

Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi

Müjgan KARYAĞDI*

“Hukukun asıl görevinin tarafları birleştirmek olduğunu fark ettim. Hukukçu olarak geçirdiğim 20 yılın büyük bölümünü yüzlerce davada uzlaşmaya varmaya harcadım. Bununla bir şey kaybetmedim. Para dahi kaybetmedim, ruhumu asla”.

Mahatma Gandhi
1927

ÖZET

Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Kıta Avrupası ülkelerinde hızla uygulama alanı bulmaktadır. Aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların ortaklaşa bir çözüme ulaşmak için tarafsız ve objektif bir kişinin yardımıyla optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle uyuşmazlığın çözümüne destek vermesini öngören ve gönüllülük esasına dayanan uyuşmazlık çözüm yolları bütününe “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” denmektedir. Bu çözüm yolları içerisinde taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren arabuluculuktur.

İletişim kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda bireylerin tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla sorunlarını çözebilme eğiliminin oluşturulması oldukça önemlidir. Bu çalışmanın konusunu ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklara yansıtılmasının önemi, uygulanabilirliği, dış ülkelerde uygulanma biçimi ve bu kurumdan beklenen faydanın sağlanabilmesi için oluşturulabilecek mekanizmaların (gizlilik, mesleki uzmanlık, bağımsızlık gibi) çeşitliliği oluşturmaktadır.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri çeşitlidir. Bu yöntemler içinde arabuluculuk yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bugün için alternatif uyuşmazlık çözümünün yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde dahi, bu yöntemi savunanlar ve

* Danıştay Tetkik Hakimi. Bu makalenin hazırlanmasında yabancı kaynaklara ulaşmamı sağlayan, yardımlarını esirgemeyen değerli hocam, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Özbek'e çok teşekkür ederim

uyuşmazlıkların bu yolla çözümünü eleştirenler vardır. Böyle bir tartışma olsa bile gelişmiş ülkelerde başarıyla uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizde de uygulanabilirliğinin ortaya konulması zamanı gelmiştir.

ANAHTAR KELİMLER

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, arabuluculuk, müzakere,uzlaştırma, kısa jüri duruşması, avukat arabulucular, tarafsız değerlendirme, mini duruşma

SUMMARY

In societies where communication problems occur and where mutual understanding is a concept which is not well-developed it is important to form a tendency through which disagreements can be settled via the help of a third person.

Alternative dispute resolution (ADR) is defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party.

The alternative solutions of a disagreement are varied. Among these, meditation is one which is widely applied. Today even in the countries where alternative disagreement solution is applied, there exists some who support it and also some who criticize it. Even if there exists such a disagreement, it high time we put forth the applicability of alternative disagreement solutions, which are successfully applied in developed countries, in our country.

KEYWORDS

mediation, alternative dispute resolution, alternative disagreement, neutral,

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK ARABULUCULUK KAVRAMI

Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Kıta Avrupası ülkelerinde hızla uygulama alanı bulmaktadır. Genel çerçevede, alternatif uyuşmazlık çözümünden maksat, tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraftarı, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya gererek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip, sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet Mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür¹.

Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, bu yöntemlere başvuru amacına göre üç grupta toplanabilir.

Birinci grup alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “vakıaların tespiti” ve erken tarafsız değerlendirme yöntemleridir. Bu yöntemlerde, tarafsız üçüncü kişi yalnızca bir vakıa hakkında ya da uyuşmazlığın devlet yargısında çözümlenmesi halinde, tarafların elde edebilecekleri muhtemel sonuç hakkında görüş bildirmektedir. Bu yöntemler uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmemekle birlikte, davayı önleyici etkiye sahiptir. Bu nedenle bu yöntemler hakem-bilirkişiliğe benzerler.

İkinci grup alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “arabuluculuk” ve “kısa duruşma” yöntemleridir. Bu yöntemleri uygulayan tarafsız üçüncü kişi bağlayıcı olmayan çözümler önermektedir. Böyle bir çözüm taraflarca benimsenmiş ise ikrar ve sulh gibi medeni usul hukukunu ilgilendiren kavramlar karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncü grupta yer alan arabuluculuk-tahkim karması yönteminde bağlayıcı bir çözüme ulaşılmış ise ulaşılan çözüm kesin hükmün sonuçlarını doğuracaktır.²

Bütün ADR yöntemleri içinde, taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren yöntem arabuluculuktur. Taraflar arasında bilgi akışını sağlayan arabuluculuk, iletişimsizlikten kaynaklanan tehlikeleri yok eder³.

¹ Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Haziran 2006, s. 191-177), s. 151.

² İldır, s.116

³ Özbek, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2004, s. 178.

Bu çalışmada arabuluculuğun başarı ile uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde yasal düzenlemesinin ne şekilde yapıldığı konusu Türk Hukuk Sistemiyle kıyaslanarak anlatılmaya çalışılacaktır. Ayrıca A.B.D.'nde uygulanan diğer ADR usulleri de genel olarak tanıtılacaktır.

II. ARABULUCULUĞUN YASAL DÜZENLEMESİ

A. ARABULUCUNUN MESLEKİ GÖREVLERİ

1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletlerinde, arabulucuların mesleki görevlerinin tesis edilmesine ve uygulatılmasına yönelik üç yöntem bulunmaktadır. Özel bir tarafın bir profesyonele ihmalinden, sözleşmenin ihlalden veya diğer yasal ihlallerden ötürü dava açması, birçok meslek sahibine görevlerini layıkıyla yaptırmanın önemli bir yoludur. Ancak, bir arabulucuyu görevlerini yapmaya zorlamada bu yöntem büyük oranda devre dışı kalmıştır.

Mesleki görevlerin tesis edilmesinde ve uygulanmaya zorlanmasında kullanılan ikinci yöntem idari mevzuattır; özellikle, meslek ruhsatlarıdır. Örneğin avukatlar, avukatlık yapmak üzere, eyaletten ruhsat alabilmek için belli gereklilikleri karşılamalıdır. Hatta meslek ruhsatları, belli mesleki görevlerini, özellikle Profesyonel Davranış Kuralları Modeli'nde belirtilenleri, ihlal etmeleri durumunda iptal edilmektedir. Arabulucuların ruhsat almalarına yönelik benzer bir sistem bulunmamakla beraber; ruhsat gerekliliğine benzer bir uygulama, birçok zorunlu veya mahkeme sponsorluğundaki arabuluculuk programları için mevcuttur.

Mesleki görevleri tesis etmede ve uygulatmada üçüncü yöntem, devlet tarafından yapılanlardan ziyade, uygulanan özel yaptırımlardır. Bu yaklaşım, arabuluculuk konusunda gelişmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde çoğu eyalet yasaları arabulucu olarak görev yapabilmek için bir koşul aramaz; fakat ihtilafli kişilerin büyük bir kısmı, başarılı bir sonuca ulaşma ihtimalinin daha yüksek olması ve daha çok güven duyacak olmaları sebebi ile bu konuda eğitilmiş ya da tecrübe kazanmış kişileri arabulucu olarak tercih etmektedirler. Bazı eyaletler ise, arabulucu olarak çalışan kişilerin eğitilmiş bir uzman olmasını şart koşmaktadır. Örneğin, Massachusetts eyaletinin yasaları şu hükmü içermektedir: "Arabulucu; bir uyuşmazlığa taraf olmayan, taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olmak için onlarla yazılı bir anlaşma yapan ve arabuluculukta en az otuz saatlik eğitimi tamamlamış ve dört yıllık mesleki

tecrübeye sahip olan veya bir uyuşmazlık çözüm kuruluşunda görev yapan ya da yargısal veya idari bir kuruluş tarafından arabuluculuk için atanan bir kişiyi ifade eder”.

Uyuşmazlık çözümünde Uzmanlar Topluluğu (*The Society of Professionals in Dispute Resolution*) arabuluculara gerekli nitelikleri, uzmanlığı ve tecrübeyi kazandırabilmek amacıyla eğitim vererek onlara yardımcı olan bir kuruluştur. Bu kuruluş, bir arabulucunun sahip olması gereken yetenekleri ve doğru şekilde yürütülecek bir arabuluculuk sürecinde geçilmesi gereken aşamaları belirler. Arabulucu olarak görev yapan kişiler, kusurlu davranarak görevlerini gereken uzmanlıkta yerine getiremezlerse sonuçtan tatmin olmayan taraflarca sorumlu tutulabilirler⁴.

2. Arabuluculara Karşı Yükümlülük Davaları

Doktorlar, avukatlar, psikologlar, muhasebeciler, mühendisler ve mimarlar, sundukları mesleki hizmetleri yerine getirme konusunda, iddia edilen yanlışlardan ötürü dava edilmektedirler. Buna karşın arabulucular, çok nadir dava edilmektedir. Bunun bir nedeni, yargıda gittikçe artan oranda, arabuluculara açılacak davalar karşısında dokunulmazlık verilmesidir. Bazı eyalet yasaları, çoğu zaman “kötü niyetli ve kasıtlı kusur” ve benzeri davranış istisnası koymak suretiyle, arabulucuların dokunulmazlığını güvence altına almaktadır. Mahkemeler genellikle, yasalara konmamış olsa bile, arabulucuların dokunulmazlığını tasdik etme eğilimindedir.

Arabulucunun dokunulmazlığı, adli dokunulmazlığın bir uzantısıdır. Yargıçlar, adli görevlerini yerine getirirken gösterdikleri performansları hususunda dokunulmazlığa sahiptir. Dolayısıyla, bir tarafın yargıcın kararından ötürü duyduğu hoşnutsuzluğunu gidermesinin kanuni yolu temyize gitmektir; yargıcı dava etmek değildir. Dokunulmazlık, yargıçlardan savcılar, jüri üyeleri, tanıklar ve zabıt katipleri gibi yargı sisteminin diğer birimlerine doğru genişlemektedir. Öte yandan, arabulucuların dokunulmazlığı, şu zeminde eleştirilmektedir Arabulucuların işlevi ile dokunulmazlık kazanmış diğer yargı birimlerinin işlevleri, birbiriyle karşılaştırılabilir düzeyde değildir.

ADR ile ilgili düzenlemeler yapılırken üçüncü kişilerin sorumlulukları konusu da dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişiler ister özel bir sıfatla ister resmi bir sıfatla görev yapsınlar katıldıkları ADR sürecindeki kusurlu hareketlerinden sorumlu tutulmalıdırlar. Örneğin ADR sürecinde gizlilik yükümlülüğü ihlal edilirse veya

⁴ Özbek, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi* (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım, 2006, s. 43-58), s. 51.

tarafsızlığın ihlali suretiyle taraflardan birine zarar verilirse, üçüncü kişinin sorumluluğu ortaya çıkar. Üye devletlerde ise arabulucuların veya uzlaştırıcıların sorumluluğuna ilişkin özel kurallar bulunmasa bile, üçüncü kişilerin genel olarak özel hukuktan kaynaklanan sorumlulukları mevcuttur.⁵

3. Mesleki Lisans

a. Zorunluluk Karşısında Gönüllülük

Yasalar herkesin arabuluculuk yapmasına izin vermektedir; ruhsat aranmamaktadır. Ancak bu, arabuluculuk hizmetlerinden yararlananlar (ihtilafı taraflar) ile bunları sunanlar (arabulucular) arasındaki ilişkilerin, serbest piyasa koşullarında geliştiği anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk daha çok, devlet tarafından zorlanmakta veya desteklenmektedir. Böyle durumlarda, devlet piyasaya arabuluculuk yönünde müdahalede bulunmakta ve çoğunlukla da arabulucunun seçimi üzerinde etkili olmaktadır.

Zorunlu arabuluculukta, arabulucu kamu çalışanı olabilmektedir. Bazı yargı bölgelerindeki mahkemelerde, arabulucuyu bir mahkeme görevlisi seçmektedir. Daha yaygın uygulama, tarafların arabulucu üzerinde mutabakata varmalarıdır. Ancak mutabık kalamazlarsa, yargıç veya başka bir mahkeme görevlisi, arabulucuyu atamaktadır. Hatta tarafların arabulucuyu seçmesine izin verildiği yerlerde bile, tarafların, mahkeme veya diğer bir devlet kurumunca onaylanmış isim listesinden seçim yapmaları gerekmektedir. Bu listeye girebilmek için arabulucunun, belli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bu nitelikler şunlar olabilir:

- bir arabuluculuk eğitim kursu almış olması,
- danışman veya psikoterapist olarak deneyimi olması,
- psikoloji, sosyal yardım uzmanlığı, danışmanlık veya başka bir dalda mastır yapmış olması,
- arabulucunun vasıfları, eğitimi ve öğretimi konusunda, ilgili taraflara ifşada bulunma zorunluluğu yönündeki gerekliliğe uymak.

Özetle devlet, belirli davalarda arabuluculuk yapmak için, belirli nitelikler aramak suretiyle arabuluculuk piyasasına müdahale etmektedir.

Devlet ayrıca bazı arabulucuları ve arabuluculuk programlarını sübvans ederek, bu piyasaya müdahalede bulunmaktadır. Bu en çok arabulucuların kamu görevlisi

⁵ Özbek, Mustafa: *Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (TBB Dergisi, Sayı:68, 2007, s.265-320), s.310

olduğu yerlerde görülmektedir. Birçok federal arabuluculuk programları ile bazı eyalet ve bazı yerel programlar, doğrudan yasal ödeneklere ve yargı bütçesinden ayrılan paylara dayanmaktadır. Diğer mahkemeler, dava ücretlerini davacılara yükleyerek, bu parayı arabuluculuk programlarını fonlamak amacıyla kullanmaktadır. Her türlü şekilde, bu paranın bir kısmını kullanmak suretiyle devlet, kimin arabulucu olacağı, kimin olmayacağı konusunda etkide bulunmaktadır.

Buna karşıt olarak, zorunlu arabuluculuk veya mahkeme sponsorluğundaki diğer arabuluculuk uygulamaları çerçevesinin dışında, serbest bir arabuluculuk piyasası mevcuttur, Kimin arabuluculuk yapacağına dair, kamusal düzenlemeler veya yeterlilik ve etikle ilgili standartlar bulunmamaktadır. Ancak çoğu zaman, etik standartlar biçiminde veya bir sözleşme ile belirlenmiş görevler şeklinde, özel düzenlemeler görülmektedir.

Türkiye’de uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki işlevlerine ek olarak hukukî işlemlerin yapılmasından sonra uygulanması aşamasında taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de etkili olması gereken noterlik şeklinde yeni bir rol üstlenmelidirler. Noterlerin, belgelenme sürecine katıldıkları hukukî işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne büyük katkıda bulunacağı kesindir. Zira, bu süreçte tarafların gerçek iradeleri, hukukî işlemin ayrıntılı bilgi sahibi olan noterler, sonradan çıkacak uyuşmazlıkların kolayca çözülmesini de sağlayabilirler. Noterlerin, önceden katılmadıkları hukukî işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de arabulucu (uzlaştırıcı) veya hakem olarak faydalı olmaları mümkündür. Noterlerin bağımsız ve tarafsız konumları, arabulucu olarak atanmaları halinde, tarafların güvenini kazanmalarını sağlayacak; böylece uyuşmazlık çözüm müzakereleri daha ılımlı ve verimi bir ortamda geçecektir. Resmi daire sayılan noterlik dairesi arabuluculuk müzakerelerinin güvenle gerçekleştirilmesi için elverişli bir mekan oluşturacaktır. Ayrıca noterler, sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla mesleğin icrası sebebiyle öğrendikleri sırları açıklayamaz, mevcut evrak ve belgeleri ilgililer dışında kimseye veremezler. Bu durum sayesinde noterler, ADR’nin temel özelliklerinden olan “uyuşmazlık çözüm müzakerelerinin gizliliğini” koruyarak, müzakerelerinin özgür bir ortamda yapılmasını güvence altına alacaklardır. Nihayet, bir ADR usulü sonunda taraflar arasında yapılan anlaşmanın noterlerce belgelenmesi, bu anlaşmanın icra edilmesinde de kolaylıklar sağlayacak ve ADR usulleri hakkında bu noktada yapılan tartışmaları ortadan kaldıracaktır. Görüldüğü gibi, sahip oldukları hakları ve yükümlülükleriyle arabulucu olarak görev yapmaya çok uygun olan noterler, ADR için gerekli olan temel özelliklerin birçoğunu bünyelerinde barındırmaktadırlar. Bu nedenle, arabuluculuk ve hakemlik gibi görevlerin noterlerin tabii görevi olduğu; noterlerin diğer görevlerinin içinde yer aldığı söylenebilir.

Ayrıca Noterlik Kanununun, “noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasakları oldukları işleri” gösteren 50’inci maddesi incelendiğinde, noterlerin, ADR usullerinde tarafsız üçüncü kişi olarak (uzlaştırıcı noter sıfatıyla) görev almalarına izin verildiği açıkça görülmektedir.

Uygulamada yapılan sözleşmelere ADR şartları koyulması noterlerce özendirilmeli ve ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız üçüncü kişi sıfatıyla uzlaştırıcı noterlerin (arabulucu noterlerin) atanması teşvik edilmelidir⁶.

Arabulucular farklı uzmanlık alanlarına mensup olabilirler. Zira arabuluculuk sadece hukukçulara özgü bir alan değildir. Birleşik Devletler’de bazı eyaletlerde mahkeme katımlı arabuluculuk için sertifikalı olmak aranırken bazı eyaletlerde özel arabuluculuk için herhangi bir lisans veya eğitim amaçlı diğer bir ön şart aranmamaktadır. Bununla birlikte arabulucu arayan bir kişi yalnızca belli bir arabulucu veya arabuluculuk hizmeti sunan kurumun kullandığı arabuluculuk usulünü öğrenmekle yetinmemeli, buna ek olarak arabulucunun niteliklerini de araştırmalıdır.

Uygun durumlarda mahkeme arabulucunun atanmasında belirli bir uyuşmazlık çözüm usulündeki hukukî ya da diğer mesleki eğitim ve deneyimi esas alırsa, yetkisi dahilinde bu kanunî arabulucu eğitim yükümlülüğünden feragat edebilir.⁷

b. Avukat Arabulucular

Arabuluculuk için ruhsat gerekmemekle birlikte, avukat olmak için ruhsat gereklidir. Bir avukat, örneğin bulunduğu eyaletteki Profesyonel Davranış Kuralları gibi, meslek ruhsatı ile bağlantılı şartları ihlal ederse, barodan atılır veya görevinden geçici olarak men edilir. Eyaletlerin birçoğunda kısmen veya tümüyle, Amerika Barolar Birliği’nin Profesyonel Davranış Kuralları Modeli kabul edilmiş olmakla beraber, birkaç eyalette halen eski Mesleki Sorumluluk Kaideleri Modeli kullanılmaktadır. Kurallar Modeli ile Kaideler Modeli çoğunlukla, etik kurallar olarak değerlendirilmektedir ve öyledir. Aynı zamanda da kanuni kurallardır; çünkü devlet tarafından yasallaştırılmışlardır. Eyaletlerdeki baro heyetleri ile bu kuralları uygulayan mahkemeler, kimin yasal olarak avukatlık yapması gerektiğini belirlemek üzere, meslek ruhsatlarının düzenlenmesini yöneten kamu kurumlarıdır.

Arabuluculuk yapan avukatların, Kurallar Modeli’ni hangi durumda ihlal ettiğine dair bir belirsizlik vardır. Kurallar Modeli avukatların, birbiri ile çelişen menfaatlere

⁶ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 57

⁷ Özbek, Mustafa : *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2004, s.286,287

sahip, birden fazla müvekkili savunmalarını yasaklamaktadır. Hatta çıkarları temelde birbiri ile çelişen müvekkillerin rızası olsa bile, bu yasağın aşılmasını engeller.

Örneğin; bir avukat, *çıkartları temelde birbiri ile çelişen, birden fazla tarafı bir müzakere de temsil edemez*; ancak, çıkarları genel olarak birbiri ile uyumlu olan birden fazla müvekkilin, bu çıkarlar arasında farklar olsa bile, toplu şekilde temsil edilmesine izin verilir.

Özetle, müvekkillerin çıkarları, temelde birbiri ile çeliştiği durumlarda bir avukat, eğer bu şekilde onları “temsil etmiş” olursa, söz konusu anlaşmazlıkta arabuluculuk yapamaz. Burada sorun, avukat-arabulucunun tarafların temsilcisi mi yoksa avukat-müvekkil ilişkisinin, avukat-arabulucu ve taraflar arasında mı şekillenmekte olduğudur.

Kurallar Modeli, bunu “temsil etme olarak” tanımlamıştır ve eyalet baro heyetlerinin bu konuda vardığı sonuçlar farklıdır. Bununla beraber arabulucu olan avukatın, davaya dahil olan tek avukat olması durumuna göre, taraflar kendi avukatlarına sahipse, arabulucu avukatın daha az “temsil etme” durumunda kaldığı yönünde bir uzlaşma oluşmuştur. Diğer bir deyişle, tarafların kendi avukatlarının olmadığı duruma kıyasla, kendi avukatlarına sahip olması durumunda, arabulucu ile taraflar arasında bir avukat-müvekkil ilişkisinin gelişmemesi, daha fazla güvence altında olmaktadır.

Arabulucunun tek avukat olduğu durum ile tarafların kendi avukatlarının olduğu üç avukatlı bir arabuluculuk durumu arasında kıyaslama yapılabilir. Üç avukatlı arabuluculuk daha çok tazminat davalarında, tek avukatlı arabuluculuk ise aile davalarında görülmektedir. Dolayısıyla arabulucu-avukatlara ilişkin olarak, Kurallar Modeli’nin uygulanmasına dair sorunlarla çoğunlukla aile davaları çerçevesinde karşılaşılması sürpriz olmamalıdır.

Kısaca belirtmek gerekirse, arabulucu-avukat Kurallar Modeli’ni ihlal etmekten kaçınmak için, taraflarla avukat-müvekkil ilişkisi içerisine girmekten kaçınmalıdır. Bu eyaletten eyalete farklılık gösterse de, bir arabulucu-avukatın taraflarla, avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınmak için neler yapması gerektiği, büyük oranda belirsizdir.

Bunun için, arabulucu-avukatın taraflara, onların kendisinin müvekkili olmadığını açıklaması, iyi bir başlangıçtır. Avukat olmakla beraber, onlar için arabuluculuk hizmeti verdiğini, bunun yasal bir hizmet olmadığını anlatmalıdır. Arabuluculuk sonucunda, açıkça yapılan anlaşmaların çoğunluğu, taraflar ile

arabulucu arasında avukat-müvekkil ilişkisi oluşmadığını göstermektedir. Dahası arabulucu-avukatın taraflara, gelecekte konuya ilişkin olarak, onlardan herhangi birini temsil etmeyeceğini açıklaması gerekir. Ayrıca arabulucu-avukatın, tarafları ilgili konuda temsil edemeyeceğine dair, önergede de bulunması gerekir. Bazı eyaletlerde, avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınmak isteyen arabulucu-avukatın, taraflara yasal tavsiye vermektan kaçınması gerekmektedir. Örneğin; kendi avukatı olmayan taraflar, arabulucu-avukata, aralarındaki anlaşmazlığın, mahkemede ne şekilde çözüleceğini sorabilirler. Böyle bir soruyu cevaplamaya çalışmaktan ziyade, eğer yasal tavsiye istiyorlarsa, her iki tarafın da kendi avukatını tutma hakkına sahip olduğunu belirtmesi gerekir. Buna karşın diğer bazı eyaletlerde, tüm tarafların huzurunda yapılması kaydıyla, arabulucu-avukatın yasal tavsiyede bulunmasına izin verilir. Bunların arasında olan bir durum söz konusuysa, arabulucu-avukata yasal bilgi vermesi için izin verilir; ancak yasal tavsiyede bulunamaz. Bu eyaletler arasında benzer bir uyuşmazlıktır, taraflarla avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınarak, bir uzlaşma sözleşmesi taslağı hazırlanmasına katılan arabulucu-avukatlar için de söz konusudur.

Hangi arabuluculuk modeli izlenirse izlensin ve bir değerlendirme yapılsın ya da yapılsın, bir arabulucu taraflara bilgi verebilmesine rağmen bireysel olarak ya da toplu halde tavsiye vermektan kaçınmalıdır. Burada arabulucunun tavsiye vermemesiyle kastedilen, arabulucunun bir hukuk müşaviri ya da avukat gibi taraflara hukukî bilgi vermesinin önlenmesidir. Buna karşılık arabulucunun taraflara aydınlatıcı nitelikte bilgi vermesine bir engel bulunmamaktadır. Arabuluculukta taraflar kendi verdikleri kararlardan sorumludurlar ve uygun olan hallerde hukukî, teknik ya da diğer konularda bağımsız tavsiye almaya ihtiyaç duyabilirler, fakat bu tavsiye arabulucudan alınmamalıdır.⁸

Yukarıda belirtildiği gibi, Kurallar Modeli çerçevesinde sorun, bir arabulucu-avukatın taraflara yasal tavsiyede bulunması veya anlaşma taslağı hazırlaması, ne dereceye kadar tarafların “temsili”, ne dereceye kadar avukat-müvekkil ilişkisidir. Şüphesiz, yasal tavsiyede bulunmak veya anlaşma taslağı hazırlamak, bir avukatın müvekkili ile olan ilişkisinin özünde olan etkinliklerdir. Ancak bunların, tarafsız bir arabulucu tarafından yapılması ile taraflardan birinin çıkarlarının, diğer tarafın çıkarlarına üstüngelmesini amaçlayan bir müdafaa avukatı tarafından gerçekleştirilmesi arasında önemli bir fark vardır. Buna uygun olarak önemli arabuluculuk uzmanları, Kurallar Modeli çerçevesinde avukatlıkla ilgili düzenlemelerin, tarafların temsilcisi olan müdafaa avukatlığı bazında mı, yoksa avukatların arabuluculuk rolleri bazında

⁸ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.222

mı yapılması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Aynı anlayışla bazı eyaletlerde “mevcut etik hükümlerin arabuluculuğa uyarlamak üzere yorumlanması veya özellikle arabuluculuk için değiştirilmeleri yönündeki çabalar terk edilmiştir.”

ADR’nin avukatların dava sürecindeki geleneksel hukukî görevlerinin yerine ikame olacağı yönündeki görüş yanlıştır. Avukat bir hukuçu olarak uyuşmazlığın konusu olan maddi vakalar, meseleler, hukukî dayanaklar ve sonuç hakkında çok iyi hazırlanmalıdır. Bu durum, avukatın arabuluculuğa dahil olması halinde değişmez.

Avukatlar, müvekillerini arabuluculuğa her yönüyle hazırlamakta özen göstermelidirler. Arabuluculuktan önce avukatlarla müvekillerinin hukukî konular ile müvekillerin ve hasım tarafın menfaatleri hakkında fikir alışverişinde bulunmaları uygun olur. Avukat hem kendisinin hem de müvekillinin arabuluculuk sürecine katılımlarının ne düzeyde olacağını müvekkili ile yeniden gözden geçirmeli, arabuluculuk başlamadan önce gizlilik konusunu ve diğer teknik konuları incelemelidir.⁹

Amerikan mahkeme sisteminde davaları hem mahkeme hem de taraflar yararına daha hızlı ve ekonomik olarak çözebilmek için önemli bir gelişme daha vardır. Bir kaç yıldır medeni hukuk kuralları yargıçlara hem dava öncesi hazırlık için hem de dava sürecinde çeşitli konularda kendilerine yardımcı olmaları için avukat atamalarına imkan tanımaktadır. Bu durum, yargıcın işboğulmasına engel olmakta ve uyuşmazlıkların çözümünü önemli ölçüde hızlandırmaktadır. Örneğin bu avukatlar mahkemelerin taraflara verdiği arabuluculuk ve tahkim hizmetlerinde arabulucu veya tahkim hakemi olarak çalışabilirler.¹⁰

c. Avukat Olmayan Arabulucular

Avukatlık yapmak için, eyalet ruhsatı gereklidir. Ancak bu ruhsatı alabilen kişi avukat olabilir ve yasal tavsiyelerde bulunmak, yasal belge taslakları hazırlamak ve avukatlık mesleği ile ilişkili benzeri etkinliklerde bulunmak üzere yetkili kılınır. Avukat olmayan arabulucular, tıpkı diğer avukat olmayan kişiler gibi bu etkinliklerde bulunmaları halinde cezalandırılır, Ancak şu da bilinmelidir ki, hukukun yetkisiz bir şekilde uygulanmaya çalışılması, nadir görülen bir durumdur.

Mahkemelerin, avukatlık eğitimi olmayan arabulucuların neler yapabileceği ve

⁹ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.290, 292

¹⁰ Simpson, David B.: *Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uyumluğu*, (e akademi, Ocak 2004, Sayı:23)

neler yapamayacağı konusuna değindiği sadece birkaç örnek vardır. Bir Virginia mahkemesi, avukat olmayan arabulucuları “yasal tavsiye vermekten, tarafların belirli soruları, sorunları veya isteklerine dair tavsiyede bulunmaktan” alıkoymaktadır. Diğer türlü sorun, tümüyle, avukat olmayan arabulucuların yasal tavsiye vermesini onaylamayan, baro birliklerinin kararına bırakılmış olur. Kısaca, yasal tavsiyede bulunan veya anlaşma taslakları hazırlayan ve mesleği avukatlık olmayan arabulucuları korumayan bu yasaların, daha da geliştirilmesi gerektiği söylenebilir

Diğer taraftan, önemli arabuluculuk uzmanları avukat olmayan arabulucular, tarafların avukatları ile öneri taslaklarına ilişkin yasal tavsiyeler hakkında diyalog kurduğunda, ruhsatsız uygulamalara yönelik yasaklamalardan kaçınılması gerektiğini belirtmektedir. . Bunlara ilave olarak barolar ve mahkemeler, yetkisiz uygulamalara dair kısıtlamaları, kar amacı gütmeyen arabuluculuk programlarına, kar amaçlı arabuluculara uyguladığından daha az şiddette uygulamaktadır. Böylece, avukat olmayan arabuluculardan oluşan üç büyük kategori (temsil edilen taraflara arabuluculuk edenler, mahkeme için çalışanlar ve kâr amacı gütmeyen programlar) bir şekilde korunmuş olmaktadır. Daha ciddi riskler, bir avukat tarafından temsil edilmeyen taraflara arabuluculuk eden, kar amaçlı arabuluculara hasredilmektedir.

4. Özel Görevler

Avukatlar, buldukları eyalette düzenlenmiş, mesleki davranış kurallarına riayet etmekle yükümlüdürler. Bunlar genellikle, etik kurallar olarak değerlendirilirler ve öyledir. Aynı zamanda da kanuni kurallardır. Bunlar, devlet tarafından yasallaştırılmıştır ve ihlal edilmeleri durumunda, devlet tarafından ruhsatın iptal edilmesi gibi yaptırımlar uygulanır. Avukatlara yönelik Mesleki Davranış Kuralları, bu nedenle devlet yaptırımına sahip, etik zorunluluklardan ayrılmalıdır. Arabulucuların tabi olabileceği etik kurallar sadece, devlet yaptırımı olmayan etik kurallardır.

Birçok kurum, arabulucular için etik standartlar yürürlüğe koymuştur. Belki de en etkili Amerikan Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği-Anlaşmazlıkların Çözümlemesi ve Hukuk Davaları Bölümleri ile Anlaşmazlıkların Çözümünde Görev Alan Profesyoneller Birliği tarafından onaylanan Arabulucular için Davranış Standartlarıdır. Standartlarda, bunların yasal olmadıklarına dair, açık bir ifade yer almaktadır: “bazı durumlarda, bu standartların uygulanması yasalardan veya akdi anlaşmalardan etkilenebilir.” Bu standartlar şunlardır:

I. Tarafsızlık: Bir arabulucu, arabuluculuk görevini tarafsız bir şekilde yürütür.

Arabulucunun bazı durumlarda arabuluculuğu durdurması veya bitirmesi her

zaman mümkündür. Bunlar şöyle sıralanabilir: 1- Usul, taraflardan birine veya her ikisine veya çevre uyuşmazlıklarında olduğu gibi üçüncü şahıslara zarar verdiğinde, 2- Taraflar arasında giderilemeyen bir güç dengesizliği varsa, 3- Sonuç yasadışı ise.

Arabulucu, tarafsız bir kolaylaştırıcı olarak doğru yolda ilerler. Arabulucu tarafsızlığını kullanılacak yöntemlerin seçiminde ve çözüm seçeneklerinin sorgulanması ve şekillendirilmesinde de sürdürmelidir. Arabulucu, beyanlarını en az hüküm verici nitelikte yapmaya çalışmalı ileri sürülen bütün görüşleri kontrol etmelidir.

Tarafsız arabulucu ne bir hakim ne de belli bir tarafın menfaatlerinin temsilcisidir. Arabulucu uygunsuz her türlü görünümünden uzak durmalı uyuşmazlığın konusundan etkilenebilecek hiçbir şahsi menfaate sahip olmamalı, arabulucuktan önce kişisel peşin hükümlerinden kurtulmalı ve her iki tarafın da önceden rızasını almadan taraflardan biri ile diğer tarafın yokluğunda görüşmekten kaçınmalıdır.¹¹

- II. Çıkarların Çatışması: Bir arabulucu, kendisi ile ilgili bilinen tam makul mevcut veya potansiyel çıkar çatışmalarından tarafları haberdar edecektir. Bunun sonrasında, tarafların söz konusu arabulucu ile devam etmek istediği haller dışında, arabuluculuktan çekilecektir. Çatışan çıkarlardan korunma ihtiyacı aynı zamanda, arabuluculuk yapılması sırasındaki ve sonrasında davranışları da kapsar.
- III. Yeterlilik: Bir arabulucu sadece, tarafların makul beklentilerini karşılayacak vasıflara sahip olması durumunda, arabuluculuk yapabilir.
- IV. Gizlilik: Bir arabulucu, tarafların gizlilik ile ilişkili makul beklentilerini sağlamalıdır.
- V. Arabuluculuğun Kalitesi: Bir arabulucu arabuluculuğu adil ve özenli bir şekilde yerine getirmelidir.
- VI. Reklam, Davet ve Ücret: Bir arabulucu, arabuluculuğa dair yaptığı reklam ve davetlerde dürüst olmalıdır.
- VII. Arabulucu arabuluculuk sürecinin tümünden sorumludur.

Arabulucular müzakereler için uygun ortam oluşturmalarıdır. Arabulucuların müzakereleri kolaylaştırmak için kullandığı en basit fakat en etkili yollardan

¹¹ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.209, 210

birisi tarafların biraraya gelmeleri ve uyuşmazlık hakkında görüşmeleri için hem bir imkan ham de tarafsız ve güvenli bir ortam oluşturmaktır. Tarafların görüşleri arasındaki derin ayrılıklar, arabulucuğun genel olarak düşmanca hislerin yoğun olduğu bir ortamda başlamsına yol açar. Böyle bir durumda arabulucunun, çeşitli tahriklerle karşılaşabile yatıştırıcı bir rol oynaması ve müzakereler temelden zarar verebilecek olan düşmanca hisleri dağıtması çok önemlidir. Bundan başka arabulucu, müzakereleri, uyuşmazlığı hakettiği noktaya yöneltebilir ve tarafları davadaki güçlü ve zayıf konulmalarına asli menfaatlerine ve kanuna uygun objektif ölçütlere odaklanmaları için zorlayabilir.

Arabulucunun en önemli görevlerinden biri güvenli ve kontrollü bir şekilde bilgi, fikir ve öneri değişimi için bir vasıta olarak hizmet etmektir.

Arabulucu taraflar için fikirler, öneriler, hukukî standartlar ve uygulayabildiği takdirde ihtilafı mesele hakkında uzmanlık üretmesi açısından önemli bir kaynaktır. Tarafların durumlarının ve önerilen çözümlerin muhtemel sonuçlarını tarafsız olarak değerlendirilmesine ek olarak ekonomik, mali ve vergi yönleriyle de ilgili olmak üzere taraflara analitik yöntemler ve karar verici araçlar sunabilir.

Arabulucu gerçekçi düşüncenin temsilcisiidir. Böylece arabulucu abartılı beklentilerin önüne geçip gerekli olan gerçekçi bakış açısını çözüm sürecine kazandırabilir. Gerçeklik testi arabulucunun en güçlü yöntemlerinden birisidir. Zira bu test, taraf tutan bir anlayıştan ve anlaşma olmaması halinde karşılaşılacak seçenekler hakkındaki fazla iyimser tahminlerden kaynaklanan anlaşma engellerinin ortadan kaldırılmasını sağlar.

Arabulucu harekete geçmeye, ödün vermeye ve öneri sunmaya gelindiğinde tarafların sorumluluğunun tayin eder ve onların kusurlarını açığa vurmaz.

Sonuçta arabulucu anlaşmaya varıldığında tarfsız ve dengeli bir terminoloji içerisinde tarafların rızalarını açıklamalarında yardımcı olur.¹²

Bu standartlara ek olarak, arabulucuların mesleki görevlerini tesis eden ve uygulanmasını sağlayan başka özel araçlar da mevcuttur. Örneğin; arabulucular çoğunlukla, taraflarca doğrudan tutulmazlar, arabuluculuğu destekleyen kurumlar tarafından tutulurlar, Amerika Tahkim Birliği, JAMS/Endispute ve Anlaşmazlıkların Çözümü için CPR Enstitüsü gibi kurumlar, arabuluculara ait isim listeleri tutmaktadır. Bu listelerde yer alabilmek için arabulucunun geçmişi, ehliyetleri, eğitimi ve deneyimine dair, belirli vasıfları olmalıdır. Ayrıca, arabuluculuk özel meslek birlikleri

¹² Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.262-265

de bulunmaktadır. Örneğin Aile Davaları Arabuluculuk Akademisi’nin, kapsamlı üyelik gereksinimleri vardır. Nihayet, taraflar kendi aralarındaki bir akit ile özel gereksinimlerini karşılayan birinin arabuluculuğuna karar verebilir.

Arabuluculara ilişkin Avrupa Etik Kuralları, bireysel arabulucuların, kendi sorumlulukları altında, uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri bazı ilkeler koymaktadır. Etik kurallar, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyumsuzluklarında başvurulmuş her çeşit arabuluculuğa uygulanmayı amaçlamıştır. Etik kurallara uyulması ulusal mevzuatın bireysel uygulamacılar hakkında düzenleme yapmasını engellemektedir. Örneğin arabulucu bağımsızlığını veya taraflarla arasındaki menfaat çatışmasını etkileyebilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumları açıklamadan görev yapmamalı veya göreve başlamışsa devam etmemelidir. Açıklama ödevi süreç boyunca devam eden bir yükümlülüktür.

Arabulucu daha önce kararlaştırılmamışsa başvurmak istediği ücret şekli hakkında taraflara her zaman tam bilgi vermelidir. Arabulucunun ücrete ilişkin ilkeleri taraflarca kabul edilmeden arabulucu, arabuluculuğu kabul etmemelidir.¹³

B. GİZLİLİK

1. Genel Olarak

Sözleşmeli arabuluculuk, tıpkı müzakere sözleşmeleri gibi, hukuk davalarında bir buluştur. Tarafların avukatları, her şeyi arabuluculuk ile halletme konusunda isteksizdir. Bunun nedeni, bunun başarısız olması durumunda, devam eden davada bunun onlara tuzak olma olasılığıdır. Avukatlar, özellikle karşı tarafa ifşada bulunma konusunda isteksiz olmakla beraber; aynı isteksizlikleri arabulucuya yapacakları ifşalar için de geçerlidir. Buna karşın arabulucular, çoğu zaman, tarafların hassas bilgilerine daha fazla ulaştıklarında, daha fazla yardımcı olabilmektedirler. Eğer taraflar, çıkarları ve öncelikleri hususunda açık davranıyorlarsa, arabulucu artısı olan fırsatları görebilmekte ve bunlardan faydalanmak suretiyle, daha fazla yardımcı olabilmektedir. Özet olarak, taraflar ve avukatları arabulucuya ifşada bulunma yönünde daha istekli oldukları sürece, arabuluculuk daha iyi işlemektedir. Ancak, bu istekliliği kısıtlayan bazı etkenler mevcuttur.

En önemli iki faktör, gizlilik konusundaki endişeler ve arabulucunun değerlendirmede kullanma olasılığıdır..

Arabulucular genellikle, güvenilir ve giz saklayan kişiler olarak değerlendirilir.

¹³ Özbeke, *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.317-320

Arabulucular, taraflara ve avukatlara genel olarak, kendisine söylenenlerin, kendisine taraflardan bu yönde bir izin verilmedikçe, gizli kalacağını belirtir. Arabuluculuktan, müzakereye oranla daha iyi sonuç alınması, belki de arabulucunun bu bilgileri özel toplantılarda gizlilik içinde alması ve sonra bunları birleştirmesinden ötürüdür. Dolayısı ile arabuluculuk, kullandığı, gizliliği koruyan araçların faydasını görmektedir. Bazı durumlarda da taraflar, birbirilerine ifşa etmekten çekinmedikleri bilgileri üçüncü partilere ifşa etmek istememektedir; rakipler veya gazeteciler gibi. Böylelikle arabuluculuk, tarafların (ve avukatlarının) gizliliklerinin korunacağına dair güvenlerini arttıran araçları kullanmasının faydasını görmektedir.

Arabuluculara ilişkin Avrupa Etik Kurallarına göre arabulucu, kanunen veya kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu olmadıkça arabuluculuktan veya arabuluculukla ilgili ortaya çıkan bütün bilgileri gizli tutacaktır. Taraflardan birince arabuluculara verilen gizli bilgiler, bilgiyi veren taraftan izin alınmadıkça veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklanmayacaktır.¹⁴

Gizlilik arabuluculuk için gerekli olan güven ortamını beslemektedir. Bunula birlikte, günümüzün pozitif hukukunda hala arabuluculuktan tatmin olmayan bir tarafın mahkemeye başvurarak bir arabuluculuk oturumu hakkında tanıklık arayışına girmesi halinde arabulucunun arabuluculuk süreci esnasında söylenen her şeyin gizli kalacağı yönündeki vaadini geri alıp alamayacağı açıklık kazanmamıştır. Arabuluculukta gizliliğin durumundaki karmaşıklık giderek daha da ciddileşmiş ve bu konuda hem davalar açılmasına hem de yasal düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.

Arabulucunun bütün çözüm olasılıklarını değerlendirebilmesi arabulucunun tarafların gerçek durumları ve menfaatleri hakkında tam bir bilgi sahibi olmasını gerektirir. Arabuluculuğun vakıa tespiti ile ilgili olan bu özelliğinin istenen sonucu verebilmesi arabulucunun kendisine yapılan beyanların gizliliğini sağlamadaki yeteneğine bağlıdır. Arabuluculuk, tarafların arabulucuya olduğu kadar birbirlerine yapacakları beyanlarının da serbest olmasını gerektirir. Arabuluculuğa tanıklık yapmama imtiyazının tanınmasıyla, tarafların arabuluculuğa güvenmesi ve arabuluculukta dürüst davranması sağlanabilir.¹⁵

Arabulucu, görev dolayısıyla elde ettiği gizli bilgileri herhangi bir amaçla veya bir yasal prosedür için bile olsa ya da kâr veya şahsi menfaat temini için direkt veya indirekt bir şekilde kullanamaz ve başkalarına da açıklayamaz. Sadece kendisinin bilmesi için uyuşmazlığın kotarılması esnasında gizli olarak arabulucuya verilmiş

¹⁴ Özbek: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.320

¹⁵ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.214, 215

olan toplu pazarlık durumları, teklifleri ve telkinleri de bu bilgiyi verenlerin rızası olmaksızın karşı tarafa açıklanamaz. Aksi hareket, arabuluculuk yönteminin ihlali ve arabulucunun bu yöntemin bilincinde olmadığı anlamını taşır.¹⁶

2. Gizlilik Anlaşmaları

Arabuluculuk esnasında bilgilerin odada kalacağına dair bir diğer güvence de, sözleşme yapmaktır. Sürecin başlangıcında, katılımcılar arabuluculuk esnasında ifşa edilen bilgilerin gizli kalacağına mutabakat yapmalıdır. Bu anlaşmalar, genellikle yazılıdır ve arabulucunun mahkemeye tanık olarak çağrılmayacağına dair verilen sözleri içerir. Amerika Tahkim Birliği gibi bir kurumun kurallarına uygun olarak arabuluculuk yapılacağına ilişkin bir anlaşma, gizlilik anlaşması olarak değerlendirilebilir. Çünkü sözleşmeye referansla birlikte konan kurallar, gizlilik gerektirmektedir.

3. İspat ve Keşif Kuralları

Arabuluculukta anlaşma sağlanamadığını ve tarafların duruşmaya gittiğini düşünürsek taraflardan birisi, arabuluculuk esnasında söylenenleri mahkemeye kanıt olarak sunmak isteyebilir. Bu bilgi arabulucuya özel olarak veya diğer tarafın huzurunda söylenmiş olabilir. Her türlü, bu ifadeler kanıt olarak kabul edilmez.

İspatla ilgili Federal Delil Yasasının 408. maddesi şunu der: “Hakem huzurunda yapılan müzakerelerdeki fiil ve ifadeler, tazmin talebinin veya miktarının güvenilirliği veya geçersizliğine ilişkin kanıt olarak kabul edilemez.” Kural 408’deki ifade tam olarak, arabuluculuk veya müzakere esnasında gerçekleştirilen ifadeyi belirtmemektedir. Mahkemeler konuya daha yeni atıfta bulunsalar da Kural 408’in ardındaki prensip, bunun anlaşmazlıkların çözümünde yapılan arabuluculuk ve müzakerelere de uygulanmasını gerektirmektedir.

Şu da akılda tutulmalıdır ki, Kural 408 arabuluculuğa uygulansa bile arabuluculuk esnasındaki ifadelerin tümü sürekli şekilde kanıt olmaktan muaf tutulamaz. İfadeler hukuk davasının çözümüne yönelik olmalıdır; bir ceza davası veya henüz dava aşamasına gelmemiş bir anlaşmazlığa dair olmamalıdır.

Kural 408’de benzeri eyalet kanunları gibi, arabuluculuk esnasında verilen ifadeleri, duruşma öncesinde yapılan dava keşfinden korumamaktadır. Kabul edilebilirlik, keşfedilebilirlikten çok daha dar kapsamlıdır.

¹⁶ Kocaoğlu, Mehmet: *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu*, Ankara, 1999, s.255

408. madde uyarınca bir uzlaşma teklifi, teklife konu olan iddianın veya miktarın geçerliliği veya hükümsüzlüğünü kanıtlamak için kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri sırasında ileri sürülen ve beyan edilen deliller de aynı şekilde kabul edilemez. Federal Delil Yasasının 408. maddesi ilgililik teorisinin ortak hukuktaki tanımlamasını kesinlikle reddetmiş ve hem uzlaşma müzakereleri esnasında yapılan beyanlarla ilgili delilleri hem de uzlaşma teklifini hariç tutmuştur. Böylece bu kural uyuşmazlıkların özel çözüm müzakerelerine ortak hukuktan daha kapsamlı bir koruma öngörmüştür. Bundan başka bu kuralın amacı çözüm önerilerinin özgür ve serbest olarak görüşülmesini teşvik etmektir ki bu aynı zamanda arabuluculuğun da amaçlarından biridir.

Bununla birlikte, Federal Delil Yasasının 408. maddesinin bahsettiği kapsamlı koruma çok önemli bir sınırlama içermektedir. Bu maddeye göre müzakere esnasında kullanılan delillerin sadece davacının talebinin geçerliliği veya talebin konusu olan belli bir miktarın varlığının kanıtlanması için sunulması halinde hariç tutulması mümkündür. Bu madde örneğin, müzakereler esnasında yapılan fiili bir anlaşmanın varlığını kanıtlamak ya da bu anlaşmayı reddetmek için ileri sürülen delilleri hariç tutmaz; yani anlaşmanın varlığı kanıtlanamazsa anlaşma uygulanamaz ve arabuluculuğun kendisi tesirsiz kalır. Bundan başka bu kural, müzakerede hileli bir davranışta bulunarak ya da diğer bir katılımcıya karşı borçlu olduğu bir mükellefiyeti ihlal ederek müzakere sürecini kötüye kullanan katılımcıları korumaz. Buna ek olarak 408. maddeye göre başka türlü öğrenilen bilgiler sırf müzakerede sunulması nedeniyle muaf tutulamaz. Müzakere ve arabuluculuk delillerin keşfi için bir araç olabilir; fakat bir engel olamaz.

Herşeye rağmen yargısal usullerde delillerin kullanılmasını sınırlayan akitlerin geçerliliği bazı tereddütlere konu olmaktadır. Bu gibi akitlere uyulması kabul edilmesine karşın bu akitlerin kamu düzenine aykırı oldukları için hükümsüz sayılma tehlikeleri bulunmaktadır. Gizliliği koruyan bu akitlerdeki diğer bir tehlike de bu akitlerin arabuluculuğa katılan kişilerin bilgilerini her yönden koruyamayabilmesidir. Akitlerin nispiyeti ilkesinin bir gereği olarak sadece akdin taraflarını bağlayan akitler savcılık makamı ya da diğer üçüncü kişiler gibi akde taraf olmayan kişilerin bu bilgileri delil olarak kullanmalarını engelleyemez. Bu sorun özellikle arabuluculuk programı bir mahkeme veya savcılık bürosunun keşif amacıyla programın kullanılmasını teşvik etmesi için kendi katılımıyla gerçekleştirildiği zaman vahim bir hal alır.¹⁷

Türk ceza hukukunda da müzakerelerin gizliliği kuralı ve delil yasağı kabul edilmiştir (CMK Md. 253). Uzlaştırma teklifi üzerine artık failin suçu kabul etmesi

¹⁷ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.216, 217

şart olmamakla birlikte fail ikrarda da bulunabilir. Cumhuriyet Savcısının uzlaştırma teklifi üzerine failin suçu kabul etmesi gizlilik ve aleyhe delil teşkil etmeme kuralı kapsamındadır. Fakat, uzlaşma teklifinde bulunulmadan önce failin kolluk veya savcı önünde ifade verirken yapmış olduğu ikrarların gizlilik kapsamında düşünülmesi mümkün değildir. Bu tür ikrarlar faili aleyhine kullanılabilir. Buna karşın failin kolluk veya savcı huzurunda ifade verdiği sırada ve kendisine uzlaşma talif edilmeden önce kendisi uzlaşma teklifinde bulunmuş olursa failin bu teklifine bağlı olarak yaptığı ikrar beyanının da gizlilik kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle uzlaşma teklifini kabul eden veya kendisi uzlaşmayı teklif eden failin, fiili ikrar etmiş olması gizlilik kuralına tabi bulunduğundan uzlaşma gerçekleşmediği için soruşturma sürdürüldüğünde bu ikrar dışında yeterli delil bulunmadığı kanısı oluşmuşsa kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Aynı şekilde mahkeme de yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verebilir. Savcı veya Hakim delil yetersiz olduğu halde failin salt uzlaşma amacıyla yaptığı ikrarı esas alarak hüküm kurması yasaya aykırı olacaktır.¹⁸

4. Arabuluculuk İmtiyazı

Önceki bölümlerde gizlilik sözleşmeleri ile ispat ve keşif kurullarının, arabuluculuğun gizliliğini güvence altına almada bir araç olarak kısıtlamaları üzerine tartışılmıştır. Bu kısıtlamalar birçok insanı, arabuluculuk imtiyazının geliştirilmesini savunmaya yöneltmiştir. Bu kişiler, tıpkı avukat ile müvekkili veya koca ile karısının arasındaki ilişkilerin imtiyazlı olması gibi, taraf/avukat ile arabulucu arasında gerçekleşen karşılıklı görüşmelerin de imtiyazlı olmasını ileri sürmektedir. Federal Delil Yasası Md. 408 ve benzeri eyalet kuralları çerçevesinde izin verilen amaçlarla kanıt olarak önerilmiş olsalar bile; imtiyaz yoluyla, ne arabulucu ne de taraflar, arabuluculuk esnasında ne konuşulduğu hakkında, tanıklık etmeye zorlanamayacaktır. Arabuluculuk imtiyazı arabuluculuk esnasındaki ifadeleri, duruşma öncesindeki dava hazırlık sürecinden ve idari oturumlar, gazeteciler veya rakipler gibi mahkeme harici ortamlara veya kişilere ifşa edilmesinden de korunmalıdır. Bunların yanı sıra, bu imtiyaz arabuluculuktaki ifadelerin korunmasının ötesine geçerek, arabulucuya veya arabulucu programına ait yazılı kayıtlarının, arabuluculuk sözleşmelerinin, arabuluculuk esnasında oluşturulan anlaşma sözleşmelerinin ve buna benzer şeylerin korunmasını kapsamalıdır.

Çoğu eyalet, yasalar veya içtihat hukuku yoluyla, arabuluculuk imtiyazı oluşturmuştur. Ancak genellikle bu imtiyazlar, tüm arabuluculuk görüşmelerine uygulanmamaktadır. Yasaların çoğunluğunda arabuluculuk imtiyazı ile sadece

¹⁸ Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.186, 187

vesayet ve velayeti alamamış tarafın hakları aile mahkemeleri veya eyalet çalışma bakanlığı ile ilgili arabuluculuklar gibi, kamuya açık yönetilen belirli bir program korunmaktadır. Diğer imtiyazlar, tüm arabulucuların veya arabuluculuk programlarının belirli gerekliliklerini karşılayacak şekilde, ayrıntılı bir şekilde yazılmaktadır. Başka diğer eyaletlerde imtiyaz, tarafların sarih imtiyaz kontratlarını da içerebilmektedir.

İmtiyaz sahibi kişi, imtiyazından feragat edebilmektedir. Eyaletler arasında, imtiyazın ilgili görüşmeleri yapan tarafta mı, tüm taraflarda mı veya arabulucuda mı bulunduğuna ilişkin olarak farklar mevcuttur. Birçok arabuluculuk imtiyaz yasası, imtiyaz sahibini belirlemede yetersiz kalmaktadır.

Her türlü imtiyazın olumsuz tarafı, açığa çıktığı takdirde, duruşmaların veya diğer yasal takibatların sonucunu değiştirebilecek olan, sakladıkları bilgidir. Arabuluculuk imtiyazları ile saklanan bilgi, kriminal bir eyleme veya diğer haksız eylemlere kalkan olabilir. Çocuk velayeti konusundaki arabulucuya, çocuklarına fiziksel süistimalde bulunduğunu kabul eden ve bir daha yapıp yapmayacağı konusunda emin olmadığını söyleyen bir ebeveyn karşısında kapsamlı bir arabuluculuk imtiyazı, arabulucuyu bu bilgiyi mahkemede ifşa etmekten alıkoymak ve bu bilgiden yoksun olan mahkeme, süistimalde bulunan ebeveyne velayeti verebilecektir. Yine kapsamlı bir imtiyaz, arabulucuyu bu bilgiyi, eyalet sosyal yardımlaşma kurumuna vermekten de alıkoymaktadır. Normalde bu bilgiye sahip olan kurum, ebeveyni izlemeye alır ve danışmanlık yapar. Buna paralel olarak, arabuluculuk imtiyazı yaratan yasalar, bu tarz bilgilerin ifşa edilmesini imtiyazdan muaf tutmaktadırlar. Bazı başka imtiyaz yasaları da, bu muafiyetin kapsamını, cürüm iddiasının bulunduğu durumlara kadar genişletmektedir. Halen diğer imtiyazlar, eğer mahkeme belirli bir davada ispata duyulan ihtiyacın, imtiyaz ile sağlanan faydanın üzerinde olduğuna karar verirse kaldırılmaktadır.

İmtiyaz yasalarında görülen diğer bir muafiyet, arabuluculuk esnasında fiilen bir uzlaşma tutanağına dair tanıklık gerektiği durumlardır. Davacı ve Davalının, arabuluculuk neticesinde, yazılı bir uzlaşma tutanağı imzalandığını düşünürsek sözleşmenin hiç yapılmadığını ve arabuluculuk imtiyazının, tersine bir kanıtın kabulünü engellediğini ileri sürebilir. Davalının iddiasına göre imtiyaz, Davacı veya arabulucuyu böyle bir anlaşmanın olduğuna dair tanıklık etmekten veya imzalı belgeyi kanıt olarak sunmaktan alıkoymaktadır. Eğer arabuluculukla tesis edilen anlaşmaların yaptırım gücü olacaksa, bu söylem ret edilmelidir. Diğer taraftan mahkemeler, arabuluculuk esnasında oluşmuş sözlü sözleşmelerin ispatı durumunda, imtiyazı korumaya almaktadır. Belki de arabuluculuk imtiyazının pratikteki etkisi,

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

arabuluculukla yapılmış uzlaşma sözleşmeleri açısından Statue of Frauds (bazı sözleşmelerin yazılı yapılmasını zorunlu kılan yasa) eşdeğerinde olmasıdır. Böyle sözleşmeler, yazılı yapılmaları veya farklı yöntemlerle kaydedilmeleri durumunda geçerlidir.

Bu bölümün başında arabuluculuğun, arabulucuların ve dahil olan tarafların, gizli bilgilerin ifşa edilmeyeceğine dair güveni arttıran araçların kullanılmasından istifade ettiği belirtilmişti. Ancak birçok imtiyaz yasası, arabulucularla ilgili iletişime uygulanmaktadır, arabuluculuğa dahil olan diğer tarafların iletişimlerine uygulanmamaktadır. Bu imtiyazlar tarafları, arabulucuya açık olma hususunda cesaretlendirirken, birbirlerine açık olma yönünde etkide bulunmamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde temyiz mahkemesi bir kararında arabulucunun tanıklığını reddederken iki temel ilke arasında önemli bir seçim yapmıştır. Buna göre bir davada herkesin mevcut delillerin tümünün kullanılmasını isteme hakkı vardır. Bu ilkenin karşısında yer alan ilkede mevcut delilin kullanılmasının kamu menfaatine zarar vermesinin önlenmesidir. Arabulucuların tanık olarak kullanılması onların tarafsızlığını zedeleyecek dolayısıyla arabuluculuğun başarısız olmasına yol açarak kamu menfaatine zarar verecektir. İşte bu noktada temyiz mahkemesi arabuluculuğun gizliliğindeki kamu menfaatini, arabulucunun tanıklığının delil olarak kullanılmasındaki menfaate üstün tutmuş ve bu delile başvurulamayacağını kabul etmiştir.¹⁹

Türk hukukunda arabuluculuk müzakerelerinde gizliliği düzenleyen normlara örnek olarak Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 16. maddesinin 6. fıkrasını ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 236. maddesinin 3. fıkrasını örnek gösterebiliriz.

Avrupa Komisyonunun 4 Nisan 2001 tarihli tavsiye kararının “dürüstlük” başlıklı bölümünde şu hükme yer verilmiştir: Üçüncü kişi herhangi bir aşamada uyuşmazlığın çözümü için olası çözüm şekillerini önerirse taraflardan her biri diğer tarafça ileri sürülen iddia bilgi veya deliller hakkında kendi fikrini bildirme fırsatına sahip olmalıdır.

ADR sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde üçüncü kişi kural olarak uyuşmazlık hakkında tanıklık yapmamalı veya hakem olarak uyuşmazlığa müdahale etmemelidir. Zira üçüncü kişi ADR sürecinde bir hakemin normalde bilmemesi gereken bilgileri öğrenmiş olabilir. Bununla beraber tarafların, gizli olan bu bilgilerin açıklanmasına izin vermesi veya mesleği gereği gizliliğe riayet etmesi gereken 3.

¹⁹ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.220, 221

kişinin bir kanun hükmü nedeniyle bu bilgileri açıklamak zorunda kalması halinde gizlilik ilkesine istisna getirilebilir.²⁰

Arabuluculuk sırasında arabulucu not alabilir fakat bu notları gizlilik teminatı sebebiyle imha etmek zorundadır.²¹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı Ekinde öngörülen ilkelerin 30. maddesinde “Gizlilik ilkesinin varlığına rağmen arabulucu, arabuluculuğun işleyişi esnasında yakın bir zamanda işleme ihtimali olan ağır bir suç hakkında edindiği herhangi bir bilgiyi yetkili mercilere ya da ilgili kişilere iletmemelidir.” kuralı yer almıştır.²²

5. Sözleşme Tutanaklarında Gizlilik Bentleri

Arabuluculuk neticesinde bir anlaşmaya varıldığında taraflar, anlaşmanın koşullarının gizli tutulmasını isteyeceklerdir. Birçok sözleşmede bu tarz gizlilik bentleri bulunur. Buna karşın, mahkemeye bu anlaşmanın bir yargı hükmü olarak kaydedilmesi yönünde istekte bulunurlar. Bu da anlaşmayı bir mahkeme kaydı yapar ve varsayımsal olarak da, kamuya açık hale getirir. Taraflar rutin olarak, anlaşmalarının kamu erişiminden korunması için talepte bulunurlar ve mahkeme kararı alırlar. Ancak bazen, başka bir mahkemede tanıklık amacıyla bu koruma (şerh) kalkar.

C. ARABULUCUK ÜZERİNE MUTABAKAT

Anlaşmazlık içinde olan taraflar, söz konusu anlaşmazlıkla ilgili arabuluculuk görüşmeleri üzerinde mutabakat yapabilirler. Bu tip anlaşmazlık-sonrası arabuluculuk mutabakatları, dava süreci başlamadan önce veya sonra oluşturulabilir. Çoğu arabuluculuk görüşmeleri, yazılı veya yazılı olmaksızın yapılan bu mutabakatların sonucudur. Daha önceki bölümlerde, anlaşmazlık-sonrası arabuluculuğa dair bir örnek verilmiştir.

Daha ilginç olanı belki de, anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatlarıdır. Herhangi bir sözleşme, aralarında oluşabilecek ihtilaflar durumunda, tarafları arabuluculuğa zorlayan bir bent içerebilir. Ancak, bu konuda çok az dava olduğundan, bu bentlerin yaptırma sahip olup olmadığı sonuca bağlanmamış bir sorundur.

²⁰ Özbeke: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.304

²¹ Wasley, Ken: *Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı*, 2002, www.fmcs.gov

²² Özbeke, Mustafa: *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166), s.134

Eğer, anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatı yapmış bir taraf, arabuluculuk görüşmelerine katılmayı ret ederse mahkeme sözleşmeye uyması için ne yapacaktır? Olasılıklardan bir tanesi: hiçbir şey. Diğer bir olasılık, ihlalde bulunmayan taraf lehine maddi tazminat kararı almaktır. Üçüncü olasılık ise, ihlalde bulunan tarafın arabuluculuk görüşmelerine katılmaya davet edilmesidir; bunun refüze edilmesi ise mahkemeye itaatsizlik olacaktır.

Anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatını zorlamak yönünde bir şey yapılmaması, hukukun sözleşmelerin uygulanmasını zorlama yönündeki alışılmış uygulaması ile çelişecektir. Sözleşmelere uyulmasını kanun yoluyla zorlamanın alışılmış yöntemi, maddi tazminatlardır. Fakat ihlal, arabuluculuk görüşmelerine katılmayı ret etmek şeklinde yapılmışsa bu zarar nasıl hesaplanacaktır? İhlalde bulunmayan tarafı, kontratı gerçekleştirmiş olarak varsaymak suretiyle mahkeme, hem arabuluculuk hem de dava sürecinin olası sonuçları konusunda tahminde bulunacak ve her ikisinin arasındaki farkı maddi tazminat (ihlalde bulunmayan parti lehine olan değer) olarak verecektir. Böyle bir yaklaşımın spekülatifliği yıldırııcıdır. Hakeme gitme mutabakatlarına ilişkin benzer yaklaşımın spekülatifliğinden ötürü, tahkim yarası maddi tazminatı kaldırarak yerine belirli bir performansı, mesela ihlalde bulunan tarafın hakeme gitmesinin emredilmesini, koymuştur. Arabuluculuk hususunda da aynı spekülatifliğin bulunması nedeniyle belki mahkemeleri maddi tazminat yerine, ihlalde bulunan tarafa, arabuluculuk sürecine dahil olmayı emretmeye sevk edecektir. Aslında bunlar, konuyla ilgili çok az dava olmasından ötürüdür.

Taraflar ileride ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürme konusunda gönüllü olarak anlaştıktan sonra arabuluculuk şartlarının bağlayıcı kılınarak zorla yerine getirilebilmesi mümkün olmalıdır. Bu konuda yapılacak bir yasal düzenlemeyle, sözleşmelere konulan arabuluculuk şartlarının tüketilmeden dava yoluna geçilemeyeceği yönünde açık hüküm getirilmelidir.²³

Devlet yargısına başvurmadan önce, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerine başvurmak zorunlu kılınmışsa bu durumda alternatif uyuşmazlık çözümüne bir önem adım denebilir. Türk hukuku bakımında tüketici sorunları hakem heyetine başvurunun bir dava şartı teşkil etmesinde olduğu gibi böyle bir durumda öngörülen, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin tüketilmesi gerekir. Bu yol tüketilmeden devlet yargısına başvurulmuş olması, davanın, dava şartı yokluğundan reddedilmesini gerektirir.²⁴

²³ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.344

²⁴ Ildır, Gülgün: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2003, s.65, 66

ADR süreci sonunda taraflarca yapılan anlaşma ADR sürecinin en önemli aşamasıdır. Bu nedenle taraflarca yapılan anlaşmanın geçerli olması şarttır. Sonuçta yapılan anlaşmada tarafların başlangıçta taleplerinin ne ölçüde feragat ettikleri belli olmalı, kabul etmek istedikleri fiili uzlaşma koşulları yer almalı ve anlaşmada tarafların gerçek arzuları yansıtılmalıdır. Bu gerçekleşmezse anlaşmanın geçerliliği üzerinde uyuşmazlık doğabilir veya taraflardan birinin menfaatlerini koruyarak haksız bir anlaşma düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle uzlaştırıcının sorumluluğu doğabilir. Benzer şekilde, anlaşmanın icra edilebilirlik vasfını kazanmasından önce geçerli hale gelmesini sağlayacak bir onay aşamasının öngörülmesi de düşünülmelidir. Bu aşamada anlaşmanın icra edilebilmesi için bir hakimin veya noterin onayına sunulması ya da belirli uyuşmazlıklarda ticaret odaları gibi kuruluşlara yetki verilmesi mümkündür.²⁵

Konuyu Avukatlık Kanununun 35/A maddesi yönünden değerlendirirsek arabuluculuk sonunda avukat tarafından düzenlenen ve tarafların da imzalarını havi tutanak ilam hükmünde sayılmak suretiyle bu sakınca önemli ölçüde giderilmiştir. Böylece uzlaşma tutanağının kabul edilen çözüm şeklini reddetmekte olan ifa ile yükümlü taraf aleyhine doğrudan ilamlı icra yoluna gidilebilecektir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının daha etkili olmasını sağlamak ve uyuşmazlıkları bitirebilmek amacıyla kabul edilen bu düzenleme son derece isabetlidir.²⁶

D. ZORUNLU ARABULUCULUK

1. Genel Olarak

Mahkemeler ve diğer devlet kurumları çoğunlukla, ihtilafı taraflar için arabuluculuğu teşvik eder; hatta zorunlu kılar. Bazı yasalarda bazı özel davalar için arabuluculuk şartı aranır; çoğu eyalet ve federal mahkemelerde yargıçlar, hukuk davalarının çoğu türünde, arabuluculuk talebinde bulunma yetkisine sahiptir. Aile içi anlaşmazlıklarda, özellikle çocuk velayeti konusunda sıklıkla arabuluculuk istenir; bununla beraber, çeşitli eyalet ve yerel mahkeme kuralları ile farklı tür davalarda da arabuluculuk istenmektedir.

Bazı durumlarda arabuluculuk şartı aranmaz ancak teşvik edilir. Örneğin; Florida'daki bir kanuna göre; karavan sahiplerinin, arabuluculuk için ilk talepte bulunan olmadıkları ve bunun için ödeme yapmadıkları müddetçe, toprak sahiplerine

²⁵ Özbeke: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.305

²⁶ Özbeke, Mustafa: *Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk*, (Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s.113,136), s.130

karşı fiillerde yasal avukatlık ücretlerini geri alma hakkı yoktur. Arabuluculuk, bazen bir yargıcın belli bir davayı “arbuluculuk için uygun” bulması durumunda; avukatlara tavsiyede bulunarak, hem onların hem de müvekkillerinin katılıp katılmayacağını sorması ile teşvik edilir. Yargıç arabuluculuk konusunda ince davransa da, mesajı avukatlar tarafından yüksek ve açık bir sesle algılanmıştır: Arabuluculuğu ret eden taraf yargıcı kızdıracaktır. Her iki avukat da müvekkiline arabuluculuğu kabul etmesini tavsiye eder; anlaşma sağlanmadığı durumda davayı yönetecek olan yargıcın hiç değilse sempatisi kazanılmış olacaktır.

Avrupa hukukunda üye devletlerin bazılarının mevzuatında, mahkemede dava açmadan önce ADR’ye başvurulmasının zorunlu tutan hükümlere yer verilmektedir. Üye devletlerin mevzuatı çoğunlukla ADR ile ilgili düzenlemelerde gönüllülük ilkesini benimsemekte ve ADR’ye başvurulmasını ya hakimin önerisini tarafların kabul etmesine bağlayarak ya da taraflardan birinin ADR sürecini başlatmasını diğer tarafın kabulüne bağlı tutarak düzenlemektedir.

Bununla beraber ADR’ye başvurulmasını öngören sözleşme şartları mahkemelere erişim hakkının kullanılmasını geciktirebileceğinden veya engelleyebileceğinden hak arama hürriyetini kısıtlayabilir. ADR’ye başvurulması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Anlaşmasının 47. maddesinde belirtilen adalete erişim hakkının kullanılmasını engellememelidir.

ADR’ye genellikle tarafların karşılıklı anlaşmasıyla başvurulur. ADR’nin uygulanmasının her aşamasında irade özgürlüğü ilkesi hakimdir. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarda bir ADR anlaşmasından kaynaklanan yükümlülükleri ihlal ederlerse çözüm, tarafların iradelerinin yorumlanması ve sözleşme hukukunun genel hükümlerine başvurulması yoluyla bulunabilir. Bir sözleşmede yer alan ADR şartının ihlal edilerek ADR sürecine katılmanın reddedilmesi ve dava açılması halinde, bu davranış sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi hükmündedir. Benzer şekilde ADR’ye katılmanın reddedilmesi, iyiniyet yükümlülüğünün ihlali olarak da değerlendirilebilir.²⁷

2. Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Mahkemelerin ve diğer devlet kurumlarının çoğu durumda ihtilafli taraflar için arabuluculuğu teşvik etmelerinin hatta zorunlu kılmalarının birçok nedeni vardır. Çoğu kişi, bu şekilde anlaşmaya varılan dava sayısı yüzdesinin arttığına inanmaktadır. Anlaşmaya varılan dava sayısı arttıkça duruşma sayısı azalacaktır. Bu da, yargı sisteminin kaldırabileceğinden daha fazla sayıda dava ile boğulmuş

²⁷ Özbek: *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.298, 299

olduğuna inanan yargıçlara ve diğer kişilere cazip görünmektedir. Anlaşmayla biten dava sayısının artması yargıçlara, geriye kalan davalara daha fazla dikkatle eğilme olanağı sağlayacaktır.

Arabuluculuğun anlaşmayı kolaylaştırdığına inanmayı gerektirecek nedenler mevcuttur. Arabulucu tarafından yapılan değerlendirme olasılıkla, tarafların davanın sonuçlarına dair beklentilerinde bir yakınlaşma sağlamaktadır. Tarafların beklentileri birbirlerine yaklaştığı oranda anlaşma zemininin genişlemesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca arabuluculuk, iletişimi kolaylaştırması ve *pozitif sonuçlu* fırsatlardan faydalanması eğiliminden ötürü, müzakereye oranla anlaşmaya varılmasını daha fazla teşvik edebilir.

Diğer taraftan bazı çalışmalar, arabuluculuğun anlaşmayı çok az teşvik ettiğini belirtmektedir. Bu çalışmalarda belirtildiğine göre, arabuluculuk ile varılan anlaşmaların oranı, arabuluculuk olmaksızın varılan anlaşmalardan çok az bir fark göstermektedir; hatta aynıdır. Diğer bir deyişle, arabuluculukla varılan anlaşmalar duruşmalar yerine, müzakere yoluyla varılan anlaşmaların yerini almaktadır. Arabuluculuk ile varılan anlaşmalar, arabuluculuk olmaksızın varılacak anlaşmalar olabilir. Eğer amaç tikanan duruşma listelerini temizlemekse veya yargı sisteminde maliyetlerin azaltılmasıysa, arabuluculuğun teşvik edilmesi veya zorunlu kılınması bu amaca çok az hizmet etmektedir.

Arabuluculuğun teşvik edilmesi veya zorunlu kılınmasına dair diğer bir mantıksal açıklama; daha fazla sayıda anlaşma sağlanmasından ziyade, daha iyi anlaşmalarının sağlanmasıdır. Arabuluculuk yoluyla yapılan anlaşmaların duruşma arifesinden ziyade, davanın erken safhalarında olmasına ilişkin bir eğilimi gösteren ampirik veriler mevcuttur. Erken safhada varılan anlaşmalar ise daha iyi anlaşmalardır; çünkü tarafların zaman ve paradan tasarruf etmelerinin yanında cezanın ağırlaşmasını engellemektedir. İkinci olarak, arabuluculukla varılan anlaşmalar pozitif sonuçlu olmaya daha yatkın olduklarından müzakere yoluyla varılan anlaşmalardan daha iyidir. Bu yüzden, mahkemelerin arabuluculuğu teşvik etmesi veya zorunlu kılması için önemli nedenler mevcuttur. Bu şekilde, az bir oranda varılan anlaşma yüzdesi yükselmekte ve anlaşma, diğer türlü varılabilecek anlaşmalardan daha hızlı ve daha olumlu şekilde gerçekleşmektedir.

Arabuluculuğun teşvik edilmesi, özellikle zorunlu kılınmasına karşı olan iddiaları, bazı grupları, tarafların bağımsızlığı ve maliyetle ilgili endişeleri yansıtmaktadır. İlk grup iddialarda; arabuluculuğun mahkemede çözüm bulmaya kıyasla, azınlıklara mensup iddia sahiplerine, kadınlara ve fakirlere karşı taraflı muamele riskini arttırdığını ileri sürülmektedir. Arabuluculuğa karşı özerklikle ilgili ilk tartışma,

tarafkların arabulucuyu daima gönüllü olarak seçmek zorunda olmalarıdır. Taraflar, kendi özel anlaşmazlıklarının arabuluculuğa uygun olup olmadığını, bir yargıçtan veya başka yargı çalışanlarından daha iyi bilmektedirler; bu nedenle, eğer gönüllü olarak bunu seçmiyorlarsa arabuluculuğa zorlanmamalıdır. Bu iddia belki de zorlamaya karşı gelişen genel hoşnutsuzluktan ötürüdür veya bilhassa arabuluculuğun cebir ile bağdaşmamasından ötürüdür.

Birçok yasada davalar, aile içi şiddeti de içermesinden dolayı aile içi anlaşmazlıklarda zorunlu arabuluculuktan muaf tutulmaktadır; bunun mantığı kötü muamele kurbanının, suiistimali gerçekleştiren kişi ile arabulucuya gitmeye zorlanmasının yanlış olarak değerlendirilmesidir. Tarafların bağımsızlığı prensibi bir Oregon yasasında, tarafların basit birer itiraz dilekçesi vermek suretiyle zorunlu arabuluculuktan muaf tutulmasını sağlayarak kendini göstermektedir. Ancak bunlar, zorunlu arabuluculuk yönünde gittikçe artan eğilim karşısında sadece istisnalardır. Yasa koyucular genellikle, arabuluculuğa sadece katılımında bulunmanın oldukça hafif bir yük olduğuna ve buna mecbur kalınmasının, arabuluculuğun muhtemel kazanımlarına değecek bir bedel olduğuna inanmaktadırlar. Ancak, tarafların zorunlu arabuluculukla ilgili aşağıda verilen masrafların tümü veya bir kısmından ötürü yükleneceği sıkıntı da göz önüne alınmalıdır:

- tarafların zamanı,
- avukata harcayacağı zamandan ötürü yapılacak ödeme,
- arabulucuya yapılacak ödeme,
- arabulucuya gitmek için yapılan seyahat masrafları,
- duruşma öncesi halledilmesi gereken engellerin çözümünün gecikmesi

Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesinin ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuğu tavsiye eden kararlarına ek olarak Yasal İşbirliği Hakkında Avrupa Komitesince 2001 yılında hazırlanan İdari Merciler ve Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler Hakkındaki Düzeltilmiş Taslak Tavsiye Kararı İdari Uyuşmazlıkların ADR’yi düzenlemekte ve bu konuda yapılacak yasal düzenlemelere ilişkin hükümler içermektedir. 9 sayılı Tavsiye Kararının 8. maddesi “İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların başlıca faydalarının davaya bağlı olarak, daha basit ve daha esnek usuller, daha hızlı ve daha az masraflı çözümlere izin verme, dostane çözüm, uzman kişiler eliyle uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların hakkaniyet ilkelerine göre sadece şekli yasa kurallarıyla bağlı kalmadan ve daha geniş takdir yetkisi kullanılarak çözümü olabileceğini dikkate alarak” şeklindedir.

Yargısal usullerin öne çıkan özelliklerinden birisi, onların resmi ve şekli yapısıdır. Yargısal usullerin resmiliği yargı yolunun doğasında var olan bir güvence olmakla beraber, usuli esnekliği engellemektedir. Bu nedenle, mahkemeye başvurmak özellikle başvuru sahibinin idare tarafından yapılan bir işleme itiraz ettiği idari yargıda, hukukî bir savaşa benzemektedir. Bu savaş, idare mahkeme önünde davalı konumda bulunduğu, idarenin hem mahkeme hem de vatandaşlar nezdinde haksız ve hatalı olarak görünmeyi istememesi nedeniyle daha sert bir şekle bürünebilir. İdare hatalı olduğunu kabul etse bile tarafların anlaşmaları usuli etkenler ve daha da önemlisi yargı oranının bizzat kendisi yüzünden mümkün olamamaktadır. Yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında tarafların birbirlerine gerekli belgeleri ve dilekçeleri vermesi tarafları bir anlaşmaya ikna etmeyi amaçlamamakta, fakat; tafarlardan her birinin, diğer tarafın dava ile ilgili olarak mahkemeye yaptığı beyanları öğrenmesini sağlamaktadır. Bu da tarafları birbirlerine yaklaştırmak yerine birbirlerinden daha da uzaklaştırmaktadır.²⁸

Bir de ceza adalaeti sisteminde arabulucunun önemine bakacak olursak: Mağdurla ilgili endişeler ile faillerin tekrar topluma uyumlu bir birey haline getirilmesini amaçlayan görüşlerin, suçtan doğan zararın tazmin ve telafisi düşüncesiyle biraraya getirilmesi sonucunda ceza adaleti alanında bir arabuluculuk türü geliştirilmiştir. Belirli suçların mağdurları ile failleri için öngörülen arabuluculuk ve tazminat programları Kuzey Amerika, Birleşik Krallık ve Avrupa'nın pek çok yerinde oluşturulmuştur. Benzer şekilde Avrupa Konseyi de son 10 yıldır ceza politikasında arabuluculuğun gelişmesine kayıtsız kalmamıştır. Bu kapsamda yapılan çalışmalar neticesinde, 15 Eylül 1999 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk başlıklı R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Bu tavsiye kararında geleneksel ceza yargılamasının tamamlayıcı bir yöntem olarak arabuluculuğun uygulanmasında dikkate alınacak ilkeler ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve üye ülkelerin hükümetlerine arabuluculuğu geliştirmeleri önerilmiştir.

Mağdur-fail arabuluculuk programı, bir suç işleyen kişi ile mağdur olan kişi ya da kişileri yüzyüze gerçekleşen bir toplantıda biraraya getirir. Taraflar arasında yapılan müzakerenin amacı, mağdur açısından herhangi bir tazmin şekli üzerinde arabuluculuk yapmak ve mağduru, faili ve hukuk sisteminin temsilcilerini tatmin edecek bir uzlaşmayı oluşturabilmektir. Zararın tazmin ve telafisi mali yönden olabileceği gibi, mağdur için ya da toplum için bir hizmette bulunmak yoluyla da olabilir.

²⁸ Özbek, Mustafa: *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)*, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, 2005, s.82-134), s.82, 91

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

Mağdur-fail arabuluculuğunda, uyuşmazlığın konusu açıktır. Bu arabuluculukta ortada bir mağdur ve suçunu ikrar etmiş bir fail vardır. Burada amaç suçun mahkeme kararına geçirilmesi olmayıp, kısa süreli olan sorun çözücü yaklaşımla yürütülen arabuluculuk süreci boyunca mağdur ve failin bizzat bilgi paylaşımında bulunmalarını ve tazmin şekillerini müzakere etmelerini sağlayarak daha onarıcı bir adalet anlayışını hakim kılmaktır.²⁹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 19 sayılı tavsiye kararının ekinde öngörülen ilkelerden 17. maddesinde “arabuluculuk anlaşmasına dayanan yükümlülükler, yargısal kararlar ya da hükümlerle aynı etkiye sahip olmalı ve aynı vakıalar hakkında soruşturma açılmasını önlemelidir.” kuralı yer almıştır. 31. maddede anlaşmaların taraflarca gönüllü olarak yapılması, anlaşmaların sadece makul ve orantılı yükümlülükler içermesi gerektiği belirtilmiştir.³⁰

Türk ceza hukuku açısından konuyu irdelersek Ceza Muhakemesi Kanununun 253/1. maddesinde hangi suçların uzlaşmaya tabi olduğu açıklanmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar; hangi kanunda düzenlendiğine bakılmaksızın uzlaşmaya tabidir. Ancak, şikayete tabi olsa dahi cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile etkin pişmalık hükümlerine yer verilen suçlar uzlaşmaya tabi değildir. Ceza kanunununda yer alan ve şikayete bağlı suçlar ceza miktarı veya suçun niteliğine bakılmaksızın uzlaşmaya bağlı kılınmıştır. Ayrıca CMK’nın 253/1-b maddesinde TCK’da yer aşan bazı suçların kovuşturulması şikayete tabi olmadığı halde bu suçlar uzlaşma kapsamına alınmıştır. CMK’nın 253/1 maddesindeki istisnalar dışında, şikayete bağlı olmayan suçlar uzlaşma ile sonuçlandırılmaz.

Kanun koyucu uzlaşmayı kural olarak şikayete tabi suçlar için kabul etmekle birlikte re’sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi bazı suçların da uzlaşma hükümlerine tabi olacağını benimsemiştir. Örneğin TCK’da yer alan konut dokunulmazlığının ihlali suçu gibi.³¹

TCK’nın yürürlükten kaldırılan 73/8. maddesinde yer alan “mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet Savcısı veya Hakim tarafından saptandığında” ifadeleri ile uzlaşmanın yargı merciince saptanması gerektiği belirtilmişti. Bu konu 5560 sayılı Kanunla değişik CMK’nın 253. maddesinin 17.

²⁹ Özbek, Mustafa: *Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*, (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s.85-157), s.95

³⁰ Özbek, Mustafa: *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166), s.134

³¹ Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.99-101

fıkrasında yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre de “Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu ve belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

Diğer taraftan kanunla, uzlaşma teklifinde bulunurken uzlaşmanın hüküm ve sonuçları hakkında Cumhuriyet Savcısı, kolluk görevlisi veya Hakim tarafından uzlaşmanın hüküm ve sonuçları konusunda taraflara bilgi verilmesi zorunludur.

Uzlaşma ile fail ve mağdurun zararının giderilmesi üzerinde yapılan anlaşma gereği zararın kararlaştırılan miktarda tazmini durumunda ceza davası açılmamakta veya açılan dava düşürülmektedir. CMK'nın 253/19. maddesinde her ne kadar tazminat davasının açılmayacağı belirtilmişse de bu ifadenin geniş yorumlanması gerekir. Kanun koyucu “tazminat davası” ifadesi ile aslında suçtan doğan zararların giderilmesi, eski halin iadesi gibi bütün şahsi hak alacakları ile ilgili davaları kastedmiştir.³²

Yargıtay İkinci Ceza Dairesi bir kararında uzlaşmanın öncelikle uygulanması gereken bir yargılama işlemi olduğunu, kesinleşmiş hükümler bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kararda sanığın müessir fiil suçundan almış olduğu ağır para cezasının infazı sırasında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ve suçun şikayete bağlı bulunması nedeniyle öncelikle uzlaştırma işlemlerine girişilmesi gerektiği belirtilmiştir.³³

Yargıtay 2. Ceza Dairesi 27.6.2007 günlü K:2007/9439 (YK) sayılı kararında ise uzlaştırma işleminin soruşturma evresinde olumsuz sonuçlanması halinde mahkemede tekrar uzlaşma girişiminde bulunulamayacağını belirtmiştir.

Bunlara ilave olarak yukarıda belirtildiği gibi özel kanunlarda düzenlenen uzlaşmaya bağlı suçlarında olduğunu görüyoruz. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 74. maddesi, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesi gibi.

3. Arabuluculuk Görüşmelerine Katılacak Taraflar

Zorunlu arabuluculuğun taraflara yüklediği maliyetlerden biri de zaman harcamalarıdır. Eğer bir taraf, avukat yollamak sureti ile katılımında bulunmaktan kaçınıbiliyorsa zorunlu arabuluculuğun söz konusu tarafa zamanla ilgili getirdiği

³² Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.208

³³ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 27.6.2007, K:2007/9607, YK

yük nispeten azalmaktadır. Çoğu zaman taraflar, arabuluculuk görüşmelerine avukatlarının katılmasını tercih etmektedirler; tıpkı müzakere görüşmelerine avukatlarının katılmasını tercih ettikleri gibi. Bazı mahkemeler, zorunlu arabuluculuk görüşmelerine avukatları kadar tarafların da katılmasını emretmektedir. Bazıları daha da ileri giderek, avukatları yerine tarafların katılmasını şart koşmaktadır.

Bazı müvekkiller, temsilcileri olmaksızın arabuluculuk görüşmelerine katılamazlar. Örnek olarak şirketler verilebilir; bunlar kendilerini temsil eden bir insan olmaksızın katılımda bulunamazlar. Bir şirketin arabuluculuk görüşmelerine katılması gerektiğinde; düşük seviyeli bir çalışanını mı gönderecektir, İcra Kurulu Başkanı’nı mı yoksa karar yeter sayısını oluşturan Yönetim Kurulu Üyelerini mi? Bir şirketin üst düzey yetkilileri ile yöneticilerinin zamanları oldukça değerlidir; arabuluculuk görüşmelerinde harcanacak uzun zamanlar oldukça yüksek yükler getirmektedir. Diğer taraftan, tam anlaşma yetkisine sahip olmayan bir temsilci gönderilmesi de, tek taraflı koşullar olmadıkça anlaşmaya varılmasını önlemenin eski bir yöntemidir.

Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesine göre avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Avukatın müvekkili ile birlikte karşı tarafa uzlaşma davetinde bulunması durumunda, uzlaşma girişimi başarılı olursa karşı tarafın uzlaşma tutanağını tek başına imzalaması yeterli değildir. Karşı taraf avukatıyla birlikte uzlaşma tutanağını imzalamalıdır. Bu koşullar altında, hukukumuzda uzlaşma tutanağının düzenlenmesi bakımından uyumsuzluğun her iki tarafı için de avukatla temsil zorunluluğunun getirildiğini kabul etmek gerekecektir.³⁴

4. İyi Niyet

Arabuluculuk görüşmesine tam zamanında gelmiş bir taraf ve avukatın konuşmayı reddederek veya arabulucunun ve diğer tarafın ne söylediğini duymamak isterse söz konusu taraf, arabuluculuk görüşmelerindeki görevlerini yerine getirmemiş olur. Bu durumda, zorunlu arabuluculuk faydasızdır. Konuşmayı ve dinlemeyi reddeden, sadece varlık olarak katılımda bulunan bir taraf ne anlaşmayı ne de hızlı veya iyi bir anlaşmayı teşvik eder. Bu nedenle, bazı zorunlu arabuluculuk gerekliliklerine “iyi niyet” ile görüşmelere katılma görevi getirmektedir. Eğer mahkeme taraflardan

³⁴ Ulukapı, Ömer: *Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğindeki Belge” Üzerine İnceleme*, (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.447-460), s. 455 vd.

birinin, bu görevi yerine getirmede iyi niyetli davranmadığını tespit ederse; ilgili tarafı para cezasına çarptırabileceği gibi aleyhine hükümde de bulunabilir.

İyi niyet standardı ile ilgili pratik zorluklardan bir tanesi tabii ki belirsizliğidir. İyi niyet kişiye göre değişir; İçtihat hukuku rehberlik sağlayabileceği gibi sağlayamayabilir de. Örneğin; Beşinci Daire'ye ait bir davada iyi niyet, dürüst bir anlaşma teklifini gerektirmemektedir. Ancak, sadece bir yıl sonra başka bir Beşinci Daire davasında, (6 milyon dolarlık bir jüri kararı ile biten bir davada) “davanın çözümüne niyetli olmadığına dair gerçek durumunu gizlemesinden” ötürü sadece 100.000 USD ödemeyi teklif eden bir davalıya kanuna itaatsizlik cezası vermiştir.

İyi niyet standardının uygulanmasında karşılaşılan diğer bir sorun, bir tarafın katılımının iyi niyetli olup olmadığının belirlenmesindeki zorluktur. Mahkemeler, arabuluculuğun güvenilirliğini zedeleyen eylemleri öğrenmek durumundadır. Bazı yargı yerleri zorunlu arabuluculuğa ilişkin zorlukların üstesinden gelebilmek için iyi niyet hükmünü koymayı reddetmektedirler. Bu durumda ise, arabuluculuk görüşmelerinde her şeyi duymazdan gelen tarafların üstesinden nasıl gelinecektir?

5. Anlaşma Sağlanması için Ek Tedbirler

Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, arabuluculuk yönündeki zorlama, anlaşma ihtimalini arttırmaktadır. Anlaşma ihtimalinin artırılmasına yönelik olarak, zorunlu arabuluculukta, arabulucunun *değerlendirmesi* istenebilir. Arabulucunun değerlendirmesi, tarafların davanın sonucuna ilişkin beklentileri arasındaki farkları azaltacaktır ve tarafları anlaşmaya yaklaştıracaktır. En zorlayıcı arabuluculuk örnekleri, anlaşmada arabulucunun değerlendirmesinden faydalanılmasıdır. Bunun yöntemlerinden biri değerlendirmenin yargıca bildirilmesidir. Bu da, yapılan değerlendirmenin sadece davanın nasıl gerçekleşeceğine dair bir tahminden ibaret olmayıp dava kararı üzerinde etkili olması demektir. Değerlendirme istenen zorunlu arabuluculuk, özellikle yargıca rapor edildiğinde, bu bölümün sonunda tartışılan *bağlayıcı olmayan hakem kararı ye tarafsız değerlendirme* süreçlerine benzerlik göstermektedir.

6. Yargıç Huzurunda Arabuluculuk

Yargıç huzurunda veya sulh hakimi huzurunda yapılan tipik bir anlaşma toplantısı “zorunlu arabuluculuk olarak adlandırılmasa da, tam da budur. Arabulucu yargıçtır. Yargıcın sadece varlığı bile avukatların yapıcı ve olumlu olmasını sağlayarak, müzakereyi teşvik eder. Yargıç, tarafların avukatları ile birlikte anlaşma toplantısında bulunmasını isteyebilir. Yargıç, ilgili konular üzerinde odaklanılmasına yardımcı olmak, hatta davanın esaslarını değerlendirmek üzere tartışmalara dahil olabilir.

En değerlendirmeci yargıçlar ise anlaşmanın koşullarını önerebilirler. Nadiren de olsa yargıçlar “mekik diplomasisi” yürütecek kadar ileri gidebilirler. Her bir taraf kendi odasında bulunur ve yargıç bir odadan diğerine gidip gelir: Yargıç, Davacıya davasının ne kadar zayıf olduğunu söylerken, bir dakika sonra Davalıya büyük bir karar beklediğini söyleyebilir.

Bu taktikler anlaşma olasılığını yükseltmek içindir. Tarafsız değerlendirme, tarafların dava sonucuyla ilgili beklentileri arasındaki farkı azaltırken, anlaşmayı teşvik etmektedir. Bu durum özellikle tarafsız kişi, davayı yönetecek olan yargıçsa doğrudur. Yargıcın değerlendirmesi, dava kararının ne şekilde olacağını mükemmel bir göstergesidir; çünkü yargıç davayı bu şekilde sonuçlanması yönünde etkileyebilir.

Yargıç tarafından yapılan değerlendirme yerine çoğunlukla sulh hakimi veya hakim yardımcısı ile arabuluculuk yürütülür. Aslında zenci-beyaz okulları ve hapisane reformu ile ilgili devam eden davalarda çoğunlukla sulh hakimi veya hakim yardımcısı ile arabuluculuk yürütülmektedir.

Mahkeme önünde hazır bulunan tarafların uzlaşabilmelerini kolaylaştırma konusunda mahkemenin rol oynaması büyük ölçüde benimsenmektedir. Mahkeme katımlı ADR usulü gönüllü olmalı, tarafların ADR’ye yönelmesi için onlara baskı yapılmamalıdır. Nitekim bu yönde bir baskı mahkemenin davayı inceleme zorunluluğuna aykırı olur. Hakim, açılmış bir davayı görmek zorundadır. Aksi halde hakime karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533/6 ve 574. maddesi uyarınca tazminat davası açılabilir.³⁵

Mahkeme katımlı ADR usulünde hakimlerin, davanın ADR’ye uygun olduğunu tespit edip ihtilafı arabulucuğa yönlendirme dışında ADR sürecinde görev almaması gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde arabuluculuk sürecinin başarısız olması ve duruşmaya geçilmesi halinde, taraflar hakimin tarafsızlığından şüphe duyabilir. Hukuk sistemimiz açısından değerlendirildiğinde, hakimin davayı ADR’ye yönlendirmesi, ADR süreci esnasında avukatları çözüm müzakerelerine teşvik etmesi, duruşma öncesi müzakere usulünde müzakerelere başkanlık etmesi, yargılamanın olası sonucu hakkında görüşlerini açıklaması nedenleriyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 29. maddesine dayanarak hakimin reddi talebinde bulunulamaz. Zira Kanunun 29/2 maddesine göre hakimin reddedilmesi için “davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan

³⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2001, s.362

etmiş olması” gerekir. Oysa mahkeme katımlı arabuluculuk anılan kanuna yapılacak bir ekleme ile kanun hükmüne dayanacağından bu koşul gerçekleşmemiş olacaktır.

Benzer şekilde ADR usulünde hakimlerin başka davalarda arabulucu olarak seçilmeleri de mümkündür. Ancak Anayasamıza göre Hakimler ve Savcılar kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar. Özel bir kanun hükmü ile hakimlerin arabulucu olarak görev alabileceği kabul edilirse bu durum anılan madde ile çelişmez.³⁶

İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde “İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşmadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.

İş Kanununun 79 uncu maddesinde yazılı uzlaşma teşebbüsünün yapılmamış olması davanın kabulüne ve görülmesine mani teşkil etmez.” hükmü yer almıştır. Ancak bu hüküm ile arzulanan amacın gerçekleşmesi için mahkeme katımlı arabuluculuk usulü geliştirilmelidir. Bunun için de hakime özel görevler verilebilmelidir.

III. MÜZAKEREYİ DESTEKLEYEN DİĞER SÜREÇLER

A. BAĞLAYICI OLMAYAN HÜKÜM

Bu bölümdeki diğer kısımlarda; müzakerenin desteklenmesinde en önemli süreç olan arabuluculuk tartışılmıştır. Bu kısımda ise, müzakereyi destekleyen diğer dört süreç tartışılmaktadır: Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı, Kısa Jüri Duruşması, Tarafsız Değerlendirme, Mini Duruşma. Bu süreçlerin (arabuluculuk dahil) ortak yönleri anlaşmazlıkları tek başlarına çözmemeleridir. Daha çok, taraflara anlaşmazlığın çözümü için müzakere etmelerinde yardımcı olmaktır. Buna uygun olarak “müzakereyi destekleyen süreçler” olarak adlandırılırlar.

Bu süreçlerin çoğu mahkemelerce teşvik edilmekte hatta şart koşulmaktadır. Sonuç olarak, bu süreçler hukuk davaları ile iç içe geçmişlerdir.

Bu kısımda tartışılan süreçler, bağlayıcı olmayan hükümler veya değerlendirmeler sağlayarak taraflara, anlaşmazlıklarının çözümü için yürüttükleri müzakerede yardımcı olmaktadır.

Bağlayıcı olmayan hüküm, hem davanın bağlayıcı hükmü ile hakem kararı hem de müzakere ve arabuluculuk olmadan sağlanan hüküm ile karşılaştırılmalıdır

³⁶ Özbeke: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.360, 361

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

Hüküm verme birisi (hakem) tarafından anlaşmazlığın sonuçlandırılması için kararın verildiği bir süreçtir. Anlaşmazlığın sonucu üzerinde ihtilafı tarafların anlaşığı müzakere ve arabuluculuğun aksine; hakem taraflara sonucu bildirir. Davalarda yargıçlar ve jüri üyeleri hakemdir; mahkeme gibi resmi bir oturumda hüküm verilir. Özel yani resmi olmayan oturumda verilen hüküm ise hakem kararıdır.

Dava ve tahkimde verilen kararı bağlayıcı kılan unsur, bu süreçlerde hakemin kararının devlet gücüne dayanıp dayanmadığıdır. Hakemlerin dava ve tahkimlerdeki kararları kamu yaptırımları ile mecburi kılınır. Hakem kararlarına uymayanlar, kendilerini hapisanede veya malları zorla ellerinden alınmış olarak bulurlar. Buna karşıt olarak bağlayıcı olmayan hükümler zorlayıcı değildirler. Bir hakemden bağlayıcı olmayan hüküm alan taraflar ondan bir fikir almış olurlar, ancak bu karara uymayan taraf yaptırım ile karşı karşıya kalmaz. Taraflar, bağlayıcı olmayan hükmü değerlendirmeye almayarak, bağlayıcı hükmün alınacağı süreci takip edebilir.

Değerlendirme, hüküm vermeye göre daha az kesindir. Daha çok davanın esaslarının incelenmesidir; belirgin ve net bir sonuca varılmaz. Örneğin; hakem taraflara “Dayalı Davacıya 250.000 USD ödemekle yükümlüdür” der. Buna karşılık, değerlendirme yapan şöyle bir ifade kullanabilir: “Davacı, Davalının sözleşmeyi ihlal ettiğine ve altı haneli bir zarara uğradığına dair güçlü bir kanıtı sahiptir” veya “Benzer davalarda iki ila üçyüzbin dolarlık jüri kararları alındığını gördüm.”

Tarafların uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği husunda karar almak amacıyla daha işin başında uyuşmazlığın oluşumu, gelişimi ve bundan sonra kaydedeceği seyir hakkında objektif, bağımsız ve deneyimli üçüncü bir kişi aracılığıyla bilgilendirilmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine ön değerlendirme denir. Sözü edilen yöntemde üçüncü kişi, uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığı nerede ve nasıl geliştiği ve gelecekte de ne yönde bir seyir kaydedeceği konularında sistematik bir bütünlük içerisinde ve bağlayıcılık arzetmeyecek bir biçimde bir takım değerlendirmelerde bulunmakta; bu suretle, tarafların, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam bir fikir edinebilmelerine ve yeni bir bakış açısı kazanmalarına katkı sağlayarak onların, uyuşmazlık çözümünde nasıl bir “strateji izlemeleri ve hangi uyuşmazlık çözüm yöntemini seçmeleri gerektiği hususunda, karar almasını kolaylaştırmaktadır.³⁷

Hakem kararı, özel yani resmi olmayan bir oturumda verilen hükümdür. İki tip hakem kararı vardır, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan Bağlayıcı hakem kararı daha

³⁷ Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:64, 2006, s.151-177), s.161

yaygındır ve Bölüm 2’de işlenmiştir. Bağlayıcı olmayan hakem kararı bu bölümün konusudur ve bağlayıcı olmayan hükmün bir türüdür.

Taraflar bağlayıcı olmayan hakem kararı isteyebilirler, ancak bu çoğu zaman mahkeme tarafından zorunlu olarak istenmektedir. Yirminin üzerindeki eyalette ve bazı federal bölgelerde mahkemelerin (belirli tip davalarda) tarafları bağlayıcı olmayan hakem kararına yönlendirme yetkisi vardır. Bu bağlayıcı değildir, çünkü hakem kararında kaybeden taraf davayı sürdürmeye karar verebilir ve davayı yeniden ele alan mahkeme hakem kararına riayet etmeyebilir. Ancak, mahkeme tarafından emredilen hakem kuralları kaybeden tarafın davayı takip etmesini engellemek üzere bir miktar caydırıcıdır. Genellikle, kaybeden taraf: Mahkemeye hakem ücretlerine eşit miktarda bir depozit yatırmalıdır. Depozit ancak, yeniden ele alınan duruşmanın sonucu hakem kararına göre, temyiz eden kişinin lehinde olması durumunda iade edilmektedir.

Bazı eyalet yasaları, özellikle tıbbi yanlış tedavi ihmali veya hatası ile ilgili iddialarda bağlayıcı olmayan hakem kararı istemektedir. Bu tipik olarak, en az birisi tıp doktoru olan üç kişilik bir kuruldur. Her ne kadar hakem kararı bağlayıcı olmasa da daha sonraki duruşmalarda muteberdir. Bu da, bağlayıcı olmayan hakem kararı tarafından öngörülen anlaşmaya uyulmasını daha fazla dayatmaktadır. Hakem heyeti kararı sadece dava ile ilgili bir tahmin olmayıp; dava kararı üzerinde etkilidir.

Avrupa Adalet Divanının yerini Brüksel 1 Tüzüğüne bırakan 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hakkında verdiği bir kararda yasal bir uzlaşma Sözleşmenin 25. maddesi anlamında karar teşkil etmezler. Zira mahkemede yapılan anlaşmalar, koşulları öncelikle tarafların iradesine bağlı olan sözleşmelerdir. Avrupa Adalet Divanı verdiği bir kararında belgeye resmi bir makam tarafından resmiyet kazandırılmamışsa resmi belge olamayacağını belirtmiştir.³⁸

B. KISA JÜRİ DURUŞMASI

Kısa Jüri Duruşması (KJD) bir tür bağlayıcı olmayan hükümdür. Bağlayıcı olmayan jüri duruşması normalde, esasa ilişkin inceleme tamamlandıktan ve kısa yargılamaya ilişkin taleplere dair düzenlemeler sonrasında yapılır.

KJD’nin hızlanması (genelde bir gün veya daha kısa sürer), jüri seçimi sırasındaki soruların kısa kesilmesi, kanıtı dayalı itirazların sınırlanması, marjinal kanıtların atlanması ve jüri talimatlarının azaltılması gibi çeşitli prosedürlerin kısaltılması

³⁸ Özbek: *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.307

sayesindedir. En kritik öge, canlı tanıklık yerine avukatların şahitlere yönelik yaptıkları özetlerinin kullanılmasıdır. KJD özel ve basına kapalı olabilir.

Federal mahkemelerin, taraflardan birinin itirazına rağmen KJD isteme yetkisine sahip olmasına ve KJD’nin zorunlu olabilmesine dair bir otorite boşluğu vardır.

KJD ilk olarak 1980 yılının başında Ohio Federal Bölge Mahkemesi hakimi Thomas Lambros tarafından federal mahkeme sisteminde kullanılması için geliştirilmiş bir usul olup Kuzey Ohio bölgesinde hakimlerce kullanılmaktadır. KJD duruşmanın bağlayıcı olduğunu bilmeyen altı jüri üyesinin seçilmesiyle başlar. Taraflardan her birine iddiasını özetlemesi için kısa bir süre verilir. Mahkemede yapılan sunumlar, genellikle duruşmada kabul edilebilecek olan delillerle sınırlıdır ve yeminli olarak alınan yazılı ifadelere, tahkikatta sunulacak belgelere, bilirkişi raporlarına ve tahkikatta kullanılacak diğer malzemelere dayanır. Tanıkların katılmadığı bu usulde, yapılan sunumlar sonucunda hakim, jüriye durum hakkında kısa bir bilgi verir ve ardından jüri kendi kararını oluşturur. Bu işlemlerden sonra bir mahkeme görevlisi taraflarla görüşmek ve onları çözüme teşvik etmek amacıyla biraraya gelir.

Taraflardan biri veya her ikisi çoğunlukla bir gün sürecek olan kısa jüri yargılaması sonucunda tatmin olmazsa dava yoluna devam edebilir ve bu durumda mahkemece herhangi bir müeyyide uygulanmaz. Kısa jüri yargılaması sırasında öğrenilen hiçbir bilgi dava aşamasında delil olarak kullanılamaz. Duruşma aşamasına geçilen davalarda verilen kararlar kısa jüri yargılaması sonunda verilen kararlarla çoğunlukla aynı olmaktadır.³⁹

C. TARAFSIZ DEĞERLENDİRME

Tarafsız Değerlendirme, taraflarca istenebileceği gibi mahkeme tarafından da istenebilir. Mahkemeler bu süreci farklı şekillerde adlandırabilmektedir; Erken Tarafsız Değerlendirme (ETD) gibi. Genellikle, mahkeme tarafından seçilen bir dava avukatında değerlendirme yapması istenir. Avukat taraflarla ve avukatları ile birkaç saat toplantı yapar. Bu toplantı genellikle, davanın erken safhalarında esasa ilişkin incelemeden önce yapılır. Tipik olarak tarafsız kişinin müvekkillerinden davayı anlatmalarının istemesiyle başlar. Daha sonra “konuları, iddiaları ve kanıtları netleştirmek, ispatlara ilişkin boşlukları doldurmak ve güçlü ve zayıf yanları ortaya koymak için taraflara sorular sorar.” “Değerlendirmeci, ortak zemini belirleyebilmek ve bunu kabul veya yasal olan anlaşmalara çevirmek için taraflara yardımcı olmaya

³⁹ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 54, 55

çalışır. Süreçte davanın esasına ilişkin anlaşmazlıkların tecrit edilmesi yönünde çaba harcanır.”

Değerlendirmeci davanın esaslarına ilişkin bir değerlendirme yazar. Değerlendirme, üzerinde anlaşmazlık olan her hususun mahkeme tarafından nasıl düzenleneceğine ve masraflara dair öngörülerini de içerecek şekilde kapsamlı olabilir. Değerlendirme hakkında taraflarla görüşmeden önce onları, anlaşmayı tartışmaları için teşvik eder. Eğer taraflar anlaşmaya gitmezlerse, değerlendirmeyi onlara açıklar ve yeniden anlaşma müzakereleri için teşvik eder. Eğer taraflar yine anlaşmaya gitmezlerse; “dava gelişim planını anlaşmazlığın ana öğelerini belirlemek suretiyle özetler ve davanın ele alınış yöntemleri ile esasa ilişkin araştırmanın en etkin şekilde yürütülmesi hakkında tavsiyelerde bulunur.” ETD sadece anlaşmayı teşvik etmek için değil aynı zamanda, anlaşmaya varılmadığı durumlarda duruşmaların akışını belirlemek üzere tasarlanır.

Tarafsız üçüncü kişi eğer uyuşmazlığın temelinde yasal konular varsa hukuk profesörleri, emekli yargıçlar, alternatif uyuşmazlık çözümü uygulayıcıları veya uyuşmazlık konusunda çalışan avukatlar arasında veya yasal konular dışındaki konularda, uyuşmazlık alanının gerektirdiği herhangi bir uzmanlık alanından bir uzman seçilerek aranabilir. Taraflar tek bir değerlendirici seçmek gibi bir sınırlama içerisinde de değildirler.

Tarafsız öndeğerlendirme yönetminde izlenmesi gereken zorunlu bir şekil yoktur. Değerlendirmeyi yapan tarafsız üçüncü kişi, taraflarla ve varsa tarafların avukatlarıyla bir toplantı düzenler. Ege taraflar katılmıyorsa karar alma yetkisiyle temsilcileri ile de görüşülebilir. Değerlendirme oturumundan en az yedi gün öncesinden taraflardan her biri, tarafsız üçüncü kişiye ve karşı tarafa yazılı bir değerlendirme tutanağı ulaştırmalıdır. Bu tutanak uyuşmazlıktaki vakıaların bir listesini, ilgili her türlü evrakı, tarafların uyuşmazlıklarının daha iyi anlaşılması için yararlı olabilecek her türlü bilgiyi içermelidir.

Taraflar tarafsız ön değerlendirme yöntemini, arabuluculuk yönteminin izlenmesini isteyebilirler; hatta, tarafsız ön değerlendiricinin uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirecek, tarafsız üçüncü kişi olarak görevine devam etmesini isteyebilirler. Böyle durumlarda, tarafsız öndeğerlendiriciler arabuluculuk çalışmalarına başlamadan önce değerlendirme sonuçlarını açıklamamayı tercih etmektedir. Özellikle değerlendirme sonucu bir taraf lehine sonuçlanmışsa, taraflar tarafsız öndeğerlendiricinin tarafsız davranamayacağını düşünebilirler.

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

Tarafsız öndeğerlendirme tazminat taleplerinde ve kamu kuruluşları arasındaki uyuşmazlıklarda başarı ile uygulanmış bir yöntemdir.⁴⁰

Devlet yargısı dışında, özellikle uyuşmazlığı çözümlmek gibi bir görevi olmaksızın yalnızca vakıaları tespit eden tarafsız üçüncü kişinin faaliyeti; çözümü teknik bilgiyi gerektiren bir uyuşmazlıkta teknik arabuluculardan bir tanesinin görüşü, bir hakem-bilirkişiye⁴¹ benzemektedir. Hukukumuzda bilirkişi raporlarının davayı önleyici etkisi üzerinde durulmalı ve bu konu geliştirilmelidir.

Tarafsız öndeğerlendirme sistemine benzeyen Amerika Birleşik Devletlerinde dava öncesi konferanslar önelerine gelecek olan davaların hazırlığının gözlenmesinde ve yönetilmesinde yargıçların kullandığı en önemli araçtır. Yargıç bir, hatta bir seri konferanslar toplayıp davalı tarafları temsil eden tüm avukatları, müvekillerini bu koneranslara çağırabilir. Dava için vakıanın hazırlanmasıyla ilgili çeşitli konular burada tartışılıp ve bazan burada çözülebilir. Bazan dava öncesi konferansta yeterli ölçüdeki konu üzerinde anlaşılırsa tüm uyuşmazlık giderilebilir ve davaya gitmeye gerek kalmaz.⁴²

D. MİNİ DURUŞMA

İş yaşamına dair anlaşmazlıkların çoğunluğunda, şirket müdürleri konuyu avukatlarına bırakmadıkları için davalar duruşmaya kalmakta ve anlaşmaya varılamamaktadır. Mini duruşmalar özellikle problemin yeniden şirket müdürlerine teslimi için düşünülmüştür.” Mini duruşma aslında bir duruşma bile değildir; ne yargıç ne de jüri vardır. Tarafsız bir danışman tarafından yönetilir. Taraflar meselelerini kısa bir şekilde sunarlar. Sunumlar tarafsız danışmandan ziyade anlaşma yetkisine sahip şirket müdürlerine yapılır. Belki de bu sunumlar sayesinde, her bir taraftaki müdür karşı tarafın iddiaları ve delilleri ile ilk defa karşı karşıya gelmektedir. Sunumlar sonrasında müdürler anlaşma müzakerelerine katılırlar; tarafsız danışmandan, arabulucu veya değerlendirmeci olarak davranmak suretiyle, müzakereleri çabuklaştırmasını isteyebilirler.

Kısa yargılama, ismine rağmen bir yargılama olmayıp müzakere arabulculuk ve tahkimin birleştirilmesinden oluşan planlı bir uyuşmazlık çözüm sürecidir.

⁴⁰ İldır, s.84, 86

⁴¹ Yıldırım, N. Deren: *Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, S:1-4, s.321-330), s.321

⁴² Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı 2002 Konuşmacılarından Özel Notlar, www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=8

Kısa yargılamanın tarafları, onun işleyiş şeklini belirleyebilirler. Bu nedenle kısa yargılamanın usulü davadan davaya farklılık gösterir. Taraflar her zaman gizlilik konusunda bir anlaşma yaparlar. Taraflar ayrıca her bir tarafın duruşmalarda ne kadar bilgi ve belge sunacağını belirleyerek tahkikatın kapsamı üzerinde anlaşmaya varmalıdırlar. Kısa yargılamada her zaman bütün uyuşmazlık çözüm süreci boyunca taraflara yardımcı olması için tarafsız bir danışman seçilir.

Kısa yargılamada her iki tarafın, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan üst düzey yöneticilerin huzurunda avukatların davayı özetlediği bir duruşma yapılıır. Bu duruşma bilgi değişimi olarak adlandırılır. Duruşmada delil kuralları uygulanmamakla birlikte taraflar iddialarını özetledikleri için mücadelecı bir konumda bulunurlar. Yöneticiler duruşmada verilen bilgilerle ve avukatların anlatımlarıyla uyuşmazlığı daha iyi anlarlar. Kısa yargılamadan sonra dava açılması halinde bile, önceden tartışılan delillerin ve meselelerin yeniden incelenmemesi ve ileri sürülmemesi nedeniyle, kısa yargılama sonucunda dava aşaması kısaldır.⁴³

E. BU SÜREÇLERİN ZORUNLU KILINMASI LEHİNE VE ALEYHİNE TARTIŞMALAR

1. Zorunlu Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı ve Değerlendirmelerinin Olumlu Yönleri

Mahkemeler, genellikle yukarıda tartışılan üç sürecin kullanılmasını istemektedir: Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı, Kısa Jüri Duruşması ve Tarafsız Değerlendirme. Bunların talep edilmesindeki mantık, anlaşmanın teşvik edilmesi ve duruşma listelerinin temizlenmesidir. Bu süreçlerin ve diğer tür bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik ettiklerine inanmak için nedenler vardır.

Bir anlaşma zemini olmadıkça bir dava çözümlenemez. Birkaç istisna dışında, bir anlaşma zemini olmayan davalar sadece Davacının davanın sonunda Davalıya göre kendi lehine karar beklediği davalardır. Örneğin; Davacı 250.000 Dolarlık bir jüri kararı beklerken Dayalı 200.000 USD'lık bir karar bekliyorsa bir anlaşma zemini bulunamayacaktır. Bu tip davalar aşırı iyimser olarak adlandırılabilir. Davacının 250.000 Dolarlık bir jüri kararı beklediği ve Davalının da 200.000 USD'lık bir karar beklediği bir duruşmada, taraflardan en az birisi duruşmadaki başarısı hususunda aşırı iyimserdir. Anlaşma zemininin olmadığı davalar, taraflardan en azından birisinin duruşmadan umutsuz olduğu davalardır.

⁴³ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 53, 54

Tarafların aşırı iyimserliği duruşmada anlaşma zeminlerini engelleyeceğinden; anlaşma avukatları söz konusu tarafın aşırı iyimserliğini azaltarak tarafların dava hükmü ile ilgili beklentilerini yakınlaştırma yollarını ararlar. Bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmedeki eğilim bunun gerçekleştirilmesidir. Tarafların beklentileri arasındaki farkı, bilgi vermek suretiyle azaltırlar. Bu, tarafların dava kararına ilişkin beklentilerinin davanın tarafsız hükmü ve değerlendirmesi çevresinde toplanmasına yol açar.

Örneğin; Davacının 800.000 Dolarlık, Davalının ise 100.000 USD’lık bir jüri kararı beklediği bir durumda, tarafsız değerlendirmecinin (veya hakemin) 300.000 Dolarlık bir karar öngördüğünü düşünün. Eğer bunun sonucunda davacı 800.000 USD altında, dayalı da 100.000 USD üzerinde bir karar bekliyorsa, değerlendirme başarılı olmuştur. Aradaki 700.000 Dolarlık fark azaldıkça değerlendirmenin başarısı o oranda artar.

Başarılı bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmeler, tarafların dava süreciyle ilgili iyi bir tahminde bulunacağına dair yargısına saygı duydukları tarafsız kişilerden gelmektedir. Yaralanma ile sonuçlanan bir araba kazası hakkındaki davada eğer tarafsız kişi, benzeri yüzlerce dava duruşması yönetmiş yerel bir yargıçsa, taraflar ve avukatları bu kişinin dava sonucuna ilişkin yerinde bir karar verebileceği hususunda güven duyacaklardır. Davanın sonucuna ilişkin tahminde bulunan kişinin seçimi daha yerinde oldukça, bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmede daha yerinde olacaktır. Bu da tarafların beklentileri arasındaki farkı azaltacaktır.

2. Zorunlu Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı ve Değerlendirmelerin Olumsuz Yönleri

Bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik ettiği düşünülse bile, hala mahkemelerin bu süreçleri zorunlu kılması gerekli midir, diye sorulabilir. Nihayet taraflar bu süreçleri gönüllü seçebilirler. Taraflar, kendi özel anlaşmazlıklarının bu süreçlere uygun olup olmadığını, bir yargıçtan veya başka yargı çalışanlarından daha iyi bildiklerini; bu nedenle, eğer gönüllü olarak bunu seçmiyorlarsa arabuluculuğa zorlanmamaları gerektiğini iddia edebilirler. Dahası, bu süreçlerin zorunlu kılınması özellikle fakir davacılar açısından zararlı olabilir; çünkü bu süreçler daha duruşma öncesi davacının harcadığı zaman ve parayı arttırmaktadır. Artan bu yüklerin anayasal hakları çiğnediğine dair iddialar, jüri duruşması hakkı dahil reddedilmiştir.

Ayrıca, zorunlu bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik etmesi hususunda da ihtilaf vardır. Bağlayıcı olmayan hakem

kararını, kısa jüri duruşmasını ve tarafsız değerlendirmeyi zorunlu kılan mahkeme programları üzerine çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların tümü baz alındığında; bu süreçlerin kullanılmasının anlaşma oranını, kullanmadıkları davalara kıyasla belirgin oranda artırmadıkları görülmektedir. Hatta belki de bu süreçler kullanılmasa da anlaşmayla sonuçlanabilecek davalardır bunlar. Diğer taraftan bu süreçlerin zorunlu olması anlaşmanın duruşma arifesi yerine, davanın erken safhalarında gelmesini sağlayabilir.

Tabi ki, bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmenin dava sürecinin daha erken safhasında kullanılması, yapılan tahminin daha tutarsız olmasına yol açacaktır. Eğer esasa ilişkin inceleme henüz yapılmamışsa, bağlayıcı olmayan hükmü verecek kişi veya değerlendirmeciden materyaller, veriler gizlenebilir. Diğer taraftan, bu süreç duruşmaların başlayacağı zamana kadar ertelenirse; anlaşmanın sağlanmasından ötürü getireceği fayda zaman, para ve ceza veya tazminat yaptırımı bakımından kısıtlı olacaktır.

F. SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler.

Şüphesiz yargının işyükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi yerinde olacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklara da yansıtılmasının önemi tartışmasızdır.

İletişim kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda bireylerin tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla sorunlarını çözebilme eğiliminin oluşturulması oldukça önemlidir. Şüphesiz bu bilinç kısa vadede gerçekleşmeyebilir. Ancak arabuluculuk gibi yeni kurumların halka tanıtılması bu kuruma güven duyulmasının sağlanması bunun için de yargı kuruluşlarından destek alınması gerekmektedir. Bu kurumdan beklenen faydanın sağlanabilmesi için de bağımsızlık, gizlilik mesleki uzmanlık, mesleki standartlar, güvenceler gibi mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak için yürütülen çalışmalar kapsamında ülkemizde de ADR ile ilgili yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Sadece özel hukuk alanında değil idare hukuku alanında da bu usüllere başvurulması özendirilmelidir.

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

ADR’nin başarı ile uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde Gelir İdaresi (IRS) iki yıl süre ile pilot çalışması yapılacak iki yeni program açıklamıştır: Mahkeme Öncesi Arabuluculuk ve Tahkim Prosedürü Uzlaşma Talebi ve Vakıflarda Düzeltme Cezası. 1 Aralık 2008 tarihinde başlayan bu süreç içinde mahkemeler yargı süreci başlamadan mükelleflere bu iki alanda tahkim ve arabuluculuk teklifi sunacaklardır. Mahkeme yetkilileri mükelleflere bu haklarının olduğunu hatırlatacak, başvuru süresini belirtecek böylece yargıya gidilmeksizin uyuşmazlıkların belirtilen konularda azaltılması sağlanacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı 2002 Konuşmacılarından Özel Notlar, www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=8
Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003
Kaymaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin : Uzlaşma ve Ön Ödeme, Ankara 2007 (Kaymaz, Gökcan-Uzlaşma)
Kocaoğlu, Mehmet: Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999
Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001
Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım, 2006, s. 43-58) (Özbek-Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi)
Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004
Özbek, Mustafa: Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:68, 2007, s.265-320) (Özbek-Avrupa Birliğinde Alternatif)
Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166)
Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166)
Özbek, Mustafa: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, (Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s.113,136)
Özbek, Mustafa: Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması, (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s.85-157)
Özbek, Mustafa: İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II), (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, 2005, s.82-134)
Öztürk, İlhami: Arabuluculuk Süreci, www.arabulucu.com
Simpson, David B.: Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uygunluğu, (e akademi, Ocak 2004, Sayı:23)

Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Haziran 2006, s. 191-177), (Tanrıver- Alternatif Uyuşmazlık)
Ulukapı, Ömer: Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğindeki Belge” Üzerine İnceleme, (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.447-460)
Ware, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001.
Wasley, Ken: Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı, 2002, www.fmcs.gov
Yıldırım, N. Deren: Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, S:1-4, s.321-330)

Kısaltmalar Cetveli

ABA	: American Bar Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADR	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K	: Avukatlık Kanunu
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İz. BD	: İzmir Barosu Dergisi
K	: Karar
M	: Madde
NK	: Noterlik Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
USA	: United States of America
USD	: ABD Doları
YK	: Yayımlanmamış Karar