

ALMAN USUL HUKUKUNDA UYUŞMAZLIKLARIN MAHKEME DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI VE MEDIATION

Yard. Doç. Dr. Abdurrahman Kavasoglu*

I. Giriş

Batılı ülkelerde uyuşmazlıkların daha pratik, hızlı ve daha az masrafla çözülebilmeleri için son yıllarda resmi mahkemeler dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bulunmuştur. Bazı batılı ülkelerde özellikle ABD de uygulandıktan sonra Kara Avrupası devletlerinde de Alternatif Uyuşmazlık Çözüm (Alternative Dispute Resolution) yöntemlerine oldukça ilgi duyulmuştur. Pek çok ülkeye ve olaya göre değişik şekillerde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm metotları, genel olarak devletin resmi mahkemeleri haricinde uyuşmazlığın taraflarına çözüm için yardımcı olunmasıdır¹. Türk kültüründe de öteden beri “miyençi” veya “meyancı²” olarak adlandırılan kimselerin nizalı olanlar arasında gönüllü olarak arabuluculuk ettiği bilinmektedir. Avrupa ülkelerinde de uzlaşma yoluyla uyuşmazlık çözme yolunun yeni olmadığı bilinmektedir. VIII. Papa Urban, arabulucu (mediatör) olarak Pacis’i şimdiki Almanya’nın Münster şehrinin bulunduğu Vestfalya’ya göndererek otuz yıldır devam eden savaşı sona erdirmiştir. Fakat modern uyuşmazlık çözüm metotlarının altmışlı yıllarda ABD de ortaya çıkarak yaygınlaştığı belirtilmektedir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olarak mediation en yoğun şekilde aile hukuku uyuşmazlıklarında kullanılmaktadır. İş hukuku alanında toplu sözleşme uyuşmazlıklarında, ekonomi hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda, ceza hukukunda failin mağdura verdiği zararların tazmini uyuşmazlıklarında ve yavaş yavaş kamu hukuku alanında özellikle çevre hukuku, plan belirleme uyuşmazlıklarında, ruhsat uyuşmazlıklarında uygulanmaktadır³.

Türk hukukunda öngörülen başlıca dava dışı uyuşmazlık çözüm yolları şunlardır: 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” un 7.maddesine göre; aile mahkemesi hakimi, boşanmak isteyen tarafların çocuklarını da dikkate alarak karşı karşıya oldukları

* Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Eiholzer,H;** Die Streitbeilegungsabrede, Freiburg Schweiz 1998, s.3.

² Bkz.Aracı, arabulucu için Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 2.Cilt, s.1551.

³ **Katzenmeier,C;** Zivilprozess und Aussergerichtliche Streitbeilegung ZJP. C. 115, 2002,s.70 vd.

sorunları tespit ettikten sonra, tarafları sulh olmaya teşvik edecektir. Eğer sulh teşebbüsünden netice alınamaz ise, boşanma davasına devam edilecektir⁴.

İkinci olarak, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Kanun'una göre çıkarılan "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Yönetmeliği"⁵ ne göre oluşturulan hakem heyetlerine uyuşmazlık değeri⁶ 2.693,78 TL'sini aşmayan konularda başvurmak zorunludur. Büyük şehir statüsünde olmayan yerlerde hakem heyetinin bakmak durumunda olduğu uyuşmazlık değerinin⁷ alt sınırı 1.031,87 TL dir. Parasal sınırı aşmayan tüketici uyuşmazlıklarında önce hakem heyetine uzlaşma için başvuru zorunludur (TKK.m.22/V).

Üçüncü olarak da 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 02.05.2001 tarihli ve 4667⁸ sayılı Kanununun 23. maddesi ile Avukatlık Kanununa 35a maddesi getirilerek avukatlara arabuluculuk yapma imkanı sağlanmıştır. Buna göre, Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilliyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilli tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.

Dördüncü olarak, hukukumuzda öngörölmüş uzlaşma, ceza hukuku alanındadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile şahsi dava kaldırılmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar bakımından şikayet şartının gerçekleşmesinden sonra öncelikle taraflara uzlaşma imkanının tanınması, bu imkandan faydalanmak istenmemesi veya uzlaşma görüşmelerinin olumsuz sonuçlanması durumunda dava açılması yoluna gidilmesi öngörölmüştür. Uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda ceza davası açılmayacak, suçtan zarar görenin de zararları şüpheli tarafından giderilmiş olacaktır.

Son olarak, İş Hukukunda öngörölen işçi işveren uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk resmi mahkemeler dışında uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmiştir.

II.Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözümü

1.Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Arayışının Sebebi

Demokratik hukuk devletlerinde ihkakı hak yasaklanmıştır. Hukuki koruma ihtiyacı olan şahıslar da devletin mahkemelerine müracaat ederek hakla-

⁴ Bu düzenleme, daha önce HUMK. 494-500 da mevcut olan "Evlilik Birliğini Himaye Tedbirleri" başlığı altında düzenlenen hükümlerde hakimın boşanma davasına başlamadan önce tarafları sulh etmeye çalışması şeklinde öngörölmüştü. Bu hükümler 26.09.1963 tarihinde 338 Sayılı Kanun ile kaldırıldı.

⁵ RG.01.08.2003. Sayı: 25186

⁶ Bkz. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tebliğ RG Sayı 77789, 18.12.2010. 01.01.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere.

⁷ 01.01.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere.

⁸ RG. 10.05.2001 Sayı: 24398.

rını arayacaklardır. Çağımızdaki toplumsal ve ekonomik gelişmeler adaletin tesis edilmesinde alternatif çözüm yolları arayışını hızlandırmıştır.

Usul hukukunda şekli gerçeğin tespitiyle yetinilmesi, mutlak maddi gerçeğin tespitinin imkansızlığından dolayı mahkemelerce verilen hükümler her zaman uygun bir çözüm oluşturmamaktadır⁹. Örneğin, bir uyuşmazlığın tarafları hem aralarındaki uyuşmazlığın her iki tarafın beklentilerini karşılayacak şekilde en kısa sürede en az masrafla çözümlenmesini arzu ederlerken, aynı zamanda ticari münasebetlerinin de devam etmesini arzu ediyor olabilirler. Bu durumda, ciddi bir uzlaştırmacının devreye girerek anlaşmazlığın çözüme kavuşmasında tarafların büyük menfaati olabilir. Sonuçta, her uyuşmazlık kendi içinde farklı özellikler taşıdığından, her bir uyuşmazlığa uygun olan şekillerde çözüm metotları bulmak önemlidir.

Ayrıca modern hukuk devletleri adaletin tesisi için yaptıkları harcamaların her geçen gün artması ve bu hizmetin temini için oluşturulan mahkeme teşkilatlarına bütçeden daha fazla kaynak ayrılması hükümetleri vatandaşları arasındaki tüm uyuşmazlıkları mahkemelere taşınmadan çözüme hususunda arayışlara sevk etmiştir. Kontrol mahkemelerinde iş yükünün artması nedeniyle davaların uzun sürmesi de önemli bir sebeptir. Yargıtay'daki yükünü hafifletmek için ülkemizde de daha önce mevcut olan istinaf mahkemelerinin yeniden kurulmak istenmesinin bir sebebi de budur.

2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Metotları Konusunda Dünyadaki Gelişmeler

İletişim çağında artık uluslararası nitelik taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde çok çeşitli ve farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılmaktadır. Daha karmaşık ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklar için sektörel bazda özel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarının yargılama usulleri çok farklı, değişken donanımlı olarak "Alternative Disputure Resolution" terimi altında özetlenmiştir. ABD de alternatif çözüm yollarının yaygın olmasının nedenleri; devlet mahkemelerindeki davaların çok uzun sürmesi, masraflı olması ve jüri sistemi sebebiyle çok fazla duygusal kararların ortaya çıkması olarak gösterilmektedir¹⁰.

International Chamber of Commerce (ICC) olarak kısaltılan, (AAA) diye kısaltılan (American Arbitration Association) ve SCC (Stockholm Chamber of Commerce) gibi kuruluşlar uluslar arası uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm sunmaktadırlar. Bu hususta bir de "Yeşil Kitap" vardır. Bu kitapta uyuşmazlıkların yargılama yapılmaksızın bağımsız üçüncü kişiler tarafından uyuşmazlığın taraflarına çözüm bulma yöntemleri anlatılmaktadır. Avrupa Birliği de çeşitli tarzda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında yönergeler hazırlamıştır. Birleşmiş Milletlerin uluslararası ticari arabuluculuğa ilişkin Model Kanun kabul edilmiştir.

⁹ **Behrens,F;** Aussergerichtliche Streitschlichtung in Zivilsachen, Rechts und Politik, Vierteljahrhefte für Rechts-und Verwaltungspolitik, 1997, s.73. **Katzenmeier,C;** s 58.

¹⁰ **Hay,P;** Zivilprozess, seine Reform und aussergerichtliche Streitbeilegung in den USA Köln 1992, s. 21. **Stadler,A;** Aussergerichtliche obligatorische Streitschlichtung-Chance oder Illusion? NJW 1998, s.2482. **Katzenmeier,C;** s 60.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ABD de devletin otoriter sistemi dışında hukukun pek çok alanında uzun süredir bilinmektedir ve usul hukukunun pek çok alanına yayılmış durumdadır.

Almanya'da son yıllarda uyuşmazlıkların devletin resmi mahkemeleri dışında çözülmesi hususunda toplumda adeta bir kültür oluşmuş durumdadır. Kanunlarda öngörülen alternatif uyuşmazlık çözümleri dışında okullarda bile öğrencilerin kendi aralarındaki uyuşmazlıkları mediation yöntemiyle çözmeleri konusunda daha sene başından belirlenen öğrenciler bir çalışma ekibi oluşturmaktadırlar. Öğrenciler, kendi aralarında bir takım uyuşmazlıkların çıkması durumunda, bu okulun bilgisi ve kontrolü dahilinde, sene başından belirlenen mediation grubuna uzlaşma için müracaat etmektedirler.

3. Usul Hukukunun Eksiklikleri

Almanya da uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözme arayışına bir diğer sebep olarak, insanların devletin mahkemelerindeki çözüm metotlarından memnun olmamaları gösterilebilir. Davanın taraflarına göre yargılamanın uzun sürmesi, masraflı ve çoğunlukla kişiye özel olmayıp anlaşılmaz ve acımasızdır¹¹. Ayrıca devlet mahkemelerindeki iş yükünün fazlalığı ve maddi gelir yetersizliği de yeni uyuşmazlık çözüm yolları aramanın muhtemel sebepleri arasındadır¹². Resmi mahkemelerde görülen davaların uzun sürmesi ve pahalı olması, sonucun belirsiz olması, geçmişteki vakialara dayanılarak haklılık aranması, aleni olması, taraflar arasında diyalog olmaması, davaların psikolojik ve sosyolojik olumsuz etkilerinin olması, sürekli gerginlik ve çatışmanın olması, kesin kurallardan dolayı esnekliğin olmaması, sonuçta sosyal ve ekonomik ilişkilerin bozulması gibi nedenlerle çağımızda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aranır olmuştur. Her geçen gün uyuşmazlıkların ve devletlerin bütçelerinden adalet hizmetleri için ayırdıkları payın artması da bu arayışlar için önemli bir sebeptir.

4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Metotlarının Yararları

Anlaşmazlığın tarafları uzlaşarak çözüme ulaştıklarından her iki tarafa da pek çok konuda kazançlı çıkar. Çünkü çözüme gidilen yolda çözüm tarzını karşılıklı diyalog ile taraflar belirlerler. Bu noktada tarafların belirledikleri tarz probleme özgüdür ve esnektir. Çözüme ulaşmadan sonra taraflar arasında sosyal ve ekonomik ilişkiler devam eder. Uyuşmazlık süresince taraflar psikolojik açıdan rahatsızlık duymazlar; aleni değildir, güvenilirlik ve gizlilik esas olduğu için taraflar, uyuşmazlık hakkında başkalarının spekülasyonundan etkilenmezler. Geleceğe dönük düşünceler tarzından hareket edildiğine göre, uyuşmazlık anındaki hukuki durumdan çok tarafların gelecekteki menfaatleri dikkate alınır. Uzlaşma süreci ve sonuç tamamen tarafların kontrolindedir. Taraflar hem zamandan ve hem de masraftan tasarruf etmiş olurlar.

¹¹ **Katzenmeier,C;** s. 61.

¹² **Behrens,F;** s. 73.

5. Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Metotları İçin Ön Şartlar

a. Uyuşmazlık Uzlaşma Yöntemiyle Çözüme Uygun Olmalı

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm metotlarını uygulayabilmek için uyuşmazlık konusunun uzlaşma yöntemiyle çözümlenebilmeye elverişli olması gerekir. Öncelikle taraflar arasında uyuşmazlığın çözümünde çok büyük ihtimalle iş birliği olacaksa uzlaştırma söz konusu olabilir¹³. Hızlı ve aşikar bir şekilde uygulanması gerekli olan kamunun etkisi gerektiren idari kararlarda bu metotlar uygulanmaz¹⁴. Ayrıca kararın sadece tabii hakime ait olan bir takım (Planfeststellungsverfahren¹⁵) davalarda uzlaştırma metotları uygulanamaz¹⁶. Genel olarak bakıldığında, özellikle kompleks yapıdaki uluslararası ticari davalarda ve tazminat davalarında uzlaştırmanın uygulandığı görülmektedir.

b. Kişisel Uygunluk

Bir uyuşmazlığın mediation yöntemiyle çözümlenmesi için tarafların da uygun olması gerekir. Taraflar, kendi uyuşmazlıkları için özel bir takım kurallarla çözümlenmesinin resmi mahkemelerin çözümünden daha fazla yarar sağlayacağını bilincinde olması gerekir. Taraflar, gerçekten iyi niyetli olarak aralarındaki uyuşmazlığın çok hızlı bir şekilde çözüme kavuşturularak, gelecekte de ilişkilerini sürdürmek isteyebilirler. Bu durumda taraflar uzlaştırmadan çıkacak sonuca açık olurlar. Özellikle aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan uzlaştırmalarda taraflar rasyonel düşünme gücüne sahip ve yeterli zihinsel seviyede olmaları gerekir¹⁷. Burada kastedilen karşı tarafın argümanlarını dinlemek ve aynı zamanda da kendini açıkça ifade edebilme yeteneğini haiz olamayanların bu tür sorumluluk gerektiren uzlaşma faaliyetlerini yürütebilmeleri düşünülemez. Taraflardan birinin resmi mahkemelerde uyuşmazlığın kendi lehine sonuçlanacağını düşünmesi veya karşı tarafa olan güvensizliği uzlaştırmalardan ayrılma sebebi olabilir¹⁸. Kısaca, taraflar uzun vadede ilişkilerini korumayı hedefliyorsa, özellikle ticari uyuşmazlıklarda, her iki taraf da karşılıklı fedakarlıklarla sonuçta herkesin kazanacağı bir çözüm istiyorsa uzlaştırma yöntemleri gerçekten akıllıcadır.

¹³ **Schneeweiss,W;** Die aussergerichtliche Streitschlichtung nach § 278 Abs. 5 ZPO DRIZ 2002, s 109.

¹⁴ **Hager,G;** Konflikt und Konsens Tübingen 2001, s 56 vd. **Risse,J;** Wirtschaftsmediation NJW 2002, s 1620.

¹⁵ Alman Hukukunda bazı kanunlarda öngörülen kamuyu ilgilendiren planların örneğin, bir otopanın, havaalanının, demiryolunun inşası için bir plan belirlenmesi için bir tespit yargılaması yapılmasıdır. Örneğin, § 17 Bundesfernstrassengesetz, § 31 Wasserhasuhaltsgesetz, § 36 Bundesbahngesetz gibi kanunlarda plan tespiti davaları genel olarak düzenlenmiştir.

¹⁶ **Henssler,M/Koch,L/Duve,M;** Mediation in der Anwaltspraxis, 1. Aufl, Bonn 2000 Rn. 33, 46.

¹⁷ **Bergschneider,L;** Mediation in Familiensachen- Chance und Probleme FamRZ 2000, s. 78.

¹⁸ **Henssler,M/Koch,L/Duve,M;** Rn.33, 46.

6. Alman Hukukunda Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yolları

a.Uzlaştırma Kurulları

aa.Genel Olarak

Tarafların tamamen özel nedenlerden dolayı serbest iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığı hüküm vermeye yetkili olmayan bir üçüncü kişiye çözdürmeleri mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüdür¹⁹. Hakemin sadece oturma yöneticisi fonksiyonunu üstlendiği ve tamamen hukuki esaslar haricinde bir çözüm bulmayı amaçladığı sıradan görüşmelerden farkı olarak tahkim yargılamasında hakem ortaya çıkan hukuki uyuşmazlığı her iki tarafın da taleplerini dikkate alarak temel hukuk esaslarına göre uyuşmazlığı çözer.²⁰ Tahkimde yazılı bir tahkim sözleşmesi düzenlemeli ve şeklen muhakeme usulünü belirleyerek tahkim yargılamasını yapmalıdır. Amaç uyuşmazlığı gerginlik ortamına sokmadan taraflarında itibarlarını zedelemeyen sonuçlandırmaktır. Esasen hakem taraflara ilk olarak bir sulh önerisi sunarak tarafların bunu değerlendirmesini sağlayabilir²¹. Tarafların sulh önerisini değerlendirme kararları esas itibarıyla hukuken bağlayıcı değildir ancak hakemin otoritesine dayanılarak onun sözünden fiili bir zorunluluk²² duyulmasından dolayı normalde bu söze uyulması beklenir²³. Bir tahkim yargılaması, temelde tarafların muvafakatini varsayar. Başarısızlıkla sonuçlanması halinde prensip itibarıyla dava açılması mümkündür²⁴. Uzmanların katılımı ve bunların dava hakkındaki tarafsız ve bağımsız görüşleri ayrıca hukuki durum itibarıyla hızlı ve makul masraflı çözüme kavuşulması imkanının olması tahkimin avantajlarını oluşturmaktadır. Ancak aynı zamanda tarafların taleplerinin yeterince dikkate alınmaması olumsuz bir sonuç olarak da görülebilir²⁵.

bb.Uygulama Alanları

En iyi bilinen tahkim uygulamaları her yıl Alman hükümetiyle bazı işçi sendikaları arasında anlaşmazlıkla sonuçlanan toplu görüşmelerde cereyan eder. Bundan başka, tahkim kurulları bazı meslek odalarında bulunur. Örneğin, § 91 I. Nr. 11 HandWO (Ticaret odalarında bağımsız çalışan zanaatkarlarla işverenler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek amacıyla tahkim kurulları görev yapar). Benzer bir uzlaşma yeri rekabet hukukunda vardır § 27a UWG (Wettbewerbsrechtliche Einigungsstellen). Alman Merkez Bankasının uzlaştırma yeri; bankalarla müşterilerinin kredi sözleşmelerinden doğan uyuşmaz-

¹⁹ **Schilken,E**; Zivilprozessrecht 4. Aufl, Köln 2002, s 347.

²⁰ **Wagner,K.R**; Einsatzmöglichkeiten notarieller Streitvermeidung und Streitentscheidung NJW 2001, s 2130.

²¹ **Jansen,N**; Die aussergerichtliche obligatorische Streitbeilegung nach § 15a EGZPO Augustin 2001, s. 39.

²² **Haft,F**; Mediation-Palavar oder neue Streitkultur in Festschrift Rolf A. Schütze zum Geburtstag, "Wege zur Globalisierung des Rechtes" München 1999, s. 265. (Schütze Armağanı)

²³ **Henssler,M/Koch,L**; Eidenmüller,K; Mediation, Rn.26.

²⁴ **Musielak,H.J**; Grundkurs ZPO, 5. Bası, München 2000, Rn. 25.

²⁵ **Rüssel,U**; Das Gesetz zu Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung- der Weg zu einer neuen Streitkultur? NJW 2000, 2801.

lıklarda çözüm için kurulan uzlaştırma kurulları § 675a-676g BGB. Özel imar inşaat hukuku ve tabip odalarının bilirkişi komisyonları sayılabilir.

b.Tahkim Yargılaması (ZPO §§ 1025-1066)

aa. Genel Olarak

Alman Usul Kanununun onuncu kitabında genel olarak tahkim düzenlenmiştir. Tahkimi düzenleyen hükümler 22.12.1997²⁶ de “Tahkimi Düzenleyen Yeni Kurallar” adlı kanuna önemli ölçüde değiştirilmiştir. Yeni getirilen kurallar önemli ölçüde Birleşmiş Milletlerin 1985 de kabul edip tavsiye ettiği model kurallar (UNCITRAL) dikkate alınarak hazırlanmıştır²⁷.

Tahkim usulü uzlaştırma düzenlemelerinden farklı olarak özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünün kanunen öngörülüş şeklidir (§§ 1025-1066 ZPO). Tahkim resmi mahkemeler gibi uyuşmazlıkların yargılama yapılarak giderilmesidir. Resmi mahkemelerin yargılaması yerine resmi olmayan hakem heyetinin yargılama yaparak bir karar vermesidir²⁸. Böylece özel tahkim yargılaması sonucunda Medeni Hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda belirlenmiş bir tahkim anlaşmasıyla resmi bir mahkeme yerine kararlar verebilmektedir. Malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar ile malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda tahkim kararlaştırılabilir. Ancak kira uyuşmazlıklarında (§ 549 Abs.2 Nr.1-3 BGB), istisnalar haricinde tahkim sözleşmesi yapılamaz (§ 1030 ZPO.Abs.2).

Bu bakımdan tahkim usulü adli yargı alternatifleri arasında özel bir konuma sahiptir. Çünkü bir çok konuda resmi mahkemelere yakındır. Aradaki en önemli fark, hakim yerine bağımsız özel bir hakemin olmasıdır²⁹. Hakem olarak sadece gerçek kişiler seçilebilirler. Taraflar, tarafların organları veya temsilcileri, veya tüzel kişiler, (Behörden) kurumlar hakem olarak seçilemezler³⁰. Taraflar hakemlerin sayılarını ve nasıl seçileceklerini tahkim sözleşmesiyle kararlaştırabilirler. Ancak hakem mahkemesinin oluşturulmasında tarafların eşit güce sahip olmaları gereklidir (§ 1034 II ZPO). Eğer kararlaştırılmamış ise, mahkeme üç kişiyi hakem olarak belirler (§ 1034 I ZPO).

Tahkim yoluyla resmi mahkemeler dışında üçüncü şahısa açık olarak karar verme yetkisi devredilmektedir³¹. Taraflar tahkim ile resmi mahkemeler yolunu kapatarak hakem huzurunda uyuşmazlığın çözüleceğini kararlaştırırlar. Bu durumda, resmi mahkemeler o uyuşmazlık için yetkisiz hale gelmiş olur. Fakat tahkim sözleşmesine rağmen resmi mahkemede aleyhine dava açılan taraf davaya cevap süresi içerisinde değil sözlü yargılama başlayınca kadar tahkim itirazında bulunmalıdır. Bu durumda tahkim itirazını düzenleyen ZPO § 1032 Abs.1, ZPO § 282 Abs.3'e bir istisna getirmiş durumdadır³². 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu” madde 5' e göre, “Tahkim anlaşmasının

²⁶ BGBl. I, 3224.

²⁷ **Lüke,W;** Zivilprozessrecht, 9. Aufl. München 2006, s. 458.

²⁸ **Gottwald,W/Stempel,D;** Streitschlichtung- Rechtsvergleichende Beitrage zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995, s. 9. Jansen, s. 42. Katzenmeier, s. 65.

²⁹ **Katzenmeier,C;** s. 66.

³⁰ **Jauernig,O;** Zivilprozessrecht, 28.Aufl. München 2003, s.382.

³¹ **Haft,F;/von Schlieffen,K/Rüssel,U;** Handbuch Mediation, München 2002, Rn.39.

³² **Lüke,W;** s. 460.

konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder”.

Hakem heyeti oluşturuluncaya kadar taraflar tahkimin varlığı veya yokluğu hususunda bir tespit davası açabilirler (ZPO § 1032 Abs.2). Alman Hukukuna göre hakem huzurunda görülen bir davada davalı, hakemlerin yetkisizliğini ileri sürerse, ZPO § 1040 Abs.3'e göre hakemler, Türk Hukukundan³³ farklı olarak kendi yetkileri hususunda da karar vermeye yetkilidirler. Hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin verdikleri karara karşı da Yüksek eyalet mahkemesine (Oberlandesgericht) müracaat edilebilir³⁴.

Uzlaştırma muhakemesinden farklı olarak burada tarafların icabında tamamen ilişkilerini koparacak bir tahkim kararına daha baştan tabi olurlar. Tahkim usulünün hükümleri genellikle emredici değildir. Taraflar yargılamayı geniş bir serbesti içinde belirleyebilirler. Ancak bir yazılı tahkim sözleşmesi (§ 1031 ZPO), Almanya'da bir tahkim yargılamasının yapılacağı yer, bir tahkim davası ve tahkime elverişli bir talep (§ 1030 ZPO), olmalıdır. Tahkim ile taraflar, kendi aralarında, yazılı veya olmayan belirli bir hukuki münasebetten doğan veya doğacak tüm veya bazı anlaşmazlıkların çözümünü hedeflerler (§ 1029 ZPO).

Tahkim, sözleşmeye konulan bir madde (Klausel) ile taraflar arasında kararlaştırılabileceği gibi müstakil bir tahkim sözleşmesiyle uyuşmazlık çıkmadan önce veya uyuşmazlık çıktıktan sonra da kararlaştırılabilir. Alman Hukukunda tahkim sözleşmesi tartışmalı olmakla beraber etkilerini usul hukuku alanında gösterdiği için usuli bir sözleşme olarak kabul edilmektedir³⁵.

Tahkim muhakemesi sonunda verilen karar hukuken uygulanabilir ve kesin bir karardır; diğer bir deyişle bu karara karşı yargı yolu kapalıdır³⁶. Hakem kararlarını icraya koyabilmek için devlet mahkemesinden icra edilebilirliği kararı almak gereklidir (§ 1060,1062 ff ZPO). Devlet mahkemelerince bu kararların kontrolü, taraflardan birinin müracaatıyla sadece ağır yargılama hatalarıyla sınırlandırılmıştır (§§ 1059, 1062 I Nr.4 ZPO). Eğer § 1054 ZPO un ön şartları yerine getirilmişse tahkim neticesi verilen karar şeklen kesin hüküm oluşturur ve bağlayıcıdır. Taraflar burada önemli bir rol üstlenmemektedirler. Tahkim yargısı resmi mahkemelere oranla daha hızlı ve daha ucuzdur. Tahkim yargılamasının aleni olmaması ve tarafların kendilerini belirlediği kendi arala-

³³ (Kompetenz-Kompetenz) Yetkiye Hüküm yetkisi denilmektedir. “HUMK.m.519’ a göre hakemlerin devlet mahkemelerini bağlayacak şekilde karar verme yetkisi yoktur. Bu hususta taraflara tanınmış bir sözleşme serbestisi yoktur”. **Alangoya,Y**;Medeni Usul Hukuku esasları, 3.Bası, İstanbul 2003, s.609 vd. Aynı yönde: **Üstündağ,S**; Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Bası,İstanbul 2000, s. 950.

³⁴ **Lüke,W**; s. 460.

³⁵ **Jauernig,O**; s.382. Rosenberg/Schwab/Gottwald; Zivilprozessrecht, 16. Aufl. München 2004, § 174, Rn.7 ff.

³⁶ **Lüke,W**; s. 463.

rındaki spesifik uyuşmazlığı çözecek kişinin hukukun belirli alanında uzman olması tahkim yargılamasını cazip kılmaktadır³⁷.

bb.Uygulama Alanları

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün bu şekli özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde ve siyasal alanda daha büyük bir değere sahiptir. Bazı ülkelerde dava süreçlerinin çok zahmetli ve masraflı olması, verilen kararların başka bir ülkede tenfizinin genellikle zor olmasından dolayı uluslararası ticarette önem arz etmektedir³⁸. Ancak sıradan bir vatandaşın ihtiyaçları karşısında tahkim mahkemeleri ilgi uyandırmaz.

c.Avukatların Arabuluculuğu

Bir uyuşmazlığın, tarafları veya avukatlarının aralarında yazılı olarak yapacakları bir anlaşmayla uyuşmazlığın resmi mahkemeler dışında avukatların uzlaştırmasıyla çözecekleri hususunda anlaşma yapabilirler. Avukat uzlaştırmaları neticesinde alınan kararların icrası Alman usul hukukunda özel düzenlemeye tabidir (§ 796a, 796b ZPO).

d.Eyalet Hukukuna Göre Uzlaşma (Schlichtungsstelle)

Almanya da Baden-Württemberg, Bremen ve Hamburg haricinde diğer eyaletlerde uzlaştırma kurumları vardır. Birliğe yeni katılan eyaletlerde de mevcuttur. Bazı eyaletlerde zanaat dairesi (Handwerkammer), motorlu araç dairesi (Kfz-Schiedsstellen), doktorlar dairesi (Ärztammer), diye ayırımlar da yapılmıştır. Ayrıca kredi veren kuruluşlar (Bankenombudsmann) ile müşterileri arasındaki uyuşmazlıkları uzlaşma ile çözmeye yardımcı olurlar³⁹. Buralarda görevli olan kişiler ihtiyari (fakultativ) olarak görev yaparak kendilerine müracaat eden tarafları uzlaştırmaya yardım ederler. Taraflar bizzat uzlaşma görüşmelerinde bulunabilecekleri gibi kanuni temsilcileri veya avukatları vasıtasıyla da kendilerini temsil ettirebilirler⁴⁰. Avukatlar mahkemenin yanı sıra devam eden uzlaştırma faaliyetleri için ayrıca bir ücret talep edemez⁴¹.Eyalet uzlaştırma yerlerinde alınan kararlar § 794 Abs.1 Nr.1 ZPO anlamında icra edilebilir ilam niteliğinde değildir. Fakat eyalet hukukunda bu kararlar § 801 ZPO'ya göre icra edilebilir ilam niteliğindedir⁴². Ancak taraflar, avukatları vasıtasıyla bu kurullarda ulaşırlarsa § 796a ZPO' dan istifade edilerek buradaki sulh anlaşmaları icra edilebilir ilam niteliğine kavuşabilir⁴³. Taraflar sözleşme ile eyalet uzlaştırma kurullarında uyuşmazlığı çözeceklerini kararlaştırabilirler. Böyle bir

³⁷ Katzenmeier,C; s. 72.

³⁸ Katzenmeier,C; s 66.

³⁹ Katzenmeier,C; s.68

⁴⁰ Alman Hukukunda; avukatlar, mesleki kanunlara göre eğer Mediation eğitimi almışlarsa, özel kartlarına ve antetli kağıtlarına "Mediator/in" olarak yazdırabilirler.Bkz.www.bundesgerichtshof.de (Beschluss des Senats für Anwaltssachen vom 1.7.2002 - AnwZ (B) 52/01).

⁴¹ OLG Braunschweig 7.11.2006, 2 w 155/06.

⁴² Lüke,W; s. 465.

⁴³ Katzenmeier,C; s.68

anlaşmaya rağmen taraflardan bir uzlaştırma kuruluna müracaat etmeden doğrudan mahkemeye giderse, davalının zamanında yaptığı itiraz ile mahkeme usuli bir karar ile davayı reddeder. Uzlaştırma dairesindeki denemeler başarısız olur ise taraflardan biri kesin hüküm engeline takılmadan resmi mahkemelerde davayı devam ettirebilir⁴⁴. Avrupa Birliği ülkelerinde bulunan tüketici koruma birliği⁴⁵ sayesinde sınır aşan şekilde uzlaştırma ya müracaat edebilirler⁴⁶.

e. Mediation

aa. Kavram

İngilizce bir kavram olan mediation, Almancaya “Vermittlung” olarak tercüme edilmektedir. Bu kavramın Türkçe karşılığı aracılık, arabuluculuk, tavassuttur⁴⁷. Biz de bu kavramı uzlaştırma olarak bu çalışmamızda kullanacağız. Bu görevi yapan aracı için de uzlaştırmacı kavramını kullanacağız.

Mediation (uzlaştırma) da uzlaştırmacı, tahkimden ve resmi mahkemelerdeki hakimlerden farklı olarak karar verme yetkisini haiz olmadan tarafları sadece müzakere denemelerinde destekleyerek bilgilendiren, taraflar arasında iletişimi destekleyen tarafsız bir üçüncü şahsın uyuşmazlık çözme faaliyetine katılımıdır⁴⁸. Ayrıca Mediation (uzlaştırma) resmi olmayan, olaya özgü gönüllü bir muhakeme olarak da tanımlanabilir⁴⁹. Mediator (uzlaştırmacı) uzlaştırmada (Schlichtung) olduğu gibi bir sulh önerisi getirmez bilakis sulh önerisini taraflar getirir. Böylece Mediator (uzlaştırmacı) tarafların taleplerini savunmaz, aksine taraflar arasında bir arabulucudur, onlar arasında iletişimi sürekli teşvik eder⁵⁰. Böylece taraflar arasında mümkün merteye açık samimi ve sıcak bir uzlaşma ortamı oluşturulur⁵¹. Böylece Mediation (uzlaştırma) “ihkakı hakka” yardımı hedeflemektedir⁵². Mediation (uzlaştırma)’nın amacı geleceğe yönelik hakkaniyete uygun menfaatlerin korunduğu, iki tarafın da kabul ettiği bir çözüme ulaşmaktır. Bu metodu ilk bulanların deyimleriyle herkes kazançlı (Win-Win-Lösung) çözümünü bulmaktadır⁵³.

Mediation’un resmi mahkemeler yerine ikame olarak uyuşmazlıkların çözümünü için öngörülmediği düşünülmektedir. Daha çok resmi mahkemelere paralel olarak uzlaşmanın muhtemel görüldüğü durumlarda resmi mahkemelere

⁴⁴ **Lüke,W;** s. 464.

⁴⁵ www.euroinfo-kehl.com (Europäisches Verbraucherzentrum Deutschland – Kehl. Deutsche Verbindungsstelle für Schlichtung).

⁴⁶ **Lüke,W;** s. 464.

⁴⁷ **Kıygi,O.N;** Wörterbuch der Rechtst-und Wirtschaftssprache, München 1999.

⁴⁸ **Katzenmeier,C;** s. 69. **Henssler,M/Koch,L;** Mediation, § 1, Rn.1

⁴⁹ **Haft,F;** Verhandlung und mediation- Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. bası, München 2000, s 244.

⁵⁰ **Haft,F;** Schütze Armağanı, s 398.

⁵¹ **Haft,F/von Schlieffen,K/Rüssel,U;** § 33 Rn.44.

⁵² **Breidenbach,S;** Mediation –Sturuktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, s 279.

⁵³ **Ott,S;** die aussergerichtliche Konfliktbeilegung in Zivilsachen-Der badenwürttembergische Entwurf eines Gesetzes zur obligatorischen aussergerichtlichen Streitschlichtung, Tübingen 2000, s 137.

gitmeye lüzum olmadan ihtilafların çözülmesidir. Alman doktrininde, tahkim sözleşmesinin varlığının davada ileri sürülmesinde olduğu gibi tarafların mediation sözleşmesinin de, tahkim den farklı amaçlara hizmet etse de davada ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Çünkü taraflar üzerinde tasarruf edebilecekleri dava hakları konusunda (ordre public), kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla sözleşmeler yapabilirler, davalarından geçici olarak veya sürekli vazgeçebilirler. Bu sözleşme “pactum de non petendo⁵⁴” ile eşdeğerde tutulmaktadır⁵⁵. Yani mediation sözleşmesinde taraflar sözleşme özgürlükleri dahilinde kendi çabalarıyla bir çözüm bulmayı hedeflerler⁵⁶. Mediation sözleşmesi veya şartı (§§ 134,138, 305c,307 BGB) nin geçerlilik şartlarına, AGB-Recht (Allgemeine Geschäftsbediunungen Recht) genel işlem şartlarına, tüketicinin korunması kurallarına uygun olmalıdır⁵⁷.

Mediation ile devlet mahkemelerindeki yargılamanın temel farkı şunlardır: Devlet mahkemelerinde, mahkemeye taşınan vakialardan hareketle hakim otoritesiyle kanunlara göre bir usuli hüküm hedeflenir. Mediation da ise; temel hedef, uyuşmazlığın taraflarının duruma göre menfaatlerinin dengelenerek sulh olmaları, onların ihtiyaçları dikkate alınarak çözüm bulma hedefi söz konusudur⁵⁸.

Mediation nun özellikleri şu şekilde sıralanabilir: Harici bir üçüncü şahsın katılımı, Mediator'ün tüm tarafları kapsamı, tarafların katılımıyla olaya özgü uyuşmazlığın çözümünün hazırlanmasında, tarafların şahsi sorumluluk taşımalarıdır. Resmi mahkemelerinin kararlarına karşın daha az bir resmîyetin olması sebebiyle daha hızlı ve daha az masrafla uyuşmazlığın çözülmesi bu metodun avantajlarıdır⁵⁹. Zira taraflar masrafların nasıl paylaşılacağını da kanuna tabi olmadan kararlaştırabilirler⁶⁰. Mediation aynı zamanda uyuşmazlık konusu vakiya özgü durum karşısında daha esnek davranılabilmesi açısından daha iyi bir alternatif uyuşmazlık çözümü olabilir. Mediation da sulh neticesi verilen hükmün kesin hüküm bağlayıcılığında olmayışı bir dezavantajdır⁶¹. Aslında sulhun taraflara uygun olarak şekillendirilmesiyle ortaya çıkabilecek problemler çözülebilir. Ayrıca adaletin kanuna uygun şekilde tecelli ettirilememesi taraflarda hukuk düzenine güven eksikliğini doğuruyor. Bu durum ise hiçbir tarafın bu şekilde bir sulh yapma zorunluluğu olmadığı şeklinde açıklanmaktadır⁶². Mediation'nun geçici bir koruma güvencesi olmaması ve sulha

⁵⁴ Alacaklının alacağını istemeyeceğine dair alacaklısı ile yaptığı anlaşma.Bkz. **Umur,Z;** Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s.150.

⁵⁵ **Lüke,W;**Das Verhältnis von Mediation und ordentlichen Erkenntnisverfahren, Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70.Geburstag, Bd.II, Karlsruhe 2004, s.400 vd. (Aufsatz)

⁵⁶ **Lüke,W;** Aufsatz, s.405.

⁵⁷ **Lüke,W;** Aufsatz, s.407 vd.

⁵⁸ **Lüke,W;** Aufsatz, s.397.

⁵⁹ **Katzenmeier,C;** s 72.

⁶⁰ **Gottwald,P;** “Mediation und gerichtlicher vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten” in Festschrift für Akira Ishikawa 70. Geburtstag, Berlin 2001, s 144.

⁶¹ **Gottwald, P;** FS. Akira Ishikawa, s. 146.

⁶² **Risse,J;** s 1620.

elverişli olmaması nedeniyle usule ilişkin dezavantajları olarak gösterilmektedir. Ancak olayların yüzde sekseninde Mediation başarılı olduğu tarafların rızasıyla netice gerçekleştirildiği için cebri icraya gerek kalmaması da bir gerçektir⁶³. Mediation'nun neticesi olumlu olursa bu uyuşmazlığın sulh ile neticelenmesi demektir. Bu sulh kararı § 794 Abs.1, Nr.1 ZPO. anlamında ilam niteliğindedir⁶⁴. Taraflar uzlaştırma neticesinde alınan kararı her zaman rızalarıyla icra ettirmeyebilirler. Bu durumda kararın bir noter belgesi § 794 I. Nr. 5 ZPO, avukatların yaptıkları sulh belgesi § 794 I Nr. 4b bağlantısıyla §§ 796a-796c ZPO veya bir uzlaştırma dairesinin yaptığı sulh belgesi § 794 I Nr. 1 ZPO ilam niteliğinde belge olarak kullanılabilir⁶⁵.

Almanya'da, Borçlar Hukuku reformundan önce, Mediation'nun zamanaşımına engel olmaması bir problem teşkil ediyordu, zira zamanaşımının kesilmesi eski § 209 II, Nr. 1a BGB ye göre söz konusu değildi. Bu husus reform kanunuyla değiştirildi. Tabi Mediation nun burada yeni § 204 I Nr. 4 BGB girdiği tartışmalıdır, ancak zamanaşımının durması yeni § 203 S. 1 BGB ye göre vasıflandırılabilir⁶⁶. Ayrıca zamanaşımının inkarı da yeni § 202 BGB ye göre mümkündür.

bb.Uygulama Alanları

Aile hukukunda boşanma neticesinde çocukların hukuki vaziyeti ve nafakayla ilgili gelecekte tarafların vecibeleri konusundaki uyuşmazlıklarda Almanya'da Mediation (uzlaştırma) nun önemli bir uygulama alanıdır. Komşuluk ve kira hukukunda olduğu gibi uzun süreli ilişkilerde, ticari ve iş hukuku alanında, sosyal müesseselerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, kamu hukukuna ilişkin anlaşmazlıklarda (örneğin çevre hukuku) Mediation (uzlaştırma) yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesi söz konusu olmaktadır⁶⁷. Mediation (uzlaştırma) ya benzer bir metot olarak fail mağdur anlaşması gösterilebilir.

f. § 15a EGZPO⁶⁸ ya Göre Mecburi Uyuşmazlık Çözüm Yeri (Güterstelle)

Alman Hukukunda Usul Kanunundan ayrı bir mediation kanunu yoktur. Ancak (§ 15a EGZPO) "Alman Usul Kanununun Tatbikat Kanunu", (§ 65 BRGO) "Milli Avukatlık Ücret Kanunu" ve (§ 1 Beratung Hilfe Gesetz) danışma yardımı kanunu değiştirilerek dava dışı uyuşmazlık çözümü öngörülmüştür. Avusturya'da ise, 2001 yılında ayrıntılı olarak özel hukuka ilişkin milli bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm kanunu (Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen [ZivMediatG]) kabul edilmiştir.

Bugüne kadar alışlagelmiş olan ihtiyari tahkimin aksine mecburi tahkimi öngören kanun § 15a EGZPO. 15.12.1999 tarihinde mahkeme dışı uyuş-

⁶³ **Haft,F/von Schlieffen,K/Löcher,M**; Handbuch Mediation, § 28, Rn 5.

⁶⁴ **Lüke,W**; s.465.

⁶⁵ **Gottwald,P**; FS. Akira Ishikawa, s 147.

⁶⁶ **Haft,F/von Schlieffen,K/Löcher,M**; Handbuch Mediation, § 26, Rn. 59.

⁶⁷ **Breidenbach,S; Henssler,M; Maehler/Maehler**; Mediation für Juristen, Köln 1997, s 15. **Stikelbrock,B**; Gütliche Streitbeilegung JZ 2002, s. 641.

⁶⁸ EGZPO (Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung) Alman Medeni Usul Kanununun Tatbikat Kanunu.

mazlık çözümünü desteklemek amacıyla kabul edilmiş 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁹. Bu kanunla eyalet kanun koyucularına Almanya da belirli bazı uyuşmazlıkların mahkemeye dava açmadan çözümü için (Güterstelle) uyuşmazlık çözüme dairelerinde sonuçlandırılması için düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Alman hukukunda hangi hallerde mecburi uzlaştırma yerlerine başvurulacağı § 15a I. Nr.1-3 EGZPO.'da sayılmıştır. Komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarında olduğu gibi sulh hukuk mahkemelerinde görülen ve müddeabihin değerinin 750 Euro'yu geçmeyen, malvarlığına ilişkin davalar adliyelerde kurulan uzlaştırma dairelerinde sonuçlandırılacaktır. İkinci fıkraya göre Mahnverfahren'na (Türk hukukundaki ilamsız icra benzeri bir yol) ve aile hukukundan doğan davalarda mecburi uzlaştırma yerlerine gidilemeyeceği öngörülmüştür. § 15a EGZPO. Abs. VI cümle 2 ye göre uzlaştırma dairelerinde verilen sulh kararları § 794 I, 1 Nr. 1 ZPO. anlamında icra edilebilir ilam niteliğinde kararlardır⁷⁰.

Bugüne kadar Almanya eyaletlerinin sekiz tanesi yetkilerini kullanarak adliyelerde uzlaştırma daireleri kurmuşlardır. Kanun koyucu zorunlu uzlaştırmayı dar kapsamlı tutarak bu uygulamanın sonucunu görmek istemiştir⁷¹. Bazı uyuşmazlıklar için zorunlu uyuşmazlık kurumlarına başvurmadan dava açma kanunen engellenmiş fakat bu hüküm § 15a EGZPO. doktrinde bazı sert eleştirilere maruz kalmıştır⁷². Resmi mahkemelere dava açmadan önce, eyalet kanunlarında öngörülen bazı davalar için uzlaştırma kurullarına başvurmanın mecburi oluşunun Alman Anayasasında yer alan resmi mahkemelerdeki hak arama özgürlüğünü kısıtladığı iddiasıyla anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Fakat Alman Anayasa mahkemesi (BVerwG) çok yeni bir kararında bu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını yönünde karar vermiştir⁷³.

Alman Hukukunda eskiden de benzer mecburi uzlaştırma düzenlemele-
rinin denenmesi ve başarısızlıkla neticlendiği için tekrar kanundan çıkarılması eleştirilerin odak noktasını oluşturmaktadır. Eski § 495a ZPO. (1924) veya eski §§ 608 vd. ZPO. 1976 ya kadar ki boşanma hukukunda uygulanan mecburi uzlaştırmalardan olumlu sonuç alınamayıp tekrar kaldırılmıştır⁷⁴. Ayrıca kanun koyucunun bu düzenlemesi, belirli bazı konuları mecburi uzlaştırmaya tabi kılarak yargılama hukukunda dağınıklığa ve hukuk güvensizliğine sebep olmasından ve her eyaletin farklı şekillerde düzenlemeler yaptığından, bunun farkı hukuki neticeler meydana getireceğinden dolayı da eleştirilmiştir⁷⁵. Eyaletlerdeki uzlaştırma kanunları uzlaştırmacının kişisel donanımı ve yeterliliği, uyuşmazlığın maksimum değeri ve etki yönünden farklılıklar göstermekte-

⁶⁹ BGBl. I/1999, Nr.55. Kanun metni için Bkz. www.bundesanzeiger.de

⁷⁰ **Gottwald,P**; FS. Akira Ishikawa, s 147. Lüke,W; s.465.

⁷¹ **Lüke,W**; Aufsatz, s.397.

⁷² **Schilken,E**; Probleme der aussergerichtlichen obligatorischen Streitschlichtung, Akira Ishikawa ya 70. doğum günü armağanı, Berlin, s. 472 vd. **Ott,S**; s.134. **Prütting,H**; Mediation und gerichtliches Verfahren-ein nur scheinbar überraschender Vergleich, BB 1999 Ek 9, s 9.

⁷³ BVerwG 14.02.2007, 1 BvR 1351/01. Bkz. www.bundesgerichtshof.de

⁷⁴ **Schilken,E**; FS. Akira Ishikawa, s. 474. Stadler, s 2480. Ayrıntılı için bkz. **Jansen**, s 63 vd.

⁷⁵ **Katzenmeier,C**; s. 87 vd.

dir⁷⁶. Kanun koyucu, uzlaştırma dairelerinin tüm ülkede yeterince kurulamamasından dolayı genel ulusal bir düzenlemeyi uygun görmemiştir. Böylece farklı mahkemelerden tecrübeler elde etmek amaçlanmıştır⁷⁷.

Kanunun (§ 15a EGZPO) katı bir şekilde yalnızca müddeabihin değerini dikkate alması, uyuşmazlığın mecburi uzlaştırmaya uygun olup olmadığının hiç dikkate alınmaması problem olarak gözükmektedir. Vakianın mecburi uzlaştırmaya uygun olmaması halinde, bu düzenleme (§ 15a EGZPO) eyalet tatbikat kanunlarıyla birlikte uygulama sadece bir formaliteye dönüşerek, davaların uzayıp sürüncemede kalmasına ve fazla masrafa sebep olmaktadır⁷⁸. Ayrıca tarafların kendi aralarında mediation konusunda yaptıkları hangi anlaşmanın o uyuşmazlık için mahkemelerin yetkisini etkileyeceği, hangisinin etkisiz olacağı belirsizdir. Ayrıca sözleşmenin geçerliliği de maddi hukuk hükümlerine göre denetlenmelidir⁷⁹.

g. ZPO §§ 278, 279 ya Göre Sulha Davet (Uzlaştırma Girişimi)

Alman Usul Kanununu § 278, 279 ZPO. paragraflarına göre hakim mahkemenin her aşamasında tarafları sulhe davet edeceği düzenlemesi 2002 yılındaki reformla yeni düzenlenmiştir. Hakimin bu girişimi de alternatif uyuşmazlık çözümünün kanuni şeklini oluşturmaktadır⁸⁰. Buna göre sözlü duruşmadan önceki ilk duruşmada hakim tarafları sulhe teşvik etmek zorundadır (§ 278 II. 1 ZPO). Eğer daha önceden mahkeme dışı bir Mediation (uzlaştırma) da veya Güterstelle (uzlaştırma dairesi) de uzlaştırma girişimi sonuçsuz kalmışsa, hakimin bu zorunluluğu kalkar. Bu paragraf uzlaştırma çabalarının anlamsız bir formalite olmaması ve davanın uzamaması için öngörülmüştür. Bugüne kadar sulh teşebbüslerinin yürütülmesi ilk duruşmadan önceki sözlü yargılamada sadece iş hukuku uyuşmazlıklarında öngörülmüştür (§ 54 ArbGG). Bu hüküm ile kanun koyucu, mahkemelere taraflar arasındaki ihtilafın çözümünde taraflar dinlenilerek etki etmek görevi verdiği için, hukuki barışa daha güzel bir sulh teşebbüsüyle hizmet etmek istemiştir⁸¹. Böylece 2002 yılındaki ZPO. reformunun amacı uyuşmazlıkların mümkün olan en kısa sürede çözümlenmesini sağlamaktır⁸². Davaların tarafların uzlaşması neticesinde sulh ile sonuçlanması daha az zaman ve masrafa mal olacağı için, bu düzenleme en azında usul ekonomisine hizmet eder⁸³.

İsviçre'nin bazı kanton usul kanunlarında olduğu gibi HUMK.da davalardan önce mecburi bir sulh teşebbüsü safhası Türk Hukukunda mevcut değildir⁸⁴. İstisnai bir düzenleme olarak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 7.

⁷⁶ **Haft,F/von Schlieffen,K/Löcher,M;** § 33 Rn.46.

⁷⁷ **Lüke,W;** Aufsatz, s.398. Bundestagsdrucksache, 14/980, s 5.

⁷⁸ **Wasserman,R;** Neue Streitkultur, NJW 98, s 1685.

⁷⁹ **Lüke,W;** Aufsatz, s.398.

⁸⁰ **Hager,G;** s 94.

⁸¹ Bundestagsdrucksache, 14/4722, s 62.

⁸² **Greger,R;** Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl, Köln 2002, § 278, Rn. 1.

⁸³ **Hartmann,P/Baumbach,A/Lauterbach,W/Albers,J;** 61.Aufl, München 2003, § 278, Rn. 6.

⁸⁴ **Üstündağ,S;** s 447.

maddeye göre “mahkeme ilk oturumda tarafları sulha teşvik eder”. Ancak HUMK.m.213’e göre davanın her aşamasında hakimin tarafları sulhe teşvik edebileceği de öngörülmüştür. Ancak hukukumuzdaki bu düzenlemeyi alternatif çözüm düzenlemesi olarak görmek mümkün değildir. Çünkü hakim karar verme yetkisini haiz ve kanun otoritesiyle geçmişteki taraflar arasındaki duruma göre vakialardan hareketle karar vermek durumundadır. Ayrıca HUMK.494-500⁸⁵ maddelerinde “Evlilik Birliğini Himaye Tedbirleri” başlığı altında düzenlenen hükümlerde hakimin boşanma davasına başlanmadan önce tarafları sulh etmeye çalışması öngörülmüştü.

Sulh teşebbüsünde hedeflenen sonucu tarafların uyuşmazlığın çözümünde hemfikir olmaları, bunu yaparken de uzlaşma yoluyla bir karara varmaları ön planda tutulmalıdır. Ayrıca karşılıklı anlaşma, davanın geri alınması, davanın kabulü, davadan vazgeçme sulh teşebbüslerinde ortaya çıkan neticelerdir⁸⁶.

Alman hukukunda da mahkemelerin § 278 fıkra 1 ZPO. ya göre davanın her aşamasında tarafları uzlaştırarak uyuşmazlığı çözme görevi zaten vardır. Taraflardan birinin yokluğu veya sulh teşebbüsünün sonuçsuz kalması durumunda § 279 ZPO ya göre ilk sözlü muhakeme sulh teşebbüsünün hemen ardından doğrudan doğruya yapılmalıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki; muhakemede sulh teşebbüsü hukuka aykırı olacak şekilde cereyan etse bile yargılama sonunda verilen hüküm buna dayanmayacağı için bir üst mahkemece §§ 513,546 ZPO anlamında bir hukuka aykırılık oluşturmayacağından bozma sebebi değildir⁸⁷.

Eğer vakiya uygun ise dava dışı uyuşmazlık çözüm önerisi de § 278 ZPO. ya göre hakim tarafından önerilebilir. Tarafların öneriyi kabul etmesi durumunda muhakeme § 251 ZPO ya göre hakim tarafından (Das Ruhen des Verfahrens) dondurulacaktır.

Mediation ile muhakemedeki hakimin sulh teşebbüsü kıyaslanacak olursa, bazı kesin farklılıklar ortaya çıkar. Bir kere sulh teşebbüsü geçmişe yöneliktir, talebe yöneliktir, genellikle alenidir, karar veren üçüncü şahıs hakimdir⁸⁸.

7. Mediation Uygulama Teknikleri

Mediator uzlaştırma sürecinde farklı uzlaştırma tekniklerinden yararlanabilir. Uzlaştırma için belli teknikler olmamakla beraber; mediatör, uzlaştırmanın her aşamasında her olay için uygun olan metodu tatbik edebilir.

İlk olarak tarafların ifadelerini sadeleştirilmesi, tekrarlanması ve özetlemesi gerekmektedir⁸⁹, böylece yanlış anlaşılmalardan kaçınılma ile beraber tarafların her ifadesinin de mediatör tarafından tam olarak anlaşıldığının da bilincinde

⁸⁵ Bu hükümler 26.09.1963 tarihinde 338 Sayılı Kanun ile kaldırıldı.(RG: 03.10.1963, Sayı:11521).

⁸⁶ **Stickelbrock, B;** s 639.

⁸⁷ **Lüke,W;** s. 204.

⁸⁸ **Ponschab,R/Kleinhenz,B;** Richter oder Schlichter? -Streitbeilegung innerhalb und ausserhalb des Gerichts, DRIZ 2002, s 432.

⁸⁹ **Haft,F/von Schlieffen,K/Rüssel,U;** § 1 Rn.106.

olabileceklerdir. Ayrıca mediatör dikkatli sorular ve karşı sorularla uzlaştırma esnasında tarafların mediationa (uzlaştırmaya) güvenlerini artırabilir. Her iki tarafa adil ve tarafsız davranabilmek için taraflara sırayla soru sorması tavsiye edilir.

Ayrıca mediation un başarısı için her türlü baskıdan kaçınılmalıdır. Tarafların rahat olabilmesi için mediatör ün taraflara yeterli zaman tanınması ve katı davranmaması tavsiye edilir⁹⁰.

Aynı zamanda mediatör çözüme katkısı olabilecek tarafların duygularını da mediationa dahil etmesi ve açıklaması gereklidir. Psikolojik bir terapinin gerekli olmadığı da bilinmelidir. Mediatör kendi fikrini savunurken tarafların çözümünün yerine kendi fikrini koymayacaktır. Kendi fikrini sunarken çok dikkatli davranmalıdır. Mediatörün asıl ödevi taraflar arası diyalogu desteklemektir. Karşılıklı anlayışı destekleyerek tarafları birbirlerinin yerine koyarak, ümitlendirmesi tavsiye edilir. Mediatör bunu tam yerini bulmuş sorular sorarak gerçekleştirebilir. Mediatör tarafları karşılıklı anlayış için ümitlendirirken onların fikirlerini açıkça beyan etmelerini; “böyle yapılır, böyle edilir” yerine “ben yaparım, ben şöyle düşünüyorum” lu cümleler kullanmalarını sağlamalıdır ki, her iki tarafta birbirlerinin hangi duygu içerisinde olduklarını doğruca anlayabilsin ve olaya dahil değilmişçesine davranmasın⁹¹.

Taraflar için adil ve uygulanabilir bir çözümü bulmayı kolaylaştırmak için Mediatör problemin değişik yönlerine değinmeli ve tarafların ortak menfaatlerini göz önünde tutmalıdır⁹².

Mediation da tüm konular bir plan dahilinde belirli bir sırayla ele alınmalı ve mediatör ele alınan konuların sürekli doğru bir sıra içerisinde olmasına dikkat etmelidir⁹³. Uyuşmazlıkta taraflar açısından en önemli konudan başlanması, eğer bu en karmaşığysa bundan başlanması önerilmez. Tarafların problem çözümünün başında olumlu sonuçlarla karşılaşarak Mediation na olan güvenleri kuvvetlendirmek için kolay çözülebilir problemlerden başlamak daha mantıklıdır. Pek çok taraf için mediatör onlara problemlerinin sıkça görüldüğünü ve bunun alışılmadık olmadığını belirtmesi düşündüklerinin aksine çok rahatlatıcıdır. Tarafların başkalarının da benzer problemlere çözüm bulunduğunu bilmeleri kendi uyuşmazlıklarının çözümü için daha çok ümitlendirecektir⁹⁴.

8. Mediation (Uzlaştırma) ve Hukuk

Kapsamlı bir hukuki düzenleme olmamasına rağmen mediation ve Hukuk bir birine zıtlık oluşturmazlar. Örneğin mediation'nun nihai çözümü hukuken tespit edilecek ve mediation'nun uygulamasında hukuken teminat altına alınacaktır. Mediation'nun hukuken uygulanmasında § 3 I, BRAO ya göre hukukçular genellikle avukatlar görev alırlar. Gerekli olan bağımsızlık ve uyuşmazlığın çözümünde hukuki menfaatlerin sağlanması için her zaman kapsamlı bir hukuki donanım gereklidir. Bu görev ya mediatör'ün kendi görevidir ya da

⁹⁰ **Breidenbach,S;** s. 281.

⁹¹ **Haft,F/von Schlieffen,K/Rüssel,U;** Mediation, § 1, Rn.104.

⁹² **Breidenbach,S;** s. 281.

⁹³ **Henssler,M/Koch,L/Fischer,U;** Mediation, § 10, Rn. 89f.

⁹⁴ **Henssler,M/Koch,L/Fischer,U;** Mediation, § 10, Rn. 89f.

mediationa danışman olarak katılan tarafların avukatlarının (dış avukat olarak adlandırılır) görevidir.⁹⁵

Hukuk açısından devlet mahkemelerindeki muhakemeyele mediation karşılaştırılırsa tarz ve uygulama bakımından farklılık gösterir. Çünkü kanun sadece mediation un çerçevesini düzenlemiştir. Örneğin § 17 II SGB VIII de mediationla ilgili düzenlemeler, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda Jugendamt (Türkiye deki sosyal hizmetler çocuk esirgeme kurumu gibi bir kurum, gençlik kurumu) ın hangi çerçevede aracı olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca aile mahkemelerinin görevleri §§ 278, 279 SGB, bir çocukla bir yetişkin arasındaki bir uyuşmazlıkta §§ 52, 52a FGG de düzenlemeler vardır. Kısaca geleneksel alışlagelmiş davalarda kanunu taraflar kullanır. Mediation da ise, hukukun kullanılması asıldır⁹⁶.

Diğer bir deyişle mediationla elde edilen sonuç özel hukukun adalet sağlama faaliyeti olarak görülebilir⁹⁷. Ancak bir yandan yönlendirme yardımı ve hak kontrolü hakkına sahip iken, diğer yandan her iki tarafın menfaatlerinin aktif hale getirilmesine hizmet eder. Böylece hukuk bağımsız menfaat uyuşmazlığının çözümünün sınırlarını belirlemiştir⁹⁸. Örneğin §§ 134, 138, BGB.

Özel durumlar için standart kanunlar adil olmayabilir. Bu tür uyuşmazlık çözme metotları tarafların somut ve özel ihtiyaçlarına cevap vermeye ve adil bir anlaşma bulmaya yarar.

9. Başarısız Mediation (Uzlaştırma) dan Sonraki Davada Gizlilik Anlaşması

Mediation faaliyeti sonuçsuz kalıp, genel mahkemelere gidildiğinde tarafların daha önceki mediation da anlaştığı konular hangi çerçeve içerisinde hakim tarafından dikkate alınacağı bir problem teşkil edebilir. Daha sonraki muhakemede araştırmanın korunmasını garanti etmek zorunda olan ve delillerin değerlendirilmesindeki problemleri engellemek zorunda olan Mediation daki gizlilik anlaşmasının etkisi özellikle ilginçtir⁹⁹. Fakat sır saklama yükümlülüğü Mediation'dan önce ortaya çıkan bilgileri ve Mediation olmadan ulaşılabilen bilgileri kapsamaz¹⁰⁰.

Gizliliğin kanuni bir koruması yoktur. Mediation daki gizlilik anlaşmasını bozan haller örnek olarak şöyle sıralanabilir; şahitlerin, Mediation'da elde edilmiş mühim delillerin veya şahit olarak mahkemeye katılmasıdır. Mediation'un ilk aşamasında daima bu bilgi verilmelidir. Her Mediation un temel özelliği gizliliğin korunması anlaşmasının zımni olarak yapılabilmesidir¹⁰¹.

⁹⁵ **Hammerbacher,P.T**; Chancen und Risiken der Familienmediation am Beispiel des neuen Kindschaftsrecht, Stuttgart, 2000, s 184.

⁹⁶ **Haft,F/von Schlieffen,K/Maehler/Maehler**; Mediation, § 34, Rn.64.

⁹⁷ BVerGE 81, 242 (254).Groner/Winograd,Büchner,S; Aussergerichtliche Streitbeilegung, 1 Aufl, 1998 München Berlin, Rn.166.

⁹⁸ **Breidenbach,S**; s 288.

⁹⁹ **Henssler,M/Koch,L/Fischer,U**; Mediation, § 11, Rn. 128.

¹⁰⁰ **Haft,F/von Schlieffen,K/Hartmann,A**; Mediation, § 27, Rn.27.

¹⁰¹ **Haft,F/von Schlieffen,K/Hartmann,A**; Mediation, § 27, Rn.20f.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, mediatör olarak görev yapan noter veya avukatlar için § 383 I. Nr. 6 ZPO da şahadetten imtina hakkı düzenlenmiştir. Sosyal çalışmacı veya sosyal pedagog gibi meslek guruplarının bu faaliyeti yapmaları problem teşkil eder¹⁰². Eğer Mediation daki taraflar beraberce mediatör ün sır saklama yükümünü kaldırılırsa şahadetten imtina hakkı da ortadan kalır § 383 II ZPO.

Mediation anlaşması delillerin sınırlandırılmasını netice vermesine rağmen eğer bir delil kaldırılırsa sonraki muhakemede bunun usuli sonuçları araştırılmalıdır. Doktrindeki hakim fikre göre¹⁰³ tarafların bahsedilen bu gibi sözleşmelerle muhakemelerde dava dışı kabulleri veya ibraları davada kullanmamayı kararlaştırabilirler, örneğin hukuki bir yola başvurmamayı veya belirli bir davada kullanmamayı kararlaştırabilirler. Taraflar örf ve adet hukuku gibi ve hukuken meşru olmayan (korunmayan) menfaatlerle kanunen zaten sınırlandırılmıştır. Gizlilik anlaşmasının sözleşmedeki durumu hakim fikre göre doğrudan uygulanma karakterinde değildir, bilakis bundan zarar görene bir itiraz hakkı verir¹⁰⁴. Gizlilik anlaşmasına aykırı olarak muhakemede açıklamalar veya sunulan deliller sözleşmeye aykırı görülerek mahkeme kararında dikkate alınmazlar. Fakat gizlilik anlaşmasının etkisinin kaldırıldığı durumlarda usul sözleşmesi olarak tüm itirazlar ileri sürülebilir. Böylece muhakemeye belirli delillerin getirilmesi ve kullanılması yasaklanmıştır. Eğer hakim görevi icabı delili dikkate almak zorundaysa sorunlar ortaya çıkmaktadır (§§ 142-144, 273 II. Nr.1, 4 ZPO). Fakat hakimin bu yetkisini kullanmaması bir eksiklik olur¹⁰⁵. Bu düzenlemeden irade serbestisinin sınırlandırılması çıkarılmaz, aksine bu düzenlemeler davanın hızlandırılmasına hizmet eder. Bundan başka tarafların birinin sözleşmeye uygun olmayan, gizliliği bozan davranışı § 280 I BGB ye göre bir akdi ceza veya tazminat ödemeyi gerektirebilir. Davada taraflarca hazırlaması ilkesinin geçerli olduğu ve delillerin davaya getirilmesi konusunda tarafların serbest olduğu hususunu da belirtmek gerekir. Ek usuli düzenlemeler Mediation uygulamasının ve mediatör ün ve tarafların korunmasını teminat altına alır; bu düzenlemeler örnek olarak mediation içeriğiyle¹⁰⁶ ilgili olmak şartıyla aynı zamanda mediatör ün taraflara danışmanlık ve temsilcilik yapma yasağı ve ayrıca mediatör taraflarca sır saklama yükümlülüğü kaldırılırsa bile mediatör susma hakkı ve görevi gibi. Mediatör ün sır saklama yükümlülüğünün istisnası olarak ceza hukuku açısından izolasyonu ve şahadetten imtina hakkının bir kurumsal genişlemesi de düşünülebilir. Ayrıca bazı ülkelerde uzlaştırmacılar için sır saklama yükümlülüğünün ihlali durumunda mesleki sorumluluk sigortası mecburiyeti öngörülmektedir.

¹⁰² **Haft,F/von Schlieffen,K/Hartmann,A;** Mediation, § 27, Rn.46.

¹⁰³ **Lüke,G;** Münchener Kommentar zur ZPO, Band 1 §§ (1-354), 2. Aufl, München 2000, Rn.285. **Musielak,H.J;** Rn. 67. **Leipold,D;** Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, Band 2 § 128, 21. Aufl, Tübingen 1994, Rn, 237. **Greger,R;** Zöller ZPO, § 128, Rn. 26, 32. BGHZ 109, 29 (28f).

¹⁰⁴ **Leipold,D;** Stein-Jonas, ZPO, § 125, Rn.247. **Greger,R;** Zöller ZPO, § 128, Rn. 33. Diğer görüş için bkz. **Lüke,G;** Münchener Kommentar zur ZPO, Band 1 §§ (1-354), Rn.289. BGH NJW 1999, 647 (648).

¹⁰⁵ **Haft,F/von Schlieffen,K;** Mediation, § 27, Rn. 34.

¹⁰⁶ OLG Karlsruhe, NJW 2001, 3197 (3198).

10. Riskler ve Problemler

Aslında Mediation uygulamasına uygun olmamakla beraber, bu yola başvurulmuşsa uyuşmazlığın daha da uzamasına, fazladan masrafa sebep olma riski her zaman söz konusudur. Ayrıca taraflardan biri aslında bu uyuşmazlıkta tamamen kötü niyetli olarak karşı tarafla uzlaşma niyeti olmaksızın devletin mahkemelerine başvurmadan önce karşı tarafın elinde dava ile ilgili ne olup olmadığını öğrenmek isteyebilir¹⁰⁷. Bu durumda bir uyuşmazlık çözülsün diye çaba sarf edilirken o uyuşmazlıktan başka uyuşmazlıklar da ortaya çıkabilir.

Başka bir risk olarak da mediatör de elinde olmadan kendi sempati ve anti sempatisini ortaya çıkararak kendi tarafsızlığını tehdit eder tarzda kendi tasavvur ve düşüncelerini taraflara empoze edebilir¹⁰⁸. Ayrıca uzlaştırıcının yeterliliği ve sır saklama yükümlülüğü, bu husustaki kanuni düzenlemeler de uygulama riskleri olarak göze çarpar.

III. Sonuç

Yukarıda mahkeme dışı çözüm yolları ve uzlaştırmaya ilişkin aktarılmaya çalışılan uygulamalar farklı uyuşmazlık çözüm metodlarının geniş bir yelpazesini oluşturmaktadır. Bunlar oldukça geleceğe yönelik ve adil menfaate dayalı uyuşmazlık çözüm uygulamalarını oluşturur ayrıca taraflar için başarıyı ve karşılıklı memnuniyet etkisini hedefler. Ancak her özel durum için alternatif çözüm metodunun uygun olup olmadığı ve somut olay için seçilen metodun tarafları memnun eden bir çözüme götürüp götürmeyeceği önceden kontrol edilmelidir. Bu kararı verirken genel olarak somut olayda maddi ve kişisel tüm veriler dikkate alınmalıdır.

Mahkeme dışı uzlaşmanın mümkün ve uygun olmadığı hallerde § 15a EGZPO daki gibi kabul edilemez temel bir mecburi uyuşmazlık çözümü füzuli masrafa, zaman kaybına sebep olan ek bir engel oluşturur. Dolayısıyla kanunun belirlediği sınırlar dahilinde kalan her uyuşmazlık için mecburi uyuşmazlığa başvurma zorunluluğu yerinde değildir. Daha ilk başta tarafların uzlaşabilme ihtimallerinin doğru bir şekilde değerlendirdikten, uzlaşma ile çözüm bulunabilme ihtimali yüksek ise zorunlu uzlaşmaya müracaat etmeleri öngörülmelidir. Daha çok bu toplumda yerleşmiş uzlaşma kültürüyle alakalıdır.

Avrupa Birliğinde, alternatif uyuşmazlık çözüm metodları konusunda, kurumsal ve ülke bazında çok ciddi çalışmalar yapıldığı bilinmektedir. Hatta bazı ülkelerde taraflara mahkemeye müracaat ettiklerinde gelecekte onları ne beklediği hususunda bir kısa film izlettirilmekte daha sonra dava açma veya uzlaşma kuruluna başvurma hususunda karar vermeleri istenmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hızlı ve masrafsız olmaları gibi pek çok faydaları ortadayken, şimdiye kadar insanların kafasında en iyi yolun uyuşmazlık çözümü olarak mahkemeyi düşünmelerinden dolayı, gelecek için alternatif çözüm yollarının daha fazla kabulü ve yaygınlaştırılması arzu edilir. Ancak ek olarak söylenmelidir ki, insanların bilinçli olarak kavramları kullan-

¹⁰⁷ **Groner,M/Winograd,B/Büchner,S;**, Streitbeilegung, E, Rn. 65. Risse, NJW, 2000, s. 1620

¹⁰⁸ **Hager,G;** Konflikt, s. 89. **Hammerbacher,P.T;** s. 107.

ması ve anlaması bunun için gereklidir. Amerika Birleşik Devletlerindeki ticari uyuşmazlıklardaki tecrübelerin gösterdiği gibi, ileriki yıllarda Mediation alanı özellikle yazarların görüşlerine göre geliştirilecek ve kuvvetlendirilecektir. Aile hukukunda bu konuda çok mesafe katıldığı için artık yokluğu düşünülemez. Mediation elde edilen çözümün yüksek kabul edilebilirliği ve tarafların büyük memnuniyeti vasıtasıyla riskler ve problemler tartılınca mediation faydalıdır.

KAYNAKÇA

- Alangoya,Y;Medeni Usul Hukuku esasları, 3.Bası, İstanbul 2003.
- Behrens,F; Aussergerichtliche Streitschlichtung in Zivilsachen, Rechts und Politik, Vierteljahrhefte für Rechts-und Verwaltungspolitik, 1997.
- Bergschneider,L; Mediation in Familiensachen- Chance und Probleme FamRZ 2000.
- Breidenbach,S; Mediation –Sturuktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.
- Breidenbach,S/Henssler,M/Maehler/Maehler; Mediation für Juristen, Köln 1997.
- Eiholzer,H; Die Streitbelegungsabrede, Freiburg Schweiz 1998.
- Gottwald,P; “Mediation und gerichtlicher vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten” Akira Ishikawa ya 70. Doğum günü Armağanı, Berlin 2001, (Akira Ishikawa Armağanı).
- Gottwald,W/Stempel,D; Streitschlichtung- Rechtsvergleichende Beitragee zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995.
- Greger,R; Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Bası, Köln 2002.
- Groner,M/Winograd,B/Büchner,S; Aussergerichtliche Streitbeilegung, 1 Bası, 1998 München Berlin.
- Groner-Winograd, Büchner, S; Streitbeilegung, E, Rn. 65. Risse, NJW, 2000, s. 1620.
- Haft,F; Mediation-Palavar oder neue Streitkultur in Festschrift Rolf A. Schütze zum Geburtstag, “Wege zur Globalisierung des Rechtes” München 1999, s. 265. (Schütze Armağanı).
- Haft,F; Verhandlung und mediation- Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Bası, München 2000,
- Haft,F/von Schlieffen,K/Rüssel,U; Handbuch Mediation, München 2002.
- Hager,G; Konflikt und Konsens Tübingen 2001.
- Hammerbacher,P.T; Chancen und Risiken der Familienmediation am Beispiel des neuen Kindschaftsrecht, Stuttgart, 2000.
- Hartmann,P/Baumbach,A/Lauterbach,W/Albers,J; Kommentar zur ZPO, 61. Bası, München 2003.

Hay,P; Zivilprozess, seine Reform und aussergerichtliche Streitbeilegung in den USA Köln 1992.

Henssler,M/Koch,L/Fischer,U; Mediation in der Anwaltspraxis, 1. Bası, Bonn 2000.

Jansen,N; Die aussergerichtliche obligatorische Streitbeilegung nach § 15a EGZPO Augustin 2001, s. 39.

Jauernig,O; Zivilprozessrecht, 28.Aufl. München 2003.

Katzenmeier,C; Zivilprozess und Aussergerichtliche Streitbeilegung ZZP. Cild 115, 2002.

Kiygi,O.N; Wörterbuch der Rechst-und Wirtschaftssprache, München 1999.

Leipold,D; Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, Cilt 2 § 128, 21. Bası, Tübingen 1994.

Lüke,G; Münchener Kommentar zur ZPO, Cilt 1 §§ (1-354), 2. Bası, München 2000.

Lüke,W; Zivilprozessrecht, 9. Aufl. München 2006.

Lüke,W;Das Verhältnis von Mediation und ordentlichen Erkenntnisverfahren, Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70.Geburstag, Bd.II, Karlsruhe 2004, s.400 vd. (Aufsatz).

Musielak,H.J; Grundkurs ZPO, 5. Bası, München 2000.

Ott,S; die aussergerichtliche Konfliktbeilegung in Zivilsachen-Der badenwürttembergische Entwurf eines Gesetzes zur obligatorsichen aussergerichtlichen Streitschlichtung, Tübingen 2000.

Ponschab,R/Kleinhenz,B; Richter oder Schlichter? -Streitbeilegung innerhalb und ausserhalb des Gerichts, DRİZ 2002, s 432.

Prütting,H; Mediation und gerichtliches Verfahren-ein nur scheinbar überraschender Vergleich, BB 1999 Ek 9, s 9.

Risse,J; Wirtschaftsmediation NJW 2002, s 1620.

Rosenberg/Schwab/Gottwald; Zivilprozessrecht, 16. Aufl. München 2004.

Rüssel,U; Das Gesetz zu Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung-der Weg zu einer neuen Streitkultur? NJW 2000, 2801.

Schilken,E; Zivilprozessrecht 4. bası, Köln 2002.

Schilken,E; Probleme der aussergerichtlichen obligatorischen Streitschlichtung, Akira Ishikawa ya 70. doğum günü armağanı, Berlin, s. 472.

Schneeweiss,W; Die aussergerichtliche Streitschlichtung nach § 278 fikra 5 ZPO DRIZ 2002.

Stadler,A; Aussergerichtliche obligatorische Streitschlichtung-Chance oder Illusion? NJW 1998, s.2482.

Stikelbrock,B; Gütliche Streitbeilegung JZ 2002, s. 641.

Umur,Z; Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.

Üstündağ,S; Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Bası,İstanbul 2000.

Wagner,K.R; Einsatzmöglichkeiten notarieller Streitvermeidung und Streitentscheidung NJW 2001, s 2130.

Wasserman,R; Neue Streitkultur, NJW 98, s 1685.