

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ*

(A GENERAL VIEW ON THE MANDATORY MEDIATION SYSTEM WITH REGARDS
TO THE TURKISH AND COMPARATIVE LAW)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Seda Özmumcu**

ÖZ

Günümüzde uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri ile dostane ve barışçıl yollar ile çözümü için dünya genelinde eğilim bulunmaktadır. Bu yöntemlerden biri de arabuluculuk usulüdür. Arabuluculuğun temel ilkelerinden birisi, bu yöntemin gönüllülük esasına dayalı olmasıdır.

Bununla birlikte dünyanın çeşitli ülkelerinde örneğin Avrupa'da, Amerika ve Avustralya'da dava açmadan önce veya dava açtıktan sonra arabuluculuk usulüne başvurmayı zaruri sayan ve zorunlu arabuluculuğu kabul eden sistemler yer almaktadır. Ülkemizde de yakın tarihlerde belirli çeşit uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu hale gelmesi gündeme gelmiştir. Bu bağlamda zorunlu arabuluculuk konusunda dünya uygulamalarından da örnekler verilerek, bu modelin adalete erişim hakkına engel teşkil edip etmeyeceği, mahkemelerin dava yükünü azaltıp azaltmayacağı hususuna temas edilmek suretiyle hukuk sistemimiz içerisindeki yeri tartışmaya konu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı Hukuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Adalete Erişim, İhtiyari Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Dava Kültürü.

ABSTRACT

Nowadays there is a tendency to settle disputes outside the court via amicable and peaceful alternative dispute resolution methods. One of such methods is mediation. One of the main principles of mediation is that mediation is based on voluntariness.

Along with that in various countries such as America, Australia and some countries in Europe have systems which accepts mandatory mediation by making the application to mediation mandatory prior or after the petitioning. It was also recently on our country's agenda to make mediation mandatory on some types of disputes. In this context the place of this model in our judicial system

* Bu makale, 14.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 20.11.2016 tarihinde birinci hakem; 17.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra -İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

will be discussed by mentioning whether this model will hinder the access to justice or not, whether it will decrease the workload of the courts or not, via giving examples regarding the application of mandatory mediation around the world.

Keywords: Comparative Law, Alternative Dispute Resolution, Access to Justice, Voluntary Mediation, Mandatory Mediation, Culture of Litigation.

I. GİRİŞ

Günümüzde belirli nitelikteki hukuki ve ticari uyuşmazlık çeşitlerinde arabuluculuk yöntemi giderek daha popüler bir seçenek haline gelmiştir. Dünya genelinde, geçtiğimiz son on yıl içerisinde bir eğilim olarak karşımıza çıkan zorunlu arabuluculuk sistemine olan yaklaşımların farklı ayrımları olduğu görülmüştür. Genel olarak, isteğe bağlı (gönüllü) bir süreç olarak düşünülen arabuluculuk faaliyetinin, bu sürece başvurmak konusunda tarafları zorlama yönüne doğru eğilim göstermesi, beraberinde bazı tartışmaların doğmasına da sebep olmuştur.¹ Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, özellikle İngiltere ve Avustralya’da ve Avrupa’da da bu yöne doğru cereyan eden farklı zorunlu arabuluculuk programları olduğu görülmektedir. Bu noktada özellikle zorunlu arabuluculuğa izin vermek ve uygulamak hususunda alınacak kararları etkileyecek çok sayıda faktörün olduğu görülmektedir. Nitekim Kara Avrupası hukukunu uygulayan ülkeler ile İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya gibi common law uygulamasının geçerli olduğu hukuk sistemleri arasında, bu ülkelerin arabuluculuğa yaklaşımları da farklılık göstermektedir. Bu faktörler, özellikle Avrupa cephesinden bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanması ve Avrupa ekonomik alanı içinde serbest ticareti kolaylaştırmaya odaklı olarak yakından ilgili bir seyir izlemektedir. Nihayet iç faktörler, zorunlu arabuluculuğa yönelmede önemli etkenlerdir.²

II. ZORUNLU ARABULUCULUK MODELLERİ

Bu kurumu daha iyi anlayabilmek için, esas olarak zorunlu arabuluculuk (*mandatory mediation*) kavramı ile ifade edilmek istenen hususun ne olduğunun tanımını yapmak gerekmektedir.³ Bu yaklaşımlar genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. İlk olarak, bazı zorunlu arabuluculuk modelleri, belli konularda otomatik ve zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulmasını kabul etmektedir. Bu tür sistemler, esas olarak yasal düzenlemeler yoluyla dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurmalarını bir ön şart olarak gerekli görmektedir. Özellikle Avustralya’da New South Wales (Yeni Güney Galler) eyaletinde zorunlu arabuluculuk uygulamasına, tarım borçlarının arabuluculuk usulünü uygulamak suretiyle kurtarılması örnek olarak gösterilmektedir. Bunun dışında son dönemde de İtalya’da zorunlu arabuluculuk uygulamaları görülmektedir.⁴ Amerikan hukuk doktrininde **Frank E.A. Sander** tarafından zorunlu arabuluculuğun bu modeline **kategorik yaklaşım** (*categorical*) olarak

¹ Melissa Hanks, Perspectives on Mandatory Mediation, UNSW Law Journal, Vol.35, (3), 2012, (s.929-952), s.929.

² Hanks, s.929.

³ Hanks, s.930.

⁴ Hanks, s.930.

işaret edilmektedir.⁵ Ancak bununla beraber, **Sander**, kategorik yaklaşıma karşı, buna göre hazırlanan kanunların arabuluculuğa başvuran taraflara, istisnadan yararlanma hükmü şeklinde bir hüküm içermesi gerektiği noktasında uyarıda bulunmaktadır.⁶ Bu model, Avustralya'da aile hukuku arabuluculuğu alanında ve son yıllarda İngiltere'de istinaf mahkemelerinde pilot projelerde uygulama alanı bulmaktadır.⁷

İkinci kategori zorunlu arabuluculuk modeli ise, **Sander** tarafından **isteğe bağlı, ihtiyari** (*discretionary*) olarak tanımlanan ve çoğu kez mahkeme tarafından sevk edilen arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır.⁸ Bu model, Avustralya'da geniş ölçüde uygulama alanı bulan bir yöntemdir. Burada sistem, hâkime vakıa (olay) bazında duruma göre, tarafların rızası ile veya tarafların rızası olmaksızın onların arabuluculuğa sevk edilmesini sağlayacak bir yetki vermektedir. Buna karşılık, Avrupa ülkelerinde bu sistem düşük düzeyde kabul görmüştür.⁹ Son kategori, **yarı mecburi** (*quasi compulsory*) olarak tanımlanan zorunlu arabuluculuk modelidir. Bu çeşit zorunlu arabuluculuk programlarında, alternatif uyuşmazlık çözümleri (AUÇ) zorunlu olmamasına rağmen, dava açılmadan önce bu yöntem denenmemişse, yargılama masraflarının olumsuz etkisi sebebiyle, etkili bir şekilde zorlama görülmektedir.¹⁰ Bu konuda İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*) ile Avustralya'da yürürlüğe giren 2011 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarını Çözüm Kanunu (*Civil Dispute Resolution Act*), bu uygulamaların örneklerini içermektedir. Her iki Kanun'da uyuşmazlığı bir anlaşmayla çözmek için makul bir şekilde hareket etmeyen taraflara karşı, yargılama masraflarının yüklenmesini müeyyide olarak uygulamaktadır.¹¹

III. AVRUPA'DAKİ GELİŞMELER

A. Genel Olarak

Avrupa'da zorunlu arabuluculuk sistemine bakış açısı farklı bir görünüm seyretmektedir. İlk olarak, konuya tek bir ekonomik bölge yaratmak ve Avrupa hukuk sistemlerinin birleşmesini sağlamak bakımından yaklaşılmıştır. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümleri alanında, özellikle tüketici uyuşmazlıklarında serbest ticaret bölgesinde ortaya çıkan sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısının artmasının sonucu olarak, bu durum önemli gelişmelere yol açmıştır.¹² Örneğin, tüketici hukuku alanında Avrupa Birliği'nin 1998¹³ ve 2001¹⁴

⁵ Frank E. A. Sander, 'Another View of Mandatory Mediation' *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13 (2), 2007, (s.16), s.16.

⁶ Sander, s.16.

⁷ Hanks, s.931.

⁸ Sander, s.16.

⁹ Hanks, s.931.

¹⁰ Hanks, s.931.

¹¹ Hanks, s.931-932.

¹² Hanks, s.932. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Ashley Feasley, *Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supnational Standard*, *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2011, Issue 2, Article 5, (s.333-350), s.33 vd.

¹³ (Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes).

¹⁴ (Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Out-of-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes).

yıllarında yayımladığı iki önemli tavsiye kararı bulunmaktadır. Avrupa Birliği genelde tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözümleri faaliyetine erişimini kolaylaştırmak için destek vermektedir.¹⁵

İkinci olarak ve daha önemlisi Avrupa Birliği'ne üyeliğin, üye devletlerin arabuluculuk ile ilgili iç politikalarının üzerine etkisi bulunmaktadır. Buradan da görüleceği üzere İngiltere ve Avustralya'da zorunlu arabuluculuğa yönelik tutumları arasındaki önemli farklar Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin uygulamasına dayanmaktadır.¹⁶

Bu düzenlemeye göre, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

Özellikle arabuluculuk konusunda, Avrupa Komisyonu tarafından 2004 yılında “Arabulucular için Etik Davranış Kuralları” (*European Code of Conduct for Mediators*) yayımlanmıştır. Arabulucular için Etik Davranış Kuralları ile Avrupa Birliği genelinde yüksek düzeyde arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması hedef edilmiştir. Sınır ötesi hukuki uyuşmazlıklar çerçevesinde, Avrupa Birliği'nde 1990'lı yılların sonunda arabuluculuk hakkında Yeşil Kitap'ta yayınlanmak için alınmış karar bulunmaktadır.¹⁷ Bu kararlar, 2002 yılının nisan ayında Yeşil Kitap'ta yanıtlanmıştır.¹⁸ Buna göre, alternatif uyuşmazlık çözümleri üç faktör sebebiyle birçok ülkede vatandaşların karşı karşıya kaldıkları adalete erişim sorununa bir çözüm önermektedir. Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkların sayısı artmakta, bu işlemlerin çoğalması suretiyle yargılamada zaman ve masraf bakımından da önemli bir artış meydana gelmektedir. Bu sebeple Yeşil Kitap, alternatif uyuşmazlık çözümlerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi gereğince kabul edilen adalete erişim hakkının geliştirilmesinin bir yolu olarak değerlendirmektedir. Aynı zamanda, arabuluculuk gibi bu çeşit faaliyetlerin, adli sürecin tamamlayıcısı (*complement judicial processes*) olarak kullanılabilmesine de işaret etmektedir.¹⁹ Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu'nun 2008/52/EC sayılı *Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine* ilişkin Avrupa Konseyi'nin 21 Mayıs 2008 tarihli Yönergesi'ni kabul etmiştir. Yönerge, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

¹⁵ Hanks, s.932. Bu konuda ayrıca Bkz. Giorno Fabio Colombo, Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems, Ritsumeikan Law Review, No.29, 2012, (s.71-80), s. 73.

¹⁶ Hanks, s.933.

¹⁷ Jacqueline Nolan-Haley, Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation, Fordham University School of Law, 2012, (1-31), s. 9vd; (<http://ssrn.com/abstract=2010615>); Hanks, s.933; Colombo, s.73-74; Feasley, s.336-337.

¹⁸ Hanks, s.933. Yeşil Kitap (Green Paper) da yanıtlanan sorulardan ortaya çıkan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Mustafa Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD, 2007, C.56, S.1, (s.185-231), s.207 vd.

¹⁹ Hanks, s.933.

edemeyecekleri konular hariç, sadece sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklarda, uygulama alanı bulmaktadır.²⁰ Yönerge, Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkelerde Danimarka hariç uygulama alanı bulmaktadır. Yönerge'yi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin kabul edilip edilmemesi hususunu üye devletlerin kendisine bırakmıştır. Yönerge'ye ilişkin hükümlerin yürürlüğe konulması için öngörülen son tarih 21 Mayıs 2011 olarak öngörülmüştür. Avrupa Komisyonu 2011 yılının kasım ayında, bu hükümlerin yürürlüğe konulması konusunda bilgilendirmede bulunmayan Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve İspanya'ya karşı yasal yollara başvurmasına rağmen, üye devletlerin çoğunluğu, bu zaman çizelgesine riayet etmiştir.²¹

Avrupa Parlamentosu tarafından 2011 tarihli uygulama raporunda, birkaç üye devletin Yönerge'yi kabul ettiği koşulların daha ötesine geçen ulusal yasal düzenlemelere gittiği bildirilmiştir. Bu rapor ayrıca, yargısal prosedürler ile arabuluculuk arasında dengeli bir ilişki kurmak ve vatandaşların güvenilir ve öngörülebilir alternatif uyuşmazlık çözümleri hizmetlerine erişimini sağlayan amaçları yeniden teyit etmiştir. Bunun yanı sıra Yönerge'yi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya konulmasına dair ifadeler açısından bu hususu açık bırakmayı tercih etmiştir.²²

Yönerge'nin 3. ve 5.maddesinin 2. fıkrası zorunlu arabuluculuğun geçerliliğini kabul etmektedir. Bu noktadan hareketle, bu yorum Avrupa Adalet Divanı'nın 18.03.2010 tarihli kararı ile de desteklenmiştir. Avrupa Adalet Divanı, mahkeme dışı zorunlu arabuluculuğun, bağlayıcı bir karar ile sonuçlanmadığı, davada önemli bir gecikmeye sebep olmadığı, mahkemenin yargı yetkisini zaman aşımı süreleri sebebiyle devre dışında bırakmadığı, aşırı masraflı olmadığı sürece, Avrupa hukukuna aykırı olmadığına karar vermiştir.²³

Bu konuda özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın desteği genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin yer alan adalete erişim hakkını anlamak için önem taşımaktadır. Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı'nın kararı, adalete erişimi oluşturan şey konusunda, makul süre içinde yargılamadan önce duyulan böyle ihtiyaçların olduğu davalar için, diğer prosedürlerin yardım sağlayıp sağlayamadığı ve mahkeme yoluna başvurmanın derhal mevcut olup olmadığı hususlarını içeren bazı sorunların doğmasına neden olmuştur.²⁴ Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuk sistemleri, bir çözüm anlaşmasına ulaşılamadığı takdirde, mahkemeye başvurmanın tarafların haklarını elde tutmak bakımından, mahkemelerin dava yükünü azaltarak, makul süre içinde uygun alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarına erişimi uyuşmazlığa düşenlere sağlamada potansiyel olarak desteklemektedir. Yönerge'nin diğer bazı hükümleri de eleştiriye konu olmuştur. Bunlar, arabuluculuğa zorlamadan elde edilen anlaşmaların ortak standartlarının yokluğu ve büyük ölçüde arabuluculuğa teşvik etmekten ziyade arabuluculuğun niteliğini (kalitesini) desteklemeye odaklı, gizlilik hükmünde boşluklar olarak görülen, sınır ötesi uygulamaların sınırlanması üzerine odaklanmaktadır.²⁵

²⁰ Hanks, s.933-934; Colombo, s.73-74.

²¹ Hanks, s.933-934.

²² Hanks, s.934.

²³ Hanks, s.934-935.

²⁴ Hanks, s.935.

²⁵ Hanks, s.935.

B. İtalya'da Zorunlu Arabuluculuk Sistemine İlişkin Gelişmeler

Avrupa Birliği'nde, Yönerge'ye gerek süratle gerek kesin olarak uygun hareket eden ülke, İtalya olmuştur.²⁶ İtalya özellikle mahkeme sisteminde adalete erişim kapsamında, yargılama sırasında ortaya çıkan ertelemeler (talikler) sebebiyle birikmiş işlerden (davalardan) önemli ölçüde rahatsız olmuştur. Nitekim bir davacı, davası bakımından kanun yoluna başvurmak istediği takdirde, nihai karar için yaklaşık on yıl beklemektedir. Bu durum, 2000'li yıllarda İtalyan hükümeti açısından, hem felaket hem de korkunç olumsuz sonuçlar olarak ifade edilmiştir. ²⁷ Bu suretle İtalya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, talepte bulunan bireylere 600 milyon Euro ödemek zorunda kalmıştır.²⁸

Buna karşılık, İtalya'da 1990'lı yılların başlarında İtalyan Hükümeti, arabuluculuk hizmetlerini tanıtmak için yerel Ticaret Odalarına yetki vermek ve hukuki uyuşmazlıkları arabuluculuğa sevk etmek ve küçük meblağlı uyuşmazlıklarda karar verme yetkisine sahip 4000 civarında "Uzlaşma Hâkimleri" (*Judges of the Peace*) atamak suretiyle yargılamada meydana gelen gecikmeleri azaltmayı hedeflemiştir.²⁹ İtalya'da hükümet 1998 yılında ilk kez tüketicilere yetki veren, alt sözleşme yapmayı gerektiren ve dava açmadan önce arabuluculuğa gitmeyi öngören işçi - işveren uyuşmazlıkları ile ilgili üç kanun ile kesin zorunlu arabuluculuk projesini uygulamaya koymuştur. Arabuluculuk ile bağlantılı yasama ile ilgili bir sonraki önemli girişim, arabuluculuk faaliyeti sırasında yargılama işlemlerinin durdurulmasını gerektiren belirli davalar olmuştur. Bunlar, damga vergisinden muaf tutulan anlaşmalar ve kurumsal konular için arabuluculuk yöntemini tercih etme ortamı yaratan 2003 tarihli 5 No.lu Kararname ile gerçekleşmiştir. Bu rejim, bütün kurumsal konular için uygulanmaya kesin bir yaklaşım olmamasına rağmen, benzer zorunlu kategori projesi içine damga vergisinden muafiyet getirmiştir. 2003 tarihli bu Kararname, ayrıca arabuluculuk kurumlarının akreditasyonu ve tescili için de bir sistem getirmiştir.³⁰ Eğer bir anlaşmaya ulaşılamadığı takdirde, kanun arabuluculara, eğer iki tarafta talep ederse, sebepleri taraflarca kabul veya reddedilen oturum sonunda bir çözüm önerisinde (veya tavsiyesinde) bulunma konusunda yetki vermiştir.³¹ Bu şekilde 2003 tarihli 5 No.lu Kararname'nin 40.maddesi ile değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) modeli kabul edilmiştir.³² 2003 tarihli 5 No.lu Kararname, 2004 yılında yürürlüğe girerek faaliyete başlamış

²⁶ Hanks, s.936; Feasley, s.340 vd.; Bu konuda ayrıca Bkz. Piera Loi, İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.121-134), s.130 vd.

²⁷ Giuseppe De Palo/Penelope Harley, 'Mediation in Italy: Exploring the Contradictions' *Negotiation Journal*, Vol. 21, 2005, (s. 469- 479), s.470-471, Hanks, s.936. Bu konuda Bkz. Colombo, s.74-75.

²⁸ Giuseppe De Palo/Paola Bernadini/Luigi Cominelli, 'Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future' (2003) 6(3) *ADR Bulletin*, (s.51-53), s.51; De Palo/Harley, s. 471; Hanks, s.936.

²⁹ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51; De Palo/Harley, s.471.

³⁰ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51.

³¹ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51.

³² De Palo/Bernadini/Cominelli, s.52.

olmasına rağmen, ilk sonuçlar umut verici olmamıştır. 2010 yılında yapılan bir araştırmanın ortaya koyduğu verilere göre, arabuluculuğa sevk edilen ve anlaşma ile sonuçlanan davalar %80 olmasına rağmen, mahkemedeki derdest davaların %1'inden daha azı taraflarca ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa götürülmüştür.³³ İtalya'da yapılan statiksel araştırmalar isteğe bağlı arabuluculuğa başvurunun o dönemde 3000 davayı aşmadığını göstermiştir.³⁴

2009 yılında İtalya, diğer alanlara ilişkin şirketlere dair arabuluculuk hususunda 2003 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin hükümlerinde arabuluculuğu genişleten destekleyici yasalar ihdas edilmesi hakkında hükümete yetki veren bir mevzuatı kabul etmiştir.³⁵ 2009 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'de avukatlara müvekkillerini arabuluculuğun elverişliliği konusunda yazılı olarak bilgilendirme ödevi getirilmiştir. ³⁶ Bundan sonra 2008 tarihli Yönerge'ye dayalı olarak İtalya'da hükümet, mahkemelerdeki *bir milyon davanın elimine edilmesi* girişimi için, arabuluculuk usulünün güçlendirilmesi gerektiğini bildirmiştir.³⁷ 2010 yılının nisan ayında İtalya, 2010 tarihli 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin, Yönerge'nin uygulanması babında destekleyici kanunlar olarak kabul edildiğini Avrupa Komisyonu'na açıklamıştır. Bu 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Yönerge'nin çok ötesine giderek; gayrimenkul mülkiyeti, sigorta, banka ve finansla sözleşmeleri, mal taksimi, aile hukuku, miras, kira hukuku, komşuluk ihtilafları, ariyet akdi, araba ve tekne kazalarında tazminat talepleri, tıbbi ihmal davaları, basın veya diğer medya araçlarında yayın yoluyla yapılan hakaret uyuşmazlıklarını kapsamına alan kesin zorunlu arabuluculuk sistemini getirmiştir.³⁸ Ayrıca, diğer medeni ve ticari iddialarda zorunlu olmayan arabuluculuk prosedürü de getirilmiştir. Bu proje, avukatların sert itirazları ve onların uygulamalarını tehlikeye sokacağı korkusuna rağmen, 20 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁹

İtalya'nın arabuluculuk projesi kamuoyunda eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki, arabuluculuk organlarının kaydı hususundaki sert düzenleyici yaklaşımlar ve ücretler, sicile kayıtlı arabulucular hakkında aşırı sınırlamaların zorlanmasıyla arabuluculuk kurumunun gelişmesini engelleyebilir endişesine sebep olmuştur.⁴⁰ Örnek olarak, İtalya'da uyuşmazlığın değerine bağlı olarak, (uyuşmazlığın değeri 1000 €' dan az olan talepler için en düşük ücret 40 € şeklinde) arabuluculuk ücretlerinin önemli ölçüde düşük olmasını kanun hükmü haline getirmiştir. Bazı hukukçular tarafından, İtalya'daki arabuluculuk ile

³³ Rachele Gabellini, 'The Italian Mediation Law Reform' (2010), Vol 12, Number 3, ADR Bulletin, (s.64-70), s.64.

³⁴ Gabellini, s.64.

³⁵ Hanks, s.937.

³⁶ Hanks, s.937.

³⁷ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Guiseppe De Palo/Leonardo D'urso, Explosion or Bust? Italy's New Mediation Model Targets Backlogs to 'Eliminate' One Million Disputes, Annully, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2010, Vol.28, (s.93-95), s.93; Hanks, s.937.

³⁸ Hanks, s.937-938; Loi, s.130-131. Bu konuda ayrıca Bkz. Colombo, s.78 vd.; Bu konuda ayrıca Bkz. Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, Sayı 123, (s.451-488), s.456.

³⁹ Guiseppe De Palo, Mediating Between the Bar and The Government ? Italy's Attorneys Strike Over a New ADR Law, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2011, Vol. 29, (s.81-82), s.81; Hanks, s.938.

⁴⁰ De Palo/Harley, s.477-478; Hanks, s.938.

İlgili bu düzenlemeler karşısında halkın, meslek sahibi arabuluculardan vazgeçebilecekleri ileri sürülmüştür.⁴¹

İtalyan doktrininde **De Palo** ve **Cominelli** gibi hukukçular tarafından bu konuda özellikle gerekli finansal eksiklik ile birleştiğinde, kural getiren yasal müdahalelerin arabuluculuk kurumu üzerine ne ölçüde etkisi olacağı hususunda, bunun yakın veya uzun dönem başarısına zarar verebileceği ve tarafların arabuluculuğa başvurusunda cesaretini kırabileceği noktasında uyarıda bulunmuştur.⁴² Diğer taraftan; kanunlar teoride, uyumsuzluğun taraflarına sivilce kayıtlı arabuluculuk organı tarafından yayınlanan listeden arabulucu seçmelerine izin vermekte iken, uygulamada arabulucu atanmasından sorumlu olan arabuluculuk organının sonradan taraflara olan yaklaşımına ihtiyaç duyulmaktadır.⁴³ Arabuluculuk usulüne başvurmak isteyen birçok uyumsuzluğa düşen taraflar açısından, arabulucunun uzmanlık alanı, arabulucunun kişiliği ve arabuluculuğun tarzı sebebiyle belirli bir arabulucunun atanması, arabuluculuğa gitmek için karar vermede önemli bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bu gereksinim böyle bir prosedürün etkililiği hakkında soru işaretlerine neden olmaktadır. Sonuç olarak İtalya’da arabuluculuk hususunda getirilen bu yasal düzenlemelere, hukukçuların olumsuz tepkisi arabuluculuğun kültürel engeller ile karşı karşıya olduğunun göstergesi olarak yorumlanmıştır.⁴⁴

İtalya’da 2011 Mart - 2012 Ekim süresince zorunlu arabuluculuk yürürlükte kalmıştır. Adalet Bakanlığı’nın istatistiksel araştırmalarına göre, ortalama başarı oranı %12 civarında gerçekleşmiştir. Ancak 6 Aralık 2012 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin on beş hâkimi tarafından verilen 2012/272 sayılı Karar ile bu uygulama dondurulmuştur. Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi’ne göre, bu Kararın sebebi, İtalyan Barolar Birliği tarafından ileri sürülen Anayasa’nın 24. maddesinde yer alan ve bireyin savunma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle Anayasa’ya uygun olmadığı değil, zorunlu arabuluculuk ile ilgili 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin hükümet tarafından yetkisini aşarak kabul edilmesi olmuştur. Bu sebeple İtalyan Anayasa Mahkemesi, bu Kanun Hükmünde Kararname’yi, vatandaşların savunma haklarının ihlali nedeniyle değil⁴⁵, İtalyan Hükümeti’nin dava öncesi zorunlu arabuluculuk sistemini, Parlamento’ya açık bir şekilde sunulmadan önce yürürlüğe konulmasını “*yetki aşımı*” sebebiyle iptal etmiştir.⁴⁶

2013 yılında İtalya, Avrupa Birliği’nin baskısı ile mahkemeye gitmeden önce zorunlu ilk adım olarak arabuluculuğu yeniden gündeme getirmiştir. Fakat Parlamento üyeleri üzerinde avukatların çabalarıyla oluşan ağır baskı sonucu, önceki kanundan önemli değişiklikler yapılmasına neden olmuştur.⁴⁷

⁴¹ Giuseppe De Palo/Luigi Cominelli, Mediation in Italy, Waiting for the Big Bang? Global Trends in Mediation, (s.259-277), in Nadja Alexander, Second Edition, Kluwer International Law, 2006, s.268; Hanks, s.938.

⁴² De Palo/Cominelli, s.271; Hanks, 938.

⁴³ Hanks, s.938.

⁴⁴ Hanks, s.938.

⁴⁵ Giovanni Matteucci, ‘Italy is doing it- Should We Be? Civil and Commercial Mediation in Italy’, Comtemporary Tendencies in Mediation, (Ed. Humebrto dalla Bernardina de Pinho/Juliana Loss de Andrade), Madrid, 2015, (s.205-228), s.221.

⁴⁶ Giovanni Matteucci, Mandatory Mediation, The Italian Experience, 2015, (s.1-16), s.7-8, (www.academia.edu/.../Mandatory_mediation_the_Italian_e). (erişim tarihi 9.10.2016).

⁴⁷ Matteucci, ‘Italy is doing it-Should We Be?’, s.222.

Kanun, bundan sonra yapılan önemli değişikliklerle yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre ilk olarak, dava öncesi arabuluculuk, listelenmiş dava kategorileri içinde değişmeden olduğu gibi zorunlu kalmıştır. Motorlu araç kazasından kaynaklanan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk usulünden muaf tutulmuştur. Bu katalog, kanunun önceki hali ile karşılaştırıldığında daraltılmıştır. İkinci olarak, uyuşmazlığa düşen taraflara, aksi kararlaştırılmadıkça, başlangıç aşamasında arabuluculuk sürecinden geri çekilmelerine izin verilmiştir. Bu geri çekilme sistemi, taraflara gerçek bir arabuluculuk deneyimi sağlamaktadır. Aynı zamanda bununla birlikte yeni kanun, uyuşmazlığın taraflarına anlaşmaya ulaşmaksızın arabuluculuk faaliyetinden geri çekilmeden önce, iki kez daha düşüncelerini sağlayan çekişmeli bir mekanizmayı yeniden ortaya koymuştur. Bir tarafın arabuluculuk faaliyetinden geri çekilmek istemesi üzerine, arabulucu uyuşmazlığın çözümünü için öneride bulunabilecektir. Bu öneri reddedilir ve uyuşmazlık için mahkemeye gidildiği takdirde, hâkim arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafa, hükmün teklifle ile uyumlu olması durumunda, yargılama masraflarını yükleyebilecektir. Üçüncü olarak, yeni kanun arabuluculuk faaliyetinde taraflara bir avukat tarafından yardım edilmesini gerektirmektedir. Bu değişiklik, kanun çalışmaları sırasında İtalyan Barosu'nun üyeleri tarafından güçlü bir şekilde savunulmuştur.⁴⁸

İtalyan hükümeti, 20 Eylül 2013 tarihinden itibaren başlayarak 69/2013 sayılı Kanun ile mahkemeye gitmeden önce zorunlu ilk adım olarak arabuluculuğu yeniden başlatmıştır.⁴⁹

C. İngiltere'de Zorunlu Arabuluculuk Sistemine İlişkin Gelişmeler

İngiltere'de zorunlu arabuluculuğun dikkate alınmasını gerektiren bir di-zi faktörün hesaba katılması gerekmektedir. İlk olarak, başlangıçta adalete erişim hakkındaki kaygılara cevap olarak yasama organının yarı mecburi (*quasi - compulsory*) alternatif uyuşmazlık çözümlerini kabul etmesi dikkate değer niteliktedir. İngiliz hukukunda Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*), uyuşmazlığa düşen taraflara dava açmadan önce Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri yöntemlerini düşüncelerini konusunda teşvik etmektedir. Diğer taraftan Hukuk Usulü Kuralları, İngiliz hukukunda mahkemelerin aktif bir rol almasını mecbur etmesine rağmen, arabuluculuğa isteğe bağlı (*discretionary*) başvuru yerleşmemiştir. Nitekim mahkemelerin de arabuluculuğa başvurmakta istekli olmayan tarafları zorlamaya yetkileri bulunmamaktadır.⁵⁰

1995 ve 1996 yıllarında İngiliz Mahkemelerinde Adalete Erişim (*Access to Justice*)⁵¹ hakkında onu düzeltmek amacıyla Lord Woolf tarafından geniş çaplı bir çalışma yürütülmüştür.⁵² 1996 yılında yayımlanan Adalete Erişim (*Access*

⁴⁸ Rafal Morek, *Mandatory Mediation in Italy Reloaded*, 2013, (kluwermediationblog.com/.../mandatory-mediation-in-Italy). (erişim tarihi 9.10.2016).

⁴⁹ Matteucci, 'Italy is doing it- Should We Be?', s.222.

⁵⁰ Hanks, s.939.

⁵¹ İngiliz medeni yargılama hukukunda "Adalet Erişim" (*Access to justice*) kavramı ile ilgili Lord Woolf'un Nihai Rapor'unun Türkçeye çevirisi için Bkz. Mustafa Özbek, *Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim - Nihai Rapor - Lord Woolf, MİHDER*, 2006/2, Sayı: 4, (s.907-927), s.907 vd.

⁵² Miryana Nestic, 'Mediation - On the Rise in the United Kingdom?' *Bond Law Review*, Vol. 13, Issue 2, Article 10, 2001, (s.1-18), s.2; Jacqueline Nolan-Haley, *Consent in Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, 2008, (s.4-7), s. 6; Hazel Genn, *What is Civil*

to Justice) hakkında Geçici ve Nihai Lord Woolf Raporları, İngiltere’de uyuşmazlık çözümünün görünümünü değiştirmede etkili olmuştur.⁵³ Bu Raporlar, İngiltere’de adalet erişim konusuna doğrudan temas etmekte ve uyuşmazlık çözümü yöntemlerini teşvik eden çok sayıda tavsiyeleri ihtiva etmektedir. İngiliz Hukuk Usulü Kuralları 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁴ Bu kurallar, özellikle mahkemeleri aktif bir şekilde dava yönetimi konusunda, uyuşmazlığın taraflarını alternatif uyuşmazlık çözümlerini kullanmak ve işbirliği yapmak hususunda teşvik etmekle görevlendirmektedir.⁵⁵ Nitekim İngiliz Hukuk Usulü Kuralları, yargılamanın başlangıcında uyuşmazlığın taraflarına alternatif uyuşmazlık çözümlerini denemekte destek talebinde bulunmak için bir fırsat penceresi sağlamaktadır. Bu kurallar aynı zamanda mahkemenin alternatif uyuşmazlık çözümleri konusundaki talimatlarına riayet etmeyen taraflara yargılama masraflarından sorumlu olma ihtimalini de belirtmektedir. Özellikle burada mahkeme yargılama masraflarından kimin sorumlu olacağı hususunda, tarafların uyuşmazlığı çözmek için hem süreç öncesi hem de süreç sırasında gösterdikleri gayreti dikkate almaktadır.⁵⁶

İngiltere’de Hukuk Usulü Kuralları, genelde alternatif uyuşmazlık çözümlerini teşvik etmesine rağmen, İngiliz mahkemeleri dava öncesi taleplerin uygulanmasında arabuluculuk usulüne destek vermektedir. Örnek olarak *Dunnett v Railtrack Plc.* arasında cereyan eden davada, İngiliz İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinde sürecin daha önceki aşamasında, arabuluculuğa başvurulması teklif edildiği halde, *Railtrack* Şirketinin arabuluculuğa başvurmayı reddetmesi nedeniyle, davada başarılı olmasına rağmen, *Susan Dunnett* aleyhine mahkeme masraflarına hükmedilmesinin uygun olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi, özellikle mahkeme tavsiye ettiği takdirde, alternatif uyuşmazlık çözümlerini göz önünde bulundurmanın tarafların ve avukatlarının ödevlerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Bu dava, İngiltere’de hâkimlerin gerçekten arabuluculuğun başarısız olmasından (teklif edildiği halde, makul olmayan bir sebeple arabuluculuğa gitmeyi reddettiği için)⁵⁷ dolayı, başarılı olan tarafı yargılama masraflarından sorumlu tuttuğu ilk davadır.⁵⁸

İngiltere’de 1996 ile 2002 yılları arasında İngiliz mahkemeleri farklı gö-nüllü (isteğe bağlı) arabuluculuk programlarını tesis etmiştir. Bununla beraber arabuluculuk usulünün uygulanması suretiyle edilen yüksek anlaşma oranları ve süreçten memnuniyete rağmen, arabuluculuk yönteminin yavaş kavranması, sonuçta hükümetin zorunlu arabuluculuk projelerine teşebbüs etmesine neden olmuştur.⁵⁹ İngiltere’de Anayasal İlişkiler Bölümü (*Department of Consti-*

Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice, 2012, Vol.24, (s.397-417), s.401. Bu konuda özellikle “İngiliz Hukuk Usulü Kurallarında ADR” hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara, 2013, s.331 vd.

⁵³ Hanks, s.939-940; Genn, s.401-402.

⁵⁴ Loukas Mistelis, *ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership*, ADR Bulletin, 2003, Vol.6, N.3, Article 6, (s.53-55), s.55; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.331.

⁵⁵ Nesic, s.3. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.940.

⁵⁶ Nesic, s.3; Hanks, s.940.

⁵⁷ Hanks, s.941.

⁵⁸ Nesic, s.3. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941; Nolan-Haley, s.18-19; Genn, s.407.

⁵⁹ Hanks, s.943.

tional Affairs) tarafından hayata geçirilen Arabuluculuğa Otomatik Başvuru (*Automatic Referral to Mediation*) pilot projesi, 2004 yılından 2005 yılına kadar Londra İlçe Mahkemesi'nin (*London County Court*) bir bölümü olarak çalışmıştır.⁶⁰

2009 yılında yayımlanan Jackson Raporu⁶¹, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin diğer çeşitlerinin veya arabuluculuğa uygun olan davaların düzenli olarak daha başlangıçta bu yola sevk edilmesini, dava masraflarının yükselmesi karşısında, bir dereceye kadar mücadele edebileceğini, Woolf Raporu'nda gösterilen fikirlerle desteklemiştir.⁶² Nitekim İngiltere'de arabuluculuk açısından Lord Jackson'ın tespitleri, birçok uyuşmazlığın tatmin edici bir şekilde çözümünün başarılı olmasının son derece etkili bir yöntemi olduğunu kanıtlamış iken, arabuluculuğun faydaları kamuoyunda veya bazı küçük işletmeler tarafından takdir edilmemiştir. Buna ilave olarak, bazı hâkimler ve hukukçular da arabuluculuğun yararları hakkında habersiz kalmıştır.⁶³ Lord Jackson tarafından, esas olarak "ihtiyaç duyulan şeyin, yasanın değişimi değil, kültürün değişimi" olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁴ Rapor, aynı zamanda İngiltere'de hâkimlerin uyuşmazlığın taraflarını aktif bir şekilde arabuluculuğa teşvik etmesi gerektiğini, ancak anlaşmaya varmaları noktasında asla zorlamaması gerektiğine dair adli makamların yaklaşımını yeniden teyit etmiştir.⁶⁵ Bu tespitler, mahkemelerin ve özel kuruluşların, yasama tarafından devam eden gayretlerine rağmen, gerçeği göstermektedir. Bu konuda arabuluculuğu daha iyi anlamaya en büyük engeli, kamuoyu ve hukukçular arasındaki dava kültürü (*culture of litigation*) oluşturmaktadır.⁶⁶

2011 yılında İngiltere, sınır ötesi uyuşmazlıklar bağlamında Yönerge'nin uygulanmasını mevzuatına dâhil etmiştir. Bununla birlikte mevzuat, Yönerge'nin gerektirdiği şartların ötesine gidememiştir. İngiltere alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yarı mecburi kullanımını isteyerek kabul etmiş ve yargılamada kategorik (kesin) sevk sistemine devam etmiştir.⁶⁷ Bununla birlikte, mahkemeler vasıtasıyla ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa müracaata itiraz, yargı sistemi tarafından zorunlu arabuluculuğa devam eden bir direnmeyi göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin İngiliz hukuk sistemi üzerinde güçlü bir etkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, Hukuk Usulü Kuralları'nda dava öncesi taleplerin uygulanmasında aktif rol oynamaya devam eden mahkemelerin yanı sıra hem hukukçular hem de ve uyuşmazlığın tarafları arasında yeterli destek ve arabuluculuk bilgisinin olmasının uyuşmazlığın çözümünde İngiltere'de önemli bir etken olacağı ileri sürülmektedir.⁶⁸

⁶⁰ Hanks, s.943.

⁶¹ Lord Jackson, Review of Civil Litigation and Costs: Final Report (Ministry of Justice, 2009) (<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/>) (erişim tarihi: 23.08.2016).

⁶² Hanks, s.941.

⁶³ Hanks, s.941.

⁶⁴ Jackson Report: Chapter 36, [3.5]. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941.

⁶⁵ Jackson Report: Chapter 36, [3.4]. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941.

⁶⁶ Hanks, s.941.

⁶⁷ Hanks, s.944.

⁶⁸ Hanks, s.944.

IV. AVUSTRALYA'DAKİ GELİŞMELER

Avustralya'da zorunlu arabuluculuk programlarının uygulanması, İngiltere ile mukayese edildiğinde, bu iki ülke arasında hukuk gelenekleri arasında birlik olmasına rağmen, farklı deneyimlere sahiptir. Özellikle Avustralya üzerinde dış faktörlerin etkisi az olmuştur. Bununla beraber, eyaletten eyalete farklı yasal düzenlemelerin ve mahkemelerin girişimlerinin büyük ölçüde değişmesi, federal sistemi ifade etmektedir. İkinci olarak; Avustralya, hukuk sistemi ve avukatlık arasında daha geniş bir desteğin göstergesine sahip olup, bu alanda daha ilerideki çalışmalar için oldukça çok dayanak sağlamaktadır. Nitekim Avustralya bu alanda çok sayıda başarılı zorunlu arabuluculuk deneyimlerine sahip bir ülkedir.⁶⁹

Avustralya'da 1980'li yılların başlarında, belirli uyuşmazlık alanları için isteğe bağlı arabuluculuk hizmetlerini sağlamak için, New South Wales eyaletinde Topluluk Adalet Merkezleri (*Community Justice Centres*) kurulmuştur. Bu program, 1982 tarihli raporunda vaat ettiği sonuçları gösterdikten sonra, 1983 yılında daimi hale getirilmiştir. O zamandan bu yana arabuluculuk hizmetleri sunan kuruluşların sayısında önemli ölçüde yükselme kaydedilmiş ve Avustralya zorunlu arabuluculuk programlarının kurulmasında ön sırada yer almıştır. Bunlar, arabuluculuğa isteğe bağlı başvuruya izin veren geniş kapsamlı mahkeme yetkilerinden, davayı getirmek için bir ön şart olarak arabuluculuğu gerekli sayan kategorik yasamaya ilişkin düzenlemelere kadar uzanmaktadır. New South Wales eyaletinde kategorik uygulamaların örneklerini, 1994 tarihli Tarım Borçları Arabuluculuk Kanunu (*Farm Debt Mediation Act 1994*), 2004 tarihli Avukatlık Kanunu (*Legal Profession Act 2004*), 1996 tarihli Strata Projeleri Yönetim Kanunu (*Strata Schemes Management Act 1996*) gibi kanunlar ihtiva etmektedir.⁷⁰ Avustralya'da Victoria eyaletinde de yine kiracılık uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulan kategorik programlar bulunmaktadır.⁷¹

Avustralya mahkemeleri, tarafların rızası olmaksızın arabuluculuğu düzenlemek için, geniş isteğe bağlı yetkilere sahiptir. Zorunlu arabuluculuğu düzenlemek için, New South Wales Yüksek Mahkemesi'ne yetki veren yasal düzenlemeler ilk olarak 2000 yılında ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme'nin "Uygulama Belgeleri", arabuluculuğa başvurmada istekli olmayan tarafları, arabuluculuğa sevk için hâkimlerin yetkilerini güçlendirmeye yöneliktir. Bu girişim için mahkeme bağlantılı arabuluculuk usulünde, hâkim ve bazı davalarda adliye memuru tarafından yürütülen süreçlerin olduğu yargısal destek başlatılmıştır.⁷²

Avustralya'da arabuluculuk yöntemi Ulusal Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Danışma Konseyi [*National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* ("NADRAC")] tarafından da desteklenmektedir. NADRAC, özellikle uygun davalarda alternatif uyuşmazlık çözümlerine zorunlu olarak başvurmayı dava öncesi taleplerde desteklediğini raporunda belirtmiş bulunmaktadır. Konsey, hem dava açılmadan önce ve hem de dava açıldıktan sonraki aşamalarda kategorik yaklaşımlara karşı uyarıda bulunduktan sonra, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvuruyu düzenlemek için, mahkemelere yetki verilmesini

⁶⁹ Hanks, s.944. Avustralya'da Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri konusunda ayrıca Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.342 vd.

⁷⁰ Hanks, s.945.

⁷¹ Bu konuda diğer örnekler için Bkz. Hanks, s.945.

⁷² Hanks, s.945-946.

teşvik etmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, mahkeme davayı alternatif uyuşmazlık çözümlerine sevk etme hususunda takdir hakkına sahip bulunmaktadır.⁷³ Mahkemeler, içtihatların yorumu ve yaratılması ile karmaşık davaların çözümünde bütünlüyci bir rol oynamakta iken, daha az karmaşık uyuşmazlıklar için tarafları arabuluculuğa başvurmaya zorlamak, yargılama masraflarının azaltılması, daha geniş çözümler dizisine izin verme ve uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkileri muhafaza etme potansiyeline sahiptir.⁷⁴

Yakın zamanlarda yarı mecburi arabuluculuk programı Avustralya'da uygulanmaya başlamıştır. 2009 yılında NADRAC, davadan önce uyuşmazlıklarını çözmek için uygun adımları atmayan taraflara karşı, yargılama masraflarına mahkûm edilmesine izin veren İngiliz Hukuk Usulü Kurallarına federal düzeyde benzer bir model getirmek için, yarı mecburi sistemi takdim etme önerisinde bulunmuştur.⁷⁵ Aynı yıl ıleriye sürülen bir başka raporda ise, İngiltere'de yapıldığı gibi, bütün uygun kamu sözleşmelerinde de AUÇ (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) klozu içeren ve kamu organları tarafından alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kullanımının artırılması teklifi sunulmuştur. Nitekim aynı zamanda New South Wales eyaletinin 2005 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun 56. bölümünün genişlemesini ihtiva eden (özellikle, taraflar alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurma isteğinde olurlar ise veya başvurmuşlarsa, tarafların ihtiyacı halinde mahkemeye danışmak, uygun uyuşmazlık çeşitleri için dava öncesi protokolleri (*pre-actions protocols*) geliştirmek, dava öncesi yönetimi kapsamak üzere) dava öncesi protokoller ile bağlantılı tavsiyelerde de bulunulmuştur.⁷⁶

Avustralya'da bu raporlarda öngörülen dava öncesi protokollerin tavsiye kararı, yakın zamanlarda federal düzeyde ve New South Wales eyaletinde yasal düzenlemeler ile gün ışığına çıkmıştır. İngiliz Uluslar Topluluğu (The Commonwealth) kanunlarının yürürlüğe girmesi noktasında, 1 Ağustos 2011 tarihinde süreç başlamıştır. Bu sisteme göre, medeni yargılama alanında dava açılmadan önce uyuşmazlığı çözmek için tarafların "gerçek adımlar" (*genuine steps*) atmaları gerekmektedir. Burada "gerçek adımlar" ile ifade edilmek istenen husus, alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini kapsayan, başka bir kişi tarafından süreci kolaylaştırmak yoluyla çözülebilecek bir uyuşmazlık olup olmadığının göz önüne alınmasını ihtiva etmektedir.⁷⁷

New South Wales kanunları yürürlüğe girdiğinde, bu durum yasal düzenlemede tarafların uyuşmazlıkta sınırlı konuları veya uyuşmazlığı çözmek için "makul adımları" (*reasonable steps*) atmaları gerektiği şeklinde ortaya çıkmıştır. NADRAC tarafından yayınlanan raporda, mahkemelerin bu uygulamaları uygulamacılara intibak ettirmek için "gerçek" veya "makul" adımlar atmak hususunda oluşan prensipleri geliştirirken, ister istemez bir geçiş döneminin olacağına işaret edilmiştir. Diğer taraftan, davalarının alternatif uyuşmazlık çözümlerine uygunluğu konusunda bilgilendirilmiş karar almaları için, uyuşmazlığın taraflarına "gerçek adım" atmalarına izin veren konularda, mahkemelerin açık prensipler geliştirmelerinin daha önemli olduğu görünmektedir. Avustralya'da zorunlu projelerin daimi veya sadece geçici tedbir olup olmayacağına bakılmaksızın, yargı sistemi, yasama organı ve avukatlık mesleği tarafın-

⁷³ Hanks, s.946.

⁷⁴ Hanks, s.947.

⁷⁵ Hanks, s.947.

⁷⁶ Hanks, s.947.

⁷⁷ Hanks, s.947-948.

dan arabuluculuğa daha büyük seviyede destek olduğu görülmektedir. Nitekim onlar, daha etkili adalete erişime teşvik etmekte “pozitif adım” (*positive step*) atmaktadır.⁷⁸

V. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE MEYDANA GELEN GELİŞMELER

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yılların sonlarına doğru, Pound Konferansı'nda “çok seçenekli mahkeme teşkilatı” (*multi-door courthouse*)⁷⁹ kavramının tanıtımı uyuşmazlık çözümünün modern çağına öncülük etmiştir.⁸⁰ Bu durum, alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamı içine mahkemelerin de daha büyük ölçüde dâhil olduğu, alternatif uyuşmazlık çözümü tarihinin dönüm olayı olarak ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nin her tarafında, ADR kullanımını teşvik etmek için kanunlar çıkarılmış ve mahkeme bağlantılı ADR programları tesis edilmiştir.⁸¹ 1983 yılında Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesi, dava öncesi müzakerelerde uyuşmazlığı çözmek için mahkeme dışı usullerin kullanımı veya anlaşma olasılığını göz önünde bulundurarak mahkemelere teşvikte bulunma yetkisi tanımak için, değişikliğe tabi tutulmuştur. 1998 tarihli ADR Kanunu (ADR Act 1998), Amerika Birleşik Devletleri'nde bölge mahkemelerine uygun ADR işlemleri olarak arabuluculuğu desteklemek amacıyla, ADR programları tesis etmek ve listelemek için direktif vermiştir.⁸²

Doktrinde **Reuben**'a göre, zorunlu arabuluculuk, uzun zamandır uyuşmazlık çözümünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun altında yatan hedef, uyuşmazlığa düşen ve mahkemede dava açmak isteyen tarafların, yargı yoluna gitmelerine izin verilmeden önce, uyuşmazlığı çözmeye girişimi hususunda arabuluculuk usulünü kullanmalarını gerekli kılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bugün zorunlu arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kurum-sallaşması adına çok fazla katkı sağlamaktadır.⁸³

Amerika Birleşik Devletleri'nde yukarıda daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere doktrinde **Sander** tarafından, zorunlu arabuluculuk teriminin farklı kullanım biçimi, şu şekilde formüle edilmiştir. Hukukçu, alternatif uyuşmazlık çözümlerine **kategorik** ve **isteğe bağlı** başvuru yapılması arasında ayırım yapmaktadır.⁸⁴ Birinci çeşit zorunlu arabuluculuk modelinde, bir kanun hükmü ile belirli tür uyuşmazlıkların zorunlu olarak arabuluculuk usulüne başvuru yapılmasını gerekli saymaktadır. Buna karşılık ikinci modelde; taraflar, ya hangi uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözümlerine baş-

⁷⁸ Hanks, s.948.

⁷⁹ Stephen B. Goldberg/Frank E.A. Sander/Nancy H. Rogers/Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, Ed.5, New York, 2007, s.7; Ettie Ward, *Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?*, St. John's Law. Review, 2007, Vol. 8, (s. 77-98), s.77, 81; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.354.

⁸⁰ Ward, s.77,81; Dorcas Quek, *Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court – Mandated Mediation Program*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2010, Vol.11, (s.479-509) s.479.

⁸¹ Quek, s.479.

⁸² Quek, s.479-480.

⁸³ Richard C. Reuben, *Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, 2007, Vol.13. N.2, (s.13-15), s.13.

⁸⁴ Sander, s.16.

vurulabileceğini listeden seçerek, arabulucuya başvurmayı kararlaştırdıkları takdirde ya da hâkim arabuluculuğa uygun gördüğü dava ile karşı karşıya geldiğinde, tarafları önce bu yönetime başvurmaya sevk etmektedir.⁸⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk uygulamaları hakkında eyaletler arasında farklı yasal düzenlemelere yer verilmektedir. Bu sebeple, arabuluculuk hususunda eyaletten eyalete farklı veya benzer düzenlemeler mevcut bulunmaktadır.⁸⁶ Bu bağlamda uyuşmazlığın taraflarının ADR veya alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurmasını zorunlu tutan mahkemeler olduğu gibi, bunu ihtiyari veya gönüllülük esasına bağlı tutan mahkemeler de mevcut bulunmaktadır. Bazı eyaletlerde ise, bazı mahkemeler her iki modeli de uygulamaktadır.⁸⁷ Bu çalışma kapsamında, Amerika Birleşik Devletleri'nde zorunlu arabuluculuk modelini benimseyen bazı eyaletlerin düzenlemelerinden de kısaca bahsetmekle yetineceğiz.

A. Indiana'da Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Indiana eyaletinin alternatif uyuşmazlık çözümleri ve özellikle arabuluculuk ile ilgili mahkeme kuralları, mahkemenin bir davada taraflarına rızasına bakmaksızın, onları arabuluculuğa sevk edebileceğini göstermektedir.⁸⁸ Indiana eyaletinin mahkemeye bağlı arabuluculuk kuralı, aynı zamanda hâkime arabuluculuk sürecini ne zaman olursa olsun iyi bir nedenle sona erdirmek ve davayı mahkemenin işlem defterine kaydettirmesi hususunda izin vermektedir.⁸⁹ Diğer taraftan, uyuşmazlığın tarafları da iki tam arabuluculuk oturumuna katıldıktan sonra arabuluculuk faaliyetinin sona erdirebilme imkânına sahip bulunmaktadır.⁹⁰

Bu eyaletin arabuluculuk kuralları gereğince, mahkeme bağlantılı arabuluculuk da taraflar arabuluculuk sürecine iyiniyet ile (good faith)⁹¹ katılmak

⁸⁵ Sander, s.16. Bu konuda ayrıca Bkz. Quek, s. 480-481.

⁸⁶ Holly A. Streeter-Schaefer, A Look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2001, Vol.49, (s.368-389), s.373-374.

⁸⁷ Özbek (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) s.405 vd.

⁸⁸ John R. Van Winkle, Mediation: An Analysis of Indiana's Court-Annexed Mediation Rule, Indiana Law Review, 1992, Vol.25, (s.957-979), s.964; Streeter-Schaefer, s.374.

⁸⁹ Winkle, s.964; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁰ Winkle, s.967; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹¹ Doktrinde Boettger'e göre, iyiniyet (good faith) kavramının anlamı belirsiz kalmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde muhtelif eyaletlerde arabuluculuk ile ilgili kanunlar, arabuluculuk sürecine katılan uyuşmazlık taraflarının iyiniyetli olmalarını gerektiren ifadeleri yasa normlarında düzenlemelerine rağmen, esasen iyiniyet kavramının neyi tanımladığı önemli ölçüde eksik kalmaktadır. Bununla birlikte, arabuluculuk sürecine katılan katılımcılardan iyiniyet kavramı adı altında ne beklenildiğinin ve neyin açıkça anlaşılması gerektiğinin bilinmesine gerçekten ihtiyaç vardır. Her ne kadar arabuluculuk resmi olmayan (esnek) bir prosedür olsa da; iyiniyet kavramı, taraflardan beklenen davranışların nasıl olacağını açık bir şekilde göstermelidir. (Ulrich Boettger, Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good – Faith Requirement in Mandatory Mediation, The Review of Litigation, 2004, Winter, Vol. 23, (s.1-46), s.17; John Lande, Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediations Programs, UCLA Law Review, 2002, Vol.69; (s.69-141), s.77; David S. Winston, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996, Vol.11, (s.187-206), s. 197 vd. Bu konu hakkında aynı görüşte Bkz.Alexandria Zylstra, The Road from

zorundadır.⁹² Eğer taraflardan biri, arabuluculuk faaliyetine iyiniyet ile katılmaz ve bu gayretin (veya çabanın) eksik olması sebebiyle süreç, makul olmayan bir anlaşma ile sonuçlanırsa; arabulucu (bunun yanı sıra mahkeme), arabuluculuk faaliyetini sonlandırabilir.⁹³ Uyuşmazlığın tarafları da iki arabuluculuk oturumuna katıldıktan sonra, arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilirler. Zorunlu arabuluculuğa riayet etmeyen veya arabuluculuk sürecine iyi niyetle katılmayan taraflar için müeyyideler oldukça hafif şekilde öngörülmüştür.⁹⁴ En sert cezalandırma, avukatlık ücretleri ve arabuluculuk masraflarının değerlendirilmesidir. Indiana eyaletinin alternatif uyuşmazlık çözümü kuralları, uyuşmazlıklarını mahkemede çözmek için, muhtemelen arabuluculuktan yarar elde edemeyen taraflara bir fırsat vermektedir. Bu kural, tarafları uyuşmazlıklarını arabuluculuktan ziyade mahkeme yoluyla çözmek isteyen taraflara ceza vermemektedir.⁹⁵

B. Nevada'da Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Nevada eyaletinde, mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk uygulamaları, Nevada Yüksek Mahkemesi'nin birikmiş davalarının iş yükünü azaltmaya yardım etmek için başlamıştır. Nevada eyaletinin hukuk sistemine göre, birikmiş olan çok sayıda davada istinaf mahkemesinden verilen kararlar, tarafların doğrudan doğruya Nevada Yüksek Mahkemesi'ne başvurusu ile sonuçlanmaktadır. Nevada'da arabuluculuk usulü, ancak bölge mahkemesinden verilen kararları çözmeye yardım için etmek için mevcut bulunmaktadır. Bu şekilde arabuluculuk oturumları, uyuşmazlığın daha hızlı çözümü için taraflara izin veren ve mahkemelerin sırada bekleyen aşırı yüklü dava dosyalarını azaltmada deneyimli anlaşma hâkimlerine yardımcı olmak için çalışmaktadır.⁹⁶

Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2001, Vol.17, (s.69-103), s.82 vd.,86 vd. (Amerikan hukuk doktrininde "good faith" (iyiniyet) kavramı ile ilgili bir diğer görüşe göre; iyiniyet özellikle bilinen bir şeyin birinden gizlenilmesini ve aksine inanıldığı halde gerçeğin bilmezlikten gelerek, bunun ileride pazarlık etmek için kullanılmasını yasaklamaktadır (Nicola W. Palmieri, *Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiation*, *Seton Hall Law Review*, 1993, Vol.24, (s.72-209), s.83). Amerikan hukuk doktrininde Kovach, problemin çözümü olarak, arabuluculuk sürecinin yürütülebilmesi için, iyiniyetli davranışı oluşturan madde madde sıralanmış davranışlar listesi adı altında bir hüküm getirilmesini önermektedir (Kimberlee K. Kovach, *Good Faith in Mediation-Requested, Recommended or Required? A New Ethic*, *South Texas Law Review*, 1997, Vol.38, (s.576-623), s. 622-623).

⁹² Roger L. Carter, *Oh, Ye of Little (Good) Faith: Questions Concerns and Commentary on Efforts to Regulate Participant Conduct in Mediations*, *Journal Dispute Resolution*, 2002, Vol.2002, (s.367-405), s.370; Winkle, s.966; Streeter-Schaefer, s.374. Arabuluculuk sürecine "iyiniyetle katılma" (Good faith Participation) hususunda ayrıca Bkz. Edward F. Sherman, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required ?* *SMU Law Review*, 1993, Vol.46; (s.2081-2112), s. 2089.

⁹³ Winkle, s.966; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁴ Winkle, s.977-978; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁵ Winkle, s.977-978; Streeter-Schaefer, s.374-375.

⁹⁶ Streeter-Schaefer, s.375.

C. North Carolina'da Hukuk Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Kuralları

North Carolina'da zorunlu arabuluculuk kuralları, taraflara mahkeme dışında uyuşmazlıklarını çözmek için, bütün hukuk davalarında üst mahkemeye başvuru yapmalarına izin vermektedir. Bu kural, taraflara arabuluculuk oturumlarına katılmak ve çözüm anlaşmasına varmak yetkisini vermektedir. Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk kurallarına riayet etmedikleri takdirde, yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Bu yaptırımlar, (tarafa bir üst derece mahkemesine başvuru hakkı veren) avukatlık ücreti ile arabuluculuk oturumlarına katılmak suretiyle meydana gelen masraflarını kapsamına almaktadır. Taraflar ayrıca öngörülmüş belirli zaman süresi içinde kendi arabulucularını da seçebilirler. Eğer taraflardan biri bir arabulucu seçmez ise, bu defa mahkeme bir arabulucu tayin etme yetkisine sahiptir. Indiana eyaletinin zorunlu arabuluculuk kurallarına benzer şekilde North Carolina eyaletinin yasa normları taraflara, arabuluculuk süreci başlamadan önce arabuluculuğu durdurmak için talepte bulunmalarına izin vermektedir. Mahkeme bu talebi, eğer iyi bir sebep gösterilirse kabul edebilir. Bu kural Indiana eyaletinin kuralına benzer nitelikte olup, taraflara arabuluculuk sürecine başlamadan önce (hatta başlasa bile), sona erdirmek ve uyuşmazlığı dava yoluyla mahkeme önüne getirmek şansı vermektedir.⁹⁷

D. Delaware'de Zorunlu Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Delaware eyaleti, "İhtiyari Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu" (*Voluntary Alternative Dispute Resolution Act*)⁹⁸ olarak bilinen kendine özgü bir kanuna sahip bulunmaktadır.⁹⁹ Ancak burada mevzuat, diğer eyaletlerin yargı yetkilerinde mevcut olan arabuluculuk programlarından önemli ölçüde ayrılmaktadır. Çünkü Delaware'de, tarafların mahkemeye müracaat etmeden önce arabuluculuk usulüne başvurmaları gerekmektedir.¹⁰⁰ Bu bağlamda bu hüküm, 100,000 \$ veya daha fazla talepli davalarda, uyuşmazlığın taraflarını dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmayla zorlamaktadır.¹⁰¹ Bu kural aynı zamanda, arabuluculuk oturumları ile bağlantılı olarak daha fazla ve yüksek masrafla sonuçlanan arabuluculuk oturumlarına, tarafların hazırlıklı olarak gelmelerini gerektirmektedir.¹⁰² Delaware eyaletinde arabuluculuk masraflarına ilave olarak; yasa normu, tarafların oturum sırasında kullanmak istedikleri bir delil ile çapraz sorgulama ve tanık ifadesine izin vermektedir.¹⁰³ Delaware eyaleti kanunları gereğince arabuluculuk, Indiana, Nevada ve North Carolina'dan çok farklı bir sisteme tabidir. Ayrıca arabuluculuk masrafları da çoğu arabuluculuk programlarından çok daha fazladır.¹⁰⁴

⁹⁷ Streeter-Schaefer, s.375-376.

⁹⁸ Delaware ADR Act 1995.

⁹⁹ Edward M. McNally/Barbara MacDonald, *The New Delaware*, Del. Journal Corp. Law, 1996, Vol.21, (s.87- 102), s.87; Vanessa Mitchell, *Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?* Ky.L.Journal, 1998-1999, Vol.87, (s.463-487), s.479.

¹⁰⁰ McNally/MacDonald, s.87.

¹⁰¹ McNally/MacDonald, s.95; Mitchell, s. 479; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰² Mitchell, s.480; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰³ Mitchell, s.480; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁴ Streeter-Schaefer, s.376.

E. Louisiana' da Arabuluculuk Programları

Louisiana'da mahkemeye bağlantılı arabuluculuk programı, taraflara müzakere etmek yetkisi sağlamaktadır. Bu hüküm, çok yaygın ve son derece kısadır. Bu düzenleme çerçevesinde arabuluculukta minimal katılıma göre, arabulucunun atanmasından itibaren doksan gün içinde program tamamlanmak zorundadır.¹⁰⁵

F. Alabama'da Davadan Önce Zorunlu Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nin Alabama eyaletinde, zorunlu arabuluculuk iki grup altında toplanmaktadır. Bunlardan birincisine göre, mahkeme arabuluculuk oturumlarının yapılmasını emrettiği takdirde, arabuluculuk bütün taraflar için başvurulması gereken zorunlu bir süreç olarak kendini göstermektedir. İkinci olarak, taraflar kendileri uyuşmazlıklarını arabuluculuk usulü ile çözmeyi kararlaştırabilirler ya da taraflardan biri böyle talepte bulunursa, yine arabuluculuk usulüne başvuru zorunlu olarak müracaat edilmesi gerekli bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak görülmektedir.¹⁰⁶ Alabama eyaletinin Medeni Usul Kuralları'nın 37.maddesi gereğince, mahkeme yasa hükmü gereği, arabuluculuğa gitmeyen tarafı, bir müeyyideye zorlayabilmektedir. Alabama eyaletinin arabuluculuk ile ilgili yasa normları, uyuşmazlık taraflarının arabuluculuğa başvurularında iyiniyetli olmalarını zorunlu saymamaktadır. Ancak, bu hüküm çerçevesinde, taraflar arabuluculuk sürecinde başarısız olurlarsa, mahkemenin takdir hakkını belirlemek için dava ertelenmektedir.¹⁰⁷

G. Montana Temyiz Mahkemesi'nin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Programı

Montana'da aile içi ilişkiler, para alacaklarından doğan ilamlar ve işçilerin tazminat alacaklarını içeren bütün hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunludur. Ancak bu eyalette arabuluculukta zaman sınırı bulunmamaktadır. Taraflar ve arabulucunun üst mahkemeye başvuru tarihinden itibaren yetmiş beş gün içinde arabuluculuk faaliyetini tamamlamaları gerekmektedir. Hüküm, ayrıca uyuşmazlığın taraflarına belirli bir zaman süresi içinde bir arabulucu seçme imkânı vermektedir. Bununla birlikte, bu belirli bir zaman süresi geçmiş ise, bu durumda mahkeme, taraflar için arabulucu tayin etme yetkisine sahiptir.¹⁰⁸

H. Amerika Birleşik Devletleri'nde Diğer Eyaletlerde Zorunlu Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nde boşanma davalarının sayısı arttıkça, eşler arasında ortaya çıkan velayet uyuşmazlıkları için arabuluculuk usulünden fayda sağlanması gündeme gelmiştir. 1970'li yılların sonu ve 1980'li yıllarında başlarında aile arabuluculuğu birçok politikacı ve uygulamacı tarafından coşku ile karşılanmıştır. Ancak çok sayıda davacı arabuluculuk sürecine gönüllü olarak katılmadığı için, bazı eyaletler aile hukukunda arabuluculuğa başvuruyu

¹⁰⁵ Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁶ Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁷ Streeter-Schaefer, s.376-377.

¹⁰⁸ Streeter-Schaefer, s.377.

zorunlu hale getiren yasal düzenlemeleri kabul etmiştir. Bu uygulamayı 1980 yılında ilk uygulayan Connecticut ve Massachusetts olmuştur.¹⁰⁹ Bunu 1981 yılında takip eden bir diğer eyalet ise California'dır.¹¹⁰ Özellikle velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk modelinin uygulanması, dava ile mukayese edildiğinde çocuklar için daha az acı verici ve travmatik bir deneyim sağlamaktadır. Aynı zamanda velayet anlaşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, ebeveynlere bir çözüme ulaşmak için uzlaşmayı ve işbirliği yapmalarını sağlamaktadır.¹¹¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk modelinin kabul edilmesinin başlıca iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, aile hukuku problemlerini çözmede kabul edilen geleneksel dava bakış açısından, davranış bilimleri bakış açısına doğru eğilim gösteren bir değişim; ikincisi ise, aile hukuku hâkimlerinin mahkeme takvimlerinin büyük bir çoğunlukla bu problemler ile ilgilenemeyecek kadar dolu olmasıdır.¹¹²

VI. ZORUNLU ARABULUCULUK MODELİNİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doktrinde tartışılan konulardan biri de, ilk bakışta zorunlu arabuluculuk kavramının bir tezat olarak görünüp görünmediği meselesidir. Bir kimseyi bağlayıcı gücü olmayan bir prosedür içerisine dahil olmaya nasıl zorlayabilirsiniz? Arabuluculuk, daima uyuşmazlığın taraflarınca seçilmiş isteğe bağlı (gönüllü) bir mekanizma olmalı mıdır? ¹¹³ Bütün bu sorulara verilecek yanıtlar, zorunlu arabuluculuk modelini bakış açılarına göre değişim göstermektedir. Nitekim aşağıda bu farklı yaklaşımlara gösterilen gerekçeler doğrultusunda mesele incelemeye konu edilecektir.

A. Zorunlu Arabuluculuk Modeline Olumlu Yaklaşımlar

İhtiyari arabuluculuk modelinde; taraflar, görüşmeleri başlatan taraf açısından, karşı tarafın gözünden bunun bir zayıflık işareti olarak algılanması endişesi ile uyuşmazlığın çözümünü bakımından anlaşmaya varmak için gerekli müzakereleri başlatmak hususunda, genellikle isteksizdirler. Buna karşılık, zorunlu arabuluculuk modelinde, taraflardan hiç biri bu süreci başlatan taraf

¹⁰⁹ Noel Semple, *Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique*, *Canadian Journal of Women and the Law*, 2012, Vol.24, N.1, (s.207-239), s.210.

¹¹⁰ Susan C. Kuhn, *Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607*, *Emory Law Journal*, 1984, Vol.33, (s.733-778), s.733-734; Dane A. Gaschen, *Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1995, Vol.10, (s. 469-490), s.469 vd; Semple, s.210; Charlotte Germane/Margaret Johnson/Nancy Lemon, *Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence*, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 2013, September, Vol.1, N.1, Article 1, (s.175-200), s.178; Streeter-Schaefer, s.378; Odd Tjersland/Wenke Gulbrandsen/Hanne Haavind, *Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study*, *Conflict Resolution Quarterly*, 2015, Vol.33, (s.19-34), s.20.

¹¹¹ Streeter-Schaefer, s.378.

¹¹² Germane/Johnson/Lemon, s.178.

¹¹³ Campbell C. Hutchinson, *The Case for Mandatory Mediation*, *Loyola Law Review*, 1996, Vol.42, (s.85-95), s.89.

olarak görülmediği için, zorunlu arabuluculuk bu bariyeri ortadan kaldırmaktadır.¹¹⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde son otuz yılda, ADR hareketinin en büyük katkılarından biri, bir uyuşmazlıkta çözüm anlaşmasına ulaşmayı zayıflık işareti saymanın üstesinden gelerek, uyuşmazlığa düşen taraflara yardım etmektir.¹¹⁵ Bu konu hakkında bir görüşe¹¹⁶ göre, zorunlu arabuluculuğun ilk avantajı, çözüm anlaşmasına ulaşmakta süreci hızlandırmaya yardım etmesidir. Bu anlamda zorunlu arabuluculuk, uyuşmazlık sürecinin başlangıç safhasında tarafların uzlaşmaya varma hususu üzerinde düşüncelerini sağlamak suretiyle çözüm anlaşması saikini değiştirmektedir. Nitekim bir uyuşmazlığın dava yoluyla çözümüne yakın olmaktan daha çok arabuluculuk yoluyla çözüme yakın olmak, bir "çözüm anlaşması olgusu" (*settlement event*) olarak, tarafları ve avukatları, ciddi müzakereler içine girmek ve dava üzerine odaklanmalarını teşvik etmeye hizmet edebilir.¹¹⁷ Uyuşmazlığın tarafları, bir kere arabuluculuk sürecine girdikleri takdirde, eğitilmiş bir arabulucu, tarafları çözüm anlaşmasına götüren samimi görüşmeleri kolaylaştırabilir ve çözüm anlaşması sürecini yapılandırmaya çalışabilir. Buna bağlı olarak, bir arabulucu kendi huzurunda cereyan eden tartışmalarda, yanlış anlamaları azaltmak ve çoğunlukla taraflar arasında meydana gelen husumeti yatıştırma eğilimindedir. Bu bağlamda hatta taraflar bir çözüm anlaşmasına ulaşamaları bile arabuluculuk sürecinden kaynaklanan karşılıklı anlayış büyük ölçüde bir sonraki anlaşma için umutları artırmaya yardım etmektedir.¹¹⁸ Doktrinde **Winston**'a göre, zorunlu arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümü tekniklerinin amacı, tarafları bir çözüm anlaşmasına varmaya itmek veya zorlamak değildir. Bunun yerine zorunlu arabuluculuğun amacı, taraflara anlaşmaya ulaşmak için daha az masrafla ve daha etkili alternatif bir ortam sağlamak olup, zorunlu arabuluculuk davaya alternatif değildir. Ancak bir alternatiftir.¹¹⁹ Fikrimizce, bu görüş isabetli değildir. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm teknikleri içerisinde yer alan arabuluculuk kurumunun zorunlu veya ihtiyari olup olmamasına bakılmaksızın bizatihi kendisi, yargı yollarının yerine ikame edilmeyen ve fakat uyuşmazlıkların barışçıl ve dostane yöntemler ile çözümü için ihtilafın taraflarına sunulan bir seçenek oluşturmaktadır. Dolayısıyla taraflar bu yöntemi seçip seçmeme noktasında irade özgürlüğüne sahip olmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk modeline olumlu yaklaşımlardan bir diğeri ise, zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuğun kullanımı hususunda avukatları teşvik etmesidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk deneyimi ile ilgili bazı deneysel araştırmalar, avukatların müvekkillerine arabuluculuğu tavsiye etmeye istekli olmalarının en iyi ön gösterge olduğuna işaret etmektedir.¹²⁰

Zorunlu arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarını hukuki bir müzakere süreci içine getirmektedir. Müzakereler, hukuki uyuşmazlıkların çözümünün uzun süren yapı taşlarını oluşturmaktadır. Aynı zamanda bu müzakereler, genellikle görüşmeleri nihai olarak onaylayan veya onaylamayan müvekkillerle, avukatlar arasında cereyan etmektedir. Zorunlu arabuluculuk, müvekkillere

¹¹⁴ Hutchinson, s. 89-90.

¹¹⁵ Reuben, s. 13.

¹¹⁶ Winston, s. 190.

¹¹⁷ Winston, s. 190.

¹¹⁸ Winston, s. 190-191.

¹¹⁹ Winston, 206.

¹²⁰ Reuben, s. 13.

öykülerini anlatmak suretiyle hukuki uyuşmazlığı güncel müzakere sürecine getiren taraflar vasıtasıyla usuli adalet değerlerine yardım etmektedir.¹²¹

Zorunlu arabuluculuğun bir başka katkısı, yargı alanında mahkemelerin dava yükünü azaltması sebebiyle etkili olmasıdır.¹²²

B. Zorunlu Arabuluculuk Modeline Olumsuz Yaklaşımlar

Dünya literatüründe birçok hukuk sisteminde arabuluculuk (mediation) kavramı, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında müzakereleri kolaylaştırmak için tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini içeren, bağlayıcı olmayan uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak tarif edilmektedir. Uyuşmazlığı çözmek için kendisine başvuru ve arabulucu olarak tanımlanan tarafsız üçüncü kişinin taraflar üzerinde onlara herhangi şekilde bir kararı empoze etmeye yetkisi bulunmamaktadır.¹²³ Türk hukukunu incelediğimizde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesinin (1) b bendi, arabuluculuk kavramını “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder.*” şeklinde tanımlamıştır. Bu yasal düzenlemeye dikkat edilirse, hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi (HUAK md.1) için arabuluculuk usulüne başvuru isteğe bağlı tutulmuştur. Bir başka ifade ile Türk hukuk sisteminde şu an için arabuluculuk, uyuşmazlık çözümünün tarafların özgür iradesine bırakıldığı bir *ihtiyari yöntem* olarak kabul edilmiştir.

Uyuşmazlıkların barışçıl veya dostane yollarla çözümünü için uygulama alanı bulan arabuluculuk usulünün ihtiyari veya isteğe bağlı olması, sadece bizim hukuk sistemimize özgü bir durum değildir. Günümüzde modern hukuk sistemlerinde arabuluculuk kavramı ile ilgili hangi tanıma bakılırsa bakılınsın, bunlar aralarında ufak farklılıklar ile birbirinden ayrılabilir da birçok yönden birbirine benzeyen tanımlardır. Bu birçok tanım içinde, arabuluculuk usulünün temelinde “*gönüllülük*” esasına dayalı olduğu ifadesine yer verildiği görülmektedir. Nitekim arabuluculukta “*gönüllülük*” esası geleneksel olarak arabuluculuğun karakteristik özelliklerinden biridir. Eğer taraflar arabuluculuk sürecine iradeleri dışında (gönülsüz bir şekilde) katılırlarsa veya bu süreç kurumsallaştırılırsa, o takdirde bu özellik kaybolacaktır.¹²⁴ Bir başka ifade ile zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun özelliklerinden biri olan “*gönüllülük*” esasını bertaraf ettiği için, *doğru* değildir.¹²⁵

¹²¹ Reuben, s.13.

¹²² Reuben, s.13.

¹²³ Hutchinson, s.86.

¹²⁴ Richard Ingleby, Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation, The Modern Law Review, 1993, Vol.56, (s.441-451), s.443; Cameron Green, ADR: Where did the 'alternative' go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process, ADR Bulletin, 2010, Vol.12, N.3, Article 2, (s.54-60), s.55.

¹²⁵ Zylstra, s.76. Bu bağlamda aynı görüşte Bkz. Karacabey, s.460 vd.; Ali Güzel, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalışma ve Toplum, 2016/3, (s.1131-1146), s.1137.

Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde arabuluculuğun ihtiyari (isteğe bağlı) tutulduğu kanunlar olduğu gibi, zorunlu olduğu yasal düzenlemeler de mevcut bulunmaktadır. Arabuluculuğun zorunlu olduğu sistemlerin bazılarında, tarafları arabuluculuk oturumlarına katılmaya mecbur tutan yasa normları, mahkeme emri veya sözleşme hükümleri bulunmaktadır.¹²⁶ Ancak burada da taraflar arabuluculuk oturumlarına katılmaya veya bu süreç içine girmeye zorunlu tutulsalar bile, bir çözüm anlaşmasına varmaya veya arabulucunun getirdiği çözüm önerisini kabul etmeye mecbur değildirler. Bu bağlamda uyumsuzluğu çözmek için yine de mahkemeye gitme yolunu izleyebilirler.¹²⁷

Zorunlu arabuluculuğa karşı yöneltilen ilk eleştirilerden biri şudur: zorunlu arabuluculuğun mahkemelerin aşırı yoğun dava yükünü azaltmak için, tarafların elinden hukuk sisteminin dışında yetkiyi almakta ve kontrolü mahkemelere bırakmaktadır.¹²⁸

Zorunlu arabuluculuğun görünüşteki bu paradoksu, modelin kilit noktalarından birini oluşturmaktadır. Bu nokta, tarafları arabuluculuğa zorlamanın [veya arabuluculuk süreci içine dâhil olmaya zorlamanın] (**coercion into mediation**), arabuluculuk süreci içinde zorlamaktan (**coercion within mediation**) gerçekçi bir şekilde ayrılabilinip ayrılanılamayacağı üzerine farklı görüşlerin ortaya çıkmasında meydana gelmektedir.¹²⁹ Bu konuda bir başka eleştiri ise şudur: Tarafları arabuluculuk sürecine zorlamak; adaletsiz (adil olmayan) sonuçlara neden olan, usule aykırı çözüm anlaşması baskısı yaratan, arabuluculuk süreci içinde zorlamaya dönüşmektedir.¹³⁰ Bu konuda doktrinde bir görüşe¹³¹ göre, zorunlu arabuluculuk, tarafların anlaşmaya ulaşmaları noktasında, aceleyle yoğun bir baskı içine girmelerine veya en azından müzakerelere sevk edilmelerine neden olmaktadır. Bu olayların her ikisi de tarafların temel yargısal hakları ve yargı etiği açısından son derece tartışmalı konulardır. Bu sebeple zorunlu arabuluculuk, taraflar üzerinde çözüm anlaşmasına ulaşmada baskı yaratmak ve iyi niyetli anlaşma müzakerelerini zorlamak hususunda önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bir başka görüşe¹³² göre ise, bir arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk süreci tarafların menfaatlerine özenli yaklaşıldığı ve zorlayıcı olmayan bir şekilde yürütüldüğü zaman uyumsuzluğun taraflarının bundan daha çok memnun kaldıklarını göstermiştir.

Nitekim zorunlu arabuluculuğu eleştirenlerin görüşü, arabuluculuk süreci içine zorlama ile arabuluculuk süreci içinde zorlama arasında net bir sınır

¹²⁶ Andreas Nelle, Making Mediation Mandatory: A proposed Framework, Journal on Dispute Resolution, 1992, Vol.7, (s.287-313), s. 288- 289; Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁷ Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁸ Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁹ Roselle L. Wissler, The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts, Willamette Law Review, 1997, Vol. 33, (s.565-604), s.565; Quek, s.485; Stella Vettori, Mandatory Mediation-An Obstacle to Access to Justice? African Human Rights Law Journal, 2015, Vol.15, (s.355-377), s.358.

¹³⁰ Wissler, s.565; Quek, s.485; Victoria J. Haneman, The Inappropriate Imposition of Court -Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, Vol.59, (s.513-555), s.522.

¹³¹ Lucy V. Katz, Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two -Headed Monster or Two Sides of The Coin, Journal Dispute Resolution, 1993, N.1, (s.1-55), s.41.

¹³² Quek, s.485.

veya hatta anlamsal bir farklılığın muhtemelen olmadığı yönündedir.¹³³ Bununla birlikte konuya daha geniş bir bakış açısından bakan bir diğer görüşe¹³⁴ göre, uyuşmazlığın taraflarını **arabuluculuk içine zorlama** (veya zorunlu arabuluculuk), eğer taraflar **arabuluculuk süreci içinde zorlanmıyor** (ya da kendilerine bir çözüm anlaşmasına ulaşmaları için baskı yapılmıyor), daha çok tartışmaya açık oluyorsa, o halde, durum ciddi değildir. Arabuluculuk sürecinin, tarafları arabuluculuk çözüm anlaşmasına doğru götüren safhalarının birbirini takip eden zincirleme sonuçlarından ayrı olarak ilerlemesi mümkün değildir. Eğer uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk faaliyeti başarısız olursa, daha zorlayıcı bir sürecin meydana geleceğinin farkındalar ise, arabuluculuk sürecinin dinamikleri saf arabuluculuktan (*pure mediation*)¹³⁵ keskin bir şekilde ayrılacaktır. Çünkü tarafları bir çözüm anlaşmasına zorlama olasılığı, olayın anlamını ve hatta arabuluculuk sürecini uyuşmazlığın bütün aktörleri açısından kaçınılmaz bir şekilde değiştirecektir. Nitekim İngiliz Mahkemeleri *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* davasında, uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürmekte istekli olmayan tarafları arabuluculuğa zorlamanın, adalet erişim haklarına kabul edilemez bir engeli dayatma olarak kabul etmiştir.¹³⁶

Amerikan hukuk doktrininde **Sander** başta olmak üzere, bazı yazarlar zorunlu arabuluculuk modelinin arabuluculuğun temel yaklaşımına bir tezat (oxymoron) oluşturmadığını savunmaktadır.¹³⁷ Onlara göre, arabuluculuğa zorlama (zorunlu arabuluculuk) ile arabuluculuk süreci içinde zorlama arasında açık bir ayırım bulunmamaktadır. Nitekim ikincisi arabuluculuk değildir. Buna karşılık birincisi ise, onaylayıcı eyleme (*affirmative action*) yakındır. Ancak o da bir ideal çözüm (*ideal solution*) değildir. Bilakis geçici bir çözüm (*temporary solution*) meydana getirmektedir.¹³⁸ Doktrinde **Sander**'a göre, zorunlu arabuluculuk modeline **geçici bir önlem** (*temporary expedient*) olarak ihtiyaç duyulmaktadır.¹³⁹

Doktrinde bu görüşü benimseyen başka yazarlara¹⁴⁰ göre, arabuluculuk süreci içinde zorlama, uyuşmazlıklarını çözmek için bir anlaşmaya ulaşmayı deneyen taraflar açısından sadece gerekli olduğu ölçüde söz konusu olmaktadır. Aksi halde, hiç bir taraf çözüm anlaşması için zorlanamaz. Bunun tersine bir durum, tarafların arabuluculuk sürecindeki konumlarını değiştirecektir.

¹³³ Quek, s.485.

¹³⁴ Sally Engle Merry, Book Review, Disputing Without Culture, Harvard Law Review, 1986-1987, Vol.100, (s.2057-2073), s.2066. Bu konuda ayrıca Bkz. Timothy Hedeem, Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others, The Justice System Journal, 2005, Vol.26, N.3, (s.273-291), s. 278.

¹³⁵ Saf arabuluculuk (pure mediation), uyuşmazlığın taraflarının çözüm sürecinin bütün aşamalarına serbestçe katıldığı, baskı olmadan özgürce hareket ettikleri bir modeldir (Hedeem, s.278).

¹³⁶ Quek, s.485. Bu konuda ayrıca Bkz.Nolan-Haley, s.5; Vettori, s.359.

¹³⁷ Frank E. A. Sander/H.William Allen/Debra Hensler, Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate, University of Toledo Law Review, 1996, Vol.27, (s.885-895), s.886.

¹³⁸ Sander/Allen/Hensler, s. 886; Sander, s.16; Quek, s.485-486.

¹³⁹ Sander/Allen/Hensler, s. 886; Sander, s.16.

¹⁴⁰ Stephen G. Bullock/Linda Rose Gallagher, Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana, Louisiana Law Review, 1997 Spring, Vol.57, N.3, (s.885-984), s. 948.

Zorunlu arabuluculuğa yönelik diğer bir eleştiri de doktrinde **Grillo** tarafından ileri sürülmüştür. Bu hukukçuya göre, arabuluculuğa başvuru mecburi hale getirilerek, zorunlu arabuluculuk modeline dönüştüğünde, artık mahkeme sisteminin bir parçası haline gelmektedir. Bu durumda tarafların bu süreçte kendi kararlarını kendilerinin aldığı düşüncesi tamamen aldatıcı bir yaklaşımdır. Öncelikle taraflar burada arabuluculuk sürecini kontrol etme (*process control*) etme yeteneklerini kaybetmektedir. Genellikle hukuki konumlarını tehlikeye atmadan masadan kalkmaları da mümkün olmayabilecektir. Hatta bir adım daha ileri giderek arabulucunun onlara karşı önyargılı olduğunu düşünmeleri de mümkündür.¹⁴¹ Yine yazara göre, arabuluculuğun faydaları ve ilişkileri güçlendirici etkisi olmasına rağmen, aynı zamanda göz ardı edilmemesi gereken, bazı ciddi süreç tehlikeleri de bulunmaktadır. Arabuluculuk usulü, gönüllülük esaslı bir tarafa bırakılarak, taraflara dayatıldığı takdirde o değerli özelliklerini kaybetmektedir. Kayıptan daha fazlası, arabuluculuk bu durumda **“kuzu postu içinde kurt”** (*a wolf in sheep's clothing*) olmaktadır.¹⁴²

Zorunlu arabuluculuk modeline yöneltilen bir başka eleştirel yaklaşım ise şudur: Uyuşmazlığın taraflarına, zorunlu arabuluculuk görüşmelerine katılmaları emredildiğinde, tarafların uygun bir çözüm anlaşması yapmak için, yeterli bir bilgiye sahip olmamaları söz konusu olabilmektedir. İşte böyle bir durumda, arabuluculuk masasında, arabuluculuğun faydalarından bazıları, tarafların yetersiz bilgi ile arabuluculuk oturumlarına katılmaları halinde büyük ölçüde kaybolacaktır. Dolayısıyla arabuluculuk süreci tarafların en iyi menfaatlerine çalışmak yerine, sadece yargının birikmiş dava yükünü azaltmak için mahkemelerin en iyi menfaatlerine çalışır hale gelmektedir.¹⁴³

Zorunlu arabuluculuk modeline muhalif olan bir başka görüşe¹⁴⁴ göre ise, birçok katılımcı zorunlu arabuluculuğu öğrenmek veya kullanmak yerine, zorunlu arabuluculuğu davanın bir parçası olarak düşünmektedir. Mahkeme emri ile veya kanunun düzenlemesi gereği arabuluculuk masasında bir araya gelen taraflar ve vekilleri, bu arabuluculuk sürecinin anlamlı bir şekilde cereyan etmesi için katılmamakta ve mahkeme salonunda olduğu gibi aynı davranışları sergilemektedir.

Diğer taraftan Amerika Birleşik Devletleri'nde uyuşmazlık taraflarının zorunlu arabuluculuk (*mandatory mediation*) ile ihtiyari arabuluculuk (*voluntary mediation*) kurumlarına başvuru oranları arasında ulaşmaya varılan çözüm anlaşmalarına göre yapılan bazı araştırmalar çarpıcı sonuçlar göstermiştir. Nitekim yapılan deneysel çalışmalar, zorunlu arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk modellerinde ulaşılan çözüm anlaşması oranları arasında büyük bir fark olmadığını ortaya çıkarmıştır.¹⁴⁵

¹⁴¹ Trina Grillo, The Mediation Alternative Process Dangers for Women, Yale Law Journal, 1991, Vol.100, (s.1545-1610), s.1581.

¹⁴² Grillo, s.1610.

¹⁴³ Streeter-Schaefer, s.386.

¹⁴⁴ Boettger, s.11.

¹⁴⁵ Wissler, s.577.

VII. TÜRK HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK MODELİ HAKKINDA İŞ MAHKEMELERİ KANUNU TASARISI'NDA ÖNGÖRÜLEN YASAL DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Yukarıda daha önce yapmış olduğumuz açıklamalarımızda da belirtmiş olduğumuz üzere, Türk hukuk sisteminde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile kabul edilen yasal düzenleme, arabuluculuk usulüne başvurunun uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı rızalarına bağlı olmasıdır. Nitekim HUAK. md.2/1 (b) hükmünde arabuluculuğun ihtiyari olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak konuya yargılama hukuku açısından baktığımızda şöyle bir ayırımın yapılmasının yerinde olacağı düşüncesini taşımaktayız. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yazılı yargılama usulünde ve basit yargılama usulünde layihalar teatisinden sonra gelmek üzere bir *ön inceleme* aşaması kabul edilmiştir. Ön inceleme aşamasının en önemli sonuçlarından birisi de HUAK.md. 35 hükmü ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun md.137, 140 ve 320 hükümlerine, "*tarafları sulhe ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa"* ibaresi eklenmiştir. Medeni yargılama hukukunda kural olarak ön inceleme safhası, hâkime bu aşamada hangi usul işlemlerinin hangi sırayla yapması gerektiğini belirten bir prosedürü ifade etmektedir. Bir başka ifade ile ön inceleme aşaması *taraflara ilişkin usul işlemlerinin* değil, *mahkemeye ilişkin usul işlemlerinin* ne olması gerektiğini öngörmektedir.

Yazılı yargılama usulü açısından incelediğimizde HMK.md.137 hükmü, "*Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*" şeklinde bir düzenlemeyi öngörmektedir. Nitekim basit yargılama usulü bakımından kabul edilen HMK.md.320 hükmünde de bu yapı birbirine paralel olarak aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda mahkemenin ön inceleme aşamasında yapması gereken usuli işlemler arasında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi ve bu hususları tutanağa geçirmesi de yer almaktadır. Özellikle bu konuda yasa metni son derece açıktır. Yargılamanın bu safhasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmek veya etmemek hususunda hâkime herhangi bir takdir hakkı tanınmış değildir. Aksi halde mahkemenin bu usul işlemini dikkate almaması veya tutanağa geçirmemesi usule aykırılık oluşturacaktır. Bu açıdan meseleye baktığımızda, ön inceleme aşamasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda, onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmek hâkim açısından, zorunlu olarak yapılması gereken ve takdir hakkı tanımayan mahkemeye ilişkin usul işlemidir.¹⁴⁶ Buna karşılık, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yönünden ise, tarafların uyuşmazlıklarını ister dava açılmadan önce, isterlerse dava açıldıktan sonra arabuluculuk usulü ile çözümlenmek hususunda ortak bir karar varmaları, onların isteğine bırakılmış bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴⁶ Seda Özmumcu, Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu (I), İstanbul, 2014, (s.33-42), s.39-40.

Diğer taraftan yargılama hukukunda ön inceleme aşamasında tarafların arabuluculuğa teşviki hâkim için zorunlu olarak mahkemeye ilişkin bir usul işlemi olmakla birlikte, sadece bu aşama ile sınırlı tutulmuş değildir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Genel Gerekçesi'ne bakıldığında da, hâkimin tarafları arabulucuya yönlendirebileceği gibi, tarafların da dava açılmadan önce bu yola kendiliğinden müracaat edebilecekleri ifade edilmiştir.

Nitekim 6325 sayılı HUAK. md.13 hükmü gereğince “*dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.*” demek suretiyle yargılamada ön inceleme safhasından sonra da hâkime tarafları arabulucuya başvurmak hususunda aydınlatarak, teşvik etmesi hususunda takdir hakkı vermektedir. Bu bağlamda 6325 sayılı HUAK. Yönetmeliği'nin 17.maddesi de daha kapsamlı bir şekilde bu hususu desteklemektedir. Bu düzenlemeye göre, “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda; arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümlenmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatarak onları teşvik edebilir.*” denilmektedir. Esas olarak, bu yasal düzenlemenin hâkime, ön inceleme aşamasında sahip olduğu zorunlu olarak arabuluculuğa teşvik etme yetkisinden, yargılamanın diğer aşamalarında da daha geniş bir imkân ve bir takdir yetkisi verdiğini söylemek mümkündür.

Fikrimizce uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa teşvik etmek hususunda gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerek 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda kabul edilen normlar gerçekten de önemli yasal düzenlemelerdir. Çünkü dava açıldıktan sonra bile dava malzemesinin toplanıp, delillerin değerlendirilmesi aşamasına gelindiği noktada, *davaya ve dava malzemesine vakıf olan bir hâkim*, tarafların ortak bir payda etrafında buluşabileceklerini tespit ettiği anda, tarafları arabuluculuğa başvurmaları için aydınlatıp, teşvik edebilecektir.

B. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda Öngörülen Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda yakın zamanlarda özellikle iş hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözümleri arasında önemli bir yeri olan arabuluculuk usulünün işçi ve işveren arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda zorunlu olarak uygulama alanı bulması gündeme gelmiş bulunmaktadır. Bilhassa 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılmak istenen yasa değişiklikleri ile zorunlu arabuluculuk usulünün uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu konuda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda “*zorunlu arabuluculuk*” kenar başlığı altında 3.maddesi ile yapılmak istenen değişiklik gereğince aşağıdaki düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre,

“(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır.

(2) Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabulu-

culuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır.

(3) Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Arabulucu, bu listeden taraflarca belirlenir. Tarafların herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşamamaları halinde görevlendirme, arabuluculuk bürosu tarafından yapılır.

(4) Arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları görevlendirme konusunda bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Arabuluculuk müzakere-leri sonucunda son tutanağı düzenler, görüşmelerin tamamlandığını arabuluculuk bürosuna derhal bildirir ve son tutanağın bir örneğini gönderir.

(5) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.

(6) Tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret miktarından az olamaz. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşamaması halinde ise, arabuluculuk görüşmelerinin ilk iki saatlik bölümü Hazineden, iki saati aşan kısmı ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre karşılanır. Hazineden karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

(7) Geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir.

(8) Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk hâkiminin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ıncı maddeleri kıyasen uygulanır.

(9) Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.

(10) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

(11) Arabuluculuğa başvuru usulü, arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na getirilmesi öngörülen arabuluculuk usulü ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale gelmiş olacaktır. Tasarı hükmü, uyuşmazlığın taraflarının dava açmadan önce arabuluculuğa müracaat etmemeleri halinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılacağını ifade etmektedir. Medeni yargılama hukukunda HMK.md.115 hükmü, bir davada dava şartlarının incelenmesi ile ilgili bir yasal düzenlemedir. Nitekim mahkeme, dava şartla-

rının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı gibi, taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler (HMK.md.115/1). Bu bağlamda İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda yer alan düzenleme ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, uyuşmazlığın taraflarının davadan önce arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava açması halinde, bu durum bir dava şartı olarak dikkate alınacaktır. Medeni yargılama hukukunda, dava şartları davanın esasına girilmesini önleyen usule ilişkin yargılama engelleri olduğu için, bu kurallara riayet edilmemesi bir müeyyideye tabi olacaktır. Böyle bir durumda mahkeme dava şartı noksanlığını tespit ettiğinde, davanın usulden reddine karar verecektir (HMK.md.115/2, c.1).

Bu konuda doktrinde bir görüşe¹⁴⁷ göre, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında dava şartı noksanlığını tespit eden mahkemenin davayı usulden reddetmesi ve noksanlığı gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiğine temas edilmektedir.

Fikrimizce bu görüşün son cümlesi doğru değildir. Zira burada mahkemenin nezdinde açılan davayı, dava şartı eksikliği halinde usule ilişkin bir hükümle reddetmesi gerekirken ise de, bu konuda eksikliği gidermesi hususunda davacı tarafa bir süre vermesi söz konusu değildir. Nitekim Tasarı Taslağı burada sadece HMK.md.115/2, c.1 hükmüne atıfta yapmakta yoksa HMK.md.115/2, c.2 hükmüne herhangi bir atıf bulunmamaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Genel Gerekçesi'ne göre, "Adalete erişim, Anayasamızın 36 ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dâhil olmakta ve kendi iradeleriyle anlaşarak sonuca ulaşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözümü bu yönüyle, Devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişilere sunduğu bir imkândır." Kanun'un Genel Gerekçesi'nde belirtildiği üzere, bireylerin adalete erişim hakları uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınmıştır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu sayılması, bireylerin uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınan adalete erişim haklarını engellemese de erteleyecek niteliktedir. Çünkü iş hukukunun kabul edilen alanlarında arabuluculuğa başvurmadan doğrudan mahkemede dava açan tarafın açmış olduğu dava, mahkeme tarafından dava şartı noksanlığından dolayı usulden reddedilecektir. Böyle bir durum, başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözümünden beklenen zamandan ve dava masraflarından tasarruf edilmesi esası ile de tezat teşkil edecek niteliktedir.

Fikrimizce iş uyuşmazlıklarında dava yükünü azaltmak noktasında mutlak bir çözüm arayışına gidilmesi gerekiyorsa, böyle bir norm getirmek yerine, dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurmaları konusunda bir ön şartın getirilmesi daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir. Bu şekilde davanın açılmasına bağlı olarak ortaya çıkan maddi hukuka ilişkin sonuçların korunması daha kolay olacak ve hatta hem masraf hem de zaman tasarrufu sağlanabilecektir. Esas olarak medeni yargılama hukukunda ön inceleme saf-

¹⁴⁷ Serkan Odaman/Eda Karaçöp, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S.35, (s.51-65), s.61.

hasında hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesinden kanun koyucunun amaçladığı şekilde yararlanılabılirse, son derece olumlu sonuçlar alınması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda doktrinde de tartışıldığı üzere, “zorunlu” arabuluculuk, arabuluculuğun ruhuna aykırı mıdır? Bir görüşe¹⁴⁸ göre, uyuşmazlığın karşı tarafı ile kendi iradesi ile müzakerelere girişmeye gönüllü veya istekli olmayan tarafı bu yöneme başvurmaya zorunlu tutmak, arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmamaktadır. Bunun yerine uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa başvurmaları için özendirici önlemlerin alınması¹⁴⁹, bizim görüşümüze göre de isabetli bir yaklaşım olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilmek istenen zorunlu arabuluculuk modeli ile ilgili olarak Tasarı’da yer alan 3.maddenin 7.fikrasında, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtilmesi ve *davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilmesi* öngörülmektedir. Bu konuya medeni yargılama hukuku bakımından, bir davada yargılama giderlerinden sorumluluk ile yasal düzenlemeler çerçevesinden baktığımızda, yargılama giderleri, mahkeme tarafından kural olarak davada haksız çıkan ve bu sebeple aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenecektir (HMK.md.326/1). Diğer taraftan kanun koyucu, yargılama giderlerinden, dava sonunda haksız çıkmış olan tarafın sorumlu olacağı şeklindeki kurala bazı istisnalar getirme gereği duymuştur. Bunlardan biri de gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkeme tarafından mahkûm edilebilir olmasıdır (HMK.md.327/1).

Özellikle medeni yargılama hukuku bakımından dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen HMK.md.327 hükmünün 1.fikrası incelendiğinde, mahkemenin gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davayı kazanmış olmasına rağmen karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum etmesinde takdir hakkının bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu norm, mahkeme bakımından emredici nitelikte bir yasal düzenleme değildir.

Buna karşılık, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı’nda yer alan 3.maddenin 7. fıkrasında, “*Geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir.*” şeklindeki düzenlemeye baktığımızda, kanun maddesi lafzı itibariyle genel hükümlerden tamamen ayrılan ve emredici nitelikte bir norm içermektedir. Tasarı’da yer alan yasal düzenleme bu hali ile arabuluculuk usulünün altında yatan temel anlayışla da örtüşür nitelikte değildir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı sadece iş hukuku açısından değil, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun bazı hükümlerinde de değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Tasarı’nın 17. maddesinde, “*7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabu-*

¹⁴⁸ Mert Namlı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.151-165), s.156.

¹⁴⁹ Namlı, s.156.

luculuk Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “gerçekleştiren,” ibaresinden sonra gelmek üzere “ tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi getiren,” ibaresi ve (d) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.”

denilmek suretiyle, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bugüne kadar kabul edilen kolaylaştırıcı arabuluculuk (*facilitative mediation*) modelinden değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) modeline dönüşüm yapılması söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde bu hükümle bağlantılı olarak Tasarı'nın 21.maddesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15.maddesine de yeni fıkralar eklemiş bulunmaktadır. Bun göre, Kanunu'nun 15.maddesinin 8.fıkrası, “Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunur.” denilmek suretiyle değerlendirici arabuluculuk modelini bu normda da teyit etmektedir.

Hukuk sistemimizde halen yürürlükte bulunan 6325 sayılı HUAK Yönetmeliği'nin 19.maddesinin 5. fıkrası, “Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümünü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.” şeklindeki düzenlemesi ile arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sırasında ihtilafın tarafları arasındaki uyuşmazlığı çözüme hususunda üstlendiği rolünün belli kayıtlar altında son derece sınırlı tutulduğunu söylemek mümkündür. Daha önceki bir çalışmamızda Batı hukuklarında “yeni değerlendirici arabuluculuk” (*new evaluative mediation*)¹⁵⁰ modelinden söz ederek, Türk hukukunda da bu modelin göz önünde tutulması gerektiğinden söz etmiş ve arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için daima pasif bir rol üstlenmesinin kolay olduğunu, yeri geldiğinde uyuşmazlığın çözümünü için aktif bir rol üstlenmesi gerektiğini ancak yasal düzenlemelerin buna izin vermediğini ifade etmiştik.¹⁵¹ Tasarı'da öngörülen bu yeni düzenlemenin, arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması açısından olumlu olduğunu söylemek gerekir. Ancak bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu tarafından sunulan çözüm önerilerinin taraflara kabul etmeleri yönünde baskı yapılmaması veya empoze edilmemesi, arabuluculuk usulünün uyulması gereken en önemli kurallarından biridir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu'nun 18. Maddesine eklenerek 4. fıkra olarak getirilmek istenilen bir diğer norm ise, “Arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.” şeklinde öngörülen düzenlemedir.¹⁵²

¹⁵⁰ Seda Özmumcu, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, (C.II), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S.1, (s.1357-1377), s.1373.

¹⁵¹ Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1376-1377.

¹⁵² Tasarı Taslağı ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na md.18/4 şeklinde ilave edilmek istenen bu düzenlemeye, iş hukuku bakımından getiri-

Alternatif uyuşmazlık çözümleri bünyesinde yer alan arabuluculuk modeli, ister ihtiyari ister zorunlu olsun böyle bir düzenleme, hukuk normlarında arabuluculuk kurumunu kabul eden diğer ülkelerde mevcut değildir. Böyle bir düzenleme arabuluculuk ile de hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Zira arabulucu, hâkim değildir. Hatta *arabulucu, hâkimin sürrogatı da değildir*.¹⁵³ Bu bağlamda arabulucunun bir hüküm verme yetkisi olmadığı gibi, bir tarafları bir çözüm anlaşmasına zorlama yetkisine de sahip değildir. Bunun yerine arabulucu, sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığı barışçıl ve dostane bir şekilde çözmek için gayret sarf etmek ve bu süreci yönetmekle görevlendirilmiş kişidir. Bunun aksine bir anlayış, arabulucuyu hâkim ile eşdeğerde tutmanın çok daha ötesine geçmekte olduğu gibi, böyle bir çözüm anlaşmasının normal şartlar altında hukuki denetim yollarını da kapatmaktadır. Bu durum tamamen arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları neticesi varılan arabuluculuk çözüm anlaşmasını hukuki kontrolden uzaklaştırarak adeta kesin hüküm niteliği kazandırmaktadır. Nitekim çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesini, mahkemece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu bir düzenlenmede, içeriğe ilişkin noktalar inceleme dışında kalacaktır. Böyle bir anlayış, yargı yollarına başvuru açısından bile kabul edilmiş değildir. İlk derece mahkemelerinden verilen kararlara karşı, yasada öngörülen usullere göre, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'a başvuru hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme, bu halde bireyin adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün önüne getirilmiş önemli bir engeldir.

VIII. DEĞERLENDİRME

Uyuşmazlıkların barışçıl ve dostane yollar ile çözümünü bağlamında, arabuluculuk usulü 21. yüzyılın modern araçlarından biridir. Günümüz dünyasının giderek daha da karmaşık hale gelen sorunlarının çözümünde arabuluculuk usulü, toplumun konuya olan farkındalığını sağlamak ve artırmak açısından önemli bir mihenk taşıdır. Bununla birlikte bu yöntem, bütün uyuşmazlıkların çözümünü için de her derde deva olacak bir ilaç değildir.

Dünya hukuk sistemlerine bakıldığında, genel olarak arabuluculuk yöntemi, *"uyuşmazlığın tarafları arasında, karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşmada bağlayıcı olmayan tarafsız bir üçüncü kişi aracılığı ile yürütülen, uyuşmazlığa düşenler arasında yaratıcı çözümlerin ortaya çıkarılmasını teşvik etmeyi, anlayışı geliştirmeyi, bilgi değişimini desteklemeyi amaçlayan gönüllülük esasına dayalı bir süreç"*¹⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda düşündüğümüzde zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temelinde yer alan *gönüllülük* esası ile bir tezat teşkil etmektedir. Bu yaklaşımla, bir devlet politikası olarak çeşitli hukuk sistemlerinde kanunlarla öngörülen yasal düzenlemelerin, uyuş-

len eleştiriler için Bkz. Kübra Doğan Yenisey, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (167-193) s.190 vd.

¹⁵³ Doug Marfice, The Mischief of Court-Ordered Mediation, Idaho Law Review, 2002, Vol.39, (s.57-75), s. 59.

¹⁵⁴ Weston, s.598; Winston, s.188; Quek, s.480, dn.6. Bu konuda ayrıca Bkz. Paul Dayton Johnson JR., Confidentiality in Mediation What Can Florida Glean From The Uniform Mediation Act?, Florida State University Law Review, 2003, Vol.30, (s. 487-502), s.487.

mazlığın taraflarını dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu sayması, arabuluculuk süreci içinde de tarafların bir çözüm anlaşmasına varmaya zorlanması gibi endişelerin doğmasına da sebep olmaktadır.

Diğer taraftan, Türk hukuk sisteminde Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" üst başlığı altında yer alan 36.maddesi gereğince,

"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden de görüleceği üzere, bireyin yargı yoluna başvurma hakkı Anayasa ile korunmuş ve güvence altına alınmış bir "*hak*"tır. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümleri içinde yer alan arabuluculuk usulü ise, yargıya başvuru yolunun yerine geçen veya kaim olan bir yöntem değildir. Bilakis 6325 sayılı HUAK md. 1/2 hükmü gereği, arabuluculuk "*yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulama*" alanı bulan yargı yollarının yanında onun tamamlayıcısı durumunda olan alternatif ve esnek bir uyuşmazlık çözümü usulüdür. Arabuluculuk ve arabuluculuğa teşvik, hukuk sistemimizin başka kanunları ile de desteklenmiştir. Bu doğrultuda 6100 sayılı HMK. md. 139,140,320 hükümleri yazılı yargılama ve basit yargılama usulünde, yargılamanın ön inceleme aşamasında, hâkimi uyuşmazlığın taraflarını mahkemeye ilişkin usuli bir işlemle arabuluculuğa teşvik etmekle görevli saymıştır. Uygulamada bu aşamanın gerçek anlamda daha verimli ve etkili bir şekilde yerine getirilmesine, tarafların kendi iradeleri ile gönüllü olarak bu sürece katılımları için gerekli önlemler alınmasına ve bunun geliştirilmesine destek verilmelidir.

Nitekim arabuluculuğun anahtar unsurlarından biri, uyuşmazlığın taraflarının bu sürece katılmakta istekli ve gönüllü olmalarıdır. Eğer taraflardan biri veya her ikisi, bu sürece katılmakta eğer isteksiz ise, bu durum arabuluculuğun başarı şansını azaltacaktır. Bu hal, her zaman aşılabilir bir engel olmasa da, yine de bir engeldir. Çünkü arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın çözümü için işbirliği yapılmasını gerektiren ve başarılı olunması için de, tarafların bu sürece gönüllü ve istekli bir şekilde katılmalarını ve işbirliğinde bulunmalarını öngören bir süreçtir. Bu bağlamda İngiliz geleneklerinde eski bir atasözünden söz edilmektedir: "***Bir atı suya götürebilirsiniz, fakat ona zorla su içiremezsiniz.***" (You can lead a horse to water, but you can't make it drink).¹⁵⁵ Bu atasözü ile zorunlu arabuluculuk arasında bir bağlantı kurduğumuzda şu sonuca varabiliriz. Kanunlarla getirilen normlar, dava açmadan önce tarafları arabuluculuğa başvurmaya mecbur tutabilir. Ama taraflar, bir çözüm anlaşmasını kabul etmeye zorlanamazlar. Belki bu anlamda Türk atasözleri arasında yer alan "***Zorla güzellik olmaz.***" şeklindeki özdeyiş, bizim hukukumuz açısından da burada yerini bulacaktır. Böyle bir durum karşısında, belirli uyuşmazlıklar için, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılarak zorunlu hale getirilmesi, *kalıcı bir çözüm olmayıp sadece geçici bir çözüm* getirecektir. Bireylerin hak arama özgürlükleri çerçevesinde Anayasa ile korunan adalete erişim haklarını engellemese bile erteleyecektir.

¹⁵⁵ Winston, s.193.

“İrade özgürlüğü” ve “seçme özgürlüğü” arabuluculuk sürecinin temel prensibidir. Uyuşmazlığa düşen taraflar, yasalar yoluyla dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorlandıkları takdirde, arabuluculuğun tarafların rızasına dayalı doğası ve gönüllülük esası tehlikeye atılmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

Boettger, Ulrich, Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good – Faith Requirement in Mandatory Mediation, The Review of Litigation, 2004, Winter, Vol. 23, (s.1-46).

Bullock, Stephen G./Gallagher, Linda Rose, Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana, Louisiana Law Review, 1997 Spring, Vol.57, N.3, (s.885-984).

Carter, Roger L., Oh, Ye of Little (Good) Faith: Questions Concerns and Commentary on Efforts to Regulate Participant Conduct in Mediations, Journal Dispute Resolution, 2002, Vol.2002, (s.367-405).

Colombo, Giorgo Fabio, Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems, Ritsumeikan Law Review, No.29, 2012, (s.71-80).

Dayton Johnson JR., Paul, Confidentiality in Mediation What Can Florida Glean From The Uniform Mediation Act?, Florida State University Law Review, 2003, Vol.30, (s. 487-502).

De Palo, Guiseppe, Mediating Between the Bar and The Government ? Italy’s Attorneys Strike Over a New ADR Law, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2011, Vol. 29, (s.81-82).

De Palo, Giuseppe/Bernadini, Paola/Cominelli, Luigi,, ‘Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future’ (2003) 6(3) ADR Bulletin, (s.51-53).

De Palo, Giuseppe/Cominelli, Luigi, Mediation in Italy, Waiting fort he Big Bang? Global Trends in Mediation, (s.259-277), in Nadja Alexander, Second Edition, Kluwer International Law, 2006.

De Palo, Guiseppe/D’urso, Leonardo, Explosion or Bust? Italy’s New Mediation Model Targets Backlogs to ‘Eliminate’ One Million Disputes, Annully, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2010, Vol.28, (s.93-95).

De Palo, Giuseppe/Harley, Penelope, ‘Mediation in Italy: ‘Exploring the Contradictions’ Negotiation Journal, Vol. 21, 2005, (s. 469- 479).

Engle Merry, Sally, Book Review, Disputing Without Culture, Harvard Law Review, 1986-1987, Vol.100, (s. 2057-2073).

Feasley, Ashley, Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supnational Standard, Journal of Dispute Resolution, Volume 2011, Issue 2, Article, 5, (s.333-350).

Doğan Yenisey, Kübra,, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (167-193).

Gabellini, Rachele, ‘The Italian Mediation Law Reform’ (2010), Vol 12, Number 3, ADR Bulletin, (s.64-70).

Gaschen, Dane A., Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1995, Vol.10, (s. 469-490).

Genn, Hazel, What is Civil Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice, 2012, Vol.24, (s.397-417).

Germane, Charlotte/Johnson, Margaret/Lemon, Nancy Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence, Berkeley Journal of Gender, Law & Justice, 2013, September, Vol.1, N.1, Article 1, (s.175-200).

Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Rudolph Cole, Sarah, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, Ed.5, New York, 2007.

Green, Cameron, ADR: Where did the 'alternative' go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process, ADR Bulletin, 2010, Vol.12, N.3, Article 2, (s.54-60).

Grillo, Trina, The Mediation Alternative Process Dangers for Women, Yale Law Journal, 1991, Vol.100, (s.1545-1610).

Güzel, Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...; Çalışma ve Toplum, 2016/3, (s.1131-1146).

Haneman, Victoria J., The Inappropriate Imposition of Court -Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, Vol.59, (s.513-555).

Hanks, Melissa, Perspectives on Mandatory Mediation, UNSW Law Journal, Vol.35, (3), 2012.

Hedeem, Timothy, Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others, The Justice System Journal, 2005, Vol.26, N.3, (s.273-291).

Hutchinson, Campbell C. The Case for Mandatory Mediation, Loyola Law Review, 1996, Vol.42, (s.85-95).

Ingleby, Richard, Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation, The Modern Law Review, 1993, Vol.56, (s.441-451).

Karacabey, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, Sayı 123, (s.451-488).

Katz, Lucy V., Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two - Headed Monster or Two Sides of The Coin, Journal Dispute Resolution, 1993, N.1, (s.1-55).

Kovach, Kimberlee K., Good Faith in Mediation-Requested, Recommended or Required? A New Ethic, South Texas Law Review, 1997, Vol.38, (s.576-623).

Kuhn, Susan C., Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607, Emory Law Journal, 1984, Vol.33, (s.733-778).

Lande, John, Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court- Connected Mediations Programs, UCLA Law Review, 2002, Vol.69; (s.69-141).

Loi, Piera, İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.121-134).

Marfice, Doug, The Mischief of Court-Ordered Mediation, Idaho Law Review, 2002, Vol.39, (s.57-75).

Matteucci, Giovanni, Mandatory Mediation, The Italian Experience, 2015, (s.1-16),

(www.academia.edu/.../Mandatory_mediation_the_Italian_e).

Matteucci, Giovanni 'Italy is doing it- Should We Be? Civil and Commercial Mediation in Italy', Comtemporary Tendencies in Mediation, (Ed. Humberto dalla Bernardina de Pinho/Juliana Loss de Andrade), Madrid, 2015, (s.205-228).

McNally, Edward M./MacDonald, Barbara, The New Delaware, Del. Journal Corp. Law, 1996, Vol.21, (s.87- 102).

Mistelis, Loukas, ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership, ADR Bulletin, 2003, Vol.6, N.3, Article 6, (s.53-55).

Mitchell, Vanessa, Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here? Ky.L.Journal, 1998-1999, Vol.87, (s.463-487).

Morek, Rafal, Mandatory Mediation in Italy Reloaded, 2013, (kluwermediationblog.com/.../mandatory-mediation-in-Italy).

Namlı, Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.151-165).

Nelle, Andreas, Making Mediation Mandatory: A proposed Framework, Journal on Dispute Resolution, 1992, Vol.7, (s.287-313).

Nesic, Miryana 'Mediation – On the Rise in the United Kingdom?' Bond Law Review, Vol. 13, Issue 2, Article 10, 2001, (s.1-18)07-927).

Nolan-Haley, Jacqueline, Consent in Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2008, (s.4-7).

Nolan-Haley, Jacqueline, Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation, Fordham University School of Law, 2012, (1-31). (<http://ssrn.com/abstract=2010615>).

Palmieri, Nicola W., Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiation, Seton Hall Law Review, 1993, Vol.24, (s.72-209).

Quek, Dorcas, Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court – Mandated Mediation Program, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2010, Vol.11, (s.479-509).

Reuben, Richard C., Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2007, Vol.13. N.2, (s.13-15).

Sander, Frank E. A., 'Another View of Mandatory Mediation' Dispute Resolution Magazine, Vol. 13 (2), 2007.

Sander, Frank E. A./Allen, H.William/Hensler, Debra, Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate, University of Toledo Law Review, 1996, Vol.27, (s.885-895).

Seiple, Noel, Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, Canadian Journal of Women and the Law, 2012, Vol.24, N.1, (s.207-239).

Sherman, Edward F., Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required ? SMU Law Review, 1993, Vol.46; (s.2081-2112).

Streeter-Schaefer, Holly A. A Look at Court Mandated Civil Mediation, *Drake Law Review*, 2001, Vol.49, (s.368-389).

Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S.35, (s.51-65).

Özbek, Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim – Nihai Rapor – Lord Woolf, *MİHDER*, 2006/2, Sayı: 4, (s.907-927).

Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, *AÜHFD*, 2007, C.56, S.1, (s.185-231).

Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Özmumcu, Seda, Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu (I)*, İstanbul, 2014, (s.33-42).

Özmumcu, Seda, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, (C.II), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S.1, (s.1357-1377).

Tjersland, Odd/Gulrandsen, Wenke/Haavind, Hanne, Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study, *Conflict Resolution Quarterly*, 2015, Vol.33, (s.19-34).

Van Winkle, John R., Mediation: An Analysis of Indiana's Court-Annexed Mediation Rule, *Indiana Law Review*, 1992, Vol.25, (s.957-979).

Vettori, Stella, Mandatory Mediation-An Obstacle to Access to Justice? *African Human Rights Law Journal*, 2015, Vol.15, (s.355-377).

Ward Ettie,, Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?, *St. John's Law. Review*, 2007, Vol. 8, (s. 77-98).

Winston, David S., Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, Vol.11, (s.187-206).

Wissler, Roselle L., The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts, *Willamette Law Review*, 1997, Vol. 33, (s.565-604).

Zylstra, Alexandria, The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2001, Vol.17, (s.69-103).

DiğER KAYNAKLAR

Lord Jackson, Review of Civil Litigation and Costs: Final Report (Ministry of Justice, 2009) (<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content>).