaman dilimi içerisinde yerine getirilmesi şeklinde ifade edilmiştir[484]. Bir sözleşmenin sürekli olduğunun tespitinde, edim sonucunun yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleştirilmesinin, bir defada aniden mi olduğu yoksa zaman için bir süre mi kapsadığının tespit edilmelidir. Ani edimli borç ilişkilerindeki bağlılığın sona ermeye yönelik olduğu yani amacın edimin yerine getirilmesi olduğu ve bu sayede bağlılığın çözüldüğü oysa sürekli borç ilişkilerinde amacın ilişki sürdüğü müddetçe edim ifa edilmekle amacın her an gerçekleştiği ifade edilmiştir[485]. Arabulucu sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Arabulucu, arabuluculuk süreci sonlanıncaya kadar tarafları bir uzlaşmaya sevk etmek ve süreci idare etmekle yükümlüdür ve bunun sonucunda da taraflar karşı edim yükünü yerine getirirler[486].

Arabulucu sözleşmesinin konu ve amaç bakımından da nitelendirilmesinde yarar vardır. Sözleşmeler konu ve amaç bakımından temlik borcu doğuran sözleşmeler, kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, iş görme sözleşmeleri, muhafaza sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talih ve

---

[483]Sürekli borç ilişkisi kavramı ve açıklamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Seliçi**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 1 vd.; ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 44; **Eren**, s. 99 vd; **Larenz**, Karl/**Wolf**, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997, §13 Kn.19; **Palandt**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug), Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz; Gewaltschuldsgesetz (Auszug), Münih 2003, §314, Kn.2.

[484] **Eren**, s. 100.

[485] **Seliçi**, s. 4 vd.

[486] **Nölting**, s. 22.

tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri olarak gruplandırılmıştır. Arabulucu sözleşmesi, konu ve amaç bakımından incelendiğinde, iş görme borcu doğuran sözleşmelerden bazılarına yaklaşmaktadır. İş görme borcu doğuran sözleşmeler, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesidir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin yorumlanması suretiyle iş görme borcu doğuran sözleşmelerin Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşmelerden ibaret olmadığı, bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmalı olan sözleşmelerin yanında tarafların serbest iradesiyle kanunda düzenlenen bu sözleşmelerden başka isimsiz iş görme borcu doğuran sözleşmelerin de olabileceği ifade edilmiştir[487]. İş görme sözleşmelerinde müşterek husus, taraflardan birinin diğer tarafa karşı iş görme borcu altına girmesidir[488]. İş görme sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesi oldukça güçtür. Biz bu başlık altında arabulucu sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden hangisinin unsurlarını ihtiva ettiğini tespit etmeye çalışacağız.

Arabulucu sözleşmesi kıta avrupası hukuk sistemleri içerisinde iş görme sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmiş ancak iş görme sözleşmelerinin kanundaki unsurlarına bağlı olarak farklı şekillerde nitelendirilmiştir. Örneğin Alman hukuk literatüründe iş görme sözleşmesi karakterinde hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir[489]. Avusturya hukukunda arabulucu sözleşmesi, hizmet ve eser sözleşmelerinin unsurlarını bünyesinde barındıran bir karma sözleşme olarak nitelendirilmiştir[490]. Hollanda'da ise arabulucu sözleşmesi ile kurulan ilişki bir vekâlet ilişkisi olarak nitelendirilmiştir[491]. Vekâlet ilişkisi çerçevesinde arabulucu taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandırmak için azami gayreti göstermekle ve

---

[487] **Yavuz**Cevdet/**Özen**, Burak/**Acar**, Faruk, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009, s. 435.

[488] **Yavuz/Özen/Acar**, s. 435.

[489] **Eidenmüller**, "Vertrags", s. 71; **Nölting**, s. 29; **Henssler**, Martin/**Koch**, Ludwig, Mediation in der Anwaltspaxis, Köln 2004, §8, Kn.14; **Hess/Sharma**, §26, Kn.25; **Hartmann**, §27, Kn. 19;**Prütting** "Haftung", §31, Kn.15; **Hacke**, s. 87.

[490] Avusturya hukukunda arabulucu sözleşmesi, eser meydana getirme yükümlülüğü olmadığından eser sözleşmesi olmadığı gibi, taraflar ve arabulucu arasında bir bağımlılık ilişkisi ya da tarafların arabulucuya talimat verme yetkisi olmadığından hizmet sözleşmesi de değildir. Ancak arabulucu sözleşmesi her iki sözleşmenin bazı unsurlarını birlikte barındırdığından karma sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Bu konudabkz. **Roth/David**, s. 146.

[491] **Schmiedel**, Liane, "Niederlande" Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s. 358.

vekillik görevini en iyi şekilde yerine getirmekle yükümlü olup, anlaşma sağlamakla yükümlü değildir. Tespit edildiği üzere iş görme sözleşmelerinin unsurlarına göre arabulucu sözleşmesinin niteliği de değişik şekillerde tanımlanmıştır. Borçlar Kanunu bakımından incelendiğinde arabulucu sözleşmesinin ne tür bir sözleşme olduğunu tespit edebilmek için iş görme sözleşmelerinin unsurlarını yakından incelemek gerekir.

Eser sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde, bir taraf diğer tarafın taahhüt ettiği ücret karşılığında bir şeyin imali borcu altına girer (BK m.355)[492]. Bu tanımdan hareketle eser sözleşmesinin en önemli unsuru, iş görme faaliyetinin kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenebilir sonuçtur[493]. Yaratılan sonucun bağımsız bir hukuki varlık olarak bir bütün oluşturması gerekir. Diğer taraftan, her ne kadar kanunda kullanılan "imal olunan şey" ifadesi ile emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmayan sonuçların eser kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucu çıkmakta ise de meydana getirmenin geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir[494]. Eser sözleşmesinde eser meydana getirme ile ücret taahhüdü karşılıklı mübadele ilişkisi içinde olduklarından; tam iki tarafa borç yükleyen akit niteliğindedir.

Arabulucu sözleşmesini eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğini belirlemek için arabulucu sözleşmesinin tipik unsurları açısından değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda arabulucunun nasıl bir yükümlülük altına girdiğinin değerlendirilmesi gerekir. Arabulucu sözleşmenin kurulması ile arabulucu uyuşmazlık hakkında bir karar verme taahhüdünde bulunmaz. Arabulucu arabuluculuk faaliyetini kabul etmekle, uyuşmazlık hakkında bir sonuca ulaşma taahhüdünde de bulunmaz. Arabulucu ancak arabuluculuk sürecini gereği gibi yönetmek yükümlülüğü altına girer. Buradan hareketle arabulucu sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir.

---

[492] 08.10.2007 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 470'de "Eser Sözleşmesi" terimi kullanılmış ve şöyle tanımlanmıştır: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir".

[493] **Yavuz/Özen/Acar**, s. 491; **Zevkliler**, Aydın/**Havutçu**, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 304-305.

[494] **Yavuz/Özen/Acar**, s. 493.

Arabulucu sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olmadığı tespit edildikten sonra iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmesi bakımından değerlendirilmesi gerekir. Arabulucu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığını tespit edebilmek için hizmet sözleşmesinin biraz daha yakından incelenecektir. Hizmet sözleşmesi, Borçlar Kanunu m. 313'de şu şekilde tanımlanmıştır: "Hizmet bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen ve gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder"[495]. Kanundaki bu tanım neticesinde hizmet sözleşmesinin unsurları bir hizmetin görülmesi, belirli ya da belirsiz süreliğine iş görmenin üstlenilmiş olması, karşılığında bir ücret ödenmesi olarak sıralanabilir. Her ne kadar kanundaki tanımdan açıkça anlaşılamıyorsa da hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsurunu da ihtiva ettiği doktrinde ve uygulamada kabul edilmiştir[496]. Bu bağımlılık ilişkisi ile anlatılmak istenen, işçinin işverene bağımlı olması yani işverenin direktifine uygun biçimde işi görmesi ve emeğini ona tahsis etmesidir. Bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle bağımlılık unsurunun hukuken bağımlılık olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir[497]. Burada önemli olan husus işverenin hem talimat verme zamanının hem de denetim zamanın bizzat işyerinde ve günlük olmak zorunda olmayışıdır.

Bağımlılık unsuru bakımından artık belirleyici ölçüt, işçinin edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmesidir. İş Kanunu'nun 8. maddesinde bu unsur "işçinin bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın günümüzdeki anlamı; iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinde, iş sürecinin işveren tarafından kanuna uygun olmak kaydıyla tüm ayrıntılarıyla düzenlenebilme derecesinden sadece istenen işin belirlenmesi ve sonuçlarının beklenmesi derecesine

---

[495] 08.10.2007 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 392. Maddesinde Hizmet Sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir".

[496] **Esener**, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1972, s. 126; **Zevkliler/Havutçu**, s. 293; **Antalya**, Gökhan, "Hizmet akdinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği", YD, 1987, S. 1-2. s. 128-129; **Reisoğlu**, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s. 38-39; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 437.

[497] **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 209; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 191.

kadar çok farklı düzeylerde bağımlılık olabileceğidir. Başka bir anlatımla çalışma biçimlerinin artan çeşitlenmesiyle artık bağımlılık ilişkisi, bağımsız çalışma düzeyine yakın seviyelerde esnekleştirilebilmektedir[498]. Örneğin uzaktan çalışmanın hemen her biçiminde (tele-çalışma, başka bir ilde, ülkede çalışma vb.) ve bilimsel formasyon gerektiren işlerde (mühendislik, avukatlık, doktorluk vb.) bağımlılık işverenin genel talimatlarına uygun davranma içeriğinden ibaret olmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki iş ilişkisinde bağımlılık derecesi hangi düzeyde olursa olsun işverenin işçiye karşı iş hukukundan, iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm sorumlulukları aynı derece ve düzeyde geçerlidir[499].

Her ne kadar bağımlılık unsuru günün gereklerine uygun olarak esnek bir şekilde yorumlanmaya başlanmışsa da, hizmet sözleşmesinde işçinin işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi unsuru açısından ele alındığından arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi değildir. Diğer taraftan hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsurunun bir uzantısı olan, iş sahibinin işin yapılması esnasında işçiyi denetleme ve ona talimat verme hakkı, uyuşmazlığın tarafları bakımından da var kabul edilemez. Müzakereler sonucunda uzlaşmaya varılıp varılmaması ya da müzakerelere devam edip etmeme uyuşmazlığın taraflarının insiyatifinde olsa da, arabulucunun mesleki teknikler uygulayarak tarafları anlaşmaya sevk etmesi yönteminde ya da arabuluculuk sürecinin usulüne uygun bir şekilde yönetilmesini sağlamak bakımından arabulucuya başvuran tarafların talimat verme hakkı yoktur.

İş görme sözleşmelerinden vekâlet sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 386-398. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanundaki tanımdan hareketle vekâlet

---

[498]**Süzek**, s. 194.

[499]**Süzek**, s.194. Nitekim bağımlılık ilişkisi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004/10 E. ve 2005/25 K. Sayılı kararında şöyle tanımlanmıştır: "*Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır"* http://www.legalisplatform.net/hukuk_metinleri/k25Y.pdf

sözleşmesi: "Vekâlet sözleşmesi vekilin sözleşme ile yükümlendiği iş yönetmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birisinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir"[500]. Vekâlet sözleşmesinin tanımından çıkan sözleşmenin zorunlu unsurları şunlardır: Vekilin müvekkile karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin kanunda düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmaması, iş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması, iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaması ve vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edememesi tehlikesini taşıması olarak sıralanmıştır. Ücret vekâletin kanuni ve zorunlu bir unsuru olmamakla birlikte, vekil sözleşmede kararlaştırıldığı veya teamül bulunan hallerde ücret isteme hakkına sahiptir (BK. m. 386/son). Vekilin müvekkiline karşı nispi bir bağımsızlığının bulunduğu doktrinde ifade edilmiştir[501]. Vekil müvekkilinin menfaatine uygun bir sonuca varmak üzere iş görme borcunu ifa ederken özel uzmanlığı gerektiren hallerde bu bağımsızlık daha geniş ölçüde olacaktır. Vekilin iş görme borcunu tam olarak yerine getirilmesi için görevi özenle yerine getirilmesi, şahsen ifası, müvekkilin iradesine ve talimatına uygun olarak yerine getirme, sadakat ve sır saklama borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Vekâlet sözleşmesine diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların anlaşmasıyla son verilir. Ancak vekilin azledilmesi veya vekâletten istifa her zaman mümkündür (BK. m. 396 f. 1). Haksız azil veya istifa halinde ise karşı taraf, uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir (BK. m. 396 f. 2). Bu düzenleme ile zamansız fesihlere karşı bir koruma sağlanmıştır.

Arabulucu, sözleşme ile tarafları anlaşmaya sevk etmek amacıyla müzakereleri yürütmeyi taahhüt etmektedir. Arabulucu bu taahhüdü ile görevini özenle yerine getirmeyi başarılı bir sonuç elde edilmemesi rizikosu kendisine ait olmamak üzere taahhüt eder. Arabulucu uyuşmazlığın taraflarına karşı da bağımsızdır. Arabuluculuk faaliyeti ücretli ya da ücretsiz olarak yürütülebilir ancak arabuluculuğun uygulandığı ülkelerde arabuluculuk kural olarak ücretli olduğundan arabulucu sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.

[500] **Yavuz/Özen/Acar**, s. 607.

[501] **Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Ankara 1977, s. 166; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 620.

Arabulucu sözleşmesini sona erdirmek isteyen tarafın iradesine rağmen arabulucu sözleşmesinin geçerli olmaya devam etmesinde korunmaya değer bir menfaat olmadığından, arabulucu sözleşmesinin de taraflarca her zaman sona erdirilebileceği kabul edilmelidir. Azil veya istifa hali dışında ise arabulucu sözleşmesi iş görme borcunun ifası ile sona erecektir.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin buradaki açıklamalarımızdan da yola çıkılarak kanaatimizce, arabulucunun uyuşmazlığın her iki tarafın da menfaatine uygun bir şekilde, tarafsız ve bağımsız hareket etme yükümlülüğü arabulucu sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran en temel özelliklerden birisidir. Bunun yanı sıra arabulucunun şahsen ifa yükümlülüğü mutlak olup, vekâlette vekilin işi bizzat görme yükümlülüğü bakımından getirilen istisnalar arabulucu bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Bu nedenlerle arabulucu sözleşmesi tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Sonuç olarak arabulucu sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile cevaz verilen isimsiz bir iş görme sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz[502]. "*Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur*". hükmüne göre somut olayda yorum yoluyla isimsiz bir iş görme sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafın hangi sözleşme türüne ait kural ile çözüleceği tespit edilemiyorsa vekâlete ilişkin kurallardan yararlanılır (BK m.386, f.2)[503]. Arabulucu sözleşmesi bakımından da bu kurallardan yararlanılacaktır. Arabulucu sözleşmesine vekâlet hükümlerinin uygulanacağının tespiti, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğüne aykırılık halinde uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından da yol gösterici olacaktır.

---

[502] BK. m. 386 f. 2'deki bu düzenlemenin kanunda açıkça düzenlemeyen iş görme sözleşmelerine de cevaz verdiği şeklinde yorumlanabilip yorumlanamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmış, ancak Türk hukuku doktrininde bu konuda görüş bildiren yazarlar İsviçre doktrinindeki baskın görüşe katılarak görüş bildirmiş; iş görme borcu doğuran sözleşmelerin Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet, eser, vekalet ve neşir sözleşmelerinden ibaret olmadığını, bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmaları sözleşmeler olduğu gibi Kanunda düzenlenen sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların kendi iradeleriyle oluşturdukları başkaca iş görme borcu doğuran isimsiz sözleşmeler de bulunduğu kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2009, s. 407; **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 352; **Kayıhan**, Şaban/**Günergök**, Özcan, "Borçlar Kanunu M. 386 f. II Karşısında İsimsiz İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?", AÜEHFD, 1998, C. II, S. 1, s. 281.

[503] **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 352; **Günergök/Özcan**, s. 282.

Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edildikten sonra arabulucu sözleşmesinin tarafları olan arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarının temel yükümlülüklerinin neler olduğunun de tespit edilmesinde fayda vardır.

2. Uyuşmazlığın Taraflarının Sözleşmeden Doğan Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Arabulucu sözleşmesi çerçevesinde arabulucuya başvuran tarafların temel yükümlülüğü ücret ödeme yükümlülüğüdür. Tarafların sürece aktif katılımları ve bu sayede anlaşmaya varmak için işbirliği yükümlülükleri yan yükümlülükleri olup, arabulucunun asli edim yükümlülüğünün karşılığında yer almazlar[504]. Bu yan yükümlülükler, arabuluculuk yönteminin iradi bir yöntem olmasından dolayı, taraflarca sürecin sonlandırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen yine müzakerelere devam etmek ya da katılmak zorunda olduklarını ifade etmeyip, tarafların arabulucuya karşı yükümlülüğüne ilişkindir[505].

Tarafların arabulucuya ödeyecekleri ücret ve miktarı genellikle arabulucu sözleşmesinde kararlaştırılır. Ancak taraflarca arabuluculuk masrafları ve arabulucu ücretinin arabulucu sözleşmesinden değil de, arabuluculuk sözleşmesinden kaynakladığı da düşünülebilir. Benzer tartışmalar tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi bakımından da ileri sürülmüştür[506]. Ancak tarafların birlikte ödeme konusundaki borçlarının tahkim sözleşmesinden doğduğu görüşüne katıldığımızdan, konumuz bakımından da arabulucunun ücret talep hakkının arabulucu sözleşmesinden doğduğu ancak tarafların ücretin birlikte ödeme hususunda birbirlerine karşı olan borcunun arabuluculuk sözleşmesinden doğduğu sonucuna varmış bulunmaktayız.

Tarafların arabulucuya ücret ödeme yükümlükleri, arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanmasına bağlı değildir. Yani arabulucunun ücrete hak kazanması için arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması gerekmez. Uyuşmazlığın anlaşma

[504] **Nölting**, s. 143; **Pruckner**, s. 27.
[505] **Nölting**, s. 143.
[506] Tahkim ile ilgili bu tartışmalar için bkz. **Alangoya** "Tahkim", s. 62, dn. 111.

ile giderilmesi tamamen tarafların insiyatifindedir. Tarafların vardıkları anlaşmanın da kendilerinin azami menfaatlerini içerip içermediğini tespit edecek olan yine kendileridir. Arabuluculuk iradi bir yöntem olduğundan süreci devam ettirip ettirmemeye de taraflar kendi iradeleri doğrultusunda karar veririler. Ancak arabulucu arabuluculuk sürecinin sona ermesiyle birlikte ücret almaya hak kazanır.

Arabulucu taraflara profesyonel bir hizmet sunduğundan bunun karşılığında ücret beklentisi de doğacaktır. Arabulucuya ödenecek ücretin miktarının belirlenmesinde taraflar serbesttirler. Taraflar ve arabulucu arasında akdedilen arabulucu sözleşmesinde arabulucuya ödenecek miktar kararlaştırılmamışsa dahi bazı meslek türlerinde olduğu gibi, örneğin avukatlık ya da hekimlik gibi, arabulucunun hizmetinin de asgari bir ücret tarifesinde ücretlendirilmesi öngörülebileceği gibi, böyle bir düzenleme hiç yapılmayıp, somut olayın özelliklerine göre ücret belirlenebilir[507]. Hatta bazı arabuluculuk merkezlerinde arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde başarı dolayısıyla ek bir ücret de öngörülebilir[508]. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesine göre arabulucu aksi kararlaştırılmadıkça Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücrete hak kazanır. Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulacak Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından her yıl yeniden hazırlanır.

Arabulucuya ödenecek ücret sorumluluğu bakımından Alman hukukunda arabulucu sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmiş; sözleşmenin taraflarından birisi uyuşmazlığın tarafları diğeri ise arabulucu olduğundan, uyuşmazlığın taraflarının arabulucuya ücret ödeme yükümlülüğü bakımından birlikte sorumlu olduğu ve yani tarafların müteselsilen sorumlu olduğu ifade edilmiştir[509].

---

[507] Fransa, Almanya ve Avusturya`da arabulucuya ödenecek ücret "Honarar" olarak nitelendirilmiş olup, bu konuda yasayla getirilen özel bir düzenleme de yoktur.

[508] **Deckert**, Katrin, "Frankreich", Mediation, Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s.203.

[509] **Hess/Sharma**, s. 691; **Nölting**, s. 164. Müteselsil sorumluluk gereği olarak da arabulucu ücretin tamamını tarafların her birinden talep edebilecektir (BGB § 421).

Tasarı`nın 7. maddesine göre "aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak karşılanır" (HUAKT m.7). Tasarıdaki düzenleme tarafların arabuluculuya ödenecek ücret bakımından müştereken sorumluluklarını benimsemiştir. O halde taraflardan her biri borcun kendi payına düşen kısmını ödemekle borçtan kurtulur. Arabulucu da ödenmeyen kısım için ancak sorumlu olan tarafa başvurabilir.

Kanaatimizce tarafların arabulucuya ödenecek ücret bakımından müteselsilen sorumlu olmaları, taraflardan birinin ücret borcunu yerine getirmemesi durumunda rücû ilişkisi doğurmakla tarafları yeniden bir ihtilafa sevk edecektir. O nedenle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemenin tarafları yeniden karşı karşıya getirmemek adına Alman hukukunda kabul edilenden daha isabetli bir çözüm olduğu kanaatindeyiz. Ancak tarafların arabulucu sözleşmesinde aksini kararlaştırmaları mümkündür.

3. Arabulucunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

a. Müzakereleri Sevk ve İdare Yükümlülüğü

Arabulucu sözleşmesinin akdedilmesi ile birlikte arabulucu olarak atanan ve bu görevi üstelenen kişinin en temel yükümlülüğü müzakereleri sevk ve idare yükümlülüğüdür[510].

Müzakere sürecinde arabulucu anlaşmayı temin edici bir çatı oluşturmakla yükümlüdür. Arabulucu anlaşmayı sağlamak maksadıyla gerekli ortamı ve zemini yaratmalıdır. Bu işlevin yerine getirilmesinde belirleyici üç etken vardır:

Bunlardan birincisi fiziksel etkendir. Buna göre arabulucu tarafları fiziksel olarak bir araya getirme insiyatifini ele almalı, müzakerelerin yapılması için gerekli ve en uygun fiziksel ortamı sağlamalıdır. Uyuşmazlığa düşen tarafların fiziksel olarak bir araya gelmekte çekince göstermeleri müzakerelerin başlamasında belirleyici engellerinden birisidir. Arabulucu, bu durumda profesyonel eğitiminden

[510] **Eiholzer**, s. 196; **Nölting**, s. 90.

de yaralanarak tarafları mümkün olabilecek en uygun ortamda fiziksel olarak bir araya getirmeye ikna etmelidir.

İkincisi duygusal etkendir. Arabulucu, diğer taraftan duygusal olarak da tarafları müzakereye ve uzlaşmaya sevk edecek bir atmosfer yaratmalıdır. Bu bağlamda arabulucu pozitif tavırlar içerisinde, yöntemin gizliliği ve güvenilirliği konusunda temin edici olarak tarafların duygusal açılımlarını da teşvik edecektir.

Üçüncüsü ise usulî etkendir. Anlaşmayı temin edici çatının oluşturulmasında üçüncü etken usulî ve yapısaldır. Arabulucu bu işlevini yerine getirirken, yöntemin belirlenmesinde, gündemin belirlenmesinde, ortaya çıkabilecek usulî problemlerin giderilmesinde, yer ve zamanların belirlenmesinde etkindir. Diğer taraftan, uyuşmazlık konu itibariyle, uzman, danışman gibi üçüncü kişilerin katılımını da gerektirebilecektir. Bu durumda da arabulucu tarafları yönlendirici olabilecektir.

Her ne kadar arabuluculuk sürecinde taraflar sürecin efendisi olarak nitelendirilmişlerse de, arabulucu tarafları anlaşmaya teşvik edecek müzakere ortamını yaratarak, müzakere tekniklerini uygulamak yükümlülüğündedir[511]. Bu yükümlülük arabulucunun asli edim yükümlülüğüdür. Arabulucunun süreçteki bu yükümlülüğü, hekim-hasta ilişkisinde hekimin yükümlülüğüne benzetilmiştir. Nasıl ki hekim, mesleki bilgisi ve tecrübesi sayesinde hastaya tedavi yöntemleri uygulayarak onu iyileştirmeye çalışırken iyileşmenin bir garantisi yoksa[512], aynı şekilde arabulucu da müzakere teknikleri konusundaki bilgisini ve tecrübesini kullanarak tarafları anlaşmaya sevk etmeye çalışır; ancak tarafların anlaşmaya varacaklarının bir garantisi yoktur[513].

b. Tarafsız Olma Yükümlülüğü

[511]Tarafların arabuluculuk sürecindeki hakimiyeti "Herren des Verfahrens" tabiriyle ifade edilmiştir. (**Hess/Sharma**, s. 687; **Hager**, Günter, "Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation", Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, s.76).

[512] Estetik amaçlı müdahalelerde hekimin hastasına belirli bir sonucu tahhüt etmesi mümkün kabul edilmektedir. Bu durumda hekimle hasta arasında bir eser sözleşmesi kurulmuş kabul edilecektir (**Özay**, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.47-49).

[513] **Pruckner**, s. 28.

Yöntemin başarıya ulaşmasında olmazsa olmazlardan biri olarak öngörülen kriter tarafların arabulucuya olan güvenidir. O bakımdan arabulucunun en temel görevlerinden birisi, bu güveni inşa etmektir[514]. Burada güven, tarafların arabulucunun tarafsız olduğu ve kişisel görüş ve değerlerinin müzakereleri etkilemeyeceği konusunda ikna olmasını ifade eder. Güven, sürecin başlangıcı aşamasında temin edilmeli ve süreç sonlanıncaya değin korunmalıdır. Tarafların arabulucuya olan güvenlerinin inşa edilmesinde en önemli kriterlerden birisi de arabulucunun tarafsız olmasıdır. Arabulucunun tarafsız olması arabuluculuk yönteminin ilkelerinden birisi olduğu gibi, arabuluculuğun tanımında yer alan unsurlardan biridir[515]. Zira arabuluculuk uyuşmazlığın "tarafsız bir üçüncü kişi"nin yardımı ile çözümüdür.

Arabulucunun taraflara eşit mesafede durması arabulucu bakımından bir yükümlülüktür. Her ne kadar arabulucunun bir karar verme yetkisi yok ise de, arabuluculuk sürecinde ve müzakerelerde taraflar üzerinde bir etkisinin olduğu yadsınamaz[516]. Bu nedenle, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye düşürmemek için taraflar ile maddi, psikolojik, duygusal, kurumsal tüm ilişkilerini gözden geçirmeli ve tarafsız kalamayacağı bir durum varsa arabuluculuk yapmaktan kaçınmalıdır[517].

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, arabulucunun tarafsızlığını güvence altına almak için arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, arabulucuyu bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlü kılmış ve ancak taraflar bu açıklamaya rağmen o kişinin arabuluculuk yapmasını birlikte talep ederlerse, arabulucunun bu görevi üstlenebileceğini yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebileceğini kabul etmiştir. Diğer taraftan arabulucuyu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü kılmıştır[518].

---

[514] **Boulle**, s. 124.

[515] Arabuluculuk yöntemine hakim olan ilkelerden biri olan arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi için bkz. yuk. §2, C.

[516] **Breidenbach**, s.171.

[517] **Folberg/Taylor**, s. 170; **Alexander/Ade**, s. 79; **Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms**, s.24-25; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 208; **Schütz**, §8, Kn. 237; **Bargen**, s. 21; **Meier**, "Zivilprozessrecht", s.586.

[518] **Alexander/Ade**, s. 79; **Nölting**, s. 103-104.

c. Şahsen Ifa Yükümlülüğü

Genel olarak borçlunun borcunu şahsen ifa ile yükümlü olup olmadığı hususu Borçlar Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: "*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*". Borçlunun borsu şahsen ifasında alacaklının yararının bulunması, bizzat borçlunun kişisel yetenek ve niteliklerinin önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusu olur ki, bunlar genellikle yapma borcu doğuran iş görme sözleşmelerinde karşımıza çıkar[519]. Vekâlet sözleşmesinde güven unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla, vekil sözleşme konusu işi görmeyi bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür[520]. Arabuluculuk da arabulucuya güven üzerine kurulu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, arabulucunun ifa yükümlülüğünü bir başkasına devredebilmesi kurumun özelliği ile de bağdaşmayacaktır. Arabulucu, görevin niteliği gereği arabuluculuk sürecini bizzat yönetmek durumundadır[521]. Bu husus Avusturya`da hukuk uyumazlıklarında arabuluculuğu düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun m. 16`da da açıkça düzenlemiştir.

Vekilin sözleşme konusu işi bizzat ifa yükümlülüğü kural olmakla birlikte işi görmeyi başkasına yaptırması üç durumda istisnaen kabul edilmiştir (BK. m. 390). Buna göre vekil sözleşmede başkasını vekil olarak atamaya yetkili kılınmışsa ya da işi başkasına yaptırmaya mecbur kalmışsa yahut da başkasını vekil olarak atayabileceği konusunda bir gelenek varsa vekil işi bizzat görmek zorunda değildir. Vekâlette vekilin işi bizzat görme yükümlülüğü bakımından getirilen istisnalar arabulucu bakımından da uygulanabilecek midir? Örneğin taraflar arabulucuyu başka bir arabulucu ataması konusunda yetkilendirebilirler mi? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için bizzat yerine getirilmek zorunda olduğundan bu husus açıkça düzenlenmiş; madde gerekçesinde ise bu görevin yerine getirilmesinin kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamayacağı ifade edilmiştir (HUAKT m. 9). Arabuluculuk görevinin niteliği itibariyle vekâlet ilişkisinden farklı olarak kişisel

[519] **Kılıçoğlu**, Ahmet Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 409.
[520] **Berner Kommentar OR**, m. 398, Kn.527.
[521] **Eiholzer**, s. 223.

özelliklere daha çok bağlı olması ve tarafların arabulucuya duydukları güven sonucunda ancak o kişinin şahsından beklenen faydanın sağlanabileceği, başka bir kişinin arabulucu olarak görev yapması istendiğinde tarafların doğrudan o kişi ile bir arabulucu sözleşmesi yapması şeklinde bir çözüm yönteminin kabulü arabuluculuk yönteminin niteliğine daha uygun olacaktır.

d. Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabulucunun bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü iki açıdan incelenebilir. Birincisi arabulucu, arabuluculuğun esasları, sürecin işlemesi ve sonuçlarına ilişkin olarak tarafları bilgilendirmek ve aydınlatmakla yükümlüdür. Faaliyet hakkında yeterince bilgi sahibi olan taraflar bu faaliyetin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayacaklardır. Arabulucu süreç başlarken tarafları aydınlatır ve gerekli gördüğü durumlarda ayrıca süreç içinde de bilgilendirme ve aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın 11. maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

"Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür."

Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü vekilin bilgi verme yükümlülüğüne benzetilebilir. Hesap verme başlığı altında vekilin geniş anlamıyla genel bir bilgi verme yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır (BK m. 392). Vekilin müvekkilin talebi üzerine hesap verme yükümlülüğü olmakla birlikte vekilin gerektiğinde müvekkile işin durumu hakkında bilgi vermesi gerektiği ifade edilmiştir[522]. Söz konusu yükümlülük vekâlet sözleşmesinin kurulmasıyla başlar ve mutlaka sözleşmenin yerine getirilmesine bağlı değildir. Geniş anlamda hesap verme yükümlülüğü, işe başlandıktan sonra onun yürütülmesi, durumu hakkında müvekkile bilgi verilmesi biçiminde ortaya çıkar[523]. Arabulucu bakımından da bilgi verme yükümlülüğü

[522] **Tandoğan**, C.II, s. 259; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 654.
[523] **Tandoğan**, C.II, s. 259.

arabulucu sözleşmesinin kurulması ile başlar ve süreç devam ederken de tarafların bilgilendirilmesi yükümlülüğü devam eder[524].

Arabulucunun bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğüne başka bir açıdan bakılacak olursa arabulucunun arabuluculuk süreci sonundaki anlaşmanın ve tarafların memnuniyetinin teminat altına alınabilmesi için tarafların hukuki durum ve anlaşmaya etki edecek önemli olgular ile ilgili olarak da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Yanlış bilgilendirme ile sonuçlanan bir arabuluculuk sürecinde tarafların memnuniyeti güvence altına alınamaz. Bu nedenle tarafların bilgilendirilmesi arabuluculunun yükümlülüklerinden birisidir. Doğru bilgi akışının sağlanması görevi arabulucuya aittir. Arabulucu, taraflar arasındaki bilgi akışını sürdürmeli, bilgi eksikliğini gidermelidir. Aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında arabulucu tarafsızlığına gölge düşürmemelidir[525]. Taraflarca arabulucuya aktarılan bilgilerin gizlilik kapsamında olduğu ve karşı tarafa aktarılmayacağı da yöntemin temel güvencelerinden biridir. O nedenle, arabulucu bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğnü yerine getitirken gizlilik kapsamında korunan bilgileri de açıklamamalıdır[526]. Bu durumda taraflar arasında bilgi akışının sağlanması, diğer bir deyişle her türlü bilginin paylaşımı sağlanması gerekir. Tarafların bilgilendirilmesi yükümlülüğünün sınırları gizlilik ilkesi güvencesinde olan bilgi ve belgelerdir.

e. Sır Saklama Yükümlülüğü

Bilindiği üzere sözleşmelerdeki edim yükümlülükleri asli ve yan edim yükümlülükleri olmak üzere iki türe ayrılır. Asli edim yükümlülükleri, somut borç ilişkisinin hukuki niteliğini, tipini belirleyen ve sözleşmeden beklenilen asıl amacı simgeleyen yükümlerdir[527]. Fakat ilişkinin sonraki safhalarında (ve çok defa bu ilişkinin ihlal edilmesi sonucu), bahis konusu asli edimlerin yerine veya yanında yan

[524] Hatta sözleşmenin kurulmasından öncesinde de arabulucunun tarafları uyuşmazlığın konu itibarıyle arabuluculuğa elverişli olup olmadığı, tarafların herhangi bri külfete katlanmadan arabulucuya başvuruyu reddetme imkânı olduğu hususlarında tarafları bilgilendirme yükümlülüğü vardır (**Nölting**, s.93 vd; **Henssler/Koch**, §9, Kn. 13; **Hacke**, s.158).

[525] **Nölting**, s. 98. Arabulucunun tarafsızlığı hakkında bkz. yuk. §2, C ve §5, C, I, 3, b.

[526] Gizliliğin kapsamı konusunda bkz yuk. §3, A, I.

[527] **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s.19; **Larenz,** § ,2 I.

edim yükümlülükleri olarak adlandırılan başka yükümlülükler de ortaya çıkabilir[528]. Bu asli ve yan edim yükümlülüklerinden başka ve fakat bunlardan bağımsız olarak bir takım davranış yükümleri de vardır. Bu davranış yükümlerine, koruma yükümleri özen gösterme yükümleri de denilmektedir[529]. İşte sözü geçen bu davranış (veya koruma) yükümleri, bir borç ilişkisi kurmaya yönelik olarak birbirleriyle sosyal temas haline girmiş olan kişilerin, birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak ve karşı tarafın şahıs ve malvarlığı değerlerini koruyacak tedbirleri almak şeklindeki mükellefiyetlerini ifade eder[530]. Asli ve yan edim yükümlülüklerinin dayanağı sözleşmedeki edim ilişkisi iken, davranış yükümlerinin kaynağını Medeni Kanunun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüş olan güven ilkesi oluşturur[531]. Ancak davranış yükümleri, bir kanun hükmü gereğince ya da tarafların açık veya örtülü anlaşması sonucu, edim ilişkisinden bağımsızlıklarını yitirerek bu ilişkinin içine girerek edim yükümü hüviyetine kavuşabilirler.

Arabulucu sözleşmesi ile kararlaştırılan arabulucunun sır saklama yükümlülüğü de sözleşmede hüküm altına alınan bir edim yükümüdür. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olması, gerek kuruma gerekse arabulucuya olan güvenin sağlanmasının bir gereğidir. Taraflar arabulucu sözleşmesi ile arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün kapsamını ve sınırlarını belirleyebilirler. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü arabulucu sözleşmesinde açıkça düzenlenebileceği gibi, sözleşmede açıkça düzenlenmediği halde arabulucunun sır

[528] Yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülükleri ile ilgili olup, dolaylı veya dolaysız olarak asli edim yükümünün sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlayarak edim sonucunun gerçekleşmesine hizmet ederler. Dolayısıyla yan edim yükümlülüklerinin amacını somut edim ilişkisi belirler ve asli edimin kapsamını genişletip değiştiren ve asli edim kadar etkin olmayan yükümlülüklerdir. Bu konuda bkz. **Serozan**, Rona, "Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2, S.3, İstanbul 1968, s. 119; **Ulusan**, İlhan "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 314. Yan edim yükümlülükleri kanundan ya da sözleşmeden olduğu gibi doğruluk ve güven kurallarından da çıkartılabilir; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 20; **Oğuztürk**, Burcu (Kalkan), Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.75-87.

[529] **Akyol,** Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 42 vd; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 21.

[530]**Baygın**, Cem "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1–2, Erzincan 2000, s.354.

[531] **Baygın**, s.355; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 21; **Oğuztürk**, s. 83; **Berner Kommentar OR**-Giriş, Kn.142.

saklama yükümlülüğü olup olmadığı konusu aşağıdaki başlıkta detaylı olarak ele alınacaktır[532].

(aa) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmesi

Taraflar arabulucu sözleşmesi ile sır saklama yükümlülüğünü açıkça düzenleyebilirler. Sır saklama yükümlülüğü sözleşmelerde farklı şekillerde formüle edilmektedir. Ancak arabulucu sözleşmesinde sır saklamaya dair düzenlemede hangi hususların sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduğunun belirlenmesi gerekir. Arabuluculuk esnasında gerek yazılı gerek sözlü olarak paylaşılan bilgiler, arabuluculuk sürecine dahil olmayan ve bu nedenle de bilgisi kapsamında bulunmayan üçüncü kişilere karşı sır olarak saklanmalı ve sır saklama yükümlülüğü kapsamında düzenlenmelidir[533]. Müzakerelere hazırlık aşamasındaki ortaya konulan bilgiler de bu kapsama dahil edilmelidir. Arabulucunun arabuluculuk sıfatını kullanarak kendi kendine taraflar hakkında edindiği bilgiler de sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde düzenlenmelidir[534]. Arabuluculunun sır saklama yükümlülüğü yalnızca arabuluculuk süreci dışındaki kişilerle sınırlı değildir. Arabulucu özel oturumlar[535] ile taraflardan birinden edindiği bilgiyi diğer tarafa iletmemekle de yükümlüdür. Bu durumda arabulucu özel oturumda elde ettiği bilgiler bakımından arabulucu sözleşmesinin diğer tarafındaki uyuşmazlığın taraflarından birine karşı da sır saklama yükümlülüğü altındadır.

(bb) Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemesi

Taraflarca sözleşme yapılırken isteyerek veya istemeyerek sözleşmenin içeriğinde bazı nokta veya hukuki sorunlar düzenlenmemiş olabilir. Bu durumda bir sözleşme boşluğundan bahsedilir[536]. Arabulucu sözleşmesinde de uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında arabulucunun sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş olabilir. Arabulucu sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğüne

---

[532] Bkz. aşa. s. §5,C,e, (bb).

[533] **Hilber**, s.54; **Eiholzer**, s. 237; **Nölting**, s. 116.

[534] **Hilber**, s.54.

[535] Özel oturumlar hakkında bkz. yuk. §3, D.

[536] **Eren**, s. 431; **Oğuzman/Öz**, s. 153.

ilişkin hiçbir açık düzenleme bulunmasa dahi, arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğundan bahsedilebilecek midir? Tasarının yasalaşması halinde bu soruya tereddütsüz evet diye cevap vermek gerekir (HUAKT m. 4). Zira bu durumda arabulucunun kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilecektir. Ancak söz konusu Tasarı henüz yasalaşmadığından bu sorunun cevabının genel hükümlere göre verilmesi gerekir. Sözleşmede açıkça sır saklama yükümlülüğü düzenlemediği halde arabulucunun sır saklamak mecburiyetinde olduğu kabul edilecek olsa dahi, bunun sınırları neye göre belirlenecektir?

Genel olarak geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmedeki boşluğun doldurulmasına sözleşmenin tamamlanması denir[537]. Sözleşmedeki bu boşluğun doldurulmasında yedek hukuk kuralları ile örf ve adet kurallarına başvurulur. Sözleşmedeki boşluğun kanun hükmü veya örf ve adet hukuku kuralları ile doldurulamadığı hallerde ise işin mahiyeti gereği dürüstlük kuralı esas alınarak tarafların farazi ortak arzularına göre bu boşluk doldurulur[538]. Makul ve dürüst kişiler arasında yapılacak olan sözleşmede bu hususta nasıl bir çözüm kabul edilecek idiyse, bu çözüm tarafların farazi iradeleri kabul edilir ve boşluk bu doğrultuda doldurulur[539]. Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında işin niteliğine bakılması gerektiği düzenlenmiş olduğundan, sözleşmenin tamamlanmasında akdin özelliği varsa bu özelliğin göz önünde bulundurulması gerekir.

Arabulucu sözleşmesi bakımından ise, taraflar ve arabulucu önceden yaptıkları sözleşmeye gizlilik ya da arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm koymadıkları takdirde dahi arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir. Aşağıda açıklanacağı üzere arabulucunun arabuluculuk sözleşmesi kurulmadan öncesinde dahi sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu olduğu kabul

[537] **Eren**, s. 431 vd. ; **Oğuzman/Öz**, s. 153 vd.

[538] Akdin tamamlanması konusunda doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **Eren**, s. 431 vd.

[539] MK. m. 2 f.1'deki düzenlemeyi güven ilkesi olup ve MK. m.2'deki bu güven ilkesi bir yorum ilkesi dir ve irade beyanlarını, onaylayıcı, tamamlayıcı ve konverte edici etkisi vardır (**Serozan**, s. 117, dn; 30a).

edilmiştir[540]. Dolayısıyla sözleşme öncesinde bir davranış yükümü olarak kabul edilen sır saklama yükümlülüğünün, geçerli bir sözleşme kurulduktan sonrasında açıkça düzenlemese dahi, edim yükümünden bağımsızlığını yitirerek bu ilişkinin içine girdiğii ve dürüstlük ilkesi çerçevesindeki tamamlayıcı yorum ile yan edim yükümü katına çıkarıldığı görülmektedir[541]. Doktrinde gizliliğin arabuluculuğun temel unsuru olduğu ve dolayısıyla taraflar arabuluculuk yoluna başvurmaya karar verdiklerinde bu yöntemin taşıyıcı unsuru olan gizliliği de kararlaştırmış olacakları sonucuna varılmıştır[542].

Arabulucu bakımından sır saklama yükümlülüğünün var olduğu sonucuna vekalete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle de varabiliriz[543]. Borçlar Kanunda vekilin sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmemekle birlikte 390. maddesinde düzenlenen vekilin kendisine tevdi edilen işi sadakatle yerine getirmesini düzenleyen yükümlülük sır saklama yükümlülüğünü de içerir. Sır saklama yükümlüğü sadakat yükümlüğünün bir görünümü, uzantısı olarak kabul edilmiştir[544]. Sadakat yükümlülüğü ise vekâletin inikadı ile değil, vekil ile müvekkil arasında sözleşme müzakereleri ile başlar ve vekâlet sona erdikten sonra dahi devam eder[545]. Arabulucu bakımından da sır saklama yükümlülüğü sözleşmenin yapılması ile değil, sözleşmeye ilişkin müzakerelerin başlaması ile başlar ve arabuluculuk süreci sona erdikten sonrasında da devam eder.

Arabulucu sözleşmesinde açıkça düzenlemese dahi arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğu tespit edildikten sonra bu yükümlülüğün sınırlarının tayin edilmesi gerekecektir. Genel olarak herkesçe bilinen maruf ve meşhur vakıalar sır

---

[540]Culpa in Contrahendo sorumluluğunu edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendiren ve Türk Hukukunda **Serozan** tarafından ortaya atılan bu görüş çerçevesinde arabulucu sözleşmesi müzakereleri aşamasındaki arabulucunun sır saklama yükümlülüğü bir davranış yükümlülüğüdür. Davranış yükümleri bazen edim ilişkilerinden bağımsızlıklarını yitirerek bu ilişkinin içeriğine girer ve yan edim yükümü haline gelirler. Davranış yükümlerinin yan edim yükümü katına çıkması tarafların açık veya örtülü anlaşması sayesinde olur. Örtülü anlaşma olduğu sonucuna ise güven ilkesi çerçevesinde yapılan onaylayıcı veya tamamlayıcı yorum sayesinde varılır. (**Serozan**, s. 119).

[541] **Serozan**, s. 117.

[542] **Hartmann**, §27, Kn. 21; **Beck**, s. 162; **Hess/Sharma**, §26, Kn. 32; **Hilber**, s.74.

[543] **Eiholzer**, s. 236.

[544] **Tandoğan**, C. II, s. 230 vd; **Yavuz**, s. 392.

[545] **Gümüş**, Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.159; **Berner Kommentar** ZGB, m. 2; Kn. 263.

kavramı içerisinde değerlendirilemez ancak arabulucunun bu görevi dolayısıyla öğrendiği tüm bilgi, belge ve olaylar sır kapsamında değerlendirilir. Vekilin sır saklama yükümlüğünün kapsamı belirlenirken gizli tutulmasında tarafların menfaati olan ve açıklanması halinde maddi ve manevi zarar tehlikesi ya da diğer kimselerin kınaması sonucunu doğuracak olan olaylar sır kapsamında değerlendirilmiştir[546]. Arabulucu bakımından da uyuşmazlığın taraflarınca arabulucuya açıklanan ya da taraflarca açıklanmasa dahi arabulucunun bu sıfatı dolayısıyla müzakerelerde edindiği bilgi, belge ve olaylar sır saklama yükümlülüğü kapsamında gizli tutulmalıdır. Arabulucunun özellikle muhafaza etmesi gereken sırlar arasında ekonomik nitelikte olanlar ve ticari sırlar büyük önem taşır. Arabulucuların hangi hususları sır olarak saklaması gerektiği hususunda dürüstlük kuralı ölçüt kabul edilmiştir[547].

Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen arabulucu sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmasa dahi arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir. Bu gerek taraf iradelerinin bu doğrultuda olması ve güven ilkesi esas alınarak irade beyanlarının tamamlayıcı yorumu suretiyle gerekse vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının bir sonucudur.

4. Arabulucu Sözleşmesinden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi iki şekilde karşımıza çıkabilir. Arabulucu ya taraflardan birinden özel oturumlar esnasında öğrendiği ve gizli kalması gereken hususları diğer tarafa iletir ya da müzakereler esnasında taraflardan edindiği bilgileri üçüncü kişilere iletir. Biz bu başlık altında arabulucunun gerek üçüncü kişilere sır kapsamındaki bilgileri ifşa etmesi gerekse taraflardan birinden edindiği bilgiyi kişinin rızası dışında diğer tarafa iletmesi halinde ortaya çıkacak hukuki durumu inceleyeceğiz. Arabulucunun yargılama

[546] **Tandoğan**, C. II, s. 232; **Yavuz**, s.392.

[547] **Oldenbruch**, s. 61; **Beck**, s. 162; **Eiholze**r, s.237.

aşamasında gündeme gelebilecek sır saklama yükümlülüğü ise aşağıda incelenecektir[548].

a. Arabulucunun Tazminat Sorumluluğu

Arabulucu sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmişse ya da sözleşmenin yorumlanması suretiyle arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğu anlaşılabiliyorsa, arabulucunun bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde arabulucu tazminatla yükümlü olacaktır[549]. Bu tazminat yükümlülüğünün hukuki dayanakları değişebilir. Bu tazminat yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını incelemeye geçmeden önce arabulucu sözleşmesinden doğan sır saklama yükümlüğünün hukuki sonuçları incelenirken bu yükümlülüğün sözleşme süresince ya da sözleşme sona erdikten sonra ihlal edilmiş olması ihtimallerini de değerlendirerek iki aşamada incelenmesi gerektiğini ortaya koymak gerekir[550].

Öncelikle arabulucu sözleşmesi kurulduktan sonra arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda uygulanacak hükümleri tespit edecek olursak; arabulucu sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması halinde, vekil sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışıyla bir zarar verecek olursa bu zararı tazminle sorumlu olduğundan (B.K. m. 398 f. 2), arabulucunun tazminat sorumluluğu da bu kapsamda olacaktır[551]. Örneğin arabulucu taraflardan birinin finansal güçlük içerisinde olduğunu üçüncü bir kişiye bildirmiş ve böylelikle üçüncü kişi ile taraf arasında akdedilmesi planlanan ticari sözleşme yapılmamış ve bu nedenle bir zarar doğmuşsa arabulucu bu zararı tazminle yükümlü olacaktır.

---

[548] Bkz. aşa. §7 ve §8.

[549] **Nölting**, s. 184; **Henssler**, s. 1818; **Beck**, s.162. Bugün pek çok meslek bakımından kabul edilmiş mesleki sorumluluk sigortasının arabulucu bakımından da kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira uyuşmazlığın taraflarının zararının arabulucu tarafından karşılanmaması ihtimali karşısında taraflar bu yola başvurmaktan çekinebileceklerdir. Bu husus Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. ve 19. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bkz. **İsfen**, "Avusturya", s. 1327,1330. Benzer düzenlemenin Türk Hukuku bakımından da getirilmesi yerinde olacaktır (**Pekcanıtez**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 14; **Tanrıver**, "Alternatif Uyuşmazlık", s.170).

[550] Arabulucunun arabulucu sözleşmesindeki ya da sözleşmenin sona ermesinden sonraki tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için arabulucu sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir.

[551] **Tandoğan**, C.II, s.235.

Arabulucu sözleşmesinin kurulmasından sonra ve sözleşme süresince arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde arabulucunun tazminat sorumluluğu ve kapsamı tespit edildikten sonra, arabulucu sözleşmesi sona erdikten sonra arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonuçlarına değinmek gerekir. Vekâlet ilişkisinde vekilin sır saklama yükümlüğünün sözleşme sona erdikten sonra da devam etmesi gibi arabulucunun da arabulucu sözleşmesi sona erdikten sonrasında sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir. O halde sır saklama yükümlüğünün arabuluculuk süreci sona erdikten sonra ihlal edilmesi halinde arabulucunun tazminat yükümlülüğü söz konusu olacak mıdır? Tazminat yükümlülüğünün dayanağı haksız fiillere ilişkin hükümler mi yoksa sözleşmelere ilişkin hükümler mi uygulanacaktır? Sözleşmede edimlerin ifa edilmesinden sonra bazı yan edim yükümlülüklerin devam ettirilmesi mümkündür[552]. Bu durum sözleşmenin ard etkisi şeklinde ifade edilir[553]. Sözleşme sona erdiğinden ve taraflar arasındaki borç ilişkisi de sona ermiş kabul edileceğinden sözleşme sonrası kusurlu davranışlara haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüş olsa da, burada taraflar arasında dürüstlük kuralından doğan borç ilişkisi olduğu da kabul edilmiştir[554]. Vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonraki vekilin sır saklama yükümlülüğü de sözleşmenin ard etkisine örnek olarak gösterilmiş ve dürüstlük kuralının uygulanması ile borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmuştur[555]. SEROZAN tarafından "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi" teorisi ile birlikte davranış yükümleri incelenirken, karşılıklı ifa ile sona eren sözleşme ilişkilerinde davranış yükümlerinin devam ettiği tespit edilmiş ve vekilin vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonraki sır saklama yükümlülüğü de bu kapsamda değerlendirilmiştir[556]. He ne kadar bu teori bakımından da sözleşmesi sonrası sır

[552] Culpa post contrahendum olarak ifade edilen bu kavram kaynağını BGB m. 242'de bulmaktadır. bkz. **Brox**, Hans /**Walker**, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 33. Bası, Münih 2009, s. 80.

[553] Mevcut sözleşme bağı sona erdikten sonra tarafların bu sözleşme dolayısıyla kurdukları yakınlık dolayısıyla zarar verici kusurlu davranışları culpa post pactum perfectum olarak tabir edilmiştir (**Oğuzman/Öz**, s. 37).

[554] **Oğuzman/Öz**, s. 37-38; **Brox/Walker**, s. 80.

[555] **Tandoğan**, C. II, s. 450-451.

[556] **Serozan**, s. 121, dn; 35. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerini doğrudan dürüstlük kuralına bağlayanlar, bu teorinin culpa in contrahendo, culpa post pactum perfectum gibi kavram ve teorilerin gereksiz olduğu sonucuna varmış ve bunların ortak bir başlık olan edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri altında toplandığını ileri sürmektedirler.

saklama yükümlüğünün ihlaline bağlanan sonuç borca aykırılık ise de, bunun temeli edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olarak açıklanmıştır[557].

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ihlali halindeki tazminat yükümlülüğünün haksız fiil hükümlerine dayanması iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan birincisi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının yasalaşması ihtimalidir[558]. Tasarının yasalaşması halinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğü kanunda düzenlenen bir yükümlülük olduğundan, arabulucu sözleşmesinde düzenlemese dahi taraflar haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceklerdir[559]. Tarafların gizlilik haklarının ihlali dolayısıyla Medeni Kanun'un 25. maddesinin 3. fıkrasına ya da Türk Ceza Kanunu'nun 239.maddesine dayanılarak da arabulucunun haksız fiile dayanan tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde hem borca aykırılık hem de haksız fiil dolayısıyla sorumluluğu karşısında sözleşmesel ve sözleşme dışı tazminat talepleri yarışır. Böyle bir durumda hakim görüş, şartları gerçekleşen iki sorumluluğa dayanan taleplerin yarışacağını ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceğini kabul etmektedir[560]. Ancak alacaklı için borçluyu borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutmak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmaktan çoğu kez daha elverişli olacaktır. Zira borca aykırılıkta borçlu kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalmakta, borca aykırılık halinde tazminat davası zamanaşımı kural olarak on sene iken, hsaksız fiil sorumluluğunda tazminat

---

[557] Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi ile birlikte haksız fiilden doğan sorumluluğun uygulama alanı sözleşmeden doğan sorumluluğun uygulama alanı yararına daralmış ve bu sayede B.K. m. 96, m. 100 ve m.125'in uygulama alanı genişlemiştir (**Serozan**, s. 122).

[558] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı yasalaşsa dahi hükümlerin yalnızca sicile kayıtlı arabulucular bakımından uygulanması dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan arabulucuların sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı halinde ancak Medeni Kanun'un 25. maddesinin 3. fıkrasına ya da Türk Ceza Kanunu'nun 239.maddesine dayanılarak haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

[559]Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı gizliliğin ihlalini ayrıca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiş ve koruma yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür(HUAKT m. 33). Tasarıda arabulucunun hukuki sorumluluğunun da düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. (**Kuru**, "Arabuluculuk", s. 244).

[560] **Oğuzman/Öz**, s. 702 vd. Hâkim yarışan kanun hükümlerinden davacı için elverişli olanı re'sen uygular (**Kuru**, C. II, s. 1503).

davası zarara ve faile ıttıla tarihinden itibaren bir senede zamanaşımına uğramaktadır[561].

Maddi tazminatta genellikle güvenin sarsılmasından doğan menfi zararın tazmini söz konusu olacaktır[562]. Bu zararın varlığını ve miktarını kanıtlamak çoğunlukla güç olur. Hâkimin böyle hallerde zararın gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu kanısına varırsa onun varlığını kabul ve miktarını da halin olağan durumunu göz önünde tutarak (BK m. 42 f. 2) karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir[563]. Sözleşmeye dayalı sorumluluğa başvurulması halinde ise, arabulucu sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğüne aykırılık halinde uygulanacak cezai şartın düzenlenmesi tazminat miktarının tayinindeki güçlükleri bertaraf edecektir[564].

Diğer taraftan arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırılığı dolayısıyla taraflar manevi zararın tazminini de isteyebilirler (BK. m. 49). Zira manevi tazminat istenmesine ilişkin esaslar sözleşmeden doğan borçlara aykırılık halinde de uygulanır (BK m. 98 f.2)[565]. Dolayısıyla arabulucu tarafından sır saklama yükümlülüğünün ihlali ile sözleşmeden doğan borca aykırılığın aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarından birinin ya da her iki tarafın da şahsiyet hakkını ihlal etmesi durumunda manevi tazminat talep edilebilecektir. Manevi zararın tazmini talebi için bundan başka aranan şartlar, manevi bir zararın bulunması, şahsiyet hakkına tecavüzle manevi zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve davalının kusurudur.

---

[561] **Oğuzman/Öz**, s. 380.

[562] **Tandoğan**, C.II, s. 235. Borca aykırılık sonucu alacaklının uğradığı maddi zarar, müspet zarar ya da menfi zarar olabilir (**Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 473). Menfi zarar sözleşme yapılmasaydı meydana gelmeyecek zarar olarak kısaca ifade edilebilir. Menfi zarar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 427-428; ayrıca menfi zarar kavramı hakkında eleştiriler için bkz. **Serozan**, s. 127.

[563] **Tandoğan**, C.II, s. 236.

[564] **Hacke**, s. 340; **Hilber**, s. 65; **Beck**, s. 162. Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya yöneltmektir; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s.583. Sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarı taraflarca sözleşme ile kararlaştırılmışsa ve sözleşmede tazmini öngörülen miktar hukuksal niteliği itibarıyle bir cezai şart değilse, bu durumda alacaklı taraf, sözleşmeye aykırı davranan borçludan bunun ifasını talep edebilecektir. Borçlu alacaklının kararlaştırılan miktarda bir zarara uğramadığı iddaisında bulunursa, alacaklının zararın gerçek miktarını ve bunun sözleşmede kararlaştırılan miktarda olduğunu kanıtlaması gerekir (**Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 477).

[565] **Eren**, s. 1011; **Oğuzman/Öz**, s. 678.

Arabulucunun arabuluculuk sıfatı dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarından üçüncü kişilere ilişkin bir takım sırlara vakıf olması ve bu sırrı ifşa etmesi halinde sorumluluk bu üçüncü kişi ile arabulucu arasında bir sözleşme olmadığından bir haksız fiil sorumluluğu olacaktır.

b. Sözleşmenin Sona Ermesi

Arabuluculuk süreci devam ederken arabulucunun sır saklama yükümlüğüne aykırı davranması halinde arabulucu sözleşmesinin sona ermesi de mümkün olabilecektir. Geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren sebepler fesih, dönme, geri alma ve iptaldir. Geniş anlamda borcu sona erdiren sebepler, bütün olarak borç ilişkisini sona erdirirler ve böylece sözleşme ortadan kalkar. Buna karşılık dar anlamda borcu sona erdiren sebepler; ifa, ifa imkânsızlığı, ibra, süreli sözleşmelerde sürenin dolması, yenileme, takas, zamanaşımı ve borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesidir. Dar anlamda borcu sona erdiren sebepler, borç ilişkisini değil, bu ilişkiden doğan çeşitli halleri sona erdirirler. Borç ilişkisinden doğan tüm borçlar sona ermişse, kural olarak borç ilişkisi ve dolayısıyla da sözleşme sona erer. Edimin yerine getirilmesinde kişisel yeteneklerin rol oynadığı sözleşme tiplerinde sözleşme bazı özel sebeplerle de sona erebilir[566]. Vekâlete özgü sona erme nedenleri düzenlenirken, bu sözleşmede vekilin iş görme borcunun kişisel özelliği ve sözleşmenin çoğu zaman özel bir güven ilişkisine dayanması gibi etkenler göz önünde tutulmuştur (BK m. 396 ve 397)[567]. Vekâlet sözleşmesine özgü sona erme sebepleri geri alma, ölüm, ehliyetsizlik ve iflâstır[568]. Arabulucu sözleşmesi de kanunda düzenlemeyen bir iş görme sözleşmesi olduğundan ve vekâlete ilişkin hükümler uygulanacağından (B.K. m. 386 f.2), arabulucu sözleşmesi de vekâlete özgü sona erme sebeplerine dayanılarak sona erdirilebilecektir[569]. Vekâlet

[566] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 984; Örneğin ariyet, hizmet, istisna, vekâlet gibi sözleşmeler de borçlunun ölümü ile de sözleşme sona erer.

[567] **Tandoğan**, C.II, s. 385; **Bülter**, Ahmet, "Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi S.18, 2006, s. 7.

[568] Vekâlete özgü bir sona erme sebebi olan tek taraflı geri alma hakkının her çeşit vekâlet sözleşmesi bakımından uygulanmayacağı tespit edildikten sonra B.K. m. 404 hükmünün uygulanmayacağı iki atipik vekâlet kategorisi tespit edilmiştir. Bunlar bazı koşulları taşıyan ticari, ve teknik yönetimle ilgili vekâlet ilişkileri ile fikri bir çalışma sonucunun meydana getirilmesine ilişkin vekalet ilişkisidir (bkz. **Tandoğan**, C.II, s. 400-401).

[569] B.K. m. 386 f. II'de kanunda düzenlemeyen iş görme sözleşmelerine vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin kurala rağmen, tek taraflı geri alma hakkının tanınmasının mümkün olduğu vekâlet sözleşmelerinin ortak unsurları Peyer tarafından tespit edilmiştir. Peyer'e göre vekâletin

sözleşmesinde vekilin gerekli özeni göstermeksizin başarılı bir şekilde ifa etmemesi halinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ifa borcu tazminat borcuna dönüşür. Ancak bu durum vekâlet sözleşmesinin sona erdiği anlamına gelmez. Arabulucunun arabuluculuk süreci devam ederken sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması arabulucu sözleşmesini de kendiliğinden sona erdirmeyecektir. Taraflar kendilerine tanınan geri alma hakkı çerçevesinde arabulucu sözleşmesini sona erdirebileceklerdir. Ancak vekâlet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran bir özellik olarak taraflara tanınan bu azil ve istifa yetkisi sınırlandırılmıştır (BK. m.396 f. 2)[570]. Bu sınırlandırma azil veya istifanın uygun olmayan zamanda yapılması halinde karşı tarafın tazminat istemi olarak karşımıza çıkar[571]. Vekâlet sözleşmesinin taraflarca sürdürülmesinin taraflardan beklenemeyecek olduğu hallerde haklı sebeple bir azil söz konusu olmakta ve vekilin tazminat talebi hakkı ortadan kalmaktadır. Diğer bir deyişle vekilin sözleşmeye aykırı hareketi karşısındaki azil vekilin tazminat hakkını ortadan kaldıracaktır. Bu durum karşısında, her ne kadar arabuluculukta uyuşmazlığın taraflarının sözleşmeyi tek yanlı geri alma hakkı varsa da, bu geri alma hakkının haklı bir sebebe dayanması halinde arabulucunun tazminat talebi de ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla da arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de haklı nedenle azil söz konusu olacak ve arabulucu makul olmayan bir zamanda yapılan azil olduğu gerekçesiyle menfi zararının tazminini talep edemeyecektir[572].

---

içeriğinin ve amacının müvekkilin yüksek değerdeki kişisel varlıklarını ilgilendirmesi, vekâletin başarıya ulaşması için vekilin kişisel sadakatinin ve özeninin ön planda olması, görülen işin vekilin kişiliğini derinden etkilemesi ve karşılıklı yükümlülüklerin tarafları aşırı derecede bağlama tehlikesinin bulunması gibi hallerde tek taraflı geri alma hakkının söz konusu olacağı ve atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından da bu kıstasların uygulanması gerektiği, bu gibi durumların gerçekleşmediği atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından da tek taraflı geri alma hakkının kullanılamayacağı ifade edilmiştir (**Peyer**, Jürg, Der Widerruf im Schweizerisches Auftragsrecht, Zürih 1974, s. 160-161, s. 193).

[570] Vekâlet sözleşmesini sona ermesi bakımından hizmet sözleşmesinden ve eser sözleşmesinden ayıran özellikler; vekâlet sözleşmesinde geri alma hakkının kullanılmasının haklı bir nedene dayandırılması veya bir önele bağlanmasının gerekmemesi, tek taraflı sona erdirme hakkının sadece iş gördüren müvekkile değil aynı zamanda iş gören vekile de tanınması ve sözleşmeye son verenin diğer tarafın ifaya olan tüm menfaatini tazminle yükümlü olmamasıdır. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, C.II, s. 393 vd.

[571] Haksız azil veya istifa halinde karşı taraf uğradığı müspet zararın değil, vekâletin uygun olmayan zamanda ortadan kalmasından dolayı uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilir (**Peyer**, s.129).

[572] Vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin hizmet sözleşmesinden daha ağır şartlara bağlanmaması gerektiği dolayısıyla da hizmet sözleşmesine haklı sebeplerle feshe ilişkin B.K. m. 344'ün kıyasen uygulanması doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, C.II, s. 406.

D. Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinde Edindiği Bilgilere İlişkin Sır Saklama Yükümlülüğü

Culpa in Contrahendo, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur anlamına gelir[573]. Akit kurulmadan önce taraflar akdin içeriği, şartları, karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirlemek üzere birbirleriyle müzakereler yaparlar[574]. Müzakerelere girmekle de aslında taraflar arsasında dürüstlük kuralından (MK m. 2) kaynaklanan bir güven ilişkisi doğar ve bu güven ilişkisi çerçevesinde taraflar genel olarak yanlış bilgi vermemek, gereken özeni göstermek, karşılıklı olarak birbirlerinin kişi ve malvarlığını zarardan koruyacak davranışlarda bulunma yükümlülüğü altına girerler[575]. Bu güven sözleşmesel bir güvenden daha az ancak haksız fiil hükümleri çerçevesinde meydana gelen raslantısal güvenden de daha yüksek miktarda bir güvendir[576]. Görüşmeciler özen yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumlu olurlar. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu, görüşmeler esnasında kusursuz olan şahsı diğer tarafın kusurlu davranışlarına katlanmak zorunda bırakan ve tabi ki hakkaniyete uymayan söz konusu durumu düzeltmeyi amaçlamıştır[577].

Konuyu arabulucu sözleşmesi ve arabulucunun sır saklama yükümlülüğü bakımından değerlendirecek olursak; arabulucunun sözleşme öncesi kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Şöyle ki: taraflardan biri ya da her iki taraf, arabuluculuk müzakerelerine başlamadan ve arabulucu sözleşmesi akdedilmeden öncesinde yapılan müzakerelerde arabulucu ile uyuşmazlığın içeriği ve niteliği hakkında bazı bilgileri paylaştıktan sonra arabulucunun bu bilgileri üçüncü kişilere

---

[573] **Oğuzman/Öz**, s. 35, 321 vd.

[574] **Baygın**, s. 345.

[575] **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 213; **Oğuzman/Öz**, s. 35; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 976; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 56; **Baygın**, s. 345.

[576] **Oğzutürk**, s.100; **Serozan**, Rona, "Haksız fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, s. 718 vd.

[577] **Ulusan**, "Culpa in Contrahendo" s. 285; **Oğuztürk**, s.93.

iletmesi halinde taraflar bundan zarar görebilir. Taraflar aralarında bir uyuşmazlık olduğu konusunu dahi üçüncü kişilerin bilmesini istemiyor olabilirler ve bunun bilinmesi ticari itibarlarının sarsılmasına ve ekonomik bir değer kaybına da yol açabilir. Arabulucunun sözleşme öncesi müzakerelere giriştiği taraf ya da tarafların kişi ve malvarlığını zarardan koruyacak davranışlarda bulunmak yükümlülüğüne aykırı davranışı arabulucunun sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusuruna yani culpa in contrahendoya dayanır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin bazı münferit düzenlemeler dışında Borçlar Kanununda genel bir hüküm bulunmaması akdin kurulması safhasında bir tarafın işlediği kusur yüzünden diğer tarafın uğradığı zararların hangi hukuki sebebe dayanılarak ve ne ölçüde tazmin edileceği sorununu gündeme getirmiştir[578]. Culpa in Contrahendo sorumluluğunun dayanacağı hukuki sebebin haksız fiil hükümlerinin mi yoksa sözleşme hükümlerinin mi olacağı tartışılmış doktrinde çoğunluk sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir[579]. Bu görüşe göre kısaca sözleşme müzakereleri esnasında taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulur ve bu ilişki akdi ilişkiye benzemekle birlikte akit öncesi kusurdan doğan sorumluluk dürüstlük kuralı uyarınca bu ilişkinin taraflara yüklediği bazı davranış yükümlülüklerinden birinin ihlalinden kaynaklanır[580]. Culpa

[578] Gerek Borçlar Kanunu gerekse Medeni Kanun'da culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin bazı münferit hükümler yer almaktadır. Kanunda özel hükümlerle düzenlenmiş akit görüşmelerinden doğan başlıca sorumluluk halleri şunlardır: 1- Kendi Kusuru ile Hataya Düşen Tarafın, Akdin İptal Edilmesinden Dolayı Karşı Tarafın Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.26) 2- Temsil Olunanın Temsilciye Verdiği Yetki Belgesini Geri Almamasından Dolayı İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararlardan Sorumluluğu (BK.m.36/f.2) 3- Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu (BK.m.39/f.1) 4- Başlangıçtaki İmkânsızlık Nedeniyle Akdin Butlanından Doğan Zarardan Sorumluluk (BK.m.20) 5- Fiil Ehliyetini Haiz Olduğu Hususunda Karşı Tarafa Yanlış Kanaat Veren Vesayet Altındaki Şahsın Sorumluluğu (MK.m.395).

[579] **Oğuzman/Öz**, s. 323-324; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 979; **Tunçomağ**, s. 213; **Ulusan**, "Culpa in Contrahendo", s. 300 vd; **Tandoğan**, "Mesuliyet", s.493. Rudolf von Jhering tarafından ortaya atılan culpa in contrahendo'nun keşfedilmesindeki amaç, tipik haksız fiil hukuku alanına giren zararların sözleşmesel sorumluluk içine dahil edilmesi idi, zira haksız fiil hükümlerine başvurmak, gerek zamanaşımı gerekse kusurun ispatı bakımından bir takım adaletsizliklere ve hakkaniyetsizliklere yol açmaktaydı (**Oğuztürk**, s. 92-93) Aksi yönde bkz. **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 59. Kılıçoğlu, sözleşme öncesi sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna dayandığı, sözleşme sorumluluğunun kabul edilmesi halinde sözleşme ile sözleşme öncesi davranışla arasında bir ayırım yapılmasına gerek kalmayacağına işaret etmiştir (**Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s.60).

[580] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 978; **Oğuzman/Öz**, s.324. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri teorisine göre geçerli olarak sözleşme kurulmasa dahi bu davranış yükümlülükleri söz konusu olup, edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi doğururlar. Bu davranış yükümlerinin kaynağı Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralıdır (**Serozan**, s. 118; **Ulusan** "Culpa in Contrahendo",s. 314-315). Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisinde, hukuksal işlem kurmak amacıyla yakın temas içerisinde bulunan kişilerin davranış yükümleri Culpa in

in Contrahendo sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna dayandırılması halinde; tazminat talebinin kural olarak 1 yıllık zamanaşımına tabi olacak (BK.m.60) ve akdi sorumlulukta uygulama alanı bulan 10 yıllık zamanaşımı (BK.m.125) geçerli olmayacaktır. Sözleşme görüşmelerinin sebep olduğu zarar yardımcı kişinin davranışından doğmuşsa, görüşmeler esnasında yardımcı kullanan taraf; söz konusu zararın doğmaması için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecek ve zarar gören şahıs karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacak ve böylece de zarar gören taraf için aşılması oldukça güç engeller söz konusu olacaktır[581].

Culpa in Contrahendo'ya sözleşme hukuku kurallarının uygulanması sonucu doğacak sorumluluk borca aykırılık esasına tabi olunca, Borçlar Kanunu'nun 96 ve devamındaki hükümler uygulanacaktır. Bu hükümlerin uygulanması sonucunda zarara sebep olan kişi kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalacak, zamanaşımı süresi zarar verici davranıştan itibaren başlayacak ve 10 yıl olacak ve kişi yardımcı kişinin verdiği zararın tazmininden gerekli özenin gösterildiği ispat edilerek kurtulamayacaktır. Arabulucunun arabulucu sözleşmeleri müzakereleri esnasında yani sözleşme kurulmadan önce sır saklama yükümlülüğünü ihlali dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olması halinde zarar gören taraf veya taraflar menfi zararın tazminini isteyebileceklerdir[582].

Contrahendo'ya dayanak oluşturmaktadır ve bu davranış yükümlerine aykırılık halinde sözleşme hukuku uygulanacaktır. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisini kabul etmekle beraber, davranış yükümlerinden sorumluluğun söz konusu olması için tarafların bir hukuki işlem yapmak amacıyla ilişki kurmalarının gerekmediği ifade edilmiştir (**Serozan**, s. 123-124).

[581] **Ulusan**, "Culpa in Contrahendo", s. 304.

[582] Dürüst davranmama halinde sözleşmenin meydana geleceğinin ispat edilebildiği hallere istinaden müspet tazminatın da istenebileceği ifade edilmiştir (**Tunçomağ**, C.I, s. 214).

§6. Taraflar ile Üçüncü Kişiler Bakımından Gizliliğin Korunması

A. Taraflar Bakımından Gizliliğin Korunması

I. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bu başlık altında tarafların sır saklama yükümlülüğü inceleneceğinden ve tarafların sır saklama yükümlülüğünün kaynağı da arabuluculuk sözleşmesi olduğundan öncelikle arabuluculuk sözleşmesini incelemekte fayda vardır. Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlık halindeki tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözümlemek istediklerine ilişkin irade açıklamalarını içeren sözleşmeyi ifade eder[583]. Taraflar bu yöndeki irade açıklamalarına aralarındaki temel hukuki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmede arabuluculuk klozu ile yer verebilecekleri gibi, ayrı bir arabuluculuk sözleşmesi de düzenleyebilirler.

Ad hoc arabuluculukta, arabuluculuk sözleşmesi genellikle arabuluculuk sürecinin başlangıcında yapılmaktadır[584]. Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın doğumundan önce yapılabileceği gibi uyuşmazlığın doğumundan sonra hatta yargılama aşamasında da yapılabilir. Tasarı'nın 15. maddesinin 5. fıkrasına göre taraflarca dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını mahkemeye beyan etmeleri hâlinde, mahkemece yargılamanın üç ay süre ile erteleneceği öngörülmüş, bu sürenin, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabileceğini düzenlemiştir (HUAKT m.15)[585]. Böylelikle dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru yargılamayı erteleyici bir rol oynamaktadır[586].

Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar, gizlilik, tarafların şahsi katılımı, masraflara katılım gibi arabuluculuk sürecine ilişkin maddi hukuka ilişkin hususların

---

[583] **Hess/Sharma**, §26, Kn.8; **Oldenbruch**, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006, s. 11; **Beck**, s. 44; **Eidenmüller,** "Vertrags", s. 8; **Schütz**, §12, Kn. 440.

[584] **Nölting**, s. 9.

[585] Tasarı, m. 15, f. 5. *"Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir."*

[586] Tasarı m.15, f. 5 gerekçesi.

yanında örneğin arabuluculuk süresince mahkemeye başvurulmaması gibi ya da olası mahkeme aşamasında kullanılacak delillerin sınırlandırılmasını öngören usul hukukuna ilişkin bazı hususları da kararlaştırabilirler.

Arabuluculuk sözleşmesi genel olarak;

- Müzakere yöntemini ve müzakerelerin işleyişini,
- Arabuluculuk sürecinin mahkemeler veya hakem yargılaması ile olan ilişkisini,
- Arabuluculuk yoluna başvurulan uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyi göz önünde bulundurarak uygulanacak kuralları,

düzenler[587].

Arabuluculuk sözleşmesi, maddi hukuka ilişkin hükümler ihtiva ettiği gibi usûl hukukuna ilişkin hükümleri de barındırdığından sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti güçtür. Arabuluculuk sözleşmesindeki asli edim yükü, tarafların uyuşmazlığın çözümü bakımından öncelikle arabuluculuk yöntemine başvurusu ve sürece iştiraktir. Bu yönleriyle arabuluculuk sözleşmesi bir maddi hukuk sözleşmesidir[588]. Diğer yandan taraflar arabuluculuk sürecindeki ve devam eden olası dava aşamasındaki usule ilişkin bazı hak ve yükümlülüklerini de (örneğin deliller ile ilgili) arabuluculuk sözleşmesi ile hüküm altına alırlar. Maddi hukuka ilişkin müspet edim yükümünün yanı sıra taraflar arabuluculuk yoluna başvurmadan önce, ya da arabuluculuk sonuçlanmadan dava yoluna gitmeyecekleri yönünde bir menfi edim yükü de kararlaştırabilirler. Bu yönü ile de arabuluculuk sözleşmesi usûle ilişkin hükümler içermektedir[589]. Arabuluculuk sözleşmesindeki maddi hukuka ilişkin ve usul hukukuna ilişkin hükümler birbirinden tamamen bağımsız olmayıp birlikte yer alırlar.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, arabuluculuk sözleşmesi hem maddi

[587] **Hess/Sharma**, s. 1059; **Schütz**, §12, Kn. 441.
[588] **Volkmann**, s. 57; **Eidenmülle**r, "Vertrags", s. 9-10; **Schütz**, §12, Kn. 441.
[589] **Eidenmüller** "Vertrags", s. 10; **Schütz**, §12, Kn. 441.

hukuka hem de usul hukukuna ilişkin hususları içermekle birlikte, öncü etkisini maddi hukuk alanında doğurur[590]. Usul sözleşmeleri niteliği gereği bir yargılama organı nezdindeki ilişkileri düzenler[591]. Oysa arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin taraflarca yeniden düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinde arabuluculuk ile mahkeme arasındaki ilişkiyi ve mahkemede gizliliğin korunmasını düzenleyen hükümler bulunduğunda ancak medeni usûle ilişkin hükümlerden bahsedilir. Diğer bir görüşe göre ise, arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenen tarafların müzakerelere katılma yükümlülüğü, taraflar arasındaki sır saklama yükümlüğü gibi hususlar maddi hukuka ilişkin, müzakereler devam ederken dava yoluna başvurmaktan kaçınma yükümlülüğü ya da delil sözleşmesi gibi hususlar da usul hukukuna ilişkin hükümler olduğundan arabuluculuk sözleşmesi karma sözleşme niteliğindedir[592]. Karma sözleşme ya da diğer bir deyişle çifte nitelikli bir akit, hem maddi hem de usuli etkileri olan ve bu etkilerin bir bütünlük gösterdiği hallerde söz konusu olmaktadır[593]. Karma sözleşmede maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin etkilerin karşılıklı bir etkileşim ve bağımlılık içerisinde olması gerektiği ifade edilmiştir[594].

Tahkim sözleşmesi de, arabuluculuk sözleşmesi gibi tarafların mahkeme dışı bir usulle uyuşmazlığı sonlandırma yönündeki iradelerini ortaya koymaktadır. Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde de sözleşmenin bir maddi hukuk sözleşmesi mi, usul hukuku sözleşmesi mi yoksa karma bir sözleşme mi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür[595]. Ancak tahkim sözleşmesi ile arabuluculuk sözleşmesinde taraf iradelerindeki mahkeme dışı bir

---

[590] **Eidenmüller**, "Grundfragen", s. 45.

[591] **Wagner**, Gerhard, Prozessvertraege Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998, s. 13.

[592]**Hutner**, s.226; **Beck**, s. 44; **Schütz**, §12, Kn. 469 vd.

[593]**Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 177. Mahkeme huzurunda yapılan sulhler de niteliği itibariyle hem maddi hukuk hem de usûl hukukuna ilişkin özellikleri bünyesinde barındırdığından, karma sözleşme niteliğindedir. Sulhun maddi unsurlarına maddi hukuka ilişkin kuralların, usûli unsurlarına ise usûl hukuka ilişkin kuralların uygulanmsı gerekir. Her iki hukuk alanına ilişkin kuralların birlikte uygulanması gerektiğinde ise hâkimin somut olayın özelliklerine göre takdir yetkisine göre karar vermesi gerekir. Konuya ilişkin teori ve tartışmalar için bkz. **Ulusan**, "Sulh", s. 175 vd; **Önen**, s. 34 vd.

[594] **Taşkın**, s. 22-23.

[595]Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğudur. Bu konuda bkz. **Alangoya**,"Tahkim", s. 52 vd.; **Üstündağ**, s. 935; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 599; aksi yönde **Postacıoğlu,** s. 618; tahkim sözleşmesinin karma sözleşme olduğu konusunda bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 177.

yöntemle uyuşmazlığın çözümü bakımından benzerliğe karşın, tahkim sözleşmesinin tarafların mahkeme yargılamasını bertaraf etme iradelerini de ihtiva etmesi nedeniyle tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ileri sürülen mülahazalar burada kıyasen dikkate alınamayacaktır.

"*Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir*" şeklindeki düzenleme dikkate alındığında (HUAKT m.15. f. 5) , arabuluculuk sözleşmesinin usul hukuku alanında da etkisi olduğu ve bu etkinin maddi hukuk etkileriyle etkileşim içinde olduğu, taraf iradelerinin bu sonuca yönelik olduğu ve dolayısıyla da arabuluculuk sözleşmesinin karma nitelikli bir sözleşme olduğu sonucuna varılabilir[596]. Ancak dava açılmadan öncesinde arabuluculuk yönetime başvurulmuş ve müzakereler sonucunda bir anlaşmaya varılmış ve sonrasında da yargılama yoluna başvurulmamış ise arabuluculuk sözleşmesi tüm etkilerini maddi hukuk alanında doğuracaktır.

1. Arabuluculuk Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Arabuluculuk sözleşmesinin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin edimler içeren bir sözleşme olduğunu tespit ettikten sonra maddi hukuka ilişkin edimler yönünden arabuluculuk sözleşmesinin özellikleri tespit edilecektir.

Arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırılan maddi hukuka ilişkin edimler ve arabuluculuk sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiştir. Sözleşmesel ilişkinin kanunda düzenlenmiş olup olmamasına göre sözleşmeler isimli ve isimsiz sözleşmeler olarak bir ayırıma tabi tutulmuştur[597]. Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde tarafların yasada hiç düzenlenmemiş tüm yönleriyle ve koşullarıyla yeni bir sözleşme yapmaları mümkündür. Taraflarca kanunda düzenlenmemiş

[596] Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından da saf maddi hukuk ve saf usul hukuku teorilerinin tahkim sözleşmesinin diğer hukuk sahasında göstermiş olduğu etkileri gözden kaçırdığına işaret edilerek, tahkim sözleşmesinin hem maddi hukuk hem de usul hukuku elemanlarını kendisinde toplayan bir mukavele olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşün temsilcileri hakkında bkz. **Alangoya** "Tahkim", s.47 vd.

[597] **Oğuzman/Öz**, s. 42 vd; **Eren**, s. 192 vd.

kendisine özgü bir sözleşme yapılabileceği gibi kanunda öngörülmüş sözleşmelerden karma bir akit de yapabilirler. Kendisine özgü yani diğer bir deyişle atipik sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler[598]. Arabuluculuk sözleşmesi de kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerden hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana geldiğinden atipik bir sözleşmedir[599].

Alman hukukunda buna karşıt görüş olarak arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu görüşü ortaya atılmıştır[600].

Arabuluculuk sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğini tespit için adi ortaklığa ilişkin hükümleri değerlendirmek gerekir. Adi ortaklık sözleşmesi şu şekilde tanımlamıştır: "*şirket bir akittir ki onunla iki veya ziyade kimseler, sâylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeği iltizam ederler*" (BK. m. 510). Ancak tanımdaki "… saylerini ve mallarını …" ifadesindeki "ve" bağlacının kaynak kanuna uygun biçimde "veya" olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir[601]. Bu tanımdan hareketle ortaklık sözleşmesinin unsurları şu şekilde belirtilmiştir[602]:

- İki ya da daha fazla kişinin iradelerini birleştirmesi gerekir.
- İki ya da daha fazla kişinin emeğini ya da mallarını ortak bir amaca ulaşmak için birleştirmesi gerekir.
- Ortakların katılma payı taahhüdünde bulunması gerekir.
- Ortak amaç, ortaklığın temel unsuru, kaçınılmaz şartıdır.
- Ancak bir hukuki ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için tarafların bireysel bağımsız menfaatleri üstünde ortak bir amaç için bir araya gelmiş olmaları yetmez, tarafların ayrıca ortak amacı birlikte takibi ve onun gerçekleşmesi

---

[598] **Zevkliler/Havutçu**, s. 36. İsimli ve isimsiz sözleşme kavramları için bkz. **Eren**, s. 192 vd.

[599] **Eidenmüller**, "Vertrags", s. 9; **Hacke**, s. 63; **Maehler/Maehler**, "Missbrauch" s. 4,6, ; **Beck**, s. 45; **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s.91.

[600] **Oldenbruch**, s. 66 vd.; **Hilber**, s. 67 vd.; **Hutner**, s. 226. Tahkim sözleşmesinin de maddi hukuka ilişkin yükümlülüklerin kararlaştırıldığı ve maddi hukuk etkileri dolayısıyla ona uygulanacak hükümlerinin tespiti için belirli bir akit kategorisi içerisine yerleştirilmesi gerektiği ve maddi hukuk yönünden şirket akdi karakteri görüldüğü görüşü ortaya atılmıştır. Bkz. **Alangoya** "Tahkim", s. 49.

[601] **Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 10.

[602] **Yavuz**, s. 446-447.

için gerekli faaliyetlere aktif olarak katılması gerekir. Bu unsura, "affectio societatis" denilmektedir.

Arabuluculuk sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesinin bu özellikleri göz önünde bulundurularak incelendiğinde, iki kişiden oluşması ve bu iki kişinin uyuşmazlığın çözümünü sağlamak olan ortak amaç için yönteme iştiraki ile gerekli şartları ihtiva ediyor gibi gözükmektedir. Ancak tarafların arabuluculuk yöntemine iştiraki ortak amaç olarak mı yoksa karşılıklı bir edim yükünün ifası olarak mı nitelendirilmelidir? Diğer taraftan her ne kadar taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümü bakımından ortak bir amaç etrafında toplanıyor gibi görünseler de arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar daimi bir amaç etrafında birleşmemişlerdir. Zira tarafların başlangıçta tarafların amacı arabuluculuk yöntemine başvuruda iştirakin sağlanması iken süreç başladıktan sonra uyuşmazlığın çözümü bakımından tamamen farklı ve bireysel menfaatleri olduğu tespit edilecektir[603].

Diğer taraftan adi ortaklıkta müşterek amaç ekonomik bir amaçtır veya daha dar anlamda kazanç paylaştırma amacıdır[604]. İktisadi amaç ve kazanç paylaşma dışında diğer amaçlarla adi ortaklık kurulması mümkün değildir[605]. Diğer taraftan, ortaklık sözleşmesindeki amaç ortakların bireysel menfaatlerinin değil ortaklık menfaatinin teminidir. Bu yönleriyle incelendiğinde arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık olmadığı sonucuna varılacaktır.

Sözleşmesel ilişki bakımından yüklenilen edimler göz önüne alındığında arabuluculuk sözleşmesinde sözleşmenin her iki tarafı bakımından da asli edim yükümlülüğü sürece iştirak yükümlülüğüdür. Bunun yanında sözleşmede sır saklama yükümlülüğü ve arabuluculuğa ilişkin masraflar bakımından sorumluluk da kararlaştırılabilir. Taraflar bakımından sürece iştirak asli edim yükümlülüğü olduğuna göre, arabuluculuk sözleşmesi sürekli sözleşme olarak nitelendirilebilir[606].

---

[603] **Volkmann**, s. 61; **Eihozler**, s.138.

[604] **Şener**, Oruç Hami, Adi Ortaklık, İzmir 2008, s.103.

[605] **Şener**, "Adi Ortaklık", s. 103.

[606] Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Eidenmüller**, "Vertragsrecht der Wirtschaftsmediation", s. 9; **Hacke**, Andreas, "Rechtsanwälte als Parteivertreter in der Wirtschaftsmediation" SchiedsVZ 2004 Heft 2, s. 63; **Maehler/Maehler**, "Missbrauch" s. 4,6, **Beck**, s. 45; **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s.91.

Yukarıda arabulucu sözleşmesi incelenirken değinildiği üzere, sürekli borç ilişkisi doğuran ya diğer bir deyişle sürekli edim yükü içeren sözleşmelerde taraflar edim borçlarını bir defada değil kesintisiz bir fiil ya da davranışla ifa ederler[607]. Sürekli edim yükü doğuran sözleşmeler belli bir süre borçluyu devamlı bir uyma yükümü altında bırakan sözleşmelerdir[608]. Arabuluculuk sözleşmesi ile de sözleşmenin tarafları müzakerelere katılma borcu altına girerek müzakereler devam ettiği sürece bu edimi yerine getirmekle yükümlüdürler.

Arabuluculuk sözleşmesinin geçerliliği maddi hukuk bakımından genel olarak hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına tabidir. Sözleşmenin kurulması için tarafların belli bir uyuşmazlık hakkında belirli veya sonradan belirlenecek olan bir arabulucuya başvurulacağı konusunda açık irade beyanlarının olması gerekir. Kural olarak bu sözleşme bakımından da şekil serbestisi prensibi caridir.

2. Arabuluculuk Sözleşmesinin Yargılama Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Arabuluculuk sözleşmesinde tarafların maddi hukuka ilişkin edimlerin yanı sıra usul hukukuna ilişkin yükümlülükler de öngörebileceğine yukarıda değinilmişti[609]. Arabuluculuk sözleşmesinde düzenlenecek olan usuli yükümlülükler çoğunlukla kaçınma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkacaktır. Örneğin, müzakereler devam ederken dava yoluna başvurulmayacağı ya da gizliliğin korunmasına yönelik olarak arabuluculuk süreci sonundaki yargılama aşamasında bazı vakıaların ve delillerin yargılama organları önüne getirilmeyeceği gibi[610].

Arabuluculuk sözleşmesinin usul hukuku alanındaki en önemli etkilerinden birisi tarafların arabuluculuk süreci devam ederken mahkeme ya da hakem yargılaması yoluna başvurmayacaklarına ilişkin irade açıklamalıdır. Arabuluculuk yöntemi, bu süreçte tarafların dava yoluna başvurmaması halinde bir anlam ifade edecek ve kendisinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Alman ve İsviçre hukuk

[607] Bkz. yuk. s. §5,C, I, 1.
[608] **Brox/Walker**, s. 149.
[609] Bkz. yuk.§6,A, I.
[610] Bkz. aşa. §8, B, I ve II.

doktrininde, taraflarca sözleşmeye böyle bir hüküm konulmasında hukuken bir sakınca olmadığı, arabuluculuk yönteminin, süreç devam ederken dava tehdidi altında olmaması halinde ancak beklenen faydayı sağlayabileceği, o nedenle dava yoluna başvurunun bu süreçte kapatılması gerektiği (*dilatorische Klageverzicht, Prozessverbot*) ifade edilmiştir[611]. Bu düzenlemenin taraflarca usul hukukuna ilişkin bir sözleşme yapılarak, iradelerini ortaya koyabilecekleri, taraflarca belirli bir süreliğine usuli işlemlerden kaçınma yükümlülüğünün sözleşmeyle kararlaştırılabileceği ancak dava yolunun bu yolla süresiz olarak kapatılmasına ilişkin bir hükmün geçerli olmayacağı ifade edilmiştir[612]. Usuli işlemlerden kaçınma yükümlülüğü; tarafların geçici bir süreliğine mahkeme ya da tahkim yoluna başvurmayacaklarına ilişkin açık ya da örtülü irade beyanlarıyla yapılır. Taraflarca bu hususun arabuluculuk sözleşmesinde açıkça belirtilmesi daha isabetli olacaktır. Diğer taraftan usuli işlemlerden kaçınma yükümlülüğünün, belirli bir süreliğine yapılması da anlamlı olabilir. Örneğin taraflar arabuluculuk sözleşmesinde, "yazılı belgelerin teatisinden sonraki 30 gün boyunca" şeklinde bir süre ile kaçınma yükümlüğünün zaman yönünden sınırlandırılmasını öngörebilirler. Taraflarca bu hususun açıkça kararlaştırılmamış olması halinde, tarafların örtülü iradelerinin bu yönde olduğu iddia edilebilecektir. Zira taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk ya da diğer mahkeme dışı çözüm yöntemleriyle çözümlenmesi konusunda yaptıkları sözleşme ile aslında belirli bir süreliğine sürecin başarı ile sonuçlanmasını tehlikeye düşürecek her türlü işlem ve davranıştan kaçınma yükümlülüğü altına girmiş olmaktadırlar. Bu sebeple usuli işlemlerden kaçınma yükümlülüğü açıkça ve özel olarak düzenlemese dahi, mündemiç olarak arabuluculuk sözleşmesinin bir unsurudur. Tarafların yargılama yoluna başvurmayacaklarına ilişkin kaçınma yükümlülükleri yalnızca devlet yargısı bakımından değil aynı zamanda tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartına rağmen tahkim yargılaması bakımından da geçerlidir.

---

[611] **Eidenmülle**r, "Vertrags", s. 12; **Volkmann**, s. 69; **Risse**, "Wirtschaftsmediation" s. 98; **Prütting**, "Haftung", s. 824; **Eiholzer**, s. 59; **Schütz**, §12, Kn. 441.

[612]Doktrinde "dilatorische Klageverzicht" ifadesi çoğunlukla kullanılmış olup, "dilatorische Prozesseinrede" ifadesinin kullanıldığı da görülmüştür. Bu konuda bkz. **Hess/Sharma**, s. 680. İsviçre'de ise Prozessverbot olarak ifade edilmiştir (**Eiholzer**, s.59 vd).

Usuli işlemlerden kaçınma yükümlüğüne aykırılığın sonuçlarının sözleşmesel bakımdan ve usuli bakımdan ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Sözleşmesel bakımdan değerlendirildiğinde taraflardan birinin bu edim yükümlüğüne aykırı davranmasının sonucunda diğer tarafın da ifadan imtina hakkı olduğundan söz edilebilecektir. Diğer bir deyişle, diğer taraf da yargı yoluna başvurabilecek; açılan davada taraf olabileceği gibi koşulları varsa kendisi de karşı dava açabilecektir. Ayrıca, diğer taraf arabuluculuk sözleşmesinden cayma hakkını kullanabilecek ve sözleşmesel yükümlülüğüne riayet etmeyen taraftan menfi zararın tazmini de talep edebilecektir[613].

Usuli işlemlerden kaçınma yükümlüğüne rağmen yargı yoluna başvurulması halinde hâkimin ne yönde karar vermesi gerektiğine ilişkin bazı ihtimaller akla gelmektedir: Örneğin hâkim, davayı görmeye devam mı etmeli yoksa usuli işlemlerden kaçınma yükümlüğü gereği davayı red mi etmelidir? Yoksa hâkim, davayı durdurmalı ve arabuluculuk yöntemine iştirak yükümlülüğünün yerine getirilmesinden sonra mı davayı görmeye devam etmelidir? Hâkim, usuli işlemlerden kaçınma yükümlüğüne aykırı davranan tarafı yargılama giderlerine mahkûm edebilir mi?

Bu hususun davada esasa girilmeden evvel def'i olarak taraflarca ileri sürülmesi gerektiği, taraflarca bu şartın ileri sürülmesi halinde mahkemenin mesmu olmadığından davayı reddetmesi gerektiği de ifade edilmiştir[614]. ÖZBEK, yasal bir düzenleme ile arabuluculuk şartının ihlal edilerek dava açılması halinde, davalının arabuluculuk def'ini ileri sürmesi ve bunun üzerine hâkimin tahkimde olduğu gibi davayı usulden reddetmesi gerektiğini ifade etmiştir[615]. Ancak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde nasıl bir yol izleneceği hakkında görüş belirtilmemiştir. KURU ise arabuluculuk şartı ya da sözleşmesinin varlığında tahkimde olduğu gibi

[613] **Eiholze**r, s. 178.
[614] **Volkmann**, s. 66.
[615] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 344.

arabuluculuk şartı nedeniyle önce arabulucuya başvurulması gerektiğini ifade etmiş ancak mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği yönünde görüş bildirmemiştir[616].

Kanaatimizce arabuluculuk sözleşmesinde, taraflarca arabuluculuk yöntemine başvurmadan dava yoluna başvurulamayacağına ilişkin bir hüküm konulması halinde, sözleşme konusunun tarafların münhasıran arzusuna tabi işlerden birine ilişkin olduğu sürece geçerlidir. Arabuluculuk sözleşmesindeki, arabuluculuğun başlangıcından sona ermesine kadar dava yoluna başvurulmayacağına ilişkin sınırlandırıcı hüküm, maddi hukuktaki "geciktirici def'i"ye benzetilebilir[617]. Ancak bu hüküm ile tarafların iradeleri yargılama aşamasında etki doğurmaya yönelik olduğundan usuli bir düzenlemedir. Böyle bir hükme rağmen, taraflardan birinin arabuluculuk yöntemine başvurmaksızın doğrudan dava açması diğer bir deyişle sözleşmenin bu hükmünü ihlal etmesi ve bu hususun diğer tarafça ileri sürülmesi halinde, mahkemenin ne yönde karar vereceği konusunda iki çözüm yolu düşünülebilir.

Bunlardan birincisi mahkeme arabuluculuk şartını esasa girmeye engel bir düzenleme olarak bir mahkeme içi dava şartı gibi değerlendirip, davayı usulden reddetmelidir[618]. Her ne kadar, dava açıldıktan sonra arabuluculuk sözleşmesinin yapılması halinde arabulucuya başvurunun yargılamayı erteleyici bir etkisi olduğu ve bunun sonucu olarak da mahkemenin tarafların başvurusu üzerine davayı ertelemesi gerektiği kabul edilmişse de, dava açılmadan önce yapılan arabuluculuk sözleşmesinde taraflarca dava yoluna başvurulmayacağı ya da usuli işlemlerden kaçınılacağına ilişkin bir kayıt konulduysa mahkemenin davayı usulden reddetmesinin daha uygun olacağının kabulü gerekir. Zira taraflar, arabuluculuk sürecine başvuruyu düzenlerken mahkeme yolunu kapatma konusunda iradelerini ortaya koymuşlar ve bu düzenleme ile usuli alanda bir etki doğurmak istemişlerdir.

---

[616] **Kuru**, "Arabuluculuk", s. 245.

[617] Dar anlamda def'i, borçluya özel bir sebebe dayanarak edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı tanıyan bir haktır. Def'i hakkının kullanılması alacaklının hakkını ortadan kaldırmaz. Def'i geçici veya kesin def'i olabilir. Örneğin borçlunun vadesi gelmediği için borcunu ödemekten bir süreliğine kaçınması *"geciktirici def'i"*dir. Def'i hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Esener**, Turhan, Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2008, s. 169-171.

[618] Belçika'da taraflardan biri arabuluculuk şartına rağmen arabuluculuğa başvurmadan dava açarsa, diğer tarafın itirazı üzerine mahkeme bu talebi reddecektir. Bu konudaki açıklamalarla ilgili olarak bkz. **Namlı**, s 103.

Sözleşmeye aykırılığın yaptırımı da usuli alanda etkisini göstermelidir. Nasıl ki taraflar tahkim sözleşmesi ile mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırma iradelerini ortaya koyuyorlar ve diğer tarafın mahkeme huzurunda dava açması halinde mahkeme usulden davayı reddediyorsa, arabuluculuk sözleşmesinde de sözleşmeye rağmen mahkemeye başvuru halinde mahkemenin davayı usulden reddetmesi gerekir.

Diğer çözüm şekli ise mahkemenin davayı usulden reddetmeyip, davayı belirli bir süreliğine ertelemesidir[619]. Bu süre, arabuluculuk yöntemi için öngörülen süreden az olmamalıdır. Böylelikle hem taraflar arabuluculuk yöntemine başvuru konusunda teşvik edilmiş olacak hem de bu çözüm tarzı usul ekonomisine uygun düşecektir. Zira davanın usulden veya esastan reddedilmesi halinde, arabuluculuk yöntemi iradi bir yöntem olduğundan ve taraflardan biri bu yönteme başvuru bakımından isteksiz olduğunda beklenen fayda ve sonuç sağlanamayacağından, barışçıl yöntemler ile çözümü bakımından başarısızlıkla sonuçlanma olasılığı yüksek olan bu uyuşmazlık ile ilgili olarak taraflar ileride yeniden dava açmak durumunda kalacaklardır. Böylelikle gereksiz emek ve masraf kaybı söz konusu olacaktır. O halde dava açıldıktan sonra arabuluculuk sözleşmesi yapılması ve arabulucuya başvurulması halinde usul hukukunda bir etki doğmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinin yapılması anına göre, yargılamadaki etkisinde farklılık yaratılmasını engellemek ve bu hususstaki boşluğu kıyas yoluyla doldurmak mümkündür. Ancak ikinci ihtimalin benimsenmesi halinde, usul hukuku alanında sınırlı da olsa kabul edilen irade serbestisi çerçevesinde taraflarca akdedilen usuli sözleşme ile ortaya konulan taraf iradelerinin göz ardı edilmesi söz konusu olacaktır[620]. Diğer taraftan derdest bir dava gölgesinde yapılan arabuluculuk sürecinde tarafların daha az gayretle müzakereleri yürüteceği de ileri sürülebilir.

İsviçre'de ise, arabuluculuk sözleşmesi ile tarafların belirli bir süre içerisinde uyuşmazlığın anlaşma ile çözümlemesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmazdan

[619] **Walter**, s. 162; **Schütz**, §12, dn. 571;

[620]Arabuluculuk süreci devam ederken dava açılması halinde bu süreç için davanın reddi gerektiğini ifade edilemiştir (**Eidenmüller** "Vertrags", s. 13) Diğer bir görüşe göre ise mahkemenin davayı ertelemesi ya da tahkime ilişkin hükmü kıyasen uygulayarak, ZPO md. 1032, davayı usulden reddetmesi gerekir (**Risse**, s. 98). Ayrıca bkz. **Walter**, s. 161.

evvel yargı yoluna başvurmayacaklarına ilişkin sözleşme hükmünün geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu hükme rağmen tarafların mahkemeye başvurması halinde bir görüşe göre tarafın teorik olarak ancak verdiği zararlardan sorumlu olacağı ifade edilmiştir[621]. Diğer bir görüşe göre ise mahkemenin davayı reddetmesi gerekir[622].

Arabuluculuk sözleşmesiyle taraflarca müzakereler esnasında dava yoluna başvurulmayacağına ilişkin yukarıda açıklanan şekilde usuli bir yükümlülük öngörülebilmekle birlikte bu düzenleme doğrudan gizliliğin korunmasına yönelik bir düzenleme değildir. Arabuluculuk sözleşmesinde gizliliğin korunması amacıyla getirilen hükümler genellikle ispat sözleşemeleri, Medeni Usûl Hukuku Yönünden Gizliliğin Korunmasına ilişkin üçüncü bölümde incelenecektir[623].

II. Uyuşmazlığın Taraflarının Arabuluculuk Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri

Arabuluculuk sözleşmesi ile tarafların varmak istedikleri asıl sonuç, uyuşmazlığın çözümü için mahkeme yargısına gitmek yerine öncelikle barışçıl bir yöntem olan arabuluculuk yoluna başvurma taahhüdünde bulunmaktır. Diğer bir deyişle arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar öncelikle asli edim yükü olan arabuluculuk yoluna başvuru ve yönteme iştirak yükümü altındadırlar. Bunun yanı sıra taraflar arabuluculuk sözleşmesi ile arabuluculuk masrafları ve arabulucu ücretinin birlikte ödeneceği gibi yan edimler de düzenleyebilirler. Bu hükümlerin maddi hukuk karakteri ve dava edilebilirliği şüpheye yer bırakmayacak niteliktedir.

1. Sürece İştirak Yükümlülüğü

Arabuluculuğun başarı ile sonuçlandırılmasının koşullarından birisi sürece iradi katılımdır[624]. Arabuluculuk iradi bir yöntem olmakla birlikte, taraflarca akdedilen arabuluculuk sözleşmesi neticesinde taraflar bu yönteme başvuru konusunda iradelerini zaten ortaya koymuş bulunduklarından, iştirak yükümlülüğü

[621] **Guldener**, ZPR 51 (dn. 4); **Eiholzer**, s.147.
[622] **Bucher**, s. 99; **Schütz**, §12, Kn. 477.
[623] Bkz. aşa. §8
[624] **Alexander/Ade**, s. 134-135.

iradilik prensibi ile çelişki teşkil etmemektedir. Tarafların sürece iştirak yükümlülüklerini iyi niyetle ifa etmeleri gerektiği şüphesizdir[625]. Zira sürece iştirak yalnızca bir yükümlülüğün ifa edilmesi saikiyle yerine getirilirse, arabuluculuk süreci kuvvetle muhtemelen tarafların anlaşmasıyla sonuçlanamayacak ve arabuluculuk yöntemi gereksiz yere emek, zaman kaybına ve masrafa yol açacaktır[626].

Arabuluculuk sözleşmesinde sürece iştirak yükümlülüğü belirli bir zaman dilimi ile de sınırlandırılabilir. Taraflar uyuşmazlık çıkmadan öncesinde akdettikleri arabuluculuk sözleşmesinde en azından ilk oturuma katılım konusunda karşılıklı birbirlerini yükümlülük altına sokabilirler. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, sürece iştirak yükümlülüğü hiçbir surette uzlaşma yükümlülüğünü de teşkil etmez[627].

İştirak yükümlülüğüne aykırılığa maddi hukuk bakımından uygulanacak yaptırım tazminat yükümlülüğüdür[628]. Ancak burada tazminat miktarının belirlenmesi kuşkusuz problemli olacaktır.

2. Sır Saklama Yükümlülüğü

a. Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmesi

Uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine karşı sır saklama yükümlülükleri arabuluculuk sözleşmesinde açıkça düzenlenebilir. Taraflarca düzenlenecek sır saklamaya ilişkin düzenlemede sözleşmenin kişiler bakımından uygulama alanının ve sır kapsamında olan bilgilerin belirlenmesinde fayda vardır.

---

[625] Tarafların iyi niyetle sürece iştirak edip etmediklerinin mahkemece belirlenmesi gerektiğinde mahkemenin yapacağı incelemede gizlilik kuralının ne ölçüde göz ardı edileceği sorusu gündeme gelecektir. Mahkeme, yapacağı incelemeyi yalnızca kötü niyete inhisar ettirmeli, tarafların arabuluculuğa olan güvenin sarsılmasına ve gizliliğin tamamen zarar görmesine sebebiyet vermemelidir (**Ware**, s. 262-263; **Weston**, Maureen A., "Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling The Tension in the Need for Good-Faith Participation. Autonomy and Confidentiality", Indiana Law Journal, S.76, s. 634 vd).

[626] **Weston**, s. 619. Tarafların sürece iyi niyetle iştirak yükümlülüğünün kaynağı Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralıdır. "*Dürüstlük vecibesi haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden herkese yüklenmiştir*" (**Akyol**, s. 6 vd). Dürüstlük kuralı hakkında ayrıca bkz. **Aslan**, s. 23 vd.

[627] **Alexander**/**Ade**, s. 135.

[628] **Alexander/Ade**, s. 135.

Arabuluculuk sürecine başvuran tarafların birbirlerini karşılıklı olarak sır saklamakla yükümlü hale getirirken uyuşmazlığın taraflarının ya da taraflardan birisinin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişiliği temsil eden kişinin arabuluculuk sözleşmesini imzalamaya yetkili olması gerekir. Diğer taraftan sır saklama sözleşmesi yapılırken tarafların süreci avukatla takip etmek istemeleri halinde avukatlarının da sır saklama sözleşmesini imzalaması yerinde olacaktır. Böylece tarafların yalnızca kendi avukatlarıyla değil, karşı tarafın avukatıyla da karşılıklı olarak sır saklama yükümlülüğü sağlanmış olur.

Arabulucu sözleşmesinde arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında düzenlenen sır saklama sözleşmesinde olduğu gibi, arabuluculuk sözleşmesinde de uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine karşı sır saklama yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi gerekir[629]. Müzakereler esnasında yazılı ya da sözlü olarak karşılıklı paylaşılan bilgiler sır saklama yükümlülüğü kapsamında tutulmalı, başka kaynaklardan edinilen bilgiler bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmemelidir[630]. Ancak buradan anlaşılması gereken, müzakereler esnasında ortaya konulan tüm vakıaların bir tabuta konulup gömülmesi değildir. Tarafların sır saklama yükümlülüğünden beklentileri arabuluculuk yoluna başvurmuş olmanın kendileri aleyhine sonuç doğurmaması olduğuna göre, sır saklama yükümlülüğü kapsamında kalan bilgiler de, arabuluculuk yoluna başvurulmasaydı karşı tarafça öğrenilemeyecek olan bilgiler olarak anlaşılmalıdır[631].

b. Sır Saklama Yükümlülüğünün Açıkça Düzenlenmemesi

Arabuluculuk sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğünün açıkça düzenlenmemesi halinde dahi uyuşmazlığın taraflarının sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmeli midir? Bu durumda da arabulucu sözleşmesinde açıklandığı

---

[629] Yukarıda "Arabuluculukta Sırrın Kapsamı" başlığı altında arabulucu bakımından sır saklama yükümlüğünün kapsamının belirlenmesinde yapılan açıklamalar taraflar bakımından sır saklama yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde de geçerlidir.

[630] **Hilber**, s. 72.

[631] **Oldenbruch**, s. 83; **Hartmann**, s. §27, Kn. 24.

şekliyle sözleşmede bir boşluk olduğundan sözleşmenin tamamlanmasında göz önünde bulundurulması gereken kriterlere göre karar verilecektir.

Arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu görüşünü ileri sürenler, sözleşmede açıkça kararlaştırılmasa dahi adi ortaklık ilişkisinin karşılıklı güven ve iyiniyete dayanması ve adi ortaklıktaki sadakat yükümü dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarının sır saklama yükümlülüğünün olduğu sonucuna varmışlardır[632]. Türk hukuku bakımından da adi ortaklığın iç ilişkide karşılıklı güven ve iyiniyete dayanması sonucu sadakat yükümü kanunda açıkça düzenlenmese de doktrinde böyle bir yükümlülüğün varlığı hususunda birlik söz konusudur[633]. Sadakat yükümünün sonucu olarak da ortaklar müşterek amaca ulaşmayı engelleyen her türlü davranıştan kaçınmak durumunda olduklarından, sır kapsamındaki bilgilerin ifşası bakımından da kaçınma yükümlülüğü altındadırlar. Ancak biz arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu sonucuna katılmadığımızdan, adi ortaklıktaki ortaklar arasındaki sadakat yükümlülüğü dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün zaten var olduğu sonucuna da katılmıyoruz.

Alman hukukunda arabuluculuk sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi olduğu görüşüne karşı çıkarak sürekli borç ilişkisi doğuran atipik bir sözleşme olduğu yönünde görüş bildirenler ise, sözleşmenin bütünleyici yorumu suretiyle sözleşmenin taraflarının sır saklama yükümlülüğü olduğunu ifade etmişlerdir[634]. Sır saklama yükümlülüğü, arabuluculuk yönteminin en önemli özelliklerinden birisi olduğundan tarafların arabuluculuğa başvuru yönünde iradeleri ortaya koymalarında belirleyici bir etkendir ve sır saklama yükümlülüğünün olduğunun kabulü taraf iradelerine uygundur.

Ancak yine de önerilen sır saklama yükümlülüğünün istisnalarının ve sınırlarının tereddüte mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi açısından, arabuluculuk sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmasıdır[635].

---

[632] **Oldenbruch**, s. 87; aynı yönde bkz. **Hilber**, s.73-74.

[633] Adi ortaklıklarda sadakat yükümü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Şener**, "Adi Ortaklık", s. 148 vd.

[634] **Oldenbruch**; s. 86 vd.; **Hilber**, s.73 vd; **Beck**, s.206.

[635] **Hilber**, s.74.

3. Uyuşmazlığın Taraflarının Arabuluculuk Sözleşmesinden Doğan Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığının Hukuki Sonuçları

a. Tazminat Sorumluluğu

Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar birbirilerine karşı sır saklama yükümlülüğünü asli edim ya da yan edim yükümlülüğü olarak açıkça kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmenin yorumlanması suretiyle tarafların sır saklama yükümlülüğünün tespiti halinde, bunun bir yan edim yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmalıdır. Doktrinde yan edim yükümlülüklerinin doğruluk kuralından kaynaklanabileceği ve böylece bu yükümlerin ifasının aslı edimden bağımsız olarak edim davasına konu olabileceği görüşü savunulmuştur[636].

Arabuluculuk sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran isimsiz bir sözleşme olduğundan yani Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediğinden, arabuluculuk sözleşmesindeki yükümlülüklerin ihlalinde, borçlar hukukuna ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesindeki sır saklama yükümlülüğüne taraflardan birinin aykırı davranması halinde borcun gereği gibi ifa edilmediği mi yoksa bir kusurlu ifa imkânsızlığı hali mi söz konusu olacaktır? Bilindiği gibi hukukumuzda, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali üç şekilde karşımıza çıkar. Bunlar; "kusurlu ifa imkânsızlığı", "temerrüt" ve "gereği gibi ifa etmeme"dir.

"Gereği gibi ifa etmeme" adı verilen ihlal türü, Alman hukukunda "sözleşmenin müspet ihlali" olarak ifade edilmektedir[637]. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda "gereği gibi ifa etmeme" kurumu genel olarak ifade edilmiştir[638]. Bu

[636] **Eren**, s. 36; **Oğuztürk**, s. 80; Aksi görüşe göre, asli edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri arasındaki temel fark, asli edim yükümlülüklerinin dava edilebilir olmasıdır. Yan edim yükümlülükleri temelini dürüstlük kuralından aldığından, bu yükümlülüklerin yerine getirilememesi halinde ifa talebi değil, tazminat talebi söz konusu olacaktır (**Berner Kommentar OR,** m. 1-18, Giriş, Kn. 96).

[637] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**; s. 973.

[638] **Tandoğan**, s. 398 vd; **Eren**, s. 1001; **Oğuzman/Öz**, s. 319; **Serozan**, s.157.

ihlal türünün özelliği, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrütten farklı olarak pasif davranmayıp, yapmaması gereken bir şeyi yapmasıdır. Oysa kusurlu imkânsızlık ve temerrüt dolayısıyla sözleşme hükümlerinin ihlalinde borçlu, edimin ifası için yapması gereken bir şeyi yapmamaktadır. İfanın süresinde yapılmaması temerrüt, artık yapılamayacak hale gelmesi durumunda imkânsızlık söz konusu olmakla birlikte, bir kısım kötü ifa hallerinin temerrüt veya imkânsızlık olarak vasıflandırılması mümkün değildir[639].

Sır saklama yükümlülüğü aslında borçluya bir yapmama borcu yükler. Bu borç kapsamında borçlu sır kapsamındaki hususları üçüncü kişilere açıklamaktan kaçınma borcu altındadır. Esas itibarıyle yapmama borcuna aykırılık bir imkânsızlık hali doğrur[640]. Dolayısıyla sır saklama borcu altında bulunan uyuşmazlığın taraflarından birinin sırrı açıklaması durumunda artık o sır bakımından yapmama borcu imkânsızlaşmış olur[641]. Bu sebeple alacaklının yani uyuşmazlığın diğer tarafının ifa davası açması söz konusu olamaz. Bu nedenle de alacaklı ancak o borcun ihlali yüzünden uğradağı zararın tazminini talep edebilir[642]. Alacaklının bu tazminat talebinin dayanağı Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinin 2. fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre "Bir şeyin yapılmamasına taalluk eyleyen borca muhalif surette hareket eden kimse mücerret muhalefet ile zarar ve ziyan tediyesine mecburdur". Yapmama borcunun devamlılık arzettiği durumlarda da cebri icra talep etmek mümkün değildir. Borçlunun borca aykırı davranışından sonra, cebri icra yolu ile o ihlali gerçekleşmemiş hale getirmek mümkün değildir. Ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından sır saklama yükümlüğü gibi devamlılık arzeden yapmama

---

[639] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**; s. 973; **Oğuzman/Öz**, s. 303.

[640]**Oğuzman/Öz**, s. 318. İmkânsızlık sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada söz konusu olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Önceki imkânsızlık hukuksal işlemlerden doğan borçlarda bir geçersizlik sebebidir. Sonraki imkânsızlık nedeniye borçlunun sorulu tutulup tutalamaaycağı ise imkânsızlıkta borçlunun kusurunun olup olmamasına bağlıdır (**Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 489 vd). Tarafların arabuluculuk sözleşmesinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle ortaya çıkan imkânsızlık borçlunun kusuru ile sonradan ortaya çıkan imkânsızlıktır. Yapmama borçlarına aykırılığın imkânsızlık mı, temerrüt mü yoksa borç ilşkisinin müspet ihlâli mi olduğu hakkında tartışmalar için bkz. **Tandoğan**,"Mesuliyet", s.403,470,479.

[641]Uyuşmazlığın taraflarından birinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, ihlal eden tarafın vakıf olduğu diğer sırlar bakımından sır saklama yükümlülüğünün halen devam ettiğini kabul etmek gerekir. Bu gibi durumlarda ifşa edilen sır bakımından bir borca aykırılık söz konusu olacaktır. Ancak sır saklama yükümlülüğü kapsamında tüm sırların ifşa edilmesi durumunda tamamı bakımından bir borca aykırılıktan söz edilebilir.

[642] Yapmama borçlarına aykırılık, yasada aynen ifa yaptırımına bağlanmamış olup, aynen ifa yerine tazminat sorumluluğu kabul edilmiştir (**Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s.471).

borçlarında borçlunun her aykırı davranışı ileride de aykırı davranma tehlikesini barındırdığından, alacaklıya borçlu aleyhine dava açarak onu borca riayet etmeye davet etme imkanı tanınmışsa da (İİK m. 30/f.3); mahkeme kararına rağmen borca aykırı davranan borçluya verilecek hapis cezası bir cebri icra değil ancak bir tazyik niteliğinde olacaktır[643].

Arabuluculuk sözleşmesinden doğan sır saklama yükümlülüne aykırılık halinde ihlal eden tarafın bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları borçlunun borca aykırı davranması yani sözleşmenin ihlali, zarar, ihlal fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurdur. Alacaklının borçludan sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminat isteyebilmesi için bu yüzden bir zarara uğramış olması ve zarara uğradığını ispat etmesi gerekir[644]. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi ile diğer tarafın tazminat talep edebilmesi için zarara uğramış olması ve zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Alacaklı zarara uğradığını ispat edebilirse de bu zararın gerçek miktarının ispatı zor ve bazen de imkânsız olabilir. Özellikle de sır saklama sözleşmesine aykırılık halinde bu durum karşımıza çıkacaktır. Bu durumda hâkim, haksız fiillerde zararın miktarını tayin konusunda öngörülen esası uygulayacaktır (B.K. m.98, f.2). Yani, hâkim halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan tayin eder. Bu tür durumlar bakımından bakımından taraflarca arabuluculuk sözleşmesinde cezai şart belirlenmesi önerilmiştir[645]. Bu hususta ki anlaşma borca aykırılıktan önce yapılırsa cezai şart anlaşması, borca aykırılıktan sonra yapılırsa sulh anlaşması niteliğindedir[646].

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali manevi zarara sebebiyet verdiği takdirde zarara uğrayan taraf manevi tazminat davası da açabilir (BK m. 98 uyarınca BK m. 47 ve m. 49'a göre). Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesine dayanan manevi zararın tazmini için ihlâl fiilinin ve kusurun ağır olması şart değildir[647].

---

[643] **Oğuzman/Öz**, s.334.

[644] **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s.473.

[645] **Eckardt/Dendorfer**, s. 786; **Beck**, s. 209; **Hartmann**, §27, Kn.30.

[646] **Oğuzman/Öz**, s.373.

[647] **Eren**, s. 1011.

b. Sözleşmenin Sona Ermesi

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebine dayanarak arabuluculuk sözleşmesinin feshinin de mümkün olup olmadığı tartışmalıdır[648]. Zira her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimi onun kusuruyla imkânsız hale geldiğinde acaba diğer taraf yalnız tazminat isteme hakkına mı sahip olacaktır yoksa tazminat isteyecek yerde sözleşmeden dönmesi de mümkün müdür sorusunun cevabı tartışmalıdır[649]. İsviçre-Türk borçlar hukuku kusurlu imkânsızlık halinde, alacaklının sadece tazminat isteyebilmesini öngörmüş, ayrıca bir dönme hakkından söz edilmemiştir. Bu nedenle bir görüşe göre, kusurlu imkânsızlık alacaklıya yalnızca tazminat isteme hakkını verecektir[650]. Bu görüş alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmasının pozitif dayanaktan yoksun olacağı ve kusurlu ifa imkânsızlığı üzerine de borç ilişkisinin kendiliğinden sona erip yerine tazminat borcunun doğmasının, alacaklının sözleşmeden dönme bildiriminde bulunmadıkça imkânsızlaşan sözleşme ilişkisi ile halen bağlı olmasından daha adil olduğu gerekçesine dayanmaktadır[651]. Diğer bir görüşe göre ise, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimlerden birinin borçlunun kusuru ile imkânsız hale gelmesi durumunda diğer tarafın akitten dönme hakkına sahip olması gerekir[652]. Bu görüşü savunan yazarlar, kusurlu ifa imkânsızlığı ile kusurlu borçlu temerrüdü arasında güven ilkesi ve çıkar dengesi açısından önemli bir fark olmadığı ve her iki ifa engelinde de edimler arası karşılıklı dengenin bozulduğunu, Borçlar Kanunu'nun da bazı özel akitleri düzenlerken borcun temerrüt dışındaki ihlallerine dönme müeyyidesinin uygulandığını ileri sürmüşlerdir[653].

Uyuşmazlığın taraflarından birinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkının doğup doğmayacağına ilişkin bu mülahazalar sır saklama yükümlülüğünün ancak arabuluculuk sözleşmesi sona

---

[648] **Beck**, s. 209.

[649] Burada sır kapsamındaki bilgilerden birinin ifşa edilmesi ancak diğer bilgilerin halen ihlal eden tarafın uhdesinde olması durumunda ancak kısmi bir imkânsızlıktan bahsedilecektir.

[650] **Oğuzman/Öz**, s. 354 vd.

[651] **Oğuzman/Öz,** s. 366.

[652] Bu görüşte olan yazarlar **Tekinay/Akman//Burcuoğlu/Altop**, s. 873-874; **Tunçomağ**, C.I., s. 826-827.

[653] **Tunçomağ**, C.I, s. 827; **Tekinay/Akman//Burcuoğlu/Altop**, s.873-874.

ermeden yani diğer bir deyişle arabuluculuk süreci sona ermeden ihlal edilmiş olması halinde gündeme gelecektir. Uyuşmazlığın taraflarının birbirlerine karşı olan sır saklama yükümlülüğü sözleşme sona erdikten sonra da devam etmektedir. Ancak arabuluculuk süreci sonlandıktan sonrasında uyuşmazlığın taraflarından birinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığının bir önemi ve etkisi olmayacaktır.

B. Üçüncü Kişiler Bakımından Gizliliğin Korunması

Arabuluculukta müzakerelere arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları dışındaki kişilerin de katılımı söz konusu olabilecektir. Temelde arabuluculuk müzakerelerinin arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları şeklinde üç kişiden oluştuğu düşünülmekteyse de uygulamada katılanların sayısının genellikle üçten fazla olduğu tespit edilmiştir[654]. Arabuluculuk sürecine müdahil olan arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları dışındaki kişiler genellikle avukatlar, dolaylı olarak uyuşmazlıktan ve sonucundan etkilenen kişiler, teknik bilgisine başvurulacak olan kişiler ve danışmanlardır. Her ne kadar arabuluculuk müzakerelerinin avukatla yürütülmesi zorunluluğu yoksa da karmaşık yapıdaki hukuki uyuşmazlıklarda genellikle avukatın da katılımına başvurulmaktadır. Avukatlar genellikle müvekkillerini hak ve yetkileri bakımından bilgilendirirken aynı zamanda anlaşma alternatiflerini değerlendirerek müvekkillerine yön vermektedirler[655]. Dolaylı olarak uyuşmazlıktan ve sonuçlarından etkilenecek olan kişilerin de arabuluculuk sürecine katılması tarafların isteği üzerine mümkün olabilir. Örneğin kredi kuruluşları tarafından finanse edilen şirketlerin içinde bulundukları uyuşmazlık sonucundan etkilenecek olmaları durumunda, kredi kurumunun da uyuşmazlığa katılması sağlanabilir. Bunun gibi mali mesuliyet sigortalarının gündeme geleceği tazminat uyuşmazlıklarında sigorta şirketinin arabuluculuk sürecine dahil edilmesi uygun olabilir. Bu kişilerden başka bir de teknik bilgisine başvurulacak olan mali müşavirler, konusunda uzman olan kişiler, psikologlar ve

---

[654] **Beck**, s. 40.

[655] Arabuluculuk sürecinde avukatların rolü geleneksel yargılama sürecinde üstlendikleri rolden oldukça farklıdır. Zira arabuluculukta müzakere süreci müvekkillerinin hakimiyetinde gerçekleşmekte, avukatlar ise müvekkillerini hukuki sonuçlar hakkında bilgilendirerek yalnızca asiste etmektedirler. Avukatların alışageldiği usuli sürece hakimiyet rolünü müvekkillerine devretmesi gerekmektedir. Avukatların arabuluculuk sürecine katılımının uyuşmazlığın tarafları arasındaki güç dengesizliğini azaltmak açısından faydalı olacağı ifade edilmiştir (**Risse** "Wirtschaftsmediation", s.477-478; **Alexander** "Wirtschaftsmediation", s. 76-77; **Beck**, s. 41).

bazı vakıaların tespit edilmesi için bilgisine başvurulan tanıklar da arabuluculuk sürecine arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları dışında katılacak diğer kişilere örnek olarak gösterilebilir.

Arabuluculukta gizliliğin tam olarak korunmasının sağlanması bakımından arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları dışında arabuluculuk sürecine katılan bu kişilerin de sır saklama yükümlülüğüne tabi olması gerekir. Bu kişilerden örneğin avukatların kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü olduğu düşünülse bile bu sır saklama yükümlülüğünün yalnızca müvekkiline karşı olduğuna dikkat çekmek gerekir. O halde avukatın müvekkilinden başka uyuşmazlığın diğer tarafına karşı da sır saklama yükümlülüğünü haiz olması için bu kişi ile bir sır saklama sözleşmesi yapılması gerekir. Aksi takdirde arabuluculuk sürecinin gizliliği tehlikeye atılmış olacaktır.

Sonuç olarak uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu dışında arabuluculuk sürecine katılan herkesin sır saklama yükümlülüğünün bir sözleşme ile düzenlenmesi gerekir[656]. Sır saklama yükümlülüğü kapsamına herkesçe bilinen veya öğrenilmesi mümkün olan vakıalar dışında kalan ve bu kişilerin arabuluculuk sürecinde edindikleri tüm bilgilerin girdiği kabul edilir. Arabuluculuk sürecine müdahil olan üçüncü kişilerle açıkça sır saklama yükümlüğüne ilişkin bir sözleşme yapılmaması halinde; arabulucu sözleşmesi ya da arabuluculuk sözleşmesinde olduğu gibi dürüstlük kuralı çerçevesinde bir sır saklama yükümlülüğünün olduğu sonucuna varmak zor olacağından sır saklama yükümlülüğünün ve kapsamının açıkça düzenlemesi gerekir[657].

---

[656] **Oldenbruch**, s. 90-91; **Hilber,** s. 78; **Beck**, s. 217. Arabulucunun sır saklama sözleşmesi yapılması gerektiğini taraflara hatırlatması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Oldenbruch**, s.91; **Beck**, s.217.

[657] **Oldenbruch**, s. 91. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetini yürütürken ifa yardımcısı kullanması halinde, ifa yardımcısı da arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü kişi olarak müzakerelere katılmış olacaktır. Örneğin arabulucunun müzakerelerde konuşulan her şeyin not etmek üzere sekreterini de yanında getirmesi gibi bir durumda, sekreterinin ifa yardımcısı olarak arabuluculuk müzakereleri esnasında ortaya konulan ve sır olarak kalması beklenen bilgileri ifşa etmesi halinde B.K. m.100 hükmü uyarınca arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İfa yardımcısı ile uyuşmazlığın tarafları arasında ayrıca bir sır saklama sözleşmesinin yapılması halinde uyuşmazlığın tarafları ifa yardımcısına da borca aykırılık hükümlerine göre başvurabilecektir. İfa yardımcılarının fiilinden borçlunun sorumluluğu hakkında genel bilgiler için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 363 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 897 vd; **Tunçomağ**, C. I, s. 843 vd; **Kılıçoğlu**, "Borçlar Hukuku", s. 412.

Sözleşmeyle sır saklama yükümlülüğünün açıkça düzenlenmesi halinde ise, sözleşmeye yani dolayısıyla borca aykırılık hükümlerine göre üçüncü kişilerin de tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir[658]. Sözleşmenin olmadığı durumlarda ise haksız fiil sorumluluğuna göre tazminat talebi söz konusu olabilecektir.

[658] Borca aykırılık dolayısıyla tazminat yükümlülüğü ve kapsamı bakımından yukarıda gerek arabulucunun sözleşmeden doğan sır saklama yükümlülüğüne aykırılık halinde gerekse uyuşmazlığın taraflarının sır saklama yükümlülüğüne aykırılık halinde yapılan açıklamalar dolayısıyla yeniden değinilmemiştir. Bkz. yuk. s. §5, C, 4,a; §6, A, II, a.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

MEDENİ USÛL HUKUKU YÖNÜNDEN GİZLİLİĞİN KORUNMASI

Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecindeki en büyük endişesi, müzakereler esnasında paylaşılan bilgilerin arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalardaki davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma güçlerini zayıflatması olduğuna göre, medeni usûl hukuku yönünden gizliliğin korunması arabuluculuk yöntemine güven duygusunu sağlamada ve pekiştirmede ayrıca bir önem taşır. Taraflar bakımından yargılama aşamasında gizlilik kapsamında koruma altına alınmak istenen hususlar, müzakerelerde taraflarca ortaya konulan bazı vakıalar ile yine müzakereler esnasında taraflarca veya arabulucu tarafından teklif edilen uzlaşma teklifleridir.

Yargılama aşamasında gizliliğin korunmasının sağlanması bakımından en çok üzerinde durulan husus arabulucunun tanık olarak dinlenmeyeceğinin güvence altına alınması olmuştur. Yargılama aşamasında gizlilik yalnızca arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkının tanınması ile değil aynı zamanda uyuşmazlığın tarafları bakımından da koruma altına alınmalıdır. Bu bağlamda arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda gizliliğin korunmasına ilişkin bazı düzenlemelerde bazı bilgi ve belgelere delil olarak dayanılamaması öngörülmüştür[659]. Örneğin taraflar arabuluculuk müzakereleri esnasında ileri sürülen anlaşma tekliflerine delil olarak dayanamayacaklardır. Bu düzenlemeler arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda gizliliğin korunması bakımından gerekli ve önemlidir. Dolayısıyla arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı yanında aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarının da mahkeme ya da hakemler huzurunda müzakerelerde ortaya konulan bazı bilgi ve belgelere dayanması önlenerek tam bir gizlilik sağlanmalıdır ki her iki taraf da bu koruma güvencesinde müzakerelerde birbirleri ile rahatça iletişim kurabilsinler.

Bu bölümde yargılama aşamasında gizliliğin korunmasını sağlamaya yönelik öncelikle kanunla getirilen düzenlenmeler daha sonra ise sözleşme ile kararlaştırılabilecek düzenlemeler incelenecektir.

[659] Bu düzenlemelerde aşağıda §7'de detaylı olarak değinilmiştir.

§7. Kanundan Doğan Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Arabulucunun ve tarafların maddi hukukta sır saklama yükümlülüğüne yukarıda değinildikten sonra bu bölümde sır saklama yükümlülüğünün yargılama aşamasındaki etkisine değinilecektir[660]. Yargılama aşamasında gizliliğe ilişkin en büyük tehdit genel olarak tanıklık yapma zorunluluğudur[661]. Tanığın yerine bir başka kişi ikame edilemeyeceğinden hukuk sistemlerinde mahkemenin daveti üzerine tanıklık yapmak kural olarak bir yükümlülük oluşturur[662]. Arabulucu ya da arabuluculuk sürecine katılacak olan üçüncü kişiler bakımından da tanıklık yapma yükümlülüğünün kabulü halinde, taraflarca arabuluculuk müzakereleri esnasında ortaya konulan beyan ve belgelerin mahkeme ya hakem huzurunda açıklanması tehlikesi gündeme gelecektir. Ancak gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz gerekse diğer Kıta Avrupası ülkelerindeki medeni usûl kanunlarında tanıklık yapma yükümlülüğüne ilişkin genel kural yanında sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilen meslek mensupları bakımından tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmiştir[663]. Arabuluculukta gizliliğin korunması bakımından arabulucu ya da arabuluculuğa katılan üçüncü kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınması bir yöntem olarak karşımıza çıkabileceği gibi, yalnızca tanıklık bakımından değil genel olarak belirli bilgi ve belgelerin yargılama aşamasında dava malzemesi yapılamayacağına ilişkin düzenleme öngörülmek suretiyle de yargılama aşamasında gizliliğin korunması güvence altına alınabilmektedir. Gizliliğin korunması bakımından hiçbir düzenleme bulunmayan hallerde ise arabulucu ya da arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişiler bakımından tanıklıktan çekinme hakkı tanıyan genel hükümlerin uygulanabilip uygulanamayacağının tespit edilmesi gerekir. O bakımdan biz burada öncelikle arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek

---

[660] bkz. §5 ve §6.

[661] Tanık, bir uyuşmazlıkta taraflar arasındaki çekişmeli hususlarla ilgili bilgisini ve algılarını mahkemeye aktaran kişi olup, ayırt etme kudretine sahip herkes tanık olabilir (**Ansay**, s.266; **Postacıoğlu**, s. 544; **Bilge/Önen**, s. 522; **Üstündağ**, s.731; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 497; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 352).

[662] Tanıklık yapma yükümlülüğü ve bu kuralın istisnalarına ilişkin bazı düzenlemeler için bkz; HUMK m. 253, 271; ZPO §380-383; Amerikan Federal Delil Yasası, m. 601-605; öZPO §320-321. Tanıklık ile bilirkişiliğin ayrımındaki en temel kıstas bilirkişinin aksine tanığın ikame edilebilir olmayışıdır. Bu konuda bkz **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, §119 I; **Ansay**, s. 277; **Bilge/Önen**, s. 341; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 352; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 498.

[663] HUMK m. 245-246, 249; ZPO, §383-§384; öZPO, m. 320.

davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin hükümler öngören bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelere değindikten sonra Türk hukuku bakımından durumu inceleyeceğiz.

A. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunmasına İlişkin Bazı Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler

I. Birleşmiş Milletler Model Kanunu'ndaki Düzenlemeye Göre Gizliliğin Korunması

Birleşmiş Milletler Model Kanun'u yukarıda da belirtildiği üzere konu odaklı gizliliğin korunması yöntemini benimsemiş ve onuncu maddesinde bazı bilgi ve belgelerin dava malzemesi olarak davaya dahil edilmesini önlemek suretiyle gizliliğin korunmasını öngörmüştür[664]. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı da "Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması" başlığı altında Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nun ilgili hükmü model alınarak düzenlenmiştir (HUAKT m.5).

Arabuluculuk sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda kullanılamayacağına ilişkin yasağın konu bakımından sınırı belirlenerek hak arama özgürlüğünü de korunmuştur (Birleşmiş Milletler Model Kanunu m.10)[665]. Dolayısıyla caiz olan deliller yalnızca arabuluculukta ileri sürülmüş olması nedeniyle delil yasağı ("B*eweisverbote"*)[666] kapsamına girmez. Bu kapsamda, tarafların arabuluculuk sürecine katılımına ilişkin süreçteki beyanları, arabuluculuk sürecinde arabulucu veya taraflarca ortaya konan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak ileri sürülen görüş ve öneriler ve bu görüş ve önerilere ilişkin taraf beyanları ile arabuluculuk sürecinde yalnızca arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler söz konusudur[667]. Madde gerekçeleri incelendiğinde söz konusu bilgi ya da belgelerin yazılı belge, sözlü beyan ya da

[664] Bkz. yuk. §4, B, I.

[665] Delil yasağı getirilen konuları gösteren madde metni için bkz. yuk. §4,B, I.

[666] **Beck**, s. 250.

[667] Arabuluculuk amacına münhasır olarak düzenlenmiş belgeler yalnızca taraf beyanlarından ibaret olmayıp, tanık beyanları ve bilirkişi raporlarını da kapsamaktadır.

elektronik şekillerin tümünü kapsadığı belirtilmiştir[668]. Bu bağlamda delil yasağı yalnızca belgelerin mahkemeye sunulması ile sınırlı olmayıp, belirtilen konular bakımından arabulucu ve üçüncü kişilerin tanıklığına da başvurulmasına engel teşkil eder. Bu yasak güvencesinde taraflar; müzakereler esnasında birbirleriyle rahatça iletişim kurabilecek, arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanmazsa müzakerelerde ortaya konan bilgi ve belgelerin sonradan açılabilecek davalarda aleyhine delil olabileceği endişesini bir kenara bırakarak anlaşma önerileri sunabileceklerdir.

Delil yasağının kişi bakımından uygulama alanı, müzakerelere katılan taraflar, arabulucu ve müzakerelerde yönetime katılanlar da dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü kişidir. Komisyon, Model Kanun'un kişiler bakımından uygulama alanını genişletmek amacıyla herhangi bir üçünü kişi ifadesini kullanmıştır (Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 10, f. 1). Ancak bu herhangi bir üçüncü kişi ifadesinden anlaşılması gereken tanık, bilirkişi gibi arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişilerdir[669]. Bu kişilerden mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından da yukarıda belirtilen konuların açıklanmasının istenemeyeceği güvence altına alınmıştır (Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 10, f. 3).

Delil yasağından feragatin mümkün olup olmadığına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte hükmün ifade şeklinden ve Model Kanun'un üçüncü maddesindeki genel hükmünden hareketle taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği sonucuna varılır (Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 10, f. 3) [670]. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa yasağa aykırı olarak ileri sürülen delil mahkeme ya da hakemlerce dikkate alınmayacaktır (Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m.10, f.3).

Delil yasağının istisnaları da açıkça düzenlenmiştir (Birleşmiş Milletler Model Kanunu, m. 10, f. 5). Buna göre söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilecektir.

---

[668]Guide to Enactment, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf (erişim tarihi: 10.12.2010)

[669] **Ginkel**, s. 44; **Duve/Prausse**, s. 131 dn. 52; **Beck**, s.251.

[670] **Ginke**l, s. 43; **Beck**, s. 251.

Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nun üye devletlerin iç hukukuna doğrudan bir etkisi olmamakla birlikte, Macaristan (2002), Hırvatistan (2003), Kanada (2005), Nikaragua (2005) ve Slovenya (2008) tarafından iç hukuka uyarlandığı resmi olarak açıklanmıştır[671].

Birleşmiş Milletler Model Kanunu, yalnızca belirli kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanımak yerine arabuluculukta gizliliğin korunmasını sağlamak için daha etkin bir yöntem olan delil yasağı yöntemini öngörmüştür. Böylelikle delil yasağı mahkemece re'sen dikkate alınacak ve yasağa rağmen ileri sürülen delil hükme esas teşkil etmeyecektir.

II. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifindeki Düzenlemeye Göre Gizliliğin Korunması

24 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanarak 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" (2008/52/EC) arabuluculukta gizliliğin korunmasını düzenlenmiş ve medeni usûl hukuku yönünden koruma da 7. maddede öngörülmüştür.

Direktifin 7. maddesine göre, "*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"*[672].

[671] www.uncitral .org (erişim tarihi:10.12. 2010). Birleşmiş Milletler Model Kanununun iç hukuka uyarlanmasında tavsiye edilen metinden sapmalar olabilecektir. Birleşmiş Milletler Sekreterliğine ulaşan bilgiler doğrultusunda bu ülkeler birer gösterge niteliğinde verilmiş olup, söz konusu devletler tarafından iç hukuka yapılan uyarlamada temel metinden ne ölçüde sapmalar olduğunun tespit edilebilmesi için her bir ülke metninin detaylı olarak incelenmesi gerekir.

[672] Direktifin Türkçeye çevirisi için bkz. **Özbek**, "Yönerge" s. 183-231.

Söz konusu düzenleme arabulucular ve arabuluculuk sürecinde yönetime katılan kişiler bakımından getirilmiş olup, mutlak bir yasak öngörmemiştir. Bu düzenlemenin iç hukuka uyarlanmasında üye devletler arabulucu ve yönetime katılan üçüncü kişilere tanık olarak başvurulamamasını düzenleyebilecekleri gibi, bunun yanı sıra arabuluculuk dolayısıyla hazırlanan belgelere de delil olarak dayanılmamasını hüküm altına alabileceklerdir. Ayrıca yedinci maddenin son fıkrasına göre üye devletler, arabuluculukta gizliliğinin korunması için daha katı tedbirleri de öngörebilirler.

Direktif, arabulucuğun sona ermesinden sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunması amacıyla getirilen delil yasağının kişi bakımından uygulama alanı olarak taraflar, arabulucu ve arabuluculukta yönetime katılan üçüncü kişileri işaret etmiş ancak yasağın konu bakımından kapsamının yalnızca çerçevesini belirtmekle yetinmiş, Birleşmiş Milletler Model Kanunu'nda olduğu gibi delil yasağının konusuna ilişkin detaylı bir düzenleme getirmemiştir. Buna göre üye devletler arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan ve arabuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında delil yasağı getirebileceklerdir. Arabuluculukta gizliliğin mahkemeler önünde korunmasına ilişkin 7. maddede getirilen düzenlemenin sınırları ise yine aynı maddede öngörülmüştür. Buna göre, ilgili Üye Devletin kamu düzeni düşünceleri üstün geldiği için gerekli olması halinde veya arabuluculuğun sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icra edilmesi için bu anlaşmanın içeriğinin açıklanması gerektiğinde delil yasağı bertaraf edilebilir[673].

III. Avusturya'da Gizliliğin Korunması

Avusturya'da Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ve sır saklama yükümlüğüne ilişkin cezai yaptırımları öngörmüş ancak arabuluculukta gizliliğin yargılama aşamasında korunmasına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir (m.18). Bu düzenleme Avusturya

[673] *....(a) ilgili Üye Devletin 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, veya b) Arabuluculuğun sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icra edilmesi için bu anlaşmanın içeriğinin açıklanması gerektiğinde;* Üye devletlerce delil yasağının istisnası olarak düzenlenebilecektir; bkz. **Özbek**, "Yönerge".

Medeni Yargılama Kanunu'nda (öZPO) mevcuttur. Avusturya Medeni Yargılama Kanunu'nu genel olarak tanıklığı geçersiz olan kişileri ve tanıklıktan çekinme hakkı olan kişileri düzenleyen hükümde sicile kayıtlı arabulucular da 4. bentte sayılmıştır (öZPO m.320). Bu düzenleme ile sicile kayıtlı arabulucuların tanık olarak gösterilemeyeceği düzenlenmekte ve bu yasak hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır[674]. Hâkim tarafından re'sen dikkate alınan bü hüküm karşısında uyuşmazlığın tarafları veya üçüncü kişilerin arabulucuyu sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmaya yetkili olmadıkları kabul edilmektedir[675].

Arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişilerin tanıklığına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte Avusturya'da Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun'daki düzenlemeye göre arabulucunun yardımcı personelinin ve uygulama öğretimi çerçevesinde arabulucunun yanında ve onun talimatına göre faaliyet gösteren kişilerin de sır saklama yükümlülüğü bulunduğundan, bu hükmün kıyasen uygulanması suretiyle, Avustusya Medenî usûl Kanunu m. 320, f.1'e göre bu kişilerin de tanık olarak gösterilemeyeceği ifade edilmiştir[676].

Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda sicile kayıtlı arabulucuların tanıklığına başvurulamayacak konular bakımından sınır, arabulucunun müzakereler esnasında kendisine açıklanan ya da kendisine açıklanmasa dahi arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla haberdar olduğu hususlar olarak belirlenmiştir (öZPO §320, b.4) [677]. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular bakımından tanıklık yapma yükümlülüğü mevcuttur[678]. Ayrıca arabuluculuğun başlangıç ve sonlanma anlarının zamanaşımı

---

[674] **Pruckner**, s. 35; **Ferrari,** Susanne**/Buchwalder,** Elke "Das Zivilrechts-Mediations- Gesetz in Österreich, FamRZ 2004, s. 1430.

[675]**Fasching**, Hans W, "Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen", Viyana 2004, §320, Kn.9; **Pitkowitz**, Nikolaus**,** "Die neuen Meidationsregeln der EU- Ist Österreich noch Wegbereiter?" SchiedsVZ 2005/2, s. 86; **Pruckner**, s. 35.

[676]**Oberhammer**, Paul/**Domej**,Tanja "Ein Rechtlicher Rahmen für die Mediation in Östterreich", ZKM 2003/4, s.147; aksi görüş için bkz. **Fasching,** "Kommentar" §320, Kn.9.

[677]**Pruckne**r, s. 35; **Fuchshuber**, s. 17. Belirtilen bu konular dışında arabulucunun tanıklık yapabileceği ifade edilmiştir (*relative Zeugnisunfaehigkeit*) (**Fasching** "Kommentar", "§320, Kn.9; **Grünberger**, Stefan, "Die Regelung der Mediation im EheRAEG" 1999, ÖJZ 2000**,** s. 55; **Pitkowitz**, s. 81).

[678] **Pruckner**, s. 35; **Falk**, Gerhard**/ Koren**, Gernot "Zivilrechts-Mediations-Gesetz" Viyana 2005, §18, Kn. 1.18

ve hak düşürücü süreler bakımından ispatına yönelik olduğu bu nedenle arabulucunun tanıklık yapabileceği kabul edilmiştir[679].

IV. Amerika Birleşik Devletlerinde Gizliliğin Korunması

Arabuluculuk sürecinde tarafların açıklamalarının gizli kalması ve üçüncü kişilerin açıklamalarının saklanması için Amerika Birleşik Devletlerinde taraflara ve arabulucuya tanıklık yükümlülüğü konusunda bir ayrıcalık tanınması söz konusu olmuştur[680]. "Privilege"[681] olarak ifade edilen bu imtiyaz[682] anglo-amerikan hukuk sistemlerinde öngörülen bir hukuki kurum olup, arabuluculukta gizliliğin korunması bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Amerikan usul hukuku sisteminde taraf ya da tanık yargılama sürecinde tamamen farklı pozisyonlar olmayıp, taraf bir vakıa hakkında aynı zamanda tanıklık da yapabilmektedir[683]. "Privilege" olarak ifade edilen imtiyaz tanıklık yapma yükümlülüğünün bir istisnasını teşkil eder. İmtiyaz sahibi olan kişi, eğer bu imtiyazdan feragat etmemişse ya da bir istisna öngörülmemişse kendisine başvurulan konuya ilişkin açıklama yapmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Federal Delil Yasasının 501. maddesinde genel olarak kişilere imtiyaz verilmesi düzenlenmiştir[684]. Gerçeğe ulaşma ilkesi doğrultusunda bu imtiyazlar oldukça dar bir şekilde yorumlanarak sistemin istisnasını teşkil etmişlerdir. Dolayısıyla ilgili maddede yeni imtiyazlar yaratılması bakımından da mevcut hukuk kurallarının göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Mahkemeler bazı kişiler arasındaki ilişkilere yeni imtiyazlar tanıma konusunda son derece tutucu davranmışlar ve imtiyaz tanınması gerekip gerekmediğini belirlemek için de söz konusu kişileri ve bu kişiler arasındaki ilişkiyi Wigmore testi olarak

---

[679] **Beck**, s. 288; **Pruckner**, s.36.

[680] Amerika Birleşik Devletlerinde arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda gizliliğin korunması bakımından eyaletler bazında ilk düzenlemeler 20. yüzyılın birinci yarısında iş hukuku ve aile hukukunda arabuluculuk düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır (**Editoral Note**, 98 Harv. L. Rev.1984, s. 441). Sonradan arabuluculuk diğer uyuşmazlık türleri bakımından da düzenlenmiş, bu düzenlemelerde de gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir (**Hilber**, s. 153). Bugün için Missisipi haricindeki tüm eyaletlerde arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin düzenelemelere rastlamak mümkündür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz **Hilber**, s. 153, dn.515,516.

[681] "Privilege" kelimesi Latince bir terim olan *private lex*'den gelmektedir. Private lex belirli kişi ya da gruba ayrıcalık bahşedilmesi anlamında kulanılır (**Beck**, s.257, dn.1117).

[682] **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 214.

[683] **Beck**, s. 257.

[684] http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule501 (erişim tarihi: 01.01.2011).

bilinen bir teste tabi tutmuşlardır[685]. Bu test gizliliğin korunması çerçevesinde imtiyaz tanınması için dört şart öngörmektedir[686]:

- Görüşmeler gizli bir şekilde yürütülmüş olmalıdır,
- Gizliliğin korunması ilişkinin başarısı için zorunlu bir unsur olmadır,
- İlişki kamuoyu tarafından teşvik edilen ve korunmak istenen bir ilişki olmalıdır,
- Bilginin açıklanması ile ortaya çıkacak olan zarar, açıklanması halinde oluşacak kamu yararından daha fazla olmalıdır.

Değişik eyaletlerde bu imtiyaza ilişkin farklı düzenlemeler yapılmış ancak bu kadar çok sayıdaki farklı düzenlemeler hukuki belirsizliğe sebebiyet vermiştir. Özellikle bir eyalette yapılan arabuluculuk müzakerelerini müteakip davanın başka bir eyalette açılması halinde bu problem daha da belirginleşmiştir[687]. Kişilere tanınan bu imtiyaz ile birlikte bu imtiyazın istisnalarının neler olacağı, hangi üstün menfaatlere feda edileceği tartışması başlamıştır[688].

Arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasını bakımından başvurulabilecek diğer bir düzenleme ise Federal Delil Kuralları'nın 408. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde sulh müzakerelerini koruma altına alınmıştır[689]. Ancak arabuluculuk müzakerelerinin bu kapsamda olup olmadığı konusunda tereddütler oluşmuştur[690].

Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'nın kabul edilmesiyle arabuluculukta gizliliğin korunması sorunu ile ilgili farklı düzenlemeler bir kenara bırakılarak hukuki birlik sağlanmaya çalışılmıştır[691]. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA'da

---

[685] **Burr**, Anne, "Confidentiality in mediation communications: A privilege worth protecting", Dis. Res. J., Feb-Apr 2002, s. 67; **Gray**, s. 679.

[686] **Gray**, s. 680; **Burr**, s. 67.

[687] **Hilber**, s. 175.

[688] **Hager**, s. 55.

[689] http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule501 (erişim tarihi: 01.01.2011).
Bu düzenlemeye göre, "*uzlaşma teklifi, teklife konu olan iddianın veya miktarın geçerliliğini veya hükümsüzlüğünü kanıtlamak için kullanılmaz*"; **Özbek**, "Alternatif Uyuşmazlık", s. 216.

[690] **Burr**, s. 67.

[691] Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinde arabulucuya ve diğer kişlere getirilen bu imtiyaz olumlu karşılanmıştır Bu konuda bkz. **Deason**, s. 85; **Hoxie**, s. 98; **Rufenacht**, s. 113. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nuna ihtiyaç olmadığı, ihtiyaç olduğu kabul edilse bile getirilen imtiyazların

öngörülen düzenleme ile taraflar ya da arabulucu arabuluculuk müzakerelerini açıklamaktan kaçınabilecekleri gibi üçüncü kişilerin açıklama yapmasını da engelleyebilirler. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA ile getirilen imtiyazın kişi bakımından uygulama alanı, uyuşmazlığın tarafları, arabulucu ve üçüncü kişilerdir[692]. Ancak bu imtiyazın, imtiyaz sahibi kişi tarafından ileri sürülmesi gerekir; aksi takdirde mahkeme bunu re'sen dikkate almayacaktır. Bu durumda örneğin arabulucunun tanıklığına taraflarca itiraz edilmemesi halinde arabulucu tanık olarak dinlenebilecektir. Arabulucunun tanık olarak dinlenmemesi için bunun ancak taraflardan birisi tarafından def'i olarak ileri sürülmesi gerektiğinden, bu konuda tarafların bilgisi olmaması halinde müzakerelerdeki bilgilerin mahkeme huzuruna taşınması riski oluşacaktır[693]. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA ile bu imtiyazı kullanma ya da bu imtiyazdan feragat etme hakkı imtiyaz sahibi olarak ifade edilen kişiye tanınmıştır. İmtiyaz sahipleri yazılı ya da sözlü olarak açıkça bundan feragat edebilirler. İmtiyaz sahiplerinin açıkça feragat etmesinin yanında Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA bu imtiyazın istisnalarını da düzenlemiştir. İmtiyazların istisnaları mutlak ve nispi olarak düzenlenmiştir[694]. İmtiyazların mutlak istisnaları 6. Bölüm'ün (a) bendinde düzenlenmiştir. Bu durumda kanun koyucu gizliliğin korunması amacıyla arabuluculuk müzakerelerine ilişkin olarak delillere başvurulmamasında korunan menfaat ile kanunda düzenlenen somut durumlar karşısında kamu menfaatinin ya da tarafların menfaatlerinin üstün geldiği ve gizliliğin feda edilebilir olduğu ve ayrıca bir incelemeye gerek olmaksızın imtiyazın istisnasını teşkil edeceği sonucuna varmıştır[695]. Buna göre:

(1) müzakereler tarafların anlaşması üzerine sözleşmeyle kayıt haline alınarak delil olarak düzenlendiğinde;
(2)müzakereler tarafların isteği üzerine ya da yasa gereği kamuya açık şekilde yapıldığında;

---

fazla sınırlayıcı olduğu görüşü hakkında bkz. **Hughes**, Scott, "The Uniform Mediation Act: To The Spoiled Go The Privileges", 85 Marq. L. Rev., 2001, s. 9. Tek Tip Arabuluculuk Kanunu'nun gizliliğin korunmasına ilişkin hükümlerinin çok karmaşık olduğu görüşü için bkz. **Reuben**, Richard C., "Sound of Dust Settling: A Response to Cristisms of the UMA, J. Disp. Resol., 2003, s. 109 vd.

[692] Tek Tip Arabuluculuk Kanunu 4. Bölüm..

[693] **Beck**, s.310.

[694] Mutlak istisnalar "above the line exceptions", nispi istisnalar "below the line exceptions" olarak ifade edilmiştir (**Reuben,** s. 121).

[695] **Reuben,** s.121-122.

(3)müzakereler esnasında vücut bütünlüğüne bir saldırı oluştuğunda ya da suç oluşturan bir eylem ya da buna dair bir planın açıklandığında;
(4) müzakerelerin bir suçun planlanması için kullanılması, suça teşebbüs edilmesi ya da devam eden suç ya da cezayı gerektiren eylemin örtbas edilmeye çalışılması halinde;
(5) arabulucu aleyhine açılan görevin kötüye kullanılmasına ilişkin bir iddianın ya da şikayetin kanıtlanması ya da çürütülmesi gerektiğinde,
(6) paragraf (c)'de aksi düzenlenmedikçe, arabuluculuğun tarafları, taraf olmayan ve fakat müzakerelere katılan üçüncü kişiler ya da taraf temsilcileri aleyhine açılan ve arabuluculuk esnasında oluşan hakkın ve görevin kötüye kullanılmasına ilişkin bir iddianın ya da şikayetin kanıtlanması ya da çürütülmesi gerektiğinde,
(7) Çocuk ya da yetişkin koruma servislerinin taraf olduğu ve suistimal, ihmal, terk ya da istismar iddialarının kanıtlanması ya da bertaraf edilmesi için,

kişilere tanınan imtiyaz bertaraf edilmiştir.

6. Bölümün (b) bendinde ise yine bu imtiyazın nispi olarak bertaraf edilebileceği haller düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle (b) bendindeki düzenleme her somut durum karşısında mahkeme başvurulmak istenilen delilin caiz olup olmadığı hakkında karar verecektir. Nispi istisnalarda, kanun koyucu gizliliğin bertaraf edilmesini gerektiren bir halin varlığını peşinen kabul etmemiş, taraflarca arabuluculuk müzakereleri esnasında kullanılan bilgi ve belgelere delil olarak başvurulmak istendiğinde değerlendirmenin mahkeme tarafından yapılacağını düzenlemiştir[696]. Örneğin mahkeme arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın feshi, değiştirilmesi ya da geçersizliği konusunda açılan davalarda ve bir cürümün konu olduğu davalarda (örneğin mağdur fail arabuluculuğu hallerinde), arabulucunun tanıklığına karar verebilir[697]. Ancak mahkemece arabulucunun tanıklık yapmasına karar verebilmesi için iki şart öngörülmüştür (Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA

[696] **Reuben,** s.122

[697] Her ne kadar arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma tarafların kendi iradeleri doğrultusunda yaratılan bir sonuç olduğundan bu konuda tarafların yeniden mahkeme başvurması sık rastlanan bir durum olmayacaksa da, bu anlaşmaya ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda gizliliğin mutlak anlamda korunması sakıncalı sonuçlar yaratacaktır (**Robinson**, Peter, "Centruies of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should Be Embraced and Broadened" J. Disp. Resol.2003, s. 143).

m.6, b). Bunlardan birincisi arabulucunun tanıklığına başvuran tarafın söz konusu delile başka yoldan ulaşmasının mümkün olmadığı konusunda mahkemeyi ikna etmesi gerekir. Böylelikle mahkeme söz konusu delile ulaşmadaki menfaatin gizliliğin korunmasından ağır bastığı sonucuna varacaktır. İkinci şart ise bu talebin belirli bir usul kesiti içerisinde iletilmesi gerektiğidir.

V. Almanya'da Gizliliğin Korunması

Almanya'da arabuluculuk ile ilgili federal düzeyde yasal bir düzenleme olmadığından arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkabielcek yargılama aşamasında arabuluculukta gizlilik ancak Alman Medenî Usûl Kanunu'daki genel düzenlemelerin kıyasen uygulanması yoluyla korunmaya çalışılmaktadır.

Arabulucunun tanıklığı konusunda Almanya`da avukat ya da noterler gibi kanuni düzenlemlerle sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilen kişilerin arabuluculuk yapması durumunda tanıklıktan çekinme hakları da olduğu genel olarak kabul edilmektedir[698]. Ancak asıl mesleği noterlik ya da avukatlık olmayan ve özel kanunlarla sır saklama yükümlülüğü düzenlenmeyen arabulucular bakımından hukuki zemin belirsiz ve eksiktir. Alman Medenî Usûl Kanunu'ndaki tanıklıktan çekinmeye dair düzenlemenin avukat ya da noter olmayan arabulucular için de uygulanabileceğine şüpheyle yaklaşılmaktadır (ZPO §383 b.6) [699]. Bir görüşe göre arabulucu mesleği dolayısıyla edindiği bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir çünkü arabulucunun sır saklama yükümlülüğü işin doğası gereğidir (*kraft Natur der Sache*) [700]. Diğer bir görüşe göre ise, arabulucuların ancak avukat-arabulucu ya da noter-arabulucu gibi kanunda sır saklama yükümlülüğü öngörülen meslek gruplarından birisine mensup olması ve arabuluculuğun o mesleğin kapsamında bir faaliyet olması halinde tanıklıktan çekinme hakkı olduğu ifade

[698] **Hager**, s. 62; **Groth/v. Bubnoff**, s. 340; **Zöller**, s. 1215; **Saenge**r, §383, Kn. 11; **Oldenbruch**, s. 97; **Eckardt/Dendorfer**, s. 789-790; **Museliak**, §383, Kn. 5-6.; s. 1256; **Groth/v. Bubnoff**, s. 340; **Beck**, s. 169; **Hilber**, s.85.

[698] **Zöller**, s. 1215; **Saenge**r, §383, Kn. 11; **Oldenbruch**, s. 102; **Eckardt/Dendorfer**, s. 789-790.

[699] **Hager**, s. 62; **Groth/v. Bubnoff**, s. 340; **Zöller**, s. 1215; **Saenge**r, §383, Kn. 11; **Oldenbruch**, s. 102; **Eckardt/Dendorfer**, s. 789-790; **Museliak**, §383, Kn. 5-6; s. 1256.

[700] **Zöller**, s. 1215; **Saenge**r, §383, Kn. 11; **Oldenbruch**, s. 102; **Eckardt/Dendorfer**, s. 789-790.

edilmiştir[701]. Sonuç olarak Almanya'da değişik meslek grupları için düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün bu meslekten kişilerin arabuluculuk yapması halinde, arabuluculuk faaliyetinin mesleğin faaliyet alanında olup olmadığının ve bu sonuca göre kanundan doğan bir tanıklıktan çekinme hakkı olup olmadığının tespiti yoluna gidilmektedir[702]. Bu nedenle arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkının düzenlemeye muhtaç bir konu olduğu ifade edilmiştir[703]. Ancak Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun Tasarısı'nın yasalaşması halinde; arabulcuların sır saklama yükümlülüğü yasal bir zemine kavuşacağından, arabulucu Alman Medenî Usûl Kanunu'nda tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler kapsamında değerlendirilecek ve tanıklıktan çekinebileceği konusunda tereddütler ortadan kalkacaktır (ZPO m. § 383 fıkra 1 bent 6).

Ancak Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun Tasarısı, arabuluculukta gizliliğin arabuluculuk süreci sonrasındaki olası yargılama aşamasında korunmasına ilişkin bir delil yasağı sistemini kabul etmediğinden, üçüncü kişilerin tanıklığı ve arabuluculuk dolayısıyla hazırlanan belgelere taraflarca delil olarak dayanılamayacağı konusunda bir güvenceden bahsedilemeyecektir.

VI. İsviçre'de Gizliliğin Korunması

İsviçre'de mahkemeler önünde gizliliğin korunmasının İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'ndaki bazı hükümlerle teminat altına alındığına yukarıda değinilmişti[704]. Bu düzenlemeler genel olarak arabuluculukta gizliliğin korunması için hem arabulucu hem de taraflar bakımından bazı ayrıcalıklar öngörmektedir.

---

[701] **Museliak**, §383, Kn. 5-6; s. 1256; **Groth/v. Bubnoff**, s. 340.

[702] EGZPO m.15a hükmü doğrultusunda kabul edilen Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu m.8 f.2 hükmüne göre "*arabulucular uzlaşma sürecinin konusu olan olgulara ilişkin tanılıktan çekinme hakkına sahiptirler*" . Kanun'un tam metninin Türkçe çevirisi için bkz. **İsfen** "Bavyera Eyaleti Uzlaştırma Kanunu", s. 1335 vd. Bu Kanun, belirli uyuşmazlıklarda muhakeme şartı olarak uzlaşmayı dar bir alanda düzenlediğinden (m.1) geniş bir uygulama alanına sahip değildir.

[703] **Hess**, s. 108.

[704] Bkz. yuk. §4,A,IV.

Arabulucular bakımından getirilen gizliliğin korunmasına ilişkin hüküm 166. maddede yer almaktadır (İsv.Fed. MUK m. 166, f.1, b.2). Bu düzenleme, 160. maddede "iştirak yükümlülüğü (mitwirkungsflicht)" olarak ifade edilen ve taraflara ve üçüncü kişilere delillerin toplanmasına iştirak etme yükümlülüğü getiren genel kuralın bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Delillerin toplanmasına iştirak yükümlülüğü genel olarak taraflar ve üçüncü kişiler bakımından getirilen tanıklık yapma, belgeleri mahkemeye teslim etme ve keşfe katlanma zorunluluklarını içermektedir[705]. Ancak delillerin toplanmasına iştirak yükümlülüğü genel kuralına ticari sırlar ve kişisel sırlar gibi korunmaya değer bazı menfaatler karşısında istisnalar öngörülmüştür. Bu bağlamda taraflara (İsv. Fed. MUK m. 163) ve üçüncü kişilere (İsv. Fed. MUK m. 165-166) iştirak yükümlülüğünden kaçınma hakkı tanınmıştır. Delillerin toplanmasına iştirak yükümlülüğüne üçüncü kişiler bakımından getirilen istisnalarda öncelikle kanunda öngörülen kişiler bakımından genel kapsamda kaçınma hakkı düzenlenmiş, takip eden maddede ise bazı durumlarda bazı kişiler bakımından belirli konulara ilişkin olarak kaçınma hakkı öngörülmüştür. İşte sınırlı kaçınma hakkının öngörüldüğü düzenleme içerisinde arabulucular bakımından da mesleği dolayısıyla vakıf olduğu vakıaları açıklamak zorunda kalınması halinde iştirak yükümlülüğünden kaçınma hakkı tanınmıştır (İsv. Fed.MUK m. 166 f.1 b.4). Arabuluculara tanınan, arabuluculuk dolayısıyla öğrendiği vakıalara ilişkin açıklama yapmak zorunda kalacağı hallerde delillerin toplanmasına iştirak yükümlülüğünden kaçınma hakkı ile arabulucuya yalnızca tanıklıktan çekinme hakkı değil, aynı zamanda arabuluculuk sürecinde hazırlanan belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınma hakkı da tanınmış olmaktadır[706].

Taraflar bakımından gizliliğin korunması ise 216. maddede güvence altına alınmıştır (İsv. Fed. MUK m. 216, f. 2). Arabuluculuk süreci sonrasında ortaya çıkabilecek yargılama aşamasında taraf beyanlarına başvurulamayağı şeklinde genel bir hüküm getirilmiş, bu düzenlemenin dar yorumlanması gerektiği, tarafların yalnızca arabuluculuk sürecindeki beyanlarına başvurulamaması gerektiği ifade

[705] **Meier**, "Zivilprozessrecht", s. 300 vd; **Gasser/Rickli**, s. 160; **Leuenberger**/ **Uffer-Tobler**, s. 230 vd.

[706] **Meier**, "Zivilprozessrecht", s. 596. Arabulucuya tanınan delillerin toplanmasına iştirak yükümlülüğünden kaçınma hakkı sayesinde arabulucunun güvenilirliği ve tarafsızlığı da güvence altına alınmış olmaktadır (**Gasser/Rickli**, s. 148; **Leuenberger/Uffer-Tobler,** s.236).

edilmiştir[707]. Taraflarca sırf arabuluculukta sunulmuş olması o vakıa ve delillerin mahkemede kullanılamayacak hale geldiği sonucunu doğurmaz. Böylelikle tarafların sırf mahkemede başvurulamayacak hale getirmek amacıyla arabuluculuk sürecinde bazı beyanları ortaya koymaları keyfiyetinin de önüne geçilmiş olacaktır.

B. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Gizliliğin Korunması

I. Gizli Yargılama Yapılması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre mahkeme sürecinde gizliliğe ilişkin olarak açıkça *"Alenen icrası âdap ve ahlâkî umumiyeye mugayir olduğu muhakkak olan hallerde, mahkeme, esbabı mucibe beyaniyle muhakemeyi hafiyyen icra edebilir"* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır (HUMK m.149). Konumuz hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukta gizliliğin korunması olduğundan, bu başlık altında mahkeme sürecindeki gizlilik yalnızca hukuk usulü muhakemeleri açısından ele alınacaktır.

Duruşmalarda aleniyetin kaldırılması yukarıda belirtilen sınırlar çerçevesinde kanunla ya da kanunla hâkime tanınan takdir yetkisinin kullanılmasıyla talep üzerine veya re'sen verilen mahkeme kararı ile söz konusu olabilir[708]. Anayasa ve Anayasa'daki düzenlemeye paralel düzenleme getiren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre ortak olarak ahlâka aykırılık halinde duruşmaların gizli yapılabileceğini düzenlemiş, hangi hallerin ahlâka aykırılık teşkil edeceğinin takdirini hâkime bırakmıştır (HUMK m.149). Ahlâka aykırılığın yanı sıra kamu güvenliği ve adaba aykırılık halinde de gizli duruşma yapılmasına karar verilebilecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme özellikle aleniyetin daha geniş bir alanda kaldırılmasının tartışıldığı bu günlerde birçok yönden eksiktir[709]. Özellikle özel hayatın, ticari sırların, ekonomik sırların ve

[707] **Meier**, "Zivilprozessrecht", s. 596.

[708] **Ansay**, s. 56-57; **Postacıoğlu**, s.324; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.117; **Bilge/Önen**, s.291; **Pekcanıtez** "Aleniyet",s. 422-423. İslam hukukunda önceleri aleniyet, davaların camide görülmesi suretiyle sağlanmaya çalışılmıştır (**Ansay**, s. 56).

[709] **Pekcanıtez**, "Aleniyet", s.422; **Kurt-Konca**, s. 247.

meslek sırlarının korunması bakımından aleniyetin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeleri barındırmaması önemli bir eksiklik olarak tespit edilebilir[710]. Bu konuda bir iç hukuk kuralı haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde hâkim, kamu düzeni ve ulusal güvenlik, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatları gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda da duruşmaların gizli yapılmasına karar vermelidir. Bu kavramlar çerçevesi çizilmesi güç kavramlar olmakla birlikte her somut olay bakımından hâkime takdir yetkisi tanıması ve somut olay adaleti sağlaması bakımından yerinde bir yöntem olarak tespit edilmiştir[711]. Her somut olay bakımından hâkim duruşmaların aleni yapılmasındaki kamusal yarar ile gizli yapılmasındaki yararı tartmalı ve buna göre karar vermelidir[712].

Ticari, ekonomik ya da meslek sırlarının açıklanması sebebiyle duruşmaların gizli yapılmasına karar verilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adaletin selametine zarar verebilecek özel durumların bulunması sebebine dahil edilebilir[713]. Zira taraflar sırlarının açığa çıkmasının önüne geçmek için gerçekleri söylemekten kaçınabilecek bu durum ise gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyerek adaletin selametini etkileyebilecektir. 2006 yılında yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Tasarısı'nın 34. maddesinde "*Genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle*" duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli yapılabileceğini düzenlenmişti. Ancak 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri

[710]Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) 172. maddesinde aleniyetin kaldırılmasına ilişkin detaylı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre ticari, vergi ve buluşlarla ilgili sırların açıklanmasını duruşmaların gizli yapılması için mümkün görmüştür.

[711] **Kurt-Konca**, s. 257.

[712] Hâkimin takdir yetkisine dayanarak gizlilik kararı verebileceği haller nispi gizlilik sebepleri olarak ifade edilmiş ancak bazı hallere hâkimin takdir yetkisi söz konusu olmaksızın duruşmaların gizli yapılması gerektiği öne sürülmüştür. Örneğin Çocuk Koruma Kanunu'na göre çocuğun yargılanmasında gizlilik asıldır ve hâkimin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu mutlak gizlilik sebebi olarak sınıflandırılmış, aile hukukuna ilişkin dava ve işlerin de gizlilik kapsamında görülmesi gerektiği ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da bu yönde bir düzenleme yapılmasını yerinde olacağı ifade edilmiştir (**Kurt-Konca**, s. 247 vd). Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu m. 170'de aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerde tarafların korunmaya değer menfaatleri dolayısıyla yargılamanın gizli yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda; bkz. **Zimmermann**-Münchener Kommentar §170, Kn. 1-2; **Saenger**, §170, Kn. 1-4.

[713] Aksi görüşte **Kurt-Konca**, s. 267. Yazara göre sırların korunmasının asıl amacı gerçeği ortaya çıkartmak değil yargılamaya katılanların sırrın korunmasına ilişkin menfaatlerini korumaktır.

Tasarısı'nın 33. maddesi ile "*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen mahkemece karar verilebilir*" şeklindeki düzenleme ile gizlilik sebepleri daraltılmıştır. Kanaatimizce 2006 tarihli Tasarı ile tarafların ve tarafların yanı sıra üçüncü kişilerin de özel hayatlarının gizliliğinin korunması yönünde getirilen düzenleme, aleniyet ilkesinin geçirdiği yapısal değişime ve çağın gereklerine paralel bir düzenlemedir[714]. Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzdaki aleniyetin kaldırılmasına ilişkin düzenleme özellikle özel hayatın, ticari, ekonomik ve meslek sırlarının korunmasını sağlamak bakımından eksiklikler içermektedir. Bu yönüyle arabuluculukta gizliliğin korunması bakımından da arabuluculuk süreci sonrasında açılabilecek davalarda yargılamanın gizli yapılacağı garanti edilemeyecektir.

II. Tanıklık, Yapma Yükümlülüğü ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanıklık mahkeme huzurunda ve belirli hükümlere uygun şekilde yerine getirildiği zaman tanık beyanı takdiri delil teşkil eder. Tanığın yerine bir başka kişi ikame edilemeyeceğinden mahkemenin daveti üzerine tanıklık yapma bir yükümlülük oluşturur (HUMK m. 253)[715]. Bu yükümlülük, Devlete karşı kamu hukukundan doğan bir yükümlülük niteliğindedir[716]. Tanıklık yapma yükümlülüğü üç unsuru içerir. Bu unsurlar; mahkemeye gelmek, sorulan soruları yanıtlamak ve verdiği ifadeden sonra yemin etmektir[717].

---

[714] Nitekim Alman hukukunda Mağdurun Korunması Kanunu (Opferschutzgesetz) ile aleniyetin kaldırılabileceği öngörülmüş ve Alman Mahkemeler Kanunu Teşkilatı'nın 171 b maddesi ile özel hayatın korunması gerekçesiyle aleniyet sebepleri genişletilmiştir. Bu düzenleme aslen ceza yargılaması için getirilmişse de medeni usul hukukunda da geçerlidir. 171 b maddesi ile duruşmaların gizli yapılabileceği düzenlemesine yer verilmiş, söz konusu düzenleme yalnıza davanın tarafları bakımından değil aynı zamanda davaya katılan üçüncü kişilerin de özel hayatının gizliliğinin korunmasını amaçlamıştır (**Zimmermann**-Münchener Kommentar §171 b, Kn. 1-4; **Kleinknecht**, s. 181).

[715] Tanıklık yapma yükümlülüğü mahkemenin daveti üzerine başlar, eski hukukumuzda olduğu gibi kendiliğinden, bir dava açılmış olmaksızın tanıklık (hisbe şahadeti) yoktur (**Ansay**, s.268).

[716]**Ansay**, s.268; **Bilge/Önen**, s. 524; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 498.

[717] **Postacıoğlu**, s. 544; **Bilge/Önen**, s. 524; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 444; **Üstündağ**, s. 732-737; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 498; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 353.

Her ne kadar tanıklık yapmak bir yükümlülük olup, mecburi ise de kanun koyucu bazı kimseleri bu mecburiyetten ayrık tutmuştur. Kanun koyucu bu istisnayı oluştururken üç unsuru göz önünde bulundurmuştur. Bunlar tanıklık yapacak kişi ile davanın tarafları arasındaki ilişki, tanıklığın tanığın kendisine ya da yakınlarına zarar verebilecek olması üçüncüsü ise tanıklığın devlet sırrını açığa çıkaracak olmasıdır[718]. Tanığın davanın tarafları ile arasındaki yakınlık dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler şunlardır (HUMK m. 245):

1 - İki taraftan birinin nişanlısı,

2 – Aralarındaki evlilik ilişkisi sona ermiş olsa dahi iki taraftan birinin karı veya kocası,

3 - İki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve füruu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet hasıl olan evlilik rabıtası mürtefi olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık rabıtası bulunanlar,

4 - Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler,

tanıklıktan çekinebilirler.

Kendisine tanıklıktan çekinme hakkı tanınan diğer grup kişiler ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde sayılmıştır. Bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının nedeni, bu kişilerin tanıklık yapması halinde kendilerine ya da yakınlarına zarar verebilecek olmalarıdır.

Son olarak devlet hizmetinde bulunanların, meslek sırrıyle vakıf oldukları vakalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça tanık sıfatıyle dinlenemeyecekleri düzenlemiştir (HUMK m. 249).

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin bu yöndeki taleplerini mahkemeye yazılı ya da sözlü olarak bildirmeleri üzerine, çekinme isteği o kişiyi tanık olarak

[718] **Bilge/Önen**, s. 526; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 499. Tanıklıktan çekinme hakkı tanığın kişiliği ya da tanıklığının kendisi bakımından yaratacağı olumsuz sonuçlar göz önünde bulundurularak sevkedilmiştir (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 324).

göstermiş kişi tarafından kabul edilirse, mahkemenin ayrıca bir karar vermesine gerek olmaksızın o kişi tanıklık yapmaktan kurtulur (HUMK m. 250)[719]. Fakat kabul etmezse, mahkeme çekinme sebebi ve delilleri inceleyerek karar verir[720]. Bu hükümden hareketle tanık tanıklıktan çekinme hakkını mahkemeye iletmek zorundadır[721].

Ancak tanlıktan çekinme hakkı mutlak değildir[722]. Bazı durumlarda tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına rağmen kişi, tanıklık yapmak zorundadır. Tanıklıktan çekinme hakkını ortadan kaldıran haller ayrıca düzenlenmiştir (HUMK m. 248) [723].

III. Arabulucunun Tanıklığı

1. Arabulucunun Kanundan Doğan Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanıklık yapma mecburiyeti emredici karakterde ve kamusal yükümlülük olduğundan ancak kanunla getirilen düzenlemeler bu yükümlülüğün istisnasını oluşturabilir[724]. Mevcut hukuk sistemimizde ne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu`nda ne de özel bir kanunda arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki tanıklıktan çekinmeye ilişkin genel düzenlemenin arabulucunun da tanıklıktan çekinmesine zemin oluşturabilip oluşturamayacağının incelenmesi

---

[719] **Ansay**, s.271; **Kuru**, C. 3, s. 2576; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 501.

[720]"... tanık 18/04/1994 günlü dilekçe ile şahitlikten çekindiğini bildirmiştir. Tanık şahitlikten imtina ederse sebebinin yanında delillerini de bildirmek zorundadır. (HUMK. m. 250) Tanık taraflarla akrabalık durumunu belgelememiştir. Tanık çekinirse Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 251. ve devamı maddeler gereğince hâkim bu konuda hadise şekline inceleme yapar karar verir. Bu yönler üzerinde durulmadan davalı tanığının dinlenmemesi sonuca etkili usul yanlışlığıdır." 2 YHD, 1994/12296 E, 1994/1221 K.

[721] **Üstündağ**, s. 735.

[722] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 501. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, HUMK m. 245'in ilk üç bendinde belirtilen tanıklıktan çekinme hakkının mutlak olduğunu ifade etmiştir ancak burada mutlak olması ile kastedilen taraf muvafakatine rağmen tanıklıktan çekinilebilmesidir (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 353).

[723] Buna göre: Hukuki bir tasarrufta tanık olarak bulunmuş kişi, bu tasarrufun içeriği ve esası hakkında, aile efradından vuku bulan doğum, ölüm ve evlenme olayları hakkında, aile ilişkilerinden doğan mali uyuşmazlıklarda, iki taraftan birisinin hukuken selefi veya mümessili sıfatıyle tanığın bizzat yaptığı işlemler hakkında tanıklık yapmak zorunludur (HUMK m. 248).

[724] **Beck**, s.171.

gerekir. Bir sırrın ortaya çıkmaması adına tanıklıktan çekinmeye ilişkin düzenlemeler konumuz bakımından uygulama alanı bulabileceğinden ayrıca incelenmelidir (HUMK m. 245 f.1 b.4 ve m.246 f.1 b.3). Tanıklıktan çekinme hakkı getiren düzenlemelerden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinin 3. bendindeki düzenleme tanıklık yapacak kişinin kendi sırrını koruma altına almaktadır. Yani tanıklık yapacak kişinin tanıklığının kendisine ilişkin bir meslek sırrının açıklanması sonucunu doğuracak olması halinde kişiye tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır[725]. Arabulucunun tanıklıktan kaçınması kendi mesleki sırrı nedeniyle değil, uyuşmazlığın taraflarına ilişkin sırların açıklanmasından kaçınmak olduğundan bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendinde "*Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler*" bakımından tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenerek üçüncü kişilerin sırrı korunmak istemiştir[726]. O halde arabulucu da uyuşmazlığın taraflarına ilişkin sırların ifşa edilmemesi adına bu bende dayanarak tanıklıktan çekinebilecek midir? Tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO § 383 f.1 b.6) düzenlemeye paralel bir düzenleme getirdiğinden arabulucunun bu düzenlemeye dayanarak tanıklıktan çekinme hakkının olup olmadığını tespit etmek için bu konudaki tartışmalara değinmekte fayda vardır. Alman Medenî Usûl Kanunu'na göre, memuriyet, meslek ya da sanatı dolayısıyla vakıf olunan ve kanun tarafından veya işin tabiatı gereği sır olarak saklanması gereken hususlarla ilgili olarak bu kişiler tanıklıktan çekinebilirler (ZPO § 383 f.1 b.6). Söz konusu düzenleme bir kimsenin sırrına meslek, sanat ya da memuriyetini ifa ederken vakıf olunması halini öngörmektedir. Arabuluculuk ise değişik meslek gruplarına mensup kişiler tarafından ifa edilen bir faaliyettir[727]. Arabuluculuk faaliyetinin değişik meslek gruplarından kişiler tarafından yürütülebilmesi nedeniyle arabuluculuğun meslek olarak kabulü tereddütle karşılanmakla birlikte arabuluculuk faaliyetinin ücret karşılığında ve devamlı bir iş olarak yapılması halinde arabulucuların da bu maddenin kişi

[725] **Ansay**, s.260; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 500; **Kuru** ,C. III, s. 2575.

[726] **Ansay**, s.260; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.500.

[727] Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. §5, B. Alman hukukunda bu konudaki açıklamalar için bkz. **Oldenbruch**, s.30 vd; **Hilber**, s. 19 vd; **Beck**, s. 95 vd.

bakımından uygulama alanı içerisinde yer aldığı ifade edilmiştir[728]. Arabuluculuğun asıl ya da yan meslek olarak ifa ediliyor olması bir tarafa, arabulucunun bu işten bir kazanç elde ediyor olması gerekir[729]. Alman Medeni Usûl Kanunu'ndaki düzenlemenin kişi bakımından kapsamının belirlenmesinden sonra arabulucunun kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğünün olmaması nedeniyle arabulucunun vakıf olduğu bilgilerin işin doğası gereği *(kraft Natur der Sache)* sır olarak saklanması gerekip gerekmediği tespit edilmeye çalışılmıştır. İşin doğası gereği sır saklama yükümlüğü olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki sözleşme ve taraf iradelerinin değil bu konudaki genel bakış açısının ve uygulamanın esas alınması gerekmektedir[730]. Sonuç olarak arabuluculara avukat-arabulucu, noter-arabulucu gibi mesleği dolayısıyla kanundan doğan sır saklama yükümlülüğüne dayanarak tanıklıktan çekinme hakkı tanınabileceği gibi, asıl mesleğinden bağımsız olarak arabulucuların tanıklıktan çekinme hakkının dayanağı işin doğası gereği sır saklama yükümlülüğü de olabilir[731].

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK m. 245, f.1, b.4) tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenleme Alman Medenî usûl Kanunu'ndan (ZPO §383 f.1 b.6) farklı olarak yalnızca kişi bakımından uygulama alanını öngörmekte ancak konu bakımından bir sınırlandırma getirmemektedir[732]. Hukuk sistemimizde bazı meslek grupları bakımından bu meslek dolayısıyla edinilen

---

[728] **Beck**, s. 169 vd; **Oldenbruch**, s. 96 vd; **Hilber**, s. 93. **Groth/v. Bubnoff,** düzenlemenin kişi bakımından kapsamını belirlerken Alman Anayasa Mahkemesinin sosyal hizmet uzmanının tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadığı konusundaki 19.7.1972 tarihli kararına atıf yapmış ve arabulucunun da tanıklıktan çekinme hakkının bulunamayacağı sonucuna varmıştır (**Groth/v. Bubnoff, s.** 340). Ancak Alman Anayasa Mahkemesinin bu kararının StPO § 53 çerçevesinde bir değerlendirme yaptığını, ceza hukukuna ilişkin bu değerlendirmenin medeni yargılama hukukunda taşınamayacağı, dolayısıyla arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı bulunup bulunmadığını tespit için uygulanması gereken kriterin bu olmadığı karşı görüş olarak ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **Beck**, s.171; **Eckardt/Dendorfer**, s.789.

[729] **Eidenmüller**," Vertrags" , s. 97; **Oldenbruch**, s. 97; **Beck**, s.169.

[730] **Beck**, s.171.

[731] İşin doğası gereği sır saklama yükümlüğüne sahip olan bazı mesleklere örnek olarak, bankacılar, dedektifler, tercümanlar ve hakemler de gösterilmiştir (**Münchener Kommentar** §383, Kn.39; **Saenger**, § 383, Kn.11; **Musielak**, §383, Kn. 6) Sonuç olarak arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı olduğunu konusunda bkz; **Eckardt/Dendorfer**, s.786,789; **Eidenmüller** "Vertrags", s. 25; **Hacke**, s. 260; **Hartmann**, §27, Kn. 46; **Nölting**, s.130; **Oldenbruch**, s.102; aksi yönde bkz. **Musielak**, §383, Kn.6.

[732] Hukuk Muhakemeleri Tasarısı'nda "kanun gereği ya da nitelikleri gereği sır olarak korunması gereken bilgiler"i tanıklıktan çekinme hakkının konu bakımından kapsamı olarak belirmiştir (HMKT m.252). Madde metni için bkz. **Budak**, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul 2008, s. 275.

bilgilerin sır olarak saklanmasına ilişkin kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak arabuluculuk meslek grubu için mevcut sistemde böyle bir düzenleme mevcut değildir. Yasal olarak açıkça düzenlenmemekle birlikte arabuluculuk faaliyetin tabiatı gereği sır saklama yükümlülüğünü içerir. O nedenle arabulucu sözleşmesinde açıkça düzenlense de düzenlenmese de arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün olduğunu yukarıda tespit etmiş bulunmaktayız[733]. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, taraflarca arabulucu sözleşmesinde genellikle açıkça düzenlenmesine rağmen, bu düzenleme mahkeme huzurunda tanıklıktan çekinme hakkı tanımamaktadır. Ancak arabuluculuk yöntemi, tarafların arabulucuya güveni üzerine inşa edildiğinden, arabulucunun güvenilirliğinin teminat altına alınması hem tarafların hem de kurumun işleyişinin menfaati gereğidir. O nedenle kanaatimizce arabulucunun güvenilirliğinin korunması açısından, taraflarca arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda arabulucunun tanıklığına başvurulması halinde arabuluculuk esnasında edindiği bilgilerle sınırlı olarak arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınması gerekir. Başka bir ifade ile arabulucunun sır saklama yükümlülüğü yalnızca dava dışı ortamlarda değil, dava sırasında tanıklığına başvurulduğunda da devam etmelidir[734]. Çünkü arabulucu arabuluculuk müzakereleri esnasında edindiği bilgilere mesleği dolayısıyla vakıf olmuştur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK m. 245, f.1, b.4) mesleği itibarıyle bir kimsenin sırrını bilenlere tanıklıktan çekinme hakkı tanıdığından ve bu hükümde meslek kavramı açıkça tanımlanıp sınırlanmadığından mesleğin sözlük anlamı ile değerlendirilmesi sonucunda arabuluculuğun da meslek olarak kabulü gerekir[735]. Bu çekinme hakkının konu bakımından kapsamı ise arabuluculuk yaparken arabulucunun mesleği dolayısıyla edindiği ve gizli kalması beklenen tüm bilgilerdir.

Taraflarca arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkının kaldırılması mümkündür (HUMK m.245, f.1, b.4). Her ne kadar arabulucunun sır saklama

[733] Bkz. yuk. s. §5, C, 3, e, (bb).

[734] **Budak**, "Meslek Sırrı", s. 551. Bu ifade şekli hekim bakımından kulanılmıştır ancak kıyasen arabulucu bakımından da geçerlidir.

[735] Meslek konusunda hukuki bir tanım yapılmamış olmakla birlikte sözlük anlamıyla meslek *"Belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*" olarak tanımlanmıştır. www. tdk.gov.tr. Bu tanımadan hareketle arabuluculuk bir meslek olarak kabul edilmelidir.

yükümlülüğünde kendisinin menfaati ve kamusal menfaatler olduğu tespit edilmiş ise de mevcut düzenleme çerçevesinde avukatlar bakımından müvekkillerinin iznine rağmen tanıklıktan çekinme hakkı olduğu gibi arabulucular bakımından tarafların muvafakatine rağmen tanıklıktan çekinme olduğu sonucuna varılamayacaktır (AvK m.36/II)[736]. Tarafların muvafakati olmadan arabulucunun tanıklık yapması halinde, tanıklıktan çekinme hakkına sahip diğer bazı kişilerden (örneğin yakın akrabalarından) farklı olarak arabulucu, maddi hukuktan kaynaklanan bir sır saklama yükümlülüğüne sahip olduğu için arabulucunun tazminat sorumluluğu doğacaktır[737]. Delillerin kabule şayanlığı bakımından ise tarafların muvafakati olmadan arabulucunun tanıklık yapması halinde, arabulucunun tanıklık ettiği hususlar hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulgu sayılacağından mahkeme tarafından dikkate alınmamalıdır (AY. m. 38, f.6)[738].

Arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının sonucu olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun genel olarak bir davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin, o dava ile ilgili olarak ellerinde bulunan belgeleri, mahkemenin kararı ile mahkemeye sunmak veya bu belgelerin nerde olduğu hakkında tanık beyanında bulunmak üzere mahkemeye gelme zorunluluğuna ilişkin hükümlerin arabulucu bakımından uygulanmayacağını da belirtmek gerekir (HUMK m. 336).

2. Kanundan Doğan Çekinme Hakkının Kullanılması Yükümlülüğünü İçeren Sözleşmenin Geçerliliği

Tanıklıktan çekinme bir hak olarak kabul edilmiş olup medeni usûl hukukumuzda tanıklıktan çekinme yükümlülüğünden bahsedilmemiştir

[736] **Hilber**, s.102. Arabulucuların sır saklama yükümlülüğünde kamusal menfaat bakımından bkz. yuk. §3,C, II, 3, d.

[737] **Budak**, "Meslek Sırrı", s. 550.

[738] Hekimin hastasının rızası olmadan sır saklama yükümlüğünü ihlal ederek tanıklık yapması halinde tanıklığının kabule şayan olup olmadığı konusunda iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak tanıklığı, tazminat sorumluluğuna yol açsa bile mahkeme tarafından dikkate alınması gereken bir delil iken diğer bir görüşe göre ise bu tanıklık hukuka aykırı bulgu olarak değerlendirilmeli (A.Y. m. 38, f.6) ve mahkeme tarafından dikkate alınmamalıdır. Bu konudaki yazarlar ve detaylı bilgi için bkz. **Budak**, "Meslek Sırrı", s. 551.

("*Zeugnisverweigerungspflicht*")[739]. Arabulucu sözleşmelerinde arabulucunun kanundan doğan tanıklıktan çekinme hakkı bulunsa dahi, bu hakkın kullanılacağının garanti altına alınmasını sağlamak için arabulucu için tanıklıktan çekinmesi sözleşmesel bir yükümlülük da olarak düzenlenebilmektedir[740]. Bu tür hükümlerin genel olarak geçerli olduğu kabul edilmiştir[741]. Tanıklık yapma zorunluluğu kamusal bir yükümlülük olduğundan, tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan bir kimsenin mahkemece tanık olarak davet edilmesi halinde ifade vermeyeceğine ilişkin sözleşmesel düzenlemeler dikkate alınmaz ve batıldır[742]. Ancak arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkının kendisine tanındığı hallerde kanun koyucu tanıklıktan çekinme hakkını tanıyacağı hususları belirlerken zaten mahkemenin gerçeğe ulaşma amacına uygun olarak tanıklık yapma yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmeyi yapmış ve gizliliğin korunmasından yana bir tercih sergilemiştir[743]. Tanıklıktan çekinme hakkının tanınmasıyla korunan menfaatler dikkate alındığında, tanıklıktan çekinme yükümlülüğü amaca aykırı düşmeyecektir[744]. Tanıklıktan çekinme hakkı ancak kanunla düzenlenebileceğinden ve arabulucu bakımından kanunda zaten düzenlenmiş olan tanıklıktan çekinme hakkının, arabulucu tarafından mahkeme huzurunda ileri sürüleceği yönündeki taahhüdü içeren, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında sözleşmesel bir düzenleme yapılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

IV. Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Tanıklığı

Uyuşmazlığın tarafları, yargılamanın tarafı olduklarından kural olarak arabuluculuk sürecinin sona ermesinden sonra açılabilecek davalarda makeme ya da hakem huzurunda tanık olmaları söz konusu değildir. Arabuluculuğun taraflarından

---

[739] **Cremer**, s.51; **Nölting**, s. 118. Hekimin meslek sırrı kapsamına giren konularda tanıklıktan çekinmesi sadece bir hak değil aynı zamanda bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir (**Budak**, "Meslek Sırrı", s. 551).

[740] **Hacke**, s. 376; **Schmidt**, Frank, **"**Mediationsvereinbarung des Anwaltmediators" ZKM 2000, s. 73.

[741]**Cremer**, s. 51; **Beck**, s. 201; karş., **Nölting**, s. 118. Tanıklık yapmak kamusal bir yükümlülük olduğundan, kişiye tanınan bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınma hakkının kullanıp kullanmama konusunda karar verme hakkı tanığındır (**Nölting**, s. 119).

[742] **Nölting**, s. 118; **Münchener Kommentar ZPO**, §373, Kn. 24; **Wagner**, "NJW", s. 1400, dn.20; **Hartmann**, §27 Kn.40; **Hacke**, s. 261; **Cremer**, s. 52.

[743] **Beck**, s. 201; **Nölting**, s. 119.

[744] **Cremer**, s. 52.

birisinin arabuluculuk sürecine dahil olmamış üçüncü bir kişi ile uyuşmazlığa düşmesi halinde diğer tarafa tanık olarak başvurması ise mümkündür. Bu durumda tarafın tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır.

Arabuluculuğun kanuni temsilci aracılığıyla yürütülmesi halinde gerçek ya da tüzel kişilerin kanuni temsilcisinin tanıklığına başvurulabilecek midir? Bu soruya cevap vermeden önce tanıklık ve tarafın dinlenilmesinin birbirini kapsayan iki ispat şekli olduğunu ve taraf olarak davada dinlenmiş kişinin tanık olamayacağını hatırlatmak gerekir[745]. Kanuni temsilcinin isticvap edilmesi halinde de artık tanıklığına başvurulamaz[746]. Arabuluculukta asıl sorun arabuluculuğa başvuran uyuşmazlığın taraflarından birinin bir tüzel kişi olması halinde karşımıza çıkacaktır[747]. Uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüzel kişi olması halinde müzakereler tüzel kişiliği temsile yetkili bir gerçek kişi aracılığıyla yürütülecektir. O halde müzakerelere tüzel kişiliği temsilen katılan gerçek kişi kanuni temsilci ise bu kişinin tanık olarak davet edilmesi de mümkündür[748]. Kanuni temsilci isticvap edilmişse artık tanıklığına başvurulamaz[749]. Ancak tanıklığına başvurulan kanuni temsilci bakımından ise somut duruma göre genel olarak tanıklıktan çekinme

---

[745] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 497. Tanık ve isticvap birbirini kapayan iki ispat şeklidir ve taraf olarak isticvap olunabilecek kimseler tanık olamazlar (**Üstündağ**, s. 732)

[746] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 497; Aksi yönde bkz. **Üstündağ**, s.732; Taraf veya müdahil ya da kanuni temsilci olmayan üçüncü kişiler tanık olarak dinlenebilir. **Tercan** ise kanuni temsilcinin taraf olmadığını ve isticvap edilememesi gerektiğini ifade etmiş ancak medeni kanundaki düzenlemelere dayanılarak tanık olarak dinlenmediğini, davanın tarafıymış gibi isticvap edildiğini ileri sürmüştür (bkz. **Tercan**, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 165). Mahcur olanların veya 16 yaşını doldurmamış bulunanların isticvap edilmemişlerse tanıklığına başvurulabileceği de savunulmaktadır (**Rosenberg/Schwab/Gottwald**, §119 II, 1). Dava ehliyetine sahip olmayan kişinin isticvabına karar verilmesi halinde, bu kişilerin HUMK m.234 uyarınca ikrar etmiş sayılmalarının mümkün olmaması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 353, dn.68.

[747] **Oldenbruch**, s. 115-116.

[748] **Eckardt/Dendorfer**, s. 787; **Groth/v.Bubnoff**, s. 339; **Oldenbruch**, s.117. Tarafın dinlenmesi ile tanık olarak dinlenilme birbirini kapsayan iki ispat şekli olduğundan tanık olabilmek için taraf olmamak gerekir ifadesi tam olarak doğru değildir. Örneğin kanuni temsilci taraf değildir; fakat isticvap edilmişse tanık olarak dinlenemez (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 497-498) Aksi görüş için bkz. **Kuru**, C. III, s. 2568.

[749] **Tercan**, s. 169. " *... dava konusu bononun müvekkilince davacı şirketin temsilicisi bulunan Saim Anıçok'a verilen ve borçların ve bu arada bu kişice müvekkilinin şirkete ortak alınacağı vaadiyle alınan paraların karşılığı olarak verildiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Bu durumda açıklanan savunmanın gerçeklik derecesinin saptanması için öncelikle adı geçen şirket temsilcisi Saim Anıçok'un mahkemece dinlenmesi icap etmektedir. Her ne kadar adı geçene davacı tarafından dava ihbar edilmişse de; kendisi davaya ihbar edilen sıfatıyle katılmamış, cevap dahi vermemiş bulunmaktadır. Bu durumda adı geçen davada taraf sıfatını kazanmadığından HUMK'nun 248/4 üncü maddesi hükmü gereğince tanık sıfatıyle çağrılıp dinlenmesi mümkün bulunmaktadır…*" 11. HD 25.5.1982,1935/2498; HGK 15.2.1985, 11/267-97; **Kuru**, C. III, s. 2575-2576.

hallerini düzenleyen hükümlerden biri uygulama alanı bulmuyorsa, bu kişi tanıklıktan çekinmez. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişlerin tanıklık yapma yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri birlikte incelendiğinde (HUMK m. 245, m. 246 ve m.248) bu kişinin bazı konularda tanıklıktan çekinme hakkının bulunmadığını da söylemek gerekir. Tüzel kişiliği temsilen müzakerelere katılan kişi şahsi sebeplerden ya da düzenlenen maddi sebeplerden dolayı tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olsa dahi "*iki taraftan birinin hukuken selefi ya da mümessili sıfatıyla şahidin bizzat icra eylediği muameleler hakkında*" tanıklıktan çekinemezler (HUMK m.248 f.1 b.4). O halde tüzel kişiliği temsilen müzakerelere katılan gerçek kişi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'da öngörülen sebeplerden dolayı tanıklıktan çekinme hakkına sahip olsa dahi bizzat gerçekleştirdiği hukuki işlemlerde tanıklık yapmakla yükümlüdür.

V. HUMK m. 236 f. 3'de Yer Alan Düzenleme

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümünü ve diğer taraftan da uyuşmazlığın taraflarının müzakereler esnasında rahat ve samimi olmalarını teşvik etmek amacıyla 236. maddenin 2. fıkrasında sulh müzakereleri esnasında yapılan ikrarın geçerli olmadığını hükme bağlamıştır[750].

Kanunun deliller arasında düzenlediği ikrar sulh görüşmeleri dışındaki mahkeme içi ikrardır[751]. Her ne kadar kanunda geçen "muteber değildir" ifadesi tartışmalı ise de sulh müzakereleri esnasında tarafların birbirlerine açık olabilmeleri için sonrasında müzakereler esnasındaki ifadelerinin kendilerini zor duruma düşüreceği endişesinden sıyrılmalarını sağlamak amacıyla bu düzenleme son derece

[750] **Postacıoğlu,** s. 490; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.405; **Kiraz**, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s. 46; **Pekcanıtez**, Hakan, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 65.

[751] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 405.

yerindedir[752]. Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın mahkeme dışı ikrar kadar dahi etkisi yoktur[753].

Bu düzenlemenin arabuluculuk müzakereleri esnasında yapılan ikrar bakımından da uygulama alanı bulacağına şüphe yoktur. Her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemelerinde yer alan bu düzenleme yalnızca ikrar edilen olay ve olgular bakımından bir koruma öngörse de tarafların müzakereler esnasında birbirlerine karşı daha açık olmalarına yardımcı olacak niteliktedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda yer verilen gizliliğin korunmasına ilişkin düzenlemenin (HUAKT m.5) yasalaşması halinde çok daha etkin bir koruma sağlanmış olacaktır.

C. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Göre Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunması

Yukarıda da belirtildiği üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı gizliliğin korunması için hem kişi hem de bilgi ve belge bakımından düzenlemeye yer vermiştir[754]. Medeni usûl hukuku yönünden gizliliğin korunmasına ilişkin düzenleme 5. maddede yer almıştır (HUAKT m.5). Çözümü için arabuluculuk yoluna başvurulan bir uyuşmazlık hakkında tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamamalarından, kısmî bir anlaşma sebebiyle veya bu uyuşmazlıkla bağlantılı başka uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılabilir[755]. Bu durumda, arabuluculukta gizliliğin korunması bakımından arabuluculuk faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılamayacağı haller, kapsamı çizilerek belirtilmiş, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmek istenmiştir[756].

---

[752] **Kiraz**, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın mahkeme içi ikrar sayılmayacağı ancak mahkeme dışı ikrar sayılması ve onun hüküm ve sonuçlarına tabi olması gerektiğini ifade etmiş, bu yorum şeklinin kaynak Nöşatel metni ile daha uyumlu olduğu sonucuna varmıştır (**Kiraz**, s. 46-47).

[753] **Bilge/Önen**, s. 520.

[754] Bkz. yuk. §4, C.

[755] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m.5.

[756] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m.5.

I. Düzenlemenin Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın "*Beyan ve Belgelerin Kullanılamaması*" başlıklı 5. maddesi, taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi bakımından uygulama alanı bulacaktır (HUAKT m.5).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'na göre ancak sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu ünvanını ve bu ünvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptir (HUAKT m.6). Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır. Arabulucunun sicile kaydedilmesi için;
a) Türk vatandaşı olması,
b) Dört yıllık lisans eğitimi almış olması,
c) Tam ehliyetli olması,
ç) Taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmaması,
d) Arabuluculuk eğitimini tamamlaması ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olması gerekir.

O halde sicile kayıtlı olan arabulucuların belirtilen konulara ilişkin olarak tanıklığına başvurulamayacaktır (HUAKT m. 5). Sicile kayıtlı olmayan arabulucular da söz konusu yasağın "arabuluculuk sürecine katılanlar da dahil üçüncü kişi" kapsamında değerlendirilebilir. Yasağın arabuluculuk faaliyetinin taraflarını, arabulucuyu, arabuluculuk faaliyetine katılmış olsun olmasın üçüncü kişileri kapsadığı ifade edildiğinden[757], arabuluculuk faaliyetini yürüten kişi sicile kayıtlı kişilerden olmasa dahi, arabuluculuk sürecine katılanlardan olduğundan madde kapsamındaki konulara ilişkin tanıklığına başvurulamayacağı sonucuna varılabilir.

Diğer taraftan mahkeme, hakem ve idarî makamlara yönelik olarak yasağın kapsamı belirtilerek, birinci fıkradaki bilgilerin açıklanmasının bu makamlar tarafından istenemeyeceği vurgulanmak suretiyle yasağın kişi bakımından uygulama alanına mahkeme, hakem ve idari makamlar da dahil edilmiştir (HUAKT m. 5, f.3).

[757] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, 5. Madde.

II. Düzenlemenin Konu Bakımından Uygulama Alanı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinin konu bakımından uygulama alanı madde hükmünde ve gerekçesinde detaylı olarak düzenlenmiştir[758]. Buna göre:

a) Tarafların arabuluculukla ilgili daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği gizlilik kapsamındadır. Çünkü, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın ya da böyle bir yolla çözüm arayışı içinde olduklarının alenileşmesini istemeyebilirler.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler de yasak kapsamındadır. Tarafların daha sonra bu görüş ve tekliflerle bağlı olmayacaklarını bilmeleri, özgür ve samimi bir ortamda uyuşmazlığı müzakere edip sonuçlandırmaya çalışmalarına teşvik edecektir.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü de yasak kapsamındadır. Taraflar arabuluculuk görüşmeleri sırasında kabul ettikleri vakıa ve iddialarla bağlı olmak istememektedir.

d) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler de gizliliğe dahildir. Bu düzenleme ile yalnızca arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler bakımından bir yasak getirilmiş ve tarafların arabulucuya başvurmadan önce bazı belge ve bilgilere sahip olmaları halinde, arabulucuya başvurmuş ve bu belgeleri orada da kullanmış olmaları tek başına yargılamada bu belgelere dayanmalarına engel teşkil etmeyecektir. Ancak, bazı belgeler daha önce mevcut olmayıp, sadece arabuluculuk sebebiyle hazırlanmışsa bu belgelere daha sonra yargılama aşamasında delil olarak dayanılamayacaktır.

Söz konusu bilgilerin kullanılması ancak bir kanun hükmü tarafından emredilmesi ya da bunların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olması halinde mümkün olabilecektir (HUAKT m.5, f.3). Bu istisnanın sınırları gereksiz şekilde genişletilemeyecektir.

[758] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, 5. Madde.

III. Düzenlemenin Değerlendirilmesi ve Düzenlemeye Aykırılığın Sonuçları

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarı'nın 5. maddesinde arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin tarafları ve arabuluculuk faaliyetine katılmış olsun olmasın üçüncü kişiler tarafından bu maddede belirtilen konulara ilişkin beyan ve belgelere delil olarak dayanılamayacağı ve bunlar hakkında tanıklık yapılamayacağı hüküm altına alınmak suretiyle, arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme mevcut sistemde genel hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasından ve sulh müzakereleri esnasında yapılan ikrarın delil teşkil etmeyeceğine ilişkin (HUMK m.236 f.3) hükmün uygulanması suretiyle sağlanabilecek korumadan daha kapsamlıdır.

Öncelikle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemede yalnızca arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınması ile yetinilmemiş, belirlenen konularda arabulucunun ve üçüncü kişilerin tanık olarak gösterilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle dava sürecinde uyuşmazlığın taraflarından biri örneğin arabulucuyu ya da sürece katılan üçüncü bir kişiyi tanık olarak gösterirse, diğer tarafın açık muvafakati yoksa hâkim tanık olarak dinlenilmesi talep edilen kişiye tanık davetiyesi göndermeyecektir[759]. Oysa tanıklıktan çekinme hallerinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişi çekinme sebeplerini mahkemeye bildirmeli ve çekinme sebebi taraflarca kabul edilmezse hâkim çekinme sebebini ve delilini inceleyerek karar vermelidir (HUMK m.251)[760]. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tanıklıktan çekinmeye dair hükümleri yalnızca arabulucu bakımından uygulama alanı bulabilecekken, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı üçüncü kişilerin de maddede

[759] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Gerekçesi'nde tarafların karşılıklı açık iradeleri ile bu beyan ve belgelerin delil olarak kullanılabileceği ifade edildiğinden, taraflardan birinin arabulucu ya da üçüncü kişiyi tanık olarak göstermesi halinde, diğer tarafın açık muvafakati karşısında hâkim bu kişiyi tanık olarak dinleyebilecektir; bkz Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri m.5

[760] Tanıklıktan çekinme hakkı bulumasına rağmen arabulucunun tanıklık yapmasına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. yuk. §7, B, III, 1.

belirtilen konulara ilişkin tanıklığına başvurulamayacağını hüküm altına alarak korumaya ilişkin hükümlerin kişi bakımından uygulama alanını genişletmiştir[761].

Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme; arabuluculukta gizliliğin korunması için yalnızca tanık delili bakımından bir yasak öngörmemiştir. Arabulucu ve üçüncü kişilerin tanıklığına başvurulmasının yasak olduğu konulardaki bilgi ve belgelere dayanılmasını da yasaklamıştır. Bu yasak kapsamında örneğin taraflardan birinin müzakere sırasında ara sonuç olarak hazırlanan belge ya da tutanaktaki borç ikrarı ya da kusur oranını kabulüne ilişkin bir belgeye, diğer tarafın muvafakati olmadıkça delil olarak dayanamayacaktır[762]. Ancak konu bakımından getirilen bu yasağın sınırları çizilerek hak arama özgürlüğü de gözetilmiş ve hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla da hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz delillerin, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği de hüküm altına alınmıştır[763]. Buna göre "*arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, delilin geçerliliğini etkilemeyecektir*"[764]. Böylelikle taraflar caiz olan delillerin sırf yargılamada kullanılmasını önlemek amacıyla arabuluculukta sunulmasını sağlamak yoluna gidemeyeceklerdir.

---

[761] Bu bağlamda tüzel kişiliği temsilen müzakerelere katılan gerçek kişiler de tanık olarak dinlenemeyecektir; çünkü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı "Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi" ifadesiyle tanıklığına başvurulamayacak kişilerin çerçevesini yalnızca uyuşmazlığın tarafları ile sınırlı tutmamıştır. Tasarı'nın yasalaşması halinde bu konudaki tereddüt giderilmiş olacaktır. Aksi takdirde müzakerelere katılan gerçek ya da tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin tanıklığına başvurulması mümkün olacağından, müzakerelerin gizliliği tehlikeye düşecektir.

[762] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri m.5.

[763] Tasarı'nın 5. maddesi hükmünün tarafların açılacak davadaki iddia ve savunma haklarını önemli ölçüde kısıtladığı ve tarafların Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan iddia ve savunma haklarına da aykırı olduğu ifade edilmişse de, bu görüş taraflarca arabulucuya sunulan delillerin yok sayılması ve açılacak davada ileri sürülemeyecek olmaları varsayımına dayanmaktadır (**Kuru** "Arabuluculuk", s. 240). Oysa Tasarı'da yalnızca arabuluculuk dolayısıyla hazırlanan belgeler ve müzakerelerde taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, ikrar ve müzakerelere katılma isteği gibi beyan ve arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla meydana gelen durumlara ilişkindir. Bu nedenle Tasarı'daki düzenlemenin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu görüşüne katılmıyoruz.

[764]Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, m.5.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda öngörülen yasağa aykırılığın sonuçları da uygulamada tereddüte yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu beyan veya belgeler, taraflarca veya tarafların bilgisi dışında herhangi bir şekilde delil olarak sunulursa, hükme esas alınamayacaktır[765].

§8. Sözleşmeden Doğan Gizliliğin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Arabuluculuk süreci sona erdiktan sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasını sağlamak amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda gerek arabulucunun ve tarafların tanıklığına başvurulamayacağı gerekse ilgili maddede sayılan beyan ve belgelerin kullanılmayacağına ilişkin hükümler sevk edilmiş ise de, söz konusu Tasarı henüz yasalaşmamıştır. Bu nedenle mevcut sistemde uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasını sağlamak üzere usul sözleşmeleri yapma eğilimi içerisinde olabilirler. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması halinde dahi taraflar öngörülen korumanın sınırlarını genişletmek amacıyla yargılamaya etki edecek hükümler kararlaştırmak isteyebileceklerdir. Yukarıda da belirtildiği üzere taraflar, arabuluculuk sözleşmesi ile müzakereler devam ederken dava yoluna başvurmaktan kaçınma yükümlülüğü gibi bazı usuli konuları düzenleyebilirler. Acaba taraflar arabuluculuk sözleşmesi ile ya da ayrı bir sözleşme ile gizliliğin korunmasına yönelik başkaca ne gibi usuli hükümler kararlaştırılabilirler?

Tarafların arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştıracakları arabuluculuk süreci devam ederken dava yoluna başvurmaktan kaçınma yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme değildir. Ancak taraflarca arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırılan delillerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta

[765] Kararların gerekçeli olması hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olup, gerekçede de iki taraf iddia ve savunmaları ile delilleri tam olarak tartışılmalıdır (**Özekes**, s. 179). Ayrıca delillerin değerlendirilmesi objektif esaslara dayandırılması gerektiğinden, gerekçede tüm delillerin dikkate alındığı ve değerlendirildiği gösterilmelidir (**Yıldırım,** Kamil Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 204). Ancak Tasarı'nın açık düzenlemesi karşısında hâkim, yasağa rağmen ileri sürülen delili hükme esas almayacak ve değerlendirilemeyecektir.

gizliliğin korunmasını sağlamak amacına yöneliktir. Taraflarca yapılan bu sözleşmesel düzenlemeler usul hukuku alanında sonuç doğurmaya yönelik olduğundan bu düzenlemelerin usul hukuku ilkeleri ve usul hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Biz bu başlık altında gizliliğin korunması için taraflarca ne tür usulî hükümlerin kararlaştırılabileceğini ve bunun sonuçlarını inceleyeceğiz.

A. Genel Olarak Usul Sözleşmeleri ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlemeyen Usul Sözleşmelerinin Geçerliliği

I. Usul Sözleşmeleri

Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunumuzda usûl sözleşmelerine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yetki sözleşmesi, tahkim sözleşmesi, delil sözleşmesi gibi sözleşmelerin açıkça düzenlemesi bu sözleşmelerin kabulünü zorunlu kılmaktadır[766]. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmeyen usul sözleşmelerinin geçerliliği ise tartışma konusu olmuştur. Bu tartışma şimdilik bir tarafa bırakılacak olursa usul sözleşmeleri "mevcut veya gelecekteki bir davadaki usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi ya da ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını ya da ondan kaçınmayı içeren iki taraflı usuli işlem" olarak tanımlanabilir[767]. ÜSTÜNDAĞ'a göre usul sözleşmeleri kavramı ile kastedilen husus tarafların usulî yetkilerin kullanılması konusunda yaptıkları anlaşmalardır[768]. Usul sözleşmelerine hangi kuralların uygulanacağı problemi karşısında sözleşmelerin

---

[766] **Tuluay**, Metin, Delil Anlaşmaları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s.13; **Üstündağ**, s.418; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.175 vd; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.176; **Bolayır**, Nur, "Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri", İstanbul 2009, s. 19.

[767] **Taşpınar**, s. 73. Yazar usul sözleşmelerinin etkilerini doğrudan yargılama hukukunda göstermesi gerektiğini ifade ederek bu unsuru da tanıma dahil etmiş ancak sözleşmelerin dolaylı etkisinin de olabileceği gerekçesiyle tanımdan bu unsurun çıkartılması gerektiği yönünde eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. **Karslı**, Abdürrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001. s. 224, dn.502. Biz her iki kaynakta usul sözleşmelerine verilen ortak tanımı esas alarak usul sözleşmesi tanımını vermeyi uygun bulduk.

[768] **Üstündağ**, s. 418.

kuruluş ve sona ermesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[769].

II. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenmeyen Usul Sözleşmelerinin Geçerliliği

Arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin taraflarca usul hukuku alanında sonuç doğuracak hükümlerin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağını tespit etmek için öncelikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlemeyen usul sözleşmelerinin caiz olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

Kanunundaki bu boşluk dolayısıyla her türlü usul sözleşmesinin yasak olduğu ya da yasaklanmayan her türlü sözleşmenin caiz olduğu yönünde iki görüş ortaya atılmıştır. Alman hukuk doktrininde de bu tartışma 19. yüzyıla kadar uzanmaktadır[770]. Türk hukukunda ALANGOYA, medenî usûl hukukuna kanun koyucunun düzenlemiş olduğu sözleşmeler dışında usuli sözleşme yapılamayacağını öngören ve devlet iktidarının bir cephesini teşkil eden usul normlarının tarafların iradesi nispetinde uygulanamayacağını ifade eden konvansiyonel dava yasağına değindikten sonra, bu görüşe karşı çıkarak hiçbir kanun koyucunun bütün usuli durumları eksiksiz olarak düzenlemesine imkân olmadığını ve tarafların iradelerine de rol tanınması gerektiğini belirtmiştir[771]. Bu doğrultuda tarafların usuli sözleşmeler ile usuli etkiler yaratabilmesine imkân tanınması gerektiğini ancak bu sözleşmelerin kamu menfaatinden doğan bir esas ile çatışmaması gerektiğini ifade etmiştir. KARSLI ise, bugün gelinen noktada usul hukukunda sözleşme yasağı değil sözleşme serbestisinin esas olduğunu, sözleşme serbestisinin ise iki sınırı olduğunu ifade etmiştir[772]. Bu sınırlar sözleşmeyle düzenlenmek istenen hususta emredici karakterde ve kamu düzenine ilişkin bir yargılama hukuku kuralının olmaması ve medenî usûl hukukunun kendi içinde geliştirdiği yargılama ilkelerini ihlal

[769] **Museliak**, Kn. 66-67; **Ansay**, s. 152; **Üstündağ**, s. 420; **Konuralp**, s. 59; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 169.

[770] Alman hukukundaki bu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Taşpınar**, s. 74 vd.

[771] **Alangoya** "Tahkim", s. 148; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.176.

[772] **Karslı**, s. 235 vd.

etmemesidir. TAŞPINAR da tasarruf edilmek istenen konunun yargılama hukukunun genel ilkelerine ve korunması hedeflenen amaçlara aykırı olmadığı sürece kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerin yapılmasına bir engel olmadığını ifade etmiştir[773]. Kanaatimizce de tasarruf ilkesinin ve taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulanabildiği davalarda bu ilkelerin bir sonucu olarak irade özerkliği uygulama alanı bulmalı ve tasarruf edilmek istenen konunun kamu düzenine ve yargılama ilkelerine aykırı olmaması kaydıyla kanunda açıkça düzenlenmese de usuli sözleşmeler yapılmasına imkân tanınmalıdır.

Sonuç olarak usul hukukunda taraf iradelerin ne ölçüde etkili olabileceği konusunda farklı görüşlere ve usul hukukundaki irade özgürlüğünün maddi hukuktaki irade özgürlüğünden daha sınırlı olduğunun kabulüne rağmen yargılama hukukuna egemen olan taraflarca hazırlama ve tasarruf ilkelerinin bir sonucu olarak da yargılama hukukunda irade özerkliğinden yine de bahsedebilmek gerekir[774].

Kanunda düzenlenemeyen usuli sözleşmelerin de yapılabileceği kabul edilmekle beraber usuli kaçınma yükü öngören sözleşmelerin, örneğin arabulucunun tanık olarak gösterilmeyeceği konusunda tarafların taahhüdünü içeren bir sözleşmenin de mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sözleşmeler yargılama hukukundaki etkisine göre taahhüt etkili *(verpflichtende Wirkung)* ya da tasarruf etkili (*Verfügungswirkung)* olarak ikiye ayrılmıştır[775]. Tasarruf etkili usul sözleşmeler, özel hukuktaki tasarrufî işlemlere benzetilerek geçerli ve yargılamada doğrudan etkili olduğu kabul edilmiştir. Taraflara borç yükleyen taahhüt etkili usul sözleşmelerinin ise caiz olup olmadığı tartışmalıdır[776]. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre bir sözleşmenin usul sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için tarafların sözleşme ile yargılama hukuku kuralları üzerinde etki yaratmaya yönelik iradelerinin tespit edilmesi gerektiği kabul edildiğine göre, usuli sözleşmelerin yalnızca tasarruf etkili olarak sınırlandırılması sözleşmenin niteliğinin tespiti bakımından ortaya

---

[773] **Taşpınar**, s. 108.

[774] **Tuluay**, s. 21 vd; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 176; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 176; **Taşpınar**, s. 100; **Üstündağ**, s. 418; **Bolayır**, s. 24.

[775] **Taşpınar**, s. 63vd.; **Karslı**, s. 226 vd.

[776] Bu konudaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Taşpınar**, s. 63 vd.; **Karslı**, s. 226 vd; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 175; dn. 40.

konulan kritere aykırılık teşkil etmektedir[777]. Usul sözleşmelerinin taahhüt ve tasarruf etkili olarak ayrılması ve yalnızca tasarruf etkili usuli sözleşmelerin varlığını kabul etmek yargılama hukukuna ilişkin sözleşmeleri haksız yere sınırlamak anlamına gelir[778].

Usul sözleşmelerinin kuruluş ve geçerliliği hakkında maddi hukukun hukuki işlemler hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir[779]. Ancak usul kanunun bir usul sözleşmesi için aradığı şekil söz konusu ise, sözleşmenin geçerliliği için buna uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Diğer taraftan usul sözleşmeleri hâkim huzurunda akdedilmediyse, irade fesadı sebebiyle bunların iptalinin istenmesi ve maddi hukuktaki irade fesadına ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerekir[780].

B. Arabuluculuk Süreci Sonrasında Açılabilecek Davalarda Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek Usul Sözleşmeleri

Arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalardaki yargılama aşamasında uyuşmazlığın tarafları, müzakerelerde ortaya konulan bazı vakıaların yargılamaya getirilmeyeceğine ya da arabulucu ya da müzakerelere dahil olan üçüncü kişinin tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin iradelerini sözleşme ile hüküm altına almak isteyebilirler. Tarafların iradeleri yargılama hukuku alanında sonuç doğurmaya yönelik olduğundan bu sözleşmelerin de usul sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Taraflarca yargılama aşamasında gizliliğin korunması amacıyla yapılan bu sözleşmeler ispata yönelik olduğundan genel olarak ispat sözleşmeleri olarak nitelendirilir. İspat sözleşmeleri delil sözleşmeleri, ikrar sözleşmeleri ve ispat yükü sözleşmeleri olarak üçe ayrılır[781]. Biz burada gizliliğin

---

[777] **Taşpınar**, s. 64; **Bolayır**, s.18. Kılıçoğlu ise icra sözleşmeleri bakımından konuya değinmiş ve icra sözleşmelerinin hem taahhüt hem de tasarruf etkili yapılabileceği sonucuna varmıştır (**Kılıçoğlu,** Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 23).Usul sözleşmelerinin negatif etkisi olabileceği yönündeki bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 175.

[778] **Taşpınar**, s. 65.

[779] **Museliak**, Kn. 66-67; **Üstündağ**, s. 182.

[780] **Karslı**, s. 237.

[781] **Üstündağ**, s. 653; **Tuluay**, s. 68 vd., 82 vd., 46 vd. **Taşpınar** ise ispat sözleşmelerini, Olayları ve Olguları Çekişmesiz Duruma Getiren Sözleşmeler, İspat Yükü Sözleşmeleri ve Delil Sözleşmeleri olarak sınıflandırmıştır (**Taşpınar**, s.113 vd, s.159vd, s.178 vd.).

korunması amacıyla taraflar arasında yapılan ispat sözleşmelerinden müzakerelerde paylaşılan vakıaların yargılamaya dahil edilmeyeceğine ilişkin sözleşmeyi ikrar sözleşmesi, arabulucu ya da müzakerelere dahil olan üçüncü kişinin tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin sözleşmeyi de delil sözleşmesi yönünden inceleyeceğiz.

I. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek İkrar Sözleşmesi

1. İkrar Sözleşmesinin Değerlendirilmesi ve Geçerliliği

İkrar sözleşmeleri özellikle Alman Hukuku'nda[782] ispat sözleşmesi olarak incelenen ve üzerinde en çok tartışılan bir konu olmasına karşın Türk Hukuku'nda böyle bir tartışma ve terminoloji bulunmadığı tespit edilmiştir[783]. İkrar sözleşmesiyle mahkemenin belirli vakıaları tespit edilmiş olarak veya tespit edilemez olarak dikkate alınması öngörülür[784]. İkrar sözleşmesi ile bir taraf kendi lehine olan bir vakıayı ileri sürmemeyi veya karşı tarafın onun aleyhine olan iddiasını inkâr etmemeyi edim olarak üstlenmektedir[785]. İkrar ve ikrar sözleşmeleri arasındaki işlevsel bağ taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından iddia ve inkâr şeklindeki usuli yetkilerinin kullanılmaması, aleyhteki bir vakıanın kabulü suretiyle bu vakıalara ilişkin ispat gereğinin ortadan kalkması ve konu edindiği vakıa ya da vakıaları çekişmesiz kılması şeklinde ifade edilmiştir[786]. Ancak ikrar sözleşmelerini ikrardan ayıran temel unsurlar şunlardır[787]: İkrar tek taraflı bir usul işlemi iken ikrar sözleşmesi iki taraflı bir usul işlemidir. İkrarda önemli olan ikrar beyanının içeriği iken ikrar sözleşmesinde taraflar usuli bir amaç için bir araya gelirler ve buradaki saik bazı vakıaların çekişmesiz hale getirilmesi ve tarafların bu

---

[782] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Wagner**, "Prozessvertraege", s. 610 vd; **Eickmann**, Karl Wilhelm, Beweisvertraege im Zivilprozess, Bochum 1987, s. 31 vd.

[783] **Taşpınar**, s.118. Türk Hukukunda ikrar sözleşmeleri hakkında bkz. **Tuluay**, s.68 vd; **Yıldırım** "Delillerin Değerlendirilmesi", s. 258 vd; **Taşpınar**, s. 118 vd.

[784] **Üstündağ**, s. 653. Taraflarca ikrar sözleşmesinin konusunu teşkil eden olayın üçüncü kişiler tarafından tespitinin kararlaştırılması halinde bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapıldığı ifade edilmiştir (**Tuluay**, s. 71 vd).

[785] **Taşpınar**, s. 118. Tarafların gerçekliğini kabul ve böylece tespit ettikleri unsur vakıalar hakkında itiraz etmeme yükümlülüğünü yükleyen ve tarafı belirli bir olayın iddia ve ispatından muaf tutma taahhüdü içeren sözleşmeler ikrar sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır (**Tuluay**, s.50).

[786] **Kiraz**, s. 101.

[787] İkrar ve ikrar sözleşmelerinin karşılaştırılması hakkında detaylı açıklama için bkz. **Kiraz**, s. 101 vd.

konudaki iradelerinin uyuşmasıdır. İkrarda ikrar iradesi önem taşımadığından ikrarın iptali ya da geri alınması söz konusu olmazken ikrar sözleşmeleri irade ve beyanlar arasındaki uyumsuzluk sebebiyle iptale konu olabilirler. İkrar ancak yargılama sırasında ve sözlü olarak yapılabildiği halde ikrar sözleşmeleri yargılama içinde veya öncesinde yazılı şekilde veya sözlü olarak yapılabilir.

İkrar sözleşmelerinde tarafların usuli bir amaç için bir araya geldikleri ifade edildikten sonra bu usuli amacın ne olduğu ya da diğer bir deyişle tasarrufun konusunun ne olduğu üzerinde durmakta fayda vardır. Taraflar ikrar sözleşmesi ile vakıanın kendisi üzerinde tasarruf edemezler[788]. Zira vakıanın kendisi tasarruf konusu değildir. Vakıa önceden gerçekleşmiş ve sona ermiş olduğundan taraflar bunun üzerinde tasarruf edemezler. Alman hukukunda bazı yazarlar ikrar sözleşmelerinde tasarruf konusunun taraflara tanınmış bir usuli yetki olan inkâr yetkisi olduğunu ifade etmişlerdir[789]. Diğer bir görüşe göre ise ikrar sözleşmelerinde tarafların inkâr yetkisinin yanında iddia yetkisi de tasarrufa konudur[790]. ALANGOYA ise konuyu dava malzemesi üzerinde tasarruf açısından incelemiştir[791].

İkrar sözleşmelerinin konusu ister tarafların bir takım usul yetkileri üzerinde tasarruf edilmesi isterse dava malzemesi üzerinde tasarruf edilmesi olarak kabul edilsin, bu tasarrufun medeni yargılama hukukuna hakim olan bazı ilkelere aykırılık teşkil edebileceği gerekçesiyle ikrar sözleşmelerinin geçerliliği çok tartışılmıştır. İkrar sözleşmesinin geçerliliği medeni yargılama hukukuna hakim olan ilkelerden özellikle taraflarca getirilme ilkesi, bunların değerlendirilmesi, tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü gibi konularla bağlantılı olarak çok tartışılmıştır[792].

---

[788] **Alangoya** , Yavuz , Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979**,** s. 76; **Yıldırım,** "Delillerin Değerlendirilmesi", s. 260.

[789] Bu yazarlar için bkz. **Cremer**, s.103, dn. 227.

[790] **Wagner**, "Prozessvertraege", s. 611; **Wagner**, "Sicherung der Vertraulichkeit", s. 1398, 1399; **Cremer**, s. 107. İkrar sözleşmesiyle tasarrufa konu olan yetki Alman literatüründe "vakıaları ileri sürme yetkisi (die prozessuale Befugnis zum Vortag)" olarak ifade edilmişse de biz "vakıaları ileri sürme yetkisi" kavramı yerine Türk literatüründe daha çok kullanılan bir kavram olan iddia yetkisi terimini kullanmayı tercih ettik.

[791] Yazar, tarafların istedikleri vakıayı getirip istemediklerini getirmeme veya istedikleri şekilde aksettirme yolunda bir tasarruf anlayışının geçerli olamayacağı sonucuna varmıştır (**Alangoya** "İlkeler", s. 76).

[792] Alman hukuk doktrininde ikrar sözleşmeleri hakkında görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yıldırım** "Delillerin Değerlendirilmesi", s. 259 vd; **Taşpınar**, s. 131 vd.

Tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak tarafların tek taraflı muamele ile ulaşabilecekleri bir sonuç sözleşme ile önceden düzenlenebileceğinden, tarafların inkâr yetkisi üzerinde tasarruf edilebileceği kabul edilmelidir[793]. Konu dava malzemesi üzerinde tasarruf açısından ele alındığında ise, tarafların ihtilaf konusu üzerinde maddi hukukun kendilerine tanıdığı haklar üzerindeki tasarruf yetkisi gibi dava malzemesi üzerinde de tasarruf edebilecekleri, müddeabih üzerinde tasarrufla dava malzemesi üstünde tasarrufun aynı düşüncenin sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[794].

Diğer taraftan ikrar sözleşmeleri ile hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine müdahale edildiği ileri sürülmüşse de, karşı görüş olarak taraflarca hazırlama ilkesi çerçevesinde hâkimin yalnızca çekişmeli olan vakıalar konusunda ileri sürülen delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi olduğu, ikrar sözleşmesi ile tarafların bazı vakıaları hâkimin değerlendirme alanı dışında bıraktığı ve bu vakıaların ispat konusu olmaması dolayısıyla hâkimin delilleri takdir yetkisine de bir müdahale olmadığı ileri sürülmüştür[795] .

İkrar sözleşmelerine getirilen diğer eleştiriler özellikle doğruyu söyleme ödevi etrafında toplanmıştır[796]. İkrar sözleşmeleri bakımından dürüstlük kuralı ile bağlantılı olarak üzerinde en çok tartışılan taraflarca gerçekte mevcut bir olayı yokmuş gibi gösteren ya da mevcut bir olayın varlığını ortadan kaldıran sözleşmeler yapılması durumunda mahkeme bu sözleşmelerle bağlı olacak mıdır sorusunun cevabıdır[797] Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi taraflara vakıaları

---

[793]**Wagner**, "Prozessvertraege", s. 649; **Eickmann**, s. 34. Tarafların vakıa üzerinde tasarruf edebileceği anlayışının usul kanunlarının kabul ettiği ikrar kurumuna dayandırılmasının eleştirisi için bkz. **Alangoya**, "İlkeler", s. 76-77.

[794] **Alangoya**, "İlkeler", s.74-79. Yazarın bu görüşe ilişkin eleştirileri hakkında bkz. s. 76-77.

[795] **Eickmann**, s.70; **Schiedermair**, s. 81 vd. İkrar sözleşmelerinin delillerin değerlendirilmesi açısından karşılaştırmalı olarak değerlendirmesi için bkz. **Yıldırım**, "Delillerin Değerlendirilmesi", s.259 vd.

[796]**Oldenbruch**, s. 125 vd. Doğruyu söyleme ödevi dürüstlük kuralının bir alt uygulama şeklidir ve doğruluk ödevinin amacı şuurlu yalanı önlemektir; bkz. **Alangoya** "İlkeler", s.118,121; **Arslan**, Ramazan, Medeni Uusl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989, s. 116 vd.

[797]**Oldenbruch**, s. 125-126. Tarafların davaya gerçekler yerine kendi arzularına göre şekil vermeleri bir karikatür olarak nitelendirilmiş ve bunun mümkün olmaması gerektiği ifade edilmiştir (**Tuluay**, s.54; **Taşpınar**, s. 132).

getirme tekeli vermenin yanı sıra ayrıca mahkemenin vakıaları taraflar nasıl takdim etmiş iseler o şekilde hükme esas teşkil edeceğini öngörmektedir[798]. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin istisnasız uygulanması halinde ise mahkemenin artık yanlış vakıa malzemesine göre karar vermesi gerekecektir[799]. Ancak tarafların vakıalar hakkındaki açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun şekilde yapmaları gereği dava malzemesi üzerinde tarafların tasarruf yetkisini sınırlamaktadır. Bu sınırlamanın dar bir kapsamda olması gerektiği ve subjektif gerçeklik ödevinden fazlasının çıkarılamayacağı ifade edilmiştir[800]. Mahkemenin bunu tespiti ise son derece güçtür. Zira hâkim özel bilgisini kullanamayacağı için mahkemenin hükme etki edecek şekilde doğruluk ödevine aykırı davranıldığını tespiti güçtür. Tespit edilmesi halinde ise bunun yaptırımına yer verilmemiştir[801]. Bu sorunun cevabındaki farklılıklar medenî usûl hukukunun amacı sorusuna verilen cevaplara ve medenî usûl hukukuna hakim olan ilkelerin değerlendirilmesine göre farklılık gösterir[802].

Taraflar belirli vakıaları çekişmesiz kılmak istemişse, prensip olarak bunun gerçeğe ve kendi çıkarlarına uygun olduğu kabul edilmeli ve tarafların kendi hukuki durumlarını ve konumlarını kuvvetlendirmek veya güvenceye almak adına yaptıkları sözleşmesel düzenlemenin kural olarak doğruyu söyleme ödevine aykırı olmadığı söylenmelidir[803]. Doğruyu söyleme ödevi gerçeğin bulunmasında ve olayın açıklığa

---

[798] Tarafların üzerinde uyuştukları hususun gerçek olup olmadığı incelenmeksizin mevcut sayılacağı Alman Medeni Usul Kanun'da (ZPO m. 138 f. 3) açıkça düzenlenmiştir.

[799] **Eberhard**, s. 25 vd.

[800] **Eberhard**, s. 29. Subjektif gerçeklik ile ifade edilmek istenen bilinçli olarak yalan beyanda bulunulmaması yani usuli yalana başvurulmamasıdır.

[801] Doğruluk ödevine aykırı davranılmasının sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Arslan**, s. 122 vd.

[802] **Olzen**, Dirk, "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess", ZZP 98 (1985), s. 415. Medeni usul hukukunun amacının "şekli gerçeği" ortaya çıkartmak olduğu yönündeki 19. yüzyıldan kalan görüş bugün için artık terk edilmiş ve bugün için medenî usûlün amacının özel hukukun tanıdığı hakların korunması olduğu ve tek bir gerçek olduğu, gerçeği arama yöntemlerinin farklı olduğu kabul edilmiştir. Medeni Usul Hukukunun amacı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Alangoya** "İlkeler", s. 82-93; **Gaul**, Hans Friedhelm**,** "Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu", (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 82-117; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 3-8; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 47-52.

[803] **Taşpınar**, s. 136. Ayrıca taraflarca ikrar sözleşmesinin konusunu teşkil eden olayın üçüncü kişiler tarafından tespitinin kararlaştırılması halinde bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğu görüşü kabul edilirse ikrar sözleşmelerinin geçerliği olduğu sonucuna varılacaktır. Hakem-bilirkişi sözleşmelerini maddi hukuk sözleşmesi sayan görüş ve gerekçeleri için bkz. **Deren-Yıldırm**, "Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği", İÜHFM C. LIV, 1994, s. 321 vd.

kavuşturulmasında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini tamamlar ve bu ilkeler arasında altlık üstlük ilişkisi olmadığından birbiriyle eşdeğer görülmesi ve işbirliği içerisinde uygulanması gerekir[804]. Dolayısıyla taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hukuk davalarında taraflar diledikleri olayları mahkeme önüne getirebilecek veya bundan kaçınabilecektir. Ancak taraflara tanınan bu özgürlük tarafların uydurma vakıalar yaratmaları ve bu vakıaları mahkemeye sunmalarına ilişkin yapacakları her türlü sözleşmenin de geçerli olduğu sonucuna bizi götürmez[805].

2. İkrar Sözleşmesi ve Arabuluculukta Gizliliğin Korunması

İkrar sözleşmelerinin geçerliliğinin kabulünden sonra taraflarca arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda gizliliğin korunması amacıyla belirli vakıaların mahkeme ya da hakem önüne getirilmeyeceğine dair yaptıkları sözleşme bir ikrar sözleşmesi midir sorusu üzerinde durmakta fayda vardır. WAGNER, belirli vakıaların yargılamaya getirilmeyeceğine ilişkin ikrar sözleşmelerinin geçerli kabul edildiğini ifade etmiş ve bu durumda bu sözleşmeye aykırı olarak arabuluculuk sürecinde ortaya konan bir vakıanın mahkeme önüne getirilmesi halinde mahkeme tarafından dikkate alınmayacağını belirtmiştir[806]. WAGNER'den yola çıkan OLDENBRUCH da taraflarca gizliliğin korunmasına ilişkin ikrar sözleşmeleri yapılabileceğini ifade etmiştir[807].

Taraflarca gizliliğin korunması amacıyla arabuluculuk esnasında ortaya konulan bazı vakıaların sonraki yargılama aşamasında ileri sürülmeyeceğine yönelik irade beyanlarını içeren usul sözleşmesinin bir ikrar sözleşmesi olmadığı görüşünden yola çıkan CREMER ise, bu sözleşmenin geçerliliğinin ikrar sözleşmesinin

---

[804] Doğruyu söyleme ödevi maddi gerçeklikle, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ise şekli gerçeklikle ilgilidir (**Arslan**, s.119).

[805] Tarafların bu yöndeki davranışları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bunun sonucunda da mahkemenin tarafların anlaşarak getirdikleri gerçeğe aykırı vakıa ve delillere bağlı kalmaması gerekir. Aksi halde dürüstlük kuralına uyulmaması yaptırımsız kalmış olur (**Arslan**, s. 122).

[806] **Wagner** "Sicherung der Vertraulichkeit", s. 1399; genel olarak ikrar sözleşmelerine aykırı şekilde ileri sürülen vakıların mahkemece hükme esas alınmayacağına ilişkin bkz. **Wagner**, "Prozessvertraege", s. 611.

[807] **Oldenbruch**, s. 120.

geçerliliğine bağlı olmadığını ifade etmiştir[808]. Yazara göre, gizliliğin korunmasını sağlamaya yönelik taraflarca yapılan sözleşmenin konusu arabuluculuk sürecinde taraflarca ortaya konan vakıaların mahkemeye sunulmaması ve diğer taraf aleyhine kullanılmamasıdır. Buradaki amaç vakıaların sunulması konusundaki usuli yetkinin sınırlandırılmasıdır. İkrar sözleşmesinde ise bir vakıa çekişmesiz hale getirilmektedir. Yargılamada bu vakıanın çekişme konusu yapılmaması gerekmektedir. Gizliliğin korunmasına ilişkin taraflarca kararlaştırılan hükümler genellikle bu vakıaların yargılamaya dahil edilmesini önlemeye yöneliktir. Gizliliğin korunmasına ilişkin yapılan sözleşmelerle ikrar sözleşmeleri arasındaki fark bu noktada tarafların iradesinin yöneldiği sonuç olarak ortaya çıkabilir.

Kanaatimizce taraflar gizliliğin korunması amacıyla arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda belirli vakıaları inkâr etmeyecekleri edimini içeren bir ikrar sözleşmesi yapabilirler. Yukarıda açıklanan gerekçelerle bu sözleşme geçerli kabul edilmelidir[809]. Diğer taraftan uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında yaptıkları belirli vakıaların mahkeme önüne getirilmeyeceğine ilişkin usul sözleşmesinde taraflarının iradelerinin yöneldiği sonucun ikrar sözleşmesi ile aynı olmadığı görüşüne katılıyoruz. Zira ikrar sözleşmesi bazı vakıaların çekişmesiz hale getirilmemesi amacına yönelik olarak akdedilirken, bazı vakıaların mahkeme önüne getirilmeyeceğine dair akdedilen sözleşmenin amacı vakıayı çekişmesiz hale getirmek değildir. O nedenle taraflar arasında akdedilen bazı vakıaların mahkeme ya da hakem önüne getirilmeyeceğine ilişkin sözleşme tipik bir ikrar sözleşmesi olmamakla birlikte vakıaların ileri sürülmesine ilişkin yapılan sözleşmeler genel olarak ikrar sözleşmeleri altında ifade edilmektedir[810]. Bu sözleşme ile de ikrar sözleşmesinde olduğu gibi taraflar usuli bir yetki üzerinde tasarrufta bulunmaktadırlar ve bu yetki iddia yetkisidir.. İkrar sözleşmeleri bakımından söz konusu usuli yetki ya da dava malzemesi üzerinde tarafların tasarruf edebilecekleri

[808] **Cremer**, s. 100 vd.; **Hilber** de müzakerelere ilişkin belge ve beyanların mahkeme huzuruna getirilmemesine ilişkin taraflar arasında akdedilen sözleşmenin tam bir çeşit ikrar sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmüştür (**Hilber**, s. 127).

[809] Bkz. yuk. §8, B, I, 1.

[810] **Wagner "**Prozessvertraege", s. 610; **Hilbe**r, s. 127; **Oldenbruch**, s.120.

tespit edildiğinden gizliliğin korunması amacıyla yapılan bu usul sözleşmesinin de caiz olduğunun kabulü gerekir[811].

II. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılabilecek Delil Sözleşmesi

1. Genel Olarak Delil Sözleşmesi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun senetle ispat zorunluluğuna ilişkin katı ispat düzeni karşısında delil sözleşmeleri, gelişen ekonomik koşullar ile bilimsel ve teknik gelişmeler karşısında ispata ilişkin sorunların aşılmasında ve yeni düzenlemelerde önemli bir araç sayılmaktadır[812].

Delil sözleşmeleri yasal dayanağını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bulduğundan (HUMK m.287) delil sözleşmesinin caizliği bakımından Türk Hukukunda bir tartışma söz konusu değildir[813]. Söz konusu madde taraflarca belirli vakıaların belirli delillerle ispatlanmasına imkân vermiş ve böyle bir anlaşma varsa o vakıanın başka delillerle ispatlanamayacağını hükme bağlamıştır.

Delil sözleşmesi genel olarak şöyle tanımlanmıştır: mevcut veya gelecekteki bir dava nezdinde yapılan ve belli bir vakıanın, belirli bir delil ile veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, yapılan usuli sözleşmedir[814]. Taraflarca belli bir vakıanın ya da işlemin sadece belirli delil ya da delillerle ispat edilebileceğini içeren sözleşmeler münhasır delil sözleşmesi, belli bir vakıa ya da işlemin kanunen mümkün olan deliller yanında başka deliller ile de ispatlanabileceğini içeren sözleşmeler ise münhasır olmayan

---

[811] Aksi yönde **Cremer**, bkz. s. 170-171.

[812] Bu sayede usul hukukundaki takdiri ve kesin deliller yanında akdi delillerin de uygulama alanı genişlemektedir; **Konuralp**, s. 63. Akdi delil kavramı için bkz. **Bilge/Önen**, s. 495.

[813] Taraflardan birinin ispat faaliyetini ortadan kaldıracak derecede güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Postacıoğlu**, s. 594; **Tuluay**, s.129 vd; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 455; Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda delil sözleşmeleri 197. maddede sınırları ve türleri de belirtilerek yeniden düzenlenmiştir. Taraflardan birinin ispat hakkının kullanılmasını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz kabul edilmiştir. Madde metni ve gerekçesi için bkz. **Budak**, s. 221.

[814] **Tuluay**, s. 85; **Kuru**, C. III, s. 2881; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 455.

delil sözleşmeleri olarak tanımlanmıştır[815]. İlkinde delillerin daraltılması ikincisinde ise delillerin genişletilmesi söz konusu olmaktadır[816]. Delil sözleşmelerinde bir vakıanın ya da hukuki ilişkinin ispatı için ne tür delillerin kullanılacağı taraflarca kararlaştırıldığından ve bu bir yargılama sorunu olduğundan bu sözleşmenin bir usul sözleşmesi olduğundan şüphe duyulmaz[817].

Delil sözleşmesine ilişkin tanımlardan ve yukarıdaki açıklamalardan tarafların yalnızca olumlu delil sözleşmesi yapabilecekleri gibi bir anlayış doğmaktadır. Diğer bir deyişle delil sözleşmesi ile tarafların münhasıran ya da münhasır olmayan biçimde delillerin neler olabileceğini kararlaştırabilecekleri sonucuna varılmaktadır. Oysa arabuluculukta gizliliğin korunması için taraflar bazı delillerin kullanılmaması taahhüdü altına girdikleri olumsuz delil sözleşmeleri yapmak isteyeceklerdir. O halde delil sözleşmesi ile taraflar belirli bir delile başvurmayacakları taahhüdü altına girebilirler mi? Medeni usûl hukuku alanında bir sözleşmenin sonuç doğurabilmesi için sözleşme ile düzenlenen hususun usul kanunun genel prensipleriyle çatışmaması ve hâkimin görev ve yetkilerini ihlâl etmemesi gerekir[818]. Delil sözleşmeleri bakımından da taraflara bu çerçevede bir düzenleme yetkisi tanınabileceğinden, taraflarca belirli bir delile başvurulmayacağının kararlaştırıldığı bir sözleşmenin bu çerçevenin neresinde olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

Öncelikle taraflarca belirli bir delile örneğin arabulucunun tanıklığına başvurulmayacağına dair akdedecekleri sözleşme hâkimin görev ve yetkilerini ihlâl etmez. Kural olarak taraflar dava malzemesi ve ileri sürdükleri vakıaların ispat edilmesi hakkında mutlak bir yetkiyi haizdirler. Hâkime davada sınırlı bir tahkikat yetkisi tanınmıştır. Bu tahkikat yetkisi kapsamında hâkim re'sen keşfe, bilirkişiye,

---

[815] **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 465 vd**; Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 456 vd; **Yıldırım** "Delillerin Değerlendirilmesi", s. 255-256; Münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi kavramları „kanuni ispatı kolaylaştıran" ya da „kanuni ispatı zorlaştıran" delil sözleşmeleri şeklinde de ifade edilmiştir; bkz. **Bilge/Önen**, s. 496. Taraflar eğer kesin delille ispatı gereken bir işlemin takdiri delille ispatını kararlaştırmışlarsa bu ispatı kolaylaştıran bir sözleşme olarak nitelendirilmiş olup, takdiri delille ispatı edilebilecek bir işlemin belli bir delille ya da kesin delille ispatının kararlaştırılması ise ispatı zorlaştıran sözleşmelerdir.

[816] **Üstündağ**, s.654; **Taşpınar**, s. 183.

[817] **Tuluay**, s. 12-13; **Taşpınar**, s.185; **Üstündağ**, s.653; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 455.

[818] **Tuluay**, s.88. Usul sözleşmelerinin geçerlilik koşulları hakkında açıklamalar için bkz. yuk. §8, A, II.

isticvaba karar verebilir ve taraflardan birine re'sen yemin teklif edebilir[819]. Taraflarca arabulucunun tanık olarak gösterilmeyeceğinin kararlaştırıldığı delil sözleşmesi, hâkimin tahkikat yetkisine bir müdahale niteliğinde değildir. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu delil sözleşmelerine açıkça cevaz verdiğinden, tarafların deliller üzerinde serbestçe tasarrufta bulunması mümkündür (HUMK m.287). Nitekim Alman literatüründe delil sözleşmeleri, taraflarca başvurulacak delillerin sadece belirli delillere sınırlandırılması ya da Alman Medeni Usûl Kanunu'nda tanımlanan belirli delillere başvuru yolunun o uyuşmazlık bakımından kapatılmasının düzenlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır[820]. TAŞPINAR ise, delil sözleşmesinin daha çok usuli bir taahhüt sözleşmesi olduğu ve tarafların bu sözleşme ile belirli delilleri kullanma ya da kullanmama taahhüdü altına girdikleri ifade etmiştir[821]. Kanaatimizce de tarafların yargılama esnasında belirli delillere başvurmaktan feragat etmeleri mümkün olduğundan ve taraflarca bazı delillere başvurulmayacağının kararlaştırılmasına da engel bulunmamaktadır. Ancak re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin delile kendiliğinden başvurması söz konusu olduğundan delil sözleşmesi yapılamaz[822].

Delil sözleşmesinin geçerliliği konusundaki ölçütlerden birisi belirliliktir. Belirlilik hem uyuşmazlık hem taraflar hem de deliller bakımından esastır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ifadesinden hareketle de delil sözleşmeleri ya yazılı olmalı, ya sözleşmenin varlığı ikrar edilmeli ya da mahkeme önünde sözlü olarak yapılmalıdır. Buradan hareketle delil sözleşmelerinin yazılılığı koşulu geçerlilik değil özel bir ispat koşuludur ve bu sözleşmenin varlığının tanıkla ispat edilemeyeceğini ifade eder[823].

---

[819] **Tuluay**,s. 109. İddianın ispatı için ikame edilen delilin ispat gücü oranında hâkimin tahkikat yetkisi önemini kaybetmekte, buna karşın taraflarca getirilen delillerin ispat gücü karşısında hâkimin kanaatini güçlendirme gerekliliği karşısında tahkikat yetkisi önem kazanmaktadır (**Tuluay**, **s.** 112).

[820] **Eickmann**, s.43-44;**Wagner** "Prozessvertraege", s. 683; **Münchener Kommentar**, §286, § Kn. 64; **Musielak**, §286, Kn. 16.

[821] **Taşpınar**,s. 185.

[822] Delil sözleşmeleri bakımından özellikle delillerin değerlendirilmesi ve taraflarca getirilme ilkesinin ilişkisi önem arz eder. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim zaten bütün davanın ispatı için bütün delillere kendiliğinden başvurur (**Konuralp**, s.60). Delillerin değerlendirilmesi ilkesini bertaraf eden delil sözleşmeleri ve bunların geçerliliği hakkında bkz. **Yıldırım** "Delillerin Değerlendirilmesi", s. 256 vd; **Konurap**, s. 61.

[823] **Konuralp**, s. 60; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 455; Aksi yönde **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 380 Delil sözleşmelerindeki şekil şartı da diğer usulî sözleşmelerde olduğu gibi sıhhat şartıdır (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 380).

2. Delil Sözleşmesi ve Arabuluculukta Gizliliğin Korunması

Gizliliğin korunması amacıyla taraflar farklı içeriklerde delil sözleşmesi yapabilirler. Örneğin arabulucuya başvuran tarafların ileride doğabilecek bir uyuşmazlıkta arabulucunun ya da arabulucu dışında sürece katılan üçüncü kişinin mahkeme ya da hakem huzurunda, müzakereler esnasında edindiği bilgiler ile ilgili tanık olarak gösterilmeyeceğine dair kendi aralarında yaptıkları anlaşma bir delil sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir[824]. Her ne kadar taraflar sözleşme ile arabulucuya ya da üçüncü kişiye tanıklıktan çekinme hakkı tanıyamazlarsa da, kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu kişilerin tanık olarak gösterilemeyeceğini kararlaştırabilirler. Taraflarca yapılacak bu türden bir sözleşme ancak taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından uygulanabilecektir[825]. Örneğin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemede kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığından bu türden bir delil sözleşmesi yapılamayacaktır. Ancak Türk hukuku bakımından aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvuru imkânı bulunmamaktadır (HUAKT m.1).

Arabulucunun ya da arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişinin tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin yapılan delil sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir. Tarafların dava açıldıktan sonra tanık listesinde göstermiş olduğu tanıkların dinlenmesinden vazgeçmesi mümkün olduğuna göre[826], dava açılmadan öncesinde de belirli bir kişinin tanık olarak gösterilmeyeceğinin kararlaştırılması mümkün olabilmelidir[827].

---

[824] **Cremer**, s.145; **Hilber**, s. 127; Arabuluculukta en zorlu problem olan gizliliğin korunması, delil sözleşmeleri ve diğer usul sözleşmeleriyle sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda bkz. **Münchener Kommentar**, Kn. 164; bir delil sözleşmesi örneği olarak taraflarca arabulucunun tanıklığına başvurulmayacağının kararlaştırılması yönünde bkz. **Musielak**, §286, Kn.16.

[825] **Hilber**, s. 135;

[826] **Kuru**, C. III, s. 2594.

[827] **Beck**, s. 194. Tarafların arabulucunun tanıklığına başvurmayacaklarına ilişkin karşılıklı irade beyanlarının şu şekilde formüle edilebileceği ifade edilmiştir: "Taraflar müteakip mahkeme ya da tahkim aşamasında, arabuluculuk müzakereleri esnasında vakıf olduğu hususlara ilişkin olarak arabulucuyu tanık ya da bilirkişi olarak göstermeyeceklerini taahhüt ederler" (**Eckardt/Dendorfer**, s.790).

Kanaatimizce de uyuşmazlığın taraflarınca arabulucunun ya da müzakerelere katılan üçüncü kişilerin mevcut veya müstakbel davada tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin karşılıklı irade beyanlarını içeren usuli bir sözleşme yapmaları mümkündür. Bu sözleşme ise bir delil sözleşmesidir. Zira delil sözleşmelerinde, münhasır delil sözleşmesi ile taraflar bir yandan sözleşmeye konu olan vakıa ya da ilişkinin ancak belirli delillerle ispat edilebileceğini kararlaştırırlarken, diğer taraftan dolaylı yoldan da olsa kararlaştırılan deliller dışındaki delillere başvuru yolunu kapatmış olmaktadırlar. Diğer bir deyişle kanunen başvurulabilecek olan delillere o vakıa ya da hukuki ilişki bakımından başvurmaktan kaçınacakları taahhüdünde bulunmuş olmaktadırlar. Münhasır delil sözleşmelerinin caiz olduğu kabul edilen hukuk düzeninde tarafların delil sözleşmesi ile belirli bir delile başvurmayacaklarına dair kaçınma yükü öngörmeleri de hukuken mümkündür. O nedenle, arabulucunun tanık olarak dinlenilmesi deliline başvurulmayacağının kararlaştırılması mümkün ve bu yönde yapılan sözleşme ise geçerlidir. Bu yöndeki sözleşmenin geçerli kabul edilmesinin diğer bir dayanağı ise yukarıda açıklandığı üzere taraflara, tanık listesinde göstermiş oldukları tanığın dinlenmesinden vazgeçme imkânın tanınmasıdır. Dava açıldıktan göstermiş olduğu tanığın dinlenmesinden vazgeçme yönünde taraf iradesine öncelik tanınması halinde, dava açılmadan öncesinde de tarafların bu yöndeki iradesine imkân tanınmalıdır.

Taraflarca arabulucunun ya da müzakerelere katılan üçüncü kişilerin tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin delil sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmekle birlikte tarafların yargılama aşamasında gizliliğin korunması amacıyla akdedecekleri delil sözleşmesinin konusu tanık delilinin düzenlenmesinden başka bir şey de olabilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda; taraflarca yapılan arabuluculuk daveti, bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler, herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin delil olarak ileri sürülemeyeceğine ve bu konularda arabulucunun ve üçüncü kişilerin tanıklığına

başvurulamayacağına ilişkin genel bir kural getirilmiştir (HUAKT m.5)[828]. Bu genel kurala ilaveten kanunda öngörülen bu sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez kuralı getirilmiştir. Her ne kadar genel kural sayılanlar dışındaki caiz delillerin kendiliğinden kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği düzenlemişse de taraflar kendi iradeleriyle caiz olan bazı delilleri de sınırlandırmak maksadıyla delil sözleşmesi yapabilirler. Yukarıda da açıklandığı üzere delil sözleşmelerinin amacı caiz olan delilleri sınırlamak ya da genişletmektir. Ancak taraflardan birinin ispat hakkını ortadan kaldıracak derecede sınırlandıran delil sözleşmelerinin geçerli olmayacağını bir kez daha hatırlatmak isteriz[829].

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda gizliliğin korunması amacıyla bazı beyan ve belgelerin delil olarak ileri sürülemeyeceği kuralı getirilmişse de bu kuralın aksi de taraflarca kararlaştırılabilir. Kanun koyucu bu kuralın emredici karakteri yanında istisnalarını da öngörmüştür ve tarafların iradesi bu istisnalar içerisinde sayılmamışsa da Tasarının gerekçesinde tarafların karşılıklı açık iradeleri ile bu beyan ve belgelerin delil olarak kullanılabileceği belirtilmiştir[830]. O halde taraflar delil sözleşmesi ile bu beyan ve bilgilerin delil olarak sunulmasına cevaz vermişlerse, bu beyan ve belgeler mahkemece hükme esas alınabilecektir. Delil sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamışsa söz konusu beyan ve belgeler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Bu bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemeyeceği gibi delil olarak sunulmuş olsalar dahi hükme esas alınamaz.

III. Arabuluculukta Gizliliğin Korunması Amacıyla Yapılan İkrar Sözleşmesinin ve Delil Sözleşmesinin Yargılamaya Etkisi

[828] Bkz. yuk. §7, C.

[829] Bkz. yuk.§8,B, II, 1, dn. 719.

[830] Bkz. Tasarı Madde Gerekçeleri, m.5.

Taraflarca arabuluculuk süreci sona erdiktan sonra açılabilecek davalarda gizliliğin korunması amacıyla bazı olay ve olguların çekişmesiz hale getirildiği ve yargılamaya dahil edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı ikrar sözleşmelerinin ve arabulucunun tanık olarak gösterilemeyeceğine ya da caiz olan delillerin sınırlandırılması ya da genişletilmesine ilişkin delil sözleşmelerinin yargılama sürecinde nasıl bir etkisinin olacağının da incelenmesi gerekir. Tarafların davadan önce yapmış oldukları bu sözleşmelerin yargılamaya nasıl ve ne kadarlık sürede dahil edebilecekleri ve hâkimin bu sözleşmeyi kendiliğinden dikkate alıp alamayacağı sorularının da cevaplandırılması gerekir.

Usul sözleşmelerinin yargılama hukukunda doğrudan etkisi olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Diğer bir deyişle usul sözleşmesi dava dosyasından anlaşılıyorsa hâkim bu sözleşmeyi kendiliğinden mi uygulayacaktır yoksa bu hususun taraflarca def'i olarak ileri sürmesi mi gerekir? Bu konu Alman hukuk doktrininde de tartışmalara yol açmıştır. SCHİEDERMAİR usul sözleşmelerinin yargılama hukukuna doğrudan etkileri bakımından taahhüt ve tasarruf etkili sözleşme ayrımını göz önünde bulundurmuş; tasarruf etkili sözleşmelere doğrudan bir etki tanırken, taahhüt etkili sözleşmelerin def'i yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmiştir[831]. Def`ì yoluyla ileri sürülmesi halinde bunu ileri süren tarafın geçerli bir delil sözleşmesinin varlığını da ispat etmesi gerekecektir[832]. Diğer bir görüşe göre ise usul sözleşmelerinin doğrudan etkileri vardır[833]. Her ne kadar usul sözleşmelerinin doğrudan etkisi olduğu kabul edilse de hiçbir durumda hâkimin kendiliğinden araştırması söz konusu olmaz. Ancak hak sahibinin def'i olarak da ileri sürmesi gerekmemekte; dava dosyasına uygun biçimde girmişse hâkim tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

Alman hukukunda ifade edilen ve baskın olan görüş usul sözleşmelerinin yargılama hukukuna bir etkisinin olduğu ancak bu etkinin ancak def'i yoluyla ileri

[831] **Schiedermair**, s. 125 vd. Usul sözleşmelerinin def'i yoluyla ileri sürülmesi gerekliliğinin kabulü halinde taraflara usul sözleşmesinde kararlaştırılan hakkı kullanıp kullanmama konusunda bir tercih hakkı da tanınmaktadır (**Eickmann**, s. 29).

[832] **Oldenbruch**, s. 136; **Hilber**, s.146.

[833] **Wagner**, s. 247-248.

sürülebilmesi halinde söz konusu olacağı görüşü olmuştur[834]. Türk hukukunda da ÜSTÜNDAĞ**,** Alman hukukundaki baskın görüşe katılarak geçerli bir usul sözleşmesinin varlığı halinde bu sözleşmenin mahkemece re'sen dikkate alınamayacağını; hiç kimsenin kendisine ait olan bir hakkı kullanmaya zorlanamayacağını ve bu nedenle de sözleşme yararına olan kimsenin buna açıkça dayanması yani bu hususu def'i yoluyla ileri sürmesi gerektiğini ifade etmiştir[835].

Türk hukukunda delil sözleşmeleri bakımından da hâkim tarafından gözetilip gözetilmeyeceği konusunda bir hüküm veya kuram bulunmamaktadır[836]. ÜSTÜNDAĞ, Alman Hukukundaki baskın görüşe paralel olarak usul sözleşmesinden yararlanacak olan tarafın bu hususu defi olarak ileri sürmesi gerektiğini, dava dosyasından anlaşılsa bile bu hususun hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmayacağını ifade etmiştir[837]. KURU ise delil sözleşmeleri ve özellikle münhasır delil sözleşmelerinin hâkim tarafından dosyadan anlaşılıyorsa kendiliğinden dikkate alınacağını ifade etmiştir[838]. Yargıtay da münhasır delil sözleşmesinin varlığı halinde, mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir[839].

Kanaatimizce taraflarca arabulucunun ya da arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişinin tanık olarak gösterilmeyeceğine dair yapılan delil sözleşmesinin taraflarca def'i yoluyla ileri sürülmesi gerekir[840]. Delil sözleşmesi taraflara usuli bir def'i imkânı tanımaktadır. Taraflarca ileri sürülmedikçe mahkemece usulüne uygun şekilde dava dosyasına girmiş olsa dahi kendiliğinden dikkate alınmayacaktır. Delil sözleşmesinin def'i yoluyla ileri sürülmesi gerektiğinden sözleşmeyle kendisine tanınan bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda taraflar seçim hakkına sahip

---

[834]**Eickmann**, s. 23-30; **Münchener Kommentar**, Kn. 400. **Wagner** ise, usul sözleşmelerinin doğrudan etkilerinin olduğunu, fakat hâkim tarafından re'sen araştırılmayacağı ancak maddi hukuktaki itirazlar gibi usulüne uygun şekilde dosyaya girmesi gerektiğini ifade etmiştir (**Wagner**, "Prozessvertraege", s. 233 vd).

[835] **Üstündağ**, s.421.

[836] **Taşpınar,** s. 218.

[837] **Üstündağ,** s. 421.

[838] **Kuru**, C. III, s. 2888 vd.

[839] HGK 4.2.1987, 15/244-72 İKİD 1989/343 s. 6581-6583; 15. HD 18.3.1993, 1310/1346 YKD 1993/9 s.1372. Yargıtay'ın bu konudaki kararları için bkz. **Kuru**, C. III, s. 2892 vd. Ayrıca bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 177.

[840] Aynı yönde bkz. **Oldenbruch**, s. 136; **Beck**, s.199, 213

olmaktadır[841]. Münhasır delil sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan delilin "kesin delil" olduğu ve mahkemece de re'sen dikkate alınması gerektiği yönündeki mülahazalar burada geçerli değildir. Bu sözleşmede taraflar sadece belirli bir delilin kullanılması konusunda değil bilakis belirli bir delilin kullanılmaması yönünde iradelerini açıkça ortaya koymaktadırlar. Taraflarca kararlaştırılan bu delil dışında kanunen caiz olan diğer delillerle ispat mümkündür.

Delil sözleşmesi ile arabulucunun ya da arabuluculuk sürecine dahil olan üçüncü kişilerin tanık olarak dinlenemeyeceği kararlaştırılmasına rağmen bu sözleşmeye aykırı davranarak taraflardan birinin bu kişi ya da kişilere tanık olarak başvurması halinde mahkeme ne yönde karar vermelidir sorusunu da buna göre cevaplandırmak gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu delil sözleşmesi taraflarca bunun def`ì yoluyla ileri sürülmesi halinde mahkemece dikkate alınacaktır[842]. Geçerli bir delil sözleşmesine rağmen tanıklığına başvurulamayacağı kararlaştırılan kişinin tanık olarak dinlenmesi talebi mahkemece diğer tarafın def'ìyi ileri sürmesi üzerine reddedilmelidir[843].

İkrar sözleşmeleri ile taraf iradelerinin yöneldiği sonuç bakımından ikrar sözleşmesinden ayrılan gizliliğin korunması amacıyla bazı vakıaların mahkeme ya da hakem önüne getirilmeyeceğinin kararlaştırıldığı usul sözleşmelerinin yargılama hukukuna etkileri incelendiğinde bu ayrımın pratikte ve sonuçları bakımından önem taşımadığı tespit edilebilir. Zira ikrar sözleşmesine aykırı bir şekilde sözleşmede kararlaştırılan olay ya da olguyu taraflardan birinin mahkeme ya da hakem huzuruna getirmesi halinde, sözleşmenin def'i yoluyla ileri sürülmesi halinde bu iddia hâkim tarafından dikkate alınmayacaktır. Aynı sonuç gizliliğin korunması amacıyla akdedilen usul sözleşmeleri bakımından da kabul edilmelidir[844].

---

[841] **Eickmann,** s. 29; **Oldenbruch**, s. 136; Alman hukuk doktrininde usuli def'i kavramı ve bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Taşpınar**, s. 217 vd.

[842] **Beck**, s.199-200.

[843] **Cremer**, s. 55; **Beck**, s.199-200. Ancak mevcut hukuk sistemimizde def'i olarak ileri sürülmemesi halinde mahkeme bu kişilerin tanık olarak dinlenmesi talebi üzerine bu kişilere tanık davetiyesi gönderecektir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması halinde ise bu kişilerin tanık olarak gösterilemeyeceğine ilişkin hükümler pozitif bir dayanak bulmuş olacaktır.

[844] **Beck**, s. 213. Aksi yönde **Taşpınar**, "Olay ve olguları çekişmesiz duruma getiren ve bir usul sözleşmesi olduğunu kabul ettiğimiz ikrar sözleşmesini, eğer dava dosyasından anlaşılıyorsa dikkate almak hâkimin görevidir. (m.74, 216 ve 238, I). Çünkü hâkim iki tarafın üzerinde uzlaşmış olduğu ve çekişmeli olan konuları belirlemelidir." bkz. s. 219. Ayrıca **Hilber** tarafından da öğretide ancak

IV. Gizliliğin Korunmasına Yönelik Usul Sözleşmelerinin Üçüncü Kişilerle Olan Uyuşmazlıklarda Uygulama Alanı

Arabuluculuk süreci sona erdiktan sonra açılabilecek davalarda arabuluculukta gizliliğin korunmasının yasal düzenlemelerle güvence altına alınmaması halinde tarafların bu yönde yaptıkları sözleşmesel düzenlemelerin bazı zayıf tarafları olacaktır[845].

Taraflarca arabulucunun ya da müzakerelere katılan üçüncü kişilerin tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin yapılan delil sözleşmesinin uyuşmazlığın bir tarafının başka olması halinde bağlayıcı bir etkisi olmayacaktır**.** Yani diğer bir deyişle bu delil sözleşmesi arabuluculuk yoluna başvurulan uyuşmazlıktan başka bir uyuşmazlığa ilişkin olarak arabulucunun, tarafların ya üçüncü kişilerin tanık olarak çağırılması ihtimalini bertaraf edemeyecektir. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak; bir işçinin hizmet sözleşmesine aykırılık dolayısıyla işverene karşı bir dava açtığını varsayalım**.** Tarafların da arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuş olduklarını kabul edelim**.** Daha sonra başka bir işverene karşı aynı ihlalden dolayı dava açılmış olsun. Bu durumda diğer işveren arabulucunun kendi davasında tanıklık yapmasını ve bu zararın arabuluculuk sonucunda anlaşma yoluyla nasıl giderildiğini anlatmasını isteyebilir. Bu durumda delil sözleşmesinin tarafı olmayan diğer işveren arabulucunun tanıklık yapmasını isteyebilecek ve arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkı kanunda açıkça düzenlenmemiş ise, arabulucu da tanık olarak dinlenebilecektir**.**

Diğer bir ihtimal ise aynı işverene karşı başka bir işçi tarafından açılan davada önceki uyuşmazlıkta görevlendirilen arabulucunun tanık olarak çağırılması ihtimalidir. Arabuluculuğa başvuran taraflar arasında yapılan delil sözleşmesi sadece o kişiler, o hukuki ilişki ve uyuşmazlık bakımından bağlayıcı olacağından taraflardan

---

tasarruf etkili sözleşmelerin usul hukukuna doğrudan etkilerinin olacağı ancak taahhüt etkili usul sözleşmelerinin ise def'i yoluyla ileri sürülmesi gerektiği ve etkili olmadığı yönündeki görüş eleştirilerek, arabuluculukta gizliliğin korunmasına yönelik kaçınma öngören usul sözleşmelerinin de dava dosyasına usulüne uygun şekilde girmesi halinde mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir (**Hilber**, s.147).

[845] **Kentra**, s. 715; **Hager**, s. 64.

birinin üçüncü bir kişiyle uyuşmazlığa düşmesi halinde arabulucu tanık olarak dinlenebilecektir. Arabulucunun tanık olarak çağırılması ve bu çağrı üzerine tanıklık yapma zorunluluğu ile birlikte önceki ilişkinin taraflarının gizli kalmasını istedikleri bir takım hususlar da açıklanmış olacaktır. Bu gibi mahsurların bertaraf edilmesi bakımından arabuluculuk sürecindeki gizliliğin hem mevcut uyuşmazlık hem de ileride üçüncü kişilerle meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda gündeme gelmesi halinde korunması bakımından yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda arabulucunun, tarafların ve sürece katılan üçüncü kişilerin tanıklığına başvurulamayacağı düzenlemesini getiren 5. maddede "*uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda*" ancak maddede belirtilen konulara ilişkin olarak tanıklık yapamayacağı öngörülmüştür. Maddenin gerekçesine göre *"çözümü için arabuluculuk yoluna başvurulan bir uyuşmazlık hakkında, daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılabilir. Bu durum, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamamalarından kaynaklanabileceği gibi, kısmî bir anlaşma sebebiyle de ortaya çıkabilir veya taraflar bu uyuşmazlık konusunda anlaşmış olabilirler, ancak bu uyuşmazlıkla bağlantılı başka uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir*"[846]. Her ne kadar maddenin birinci fıkrasında uyuşmazlıkla ilgili açılan davalar bakımından gibi sınırlayıcı bir ifade kullanılmışsa da aynı maddenin dördüncü fıkrasında yerinde olarak gizliliğin, amacına uygun olarak, doğrudan veya dolaylı her uyuşmazlık için geçerli olduğuna değinilmiştir. Yasağın geçerli olması için, arabuluculukta söz konusu olan uyuşmazlıkla, daha sonra ortaya çıkan hukuk davaları ve tahkimdeki uyuşmazlık konusunun aynı olması, örtüşmesi şart değildir. Böylece, yasağı dolaylı olarak delme yönünde kötü niyetli davranışların önüne geçilmesi amaçlanmıştır[847]. Bu yasak, uyuşmazlıkla ilgili doğrudan veya dolaylı bir yargılama sırasında geçerlidir.

[846]Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, m.5.
[847]Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, m.5.

SONUÇ

Tarafların kendi menfaatlerini azami ölçüde karşılayan çözüme ulaşmalarını sağlamak amacıyla, karar verme yetkisini haiz olmayan, tarafsız bir üçüncü kişi olan ve uzmanlık eğitimi almış arabulucunun katılımı ile yürütülen arabuluculuk yöntemi sayesinde uyuşmazlığın herhangi bir dayatma olmaksızın anlaşma ile sonuçlandırması ile daha ucuz ve daha hızlı bir şekilde adalete ulaşılacak, uyuşmazlık da etkin ve kalıcı bir şekilde çözümlenecektir. Arabuluculuk yönteminin bu işlevi dolayısıyla Türk hukuk sisteminin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde arabuluculuk yöntemi teşvik edilerek bu yönde pozitif düzenlemeler yapılmaktadır. Bu gelişmeye paralel olarak ülkemiz bakımından da Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Arabuluculuğun etkin ve yaygın bir şekilde uygulanması için bu konuda mutlaka bir yasal düzenleme gerekmemesine rağmen özellikle arabuluculukta gizlilik, süreler ve taraflarca varılan anlaşmanın icra kabiliyetinin bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasının ortaya çıkabilecek bazı sorunları bertaraf edeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle söz konusu Tasarı'nın kanunlaşarak bir an evvel yürürlüğe girmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Arabuluculuk yönteminin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsenmesi tarafların bu yönteme ve arabulucuya güven duyması ile mümkün olacaktır. Tarafların arabuluculuya ve arabuluculuk yöntemine güven duyması ise arabuluculukta gizliliğin korunması ile doğrudan ilgilidir.

Arabuluculukta gizlilik, arabuluculuk sürecinin aleni olmamasını ve arabuluculuk sürecinde taraflarca ortaya konan bilgilerin sonradan kendileri aleyhine sonuç doğurmamasını ifade eder. Arabuluculuk yöntemi, sürecin aleni olmaması dolayısıyla uyuşmazlığa düşen tarafların, özellikle aleni yapılan duruşmalar esnasında yargılamanın taraflarına ilişkin sırların herkesçe öğrenilmesi ihtimalinin yarattığı sorunlar karşısında önemli bir tercih sebebidir. Ancak sürecin aleni olmaması tarafların arabuluculuk sürecine ve arabulucuya güven duymasını sağlamak bakımından yeterli değildir. Tarafların arabuluculukta gizlilikten beklentileri arabuluculuk sürecinde ortaya konulan ve başka şekilde ulaşılması

mümkün olmayan bilgilerin ileride kendisi aleyhine sonuçlar doğurmamasıdır. Tarafların bu kaygılarının bertaraf edilmesi halinde ancak arabuluculuk sürecine ve arabulucuya güven tesis edilebilecektir. Bu bağlamda arabuluculuk sürecine katılan herkesin sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Arabulucu, taraflar ve yönteme katılan üçüncü kişiler bakımından sır saklama yükümlülüğü arabulucu ve arabuluculuk sözleşmeleri ile sağlanabileceği gibi kanuni düzenlemelerle de hüküm altına alınabilir. Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan arabulucu sözleşmesi, arabulucunun uyuşmazlığın her iki tarafın da menfaatine uygun, tarafsız ve bağımsız hareket etme yükümlülüğü dolayısıyla tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemese de Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde kanunda düzenlenmeyen bir iş görme sözleşmesidir. Arabulucu sözleşmesi iş görme sözleşmesi niteliğinde olduğundan açıkça kararlaştırılmasa dahi arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla edindiği bilgiler bakımından sözleşmeden doğan sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Ancak sır saklama yükümlülüğünün yasal düzenlemelerle hüküm altına alınması halinde arabuluculuk sürecine dahil olmayan üçüncü bir kişiye ait bir sırra vakıf olunması halinde sır sahibinin korunması da pozitif bir dayanak kazanmış olacaktır. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün arabulucu sözleşmesinden kaynaklanması halinde uyuşmazlığın tarafları bakımından gizlilik güvence altına alınmış olacaklarıdır. Ancak sır sahibi üçüncü kişiler bakımından arabulucu ile sır sahibi üçüncü kişi arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığından sözleşmeye aykırılığa ilişkin yaptırımlar uygulanamayacaktır. Kanaatimizce kanun ile arabulucunun arabuluculuk görevi dolayısıyla edindiği bilgilerin sır olarak saklanması yönünde bir düzenleme getirilmesi halinde ise arabulucunun kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü hem uyuşmazlığın tarafları hem de uyuşmazlığın tarafları dışındaki üçüncü kişileri koruma altına alacaktır. O bakımdan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarı'nın 4. maddesi ile arabulucu bakımından getirilen sır saklama yükümlülüğünün yerinde bir düzenleme olup ve sözleşmesel korumadan daha geniş bir koruma getirmektedir.

Uyuşmazlığın taraflarının birbilerine karşı olan sır saklama yükümlülüğü ise arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırılabilecektir. Tarafların arabuluculuk sürecinde öğrendikleri ve başka şekilde ulaşılması mümkün olmayan hususlarda sır

saklama yükümlülüğü arabuluculuk sözleşmesinin konusu olabileceği gibi, arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hüküm içeren yasal düzenlemelerden bazılarında uyuşmazlığın tarafları bakımından da sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı aksi kararlaştırılmadıkça uyuşmazlığın tarafları bakımından da sır saklama yükümlülüğü getirmektedir.

Arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ve üçüncü kişiler için arabuluculuk sürecinde edinilen bilgiler bakımından sır saklama yükümlülüğünün kabulü uyuşmazlığa düşen tarafların arabuluculuk sürecinde ortaya koydukları bilgilerin kendileri aleyhine sonuç doğurmamasını güvence almakla birlikte yeterli değildir. Taraflar, arabuluculuk süreci sona erdikten sonra açılabilecek davalarda yargılama sürecinde arabuluculuk yönteminde ortaya konulan bilgilerin kendisi aleyhine kullanılmayacağının da güvence altına alındığından emin olmak isterler. Bu beklenti medenî usûl hukukuna ilişkin hüküm ve sözleşmelerin konusunu oluşturur. Tarafların bu konudaki en temel endişesi arabulucunun tanık olarak dinlenmesidir. Ayrıca arabuluculuk yöntemi, tarafların arabulucuya güveni üzerine inşa edildiğinden, arabulucunun güvenilirliğinin teminat altına alınması hem tarafların hem de kurumun işleyişinin menfaati gereği arabulucunun tanık olarak dinlenilememesini gerektirir. Tanıklık kamusal bir yükümlülük olduğundan ve arabulucuya sözleşme ile tanıklıktan çekinme hakkı tanınamayacağından arabulucuya tanık olarak başvurulamayacağına ilişkin delil yasakları getiren yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Her ne kadar arabulucuya sözleşme ile tanıklıktan çekinme hakkı tanınması mümkün değilse de kanaatimizce uyuşmazlığın taraflarınca arabulucunun ya da müzakerelere katılan üçüncü kişilerin mevcut veya müstakbel dava tanık olarak gösterilmeyeceğine ilişkin karşılıklı irade beyanlarını içeren usuli bir sözleşme yapmaları mümkündür. Bu sözleşme ise bir delil sözleşmesidir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, yerinde bir düzenleme ile Tasarı'da açıkça belirtilen konularda arabulucu ve sürece dahil olan üçüncü kişilere tanık olarak başvurulamayacağını öngörmektedir. Her ne kadar kanaatimizce tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendi gereğince arabuluculuk yaparken

arabulucunun mesleği dolayısıyla edindiği ve gizli kalması beklenen tüm bilgiler hakkında arabulucuya tanıklıktan çekinme hakkı tanınması gerekmekte ise de, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucululuk Kanunu Tasarısı'nda getirilen delil yasağı daha güvenli bir koruma sağlamaktadır.

Arabulucunun arabuluculuk süreci sonrasında açıklabilecek davalarda tanık olarak gösterilmemesinin yanı sıra taraflar, arabuluculuk sürecine ilişkin hazırlanan belgeler ile arabuluculuk sürecindeki ikrarların, çözüm önerilerine ilişkin görüş ve tekliflerinin de mahkemede kullanılmaması beklentisi içerisindedirler. Taraflar bu yönde ikrar sözleşmesi veya delil sözleşmesi gibi usuli sözleşmeler akdedebilirler. Ancak bu sözleşmelerin yargılama sürecindeki etkisi ve yalnızca sözleşmenin taraflarını bağlayıcı etkisi olması dolayısıyla yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu nedenle Hukuk Uyuşmazlıkalrında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinde getirilen delil yasağı yargılama sürecinde arabuluculukta gizliliğin korunması amacına uygun bir düzenlemedir.

KAYNAKÇA

Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.

Alangoya, Yavuz, "Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi", İstanbul 1973. ("Tahkim")

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979. ("İlkeler")

Alangoya, Yavuz, "İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-103 ("İsviçre").

Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları 7. Bası, İstanbul 2009.

Albin, Wolf, Güteverhandlung und Mediation- Evaluierung der ZPO-Reform von 2002 , Berlin 2006.

Alexander, Nadja, "Global Trends in Mediation: Riding the Thrid Wave", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 1-33. ("GT")

Alexander, Nadja/Gottwald, Walther, Trenczek, Thomas, "Mediation in Germany", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 179 vd.

Alexander, Nadja, Wirtschaftsmediation in Deutschland, Melbourne 1998. ("Wirtschaftsmediation").

Alexander, Nadja/ Ade, Juliane, "Mediation, Schlichtung, Verhandlungs-management, Olbrisch Constantin Münster 2005.

Ansay, Sabri Şakir , Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.

Antalya, Gökhan , "Hizmet akdinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği", YD, 1987, S. 1-2.

Arndt, Herbert/ Lerch, Klaus/ Sandkühler, Gerd, Bundesnotarordnung, Köln 2003.

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Atalay, **Esra**, "Yargısal Temel Haklar", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997.

Atalı, Murat , **"**İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı" (çev. Murat Atalı), MİHDER 2005, S. 1, s. 162-166 ("Taslak").

Atalı, Murat , **"**İsviçre Federal Hukuk Mahkemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler", MİHDER 2006, S. 3, s. 607-633 ("Değerlendirme").

Aydın, Vahdettin, "1982 Anayasası Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması", SDÜİİBFD, 1998, S. 3, s.185-198.

Bagner, Hans, "'Confidentiality: A Fundamental Principle in International Arbitration?" 18 J. Int. Arb, 2001, No. 2, s. 243.

Bargen, Jan Malte, Gerichtsinterne Mediation: eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008.

Barlas, Nami , Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

Baygın, Cem, **"**Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C.IV, S.1–2, Erzincan 2000, s. 345 vd.

Beck, Lucia, Mediation und Vertraulichkeit, Münih 2008.

Bellican, **Cüneyt**, Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C. I, s.535 vd.

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1986

Besemer, Christoph , Mediation in der Praxis, Baden 2002.

Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

Bolayır, **Nur**, Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.

Boulle, Laurence, Mediation Principles, Process, Practice, Sydney-Adelaide Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, 1996.

Breidenbach, Stefan, Mediation Strucktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Berlin 1995.

Briedenbach, Stefan/Henssler, Martin , Mediation für Juristen, Köln 1997.

Brown, Henry/Mariott, Arthur , ADR Principles and Practice, Londra 2002.

Brox, Hans /Walker, Wolf-Dietrich , Allgemeines Schuldrecht, 33. Bası, Münih 2009.

Budak, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul, 2000 ("Üçüncü Kişiler").

Budak, Ali Cem "İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul.

Budak, Ali Cem , Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, İstanbul, 2008.

Burr, Anne , "Confidentiality in mediation communications: A privilege worth protecting", Dis.Res.J., Feb-Apr 2002, s. 64.

Büchting, Heussen , Beck´sches Rechtsanwalts-Handbuch, Münih 2007.

Bühring-Uhle, Christian, Arbitration and Mediation in International Business, Münih 1995.

Bülter, Ahmet, "Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi S.18, 2006, s.1 vd.

Büyükay, Yusuf, "Hekimin Sır Saklama Yükümlüğü", AÜHFD, C.VIII, S.1-2, 2004, s. 383-396.

Capelletti, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World Wide Access to Justice Movement", Mod. Law Rev., S. 56, 1995, s. 282 vd.

Cremer, Katja, Die Vertraulichkeit der Mediation, Leipzig 2006.

Ceylan, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

Cole, Sarah/ Rogers, Nancy/ McEwen, Craig, Mediation: Law, Policy & Practice, 2006.

Çal, Sedat, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi," AÜHFD, C. 57, S.4, 2008, s. 135-190.

Dayınlarlı, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.

Deason, Ellen, "The Quest for Uniformity in Medation Confidentiality: Foolish Cosistency or Crucial Predictability", 85 Marq. L.Rev.2001, s. 79 vd.

Deckert, Katrin, "Frankreich", Mediation, Rechtstatchen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s. 183 vd.

De Palo, Giuseppe/ Harley, Penelope, "Mediation in Italy: Exploring the Contradictions", Neg.J., October 2005, s. 469 vd.

De Palo, Giuseppe /Cominelli, Luigi ,"Crisis of Courts and the Mediation Debate", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 213 vd.

Deren- Yıldırım, Nevhis, "Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.81-99. ("Arabuluculuk").

Deren- Yıldırım, Nevhis, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", ABD 2002/4, s. 40 vd ("Tahkim").

Deren- Yıldırım, Nevhis, "Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği", İÜHFM, C. LIV, 1994, s.321 vd. ("Hakem-Bilirkişi")

De Roo, Annie J/Jagtenberg, Robert W., "The Netherlands Encouring Mediation", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 233 vd.

Doğan, Cahid, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 105 vd.

Donay, **Süheyl**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978.

Döner, İsa, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", AÜEHFD, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 63 vd.

Dönmezer, Sulhi, Tartışmalar-Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 495.

Duve, Christian, "Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution? Überblick über die aussergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB Beilage 9/1998, s. 15 vd. ("Alternative Dispute Resolution")

Duve, Christian/Prause, Matthias, "Mediation und Vertraulichkeit - Der Vorentwurf einer europaeischen Mediationsrechtlinie", IDR 2004, s. 126 vd.

Duve, Christian/Eidenmüller, Horst Hacke, Andreas, Mediation in der Wirtschaft, Köln 2003.

Eckardt, Berndt/Dendorfer, Renate, "Der Mediator zwischen Vertarulichkeit und Zeugnispflicht –Schutz durch Prozessvertrag" MDR 14/2001, s.786 vd.

Editoral Note, 98 Harv. L. Rev.1984, s. 441-459.

Eickmann, Karl Wilhelm, Beweisvertraege im Zivilprozess, Bochum 1987.

Eisele, Jörg, "Strafrecht und Strafprozess", Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schlieffen, §30.

Eidenmüller, Horst, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation: Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Köln 2001.("Vertrags")

Eidenmüller, Horst, "Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation" Konsesuale Streitbeilegung (Ed.) Briedenbach, Stefan/ Coester-Waltjen/ Hess, Burkard/Nelle, Andreas/ Wolf, Christian, Bielefeld 2001.("Grundfragen")

Eidenmüller, Horst, "Verhandlungsmanagement durch Mediation" Mediation in der Anwaltspraxis (Ed.) Henssler, Martin/Koch, Ludwig ("Verhandlungsmanagement")

Eiholzer, Heiner, Die Streitbeilegungsabrede, Freiburg, İsviçre 1998.

Ekler, Çağdaş, "Müzakere Yaklaşımları", www. Muzakere. org, 20.05.2010

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

Erlangen, Reinhard Greger, "Yargı ve Arabuluculuk Model Projesinin Tamamlanmasından Sonra Gelişim Çizgileri", (Çev. Cenk Akil), AÜHFD, S.4, 2008, s. 369 vd.

Falk, Gerhard/ Koren, Gernot, "Zivilrechts-Mediations-Gesetz" Viyana 2005.

Fasching, Hans W.,"Prozessprinzipen und Reform des Zivilprozess" Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburstag, Viyana 1993, s. 126-144. ("Prozessprinzipen")

Fasching, Hans W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Viyana 2004. ("Kommentar")

Ferrari, Susanne/Buchwalder, Elke, "Das Zivilrechts-Mediations- Gesetz in Österreich, FamRZ 2004, s. 1428.

Fisher, Roger/Ury, William, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In, Boston 1981.

Folberg, Jan/Taylor, **Alison**, Mediation, A comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984.

Fortier, Yves, "The Occasional Unwarranted Assumption of Confidentiality", Arb. Int., 1999, S.15, s. 131 vd.

Freedman, Lawrence/ Prigoff, Michael, "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection" Ohio St. J. On Dis. Resol., S. 2, 1986, s. 37 vd.

Fuchshuber, Christian, Mediation im Zivilrecht, Viyana 2004.

Funken, Katja,"Comperative Dispute Management:Court-connected Mediation in Japan and Germany", German Law Journal, C. 3, No: 2-01, February.

Gasser, **Dominik**/ **Rickli**, **Brigitte**, "Schweizerische Zivilprozessordnung", Zürih 2010

Gaul, Hans Friedhelm, "Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu", (Çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002. s. 82 vd.

Goldenberg, Stephen/ Green, Eric D./Sander, Frank E.A., Dispute Resolution, Boston Toronto 1985.

Gottwald, Walther, "Gerichtsnahe Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, s.393 vd.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi), Ankara 2009.

Gray, **Owen V.** , "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, Osgoode Hall Law Journal, 1998/4, s. 667 vd.

Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974.

Grünberger, Stefan,"Die Regelung der Mediation im EheRAEG" 1999, ÖJZ 2000, s. 50 vd.

Gümüş, Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2003.

Günergök, Özcan, "Tarafların Sır Saklama Yükümlülüğü", AÜEHFD C.VII; S.1-2 Haziran 2003.

Gürbüz, Ahmet, "Küreselleşme Olgusu Karşısında Nasıl Bir Hukuk Yaklaşımı İnsanlığa Sunulmalıdır?" in Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt II, Ankara 2006, s. 424 vd

Gürgan, Mahmut, "Teletıp ve Hasta Hakları" Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S.9, 2009; s.104-108.

Gürzümar, Osman B., Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.

Hacke, Andreas, "Rechtsanwälte als Parteivertreter in der Wirtschaftsmediation" SchiedsVZ 2004, Heft 2, s. 80.

Hacke, **Andreas**, Der-ADR Vertrag: Vertragsrecht und vertragliche Gestaltund der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösüngsverfahren, Heidelberg, 2001 ("Der ADR-Vertrag),

Hager, Günter, "Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation", Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003.

Hartmann, Christoph, "Sicherung der Vertraulichkeit", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §27.

Hartung, **Wolfgang/Holl**, **Thomas**, Anwaltliche Berufsordnung-Kommentar und Berufsrechts-ABC, Münih 2001

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Heintz, Jean-Jacques, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış", Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 2006, s.21 vd.

Hehn, Marcus, "Entwicklung und Stand der Mediation-ein historischer Überblick", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen , Münih 2002, s.150 vd.

Henssler, Martin, "Das anwaltliche Berufsgeheimnis" NJW 1994, s. 1817.

Henssler, Martin/Koch, Ludwig, Mediation in der Anwaltspaxis, Köln 2004.

Henssler, Martin/Prütting Hans, Bundesrechtsanwaltsordnung: Kommentar, Münih 2004.

Hess, Burkhard/Sharma, Daniel, "Rechtsgrundlagen der Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §26.

Hess, Burkhard, "Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung-Regelungsbedarf im Verfahrens-und Berufsrecht?", Gutachten F zum 67. Deutschen Jursitentag, Erfurt 2008.

Hilber, Marc, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationverfahrens**,** Hamburg 2006.

Honeyman, **Christopher**, "Patterns of Bias in Mediation", Mo. J. Disp. Res., 1985, s. 141.

Hopt, Klaus J / Steffek, Fellix, "Grundlagen", Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffex, Tübingen 2008, s. 1 vd.

Hoxie,Timothy, "Protecting Confidentiality in Mediation", Harv. Law Rev. 98, 1984, s. 441 vd.

Hughes, **Scott**, "The Uniform Mediation Act: To The Spoiled Go The Privileges", 85 Marq. L. Rev., 2001, s. 9.

Hutner, Armin, "Die Mediationsvereinbarung Regelungsgegenstaende und vertragsrechtliche Qualifizierung" SchiedsVZ 2003, s. 226 vd.

Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

Ingleby, Richard, "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation", Modern Law Review, S.56, 1993, s. 441.

İmre, Zahit, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının Korunması ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler" İÜHFM, C.39, S.1-4, İstanbul 1974.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuku Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005.

İsfen, Osman, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun", MİHDER 2006/3, S.5, s. 1325 vd. ("Avusturya")

İsfen, Osman, "Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu" MİHDER 2006/3, S.5, s. 1335 vd.("Bavyera Eyaleti Uzlaştırma Kanunu")

İşgüden, Burcu/Çabuk, Adem, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri", Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.9, S.16, s. 59 vd.

Kalpsüz, Turgut, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları", İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Ankara 2001, s. 339-379.

Karasu, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 1999.

Karyağdı, Müjgan, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi", GÜHFD, C. XI, S.1- 2,2007, s. 919 vd.

Karslı, Abdürrahim,Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.

Katzenmeier, Christian, "Zivilprozess und aussergerichtliche Streitbeilegung" ZZP 2002, S.115, s. 51 vd.

Kayıhan, Şaban/ Günergök, Özcan, "Borçlar Kanunu M. 386 f. II Karşısında İsimsiz İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?", AÜEHFD, 1998, C. II, S. 1, s. 275 vd.

Kekeç, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010.

Kentra, Pamela A.,"Hear No Evil, See No Evil, Speak No Evil: The Intolerable Conflict for Attorney Mediators Between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct" Brigham Young University Law Review, 1997, S. 3, s. 717 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993. ("Hukuksal Sorumluluk")

Kılıçoğlu, **Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007 ("Borçlar Hukuku".

Kılıçoğlu, Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2006 ("İcra Sözleşmeleri").

Kırel, Çiğdem, "Örgütlerde Etik Davranışlar Yönetimi ve Bir Uygulama Çalışması", Eskişehir Anadolu Üniversitesi İ.İ.B.F. Yayınları No: 168, 2000.

Kilian, Matthias/Wielgosz, Joanna, "Gerichtsnahe Mediation- Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Einbindung alternativer Konfliktlösungmechanismen in das Zivilverfahrensrecht", ZZPInt. 9. Band 2004, s. 355.

Kiraz, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.

Kirtley, Alain, "The Mediation privileges Transition from Theory to Implementation: Designing a Medaition Privilege Standart to Mediation Participants, the Process and the Public Interest", Dis. Res. J., 1995, s. 1 vd.

Kleinknecht, Theodor, "Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und Schutz der Personlichkeit", Fsetschrift für Maximilian Nüchterlein, Nürnberg 1978, s. 173-190.

Kracht, Stefan, "Rolle und Aufgabe des Mediators- Prinzipien der Mediation", Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §15.

Konuralp, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.

Kouris, Sterphen, "Confidentiality: Is International Arbitration Losing one of its Major Benefits?" J. Int. Arb., 2005, S. 22/ 2, s. 127 vd.

Kumberg, Wolf Von, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 129 vd.

Kurt-Konca, **Nesibe**, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4 Cilt, İstanbul 2001. ("Hukuk Muhakemeleri")

Kuru, Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", MİHDER 2010/2, s. 237 vd.("Arabuluculuk")

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, Münih 1987.

Larenz, **Karl/Wolf**, **Manfred**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997.

Lee, Jaime/ Geisler, Carl, "Confidentiality in Mediation", Harv. Neg. L. Rev. S.3, 1998, s. 285 vd.

Leuenberger, **Christoph**/ **Uffer-Tobler**, **Beatrice**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.

Maehler, Gisele/Maehler,Hans-Georg, "Missbrauch von der mediation erlangten Informationen", ZKM 2001, s. 4 vd. ("Missbrauch").

Maehler, Gisele/Maehler,Hans-Georg, **"**Mediation in der Praxis", Mediation. Die andere Scheidung Ein interdisziplinärer Überblick. (Ed.) Josef Duss-von Werdt - Gisela Mähler - Hans-Georg Mähler, Stuttgart 1995, 129 vd. (Praxis)

Meier, Isaak, "Mediation and Conciliation in Switzerland" Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s. 341 vd.

Meier, Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich Basel Genf 2010. ("Zivilrpozessrecht").

Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005.

Moore, Christopher W., The Mediation Process, Third Edition, San Francisco, 2003.

Musielak, Hans Joachim, Zivilprozessordnung Kommentar, 7. Auflage, Münih 2008.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1: §§ 1–510c, Münih 2008.

Mürner, Diana, Gerichtsnahe Zivilmediation, Zürih- Basel- Genf, 2005.

Nolan-Haley, Jacqualeine M., Alternative Dispute Resolution, St. Paul, Minn., 2001.

Nölting, Hubertus, Mediatorenverträge, Hamburg 2003.

Namlı, Mert, "Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumun Temel Esasları", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 99 vd.

Oberhammer, **Paul/Domej**,**Tanja**, "Ein Rechtlicher Rahmen für die Mediation in Östterreich", ZKM 2003/4, s.144 vd.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

Oğuzman, **Kemal/Barlas**, **Nami**, Medeni Hukuku, İstanbul 2007.

Olzen, Dirk, "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess", ZZP 98 (1985), s. 403 vd.

Oldenbruch, Hannah, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Berlin 2006.

Ott, Stefanie, Aussergerichtliche Konfliktbeilegung in Zivilsachen- Der baden-württembergische Entwurf eines Gesetzes zur obligatorischen aussergerichtlichen Streitschlichtung, Tübingen 2000.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Özbek, Mustafa, "Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk" ABD 2001/3, s. 113-139. ("Avukatlık Kanunu")

Özbek, Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" AÜHFD 2002/2, s. 121-162. ("Adalete Ulaşma")

Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004. ("Alternatif Uyuşmazlık").

Özbek, Mustafa, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi" TNBHD 2006/132, s. 43-58. ("Noterler")

Özbek, Mustafa, "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi" AÜHFD 2007/1, s. 183-231. ("Yönerge").

Özbek, Mustafa, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı", DEÜHFD, C. VII, S. 2, İzmir 2005, s. 71-102. ("Aile Arabuluculuğu")

Özbek, **Mustafa**, "Türk ADR Mevzuatı ve Tasarıları", http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-mevzuati-ve-tasarilari/hukuki-ve-ticari-uyusmazliklarda-arabuluculugun-belirli-yonlerine-iliskin-21-05-2008-tarihli-avrupa-parlementosu-ve-konseyi-yonergesi-2008-52-ec (erişim tarihi: 07.12.2010) ("ADR Mevzuatı").

Özbek, **Mustafa**, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD 2007/68, s. 265-320 ("Avrupa Birliği").

Özbek, **Mustafa** , "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s.261-292 ("Genel Bakış").

Özekes, Muhammet, "Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi", HPD 2006/7, s.40-45.("Öneri")

Özekes, Muhammet , "Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk", Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 105 vd ("Yanılgılar ve Önyargılar").

Özekes, Muhammet , Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. ("Hukuki Dinlenilme")

Özsunay, Ergun, "Tahkim Yargılamasında Mahremiyet", İs.BD, 2004/2, s. 541 vd.

Öztek, Selçuk, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına İlişkin Görüş ve Eleştiriler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 15 vd.

Öztek, **Selçuk**, "Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü", Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID'de Arabuluculuk", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, s. 339 vd.

Öztürk, Bahri /Tezcan, Durmuş /Erdem, Mustafa R. /Sırma, Özge / Saygılar, Yasemin/Alan, Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.

Palandt, **Otto**, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz; Gewaltschuldsgesetz (Auszug), Münih 2003.

Paulsson, Jan/ Rawding, Nigel, "The Trouble with Confidentiality" Arb.Int., 2005, S.11, s. 303.

Pekcanıtez, Hakan,"Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzBD, 1997, S.2, s. 35 vd ("Adil Yargılanma").

Pekcanıtez, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753 vd. ("Hukuki Dinlenilme").

Pekcanıtez, Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", HPD, 2005/5, s. 12-16. ("Alternatif Uyuşmazlık")

Pekcanıtez, Hakan, "Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 51 vd.("Gelişmeler")

Pekcanıtez, Hakan, "Yargı reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler", İz BD 1995/2, s.13 vd.("Yargı reformu")

Pekcanıtez, Hakan, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408 vd. ("Aleniyet").

Pekcanıtez, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı", Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 ("Tanıtım").

Pekcanıtez, Hakan, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 59 vd. ("Tebliğ").

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010.

Peyer, Jürg, Der Widerruf im Schweizerisches Auftragsrecht, Zürih 1974.

Picker, Benett, G., Mediation Practice Guide, A Handbook for Resolving Business Disputes, American Bar Association, 1998.

Pitkowitz, Nikolaus, "Die neuen Meidationsregeln der EU- Ist Österreich noch Wegbereiter?" SchiedsVZ 2005, s. 81 vd.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1970.

Pruckner, Martina, Recht der Mediation, Viyana 2003.

Prütting, Hans, "Haftung", Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §31 ("Haftung").

Prütting, Hans, "Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation" Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century (Ed.) Briner, Robert/ Fortier, Yves L/ Berger, Klaus Peter/ Bredow, Jens, Köln 2001, s. 629 vd. ("Vertraulichkeit")

Prütting, Hans, "Verfahrensrecht und Mediation" Mediation für Juristen (Ed) Briedenbach, Stephan/Henssler, Martin, Köln 1997.

Rechberger, Walter H., "Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılamaya İlişkin Yeni Sorunlar", (Çev. Kamil Yıldırım) İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 67 vd.

Reisoğlu, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.

Reuben, Richard C., "Sound of Dust Settling: A Response to Cristisms of the UMA, J. Disput. Resol., 2003, s. 99 vd.

Riskin, **Leonard L**., "Towards New Standarts For The Neutral Lawyer in Mediation", Arizona Law Review 1984, C. XXVI, s.329-362.

Risse, Jörg, "Klassisches Verhandeln und Wirtschaftsmediation" ZKM/Kon:sens, 1999, s.131 vd.

Risse, Jörg, Wirtschaftsmediation, Münih 2003. ("Wirtschaftsmediation").

Risse, Jörg, "Wirtschaftsmediation", NJW 2000, s. 1614-1620. ("NJW").

Risse, Jörg/ Wagner, Christof, "Mediation im Wirtschaftsrecht" Handbuch Mediation, (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, §38 ("Haftung").

Roberts, Marain, "Systems or Selves? Some Ethical Issues in Family Mediation", 10 MQ 11 (1992).

Robinson, Peter, "Centruies of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should Be Embraced and Broadaned" J. Disp. Resol.2003

Roth, Markus/Gherdane, David, "Österreich" Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s.103 vd.

Rosell, Jose , "Arbitration v. State Courts: Arbitration Confidentiality Challanged by The State Courts", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara.

Rufenacht, Mindy, "The Concern over Confidentiality in Mediation", J. Dis. Resol., 2000, s. 113 vd.

Saenger, Ingo, Zivilprozessordnung, 3 Bası, 2009.

Schiedermair, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.

Schilken, Eberhard, "Probleme der aussergerichtlichen obligatorsichen Streitschlichtung aufgrund der Öffnungsklausel nach §15a EGZPO", Festschrift Ishikawa 2001, s. 471 vd.

Schlieffen, Katharine Graefin /Ponschab, Reiner/ Rüssel, Ulrike/ Harms, Torsten, Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, Berlin 2006.

Schmidt, Frank, **"**Mediationsvereinbarung des Anwaltmediators" ZKM 2000, s. 71 vd.

Schmiedel, Liane, "Niederlande" Mediation Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (Ed.) Hopt/Steffek, Tübingen 2008, s. 329 vd.

Schütz, Jürg, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2009.

Schütze, Rolf A., Schiedsgerichts und Schiedsverfahren, Münih 2007.

Schütze, Rolf A. /Tscherning, Dieter /Wais, Walter, Handbuch des Schiedsverfahrens, Berlin 1990.

Sekolec, Jerney, **"**Introduction to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", 2002 ICCA Yearbook Commercial Arbitration, s. 398 vd.

Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

Serozan, Rona, "Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2, S.3, İstanbul 1968, s. 108 vd.

Şener, Oruç Hami, Adi Ortaklık, İzmir 2008.

Silveria, Mercédeh Azeredo da, "Impartiality v. Substantive Neutrality: Is the Mediator Authorized to Provide Legal Advice?", Dis. Res. J., February/April 2007, s.26-33.

Simotta, Daphne-Ariane, "Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess" Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 449-465**.**

Stienstra, Donna/Willing, Thomas E., "Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts", Federal Judicial Center www.fjc.gov, (erişim tarihi: 21.11.2011)

Stintzing, Heike, Mediation-A Necessary Element in Family Dispute Resolution, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien; Lang, 1994.

Stulberg, Joseph B., Taking Charge-Managing Conflict, Lexington 1987.

Subaşı, İbrahim, "Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk" Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 743 vd.

Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006. ("Avukatlık")

Sungurtekin Özkan, Meral, "Tarafların Uzlaşma Sağlama Yetkisi (AvK md.35/A)", MIHDER, S. 2 2005, s.360. ("Uzlaşma").

Susskind, Lawrence/ Cruikshank, Jeffrey, Breaking the Impasse Consensual Approaches to Resolving Public Disputes, New York 1987.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2008.

Şıpka, **Şükran**, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", İTic.ÜSBD, S.12, 2007/2, s.165.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Ankara 1977.

Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010. ("Mesuliyet")

Tanrıver, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, Sa. 1-2, s. 333-348. ("Sulh")

Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine" AÜHFD 2000/1-4, S.67-83. ("Önlemler").

Tanrıver, Süha, **"**Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 89 vd. ("Arabuluculuk ve Uzlaştırma")

Tanrıver, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD, 2006/64, s. 151 vd. ("Alternatif Uyuşmazlık").

Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı" TBBD, 2004, S. 53, s. 191 vd. ("Adil Yargılanma")

Taşkın, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000.

Taşpınar, Sema, İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Tekin, Ceren, "Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi", MİHDER 2006/3, S. 5, s. 1343 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001.

Tuluay, Metin, Delil Anlaşmaları (Yayınlanmamış Doktora Tezi)

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.

Ulusan, İlhan, "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1971, Sayı: 7, s. 149 vd. ("Sulh")

Ulusan, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prod. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s.275 vd. ("Culpa in Contrahendo").

Usluel, Gürbüz Aslı, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul 2009.

Üstündağ, Saim,Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1997.

Uzeltürk, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004.

Volkmann, Judith, "Mediation im Zivilprozess", Frankfurt 2006.

Wagner, Gerhard, Prozessvertraege Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998. ("Prozessvertraege").

Wagner, Gerhard, "Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag", NJW 2001, s.1398 vd. ("Sicherung der Vertraulichkeit").

Wagner, Klaus R.,, "Notariat und Mediation-institutioneler Rahmen" Handbuch Mediation (Ed.) Haft/Schliffen, Münih 2002, s. 645-673. ("Notariat")

Walter, Gerhard, "Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung" ZZP 1990, S.103, s. 140 vd.

Ware, Stefan J., Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001.

Warren, Samuel/Brandeis, Louis D., "Right to Privacy", Harv. Law Rev. 193, 1890. http://www.spywarewarrior.com/uiuc/w-b.htm

Weiler, Todd, International Investment Law and Arbitration, Londra 2003.

Weston, Maureen A., "Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling The Tension in the Need for Good-Faith Participation. Autonomy and Confidentiality", Indiana Law Journal, S.76, s. 591-646.

Yannaca-Small, Katia, "Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, No. 2005/1, Nisan 2005.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2009.

Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009.

Yeni, Hasan, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009, s. 147 vd.

Yeşilova, **Bilgehan**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.

Yıldırım, M.Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

Yıldırım, M. Kamil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi"**,** Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.35-81 ("Değerlendirme").

Yıldırım, M. Kamil, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında" , Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 337 vd ("Mahkeme Dışı").

Yıldırım, **M. Kamil**, "Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID'de Arabuluculuk", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, s. 359 vd. ("ICSID'de Arabuluculuk")

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992.

Yılmaz, Ejder , "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 843-855. ("Uzlaşma Sağlama").

Yılmaz, Muzaffer Ercan, "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci", KaHukA, Eylül 2006, s. 96 vd

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Zeytin, Zafer, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", www.medimagazin.com.tr/mmhekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html, (erişim tarihi: 01.05.2010).

Zöller,Richard, Zivilprozessordnung, 28. Auflage, 2010.

http://acikkapi.bilgi.edu.tr
http://www.arabulucu.com
http// bdp-verband.org
http://www.bmj.bund.de
http://www.cedr.com
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr
http://www.fjc.gov
http://www.hukuki.net
http://www.istanbulbarosu.org.tr
http://www.kgm.adalet.gov.tr
http://www.law.cornell.edu

http://www.law.upenn.edu
http://www.lcia.org
http://www.legalisplatform.net
http://www.nccusl.org.
http://www.nethaber.com
https://www.sccam.org.
http://www.spywarewarrior.com
http://www.uncitral.org
http://www.tdk.gov.tr
http://www.uncitral .org