

# YARGI VE ARABULUCULUK-MODEL PROJESİNİN TAMAMLANMASINDAN SONRA GELİŞİM ÇİZGİLERİ\*

*Justice and Mediation Development Process after Accomplishment of  
Model Project*

**Prof. Dr. Reinhard Greger, ERLANGEN\*\***

**Çev.: Ar. Gör. Cenk AKİL\*\*\***

I. Mahkeme İçi Arabuluculuk-Adalet Tanrıçası'nın Gayrı Meşru Çocuğu mu?

Mahkeme içi arabuluculuğa ilişkin başarılı model denemesinden sonra bu eğilimlerin nasıl devam ettirilmesi gerektiği meselesi ortaya çıktı. Nihai olarak, arabuluculuk faaliyeti yargı hizmeti içine mi katılmalıdır? Hangi alternatifler sunulabilir?

Mahkemede görülen davalar için de arabuluculuk yönteminin tavsiye edilmesi konusunda bugün artık bir şüphe bulunmamaktadır. Dava konusu haline getirilmiş uyuşmazlıkların arabuluculuk yargılamasına yönlendirilmesinin büyük kabul gördüğü ve sıklıkla ilgililerin dahi neredeyse hiç mümkün görmediği ve olağan dava yoluyla hiçbir zaman mümkün görülmecek derecede uyuşmazlıkların esaslı ölçüde çözüme

---

\* Justiz und Mediation-Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte. Makale için bkz. NJW 45/2007 s. 3258-3262.

\*\* Yazar, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nde hâkim ve *Erlangen-Nürnberg* Üniversitesi Medeni Hukuk, Medeni Usul Hukuku ve Çekişmesiz Yargı Hukuku Kürsüsü'nde öğretim üyesidir.

\*\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

kavuşturulmasına ve gelecek bakımından yeniden inşasına yol açtığı<sup>1</sup>pek çok model projesinde<sup>2</sup> ispatlanmıştır.

Yargının sunmuş olduğu böylesi hizmetlerin hukuki temelleri üzerinde yapılan ve bazen biraz rahatsızlık veren tartışmalar bitirilmelidir. Bu, mahkeme içi arabuluculukta yargının, artık onun hüküm verme görevine dâhil olmayan bağımsız hizmet sunumunun olduğunun kabulüne dayanmaktadır<sup>3</sup>. Bu doğru olsaydı, Alman Hâkimler Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendi anlamında adli yönetime dâhil sayılmayan<sup>4</sup> mahkeme içi arabuluculuğun gerçekte hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi gerekirdi<sup>5</sup>. Buna karşılık model denemesi çerçevesinde genişletilen yargısal faaliyetler, yargılama hukuku temellerini Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V I'de bulmaktadır<sup>6</sup>. Bu hükme göre, davaya bakan mahkeme, tarafları sulh teşebbüsü için istinabe olunan hâkime (yani, uyuşmazlık hakkında karar veren mahkemeye mensup olmayan hâkime) yönlendirebilir<sup>7</sup>. Hiçbir şey hâkimi, sulh teşebbüsünde arabuluculuğun temel ilkeleri ve metotlarını uygulamaktan alıkoymuş değildir. O, elbette sulhu de belgelendirebilir<sup>8</sup>. Burada kanuni hâkim ilkesi geçerli değildir. çünkü spesifik olarak yargısal sorumluluk içinde değerlendirilen bir görev sözü konusu değildir<sup>9</sup>. Aksine belgelendirmeyi yapan hâkimin görmeye yetkili olmadığı konular ya da hâlihazırda başka türlü derdest olan işler, geçerli bir biçimde sulh teşebbüsünün konusunu oluşturabilirler. Davaya katılmamış kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi<sup>10</sup> Alman Medeni Usul Kanunu m. 794, I/1'de açıkça düzenlenmiştir.

Ancak yargının, hukuki uyuşmazlıkların barışçıl çözümünü aşmak suretiyle uyuşmazlıkları çözdüğü her durumda, görevini sadece kısmen

<sup>1</sup>Örneğin bkz. (<http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/gueterichter.htm>); (<http://www.mediation-in-niedersachsen.de/Abschlussbericht.pdf>); Görres-Ohde, SchlHA 2007, 142; zu Mecklenburg-Vorpommern Hückstaedt, NJ 2005, 289.

<sup>2</sup>Toplu bilgi için bkz. <http://www.bmj.bund.de> (Arama sözcüğü: Gerichtsnahе Mediation in den Bundesländern).

<sup>3</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Vollkamm, Mediation im Zivilprozess, 2006, s. 16.

<sup>4</sup>Bu görüşte: Orloff, NVwz 2004, 385 (389); Spindler, ZKM 2007, 79. Buna karşılık Pitschas haklı olarak tam aksini savunmuştur. Bkz., NVwz 2004, 396 (402).

<sup>5</sup>Karş. Monssen, ZKM 2006, 86. Aynı yönde Spindler, Gerichtsnahе Mediation in Niedersachsen, 2006, Rdnr. 20, Spindler, bu konuda Alman Hâkimler Kanunu'nun acilen tamamlanması gerektiği görüşündedir.

<sup>6</sup>(Spindler'in (bkz. yuk. dn. 5) aksine aynı şey Niedersachsen Eyaleti bakımından da geçerlidir. Matthies, SchlHA 2007, 130 (133).

<sup>7</sup>Burada, Mahkeme Teşkilatı Kanunu m. 156 vd. uyarınca hukuksal yardım için sulh hukuk mahkemelerinin yetkisi ilgisizdir. Asliye hukuk mahkemeleri için geçerli olan iş bölümü planı Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V I'e göre düzenlenebilir (hatta düzenlenmelidir).

<sup>8</sup>BGHZ 14, 381 (387)= NJW 1954, 1886.

<sup>9</sup>Karş. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. (2001), Art. 101 I Rdnr. 11.

<sup>10</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl. (2004), § 129 Rdnr. 16.

karşılıyan ve talilik ilkesine göre devlet yargısı gibi ulvi olarak sunduğu kabul edilmeyen alternatif yargı hizmetine saklı tutulmuş alanlara girdiği itirazı temelsiz değildir. Bunun gibi, şeklen kalifiye olarak eğitilmiş arabulucular hizmete hazır bulunmaktadır. Yargılama, sadece masraftan muaf tutulmadığı, aynı zamanda davanın kazanılması durumunda iki adet mahkeme harcının<sup>11</sup> geri ödenmesi suretiyle sübvansede edildiği için ayrıca rekabet hukuku bağlamında da sorunlar ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Meşruluğa ilişkin bu hususların değerlendirilmesi sunulan yargı hizmetinin iyi bir analizini ve tasnifini gerekli kılmaktadır.

## **II. Mahkeme İçi Arabuluculuğun Farkları Vurgulanarak İncelenmesi**

Pek çok model projesinde mutad şekilde kullanılan mahkeme arabuluculuğu, hâkim arabuluculuğu ya da mahkemeye yakın arabuluculuk ifadeleri çarpıcı olmakla beraber net değildir<sup>13</sup>. Bu kavramlarla anılan yargılamaların arabuluculukla ortak yanı, karar verme yetkisi olmayan tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığı rızaya dayalı olarak çözmeyi denemesidir. Ancak bunun dışında olaydan olaya değişen önemli farklılıklar bulunmaktadır.

(1) Arabuluculuk, her şeyden önce karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan titiz bir süreçtir ve buna uygun olarak yüksek seviyede profesyonellik gerektirir. Nitekim arabuluculuk kurumuna sahip olan diğer ülkelerin kanunlarında<sup>14</sup> ve Avrupa Birliği Yönergesi Taslağı'nda<sup>15</sup> ve arabuluculuk eğitimi veren tanınmış kurumlar tarafından haklı olarak, kapsamlı bir eğitim ve pratik sonucu kazanılmış belirli bir yeterlilik düzeyi aranmaktadır. Arabulucu-hâkimler kural olarak böyle bir yeterliliğe sahip değildir. Onlar, genellikle mesai saatlerinin yanı sıra bazı günleri ya da haftaları kapsayan kapsamlı seminerle arabuluculuğun ilke ve tekniklerini öğrenmektedirler. Bazı meşhur arabulucuların da katılmış olduğu bu eğitim aşamalarının kalitesinden şüphe edilmemelidir. Buna karşılık, bunlar, çok değerli arabuluculuk eğitimini temsil edebilecek düzeyde değildir. Hâkimler, arabuluculuk görevini asıl yargılama faaliyetinin yanı sıra ve kural olarak geçici olarak icra ettiklerinden, bunu asıl meslek olarak icra eden bir arabulucunun ulaştığı profesyonellik düzeyine ulaşamazlar. Meslek içi eğitim ve denetim pek çok projede sadece başlangıç aşamasıyla sınırlı kalmaktadır.

<sup>11</sup> KV GKG 1211 Nr. 3.

<sup>12</sup> *Volkman* (yuk. dn. 3), S. 46 vd.; *Spindler* (yuk. dn. 5), Rdnrn. 33 vd.; *ders.* ZKM 2007, 80.

<sup>13</sup> Bundan dolayı Bayern model projesinde haklı olarak "Guterichter" terimi kullanılmıştır.

<sup>14</sup> Karş. Örneğin die AusbildungsVO v. 22.1.2004 tarihli Avusturya Medeni Yargıda Arabuluculuk Federal Kanunu.

<sup>15</sup> KOM (2004) 718 nihai hali- COD 2004/0251.

(2) Arabuluculuk süreci zaman gerektirir. Mahkeme içi arabuluculuklarda sıklıkla görüldüğü gibi gerginlik içinde geçen uyuşmazlıklarda genellikle esas meseleye dönmek için her şeyden önce menfaatlerin ve fikirlerin ne olduğunun ortaya konulabilmesi için pek çok saate ve oturuma ihtiyaç duyulur. Buna karşılık mahkeme içi arabuluculuk daha ziyade iki ilâ üç saat sonra ya uzlaşmaya varılarak ya da görüşmelerin kesilmesiyle sonuçlanır<sup>16</sup>. Arabuluculuk sürecinin aşamaları genellikle bu talimatlara bağlı olarak gerçekleşmez. Müteakip oturumlar istisnadır. Taraflar söz hakkını kullanmak için zaman ve yer bulamazlar. Davaları karara bağlama görevlerinin yanı sıra taraflar arasında uyuşmazlığı sulh ile halletmek zorunda olan hâkimlerden, iş yükleri azaltılmaksızın, serbest meslek olarak arabuluculuğu icra edenler gibi zaman ayırmaları beklenemez.

(3) Arabulucu-hâkim, tarafların karşısına tamamıyla başka bir rolde çıksa da hâkim olarak kalmakta devam eder. Taraflar hâlihazırda derdest bir davanın tarafidirlar ve herhangi bir uzlaşmaya ulaşamaması durumunda davanın devam edeceğini bilmektedirler. Avukatlar ise dava malzemesi üzerinde yoğun biçimde çalışmışlardır. Bütün bunlar, uyuşmazlığın hukuki veçhelerinin mahkeme dışı arabuluculuk yargılamasına nazaran çok daha büyük önem kazanmasına yol açmaktadır<sup>17</sup>. Bundan başka, arabulucu-hâkimin genellikle tarafların talebi üzerine uyuşmazlığın hukuki ve ispat durumu hakkında açıklamada ya da sulh önerilerinde bulunması mutattır.

Sulh teşebbüsünde bulunan ya da arabulucu olarak görev yapan hâkim önünde medeni yargılama hukuku çerçevesinde ele alınan görüşmelerde daha ziyade uyuşmazlık teorisi anlamında arabuluculuk söz konusu değildir. Söz konusu görüşmeler daha ziyade uzlaştırma, sulh ya da uzlaşma görüşmelerine dâhildir. Önemli ölçüye ulaşan uzlaşma oranı da dikkate alındığında bu görüşmelerin değeri sorgulanamaz. Bu, özellikle iyi eğitilen ve motive olmuş, uzlaşma hakkında karar verme yetkisine sahip olmayan; bununla birlikte adil bir sonucun garantörü olarak görülen hâkimlerin, normal sözlü yargılamanın getirdiği zaman baskısı ve atmosferi dışında taraflarla yoğun bir iletişim kurmaya özen göstermeleri sonucunu doğurmaktadır.

Bu hallerde hâkimin faaliyeti yargı görevi ile öylesine sıkı ilişki içerisindedir ki, onun yargının iş sahasına dâhil sayılmasından şüphe edilemez. Hatta hâkim arabuluculuğa ilişkin teknikleri kullansa da durum değişmez. Anlamli olmaması bir yana bunun hâkime yasaklanması mümkün

<sup>16</sup> Karş. *Götz v. Olenhusen*, SchlHA 2007, 113, ve *Matthies*, SchlHA 2007, 130 (132): *Göttingen* Asliye Hukuk Mahkemesinde ortalama süre yaklaşık iki saattir. Bayern'de uzlaştırma hâkimi önünde gerçekleşen pilot uygulamalarda uzlaştırma yargılamalarının yaklaşık % 70'i üç saati geçmemektedir; karşı. Abschlussbericht (yuk. dn. 2), s. 29.

<sup>17</sup> *Probst*, SchlHA 2007, 41 (45). Ayrıca bkz. Abschlussbericht zum Modellversuch Güterichter (yuk. dn. 2), s. 99 vd.

olmadığı gibi bu fonksiyonun yargıya yabancı güçlere devredilmesi anlamlı da değildir.

Buna karşılık hâkimin, taraflar arasındaki devam eden uyuşmazlığın hallini Alman Medeni Usul Kanunu m. 278, I'de formüle edildiği gibi tarafları sadece aralarındaki uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmeye teşvik etmekle sınırlandırılmadığı, aksine onlara aralarındaki uyuşmazlığı temelinden çözüme kavuşturmalarına, örneğin aralarındaki iletişim bozukluğunu aşmalarına, kişisel ya da iş ilişkilerini yeniden düzenlemelerine, geleceğe ilişkin müşterek perspektifler geliştirmelerine vb. yardımcı olabildiği haller bundan ayrılmalıdır. Model denemeleri bu tip çözüm adımlarının derdest davalar bakımından dahi başarılı olabileceğini göstermiştir. Buna karşılık, burada arabuluculuğa olan ilgi daha fazla, yargıya olan bağlantı ise şüphelidir. Arabuluculuğun, yukarıda bahsedilen anlamda, zamanla, mahkeme önünde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği daha yakından bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu incelemede, olan ile olması gereken hukuk arasında ayırım yapılmalıdır.

### III. Medeni Yargıda Arabuluculuk-Olan Hukuk Bakımından

Pozitif hukuka göre hâkim, bir uyuşmazlığın dar anlamda arabuluculuk yoluna sevk edilmesinin faydalı olacağına kanaat getirirse, taraflara sadece mahkeme dışı arabuluculuk yargılamasını önerme imkânına sahiptir (Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2). Taraflar bu öneriyi kabul ederlerse, hâkim yargılamanın durdurulmasını emreder (Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V); aksi takdirde davayı görmeye devam eder.

#### 1. Bugüne Kadarki Uygulamada Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Arabuluculuk Yoluna Sevki

Bugüne kadarki tecrübe, mahkemelerin Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 hükmünü nadiren uyguladıklarını göstermiştir. Alman Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un değerlendirilmesi çerçevesinde yapılan çalışmalarda sulh hukuk hâkimlerinin % 86'sı; asliye hukuk hâkimlerinin ise % 81'i taraflara hiç böyle bir öneride bulunmadıklarını bildirmişlerdir. Böyle bir öneride bulunan hâkimler ise (ki bu oran sulh hukuk mahkemelerinde % 58; asliye hukuk mahkemelerinde ise % 65 düzeyindedir) tarafların bu öneriyi olumlu karşıladıklarını beyan etmişlerdir. Fakat bu yargılamalardan sadece % 17'si arabuluculuğa sevk amacıyla durdurulmuş; geri kalanları ise avukat eliyle sulhe, tahkim ya da uzlaştırma mercilerine yönlendirilmiştir. Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 hükmünü uygulayan hâkimlerin yaklaşık üçte biri mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü başvurularının sıklıkla başarısızlıkla sonuçlandığını bildirmişlerdir<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, *Rechtstatsaechliche Untersuchungen zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis*, 2006, s. 84 vd.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nda kabul edilen ve Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2'de düzenlenen "muhtelif yargılamalar" hükmü bugüne kadar başarılı biçimde uygulanamadı. Bu düzenleme mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkların mahkeme dışı kurumlara yönlendirilmesi konusunda açıkça önemli kayıtlar içermektedir. Alman Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un değerlendirildiği raporda, pek çok hâkimin böyle bir yöntemi ilke olarak benimsemedikleri ileri sürülmüştür. Bunun temelinde ise hâkimlerin uygun yöntem hakkında yeterli bilgi sahibi olmamaları yatmaktadır<sup>19</sup>. *Nürnberg-Fürth Asliye Hukuk Mahkemesi'nde* yürütülen model denemesindeki<sup>20</sup> sonuçlar bu değerlendirmeyi desteklemektedir.

## 2. Yeni Eğilimler

Hâlihazırda birkaç model denemesiyle Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 hükmünden yararlanılmaya çalışılmıştır.

Örneğin *Göttingen Sulh Hukuk Mahkemesi'nde* taraflara, hâkim arabuluculuğuna alternatif olarak, saatlik ücreti 75 Avro olan ve barolar tarafından taahhüt edilen, avukatların görev alacağı arabuluculuk yöntemi önerilmiştir<sup>21</sup>. Aynı şey, (masraflar da taahhüt edilerek) *Hildsheim* ve *Stade Asliye Hukuk Mahkemeleri* ile *Köln Sulh Hukuk Mahkemesi'nde* ve (masraflar taahhüt edilmeksizin) *Bielefeld Asliye Hukuk Mahkemesi'nde* de önerilmiştir.

Buna karşılık, bugüne kadar Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2'de gösterilen medeni yargı ile mahkeme dışı arabuluculuk arasında kalan olanakları aktifleştirme çabaları başarıya ulaşmamıştır. Tarafların hâkim ya da avukat arabuluculuğu arasında seçim yapma hakkına sahip olduğu hallerde neredeyse istisnasız biçimde birinciyi seçtikleri görülmüştür<sup>22</sup>. Hatta (esasen dernekler ve rekabet hukuku bakımından mahzurlu biçimde) masrafların kaldırılması dahi tarafların, taraf temsilcilerinin ve hâkimlerin mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkların yine burada çözüme bağlanması gerektiği yönündeki eğilimleri üzerinde belirgin bir değişikliğe yol açamamıştır. Bu konuda etkili olma çabaları başarı vaat etmemektedir.

Tercih edilmesi gereken, arabuluculuk yoluyla halli mümkün olan uyuşmazlıkların daha baştan bu yola yönlendirilmesi ve dava konusu

<sup>19</sup> Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut (yuk. dn. 18), s. 86.

<sup>20</sup> Karş. Abschlussbericht zum Forschungsprojekt "Aussergerichtliche Streitbeilegung in Bayern", 2004. Rapor için bkz. <http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/abschlussbericht.pdf>, s. 90 vd.

<sup>21</sup> Matthies, SchlHA 2007, 130 (133); Braunschweig Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 31.01.2007 tarihli basın açıklaması.

<sup>22</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Greger, ZKM 2007, 142.

yapılmamasıdır. Burada ilk planda avukatlara başvurulması akla gelir<sup>23</sup>. Uygulamada ise durum aksinedir: Bu konuda değişim yönündeki istekliliğin bariz olmadığı; giderek daha fazla ölçüde yargısal arabuluculuğa başvuru taleplerinin davaların açılmasıyla birleştirildiği görülmektedir<sup>24</sup>.

### 3. Yargısal Arabuluculuk?

Arabuluculuk yoluyla halli mümkün uyuşmazlıklar hakkında dava yoluna başvurulması önlenemiyorsa ve derdest hale gelmiş uyuşmazlıklar da mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına sevk edilemiyorsa yargı, uyuşmazlığı kökünden temizleyecek, çok değerli arabuluculuk yoluyla ulaşılabilecek faydalardan feragat etmek ya da uygun bir yargılama sunmak sorunuyla karşı karşıya kalacaktır. Ulaşılmak istenen sonuç dikkate alındığında her şey ikinci seçenek lehinde görünmektedir. Çünkü optimal uyuşmazlık çözüm yoluna erişim, tarafların halihazırda mahkeme önünde bulunmalarından ve artık mahkeme dışı çözüm yollarına başvurma konusundaki isteksizlikleri nedeniyle optimal çözüm yoluna başvuru tatmin edici görünmeyecektir.

Ancak pozitif hukuk, dar anlamda, süreli arabuluculuk yöntemine izin vermemektedir. Burada artık, esas olarak derdest bir uyuşmazlığın sulhen halli (ve bu amaca hizmet eden diğer ihtilaflı noktaların yargılamaya muhtemel dâhli) değil aksine kişisel ya da ticari bir ilişkinin yeniden biçimlendirilmesi ön planda olduğu müddetçe, Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 II ve V 1 hükümlerinin meşruiyet temeli bir kenara bırakılır. Beşeri uyuşmazlıkların kökünden giderilmesi yargı erkinin görevi değildir; aksine bu, bu konuda profesyonelleşmiş kişilere bırakılmalıdır. Taraflar mahkemeye başvurmak istemiyorlarsa yargıya yedek müracaat merci olarak başvurulmamalıdır. Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 buna işaret etmektedir.

Bununla birlikte hukuki uyuşmazlıkların sulhen çözümü ile uyuşmazlıkların temelinden halli arasındaki sınırın nerede olduğunun tespiti güçtür. Zira bunlar arasında sınır çizmek güçtür. Uyuşmazlık tümüyle hallolmadıkça sulhe ulaşılamıyor ya da bu anlamlı olmuyorsa diğer uyuşmazlık konularının ya da diğer kişilerin sulh görüşmelerine dâhil edilmeleri somut hukuki uyuşmazlığın ortadan kaldırılmasına hizmet edebilir. Nihayet, arabuluculuk yoluna müracaatı öneren hâkimin objektifleştirilmesi neredeyse imkânsız olan niyetinin ne olduğu belirleyicidir. Örneğin rekabet hukuku bağlamında açılmış bir müdahalenin meni davasının haksız yürütülmüş mahkeme içi arabuluculuk üzerine inşa

<sup>23</sup> Sistematik uyuşmazlık yönetiminde avukatlığa olan ihtiyaç hakkında bkz. *Neuenhahn/Neunhahn*, NJW 2007, 1851.

<sup>24</sup> *Hücksaedt*, NJ 2005, 289, bu konuda, haksız olarak pozitif eğilimde: Yargı arabuluculuk modeli yeni davalar için cezp edici etkiye sahip olmayabilir.

ettirilmiş olması düşünülemez. Buna karşılık adli yönetim (*Justizverwaltung*) böyle bir şeyle reklâm yapsaydı, bu tip bir yöntem (metot) düşünülebilirdi<sup>25</sup>.

Eğer bir hâkim medeni yargıda taraflar arasındaki ilişkinin ancak arabuluculuk yoluyla etkili biçimde çözülebileceği sonucuna varmışsa bir ikileme karşı karşıya kalır: Gerçi o, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarını önerebilir, ancak çoğunlukla taraflar buna yanaşmaz; tarafların yargısal arabuluculuğa rıza göstermeleri durumunda ise bu, caiz değildir. Bu yüzden ona, ancak çekişmeli yargılamayı sürdürme ve taraflar arasındaki rahatsızlık verici ilişkiyi devam ettirme seçeneği kalır. Tatmin edici olmayan bu duruma kanun koyucunun alacağı tedbirlerle çare bulunması muhtemeldir.

#### IV. Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler

Burada tartışılan problemin temelinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için doğru yolu seçmemiş olmaları yatmaktadır: Arabuluculuğa gitmek yerine dava yolunu seçmişlerdir. Bu şekilde ortaya çıkan sakıncalardan kaçınmak için iki yönteme başvurulabilir: Uyuşmazlıkların yanlış yola sevk edilmesinin önlenmesi ya da yanlış yöne sevk edilmiş uyuşmazlıkların başka bir yöne çevrilmesi.

##### 1. Gereksiz Yere Dava Açılmasının Önlenmesi

Önlemek ile kastedilen uyuşmazlığın taraflarının ve özellikle onların avukatlarının davanın açılmasından önce, mahkeme önüne götürülecek bir uyuşmazlığın haklılığı ve gerekliliği konusunda daha dikkatli davranmalarının sağlanmasıdır. Gerçi, pozitif hukuka göre, müvekkilini onun aleyhine sonuçlanabilecek bir davayı açması konusunda teşvik eden ve onun bu şekilde zarara uğramasına sebep olan avukat bununla sorumlu tutulmaktadır<sup>26</sup>. Ancak müvekkilin fiiliyatta avukatının ona yanlış bir tavsiyede bulunduğunu sonradan fark etmesi oldukça güçtür. Bunun yanı müvekkilin tavsiye ile zarar arasındaki illiyet bağıını da ispatlaması gerekmektedir. Böylesi öngörülmesi güç durumların önlenmesi, dava yoluna başvurmadan önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının avantajları ve dezavantajlarının açıklanmasının sağlanması ve bunun da belgeye dökülmesi yönünde yapılacak yasal düzenlemelerle giderilebilir<sup>27</sup>. Hukuki bir işlemin yapılmasından önce Alman Medeni Kanunu-Bilgi Verme Yükümlülüğüne

<sup>25</sup> Bu hususta *Volkman ve Spindler* (yuk. dn. 12) fikir birliği içerisindedir.

<sup>26</sup> Hak ve görevleri öğretme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Vollkommer / Heinemann, AnwaltschattungsR*, 2. Aufl. (2003), Rdnrn. 240 vd.

<sup>27</sup> Halihazırda avukatların kanuni aydınlatma yükümlülüğü, Alman Federal Avukatlık Kanunu m. 49b'de düzenlenmiştir; doktorların belge ve bilgileri saklama yükümlülüğü gerek yargı kararlarıyla (*BGHZ 72, 132=NJW 1978, 2337*) gerekse özel normlarla düzenlenmiştir (bkz. *Katzenmeier, Artzhaftung*, 2002, s. 470 vd.) hâkimlerin işaret etme ödevini tutanağa geçirme yükümlülüğü hakkında bkz. Alman Medeni Usul Kanunu m. 139 IV.



İlişkin Tüzük<sup>28</sup> uyarınca verilmesi gereken bilgilerin ne kadar detaylı olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun uyuşmazlığın taraflarının yanlış bir yargılama yönteminin seçilmesi durumunda karşılaşılabilecekleri ciddi sonuçları dikkate almamış olması şaşırtıcıdır.

Gereksiz yere dava açılmasını önlemenin diğer bir aracı olarak mecburi uzlaştırma kurumu akla gelmektedir. Alman Medeni Usul Kanunu'nun Yürürlüğe Girişine İlişkin Kanun m. 15a'nın<sup>29</sup> problemlere yol açan metniyle yapılan hatalı başlangıç, rızaya dayalı bir yöntem için medeni yargı alanında öngörülmüş bulunan filtrelerden birinden vazgeçilmesi düşüncesine yol açmamalıdır<sup>30</sup>. Bu enstrüman yalnızca, alternatif uyuşmazlık için tipik olarak uygun böyle ihtilaflar için amaca uygun kullanılmak zorundadır ve başarılı bulunan uyuşmazlık çözüm yöntemi titiz bir biçimde somut uyuşmazlık için muhafaza edilmelidir. *Herhangi bir* arabuluculuk merkezine müracaat edilmesinin emredilmesi anlamlı değildir; nitelik ve uzmanlaşma burada da vazgeçilemez kriterlerdir<sup>31</sup>. Örneğin İngiltere'de inşaat işlerinden kaynaklan uyuşmazlıklar bakımından davanın açılmasından önce bir bilirkişiye başvurulması zorunludur. Söz konusu bilirkişi, tarafları sadece geçici olarak bağlayan, buna karşılık uygulamada uyuşmazlıkları büyük ölçüde çözen ve dava açılmasını gereksiz kılan görüş bildirmektedir. Benzer şekilde İngiltere'de taraflar, davadan önce, zorunlu bilgi alışverişi yöntemiyle birbirleriyle iletişime geçmektedirler. Bu yöntem sayesinde tarafların uzlaşmaya vardıkları ve böylelikle gereksiz yere açılacak davaların daha baştan önlendiği nadir görülen bir durum değildir<sup>32</sup>. Esasen, yeni Vekâlet Ücretleri Kanunu hâlihazırda bu doğrultuda, pek çok kişi tarafından bilinmeyen bir hüküm içermektedir. Buna göre bir tarafın vekili karşı taraf ile davanın açılmasını önlemeye yönelik bir görüşmeyi sağlarsa, dava açmış ve yürütmüş olsa idi hak etmiş olacağı ücreti alabilecektir<sup>33</sup>.

## 2. Mahkeme Dışı Arabuluculuğa Yönlendirme

Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 hükmü ile derdest davaların mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına yönlendirilmesi yolu açılmıştır.

<sup>28</sup> BGBI 2002 I, 3002.

<sup>29</sup> Karş. Abschlussbericht "Aussergerichtliche Streitbeilegung in Bayern" (yuk. dn. 20), s. 99 vd. ; Greger, Schieds VZ 2005, 76; W. Gottwald, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2007, 613.

<sup>30</sup> Bu anlamda olmak üzere bkz. Der Schluss der Justizministerkonferenz v. 28./29.6.2007 zu TOP I.4 (bkz. <http://www.berlin.de/sen/justiz/jumiko/beschluesse.html>).

<sup>31</sup> Sec. 108 Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 uyarınca verilen karar için bkz. Lembcke, ZZP 120 (2007), 73, ve RIW 2006, 824; Gould/Abel, Schieds VZ 2005, 190; Harbst, Schieds VZ 2003, 68.

<sup>32</sup> Karş. Engelhardt, Die Woolf-Reform in England-Inspirationen für den deutschen Zivilprozess (Diss. Erlangen 2007), s. 25 vd., 67 vd.

<sup>33</sup> Vorb. 3 Abs. 3 zu Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG. s. Ayrıca bkz. BGH, NJW-RR 2006, 1507=NJW 2007, 160 L=MDR 2007, 179; NJW 2007, 1214=MDR 2007, 557.

Buna karşılık söz konusu düzenleme, yukarıda da değinildiği gibi, taraflarca benimsenmesini zorlaştıracak zafiyetlere sahiptir. Bu konuda hâkimlerdeki bilgi eksiğinin yanı sıra asıl problem, hâlihazırda mahkeme önünde başlamış bir yargılama içerisinde bulunan tarafların bir kez başvurmuş oldukları yolu bırakmak konusundaki isteksizlikleridir. Dilekçelerle ve mahkemenin ikazları ile uyuşmazlık öylesine derinleşmiştir ki, bu aşamadan sonra mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözümü yoluna başvurulması artık çok zordur. Taraflar yargılamanın ne kadar erken bir aşamasında mahkeme dışı arabuluculuğa yönlendirilirse söz konusu engelin aşılması da o kadar kolay olur. Bu amaçla örneğin, taraflar dava dilekçesinin tebliği anında, onlara, alternatif yargılamalar ve bunların mahkeme önünde yürütülen bir davaya oranla sahip oldukları avantajlar konusunda bilgi veren broşür gönderilmesi de emredilebilir.

Alman Medeni Usul Kanunu m. 278 V 2 hükmünün sunduğu salt öneri imkânının genişletilmesi suretiyle hâkimlere mahkeme dışı arabuluculuk yargılamasına başvurulmasını emretme yetkisi tanınabilir<sup>34</sup>. Böylelikle hâkim, kanun koyucunun Alman Medeni Usul Kanunu'nun Yürürlüğe Girişine Dair Kanun m. 15a hükmünü örnek alarak yargılama öncesi alanda salt şematik olarak düzenleyebildiği kuralı yargılama sırasında somut olay bakımından uygulayabilir: Yani dava, mahkeme dışı uzlaşmaya dayalı bir çözüm imkânı iyice araştırılıncaya kadar ertelenebilir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.2007 tarihli<sup>35</sup> uzlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözümüne çekişmeli yargılamaya nazaran öncelik verilmesi gerektiğini belirten kararı, kanun koyucuya yukarıda anılan yolda düşünmesi konusunda yapılmış bir çağrı olarak nitelendirilebilir.

Vekil aracılığıyla uzlaştırma, taraflar üzerinde aşırı kapsamlı bir sevk yöntemi olarak kabul edilirse, katı olmayan iki düzenleme biçimi akla gelmektedir:

Aile Hukuku Davaları ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Uygulanan Yargılamalar Hakkında Reform Yapılmasına Dair Hükümet Tasarısı<sup>36</sup> m. 135 I hükmü uyarınca boşanma ve boşanmadan sonraki işler için öngörmüş olduğu gibi hâkime, arabuluculuk hakkında bilgilendirme görüşmesine katılma ya da taraflara mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaları konusunda tavsiyede bulunma yetkisi tanınabilir. Böyle bir görüşme ile tarafların mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları hakkındaki hatalı ön yargıları ortadan kaldırılarak bu yollara başvurma konusundaki eğilimleri pekiştirilebilir.

<sup>34</sup> Aynı görüşte: *Götz v. Olenhusen*, SchlHA 2007, 113 (115); *W. Gottwald*, AJP 2007, 615.

<sup>35</sup> *BVerfG*, NJW-RR 2007, 1073=ZKM 2007, 128 m. Anm. *Greger*.

<sup>36</sup> Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Reform Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'na göre. Bkz. BR-Dr 309/07..

Nihayet mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru konusunda dolaylı teşvikler sunulabilir. Örneğin böyle bir yargılamaya önemli bir neden olmaksızın katılmayan tarafın yargılama masraflarıyla sorumlu tutulması öngörülebilir. Bu konuda İngiliz hukuku (her ne kadar doğrudan Alman hukukuna aktarılamazsa da) yeterli fikirsel materyali sunmaktadır<sup>37</sup>.

### 3. Yargısal Arabuluculuğun Kurumsallaştırılması

En son çare olarak yargı içi arabuluculuk hizmetinin kanuni temellerinin atılması düşünülebilir. Böylelikle hizmet ve hatta münasip harçların belirlenmesi durumunda rekabet hukuku bakımından ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar (bkz. yuk. I numaralı başlık altındaki açıklamalar), muhtemelen giderilebilir. Ancak hukuki ve pratik sebepler böyle bir çözüme aykırı düşmektedir:

Aslında devletin katılımını zorunlu olarak gerektirmeyen kamusal nitelikte yeni ödevlerin kabul edilmesi sadece talililik ilkesine değil deregülasyon ve özelleştirme yönündeki aktüel çabalara da aykırı düşer. Cebri icra, sicil (kütük) işlemleri ve ceza infazı gibi orijinal ödevlerinden kaynak temin etmeye çalışan yargı erkinin, arabuluculuk gibi özel ekonomi bağlamında faaliyet gösteren bir hizmeti kendi üzerine almak istemesi güçtür. Cebri icra, ceza infazı, sicil/kütük sistemi, teşkilatı, servisi gibi orijinal görevlerinden dış kaynaklar edinme çabasında olan yargı, özel sektörün egemen olduğu ekonomik kurallara göre işleyen arabuluculuk gibi bir alanı kendine çekmek istemez.

Mahkemelerin payının kapsamlı bir biçimde genişletilmesi fiilen de düşünülemez. Çünkü yargısal arabuluculuk, Avrupa hukuku yönergelerine göre ortaya çıkan ve gelecekte mahkeme dışı arabuluculuk için geçerli olacak aynı kalite gerekliliklerini (eğitim, yöntem, denetim açısından) karşılamak zorundadır. Avrupa Parlamentosu'nun Arabuluculuk Yönergesi Tasarısı Hakkındaki<sup>38</sup> 29.3.2007 tarihli<sup>39</sup> kararına göre, kendi yetki alanı dışında kalan bir uyuşmazlığı ilgilendiren yargılamada arabulucu sıfatıyla görev alan bir hâkim de, yönergenin uygulanma alanına tâbidir. Yalnızca, yargılama içi arabuluculuk çabaları –buraya istinabe olunan ve sulh teşebbüsünde bulunan hâkimin çabaları da dâhildir–yönergenin düzenleme alanı dışında kalmaktadır. Yargı, gelecekte de bunlarla sınırlı kalmalıdır.

### V. Sonuç

(1) Profesyonel, yapısı belirlenmiş, zaman ve sonuç bakımından ucu açık uyuşmazlık çözümü yargılaması anlamındaki arabuluculuk ile medeni

<sup>37</sup> Rule 44.3 (4, 5) CPR. S. Ayrıca bkz. *Greger/Engelhardt*, ZKM 2003, 4; *G. Wagner*, ZKM 2004, 100; *W. Gottwald*, AJP 2007, 614.

<sup>38</sup> Yuk. dn. 15.

<sup>39</sup> P6 TA-PROV (2007) 0088, PE 387.037 S. 1 vd. (Abaenderung 16).

yargıda arabuluculuk tekniklerinin kullanılması meselesi birbirinden açıkça ayrılmalıdır.

(2) Dar anlamda arabuluculuk yargı erkinin görevi değildir. O, devletin egemenlik hakkını kullandığı bir hizmet olmayıp; özel ekonomi sahasına giren bir etkinliktir. Yargı erkinin bu tip bir hizmeti sunması için gerekli kanuni temeller olmadığı gibi böyle bir çaba içerisine de girilmemelidir.

(3) Arabuluculuk yoluyla halli mümkün uyuşmazlıklar bakımından taraflar daha mahkemeye başvurmadan önce ya da her halükarda davanın daha başında mahkeme dışı arabuluculuğa yönlendirilmelidirler.

(4) Buna karşılık mahkeme önündeki yargılama akışı, olası, rızaya dayalı tüm uzlaşma yollarının aranabilmesini mümkün kılacak şekilde ayarlanmalıdır. Buraya sulh görüşmelerinin modern iletişim öğretisinin bilgilerine ve arabuluculuğa yönlendirilmesi de dâhildir. Her şeyden önce mesleki içi eğitim ve mahkeme organizasyonu (iş dağılımı, mahkemelerin donanımı) konularında harekete geçilmelidir. Yargısal arabuluculuk hakkındaki model denemesi, yargı hizmetinin, iletişimi ve uzlaşmayı teşvik eden araçlarla son derece iyileştirilebileceğini göstermiştir. Yargı erkinin faaliyetleri bundan böyle, arabuluculuk hizmetini genişletmeye değil buna yönlendirilmelidir.