

ABD’de Avukatların Müvekkillerine Arabuluculuğu Tavsiye Etme Yükümlülüğü*

Dr. Bahadır Yakut**

Genel Olarak

Son yirmi beş yıllık süreç içerisinde arabuluculuk müessesesinin uygulanması oldukça yaygınlaşmıştır. Arabuluculuk konusunda tecrübeler, çalışmalar ve doktrinde yapılan yorumlar, avukatlar için dava stratejilerinin mutlaka arabuluculuğu içermesi gerektiği hususuna vurgu yapmaktadır.¹ Bu çalışmalar alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin dizaynında arabuluculuğun rolü hakkındaki yorumlara da temel teşkil etmektedir.²

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Hakim, Adalet Bakanlığı AB Genel Müdürlüğü

1 E. Brunet and C. Craver, *Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective* (1997); Martin A. Frey, *Representing Clients Effectively in an ADR Environment*, 33 *Tulsa LJ* 443 (1997); Hartje, *Lawyer’s Skills in Negotiation: Justice in Unseen Hands*, *Mo J of Disp Resol* 119, 139-145 (1984); Theodore W. Kheel, *The Keys to Conflict Resolution: Proven Methods of Settling Disputes Voluntarily (Four Walls Eight Windows 1999)*; Quan, *Legal Assistant’s Guide to Alternative Dispute Resolution* (1995); Rothman, *A Lawyer’s Practical Guide to Mediation* (Morris Publishing 1995); *Skills and Ethics in the Practice of Law* 81-86 (American Law Institute-American Bar Association 1993); Marcus Stone, *Representing Clients in Mediation* (Butterworths 1998); Doyle & Haydoc, *Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation* (1991); Ogus, Walker & Jones-Lee, *Report of the Conciliation Project Unit, University of Newcastle Upon Tyne to the Lord Chancellor on the Costs and Effectiveness of Conciliation in England and Wales* (1989); Wilkinson, *Advantages and Obstacles to ADR, and Wulf, A Mediation Primer, and Clay, Counseling Clients on Mediation, in Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book* 11, 113, 159 (Wilkinson ed 1990); Patterson, *Dispute Resolution in a World of Alternatives*, 37 *Cath UL Rev* 591,601-604 (1988); Knebel & Clay, *Before You Sue: How to Get Justice Without Going to Court* (1987); E. Allen & D. Mohr, *Affordable Justice* (1997).

2 Ury, Brett & Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing*

Avukatlar arabuluculuk esnasında uyuşmazlığın taraflarına mahkeme yargılaması, tahkim, idari süreç veya arabuluculuk vasıtasıyla çözümle elde edilebilecek muhtemel sonuçlar arasında karşılaştırmalar yaparak, bu muhtemel sonuçlara göre bir strateji takip etmeyi tavsiye ederler.³ Fakat bazı durumlarda tarafların bu yöntemlerden birini tercih etmesinde bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurarak elde edilecek sonuçlar kadar, taraflar için kendilerini daha az yıpratıcı bir uyuşmazlık çözüm süreci tercih etme düşüncesinin de etkisi olabilir veya taraflar bazen sonuçtan ziyade sürece de ilgi gösterebilirler. Yargılama usulü ile ilgili yapılan araştırmalar göstermektedir ki, insanlar elde ettikleri sonuçlar kadar uyuşmazlık çözümünde maruz kaldıkları muamele şeklini de uyuşmazlık çözüm yöntemini seçerken dikkate almaktadırlar. Özellikle davacılar davayı kazanamamaları bile dingin bir atmosferde, kendilerine eşit şekilde davranacak üçüncü bir kişi tarafından uyuşmazlıkların müzakere edilmesi fırsatına sahip olmayı önemsemektedirler.⁴

Systems to Cut the Costs of Conflict (1988); Constantino & Merchant, *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Healthy and Productive Organizations* (1998).

3 Trubek, Kritzer, Holst & Felstiner, *Costs, Process and Outcomes: Lawyers’ Attitudes to Courts and Other Dispute Processing Options* (U Wis 1984).

4 Lind, MacCoun, Ebener, Felstiner, Hensler, Resnik & Tyler, *The Perception of Justice: Tort Litigants’ Views of Trial, Court-Annexed Arbitration, and Judicial Settlement Conference* (1988); Beholder, *Tort Litigants’ Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System*, 24 *Law & Soc’y Rev* 953 (1990); Tyler, *What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 *Law & Soc’y Rev* 103, 128 (1988); Tyler, *The Psychology of Disputant Concerns in Mediation*, 3 *Negotiation J* 367 (1987).

Federal Mahkeme Eski Başkanı Warren Burger benzer bir araştırma sonucuna değinerek birçok kişinin uyuşmazlıklarının hâkimler ve avukatlarla birlikte mahkeme salonlarında çözmek istedikleri hususunun tam anlamıyla gerçeği yansıtmadığını ifade etmiştir.⁵ Yine araştırmalar arabuluculukta uyuşmazlık taraflarının, mahkeme yargılamasında olduğu gibi avukatların onların adına her şeyi takip etmesi yerine, üçüncü bir kişinin kendilerinin de katıldığı görüşmeler sonucunda çözüme ulaşılması durumunda daha çok adaletin gerçekleştiği hissini taşıdıklarını göstermektedir. Elbette süreç hem avukatı hemde müvekkilini mahkeme masrafları, keşif masrafları, bilirkişi ücretleri ve müvekkilin zamanını etkin kullanma bakımından alternatif çözüm yollarının maliyetini de göz önüne almaya zorlayacaktır.⁶

Arbuluculuğa yaklaşım ve kullanımı ile ilgili stratejik kararlar, öncelikli olarak uyuşmazlık tarafının arabuluculuk yoluyla çözümün önemini farkında olmasına, uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtasıyla çözüm şansına, müvekkil için farklı masraf alternatifleri, elde edilecek faydalar ve süreci kullanan taraf için diğer muhtemel risklere dayanır. Avukatlar karşı tarafı arabuluculuğa ve arabuluculuk yoluyla çözüme ikna etmenin güçlüğüne öngörebilmek durumundadırlar. Her durumda taraflardan biri veya her iki taraf da arabuluculuğa avukatları olmadan katılırlarsa uyuşmazlık çözümünün sonucuna ilişkin sonuçlar farklı şekilde ortaya çıkabilecektir. Arabuluculuğun yaygınlaşmasına paralel olarak, arabuluculukta avukatların oynaması gereken rol konusunda doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır ve bu konuda ABD’de farklı eyalet yüksek mahkemelerinin farklı içtihatları bulunmaktadır. Bu makalede ABD’de arabuluculuk sürecinde avukatların müvekkillerine arabuluculuğu tavsiye etme konusunda ne derece yükümlülükleri bulunmaktadır? sorusuna cevap aranacak ve böyle bir yükümlülükleri varsa bu yükümlülük nedeniyle nasıl bir rol oynamaları gerektiği hususu ele alınacaktır.⁷

5 Burger, Our Vicious Legal Spiral, 16 Judges J at 22, 49 (Fall 1977).

6 Plimpton, Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best Serve the Client’s Interest, 8 Me BJ 38,42 (1993).

7 Arabuluculuğa konu olan dava çeşitleri ve alternatif uyuşmazlık çözümü hizmetlerinin sunulması çok büyük çeşitlilik göstermektedir. Araştırma sonuçları belirli bir dava

Arbuluculuk yöntemi ABD’de ortaya çıkmış ve tüm Dünyaya yayılmış ve başarıyla uygulanmakta olan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ülkemizde arabuluculuk kanun tasarısı henüz Meclistedir ve arabuluculuk müessesesinin başarıyla uygulanması bu müesseseye ilişkin yasal tedbirlerin isabetli belirlenmesine, atılacak adımların bu doğrultuda atılmasına bağlıdır.

ABD uygulamasına ilişkin bilgiler ışığında, arabuluculuk müessesesinden yararlanarak, uyuşmazlıkların daha kısa süre içerisinde, daha az masrafla ve uyuşmazlık taraflarının mahkeme yargılama sürecinin yıpratıcı sürecinden kaçınmalarına katkı sağlayacağı muhakkak. Ancak bu amacı gerçekleştirmek için, arabuluculuğun uyuşmazlık taraflarınca daha bilinir hale getirilmesi için ABD’de bazı eyaletlerde olduğu gibi kanunlara avukatların müvekkillerini arabuluculuk yöntemine başvurma konusunda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi isabetli bir yaklaşım mıdır? Yoksa bu konunun gelişmesi uygulamaya mı bırakılmalıdır?

1. Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümü

Çoğu uyuşmazlık, tarafı şartlar uygun olduğu durumlarda, uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemini kullanarak çözmeyi tercih edebilir. Bazen uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü hayati önem arz edebilir ve çözüme ulaşmak çok büyük riskler almaya değebilir. Uyuşmazlık çözümünün gizliliğin korunması, masraf ve zamandan tasarruf ve aleyhe bir mahkeme kararı çıkmasından veya aleyhteki bir içtihadın hukuki sonucundan kaçınma gibi birçok avantajı vardır.⁸ Arabuluculuk uyuşmazlık taraflarının ihtiyaçlarına ve menfaatlerine uygun sonuçlar üretebilir. Örneğin mahkeme davacı lehine belirli bir hükme varabileceken, her iki taraf davalının sigorta masrafları, aynı gelirler veya düzenli ödemelerin güvence altına alınması gibi kendileri için daha uygun bir çözümü tercih edebilirler.⁹

çesidine göre belirli bir eyalet veya şehirdeki örneğin Ontario’daki basit davalarla ilgili veya Kaliforniya’daki boşanma da çocukların velayetine ilişkin sonuçlarla ilgili elde edilen sonuçların yorumlarına karşı temkinli yaklaşmakta yarar bulunmaktadır.

8 Williams, Legal Negotiation and Settlement 10,11 (1983).

9 Menkel-Meadow, Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving, 31 UCLA L Rev 754, 795, 810 (1984).

Bu konudaki deneyimler alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasının, ilişkilerin yıpranmasını da engelleyebileceğini göstermektedir.¹⁰ ABD’de yapılan araştırmalar ve bir kısım yazarların görüşleri, gelecekte aralarındaki ilişkiyi sürdürmekte kararlı olan tarafların dava açmak yerine arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşma konusunda daha fazla istekli olduklarına işaret etmektedir.¹¹ Örneğin sözleşme ile bağlı olan iş ilişkilerinde taraflar veya çocukları ile ebeveyn olarak ilişkilerini sürdürmek zorunda olan boşanmış eşler, arabuluculuk yoluyla çözüme, dava açma yoluna tercih edebilirler.¹²

Davaların bazı özellikleri de arabuluculukla çözümü daha az veya çok muhtemel veya daha cazip hale getirebilir. Bir tarafın istediğini diğer tarafta özellikle istiyorsa uyuşma veya çözümün elde edilmesi daha kolay olabilir.¹³ Yapılan bir çalışma hukuk uyuşmazlıklarının % 1’lik yüksek risk taşıyan, çok farklı özellikler gösteren davalarda veya bir tarafın uzlaşmaz tutum sergilediği durumlarda, arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşma ihtimalinin oldukça zayıf olduğunu göstermektedir.¹⁴

Çözümün mümkün olduğu, ancak çözüm alternatifleri arasında sonuca ulaşmak için hukuki herhangi bir temel ilke üzerinde anlaşmaya varılamamış durumlarda da bazı problemler bulunmaktadır. Örneğin boşanma hukukuna göre malların eşit paylaşımı zorunlu olmasına rağmen, malların bölünmesine ilişkin

birçok farklı yol bulunmaktadır. Bu gibi konular bakımından mahkeme kararıyla malların paylaşılması yerine, tarafların ihtiyacına uyacak bir çözüm alternatifini taraflarca daha tercih edilebilir bir ihtimaldir.¹⁵

Tarafların ihtiyacını karşılayacak bir çözüm istikametinde esnek bir tutum sergilenmesi durumunda, bu esneklik buna uygun karşılığın elde edilmesine katkı sağlayabilir. Örneğin iflas durumunda, borcun ödenmemesi durumuna karşılık arabuluculuk çözüm anlaşması yapılması halinde, bu anlaşma öncelikli hak olarak ileri sürmek üzere teminat hakkı sağlayabilir.¹⁶ Bundan da öte bir uyuşmazlık çözümüne ilişkin kabul edilecek bir anlaşma maddesi, çözüm anlaşmasında dava yoluna başvurmaksızın gelecek uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleyecek bir güvence teşkil edebilir.¹⁷

Diğer taraftan arabuluculuk çözüm anlaşmasının icrasını isteyen taraf, eğer kararın icrası mahkeme tarafından onaylanmasına bağlı ise ve çözüm anlaşmasının ifası aşamasında uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda mahkeme kararı sonrası icra sürecini başlatmak yerine, sözleşmeden doğan dava açma hakkı seçeneği varsa bu seçenek kullanılmalıdır. Bu ilave masraf ve sonuca ulaşma konusundaki belirsizlik arabuluculuk yöntemine karşı olanlar için bu yönteme başvurma konusunda karşı argüman olarak kullanılmaktadır. Eğer henüz mahkeme tarafından karar verilmemiş olan dava da arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşılmış ancak tarafların anlaşmalarına uygun olarak verilen bir karar şeklinde mahkeme kararına dönüştürülmemişse, birkaç eyalette mahkemeler ayrı bir dava açılmasını gerekli görmekteyken, bazı eyaletlerde ise orijinal kararı değiştirerek çözüm anlaşmasına dayanan yeni bir karar vermektedirler.¹⁸ Eğer mahkeme

10 Dwight Golann arabuluculuğun arabuluculuk sonrası ilişkileri sürdürüp sürdürmediğine ilişkin emirik bir araştırma yapmıştır. Bkz. Dwight Golann, *Is Legal Mediation a Process of Repair-or Separation?: An Emprical Study and its Implications*, 7 Harv. Negot. L. Rev. 301 (2002). Bu çalışmaya göre katılanların %17’i arabuluculuğun kullanımı vasıtasıyla ilişkilerinin tamir olduğunu belirtmişlerdir. Bunun da ötesinde katılanların % 3’ü çözüm anlaşmalarının ilişkiyi sürdürmeye ilişkin şartlar içerdiğini ve bununda taraflar arasındaki ilişkiyi korumaya katkıda bulunduğunu belirtmişlerdir.

11 Macaulay, *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract*, 11 Law & Soc’y Rev 507, 509 (1977); Nader & Todd, *The Disputing Process-Law in Ten Societies* 13-17 (1978).

12 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-5

13 Vidmar, *The Small Claim Courts: A Reconceptualization of Disputes and an Emprical Investigation*, 18 Law & Soc’y Rev 515, 536 (1984).

14 Gross & Syverud, *Don’t Try: Civil Vrdicts in a System Geared to Settlement*, 44 U.C.L.A. Rev.1, (1996).

15 Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv L Rev 353, 394-404 (1978).

16 11 U.S.C.A. §§ 506,725.

17 Ury, Brett & Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the costs of Conflict* (1988).

18 Aro Corp. V. Allied Witan Co., 531 F2d 1368,1371,22 FR Serv 2d 167 (CA6 Ohio 1976), sert den 429 US 862; Diğer çözüm anlaşmaları icra isteyen tarafın ayrı bir dava açmasını gerektirmektedir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi federal mahkeme yetkisinin önceki federal mahkeme ile ilgili icra edilmek istenen arabuluculuk çözüm anlaşmasına ilişkin iddialara dayandırılmayacağına hükmetmiştir. *Kokkonen v. Guardian Life Insurance Company of America*, 511 US 375, 114 S Ct 1673, 128 L Ed 2d 391 (1994). Takibeden

kararı tarafların anlaşmalarına uygun olarak verilen kararlarla birleştirilmişse, bu durumda kararın kısa süre içerisinde icra edilmesi mümkün olacaktır.¹⁹

Bir uyuşmazlık tarafına avukatlar tarafından uyuşmazlık çözümü ile ilgili tavsiyede bulunurken, birçok başka hususun belirtilmesi gerekir. Bu konuda bir emsal karar veya kesin hüküm varsa bunların belirtilmesi gerekliliği yanında, arabuluculukla çözümün bunları garanti altına almayacağına da vurgulanması gerekir. Eğer diğer taraf iflas usulüne tabi ise veya tabi olma ihtimali varsa, teminat hakkı olmayan davacı taraf (arabuluculuk çözümü veya taraf anlaşmasına dayanan mahkeme kararı vasıtasıyla) mahkeme kararının sonucu olarak teminat hakkı elde eden davacıya göre daha düşük bir öncelik hakkı olacaktır.²⁰ Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözüm tartışmaları ve çözüm avukatlık ücretinin belirlenmiş olduğu davalarda sorumluluğu etkileyebilir.²¹ Elbette birçok taraftan bir tanesi, ısrarcı bir şekilde çözüme karşı çıkarsa veya taraf temsilcilerinin imzasıyla bağlı olmayan kişilerin bulunduğu düzenli olmayan bir grupsa, bu durumda arabuluculuk çözümünün uyuşmazlık taraflarından sadece bir kısmını bağlayıcı özelliği göz önünde bulundurulmak zorundadır.²² Çözüm müzakereleri beklenmedik bir durum ve belki çözümlü mümkün olmayan bir durum hatta karmaşık şekilde ceza ve hukuki meseleleri aynı anda içerebilir. Örneğin Eski²³ ve Yeni²⁴ Amerikan Barolar Birliği

bir davada federal bölge mahkemesi federal mahkemelerin yinede F.R.C.P. 60(b) (6) altında çözüm anlaşması üzerine red kararını bozma ve yargılama için gün vermeye yetkili olduğu hükmetmiştir. Trade Arbed, Inc. V. African Express MV, 941 F Supp 68 (ED La 1996).

19 Fiss, Against Settlement, 93 Yale LJ 1073, 1082-1085 (1984) and Jost, From Swift to Stotts and Beyond: Modification of Injunctions in the Federal Courts, 64 Tex L Rev 1101, 1129-1131, 1135-1137 (1986).

20 11 U.S.C.A. §§ 506, 725; 3 Collier on Bankruptcy §§ 506, 725 (5th ed 1987).

21 Goldstein, Preserving Fee-Shifting After *Evans v. J. D. Joint Attorney/ Client Control of Settlements*, 11 Indus Rel LJ 267 (1989).

22 Fiss, Against Settlement, 93 Yale LJ 1073, 1078-1082 (1984).

23 ABA Code of Professional Responsibility, DR 7-105 (1980) (Bir avukat hukuki bir uyuşmazlıkta tazminat elde etmek için ceza davası ile ilgili iddiaları ileri süremez.) In re Barrett, 88 NJ 450, 443 A2d 678, 680, 42 ALR4th 991 (1982) (açık tehdit kanunu ihlal eder).

24 Amerikan Barolar Birliği Model Mesleki Davranış Kuralları tazminat almak için cezai soruşturma ile tehdit etmenin

Mesleki Sorumluluk Model Kurallarına göre trafik kazası nedeniyle mala zarar vermeden kaynaklanan davalı durumunda olan kişi, diğer sürücü tarafından şiddete maruz kalmışsa, savcılığa başvurma ihtimali açık bir şekilde söz konusu olsa da, tazminat almak için savcılığa şikayetle tehdit etmek etik olarak uygun görülmemektedir. Bu nedenle avukatlar bu konuları ayırmaya dikkat etmek zorundadır.²⁵

2. Avukatların Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Hakkında Tavsiye Görevi

Bazı eyaletlerde avukatların arabuluculuk çözümü imkanlarını araştırma ve müvekkillerine bu konuda tavsiyede bulunma görevi vardır. Avukatına karşı görevi ihmal nedeniyle açılan davada bir elektrik mühendisi, hükmedilen miktarın 850.000 \$ sorumluluk sigortası limitini aştığı ve arabuluculuk yoluyla çözüme ilişkin tavsiyede bulunmamasının doğrudan sonucu olduğunu iddia etmiştir.²⁶

Bu görevi ihmal nedeniyle açılan davada, Kaliforniya İstinaf Mahkemesi, avukatın müvekkilini arabuluculuğun avantajları ve dezavantajları konusunda bilgilendirme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.²⁷ Mahkeme kararında avukatın müvekkilini bu şekilde bilgilendirmemek şeklindeki ihmalinin mühendisin zarar etmesine sebep olduğunu belirtmiştir.²⁸

yasaklanmasına ilişkin bir husus içermez. Fakat süreci kötüye kullanmayı ve tehdit etmeyi yasaklar. Bkz. açıklamalar ABA/ BNA Lawyer's Manual on Professional Conduct 101:1001 to 1001:1002 (1984).

25 Bkz. Model Penal Code § 212.5(1) (1985).

26 Garris v. Severson, Merson, Berke & Melchior, 205 Cal App 3d 301, 252 Cal Rptr 204 (1988 2nd Dist), op withdrawn by order of ct (Cal) 1989 Cal Lexis 529, ordered not published by Cal Sup. Ct.; Bu görüşün tartışması için bkz. Mosten, The Duty to Explore Settlement, Fam L News 25 (State Bar of California Family Law Section 1990); Cochran, Legal Representation and the Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for the Failure to Allow the Client to Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation, 47 Wash & Lee L Rev 819 (1990) (avukatın müvekkiline arabuluculuk konusunda tavsiyede bulunarak bu seçeneği değerlendirmesine fırsat vermediği için mesleki kötü uygulamayı bu hususa da teşmil etmeyi savunmaktadır); Sander, Professional Responsibility: Should There be a Duty to Advise of ADR Options? 76 ABA J 50 (1990); Prigoff, Professional Responsibility: Should There be a Duty to Advise of ADR Options? No: An Reasonable Burden, 76 ABA J 51 (1990).

27 Garris v. Severson, Merson, Berke & Melchior, 205 Cal App 3d 301, 252 Cal Rptr 204 (1988 2nd Dist).

28 Garris v. Severson, Merson, Berke & Melchior, 205 Cal App

Benzer bir bakışla Pennsylvania Yüksek Mahkemesi, bir avukata karşı müvekkiline arabuluculuk çözümüne ilişkin bilgilendirmediği ve çözüm önerilerini takip etmediği için 350.000 \$ lık tazminat hükmedilmesine ilişkin kararı onamıştır.²⁹ Mahkemenin arabuluculuk çözüm önerisi ile ilgili gerekçesi Pennsylvania avukatları sadece kesin önerileri iletmekle değil aynı zamanda çözüm önerilerini takip etmekle de görevlidirler. Federal Bölge Mahkemesi müvekkiline çözüm önerisini iletmekte bir yıllık bir gecikmenin Pennsylvania hukukuna göre görevi ihmal teşkil edeceğine hükmetmiştir.³⁰ Mahkeme avukatların arabuluculuk çözümüne ilişkin öneriler hakkında müvekkilini zamanında bilgilendirmek yanında çözüm ihtimallerini araştırma yükümlülüğü altında olduğuna işaret etmiştir.³¹ Michigan etik kurallarına göre karşı tarafın avukatı eğer alternatif uyuşmazlık çözümü önermişse müvekkiline bu öneriyi ilemesi ve bu konuda tavsiye de bulunması gerekir.³²

Taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirirken zaman aşımı süresinin kesilmesi, tarafları arabuluculuk yapmaya teşvik etme açısından da etkili olacaktır ve tarafların arabuluculuğa giderken önceki isteksizliklerini bertaraf edecektir. Arabuluculuğa başlanması tüm geçerli zaman aşımı sürelerini kestiğinden emin olmak için, zaman aşımına ilişkin kanun hükümlerinin dikkatli okunması gereklidir. Landis v. Physicians Ins. Co. Of Wisconsin Inc. davasında Wisconsin mevzuatına göre mahkeme, arabuluculuk talebinin zaman aşımı süresini keseceğini fakat dava zaman aşımını kesmeyeceğine hükmetmiştir. Sonuç olarak davacı mesleki hatadan doğan dava hakkını kaybedecektir. Wisconsin Yüksek Mahkemesi Landis davasında kararı arabuluculuk sürecinin beş yıllık mesleki hatadan kaynaklanan dava açma süresini kestiği sonucuna vararak bozmuştur. Burada mahkeme zaman aşımı süresinin yanında dava zaman aşımını da kestiğine

hükmetmiştir. Mahkeme Landis’in mesleki hatadan kaynaklanan dava açma hakkını iade etmiştir.³³

Michelson v. Mid-Century Ins.Co. davasında mahkeme sigorta davasının zaman aşımı süresinin kesilmesinin deprem sigortası arabuluculuğunda ele alınmasına ilişkin bir kanun hükmünü yorumlamıştır. Davacı arabuluculuğun, başarısızlıkla sona erdiği gün değil arabuluculuğun sona erdiğinin kendisine bildirildiği on ikinci gün sonra sona erdiğini iddia etmiştir. Bu süre içinde arabuluculuğun sona erdiğini bilmediğini, çünkü sona erdiğinin kendisine yazılı olarak bildirilmediğini ve devam edebileceğini düşündüğünü savunmuştur ve zaman aşımı süresinin bu on iki günlük süre içinde de devam etmesi gerektiğini savunmuştur. Böyle bir bulgu davasını zamanında açabilmesi için gerekli olmakla birlikte mahkeme bu şekli savunmayı reddederek bunun yerine arabuluculuğun sona erdiği günü zaman aşımını kesen sebeplerin ortadan kalktığına hükmetmiştir. Mahkemenin ifade ettiği sonuç kanun hükmünün gereğidir ve zaman aşımının kesilmesi, davacının arabuluculuk müzakeresine ikinci defa gelememesi veya çözümden itibaren üç gün içinde otomatik olarak sona erer. Çünkü kanun zaman aşımının kesilmesinin sona ermesi için yazılı bildirim şartını aramamıştır. Davacıya arabuluculuğun resmi olarak sona erdiğinin yazılı bildirilmesi hakkı tanınmamıştır. Bu yüzden arabuluculuk sona erdiğinde arabuluculuk zaman aşımı kesilme süresi otomatik olarak sona erer. Arabuluculuğa ilişkin kanun hükümlerinin sonucu olarak zaman aşımına ilişkin meseleler ortaya çıkabilir.³⁴

Ocasio v. Froedtert Memorial Lutheran Hosp. Davasında davacı kanunla gösterilen süre içinde arabuluculuğa gitmediği için görevi ihmal nedeniyle dava açma talebi reddedilmiştir. Çünkü arabuluculuk yoluna başvurma dava açmanın bir önkoşulu idi.³⁵

Arabuluculuk veya tahkimi dava açma sürecinin bir ön şartı olarak kabul eden tarafların zaman aşımına ilişkin meselelerin farkında olması gerekmektedir.

3d 301, 252 Cal Rptr 204 (1988 2nd Dist).

29 Rizzo v. Haines, 520 Pa 484, 555 A2d 58 (1989).

30 Bulders Square, Inc. V. Saraco, 868 F Supp 748 (ED Pa 1994).

31 Bulders Square, Inc. V. Saraco, 868 F Supp 748 (ED Pa 1994); Bkz. yine Builders Square, Inc. V. National Union Fire Insurance Company of Pitsburg, PA, 1997 WL 3205 (ED Pa) (Avukat müvekkiline çözüm önerilerini zamanında bildirmek yükümlülüğü altındadır.)

32 Mich. Prof.SAWQ1E45

33 Landis v. Physicians Ins. Co. of Wisconsin, Inc., 245 Wis. 2d 1, 2001 WI 86, 628 N. W. 2d 893 (2001).

34 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-2

35 Ocasio v. Froedtert Memorial Lutheran Hosp., 248 Wis. 2d 932, 2001 WI App 264, 637 N.W. 2d 459 (Ct. App. 2001), review granted, 250 Wis. 2d 555, 555, 2002 WI 23, 643 N.W. 2d 93 (2002).

Bazı eyalet arabuluculuk kanunları, taraflar mahkeme tarafından istenilen arabuluculuk sürecine katıldıkları durumda zamanaşımı süresinin kesilmesini öngörürken, diğer bir kısım kanunlar bunu öngörmemişlerdir. Kanuni bir istisna veya bir vazgeçme anlaşması yokken, dava açabilmek için önce arabuluculuğa başvurmayı bir ön şart olarak kabul eden taraf, zamanaşımını kaçırmaktan kaçınmak amacıyla dava açmak zorunda kalabilir. Kahn v. Chetcuti davasında önce arabuluculuğa daha sonra tahkime gitmeyi kabul etmiş taraflar, diğer taraf alternatif uyuşmazlık çözümü sürecine katılmaktan kaçınmak için uyuşmazlığı sürüncemede bırakma taktikleri uyguladığından dolayı arabulucu seçiminde güçlük çekmekteydi. Davacı zamanaşımı süresini kaçırmaktan kaçınmak için mahkemede dava açtı. Bununla birlikte davacı davayı takip etmemiş bunun yerine arabuluculuk sürecini devam ettirerek tahkim sürecinin başlamasını beklemiştir. Ancak arabuluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlanınca tahkim sürecine devam edilmiştir. Bu süreç davacının lehinde bir hükümlerle sonuçlanmış ve avukatlık ücretine hükmedilmiştir. Davalı tahkim kararının davacının mahkemeye açtığı davanın tarafların anlaşmasına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi için başvurmuştur. Mahkeme başvuruyu davacı dava açmasına rağmen arabuluculuk girişiminden önce dava açılmamış olduğu nedeniyle hakemin kendi yetkilerini aşmadığına hükmetmiştir. Davanın sonucunda davacı davasını takip etmemiştir. Fakat davalı ile olan anlaşmalarında bulunan alternatif çözüm maddelerine tümüyle riayet etmeye çalışmıştır. Zamanaşımı sürelerinin farkında olmak ve sözleşmede belirtildiği şekliyle alternatif uyuşmazlık çözümünde kararlı bir tavır, mahkemede başarılı bir sonuç elde etmenin önemli faktörlerindedir.³⁶

Wisconsin Yüksek Mahkemesi İstinaf Mahkemesinin kararını bozarak arabuluculuk süreci tamamlanmadan dava açılmasının, davanın reddi için gerekçe oluşturmadığına işaret etmiştir.³⁷ Kanun arabuluculuk süresi dolmadan bir tarafın dava açmasını yasaklamasına rağmen, kanun yapıcının bir tarafın kanunun bu hükmünü ihlal etmesi durumunda herhangi

bir yaptırım öngörmediğini vurgulamıştır. Kanunun amaçsal yorumu ve bu eksiklik mesleki hata nedeniyle açılan davaları gayri resmi ve esnek yapmakta ve Mahkemenin davayı ret ederek sert bir yaptırım uygulamanın uygun bir yaptırım olmadığı sonucuna götürmüştür. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme bu davada reddin olayların farkında olmayan davacıyı tuzağa düşürebileceği, davacının zamansız açtığı davaya herhangi bir itiraz ileri sürmeden cevap verebileceği ve arabuluculuk süresinin dolmasını bekleyerek daha sonra davacının davasının süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddini sağlayarak davalı tarafın oyun oynamasına bir teşvik oluşturabileceği endişesini ifade etmiştir.³⁸

Ne Garris nede Rizzoda Mahkeme alternatif çözüm yollarını araştırma ve müvekkiline tavsiye etme hususunu tartışmamıştır. Yine de bu doğrultuda Colorado Yüksek Mahkemesi bu hususlara ilişkin yeni etik kuralları benimsemiş ve bu kurallarda avukatların müvekkillerine makul bir şekilde uyuşmazlıkların çözümünü sağlayabilecek alternatif uyuşmazlık çözümlerini takip etme ve istenilen hedefe ulaşma konusunda müvekkillerine tavsiyede bulunmaları gerektiğini ifade etmektedir. Colorado Barolar Birliği tarafından önerilen kural kendi başkanı tarafından bu gerekliliğin doktorların hastalarına ameliyat yanında makul tedaviyi tavsiye etmesiyle eşit olduğunu savunmuştur.³⁹ Delaware de avukatlık yapmak için kabul edilenler müvekkilleri ile tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dahil tüm alternatifleri gözden geçirme sorumluluğu altındadır.⁴⁰ Teksas Yüksek Mahkemesi avukatların müvekkillerine alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda tavsiyede bulunmalarını gerekli görmektedir.⁴¹

38 *Ocasio v. Froedtert Memorial Lutheran Hosp.*, 254 Wis. 2d 367, 2002 WI 89, 646 N.W. 2d 381, 385 (2002).

39 Colorado Adopts Ethic Rule, 10 Alternatives 70 (1992); Wissler, *Mediation and Adjudication in Small Claims Court: The Effects of Process and Case Characteristics*, 29 Law & Soc'y Rev 323, 336 (1995).

40 Delaware State Bar Association Statement of Principles of Lawyer Conduct, made applicable to attorneys admitted pro hac vice by Supreme Court of the State of Delaware Rule 71; Bkz. İngiltere mahkemeleri de avukatların mahkemeden önce müvekkilleri ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini görüşme zorunda görmektedir. 6 World Arbitration and Mediation Rep 124 (1994).

41 Texas Courts Push Bar Creed, 8 Alternatives 22 (1990).

36 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-3

37 *Ocasio v. Froedtert Memorial Lutheran Hosp.*, 254 Wis. 2d 367, 2002 WI 89, 646 N.W. 2d 381 (2002).

Avukatların arabuluculuğun kullanımını müvekkillerine tavsiye etme konusundaki istekli tutumları, arabulucu veya avukat olarak deneyimleri arabuluculuk sürecinde fazla oldukça avukatların arabuluculuğun kullanımını müvekkillerine tavsiye etme ihtimali daha fazla artmaktadır. Buna ilaveten bu avukatların arabuluculuk konusunda eğitimleri arttıkça bunu müvekkillerini yönlendirme ihtimali de artmaktadır.⁴²

Ohio Yüksek Mahkemesi tarafından hazırlanan avukatlık ilkelerinde, avukatların müvekkillerine alternatif uyuşmazlık çözümleri bakımından hukuki tavsiyelerde bulunmaları gerektiği belirtilmektedir.⁴³ Louisiana avukatları da müvekkilleri ile arabuluculuk konusunda tavsiye de bulunmaya teşvik edilmiştir.⁴⁴ Birçok federal bölge mahkemesi müvekkilleriyle alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda tavsiyede bulunma ve bunu gerçekleştirdiklerini yazılı olarak bildirme yükümlülüğünü içermektedir.⁴⁵

Kuzey Dakota mesleki hatadan kaynaklanan davalarda her iki tarafın avukatının uyuşmazlığı çözmeye yardım edecek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin müvekkillerine tavsiye edilmesini gerektirmektedir.⁴⁶

Arkansas Kanunu tüm avukatları müvekkillerinin uyuşmazlıkları için mahkeme yargılaması da dahil alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, bunların seçimi ve kullanım teknikleri konusunda müvekkillerini bilgilendirmeye teşvik etmektedir.⁴⁷

Harvard hukuk profesörü Frank Sander’de benzer

42 Wissler, Ohio Attorneys’ Experience with and Views of Alternative Dispute Resolution Procedures, Report to the Supreme Court of Ohio Committee on Dispute Resolution 2 (1996); Medley & Schellenberg, Attitudes of Attorneys Toward Divorce Mediation, 12 Mediation Q 185, 195 (1994).

43 A Lawyer’s creed, 70 Ohio St. B. Ass’n Rptr. Xli (1997).

44 La Stat Ann 9:4102

45 Suzanne J. Schmitz, Gving Meaning to the Second Generation of ADR Education: Attorneys’ Duty to Learn About ADR and What They must Learn, 1999 J. Of Disp. Res. 29, 31 n. 17 (citing United States Cts. For the Dist. Of Utah, Info. From the Clerk of Court: Alternative Dispute Resol. Program 7-8 (rev. Ed. 1997); N.D. Cal. L. R. 16-12, D.D.C., Mediation 3-4).

46 N.D. Cent. Code § 32-42-03 (1) and (2) (1999).

47 Ark Code Ann § 16-7-101.

etik gerekliliğe vurgu yapmıştır.⁴⁸ 1989 yılında kabul edilen Federal Kanun, avukatın müvekkiline alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda tavsiyede bulunduğunu belgelememesi halinde, belirli davalarda federal mahkemelerde dava açmasının engellenebileceğini öngörmüştür.⁴⁹ New Jersey 2000 yılında mahkemelerin işleyişinde geçerli olacak düzenlemeler kabul etmiştir. Bu düzenlemeler avukatlara mahkeme-bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda müvekkillerini bilgilendirmek zorunluluğu getirmektedir. Uyuşmazlık çözümüne ilişkin yeni tamamlayıcı düzenlemelere göre avukat, mahkeme bağlantılı uyuşmazlık çözümleri konusunda müvekkilini bilgilendirmek zorundadır ve avukatın bu konuda sorumluluğu söz konusudur.⁵⁰ Bu düzenlemeler aynı zamanda tarafların ve avukatının alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine iyi niyetli bir şekilde katılma zorunluluğunu da getirmektedir.⁵¹

Michigan ve Kansas da bir avukat karşı tarafa uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümü önermişse bunu müvekkiline bildirmek zorundadır.⁵² Michigan da bir avukat alternatif uyuşmazlık çözümü müvekkilinin menfaatine uygunsuz veya müvekkili alternatifleri kabul edilebilir bulma ihtimali varsa, mahkeme yargısına alternatif bu yöntemleri de müvekkiline tavsiye etmek zorundadır.⁵³ Minnesota da avukatlar müvekkillerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda tavsiyede bulunmak zorundadır.⁵⁴ Kansas da Kansas Barolar Birliği Etik Komitesi, Kansas Mesleki Uygulamalar Model Kanun konusundaki görüşünde avukatın sadece mahkeme veya karşı tarafın alternatif uyuşmazlık çözümü önerdiğinde bunu müvekkili ile tartışma yüküm-

48 Should There Be a Duty to Advise of ADR Options? [A Debate Between Frank Sander and Michale Prigoff], ABA J at 50 (November 1990).

49 Lawsuit Reform Act of 1989, S 1100, 135 Cong Rec S-6004 (6/1/89).

50 New Jersey Court Rules 1:40-1 to 1:40-12 (2000).

51 New Jersey Court Rules 1:40-4 (2000).

52 State Bar of Michigan Standing Committee on Professional and Judicial Ethics, Opinion No. RI-255 (1996); Kansas Bar Association Ethics Advisory Committee, Opinion No. 94-1 (1994).

53 State Bar of Michigan Standing Committee on Professional and Judicial Ethics, Opinion No. RI-262 (1996).

54 Minn. Ct. Rule 114.03 (b).

lülüğü gerektirdiğini belirtmiştir.⁵⁵ Etik Komite bir avukat alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir öneriyle karşılaştığı zaman takip eden ilkelerin uygulanmasını önermiştir:

1. Bir avukat mesleğini icra ettiği yargı yetkisi sınırları içerisinde alternatif uyuşmazlık çözüm seçeneklerini ortalama bir şekilde bilmesi gerekir. Avukat bu alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının özelliklerini ve müvekkilinin amaçlarını bu amaçların alternatif uyuşmazlık yöntemleriyle gerçekleştirme ihtimali ve bu konudaki düşüncelerini de bilmesi gerekir;

2. Avukatın mesleki yargısı alternatif uyuşmazlık çözümünü uygulanabilir bir seçenek olarak gösteriyorsa, avukatın bu seçeneği mahkeme veya karşı tarafça önerilmesine bakmaksızın müvekkiliyle tartışması gerekir;

3. Alternatif uyuşmazlık çözümü karşı taraf avukatınca veya mahkemece önerilmişse, avukatın önerilen yöntemin avantaj ve dezavantajları konusunda müvekkilini bilgilendirmesi gerekir ve özel bir davada alternatif uyuşmazlık çözümü bakımından müvekkiline tavsiyede bulunması gerekir.⁵⁶

Colorado ve Hawaii de bir avukat hukuki uyuşmazlığı çözmek için takip edilebilecek ve hukuki hedefe ulaştırabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini müvekkiline bildirmek zorundadır.⁵⁷ Georgia etik kanunu bir avukat müvekkiline farklı alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda bilgilendirmek zorunda olduğunu belirtmektedir. Konu mahkeme yolunu içerme ihtimali bulunması durumunda, dava açma yöntemine alternatif olabilecek makul alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda müvekkilini bilgilendirme görevi bulunmaktadır.⁵⁸ Bundan başka Georgia avukatların alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda kursa katılmasını gerekli görmektedir.⁵⁹ Avukatlar bu gerekliliği alternatif

uyuşmazlık çözümü konusunda hukuk fakültesi derisi olarak telafi edebilirler.⁶⁰ Son zamanlarda yapılan tarafların alternatif uyuşmazlık çözümlerini tartışmalarını ve sonucunu bildirmelerini gerekli gören arabuluculuğa yönlendirme ve sonucunu bildirme ve rapor etme kuralına ilişkin iki çalışma mahkemelelerin arabuluculuğun kullanılması konusunda aktif bir şekilde teşvik etmesinin önemini ortaya koymaktadır. Arabuluculuğa davaları tevcih etme ve sonucunu rapor etmeye ilişkin kuralların davalarda alternatif uyuşmazlık çözüm alternatiflerinin kullanılmasının müzakere edilmesi oranını artırmadığı gibi erken çözüm oranını da artırmamıştır.⁶¹ Bu çalışmanın sonucu bir başka çalışmanın sonucuyla da tutarlılık arz etmektedir.⁶² Mahkemeler davaların başlangıç aşamalarında tarafları alternatif uyuşmazlık çözümünün kullanılmasına teşvik etmedikleri için erken çözüm oranlarının artmadığı bu çalışmalarda rapor edilmiştir. Bu çalışmalarda varılan sonuca göre alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kullanımına ilişkin tartışmaların artmasında etkili faktör arabuluculuğa tevcih etme ve sonucu rapor etmeye ilişkin kurallar olmaktan ziyade mahkemelerin bu işi teşvik etmesi olduğu belirtilmiştir.⁶³ Avukat müvekkil ilişkileri açısından davaların bazı aşamalarında alternatif uyuşmazlık seçeneklerinin kullanılması oranlarının artırılması bakımından güçlü icra mekanizmaları ile birlikte zorlayıcı kurallardan ziyade yargısal katılım ve teşvikin daha önemli olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁴

Avukatların müvekkillerine karşı mahkeme tarafından, davanın alternatif uyuşmazlık çözümünün

55 Legal Ethics Opinion 94-1 (cited in 63-Sep. J. Kan. B.A. 8 (1994).

56 Legal Ethics Opinion 94-1 (cited in 63-Sep. J. Kan. B.A. 8 (1994).

57 Hawai Rules of Professional Conduct, Rule 2.1 (1998); Colo. Rules of Professional Conduct, Rule 2.1 (1998).

58 Code of Professional Responsibility, Canon 7-5 (1996).

59 Alternative Disp. Resol. Rules VIII (1996).

60 Suzanne J. Schmitz, Giving Meaning to the Second Generation of ADR Education: Attorney's Duty to Learn About ADR and What They Must Learn, 1999 J. of Disp. Res. 29, 34 n. 42; Marshall Breger, Should an Attorney Be Required to Advise a Client of ADR Options?, (2000), Geo. J. Legal Ethics 427;

61 Wissler & Dauber, Leading Horses to Water: The Impact of ADR 'Confer and Report' Rule, (2005), 26 Just. Sys. J. 253, 254.

62 Mc Adoo, A Report to the Minnesota Supreme Court: The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota, (2002), 25 Hamline L. Rev. 401.

63 Wissler & Dauber, Leading Horses to Water: The Impact of ADR 'Confer and Report' Rule, (2005), 26 Just. Sys. J. 253, 254.

64 Sarah R. Cole, Nancy H. Rogers and Craig A. McEwen, Mediation: Law, Policy, Practice (2008), Thomson West.

uygun olup olmadığına ilişkin sorular sorulara makul süre içinde cevap verme sorumluluğu da bulunmaktadır. Bu sorumluluğun zamanında yerine getirilmesinin ihmal edilmesi Matajek v. Skowronska⁶⁵ davasında olduğu gibi avukatın sorumlu tutulması sonucunu doğurabilecektir.

3. Avukatlar Arası Görüşme Yerine Arabuluculuk

Müzakere avukatların çok sık uyuşmazlıkları çözmek için kullandıkları ve bazen çözüm üreten bir teknik olmasına rağmen, bazen başarısız, etkisiz veya gereksiz şekilde yavaş bir süreçtir.⁶⁶ Bu müzakere süreci, bir ilk olarak taraftan avukata, daha sonra avukattan avukata ve son olarak tekrar avukattan müvekkiline geçtiği için, avukat-avukat arası görüşmeler dolaylı, kolayca kesintiye uğrayan ve sağlıklı olmayan bir iletişim içerebilir. Belirli bir sistematizasyonun olmaması, avukatların inisiyatifine dayanması nedeniyle herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olmadan veya aciliyet duygusu olmadığı için süreç bazen çok yavaş işler. Avukatlar eğer diğer tarafı ifadelerin alınması aşamasına kadar görmemişler veya dinlememişlerse, diğer taraf ve karşı tarafın menfaatleri hakkında sınırlı bilgiye sahiptirler. Avukatlar arasındaki kişisel ihtilaflar, çözüm yolunda engel olabilir⁶⁷ ve müzakerecilerin diğer tarafın hareketlerini yanlış yorumlanmasına neden olabilir. Uyuşmazlık bazen uyuşmazlık taraflarının kendi davası hakkındaki bakış açısı nedeniyle gereğinden fazla büyümüş olabilir⁶⁸ ve avukatlar müvekkillerinin güvenlerini korumaya çalışırken aynı zamanda bu görüşlere karşı etkili bir şekilde karşı çıkamayabilirler. Tarafların kendi iddialarının gücü konusunda veya bir davada verilmesi muhtemel kararlar konusunda önemli ölçü-

de farklı tahminleri bulunabilir.⁶⁹ Bundan da öte ücret düzenlemeleri veya diğer faktörler nedeniyle avukatların müvekkillerinkinden çözüm yönünde farklı menfaatleri söz konusu olabilir.⁷⁰ Stratejik endişeler her tarafı ciddi müzakereler başlatmakta isteksiz hale getirebilir.⁷¹ Görüşmelerde taraflar diğer tarafın makul çözüm önerilerinin bile farkında olmayabilirler.⁷²

Avukatlar arasındaki görüşmeler tarafların doğrudan katılımı olmaksızın devam eder. Bu süreçte avukatlar müvekkillerinin nasıl davranabileceğini tahmin etmelidirler.⁷³ Güçlü savunma yapma etik kararlılığı nedeniyle, avukatlar müvekkillerinin somut kazancını maksimize etmeye çalışırken diğer düşünceleri de azaltmaya çalışırlar.⁷⁴ Temsil konusundaki bu problem çözüm tartışmalarını daraltabilir ve gerçekten müvekkilin öncelikleri konusunda yanıtlanabilir.⁷⁵

Avukatlar tarafından birçok davanın aynı anda yürütülmesi nedeniyle bir tek davanın görüşmesine dikkatin yoğunlaştırılması güç bir husustur. Bu sürekli dikkat eksikliği müzakere sürecini uzun ve etkisiz hale getirmektedir. Avukat her davada hızlı hareket etmek zorundadır. Buna ilaveten böyle bir müzakere süreci müvekkili anlamlı bir katılım duygusunun dışında tutacak ve gecikmelerden ve sürecin yavaşlığından dolayı endişe ve belirsizlik yaratacaktır.⁷⁶

Bu görüşmeler tipik olarak resmi ve dingin bir süreç

65 Matajek v. Skowronska, 893 So. 2d 700 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 2005).

66 Barriers to the Negotiated Resolution of Conflict (Arrow, et al. Eds Norton in Pres 1994); Mnookin, Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, 8 Ohio St J on Disp Resol 235 (1993); Bush, What Do We Need a Mediation for?: Mediation’s Value Added for Negotiators, 12 Ohio St. J. On Disp. Resol. 1 (1996).

67 Gilson & Mnookin, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation, 94 Colum L Rev 509 (1994).

68 Plimpton, Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client’s Interest, 8 Me BJ 38, 42 (1993).

69 Plimpton, Mediation of Disputes: The Role of the Lawyer and How Best to Serve the Client’s Interest, 8 Me BJ 38, 42 (1993).

70 Gilson & Mnookin, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation, 94 Colum L Rev 509 (1994).

71 Hyman, Heumann, Dautrich & Rubenstein, Civil Settlement: Styles of Negotiation in Dispute Resolution 59-60 (New Jersey Administrative Office of the Courts 1995).

72 Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, 8 Ohio St J on Disp Resol 235 (1993); Richard Bikre & Craig R. Fox, Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements, 4 Harv. Negotiation L. Rev. 1. (1999).

73 Condlin, Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of the Lawyer Dispute Bargaining Role, 51 Md L Rev 1, 29,30 (1991).

74 Condlin, Bargaining in the Dark: The Normative Incoherence of the Lawyer Dispute Bargaining Role, 51 Md L Rev 1, 29,30 (1991).

75 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-17

76 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-17

değildir. Bu süreç tarafların kendi bakış açılarıyla uyuşmazlığı anlattıklarında üçüncü bir kişi tarafından dinlenildikleri bir süreç değildir. Görüşme amaçlandığı gibi mahkemelerde tam bir günün geçirilmesini engeller. Fakat bunu yaparken böyle bir yargılamanın verebileceği adalet duygusunu vermeyebilir. Bütün bu nedenlerden dolayı avukatlar arasındaki müzakereler çözümün mümkün olduğu durumlarda bile uzamakta veya çıkmaza girmektedir. Arabuluculuk, müzakerelerin önündeki bu engellerin kaldırılmasına katkı sağlayabilir. Bazılarına göre arabuluculukta üçüncü kişinin katılımı, ilave zaman ve masraf getirdiği buna karşılık çözüm garantisinin de bulunmadığı şeklindedir. Bununla birlikte sürecin masrafların daha düşük olması, tarafların bizzat katılımı yoluyla ortaya çıkacak çözüme katkı sağlamaları ve müzakereler vasıtasıyla çözüm önündeki engellerin kaldırılması bakımından avantajlar bulunmaktadır.⁷⁷

Birçok eyalette arabuluculuk müzakereleri sadece avukatlarının değil tarafların da katılımını gerektirmektedir. Bazı eyaletlerde avukatların masraflarının artmasını engelleyecek, avukatı, avukat fonksiyonundan ziyade tavsiyesi alınan bir konumda tutan ve avukatların bulunmasını gerektirmeksizin taraflar arasında devam etmektedir.⁷⁸ Arabuluculuk eğer arabulucu yetenekli bir arabulucu ise üçüncü bir tarafı dahil etmektedir. Üçüncü taraf çözüm önerisi sunma sorumluluğunu taraflardan alarak, mesele üzerinde tarafları ilerleme sağlamaya davet eden bir rol üstlenmektedir. Bu rol avukatın üzerindeki davaya ilişkin değerlendirme yapma, müvekkilinin kabul etme isteksizliğini ve çözüm önerisinin zayıf görünümü konusundaki yükü hafifletmektedir.⁷⁹

Arabulucu tarafların birbirlerine söylemek istedikleri bilgileri bir tarafa yapacağı kapalı toplantılarda öğrenebilir ve böylece taraflar arasında çözüm konusunda potansiyel çözüm köprüsü kurabilir. Bu taraflar arasında gidip gelme diplomasinin başarısı işçi-işveren pazarlıklarında görülmüştür.⁸⁰ Her iki

tarafın müzakere duruşuna ilişkin bilgi sahibi olma, her iki tarafın menfaatine hitap eden bir anlaşma önerisi için eşsiz bir olanak sağlamaktadır. Bu şekilde optimum bir anlaşma yardım sağlanmayan müzakerede ortaya çıkması ihtimali daha azdır.⁸¹

Arabuluculuk, duyguların ifadesine ve ilgisiz konuların tartışılmasına imkan verir. Ancak psikolojik danışma içermez.⁸² Arabuluculuk uygulaması tecrübesi çoğunlukla sıkı pazarlıkların yürütüldüğü iş uyuşmazlıklarından gelmektedir. Bazen duyguların anlaşılması ve tam destek verilmesi çözüm arama konusunda yardım edebilir. Arabulucuların şaka veya fıkralar vasıtasıyla sükûneti koruması ve müzakerelerin sona ermesini engellemesi de söz konusu olabilir.⁸³

Bazı durumlarda müvekkiller çok duygusal olabilirler ve müzakere etme yeteneğinden mahrum olabilirler. Bu durumlarda avukatlarının vekil olarak onlar adına hareket etmesi amaçlarına daha iyi hizmet eder. Genel olarak birçok uyuşmazlık tarafı kendi menfaatlerini ve ihtiyaçlarını avukatlarından daha iyi bildikleri için tarafların bizzat müzakerelere katılımı, özellikle birçok çözüm alternatifinin söz konusu olduğu durumlarda tatmin edici sonucun daha hızlı ortaya çıkmasını sağlayabilir. Avukatların müzakerelere vekil olarak katıldığı durumlarda ise iletişim doğrudan değildir ve bu nedenle etkisizdir.⁸⁴ Şirket içi uyuşmazlıklarda, davanın muhtemel sonucu ile ilgili daha fazla bilgi sahibi fakat uyuşmazlık konusu işle ilgili daha az bilgi sahibi avukatların şirket yöneticilerini davanın esası hakkında bilgilendirmeleri ve müzakereyi kendilerine bırakmaları durumunda daha fazla faydalı olacakları ileri sürülmektedir.⁸⁵

4. Arabuluculuğun Tercih Edilmesi

Avukatlar müvekkillerine artan bir şekilde değerlendirme, bağlayıcı olmayan tahkim, özet jüri yargılama-

75-78 (2d ed 1986).

81 Raiffa, *The Art and Science of Negotiation* 221 (1982).

82 Silbey & Merry, *Mediator Settlement Strategies*, 8 *Law & Policy* 7 (1986).

83 Honeymen, *Five Elements of Mediation*, 4 *Negotiation J* 149, 154, 155 (1988).

84 Henry, *Minitrials: Scaling Down the Costs of Justice to Business*, 21 *Across the Board* at 45

85 Henry & Lieberman, *The Manager's Guide to Resolving Legal Disputes* 41, 42 (1985).

77 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-18

78 Haynes, *Divorce Mediation* 70-76 (1981).

79 McEven, Mather & Maiman, *Lawyers, Mediation and the Management of Divorce Practice*, 28 *Law & Soc'y Rev* 149, 165 (1994).

80 Maggilo, *Techniques of Mediation* 151,152 (1985); Simkin & Fidandis, *Mediation and Dynamics of Collective Bargaining*

sı ve arabuluculuk gibi birçok alternatif uyuşmazlık çözümlerini tavsiye etmektedirler. Bazen çözüm tümüyle taraflara bağlıdır. 1992 New Hampshire Yüksek Mahkeme Kuralları tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında seçim yapmasını ve tarafların seçtiği listeye daha az müdahale etmeyi gerektirmektedir.⁸⁶ Bazı Eyaletlerde Hustin ve Kolumbia Yüksek Mahkemesi bölgesinde olduğu gibi ‘çok alternatifli mahkeme’ (multi door approach) yaklaşımını takip etmektedirler. Kolombiya Yüksek Mahkemesinin bulunduğu bölgede taraflar tercihlerini belirtmekte ancak mahkeme nihai kararı vermektedir.⁸⁷

Çok alternatifli mahkeme projesi kapsamında Kolombiya Yüksek Mahkemesinde her dava ile ilgili bilgisayar destekli anket yapılmakta ve taraflara tavsiyede bulunmaktadır.⁸⁸ Cambridge ve Massachusetts mahkemelerinde mahkeme personeli uyuşmazlık taraflarıyla yoğun görüşmeler yapmakta ve alternatif uyuşmazlık seçenekleri konusunda taraflara tavsiyede bulunmaktadır. Middlesex’te sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda en çok başvuru alan seçenek arabuluculuk iken, haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda en çok başvuru alan seçenek dava değerlendirmesidir.⁸⁹

Yapılan araştırma sonuçlarına göre arabuluculuk çok daha az masraflı, uyuşmazlık çözüm süresi kısa ve daha az avukat gerektiren, tarafların hazırlık ve katılımı için daha az zaman gerektiren ve tahkime göre daha fazla tarafların tatmin edici sonuç elde ettiği bir alternatif uyuşmazlık yöntemidir.⁹⁰

5. Arabuluculuk Yoluna Başvurma Konusunda Zamanlama

Arabuluculuk arabulucu olmadan çözüm müzakereleri duraksadığı veya başarısız olduğu durumlarda

mı kullanılmalıdır? Düz müzakerelerde arabuluculuğun erken kullanımı zaman kaybı olabilir. Çünkü uyuşmazlık yardım gerekmezsiniz çözülebilir. Birçok faktör arabuluculuğun kullanılmasını ilk müzakerelere olarak görülmesine neden olabilir.⁹¹

Eğer tarafların uzun süren bir husumet geçmişleri varsa, arabuluculuğun çözümlerle sonuçlanması ihtimali çok zayıftır.⁹² Bu yüzden arabuluculuktan önce böyle bir husumet oluşturmaktan kaçınmak akıllıca olabilir. Özellikle çözüme ulaşmanın hayati olduğu zamanlarda ve arabulucusuz müzakerelerin veya mahkemeye müracaatın düşmanlığı ortaya çıkardığı durumlarda arabuluculuğa daha erken müracaat etmek avantajlıdır.⁹³ Buna ilaveten eğer arabuluculuk bir tahkim veya yargılama için hazırlanma sonrasına ertelenirse, yargılamadan beklediklerinden vazgeçerek ihtiyaçlarına uygun olacak bir çözüme tarafların dikkatlerini toplamak arabulucu için zor olabilir.⁹⁴ Yinede mahkemelerdeki istinaf aşamasında olan davaların %40’ı veya daha fazlasının arabuluculuk yoluyla çözümlendiği hususunu göz ardı etmemek gerekir.⁹⁵

Arabuluculuğun tarafların masraflarını azaltma derecesi çoğunlukla arabuluculuğun zamanlaması ve başarısına bağlıdır. Erken çözüm tespit ve yargılama masraflarının azalmasını sağlar. Avukatlar ve dava taraflarının tahminine göre federal seviyede yargılama masraflarının %60’ı tespitlere ilişkindir.⁹⁶ Avukatlar tespit sonrasına kadar çözümü dayandıracakları yeterli bilgiye sahip olmadıklarını düşünebilmektedirler. Buna ilaveten avukatlar yargılama öncesi çözüm hakkında diğer tarafı heveslendirmek için uygun bir mühlet belirlemeyebilirler.⁹⁷

86 H Super Ct Rule 170.

87 Goldberg, Sander & Rogers, *Dispute Resolution* 428-433 (1992).

88 Ostermeyer, *ADR Case Classification System*, in *Materials for Fitting the Forum to the Fuss*, ABA National Workshop, Boston Massachusetts, March 27,28, 1992; *Matching Fuss to Forum: D.C. Trial Court’s Creative ADR Case-Classification Procedures*, 9 *Alternatives* at 44 (1991).

89 Keilitz, *Middlesex Multi-Door Coruthouse Evaluation Project: Final Report* 21 (1992).

90 Brett, Barsness & Goldberg, *The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers*, 12 *Negotiation J.* 259, 263-4 (1996).

91 Dwight Golann, *Is Legal Mediation a Process of Repair or Separation?: An Empirical Study and Its Implications*, (2002), 7 *Harv. Negot. L. Rev.* 301.

92 Kressel & Pruitt, *Themes in the Mediation of Social Conflict*, 41 *J Soc Issues* 179, 185, 186 (1985).

93 Lax & Sbenius, *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain* 174 (1986).

94 Kolb, *How Existing Procedures Shape Alternatives: The Case of Grievance Mediation*, 1989 *J Disp Resol* 59.

95 FitzGibbon, *Appellate Settlement Conference Programs: A Case Study*, 1993 *J Disp Resol* 57, 103.

96 *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation*, A Report of the Brookings Task Force in Civil Justice Reform (1989).

97 Hyman, Heuman, Dautrich & Rubenstein, *Civil Settlement: Styles of Negotiation in Dispute Resolution* 154 (1995).

6. Arabuluculuğa Kimlerin Katılacağına Karar Verme

Arabuluculuğun en önemli taraflarından birisi uyuşmazlığın çözüm tartışmalarında tarafların doğrudan katılımlarıdır. Bu avantajın diğer dezavantajlara karşı dengesini sağlamak için avukatların müvekkillerinin katılmasının faydalarını ve ortaya çıkaracağı sorunlarla birlikte düşünmesi gerekir.⁹⁸ Aynı zamanda usul kanunları ve mahkeme kurallarının kendilerinin katılmalarına izin verip vermemesine göre katılıp katılmayacaklarına karar vermek zorundadırlar. Son olarak avukatların başka kimlerin arabuluculuk görüşmelerine katılmasının faydalı olacağını da düşünmeleri gerekir.⁹⁹

Genel olarak doğrudan katılma fırsatı taraflar arasında doğrudan ve açık iletişimi kolaylaştırır. Diğer tarafın esas hakkındaki iddialarını işitme ve menfaatlerini daha iyi anlama, müvekkillerin katılımı ve müzakereleri daha iyi anlamaları istisnai durumlar haricinde tercih edilen bir durumdur. Müvekkil katılımının karşı endikasyonu korku, gözünü korkutma ve müvekkillerin yoğun duygular nedeniyle çözüme engel olabilecekleri endişesidir.¹⁰⁰

Avukatların arabuluculuğa katılımı da eşit derece önemlidir.¹⁰¹ Avukat katılımı özellikle hukuki meselenin karmaşık, müvekkilin özgüveninin yetersiz, derdini anlatamayan veya bir ilişki veya uyuşmazlıkta daha zayıf taraf durumunda ise önemlidir. Avukatın katılması durumunda daha az arabuluculuk seansı gerekebilir. Çünkü avukata danışma için gerekli daha fazla arabuluculuk seansı yerine, avukatında katılımıyla daha az seans yeterli olabilir.¹⁰²

Avukatın katılımının dezavantajı ise avukatın getireceği ilave masraf ve düşüncelerini açık bir şekilde ifade etme fırsatı ve arabuluculuğu kendi başına yü-

rütmek isteyen müvekkilin özgüvenine zarar verme ihtimalidir. Eğer davanın tarafı bizzat kendisi katılırsa, bu durumda avukat tarafından desteklenebileceği birçok teknik vardır: hiçbir anlaşmayı nihayetlendirmeme veya avukat tarafından gözden geçirmeden hiçbir dokümanı imzalamama; arabuluculuğun avukatlara danışma nedeniyle ara verilmesine izin vermesi gibi. Avukatlar aynı zamanda diğer tarafın arabuluculuk müzakerelerine katılıp katılmamasının çözüm üretimine katkısı olup olmayacağını düşünmesi gerekir. Örneğin belirli şartlar altında teknik veya ticari danışmanın varlığı avukatın müvekkiline makul bir çözüm bulma konusunda yardımcı olabilir.¹⁰³ Diğer bazı durumlarda söz konusu problemle ilgili doğrudan ilgisi veya deneyimi olan kişilerin çözüm konusunda faydalı olabileceği avukatlar tarafından dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴

7. Arabulucunun Seçimi

Müvekkilleri uyuşmazlık konusunda yönlendirirken çözüm şansı ve çözümsüzlük riski arabulucuya ve temel kurallara bağlıdır. Çünkü arabulucu bağlayıcı karar almamaktadır ve arabulucunun seçimi tahkimde hakem seçiminden daha az önemlidir. Yinede bu konudaki tecrübeler deneyimi olan veya daha yetenekli arabulucuların uyuşmazlığın çözümünde başarı şansını artırdığını göstermektedir ve en azından hangi davanın kabul edileceğini değerlendirme konusunda daha yetkin olabilmektedirler.¹⁰⁵

Diğer özellikler cinsiyet, yaş, hukuki eğitim, meşhur olma ve bu alanda önemli ölçüde bilgi sahibi olma, davaya bağlı olarak avukat ve müvekkil için önemlidir, ancak çözüm oranlarını etkileyecek ölçüde önemli görülmemiştir.¹⁰⁶ Arabulucular için ehliyet

103 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-44

104 Alhadeff, What is Mediation? In Roth, Wulf & Cooper, The Alternative Dispute Resolution Guide, ch. 23, at 3,4 (1993).

105 Dwight Golann, Variations in Mediation: How-and Why-Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case, (2000), J. Disp. Resol. 41; Pearson & Thoennes, Divorce Mediation Research Results, in Divorce Mediation: Theory and Practice 429, 436 (Folberg & Milne eds 1988) yapılan araştırma daha önce 6-10 arası uyuşmazlığın çözümünde görev almış arabulucuların % 64'lük çözüm oranına ulaştıkları, yeni arabulucuların ise %30 oranında çözüme ulaştıkları görülmektedir.

106 Pearson & Thoennes, Divorce Mediation Research Results, in Divorce Mediation: Theory and Practice 429, 436 (Folberg & Milne eds 1988)

98 Riskin, The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Company v. Joseph Oat Corp.*, 69 Wash ULQ 1059, 1099-1103 (1991).

99 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-42

100 Riskin, The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Company v. Joseph Oat Corp.*, 69 Wash ULQ 1059, 1099-1103 (1991).

101 Harrell, Why Attorneys Attend Mediation Sessions, 12 Mediation Q 369 (1995).

102 McEwen & Rogers, 'Bring the Lawyers Into Divorce Mediation', (1994) ABA Dispute Resol J at 8

konusunda tartışmalar devam ederken arabulucular için uygun nitelik veya eğitim konusunda bir anlaşma mevcut değildir.¹⁰⁷ Deneyimler göstermektedir ki, yetenekli ve başarılı arabulucular çok farklı mesleki geçmiş ve deneyimlerden gelebilmektedirler.¹⁰⁸ Aynı zamanda arabuluculuk yaklaşımı, dava ve taraflar arasında da bir uyumun aranması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır. Arabulucunun meseleyi genişletme eğiliminde mi yoksa daraltma eğiliminde mi olması gerektiği ikinci olarak ta arabulucunun kolaylaştırıcı niteliğinde olması gerekip gerekmediği veyahut ta uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapması gerekip gerekmediği soruları önem kazanmaktadır.¹⁰⁹ Kimi avukatlar değerlendirmesi arabulucu konusunda tercihlerini ifade etmektedirler. Ancak bazen avukatlar diğer tarafın güvendiği bir arabulucu seçimini daha fazla önemserken bu tercihe ikinci derece önem vermektedirler.¹¹⁰ Avukatlara ve uyuşmazlık taraflarına arabulucu bulma konusunda yardımcı olmak için birçok kar amacı gütmeyen kuruluş arabulucuların ve arabuluculuk hizmetlerinin listesini tutmaktadırlar.¹¹¹ Temel kurallar arabuluculuk programı için esnek bir şekilde oluşturulmuştur.¹¹² Örneğin bir eyalete ait arabuluculuk yasanınca öngörülen program avukatların arabuluculuğa katılmasına izin vermekte ise çözülmeme riski değişiklik gösterecektir.¹¹³ Avukatların katılımı eğer derhal çözüm ihtimali söz konusu olmazsa

müvekkilin kendi zararına anlaşma yapma, stratejik önemi olan konuların karşı tarafa açıklanması gibi riskleri artırır. İnşaat uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculuklara katılan avukatlarla ilgili yapılan bir çalışma arabuluculuk konusunda temel kurallar mahkeme veya kar amacı gütmeyen arabuluculuk kuruluşu tarafından geliştirilen kuralların benimsenmesinden ziyade taraflar tarafından kontrol edilmekte olduğunu göstermektedir.¹¹⁴

Bazı durumlarda temel kurallar önceden avukatlar tarafından kabul edilebilir. Bu anlaşma gizlilik bakımından bazı hususları da içermelidir.¹¹⁵ Bu çerçevede aynı zamanda vergi, ücret açıklamaları, tamir masrafları, ödemeler, faturalar ve sözleşmelerle ilgili bilgilerin niteliği ve çeşidi gibi hususlar da belirlenmelidir. Bu önceden yapılmazsa arabuluculuk seansları bilgilerin nasıl delillendirileceği hususlarına odaklanabilir. Eğer temel kurallar arabulucuya uyuşmazlığın esasını rapor etmeye izin veriyorsa hem çözüm şansı hem de çözülmeme riski artar. Genel arabuluculuk uygulaması olmamasına rağmen buna bazı eyaletlerde izin verilmiştir.¹¹⁶ Bu tür rapora izin verilen durumlarda arabuluculuk seansında avukatın bulunması özellikle önemlidir. Çünkü arabuluculuk her iki tarafın yargılama görevini yapan kişiyi ikna etmeye çalıştığı çekişmeli bir yargılamaya dönüşebilir.¹¹⁷

Sonuç

Ülkemiz de diğer bir kısım batı toplumları ile kıyaslandığında uyuşmazlıkların en azından belirli bir kısmını barışçı bir kısım alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözmek yerine, bir tarafın kazandığı, diğer tarafın ise kaybettiği mahkeme yargısını tercih etme eğiliminin ağır bastığı görülmektedir.

Bu anlamda arabuluculuğun hem bireyler hem de piyasada iş yapan firmalar gibi uyuşmazlık tarafları açısından zaman, masraf ve bireyler için yıpranmadan ve firmalar için ticari itibar kaybından kaçınma gibi faydalar sağlaması yanında, uyuşmazlığın ara-

107 Shaw, Mediator Qualifications: Report of a Symposium on Critical Issues in Alternative Dispute Resolution, 12 Seton Hall Legis J 125 (1988).

108 Pearson & Thoennes, Divorce Mediation Reserch Results, in Divorce Mediation: Theory and Practice 429, 436 (Folberg & Milne eds 1988)

109 Riskin, Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New Grid System, (2003), 79 Notre Dame L. Rev. 1; Riskin, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, 12 Alternatives 111 (1994).

110 Stucki, Mediator's Credibility is Key Predictor of Success in ADR, 13 Alternatives 2,8 (1995).

111 Dispute Resolution Directory (National Institute for Dispute Resolution 1984) (100 tane organizasyonun hizmetleri, adresleri ve isim listeleri); Center for Public Resources Legal Program, The ADR Panels; American Arbitration Association.

112 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-46

113 Alaska Stat § 25.24.060 (c) avukatların arabuluculuk müzakerelerine izin verilirken Cal. Fam. Code § 3182 avukatın müzakere haricinde tutulmasını öngörmektedir.

114 Henderson, Mediation Success: An Empirical Analysis, 11 Ohio St J on Disp Resol 105,145 (1996).

115 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-46

116 Cal Fam Code §§ 3170, 3183.

117 Cole, S. R., McEwen, C. A., and Rogers, N. H., s. 4-46

buluculuk yöntemi ile çözülmesi durumunda ilişkilerin gelecekte de barışçıl bir şekilde sürdürülmesinin temel yöntemlerinden biridir.

Buna ilaveten adalet sisteminin yönetimini gerçekleştiren ve politikalarını belirleyen karar mekanizmaları açısından, başta mahkemelerin iş yükü olmak üzere bir kısım sorunların çözülmesine katkı sağlayacağı muhakkaktır.

Arabuluculuk İngiltere, Hollanda ve Slovenya gibi bir kısım ülkeler tarafından kanunla düzenlenmeksinin tamamen uygulamaya bırakılmışken, başta ABD olmak üzere, Fransa, İtalya, Avusturya gibi birçok ülke tarafından belirli bir yasal çerçeveye oturtulmuştur. Bu çerçevede ülkemizde de bir kanun tasarısı hazırlanarak TBMM'ye sevk edilmiştir. Bu nedenle

arabuluculuk müessesesinin Türk Hukuk Sistemine başarılı bir şekilde dahil edilmesi yasal çerçevesinin iyi bir şekilde çizilmesi yanında, müessesenin iyi işlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması önem arz etmektedir.

Bu bakımdan avukatlara, müvekkillerini arabuluculuk konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün açık bir şekilde kanunda düzenlenmesi, müesseseye talep yaratılmasına katkı sağlayacaktır. Arabuluculuk yöntemiyle çözülme ihtimali yüksek olan uyuşmazlıklar açısından bu konuda bilgisi olmayan uyuşmazlık taraflarının mahkeme yargılamasında zaman, masraf açısından kayba uğramalarını önleyeceği gibi psikolojik olarak, şirketler açısından ise ticari olarak yıpranmalarını önleyecektir.