

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK
YOLU İLE ÇÖZÜMÜ
(İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde
Bir Değerlendirme)**

Hazırlayan
Özge AKSU

Danışman
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

2009

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sundugum **“Ticari Uyumazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme)”** adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştugunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

28/12/2009

Özge AKSU

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Özge AKSU
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Avrupa Birliği Hukuku
Tez Konusu : Ticari Uyumazlıkların Arabuluculuk Yolu ile
Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği
Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme)

Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BASARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teskil edilmediği için sınav yapılamamıştır.
Öğrenci sınava gelmemiştir.

**

- * Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
- ** Bu halde adayın kaydı silinir.
- *** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Evet

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme)

Özge AKSU

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Uyuşmazlık insan doğasının ve insan yaşamının bir parçası olduğu kadar, uyuşmazlığın bir biçimde çözümlenmesi isteği de doğal bir içgüdüdür. İnsanlığın en eski dönemlerinden bu yana, bu nedenle, uyuşmazlık, çeşitli disiplinlerin araştırma konusunu oluşturmuştur. Bu bakımdan, toplumsal yaşamın bir sonucu olarak ortaya çıkan uyuşmazlık kavramını, psikoloji, sosyoloji ve hukuk bilimlerinin sentezi ile incelemek kanımızca en doğru sonuçları ortaya çıkaracaktır.

En ilkel toplumsal yaşantılardan bugüne, uyuşmazlıkların çözümünde, güvenilen, inanılan ya da itibar edilen bağımsız ve tarafsız üçüncü kişilerin desteği ile yürüyen müzakere süreçlerinden yararlanılmıştır. Bu nedenle, tarafların, bağımsız ve tarafsız, arabulucu adı verilen üçüncü kişi yardımı ile, kendi en uygun çözümlerini üretme yolu olarak ifade ettiğimiz arabuluculuk, sanıldığından daha köklü bir geçmişe sahiptir.

Çalışmamız kapsamında, uyuşmazlığın ve arabuluculuğun tarihsel gelişim süreci açıklanmış ve bu hususta İngiliz Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku düzenlemeleri incelenmiştir. Nihayet son bölümde, Türk Hukuku'ndaki gelişmeler, uluslararası gelişmeler paralelinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Ticari uyuşmazlıklar özelinde, Amerika'da ve İngiltere'de büyük gelişme kaydetmiş olan arabuluculuk kurumu, kanımızca, ticaret hayatının ve ticari uyuşmazlıkların kendine özgü özelliklerine ve

ihtiyaçlarına en iyi şekilde yanıt verebilecek bir araçtır. Zira, ticari uyuşmazlıklarda en önemli iki unsur olan zaman ve paradan tasarruf sağlamakta, taraflara, sürece dahil olma ve süreci kontrol etme imkanı verme, bağımsız uzman kişi ya da kişilerin desteğini alma, sürece dahil olmayı özgürce seçebilme ve yine sürecin sonuçlarını özgürce tayin edebilme imkanı vermektedir. Bu çözüm yolunun esnek yapısı ve uygun görüldüğünde, diğer çözüm yolları ile başarı ile kombine edilebilmesi de bir diğer önemli artısını oluşturmaktadır.

Özetle, arabuluculuk sistemi, yerleşmiş olduğu ülkelerde, ticari uyuşmazlıklar bakımından başarı ile uygulanmakta ve ihtiyaçlar ekseninde geliştirilmektedir. Ülkemizin de bu hukuksal gelişme sürecine dahil olması kuşkusuz yararlı ve gereklidir. Bu bağlamda, ülkemizde yeni oluşturulacak bu sistem için, atılan ilk olumlu adım olan Kanun Tasarısının ardından, uygulamada da bilinirliği arttırıcı faaliyetlere ivedilikle girişilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Ticari, Hukuk, Uyuşmazlık, Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.

ABSTRACT

Master Thesis

**Mediation in Commercial Dispute Resolution (An assessment with the
Comparison of English System and European Union Law)**

Özge AKSU

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department Public Law
European Union Law Program**

Since conflict is an intrinsic characteristic of the human species in every society, irrespective of geographic, ethnic and religious origin; human race has repeatedly demonstrated breathtaking incompetence in resolving it's conflicts from the ancient times. Also conflict and it's resolution has been subject to different disciplines such as psychology and sociology besides law. Thus, our concern is that the best approach to conflict resolution can be captured by using this perspective.

Facilitated negotiations and/or mediation and arbitration have been used during the course of history by different communities so alternative dispute resolution concept is not a fresh issue but a natural part of human nature and life.

We have tried to give a scheduled explanation with this study of the history of dispute resolution and mediation, regarding legal arrangements and tools in England and European Union and consequently, developments in Turkish Legal System by adding a comparison.

Our concern is that the mediation is one of the most useful tools for resolving commercial disputes by reason of their specific needs and priorities such as time, money, effectiveness, speed and innovation. It's great improvement in U.S.A. and England on commercial disputes highly supports our concerns. Mediation provides parties to involve the dispute resolution process directly from beginning to the end, to maintain an expert assistance, to act voluntary about to start or terminate the process and to define the legal

effect of the result they reached. Besides, mediation is a very flexible tool to combine any other alternative procedures available.

Consequently, Turkey needs to build and function this highly useful and successful system both for to maintain the better access to justice and for to stay up-to-date in the meaning of global legal developments.

Key Words: Commercial, Law, Dispute, Mediation, Alternative Dispute Resolution.

TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ
(İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme)

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	II
TUTANAK	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
KISALTMALAR CETVELİ	XIII
EKLER LİSTESİ	XIV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜ
HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. UYUŞMAZLIK VE TİCARÎ UYUŞMAZLIK KAVRAMLARI.....	3
A. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Kavramları	3
1. Anlaşmazlık Kavramı.....	3
2. Uyuşmazlık Kavramı	5
a. Genel Olarak	5
b. Tarihsel Süreçte Uyuşmazlık Kavramına Bakış	7
c. Psikoloji Bilimi ve Uyuşmazlık	15
B. Ticarî Uyuşmazlık Kavramı	26
II - TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK	
ÇÖZÜMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	32
A. Genel Bakış	32
B. Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü Kapsamında, Kararlarımızı Etkileyen Farklı	
Dinamikler, Tehdit Olarak Algıladığımız İmgeler ve Etik Kavramlarının	
İrdelenmesi	39

C. Alternatif Çözüm Yöntemlerine Yönelişte Hukukun Belirsizliği Kavramının Olası Etkileri	44
III - UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜ	46
A. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri	46
1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Doğuşu ve Gelişimi	50
a. Avrupa Birliği Düzeyinde	50
b. İngiltere’de	55
2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türleri	63
a. Genel Olarak	63
b. Arabuluculuk / Uzlaştırma	65
c. Arabuluculuk – Tahkim	67
d. Mini Duruşma (Yapılandırılmış Uzlaşma Prosedürü)	68
e. Ekspertiz ve Ön Tarafsız Değerlendirme	68
f. Adli Uzman Görüşü	69
g. Uzman Kararı	69
h. Sınırlandırılmış Hakem Kararı	70
1. Hakem Tespiti	70
i. Mahkeme Kanalıyla Uzlaşma	70
j. Dostane Çözüm Toplantısı	71
k. Ombudsman Sistemi	71
B. Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Avantajları ve Dezavantajları	71
C. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk	76
1. Arabuluculuk Tanımı ve Temel Özellikleri	76
2. Farklı Anlayışlara Göre Arabulucu Türleri	78
3. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkışı ve Arabulucu Yaklaşımları	79
4. Arabuluculukta Temel Aşamalar	82
IV. TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ. 84	
A. Arabuluculuk Sürecinin Bir Parçası Olarak Müzakere Kavramı	84
1. Genel Olarak Müzakere ve Sorun Çözmede Başarılı Müzakere Anlayışı	84
2. Müzakerede Temel Strateji ve Temel Aşamalar	91
B. Ticari Uyuşmazlıklar Bakımından Arabuluculuk Yöntemleri ve Teknikleri	99

1. Genel Bilgi	99
2. Arabuluculuk Yöntemleri.....	101
a. İşlevsel Arabuluculuk.....	101
b. Değerlendirmeci Arabuluculuk.....	102
c. Dönüşümsel Arabuluculuk.....	104
2.Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Teknikleri.....	106
a. Genel Bilgi	106
b. Doğrulama.....	109
c. BATNA Yaklaşımı.....	110
a.a. Genel Olarak.....	110
b.b. BATNA'yı Belirleme ve Kullanma	112
d. Diğer Teknikler	115
a.a. Etiketleme	115
b.b. Sözel Anlaşma Kalıpları	116
c.c. Yardım İsteme	117
d.d. Zayıf Noktalarla Mücadele	117
e.e. Güçlü ve Zayıf Yanların Ortaya Konması.....	118
f.f. Programlama – Listeleme.....	119
C.Ticari Uyuşmazlıklar Bakımından Arabuluculuk Prosedürünün İşleyişi.....	120
1. Genel Olarak	120
2. Arabulucunun Temel Amacı.....	123
3. Stresin Minimize Edilmesinin Önemi.....	123
4. Arabulucu Dosyası	125
5. Arabulucu Açılış Konuşması	126
6. Tarafların Açılış Konuşmaları.....	127
7. Taraflarla Özel Oturumlar.....	132
a. Oturumların Önemi ve Ön Tespitler	132
b. Oturumların Yürütülmesi ve Sonucu Etkileyen Faktörler	135
8. Anlaşma Olmaması Halinde Seçenekler.....	139
9. Anlaşma Zemininin Oluşması Halinde Kilit Noktalar.....	139
10. Arabuluculuk Prosedürünün Diğer Alternatif Çözüm Yolları ve Araçlar İle Kombine Edilmesi.....	143

11. Arabuluculuk Prosedürü Sonrası.....	146
D.Arabulucu Etiği ve Arabulucu Seçiminin Önemi	146
E.Arabuluculuk Çözüm Yoluna İlişkin Tartışmalar, Yeni Gelişmeler ve Başlıca Hukuki Problemler	150

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜNDE İNGİLTERE ÖRNEĞİ, AB HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER VE TÜRKİYE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

I. İNGİLİZ HUKUKUNDA ARABULUCULUK YOLU.....	153
II. AB HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA DAİR DÜZENLEMELER.....	172
A. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, “Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Önlenmesi ve Azaltılmasıyla İlgili Tedbirler” Hakkındaki R (86) 12 Sayılı Tavsiye Kararı.....	173
B. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı.....	175
C. Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Yeşil Kitap ve Beraberindeki Tartışmalar	178
D) Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi 2008/52/EC	190
E. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları	197
1. Genel Olarak	197
2. Arabulucunun Yeterliliği ve Tayini	198
3. Bağımsızlık ve Tarafsızlık	199
4. Arabuluculuk Anlaşması, Prosedür, Uzlaşma ve Ücretler.....	199
5. Gizlilik	200
III. TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ BAKIMINDAN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ DURUM.....	201
A. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu	201

B. Avukatlık Kanunu	211
C. Noterlik Kanunu ve Noterlerin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Yönünden İşlevi	213
2. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler	214
a. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun	214
b. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	216
c. İş Mahkemeleri Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu	216
d. Sigortacılık Kanunu	218
e. Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma	219
E. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı.....	220
1. Genel Olarak	220
2. Kanunun Uygulama Alanı.....	220
3. Arabuluculuk Tanımı ve Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler.....	221
4. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler	222
5. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri.....	223
6. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi ve Sürelerin Durması	225
7. Arabuluculuğun Sona Ermesi	227
8. Arabulucular Sicili ve Arabulucu Eğitimi.....	229
IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMUN VE GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	231
A.Genel Olarak	231
B.Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi.....	234
SONUÇ	241
KAYNAKÇA	243
EKLER.....	271

KISALTMALAR CETVELİ

ADR	: Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
AMK	: Aile Mahkemeleri Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.k	: Avukatlık Kanunu
BATNA	: Best Alternatives to a Negotiated Agreement (Müzakere Edilen Bir Anlaşmaya En İyi Alternatifler)
bkz	: bakınız
c.	: Cilt
CPR	: Civil Procedure Rules (İngiltere Hukuk Usûlü Kuralları)
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
HUAKT	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: madde
MİHDER	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MK	: Medeni Kanun
s.	: sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
USA	: United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
WATNA	: Worst Alternatives to a Negotiated Agreement (Müzakere Edilen Bir Anlaşmaya En Kötü Alternatifler)
vd.	: ve devamı
vol.	: volume (cilt)
yuk.	: yukarıda

EKLER LİSTESİ

EK - 1	272
EK - 2	284
EK - 3	290
EK - 4	293
EK - 5	296
EK - 6	299
EK - 7	301
EK - 8	307
EK - 9	309

GİRİŞ

Bir uyuşmazlığın Yargı organları dışında çözümünü ifade eden alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı özetle, uyuşmazlığın çözümünün, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları tarafsız ve konusunda uzman bir kişiye ya da kişilerden oluşan bir heyete tevdi edilmesi olarak açıklanabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü,

➤ Tarafların karşılıklı menfaatlerine uygun ve her iki tarafın da kazançlı çıkacağı çözümler üretme çabasını içerdiğinden, taraflar arasında uzun süreli ilişkilerin korunmasına yardımcı olmakta,

➤ Tarafların uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak fiili anlamda bir araya gelmelerini temin ettiğinden daha esnek, daha ılımlı bir durum yaratmakta ve zamanın daha verimli kullanılmasını sağlamakta,

➤ Uyuşmazlığın derinine daha çabuk ve kolay inilmesini, tarafların menfaatlerinin ve gereksinimlerinin daha iyi anlaşılmasını, tarafların uyuşmazlığın çözümü ile ilgili uygulanacak kuralları seçebilmelerini sağlamakta,

➤ Çözüme yargı yoluna nazaran daha kısa sürede ve daha ekonomik şekilde ulaşılmalarını sağlamakta,

➤ Taraflar açısından gizliliğin korunmasını temin etmekte olup, bu nedenlerle avantajlı ve tercih edilebilir bir seçenek oluşturmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü yolları içerisinde arabuluculuk, yukarıda saydığımız özellikleri en fazla gösteren ve bu nedenle de en çok tercih edilen ve en çok başarı gösteren yöntemlerden biridir. Zira, arabuluculuk yolunda, tarafsız ve konusunda uzman bir kişi, tarafları uyuşmazlığın çözümü ile ilgili bir araya getirmekte ve yönlendirmekte, uzlaştırmaya çalışmaktadır. Bu yol, tarafları bağlayıcı bir karar verilmesinin, tarafların belli bir çözüm yoluna uymalarına zorlanmalarının söz konusu olmadığı, sadece yol gösterici, çözüm üretici bir mekanizmadır.

Belirttiğimiz nedenlerle, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde diğerlerine nazaran ön plana çıkan arabuluculuk yoluna ilişkin olarak, Dünyada çeşitli ülkeler farklı sistemler uygulamakta olup, alternatif uyuşmazlık çözümü sürekli değişim ve gelişim içerisinde olan bir alandır. Bunun temel nedeni, bu alanın

bir yandan ülkelerin sosyo-ekonomik gerçekleri, diğer yandan da küreselleşmeye bağlı olarak ülkelerin karşılıklı etkileşimleridir.

Çalışmamızın konusunu ticarî uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk yönteminin uygulanmasının, İngiltere örneği ve Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde incelenmesi oluşturmaktadır. Dünyada uygulanan sistemler arasında, İngiltere sistemi, yakın dönemde gelişme göstermiş olmasına karşın, arabuluculuk yoluna başvurulmasının tamamen serbest iradeye bırakıldığı ya da zorunlu kılındığı diğer sistemlerden farklı ve bizce bu uyuşmazlık çözüm yolunun niteliklerine ve özüne en uygun düşen şekilde, arabuluculuk yoluna başvurulmasının teşvik edildiği bir sistem olması ile göze çarpmaktadır. Öte yandan, Avrupa Birliği düzeyinde, her ne kadar, üye ülkelerin uyumlaştırılmaya çalışılan, ancak farklılık gösteren mevzuatları nedeniyle yeknesak bir uygulama sağlanamasa da, konu ile ilgili rehber niteliğinde ve üyelik sürecinde hukukumuzu da doğrudan etkileyen düzenlemeler yapılmıştır. Bu bakımdan, çalışmamız kapsamında, konunun fiilî anlamda uygulaması ile mevzuat anlamındaki gelişmeler birlikte incelenecek, Türk Hukukundaki son yıllarda meydana gelen önemli gelişmeler ile karşılaştırma yapılmaya çalışılacaktır. Keza konunun uygulama doğrultusunda gelişme göstermesine binaen, uygulamaya yönelik teknikler, strateji ve belli başlı tartışmalara yer verilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamız kapsamında, ilk bölümde, konunun temelini oluşturan anlaşmazlık ve uyumsuzluk kavramları ile tarihi süreçte uyuşmazlık çözümüne bakış üzerinde durulacak; genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının türleri ve arabuluculuk konusunda hem genel yönden hem de ticarî uyuşmazlıklar özelinde uygulanışı ile ilgili bilgi verilecektir. İkinci bölümde, çalışmanın konusuna dair, İngiltere ve Avrupa Birliği nezdindeki kanuni düzenlemeler sırası ile aktarılmaya çalışılacak ve son bölümde ise, konuya ilişkin Türk Hukuku düzenlemeleri ile son gelişmeler, karşılaştırmalı bir bakış açısı ile incelenecektir. Ayrıca çalışmamızın sonunda, konuya ilişkin Türkiye'deki fiilî durumu değerlendirme imkanı vermek üzere, hem ticari hem de hukuki içerikli anket çalışmaları ile, arabuluculuk prosedüründe kullanılabilecek örnek metinlere yer verilecek ve böylelikle konunun somutlaştırılmasına çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. UYUŞMAZLIK VE TİCARÎ UYUŞMAZLIK KAVRAMLARI

A. Anlaşmazlık ve Uyuşmazlık Kavramları

Alternatif uyuşmazlık çözümünün ve arabuluculuğun neyi ifade ettiğini doğru olarak irdeleyebilmek için öncelikle bu kavramların temelini oluşturan anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramlarının incelenmesinin doğru olacağı kanısındayız. Zira, kavramları doğru anlamlandırabilir ve yorumlayabilirsek, bu kavramlar ile bağlantılı hususlarda da doğru yaklaşım ve yorumlarda bulunmak mümkün olabilir. Alternatif uyuşmazlık çözümü üst kavramı ve bu başlık altında sayılan farklı mekanizmalar, esasen insan doğasının ayrılmaz bir parçası olan anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramlarını temel aldığından, hukukun yanısıra, psikoloji ve sosyoloji disiplinleri ile de doğrudan ilintilidir. Bu nedenle de, alternatif uyuşmazlık çözümünün ve bu başlık altındaki yöntemlerin, salt teknik ve prosedürel bir yaklaşımla doğru açıklanamayacakları ve geliştirilemeyecekleri düşüncesindeyiz. Anlaşmazlıkların türleri de, uygulanacak çözüm mekanizmalarını ve usûllerini doğrudan etkilemekte olup bunun nedenini anlayabilmek ve sorgulayabilmek için, kavramsal altyapının doğru kurulması kuşkusuz gereklidir.

1. Anlaşmazlık Kavramı

İnsanoğlunun varoluşu ve toplumsal bir varlık oluşunun doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan bir kavram olan “*anlaşmazlık*”, insan davranışlarının doğal bir parçasıdır¹. Toplumsal yaşamın yapılanma sürecinde, insanların farklı durumları ve rollerinin ortaya çıkmasına binaen, oluşan farklı fikirler, çıkarlar ve davranışlar anlaşmazlık kavramının temelini oluşturmuştur. Anlaşmazlık esasen, kişinin kendi

¹ **Enache Vlad**, An Analyses of the Dispute, (http://www.ici.ro/SIC/sic1998_3/art05.html), (erişim : 11.12.2009);

kendine de yaşayabildiği içsel bir durumdur. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk, anlaşmazlık kavramının diğer yönü ile, yani kişiler arasındaki anlaşmazlıklar ile ilgilenmektedir. Öte yandan, Amerikan ve İngiliz literatüründe birbirinin yerine kullanılan “*anlaşmazlık*” ve “*uyuşmazlık*” kavramları da, esasen farklı anlamlar içermektedir. Anlaşmazlık kavramı pasif bir özellik arzederken, uyuşmazlık, kişiler arasındaki anlaşmazlığın ifade edilmesi ve ortaya konmasını içermektedir. Bu anlamda, karşı tarafa bildirilmeyen ya da karşı yana yönelik bir talebi içermeyen bir durum, anlaşmazlık olarak kalacaktır².

Anlaşmazlık, dilimizde, iki veya daha çok tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, niza, münâzaa ya da karşıt yaklaşımlardan kaynaklanan tutum ya da görüş ayrılığı olarak tanımlanmaktadır³. İngilizcede karşılığı ise, birbirine zıt veya düşmanca bir durum ya da zıt fikirlerin çatışması olarak tanımlanmaktadır⁴.

Anlaşmazlık kavramı, zıtlık, karşıtlık ve farklı çıkarları bünyesinde barındırdığından, olumsuz ve tahrip edici bir kavram gibi görünebilmekle birlikte, insan davranışlarının doğal bir parçasını oluşturması bakımından, farklı fikirlerin paylaşılması ile fikirlerde gelişme ve ilerlemenin ancak bu yolla sağlanabileceği de gözden kaçırılmayacak bir husustur. Özellikle ticaret hayatında ve işletmeler bakımından, zamanın değişen koşullarına ayak uydurabilmeyi, dinamizmi, yaratıcılığı ve inovasyonu (yenilikçilik) geliştirmeyi sağlayan anlaşmazlıklara, pasif ya da yıkıcı bir yaklaşımla değil, fakat herkesi tatmin edecek ve taraflar için adil ve iyi sonuçlar ortaya koyacak bir çözüm üretme amacı ile yaklaşılması da yararlı olacaktır⁵. Dolayısıyla, anlaşmazlık kavramı, aslında ortadan kaldırılabilir ya da kaldırılması gereken bir kavram olmayıp amaç, anlaşmazlıkların maddî ya da manevî olarak zararlı hale gelmeden önlenmesinin yollarının bulunması olmalıdır.

Anlaşmazlıklar, anlaşmazlığa taraf olanların sayısı ve kimliği, anlaşmazlığın konusu, anlaşmazlığın açık ya da örtülü oluşu gibi çeşitlere ve farklı aşamalara sahip olabilirler. Ortaya çıkan ve şekillenen bir anlaşmazlık, karşı tarafa açıklama/ bildirim ile, uyuşmazlığa dönüşür ve bu aşamadan sonra da, uyuşmazlık yönetimi kavramı devreye girer. Ortaya çıkan bir anlaşmazlığı şekillenme sürecinde ise, anlaşmazlığın

² **Özbek Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin 2009, s.73.

³ **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, (www.tdk.gov.tr), (erişim : 11.12.2009).

⁴ **The Free Dictionary**, (<http://www.thefreedictionary.com/dispute>), (erişim : 11.12.2009).

⁵ **Stitt Allan J**, Mediation : A Practical Guide, Routledge Cavendish 2004, s.1 vd.

uyuşmazlığa dönüşmesini önlemek üzere anlaşmazlık yönetimi mekanizmaları⁶ da devreye girer. Bu safhada henüz karşı tarafa olumsuz olarak bildirilmemiş yani uyuşmazlığa dönüşmemiş olan anlaşmazlığın, doğru anlaşılmasını ve irdelenmesini temin edecek, görüşme, müzakere gibi yöntemler uygulanacaktır.

Uyuşmazlığa dönüşen anlaşmazlıkların çözümü konusu, özellikle ticari işletmelerde, uyuşmazlıkların genellikle ciddî maddî sonuçları içermesi sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Zira uyuşmazlık, kimi zaman, önüne geçilemeyen zararları doğurabildiği gibi, uyuşmazlığın giderilmesinde harcanacak zaman, emek ve para, dinamik bir yapı arz eden ticari işletmeler açısından, oluşan zararların daha da büyüdüğü bir sürece dönüşebilmektedir. İşletmenin ihtiyacı olan güven ortamı, işletme imajı, kredibilitesi gibi, ilk etapta gözle görülmeyen, ancak ileriki safhalarda somutlaşan ve maddî boyutunun ölçülmesi güç olan manevi zararlar da, konunun diğer ve belki de daha önemli yanını oluşturmaktadır. Bu nedenle bir ticari işletme, öncelikle anlaşma yönetimini başarı ile gerçekleştirmeyi, sonuç alınmadığı takdirde ise, uyuşmazlığı en kısa sürede, en uygun maliyet ile ve en verimli şekilde çözmeyi hedefleyecektir.

2. Uyuşmazlık Kavramı

a. Genel Olarak

Bazı sözlüklerde, “uyuşmazlık” kavramı, ihtilaf halinde olma, rekabet, karşılıklı olarak bir meseleye dair karşıt görüşlerde olma, birbiri ile uyumsuz durum ya da özelliklere sahip olma⁷ gibi ifadelerle; ya da benzer olarak, şiddetli bir mücadele, düşmanlık, savaş, kavga, çarpışma, çatışma⁸ gibi kelimelerle; daha yumuşak sayılabilecek bir yaklaşımla ise, anlaşmazlık, tartışma, çekişme gibi sözcüklerle ifade edilmektedir. İlerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz üzere, tarihsel süreçte, psikoloji ve felsefe disiplinleri içerisinde bazılarınca uyuşmazlık kavramının

⁶ Aşa., I. BÖLÜM/III/A/2.

⁷ Dispute : Bir konu üzerinde anlaşmazlık, tartışma içinde olmak, tersi ya da zıt görüş sahibi olmak, (<http://dictionary.reference.com/browse/dispute>), (erişim : 11.12.2009); Anlaşmazlık : İki veya daha fazla tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, uyuşmazlık, ihtilaf (www.tdk.gov.tr) (erişim : 21.12.2009).

⁸ Özbek, AUÇ 2009, s. 73.

negatif bir yaklaşımla tanımlandığı ve değerlendirildiği görülmektedir⁹. Tanımlama, konunun devamı bakımından oldukça önemli bir noktadır ve arabuluculuk süreci içerisinde yer alan kişilerin sürece yaklaşımları ve süreci yönetmelerini de doğrudan etkilemektedir.

Hukuki anlamda uyuşmazlık, hak olarak hukuk düzenince korunan, mevcut bir menfaatin ihlali veya hukuk düzenince kurulmuş menfaat dengesinin bozulması ile ortaya çıkar¹⁰. Uyuşmazlık (ihtilaf) kavramı genel bir ifadeyle, birden fazla kişinin görüş ve/veya çıkarları arasındaki ayrılığın birbirleri arasında çözümlenemeyecek duruma gelmesi şeklinde ifade edilebilir¹¹.

Yukarıda da ayrıntısını açıkladığımız gibi, anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları hakkında doktrinler her ne kadar ortak bir görüş üzerinde birleşirse de, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğuna dair genel bir kanı mevcuttur. Her anlaşmazlık, bir uyuşmazlığa dönüşmeyebilir, ancak her uyuşmazlık mutlaka tarafların kendi iradeleriyle çözemeyeceği bir anlaşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlık, iki tarafın da farkında olduğu ve taraflar arasındaki çatışmanın konusunu oluşturan ve müzakere, arabuluculuk veya üçüncü bir kişinin kararıyla giderilmesi mümkün olan bir anlaşmazlığı ifade etmektedir¹². Anlaşmazlık ve uyuşmazlığın ayrıldığı en temel nokta budur.

Bir uyuşmazlığın ortaya çıkması için, tarafların sadece kendi aralarında çözemeyeceği görüş ve menfaat ayrılığına düşmesi yeterli değildir. Bu koşullar altında, söz konusu durum bir anlaşmazlıktan öteye gitmez. Hukuki anlamda bir uyuşmazlık doğması için, çatışan menfaatlere sahip bir tarafın, diğerine karşı talepte (irade beyanı) bulunması ve böylelikle taraflar arasında bir çekişmenin oluşması gerekmektedir. Ancak talep, bir tarafın söz konusu durumdan tatmin olmadığı gösteren bir beyanda bulunması durumunda, anlaşmazlığın uyuşmazlık haline dönüşmesi için yeterli değildir. Karşı tarafın, talep sahibinin talebini reddetmesi ya da karşı bir talep de bulunması durumunda uyuşmazlık ortaya çıkar¹³. Kısacası her talep uyuşmazlık oluşmasına neden olmamaktadır.

⁹ Aşa. BİRİNCİ BÖLÜM/A/2/b.

¹⁰ **Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özkes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, s.37.

¹¹ **Özbek**, AUÇ 2009, s.73.

¹² **Özbek**, (AUÇ 2009), s. 53

¹³ **Özbek**, (AUÇ 2009), s.65.

Yukarıda belirttiğimiz koşullar altında oluşan bir uyuşmazlığın çözümlenmesi, toplum düzenin korunması için esasen hukukun en temel görevidir. Uyuşmazlıkların kısa sürede, mümkün olan en az zararla çözülmesi, menfaat dengesinin ve sosyal barışın bozulmaması adına hayati öneme sahiptir.

b. Tarihsel Süreçte Uyuşmazlık Kavramına Bakış

Uyuşmazlık kavramı, insanlığın en eski dönemlerinden bu yana tartışılmalı olup bu tartışmaların bilinmesi ve ortaya konan kavramların irdelenmesi, konunun bugün ele alınmasında kuşkusuz önem taşımaktadır. Bu sayede, uyuşmazlık çözümüne ilişkin tarih boyunca geliştirilen mekanizmalar, alternatif uyuşmazlık çözümüne neden ihtiyaç duyulduğu ve en iyi şekilde nasıl uygulanabileceği üzerinde de daha nitelikli ve verimli görüşler ortaya konabilecektir. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde ilk çağlardan bugüne uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözümüne dair ortaya konmuş temel yaklaşımları inceleyeceğiz.

Uyuşmazlık kavramı ile ilgili ilk ve en eski bilimsel yaklaşım M.Ö. 384 yılına, *Aristo* dönemine uzanmaktadır. *Aristo*'nun ortaya koyduğu en temel ve süregelen süreçte kabul gören yaklaşım, “akıl” ve “duygu” kavramlarını baz almaktadır. *Aristo*, bu kavramları, “köle – efendi” ilişkisi içerisinde tanımlamış, duygular ve rasyonel durumun her zaman birbiri ile uyuşmazlık içinde olduğunu ifade etmiştir. *Aristo*'ya göre, duygular, ilkel, akıldan uzak, hayvanî dürtülerden oluşmakta ve gerçeklik, akıl ve muhakeme ile kontrol altına alınmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu yaklaşım, batı toplumlarında genel kabul gören ve devamlılık gösteren bir etkiye sahip olmuştur. Bu anlamda, negatif duyguların uyuşmazlığa yol açtığı, bunun da insanlararası mücadele ve savaşa yol açtığına inanılmakta, uyuşmazlık, negatif, muhakeme edilmesi ve çözülmesi gerekli bir insan özelliği olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Aristo'dan da önce *Heraclitus* (M.Ö. 460), evrenin değişim kavramı üzerine inşa edildiğini, bunun var oluşa ve var olanlara ilişkin kanunların değişimi anlamını

¹⁴ **Standford Encyclopedia of Philosophy**, Aristotle's Ethics, July 2007, (<http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-ethics/>) (erişim : 21.12.2009), **Strasser, Freddie / Randolph, Paul, A.**, Psychological Insight into Conflict Resolution, Continuum International Publishing Ltd., London 2008, s.5.

taşıdığını savunmuştur. Değişim, beraberinde karşıtlığı getirmekte, karşıtlık da uyumsuzluğu içermektedir. Bu yaklaşım, evrensel, sonsuz ve değişmez kanunların varlığı teoremine karşı bir görüş olarak nitelendirilerek, bazı filozoflarca, fazlaca yüzeysel, sert ve zorlama bulunmuştur. Armstrong, Tarih Öncesi Felsefe'ye Giriş eserinde, *Heraclitus*'a atıf yaparak, karşıtlığın ve savaşın, yaşamın doğal bir parçası olduğunu, iyilik-kötülük, sıcak-soğuk, ıslak-kuru gibi, var olan kavramlar ve karşıtlarının bir bütünlük oluşturduğunu ve uyumun da, bu bütünlük içerisinde olup, biri olmaksızın diğersinin düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir. Onu izleyen filozoflar psikologlar ve yazarlar, bu yaklaşıma karşı çıksalar da, günümüzde bir kısım yazar ve filozoflarca *Heraclitus*'un görüşleri desteklenmektedir. Uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk yönünden, *Heraclitus*'un görüşleri, uyumsuzluğun, varoluşun ve yaşamın doğal bir parçası ve gerekliliği olduğunu ortaya koyması bakımından, arabulucunun ve tarafların algıları açısından önemlidir¹⁵.

Ortaçağda, Hıristiyan felsefesi çerçevesinde, uyumsuzluk kavramı, erdem ve günah, şeytan ve melek kavramları temelinde ve dinî dogmalar ve davranış modelleri bazında ele alınmıştır. Bu dönemde, uyumsuzluğun, tek yanlı olarak iyilik ile karşılanması ve bertaraf edilmesi gerektiği ifade edilmektedir ki, bu döneme ait bazı yaklaşım ve düşüncelerin bugün de varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Bu bağlamda, uyumsuzluk, insanlığın başından defetmesi gereken kötü bir külfettir¹⁶.

İnsanla ilgili olarak, en temelde uyumsuzluklar, özde ruh ve vücut ilişkisi ve bu iki kavramın karşıtlığı ile bağlantılıdır. *Plato* maddenin temel olarak, fiziksel ve düşünsel (ruh ve vücut) olmak üzere ikiye ayrıldığını ifade eder ve bu iki varlık birbiri ile bağlantısızdır. Aksi görüşler ise, 19. yüzyılda ortaya çıkmaya başlamış ve insanın yapısal bir bütünü oluşturduğunu savunmuştur. İşte bu farklı bakış açıları da, insanların gerçeklik kavramına yaklaşımlarını belirleyen temel unsurlardan biridir¹⁷.

Avrupa Felsefe dünyasında bir temel figür haline gelen ve bugün de batı toplumlarında yaygın kabul gören, *Descartes*'ın (1596 – 1650) görüşü de, bu düalistik yaklaşıma dayanmakta, vücut ve akli birbirinden ayrı görmekte, gerçeklik

¹⁵ **Taran Leonardo**, *Heraclitus : The River-Fragments and Their Implications*, Collected Papers (1962-1999), (www.books.google.com.tr) (erişim : 21.12.2009), **Strasser / Randolph**, s.5.

¹⁶ **Strasser / Randolph**, s.6, **New World Encyclopeida**, Scholasticism, (<http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Scholasticism>) (erişim : 21.12.2009).

¹⁷ **Strasser / Randolph**, s.7., **Bennett Simon**, *Plato and Freud - The Mind in Conflict and The Mind in Dialogue*, *The Psychoanalytic Quarterly*, (<http://www.pep-web.org/document.php?id=PAQ.042.0091A>) (erişim : 21.12.2009).

kavramını bu bazda şüpheli bir yaklaşımla sorgulamaktadır. Beyni de içine alan, genişletilebilir ve bölünebilir “vücut” ile bütünü oluşturan “bilinç-akıl”, insanı oluşturan ve birbirine karşıt iki varlıktır. Bu yaklaşım, modern filozof ve psikologlarca eleştirilmiş, insan duygularıyla ilgili yaklaşımlar bakımından ve vücut-ruh etkileşimine dair çalışmalarda, negatif bir etki yarattığı ifade edilmiştir. Bu karşıtlık yaklaşımının, doğrunun ve gerçeğin nasıl algılandığını temel olarak etkilediği açıktır. Arabuluculuk süreci yönünden ise, arabulucunun, uyuşmazlığa karşı edineceği yaklaşım ve değerlendirmeler bakımından bu yaklaşım önemlidir. Zira, uyuşmazlığı insan doğasının bir parçası olarak gören ve insani bir yaklaşımla ele alan arabulucuya nazaran, yalnızca uyuşmazlığın bertaraf edilmesini amaçlayan ve bütünsel bir yaklaşımdan kaçınan arabulucunun duruşu kuşkusuz birbirinden farklı olacaktır¹⁸.

Ünlü Alman filozof *Hegel* (1770 – 1831), çalışmalarında, tez, antitez ve sentezi içeren üç ayaklı bir diyalektik yaklaşımı esas almıştır. Bir taraf kendi durumunu ortaya koyar ki, bu tezdur. Tez, yetersiz olarak değerlendirildiğinde, ortaya antitez çıkacaktır. Sentez ise, tez ve antitezin rasyonel yanlarını alıp irrasyonel yanlarını bertaraf ederek, bir bütünsel sonucu ortaya koyacaktır. Arabuluculuk sürecinde de, taraflar yaklaşımlarını ortaya koyarken, arabulucu da her iki taraf için geçerli olacak bir sentezi arayacaktır. *Hegel*'in yaklaşımı, uyuşmazlığın ve uzlaşmanın, evrensel ve doğal olarak varolduğu ve ortadan kaldırılamayacağı, yalnızca arabulucunun üzerinde çalışmayı deneyeceği ve pozitif bir sonuç elde etmeyi umacağı bir alan olacağı şeklinde, arabulucu açısından çok önemli bir paradigmayı ortaya koymaktadır¹⁹.

Danimarkalı din bilimci *Kierkegaard* (1813 – 1855) ise, uyuşmazlık ve karşıtlık üzerine, dinî ve politik bazdaki çalışmalarında, gerçekliğin objektif ve subjektif doğasını temel almış, objektivitenin belli bir alanda kurguyu ortaya çıkardığını ve öznel bir bakış açısı, yani subjektivite ile tahmin ya da varsayım (hipotez) halini aldığını ifade etmiştir. Çünkü tüm evrensel belirsizlik, subjektivitenin temelini oluşturmaktadır. *Kierkegaard*'a göre, uyuşmazlık, insanın varoluşu

¹⁸ **Rozemond Marleen**, Descartes's Dualism, s.172 vd, (www.books.google.com.tr) (erişim : 21.12.2009), Strasser / Randolph, s.8.

¹⁹ **Strasser / Randolph**, s.10, **Shiner Kate**, The Hegelian Dialectic : A productive method of evolution, The Story of Evolution, Spring 2005, (http://serendip.brynmawr.edu/sci_cult/evolit/s05/web1/kshiner.html) (erişim : 21.12.2009).

anlamında, statik bir varoluş ile bütünleşen ebedî bir varoluş kavramı temelinde oluşmakta, insan kendi içinde varoluş mücadelesini sürdürmektedir. Böylece *Kierkegaard*, insan yaşamına dair, bugün de geçerli olan, şüphe ve belirsizlik yaklaşımını, neredeyse 200 yıl önce ve 20. yüzyılın insan doğasına bütünsel bakışı esas alan varoluşçu felsefesinin ilk örneklerini oluşturacak şekilde ortaya koymuştur²⁰.

Uyuşmazlığı, evrim teorisinin doğal bir parçası olarak ele alan ilk bilim adamı *Charles Darwin* (1809 – 1892), doğal seleksiyon teorisi çerçevesinde, yapı olarak en sağlam formda olan canlıların yaşamını sürdürmeye devam edeceği ve canlı evriminin de bu şekilde gerçekleştiği, bunun da rekabet ve uyuşmazlığı doğuran temel etken olduğunu ifade etmiştir. Uyuşmazlığı, evrimin bir parçası olarak gören bu yaklaşım, bu kavramı ilk kez negatif bir özellik olmaktan çıkarmış, nötr ya da pozitif bir yorum kazandırmıştır²¹.

Freud (1856 – 1939), tıbbî ve bilimsel bir bakış açısı ile, uyuşmazlığı insana ait temel bir karakteristik ve bilinç ile bilinç dışı arasında oluşan bir durum olarak tanımlamıştır. “İd”, zihnin bilinç dışı alanını, istekleri ve bastırılmış duyguları içermekte ve dış gerçekle bağlantısız durumda olmakta; bilinç alanı ise, “süperego” tarafından yönetilmekte, dış dünya ve tehlikelerin farkında olarak, neyin yapılması ve yapılmaması gerektiğini yönetmektedir. Bu iki alan birbiri ile daimi olarak uyuşmazlık içindedir. *Darwin* gibi *Freud* da, uyuşmazlığın insan doğasının doğal bir parçası olduğunu belirtmektedir²².

“Bireysel Psikoloji” teorisinin yaratıcısı ve bir süre de *Freud* ile birlikte çalışmış olan, Viyanalı psikoanalist *Alfred Adler* (1870 – 1937), “aşağılık kompleksi” ile ilgili çalışmasında, bu eğilimin ya da durumun ve mükemmellik arayışının, insan doğası bakımından normal olduğu ve insan gelişiminin bir parçası

²⁰ **Strasser / Randolph**, s.10, **Marsh Jack**, Hegel, Kierkegaard, and the Structure of a Spirit-full Self, Quodlibet Journal, Volume 5 Number 4, Oct 2003, (<http://www.quodlibet.net/articles/marsh-self.shtml>) (erişim : 21.12.2009).

²¹ **Schellenberg James A.**, Conflict Resolution : Theory, Research and Practice 1996, s. 42 vd., (www.books.google.com.tr) (erişim :21.12.2009), **Strasser / Randolph**, s.11.

²² **Strasser / Randolph**, s.11, **Knopf Alfred A.**, Freud : Conflict and Culture – Essays on His Life, Work and Legacy, New York 1998, s. 25 vd.

olduğunu savunmuştur. Bununla birlikte, insan doğasının bir parçası olan bu uyumsuzluk durumunun bertaraf edilmesi mümkün ve gereklidir²³.

1940'lı yılların başında, "sınırlamasız danışmanlık yaklaşımı" nı ortaya koyan *Carl Rogers* (1902 – 1987), bu yaklaşımlardan ayrılarak, temel sorunun, insanın doğasından kaynaklı temel özellikler ile, toplumsal yaşamın dayattığı durum ve kurallardan kaynaklandığını ifade etmiş, çalışmalarını bu merkezde yürütmüştür. Bu kapsamda bir terapist olarak *Rogers*, kişinin kendi özel durumunu baz alarak çözüm üretmeye çalışmıştır ki, bugünkü anlamda uyumsuzluk çözümü ve arabuluculuk sisteminin ilk ve en yakın örneğini *Rogers*'in uygulamış olduğunu söylemek yanlış olmaz. *Rogers*'in yaklaşımı, özellikle arabulucunun taraflar ile ayrı ayrı ve özel olarak yaptığı toplantılarda uygulanabilecek yöntemlere, önemli ölçüde liderlik etmektedir. Bu yaklaşım, psikoanalitik yaklaşımdan önemli ölçüde ayrılırken, empati, samimiyet, pozitif düşünce ile, uyumsuzluğu tedavi ve bertaraf ederken, kişinin kendi sorununu kendi çözmesine de yardımcı olmaktadır. *Rogers*, kişi odaklı bu çalışma biçimini, grup çalışmaları ile geliştirmiş, gruplar üzerinde yüzleştirme çalışmaları yapmıştır. Güney Afrika'da eşit sayıda siyah ve beyaz katılımcılardan oluşan grup çalışmasındaki gözlemlerini, "Böylesine derin bir öfkeyi, acıyı, ıstırapı (siyah katılımcılar tarafında) ve korku, suçluluk, önyargıyı (beyaz katılımcılar tarafında) daha önce deneyimlememiştim" biçiminde ifade etmiş; bu çalışma, kendisinin, insan doğasının temelde pozitif ve iyi olduğu, bu iyiliğin ortaya çıkarılması ile uyumsuzluğun kolayca bertaraf edilebileceği yönündeki teorisi ile tamamen karşıt bir durumu ortaya çıkarmıştır. İyi ve verimli insan ilişkileri için, her duyguya, düşünceye, kavrama ve değişime karşı önyargısız bir açıklık ve kabul gerekmektedir. Bütün bu deneyim, yaklaşım ve teoriler, *Rogers*'ı, modern arabuluculuk çalışmaları yönünden önemli bir başvuru kaynağı yapmaktadır²⁴.

Geçtiğimiz yüzyıl boyunca, psikologlar ve psikoterapistler, uyumsuzluk kavramını temelde "içsel" yaklaşımla irdelerken, sosyal bilimciler konuya dışsal bir yaklaşım getirmeye başlamışlardır. Amerikan sosyolog *Simmel*'in görüşlerinden etkilenen *Louis Coser* (1913 – 2003), uyumsuzluğu, grupları birleştirici bir fonksiyon

²³ **Strasser / Randolph**, s.12-13, **Deutsch Morton/Coleman Peter T./Marcus Eric C.**, The Handbook of Conflict Resolution – Theory and Practice, 2nd Edition 2006, (www.books.google.com.tr) (erişim : 21.12.2009).

²⁴ **Strasser / Randolph**, s.13, **Pescitelli Dagmar**, An Analysis of Carl Rogers' Theory of Personality, (http://pandc.ca/?cat=carl_rogers&page=rogerian_theory) (erişim : 21.12.2009).

olarak görmüştür. *Coser*'a göre, uyuşmazlık belli kişiler ya da grup içerisinde oluşmakta, diğer herkes bu grubun dışında kalmaktadır. Bu şekilde, aslında uyuşmazlığın, kapsamına aldığı kişiler arasında birleştirici, bütünleştirici bir etkisi olmaktadır. Bu teori, uyuşmazlığın insan doğasının bir parçası olmasının yanısıra, ona pozitif bir yorum getirmekte, bütünleşme ve işbirliğinin, uyuşmazlıktan doğduğunu savunmaktadır²⁵.

Bir başka Amerikalı sosyal psikolog *Morton Deutsch*, uyuşmazlığı bertaraf etmeyi değil, onu verimli ve üretken bir biçimde kullanmayı savunmuş, yapıcı ve yıkıcı uyuşmazlık türleri arasındaki ayrıma vurgu yapmıştır. *Deutsch*'a göre, yıkıcı türdeki uyuşmazlıklarda, taraflar ortaya çıkan durumdan ötürü kaybettiklerini düşünürken, yapıcı türdeki uyuşmazlıklar, tarafların durumdan karşılıklı tatmin olabilecekleri ve kazandıklarını düşünecekleri bir durumu ortaya çıkarabilecektir²⁶.

Freud'un teorisini modern dönemde destekleyen klasik psikoanalistler *Slavin* ve *Kriegman* da, uyuşmazlığın insan doğasının temel karakteristiği olup, bilinç ve bilinç dışı arasındaki farktan doğduğunu ifade etmişler ve evrimin bir parçası olduğunu savunmuşlardır. Terapatik bir ilişki içerisinde dahi, hasta ve analist arasında, iki birey arasında olduğu gibi, uyuşmazlığın doğabileceğini belirtmişlerdir ki, bu bakış açısı, arabulucunun, uyuşmazlık çözüm sürecinde, taraflar ile kendisi arasında ve arabulucuların birbirleri arasında oluşabilecek uyuşmazlıkları gözönünde tutması bakımından önemlidir²⁷.

En iyi bilinen varoluşçu filozoflardan *Jean-Paul Sartre* (1905 – 1980), insan doğasının, içinde bulunduğu dünya ile yani kendisi ve başkaları ile etkileşim içerisinde olduğunu, bu etkileşim ve iletişimin de, uyuşmazlığı ortaya çıkardığını ifade etmiştir. *Sartre*'ın “başkaları için var olmak” biçiminde ifade ettiği ve uyuşmazlığın temelini oluşturan bu düşünce biçimi, kişinin -karşılıklı olarak- başkalarını dikkate alması anlamına gelmekte, bu da farklılık ve uyuşmazlığı ortaya çıkarmaktadır. *Sartre*'a göre, insan, doğası gereği, uyuşmazlık içerisinde olmaya

²⁵ **Strasser / Randolph**, s.14, **Kuner Sebastian**, The Role of Social Conflict, Termpaper 2003, University of Port Elisabeth, (<http://www.grin.com/e-book/108219/the-role-of-social-conflict>) (erişim :21.12.2009).

²⁶ **Strasser / Randolph**, s.15-16, Conflict Research Consortium Staff, Book Summary of The Resolution of Conflict by Morton Deutsch, (<http://www.beyondintractability.org/booksummary/10405/>) (erişim : 21.12.2009).

²⁷ **Strasser / Randolph**, s.16, **Benjamin Jessica**, Finding the Way Out : Commentary on Papers by Malcolm Owen Slavin and Daniel Kriegman and by Philip A. Ringstrom, Psychoanalytic Dialogues 1998, p. 589-598, (<http://www.pep-web.org/document.php?id=PD.008.0589A>) (erişim : 21.12.2009).

mahkumdur. İnsan iradesi, önceden belirlenmemiştir ve fakat, belirlenmiş davranış kalıplarından birini tercih edebilme seçeneğine sahiptir. Hiçbir şeyi seçmemek de, bu anlamda bir seçimdir. Uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk süreci bakımından Sartre yaklaşımı, tarafların uyuşmazlığı ya da yeterli düzeyde iyi bir çözümü seçmek biçiminde, –sınırlı olsa da- seçme özgürlüğüne sahip olduklarının kabulü gibi önemli bir bakış açısını getirmektedir²⁸.

Alanında iyi bilinen yazar ve psikolog *Edward de Bono*, “Uyuşmazlıklar” isimli eserinde, uyuşmazlığın, uyuşmazlık temelinde düşünmekten kaynaklandığını belirtmektedir ki, bu türdeki düşünüş tarzı, ikili iletişime de benzer bir dille yansımaktadır. Bu düşünce sisteminin temelinde, “iyi ve kötü” kavramları gibi, kutupsal yaklaşımlara sahip olmak yatmaktadır. Bu biçimde, yani uyuşmazlık temelinde düşünen kişinin uyuşmazlığı çözebilmesi mümkün görülmemektedir. Kişilerin inanç ve üslupları katı olup değiştirilmeleri zordur. Bir tarafın bir tezi olduğunda, onu karşı yanın antitezi yanıtlayacaktır ki, bu da kişilerin daha katı bir yaklaşım içine girmeleri ile birlikte, farklı düşünceler üretememeleri ve tıkanma noktasına gelmelerini doğuracaktır. Bu katı düşünce yapıları, ancak yanal düşünce sistemi ile aşılabilir. Yanal düşünce ve yeni yaklaşımların ise, mutlaka mantık temelinde olması, yani bir şeyin doğruluğu ya da yanlışlığını kanıtlamak üzere geliştirilmesi de hatalıdır. Bu, yalnızca bir bakış açısından diğerine önyargısız bir geçişi ve bunun içerisinde risk alabilmeyi, yani mantıklı görüneni ve görünmeyeni birlikte içermelidir ki, taze ve yeni bir bakış açısı ve çözüm üretmeyi sağlayabilecek yol budur. Argümantal düşünme olarak da ifade edilen bu sistemin alternatifi ise, “düşünsel dizayn” sistemidir. Burada ise, seçilebilecek muhtemel çözüm yöntemleri masaya yatırılmakta ve buna göre seçim yapılmaktadır. Bu düşünce sisteminin, en iyi, arabulucu gibi, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi yardımı ile işletilebileceği düşünülmektedir. Bu üçüncü kişi, geleneksel tartışmacı bir ifade şekline sahip tarafları, içinde buldukları katı inanç sisteminden çıkararak, muhtemel çözüm yöntemleri üzerinde düşünmeye teşvik edecektir.²⁹

²⁸ **Sartre Jean Paul**, Basic Writings – Edited by Stephen Priest, s.223 vd., (www.books.google.com.tr) (erişim : 21.12.2009), **Strasser / Randolph**, s.17.

²⁹ **Strasser / Randolph**, s.17-18, **Bono Edward**, Conflicts – a beter way to resolve them, Penguin Books 1991, s.17 vd..

De Bono gibi, *Ernesto Spinelli* de, insan davranış yapısını, filtre edilen bir kahvenin bıraktığı tortuya benzetmiş, bu tortulaşmış davranış biçimlerinin bireysel değerleri ve amaçları içerdiğini ve insan ilişkilerini temel olarak etkilediğini ifade etmiş ve genellikle bunların açığa vurulmasından kaçınıldığını, zira kişinin kendi içinde de bunlarla mücadele içinde olduğunu belirtmiştir. *Spinelli*, uyuşmazlığın kaçınılmaz ve insan doğasına ait olduğunu savunurken, uyuşmazlığın aydınlatılmasında, kişilerin varoluşlarına ilişkin öz değerlerinin bilinmesi ve anlaşılmasının önemini vurgulamaktadır. Bu anlayış, uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk faaliyeti yönünden, özellikle taraflarla yapılan özel görüşmeler bakımından temel öneme sahiptir. Zira, arabuluculuk faaliyetinin temel amaçlarından biri de, kişilerin kendi katı inanç sistemleri ve tortulaşmış bakış açıları ile yüzleşebilmeleri ve bunlarla mücadele edebilmelerini sağlayabilmektir³⁰.

Uyuşmazlık kavramı üzerindeki çalışmaların tarihsel gelişim sürecinde, değinilmeden geçilemeyecek bir başka kaynak da, *Jonathan Sacks*'in "The Dignity of Difference" (2002) adlı eseri olarak kabul edilmektedir. Bu kitap, uygarlıkların savaşı, farklı inanç sistemlerinin ayrılıkları, küreselleşmenin pozitif ve negatif etkileri ve kapitalizmin iyi ve kötü etkileri çerçevesinde, değişimin insanlar üzerinde yarattığı kaygı ve bunun yol açtığı öfke ile, ölümcül kitle imha silahlarının birleşmesi neticesinde ortaya çıkan ölümcül gerçeği irdelemektedir. Bu bağlamda, uzlaşma olmaksızın yüzleşilebilecek, "11 Eylül"³¹ gibi, kültürel çatışmaları da inceleme altına almıştır. Dinî inanışları, bir uyuşmazlık nedeni olarak gördüğü gibi, aynı zamanda uyuşmazlık çözümü için bir kaynak olarak da ifade etmektedir. *Sacks*, her uyuşmazlığın, içinde kutuplaşmaları barındırdığını, bilim, küreselleşme, kapitalizm ve dini inançların negatif olabileceği gibi pozitif etkiler de doğurabileceğini belirtmekte ve *Fukujama*'nın kapitalizm ile ilgili "şu gerçek ki, insanların düşüncelerini savaştan uzaklaştırmış, onun yerine ticaret peşine düşmelerini sağlamıştır" biçimindeki sözüne atıf yapmaktadır. Öte yandan bunun negatif yönü ise, vatanseverlik, bağlılık, gönüllülük, fedakârlık gibi kavramların uğradığı erozyon olmuştur. *Sacks*'a göre, uyuşmazlığın içinde barındırdığı bu paradokslar, inanç, umut ve karşılıklı anlaşma ile aşılabılır. Buradaki anlaşma, gönüllü olarak, baskı ya da

³⁰ **Strasser / Randolph**, s.18, **Spinelli, Ernesto**, *Practising Existential Psychotherapy – The Relational World*, 2007, s. 65 vd., (www.books.google.com.tr) (erişim : 21.12.2009).

³¹ **September 11 Attacks**, (http://en.wikipedia.org/wiki/September_11_attacks) (erişim :21.12.2009).

boyun eğme olmaksızın oluşturulan bir durum olup, farklılıklara saygı göstermeyi içermektedir. Tüm insanlar kabul etmektedir ki, insan toplumsal bir varlıktır ve dünyadaki yaşamın insan olmaksızın varlığı düşünülemez. Bununla birlikte insan, kendi varoluşunu yönetme hakkına ve yetisine sahiptir. İnsanların sahip oldukları farklılıkları, içinde buldukları oluşuma sağlayabilecekleri katkıların da benzersizliğini ifade etmektedir. Öte yandan insan, kendi varoluşunu geliştirme çabası ile amaçları doğrultusunda arayış içerisinde olan bir varlıktır. Bu anlamda *Sacks*, bir yandan uyumsuzluğun kaçınılmaz bir durum olduğunu belirtirken, umut, inanç ve karşılıklı anlaşma temelinde bertaraf edilebileceğini kabul etmektedir³².

Görüldüğü gibi, en eski çağlardan bu yana, insan doğası ve buna bağlı olarak uyumsuzluk ve çözümü üzerine yapılan araştırmalar, temelde, uyumsuzluğun insan doğasının doğal bir yönü, bir parçası olduğunu ortaya koyarken, bunun yok edilmesi gerekli negatif bir insan özelliği olmadığı, üzerinde çalışılabilir, geliştirilebilir ve tarafların tatmin olacağı bir noktada bertaraf edilebilir olduğu noktasında birleşmektedir. Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak arabuluculuk faaliyeti kapsamında da, arabulucunun konuya farklı disiplinler açılarından yaklaşabilmesi ve uyumsuzluğu ve çözüm ya da çözümsüzlük sürecini doğal bir süreç olarak algılayabilmesi kuşkusuz sürecin etkinliği ve başarısı bakımından önemlidir.

c. Psikoloji Bilimi ve Uyuşmazlık

Uyuşmazlık kavramı ve uyuşmazlık çözümünün, öteden beri bilim adamlarının, psikologların, sosyologların ve araştırmacı yazarların üzerinde çalıştıkları bir alan olduğu, dolayısıyla hukuk dışında diğer sosyal disiplinlerin de çalışma alanına girdiği ve bu multidisipliner yaklaşımın konuya farklı ve çok önemli açılımlar getirdiği görülmektedir. Gerçekten de, uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözümü kavramlarının, insan doğası ve düşünüş biçimleri irdelenmeksizin incelenmesi ve tartışılması mümkün değildir. Bu çerçevede, çalışmamızın bu bölümünde, örnek bir ticari uyuşmazlık çözümü çalışması kapsamında, psikoloji biliminin arabuluculuk

³² **Strasser / Randolph**, s.19, **Harries Richard**, Article on Jonathan Sacks' The Dignity of Difference : How to Avoid the Clash of Civilisations, Scottish Journal of Theology 2004, s. 109-115, (<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?jsessionid=075627D606F136C2A9C13B7D91B36F9B.tomcat1?fromPage=online&aid=204667>) (erişim : 21.12.2009).

sürecindeki önemini irdeleyecek, aynı zamanda arabuluculuk sürecinin aşamalarını da özellikle psikoloji biliminin getirdiği bir yaklaşımla incelemiş olacağız. Bu başlık altında psikolojini teorik yaklaşımından çok, bu alanın pratik uygulamasının arabuluculuk sürecinde ne şekilde ortaya çıkacağı üzerinde duracağız. Bu sebeple, konu somut bir olay çerçevesinde açıklanacaktır. Bu bölümde incelenen örnek çalışma, Regent College, Psikoterapi ve Danışmanlık Okulu'nda düzenlenen Arabuluculuk Programında kullanılan örnek olaylardan biri olup aynı zamanda Mahkeme önünde de görülmüş olan, Hadley Byrne & Co. Ltd v Heller & Partners Ltd. (1964 – A.C. 465) davasına dayanmaktadır³³.

Heavenly Burn isimli şirket, reklam danışmanlığı alanında faaliyet göstermektedir. Müşterilerinden Caneasily Pay Ltd., kendilerine, büyük meblağlı bir reklam kampanyası ile ilgili olarak başvurmuştur. Reklam kampanyası Heavenly Burn tarafından yönetilecek ve her türlü harcama, müşteri nam ve hesabına danışmanca yapıldıktan sonra, müvekkile fatura edilerek tahsil edilecektir. Heavenly Burn, böylesine büyük çaplı bir işle ilgili olarak, müşterisinin kredibilitesini ve finansal durumunu teyit amacı ile şirketin ana hesaplarının bulunduğu Hell, Err & Partners isimli bankadan bir durum raporu talep eder. Bu talep yazısında, bankaya, Caneasily Pay firmasının kredibilite ve finansal durum açısından itibarı ve güvenilirliği hakkında görüşleri sorulmakta; ilgili şirketi, iş ilişkileri anlamında ve kendileri ile akdedilecek sözleşme bakımından değerlendirildiğinde, güvenilir bulup bulmadıkları hakkında görüş istenmektedir. Banka, bu talebe yanıt vermiş; talebi yönelten kurum tarafından, bu konu özelinde kullanılmak üzere ve bankanın sorumluluğunu doğurmayacağı beyanı ile Caneasily Pay şirketinin, saygın, itibarlı ve iş ilişkileri ile finansal durumu itibarıyla iyi olarak değerlendirilebilecek durumda bulunduğunu, bununla birlikte, belirtilen iş hacminin, kendilerinin ilgili firma ile olan genel işlem hacminin üzerinde olduğunu ifade etmiştir. Bankaca verilen bu beyanın yarattığı güvenle, Heavenly Burn, toplam değeri 170.000-USD (Amerikan Doları) olan bir reklam kampanyasına girişmiştir. Ancak; Caneasily Pay şirketi, bu alacağın daha altında bir alacağa istinaden, kısa bir süre sonra tasfiyeye girmiş ve Heavenly Burn'e ödeme yapamaz duruma gelmiştir. Heavenly Burn, banka aleyhine, hatalı referans vermek şeklindeki ihmali davranışı sebebiyle dava açmaya karar vermiştir.

³³ Bu bölümdeki örnek olay, **Strasser / Randolph**, s.127-141 ve s.160-167'den birebir çeviridir.

Heavenly Burn'e göre dava sebebi, bankanın müşterisinin ticari ve finansal durumu ile ilgili özel düzeyde bilgi sahibi olması nedeniyle referans istenmesi ve bankaca bu kapsamda bilgi verilmiş olmasına dayalıdır. Banka ise, temel olarak kendi müşterisine karşı sorumlu olduğu, bu kapsamda sorumlulukları gereği ihtiyatlı beyanda bulunulduğu ve "siyah" ın "açık gri" olarak ifade edilmesinin bu anlamda doğal olduğu, bilginin kanunî yükümlülükler nedeniyle özel ve gizli olarak verildiğini savunmaktadır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözüme hususunda anlaşmışlar ve tarafların yetkilileri Mr. Heavenly ile Mr. Hell, bankanın avukatı da hazır bulunmak suretiyle, arabuluculuk sürecini başlatmışlardır.

Mr. Heavenly, bankanın hukukî anlamda, uyuşmazlığa konu referansı vermek bakımından özel bir pozisyonda olduğu ve bu tip referansların iş dünyasında vazgeçilmez öneme sahip olduğu, dolayısıyla bankanın bu konuda özel bir özen yükümlülüğü olduğu noktasından hareket etmektedir. Bu arada ortaklarına da, banka referansı almış olmakla, basiretli bir iş adamının yapması gerekeni yapmış olduklarını belirttiğinden, ortakları, tüm zararın tazmin edilmesi gerektiği ve edileceği görüşündedirler. Bununla birlikte, gerçekte, Mr. Heavenly, işin hacmi ve kazanılacak parayı da gözeterek, yeterince ihtiyatlı davranmamış, kendini bir anlamda rüzgarın estiği yöne bırakmıştır. Zira kendisi, bir süre önce Caneasily Pay şirketinin bir çekinin, ibraz edildikten sonra düzeltme süresinde ödendiğini bilmekte iken ve bankadan verilen cevabî yazının da yeterince açık olmadığını farkında iken, şirketten ek garantiler istemesi uygun olacağı yerde, ortaklarına ilgili çekten bahsetmemiş ve kendi içinde, bu tür bir durumun bu kez yaşanmayacağını ummuştur. Bu nedenle, aslında arabuluculuk sürecinin tatmin edici bir sonuç sağlayıp sağlamayacağı yönünden endişelidir.

Öte yandan Mr. Hell, ortakları karşısında, bankanın kati suretle sorumlu olmayacağını ifade etmekte, kendilerinin Heavenly Burn'ün finansal danışmanı olmadıklarını, yalnızca görüş bildirmelerinin talep edildiğini belirtmektedir. Ona göre bu durum, yolda polise, A ile B noktaları arasındaki en kısa yolu sormak, daha sonra da, yönlendirmesi hatalı ise, onu trafik danışmanı addedip sorumlu tutmaya çalışmaya benzemektedir. Banka, temel olarak müşterisine karşı sorumludur ve ihtiyatlı ve korumacı bir yaklaşımla beyanda bulunması doğaldır. Bununla birlikte, gerçekte Mr. Hell, görüş yazısının kendisine ulaştığı tarihte, Caneasily Pay'in

çeklerinin sürekli olarak karşılıksız çıkmakta olduğunu ve Bankaya da kısmî olarak borçlu durumda olduklarını bilmektedir. Ancak şirket hakkında olumlu referans bildirir ise, yapılacak reklam kampanyasının, iş hacmini ve finansal durumu olumlu etkileyeceğini ve Bankanın da bundan kazançlı çıkacağını düşünerek hareket etmiş, muğlak ancak lehte sayılabilecek bir referans vermiştir. Gelineen noktada ise, durum kamusal alana yayılır ise, bankanın itibarı, bu şekilde bir referans vermekten ötürü zarar göreceği gibi, kendi kariyeri de kuşkusuz bu durumdan olumsuz etkilenecektir. Yaşı ve pozisyonu itibarıyla, bu tam bir felaket olacaktır. Buna karşın, ortaklarının içinde bulunduğu beklentiye istinaden, onlara karşı, durumun kendilerinden yana olduğunu belirtmiştir ve arabuluculuk sürecinden eli boş dönmeyi düşünmemektedir.

Ortaya çıkan uyuşmazlık ve tarafların pozisyonları özetle bu şekildedir. Peki tarafların içinde buldukları bu durum, onları ve arabulucuyu, süreç içerisinde ne şekilde etkileyecektir? Buradaki etken faktörler, bir yandan tarafların kendini ifade etme ihtiyacı ve kişiler arası ilişkiler, diğer yandan, tortulaşmış katı değer yargıları, kutuplaşmalar ve beklentiler bazında ele alınacaktır.

Doğal ve insan doğasına ait ihtiyaçlar olan, kendini ifade etme ve kişiler arası ilişki tesis etme ihtiyacı, birbiri ile büyük ölçüde bağlantılıdır. İnsanlar dünyaya geldikleri anda, diğer insanlar ile birlikte yaşamak durumunda kalırlar. Bu nedenle de ait olma ve ilişki kurma içgüdüleri insan için vazgeçilmezdir ve kendini ifade etme ve dinlenme ihtiyacı doğal olarak vardır³⁴. Olayda, her iki taraf da, arabulucu tarafından uygun şekilde dinlendikleri takdirde kendilerini ifade edebilecek potansiyelde görünmektedir. Uygun koşullar sağlandığında, gereken yerde sessizlik faktörü uygun biçimde kullanıldığında ve taraf anlatımlarına doğru yerde doğru geri bildirimler verilebildiğinde, vazgeçilmez olan kendilerini özgürce ifade edebilme isteği ortaya çıkacak, her iki taraf da konuya ilişkin temel yaklaşım ve endişelerini ortaya koyabilecektir. Kendi öykülerini anlatmaya başladıklarında, arabulucu, onların konuya ilişkin gizli motivasyonları hakkında bilgi edinebilecek, çözüm yolu ve anlaşma zemini yakalanmasını sağlayacak önemli verilere ulaşma imkanına sahip olacaktır. Taraflar, arabulucu ile aralarında bir bağlantı zemini oluşturmaya çalışacaklar ve bunu, aslında arabulucuyu kendi taraflarına çekme amaçlı

³⁴ **Özekes Muhammet**, Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.19 vd.

yapacaklardır. Bununla birlikte, bu bir yandan da kendilerini daha güvenli hissederek ifade edebilmelerinin yolunu açacaktır. Dolayısıyla, arabulucunun öncelikli ve acil amacı, taraflar ile kendisi arasındaki güven ve bağlılık ortamını olabildiğince çabuk tesis etmek; taraflarla ayrı ayrı ve özel olarak yapacağı görüşmeler kapsamında, empati kurarak onları en iyi şekilde anlayabilmek olacaktır.

Bir diğer insan doğası özelliği ise, manevî, ahlakî ve davranışsal değerler yaratmaktır ki, insan yaşamı kendi stratejisini bunlara göre şekillendirmektedir. Bunlar, kimi zaman tortu halini alacak şekilde katı ve değiştirilmesi zor biçimlere girebilirler. Bu tür tortulaşmış benimsemeler, sıklıkla pozitif olabilirler, ancak, çok katı olduklarında, problematik bir hal de alabilirler. Bu insan özelliği, arabulucunun bilincinde olması gereken çok önemli bir konudur. Arabulucu, somut olayda, Mr. Heavenly'nin ya da Mr. Hell'in kişisel değer sistemini tanımlayabilirse, onların uyumsuzluğa ve çözüme yaklaşımlarını anlamayı da sağlayabilecektir ki, tarafların dünyaya bakış açılarını keşfettiğinde, değer yargılarının aslında ne kadar benzediğini tespit edecektir. Aslında her ikisi de, aşırı gayretli ve hırslı bir yapı sergilemektedir. Her ikisi de, ihtiyatlı davranmayı bir kenara bırakarak, değerli kariyerlerini, kendi durumlarını iyileştirme gayreti ile riske etmişler ve işlerini, kendi hırslarını ve öz benliklerini beslemek adına, bıçak sırtı bir konumda yürütmüşlerdir. Taraflar, paylaştıkları bu benzer bakış açılarının farkına vardıklarında, birbirlerine olan yaklaşımları farklılaşacak ve yakınlaşacak; öfke, acı ve mücadele ortamı ortadan kalktığında, aynı pozisyonda olduklarını anlamaları ile, bu durumu karşılıklı yara almaksızın çözüme kavuşturma motivasyonu oluşacaktır. Karşılıklı duruştan, işbirliği pozisyonuna geçilebilecektir.

İnsanlar, değer yargıları yarattıkları gibi, kutuplaşmalar da yaratmaktadırlar. Bir şey iyi olarak kabul edildiğinde, bir başka şey mutlaka kötü olarak addedilmektedir. Bu kutuplaşma yaklaşımı, arabuluculuk süreci yönünden büyük önem taşımaktadır. Kutuplaşmalar, içinde bulunulan durum ve koşullara göre pozitif veya negatif olabilecekleri gibi, zıtlık içermeyecek şekilde, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte de olabilirler. Her iki tarafında sahip olduğu güçlü hırs özellikleri karşısında, taraflar muhtemelen kayıtsızlığı/tepkisizliği hoş karşılamayacaklardır. Kariyerini geliştirmekle ilgili hiçbir düşüncesi olmayan ve günü gününe aynı şekilde işine gidip gelen insan tipi onlara göre katlanılmazdır. Bunun yanısıra, bağlılık ve sadakatsizlik

kavramını kutuplaşma olarak benimsemiş olabilirler. Bankalarına ya da şirketlerine bağlılık onlar için saygı duyulacak bir özellik iken, sadakatsizlik kınanacak bir durumdur. Öte yandan, her ikisi de davranış biçimleri ile esasen sadakatsiz davranmışlar, şirketlerini ve bankalarını kötü bir duruma düşme tehlikesi içine sokmuşlardır. İşte arabulucunun, taraflarla yapacağı özel görüşmelerde, bu faktörleri su yüzüne çıkarması ve taraflar ile empati içerisinde olarak, onların uyuşmazlığı doğuran bu belirsiz durumlarla yüzleşmeleri ve mücadele etmelerini sağlaması, anlaşma zeminine ulaşılmasını önemli ölçüde etkileyecektir.

Arabulucunun açılış konuşması, bu anlamda çok önemlidir. Bir yandan otoriter bir duruşu içerirken, diğer yandan da, güven ortamı yaratmalıdır ki, başarılı bir süreç yürütülebilsin. Arabuluculuk programına katılan katılımcılar açısından başlıca handikapı, kapsamlı olan açılış konuşmasında bir şeyleri kaçırabilecekleri ya da yanlış ifade edebilecekleri endişesi oluşturmuştur. Bu durumun sonucu olarak, bazı şeyleri atladıkları ya da hata yaptıklarında utanma eğilimi de gözlenen hususlar arasındadır. Gerçekten de, açılış konuşmasında mutlaka verilmesi gerekli hayati öneme sahip bir konu olduğu hissiyatı ile başlanan bir konuşmada, bu nokta asla hatırlanamayabilir. Bu tür handikaplar, taslak biçiminde yazılı bir çalışma ile aşılabilecektir. Deneyimli arabuluculardan bazıları, açılış konuşmalarında, bahsedecekleri temel hususlara dair notları içeren not kağıtlarını kullanmakta, arabulucunun rolü, tarafların rolleri, arabuluculuk sürecinin amacı ve yapısı, gizliliğin önemi ve sürecin diğer hakları etkilememe özelliği, tarafların sürece başlamak üzere hazır olup olmadıkları, durumlarının anlaşma yapmaya uygun olup olmadığı, temel kurallar, süreler, sağlanacak hizmetin niteliği vb. temel kuralların belirlenmiş olması gibi ana başlıkları bu metinde sıralamaktadırlar. Bu sayede arabulucu, konuşmasında kullanacağı vurgu ve tonlamaya ve ifade etmek istediklerine daha rahat ve iyi bir şekilde konsantre olabilmektedir.

Arabulucudan sonra, taraflar kendi açılış konuşmalarını yapacaklardır. Bu aşamada, katılımcıların, uygun ve doğru bir prosedürden sapılmasına neden olacak durumlar içerisine girebildikleri görülmektedir ki, bu çoğunlukla, arabulucunun tarafları bir diğerinin açılış konuşmasına karşı yanıt vermeye yönlendirmesi ya da buna izin vermesine dayanmaktadır. “Karşı tarafın belirttiği hususa yanıt vermek ister misiniz?”, “Belirtmek istediğiniz bir husus var mı?”, “Daha sonra konuşma

imkanınız olacak ancak şu anda söylemek istediğiniz bir şey var mı?”, “Bu son nokta ile ilgili görüş bildirmek ister misiniz?” ya da “Söylemek istediğiniz her şeyi söylediniz mi ?” biçiminde sorularla gündeme gelen bu durum, tarafların karşılıklı atışmasına ve bu karşılıklı yanıtlamaların, arabulucu tarafından durdurulana dek devam etmesine yol açacak bir süreci başlatabilecektir. Arabulucu, bu aşamada, tarafların henüz birbirine karşıt durumda bulduklarını aklından çıkarmamalı, arabulucuyu kazanma yönünde, içlerinden birinin atacağı adıma karşı şüpheli davranacaklarını veya arabulucu önünde eşit durumda olma düşüncesi yönünden gergin bir pozisyonda olacaklarını gözetmelidir. Öte yandan, kendisi de, henüz taraflar üzerinde güven ortamını sağlayacak bağımsızlık ve tarafsızlığı oluşturacak yeterli zamana sahip olmamıştır. Stajyer arabulucuların bu aşamadaki hatalı eğilimlerinden biri de, açılış konuşmasını netleştirme eğilimi içerisinde yönelttikleri sorular olabilmektedir. Örneğin, “Tüm söylemek istediğiniz bu mu?” biçiminde masum görünen bir soru, tonlama ve soru sorma şekli dikkate alındığında taraflılığın bir göstergesi olarak algılanabilecektir. “Yani talep sonucunu tamamiyle alma beklentisi içerisinde değilsiniz?” biçimindeki basit ve iradeyi netleştirmeye yönelik görünen bir soru, arabulucunun, bir tarafın diğer tarafa göre üstünlüğüne dair bir yargısal değerlendirme içinde olduğunun göstergesi sayılabilecektir. Bu nedenle, önerilen davranış şekli, arabulucunun, açılış konuşmalarını yapan taraflara basitçe teşekkür ederek, yumuşak bir geçişle özel toplantı süreçlerini başlatmasıdır.

Taraflarla özel toplantı aşamasında ise, hukukçu ve hukukçu olmayan katılımcıların ortak eğilimi, durum tespitine odaklanma ve bu çerçevede yargısal tipte sorular yöneltme, aşırı çözüm odaklı hareket etme olmaktadır. Örnek olayla bağlantılı düşünürsek, “Yani bu referans yazısını esas almak, sizin nezdinizde biraz da kumar oynamak gibi addedilebilir?”, “Geçmişte bu tür referans belgeleri ilgili tecrübeleriniz olmadı mı?”, “Onların bundan sonraki kredi çeklerini ödemelerini beklemek sizce de biraz dayanaksız değil mi?” türündeki sorular, ağızdan öylesine çıkabilen ve arabulucunun da nihayetinde bir insan olarak duygu ve düşüncelerini frenleyememesi ya da bunu öğrenmemiş olmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek durumlardır. Kurs çalışmalarında, katılımcıların bu tür durumlarda, soruları yeniden yapılandırarak sormaları istenmektedir. Bu tür düzeltmeler elbette gerçek bir arabuluculuk sürecinde de deneyimlenebilir. Hatalı olduğu düşünülen bir yaklaşım,

“Üzgünüm, bu çok yargısal oldu, soruyu yeniden tanımlamama izin verin”, “Aslında bunu ifade etmek istemedim, izin verirseniz başka bir şekilde ifade edeyim” biçiminde ifadeler ile düzeltilebilir.

Çapraz sorgu sistemini andıran, çözüm odaklı sorular da tarafları anlaşma zemininden uzaklaştırıcı bir etki yapacaktır. Burada arabulucunun kendi üzerinde, tarafları mutlaka uzlaştırmak ya da muhtemel bir çözüm yolu var ise onu ancak kendisinin bulabileceği gibi bir yükümlülük görmemesi önemlidir. “Yani sizin nezdinizde de bir miktar kusur olduğunu kabul ediyorsunuz?”, “Yani bu bir parça da riskti?”, “Tamamiyle tazminin temel amacınız olmadığını mı belirtmek istiyorsunuz?”, “Yani bu konuda uzlaşmaya hazırsınız?” gibi sorular bu duruma örnek olarak verilebilir.

Taraflarla özel görüşme süreçlerinin en önemli handikaplarından biri de zaman konusudur. Doğru soruları bulmak ve süreci doğru yönlendirebilmek sanıldığı kadar kolay değildir. Katılımcıların genellikle yaşadıkları sendromlardan biri, “Kapıdaki el” sendromu olarak adlandırılan, taraflarla özel görüşme bölümünün sonlandırıldığı anda ortaya çıkan ve olayla ilgili önem taşıyan bir anlatım anındaki durumdur. Öyle ki, toplantı sona ermiştir, ancak ilgili taraf çok önemli bir itirafta bulunmaktadır. Örneğin, tam da Mr. Heavenly ile olan görüşme bitmiş iken, “Sanırım Caneasily Pay ile ilgili bilmeniz gereken bir şey daha var, bir seferinde bir çekleri karşılıksız çıkmıştı” biçimindeki bir açıklama, yepyeni bir açılımı doğuracaktır. Bu durumda arabulucu nasıl hareket edecektir? Burada arabulucu, bir yanda, bu tarafa ayrılan sürenin sona ermesi ve beklemekte olan diğer tarafın sabırsızlanması, şüphelenmesi ya da endişelenmesi durumu; diğer yanda ise, süreç açısından çok önemli olduğu açık olan bir hususun araştırılması gereği ile karşı karşıyadır. Katılımcıların bu aşamada doğru buldukları hareket, ilgili tarafla görüşmeye bir süre daha devam edilmesi ve yeni ortaya çıkan durumun irdelenmesidir. Zira bu tip durumlar prosedür açısından önemli fırsatlardır. Bununla birlikte, diğer tarafın, durumdan bilgilendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. “Prosedür açısından çok verimli ve yararlı olacağına inandığım bir konunun araştırılması aşamasındayız. Bu nedenle bu kısma biraz daha zaman ayırabiliriz”, “Çok önemli olduğunu düşündüğüm bir konu gündeme geldi, bu nedenle biraz daha

üzerinde durmak istiyorum” biçimindeki açıklamalar, doğabilecek sıkıntıları bertaraf etmek bakımından yararlı olacaktır.

Bir tarafla toplantıdan diğer tarafla toplantıya geçişte, şüphesiz, ilgili tarafta, o toplantıda konuşulanlarla ilgili bir merak ve gerginlik oluşacaktır. Arabulucunun bu duygu ve düşünceleri de bertaraf ederek güven ortamını tesis edebilmesi önemlidir. Stajyer arabulucular, bir taraf ile görüştükleri hususlardan karşı taraf ile görüşebilecekleri noktalarla ilgili izin alma konusunda, kendilerini sınırlayıcı bir yaklaşımla, “Bu görüştüklerimizden, sizin düşüncenize göre karşı yanla paylaşmamızda yarar olacak hususlar var mı ?” biçiminde soru yöneltebilmektedirler. Esasen bu konu, hassas ve arabulucunun taraftan izin almak üzere soru sormaması gereken bir konudur. Aksi halde, taraflarda arabulucunun bu yönde bir beklenti içinde olduğu izlenimi uyanabilecektir. Bununla birlikte, tarafların, diğer taraf ile görüşmede bazı hususların araştırılması bakımından yarar sağlayacak bir kısım materyali arabulucu ile paylaşmaları mutlaka yarar sağlayacaktır.

Görüldüğü gibi, arabulucu, süreç boyunca, bir yandan, taraflar nezdinde bağımsız, tarafsız ve güçlü bir imajı sağlamaya çalışırken, bir yandan da, farklı durumların gerektirdiği esnekliği ortaya koyabilmek durumunda kalmaktadır. Sürecin başarısı, tarafların psikolojisinin arabulucu tarafından doğru anlaşılmasına, tartışmasız önemli ölçüde bağlıdır.

Bu senaryonun farklı bir biçimi daha uygulama konusu yapılmış, bu ikinci versiyonda, taraflardan birinin süreci terk etmesi durumu incelenmiştir. Mr. Hell’in açılış konuşmasını yaptığı sırada, gerilen Mr. Heavenly, tepki gösterir ve salonu terk eder. Bu aşamada stajyer arabulucuların değişik tepkiler verdikleri gözlenmiştir. Bazıları, bu beklenmedik durum karşısında, yerlerinden kıpırdayamaz ve konuşamazken, bazıları utanmış bir halde yerlerinden kalkarak, giden tarafı aramaya koyulmuşlardır. Diğer bir kısım ise, daha kaba bir yaklaşım sergileyerek, “Nereye gittiğini sanıyorsun, geri gel?”, “Bu kadar sabırsız olma, bekle, senin de sıran gelecek”, “Bu yaptığınız aşırı derecede kaba, oturun ve prosedürün devam etmesine müsaade edin”, “Bu tavrınız pek de yardımcı olmuyor bize, değil mi?”, “Haydi bir süre için sessiz olalım”, “Bu tavır bizi hiçbir yere götürmeyecek, değil mi?” biçiminde ifadelerle durumu kurtarmaya çalışmışlardır. Elbette bu yaklaşımların

hiçbiri doğru addedilebilecek ve olumlu sonuç doğuracak türden kabul edilemeyecektir.

Arabulucu, öncelikle, öfkenin doğal bir tepki ve aslında ilgili tarafın olaya bakış açısını ortaya koyan bir araç olduğunu kabul etmelidir. Bu tepkiye karşı, endişeli ya da savunmacı bir yaklaşım içerisinde olmamalı, bununla mücadele edebilmelidir. Arabulucu, taraflarla bir yakınlık ve güven ilişkisi tesis etmeye çalışmaktadır ki, rahatsızlık, asabiyet ya da hayal kırıklığı biçimindeki tepkiler, oluşturulmaya çalışılan bu bağa kuşkusuz zarar verecektir. Bu nedenle, böyle bir durumda, arabulucunun göstereceği en uygun yaklaşım, öncelikle empatiye dayalı olmalı, sonra da sürecin yürümesinin sağlayacağı pozitif sonuca dair cesaretlendirici bir tutum sergilenmelidir. “Sinirli olduğunuzu görebiliyorum ve bu durumun sizin için ne kadar stres verici olduğunu anlayabiliyorum”, “Bu durumun sizi ne kadar derinden etkilediğini görebiliyorum”, “Bütün bu olanlardan ötürü açıkça sinirli ve stresli durumdasınız” gibi empati gösterir ifadelerin, “Benimle birlikte bir süre daha devam ederseniz aşama kaydedeceğimize eminim”, “Bu tamamen gönüllü bir prosedür ve terk etmekte de serbestsiniz ancak, şu an buradayız ve buna bir şans vererseniz olumlu bir durumun doğabileceğini düşünüyorum”, “Bu prosedüre dahil olmayı kabul etmeniz yeterince iyi ve olumlu, bir süre daha devam edebilirsek, gelişme kaydedeceğimize eminim, başarılı çözümlerle sonuçlanan uyuşmazlık sayısı istatistiklere göre oldukça yüksek” gibi ifadelerle tamamlanması uygun olabilir. Elbette bu görüşmelerin arabulucu ile terk eden taraf arasında, diğer tarafın bulunmadığı özel bir alanda yapılması uygun olacaktır. Bu görüşme sonucunda, ilgili taraf ikna olur ve prosedüre geri dönerse, karşı taraf nezdinde, duygularını kontrol edememiş olmaktan ve pes etmiş görünmekten ötürü utanç duyması da muhtemeldir. Karşı taraf ise muhtemelen, terk eden tarafın rengini belli etmesinden memnun olup, arabulucu nezdinde durumu güçlendirdiği düşüncesindedir. Bu duygusal durumu bertaraf edebilmek üzere, arabulucu, “Heavenly, olumlu bir yaklaşım sergileyerek prosedürü sürdürmeyi kabul etti”, “Bunu duygusal bir an olarak düşünür ve gün içerisinde bu tür hayal kırıklıkları yaşayabileceğimizi kabul edersek hepimiz için prosedür açısından yardımcı olacaktır”, “Bazen iki tarafın da duygularını açıkça ifade etmesi, prosedür açısından tarafların duygu ve düşüncelerinin anlaşılması anlamında yararlıdır” gibi yumuşak geçiş ifadelerini tercih edebilir. Daha sonra taraflarla

yapacağı özel oturumlarda da, bu duygusal durumun kökenine inerek, iki tarafın da uyumsuzluğa ve birbirlerinin pozisyonuna bakış açısını daha iyi anlayabilir.

Ne olursa olsun, prosedür bazen tıkanma noktasına gelebilir. Bunda, hukuki danışmanların görüşleri, şirket politikaları, ailevî ya da toplumsal değerler vb. tarafların buldukları durumdan dışarı çıkamamaları sonucunu doğuracak çok farklı faktörler rol oynayabilir. Bu durumda, arabulucu, farklı bir yaklaşımı denemek suretiyle bir strateji geliştirebilir ki, bu konuda bir sınır mevcut değildir. Bir ara vermek, temiz hava almak, taraflardan biri ile biraz yürümek, hukukçular ve bilirkişiler ile ayrı oturum düzenlemek ya da onların birbirleri ile ayrı bir ortamda toplanmalarını sağlamak, beyin fırtınası toplantısı yapmak, sürecin tamamlanması için bir süre belirlemek gibi pek çok yol izlenebilir. Kendi içinde de, tarafların ihtiyaçları ve amaçları üzerinde yoğunlaşmak, prensipsel değil pozisyonel bazda yeniden değerlendirme yapmak, yatay bir bakış açısı geliştirmek, ana konu ile bağlantılı yan ya da daha önemsiz konular üzerinden çözümü aramak gibi farklı yaklaşımlar geliştirebilir. Arabulucunun her zaman takınması önerilen pozitif yaklaşım, bazen ters etki de doğurabilir. Bununla birlikte, tarafların sürece ilişkin olarak teşvik edilmeleri ve cesaretlendirilmeleri esas olduğundan, negatif durumların pozitif yönlerini ele almak, arabuluculuk süreci ile elde edilebilecek yararları hatırlatmak, içinde bulunulan durumun anormal olmadığını ifade etmek, arabuluculuk sürecinin genel anlamdaki başarısına atıf yapmak ve en nihayetinde sessiz ve umutlu kalmak, arabulucunun izleyebileceği en uygun davranış biçimi olacaktır.

İncelediğimiz bu çalışmalar kapsamında görüldüğü üzere, arabuluculuk süreci insan odaklı olmakla, aslında insanların içinde bulunduğu psikolojik durum çerçevesinde yönelmekte ve yönlendirilmektedir. Bu bağlamda, sürecin, psikoloji biliminden ve bu çerçevedeki yaklaşımlardan bağımsız düşünülmesi ve yönetilmesi mümkün değildir. Arabulucunun, içinde bulunulan durumu anlaması ve buna göre en uygun şekilde hareket edebilmesi, her arabuluculuk sürecinin birbirinden farklı gelişeceği ele alındığında, mutlaka tecrübe ile gelişebilecek ve zenginleşebilecektir.

B. Ticarî Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık kavramını ve gelişim sürecini açıkladıktan sonra, çalışmamızın ana konusunu oluşturan ticarî uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümüne geçmeden önce, ticari uyuşmazlık kavramının neleri kapsayacağını ve ticarî alanın kendine has özellikleri ve ihtiyaçlarını, tarihsel gelişim sürecini de esas alarak incelemenin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Ticari uyuşmazlık kavramını tanımlayabilmek bakımından, öncelikle ticaretin ve buna bağlı olarak ticari yaşamı düzenleyen temel kuralların oluşum sürecine değinmekte yarar vardır. Bu nedenle, bugünkü anlamda hukuk düzeninin ortaya çıkış yeri olan Roma toplumundan yola çıkarak, tarihsel süreçte ticari uyuşmazlıklar ve bunların çözümünde geliştirilen mekanizmaları incelemeyi yararlı görüyoruz.

İlk zamanlarda bir tarım toplumu olan Roma toplumu, esasen gelişimini ve refaha ulaşmasını ticarete borçludur. Roma toplumunun şehir devletinden imparatorluğa geçiş süreci ile tarım toplumundan ticaret merkezi olmaya geçişi arasında paralellik bulunmaktadır. Birinci Pön Savaşı sonrasında, Roma'da deniz ticaretinin gelişim gösterdiği görülmektedir. Keza M.Ö. 3. yüzyılda ilk gümüş paranın tedavüle konması da önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bununla birlikte Roma Hukukunda bağımsız bir ticaret hukuku mevcut olmayıp münferit bazı ticaret hukuku kurumlarına ve davalarına rastlanmakta idi³⁵. Roma Hukukunun esnek yapısı, ticari uyuşmazlıklara ilişkin olarak, özel hükümlere gereksinim duyulmaksızın çözüm üretilebilmesini sağlayacak nitelikte idi³⁶.

Yabancılar ile Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanan “*ius gentium*”³⁷ da, Birinci Pön Savaşı sonrasında ve Roma toplumunun dış ticari ilişkilerinin artmaya başladığı dönemde ortaya çıkmış olup, farklı topluluklar arasında yapılan ticareti de kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve *Gaius*'un *Institutiones* isimli eserinde;

³⁵ Bunlar daha ziyade Deniz Ticaret Hukukuna özgü, *lex Rhodia de iactu*, *receptum nautarum*, *actio exercitoria* gibi kurumlar olmuştur.

³⁶ **Oğuz Arzu**, *Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) –Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği*, AUHF 2001/3, s.13 vd.

³⁷ **Schiller A. Arthur**, *Roman Law – Mechanisms of Development*, 1978, s. 255 vd., (www.books.google.com.tr) (erişim :21.12.2009).

“Kanuna ve adaba göre yönetilmesi gereken halklar, kısmen kendi hukuklarına, kısmen de bütün insanlar için geçerli olan hukuka tabidirler. Çünkü, her halkın kendisinin bizzat oluşturduğu hukuk, onun Devleti için özeldir ve *ius civile* olarak adlandırılır. Ancak, doğal olarak bütün insanlar için oluşturulan hukuk, herkes için eşit oranda dikkate alınır ve bu hukuk, bütün halklar için geçerli olmasından ötürü *ius gentium* olarak adlandırılır. Bundan dolayı Roma halkı kısmen kendi hukukunu, kısmen de bütün insanlar için ortak olan hukuku kullanır.” biçiminde ifade edilmiştir.

Böylelikle *ius gentium*, bir yandan günümüz devletler genel hukukunun işlevini yerine getirmiş olmakta, diğer yandan ve konumuz bakımından devletler arası ticari ilişkilerin çözümüne dair, uluslararası kuralların uygulanabilirliğini ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır³⁸.

Yine Roma Hukukunun çok önemli bir ilkesini oluşturan ve çalışmamızın konusu bakımından da önemli bir kavram olan “*bona fides*” kavramı da, M.Ö. 3. Yüzyıldan itibaren gelişim göstermiştir. Bu kavram bir yandan usul hukukuna dayanırken, diğer yandan da, sosyal değerlerin hukuk düzenine alınmasının yolunu açmıştır. *Bona fides*’in usul hukukuna bağlı yönü, Roma Hukukunda her hakka bir dava yolu tanınmasına bağlı olarak, bir hakka bir dava yolu tanınmamış olması halinde davanın reddi sonucunun doğmasına ve böylece haksız durumların ortaya çıkmasına karşı öngörülen bir kurum olmasıdır ki, bu anlamda *bona fides*, “iyi niyetin gerektirdiği herşeyi” kapsamaktadır. B öylelikle, hukuk uygulamasına değer yargıları katılmıştır. *Bona fides*, diğer yandan, kişinin kendi sözü ile bağlanmasını da içermekte olup, bu basit sözünü tutma kavramından yola çıkarak, kişinin hem kendisine hem başkalarına karşı dürüst ve vefalı olmasını da içerir hale gelerek daha üst bir kavram halini almıştır. Bu kapsamda, ticari uyuşmazlıklar bakımından vurgulandığı ve ortaçağ boyunca da atıf yapıldığı gibi, ayrıntılarla uğraşmak ve aşırı hukuki titizlik yerine, yargılamanın açık ve adil olması gereği vurgulanmıştır. Buradan esnek ve ticari yaşamın niteliğine uygun bir hukuk sistemi doğmuştur. Daha sonraları, Klasik Roma Hukuku döneminde hakim olan, yapısal ve şekli hukuki düşünce biçiminin yanında *bona fides*, her zaman önemini korumuş ve düzeltici bir etki göstermiştir³⁹.

³⁸ Oğuz, s.15 vd.

³⁹ Thomas Phillip J., *Bona Fides, Roman Values and Legal Science*, Sabinet Electronic Publishing 2004, Issue 10, s. 188-199, (http://www.sabinet.co.za/abstracts/funda/funda_n10_a10.xml) (erişim :21.12.2009).

Ticari yaşam, bir yandan hukuki işlemlerin yapılmasında güven, hız ve açıklık sağlayan bir sisteme ihtiyaç duyarken, gelişmişlik düzeyine ve uyuşmazlıkların çeşitleri ve karmaşıklıklarına bağlı olarak da, katı kurallardan vazgeçilerek, adil ve hızlı bir uygulamayı sağlayabilecek esnek bir sisteme gereksinim göstermektedir. Bu anlamda, ticari uyuşmazlıkların yorumu ve çözümünde bona fides ilkesi ve bu ilkenin oluşturduğu bakış açısının hukuki gelişmeyi sağladığı açıktır.

Ortaçağ Avrupası'na bakıldığında, 11. Yüzyıldan itibaren ticaretin canlanması ile uluslararası alanda teamül hukuku olarak ifade edilen, hızlı bir muhakeme usulü ve basitleştirilmiş bir delil sistemi ile işleyen bir hukuk sistemi gelişmiştir. Tacirler için geçerli olan bu hukukun doğuş sebebi, mal ve paranın değiş tokuşu, deniz taşımacılığı ve sigorta konularında hızlı ve güvenli bir hukuki sisteme duyulan ihtiyaç olmuştur. Bu dönemde özellikle deniz taşımacılığı alanında, büyük fuar ve limanlarda, farklı ülke hukukçularından oluşan mahkemelerin oluşturulduğu görülmektedir. Ayrıca yazılı kuralların yanısıra, loncalar tarafından bağımsız olarak yaratılan ve uygulanan teamül ve alışkanlıklar da söz konusudur ve bu anlamda, farklı Devletlerin hukukları ve uygulamaları da benzerlik göstermektedir. Kuzey Avrupa'da ortaya çıkan ve yaklaşık 500 yıl varolan serbest bölge hukuku ise, aşağı yukarı 200 şehri kapsayan bir bölge dahilinde, Devletlerin kendi hukuklarının yanısıra, yeknesak ve ortak bir düzenleme sağlama amacını yerine getirmiştir⁴⁰.

İngiltere'de 1290 yılında, ticari teamüllerin bir araya toplanması ile oluşan *Fleta Kanunları*⁴¹ önemli bir gelişmenin başlangıcının oluşturmuştur. 1303 yılında I. Edward döneminde ise, yerli ve yabancı tacirlere hızlı bir muhakeme usulü sağlayan ve ihtilafların, yarısı yabancılardan oluşan bir jüri tarafından çözümünü mümkün kılan, *carta mercatoria* çıkarılmıştır. Bu hızlı mahkemelerin ticari davaları karara bağlarken, “*common law*”⁴² ı değil, Avrupa'da ortak olan “*law merchant*”⁴³ ı uygulamaları görülmektedir.

⁴⁰ Oğuz, s.20.

⁴¹ Cordes Albrecht, The Search for a Medieval Lex Mercatoria, Oxford University Comparative Law Forum, 2003, (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>) (erişim : 21.12.2009).

⁴² Buckland W.W./ McNair, Arnold D., Roman Law and Common Law – A Comparison in Outline, Cambridge University Press 1965, s. 20 vd., (http://www.restoreliberty.us/files/common_law/roman_law_cl.pdf) (erişim:21.12.2009).

Günümüze kadar olan döneme bakıldığında, ticaret hukuku alanında yeknesak bir uygulama ve bu hukukun kendine özgü ihtiyaçlarına cevap verebilecek sistemler yaratılması çabalarının sürdüğü, uluslararası konvansiyonlar ve model kanunlar vasıtası ile belli bir ölçüde başarıya ulaşıldığı görülmektedir. Ancak devletlerin hakimiyet alanına giren noktalarda, ne kadar uluslararası ortak uygulama ve yaklaşımlar oluşturulmaya çalışılırsa çalışılsın, yargı sistemleri farklılık göstermeye devam etmektedir. Bugün genel anlamda bakıldığında, yargı mekanizmaları, farklı ülkelerde, zaman, masraflı olma ve taraflar için yıpratıcı bir süreç oluşturma gibi benzer sıkıntıları içermekte ve ticari uyuşmazlıklar bakımından, ihtiyaç duyulan hız, esneklik ve kendine özgü çözüm mekanizmalarına yanıt verememektedir.

Görüldüğü gibi, ticari ilişkiler, uyuşmazlıklar ve ticaret hukuku, öteden beri, klasik hukuki sistem ve uygulamaların ötesinde çözüm mekanizmalarına ve taraflar arasında uygulama birliğine ihtiyaç göstermiş ve buna uygun çeşitli mekanizmalar geliştirilmiştir. Günümüzde ticari alandaki uyuşmazlıkların genellikle birbirine bağlı, zincirleme, karmaşık yapı ve ilişkileri içermesi ve yargısal prosedürlerin, bu anlamda ihtiyaç duyulan hız ve esnekliğe imkan vermemesi karşısında, geçmişteki bakış açıları değişmeye ve gelişmeye başlamış, alternatif çözüm mekanizmaları giderek daha fazla tartışılır ve uygulanır hale gelmiştir. İyiniyet, dürüstlük, şeffaflık ve güven gibi kavramlar ön plana çıkmıştır. Geline bu noktada ve yapılan bu tartışmalarda, geçmişten bu yana ticari yaşamda hakim olmuş ve uygulanarak uluslararası alanda belli ölçüde bir yeknesaklığa kavuşmuş iyiniyet ilkesi, ahde vefa prensibi, mücbir sebep ve akdin uyarlanması gibi temel ilkelerin önemini yadsımak mümkün değildir. Bütün bu ilkeler, ticari uyuşmazlıklarda korunması ve gözetilmesi gereken temel hususları bünyesinde toplamakta ve alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarına bakışta da büyük önem taşımaktadır.

Bir uyuşmazlığın ticari sayılabilmesi için, uyuşmazlık, taraflardan en az biri için ticari bir özellik arz eden bir konudan kaynaklanmalı ya da ilgili mevzuatta ticari uyuşmazlık olarak düzenlenmiş olmalıdır. Bu açıklamadan çıkan sonuç, ticari uyuşmazlıkların, taraflardan biri için veya her ikisi için ticari sayılabilecek olması ya

⁴³ **Trakman, Leon E.**, The Law Merchant : The Evolution of Commercial Law, 1983, s. 7 vd., (http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/trakman_lawmerchant.pdf) (erişim : 21.12.2009).

da ilgili mevzuatta/mevzuatlarda mutlak olarak ticari uyuşmazlık başlığı altında düzenlenmiş olması gereğidir⁴⁴.

Yargısal mekanizmalar içerisinde, ticari uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulan sistemlere bakıldığında, ticari uyuşmazlıkların çok geniş bir alanı kapsamaması nedeniyle, farklı ticari uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili uzman mahkemeler oluşturulduğu görülmektedir. Bu farklı yargı merciileri, kendi aralarında işbölümü ilişkisi temelinde ayrılırsalar da sonuçta, yetkili kılındıkları uyuşmazlıklar ticari uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Fikrî ve sınaî haklar, tüketici hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar, deniz ticareti uyuşmazlıkları, inşaat hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar, farklı hukuk sistemlerinde benzer olarak, farklı mahkemelerce görülebilmektedir. Bunun temel nedeninin, ticari uyuşmazlıkların çözümünde, ilgili konuda gerçek anlamda uzman bir çözüm merciine duyulan ihtiyaç olduğunu söylemek kanımızca yanlış olmaz.

Bunun yanısıra, teknolojik gelişmeler ve internetin geniş bir alanda yayılması, elektronik ticareti ve ticari sayılabacak pek çok işlemin de internet üzerinden gerçekleşmesi sonucunu doğurmuş ve elektronik ortamda ticari uyuşmazlık kavramı gündeme gelmiştir. Elektronik araçların ticari alanda kullanımı gün geçtikçe artmaktadır. Bununla birlikte, elektronik ticaretin getirdiği pek çok problem ortaya çıkmaktadır. Kimlik tespiti, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifası ya da ifa engelleri halinde söz konusu olacak durum, işlemin tarafları olan kişilerin farklı hukuki sistemlere tâbi olabilmesi vb. durumlar, problemlerin çözümü için yeni ve internetin kendine özgü yapısına uygun mekanizmalar geliştirilmesini gerekli kılmıştır.

Örneğin tüketici hukuku alanındaki sınır ötesi uyuşmazlıkları çözmek üzere Avrupa Birliği düzeyinde ECC-NET (European Consumer Centre's Network – Avrupa Tüketici Merkezleri Ağı) ve FIN-NET (European out-of-court Network for the resolution of Financial Disputes – Avrupa Finansal Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözümü Ağı) gibi servisler oluşturulmuştur. Bu sistemler, farklı üye ülkelerde bulunan kişilerin, bir başka üye ülkedeki bir mal ya da hizmet sağlayıcısı ile

⁴⁴ **Oğuz**, s. 11 vd. (Hukukumuzda, TTK.nun 3. maddesi uyarınca; "Ticari iş, TTK.da düzenlenen hususlarla, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi kısaca bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlerdir" diye tarif edilmiştir. Yasaya göre TTK.da düzenlenen tüm hususlar ticari işler.)

aralarındaki uyuşmazlıkların mahkeme dışında ve online sistemler üzerinden çözümünü amaçlamaktadır. Bununla birlikte, üye devlet mevzuatları arasındaki farklılıklar, mal ve hizmet satın alıcıları nezdindeki kararsızlık ve güvensizlik⁴⁵, boyutu ne olursa olsun mali bir riski üstlenmedeki isteksizlik, alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulanması neticesinde elde edilecek sonucun karşı tarafın bulunduğu üye devlette icra edilmesine ilişkin yaşanabilecek sorunlar, bazı ülkelerde henüz ilgili alanlarda alternatif çözüm mekanizmalarının kurulmamış olması ve iç mevzuatın da belli konularda buna izin vermemesi gibi nedenlerle, bu hizmetlerin verimli ve yüksek oranda uygulanabildiğini söylemek mümkün değildir⁴⁶. Ancak Avrupa Birliği düzeyinde bu anlamda çalışmalar devam etmektedir.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından, diğerlerine nazaran özellik gösteren hususlar, kanımızca şu şekilde ortaya konabilir⁴⁷:

Ticaret hukukunun gelişim sürecinin örf ve adet hukukuna önemli ölçüde bağlı olması nedeniyle, bu alandaki uyuşmazlıkların, yazılı hukuk kurallarının ve prosedürel yaklaşımların ötesinde bir anlayış ve bakış açısını gerektirmesi,

- Bu alandaki uyuşmazlıkların, pratik, esnek ve hemen uygulamaya geçirilebilir çözümlere, diğer alanlara nazaran çok daha fazla ihtiyaç duyması,
- Kaybedilecek zamanın, telafisi mümkün olmayacak zararlara yol açabilmesi,
- Ticari bir işletmenin ya da ticaretle uğraşan bir kişinin, üstün bir çaba ve önemli miktarda zaman harcayarak oluşturduğu ticari imajın, uyuşmazlığın maddi değerine nazaran karşılaştırılmayacak düzeyde değer ifade edebilmesi,
- Uyuşmazlığın çözümünün uzun bir zamana yayılması ve gizlilik şartının bulunmadığı bir ortamda gerçekleşmesinin, uyuşmazlığın taraflarının başkaca ticari ilişkilerini de zincirleme olarak olumsuz etkileyebilmesi,

⁴⁵ Bu güvensizlik, genellikle karşı yanın kurumsal bir yapı (bir banka ya da sigorta şirketi vb.) olduğu hallerde, diğer tarafın kendisinin haklı çıkabileceğine dair inançsızlığı biçiminde görülmektedir.

⁴⁶ **Editorial Note**, The ECC-NET offers informal dispute resolution throughout Europe: at low-cost and quickly, (<http://www.euroconsumatori.org/16853.html>), (erişim : 21.12.2009); **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level, (http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm), (erişim : 21.12.2009).

⁴⁷ **Antaki Nabil N.**, Cultural Diversity and ADR Practices in the World, ADR in Business, Chapter 11, USA 2006, s.266 vd.

- Ticari anlamda ilişkilerin, tesis edilmiş, güven ve dürüstlüğün taraflar arasında devamının, uyuşmazlığın kendisine nazaran her zaman vazgeçilmez düzeyde önemli olabilmesi biçiminde sıralanabilir.

İşte bu nedenlerle de, ticari uyuşmazlıklara ilişkin olarak, öteden beri, bu kendine özgü yapıya ve ihtiyaçlara yanıt verebilecek sistemlerin geliştirilmesi güncel bir tartışma konusunu oluşturmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının doğuşu ve gelişmesinde ticari uyuşmazlıkların önemini bu nedenlerle yadsımak mümkün değildir.

II - TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Genel Bakış

Uyuşmazlık konusu her ne olursa olsun, taraflar, aşağıda şematize edilen yollardan birini tercih edebilirler⁴⁸ :

⁴⁸ **Moore Christopher William**, The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, Third Edition, San Francisco 2003, s.7.

Tarafların Kararına Dayalı Yöntemler	Özel Üçüncü Tarafça Verilecek Karara Dayalı Yöntemler	Kamusal Otorite İçeren Üçüncü Taraflarca Verilecek Karara Dayalı Yöntemler	Hukuk Dışı ve Zorlayıcı Karar
Sistemleri			

Uyuşmazlığı Önleme	Özel Ya da Kamusal Bir Kurum/ Organizasyon İçerisinde Verilecek İdari Karar	Yargı Mercii Kararı	Şiddet İçermeyen Eylem
İnformal Tartışma ve Problem Çözme	Tahkim	Yasama Yolu ile Alınan Kararlar ⁴⁹	Şiddet İçeren Eylemler
Müzakere			
Arabuluculuk			

Ticari uyuşmazlıklar bakımından, doğru çözüm yolunu seçebilmek, ticari uyuşmazlıkların yukarıda açıkladığımız kendine özgü yönleri gözönüne alındığında çok önemlidir. Bu aşamada ticari işletme ya da tacir, kendisini bu anlamda en doğru şekilde yönlendirebilecek bir hukuki danışmanın desteğine ihtiyaç duyacaktır. Ticari uyuşmazlık bakımından gözetilecek en temel iki husus, zaman ve paradır. Ticari işletme ya da tacirin, bir uyuşmazlığın çözümüne vakfedeceği zamanın ve yapabileceği harcamaların daima bir limiti vardır. Dolayısıyla, makul bir zaman dilimi içerisinde ve karşılayabileceği, makul ve oransal miktarda bir masraf yekünü ile uyuşmazlığı çözmeyi isteyecektir.

⁴⁹ Bu yöntemin gerçek anlamda bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olamayacağı, kanımızca tartışmaya açık bir konudur. Moore, bu çözüm yönteminin, geniş kitleleri etkileyen, ancak sonuçları itibarıyla bireysel durumları da etkileyebilecek kapsamlı uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bu ifade, farklı kitleleri temsilen mecliste bulunan grupların, bir yasal düzenlemenin kabulüne dair oylamalarını akla getirmektedir. Burada bireyin, ancak kendisi gibi düşünen bir kitle ile birlikte, bu konunun yasama organınca ele alınması hususunda belli ölçüde bir etkili olabileceği düşünülebilir. İlgili birey ve benzer durumdaki kitlenin, ilgili durumdaki kazan-kaybet pozisyonu, yasal düzenleme içerisinde belli ölçüde yumuşatılabilir ve böylece bir uzlaşma noktasına gelebilir. Demokratik sistemler içerisinde, bireylerin, kendilerine dayatılmak istenen ve kendileri açısından dezavantajlı bulunan hususlarda, tepkilerini dile getirmeleri ve bunun bir yasama sürecine dönüşmesi mümkündür. Ancak uzun zaman alacağı ve istenen sonucun tam olarak gerçekleşemeyeceği de kuşkusuzdur.

Uyuşmazlığın çözümü aşamasında hukuki danışman, pek çok faktörü gözetmeli, şu gibi soruları en başta netleştirmeyi düşünmelidir⁵⁰ :

- Müvekkilin amaçladığı sonucu gerçekleştirmeye en uygun çözüm yolu hangisi olacaktır?
- Müvekkilin önceliği, doğacak gereksiz yargılama masraflarından kaçınmak üzere hızlı bir anlaşma tesis etmek midir?
- Müvekkil, karşı yan ile ticari ilişkilerini devam ettirmeyi istemekte midir?
- Uyuşmazlık ve onun çözümünde izlenecek yöntem, müvekkilin diğer müşteriler ya da tedarikçiler ile ilişkilerini nasıl etkileyecektir? Müvekkiller, genellikle bu anlamda güçsüz görülmeyi istemeyecektir.
- Müvekkilin, diğer üçüncü şahıslar tarafından söz konusu olabilecek benzer ihlalleri önlemek ve haklarının icrasını sağlayabilmek amacıyla dava yolunu tercih etmesi mümkün ve doğru mudur?
- Uyuşmazlığın diğer tarafının uyuşmazlığın çözümüne dair konumu ve durumu nedir?
- Müvekkil, kanuni anlamda en doğru sonuç, en ucuz sonuç ya da en hızlı sonuç gibi seçeneklerden hangisini tercih etmektedir?

Bu sorular ve benzerleri, uyuşmazlığın başında ve hatta belli bir uyuşmazlık çözüm süreci devam ederken dahi, hukukî danışman ve avukat tarafından mutlaka göz önüne tutulmalıdır. Zira, karşı yanın uyuşmazlıkla ilgili güçlü ya da zayıf yönleri, izleyebileceği taktik ve stratejiler, süreç içerisinde değişebilecektir.

Burada 1998 tarihli İngiliz Usûl Hukuku Kurallarının içerdiği ve 1. maddede⁵¹ açıkça belirttiği temel amaç çerçevesinde hareket edilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır. Takip eden bölümlerde detayları ile açıkladığımız bu temel amaç, özetle, mahkemenin davayı hakkaniyetle görebilmesinin, tarafların eşit pozisyonda olması, yargılamanın mümkün olan en az masrafla gerçekleşmesi, dava ile ilgili

⁵⁰ **Bargate Murray Solicitors**, Mediation in commercial disputes: mediation is a useful alternative to the cost and effort of litigation. Is it right for your business case?, (http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-6663205/Mediation-in-commercial-disputes-mediation.html) (erişim : 21.12.2009).

⁵¹ **UK Ministry of Justice**, Civil Procedure Rules, (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm) (erişim : 21.12.2009).

hususlarda oranlılık, süratlilik ve adil yargılamanın gerçekleşmesine özen gösterilmesi, mahkeme kaynaklarının orantılı tahsis edilmesi, bu süreçte tarafların da mahkemeyi desteklemesi olarak düzenlenmektedir. Bu kuralın bir önemli yönü de, tarafları, salt dava sürecini geciktirme, uzatma vb. taktikler ile karşı yanı, normal şartlarda kabul etmeyeceği bir anlaşmaya zorlamaktan alıkoymasındır.

Ticari uyuşmazlıkların kendine özgü yönleri ve yukarıda da izah ettiğimiz zaman – para ve gözetilecek diğer çıkarlar, bu alanı alternatif çözüm yolları bakımından en uygun alanlardan biri haline getirmektedir. Zira, mahkemelerin içinde bulunduğu aşırı iş yükü, masrafların fazlalığı ve uyuşmazlığın karara bağlanma sürecinde geçen zaman, bir ticari işletmeye ya da tacire, uyuşmazlığın kendisinden daha fazla zarar verebilecek bir duruma gelebilmektedir. Dava yolu, tarafların uyuşmazlık üzerindeki kontrollerinin ve iletişimlerinin tamamen ortadan kalkmasına ve bu nedenle de ticari ilişkilerin de sürdürülemeyecek noktaya gelmesine yol açabilmektedir.

Esnek, sıkı usûl ve formalitelerin olmadığı, süratli yapıları ve tarafların başka alanlardaki haklarına zarar vermeme özellikleri nedeniyle, dava yoluna başvurulmadan ya da dava süreci içerisinde, bu alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Bu çözüm yöntemlerinden müvekkilini bilgilendirmek, bir avukatın görevi olarak addedilmekte ve 2007 tarihli İngiliz Dava Avukatlarının Mesleki Yükümlülükleri düzenlemesi⁵² kapsamında, bunun yapılmamış olmasının mesleki ihmal olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflara,

- Yargılama sürecinde doğacak ve artması muhtemel giderlerden korunmayı,
- Tarafların kontrolünde olmayan ve iletişimin daha zayıf olduğu yargılama süreci içerisinde, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları belirleme ve tanımlamalarına dair uzayacak süreci kısaltmayı,
- Ticari imajlarını ve ticari ilişkilerini muhafaza edebilmeyi,

⁵² **UK Solicitors Regulation Authority**, The Training Regulations, (<http://www.sra.org.uk/solicitors/solicitors.page>) (erişim : 21.12.2009).

- Yargılama süreci içerisinde söz konusu olamayacak çeşitlilik ve esneklikte farklı çözüm yöntemlerini uygulayabilmeyi,
- Yargı organları ve yargılama sürecine ilişkin kaynakları en verimli şekilde kullanabilmeyi sağlamaktadır.

Özellikle ilgili konuda uzman, bağımsız bir üçüncü kişi desteği ile yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlığın hızlı bir biçimde ve kısa sürede çözümünü temin ettiğinden giderlerde azalmayı da sağlamaktadır. Elbette bu bağımsız üçüncü kişiye ödenecek bir hizmet bedeli ve keza tarafları bu süreçte temsil ve asiste edecek hukuki danışmanlara ödenecek ücretler söz konusu olacaktır. Ancak sürecin belli bir zaman diliminde ve hızlı bir biçimde çözümü, bu anlamda oluşacak giderlerin azalması anlamına geldiği gibi, bağımsız üçüncü kişiye ait prosedürel giderler de, bu çözüm yolunu uygulamayı gönüllü olarak kabul etmiş taraflar arasında oranlı olarak bölüşülecektir.

Takip eden bölümlerde ayrıntılarını aktaracağımız üzere⁵³, alternatif çözüm yöntemlerinin yargısal çözüm yöntemlerine nazaran, kendi içindeki çeşitliliğinin yanı sıra, bu yöntemler, uyuşmazlığın kendine özgü yapısına uygun tekniklerin taraflarca geliştirilmesi yahut önerilmesinin ve birden fazla tekniğin birlikte uygulanabilmesinin mümkün olduğu bir yapıyı ifade etmektedir. Bu da, ticari anlamda gerçek durum ile örtüşen ve uygulanabilirliği yüksek olan çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi anlamını taşımaktadır ki, uyuşmazlığın çözülmesinden ziyade nasıl çözüldüğünün önem taşıdığı tartışmasızdır. Tarafların müdahale imkanının olmadığı yargısal çözüm mekanizmaları içerisinde, mahkemenin belirlediği ve karar altına aldığı bir çözüm, aslında iki taraf için de beklentileri karşılamayan ve uygulanmasında da, tarafların uyuşmazlık çözümünden beklediği sonuçları yaratmayan nitelikte olabilir. Burada en büyük etkeni de kanımızca zaman faktörü oluşturmaktadır.

Alternatif çözüm mekanizmalarının birincil özelliği, gönüllülüktür. Yani taraflar, alternatif çözüm yolunu uygulamaya zorlanamayacakları gibi, istemedikleri bir alternatif çözümünü de uygulamayı kabul etmemekte serbestirler. Keza, sürecin herhangi bir aşamasında da, prosedüre devam etmekten çekilebilirler. Bununla birlikte, uyuşmazlığın alternatif çözüm yolu uygulanarak çözümüne dair taraflar

⁵³ Aşa. BİRİNCİ BÖLÜM/IV/C/10.

arasındaki anlaşma uygulanacak ve bu anlaşmanın ihlali mahkemece kabul görmeyecektir.

Örneğin, *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* (1993) 2 WLR 262 davasında⁵⁴ ve benzer olarak *Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Ltd* (2002) 2 All ER (Comm) davasında⁵⁵, taraflar arasında, uyuşmazlığın alternatif çözüm yolu ile çözülmesi kararlaştırıldığı halde, tarafların dava yoluna başvurmaları halinde, alternatif uyuşmazlık çözümüne dair anlaşmanın uygulanması ve bu çözüm yolunun başarısızlıkla sonuçlanmasına dek, dava yolunun durdurulacağı, yani mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili bir karar vermeyeceği kabul edilmiştir⁵⁶.

Uyuşmazlığın, alternatif çözüm mekanizmaları kullanılarak çözümünde bir zorluk da, taraflar arasında yapılan anlaşmanın yürütülebilirliğinin sağlanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu hususta standart uygulama, bu anlaşmaların mutlaka yazılı ve taraflarca imzalanmış olmasını, aksi halde bağlayıcılığı olmayacağını kabul etmektedir. Yazılı bir anlaşmanın mevcudiyeti ve bu anlaşmanın ihlâlî halinde ise, diğer taraf, anlaşmanın ihlâlîne binaen, uygulanabilmesini ve yürütülebilmesini temin etmek üzere mahkemeden bir karar talep edecektir. Bununla birlikte, farklı ülkelerin farklı çekinceler ile kabul ettikleri uluslararası anlaşmalar ve mevzuat farklılıkları dikkate alındığında, benzer problemlerin yargı kararlarının tanınması ve tenfizinde de yaşanabileceğini göz önünde tutmak gerekir. Gerek Avrupa Birliği düzeyinde geçerli olan Brüksel Konvansiyonu kapsamında gerekse İngiliz Hukuku'nda, bu hususta benzer çekincelerin ve ön koşulların düzenlendiği görülmektedir ki, bunlar, kamu yararı ilkesi, ilgili mahkeme kararına ilişkin olarak, borçlu/davalı yana ilişkin usûl hukuku kurallarının ihlâl edilmiş olması, yargılamanın usulüne uygun gerçekleşmemiş olması, ilgili mahkeme kararının kanuna karşı hile vb. yollarla elde edilmiş olması, diğer tarafın yargılama ile ilgili temyiz yoluna başvurmuş olması olarak ifade edilebilir. Bu da, ilgili kararın yürütülmesinin talep

⁵⁴ **Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty** [1993] AC 334 (HL), (<http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf>) (erişim : 21.12.2009).

⁵⁵ **Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Ltd** (2002) 2 All ER (Comm), (<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLReports/Cable%20&%20Wireless%20v%20IBM%202002.pdf>) (erişim : 21.12.2009).

⁵⁶ **Kallipetis Michel**, Mediation in Commercial Disputes, (www.kallipetis.com) (erişim : 21.12.2009).

edildiği mahkemenin konu ile ilgili detaylı bir inceleme sürecini başlatması anlamına gelmektedir⁵⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözümünde, zaman faktörünün verimli ve doğru kullanımı, tarafların ve bağımsız üçüncü kişinin bu konudaki çabaları ve yetkinliklerine doğrudan bağlıdır. Zira, bu prosedürlerin temel niteliği itibariyle kısa sürede sonuçlandırılması, bir yandan olumlu bir yönünü oluştururken, diğer yandan, tarafların uyuşmazlıkla bağlantılı olayları tüm yönleri ile ifade edememeleri ve tartışamamaları, bu nedenle de tatmin edici bir sonucun oluşmaması ihtimalini de doğurabilir. Ancak aşağıda da irdeleneceğimiz gibi⁵⁸, bir iş adamı, uyuşmazlıkla ilgili – mutlaka en doğru karar olmasa da – kısa sürede bir karar verilmesini ve daha fazla zaman ve para harcamamayı tercih edebilecektir. Zira, dava yolu da, nihayetinde sonucu önceden öngörülemez bir süreçtir.

Bütün bu olumlu ve olumsuz yönleri irdedikten sonra, belirtilmesi gereken nokta, alternatif uyuşmazlık çözümünün, ne olursa olsun, her tür uyuşmazlık için uygun yol olmadığıdır. Şöyle ki⁵⁹;

- Müvekkil için öncelikle bir yargısal tedbirin uygulanması zorunluluğu varsa (bu aşamadan sonra alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulanması uygun görülebilir)
- Aslında ortada bir uyuşmazlık mevcut değilse yani, örneğin basit bir alacak tahsili prosedürü söz konusu ise ve izlenecek süreç belli ise,
- Müvekkil, bir hukuk kuralının mahkemece uygulanması ve açıklanmasına hukuken ve fiilen mutlaka ihtiyaç duymakta ise,
- Tarafların karşılıklı pozisyonları ve psikolojik ortam buna uygun değilse,

alternatif uyuşmazlık çözümü uygun olmayacaktır.

⁵⁷ **Kallipetis Michel**, Mediation in Commercial Disputes ; Euro Mediation Alternative Dispute Resolution at the European Community Level, (http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim : 21.12.2009).

⁵⁸ Aşa. BİRİNCİ BÖLÜM/IV/B/2/2.2.

⁵⁹ **Waring Michael**, Commercial Dispute Resolution, The College of Law, 2009, s.150.

Keza takip eden bölümlerde ayrıntılarını irdedeceğimiz⁶⁰, İngiltere’de arabuluculuğun gelişiminde önemli bir kilometre taşı olan Halsey Kararı’nda⁶¹ da belirtildiği gibi, dolandırıcılık ya da diğer türlü ticari anlamda kabul görmeyecek amaç ve hareketler temelinde oluşmuş olan uyuşmazlıklar da alternatif çözüm yollarının uygulanması bakımından uygun görülmemektedir. Zira, taraflardan birinin açıkça kötüniyetle hareket ettiği durumlarda, alternatif çözüm mekanizmalarının içerdiği şeffaflık ve iletişim, diğer tarafa zarar verebilecek şekilde kullanılabilir ki, bu tür durumlar, bu prosedürlere olan güveni ve inancı da zedeleyecek, motivasyonu düşürecektir. Bununla birlikte, deneyimli arabulucularca, bu tür uyuşmazlıklarda dahi, alternatif çözüm mekanizmasının pek çok olayda başarılı sonuçlar doğurduğu ve uygulanmasına bir engel bulunmadığı düşüncesindedirler. Sonuçta, bir tarafın başlangıçta kötüniyetli sayılabilecek bir tutum içerisinde olması, değiştirilemeyecek ve karşılıklı iletişim içerisinde asla çözülemeyecek bir durum olarak algılanmamalı, taraflara, böyle bir durumda dahi, süreci yönetme ve yönlendirme imkanı tanınmalıdır ki, dava yoluna nazaran çok daha başarılı çözüm yolları belki de bu şekilde üretilebilecektir.

B. Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü Kapsamında, Kararlarımızı Etkileyen Farklı Dinamikler, Tehdit Olarak Algıladığımız İmgeler ve Etik Kavramlarının İrdelenmesi

Ticari uyuşmazlıklar temelinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasını incelerken, bazı kavramların konuyu aydınlatmakta yardımcı olabileceği ve bu alanda alternatif uyuşmazlık çözümünün tercih edilirliğini ve benimsenebilirliğini sorgulamak bakımından bazı sorulara yanıt olabileceği düşüncesindeyiz.

Ticari yaşam, işletmelerin ve ticaretle uğraşan kimselerin, varlıklarını devam ettirebilmek üzere rekabet içerisinde buldukları bir alanı ifade etmektedir. Bu anlamda, göz önünde tutulması gereken ve rekabet nedeni oluşturabilen pek çok faktör (piyasaların genel durumu, finansal araçlar, diğer işletmeler, tüketiciler, teknolojik gelişmeler ve ar-ge vb.) bir arada bulunmaktadır. Uyuşmazlık kavramının,

⁶⁰ **Kallipetis**, (Commercial).

⁶¹ **Halsey Case (2004)**, (http://www.adrnow.org.uk/go/SubPage_73.html), (erişim : 21.12.2009).

psikoloji ve sosyoloji bilimlerine ait disiplinlerle ne derece iç içe olduğunu açıklamıştık⁶². İşte bu nedenle, insan doğasından kaynaklanan rekabet hissini ve “tehdit olarak gördüğümüz (düşman) imgeler” olarak gördüğümüz etkenlerin, ticari uyuşmazlıkların doğumunda önemli rol oynadığını belirtmek yanlış olmaz.

Bu imgeler, insanın, içinde bulunduğu çevreden kendisine yönelen pek çok dış uyarının, tümü ile değil fakat, indirgenmek ve sınıflandırılmak suretiyle kaydedilmesi neticesinde, farklılıklar bilinçli şekilde gözardı edilerek oluşturulan genellemelere dayanmaktadır. Genelleştirmeler, bir yandan algılamayı kolaylaştırırken, diğer yandan da, yeterli bilgi ve deneyim sahibi olmaksızın hükümlere varmayı da beraberinde getirmektedir. Bu imgelerin oluşumu bakımından bir diğer etken ise, baştan beri vurguladığımız, insanın toplumsal bir varlık olmasının doğal sonucu olarak gelişen, içinde bulunulan topluluk içerisinde oluşturulan, toplumsal önyargılardır. Karmaşıklaşan olay, durum ve ilişkiler, kişileri önyargılar geliştirmeye itmektedir. Özellikle teknolojik gelişmeler, insan ilişkilerine ve ticari yaşama yeni bir boyut katmış, dolayısıyla yeni genel geçer yaklaşımlar ve önyargılar gündeme gelmiştir. Önyargılar pozitif ve negatif yönleri birlikte barındırırlar. Ancak önyargı oluşturma eğilimi içerisinde, olumsuz durumları genelleştirme eğilimi de mevcuttur. Ayrıca bu önyargı ve genellemeler, bir yandan belli bir grup içerisinde dayanışma hissiyatını geliştirirken, karşıt gruba karşı da olumsuz bir bakış yaratır. Toplumun kuralları, gelenekleri, dini inançları, güzel sanatlar ve diğer öğelerden oluşan kültürü, önyargıların benimsenmesi, sürdürülmesi ve kuşaklar boyu aktarılmasında temel etkindir. Tutucu, bağnaz ve saldırganlığı besleyen kültür yapılarında, bireylerin de önyargılara daha açık oldukları görülecektir. Bu önyargılar aynı zamanda çeşitli kitle iletişim araçları ile yaygınlaştırılmaktadır. Demokratik olsun olmasın, tüm toplumların, ister istemez geliştirdikleri ve yaygınlaştırdıkları önyargıları ve kalıplaşmış bakış açıları mevcuttur. Çıkar çatışmaları, “dost”, “düşman” imgelerini besleyen en önemli olgulardır. Dost imgesi, yapı itibariyle kırılabilir ve kolaylıkla ortadan kalkabilen ve hatta düşman imgesine dönüşebilen bir yapıdır. İnsanın ve insanın oluşturduğu en küçükten en büyüğe toplumsal yapıların,

⁶² Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/1/2/c.

hayatta kalma içgüdüğü ile oluşturduğu savunma mekanizmaları, zihnimizde bu imgeleri şekillendirir.⁶³

Bu düşman imgeler ile mücadele etmenin yolu arandığında ise, “hoşgörü” den medet umulmaktadır. Hoşgörü sözcüğü, Latince “tolerare” fiilinden gelmekte, dayanma, katlanma anlamını taşımaktadır. Felsefi ve siyasal anlamı ile ise, başkalarının düşünce ve kanılarını hoşgörme, onların da geçerliliklerine karşı tepki göstermeme ya da başkalarının düşünce ve kanılarını özgürce dile getirmesini ve düşüncelerine göre yaşamasını hoşgörme tutumu olarak ifade edilmektedir. Hoşgörünün hukukla ne yönden bağdaştığı sorusuna gelince, gerek özel hukukta gerek ceza hukukunda, bu kavram temelinde gelişmiş kurumların mevcut olduğu görülecektir. Borç erteleme, yapılandırma, mücbir sebep, konkordato vb. kurumlar aslında dayanağını bu kavramdan almaktadır. Keza temel hak ve özgürlükler ve yasaksız düşünce özgürlüğü de hoşgörü temelinde gelişmiştir. Elbette hoşgörü, her an için geçeli olabilecek bir davranış ve tutum değil, belli bir durum karşısında geliştirilebilecek bir davranıştır. Yazılı hukukta düzenlenmiş olması halinde ise, kişilere bunu talep etme hakkı tanımaktadır. Ancak bu kavramın, hukuk kuralları çerçevesinde uygulamaya geçirilmesinde, elbette belli sınırlar ve kurallar söz konusu olmalı, sınırsız ya da sürekli bir duruma katlanmayı içeren pasif bir davranış olarak alınmamalıdır. Aksi halde bu durum kötüye kullanılmaya müsait ve kendisinden beklenen yarar bir yana, zarar doğurucu bir niteliğe bürünebilecektir. Düşman imgelerin ortadan kaldırılmasında, tek başına hoşgörü kavramına sığınılması da elbette yeterli olmayacak, bu imgelerin yerleşmesine yol açan platformlardan özenle ve önemle temizlenmeleri gerekecektir.⁶⁴

Yine ikili ilişkileri, bununla birlikte toplum yapısını ve nihayet toplumlar arasındaki ilişkileri doğrudan etkileyen ve değiştiren bir başka önemli kavram da “etik” kavramıdır. Etik, ahlakın belirli bir alanda kurallaştırılmış, yükümlülüklerle dönüştürülmüş ve somutlaştırılmış görüntüsü olarak ifade edilebilir. Etik, aynı zamanda, felsefenin, insan yaşamında, “ödev”, “sorumluluk”, “erdem”, “doğruluk”, “yanlılık”, “iyi” ve “kötü” gibi kavramları soruşturan, iyi bir yaşamın nasıl olması

⁶³ **San Coşkun**, Düşman İmgeleri ve Hoşgörü, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara, 1995, s.59-84.

⁶⁴ **San**, s.59-84.

gerektiğini açıklamaya çalışan bir dalıdır. Davranışlarımızda önemsemediğimiz basit özensizlikler, bir süre sonra kanıksamalara, kanıksamalar yanlış ve temelsiz değer yargılarına, savunmacı ve saldırgan davranış biçimlerine ve nihayet adalet sistemini de bu bakış açıları çerçevesinde araç olarak görmeye dek uzanabilmektedir. Düşman imgelerin temizlenmesi ve hoşgörü ile ilgili kuralları ve ilkeleri olan bir sistem yaratılması gereği gibi, hak, adalet ve etik kavramları ile ilgili de, uyuşan ve zayıflayan hislerin canlandırılması gerekir ki, bunu gerçekleştirme yolu da, eğitimidir⁶⁵.

Uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü, bireylerin kendilerini ifade etme, açık, dürüst ve gönüllülükle hareket etmelerini içermekte olup, ancak bu yolla olumlu sonuç doğurabileceğinden, gerek etik kavramı, gerekse zihnimizdeki düşman imgeler ve bunlarla mücadele anlamında hoşgörü kavramı bu alanda üzerinde durulması gerekli kavramlardır. Özellikle ticari yaşamın yukarıda da ifade ettiğimiz kendine özgü doğası içerisinde, dürüstlük, güven, etik gibi çoğu zaman yazılı kurallar şeklinde düzenlenmeyen, fakat ticari yaşamın temelini oluşturan prensipler önemini yitirmeye başladığında, ticari yaşamın, ekonominin ve nihayet genel anlamda insan yaşamının bundan ciddi şekilde olumsuz etkilendiği tecrübe edilmiştir.

Yargısal prosedürlere başvurmak, kişilerin birbirlerini süründürmekle tehdit edecekleri ya da yalnızca zaman kazanmak için kullanacakları bir kavram olmaktan çıkmalı, hâkimler, aslında görevli olmaları gerekmeyen bir çok formalite denebilecek işler ile uğraşan sıradan memurlar olmamalı, avukatlar, yaptıkları işi, sıradan bir ticari iş olarak görmemelidirler.⁶⁶

Alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının ve arabuluculuğun gerçekleştirmeye çalıştığı belki de en önemli amaçlardan biri, mahkemeler önündeki iş yükünün azaltılmasının ötesinde, kişilerin uyuşmazlık kavramına ve yargı sistemine bakış açılarını değiştirebilmek, insanların uyuşmazlıklar karşısındaki davranış biçimlerinde olumlu değişiklikler yapabilmektir. Bunun doğal sonucu da, yargı sisteminin gereksiz ve sistemi tıkanma noktasına getiren bir iş yükünden

⁶⁵ **Özekes Muhammet**, Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu, Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/6, s.116.

⁶⁶ **Özekes Muhammet**, Ülkemizde Yargı Etiği Sorunlarına Örneklerle Bir Bakış, Yasama ve Yargı Etiği Alanındaki Gelişmeler Uluslararası Konferansı, Ankara 2009, (www.coe.int/t/dghl/.../TYEC_Muhammet_Ozekes-Yargi_Etigi.pdf) (erişim: 21.12.2009).

arınması, ticari yaşamda ve kişiler arasındaki ilişkilerde daha sağlıklı bir ortamın oluşması olacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili gerek İngiltere, gerekse Avrupa Birliği düzeyinde ve diğer sistemlerde belirtilen, adalete erişimi sağlama⁶⁷, bireylerin eşitliğini temin etme, güç dengelerini gözetme, uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı tatmin olmaları sonucu ortaya koymaya çalışma, dünya çapında belli bir yeknesaklık ile uygulanabilme ve böylece sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümü bakımından efektif bir araç olma, etik kavramlar ve değerler üzerine bina edilme gibi özellikler, genel olarak, hukuk etiğinin doğru uygulanması⁶⁸ ile de amaçlanan hususlardır. Bu bakımdan, alternatif uyuşmazlık çözümü, esasen hukuk etiğini gerçekleştirme ve geliştirmeyi amaç edinmektedir.

Avrupa Birliği düzeyinde, bilhassa sınır ötesi ticari ya da finansal uyuşmazlıklar bakımından oluşturulan online uyuşmazlık çözüm sistemleri ile ilgili istatistikler, kişilerin, farklı bir üye ülkedeki kurumdan hizmet almayı tercih etmediklerini, bu konuda güvensizlik ve stres yaşadıklarını ortaya koymaktadır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğimiz gibi⁶⁹, alternatif uyuşmazlık çözümüne karşı bakış açıları henüz yakın geçmişte olumlu denebilecek bir düzeye ulaşmış olup, etik kavramının yozlaşması neticesinde ortaya çıkan, kişilerin birbirlerine karşı güvensizlikleri, böyle bir sistemin uygulamaya geçmesi ve yaygınlaşmasının önündeki en önemli engellerden birini oluşturmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının ve arabuluculuğun yaygınlaşabilmesi ve işlevini gerçekleştirebilmesi, öncelikle doğru anlaşılabilmesi, algılanabilmesi ve bu husustaki ön yargıların bir kenara bırakılması ile, diğer yandan ise, bu sistemlerin mümkün olduğunca en kolay gerçekleştirilebilir ve erişilebilir şekilde düzenlenmesi ile olacaktır.

⁶⁷ Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. : **Özbek Mustafa**, Sosyal Devletin Gereği : Adalete Erişim, MİHDER, 2006/2, s. 907 vd.

⁶⁸ **Aslan Betül**, Hukuk Etiği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/6, s.2561.

⁶⁹ Aşa. BİRİNCİ BÖLÜM/III/A/b.

C. Alternatif Çözüm Yöntemlerine Yönelişte Hukukun Belirsizliği Kavramının Olası Etkileri

Alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk mekanizmalarına yönelik eleştiriler ya da olumsuz düşüncelerin önemli bir kısmı, belirsizlik kavramı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tarafların tamamıyla özgür iradeleri ile dahil oldukları bu süreçten, diledikleri zaman çekilebilme hakları olduğu gibi, sürecin devamı halinde de, nasıl sonuçlanacağı ve sonuçlandıktan sonra oluşabilecek durumlar ve bu halde alınabilecek önlemlerin öngörülememesi çekinceli bir bakış açısı yaratmaktadır.

Peki yargı süreci belirli bir süreç midir ? Hukuk kurallarının, yargı makamınca somut vakıalara uygulanması bakımından, hukukun belirsizlik problemi, uzun yıllar tartışılmıştır. Bu konuda bir kısım görüşler, hâkimlerin kararlarını hukuk kurallarının belirlediğini öne sürerken (hukuki formalistler), diğer bir kısım, hukuk kurallarının önemli bir rol oynadığını kabul etmekle birlikte, hâkimlerin kararlarında başka etkenlerin de rol oynayabileceğini belirtmekte (hukuki realistler) , üçüncü bir grup ise, hukuk kurallarının hiçbir etkisi olmadığını ve hâkimlerin istedikleri kararı haklı gösterebilecek hukuki temeli ortaya koyabileceklerini benimsemektedir. Gerek benzer hukuki uyuşmazlıklara ilişkin farklı mahkeme ve farklı yüksek mahkeme kararları ve gerekse kararlarda yer alabilen karşı oylar, karşılaşılabilecek uyuşmazlıklarda her zaman tek bir cevabın olmadığını ortaya koymaktadır. Hukuki pozitivistler ise, meseleye iki yönden yaklaşmakta, uyuşmazlıkları “standart davalar” ve “gölgeli alandaki uyuşmazlıklar” olarak ayırmaktadırlar. Standart davalar bakımından, hukuki formalistlere katılmakta ve bu tip uyuşmazlıklar, hukuk kurallarıyla doğrudan ilgili olduklarından, hâkimlerin takdir yetkisini kullanmalarının söz konusu olmayacağını belirtmektedirler. Ancak geniş ve önemli alanlarda, hâkimlerin takdir yetkisi söz konusudur ki bu da hukuki belirsizlik kavramını getirmektedir. Bu yaklaşıma karşı çıkanlar, davanın niteliğini ayırt etme ve ona göre seçim yaparak ilgili hukuk kuralını uygulamayı da, takdir hakkının bir parçası olarak ifade etmektedirler. Yani davanın standart ya da standart dışı olarak tanımlanması da yargıcın bir seçim yapmasını gerektirmektedir. Kolay davayı, zor davadan ayırmak o kadar da basit bir iş değildir. Ancak zor davalar, genel olarak, o

davaya uygulanacak hukuk kuralının belirli olmadığı, hukukî materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalar olarak ifade edilebilir. Davaya dayanak oluşturan hukuk kuralının açıklığı da burada önemli bir etkidir. Zor dava bakımından, hukukun ne şekilde anlaşılması gerektiğine dair birden fazla argüman mevcuttur. Burada hâkim takdir yetkisini kullanacak ve bir karar verecektir. Peki hâkim bu konuda tamamen özgürce mi hareket etmektedir ? Bizim hukuk sistemimizde, yargıcın hukuk yaratabilmesi için, ilgili konuda, kanunda ve örf –adet hukukunda bir düzenlemenin mevcut olmaması gereklidir. Yine hâkim, kendisi kanun koyucu olsa idi, nasıl kural koyacak idiyse, ona göre karar verecektir⁷⁰. Buradaki kanun koyma, muhakkak genel anlamda bir yasama faaliyetini değil, somut olay bakımından söz konusu olan bir faaliyettir ki, bu faaliyet, yine hukukun rehberliğinde, hukukî ve ahlakî ilkelere, hakkaniyete uygun olarak gerçekleşecektir. Dolayısıyla her türlü etkenden bağımsız ve tamamen bilinemez bir hukuk yaratma faaliyeti söz konusu değildir⁷¹.

Elbette hâkimlerin de kendi ön yargıları ya da farklı ideolojik ya da siyasal tercihlerle verdikleri kararların ya da kendilerinin dahi bilincinde olmadıkları bilinç dışı etkenler ile verilmiş kararların mevcudiyeti söz konusu olabilir. Yani böyle bir durumun hiçbir şekilde mevcut olmadığı ya da olamayacağını ileri sürmek de gerçekçi bir yaklaşım oluşturmaz. Ancak hukuki belirsizlik kavramına yaklaşım ne olursa olsun, hâkimlerin temel olarak görevini iyi yapan hâkimler olduğu düşüncesinden hareketle, hukuku somut uyuşmazlığa uygularken de bu temelde hareket edeceklerini genel geçer olarak kabul etmek, buna güvenmek, bu varsayımı güçlendirmek zorundayız.⁷²

Bu açıklamalar ışığında, bir dava sürecine başvurulduğunda, süreç boyunca ortaya çıkacak aşamalar aşağı yukarı baştan itibaren görülebilir olabileceği gibi, karmaşık ve kapsamlı uyuşmazlıklar bakımından aksi de söz konusu olabilecektir. Ticari uyuşmazlıklar bakımından, ilgili alanda hukukî düzenlemenin ya da ticarî örf

⁷⁰ “**TMK Madde 1.-** Kanun, sözüyle ve özüyle deşindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

⁷¹ **Özkök Gülriz**, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, C. 51, s.1 vd.

⁷² **Özkök**, s.1 vd.

ve adet kurallarının mevcut olmadığı uyuşmazlıklar, bu kapsamda, yani hukukî belirsizliğin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar olarak değerlendirilebilir. Esasen bir hukuk kuralının mahkemece somut olaya uygulanması ya da hukuk kuralı yaratılması gereği var ise, ilgili uyuşmazlık alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulanmasına elverişli görülmemektedir. Bununla birlikte, kompleks ve kapsamlı bazı uyuşmazlıklar, yargı sürecinin ve mahkemenin sağlayabileceğinden daha esnek, çeşitli ve yaratıcı çözümlere ihtiyaç da duyabilirler.

Özetle, belirsizlik, uyuşmazlık çözümünün her alanında, belli durumlarda ve belli ölçüde söz konusu olabilir. Bu durumun olumsuz bir yön ve salt alternatif uyuşmazlık çözümünden kaçınmak üzere bir neden olarak alınmaması, uyuşmazlık bakımından uygulanabilecek en uygun çözüm yolunun geniş bir perspektif ve pozitif bir bakış açısı ile belirlenmesinin yarar sağlayacağı düşüncesindeyiz.

III - UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

A. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri

Uyuşmazlık kavramı, yukarıda çeşitli açılarıyla açıkladığımız gibi, insan yaşamının doğal bir parçası olup, tarih öncesi dönemden bu yana tartışılmalıdır. Bir arada yaşamın doğal sonucu olarak, toplumsal yaşamın belli kurallar çerçevesinde yürütülmesine ilişkin ilk gelişmeler ile birlikte, bu kuralların uygulanması aşamasında, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları da ortaya çıkmaya başlamıştır. Toplumsal yaşamın gelişme düzeyi ile birlikte, yargı erki belli bir dönem süresince dinî inanç ve kurallardan etkilenerek ve din ile iç içe gelişmiş, sonrasında dinî inanç ile adalet kavramı ve hukuk kurallarının birbirinden ayrılması gereğini savunan görüşler doğrultusunda, bir kısım topluluklar, yargı mekanizmasını, devletin tarafsız ve bağımsız mahkemelerince ve belirlenmiş usûl kurallarına uygun olarak işlemek üzere oluşturmuştur. Bununla birlikte, günümüzde farklı hukuk kavram ve sistemleri de varlığını sürdürmektedir. Devletin tarafsız ve bağımsız Mahkemeleri eliyle yürütülen yargı mekanizması içerisinde, uyuşmazlık kesin bir hükümlerle nihaî olarak çözümlenmekte, bu süreçte yapılan tüm faaliyetlere ise yargılama faaliyeti

denilmektedir. Bu nedenle, dava yolu ya da yargısal usûller, kısaca uyuşmazlığın devlet yargısı önünde çözümlenme yolu olarak tanımlanabilmektedir⁷³. Uyuşmazlık yargı önüne taşındığında, taraflar bizzat veya avukatları aracılığıyla, konunun belirlenen usûl ve kanunlara göre, toplumsal kabul görerek yetkilendirilmiş bir hâkim tarafından karara bağlanmasını talep etmektedirler.

Uyuşmazlığın yargısal yoldan çözümü, bu yola başvurmayı tercih eden taraf nezdinde gönüllü bir prosedür izlenimi yaratsa da, dava yolu başladıktan sonra, tarafların taleplerini belli oranda yargılama giderlerine katlanmaksızın geri çekmeleri mümkün değildir. Yine yargısal usulde, sonuç olarak tarafların seçecekleri bir çözüm yolu değil, mahkemenin karar vereceği bir çözüm yolu uygulanacaktır.

Meydana gelen bir uyuşmazlığı yargıya başvurmaksızın, yargı yoluna alternatif ya da yardımcı olarak çözümlenmesini amaçlayan tüm yollara, kısaca alternatif uyuşmazlık çözümleri denilmektedir. Konu üzerine ortak bir görüşün olmaması yanında, bazı hukukçular alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargıya kesinlikle bir alternatif olamayacağını savunmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözümü, basit kavgalardan boşanmalara, yerel ticari uyuşmazlıklardan büyük çaptaki uluslararası uyuşmazlıklara kadar geniş bir alana hitap ettiğinden kapsamı da oldukça tartışmalıdır.

Tüm bunlara rağmen, genel kanı, herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda, konunun yargıya taşınmadan, tarafların ortak iradesi doğrultusunda belirlenen üçüncü bir kişi ya da kişiler tarafından çözümlenmesinin tercih edilebilecek en iyi yollardan biri olduğu yönündedir. Bu sayede uyuşmazlık kamusal bir boyut kazanmadan, mümkün olan kısa süre içerisinde, her iki tarafın da karşılaşacağı zararları en aza indirerek çözümlenebilmekte, toplumsal barış ve huzurun sağlanması adına daha yapıcı adımlar atılabilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri her ne kadar yaygın olarak kullanılmasa da, yargı yoluyla çözümün giderek daha karmaşık hale gelmesi, hem maddi hem de manevi olarak daha maliyetli hale dönüşmesiyle gün geçtikçe yaygınlaşan bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. "Günümüzde batı toplumlarında, aralarında uyuşmazlık çıkmış olan kişilerin bu uyuşmazlıkların üçüncü bir kişinin dostane

⁷³ **Özbek Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 61.

müdahalesiyle çözülmesini öngören çabaların, kişiler için en elverişli sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir”⁷⁴. Bu çerçeve doğrultusunda, yargılama sürecinin beklenen süreden çok daha uzun sürmesi, yargı organlarının ağır iş yükü altına girmesi, tarafların birbirleriyle olan iyi ilişkilerinin devamını ve uyuşmazlığın bir an önce çözülmesini arzu etmeleri gibi nedenlerden dolayı, alternatif uyuşmazlık çözümü gelişmiş ülkelerde hızla yargı yerine özendirilmektedir⁷⁵. Fakat alternatif uyuşmazlık çözümlerinin hangi alanları kapsayacağı ve süreç boyunca izlenecek yollar üzerinde yargısal çözüm yollarında olduğu kesin kurallar olmadığından, kullanımın yaygınlaşması istenilen boyutlarda olamamaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri kısaca bir uyuşmazlığın yargı organları önüne çıkarılmadan çözümlenmesini sağlayan her türlü yonteme verilen genel isim olarak tanımlansa da⁷⁶ dikkat edilmesi gereken birçok nokta içermektedir. Öncelikle terimde belirtilen "alternatif" kelimesi, uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümünün yerine geçen yöntemler anlamına gelmemesi gerektiğini belirtmek büyük bir önem arz etmektedir. “Alternatif” kelimesinin marka haline dönüştürülmesi, çözüm yöntemleri arasında kutuplaşma riskini de beraberinde getirmektedir⁷⁷. Buradaki maksat, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların yargı önüne getirilmeden çözülebilmemesinin yollarını aramaktır. Zira alternatif uyuşmazlık çözümü yargının yanında yer alan hukuki ve barışçıl çözümler bütünüdür⁷⁸. Yoksa, yargının tamamen dışarıda bırakıldığı anlamına gelmez. Eğer, bu alternatif yollarla sonuç alınamazsa, o zaman yargı yoluna başvurulabilecektir, bu yolun kural olarak kapatılması söz konusu değildir.

Esasen, uyuşmazlıkların çözümü için gerek hukukçular gerekse halk arasında ilk akla gelen yol yargı organlarına başvurmak olsa da, bu yöntem aslında başvurulması gereken en son yoldur⁷⁹. Çağımızda nüfusun ve iletişim tekniklerinin hızla artması, ilişkilerin giderek daha karmaşıklaşmasına sebep olmuştur. Bu yoğun ilişkiler yumağı içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar da gün geçtikçe artmakta ve

⁷⁴ **Özbek Mustafa**, Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441.

⁷⁵ **Biçkin İnci**, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD 2006/7, s. 39.

⁷⁶ **Stitt**, s.14, **Brown Henry/Marriot Arthur**, ADR Principles and Practice, London 1999, s. 12.

⁷⁷ **Yıldırım M. Kamil**, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alagonya için Armağan, İstanbul 2007, s. 339.

⁷⁸ **Tanrıver Süha**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları : Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.155.

⁷⁹ **Pekcamitez /Atalay /Özekes**, s.37.

çeşitlenmektedir. Bu şartlar altında, tüm uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözülmeye çalışılması, yargı birimleri üzerindeki baskıyı da arttırmakta, yargı sürecinin masraflı ve uzun süren bir hal almasına neden olmaktadır. Bunun yanında uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümüne başvurulması halinde söz konusu uyuşmazlık sadece tarafları ilgilendirmekle kalmayıp yargıyı da barındıran üçlü bir ilişki haline gelmektedir. Bu süreç hem taraflar hem de toplum açısından çeşitli maddi ve manevi zararlar doğmasına yol açmaktadır. Yargılama süreci, tarafları “kazan-kaybet” mantığıyla hareket etmeye ittiği için, taraflar arasındaki ilişkilerin bir daha onarılamayacak boyutlara ulaşmasına neden olabilmektedir⁸⁰. Yargılama süreci boyunca taraflar uyuşmazlık üzerindeki kontrollerini tamamıyla kaybetmeseler de, verilen nihai karar hukuk kurallarına dayanan, zorlayıcı bir nitelik arz etmektedir⁸¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğu incelerken görüleceği üzere, yargı sürecinde, taraflar, iletişimsel anlamda birbirlerinden uzaklaşmakta ve araya giren kişi ve unsurlar, zaman zaman, tarafların gerçek iradeleri ve uyuşmazlığa yaklaşımlarını farklı bir noktaya taşıyabilmektedir. Uyuşmazlık nihai bir karar ile çözülmekle birlikte, bu kopukluk ve iletişimsizlik ortamı, toplumsal yaşamda, ilişkilerin de devam ettirilememesi sonucuna yol açabilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, psikoloji ve sosyoloji bilimlerine ait disiplinleri ve yaklaşımları da içerdiğinden, insan doğasına ve ihtiyaçlarına daha fazla cevap verecek nitelikte olması nedeniyle giderek daha fazla tartışılmakta ve önem kazanmaktadır.

Özetle, uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözülmesi, nihai ve bağlayıcı kararlarla sonuçlansa da yukarıda kısaca özetlenen olumsuz tarafları da beraberinde getirdiğinden, başta hukukçular olmak üzere toplum tarafından alternatif uyuşmazlık çözümü yolları aranmaktadır.

⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 37.

⁸¹ Moore, s.10; Özbek, s.66.

1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Doğuşu ve Gelişimi

a. Avrupa Birliği Düzeyinde

Avrupa Birliği düzeyinde arabuluculuk çözüm yoluna ilişkin mevzuatı çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak inceleyeceğiz. Bu bölümde ise, Avrupa Birliği'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimine dair bir zaman çizelgesi vermeye çalışacağız.

Birlik düzeyinde, alternatif çözüm yollarının gelişmesine dair ilk adım, 1993 yılında Hükümetlerarası Brüksel Zirvesi'nde⁸² atılmış, Avrupa Birliği kurucu antlaşması (Maastricht Anlaşması) yeniden gözden geçirilmiştir. 1997 yılında hazırlanan Amsterdam Anlaşması⁸³ ile hukukî uyuşmazlıklar bakımından, Konseyin, özellikle de sınır ötesi özellik gösteren meselelerde, yargısal işbirliğini temel alan düzenlemeler yürürlüğe koyacağı, bunun gerekli olduğu ölçüde, üye devletler mevzuatının uyumlaştırılmasını da kapsayacağı kararlaştırılmıştır. Bu Antlaşma Mayıs 1999'da yürürlüğe girmiştir.

30 Mart 1998'de Komisyon, tüketici uyuşmazlıkları bakımından, mahkeme dışı çözüm mekanizmalarınca uygulanacak prensiplere dair bir 98/257/EC sayılı Tavsiye Kararı'nı⁸⁴ yayınlamıştır. Bu tavsiye kararında, ilgili mekanizmaların, bağımsızlık, tarafsızlık, şeffaflık, tarafların karşılıklı olarak iddia ve savunmalarını özgürce ifade edebilmeleri, verimlilik, hukuka uygunluğu temel alma, özgürlük, bir üçüncü kişiye temsil edilebilme yahut danışmanlık alabilme gibi hususları temin etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine 1998 yılında, Komisyon, Amsterdam Antlaşması'nın özgürlük, güvenlik ve adalete dair hükümlerinin en iyi uygulanabilmesini sağlayacak bir Aksiyon Planı'nı önerisi⁸⁵ getirmiştir. Daha ziyade aile hukuku uyuşmazlıklarını konu alan bu

⁸² **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level,(http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim : 21.12.2009).

⁸³ **European Union**, Treaty of Amsterdam.

⁸⁴ **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level,(http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim : 21.12.2009).

⁸⁵ **EU Justice and Home Affairs Council**, Action Plan of the Council and the Commission on How Best To Emplement The Provisions Of The Treaty Of Amsterdam On An Area Of Freedom, Security and Justice.

plan çerçevesinde, Birlik düzeyinde, boşanma ilamlarının yürütülmesine dair etkin mevzuat çalışmalarının yapılması, aile hukuku uyuşmazlıklarında yargı dışı yöntemlerin geliştirilmesi, aile taşınmazlarının yönetimi bakımından, uygulanacak hukuk, yargılama, yürütme, tanıma ve tenfiz işlemlerine ilişkin yasal enstrümanların geliştirilmesi, sınır ötesi özellik taşıyan uyuşmazlıklar bakımından, acil önlemlerin alınmasını temin edebilecek sivil prosedür araçlarının oluşturulması hedeflenmiştir. Bu plan, aynı yıl Komisyonca da onaylanmıştır.

Avrupa Konseyi, 1999 yılında Finlandiya Tampere’de⁸⁶ toplanmış, bu Zirve kapsamında, Birliğin, baştan itibaren bir adalet, özgürlük ve güvenlik ağı olarak kurulduğu; aynı zamanda üyeleri bakımından, ortak pazar, ekonomik birlik ve global ekonomik ve siyasi değişimlere karşı dayanışma avantajını içerdiği, bu özgürlük ve güvenlik ağının, vatandaşların yargısal mercilere efektif erişimini de kapsadığı, sistemler arasındaki farklılıkların suçluların yararlanabileceği bir ortamı oluşturmaması gerektiği, bu anlamda Birlik standartlarının ve Birlik düzeyinde yargısal anlamda işbirliği oluşturulmasının zorunlu olduğu, bu kapsamdaki çalışmaların, ortak yargısal prosedür düzenlemeleri ve uygulamaları ile yargı dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını da içine alması gerektiği ifade edilmiştir.

2000 yılı Mart ayında, EEJ-NET (European Extra Judicial Network – Avrupa Yargı Dışı Çözüm Ağı)⁸⁷ oluşturulmuştur. Bu sistemin amacı, tüketici uyuşmazlıkları bakımından, Avrupa düzeyinde farklı bölgelerde ve farklı kuruluşlarca yürütülen sistemleri uyumlaştırmak ve daha verimli işlemlerini sağlayabilmek olmuştur. Evvelce, bu sistemlerin sağlanması gereken temel prensipler vurgulanmıştır. Bununla birlikte, kendi içinde üye devlet hukuklarının birbirinden farklı olmasının getirdiği çok seçenekli durum, sınır ötesi uyuşmazlık içinde bulunan tüketici bakımından zor bir durum yaratmaktadır. Sistem, Cleaning House (Netleştirme Merkezi) olarak isimlendirilen merkezlerin oluşturulmasını öngörmüştür. Bunlar, her üye devlette oluşturulacak ve problem yaşayan tüketiciye, ilgili üye devlette izlemesi gereken yollar ile ilgili yardımcı olacaktır. Bu anlamda da, ilgili üye devletteki merkez ile iletişim içinde olacaktır. Bu merkezler, uyuşmazlık bakımından en uygun olacak süreci diğerleri arasından filtreleme, tüketiciye yol gösterme, ayrıca şikayeti ile ilgili

⁸⁶ **Council of Europe**, Tampere Meeting Conclusions.

⁸⁷ **Commission of the European Communities**, Commission Working Document and Commission Proposal on EEJ-NET.

dokümanların hazırlanması ve sürecin yürütülmesinde de hizmet sunma işlevlerini yerine getirmiş olacaklar, yanısıra, Kurumlar, tüketiciler, uyuşmazlıklar ile ilgili oldukça geniş birer veri bankası olma özelliği göstereceklerdir. Bu da sistemin verimliliğinin denetlenmesi ve geliştirilebilmesi bakımından yol gösterici olacaktır. Üye devletlerin, bu merkezlerin işleyişini mümkün olan en kolay ve efektif hale getirmek üzere, bürokratik engelleri mümkün olduğunca ortadan kaldırmaları istenmiştir. Komisyon tarafından, 2001 yılında, tüketicilerin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm hizmetlerine erişimi onaylanmış, takip eden dönemde ise, tamamlayıcı olarak FIN-NET⁸⁸ sistemi oluşturulmuştur. 2001 yılında, Komisyonca, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm sistemlerinin sahip olması gereken temel özellikler, Tavsiye Kararı biçiminde yayınlanmıştır. Nihayet 2001 Mayıs ayında, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklar Bakımından Avrupa Yargı Ağı'na ilişkin 2001/470/EC sayılı Konsey Kararı⁸⁹ ortaya çıkmıştır. Bu karar kapsamında, yukarıda açıkladığımız, uyuşmazlık çözüm merkezlerinin ne şekilde oluşturulacağı ve görev yürüteceği ile birbirleri arasındaki ilişkiler detaylı olarak düzenlenmiştir.

2001 Kasım ayında ise, mevcut sistemlere ek olarak ve verimliliği arttırmak üzere SOL-VIT (Effective Problem Solving in the Internal Market – İç Pazarda Etkili Uyuşmazlık Çözüm Sistemi)⁹⁰ geliştirilmiştir. İç Pazar, üye devlet vatandaşları ve işadamları için pek çok olanak sunmaktadır. Buna karşın bazen, hatalı uygulamalar, yanlış anlamalar ya da uyuşmazlıklar oluşabilmektedir. Bu tür durumlarda, verimli ve süratli bir çözüm mekanizması çok önemli bir ihtiyaçtır. Konuların yargı sürecine intikali, oldukça uzun ve masraflı bir süreci doğurmaktadır. Halihazırda var olan EEJ-NET ve FIN-NET gibi sistemler, tüketici uyuşmazlıkları odaklı çalışmaktadır. Ancak İç Pazar kurallarının, üye ülkelerce hatalı uygulanmasından da sorunlar doğabilmektedir. Dolayısıyla C2A (Consumer to Administrative Authority / Tüketici – Kamu Otoriteleri arasında), B2A (Businessman to Administrative Authority / İş Sahibi – Kamu Otoriteleri arasında) uyuşmazlıklara ilişkin de bir sistem ihtiyacı doğmuştur. Bunun yanısıra, Kişiler ve kurumlar, sorun olduğu zaman

⁸⁸ **Commission of the European Communities**, Press Release on FIN-NET.

⁸⁹ **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level, (http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim: 21.12.2009).

⁹⁰ **Commission of the European Communities**, Commission Communication on SOL-VIT.

başvuracakları adresi bilme ihtiyacındadır ve bunun tek bir adres olması talep edilmeye başlanmıştır. Farklı kural, işleyiş ve uygulamalar arasında da belli ölçüde uyumlaştırma gereği ortaya çıkmıştır. 1997 Aksiyon Planı çerçevesinde, üye devletler, birer İç Pazar Koordinasyon Merkezi ve İletişim Noktası oluşturmuşlardır. 3 yıldır uygulamada bulunan bu ağ, Komisyonun çalışmaları sonucunda, yeterli görülmemiş, bu husustaki çalışmaların geliştirilmesi gerektiği kanısına varılmıştır. İstatistikler kapsamında, en yaygın uygulamanın İngiltere’de olduğu gözlenmektedir. Problem çözmenin ötesinde, problemin doğmasını azaltmaya yönelik, daha verimli ve güçlü bir yaklaşımın ortaya konması ve bilgi teknolojilerinden mutlaka üst düzeyde yararlanılması gerekli görülmektedir. Bu anlamda, 2002 yılı sonuna kadar, Birlik düzeyinde geniş bir çevrim içi bilgi bankasının oluşturulması, ortak prensiplerin belirlenmesi, bilgilendirme ve bilinirliğin artırılması, sorunların kökenine inmek suretiyle çözüm üretilmesi ve sorun oluşmasının engellenmesine yönelik bakış açısının oturtulması hedeflenmiştir. Özetle SOL-VIT sistemi, sınır ötesi uyuşmazlıklar ile ilgili olarak ve kanuni prosedürlere henüz konu olmamış uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak, başvuru öncesinde süreç ile ilgili detaylı bilgilendirilecek; Merkez Koordinasyon Ofisi uyuşmazlığı çözüme ile ilgili görevli olacak, Yerel Koordinasyon Ofisi ise başvurucuyu gelişmelerden düzenli bilgilendirecek, aynı zamanda denetleyici bir görev üstlenecek, iki ofis arasında, en iyi sonucu yaratmak üzere üst düzeyde işbirliği söz konusu olacak ve prosedürler kayıt altına alınacaktır. SOL-VIT Sistemi içerisinde bu prosedürlerin en fazla on haftalık bir süreçte çözüme ulaştırılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Üye devletlerin, bu hizmetleri yeterince tanıtamadığı ve anlatamadığı belirtilmiş, hem üye devletlerden, hem de hazırlık sürecindeki aday üye ülkelerden, bu hususta gerekli çaba ve hassasiyeti göstermeleri, bu sistemlerin güvenilir, kolayca erişilir ve verimli bir şekilde uygulanır hale gelmesi istenmiştir.

2002 yılında Komisyon, hukukî ve ticarî konularda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uygulanması ve bu hususta Birlik düzeyinde alınacak inisiyatif ile bir Yeşil Kitap hazırlamış, çeşitli kurum ve kuruluşların geri bildirimleri de dikkate alınarak, bu hususta 2006 yılına dek Birlik düzeyinde yapılacak çalışmalar,

743/2002/EC sayılı Direktif⁹¹ ile kabul edilmiştir. Yeşil Kitap ile ilgili çalışmalar, İskoçya ve büyük ölçüde İngiltere bakımından, Birlik düzeyinde bir sistemin oluşturulmasının uygun ve gerekli olmadığı itirazı ile karşılaşmıştır. Eleştiri noktaları da dikkate alınarak, çalışmalar devam ettirilmiştir.

2004 yılında Arabulucu Meslek Kuralları hazırlanmış ve yine aynı yıl, Hukukî ve Ticarî Konularda Arabuluculuk Çözüm Yoluna Dair Taslak Direktif⁹² yayınlanmıştır. Bu hususta da çeşitli kurum ve kuruluşlar ile Birlik Kurumlarının görüşleri toplandıktan sonra, Direktif⁹³ 23 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş, üye devletlerden 21 Mayıs 2011 tarihine kadar mevzuatlarını uyumlaştırmaları istenmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Avrupa Birliği düzeyinde, mevzuat yoluyla, verimli bir şekilde geliştirilmesine çalışılmakla birlikte, bu konudaki direnme noktaları da üç ana başlıkta toplanabilir⁹⁴ :

➤ *Profesyonellerin, buldukları yerdeki yargı sisteminin ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olduğuna dair görüşleri* : Bu yaklaşım, yargısal sistemin pek çok ülkede içinde bulunduğu aşırı iş yükü ve keza yerel hukuk sistemlerinin özellikle de uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümü bakımından verimli olmayışı karşısında kabule şayan olmadığı düşünülmektedir. Keza alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki bilgi eksikliği de, yapılan değerlendirmeleri temelsiz kılabilmektedir.

➤ *Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin Amerikan Hukuk Sistemi ile uyumlu olup Avrupa Hukuk Sistemleri ile uyumlu olmadığı görüşü* : Alternatif uyuşmazlık çözümünün Amerika'nın yanı sıra, uzun süreden beri İngiltere'de de büyük gelişme kaydetmiş olması, yargı organlarının içinde bulunduğu problemlerin,

⁹¹ **Council of Europe**, Council Regulation No 743/2002 establishing a general Community framework of activities to facilitate the implementation of judicial cooperation in civil matters.

⁹² **Commission of the European Communities**, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Brussels, 22.10.2004.

⁹³ **Clift Rhys**, Mediation : The new European Directive, (<http://www.civilmediation.org/files/pdf/Mediation+the+new+European+Directive.pdf>) (erişim :21.12.2009).

⁹⁴ **Clarke Sir Anthony**, Master Of The Rolls, The Second Civil Mediation Council National Conference, "The Future Of Civil Mediation", Birmingham , 08 May 2008; **Kuner, Christopher**, Legal Obstacles to ADR in European Business-To-Consumer Electronic Commerce, (<http://www.kuner.com/data/pay/adr.html>) (erişim:21.12.2009).

iş dünyasının ihtiyaçlarının, sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından yaşanan sıkıntıların büyük oranda benzer olması bu husustaki itiraz noktalarını bertaraf etmektedir.

➤ *Avrupa'nın Karmaşık Yapısı* : Dil, kültür ve hukuk sistemleri bakımından Avrupa Birliği ülkelerinin birbirinden farklı yapısının, alternatif uyuşmazlık çözümleri ile ilgili ortak bir sistem geliştirilmesinin önünde engel olduğu, bu nedenle her ulusal sistemin, bu mekanizmaları kendi dinamikleri içerisinde geliştireceği ifade edilmektedir. Ancak Birliğin, bu alanda getirilmesi gerekli çerçeve düzenlemeleri önerdiği, bu asgari düzenlemelerin de sistemin temel noktalarını teşkil ettiği, keza Birlik düzeyinde geniş bir alanda İngilizcenin ortak dil olarak paylaşıldığı gibi hususlar göz önüne alındığında, Birlik düzeyinde benzer ve uyumluluk gösteren bir sistemin geliştirilmesinin hayal olmadığını düşünmekteyiz.

b. İngiltere'de

İngiliz Hukuku'nda arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yolları, pek çok kaynağa göre, özellikle 1990'lı yıllardan bu yana gelişmiş yöntemler olarak ifade edilmektedir. Ancak aslında, M.S. 12. yüzyıla kadar olan dönemde, bu anlamda kural ve uygulamaların mevcut olduğu bilinmektedir. Bunlar, her ne kadar tam anlamıyla bugünkü düzenlemeler ile karşılaştırma imkanı vermese de, bugünkü uygulamaların temellerini oluşturması bakımından incelemeye değer ve önemlidir. Zira, tarihte çeşitli uygarlıklar boyunca, uyuşmazlığa ve çözümüne bakış açılarında gelişen bazı temel eğilimler, varlığını sürdürerek bugünlere gelmiştir.

İngiliz Hukuk sisteminin tarihsel süreçteki gelişiminde, II. Henry tarafından ilk medeni hukuk sisteminin yaratılmasına kadar olan süreci kapsayan çok fazla kaynak mevcut değildir. Bunun temel nedeni, bu dönemlere ilişkin çok sayıda yazılı kaynağın mevcut olmaması, mevcut olan kaynakların parça parça ve sadece resmin bir bölümünü görmeye imkan veren şekilde günümüze ulaşabilmiş olmasıdır. Ancak bu dönemlerde, uyuşmazlık çözümü bakımından arabuluculuk ve tahkimin ilk örneklerine rastlamaktayız⁹⁵. Uyuşmazlıkların oluşumu ile uyuşmazlıklar karşısında insan davranışları bakımından olduğu gibi, uyuşmazlıkların çözümü bakımından

⁹⁵ Collas J.P., Selden Society (Year Books of 12 Edward II 1319), Vol. 81,U.K. 1964.

yargı dışı yolların uygulanışında da günümüz ile şaşırtıcı benzerlikleri yakalamak mümkündür⁹⁶.

Medenî Hukukun ve yargı düzeninin oluşturulmasından önceki dönemde, bugünkü İngiltere topraklarında yaşamakta olan farklı topluluklar, uyuşmazlıkları, kendi geleneksel meclislerinde ve kendi örf adet hukuklarına göre çözmeye çalışmışlardır. İngiltere’de ilk yazılı kaynaklar Roma İmparatorluğu yerleşiminden sonrasına aittir. Bu dönemde, hukuk sistemi üzerindeki kontrol, partilerce seçilmiş ve *praetor* onayı ile başa gelmiş olan siyaset adamınca –*judex*-yerine getirilmekte idi. Britanya’da, bu dönemde tahkime havale edilen uyuşmazlıkların çoğu, yükümlülüklerin ihlâlinden doğan uyuşmazlıklar (bir borcun ödenmesi, bir edimin ifası, ya da başka bir sözleşmesel yükümlülük) olmuş, bununla ilgili hakem kararına uyulmaması halinde ek bir ceza ödenmesi (para cezası) öngörülmüştür⁹⁷. Uyuşmazlık çözümüne ilişkin oturumun, diğer taraf nedeniyle ertelenmesi söz konusu olsa dahi, ilgili oturumda bulunmayan taraf aleyhine para cezasına hükmolünmekte idi. Roma etkisi altındaki dönemde, Britanya’da, Hıristiyanlık etkisi ve uyuşmazlıkların peder tarafından çözümünün yaygın olarak uygulanmadığı, paganist uygulamanın daha yaygın olduğu; Roma döneminde, metropolitan bir yaşamın ve Roma Hukukuna dayalı uyuşmazlık çözüm yollarının benimsendiği görülmektedir⁹⁸.

Takip eden dönemde, Roma-İngiliz, Kelt, Anglo Sakson, din temelli ve Alman etkisindeki beş farklı uygulamanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir. İmparatorluk düzeninin sona ermesinden sonra, yine farklı topluluklar, uyuşmazlıkların çözümünde, kendi geleneksel örf ve adet hukuklarını uygulamaya devam etmişlerdir. Bu aşamada, hiyerarşik durum, haklar ve yükümlülükleri belirlediği gibi, uyuşmazlık çözümü bakımından da, üst seviyede bulunan kişinin uyuşmazlığı çözmeye hak ve yetki sahibi olduğu görülmektedir. Krallarca getirilen ceza hükümleri ve yine kraliyetçe onaylanan kurallar, hukuki düzenlemeleri oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bu kurallar konurken de, örf ve adet hukuku, uygun olduğunca dayanak yapılmaktadır⁹⁹.

⁹⁶ **Roebuck Derek**, Early English Arbitration, Holo Books, The Arbitration Press, London 2008, s. xi.

⁹⁷ **Priscus Javolenus**, Cassius (Digest 4.8.39).

⁹⁸ **Roebuck**, s.49.

⁹⁹ **Roebuck**, s.87-88; **Wood Ian**, Disputes in Late Fifth –and Sixth- Century Gaul : some problems, (www.books.google.com.tr) (erişim:21.12.2009).

M.S. 7. yüzyıldan itibaren İngiltere, ticaretin önemli bir merkezi haline gelmiştir¹⁰⁰. Meclis tarafından verilen lisans sahibi tüccarlar, krallık içerisinde serbestçe ticaret yapabilmektedirler. Ancak beraberlerinde çalışan kişilerin eylemlerinden sorumludurlar. Bu bakımdan da buldukları yerin hukukuna tabidirler. İngiltere içerisindeki ilk yağmacı topluluk olan Vikingler de, buraya yerleştikten sonra, Hazar Denizi ve Akdeniz arasındaki önemli tacirler haline gelmişlerdir. Vikingler'in uyuşmazlıkların çözüm sistemlerinde, Anglo Sakson uygulamaları dışında ve şiddet içeren çözüm yöntemlerine başvurduklarına dair bir kanıt mevcut değildir¹⁰¹.

Nihayet 11. yüzyıl başında, sistem, bugünkü anlamında oldukça modern sayılabilecek durumdadır. Kasıtlı ve kasıtlı olmayan davranışlar ve sonuçları birbirinden ayrılmış, bunlar bakımından sorumluluk ve ceza uygulamasının farklı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanısıra, kanunî düzenlemelerin yayınlanması ve toplumun anlayacağı bir açıklıkla ifade edilmesi gerekliliği kabul edilmiştir. İnfomal olarak çözülemeyen tüm uyuşmazlıklar bir meclis önüne getirilmekte ve arabuluculuk yolu uygulanmaktadır. Bu da çözüm getirmez ise, bir kraliyet görevlisi ya da rahip liderliğinde tahkim usulü uygulanmaktadır. Kaynaklar, daha ziyade kamusal tahkimi içermekte olup, özel tahkim usulü ile ilgili çok sınırlı düzeyde bilgi tespit edilebilmektedir¹⁰².

Kral Cnut döneminde, İskandinav tüccarların Londra'da belli imtiyazlara sahip oldukları ve ticari uyuşmazlıklar için ayrı meclislerin oluşturulduğu görülmektedir. Çoğu uyuşmazlık, arabuluculuk, tahkim yahut örf adet hukuku çerçevesinde diğer klasik yollarla çözülmektedir. Ancak bu çözüm yolları çerçevesinde alınan kararların yürütülebilmesi, bazen Krala sunulacak ufak bir hediye karşılığında olabilmek üzere, Kral tarafından verilecek karara bağlanmıştır. Bu büyük değişimlere karşın, bu dönemde halen, profesyonel anlamda, hâkimler ve hukukçuların varlığı söz konusu değildir¹⁰³.

¹⁰⁰ **Bede**, Ecclesiastical History of the English People, (www.books.google.com.tr) (erişim:21.12.2009).

¹⁰¹ **Roebuck**, s.125-126.

¹⁰² **Roebuck**, s.167-169; **Chaney A. William**, The Cult of the Kingship in Anglo-Saxon England, 1970, (www.books.google.com.tr) (erişim: 21.12.2009).

¹⁰³ **Roebuck**, s.186-187.

Norman istilasından sonraki dönemde, eski Anglo Sakson hukukunun çatısını teşkil eden yeni bir sistemin uygulamaya geçtiği görülmektedir ki, medeni hukuk sisteminin oluşmasının hemen öncesi bir dönemi ifade etmektedir. Sağlıklı, pratik, geliştirilebilir ve uyuşmazlık çözümü bakımından, arabuluculuk, tahkim ve dava yolu gibi pek çok seçeneği barındıran bir sistem kurulmuştur¹⁰⁴.

Esasen, uyuşmazlık çözümü bakımından tarafların en önemli arayışı, yürütülebilir bir sonuç elde etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz dönemde, bu anlamda, topluluk baskısı dışında pek bir araç mevcut değildir. Dava yolu bu dönemde henüz gelişmemiş olduğundan bir karşılaştırma yapmak mümkün olmadığı gibi, alternatif uyuşmazlık çözümünün gönüllü olarak başvurulmuş bir yol olması da bu dönemde söz konusu değildir. Yalnızca Norman döneminde, hakemin, tarafların tanıdıkları ve bildikleri biri olması şartı getirilmiştir. Bu dönemde İngiltere’de profesyonel anlamda tahkime ilişkin çok sayıda belge bulunmasa da, İrlanda’ya ilişkin olarak bulunmaktadır. *Brithem* denen ve düzenli olarak uyuşmazlık çözümü anlamında görev yapan bir hukuk uzmanının mevcut olduğu görülmektedir¹⁰⁵.

Teoride, tanık konumunda bulunan kişilerin, uyuşmazlığın çözümünde arabulucu ya da hakem olarak yer almalarına engel görülmemektedir. Uyuşmazlığın çözümünde görev alacak kişilerin, tarafların arkadaşları olan kişiler olması, günümüz uygulamasından ayrılan önemli bir noktadır. Peki neden özel tahkim usulüne ilişkin yazılı kaynak bulunmamaktadır ? Bu tür çözüm uygulamalarının derhal uygulanması ve kayıt altına alınmaması, alınsa dahi, günümüze ulaşmaması bunun temel nedeni olabilir. Keza, kamusal sistemin çok yaygın ve kapsamlı olmasına binaen, bu prosedürün icra edileceği özel bir yerin olmaması ve sonucunun icra edilebileceği bir sistemin de öngörülmemiş olması da kuşkusuz etkilidir. Teorik anlamda, bir kontratın yürütülmesini isteyen taraf, basitçe, böyle bir anlaşmanın mevcut olmadığı itirazı ile de karşılaşabilecektir¹⁰⁶.

Tarihi geçmişindeki bu uygulamalara ve gelişmelere karşın İngiltere’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün bugünkü anlamda ve yaygın kullanımı, yakın bir geçmişte ve özellikle 1995 – 2005 aralığında büyük bir gelişme göstermiştir ve

¹⁰⁴ Roebuck, s.225 vd; Wormald Patrick, The Making of English Law : King Alfred to the Twelfth Century (www.books.google.com.tr) (erişim:21.12.2009).

¹⁰⁵ Roebuck, s.227.

¹⁰⁶ Roebuck, s.228.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü özellikle “arabuluculuk” çözüm yolunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da var olmakla ve bilinmekle birlikte, arabuluculuk sisteminin İngiltere’de herkesçe en çok bilinen, popüler ve başarılı olan yöntem olduğunu belirtmek gerekir.

Belirttiğimiz 10 yıllık süreç, hukuk yargısının yapısında kapsamlı ve önemli değişikliklerin yaşandığı bir dönem olmuştur.

1990’lı yılların başında, alternatif uyuşmazlık çözümü, gerçekten de “alternatif” ve pek de benimsenmemiş bir alternatif konumunda iken, uyuşmazlıkların yargı yolu veya tahkim yolu ile çözümü baskın olarak tercih edilmekte idi. Diğer uyuşmazlık çözüm yolları tali ve sonuç alınması pek de mümkün görülmeyen yöntemler olarak düşünülmekte idi. Arabuluculuk mesleğini icra eden ve bu uzmanlık alanı ile ilgilenen kimselere karşı şüpheli bir yaklaşım söz konusu idi. Buradaki bakış açısını, 1980’li yıllarda geçerli olan “Real Man don’t eat Quiche”¹⁰⁷, hukuk alanındaki karşılığı ile “Real litigators do not Mediate”¹⁰⁸ sözü, güzel biçimde ifade etmektedir. İnsan yaşamı ve bakış açılarından doğrudan etkilenecek gelişim ve değişim gösteren hukuk sistemi ve anlayışı içerisinde, uyuşmazlıklar ve çatışmaların çözümünde, medeni ilişkiler kurma ve uzlaşma kavramı görüldüğü üzere yakın bir geçmişte şekillenmeye ve kabul görmeye başlamıştır. Günümüzden yaklaşık 30 yıl öncesinde, uyuşmazlıkları yargıya alternatif uzlaşma yöntemleri ile çözmeye çalışmak, ilgili taraf için fazla yumuşak, alttan alan ve hatta zayıflık göstergesi olan bir tutum olarak addedilmekte idi. Formal bir yargılama ya da tahkim prosedürüne nazaran bu yöntemler, kesin ve belirli bir sonucu garanti etmemekte idi. Bu konudaki bazı eleştiriler, burada elde edilebilecek sonucun yalnızca bir vaadi içerdiğini ifade ederken, diğer bazıları, bu alternatif çözüm yöntemlerinin ilişkileri yeniden yapılandırma ya da özellikle tüketici hakları merkezli uyuşmazlıklarda güveni temin etme veya öfke, stres vb. tepkileri bertaraf etme odaklı olduğunu ifade etmekte idiler. Bunun yanı sıra, bu prosedürlerin zaman kaybı olarak görülmesi ya da esas amacın, karşı tarafın bu prosedür içerisinde yapacağı açıklamaları, yani mahkeme prosedüründe edinilmesi mümkün olmayacak

¹⁰⁷ “Gerçek erkekler kek yemez”, 1980’li yıllarda “erkekçilik” üzerine moda olan bir akımı ifade eden söz kalıbı, detaylı açıklama için bkz.: (http://en.wikipedia.org/wiki/Real_Men_Don't_Eat_Quiche) (erişim: 21.12.2009).

¹⁰⁸ “Gerçek dava avukatı arabuluculuğu kabul etmez”.

bilgileri edinmek olduğunun düşünülmesi de söz konusu idi. Benzer olarak, uyuşmazlık bakımından, mahkeme sürecinde, tespit edilmesi ya da ortaya çıkarılması uzun zaman alacak temel konuları daha kısa sürede ortaya çıkarmayı sağlaması yönünden yararlı da görülmekteydi¹⁰⁹.

Halen, azınlıkta olan bir kısım gruplar, alternatif uyuşmazlık çözümünün İngilizce kısaltması olan ADR'yi "Alarming Drop in Revenue"¹¹⁰ ifadesinin baş harfleri biçiminde ifade ederek eleştirmektedir. Buradaki yaklaşım, oldukça yüzeysel ve savunmacı görünmektedir. Zira, uyuşmazlığı gönüllü olarak, yargı dışı bir sistemde ve karşı taraf ile doğrudan iletişim içinde olarak çözmeye çalışma gayreti, aslında yargılama sürecinden çok daha büyük bir cesaret, özgüven ve ileri görüşlülüğü gerektirmektedir. Konuya, sadece ilgili olaya bağlı olarak bir para kazanma ya da kaybetme durumu merkezinde yaklaşmak kuşkusuz oldukça dar bir bakıştır. "kişiler, ancak para kaybedeceklerini düşündükleri anda, anlaşmaya yanaşırlar" ya da "kişi, kaybedecek bir şeyi varsa anlaşmayı düşünür" düşüncesi, hem uygar insan davranış kalıplarına terstir, hem de esasen ilişkilerin uzun vadede devam ettirebilmesine de engel teşkil edecek rekabetçi ve savunmacı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi, bu yaklaşımlar, yine de uzun dönemler baskınlığını muhafaza etmiştir¹¹¹.

Ancak 1990'lı yılların başında, bu anlattığımız resim değişmeye başlamış ve arabuluculuk sistemi bir yan yol/alternatif olmaktan çıkmaya başlamıştır. ICC gibi bazı kuruluşlarca "ADR"nin "A"sı "amicable" kelimesi ile yani optimum nokta ile özdeşleştirilirken, bazıları da alternatif uyuşmazlık çözümü için doğru ifadeyi "ADR" değil, "EDR" (efficient/effective/expedited), yani verimli, yararlı, kapsamlı olarak tanımlamaktadırlar.

¹⁰⁹ **Rosenberg Steven**, Real Litigators Don't Eat Quiche & Other Myths About Mediation, (<http://www.rosenbergmediation.com/pg8.cfm>) (erişim:21.12.2009).

¹¹⁰ "Potansiyel Para Kaybı Endişesi".

¹¹¹ **Hong Kong Civil Justice Reform**, Mediation in Commercial Disputes in England and Wales, (www.civiljustice.gov.hk/cjr/download.jsp?FN=documents/Mediation_in_Commercial_Disputes_in_England_and_Wales.pdf -) (erişim: 21.12.2009).

Bu değişimin kilit noktasını, İngiltere’de sivil yargı sistemindeki radikal reformlar oluşturmuştur. 26 Nisan 1999’da, Lord Woolf’un “Adalete Erişim”¹¹² başlıklı raporunun öncülüğünü yaptığı, Yeni Medeni Usul Hukuku Kuralları yürürlüğe girmiştir. Lord Woolf, raporunda, uyuşmazlıkların çözümünde dava yolunun, tarafların kontrolü dışında gelişmesi ve açıklıktan uzak olmasının yanısıra, temel olarak, tarafları tatmin etmekten uzak, aşırı masraflı ve harcanan zaman boyutu ile aşırı verimsiz olduğunu ifade etmiştir. Bu duruma karşı bir çözüm geliştirilmesi zorunludur. Bu gelişmeyi, Aralık 1998’de Lord Chancellor’s Department tarafından yayınlanan, “Yargının Modernizasyonu” raporu izlemiştir. Bu rapor ile ilgili en başarılı yorum ve çıkarım, CPR (Civil Procedure Rules)¹¹³ tarafından,

“Hukuki uyuşmazlıklar bakımından, insanların çoğu için ve çoğunlukla, Mahkemeye gitmek son çare olarak düşünölmelidir” biçiminde ifade edilmiştir.

Lord Woolf raporunun öncülüğünü yaptığı ve 1996 tarihli Kiralama, İnşaat ve Yenileme İşlerine İlişkin Kanun ile geliştirilmeye başlanan yeni sistem, Yeni Usul Hukuku Kuralları ile pekiştirilmiştir. Bu kurallar yargı yoluna ilişkin usul kuralları olup, yargı yoluna başvurulmasında göz önüne alınacak “üstün amaç”, bu kuralların 1. maddesinde¹¹⁴ belirtilmiştir. Buna göre,

“1. Bu kuralların temel amacı, mahkemenin dava sürecini hakkaniyetle yürütebilmesini sağlamaktır.

2. Dava sürecinin hakkaniyetle yürütölmesi,

** Tarafların Mahkeme önündeki eşitliğini,*

** Masrafların mümkün olan en az seviyeye indirgenebilmesini,*

** Davanın görülmesinde aşağıdaki hususlar bakımından oranlılık ilkesine dayanılmasını,*

- Dava değeri,

- Davanın önemi,

- Dava konularının karmaşıklığı

¹¹² **Woolf Lord J.**, Access to Justice - Final Report, (<http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>) (erişim: 21.12.2009), **Özbek Mustafa**, Çeviri : Adalete Erişim-Nihai Rapor, Lord Woolf, MİHDER, 2006/2, s.989 vd.

¹¹³ **UK Ministry of Justice**, (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm) (erişim: 21.12.2009).

¹¹⁴ **Civil Procedure Rules**, (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/parts/part01.htm) (erişim: 21.12.2009).

- *Tarafların finansal durumları*

* *Süratli ve adil bir yargılamanın gerçekleşmesini ve*

* *Mahkemenin sahip olduğu kaynakların, dava yükü de dikkate alınarak orantılı olarak tahsis edilmesini ifade etmektedir.*

1.2. *Mahkeme hukuk kurallarını uygularken ya da yorumlarken yukarıda açıklanan temel amacı gerçekleştirmek üzere hareket etmelidir.*

1.3. *Taraflar, bu temel amacın gerçekleştirilmesinde mahkemeye yardımcı olmalıdırlar.”*

Anlaşılabileceği gibi, yargılama sürecinde gözetilmesi gerekli bu temel ve öncelikli amaç, mahkemenin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğu da teşvik etmesini kapsamaktadır. Tarafların bu hususta mahkemeyi desteklemeleri ise, mahkeme sürecine girişmeden önce alternatif çözüm yollarını aramak ve mümkün olduğunda dava süreci dışında uyuşmazlığı karşılıklı anlaşma yolu ile çözmek şeklinde olacaktır.

Bu gelişmeler, hükümetin, adaletin modernizasyonuna ilişkin çalışmaları uygulamaya koyarak, alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili iradesini açık olarak ifade etmesi bakımından önemlidir. Zira bu çalışmalar olmasa idi, arabuluculuk sisteminin asla ilerleme kaydedemeyeceği ve yargıya karşı zayıf bir alternatif olarak kalacağı açıktır.

Bu açıkladığımız aşamalar neticesinde, alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili bir bilinç düzeyi ortaya çıkmış ve dava yolunun son çare olarak benimsenmesi gerektiği, tüm kamu kurum ve departmanlarının bu yöntemleri ve özellikle arabuluculuğu, bu yöntemin uygulanmasına uygun uyuşmazlıklarda ve karşı tarafın da buna hazır olduğu durumlarda uygulayacağı ortaya konmuştur¹¹⁵. Bölge Mahkemesi nezdinde düşük meblağlı yerel uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yolunun teşvikine ilişkin pilot projeler uygulamaya konmuş olup, uygulamalara Sivil Yargı Reformuna İlişkin Baş Hâkim Çalışma Grubu Raporunda yer verilmiştir¹¹⁶.

İngiltere’de Ticaret Mahkemesi ile Teknoloji ve İnşaat Mahkemesi Hâkimleri 1990’ların başından bu yana Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin uygulanmasını

¹¹⁵ Kallipetis, (Commercial).

¹¹⁶ Kallipetis, (Commercial).

sağlamak üzere kurallar ve uygulamalar geliştirmektedirler. Ancak bu uygulamalarda, özellikle dikkat çekilen bazı hatalar ve boşluklar da mevcuttur¹¹⁷.

Güncel ve dikkat çekici gelişmeler olarak, İngiltere’de dava yolu içerisinde uygulanan arabuluculuk yönlendirmeleri de başarı ile gerçekleşmektedir. Bu süreç, ticaret mahkemesi yargıcının, taraf avukatlarından, müvekkillerinin durumunu ve pozisyonunu açıklayan iki sayfadan ibaret uzman raporlarının hazırlanmasını talep etmesi ve hazırlanan raporların değiş tokuşunun yapılması ile başlamaktadır. Daha sonra bağımsız ve tarafsız uzman kişiden, taraflar arasındaki konuların çözümünde arabuluculuk yolu çerçevesinde çözüm geliştirmesi talep edilebilmektedir. Bunun yanı sıra, mahkeme uzman bilirkişilerin, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması ile ilgili bir özet rapor hazırlamalarına da karar verebilmekte, böylece ana arabuluculuk prosedürü içerisinde, mini arabuluculuk prosedürlerinin de uygulanması söz konusu olabilmektedir.¹¹⁸

Lord Woolf ve Lord Chief Justice alternatif uyuşmazlık çözümünün desteklenmesi ve gelişmesinde çok büyük kişisel katkılar ortaya koymuşlar ve halen de bu prosedürlere ilişkin CEDR bünyesinde çalışmalarını sürdürmektedirler¹¹⁹.

2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türleri

a. Genel Olarak

Alternatif uyuşmazlık çözümü, esasen, uyuşmazlığın, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı ile çözüldüğü, bu üçüncü kişinin tarafların kendi çözüm yöntemlerini geliştirmelerini desteklediği bir sistemi ifade etmektedir. Bu sistem, gönüllüdür ve tarafların haklarına hanel getirmez. Taraflar, tamamen özgürce, prosedüre dahil olmayı, ya da çekilmeyi tercih edebilirler. Ya da taraflardan biri, önerilen sonucu benimsemezse, kabul etmek durumunda değildir.

Uyuşmazlık çözümü ile alternatif uyuşmazlık çözümü kavramları bu açıklamalar çerçevesinde birbirinden ayrılmaktadır. Dava yolu da bir uyuşmazlık

¹¹⁷ **Mistelis Lucas**, ADR in England and Wales : A Successful Case of Public Private Partnership, Global Trends in Mediation (Edited by : Najda Alexander), Kluwer Law International, 2nd Edition, (<http://books.google.com.tr>) (erişim: 21.12.2009).

¹¹⁸ **Kallipetis**, (Commercial).

¹¹⁹ **Kallipetis**, (Commercial).

çözüm yoludur. Ancak burada, devletin bağımsız ve tarafsız mahkemelerince yürütülen, tarafların diledikleri zaman diledikleri şekilde terk edemeyecekleri ve mahkemece uygun bulunan çözüm yolunun uygulanacağı bir durum söz konusudur. Tahkim yolu, dava yoluna nazaran daha bağımsız görünse de, taraflar arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşmasına istinaden, taraflardan biri, tahkim yoluna başvurduğunda, diğer tarafı da bu sürece dahil olmaya zorlayacaktır. Keza hakem ya da hakem heyeti, taraflardan birinin diğerine karşı, kanunî araçlardan yararlanarak yürütebileceği zorlayıcı bir çözümü ortaya koyacaktır.

Müzakere ise, kimi görüş sahiplerince, gönüllü ve bağlayıcı olmayan bir çözüm olmakla birlikte, yine de alternatif çözüm yolu kavramının dışında kalmaktadır. Müzakere, bir meselenin çözümü amacı ile, meselenin diğer tarafı ya da tarafları ile iletişim kurma veya görüşme olarak ifade edilebilir. Burada bir ortak noktada buluşma ve ortak bir karar verme amacına yönelik bir iletişim söz konusudur. Ancak bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı söz konusu değildir. Bu nedenle müzakere, anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesini önleyici bir mekanizma olarak ifade edilebilir¹²⁰. Bu yönleri ile ılımlı, esnek, informal, tamamen taraflarca yönetilen ve kontrol edilebilen, tarafların mesele içerisindeki konumlarına ve durumlarına en fazla uyum sağlayabilen bir usûl olarak müzakere, diğer mekanizmalara nazaran daha çok kullanılan bir usul olarak ifade edilse de, esasen alternatif çözüm yolu kavramının dışında kalmaktadır. Zira, burada müzakereciler belli bir tarafta yer almaktadırlar ve uyuşmazlığa kendi bakış açılarından yaklaşmaktadırlar. Oysa alternatif uyuşmazlık çözümünde, tamamen bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi, her iki tarafın da bakış açılarını görebilmekte ve değerlendirmektedir¹²¹.

İşte bu nedenlerle, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi katılımı, alternatif uyuşmazlık çözümünün vazgeçilmezidir¹²². Burada üçüncü kişi, taraflara belli bir çözümü dayatmamaktadır. Onun bağımsız olduğunu ve kendileri nezdinde zarar doğurabilecek bir duruma sebebiyet vermeyeceğini bilen taraflar, kendilerini daha fazla güven ilişkisi içerisinde hissedecek ve açık davranabileceklerdir. Bunun yanı

¹²⁰ **Warbeck Johannes**, *Alternative Dispute Resolution in the World of Business : a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany*, s.110.

¹²¹ **Waring**, s.150.

¹²² **Waring**, s.149, **Uhle Bühring Christian /Kirchhoff Lars / Scherer Gabriele**, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law, 2006, s.176.

sıra, taraflarda üçüncü kişiyi etkileme eğilimi de söz konusu olacağından, onun varlığında, birbirlerine karşı agresif bir tutum takınma ve anlaşmanın önünde bir engel olarak görünmekten kaçınabilecekler, böylece anlaşma ortamının sağlanması daha muhtemel olacaktır. Ayrıca, örneğin ticari bir uyuşmazlıkta, taraflara akıl etmedikleri, yeni ve farklı bir çözüm yolunu önerebilecektir.

b. Arabuluculuk / Uzlaştırma

Arabuluculuk ve uzlaştırma kavramları, genel anlamda birbirinin yerine kullanılabilir kavramlar gibi görünmekte¹²³ ve Amerikan uygulamasında kimi zaman birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Amerikan yaklaşımında, uzlaştırıcılık daha az formal bir yöntem, bununla birlikte arabuluculuk süreci daha kurallara dayalı ve insiyatifi baz alan bir usul şeklinde ifade edilmektedir¹²⁴.

Bununla birlikte, İngiliz Hukuku'nda ve Avrupa Birliği uygulamasında, mevzuata baktığımızda, bu iki kavramın kesin bir biçimde birbirinin yerine geçmediğini ve ayrıldığını görmekteyiz. Çalışmamızın konusu itibarıyla, bu iki kavram arasındaki farklılıklar üzerinde durmanın önemli olduğu düşüncesindeyiz. Bu nedenle, özellikle de İngiliz Hukuku temelinde, bu iki kavramın düzenlenişinden ortaya çıkan farkları şu şekilde açıklayabiliriz.

1996 tarihli Tahkim ve Uzlaşma Kanunu'nun 30. Kısımında ve yine 1999 yılında revize edilen Usul Hukuku Kuralları¹²⁵,nın 89. Kısımında, "arbuluculuk" ve "uzlaştırma" kavramlarının birlikte ve aynı anlamı içermeyecek şekilde yer aldığı görülmekte, ancak her iki kavrama ilişkin bir tanımlama da yer almamaktadır. Bir diğer not da, bu düzenlemelerin UNCITRAL Uzlaşma Kuralları¹²⁶ temelinde oluşturulduğudur. 1996 Kanunu'nda, uzlaşma çözüm yoluna, tarafların bu hususta anlaşmış olmaları halinde başvurulabileceği düzenlenmiş iken, 1999 tarihli Kanunî

¹²³ Waring, s.150.

¹²⁴ Rao M. Jagannadha, Concepts of Conciliation and Mediation and Their Differences, (http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf) (erişim: 21.12.2009).

¹²⁵ UK Ministry of Justice, Civil Procedure Rules, (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm) (erişim: 21.12.2009).

¹²⁶ Uncitral Conciliation Rules 1980, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html) (erişim: 21.12.2009).

Düzenlemede, Mahkemenin, uyuşmazlığı nitelik bakımından uygun gördüğü takdirde, tarafları uzlaşma prosedürüne, tarafların bu konuda bir iradesi olmasa dahi yönlendirebileceği belirtilmektedir.

Uzlaştırıcı, taraflardan, aralarındaki uyuşmazlığın temel noktalarını ifade eden yazılı beyanlar talep eder. Ayrıca gerekli görürse, bunlara ek ifadeler ve belgeler de talep edebilir. Uzlaştırıcı, tarafları bağımsız ve tarafsız bir biçimde asiste edecek, objektif, doğru ve adaletli davranma yükümlülüğü altında olacak, taraflar arasındaki ilişkide karşılıklı hak ve yükümlülükleri ve varsa ilişkinin geçmişinden gelen uygulamaları, aradaki uyuşmazlığın dayandığı hal ve şartları, tarafların isteklerini gözönüne alarak, uyuşmazlığın çözümü için önerilerde bulunabilecektir. Bu öneriler yazılı olmalı ve müzakere sonuçları ile uyumlu olmalıdır.

Ayrıca uzlaştırıcı, tarafların anlaşması için muhtemel çözüm önerileri geliştirebilir ve gerekli görürse bunları değişen durumlara göre yeniden de formüle edebilir.

Görüldüğü gibi, burada arabuluculuktan farklı ve daha aktif ve müdahaleci bir durum söz konusudur. Zira, arabuluculuk faaliyeti, ayrıntılarını aşağıda ilgili başlıkta açıklayacağımız gibi, “değerlendirmeci” ve “işlevsel” olarak iki türlü uygulanabilmekte olup¹²⁷, işlevsel arabuluculuk yukarıda uzlaştırma ile ilgili açıklamalara daha yakın ise de, bu düzeyde müdahaleyi hiçbir zaman içermemektedir. Arabulucu, tarafları asiste ederek, uyuşmazlığa uygun çözümün taraflarca bulunmasını ve anlaşmaya varılmasını sağlamaktadır. Arabulucuğu bu nedenle, bazı yazarlar, işlevselliği artırılmış müzakere biçiminde ifade etmektedirler. Arabulucunun taraflara belli bir çözüm yolunu empoze etme yetkisi bulunmamaktadır. Arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili, tarafların aralarında bilgi değişiminde bulunmalarını ve iletişimini teşvik edecek, yeni bilgiler temin edebilecek, tarafların birbirlerinin bakış açısını anlamalarına yardımcı olacaktır. Bununla birlikte, tarafların, bakış açılarının anlaşıldığına kanaat getirmelerini temin edecek, muhtemel çözümler bakımından üretkenliği sağlayacak bir ifade ortamı oluşmasına destek olacak, algılamalar ve bakış açılarındaki farkların giderilmesine yardımcı olacaktır. Amaç, tarafların dışa vurmaya gönüllü olmadıkları gerçek irade ve bakış açılarının anlaşılabilmesi, oluşan güven ortamı içerisinde, tarafların

¹²⁷ **Zumeta Zena**, Styles of Mediation : Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation, (<http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>) (erişim: 21.12.2009).

kendileri için uygun çözüm ortamını ve şartlarını yaratabilmelerinin sağlanmasıdır. Arabulucu, olayları ve kavramları şekillendirmekten ve belli bir çözüm yolunu ısrarla önermekten ve uyuşmazlığın mutlaka herhangi bir şekilde çözümü üzerinde durmaktan kaçınmalı, tarafların özgür olabilecekleri bir ortamı tesis etmelidir.

Bütün bu açıklamalar kapsamında ortaya çıktığı üzere, uzlaştırıcılık ya da uzlaşma, kelime anlamı ile de, bu yönde uzlaştırıcı tarafından ortaya konan açık bir çabayı, uzlaştırıcının daha müdahaleci ve inisiyatif kullanan bir pozisyonda çözüm biçimini ifade ederken; farklı olarak arabuluculuk, inaktif ve kolaylaştırıcı bir hareket tarzını içermektedir.

Avusturya Hukuku'nda da arabuluculuk, İngiliz sistemine yakın olarak, uzlaştırıcılıktan ayrılmak suretiyle ve taraflar arasındaki iletişimi, uygun ve özgür bir müzakere ortamını temin edecek şekilde, müdahale içermeyen bir hareket tarzını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Öte yandan Almanya'da süreç, uzlaşma süreci olarak ifade edilmekte ve uzlaştırıcı olarak görev yapacak üçüncü kişiye uyuşmazlığın çözümü bakımından geniş yetki ve müdahale imkanı vermektedir¹²⁸.

Amerikan yaklaşımında ise, yukarıda açıkladığımız gibi, arabuluculuk faaliyetinin, inisiyatifi ele alan ve daha aktif bir pozisyon olarak ele alındığı ve uygulandığı görülmekte ve genel olarak kavramsal bir ayırım yapılmamakta, "arabuluculuk" ve "uzlaştırma" kavramları bazı kaynaklarda, birbirinin yerine kullanılabilmekte ve aynı açıklamalar dahilinde anlatılmakta ve örneklendirilebilmektedir.¹²⁹

c. Arabuluculuk – Tahkim

Bu alternatif çözüm biçiminde, taraflar uyuşmazlığı arabuluculuk çözüm yolunu kullanarak çözmeyi denemek üzere anlaşmışlar, bununla birlikte, bu işe yaramadığı takdirde, anlaşmazlığı tahkime götürmeyi kabul etmişlerdir. Bu halde, arabulucu sıfatı ile hareket eden üçüncü kişinin, daha sonra hakem sıfatı ile de

¹²⁸ **Tanrıver Süha**, Makalelerim, Asil Yayın, Ankara 2006, s.10; **Özbek**, (AUÇ 2009), s.68 vd, **İsfen Osman**, Çeviri: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya), MİHDER, 2006/3, s.1325 vd., **İsfen Osman**, Çeviri: 25 Nisan 2000 Tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Baviera Eyaleti Kanunu (Baviera Eyaleti Uzlaşma Kanunu), MİHDER, 2006/3, s.1335 vd.

¹²⁹ **Waring**, s.148 – 149.

prosedürde yer almasını kabul edebilirler. Bu durumun, çözüm sürecinde giderleri de azaltacağı; zira, hakem olan kişinin, arabuluculuk görevini de üstlenmiş olmasına binaen, uyuşmazlık ile ilgili hususları biliyor olacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kişi, arabuluculuk sürecinde, taraflardan birine ait ve sır niteliği taşıyan bilgileri de öğrenmiş olabilecektir. Bu da onun hakem olarak pozisyonu ile uyuşmayabilir. Bu nedenle, bu husustaki anlaşmaların, taraflara, arabulucu olarak hareket eden kişinin hakem olmasına itiraz etme hakkı tanınması uygun olacaktır¹³⁰.

d. Mini Duruşma (Yapılandırılmış Uzlaşma Prosedürü)

Bu usulde, taraflar bağımsız bir üçüncü kişiyi, diğer iki kişisini tarafların üst düzey temsil yetkililerinin oluşturduğu bir heyetin başkanı olarak seçerler. Taraf temsilcilerinin, ilgili uyuşmazlık bakımından uygun görecekları uzlaşmayı uygulamaya geçirebilme yetkileri olmalıdır. Bu halde, tarafların uyuşmazlıkla ilgili talep ve anlatımlarını (bazen bir bilirkişinin de katılımı ile) incelerler ve birbirleri ile, bağımsız üçüncü kişi hakemin iştiraki ve yardımı ile müzakere ederler¹³¹.

e. Ekspertiz ve Ön Tarafsız Değerlendirme

Ekspertiz değerlendirmesi usulünde, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı tümü ile, ilgili konuda uzman bir bilirkişiye ya da bir hukukçuya, görüşünü almak üzere refere ederler. Bu üçüncü kişinin bildireceği görüş, taraflar için bağlayıcı olmayacak, anlaşmaları hususunda rehberlik edebilecektir. Bu doğrultuda, aralarında anlaşma sağlayamazlar dahi, bu görüş, onlara, izleyecekleri bir başka çözüm yolu bakımından taleplerini yapılandırmalarında rehberlik edebilecektir. Taraflar ve uzman olarak belirlenen kişi, uzmanın görüşünü bildirmesinden önce, uyuşmazlığa uygulanacak uygun çözüm yolunu (kısa duruşma ve/veya karşılıklı yazılı beyanda bulunma vb. yi de içerebilir) tayin edebilirler.

İngiltere’de ticaret mahkemesi de benzer bir alternatif çözüm yolunu sağlamakta olup, taraflar, mahkemeden davaları ile ilgili bir ön inceleme talep

¹³⁰ **Telford Megan Elisabeth**, Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative, Current Issues Series, Queen University, 2000, s.1 vd.; **Uhle**, s.251; **Waring**, s.150-151.

¹³¹ **Tanriver**, (Makale), s.132.; **Waring**, s.151.

edebilmektedirler. Taraflar anlaşamazlar ise, ön incelemeyi gerçekleştiren hâkim dava ile ilgili görevli olamayacaktır¹³².

f. Adli Uzman Görüşü

Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (CEDR), eski hâkimler ve kıdemli uzman kişilerin, uyuşmazlıklar ile ilgili, tarafların sunumlarını dinledikten sonra, hızlı ve özet bir ön inceleme yapabilmelerine imkan veren bir sistemi uygulamaktadır. Bu görüşün bağlayıcılığı ise, taraflar arasındaki anlaşmada yer alan düzenlemeye bağlı olacaktır¹³³.

g. Uzman Kararı

Bu usul, mahkeme ile tahkim usûlü arasında bir yol olarak ifade edilebilir. Tahkim usulünde, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı, üzerinde mutabık kaldıkları bir uzman kişinin uyuşmazlık hususunda vereceği kararı kabul etmek üzerinde anlaşır. Bir taraf bundan kaçınırsa, diğeri, sözleşmenin ihlaline dayalı dava hakkını kullanabilir. Buna karşın, uzman kararının Mahkemece yürütülmesi sağlanamaz ve hakemin sahip olduğu yetkilere de sahip değildir. Yanısıra, bildirdiği görüşten ötürü hakemin aksine, ihmal nedeni ile sorumlu tutulabilir ve görüşü ile ilgili başlangıçta dayanak belirtme zorunluluğu olmadığından, bu aşamada zorlanabilir. Genellikle kira uyuşmazlıklarında ve mali değerlendirme konularında uygulama alanı bulan bu usul, hızlı olması , diğer yollara nazaran daha az masraflı olması ve uzman kararının benimsenmemesi halinde de bir yükümlülük doğurmamasına binaen tercih edilmektedir. Bununla birlikte her tür uyuşmazlık bakımından uygun bir çözüm yolu olup olmadığı da üzerinde durulması gerekli bir soru işaretidir¹³⁴.

¹³² **Tanrıver**, (Makale), s.10; **Waring**, s. 151, **Ildır Gülgün**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya

Alternatif Yöntemler), Ankara 2003,s. 83, **Biçkin**, s.37.

¹³³ **Waring**, s.151.

¹³⁴ **Waring**, s.151; **Centre For Effective Dispute Resolution**, Model Expert Determination Agreement, (http://www.cedr.com/library/documents/expert_determination.pdf) (erişim:21.12.2009).

h. Sınırlandırılmış Hakem Kararı

Taraflar, seçtikleri bağımsız üçüncü kişiye, herhangi başka bir çözüm yolu değil fakat, her iki tarafın vereceği çözüm önerilerinden birini seçmesi üzere yetki verirler. Bu usulde, tarafların, sunacakları çözüm sisteminin kabul görmesi düşüncesi ile, realistik olmayan öneriler getirmekten kaçınacakları, böylece makul ve her iki tarafın da onaylayabileceği bir çözümün ortaya çıkabileceği düşünülmektedir¹³⁵.

1. Hakem Tespiti

Daha ziyade inşaat işleri ile ilgili ticari uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan bu usûl, tahkime nazaran daha hızlı işlemesi ve daha az masraflı olması nedeniyle tercih edilmektedir. Burada taraflar, uzun süreci kapsayan projeler dahilinde birbirlerine karşı yükümlülük altında bulunmakta olup, hakem, proje süreci boyunca, taraflar arasında oluşan uyuşmazlıklara ilişkin olarak tespitte bulunmakta ve karar vermektedir. Taraflar dilerlerse, proje bitiminde, bu hususlarda dava haklarını kullanmayı saklı tutmaktadırlar. Burada Hakemin ilgili konularda verdiği kararlar bağlayıcıdır. Ancak bu kararların yürütülebilmesi, Mahkemeye başvurulması ve bununla ilgili özet bir Mahkeme Hükmü alınmasına bağlıdır. Bu prosedürler İngiltere’de Teknik Uyuşmazlıklar ve İnşaat Hukuku Mahkemesi’nce yürütülmektedir¹³⁶.

i. Mahkeme Kanalıyla Uzlaşma

Bu prosedür, İngiltere’de Teknik Uyuşmazlıklar ve İnşaat Hukuku Mahkemesi nezdinde, 2006 yılı Haziran ayından bu yana uygulanmaktadır. Burada Mahkemece tayin edilen ve uzlaştırma görevini üstlenen hâkim, arabulucu gibi hareket etmekte ve tarafları, Mahkeme nezdindeki anlaşma görüşmesinde uyuşmazlığın Mahkemece uygun bir şekilde sulh ile sonuçlandırılmasından önce, asiste etmektedir. Bu prosedür, gizlilik ilkesi çerçevesinde, tamamen gönüllü ve

¹³⁵ Waring, s.151.

¹³⁶ Waring, s.152; Wright Ian/Mastrandrea, Alternative Dispute Resolution, Construction Law Handbook, 2007 Edition, Chapter 5, (www.books.google.com.tr) (erişim: 21.12.2009).

bağlayıcılığı bulunmayan bir mekanizmadır. Uzlaştırma görevini yürüten hâkim, kural olarak Mahkeme sürecinde de yer almakta, ancak taraflar anlaşamazlar ise, Mahkeme sürecinde görevi bir başka hâkim devralmaktadır¹³⁷.

j. Dostane Çözüm Toplantısı

Bu çözüm yolunda da, taraflar, yine bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi ya da bir heyetin desteği ile, uyuşmazlık konuları üzerinde görüşmekte ve çözüm üretmeye çalışmaktadırlar. Arabuluculuk gibi büyük ölçüde belirlenmiş bir prosedürden ziyade, daha esnek ve farklı tekniklerin ya da önerilerin uygulanabileceği bir ortam söz konusudur¹³⁸.

k. Ombudsman Sistemi

Ombudsman sistemleri, kurumların, müşterileri ile olan uyuşmazlıklarını çözmek üzere geliştirdiği sistemlerdir. Özellikle finansal uyuşmazlıklar bakımından yaygın uygulama alanı bulan, banka ve sigorta şirketlerince uygulanan bu sistemde, kurumun belirlediği şikayet prosedürü işletilir ve doldurulması istenen, şikayetin içeriğini aktaran formlar doldurularak, ombudsmana teslim edilir. Ombudsman, kurumun da mutabık olacağı bir öneriyi ya da çözüm yolunu paylaşır. Elbette görüşü bağlayıcı değildir. Tatmin olmayan ilgili taraf, Mahkeme yoluna başvurabilecektir. Bununla birlikte, Mahkeme, ombudsman tarafından bildirilen görüşü dikkate alacaktır. Ombudsman sistemleri ücretsiz hizmetler olarak düzenlenmektedir¹³⁹.

B.Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Avantajları ve Dezavantajları

Özetle açıkladığımız yargı dışı, alternatif çözüm mekanizmalarının, temel avantajlarını ve dezavantajlarını doğru bilir ve değerlendirebilirsek, somut uyuşmazlığa uygulanacak mekanizma, daha başarılı biçimde seçilebilir ve daha

¹³⁷ Waring, s.152.

¹³⁸ Piggot Mike, ADR and Mediation, Semple Piggot Rochez (Legal Education) Ltd,2005, s.1 vd.

¹³⁹ ICANN Ombudsman Network, Ombudsman Framework, (<http://www.icann.org/ombudsman/documents/ombuds-frmwrk-eng-20jun05.pdf>) (erişim: 21.12.2009).

efektif biçimde yürütülebilir. Çeşitli kaynaklar kapsamında, sayılan hususlar hemen hemen benzer kapsamdadır.

Alternatif çözüm mekanizmaları şu bakımlardan avantaj oluşturmaktadır¹⁴⁰:

➤ Sürece dahil olmak ve olmamak, sürecin sonuçlarını kabul etmek ve etmemek, tarafların ihtiyarındadır. Bu özellik, süreç üzerinde tarafların hakimiyeti kavramı ile açıklanmaktadır.

➤ Süreç, tarafların onaylayacakları ve aralarındaki uyuşmazlığın kendine özgü niteliklerine uygun biçimde dizayn edebilecekleri şekilde işleyecektir. Bu esneklik, süreç sonunda elde edilecek sonuçlar bakımından da geçerlidir.

➤ Süreç, tarafların menfaatlerine odaklıdır. Hak odaklı süreçlere nazaran, menfaat odaklı süreç, her iki tarafın da yararına olacak bir sonucu arar. Ancak bir yandan gerçekçi ve hukukî anlamda yeterli bir güvenceyi sağlayacak sonucu temin etmeye çalışırken, diğer yandan da her iki taraf için de menfaat odaklı, tatmin edici ve verimli bir sonuç ortaya koymak prosedürün önemli bir ikilemini oluşturmaktadır.

➤ Taraflar, çözüm sürecine aktif olarak katılmaktadırlar. Bu da problemi, hukuki bir uyuşmazlıktan öte, bir iş uyuşmazlığına dönüştürebilmeyi, bu anlamda daha yaratıcı ve verimli sonuçlar üretilebilmesini sağlamaktadır. Keza tarafların doğrudan iletişimi, süreci olumlu etkilemektedir.

➤ Yargısal prosedürlere nazaran, karşıtlık psikolojisinden ziyade, iş ilişkisinin devam ettirilmesini hatta geliştirilmesini amaçlayan bir atmosferi yaratmaktadır.

➤ Tarafların aktif katılımı ile birlikte, uyuşmazlığın çözümünde, konusunda uzman kişilerin inceleme yapması söz konusudur.

➤ Uyuşmazlığın varlığı ve içeriği bakımından, yargısal yollara ve müzakere süreçlerine nazaran daha kuvvetli bir güvenlik ve gizlilik sağlamakta, bu da özellikle ticari ilişkiler bakımından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

➤ Zamandan ve paradan önemli ölçüde tasarruf sağlamaktadır. Buradaki tasarruf, yalnızca yargılama sürecinin yaratacağı masrafları değil, harcanacak

¹⁴⁰ Uhle, s.174, Waring, s.148, Özbek, (AUC 2009), s.203 vd, Tanrıver, (Makale), s.7, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.721-723.

bireysel ve kurumsal enerjiyi, ilişkilerin bozulmasından ve gelecekteki olası iş fırsatlarının kaçırılmasından doğacak zararları da kapsamaktadır.

- Kısmi anlaşma imkanı sağlar ve kalan hususlar bir başka çözüm yoluna refere edilebilir.
- Anlaşma olmasa dahi, süreç ile ilgili gizlilik korunacaktır.
- Anlaşma olmasa dahi, ilişkilerin devamı açısından olumlu bir etki doğurur.
- Anlaşma olmaması ve konunun yargıya intikal etmesi halinde, taraflara uyuşmazlık açısından ön inceleme yapmış olmayı ve sürecin daha hızlı sonuçlandırılabilmesini sağlar.
- Tarafların hak arama hürriyeti anlamındaki her türlü hakları koruma altındadır.

Öte yandan, her prosedürde olduğu gibi, bu yöntemlerin de dezavantaj yarattığı düşünülen hususlar ve kanımızca üzerinde çalışılması gereken zayıf yönleri vardır. Bunları da şöyle sıralayabiliriz¹⁴¹:

- Tarafların bu hususta motive olmamaları halinde alternatif çözüm mekanizmalarının işleminin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümünü kullanma teklifinde bulunan tarafın, bu teklifi çekici hale getirecek pek çok aracı (yargısal prosedürlerin yaratacağı kayıpları öne sürmek, süreci çekici hale getirecek teklifler hazırlamak ve sunmak, bu anlamda da karşı taraf için neyin öncelikle önemli olduğunu doğru analiz etmeye çalışmak vb.) kullanması mümkündür.
- Aksi görüş ve uygulamalar söz konusu olsa da, alternatif çözüm mekanizmalarının, karmaşık ve çok kapsamlı konular bakımından uygun olmadığı ifade edilmektedir. Bunun nedeni, bu usullerin vakıa odaklı işleyişidir. Buna karşın, kullanılabilir farklı teknik ve kombinasyonlarla bu görüşün aksine alternatif çözümün kompleks uyuşmazlıklarda da işletilebileceği düşüncesindeyiz.

¹⁴¹ **Özbek**, (AUÇ 2009), s.240 vd.; **Waring**, s.149-150; **Stütt**, s.7 vd.; **Tanrıver**, (Makale), s.7.

➤ Sürecin kısalığı da, bazı görüşlerce dezavantaj olarak görülebilmekte ise de, her uyuşmazlık bakımından standart bir çözüm süreci öngörülmediği gibi, uyuşmazlığın kapsamına göre, taraflar ve arabulucu, oturum sayısının artırılması ve konuların aşama aşama görüşülmesi gibi yöntemleri benimseyebileceklerdir.

➤ Uyuşmazlığın çok taraflı olması, süreci zorlaştıracak hatta imkansızlaştıracak bir neden olarak belirtilmektedir. Ancak takip eden bölümde açıklayacağımız gibi, bu tür bir sınırlandırmanın da uygun olmadığı ve uyuşmazlığın tarafları ikiden fazla olsa da, farklı teknikleri uygulayarak sürecin başarı ile yürütülmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

➤ Uyuşmazlığın çok büyük meblağı kapsamaması da alternatif çözüm mekanizmaları bakımından negatif bir yön olarak ifade edilmektedir. Büyük meblağları konu alan davalarda, taraf hukukçuları, kazanılabilecek vekalet ücreti ve yargılama giderlerini gözeterek, uyuşmazlığın, ücretlerinin ilk kısmını henüz almadan çözülmesine soğuk bakabilmektedirler. Çalışmamızın takip eden bölümlerinde örnek olarak vereceğimiz IBM – Fujitsu davasında, bunun tam tersine, arabuluculuk süreci ile kombine edilmiş tahkim ve başka araçlar, uyuşmazlığın çözümüne önemli katkıda bulunmuştur.

➤ Taraflar arasında güç dengesi anlamındaki eşitsizlikler de, alternatif çözüm yollarının uygulanması hususunda motivasyonu negatif etkileyecek bir neden olarak görülmektedir. Ancak takip eden bölümlerde ifade edeceğimiz gibi, mali güçten ziyade, müzakere süreci anlamında güçlü olmak önemlidir ve pozisyonu ne olursa olsun, bunu iyi analiz eden ve ona göre hareket eden taraf, süreçten mutlaka kazançlı çıkacaktır.

➤ Kanımızca gittikçe zayıflayan bir başka görüş de, alternatif çözüm yollarını tercih etmenin zayıflık belirtisi olarak algılanacağı görüşüdür. Bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira, alternatif çözüm yoluna başvurma ile amaçlanan, basitçe para ve zaman tasarrufudur. Bu süreç saha sıklıkla kullanıldıkça ve kurumsal anlamda politika haline getirildikçe bu tür bir bakış açısı ortadan kalkacaktır.

➤ Gizlilik ile ilgili düzenlemeler anlamındaki güvensizlik de, alternatif çözüm mekanizmaları ile ilgili getirilen eleştiriler arasındadır. Buna göre, bu mekanizmalar, bu anlamda yeterli güvenceye sahip değildir. Ancak, bu tür bilgi ve belgelere sıklıkla rastlanmadığı gibi, bunların varlığı ve ortaya çıkarılma ya da kullanılma ihtimali dava süreçlerinde de söz konusudur. Keza, ortadaki diğer temel delil ve belgeler yanında, bunların sonucu değiştirecek bir etki yapma olasılığı da oldukça düşüktür. Bu nedenle, gerek dava prosedürlerinde gerekse diğer prosedürlerde, bu tür bilgi ve belgelere ulaşmak üzere gösterilen çabalar, aslında çoğu kez boşa harcanan emektir.

➤ Uyuşmazlık dışı hasım taraflarca, alternatif uyuşmazlık çözümlerini kullanma eğiliminin zayıflık belirtisi olarak algılanabileceği ve karşı talepleri körükleyeceğine dair bir görüş de mevcut olmakla birlikte, yukarıda açıkladığımız nedenlerle bu görüşe de katılmak kanımızca mümkün değildir.

➤ Kısmen de olsa katılabileceğimiz bir görüş ise, bu mekanizmaların kötüniyetle ve salt zaman kazanma amacı ile kullanılabilenidir. Bu hususta, alternatif çözüm mekanizmaları, dava yolundan farklı bir korumayı sağlamamaktadır. İfade edilebilecek tek nokta, kanımızca, bu çözüm mekanizmalarının her iki tarafça gönüllü olması ve oldukça kısa süreçleri kapsamaması olabilir. Bu mekanizmalara başvurmanın, zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri kesmemesi halinde, zarar doğması kaçınılmaz olabilecektir.

➤ Keza bir diğer sorun da, alternatif uyuşmazlık çözüm süreci sonunda elde edilen anlaşmaların icrası sorunudur. Pek çok ülkede, bu anlaşmaların doğrudan icraya konarak yürütülmesi mümkün değildir. Sözleşmesel ilişki ile ilgili olarak yargısal sürece başvurulması gerekecektir. Bununla birlikte, tarafların, kendi yönettikleri ve sonucunu kendilerinin oluşturduğu süreçlere, yargısal süreçler sonucunda elde edilen sonuçlara nazaran daha fazla uydukları da gözlemlenen bir husustur.

➤ Uyuşmazlık çözüm sürecine destek verecek üçüncü kişilerin yeterli bilgi ve uzmanlık düzeyinde olmamaları, yeterli düzeyde bir mesleki sorumluluk sigortası sisteminin geliştirilmemiş olması, alternatif çözüm mekanizmaları ile ilgili

giderlerin adli yardım ve sigorta kapsamı dışında kalması gibi sisteme ilişkin temel hususlardaki eksiklikler, şüphesiz bu mekanizmaların kullanılması ve gelişiminin önündeki temel engeller olacaktır.

➤ Keza çalışmamız kapsamında arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasına uygun olmayan uyuşmazlıklar konusunda belirttiğimiz gibi, çok düşük meblağlı ve prosedürel açıdan işleyişi baştan itibaren belirli olan hususlarda, alternatif uyuşmazlık çözümünün yarar sağlamayacağı görüşüne katılmaktayız.

C. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk

1. Arabuluculuk Tanımı ve Temel Özellikleri

Arabuluculuk ile ilgili genel geçer bir tanım bulunmamakla birlikte, genel kabul gören yönleri ile arabuluculuk, müzakere sürecine, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin dahil olduğu ve bu kişinin uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verme yetkisinin olmadığı, ancak tarafları uyuşmazlığın karşılıklı olarak kabul edilebilir bir şekilde çözümü hususunda asiste ettiği uyuşmazlık çözüm süreci olarak ifade edilmektedir¹⁴². Takip eden bölümlerde detaylarını inceleyeceğimiz HUAKT'nun 2. maddesinde de arabuluculuk faaliyeti, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları biraraya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır¹⁴³.

¹⁴² Stitt, s.1; Brown Henry J./ Mariot Arthur L., ADR Principles and Practice, 1997, Sweet & Maxwell, Chapter 7, s. 127; Goldberg Stephen B./ Sander Frank E.A./ Rogers Nancy H., Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 1999, Chapter 3, s.123, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 721.

¹⁴³ Aşa. İKİNCİ BÖLÜM/IV/B.

Bu tanımdan çıkan temel unsurlar, arabuluculuğun¹⁴⁴,

- Arabulucunun uyuşmazlıkla doğrudan bağlantılı olmayan bir üçüncü şahıs olması,
- Tarafların kabulüne dayalı bir süreç oluşturması,
- Müzakere sürecine, bağımsız bir üçüncü kişinin katılımını içermesi (bu husus, devam eden bir ilişkiye üçüncü kişi arabulucunun dahil olması, aynı zamanda farklı teknik ve yaklaşımları kullanarak bu sürece yön vermesi ve müzakere sürecini dönüştürmesini kapsamaktadır)
- Taraflar nezdinde, uyuşmazlığın kapsamı ve boyutu ile ilgili farkındalık yaratma ve buna dair çözüm geliştirme işlevini içermesi,
- Tarafların bilincinde oldukları aktif yahut süregelen uyuşmazlıklar bakımından, farklılıkların giderilmesini ve kabul edilebilir bir noktada buluşmalarını sağlaması,
- Bunlarla birlikte, taraflar üzerinde bağlayıcı karar alma ve belli bir çözümü empoze etme yetkisinin bulunmaması,
- Sürecin başarısının, arabulucunun müzakere süreçleri deneyimi, benzer konulardaki geçmiş deneyimler, kredibilite ve güvenilirliği ile bağlantılı olmasıdır.

Bu güncel tanımın yanısıra, halihazırda var olan ve uygulanagelen geleneksel arabuluculuk kavramına da atıf yapmak, farklılıkları ortaya koymak bakımından önemlidir. Geleneksel arabuluculuk, özellikle tarihsel süreçte alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin açıklamalarımız kapsamından da anlaşılacağı üzere, içinde bulunulan topluluğun kabul ettiği temel sosyal prensipler doğrultusunda, belli davranış şekillerinin onaylandığı ve dolayısıyla tarafların bu doğrultuda davranmalarının beklendiği bir süreci ifade etmektedir. Tarafların bu çerçevede uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları beklenir. Üçüncü kişi arabulucu, tarafları dinleyerek, onlara, bu temelde, bireysel odaklı olmaktan ziyade genel anlamda uyumu amaçlayan bir çözüm yolunu önerir. Toplumsal baskılar ve onaylanan değer

¹⁴⁴ **Birch Elisabeth**, The Globalisation of International Commercial Mediation, (http://www.european-arbitrators.org/EUROPEANARBITRATORS_FILES/CONTENT/Papers/Paper32.pdf) (erişim: 21.12.2009), **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.721-722.

ve davranış kalıpları, üçüncü kişinin sahip olduğu sosyal otorite ve prestij, bu çözüm yolunu kabul etme baskısını yaratır. Bu tür uygulamalar Çin’de ve Japonya’da görülmektedir. Dava yolu da, bu anlamda hoş karşılanmamaktadır¹⁴⁵.

Modern arabuluculuk sürecinin ne şekilde işlediğini, arabulucunun hangi araçlardan yararlanacağını ve ne gibi işlevleri üstleneceğini, ticari uyuşmazlıklar özelinde, takip eden bölümde inceleyeceğiz. Bu nedenle, bu kısımda, arabuluculuğun genel anlamda tanımı ile birlikte, genel anlamda arabulucu türlerini, uyuşmazlık doğum süreçleri ile arabuluculuk sürecinin izleyeceği temel aşamaları özetle gözden geçireceğiz.

2. Farklı Anlayışlara Göre Arabulucu Türleri

Arabuluculuk prosedürü farklı kültürlerde farklı yapı ve uygulamalar içerebildiği gibi, arabulucular farklı türlere ayrılmaktadır¹⁴⁶.

a. Sosyal Ağ Kapsamındaki Arabulucu : Taraflar ile geçmişten gelen ilişkisi olan ve onların sosyal ağında yer alan, bağımsız olması gerekmeyen ancak adil olması beklenen, taraflar arasındaki ilişkinin devamına odaklı hareket eden bir arabulucudur (belli bir topluluk içerisinde yer alan ve bu topluluk içerisindeki ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıklarda tercih edilebilir).

b. Yardım Amaçlı Arabulucu :Taraflarla önceden ya da halihazırda bir ilişkisi olan ya da olmayan, taraflar için en iyi sonucu hedefleyen, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak genel anlamda bağımsız, danışmanlık yapma, görüş bildirme ya da karar verme yetkisi bulunan, taraflar arasında anlaşmanın oluşturulması ve uygulanması sürecinde yardımcı olan arabulucu türüdür. (Topluluğun yaşlı kişilerinin ya da dini konularda topluluk liderlerinin pozisyonu bu duruma uymaktadır.)

c. İdareci / Yönetici Arabulucu :Taraflarla devam etmekte olan ve yönetsel bir ilişki içerisinde bulunan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirlenmiş parametreler dahilinde çözümünü amaçlayan, danışmanlık yapma, görüş bildirme ya da karar verme yetkisi bulunan, taraflar arasında anlaşmanın oluşturulması ve uygulanması sürecinde yardımcı olan, aynı zamanda anlaşmanın yürütülmesi

¹⁴⁵ Moore, s.20 vd.; Uhle, s.177.

¹⁴⁶ Moore, s.44-45.

anlamında da otorite sahibi olan arabulucudur. (daha ziyade işyeri uyuşmazlıkları kapsamında söz konusudur).

d. Menfaat Bazlı Arabulucu : Taraflarla halihazırda ya da gelecekte oluşması beklenen bir bağlantısı vardır. Uyuşmazlığın çözümü bakımından üstün çıkarları bulunmakta, kendi çıkarlarını ve bu doğrultuda çıkarları olanların çıkarlarını karşılayacak bir çözümü hedeflemektedir. Anlaşma tesisi anlamında zorlama ve baskı unsurlarını kullanabilir, taraflar arasında anlaşmanın oluşturulması ve uygulanması sürecinde yardımcı olur, aynı zamanda anlaşmanın yürütülmesi anlamında da zorlama ve baskı unsurlarını kullanabilir (daha ziyade devletler arası arenadaki uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır).

e. Bağımsız Arabulucu : Taraflardan ve uyuşmazlığın çözümünden tamamen bağımsız ve tarafsız olan, tarafların taleplerine uygun şekilde hizmet veren, görevini profesyonel anlamda icra eden, tarafların karşılıklı kabul edecekleri, gönüllü ve baskı içermeyen bir çözümü hedefleyen, anlaşmanın oluşturulması ile ilgili görev alan ya da duruma göre almayan, anlaşmanın yürütülmesi ile ilgili otorite sahibi olmayan arabulucudur.

Görüldüğü gibi, genel anlamda kabul gören ve çalışmamızın da temel aldığı, bağımsız arabulucu türünün dışında da farklı işlevleri yerine getirmek üzere kullanılan farklı arabulucu türleri de mevcuttur.

3. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkışı ve Arabulucu Yaklaşımları

Uyuşmazlıklar neye ya da nelere istinaden oluşur ve bu, çözüm arabuluculukta süreci nasıl etkiler ? Bu soruyu, aşağıdaki gibi şematik olarak açıklayabiliriz¹⁴⁷ :

¹⁴⁷ **Moore**, s.64-65; **Brahm Eric/ Ouellet Julian**, Designing New Dispute Resolution Systems, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/) (erişim: 21.12.2009).

Değer Kaynaklı Uyuşmazlıklar	Değer Uyuşmazlıkları Bakımından Arabuluculuk Yaklaşımları
-------------------------------------	--

Düşünce ve davranış kalıplarını değerlendirmede farklı kriterlerin mevcudiyeti	Problemi değerler temelinde tanımlamaktan kaçınma
Doğası gereği üst düzeyde önem verilen amaçlar	Tarafların kendi aralarında anlaşma ve anlaşmama hususunda serbest bırakılmaları
Yaşam biçimi, ideoloji, dini inanış farklarından kaynaklanırlar.	Belli bir değer/değerlerin baskın olacağı bir etki alanı yaratma
	Tarafların ortak olarak paylaşacakları bir üst amacı araştırma

İlişki Bazlı Uyuşmazlıklar	İlişki Bazlı Uyuşmazlıklar Bakımından Arabuluculuk Yaklaşımları
-----------------------------------	--

Güçlü duygular	Duygularının ifadesinin prosedür kuralları, özel toplantılar vb. çerçevesinde kontrol altına alınması
Yanlış değerlendirme ya da kalıplaştırmalar	Duygularının ifadesini meşruluk ve belirlenmiş bir prosedür çerçevesinde desteklemek
Zayıf iletişim ya da iletişimsizlik	Anlayışları belirlemek ve pozitif çevirmek
Rutin negatif davranış biçimi kaynaklıdır.	İletişimin niteliğini ve niceliğini artırma Rutin negatif davranışı yapısal düzenlemeler ile engelleme Pozitif problem çözücü yaklaşımları teşvik etme

Bilgiye Dayalı Uyuşmazlıklar		Bilgi Kaynaklı Uyuşmazlıklar	
Bakımından		Arbuluculuk Yaklaşımları	
Bilgi yokluğu		Hangi bilgi ya da bilgilerin önemli olduğu hususunda uzlaşma temin etme	
Hatalı bilgi		Bilgi toplama hususunda uygulanacak prosedürler anlamında uzlaşma temin etme	
Farklı bakış açıları		Bilgileri değerlendirme anlamında ortak kabul görececek bir yaklaşım geliştirme	
Farklı yorumlamalar		Çıkmazları aşmak üzere, bağımsız üçüncü kişi uzmanların görüşlerini alma	
Farklı incelemelerden kaynaklanır.			

Yapısal Uyuşmazlıklar		Yapısal Uyuşmazlıklar Bakımından	
		Arbuluculuk Yaklaşımları	
Yıkıcı davranış ya da iletişim kalıpları		Rolleri açıkça belirleme ve değiştirme Yıkıcı davranış kalıplarını engelleme	
Kaynakların dağılımı, kaynaklara sahiplik ve kontrol anlamında eşitsizlik		Kaynakların kontrolü ve sahipliğini yeniden belirleme	
Güç ve otorite dengesizlikleri		Adil ve karşılıklı kabul edilebilir bir karar alma süreci kurma	
İşbirliğini engelleyen coğrafi, fiziksel ve çevresel faktörler		Posizyonel pazarlıktan menfaat temelli pazarlık sürecine geçme	
Zaman kısıtlarından kaynaklanır.		Tarafların etkisel davranış şekillerini dönüştürme	
		Tarafların birbirlerine yaklaşması anlamında fiziksel ve çevresel ilişkilerin değiştirilmesi, dış baskı unsurlarının bertaraf edilmesi, zaman sınırlarına müdahale edilmesi (uzatma veyakısaltma)	

Menfaat Bazlı Uyuşmazlıklar Bakımından	Menfaat Bazlı Uyuşmazlıklar Arbuluculuk Yaklaşımları
---	---

Menfaatler anlamında açıkça sezilen rekabet ortamı	Menfaatler değil pozisyonlar üzerine odaklanma
Prosedürel çıkarlar	Objektif standart ve kriterler geliştirme
Psikolojik menfaatlerden kaynaklanır.	Tarafların ihtiyaçlarına yönelen ve bütünleştirici çözümler geliştirme
	Farklı güç dengeleri açısından tatmin edici olacak pazarlık opsiyonları geliştirme

4. Arbuluculukta Temel Aşamalar

Açıkladığımız gibi, farklı uyuşmazlıklar, farklı nedenlerden doğmakta ve arbuluculuk sürecinin sağlayabileceği faydalar da buna göre şekillenmektedir. Bu belirttiğimiz yaklaşımları uygulayacak olan bağımsız ve tarafsız arbulucu, sonuca giden yolda hangi aşamalardan geçecektir? Bunu da basitçe aşağıdaki şekilde aşama aşama açıklamak mümkündür¹⁴⁸ :

1. *Aşama* : Arbulucu, taraflarla yakınlık kurar, taraflar nezdinde kredibilite temin eder, tarafları süreç konusunda eğitir, prosedüre başlama hususunda kabul ve taahhüt vermelerini sağlar.

2. *Aşama* :Tarafları uygulanması mümkün olan çözüm yaklaşımları hususunda bilgilendirir ve seçim yapmaları hususunda destekler, yapılan seçimleri koordine eder.

¹⁴⁸ **Moore**, s.68-69; **Abramson Harold I.**, Mediation Representation – Advocation in a Problem-Solving Process, 2004, s.69 vd.,(www.books.google.com.tr). (erişim: 21.12.2009).

3. *Aşama* :Taraflar ile ilgili, uyuşmazlıkla ilintili bilgileri toplar, dinamikleri ve uyuşmazlığın kapsamını araştırır. Bilgilerin doğruluğunu teyit eder. Doğru olmayan ya da prosedür bakımından gereksiz olan bilgilerin etkisini minimize eder.

4. *Aşama* : Tarafların prosedürü ilerletmelerini sağlayacak stratejileri ve aksiyonları belirler.

5. *Aşama* :Tarafları psikolojik anlamda sürece hazırlar. Güçlü duygusal durumlarla başa çıkmaya çalışır. Önyargı ve kalıplaştırma eğilimlerini ortaya koyar ve meşru ve karşılıklı anlayışı baz alan bir yaklaşımı yerleştirmeye gayret eder. Güven tesis etmeye çalışır. İletişimi netleştirir.

6. *Aşama* :Pozitif bir tonla açılış konuşmasını başlatır. Temel kural ve davranış kalıplarını ortaya koyar. Tartışma konularını sınırlandırır. Tarafları, kendi pozisyonlarının farkında olma hususunda asiste eder.

7. *Aşama* :Tartışma konularını belirler ve tarafların onayını alır. Toplantı gündemini düzenler.

8. *Aşama* :Tarafların görünmeyen menfaatlerini araştırır ve birbirlerinin pozisyonunun farkında olmaları hususunda destekler.

9. *Aşama* : Tarafların birden fazla seçeneğin oluşturulması anlamında farkındalığını artırır. Pozisyonel ya da menfaat bazlı pazarlık usullerini kullanarak seçenekler üretir.

10. *Aşama* :Tarafların menfaatlerini tekrar gözden geçirir. Üretilen seçenekleri, menfaatleri karşılama anlamında, aynı zamanda maliyet ve fayda anlamında değerlendirir.

11. *Aşama* :Tarafların karşılıklı kabul ve onayı çerçevesinde, tam anlamı ile kapsamlı bir anlaşmanın sağlanabilmesi üzere, son pazarlıklar gerçekleştirilir.

12. *Aşama* :Formal bir anlaşmayı temin edebilmek üzere, prosedürel aşamanın, değerlendirme ve denetleme mekanizmasının ne şekilde işleyeceği tanımlanıp oluşturulur. Anlaşma ve anlaşmaya uyulması ve yürütülmesi üzere gerekli mekanizmalar formalize edilir.

IV. TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

Önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi, ticarî uyuşmazlıklar, genel anlamda, ticaret hayatının getirdiği özellikler, para ve zaman kavramlarının iki önemli noktayı oluşturmasına binaen arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması açısından en elverişli alanlardan biridir. Bununla birlikte, bu alanın kendine özgü yapısı ve özellikleri, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasında farklı yaklaşımlar ve tekniklerin geliştirilmesini de gerektirmektedir.

Nitekim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğun gelişim süreci içerisinde, arabulucu, daha geleneksel ve belli durumlara belli şekilde yaklaşımlar getiren bir pozisyondan, uyuşmazlığın çözümü anlamında daha üretken, çeşitli yaklaşımlar sunabilen bir pozisyona doğru gelişmiş ve evrilmiştir. Herhangi bir tekniğin en iyisi olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte, geliştirilmiş tekniklerin nasıl ve ne zaman uygulanacağını doğru kestirebilmek, başarılı bir süreç yönetimi yönünden kritik bir öneme sahiptir.

A. Arabuluculuk Sürecinin Bir Parçası Olarak Müzakere Kavramı

1. Genel Olarak Müzakere ve Sorun Çözmede Başarılı Müzakere Anlayışı

Müzakere, günlük hayatımızın doğal bir parçası olduğu gibi, uyuşmazlık çözümünün ve bu anlamda uygulanacak yöntemlerin de ayrılmaz bir parçasıdır. Arabulucu ve arabuluculuk prosedürü, ne kadar profesyonelce hazırlanmış ve yönetilecek olursa olsun, tarafların ve temsilcilerinin müzakere konusundaki bilgi, deneyim ve yetileri, sürecin başarısını önemli ölçüde etkileyecektir. Sonuç olarak

taraflar, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin desteğini almakla birlikte, esasen bir müzakere süreci içindedirler.

Girişte de belirttiğimiz gibi, satın alınacak bir evin fiyatı, ya da iş yerinde yönetici ya da iş yeri sahibi ile çalışma koşulları hakkında yapılacak bir görüşmeden, devletler arasında nükleer silah kullanımının engellenmesine kadar her konuda, her seviyedeki görüşmeler, sonuç olarak müzakeredir. İnsan yapısı, bir diğeri tarafından dikte edilen bir kararı reddetmeye eğilimlidir ve insan yapıları birbirinden çeşitli şekillerde farklıdır. Bunun doğal sonucu olarak, bir arada yaşama sürecinde bu farklılıklarla baş edilmeye çalışılır. Müzakere süreçlerinde, kişiler, sert ya da yumuşak bir davranış stratejisi izleme hususunda ikileme düşerler. Hangisi, istenen sonucu sağlamakta etkili olacaktır ? Aslında birinden biri tercih edilmeliymiş görünen bu iki davranış türü dışında üçüncü bir yaklaşım vardır ve uyumsuzluğu çözmeye odaklı davranış şekli aslında budur. Buna “ilkeli müzakere” denmektedir. Burada, tarafların karşılıklı olarak neyi yapıp yapmayacaklarını tartışmalarından ziyade, konular, önemleri ve sağlayacakları fayda temelinde tartışılır. Amaçlar anlamında sert ve kararlı, kişiler bazında yumuşak bir yaklaşımı içerir. Gerçeği yansıtmayan roller ya da hileler kullanılmaz. Karşıdakinin sizin durumuzdan avantaj sağlamaya çalışmasını engellerken, adil olmayı da beraberinde taşır¹⁴⁹.

Esasen, insanlar ve konuların farklılığına binaen, her müzakere süreci birbirin nazaran farklılık gösterecektir. Ancak kullanılabilecek temel müzakere teknik ve yaklaşımları geliştirilebilir ki, ilkeli müzakere tekniği de bu anlamda, taraf sayısı, konusu vs. özellikleri ne olursa olsun her tür müzakere sürecinde uygulanabilir temel yaklaşımları içermektedir.

¹⁴⁹ **Fisher Roger / Ury William/Patton Bruce**, Getting to Yes, 2nd Edition, U.K., 1992, s.3 vd, **Spangler Brad**, Positional Bargaining, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado,2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/positional_bargaining/) (erişim: 21.12.2009), **Wertheim E.**, Negotiations and Resolving Conflict: An Overview, (<http://web.cba.neu.edu/~ewertheim/interper/negot3.htm>) (erişim: 21.12.2009), **Maiese Michelle**, Negotiation, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Research Consortium, University of Colorado, 2003, (<http://www.beyondintractability.org/essay/negotiation/>) (erişim: 21.12.2009).

İlkeli müzakere 4 temel yaklaşımı kapsar ¹⁵⁰:

- Kişileri problemden ayırma
- Pozisyonlar üzerine değil menfaatler üzerine odaklanma
- Tarafların her birinin yararına olacak seçenekler üretme
- Objektifliği temel alma

Satıcı müşteri arasındaki pazarlık diyalogunda olduğu gibi, tarafların belli bir pozisyon aldıkları ve buna odaklanarak, yalnızca karşı tarafa ne istediklerini ifade ettikleri durumlar, işe yarar sonuçlar doğurabilir ise de, iki tarafın da tatmin olacağı akıllı ve verimli anlaşma sonuçlarına götürmeyecektir. Özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından, geçmiş olan ve geleceği olması istenen iş ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda, pazarlık pozisyonu, taraflar arasındaki ilişkilere zarar verecektir. Çok taraflı ve karmaşık ticari uyuşmazlıklarda ise, pazarlık usulünün uygulanması neredeyse imkansızdır.

¹⁵⁰ Fisher/Ury/Patton, s.17 vd.

Pozisyonlar üzerine bina edilen pazarlık stratejisi ile menfaatler üzerinde müzakere etme arasındaki temel bakış farklılıkları şu şekilde ortaya konabilir ¹⁵¹:

SORUN		ÇÖZÜM
Yumuşak Yaklaşım	Sert Yaklaşım	İkeli Müzakere

Taraflar arkadaşdır.	Taraflar düşmandır.	Taraflar problem çözücüdür.
Amaç anlaşmadır.	Amaç zafer kazanmaktır.	Amaç tarafların her biri için kabul edilebilir, efektif ve akılcı bir sonucun oluşturulmasıdır.
İlişkiyi geliştirme anlamında taviz verme eğilimi vardır.	İlişkinin devamı açısından taviz verilmesi talep edilir.	Kişiler problemden ayrılır.
Kişiler ve problem bakımından yumuşak bir yaklaşım seçilir.	Kişiler ve probleme karşı sert bir duruş söz konusudur.	Kişiler ile ilgili yumuşak, problemin çözümü ile ilgili sert durulur.
Karşı yanlara güvenilir.	Karşı yanlara güvenilmez.	Güven ölçütünden bağımsız hareket edilir.
Kolayca pozisyon değiştirilebilir.	Bulunulan pozisyonda sabit kalınır.	Pozisyondan ziyade menfaatlere odaklanılır.
Teklif getirilir.	Tehditkar bir yaklaşım benimsenir.	Menfaatler araştırılır.
Hedeflenen sonuç açıklanır.	Hedeflenen sonuçla ilgili aldatıcı bir taktik izlenir.	Belli bir sonucun hedeflenmesinden kaçınılır.
Anlaşmak için tek taraflı kayıplar göze alınır.	Anlaşma adına tek taraflı kazançlar talep edilir.	Karşılıklı menfaatleri karşılayacak çözümler üretilir.
Karşı yanın kabul edeceği tek bir yanıt odaklanılır.	Kabul edilebilecek tek bir yanıt odaklanılır.	Kabul edilebilecek birden fazla seçenek geliştirilir.
Anlaşma hususunda ısrarcı olunur.	Bulunulan pozisyon üzerinde ısrarcı olunur.	Objektivitenin temel alınması hususunda ısrarcı olunur.

¹⁵¹ Uhle, s.136 vd.

Taleplerin çekişmesinden kaçınılır.	Taleplerin çekişmesinden kazançlı çıkılması amaçlanır.	Taleplerden bağımsız ve standartlara dayalı bir sonuç elde edilmeye çalışılır.
Baskıya boyun eğilir.	Baskı kurulur.	Nedensellik temelinde, baskıya değil, prensiplere boyun eğilir.

Bir meseleyi çözmek amaçlanıyor ise, karşı taraftan bağımsız bir düşünce ve yaklaşım biçimi ortaya konamayacağı gibi, salt yumuşak ve kabul edici pozisyonda olmak da, iyi bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. Önemli bir husus da, pozisyonu ve uyuşmazlık içerisindeki konumu ne olursa olsun, bir kurumu temsil etsin ya da etmesin, karşı tarafın insan olduğu, duyguları ve egoları olduğunu hatırlamaktır. Bu nedenle, empati her zaman doğru bir yaklaşımı getirecektir. Karşı tarafın tam anlamıyla ve anlamak gayesi ile dinlenmesi, kendi söylediklerinizin de doğru anlaşıldığından emin olunması, yani tam ve eksiksiz bir iletişim, müzakerenin olmazsa olmaz koşuludur. Bu aslında, tarafların gerçek amaçlarını ve uyuşmazlığın ne olduğunu tanımlamayı sağlayacaktır. İnsan yapısı ve temel insan ihtiyaçları aslında basittir. Her insan, güvenlik, ekonomik açıdan iyi durumda olma, aidiyet, tanınma/kabul görme/onaylanma ve birinin yaşamı üzerinde kontrol sahibi olma gibi temel ihtiyaçlara/içgüdülere sahiptir. Bunlar, müzakere ve her türlü uyuşmazlık çözüm sürecine yön verecek temel etkenlerdir.

Problem çözüm sürecinde, öncelikle sorunu tanımlama, soruna ilişkin belirtileri ve içinde bulunulmasından hoşlanılmayan durumu/durumları tespit etme, ardından bunları nedensellik temelinde kategorize etme, çözümün önündeki engelleri ortaya koyma, uygulanabilir stratejileri ve teorik çözüm yollarını geniş bir perspektifle ele alma, daha sonra bunları fiili anlamda uygulanabilir hareket biçimlerine dönüştürme ve atılabilecek somut adımlar haline getirme şeklinde dairesel bir süreç, sorunu ya da sorunları tanımlama ve çok seçenekli çözümler geliştirebilmede yardımcı olacaktır¹⁵².

Müzakere ya da herhangi bir başka uyuşmazlık çözüm süreci öncesinde, tarafların kafalarında pek çok soru vardır. Karşı taraf daha güçlü konumda ise

¹⁵² Uhle, s. 284, Özbek, (AUÇ 2009), 540 vd.

prosedür işe yarar mı? Karşı taraf devam etmek istemezse ne olur? Mutlaka etik dışı hilelere başvuracaklardır. Bu durumda ne olur? vb. pek çok soru kafa kurcalayabilir. Keza müzakereye başlamayı kabul eden tarafların kafasından da pek çok soru geçecektir. Pazarlık stratejisi uygulamalı mıyız? İkimiz için “adil” kavramı birbirinden farklı olacaktır. Bu halde sonuca ulaşabilir miyiz? Adil olmamam gereken bir noktada adil davranmak zorunda mıyım? İnsanların kendisi problemi oluşturuyorsa ne yapmam gerekir? Kişilik, cinsiyet ya da kültür farklılıklarına karşı nasıl bir müzakere yaklaşımı geliştirmeliyim? Bu seçeneği en az risk alarak denemek nasıl mümkün olabilir? vb. sorular, süreci bir anda kişilerin gözünde büyütmede ya da tam tersi işe yaramaz görülmesine neden olabilmektedir.

Ancak aslında ne istediğini ve ne durumda olduğunu iyi bilen taraf, bu soruların hiçbirinden etkilenmeksizin kendi müzakere ve alternatif çözüm sürecini en iyi şekilde yönetebilir. Aslında öncelikle şu sorulara yanıt aranmalıdır¹⁵³:

- Problemi alternatif yönden çözmek ne derece ve neden önemlidir ?
- Aradaki sorunlar ne derece karmaşıktır ya da değildir ?
- Karşı tarafla iş ilişkisini devam ettirebilmek ne derece önemlidir ?
- Karşı tarafın yaklaşımlarını/taleplerini değiştirebilmek ne derece zordur ya da kolaydır ?
- Süreç açısından bulunulan konum nedir ?
- Tarafları birbirine yakınlaştıracabilecek genel geçer standartlar bulmak ve bunlara dayanmak mümkün müdür ?
- Adil olmayan bir sonucun kalıcılığından söz edilebilir mi ? Bu bağlamda ben ve karşı taraf böyle bir durumu talep eder miyiz ?
- Müzakere neticesinde edinilecek sonuç dışındaki seçeneklerim nelerdir ? (Bu soru “BATNA” kavramını doğurmakta olup ilerleyen bölümde arabuluculuk süreci içerisinde irdelenecektir)¹⁵⁴.

¹⁵³ Uhle, s.212 vd.; Spangler Brad, Reality Testing, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Research Consortium, University of Colorado, 2003, (<http://www.beyondintractability.org/essay/negotiation/>) (erişim: 21.12.2009).

¹⁵⁴ Aşa. BİRİNCİ BÖLÜM/IV/B/2/2.2.

Bu sorular ile birlikte, başarılı bir müzakere ve çözüm süreci, mutlaka iyi ve detaylı bir hazırlığı gerektirecektir. Bu olmaksızın, bulunulan konum, karşı tarafın konumu, seçenekler belirlenmeksizin ve veriler toplanmaksızın başarılı bir süreç oluşturulamaz. Taraflar arasındaki güç dengeleri de esasen, bu anlamdaki hazırlık ve bilinç düzeyine doğrudan bağlıdır. Bu anlamda, kendi durumunun ve seçeneklerinin farkında olan taraf, süreç içerisinde güçlü durumdadır. Aslında en doğru olan da, “kim güçlü?” sorusunu sormaksızın, tamamiyle sürece ve sorunun çözümüne odaklanmaktır. İyi bir iş ilişkisi geliştirme olanağı sunmak, parlak bir çözüm önerisi getirmek, kendinin ve karşı tarafın menfaat ve beklentilerini doğru anlamak, kendi BATNA'nızı (süreç dışı seçenekleri ve buna nazaran süreçten beklentiyi) doğru geliştirmek, bilinçli taahhütlerde/tekliflerde bulunmak, müzakere ve her türlü çözüm süreci bakımından başlı başına güçtür¹⁵⁵.

Özellikle de ticarî uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuğun fazla pembe bir yaklaşım olduğunu düşünenlerin sayısı hiç de azımsanacak düzeyde değildir. Bu nedenle, alternatif çözüm yolları, çok sayıda başarılı uygulama örneğine karşın, geniş bir arenada halen gelişim sürecindedir. Müzakere sürecine dair yukarıdaki açıklamalarımız, problemi çözmeye yönelik pozitif bir çabayı temel almaktadır. Öte yandan işler her zaman belli stratejiler uygulandığında belli sonuçların alınacağı biçiminde kolay mı yürür? Aslında günlük yaşamımızın bir parçası olarak ifade ettiğimiz müzakereler, çoğu zaman, karşımızdaki kişinin bize tamamen zıt tutumu nedeniyle, bizi oldukça güç durumda bırakır. Yani çoğu zaman yaşadığımız, iki tarafın da tatmin olacağı çözümleri arayan, insanları değil menfaatleri temel alan, objektif yaklaşımlar içeren müzakereler değildir. Karşı tarafın negatif düşünceleri, karşı tarafın farklı müzakere alışkanlıkları, anlaşmanın sağlayacağı yararlar için kuşkucu yaklaşımı, sezilen/öngörülen gücü ve bizim göstereceğimiz reaksiyonlar, baş etmemiz gereken temel zorluklardır. Bu doğal durumlarla nasıl mücadele edilebilir ? Ya da edilebilir mi?¹⁵⁶

Çevremizdeki iletişimleri ve müzakereleri izlediğimizde, insanların genellikle birbirlerine düşünmeksizin tepki verdiklerini ve pek çok uyuşmazlığında bundan kaynaklı olarak ortaya çıktığını ve ilerlediğini görebiliriz. Verilen bir tepki, karşı

¹⁵⁵ Ury, s. 5 vd.

¹⁵⁶ Fisher/Ury, s. 3 vd.

tepkiiyi doğurmakta, bu böylece sürmektedir. Müzakere sürecini sürdürmeye ve uzlaşmaya çalıştığımız kişi bu anlamda uzlaşılması zor bir yapıda ise nasıl davranmak uygun olacaktır?

2. Müzakerede Temel Strateji ve Temel Aşamalar

Müzakere ve alternatif çözüm yöntemleri üzerinde uzun yıllardan bu yana çalışmakta olan William Ury ve Bruce Patton, bu anlamda zor kişilerle müzakere hususunda aşamalı olarak izlenebilecek beş strateji önermekte ve bu adımları şöyle sıralamaktadırlar ¹⁵⁷:

1. *Adım - Tepki Verme / Derin Bir Nefes Al* : Basitçe ifade edilmiş bir kural gibi görünebilir. Ancak mecazi deyişle “ateşe ateşle karşılık vermek” karşı tarafın da size aynı şekilde dönmesi ile içinden çıkılmaz bir durum yaratacaktır. Oysa asıl amaç, bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıdır, egoların çarpıştırılması değil. Öte yandan, pes etmek ve öylece sessiz kalmak, bizde güçsüzlük ve zayıflık endişesi yaratır. Ancak karşıdaki kişinin öfke nöbeti içinde ya da benzeri bir duygusal durumda olduğu hallerde, tepkisizlik bu durumu yumuşatmanın bir yolu olabilir. Bu duygusal durumdan uzaklaşan kişi ise, uyuşmazlığı çözme yolunda adım atabilecek bir pozisyona gelebilir.

Yolunda gitmeyen bir şeyi kestirip atmak ise, belki en süratli ve düşünmeksizin verilebilecek tepkidir. Evlilik yolunda gitmediğinde boşanmak, iş yerine bir şeyler yolunda gitmediğinde ayrılmak ya da bir iş ortaklığını sona erdirmek, bazen izlenebilecek en iyi yol gibidir. Bazen de böyle bir durumda karşı taraf geri adım atabilir. Ancak kestirip atma yaklaşımı, mutlaka, maddî ve manevî bedelleri de beraberinde getirecektir. Çoğunlukla da süratli ve yüzeysel verilen kararlara dayandığı için pişmanlık doğurma olasılığı yüksektir. Bir başka yönü de, sürekli sıfırdan başlamaktır.

¹⁵⁷ Ury, s.11 vd.

Karşı tarafımız çoğunlukla bizi belli bir tepki vermeye zorlayıcı şekilde hareket eder. Bunun amacı da genellikle dengenin yitirilmesi ile daha kolay kontrol kurmaktır. Dolayısıyla reaksiyon verdiğimizde aslında, sorunun bir parçası haline geliriz. Bu aşamada, “etki tepkiyi doğurur” yaklaşımının nesnelere için geçerli olduğunu, beynin düşünerek bir şeyi yapmamayı seçebileceğini hatırlamak gerekir.

Tepki vermemek, bu anlamda, tek taraflı olarak gerçekleştirilebilecek ve karşı tarafın bu anlamdaki gücünü ve kontrolünü bozacak bir etki yaratır. Mecazi anlamda, “balkona çık, derin nefes al” ifadesi ile açıklanabilecek bu davranış biçimi, olaylara adeta bir üçüncü kişinin bakabileceği gibi, tepeden/dışarıdan bakmayı getirecektir. Ek olarak, müzakere sürecine devam etmek üzere bir hazırlık süreci sağlayacaktır.

Elbette bu şekilde davranmayı tercih edebilmek için, sürece devam etmenin getireceği avantajlar üzerinde detaylı düşünmüş olmak, BATNA’yı (anlaşma olmaz ise önümüzdeki alternatifleri) doğru belirlemek ve hedefe odaklanmış olmak gerekir.

Peki bu iş bu kadar kolay mıdır? Aslında çoğu kez tepki verdiğimiz farkında olmadan tepki veririz ki, bunun nedeni de, karşı tarafın haksız tahrikleri ve hileli stratejileri olur. Bu taktikler, perdeleme, baskılama, hileli davranışlar vb. biçiminde ortaya çıkabilir. Perdeleme, karşı tarafın, bizi, durduğu noktanın asla değişmeyeceğine inandırmaya çalışması olarak ifade edilebilir. Baskılama ise, tahrik içeren ataklarla kendini gösterebilir. Bunlar içerisinde belki de en zor anlaşılabilir olan hileli davranışlar ise, gerçeği söylememe ya da yanlış aktarma, otoritenin karşıda olduğunu düşündürme ve son dakikada yapılacak ek talepler biçiminde ortaya çıkabilir. Böyle bir durumun farkına varabilmek için, bu yönde algıların açık olması gerekir. Ancak bir şeyi mutlaka taktik olarak yaftalamak da, yeterli incelemeyi yapmadan doğru olmayacaktır. Keza, bize yönelen bu tür davranışların yaratmak istediği etkiyi yaratmasına izin mi vereceğimiz, yoksa, kendi hedeflerimiz doğrultusunda süreci yönetmeye mi çalışacağımız konusunda doğru kararı verebilmemiz kuşkusuz önemlidir.

Karşı tarafın izlemeye çalıştığı stratejiyi ve kullanmakta olduğu taktikleri tanımladığımızda da, yapılabilecek en mantıklı hareket, yine balkona çıkmak olacaktır. Müzakereye ara vermek ve yavaşlatmak, konuyu baştan ele almak ve bu anlamda karşı tarafı da yavaşlatmak, izlenebilecek mantıklı bir stratejidir. “Yanlışsam beni düzeltin, ben söylediklerinizden şunu anlıyorum, doğru mudur?”,

“Bana ifade etmek istediğiniz hususları tekrar açıklayabilir misiniz?”, “Sizi doğru anladığımdan emin olmama izin verin, durum şöyle midir?” biçimindeki ifadeler, süreci bir anda başa alacak, yavaşlatacak, sağlıklı düşünme imkanı verecektir. Bunun yeterli olmadığı noktada, karşı taraftan zaman istemek ya da bir espri ya da hikaye ile ortamı yumuşatmak da yararlı olabilir. Ne olursa olsun, son kararı müzakere arenasında vermemek gerektiği ifade edilmektedir. “Avukatımız her şeyi son bir kez kontrol etmek ister, avukatları bilirsiniz”, “size bu konuda yarın geri dönebilir miyiz?” biçiminde zaman kazanabilmek, sağlıklı düşünme imkanı verecektir.

Özetle ne olursa olsun, basit insan psikolojisi ve davranış tuzaklarına düşmeksizin, derin bir nefes alarak hareket etmeyi bilmek avantajdır.

2. *Adım - Karşı Tarafı Kazan* :Karşı tarafın sizden beklediğinin tersi bir tepki vermek, aradaki dinamiği tersine çevirecektir. Doğal olarak verilen tepki, karşı taraf ne yapıyorsa aynısı ile karşılık vermektir. Oysa bunun tersini yaparak karşı tarafa doğru bir adım atıldığında, durumda mutlaka değişiklik oluşacaktır. Keza, kimse birbirini dinlemediğinde ve herkes kendi durduğu noktada ısrarcı olduğunda, bir sağırlar diyalogu oluşacaktır ki; bir yere ulaşmanın mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle dinlemeye başlamak ve aktif olarak dinlemek önemli bir aşamadır. Dinlemek, sabır ve öz disiplin işidir. Karşı tarafımızın sinirli ya da gergin olduğu durumda, tepki vermeksizin dinlemek kolay değildir. Ancak karşı tarafın duygularını açıkça ifade edebilmesi, tansiyonu dengeleyecek, dinlendiğini bilmek mutlaka duygu ve düşüncelerde pozitif bir değişim yaratacaktır¹⁵⁸. Dinlenmek ve anlaşılacak herkes için temel bir ihtiyaçtır. Dinlerken, hem karşı tarafı aktif olarak dinlediğimizi hem de anlamaya çalıştığımızı ortaya koyan yeniden değerlendirmeye yönelik soru ve yorumlar, bu süreci destekleyecektir. Keza karşı tarafı anladığımızın onaylanması ve gerekiyor ise özür içeren ifadelerin kullanılması da önem taşır. Özür dilemek, düşünülenin aksine, teslim olunması ve tamamen karşı tarafın yararına olacak bir anlaşmanın kabul edilmesi anlamı taşımaz. Zira bu duygu ve düşünceleri ifade ederken, sakin, ciddi, profesyonel bir tavır takınılır ise, bu karşı taraf nezdinde saygı uyandıracaktır. Korkusuzluk, karşı tarafı yatıştırır.

¹⁵⁸ **Cüceloğlu Doğan**, Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim Donanımları, 2. Basım, İstanbul 2002, s.135.

Neticeten amacımız, kabul edeceğimiz ve menfaatimize olacak bir noktada uzlaşmaktır. Bu anlamda, izleyeceğimiz strateji, teslim olma ve alttan alma değil, anlamaya ve uzlaşmaya çalışma stratejisi olmalıdır. “Evet” ifadesini ve pozitif açıklamaları kullanmak, karşı tarafın kullandığı kelimelere, beden diline, ses tonuna dikkat ederek, görüşme şeklini onun tarzına yakınlıkla yaklaşacak şekilde yürütmek (örneğin, karşı yan düşük bir ses tonu ile konuşuyor ise ses tonunu alçaltmak, kültürel farklılıklara saygı gösterdiğini belli eder şekilde davranmak, karşı tarafın kullandığı cümle yapılarına dikkat ederek, düşünceleri ifade ederken benzer yapılara yer vermek iletişimi geliştirecektir), gerektiği durumda kabul ve onay içeren ifadeleri kullanmayı bilmek, düşünceleri provake etmeksizin açıklayabilmek iyi ve başarılı bir müzakere süreci yaratacaktır. Örneğin, “ama” yerine “evet....ve” ifadesini kullanmak önemli fark yaratır. “Ürünleriniz çok pahalı” diyen bir müşteriye, “Ama bu bulabileceğiniz en kaliteli ürün” şeklinde yanıt verildiğinde, “ama” ifadesinden sonra, karşı tarafın neden haksız olduğunun açıklanacağı ortada olduğundan, dinleme kanalları kapanacaktır. Oysa “evet, kesinlikle haklısınız, fiyatlarımız yüksek ve bu fark size daha yüksek bir kalite, güven ve hizmet sağlıyor” biçimindeki bir yorum karşı tarafça dinleme kanallarının kapanmasına neden olmaz. Çünkü uzlaşma noktası aramaya yönelik bir açıklama içermektedir. Bunun gibi, “sen” yerine “ben” biçimindeki ifade tarzı da, iletişim açısından daha geliştirici olacaktır. Çünkü, karşı tarafı değiştirme ya da eleştirme ifadesi taşımaz ve olaya farklı bir bakış getirme yolunu açar. Keza karşı tarafa yukarıdan bakan ifadeler değil, daha eşit ve daha güvende hissedeceği ifadeler kullanmak da önemlidir.

Neticeten, müzakerelerin ılımlı bir ortamda yürümesi ile gergin bir ortamda yürümesi arasında mutlaka önemli fark vardır. Müzakere sürecinde, kendimiz için ve kendi menfaatlerimiz için var olurken, bunlara ilişkin sonuç almanın, önce karşı yanı kaale almaktan geçtiğini de unutmamak gerekir.

3. *Adım - Reddetme / Yeniden Şekil Ver* : Bütün bu aşamalardan geçtikten sonra, karşı tarafımız halen esnek olmayan bir pozisyonda duruyor ise, süreç nasıl ilerleyebilir? Karşı tarafın düşüncesini ya da duruşunu reddetmeksizin, konuya yeni bir boyut getirmek mümkün olabilir. Bunun için problemi çözmeye yönelik sorular sormak yarar sağlayabilir. Sorular mutlaka problem odaklı olmalıdır.

“Neden böyle düşündüğünüzü anlamak istiyorum?”, “Bana bu durumu açıklayabilir misiniz?” gibi ifadeler, yani “neden”i sorgulamak, karşı tarafın gerçek duygu ve düşüncelerini anlamaya yardım edecektir. Karşı taraf bu konuda pek de dışa vurumcu ve açıklayıcı değilse, bu soruları “neden öyle değil?” biçiminde tersten sormak işe yarayabilir. Bu yaklaşıma karşın direnç devam ediyor ise, karşı tarafça, vereceği bilgilerin kendi aleyhine kullanılacağına dair ciddi bir endişe ve güvensizlik söz konusu olabilir. Bu aşamada, güven sağlayacak bir ifade tarzını benimsemek ve önce kendi durumunuzu açıklıkla ifade etmek yarar sağlayabilir. “Ben bu nedenlerle sürecin böyle yürümesini tercih ediyorum. Bu şunları sağlayacak. Siz sizin açımızdan bunun neden mümkün olmadığı hakkında biraz bilgi verebilir misiniz?” biçiminde bir yaklaşım, güven oluşturmaya yardım edebilecektir. Keza “peki ya şöyle olursa?” yaklaşımı da, karşı tarafa belki de hiç düşünmediği bir kapıyı aralayabilecektir. Çoğu zaman, kendimizi belli çizgilerle sınırlarız ve duracağımız son noktaya o kadar odaklanırsak ki, başka bir seçenek olabileceğini düşünemeyebiliriz. Bu anlamda yaratıcı bir yaklaşım, bir anda sürece farklı bir yol açabilir. Karşı tarafa durumumuzu ifade ettikten sonra, onun görüşünü hatta onun için adil olanın ne olduğunu sormak da, düşünce yapısını bize yaklaştırabilir ve daha da önemlisi, onu problemin tam anlamıyla bir parçası haline getirir. Karşı yana yönelteceğimiz sorular, mümkün olduğunca açık uçlu sormak da muhalefeti azaltacaktır. Örneğin, “Bunu yapamazsınız, bu şirket politikamıza aykırı” biçimindeki bir ifade, “politikanızın değişmesi mümkün değil mi?” sorusunu doğuracaktır ve yanıtı da açıkça “hayır” olacaktır. Öte yandan, “Bu politikanın amacı nedir?”, “Bu hususta istisna tanıyabilecek bir yetkili var mıdır?”, “Ne şekilde hareket etmemi önerirsiniz?” biçimindeki sorular, yeni cevaplar, açıklamalar ve beraberinde iletişimi getirecektir. Yukarıda açıkladığımız gibi, karşı yanın uygulayabileceği farklı taktiklere farklı yanıtlar üretmek her zaman mümkündür. Yapılmaya çalışılan farkında olunduğunu ortaya koyarken, karşı tarafı problemin ve çözüm sürecinin içine alabilmek zor ancak başarılabilir bir stratejidir. Temel nokta, negatifi pozitifçe çevirme amacı ve bunu kendi doğru belirlenmiş menfaatlerimiz merkezinde yapmaya çalışmak olacaktır.

4. *Adım - Altından Bir Köprü Kur:* Dünyanın en büyük medya birleşmesi sürecinde yaşananlar, altın köprü yaklaşımı bakımından iyi bir örnektir. 1985 yılında

CBS kanalını almak üzere, Ted Turner isimli oldukça nüfuzlu bir iş adamından gelen ve dostça görünmeyen bir devralma teklifi karşısında zorlu bir müzakere süreci yaşanmış, taraflar temel konularda anlaşma noktasına gelmişlerdir. Gannett firması başkanı Neuharth, yaşına ve tecrübesine binaen yeni oluşumda CEO olarak görev alacak, CBS başkanı Tom Wyman ise yeni oluşumun başkanı olacaktır. Neuharth, yeni oluşumun isminin Universal Media olmasını teklif eder. Her iki firmadan onar üst düzey yetkili, detayları görüşmek üzere zorlu bir sürece girişmişlerdir. Bu aşamadaki durumu Neuharth şöyle açıklamıştır :

“Sürüyle bankacı, hukukçu ve üst düzey yetkili, dikdörtgen bir masanın etrafında toplanmıştık. Tom ve ben yan yana oturuyorduk. Onca insanın Wyman ile üzerinde anlaştığımız şeylere karşı üç gündür ileri sürdükleri bir sürü argüman sinirimi bozmuştu. Daha fazla sosyal nezaketle vakit kaybedemezdim. Tom ve benim, iki CEO olarak bu işin nasıl yapılacağı hususunda anlaştığımızı ve bununla ilgili hususları anlattım. CBS yetkilileri şaşkınlık içinde kalırken, bizimkiler onayladılar ve gülmüşler. Herşey karara bağlanmıştı. Wyman huzursuz görünüyordu. Yavaşça kalkarak, anlaştığımızı onayladı. Direkt ve zorlayıcı davranmıştım. Wyman ekibi, gelişmeleri ilk ondan değil, benden duymuşlardı. Wyman’ın bu hususları açıklamasına izin vermeliydim. Oysa onunkini bastırmak suretiyle, kendi egomu tatmin etmişim. İki gün sonra Wyman aradı ve anlaşmanın olmayacağını söyledi. CBS ismini değiştirmeye karşıydı ve bu süreçte Time Inc. isimli firma ile birleşme görüşmeleri yapıldığını öğrenmişti.”

Bu süreçte karşı taraf nezdinde dört faktör etkili olmuştur :

- Sürece dahil olmama / düşüncelerin onun düşünceleri olmaması
- Anlaşmanın karşı tarafın düşüncelerine tam olarak hitap etmemesi (isim değişikliği fikrine tam olarak hazır olmamaları)
- Kendi grubu önünde itibarının zedelenmesi
- Anlaşma sürecinin çok hızlı ve çok baskıcı bir süreçte gelişmesi (zaman kısa ve verilecek karar aşırı önemli ise hayır demek daha kolay gelebilir)

Bu faktörlerin oluşmasına engel olmak, yani karşı taraf ile aramızda altın bir köprü inşa etmek elimizdedir. Bunun için, verilecek herhangi bir kararın birlikte

alınan bir karar olmasını, yani karşı tarafın sürece dahil olmasını sağlamak, onu durduğu nokta itibarıyla tam olarak anlamak ve bunu ifade etmek, genellemeler ve yaftalardan kaçınmak, temel insan ihtiyaçlarını görmezden gelmemek, onun itibarını ve pozisyonunu önemsemek ve bu anlamda ona destek olmak, aşama aşama ilerlemek ve yavaşlanması ve hızlanması gereken yerleri iyi kestirerek, her şey üzerinde anlaşmadan anlaşmanın yapılmış sayılmayacağı bilinci ile hareket etmek gerekir. Dolayısıyla, altın bir köprü inşa etmek, aslında karşı tarafa çok çekici bir teklif sunmak ile sınırlı olmayıp, bundan daha fazlasını içermektedir.

Bir başka örnek, ünlü bir restoran olan Campbell's Soup'un çok başarılı bir restoranı satın alarak bir zincir kurma girişiminde yaşanmıştır. Satın almak isteyen tarafın müzakerecisi adil bir teklifte bulduklarını düşünmekte, ancak teklifleri karşı yanca ısrarla reddedilmektedir. Süreç tıkanma noktasına gelmiştir. Bu noktada, müzakereci, tek yanlı bakış açısından dönerek, karşı yana itiraz noktalarını görüşmek istediğini belirtir ve onun düşüncesini anlamaya ihtiyacı olduğunu belirtir. Bu aşamada restoran sahibi, bu işin bebeği gibi olduğunu, kendisini bugün olduğu yere getirdiğini, bu nedenle satmak istediğinden emin olmadığını, kendi şovuna devam etmeyi istediğini, bütün bunlardan vazgeçebilmesinin çok değerli olduğunu açıklar. Müzakereci, karşı tarafın güçlü duygu ve ihtiyaçlarının farkına varmıştır. Öyle ise, bir joint venture düşünüp düşünemeyeceklerini, böylece restoranı birlikte işletebileceklerini, % 80'i Campbell'in satın alacağını ve kalan % 20'nin kendisinde kalacağını, kendisinin de görevde kalmaya devam edebileceğini, kalan % 20'yi gelecekte satın alabileceklerini, şirkette kaldığı sürece kar payını alabileceğini, böyle bir teklifin ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamayacağını sorar. Restoran sahibi bu teklife sıcak bakar ve anlaşma gerçekleşir.

Bununla birlikte altından bir köprü inşa etmek, karşı yanın isteklerini ve pozisyonunu dikkate alırken, mutlaka ödün vermek ve ne olursa olsun anlaşmayı temin etmek de değildir. Kendi pozisyonumuzu karşı tarafın açıklıkla anlamasını sağlamak, BATNA'mızı doğru belirleyerek, seçeneklerimizin arkasında durmak ve karşı tarafın da bunları görmesini sağlamak, ancak bunları da karşı tarafı provake etmeksizin yapmak gerekir.

5. *Adım - Karşı Tarafı Dize Getirmeyi Değil Anlaşmaya Yönlendirmeyi Hedefle* : İkili bir mücadeleyi kazanmış gibi görünsek de, sonuç olarak kazanmış olmayabiliriz. Çin bilgini Sun Tzu, bunu, “ Yüz savaşta yüz zafer kazanmak bir üstün başarı göstergesi değildir. Bir düşmanı savaşmaksızın boyun eğdirmek üstün bir başarıdır.” biçiminde ifade etmiştir. Keza yine Savaş Sanatı adlı eserinde Sun Tzu “Savaşmasını bilenler öfkelenmez, kazanmasını bilenler korkmazlar; akıllılar savaşmadan kazanır, aptallar ise kazanmak için savaşır” diyerek mücadele ortamında akılcı stratejiyi tanımlamıştır¹⁵⁹. Karşı tarafın tüm anlaşma tekliflerini reddetme düşüncesinin altında kendisinin kazanacağına olan güven vardır. Oysa savaş kazanılırken, fazladan düşman kazanmamak da gerekir. Bu hatalı bakış açısı, ancak güçlü bir BATNA ile değiştirilebilir. Bulduğunuz durumu ve seçeneklerinizi başarılı bir biçimde ortaya koyduğumuzda ve karşı tarafa bu realiteyi anlamasını sağlayacak sorular yönelttiğimizde, bakış açısı değişebilir. Durumu açıklıkla ortaya koymak suretiyle, onun seçim yapmasını sağlamak ve sürecin birlikte kontrol edildiğinin ifade edilmesi önemlidir.

Nihayet, anlaşma bakımından önemli olan bir diğer husus da, risklerin minimize edilmesi, gelecekte doğabilecek uyuşmazlıkları öngören ve çözümleyebilecek bir mekanizmanın geliştirilmesidir. Amaç, zafer değil, karşılıklı tatmin yaratacak bir anlaşmaya imza atmaktır. Karşıtlıklar ne ölçüde giderilebilir ise, karşı taraf o ölçüde problemin değil fakat çözüm sürecinin bir parçası olacaktır.

Özetleyecek olursak, her türlü uyuşmazlık sürecinin temel bir parçasını oluşturan müzakere, aslında rekabetçi değil, işbirliği yaratmaya yönelik olarak algılanmalıdır. Bu anlamda tartışma kültürü edinilmiş ise, arabuluculuk süreci de kuşkusuz daha verimli işleyecektir.

¹⁵⁹ Sun Tzu, The Art of War, Special Edition, USA 2005, (www.books.google.com.tr) (erişim: 21.12.2009).

B.Ticari Uyuşmazlıklar Bakımından Arabuluculuk Yöntemleri ve Teknikleri

1. Genel Bilgi

Uyuşmazlığın insan doğasının bir parçası olmasına binaen, kişiler gibi, onların temsil ettikleri kurumlar arasında da uyuşmazlıklar iş yaşamının doğal bir parçası olarak sıklıkla yaşanmaktadır. Ticari yaşamın, diğer alanlara nazaran yarattığı fark, kanımızca ilişkilerin zaten profesyonel yaklaşımlar üzerine kurulmuş olmasıdır. Bu da hem kişiler arası diyalogları hem de arabulucunun uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması bakımından yerine getireceği işlevi pozitif yönde etkileyebilecek bir ortamı yaratabilir.

Arabuluculuk görevini yürütenler arasında, uyuşmazlık çözüm sürecinde izlenebilecek iki temel yaklaşım ya da öğretinin geliştiği görülmektedir. Birinci yaklaşım, tarafların kendilerine uygun olan çözüm yolunu bulabilmelerini ve karar verebilmelerini kolaylaştırıcı işlevi desteklerken (facilitative mediation – işlevsel arabuluculuk); ikinci yaklaşım ise, taraflara buldukları pozisyonu anlatmak ve bununla ilgili olasılıkları değerlendirmek (evaluative mediation – değerlendirmeci arabuluculuk) üzerine kuruludur. İşlevsel arabulucu, daha ziyade bir psikiyatristin yaptığı gibi, tarafları dinleyerek, hatalı yaklaşımlar üzerinde durarak ve düşünmesini sağlayarak, yanlış bir bakış açısını değiştirmeye ve ilgili tarafı, içinde bulunduğu pozisyonu yeniden değerlendirmeye yöneltmektedir. Buradaki, irdeleyici ve iletişimsel metod, ilgili tarafın durumu yeniden değerlendirmesi, yeni bir bakış açısı geliştirebilmesi ve bu şekilde kendi kararını verebilmesini sağlamaya yöneliktir. Burada arabulucu, bir konuya ilişkin, “doğru” ya da “yanlış” biçiminde veya “bir şey bir şekilde yapılmazsa ne olacağı” şeklinde görüş ve düşünce ifade etmez. Değerlendirmeci yaklaşımda ise, arabulucu, uyuşmazlığın ana noktasını ve tarafların durdukları pozisyonları ortaya koymaya ve bu çerçevede bir sonuca ulaşılmasına yardımcı olmaya çalışır ki, bu yaklaşım, işlevsel arabuluculuk metodunu benimseyenlerce, arabulucunun tarafların durumundan bağımsız olarak prosedürü işletmesi gerektiği, görüş açıklamak ile tarafsızlığın zedeleneyeceği gibi eleştirilerle karşılaşmaktadır. Ancak bu metodu benimseyenler, tarafların çoğu kez, bir uzmanın

görüşüne ihtiyaç duyduklarını ve buradaki yaklaşımın, sorunun kökenine ve gerçek durumun tespitine daha çabuk ulaşılmasına binaen, prosedür açısından önemli bir zaman tasarrufu sağladığını belirtmektedirler¹⁶⁰.

Bu iki temel metod dışında gelişen ve daha ziyade Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulama alanı bulan bir diğer üçüncü yaklaşım ise, “yargısal uzlaşma toplantısı”dır. Bu usule, alternatif çözüm yollarının türlerini incelerken yer vermiştik¹⁶¹. İlgili bölümde de belirttiğimiz üzere, burada, mahkeme önünde uyuşmazlık görülmekte iken, taraflar bütün argümanlarını bu ortamda ortaya koymuş ve deliller de toplanmış iken, mahkemece, yargılama prosedürü tamamlanmadan önce son kez, uyuşmazlığın çözümü için taraflardan bir araya gelmeleri istenmektedir. Bu toplantıda mahkeme hâkimi, tarafların uzlaşma ihtimallerinin mevcudiyetine kanaat getirir ise ve bunun tartışılması ve görüşülmesi için yeterli zaman yoksa, konuyu bir uzman arabulucuya da tevdi edebilir¹⁶².

Arabulucu, esasen uyuşmazlık bakımından,

- İletişim kanallarını açma
- Tarafların birbirlerinin ve sürece dahil olan diğer kişilerin kanunî haklarının farkına varmalarını sağlama
 - Müzakere sürecini yönetmekten öte, sürecin işlevselliğini arttırma,
 - Müzakere sürecinde deneyimli olmayanları bu anlamda eğitebilme,
 - Taraflar ile prosedüre katkısı olabilecek üçüncü kişiler (hukukçular, eksperler, uzmanlar, bilgi ve yol gösterebilecek diğer her türlü araçlar) arasında bağlantı kurarak sürece yeni açılımlar getirme,
 - Taraflar ile görüşmeleri ve bu süreçte yakalanacak yeni bakış açıları ile problemleri yeniden tanımlama,
 - Makul ve uygulanabilir bir çözüm bulunması üzere tarafları teşvik etmek suretiyle sürece gerçekçi bir bakış açısı getirme,

¹⁶⁰ **Chern Cyril**, Dispute Resolution Guides – International Commercial Mediation, London 2008, s.130-131, **Kekeç Elif Kısmet**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 519 vd.

¹⁶¹ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/III/A/2.

¹⁶² **Chern**, s.130 vd.

- Gerektiğinde tarafların birbirlerine yakınlaşmaları ve desteklemeleri adına günah keçisi rolünü üstlenebilme,
- İnsiyatif almak suretiyle sürecin ilerlemesine liderlik etme gibi çok farklı görevleri bir arada yürütmektedir¹⁶³.

Açıkladığımız teknikler ile harmanlanan bu işlevsel stratejiler, kuşkusuz uyuşmazlıkların niteliklerine göre ayrı ayrı, grup olarak ya da bütün olarak uygulanabilir. Hepsinden önemli olan, süreci doğru analiz etmek ve neyi ne zaman uygulamak gerektiğini doğru kestirebilmektir ki, ortak düşünce bunun tecrübe ile gelişeceği yönündedir.

2. Arabuluculuk Yöntemleri

a. İşlevsel Arabuluculuk

Arabuluculuğun gelişim sürecine bakıldığında, 40 yıl öncesine kadar, arabulucunun taraflara, kendi çözümlerini geliştirmeleri hususunda rehberlik etmesi dışında bir metod söz konusu değildir. Burada arabulucu, taraflara, yargısal bir görüş içermeyen nitelikte sorular sorar, tarafların bakış açılarını ortaya koyar ve normalize eder, onların uyuşmazlık içerisindeki gerçek duruş ve pozisyonlarını anlamaya çalışır, uyuşmazlığın çözümüne uygun çözüm yollarını belirler ve analiz eder. Taraflara, durumla ilgili yorum yapmaz ve öneri bildirmez, arabuluculuk süreci başarılı olmaz ise oluşabilecek durumla ilgili görüş beyan etmez. Bilgi ve anlayış temelinde, tarafların kendi çözüm yollarını bulmalarını sağlamaya çalışır. Bu amaçla, hem tarafların bir arada oldukları oturumlar, hem de taraflar ile ayrı ayrı özel oturumlar düzenler. İşlevsel arabulucu için, tarafların temsilcileri ya da hukuki danışmanlarından ziyade kendilerininin bakış açısı ve verecekleri karar önemlidir. İşlevsel arabuluculuk, bu alanda özel bir deneyimi olmayan gönüllü arabulucuların

¹⁶³ **Moore**, s.370, **Jones Dan C.**, The Leader's Role as Mediator of Conflict, Virginia Community College System, Volume 3, 1998, s. 54-57, (<http://www.vccaedu.org/inquiry/inquiry-fall98/i31jones.html>) (erişim: 21.12.2009).

görev yaptığı ve genellikle hukukçuların tarafları temsilen katılımı olmayan, gönüllü uyuşmazlık çözümü merkezlerinde gelişme göstermiştir. Bu kişiler farklı uzmanlık alanlarından kişiler olabilmekte idi. Ancak bugün de, özel olarak bu alanda deneyim kazanmış arabulucularca da, bu teknik uygulanmaktadır. Birçok kişi, uyuşmazlıkla ilgili taleplerini sınırlandırabilmek ve uyuşmazlığın esası üzerinde, yargısal özellik içermeyen bir görüş ve yönlendirme ile düşünebilmek bakımından arabuluculuğun işlevsel bir süreç olmasını tercih etmektedir. İşlevsel arabuluculuk,

- ✓ İletişim kanallarının açık tutulmasını sağlamakta,
- ✓ Uyuşmazlığın çözümü bakımından kolaylaştırıcı ve geniş bir perspektifte düşünme imkanı sağlayan bir ortam oluşturmakta,
- ✓ Prosedüre akıcı bir yapı kazandırmakta,
- ✓ Tarafları dinleme ve açıklık üzerine kurulu olma,
- ✓ Taraflara, taleplerinin güçlü ve zayıf yanlarını analiz etme imkanı verme,
- ✓ Gerçeklik analizi yapma imkanı sağlama,
- ✓ Agresyonu ve ihtilaf pozisyonunu bertaraf edebilme,
- ✓ Taraflara bakış açılarını değiştirme imkanı sağlama,
- ✓ Uyuşmazlığı konu başlıklarına ayırma,

gibi yararlar sağlamaktadır. Tarafların daha açık olabilecekleri bir ortamın yaratılması, uyuşmazlık ile ilgili bilgi akışını da zenginleştirmekte, bu da çözümü kolaylaştırıcı bir etki yaratabilmektedir¹⁶⁴.

b. Değerlendirmeci Arabuluculuk

Konunun uzmanları arasında arabulucunun bağımsızlığı, tarafsızlığı ve tarafları belli bir noktada anlaşmaya yöneltmek ve bu anlamda bir baskı yaratmak bakımlarından eleştirilen bu usul, buna karşın, özellikle İngiliz ve Amerikan uygulamasında giderek yaygınlaşmıştır. Evvelce “arabuluculuk” ve “uzlaştırma” kavramları arasında farklı hukuk sistemlerindeki farklı anlayış ve düzenlemelere değinmiş ve bu anlamda, uzlaştırmanın, arabuluculuktan farklı olarak, daha

¹⁶⁴ Chern, s.130-131.

müdahaleci ve yönlendirici bir üslubu içerdiğini belirtmiştik¹⁶⁵. Kanımızca, İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak, bazı hukuk sistemlerinde arabuluculuk yerine kullanılan uzlaştırma, değerlendirmeci arabuluculuk yöntemi ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

Değerlendirmeci arabuluculuk, tarafların bakış açıları ve isteklerinden ziyade, hukukî durumları ve taleplerinin haklılığını irdelemektedir. Genellikle de taraflarla ayrı ayrı yürütülen ve “mekik diplomasisi” olarak ifade edilen bir strateji ile uygulanmaktadır. Tarafların kendi hukukî pozisyonlarını anlamaları ve buna uygun bir hukuki çözüm geliştirmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Burada arabulucu, daha aktif bir rol izleyerek, prosedürü yapılandırmakta ve sonucu doğrudan etkileyebilmektedir. Daha ziyade mahkeme prosedürlerine bağlı gelişmiş olması, taraf hukukçularını burada aktif hale getirmektedir. Arabulucu taraflar ve hukukçuları ile birlikte görüşebileceği gibi, taraf hukukçuları ile ayrı olarak da görüşebilir. Mahkeme prosedürü ile bağlantılılığı, bu usulde, arabulucunun da belli ölçüde hukuk bilgisi ve tecrübesi olmasını gerektirmekte ve genellikle bu usulde hukukçular arabulucu olarak tercih edilmektedir¹⁶⁶.

İngiltere'de, takip eden bölümde inceleyeceğimiz gibi, Lord Woolf Raporu, Usul Hukuku Kuralları ve yargı kararları ışında gelişen arabuluculuk uygulaması, bu çözüm yolunun teşvikine ancak taraflar üzerinde baskı yaratmayacak şekilde ve gönüllü olarak uygulanmasının önemine dikkat çekmektedir. Özellikle inşaat işlerinden kaynaklı ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yolu büyük gelişme kaydetmiştir. Bu çerçevede, arabulucular ve profesyonel gruplarca bu usulü belli spesifik kurallara oturtmak üzere, teknik ve uygulamaların geliştirildiği görülmektedir.

Değerlendirmeci yaklaşımın gelişme sürecinde, arabulucunun rolü ve sürecin özgür irade ile yönlenebilmesi hususları çok tartışılan noktalar olmuştur. Bu tartışmalar, arabulucunun bağımsızlığı ile birlikte, tabi olması gereken etik kurallar ve bunların sınırlarını da içermektedir. Mahkeme süreci ile bağlantılı arabuluculuğun gelişimi, sürece tarafların hukukçularının katılımını arttırmıştır. Ancak taraf hukukçularının sürece katılımının gönüllülük özelliği bakımından olumsuz etki yaratacağı ifade

¹⁶⁵ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/III/A/2/a.

¹⁶⁶ **Chern**, s.131 – 135; **Brahm Eric/ Burgess Heidi**, Shuttle Diplomacy, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/) (erişim: 21.12.2009).

edilmiştir. Hukukçular, uyuşmazlıklarda arabulucunun görüş bildirmesi meselesine çoğunlukla olumlu geri bildirimde bulunmuşlardır¹⁶⁷.

Leonard Riskin'in 1996 yılında yaptığı çerçeve çalışmada, arabuluculuk süreci ile ilgili iki handikapı, bir yandan yalnızca finansal ihtiyaç ve gereklilikleri gözönüne alma, diğer yandan ise, tarafları belli bir çözüm yolunu kabul etme anlamında baskılama olarak ifade etmiştir. Değerlendirmeci arabuluculuk bakımından yöneltilen eleştirilerde, arabulucu görüş bildirdiği zaman, tarafların uyuşmazlığı kendilerinin çözmesine dair motivasyonlarının ister istemez azalacağı, böylece gönüllülük özelliğinin de altının oyulacağı belirtilmektedir. Ayrıca bildirilen görüş, taraflardan birinin daha lehine olabilecek, bu da arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedeleyebilecek, yanısıra, tarafların prosedür ile ilgili enerjisini, uyuşmazlığı çözmekten, arabulucuyu ikna etmeye yöneltecektir¹⁶⁸.

Öte yandan, bir diğer grup, konunun daha derinde, arabulucunun hareket tarzında “neden” ve “ne zaman” sorularını sorması gerektiğini, belli bir bakış açısı sağlamaya yönelik teorik çalışmaların, farklı arabuluculuk anlayışlarını değerlendirmek bakımından yetersiz kalacağını, bu nedenle ortak bir anlayış ve politika ile ilgili çerçeve çalışmaların bu aşamada uygun olmadığını ifade etmektedir¹⁶⁹.

Farklı uzman çevrelerce, farklı uygulama ve yorumlar getirilmekte, ancak genellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından, farklı metodların bir arada kullanılabileceği üzerinde durulmaktadır.

c. Dönüşümsel Arabuluculuk

Her iki modelden sonra, Robert Bush ve Joseph Folger tarafından geliştirilen bu usûl, yetkilendirme kavramına vurgu yapmaktadır ki, bu da, hedefler, seçenekler, yetiler, kaynaklar ve karar alma süreçlerini içermektedir¹⁷⁰. Hedefler bakımından

¹⁶⁷ Chern, s. 131 – 135.

¹⁶⁸ Shaw Margaret, Conference on Mediation, Switzerland, 1996, (<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/shaw.html>) (erişim: 21.12.2009).

¹⁶⁹ Shaw, (Conference).

¹⁷⁰ Bush Robert/ Folger Joseph, The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict, Revised Edition, 2005, s. 41 vd., (www.books.google.com.tr) (erişim: 21.12.2009), Spangler Brad, Transformative Mediation, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/) (erişim: 21.12.2009).

yetkilendirme sürecinde, ilgili tarafın, uyuşmazlığa bakış açısını ve elde etmek istediği sonuç üzerinde çalışılmaktadır. Burada farklı seçenekler ortaya dökülerek, en uygun olanın ilgili tarafça belirlenmesi esastır. İlgili tarafın, uyuşmazlık çözümü bakımından sahip olduğu dinleme, iletişim, konuları organize ve analiz etme, argümanları ortaya koyma, beyin fırtınası ile çözümler geliştirme gibi yetilerin irdelenmesini içerir. Tarafların sahip oldukları imkanlar ve kontrol alanları gözden geçirilir ve bu anlamda farkındalık yaratılır. Dolayısıyla ilk aşamada, bu uygulama, tam bir analiz sürecini içermektedir. Bütün bunların sonucunda ilgili tarafın, tüm bu etkenler ışığında, uyuşmazlık bakımından en iyi kararı verebilmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, tarafların birbirlerinin pozisyonlarını da anlamaları ve empati kurmaları da esastır. Burada, uzlaşma ya da uzlaştırıcılık faaliyetini içermeyen bir anlayış zemini yaratılması söz konusudur. Transformatif ya da dönüşümsel arabuluculuk bakımından üç tip arabulucu yaklaşımı sıralanmaktadır ki bunlar :

- Tarafların diyalog sürecinde katılımlarını mikro düzeyde yani detayda incelemek (bunun tersi, uyuşmazlıkla ilgili baştan bir etiketleme eğilimi olarak ifade edilmektedir)
- Tarafları, konuları müzakere etme ve seçenek üretme konusunda teşvik etmek (tersi yönlendirici olmak biçiminde ifade edilmektedir)
- Argümanlara çeşitli bakış açıları getirerek, tarafların birbirlerinin pozisyonunu anlamaları ve perspektiflerini genişletmelerini sağlamaktır. Bush ve Folger, bu modellerin problem çözücü yaklaşım açısından sonuç doğurmasının mümkün olmadığı ve bu usulde, arabulucunun bu modelleri bir arada kullanamayacağı gibi, standart usul ve yaklaşımlarla hareket edemeyeceğini belirtmektedirler¹⁷¹. Onlara göre, arabulucu bir yöntemi belirlemeli ve onun üzerinden hareket etmelidir. Dönüşümsel usulde, arabulucu yaklaşımların ve anlayışların değişmesi temelinde, taraflar ile birlikte toplanır. Burada taraflar, prosedürün ve sonucunun belirleyicisi olmakta ve arabulucuyu yönlendirmektedir¹⁷².

¹⁷¹ **Bush/Folger**, (The Promise of Mediation).

¹⁷² **Chern**, s. 135-136.

Görüldüğü gibi, çok çeşitli bakış açıları ve yöntemler geliştirilmiş ve geliştirilmektedir. Ancak bütün bu yol ve yöntemlerin incelenmesi ve tartışılması neticesinde, özellikle ticari uyuşmazlıkların, çok taraflı ve birden fazla konuyu ve pozisyonu içerebileceğinden hareketle, bir süreç içerisinde farklı tekniklerin, ancak uygun zaman ve şekilde uygulanmasının en doğru yol olacağı görüşü hakim olmuştur.

2.Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Teknikleri

a. Genel Bilgi

Ticari uyuşmazlıklar, bir yandan alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uygulanması için en uygun alanlardan biri iken, diğer yandan da, her uyuşmazlıkta olduğu gibi bu alanda da iletişim kanalları tıkanabilir ve alternatif çözüm yolu çıkmaza girebilir. Bu aşamada, arabulucunun müzakere tekniklerini kullanabilme becerisi ve kültürel farklılıkları gözden kaçırmaması, doğal olarak süreci etkileyen en önemli noktadır. Bu süreçte arabulucu, kolaylaştırıcı, değerlendirici ya da gerekli olduğu zaman daha agresif bir yaklaşımla hareket edebilecektir.

Bu durumu açıklamak üzere, şöyle bir örnek olaya atıf yapılmaktadır ¹⁷³:

Gelişmekte olan bir ülkenin içişleri bakanlığı, ülkenin merkez dışında kalan bir bölgesinde bir hidroelektrik enerji tesisi inşa ettirmek istemektedir. Bu konu ile ilgili görüşünü sordukları ilgili konuda uzman bir yabancı özel elektrik şirketi, en iyi lokasyonun nehirlerin debisinin ve akımının en yoğun olduğu bölgeler olacağını, akım yönünün elektrik santraline doğru çevrilebileceğini belirtir. İş sahibi ülkenin, bu konuda bir tecrübesi olmamasına binaen, benzeri konularda proje yürütmüş komşu ülkeler nezdinde inceleme ve araştırmalar neticesinde, projenin onbeş yıl süreli imtiyaz sözleşmesi ile yabancı bir firmadan destek alınarak yapılması ve onbeş yılın sonunda projenin devlete devredilmesi temelinde karar verilir. Hükümet projenin, uluslararası yatırım bankalarınca finansal bazda desteklenen yabancı bir konsorsiyum tarafından yürütülmesini uygun bulur. Ana sermaye ve üzerinde mutabık kalınan bir kar da dahil olmak üzere tesisin işletme hakları konsorsiyuma ait

¹⁷³ Chern, s.141 vd.

olacak, süre sonunda ise hükümete intikal edecek ve ilgili tesis ülkenin temel altyapı tesislerinden biri haline gelecektir. Bu tip yatırımlar açısından tipik bir anlaşma söz konusudur. Bununla birlikte, genel anlamda basit ve bir çok kez gelişmekte olan ülkelerde uygulanmış olan bu programda, temel bazı noktalar, bir anda savaş ortamına dönüşebilmektedir. İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve diğer birimlerin olduğu gibi, konsorsiyumun da bakış açıları birbirinden farklıdır. Bu ölçekte projeler bakımından, projenin hayata geçtiğinde ve işleme başladığında kendi maliyetini karşılayabilecek düzeye gelmesi, ayrıca, projen süreci boyunca tarafların mali risklerini yönetim ve kontrol edebilmeleri büyük önem taşımaktadır. Söz konusu olayda, gelişmekte olan ülke, ekonomik ve politik bakımdan çok net ve sürdürülebilir bir denge içerisinde değildir.

İlk uyuşmazlık noktası, onbeş yıllık sürenin konsorsiyum tarafınca kısa bulunması, bu düzeyde büyük bir yatırım için, sermaye ve kar payının dönüşümü bakımından sürenin bir miktar genişletilmesi hususu olmuştur. Maliye Bakanlığı, buna kesinlikle karşı çıkmakta, süreç sonunda hiçbir maliyet olmaksızın tesisin hükümete devrini istemektedir. Projenin birden fazla bankaca fonlanması da bir başka tartışma konusu olmuş, yerel kaynaklara başvurulmaması ve projenin kendi içinde üreteceği bağımsız gelirlerin dayanak yapılması tereddüt yaratmıştır.

Esasen, proje sahibinin aynı zamanda, nehirlerin debisi yüksek bölgelerinden sulama amaçları ile de yararlanmak üzere bir program içinde olması ve ilgili bölgelerdeki iklim değişikliği durumu, su gücünün proje bakımından özellikle de öngörülen proje süreci sonuna kadar yeterli olmayabileceği ihtimalini ortaya çıkarmış, konsorsiyum da bu durumu gözeterek sürenin genişletilmesi talebinde bulunmuştur. Hükümet buna kesinlikle karşı çıkmaktadır. Ek olarak, yerel tüketici bakımından elektrik maliyetinin ne olacağı da henüz kararlaştırılmamış olup, konsorsiyum yönünden soru işareti ve endişe oluşturan bir diğer konudur.

Bütün bu etkenler ışığında, anlaşma görüşmeleri durmuş, taraflar arasında güven unsuru ortadan kalkmış, proje finansmanının bu şartlarda sağlanabilmesi neredeyse imkansız hale gelmiştir. Taraflar, yalnızca konuyu uzman bir arabulucu önüne götürmek hususunda anlaşırlar. Problem yaratan konular temel olarak, hükümet tarafında otorite boşluğu ve karar alma anlamında yetersizlik, hükümetin beklentileri anlamında konsorsiyuma karşı güvensizlik, her toplantıda tarafları

temsilen katılan kişilerin değişmesi, kabul edilebilecek muhtemel finansal fizibilite raporlarının ve diğer hususlar üzerinde görüşülmemiş olması noktalarında toplanmaktadır.

Arabulucu, tarafların hepsi ile birlikte ve ayrı ayrı toplantılar düzenleyerek prosedüre başlar. Ayrıca tarafların hukukçuları ile de ayrı ve birlikte görüşmeler yapar. Prosedür öncesinde, arabulucunun tarafların en üst düzeyde yetkililerince (Hükümet tarafında Başbakan ve Konsorsiyum tarafında Genel Müdür) onaylanması ve yetkilendirilmiş olması otorite açısından önemlidir. Bu durum, her iki taraf nezdinde de müzakerelerin sürdürülmesine verilen önemi de ortaya koymuş, her arabuluculuk süreci bakımından hayati önem taşıyan “uzlaşma iradesi” ni oluşturmuştur. Arabulucu, taraflarla birlikte ve ayrı ayrı oturumlar neticesinde, onların problemler karşısındaki durumlarını anladıktan sonra, modifiye edilmiş işlevsel bir yaklaşımla sonuç alınacağına kanaat getirir.

Zira arabulucu, büyük çaplı altyapı projeleri alanında deneyim sahibidir. Bu deneyimlerini tarafları yönlendirmek üzere başarılı şekilde kullanarak, öncelikle tarafların konu ile ilgili temel sorunları ortaya koymalarını, ikincil ve temel müzakereler ile ilgili ilk etapta gerekli olmayan konuları bu aşamada bir kenara ayırmayı sağlayacak sorular yöneltir. Arabuluculuk süreci toplamda 23 gün sürer ve süreç öncesinde tıkanmış olan müzakereler başarı ile ilerler. Arabulucu, önce hükümet tarafından, daha sonra da konsorsiyum tarafından, proje ile ilgili bir aksiyon planı oluşturmalarını ister ve bunları birbiri ile karşılaştırır. Her iki çalışma, şaşırtıcı biçimde, birbiri ile uyum içindedir. Bu şekilde, tarafların birbirine olan güvenleri yeniden yapılmış, içinden çıkılmayacağı düşünülen konular çözülmeye başlamıştır. Bir tarafça talep edilen ve diğer tarafça talep edilen hususlar arasındaki uyumsuzlukları çözme aşamasında ise, işlevsel teknikten, daha agresif ve pazarlıkçı bir tekniğe dönüş neticesinde, iki tarafın da sonuçtan memnun olacağı bir anlaşma zemini yakalanır.

Hükümet onbeş yıllık proje süresini öngörülmesi mümkün olmayan iklim değişikliği, su seviyesi vb diğer objektif anlamda tespit edilebilir etkenlere istinaden uzatmayı kabul eder. Konsorsiyum, tüketiciler için aşamalı bir fiyatlandırma sistemi uygulamayı kabul eder. Bu sistem, inşaat ve operasyon maliyetleri ile doğru orantılı olarak artış gösterecek hükümet desteği ile işleyecektir. Böylece projenin, bankalara

olan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi sağlanırken, ekonominin geliştiği ve tüketicilerin serbest piyasa ekonomisi temelinde elektrik giderlerini rahatça karşılayabilecekleri bir ortamda, artış gösterecek karın hükümet ve konsorsiyum arasında bölüşülmesi temelinde anlaşma sağlanmıştır. Arabulucu, iki farklı tekniği başarı ile uygulamak suretiyle oluşan anlaşma ortamında, taraflara anlaşmalarını sarif bir biçimde düzenlemeleri ve imza altına almaları hususunda da destek vererek, doğması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesini sağlamıştır. Anlaşmanın ifası öncesinde ya da ifasından doğabilecek gelecekteki problemlerde de bağımsız üçüncü kişi sıfatı ile tarafları asiste edeceğini beyan etmiştir.

b. Doğrulama

Bu bölümde incelediğimiz örnek olay, arabulucunun, uyuşmazlığın anlaşmaya bağlanmasında, farklı teknikleri nasıl kombine edebileceğini ortaya koymaktadır. Burada arabulucu, tarafların, olay içerisindeki pozisyonlarını anlamalarını ve değerlendirmelerini sağlamak suretiyle süreci başarı ile yönlendirmiştir. Buna “doğrulama” tekniği de denmektedir¹⁷⁴. Özellikle kompleks ticari uyuşmazlıklar bakımından, uyuşmazlık içerisindeki pek çok konu karşısında, arabulucu, bu tekniği uygulayarak, tarafların kendi maliyet muhasebelerini yapmalarını ve kendileri için muhtemel en iyi senaryoyu ortaya koymalarını sağlamaktadır. Bir sonraki başlıkta açıkladığımız gibi, bu hususlar, prosedür açısından çok önemli bir aracı, “müzakere edilmiş bir anlaşma dışındaki en iyi alternatifler” – BATNA (Best Alternatives to a Negotiated Agreement) yaklaşımını oluşturmaktadır. Bu aynı zamanda tarafların, aralarında anlaşma olmaz ise oluşabilecek en iyi durumu ya da tam tersi, aralarında anlaşma olmaz ise oluşabilecek en kötü durumu (WATNA – Worst Alternatives to a Negotiated Agreement) değerlendirmelerini de sağlayacaktır. Oluşabilecek en kötü durumları tasarlamak her zaman daha kolaydır. Zira, anlaşma sağlanamaz ise, muhtemelen dava yoluna gidilecek, mahkeme dava ile ilgili bir hüküm verecek, hükmün aleyhe olan

¹⁷⁴ Glaser Tanya, Joseph P. Folger and Robert A. Baruch Bush, Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice, Mediation Quarterly, Summer 1996, s.263-278, (<http://www.colorado.edu/conflict/transform/folger.htm>) (erişim: 21.12.2009).

kısımları ilgili taraflarca temyiz edilecek, bu prosedürlerle ilgili masraflar doğacaktır. Tarafların en iyi ve en kötü senaryolarını ortaya koymaları, anlaşma olmadığı takdirde birbirlerinin durumunu değerlendirebilmeleri bakımından da yararlı olmaktadır¹⁷⁵.

c. BATNA Yaklaşımı

a.a. Genel Olarak

BATNA yani en iyi alternatifler yaklaşımı, arabuluculuk prosedürleri bakımından kullanılan en yaygın araçlardan biridir. Ancak bu kavram, hedeflenen sonucu ya da anlaşma ile oluşacak sonucu ifade etmez. “Hedef Sonuç” kavramı, esneklik taşımayan, yaratıcılık ya da gelişmeye açık olmayan bir kavramdır. Başka herhangi bir yaklaşıma karşı, bariyer yaratır. Taraflar, kendilerince bir hedef sonucu belirlemiş iseler, arabulucu için müzakereleri ilerletmek ve tarafların pozisyonlarını farklılaştırmak çok güç olacaktır¹⁷⁶.

William Ury'nin müzakere tekniklerini anlattığı kitabında da belirtildiği gibi, alternatiflerinizi bilmeden ve değerlendirmeden, akıllıca müzakere edilmiş bir anlaşmaya imza atılması mümkün değildir. BATNA, tarafları bir yandan kabul edilemeyecek ve adil olmayan sonuçları kabul etmekten alıkoymakta, diğer yandan, kabul edilebilir teklifleri değerlendirme fırsatını kaçırmalarını da önlemektedir¹⁷⁷. Özetle, önerilen bir anlaşma, sizin BATNA'nıza nazaran daha iyi ise, kabul edersiniz. Değilse, müzakerelere devam eder, müzakere süreci istediğiniz doğrultuda gelişmez ise de, son verebilir ve başka bir alternatif ararsınız.

BATNA'yı açıklamak için şöyle bir örnek yerinde olabilir¹⁷⁸:

Özel üretim bir Ferrari araç almak istiyorsunuz. Sınırlı sayıda üretildiğinden, önünüzde bir yıllık bir bekleme listesi var. Ancak bir bayide tam istediğiniz aracın mevcut olduğunu öğreniyor ve oraya gidiyorsunuz. Bayi, aracın fiyatının 150.000-GBP (Sterlin) olduğunu söylüyor. Siz 100.000 GBP teklif ediyorsunuz, ancak bayi

¹⁷⁵ Chern, s.144.

¹⁷⁶ Chern, s.145.

¹⁷⁷ Ury, s.20.

¹⁷⁸ Chern, s.146 vd.

kesinlikle fiyatı indirmiyor. Bayinin fiyatını kabul ya da reddetmekten başka seçeneğiniz yok. Tersisi durumda, yani istediğiniz aracı sağlayabilecek birden fazla bayinin olduğu durumu düşünelim. Her birinden 95.000 GBP ile 125.000 GBP arasında farklı teklifler almış durumdasınız. İşte bu durumda, 150.000 GBP'den aşağı fiyat vermeyen bayi ile görüşmeniz, elinizdeki alternatiflerin farkında olmuş olursunuz.

BATNA, derece ve ölçüm meselesi olup, elinizde güçlü bir alternatif çözüm imkânı varsa, kötü bir teklife karşı, daha güçlü bir teklif getirebilirsiniz. Yani elinizde güçlü bir alternatif varsa, kabul edilebilir bir zeminde anlaşmayı seçebilir ya da kibarca “hayır, teşekkür ederim” diyebilirsiniz. Elinizde güçlü bir alternatifin söz konusu olmadığı durumda ise, kendi en iyi alternatifinize yönelebilirsiniz¹⁷⁹.

Özetle BATNA, tarafların prosedür üzerindeki gücünü ve kontrolünü arttırmakta, kabul edilebilir bir anlaşma olmaz ise yönelebilecekleri stratejiyi belirlemelerini sağlamakta, uyuşmazlığı, makul, mantıklı, geniş perspektifli, iyi düşünülmüş bir yaklaşımla değerlendirerek çözmelerine yardımcı olmaktadır.

BATNA'nın bir diğer önemli yönü de, tarafların ve varsa avukatlarının, arabuluculuk süreci öncesinde hazırlık yapmalarını gerektirmesidir¹⁸⁰. Hem kendi nezdinde, hem de diğer taraf nezdinde olasılıkları değerlendirme sürecini kapsamaktadır. Zira, her iki tarafın pozisyonu da süreç açısından eşit derecede önemlidir. Böylece, bir taraf, diğer tarafın en iyi alternatifine göre, kendi en iyi alternatifini geliştirebilecektir. Bu ön çalışma sürecindeki iyi performans, müzakere sürecinde gücü arttıracaktır. İyi müzakereciler, karşı yanın çaresiz hissedeceği anı iyi bilir ve bu aşamada daha fazlası için talepte bulunurlar. Karşı taraf, çok sayıda seçenekle gelirse, bu durumda, ilgili taraf da, müzakerelerin devamı için bazı ödünler verecektir. Taraflar, BATNA üzerinde çalışırken, mutlaka esnekliği temel almalı, oluşabilecek farklı durumları değerlendirerek hareket etmelidirler. Müzakere süreçlerinde her zaman beklenmedik değişimler ortaya çıkabilir. Bunlar, yeni edinilen bir bilgiden, beklenmedik ekonomik ya da politik değişimlerden, hatta küresel ısınma ve iklim değişikliğinden dahi kaynaklanabilir. Bu da tarafların, BATNA oluşumlarını bir anda kökünden etkileyebilir ve değiştirebilir¹⁸¹.

¹⁷⁹ Ury, s.20.

¹⁸⁰ Kallipetis Michel, Mediator's Musings on Mediation, (www.kallipetis.com) (erişim: 21.12.2009).

¹⁸¹ Ury, s.1 vd.

b.b. BATNA'yı Belirleme ve Kullanma

Buraya kadarki açıklamalar büyük ölçüde soyut sayılabilir. BATNA nasıl belirlenecektir ? Öncelikle, ilgili tarafın kendi durumu ile ilgili verileri ve çıkarlarını masaya yatırması, sonra da konuya karşı tarafın gözünden bakması kaçınılmaz olacaktır. BATNA sürecinde etken olacak başlıca faktörleri şöyle sıralamak yanlış olmaz¹⁸²:

- Maliyet : Seçeneklerden hangisinin daha kârlı olduğunu saptamak önemlidir. Sonuç olarak alternatif çözüm yolunun en önemli tercih nedenleri arasında zaman ve para avantajı yer almaktadır.
- Fizibilite : Hangi seçeneğin daha gerçekçi ya da uygulanabilir olduğunu gözden geçirmek şüphesiz önemlidir.
- Etki : Hangi seçenek, en güçlü ve en çabuk etki doğuracaktır ?
- Sonuçlar : Her bir seçeneğin doğuracağı sonuçları incelemek ve değerlendirmek, seçimi ya da seçimleri kolaylaştıracaktır.

Bu soruları, öncelikle müzakereler olumlu sonuçlanmadığı takdirde uygulanabilecek muhtemel alternatifler listesini oluşturmak; en gelecek vaadeden alternatifleri belirlemek ve bunları uygulanabilir seçeneklere dönüştürmek; ardından da bu alternatifler içerisinde en iyi olanı belirlemek ve bunu müzakere süreci bakımından önceden planlanan bir geri çekilme noktası olarak akılda tutmak hususunda rehber almak suretiyle BATNA belirlemesi başarılı olarak gerçekleştirilebilir.

BATNA'nın amacı ve işlevi, mutlaka anlaşma zemini yakalamak değil, istenen bir anlaşmanın oluşması olanağı yok ise, müzakerelerden çekilme zamanını da belirleyebilmektir. Müzakereden çekilme ya da devam etme noktasında kendinden emin bir müzakerecinin, daha güçlü bir konumda olacağı tartışmasızdır¹⁸³.

¹⁸² Chern, s.147.

¹⁸³ Chern, s.145 vd; Notini Jessica, Effective Alternative Analysis in Mediation : BATNA/WATNA Analysis Demystified, Jan 2005, (<http://www.mediate.com/articles/notini1.cfm>) (erişim: 21.12.2009), Goldberg Stephen B./Sander Frank E. A./Rogers Nancy H./Cole Sarah R., Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 34 vd.

BATNA gizli mi tutulmalıdır yoksa açıklanmalı mıdır? Bu soru, şüphesiz belirlenen BATNA'nın gücü/çekiciliği ile bağlantılıdır. Bu durumda, bunun karşı yana açıklanması, karşı yanı henüz gündemde olmayan, ancak daha tutarlı bir alternatifi getirmekten alıkoyabilir. Ancak belirlenen BATNA zayıf ise, özellikle de karşı yanın kendi BATNA'sını olduğundan fazla gösterdiği durumlarda, karşı yan ile paylaşmamak daha uygun bir strateji olabilir. Müzakere öncesinde, alternatifler hakkında bilgi sahibi olan taraf, buna göre hazırlanacaktır. Her iki tarafın BATNA'sının da güçlü olduğu durumlarda, anlaşma motivasyonu şüphesiz azalacaktır. Taraflar, kendi ticari çıkarlarına odaklanmış olacaklarından başka çözüm yollarına gidebilirler¹⁸⁴.

BATNA çalışması yapmamış olan tarafın durumu ise, oldukça hassastır. Zira¹⁸⁵,

- Müzakereler olumlu sonuçlanmaz ise ne olacağı hakkında fikri yoktur.
- Teklifler konusunda – sonucu tatmin edici olmayabilecek iken - fazlaca optimistik olabilir.
- Müzakerelerin devamı dışındaki alternatifleri görememek nedeni ile, kendi durumuna negatif yaklaşabilir ve anlaşmak üzere her şeyi riske atabilme eğilimine girebilir.

BATNA konusundaki çalışmaların gelişme sürecinde, bu kavram da geliştirilmekte, yeni bakış açıları ortaya çıkmaktadır. Guy Burgess ve Heidi Burgess tarafından, BATNA konsepti, "EATNAs" (Estimated Alternatives to a Negotiated Agreement – Müzakere Edilmiş bir Anlaşmaya Alternatif Durumlar Yaklaşımı) olarak geliştirilmiştir. Tarafların, müzakere dışında yeterince iyi seçenekleri olmasa da genellikle, taraflarca aksi düşünülür. Bir tarafın diğerine göre daha zayıf olduğu durumlarda, ya da tarafların görece eşit güçte oldukları durumlarda, birinin diğerine üstün gelme çabası söz konusu olacaktır. Bir taraf, daha iyi bir seçeneği olduğu kanaatinde ise, o seçenek, düşündüğü kadar iyi olmasa da onun peşinden gidecektir. BATNA ve EATNAs, bir uyuşmazlığın anlaşmaya varabilme aşaması ya da

¹⁸⁴ Chern, s. 145 vd.

¹⁸⁵ Chern, s.145 vd.

olgunluğuna ulaşmasını doğrudan etkiler. Taraflar, BATNA anlamında birbiri ile yakın düşüncelere sahip iseler, müzakere süreci belli bir olgunluğa ulaşmış demektir. Bu durum, tarafların, anlaşma sağlanmaz ise oluşacak durum hakkında benzer öngörülere sahip olmaları, aynı zamanda hakları ve pozisyonlarından kaynaklı alternatiflerini elde etmeye çalışmaları anlamına gelir. Bu aşamada, onlar için müzakereleri sürdürmek mantıklıdır. Bu durum daha ziyade, yargılama prosedürü içerisinde olan ve birbirlerinin pozisyonlarının eşit ya da eşite yakın bir pozisyonda olduğunu anlayan tarafların, dava içerisinde oluşacak sonuca daha çabuk ve kolay bir biçimde erişmek üzere anlaşmayı tercih etmeleri halinde görülür¹⁸⁶.

Diğer taraftan, tarafların BATNA yaklaşımları farklı da olabilir ve bu durum müzakereleri iletişimsizlik ya da tıkanma noktasına götürebilir. Her ikisi de kendilerinin kazanabileceğini düşünerek, mahkeme veya diğer prosedürlere başvurmayı seçebilirler. Bu da bir güç mücadelesi yaratacaktır. Birinin pozisyonu açıkça daha güçlü ise, süreç onun lehine sonuçlanacaktır. Durumları birbirine yakın ise ve prosedürler de maliyet bakımından yüksek ise, taraflar, gerçekte belirledikleri BATNA yaklaşımlarının aslında o kadar da iyi olmadığını fark edebilirler ve yine, müzakere süreci anlaşma olgunluğuna gelebilir¹⁸⁷.

Yıllarca yürütölen müzakereler neticesinde, anlaşma aşamasına gelen bir uyuşmazlıkta, taraflar için kabul edilebilir olduğu düşünölen bir anlaşma zemini, taraflardan biri tarafından son bir bakışla sorgulandığında ve “ bu sonuç benim diğer alternatiflerimden daha mı iyi?” sorusunun yanıtı “evet” olduğunda anlaşma sağlanacaktır. İlgili taraf fikrini değiştirdiğinde ise anlaşma süreci tıkanacaktır. Bütün bu nedenlerle, en iyi alternatifi ve muhtemel alternatifleri bir arada düşünmek ve değerlendirmek, mutlaka daha gerçekçi bir yaklaşım sağlayacak, diğer tarafın BATNA ve EATNAs yaklaşımını bilmek prosedürün başarısını büyük ölçüde etkileyecektir.

BATNA sürecinde, arabulucunun rolü olabilir mi? Arabulucu, bu süreçte, tarafların doğrulama ve maliyet analizine destek verebilir. Özellikle o ana kadar bir BATNA değerlendirmesi yapmayan taraf/tarafların bu konuda değerlendirme

¹⁸⁶ **Burgess Heidi/ Burgess Guy**, Constructive Confrontation Theoretical Framework, 1996, (<http://www.colorado.edu/conflict/peace/example/burg7467.htm>) (erişim: 21.12.2009), Chern, s.145 vd.

¹⁸⁷ **Uhle**, s.212 vd.

yapmalarına, düşünmelerine yardımcı olabilir. Doğrulama testi anlamında, tarafların yanıtlamakta zorlanacakları sorular ile onları kendilerinin ve karşı tarafın pozisyonu hakkında düşünmeye yönlendirebilir. Bunlar, yukarıda BATNA'yı belirlemekte kullanılacak temel kavramlara dayanacaktır. Dolayısıyla, “Bunu nasıl yapacaksınız?”, “Bunun sonucu ne olacak?”, “Karşı taraf bu durumda ne yapacaktır?”, “Bunu nereden biliyorsunuz?” gibi sorular, tarafların gerçeklik analizine katkı sağlayabilir. Maliyet analizi ise, daha sistematik bir çalışmayı gerektirir. Burada tüm olasılıkların ayrı ayrı maliyet hesabı yapılacak, tarafların durumu daha iyi analiz etmeleri sağlanmaya çalışılacaktır. Arabulucu, böylece işlevsellik tekniğini kullanarak, tarafları prosedüre hazırlamaktadır¹⁸⁸.

d. Diğer Teknikler

a.a. Etiketleme

İnsanlar, genellikle kendileri hakkında başkaları tarafından yapılan yorum ve başkalarının nezdindeki görüntülerinden etkilenirler. Psikolojide “etiketleme tekniği” olarak adlandırılan bu teknik, arabuluculuk sürecinde de verimli bir şekilde kullanılabilir ve kullanılmaktadır.

Etiketleme, kişinin bir karakter özelliği ya da davranışına belli bir yakıştırma yaparak bunu ifade etmek biçiminde yapılmaktadır. Arabulucunun, “Sizin bu uyuşmazlığı çözmeyi istediğinizi görebiliyorum”, “Sizi süreç içerisinde gözlemlemekteyim ve sizdeki herhangi bir olumsuz düşünceyi bir kenara bırakma ve gelişmeye yönelik hareket etme yetisinin farkındayım” ya da “Sizin düzeyinizde deneyimli bir işadamı, muhtemelen büyük resme bakacak ve önemsiz detayların kendisini çıkmaza sürüklemesine asla izin vermeyecektir” biçimindeki ifadeleri, ilgili tarafı gerçekten bu yönde davranmaya itebilecektir. Zira, bu husus farklı alanlarda deneyimlenmiştir. Örneğin, Amerikan Havayolları, uçuşların sonunda, “Herhangi bir havayolunu seçebileceğinizi biliyor, bizimle uçmayı seçtiğiniz için teşekkür ediyoruz” ifadesini kullanmakta, bir yandan güven unsurunu işaret ederken, diğer yandan da yolcuların iyi seçim yapmış olduklarını hissetmeleri ve bundan mutluluk

¹⁸⁸ Chern, s.145 vd.

duymalarını sağlamaktadır. Yine birkaç yıl önce, Londra’da bir üniversitedeki profesörün, sınıfında dikkatini çeken başarısız durumdaki bir öğrenciyi belirleyip, yanına çağırarak, kendisinin dersi yüksek bir notla vereceğinden emin olduğunu ifade etmesi ve takip eden testte, öğrenci nasıl bir kağıt vermiş olursa olsun ona yüksek bir not vermesi neticesinde, öğrencinin beklenenin üzerinde bir performansı sergilemeye başladığı ve sınıfın en yüksek notlarından birini aldığı görülmüştür¹⁸⁹.

Bu nedenlerle, etiketleme tekniği, arabuluculuk sürecinde rahatlıkla ve başarı ile kullanılabilir ve tarafları, süreci ilerletmeye teşvik edebilecek bir araçtır. Şüphesiz burada kastedilen “olumsuz etiketleme” değil, “olumlu etiketleme”dir.

b.b. Sözel Anlaşma Kalıpları

Araştırma çalışmalarından ortaya çıkan bir başka teknik ise, karşı tarafla uzlaşmaya yönelik sözel kalıpları kullanmaktır. Birinin bir şekilde davranmasını istediğinizde, bunu emir kipindeki kalıplarla ifade etmek yerine, onun onayını almaya yönelik bir soru kalıbını kullanmanın başarı sağladığı kanıtlanmıştır. Örneğin, müşterilerinin genellikle rezervasyonları iptal etmeye geri bildirimde bulunmamaları nedeniyle sıkıntı yaşayan bir restoran ile ilgili çalışmada, müşteriler rezervasyon yaptırmak üzere aradıklarında, restoranın “İptal etmek durumunda kalırsanız lütfen arayın” biçimindeki ifade kalıbını kullandığı, müşterilerin ise % 30 oranında geri dönüş yapmadıkları tespit edilmiştir. Bu ifade kalıbı, “Rezervasyonunuzu iptal etmek durumunda kalırsanız lütfen bizi arar mısınız ?” biçimindeki bir soru kalıbına dönüştürüldüğünde ise, iptal için geri bildirimde bulunmayan müşteri sayısının % 30 oranından % 10 oranına gerilediği görülmüştür¹⁹⁰.

Arabulucu da, prosedürün işleyişi ile ilgili açılış konuşmasını yaparken bu araçtan yararlanmalı, uzlaşma zemini aramak üzere çaba göstereceklerine dair tarafların onayını almaya çalışmalıdır. Bu sözel anlaşmanın sağlanması, süreci mutlaka etkileyecektir. İlerleyen aşamalarda da, anlaşma noktaları yakalandıkça, taraflardan bununla ilgili onaylayıcı yanıtlar almak üzere iletişimde bulunmalı, hatta

¹⁸⁹ Chern, s.152; Terry Deborah J./ Hogg Michael A., Attitudes, Behaviour and Social Context, 2000, s.201 vd. (www.books.google.com.tr) (erişim: 21.12.2009).

¹⁹⁰ Chern, s.152.

ilgili taraftan, anlaşma konusu husus ile ilgili not almasını istemelidir. Bu talep, örneğin, “Mr. Blogs, kağıda bu aşamada üzerinde anlaşmış olduğunuz hususu not alabilir misiniz ?” biçiminde dile getirilebilir. Ancak burada, anlaşmanın olduğuna dair bir iddiada bulunmaksızın, yalnızca soru kalıbını kullanmak şüphesiz önemlidir¹⁹¹.

c.c. Yardım İsteme

Arabulucu için, alternatifleri ortaya koymak ve tarafları anlaşma için teşvik etmek çoğu zaman yeterli olmaz. Süreç boyunca, adeta kaygan bir zeminde ilerler gibi, küçük aşamaları kullanarak, tarafların konular üzerinde verimli bir şekilde uzlaştıklarını düşünmelerini sağlamaya çalışır. Bu küçük adımlar ve küçük ricalar şeklinde ilerleme yöntemi, taraflar nezdinde büyük ölçüde olumlu geri bildirimler sağlayabilir. İşte bu aşamada, arabulucunu kimi zaman yardım istemeye yönelik bir tarz izlemesi dahi katkı sağlayabilir. Örneğin, “Uzlaşma hususunda yaklaşımınızı biraz daha netleştirmeniz çok yardımcı olur”, “bir saat daha fazla zaman ayırmanız bize yardımcı olacaktır”, “teklifleri ile ilgili son bir gözden geçirmenin yardımcı olacağını düşünüyorum” biçimindeki ifadeler, tarafların arabulucunun görüş ve önerisini dikkate almalarını ve prosedürün ilerlemesini destekleyebilir. Bu teknik, özellikle, tarafların farklı dilleri konuştukları, sosyal ve kültürel farklılıkların söz konusu olduğu ve hukuk sistemlerinin farklı olduğu uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından büyük ölçüde yarar sağlayabilir¹⁹².

d.d. Zayıf Noktalarla Mücadele

Arabulucu, uyuşmazlık bakımından zayıf konumda olduğunu kabul ve beyan eden tarafa neyi önermelidir ? Kanımızca, pek çok ticari uyuşmazlık bakımından, genellikle tarafların pozisyonları eşit değildir. Zayıf noktalar ise, herhangi bir uyuşmazlık çözüm sürecinin ilerleyişini belirleyen en önemli etkenlerdendir. Zayıf noktalarının bilincinde olan tarafın ne şekilde hareket edeceği dikkat edilmesi gereken bir husustur. Zayıf durumda olduğunun bilincinde olan taraf, bunu – karşı

¹⁹¹ Chern, s.152, Ury, s.50-51.

¹⁹² Chern, s.153.

tarafça bilinse de bilinmese de – büyük bir sır gibi açıklama eğiliminde olacaktır. Çoğu zaman, bu durumu karşı yanla ivedilikle paylaşmak ve bunu, dürüstlük ve açık sözlülük biçiminde sunmak yararlı olabilir. Bu teknik, Kip Williams tarafından, jüri nezdinde avukatların dürüstlüğünün değerlendirilmesine ilişkin bir çalışmada da kullanılmıştır. Arabuluculuk sürecinde de, bu tür bir durumla karşılaşan arabulucu, zayıf noktası olan tarafa, vakit kaybetmeksizin yeni bir toplantı düzenleyerek, kendisi süreçle ilgili anlatımlarda bulduktan sonra, tarafların kendilerini nerede gördüklerini sormak suretiyle, ilgili tarafın zayıf noktasını dile getirmesini sağlamayı önerebilir. Bu durum ilgili tarafın dürüst, açık sözlü ve güvenilir olarak algılanmasına yardımcı olacak, taraflar arasında bir iletişim köprüsü oluşturabilecektir¹⁹³.

e.e. Güçlü ve Zayıf Yanların Ortaya Konması

Bu teknik, arabulucunun tarafların pozisyonlarını tam anlamıyla anlamasını sağlarken, BATNA'ların ortaya konmasına da önemli ölçüde katkı sağlamaktadır. Bunun için ilk etapta, taraflarla ayrı ayrı görüşülmesi gerekir. Çoğu arabulucu önce davalı yandan başlamayı tercih eder. Taraflardan biri ve onun hukuki danışmanı ile birlikte toplanan arabulucu, her ikisine de birer a4 kağıdı vererek, 20 dakikalık süre içerisinde, uyuşmazlık yargıya taşınır ise, karşı yanın kazanacağına dair en iyi 10 sebebi yazmalarını ister. Taraflar bu çalışmayı yaparken, arabulucu da odada bulunur ve birbirleri ile etkileşim içinde olmalarını engeller. Süre dolduğunda, diğer odaya giderek, diğer tarafla aynı çalışmayı yapacağını belirtir¹⁹⁴.

Bu egzersiz, tarafları, henüz sürecin başında, davalarının eksik ya da zayıf yönleri ile ilgili olarak derinlemesine düşünmeye sevk edecektir. Önemli bir not, burada arabulucunun hiçbir yorum yapmaksızın ve görüş bildirmeksizin, yalnızca tarafların görüşlerini toplayacak olmasıdır. Diğer önemli husus ise, arabulucunun, taraflara, neden kendilerinin kaybedeceğine ilişkin 10 sebebi sormayacağıdır. Bunun temel nedeni, insanların kendilerinin kaybetmesi kavramını idrak etmekte yaşayacakları güçlüktür. Hepimiz, kendimizi, zihnimizde kazanan olarak canlandırma eğilimindeyizdir ki bu da neden kaybedeceğimize dair analiz yapmayı

¹⁹³ Chern, s.154.

¹⁹⁴ Chern, s.145 vd., Stitt, s.35-37.

neredeşye imkansızlaştırır. Hukukçular açısından bakıldığında ise, bir dava ile ilgili hazırlanmak için onca zaman ve emek harcamış olan danışmanın ya da avukatın, egosunu bastırarak böyle bir bakış açısı ile yaklaşmasını talep etmek, muhtemelen başarı sağlamayacaktır. Öte yandan, neden diğer tarafın kazanacağını sormakta böyle riskler söz konusu değildir. Çünkü bunu yaparken, özet ve sonuç odaklı bir bakış açısı ile, olaya kendi kaybetme ihtimalini düşünmeksizin bakacaktır¹⁹⁵.

Bu çalışma neticesinde, iki tarafın olduğu bir arabuluculuk sürecinde, arabulucunun her taraf için ikişer listesi olacaktır. İlk liste hazırlayan tarafla toplanarak, ilgili taraf ve hukuki danışmandan, birbirlerinin orijinal listesini yüksek sesle okumalarını ister. Bir yazı tahtası var ise, okunan listeleri iki sütun halinde yazar ve daha sonra bu iki listeyi birleştirerek, karşı yanın kazanacağına dair en iyi 10 nedenden oluşan tek bir liste yaratır. Aynı çalışmayı diğer tarafla da yaparak, neticede her iki tarafa ait iki liste ortaya çıkarır¹⁹⁶.

Elbette her zaman taraflar bu tipte bir çalışmaya olumlu bakmayabilirler. Belki avukat, dava ile ilgili önemli bir noktayı atlamıştır ya da müvekkili kendisine önemli bir konuda bir bilgiyi vermemiştir. Belki de ilgili taraf, avukatı ile ya da arabulucu ile, sakladığı bir bilgi ile ilgili özel olarak görüşmeyi istemektedir. Böyle bir durum söz konusu değil ise ve bu çalışma uygulanabilir ise, iki liste elde etmiş olan arabulucu, taraflarla listeleri üzerinde derinlemesine görüşebilir ve nihayet bu listeleri, en azından belli ölçüde diğer tarafla paylaşabilmek hususunda onaylarını sorar. Genellikle bu çalışmaya katılan taraflar, buna onay vermektedir. Böylece birbirlerinin yaklaşımlarını anlarken, bunların doğruluğu üzerinde de düşünme imkanı bulmaktadırlar. Arabulucu ise, prosedür açısından ciddi boyutta bilgiye ulaşmış olmakta, tarafların kendilerini zayıf gördükleri noktalar ve bunun neden uzlaşmaya bağlanması gerektiği konusunda fikir sahibi olmaktadır¹⁹⁷.

f.f. Programlama – Listeleme

Listeleme tekniği de arabuluculuk sürecinde yarar sağlayabilecek diğer bir uygulama olup, örneği çalışmamızın ekler kısmında yer aldığı gibi, bu şekilde

¹⁹⁵ Chern, s. 155, Moore, s.368 vd.

¹⁹⁶ Chern, s.145vd., Uhle, s.191 vd.

¹⁹⁷ Chern, s.145vd., Uhle, s.191 vd.

tarafklar ve arabulucu, gündemdeki pek çok konuyu bir sisteme sokma ve görüşmeleri buna göre yürütme imkanı bulmaktadırlar. Bu tekniğin en bilinen şekillerinden biri olan Scott Listesi, özellikle inşaat hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda yaygın kullanım alanına sahiptir¹⁹⁸. Bu listede, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ilgilendiren tüm konular sıralanmakta ve ilgili konuda uyuşmazlık olup olmadığı, var ise miktarı ve nedeni de farklı sütunlarda gösterilmektedir. Nihai olarak da, üzerinde anlaşılan konu ve miktar yer almaktadır. Bu teknik, hem arabuluculuk görüşmelerinin sistematikliğini kurmakta yardımcı olacak, hem de tüm olaya kuşbakışı bakma imkanı sağlayacaktır. Çok yönlü ve alt konuları içeren kompleks ve neredeyse çözülemeyecek gibi görünen uyuşmazlıklarda, başlıklama, maddeleme ve bu çerçevede her bir konuyu farklı olarak ele alma yaklaşımı, kuşkusuz durumu basitleştirecek ve anlaşılır kılacaktır¹⁹⁹.

C.Ticari Uyuşmazlıklar Bakımından Arabuluculuk Prosedürünün İşleyişi

1. Genel Olarak

Arabuluculuk prosedürü, basit uyuşmazlıklar bakımından birkaç saat içerisinde tamamlanabilirken, kompleks yapıdaki uyuşmazlıklarda birden fazla toplantı ve daha uzun zaman gerektirebilir. Örneğin, bir sözleşme ihlaline dair 30.000 TL'lik bir talebi içeren bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlık öncesinde karşı taraf 10.000 TL ödemeyi teklif etmiş ise, bu uyuşmazlık muhtemelen kısa sürede çözülecektir. Öte yandan, uluslararası nitelikli, birden fazla tarafının olduğu ve tarafların farklı ülkelerde oldukları uyuşmazlıklarda, örneğin davacının, alt sözleşmeler ile başka taraflarla da ilişkileri olduğu ve bu tarafların da ana uyuşmazlığın taraflarından talepte buldukları bir uyuşmazlıkta, arabulucu, öncelikle meseleye genel olarak yaklaşmak ve uyuşmazlık kapsamındaki farklı alt konuları teker teker inceleyerek, temel rol oynayan taraflar ile ayrı ayrı oturumlar düzenleyerek ve onların yaklaşımlarını anlayarak, sorunu daha basit bir boyuta indirgemeye çalışacaktır. Bu birkaç aylık bir süreci kapsayabilir. Bu tip yüksek

¹⁹⁸ Scott Listesi olarak adlandırılan çalışma tekniğinin bir örneği, çalışmamızın ekler bölümünde verilmiştir.

¹⁹⁹ Chern, s.156.

meblağlı ve çok taraflı uyuşmazlıklarda, süreç boyunca tarafları bir arada tutmak akıllıca ve gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle ayrı ayrı oturumlarla süreci ilerletmek tercih edilebilir²⁰⁰.

Üzerinde düşünülmesi ve iyi analiz edilmesi gereken bir önemli husus da, bir uyuşmazlığın içerisinde pek çok farklı uyuşmazlık konusunu taşıyabilmesi ve bunların her birinin ana uyuşmazlık bakımından temel öneme sahiptir. Bu durumu açıklayabilmek bakımından şu örnek verilebilir²⁰¹:

Bay Singson ile Bay Whittamore arasındaki uyuşmazlık şöyle oluşur : Singson, kırsal kesimde yer alan küçük bir kasabadaki tek klinik olan, Fairview Tıp Merkezi'nin müdürüdür. Klinik, iki uzman doktor arayışındadır ve aylar süren uzun bir uygun aday arayışından sonra, Andrew ve Janelle Whittamore, pediatri ve jinekoloji uzmanları olarak işe kabul edilirler. İşe kabul edildikleri tarihte, evli olmaları sorun olarak görülmemiştir. Fairview Kliniği durumdan memnundur ve birlikte çalıştığı doktorlara da iyi düzeyde ücret ödemektedir. Klinik yönetimi, doğal olarak, hasta sayısını yüksek tutmak ve gelir seviyesini düşürmemek bakımından hassastır. Bu bağlamda, her işe başlayan doktor ile ödeme koşullarını detaylı içeren ve kontratın ihlali halinde tazminat hükmü de içeren beş yıl süreli bir kontrat imzalamaktadır. Kontrat ihlali hallerinden biri de, rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranıştır. Buna göre, kontratın bitiminden önce klinikten ayrılan doktor, kalan kontrat süresi içinde, ilgili kasabada ve bölgede doktorluk yapamayacak, yaptığı takdirde yüklü bir tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Bu düzenlemenin temel amacı, Klinik doktorlarının, ayrılarak, kendi kliniklerini açmaları ve hastaları da beraberlerinde götürmelerini önlemektir.

Whittamore çifti de bu kontratı imzalayarak işe başlamışlardır. Görevlerini gayet iyi bir şekilde yürütmektedirler ve Klinik kendilerinden memnundur. Ancak özel hayatları aynı düzeyde iyi gitmez. Aralarındaki anlaşmazlıklar, çözülemeyecek bir noktaya ulaşır ve nihayet boşanmaya karar verirler. Her ikisi de, müşterek çocuklarına yakın olmak istediklerinden, kasabada kalmaya karar verirler. Ancak aralarındaki sorunlar ve düşman tutumları, birlikte çalışmalarının da önünde engel teşkil etmeye başladığından, içlerinden birinin Klinikten ayrılması gerektiği

²⁰⁰ Moore, s.145 vd.

²⁰¹ Moore, s.4-6.

noktasına gelirler. Andrew'un, pediatrist olarak, dışarıda iş bulması daha kolay olduğundan onun ayrılmasının uygun olacağı hususunda anlaşılır.

Andrew, durumunu Singson'a açıklar ve Kliniğin de yararına olacak şeyin gitmesi olduğunu söyler. Tazminat ya da rekabet etmeme koşulu ile karşılaşmamayı beklemiştir. Singson ise, şaşkın ve en değerli çalışanlarından birini kaybettiği için de öfkeli. Whittamore'un kasabada kalmaya ve işini yapmaya devam edeceğini öğrendiğinde ise, şok olur. Singson'un çocuk doktoru olarak, kasabada yeni bir yer açması ile Klinik pek çok hastasını kaybedecek, gelirleri azalacak, yeni bir doktor istihdam etme imkânı da kalmayacaktır. Ayrıca çalışmakta olan diğer doktorlar bakımından da, herhangi bir yaptırım uygulanmaması, teşvik edici bir durum oluşturacaktır. Singson, ilgili bölgede doktor olarak faaliyette bulunmasına ilişkin rekabet hükmünü uygulamayacağını, ancak Kliniğin kontrat ihlali nedeniyle tazminat talep edeceğini beyan eder. Ödenecek tazminatın, Whittamore'un kontratın kalan iki yıllık süresinde kazanacağı gelirin tamamını oluşturacak düzeyde olmasını talep etmektedir. Whittamore, bunu sorumsuzca ve mantıksızca bulur. Oynanan oyun bu ise, Kliniği terk edeceğini, yeni bir yer açacağını ve Singson'un da taleplerini mahkemeye iletebileceğini belirtir. Singson da, mahkemeden faaliyetin durdurulması için tedbir talep edeceğini, ayrıca tazminat rakamının tamamını talep edeceğini ifade eder.

İki tarafı ilgilendirir gibi görünen bu uyuşmazlık, aslında pek çok bileşeni bünyesinde barındırmaktadır. Whittamore'lar arasındaki boşanma süreci, onların kliniğin diğer çalışanları ile ilişkileri, Andrew Whittamore'un hastaları ile Klinik arasında cereyan edecek muhtemel problemler ve nihayet Andrew Whittamore ile Richard Singson arasındaki uyuşmazlık.

Günlük yaşamdaki pek çok uyuşmazlık da, burada olduğu gibi, farklı bileşenleri içerecektir. İlk başta basit bir sözleşme ihlali olarak görülen bu durum ya da bu ihlali yapanın haksız olduğu kabul edilen bir sorun, aslında öyle olmayabilir. Basit olan karmaşık hale gelebilir, haksız görünen aslında haklı da olabilir. Bu anlamda, uyuşmazlık konularını sınıflandırmak, önem sıralarını belirlemek ve geniş bir bakış açısı ile çözüm üretebilmek önemlidir.

2. Arabulucunun Temel Amacı

Arabulucu, temel olarak, sürecin uzunluğu ne olursa olsun, tarafların sürecin anlaşma yönünde ilerleme kaydettiğini hissetmelerini sağlamaya çalışır. Ancak zamanla ilgili ucu açık düzenlemeler yapılmamalıdır. Belli bir süreç ve bitiş noktası tayin etmek, tarafların ciddiyetini arttıracak, daha gerçekçi yaklaşımlar getirmelerini sağlayacaktır. Bu düzenleme genellikle arabulucu tarafından yapılmakta ve çoğunlukla da işe yaradığı görülmekte, taraflar belirlenen zamana sadık kalmaktadır. Yine birçok arabuluculuk anlaşmasında da süre koşulunun belirlendiği görülmektedir. Zira bu süreç, başlamış olan yargı süreci ile tahkim ya da yargılama duruşmasına kadar olan süreci birbirine bağlayacak şekilde öngörülmektedir. İngiltere uygulamasında, birçok başka ülkede de olduğu gibi, mahkeme, belli bir zaman sınırı getirebilmektedir.

3. Stresin Minimize Edilmesinin Önemi

Arabuluculuk sürecinin hangi aşamada başladığı, nasıl yürütüldüğü önemli değildir. Önemli olan bu sürecin, tarafların uzlaşmasını kolaylaştırıcı bir işlev görmesi, mutlaka uyuşmazlığın çözülmesini empoze etmemesidir. Yargısal süreçlerde, tarafların birbirlerine karşı duruşları ve taraf kavramı, stresi de beraberinde getirmektedir. Taraflar duruşmalara geldiklerinde, duruşma salonunda rahatlıkla hissedilebilen bu durum, duruşmada bulunmasalar dahi, avukatları kendilerine gelişmeler hakkında bilgi verirken de açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Duruşma salonundaki cübbeli avukatlar ve hâkim, formal pozisyon, sıranın arkasında ayakta durmak ve sorulan soruları yanıtlamaya çalışmak, mutlaka manevi açıdan rahatsızlık yaratacak, soruları doğru yanıtlama endişesi ile stres düzeyi yükselecektir²⁰².

Arabuluculuk süreci, tarafları bu duygulardan uzaklaştırıcı olmalı, kendilerini rahat hissedebilmelerini sağlamalıdır. Arabulucu taraflara, ayrı ayrı odalarını göstermeli, hatta bu iş için bir asistanı olmalıdır. Karşılanan ve özel odalarına giden taraflar, çay ve kahve servisi ile birlikte, bir uyuşmazlığın çözümü için geldikleri bu

²⁰² Chern, s. 162 – 163.

ortamda, üzerlerindeki baskıyı biraz olsun hafifletmiş ve rahatlamış olacaklardır. Bu aşamada, taraflara sunulan hizmetler, örneğin dış telefon görüşmeleri, günün programı içerisinde öğle yemeği düzenlemesi, arabulucu diğer taraf ile oturumda iken soru ve sorunları için kiminle iletişim kurabilecekleri vb. konularda bilgi verilmesi de halledilmesi gereken hususlar arasında yer alabilir. Bu küçük ve önemsiz görünen detaylar, tarafların üzerindeki stresi azaltma ve anlaşma konusunda motive olmalarına önemli ölçüde etki edecektir. Hatta denilebilir ki, bu küçük detaylar bazen sorunun çözümü veya çözümsüzlüğünde önemli bir etken olmaktadır. Kendini güvende ve rahat hissetmeyen, kendine değer verildiğinde inanmayan taraf, çözümde zorlanmaktadır. Bundan sonra taraflara, 30 dakika gibi bir süre verilerek, bu süre sonunda toplantı odasında bir araya gelinmesi hususu bildirilebilir. Bu süreçte arabulucu, bir yandan taraflara prosedür hakkında bilgiler vererek, tarafların hazır olup olmadıklarını, soruları ya da sürece eklenmesini istedikleri hususlar olup olmadığını öğrenebilir ve arabuluculuk sürecine başlamak üzere anlaşmanın tesis edildiğini, anlaşmak üzere yetkili otoritelerin mevcut olduğunu teyit edebilir²⁰³.

Bazı arabulucular, özel görüşmeleri, açılış konuşmasından sonra yapmayı tercih edebilirler. Arabulucu asistanı, taraflara toplantı salonuna kadar eşlik eder. Burada bir kısım arabulucular, daha rahat bir tekniği benimseyerek taraflardan nereye isterlerse oturmalarını rica edebilirler. Bazıları ise, özellikle de çok taraflı ve kompleks uyuşmazlıklarda, toplantı salonunda tarafların oturacakları yerleri isimlikleri ile önceden hazırlamak suretiyle, süreci daha iyi kontrol etmeyi hedeflerler²⁰⁴.

Örneğin Çin’de taraflar, bu tür süreçlerde birbirleri ile yüzyüze gelmemeyi tercih etmekte, böylece daha az taviz verileceğini düşünmektedirler. Taraflar ya da taraflardan bazıları arasında birbirlerine karşı açık olarak negatif duygu ve düşünceler var ise, arabulucu, taraflar ile ayrı ayrı bir araya gelmeyi yalnızca temsilcilerin birlikte toplanmalarını tercih edebilecektir. İşte ortamı bu anlamda analiz etmek üzere, süreç öncesinde taraflarla yapacağı görüşmeler önemli olacaktır²⁰⁵.

²⁰³ Chern, s. 162 – 163.

²⁰⁴ Chern, s. 161.

²⁰⁵ Moore, s.43 vd.

4. Arabulucu Dosyası

Taraflarla özel oturumların başlamasından önce arabulucu, süreç ile ilgili hazırlıklarını tamamlamış olmalıdır ki bu da bölümlendirilmiş ve aralarına notlar alınmasına uygun formatta hazırlanmış bir dosya biçiminde olabilir. Arabulucu, oturumlarda bu dosyayı tarafların ve hukuk danışmanlarının, kendi isteği dışında görmeyecekleri biçimde kullanılmalıdır. Bu nedenle, içerisindeki form ve evrakların, farklı konuların farklı bölümlere ayrıldığı bir şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır. Arabulucu dosyasında yer alabilecek başlıca bölümler şunlar olabilir²⁰⁶:

- Taraflar ve iletişim bilgileri
- Tarafların isimlerinin yazılı olduğu toplantı oturma düzeni
- Arabuluculuk anlaşması
- Uyuşmazlıkla ilgili kronolojik olaylar listesi
- Uyuşmazlığın özeti
- Açılış konuşmaları
- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları
- Olay bakımından söz konusu olması halinde tanık beyanları
- Sözleşmelerin birer örneği
- Scott Listesi²⁰⁷
- Uyuşmazlık konusu ya da konularında ilişkin hesaplamalar
- Her bir taraf ile yapılacak özel görüşmelere ilişkin bölümler
- Uzlaşma teklifleri
- Karşı uzlaşma talepleri
- Diğer tarafa açıklanmasına onay verilen beyanlar ve bilgiler
- Teklif edilen uzlaşma anlaşmaları
- Önemli belgelerin içinde olduğu bir CD

²⁰⁶ Chern, s.82 vd.; Howell/Iwaysk/Waller, Arabulucunun Kontrol Listesi, (www.arabulucu.com) (erişim: 21.12.2009).

²⁰⁷ Sürece ilişkin tüm etkenleri matematiksel olarak irdeleme imkanı veren bu listeleme yöntemi, çalışmamızın ekler bölümünde aktarılmıştır.

5. Arabulucu Açılış Konuşması

Evvelce, her arabulucunun açılış ve süreç yönetimi bakımından kendi tekniğini uygulayacağını belirtmiştik. Bunu bir psikiyatristin hastasına yaklaşımında izleyebileceği farklı tekniklerle de özdeşleştirmek çok da yanlış olmaz. Arabulucu bir yandan tarafların güvenini kazanırken, diğer yandan da süreç üzerinde kendi otoritesini oluşturmaya çalışacaktır. Diğer bir gündem maddesi ise, sürecin temposunu, formallığı ya da informallığının derecesini, anlaşmanın sağlanabileceği süreci belirlemektir. İlk izlenimin çok önemli olduğu ve ilk birkaç dakika içerisinde olduğu, bunu değiştirmenin güçlüğü de unutulmaması gereken önemli bir noktadır. Fazla sert bir giriş yerine, profesyonelliğin gerektirdiği, iş yaşamının gereklerine uygun bir yaklaşım yerinde olacak ve uzlaşma yolunda olumlu bir adım oluşturacaktır²⁰⁸.

Uzlaşma çabası ile bir araya gelmiş olan taraflar için, uzun ve çok çeşitli konu başlıklarını içeren bir konuşma yorucu olacaktır. Arabulucu, tarafların süreci anladıklarından emin olmalı, özet ancak etkili bir giriş yapmalıdır. Arabulucu açılış konuşmasında bahsedilebilecek konu başlıkları şunlar olabilir²⁰⁹:

- Tarafların ve arabulucunun takdimi
- Tarafların oturum düzeninin neden belli bir şekilde ayarlanmış olduğunun açıklanması (arabulucu tarafından ayarlanmış olması halinde)
- Arabuluculuk anlaşmasının ne sağladığı ve arabuluculuk oturumunun amacının açıklanması
- Arabuluculuk sürecinde ya da ilgili oturumda hedeflenen hususların açıklanması ve taraflardan herhangi biri bakımından bir zaman kısıtı olup olmadığının görüşülmesi
- Oturum aralarının organize edilmesi
- Tarafların anlaşma hususunda yetki sahibi olduklarının (otoritenin) teyit edilmesi
- Gizlilik şartının ne şekilde yürüyeceğinin görüşülmesi

²⁰⁸ **Demir Şamil**, Arabuluculuk Açılış Konuşması, (www.arabulucu.com) (erişim: 21.12.2009).

²⁰⁹ **Chern**, s.93 – 94, **Moore**, s.211.

- Prosedürün baştan sonra nasıl yürüyeceğinin görüşülmesi
- Arabulucunun taraflardan biri ile özel görüşmesini nerede ve ne zaman yapacağı, keza uygulanacak ise, taraf temsilcileri ile özel olarak nereden ve ne şekilde görüşeceğinin belirlenmesi
- Tarafların sorularının yanıtlanması ve prosedür bakımından eklenmesi istenen temel kuralları üzerinde anlaşılması
- Prosedüre başlamak üzere tarafların karşılıklı kabul ve anlaşmalarını temin etmek

Bu aşama tamamlandıktan sonra arabulucu tarafların sırası ile açılış konuşmalarını yapmalarını isteyecek ve bu aşamada hangi tarafa neden önce söz verdiğini açıklamak suretiyle söz vermesi uygun olacaktır.

6. Tarafların Açılış Konuşmaları

Tarafların açılış konuşmaları, diğer tarafa ya da arabulucuya bilgi vermenin ötesinde önem taşır. Özellikle taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir süredir devam edegeldiği durumlarda, örneğin yargılama süreci başlamış ise bu süreçte, taraflarca kendi pozisyonlarının gerektirdiği açıklama ve konuşmalar yapılmıştır. Taraflar ilk kez, salt hukuki danışmanlarının yönlendirmesinde olmayan, karşı taraf ile doğrudan iletişimde buldukları bir ortamda bir araya gelmektedirler. Bu nedenle açılış konuşmalarının kimler tarafından yapılacağını belirlemek çok önemlidir ve genellikle bunu taraf temsilcilerinin yapması ve avukatlarının ya da danışmanlarının bu aşamada görev almaması daha uygun olabilir. Zira iş ilişkisine giren tarafların bizzat kendileridir ve bu aşamada da doğrudan diyalog içerisinde olmak, onları iş ilişkisinin kurulduğu andaki diyaloga daha yakın bir konuma getirebilir. Keza uzlaşmaya imza atacak olan ve uyuşmazlığın esas tarafını teşkil edenler de tarafların kendileridir. Öte yandan, tarafların uyuşmazlık çözümü sürecinde yargılama ya da yargı dışındaki genel eğilimi, karşılarındaki üçüncü kişiye kendi hikayelerinin dinlenmesi, önemsenmesi ve haklı bulunmasıdır. Bu eğilim negatif karşılanmamalı, makul bir ifade süresi sağlanmalıdır. Kompleks uyuşmazlıklar bakımından, karmaşık

hukuki argümanların hukuki danışmanlarca aktarılması, taraflar arasında gelişen olayların ve taleplerin taraflarca dile getirilmesi daha uygun bir seçim olabilir²¹⁰.

Açılış konuşması, tarafların olaya karşı duruş ve reaksiyonlarının en açık biçimde görülebileceği bir an olması bakımından da önemlidir. Arabulucu, tarafların karşı tarafa yüzyüze ifade etmek isteyecekleri hususların olduğunu hesaba katmalı, diğer tarafa direkt olarak duygu ve düşüncelerin ifade edilmesine müsaade etmelidir. Bu durum tarafların belli ölçüde rahatlamalarını sağlayabilecek, prosedürün ilerlemesine yardımcı olabilecektir. Ancak örneğin tarafların dil farklılığı ya da karmaşık olay ve prosedürlerin söz konusu olduğu durumlarda tarafların açılış konuşmalarını bizzat yapmalarını sağlamak mümkün ya da akıllıca olmaya da bilir. Bu tür durumlarda, taraflardan biri konuşmasını bitirdiğinde, ekleyeceği bir husus olup olmadığı sorulabilir. Bununla birlikte, sonu gelmeyen ve kastı aşan konuşmaların vukuu bulmasını önlemek üzere, arabulucunun bu konuşmalara belli bir kısıt getirmesi, özellikle de ekleyecek bir hususu olan tarafın bu hususta ek konuşma süresi almasını diğer tarafın onayına sunması uygun olacaktır²¹¹.

Anlaşma yolundaki ilk adımı teşkil eden açılış konuşmalarında, hakaret, tehdit ya da onur kırıcı ifadeler içeren konuşmalara izin verilmemelidir. Uyuşmazlığın oluşması sürecindeki olaylar ve neden uyuşmazlığın yargı dışında ve profesyonelce çözüme kavuşturulmasının tercih edildiği açıklanmalıdır. Bu açıklamalar, arabulucunun yönlendirmesine karşın, taraflar arasında doğrudan iletişim içerisinde yapılmalı, tarafların kafalarındaki soru işaretlerini yanıtlamalıdır. Bu aşamada arabulucu açısından bir önemli husus da, tarafların konuşmalarından olayların ve analizlerin ortaya çıkması, tarafların fedakarlık edebilecekleri ya da süreci ilerletebilecekleri noktaların görünür hale gelmesidir. Arabulucu, tarafları, mahkeme usulündeki teknikten uzak tutmalı, gelişen olayları, bakış açılarını ve nihayet uyuşmazlığın çözümü için önerilerini aktarmalarını istemelidir. Taraflar da kendi açıklamalarının net ve anlaşılır olduğunu sorgulamalıdır. Bu anlamda, arabuluculuk süreci başlamadan yapılabilecek olan bir egzersiz, arabulucunun taraflar ile ayrı ayrı görüşerek, 50 kelimelik ya da daha öz bir anlatımla pozisyonlarını ve uyuşmazlığı çözme noktasındaki yaklaşımlarını açıklamalarını

²¹⁰ Moore, s.211 vd.

²¹¹ Chern, s. 96, Uhle, s. 284, Brown/Marriot, s. 166.

istememesidir. Böylece, tarafların kendi durumları üzerinde düşünmeleri ve algısal ya da yargısal hataların bertaraf edilebilmesi sağlanacaktır²¹².

Açılış konuşmalarının, özellikle çok yönlü ve karmaşık uyuşmazlıklar bakımından, sunumlarla desteklenmesi uygulanabilir bir yöntemdir ve işe yaradığı da görülmüştür. Power point ya da başka programlarla hazırlanan sunular, meseleyi yalnızca konuşmaya nazaran çok daha iyi ifade edebilir. Çok yüksek meblağlı bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu yakın tarihli bir olayda, davalı taraf, davacı yanın talep ettiği hususlardan neden ötürü sorumlu olmaması gerektiği ile ilgili olarak, bütçesinin de bu iş için yeterli olmasına binaen, ünlü bir animasyon stüdyosuna hazırlattığı 10 dakikalık kısa filmle, 45 milyon sterlinlik bir uyuşmazlığı arabuluculuk sürecinde kısa bir zaman diliminde çözme imkânı bulmuştur. Her zaman ve her taraf açısından böyle bir uygulama söz konusu olamayacak ise de, belirttiğimiz gibi daha basit program ve tekniklerle de etkili sunumlar hazırlanabilir²¹³.

Açılış konuşmalarının arabulucu tarafından mutlaka bir zaman sınırlamasına tabi tutulması ve toplantı gündemi ve sürelerin önceden bildirilmesi suretiyle, tarafların kendilerini buna göre programlamalarının sağlanması gerekir. Zaman süreci olması gerekenden ne kısa ne uzun olmalıdır. Genellikle uygulama, her bir tarafa otuzar dakikalık süre tanınması biçimindedir. Elbette arabuluculuk sürecinin amacına ve esneklik özelliğine uygun olarak, süre dışındaki ekleme ve düzeltmelere, yine kurallar dahilinde izin verilmelidir. Genellikle önceden belirlenmiş süreçlere tarafların uyum gösterdiği gözlemlenmektedir²¹⁴.

Tarafların açılış konuşmaları bakımından listeye alabilecekleri hususlar şunlar olabilir²¹⁵:

- Uyuşmazlığın ne şekilde doğduğunu ve davanın ya da savunmanın zayıf ve güçlü yanlarına dair görüşleri içeren özet birer paragraflık açıklamalar
- Uyuşmazlığı çözmek üzere önerilen yol

²¹² Chern, s.108 vd.

²¹³ Chern, s.108.

²¹⁴ Stitt, s.70-71, Chern, s.100.

²¹⁵ Chern, s.165 – 168.

- Yazılı olarak yapılan bildirimün diğer taraflarca mutlaka okunması istenen kısımlarının ayrıca işaretilenmesi
- Karşı yanın itiraz ettiği noktalara dair yanıtlar
- Sorumlulukla ilgili bir kabul içermeksizin, özür dilenmesi gereken yerde özür dilemek
- Uyuşmazlık bakımından dikkate alınabilecek bir objektif standardın varlığı halinde bunun gündeme getirilmesi
- Tanık beyanları ya da bilirkişi raporları içerisinde, uyuşmazlık bakımından temel önem taşıyan hususlara dikkat çekilmesi
- Süreçte tek kişi değil de takım halinde yer alınıyor ise ve takımın diğer üyelerinin de söz alması gerekli ise, onları ne hakkında söz alacaklarını da belirterek takdim etmek ve,
- Açılış konuşmasını, kendi pozisyonunuzu ve arabuluculuk sürecinden beklentinizi açıklayarak sonlandırmak.

Açılış konuşmalarının yapılması, beraberinde birçok soruyu getirecektir. Bu sorulara verilecek yanıtlar ve bu anlamda sınırın ne olması gerektiği arabulucular arasında tartışma konusudur. Çoğunlukla, tarafların genel çerçevede bazı soruları sormasına izin verme, ancak bu soruları öncelikle yazılı olarak arabulucuya iletmeleri ve arabulucunun gerekirse bunlara şekil vermesi biçiminde bir yol tercih edilmektedir. Her durumda, prosedürün yapısına uygun olacak olan, arabulucunun soruların genel kapsamlı olmasına, sorgu ya da çapraz sorgu biçiminde olmamasına dikkat etmesidir. Ayrıca herkesçe prosedür açısından açıklığa kavuşturulması gereken ortak hususlar varsa bunların netleştirilmesi önemlidir. Bu aşamada, amaç, tarafların prosedürü ilerletebilmek üzere, dayandıkları olaylar ve belgelerin ortak olup olmadığının anlaşılmasıdır. Bu nedenle, ortamın, hiçbir şekilde, zıt fikirlerin çarpıştırıldığı ya da alçaltıcı ifadelerin kullanıldığı bir şekle dönüşmemesi gerekir²¹⁶.

Açılış bölümünde arabulucu bakımından dikkat edilmesi gereken temel kurallar şöyle sıralanabilir²¹⁷:

²¹⁶ Newmark Christopher /Monaghan Anthony, Mediators on Mediation, Tottel Publishing, U.K. 2005, s.16-17.

²¹⁷ Newmark/Anthony, s.18.

➤ Taraflar arasındaki zıtlık durumunun gözlemlenmesi ve her birine verilecek sürelerin belirlenmesi, bu zıtlık durumunun bir taraf ya da taraflar nezdinde açıkça ortaya çıkması halinde, bunun olayların anlaşılması bakımından yardımcı nitelikte olmadığı ifade edilmesi,

➤ Tarafsız ve ucu açık (belli bir kişi ya da konuyu hedef almayan) sorular sorulması

➤ Hassas konuların özel oturumlara saklanmasına dikkat edilmesi

➤ Tarafların açılış konuşmaları esnasında engelleyici müdahalelere izin verilmemesi

➤ Olayla ilgili görüşün açığa vurulduğu izlenimi yaratacak davranışlardan kaçınılması (onay mahiyetinde baş sallamak ya da bazı basit yorumlar bu sonuca yol açabilir)

➤ Duygusal tansiyonun yükselmesi nedeniyle oturuma ara verilmesi gerekir ise, sorumlu olan tarafa, düzelmeye yapma üzere süre isteyip istemediğinin sorulması

➤ Tarafların ifade etmek istedikleri şeyleri ifade ettiklerinden emin olunması ve talep eden olmasa dahi, ek söz almak isteyen olup olmadığının sorulması ve taraflara bu anlamda mutlaka eşit süre verilmesine dikkat edilmesi

➤ Tarafların konuşmalarında belli hususları tekrara girmelerine izin verilmemesi (bu durum duygusal anlamda husumeti ve gerginliği körükleyebilecektir)

➤ Açılış konuşmalarını sonuçlandırmadan önce, taraflara teşekkür edilmesi ve prosedürün devamı ile gündemin ne şekilde ilerleyeceği hususlarında bir kez daha açıklamada bulunulması

Böylece, taraflar açılış konuşmalarını tamamladıktan sonra, prosedür özel oturumlarla devam edecektir.

7. Taraflarla Özel Oturumlar

a. Oturumların Önemi ve Ön Tespitler

Açılış konuşmalarının tamamlanmasından sonra genel olarak, arabulucu tarafları, kendileri için hazırlanmış özel oturum salonlarına yönlendirir. Bazen de taraflara sormak suretiyle, taraflardan biri ya da birkaçı genel toplantı salonunda kalırken, kendisi ile görüşme yapılacak tarafı özel oturum salonuna davet edebilir. Bu tür bir düzenlemede, üzerinde uzlaşılabilir bir husus ortaya çıkarsa, kendisi ile özel görüştüğü tarafı genel toplantı odasına getirerek, bu husus görüşüldükten sonra kimin kalıp kiminle özel görüşülmeye devam edileceği belirlenebilir. Bu sırada, örneğin, taraf temsilcilerinden ya da asillerden birinin bir süre dışarıya çıkması istenecek olursa, bu kişiler de koridorda beklemek yerine özel oturum odasına geçebilecekler ve arabulucu kalan kişi ya da temsilci ile görüşebilecektir. Bu teknik, Amerikan Yargısal Uzlaşma Konferansı kapsamında da uygulanmaktadır. Ancak genel olarak, taraflar, bir ya da daha fazla gruba ayrılmakta, her biri kendisine ait ve çeşitli ihtiyaçlar için donatılmış olan özel oturum odalarına yerleştirilmektedir. Odalarda yeterli sayıda sandalye, yazı tahtası vb. arabulucunun özel görüşme için geldiği sırada gerekli olabilecek materyallerin bulundurulması önemlidir. İngiltere uygulamasında, taraflarla yapılan ayrı görüşmeler, “özel oturum” (private session) olarak adlandırılmakta, diğer pek çok ülke ile birlikte Amerikan uygulamasında ise, “özel grup toplantısı” (caucus) ya da “özel toplantı odası” (caucus room) olarak adlandırılmaktadır²¹⁸.

Arabulucu açısından, belirlenmesi gereken en önemli nokta, sürece hangi tarafla başlanacağıdır. Taraflardan biri, diğerine göre duygusal açıdan daha mı gergin ve hassas durumdadır? Taraflardan birinin, uyuşmazlığa dair daha işe yarar bir çözüm önerisi getirmesi söz konusu mudur? Taraflardan biri, uzlaşmaya diğerine göre daha mı yakındır? Arabulucu, prosedür öncesi ya da açılış oturumu yaptığı yazılı çalışmalar, tarafların açılış konuşmaları kapsamında, bu sorulara ilişkin yanıtlarını büyük ölçüde belirlemiş olmalıdır. Bu aşamada, arabulucunun kullanabileceği iki teknik mevcuttur. Bunlardan biri, arabulucunun süreci, taraflarla

²¹⁸ Uhle, s.184, Chern, 169 vd.

özel görüşmeler biçiminde yürüttüğü ve oturum odaları arasın gidip geldiği, “mekik diplomasisi” modelidir. Bu teknik, tarafların arabulucuya karşı açık ve dürüst davranabilmeleri, arabulucunun tarafların güvenini kazanması, arabulucuya taraflarca yapılan teklif ve karşı teklifleri belli bir yapılandırma içerisinde değerlendirme olanağı vermesi, tarafları gerçek talep ve düşüncelerini anlayabilmek bakımından özel olarak sorgulayabilme imkanı sağlaması bakımından yararlıdır. Uygulanabilecek ve özellikle de karmaşık ticari uyuşmazlıklar bakımından daha yararlı olacak diğer bir teknik ise, genel oturumların, özel oturumlara nazaran daha çok kullanılmasıdır. Birkaç özel oturum sonrasında, tarafları genel oturuma davet ederek, takip eden sunumların gerçekleştirilmesi ve sürecin bulunduğu durumun, üzerinde anlaşılacak temel noktaların ve görüşülmeye devam edilen hususların değerlendirilmesi, sonrasında tekrar özel oturumlar ve genel oturumlarla sürecin devam ettirilmesi, tarafların duygusal durumunu dengeleyecek; doğrudan iletişim içerisinde bulunabilmelerinin doğal sonucu olarak, arabulucunun kendi özel oturum salonlarına gelmesini ve bir şeyler sunmasını beklemeksizin sürecin ilerlemesine yardımcı olabilmelerini sağlayacaktır²¹⁹.

Özel oturumlar bakımından, arabulucu dosyasında ayrılmış bir bölüm olmalı, arabulucu bu şekilde, ifade edilen hususları, talepleri, karşı talepleri, bunlardan kabul ya da reddedilenleri takip edebilmelidir. İlk özel oturumda, arabulucunun, fazlaca müdahale etmeksizin, tarafların genel oturumda konuşulan hususlarla ilgili diyeceklerini dinlemeyi ve genel çerçeveli sorular yöneltmeyi tercih etmesi, bunlarla ilgili notlar alması uygun ve yararlı olacaktır. Burada pek çok arabulucu, diğer taraf ile görüşecekleri bir nokta ya da noktalar çıkarmaları gerektiği gibi hatalı bir düşünceye kapılabilmektedir. Böyle bir durum doğabilir ancak arabulucunun öncelikle tarafların durumla ilgili netleşmelerini ve kafalarındaki hususları düzene sokmalarını sağlaması, sonrasında, diğer tarafla görüşülebilecek ve uzlaşılabilir konuları belirlemesi daha doğru olacaktır²²⁰.

Prosedüre iyi ve doğru bir başlangıç için, şu hususların gözden geçirilmesi ve teyit edilmesi yararlı olabilir²²¹:

²¹⁹ Stitt, s.100.

²²⁰ Moore, s.145 vd.

²²¹ Chern, s.167 vd.

- Evvelce de belirttiğimiz gibi, taraflardan her birine ve temsilcilerine karşı tarafın lehine olduğunu düşündükleri ilk 10 nedenlerini yazmalarına dair çalışmanın uygulanması

- Bu çalışma ile bağlantılı olarak, kendi en güçlü ve zayıf 10 yönlerinin belirtilmesinin istenmesi

- Argümanların ya da taleplerin boşlukta olan yönlerinin doğru tespit edilmesi (Herhangi bir şekilde kanıtlayamayan hususlar)

- Paranın taraflar arasındaki tek konu olup olmadığının netleştirilmesi

- Paranın temel konu olması halinde, tarafların bu hususta kabul edebilecekleri seçeneklerin netleştirilmesi (ödeme planı ve zamanı, gayrimenkul ya da başka bir çeşit teminat, akdedilecek yeni bir sözleşme vb.)

- Tarafların duygu ve düşüncelerini tam anlamı ile ifade ettiklerinden emin olunması (Kaba bir tavır içerse de buna bu aşamada müsaade edilmesi)

- Arabuluculuk prosedürü sonrasında, karşı taraf ile iş ilişkisini devam ettirmeyi isteyip istemediklerinin sorgulanması

- Müzakere sürecinin ne şekilde geliştiği, tarafların uzlaşmaya ne derece yakın oldukları, uzlaşmanın önündeki engellerin neler olduğunun ve bu hususlarda bir değişiklik olup olmadığının belirlenmesi

- Taraflar arasındaki hukuksal soru ve sorunların açıklığa kavuşturulması

- Mahkeme sürecinde kazanacak olduğu varsayılsa dahi, taraflara, mahkeme sürecine ilişkin olarak doğacak masraf ve maliyetler anlamındaki beklentilerinin sorulması (burada yalnızca yargısal giderler değil, gecikmeden ve buna bağlı olarak içinde bulunulan diğer ticari ilişkilerin bundan etkilenmesinden, zaman kaybından doğacak masraf ve zararlar da konu edilmelidir)

- Tarafların önerilerinin alınması

- Oturum sonlandırılmadan önce son soru olarak, ilgili tarafa, diğer tarafla konuşmaya geçmeden önce, söylemek/eklemek istediği başka bir husus olup olmadığının sorulması.

b. Oturumların Yürütülmesi ve Sonucu Etkileyen Faktörler

Arabulucu, yukarıda belirtilen hususlarda bilgi sahibi olduktan sonra, prosedürün ilerleyen aşamalarında taraflara daha bilinçli ve sorular yöneltebilecektir. Aynı zamanda, uyuşmazlığa ilişkin hukuki konular ile uygulamaya ilişkin konuları birbirinden ayırması kolaylaşacaktır. Tarafların avukatları, genel olarak, meseleye salt hukuki açıdan ve yargılama hukuku anlamında kazanma ve kaybetme ihtimalleri penceresinden bakarlar. Oysa arabuluculuk süreci, yargılama dışında ve yargıcın değil tarafların kontrolüne gelişen bir süreçtir. İlâveten, yargılama neticesinde oluşacak durumun da tam olarak garanti edilmesi ya da bilinmesi hususu tartışmalı olacaktır. Bu nedenle de, hukuksal temel kadar, taraflar arasındaki fiili ve uygulamaya yönelik durum da önemlidir. Avukatların, arabuluculuk sürecinde, hukukçu kimliğinden sıyrılıp, müzakereci kimliğine geçmeleri, genellikle güç olmakla birlikte, prosedürün ilerleyişine daha fazla katkı yapacaktır.

Arabulucu, her bir özel oturum sonunda, hangi hususların görüşüldüğünü not almalı, bunlardan hangilerinin diğer taraf ile paylaşılabileceğini netleştirmelidir. Bu şekilde özel oturumlar ve genel oturumlar başarılı bir şekilde ilerleyecektir. Kompleks ve çok taraflı ticari uyuşmazlıklarda, verilerin ve notların gözden geçirilmesi ve gerekiyor ise yeni bir strateji ortaya konabilmesi bakımından, özel oturumlardan sonra kısa aralar uygulanabilir. Kapsamlı bir çalışma ve daha uzun zaman gerekiyor ise, yeni oturum için başka bir tarih de belirlenebilir. Bazı arabulucular, bu ara verilen dönemlerde tarafların iletişimde olmamalarını isterken, uzlaşmanın sağlanabileceğinin öngörüldüğü ve arabulucunun buna ilişkin güven duyduğu durumlarda, tarafların iletişimde olmaları uygun görülebilmektedir²²².

Arabulucular açısından, prosedürün başından sonuna dek gözden geçirilecek çok sayıda kontrol listesi yapılabilir. Buna bir diğer örnek, anlaşmanın mümkün olduğuna dair veriler ile anlaşmanın önünde engel oluşturabilecek hususların değerlendirildiği, ikili liste sistemidir.

²²² Chern, 169 vd., Uhle, s.184; Stitt, s.64-65.

Anlaşmanın mümkün olduğuna dair yanıtları gözden geçirilebilecek sorular şöyle olabilir²²³:

- Taraflar arasında devam eden ve edebilecek ya da eski halinde gelebilecek bir iş ilişkisi var mıdır?
- Uyuşmazlığa ilişkin olarak, arabuluculuk prosedürü, yargı prosedürü ile karşılaştırıldığında, tarafların ihtiyaçlarına daha iyi cevap verecek durumda mıdır?
- Tarafların pozisyonları birbirine yakın ve her ikisi de yargılama söz konusu olur ise kazanabilir durumda mıdır?
- Yargılama prosedürü, uyuşmazlık açısından çok masraflı ve geciktirici olacak mıdır ? Hızlı bir çözüm uyuşmazlık açısından önemli midir?
- Uyuşmazlık kapsamında, üst düzeyde teknik ve karmaşık fiili ya da hukuki konular var mıdır?
- Uyuşmazlığa dair hukuksal temel ve düzenlemeler, soru işaretine yer vermeyecek düzeyde net midir?
- Taraflar ya da taraflardan biri nezdinde, uyuşmazlığa ilişkin aleyhe yönde bir emsal oluşmaması ihtiyacı var mıdır?
- Uyuşmazlığın kamusal alanda duyulmasının özellikle önüne geçilmesi istenmekte midir?
- Taraflar, uyuşmazlığın çözümü sürecinde bizzat yer almayı istemekte midirler?
- Taraflarca yapılacak samimi anlatım ve sunumlar, uyuşmazlığa dair hususların daha iyi açıklığa kavuşmasına katkı sağlayabilecek midir?
- Taraflardan biri ya da diğeri tarafından yapılacak güçlü bir sunum, uyuşmazlığa daha gerçekçi bir yaklaşımı temin edebilecek midir?
- Uzlaşmanın önünde engel teşkil eden duygusal anlamda negatif ve düşmanca hisleri bertaraf etmede, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin pozitif katkısı olacağı düşünülmekte midir?
- Yaratıcı ve uyuşmazlığa özgü farklı bir çözüm yoluna ihtiyaç var mıdır?
- Taraflar nezdinde masraflar ve oluşacak diğer kayıplara dair endişe söz konusu mudur?

²²³ Chern, s.172-173.

Bu soruların yanıtlarının olumlu olması halinde, ilgili uyuşmazlık bakımından arabuluculuk prosedürünün tercih edilebilir olduğu sonucuna varılacaktır.

Uyuşmazlık bakımından arabuluculuk çözüm yolunun verimli olmayacağına dair tespitler ise şunları içerebilir²²⁴:

- Uyuşmazlığın çözümü bakımından bir mahkeme kararı gerekli görünmektedir.
- Taraflardan en az biri, yargısal bir prosedürü uygun görmekte ve ısrarla istemektedir.
- Taraflardan birinin haklılığının söz konusu olmadığı ve bu nedenle de gerçek anlamda bir uyuşmazlığın söz konusu olmadığı bir durum vardır.
- Zamansal anlamda gecikme, taraflardan en az birince lehe olarak görülmektedir.
- Taraflardan en az biri, kaybedecek bir şeyi olmadığını düşünmektedir.
- Taraflardan en az birinin, anlaşma ile ilgili hiçbir motivasyonu yoktur.
- Taraflardan her birinin pozisyonunu ve anlaşma imkanlarını belirleyebilmek bakımından belli bir zaman sürecine ihtiyaç vardır.
- Taraflardan biri anlaşmayı kesinlikle reddetmekte ve bunu genel anlamda uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü şahıslara da deklare etmektedir.
- Taraflardan en az biri nezdinde, daimi bir yargısal korumaya ihtiyaç vardır.

Bu durumların varlığı halinde, uyuşmazlık, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması bakımından elverişli sayılamayacaktır.

Bütün bu etkenleri ve soruları gözden geçirecek olan arabulucunun, tarafların sahip oldukları bakış açılarını değiştirebilecek etkisel araçları başarı ile kullanması da, her şeye rağmen süreçte değişiklik yapabilir. Bu anlamda, öncelikle tarafların birbirlerini etkileme amacı ile kullanacakları araçları tanımlamak, sonrasında bu araçların kullanımı halinde yarattığı dinamikleri değiştirebilecek kontrol gücüne sahip olmak gerekir.

²²⁴ Uhle, s.209.

Taraflar birbirleri üzerinde etki yaratmak için başlıca şu araçlardan yararlanacaklardır²²⁵:

- Formal anlamda otorite : kanunî anlamda avantaj nedeniyle ya da bilinirlik anlamında oluşan baskın konum
- Kanunî anlamda kullanılabilir ayrıcalıklar
- Bilgi
- Kurumsal etki
- Zaman, para, işgücü vb. kaynaklar
- Ödül ve yaptırım gücü
- Karşı tarafı irrite edebilecek pozisyonda olma
- Karar alma süreçleri üzerinde güç sahibi olma
- Yapısal anlamda güç
- Etik ve ahlâkî anlamda güç
- Personel gücü (iyi bir müzakereciye sahip olma)
- Etkileme gücü (karşı tarafı belli bir yönde etkileyebilme)
- Tanımlama gücü (problemi, durumu ya da sorunları belli bir yönde ve baskın olarak tanımlayabilme)

Arabulucu ise bu süreçte tarafların yarattığı dinamikleri kontrol edebilmek ve etkileyebilmek için²²⁶,

- Tarafların birbiri üzerinde etki/güç kullanımını yönetebilmeli,
- Taraflardan birini ya da her ikisini direkt ya da indirekt olarak etkileyebilmeli ve dengeleyebilmeli,
- Uyuşmazlıkla doğrudan ilişkili olmayan üçüncü taraflardan edindiği bilgileri, onların düşünceleri, çıkarları ve pozisyonlarını, tarafları etkileme hususunda kullanabilmelidir.

²²⁵ Moore, s.378.

²²⁶ Moore, s.379.

8. Anlaşma Olmaması Halinde Seçenekler

Arabuluculuk süreci belli bir aşamaya gelmiş olmasına karşın, arabulucunun gözünde tam anlamı ile bir anlaşma sağlanamamış ise, şu hususlar dikkatle gözden geçirilmelidir²²⁷:

- Anlaşmanın önünde kalan engel hususlar nelerdir ? Bunların ne şekilde üstesinden gelinebilir ?
- Üzerinde anlaşma yapılabilecek fiili ya da hukuki şartlar ya da prosedürel anlaşma noktaları var mıdır ?
- Ek beyan ve açıklamalar bu aşamada yararlı olabilir mi ?
- Prosedür açısından daha fazla zamana ihtiyaç var mıdır ?
- Başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, uyuşmazlık bakımından daha uygun olabilir ve sonuç getirebilir mi ?
- Sonucu ikiye ayırmak ve üzerinde uzlaşılan kısımlar ile geriye kalan hususları netleştirerek prosedürü sonlandırmak yararlı olabilir mi ? (Üzerinde anlaşılan kısımlar üzerinden anlaşma düzenlemek ve kalan hususları yargısal prosedüre bırakmak vb.)

9. Anlaşma Zemininin Oluşması Halinde Kilit Noktalar

Anlaşma zemini tam anlamı ile yakalanmış ise, arabulucunun anlaşmaya bağlanan hususları dikkatle gözden geçirmesi ve hiçbir noktayı şansa bırakmaması uygun olacaktır.

²²⁷ Chern, s.173 – 174.

Güçlü bir anlaşmayı zayıf bir anlaşmadan ayıran temel özellikler şöyle ifade edilebilir ²²⁸:

Güçlü Anlaşmalar	Zayıf Anlaşmalar
Esaslı noktaları içine alır.	Bir karar alınmasını sağlayacak yol ve yöntemleri tanımlarlar.
Kapsamlıdır. Uyuşmazlık kapsamında giren tüm hususları içerirler.	Uyuşmazlık kapsamındaki tüm hususların çözümünü içermezler.
Uyuşmazlık konusu hususları kalıcı biçimde çözüme bağlarlar.	Geçici ya da değiştirilebilecek ve deneme kararı niteliğindedirler.
Şarta bağlı olmayan ve uyuşmazlığın nihai olarak çözümünü amaçlayan niteliktedirler.	Şarta bağlı ve ek bilgilere ya da gelecekteki performanslara dayalı bir sonucu içerirler.
Bağlayıcı ve formaldirler (Taraflar, ayrıklığın sonuçlarının belirlendiği hallerde, anlaşma ile bağlı olmayı kabul ve beyan etmektedirler).	Talep ve önerileri dile getirirler. Taraflar hukuksal anlaşma ile bağlı değildirler.

Arabulucunun mümkün olan en güçlü anlaşmayı hedeflemesine karşın, taraflar arasında bundan farklı durumlar da ortaya çıkabilir. Arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkabilecek sonuçları şöyle bir yelpazede değerlendirebiliriz ²²⁹:

- Yüzde yüz çözüm
- Kabul edilebilir anlaşma paketi
- Uzlaşma
- Deneme süreci
- Üzerinde anlaşma imkanı olan noktaların belirlenmesi
- Alternatif bir sistem
- Farklılıkların giderilmesi

²²⁸ Moore, s.290 -291.

²²⁹ Moore, s.321 - 322.

- Uyuşmazlık içerisindeki bağımsız hususlarda prosedürel çözüm mekanizmaları geliştirilmesi
- Karar vermede mekanik yollara başvurma
- Erteleme
- Kısmi anlaşma
- Anlaşmamak hususunda karar verme
- Belli bir konu ya da konuları uyuşmazlık kapsamı dışına çıkarma
- Bağlayıcı olmayan niyet açıklamaları
- Belli bir uyuşmazlık konusu ya da konuları üzerinde çözüm aramaktan kaçınma
- Birden fazla uzlaşma seçeceği hususunda karar verebilecek bir üçüncü merciye başvurma
- Karşılıklı hazırlanacak menfaatler listesi ya da oluşturulacak objektif kriterlerin bir üçüncü karar merciine refere edilmesi
- Uyuşmazlık hususunda bağlayıcı ya da bağlayıcı olmayan bir karar verilmesinin bir üçüncü merciye bırakılması
- Çıkmaza ya da kilitlenmeye girme
- Müzakereye devam etme
- Başka bir uyuşmazlık çözüm yolunu uygulamaya geçiş

Görüldüğü gibi, arabuluculuk ya da başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm süreçleri, anlaşmak ya da anlaşmamak üzerine kurulu olmayıp, baştaki duruma nazaran bir şekilde ilerleme sağladığını söyleyebileceğimiz çok sayıda durum doğabilir.

Anlaşmanın sağlanması sürecinde gerek arabulucunun gerek müzakerecilerin kullanabileceği bazı özel ve önemli araçları ise şöyle sıralayabiliriz²³⁰:

- Arabulucu huzurunda sözel anlamda karşılıklı taahhütte bulunulmasının temin edilmesi

²³⁰ Moore, s.350 vd., Chern, s.172-174.

➤ Tarafların otorite anlamındaki yetkilileri huzurunda, sözel anlamda karşılıklı taahhütte bulunulmasının temin edilmesi

➤ Basın toplantısı ya da konferansı ile karşılıklı taahhütlerin sözel olarak beyan edilmesi

➤ Anlaşma durumunu temsil eden sembolik obje değişimleri, ilk temsili ödeme ya da erken ödeme vb. anlaşma hususunda iyi niyet ve taahhütleri yerine getirme iradesini ortaya koyan araçların kullanılması

➤ Anlaşmaya karşı iyi niyet ve bağlılığı gösteren sembolik jestlerin kullanılması

➤ İnfomal yazılı anlaşmalar ve mutabakat zabıtlarının oluşturulması

➤ Formal yazılı anlaşmaların oluşturulması ve imzası

Sonuç olarak süreç, yüzde yüz çözüm ile sonuçlanmış ise, arabulucunun son kontrol sürecinde şunları yapması yararlı olacaktır²³¹:

➤ Ortak oturma salonuna dönülerek anlaşma koşullarının özetinin yapılması

➤ Yapılan özet üzerinden, taraflardan teyit alınması

➤ Sürecin sona ermesinden önce bir anlaşma belgesi düzenlenip düzenlenmeyeceği ve/veya tarafların bir taslak anlaşma hazırlamaları hususunun netleştirilmesi

➤ Sürecin sonlandırılmasından önce, tarafların beklemesi ve uzlaşma belgelerini birlikte düzenleme imkanı bulunup bulunmadığının netleştirilmesi

➤ Uyuşmazlık ile ilgili tüm konuların anlaşmaya bağlandığının arabulucu tarafından teyit edilmesi

➤ Anlaşma belgesinin kim tarafından ve ne zaman hazırlanmış olacağına belirlenmesi

➤ Tarafların anlaşmanın hazırlanması ve imzasını gerçekleştirmek üzere bekleme imkanı olup olmadığının belirlenmesi

➤ Arabulucunun anlaşma metnini hazırlaması ve/veya bir anlaşma kararı düzenlemesinin talep edilip edilmediğinin netleştirilmesi

²³¹ Chern, s.174.

➤ İlgili ülke mevzuatına uygun olan hallerde, yazılı anlaşma yerine kaim olmak üzere, anlaşmanın mahkemece kayıt altına alınmasına dair prosedürün uygulanmasının değerlendirilmesi.

10. Arabuluculuk Prosedürünün Diğer Alternatif Çözüm Yolları ve Araçlar İle Kombine Edilmesi

Arabuluculuk prosedürünün diğer teknikler ve keza farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile birlikte kullanılması mümkün ve uyuşmazlığın yapısı ve tarafların durumuna göre de bazen oldukça yararlıdır.

Örneğin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının türlerini sıralarken incelediğimiz mini duruşma yöntemi, arabuluculuk ile rahatlıkla kombine edilebilir. Yapılandırılmış bilgi değişimini içeren mini duruşma, tarafların karşılıklı sunumlarını yapmaları ile gerçekleşir. Tarafların üst düzey temsilcilerinin yanısıra, avukatları ve yerine göre tanıklar ve uzmanlar da hazır bulunurlar. Buna karşın, karşıtlık değil işbirliği üzerine kuruludur. Konulan zaman limiti, katılımcıları, konuya odaklanmaya ve verimli çözümler üretmeye sevk eder. Gizlilik üst düzeyde korunur. Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, bu prosedüre büyük yardım ve ivme kazandırabilir²³².

Öte yandan, iş dünyası ve ticari alandaki uyuşmazlıklar, çoğu zaman bünyelerinde çok sayıda ve karmaşık alt konuları barındırdıklarından, delil tespiti (fact finding) yöntemi, bu tür uyuşmazlıklar bakımından oldukça elverişli bir alternatif uyuşmazlık çözüm aracıdır. Bu tür teknik ve karmaşık konuların varlığı halinde, gecikmeye mahal verilmeksizin belli durumların ivedilikle ve konunun uzmanlarınca tespiti ve bu süreçte ticari sırların da önemle korunması birincil menfaatlerdir. Delil tespiti yöntemi de, arabuluculuk ile yani bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı ile birlikte kullanılacak bir yöntemdir. Bu anlamda her iki tarafın da güveneceği bir uzman tarafından, delil tespiti ile ilgili süreçlerin yönetilmesi yarar sağlayabilecektir. Bağımsız üçüncü kişi uzman, bir kişi olabileceği gibi, her iki tarafça belirlenebilecek birer uzman, birlikte de çalışabilirler. Yine, bu usul, uyuşmazlık kapsamındaki hususlardan bir kısmı için de işletilebilir. Tarafların

²³² Uhle, s.195.

aralarında açık ve kesin olarak kararlaştırmaları gereken nokta, delil tespitine verecekleri hukuki etki meselesidir²³³.

Arabuluculuk yöntemi ile birlikte kullanılacak, diğer bir etkili çözüm yöntemi ise, tahkimdir. Arabuluculuk/Tahkim başlığı altında, bu prosedürün, arabuluculuk çözüm yolunu izleyecek şekilde kullanımından bahsetmiştik. Ancak iki sürecin birbirine entegre edilmesi de mümkündür. Bunun örneği, I.B.M. – Fujitsu arasındaki tahkim sürecinde yaşanmıştır.

Taraflar arasında geçmişe dayalı olan uyuşmazlık, 1970'lerin başında Fujitsu'nun, Fujitsu ana bilgisayarlar için, I.B.M. uyumlu işletim sistemi yazılımları geliştirmeye başlaması ile başlamıştır. Bu tarihlerde henüz bilgisayar yazılımlarını koruyan mevzuat da tam anlamıyla gelişmemiş olduğundan, I.B.M. telif haklarını talep etmemiştir. Ancak 1970'lerin sonunda, I.B.M. yazılımlarını tescil ettirmeye başlamış, Amerikan Hukukunda da bilgisayar yazılımlarının hukuki korunması ile ilgili düzenlemeler gelişmiştir. I.B.M. bu gelişmeler üzerine, Fujitsu'nun telif haklarını ihlâl ettiğini belirterek, yüzlerce milyon dolarlık tazminat talebinde bulunmuştur. 1983'te iki şirket, belli bir meblağın ödenmesi ve yanısıra yıllık belli bir lisans ücreti karşılığında, I.B.M.'in taleplerinden vazgeçmesi ve üzerinde anlaşılan programların Fujitsu tarafından kullanımına izin verilmesi hususunda anlaşılırlar. Ayrıca, benzer nitelikte programların karşılıklı olarak geliştirilebilmesi üzere, bilgi paylaşımı hususunda da uzlaşırlar. Ancak 1983 anlaşması, yeterince spesifik düzenlenmemiş, operasyonel anlamda daha detaylı bir anlaşma yapılması kararlaştırılmak üzere iken, I.B.M. 1983 anlaşmasına yer alan tahkim klotuna dayanarak, tahkim süreci başlatır. Süreç, tayin edilen hakemlerin, bir dizi uyuşmazlık çözümü yöntemini birlikte uygulaması ile gelişir. İlk aşama, tarafların ve temsilcilerinin katıldığı mini duruşma biçiminde gerçekleştirilir. Ancak temel farklılıkların (telif hakları ve paylaşım açılacak bilgiler) giderilmesinde olumlu etki yaratmaz. Bu temel hususlar baz alınarak, tahkim heyeti tarafları, bunları, kendilerinin arabulucu sıfatı ile hareket etmeleri sureti ile müzakere etmeye teşvik eder. Arabulucu olarak sürece devam eden tahkim heyeti, taraflarla birlikte ve özel oturumlar düzenler ancak bağımsızlık ve güven ile ilgili etkiyi koruyabilmek üzere, ilgili tarafça atanmış hakem, o tarafla özel görüşmeksizin, tüm görüşmeleri heyet

²³³ Uhle, s.197.

halinde yürütürler. Arabuluculuk süreci, 1987’de, görüşülen temel hususlar bakımından anlaşma ile sonuçlanır ve geriye bu hususlar dışındaki uyuşmazlık noktaları kalır. Üzerinde anlaşılan hususlar, Fujitsu’nun I.B.M.’e ödeyeceği meblağ ile bilgi paylaşımına dair “denetimli serbestlik rejimi” uygulamasıdır. Buna göre, bilgi paylaşımı, her iki taraf nezdinde görevlendirilecek uzman personelce, üzerinde anlaşılan bilgilerin paylaşımına izin verilmesi biçiminde yürüyecektir. Tüm bu gelişmeler ile birlikte, esasen 1987 anlaşması da, bir çerçeve anlaşmadır ve ödemeler ve paylaşılacak bilgilere dair detayları içermemektedir. Bu hususlarda karar verilmesi, tahkim heyetine bırakılmıştır. Aynı yıl, hakem heyeti başkanı görevinden istifa eder. Taraflar, yerine birinin seçilmemesini ve heyetin, arabuluculuk işlevini de yürütmüş olan iki kişi ile devam etmesini kararlaştırırlar. Uzlaşmazlığa düşmeleri halinde, ise, ilgili konuyu çözmek üzere geçici olarak bir üçüncü kişi kendilerinin anlaşması ile görevlendirilebilecektir. Ek olarak, hakem heyetinin görevi, üzerinde anlaşılan hususların yürürlüğünü denetleyebilmek ve bu süreçte doğacak uyuşmazlıkları çözebilmek bakımından, bir on beş yıl daha uzatılır. Hakem heyeti öncelikle, bilgi paylaşımına ilişkin denetimli serbestlik sürecine odaklanır ve teknik uzmanların da yardımı ile uyuşmazlık noktaları daraltılarak ve aşama aşama çözümlenerek, hakem heyetinin karar vereceği sınırlı miktarda husus bırakılır. Ödenecek tazminat miktarına ilişkin ise, hakem heyeti, taraflardan, hesaplama için geçerli olması gerektiğini düşündükleri temel prensipleri bildirmelerini talep eder ve yedi gün süren görüşmelerde bu hususlar tartışılır. Bundan sonra heyet, sunulan görüşlere ilişkin kendi yaklaşımlarını açıklar ve taraflardan hesaplama modeli geliştirmelerini ister. Daha sonrada bunlar üzerinde, geliştirilebilmesi ve belli bir plan haline getirilebilmesi için taraflarla birlikte tartışılır. Nihayet hakem heyeti, karşılaştırmalı biçimde yaptığı analizlere dayalı olarak görüşünü açıklar²³⁴.

Görüldüğü gibi, I.B.M – Fujitsu örneği, gerçekten de eşine az rastlanabilecek bir yaratıcılıkla, tarafların sürece dahil olmalarını ve kendi çözümlerini yaratmalarını, arabuluculuk aracını ve diğer pek çok aracı bir arada kullanarak, tahkim süreci içinde sağlamıştır.

Arabuluculuk, genellikle uzun olan ve oturumların arasında da belli bir zaman sürecinin bulunduğu tahkim süreci içerisine kolayca yerleştirilebilecek ve en azından

²³⁴ Uhle, s.255 vd.

bir kısım konuların netleşmesini ve/veya çözüme ulaşmasını sağlayabilecektir. Öte yandan, tarafların bu hususta kendiliklerinden harekete geçmelerinin güç görünmesine binaen, bu prosedür, tahkim klozları içerisine yerleştirilebileceği gibi, bu yönlendirme hakem heyetince de yapılabilir.

Özetle, iş dünyasının ve ticari yaşamın her geçen gün değişen ve gelişen ihtiyaçları, farklı tekniklerin, uyumsuzluğun niteliğine göre başarılı şekilde kombine edilmesini gerektirmektedir.

11. Arabuluculuk Prosedürü Sonrası

Arabuluculuk sürecinin sona ermesini takiben, arabulucu, taraflarla veya temsilcileri ile takip eden bir oturum düzenleyebilir. Bu görüşme telefonla veya yüzyüze gerçekleştirilebilir. Amacı ise, anlaşmanın gerçek anlamda gerçekleşip gerçekleşmediğinin teyidi ve arabulucunun sürece olumlu ya da olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi olacaktır. Pek çok arabulucu, görevleri sonlandıktan sonraki bu doğrudan iletişimden kaçınır. Bu iletişimin doğrudan olmasından hoşlanmayanlar için, taraflara gönderilecek yazılı bir metin ile de, süreç ile ilgili bir değerlendirme yapmaları talep edilebilir. Bu kapsamda, arabuluculuk sürecinin nasıl yönetildiği, sürecin gerçekleştiği ortam vb. hususların değerlendirilmesi ve varsa bunlara dair görüş ve önerilerin bildirilmesi istenir. Bu iletişim ve değerlendirme, arabulucunun başarılı olduğu ya da geliştirmesinin gerektiği yönleri ortaya koyacak ve prosedür açısından kuşkusuz yararlı olacaktır²³⁵.

D.Arabulucu Etiği ve Arabulucu Seçiminin Önemi

Arabulucu etiği hususunda, farklı ülkelerde ve farklı kurumlar kapsamında, birbirine yakın sayılabilecek düzenlemeler yapılmıştır. Arabulucu seçimi, sürecin başarısı anlamında şüphesiz temel etkenlerden biridir. Bu anlamda, arabuluculuk faaliyeti bakımından üzerinde durulması gereken hususlar şunlar olabilir²³⁶:

²³⁵ Chern, s. 174 – 175.

²³⁶ Chern, s.194-198, Moore, s.442.

- Arabulucu, uyuşmazlık konusunda uzman olmalıdır. Arabuluculuk, genel anlamda icra edilebilir ve her tür uyuşmazlıkta benzer ilkeler ile yürütülebilir bir süreç olarak algılanmamalıdır. Profesyonel yaklaşım, üzerinde uzman olunmayan bir alandaki görevin reddedilebilmesini gerektirir.

- Arabulucu sürece mutlaka iyi bir şekilde hazırlanmalı, kendisine sunulan belgeleri yeterli derecede incelemeli ve arabuluculuk sürecinin alternatifini teşkil eden süreçlerin ne şekilde ilerleyebileceği hususunda da bilgi sahibi olmalıdır. (Örneğin, taraflar arasındaki kontrat Çin Hukukuna tâbi ise, prosedürleri en azından temel düzeyde bilmelidir)

- Fiziksel ya da mental anlamda, işin gereklerini yerine getirebilecek koşullardan uzak olması halinde, arabulucu, görevi reddetmeli ya da çekilmelidir. Burada, fiili anlamdan ziyade, örneğin, görevi yerine getiremeyecek derecede yoğun bir iş temposu içinde bulunmak kastedilmektedir.

- Sürecin illegal amaçların gerçekleştirilmesi için araç olarak kullanıldığını ya da adil olmayan bir durumun amaçlandığını tespit ettiği takdirde arabulucu, derhal görevden çekilmelidir²³⁷ (Örneğin, arabulucunun iyi niyetle başladığı arabuluculuk sürecinin ilk toplantısında, taraflar mucizevi biçimde hemen anlaşılır, arabulucu bunu tarafların talebi ve onayı ile yasal olarak yürütülebilir bir karar altına alır. Karar icra dairelerince yürütülerek para tahsilatı yapılır. Oysa amaçlanan yüklü miktarda bir kara paranın aklanmasıdır).

- Arabulucu, tarafları kendi rolü, prosedürün içeriği ve elde edilebilecek sonuçlar anlamında tam olarak bilgilendirdiğinden ve soru işareti kalmadığından emin olmalıdır.

- Arabulucu, tarafların tam anlamı ile bilincinde oldukları ve anladıkları biçimde anlaşmaya vardıklarından emin olmalı, taraflardan birine yapılacak anlaşma ile ilgili (aleyhe yahut lehe olması anlamında) bir görüş bildirmemeli, gerekiyor ise tarafları hukuki danışmanlık almaları hususunda teşvik etmeli, dil farklılığı ya da anlama düzeyi farklılıkları ile durumlarda gerekli önlemleri alabilmelidir.

²³⁷ Özellikle İngiltere, Arabuluculuk Direktifi Taslağı ile ilgili görüşmeler kapsamındaki görüşlerinde, bu hususa dikkat çekmiş, bu tür durumlarda Ulusal Suç Servisi'nin (NCIS) derhal harekete geçtiği ve devam eden bir arabuluculuk sürecinin de soruşturma nedeni ile durdurulabileceğine dikkat çekilmiştir. **Kallipetis, Michel**, Bar Council Comments on Draft Mediation Code,2004, (www.kallipetis.com) (erişim: 21.12.2009).

- Uyuşmazlığın çözümü bakımından hangi tekniği tercih ettiği ve arabuluculuk prosedürünün başarılı olmaması halindeki alternatifleri ne şekilde ortaya koyacağı bakımından, arabulucu, tarafların kendi yaklaşımlarını algılamalarını sağlamalıdır.

- Tarafların, süreç ile ilgili karar alabilme anlamındaki yetilerinden emin olmalı, bu hususta sorun var ise giderilene dek prosedüre devam etmemelidir.

- Arabulucu, taraflara, arabuluculuk süreci öncesinde yahut devam ederken, arabuluculuğun bir başka süreçle, örneğin tahkimle kombine edilip edilmeyeceğini sormalı, edileceği takdirde, arabulucunun rolünün ne şekilde değişeceği hakkında tarafları bilgilendirmeli, taraflara tahkim süreci için başka birini görevlendirme imkanı tanınmalıdır.

- Arabuluculuk süreci, arabulucu tarafından tam bir bağımsızlık ve tarafsızlıkla yürütülmelidir.

- Arabulucu, tarafların geçmişleri, kişilikleri ya da arabuluculuk sürecinin yönetiminden kaynaklı gelişen önyargıların farkında olmalı ve bertaraf etmelidir.

- Arabuluculuk prosedürü, tarafların eşit bir şekilde dahil olabilecekleri, adil bir süreç olarak organize edilmelidir.

- Arabulucu, bağımsızlığı ve tarafsızlığına hanel getirebilecek bir durumun varlığı halinde, derhal tarafları bilgilendirmeli ve yazılı onaylarını temin etmeksizin prosedüre devam etmemelidir.

- Prosedürün doğru bir biçimde ilerleyebilmesini şüpheye düşürecek bir menfaat uyuşmazlığının doğması halinde, taraflar bu konudan vazgeçmediği takdirde, arabulucu çekilebilmelidir.

- Mahkeme yönlendirmeli arabuluculuk söz konusu ise, arabulucu, tarafları, ancak kendilerinin tatmin olacakları ve kabul edecekleri bir zeminde anlaşmanın olabileceği hususunda bilgilendirmelidir.

- Arabulucu, prosedürün gönüllülük özelliğini üst düzeyde koruyacak şekilde hareket etmelidir.

- Taraflardan birinin, prosedüre devam etmekte gönüllü olmadığını hissetmesi halinde, arabulucu, gizlilik hükümlerine de üst düzeyde önem göstererek, ilgili taraf ve diğer taraflarla, prosedüre devam edilip edilmemesi hususunu

görüşmeli ve ilgili tarafın soru işaretlerinin giderildiğinden tam anlamı ile emin olmalıdır.

- Sürecin başında, arabulucu, taraflara gizlilik ile ilgili düzenlemelerin amacını ve kapsamını detaylı olarak açıklamalı, gizliliğin üst düzeyde yürütülmesini sağlamalıdır.

- Arabulucu, arabuluculuk sürecindeki bilgi ve belgelerin makamlar önünde kullanılması anlamındaki gizlilik kurallarını taraflara detaylı olarak ve sürecin başında anlatmalı, buna ilişkin mevzuat hakkında bilgi vermelidir.

- Arabulucu, hukukî zorunluluk olmadıkça, Mahkemece talep edilmedikçe ve tarafların onayı olmadıkça, gizli bilgileri hiçbir şekilde açıklamamalı, ayrıca bu tür bilgileri kişisel çıkarı için kullanmaktan özellikle kaçınılmalıdır.

- Arabuluculuk sürecine ilişkin belgeler, arabulucu tarafından makul düzeyde güvenli bir ortamda tutulmalıdır.

- Arabuluculuk sürecinin tamamlanmasından sonra da, arabulucu, süreç bakımından şüphe doğuracak her türlü tutum ve davranışlardan kaçınılmalıdır. Ayrıca taraflardan hizmeti ile ilgili hediye kabul etmekten kaçınılmalı, başka kişilerin sürece dahil olması ile ilgili aracılık etmesi halinde, şüphe yaratacak davranışlardan uzak durmalıdır.

- Arabulucu, hukukçu olsa dahi, hukuksal anlamda danışmanlık kapsamına girecek şekilde hareket etmekten kaçınılmalıdır. Süreç analizi yaparken dahi, tarafların, hukuki anlamda danışmanlık yapmadığının bilincinde olmasına özen göstermelidir.

- Özellikle sürecin anlaşma ile sonuçlanması halinde, arabulucunun, hukukçu pozisyonunda olmadığını açıkça ifade etmesi ve hazırlanacak anlaşmanın tarafların hukukçuları tarafından da incelenmesi hususunda, taraflara öneride bulunması uygun olacaktır.

- Arabulucu, yapacağı reklam ya da pazarlamaya yönelik her türlü faaliyetinin, gerçeğe uygun olmasını gözetmelidir (Reklam yasağının söz konusu olmadığı ülkelerdeki uygulama bakımından geçerlidir).

- Arabulucu, taraflara herhangi bir sonucu asla garanti etmemelidir.

E.Arabuluculuk Çözüm Yoluna İlişkin Tartışmalar, Yeni Gelişmeler ve Başlıca Hukuki Problemler

Bir yanda, arabuluculuk çözüm yolunun kabul edilmesi ve yerleşmesi ile ilgili tartışmalar devam ederken, diğer yanda arabuluculuk çözüm yolunun geliştirilmesi ve çeşitli ihtiyaçlara daha iyi cevap verebilir hale gelmesi de tartışılmaktadır.

Tıp hukuku alanında ve bedensel zararlara ilişkin davalarda, davacılar ve davacı avukatları üzerinde, alternatif çözüm yollarına bakış ile ilgili yapılan yakın tarihli bir çalışmada²³⁸:

- Savunma avukatları dava yolunu tercih etmekte olup, nedenin de %90 oranında parasal olduğu saptanmıştır. Yazar burada, bir zarar ikasına bîanen güç durumda ve psikolojik olarak baskı altındaki taraf ile, iyi bir savunma karşılığında yüksek ücretle hizmet verilmesinden ötürü, bu hususun odak noktası olduğunu ifade etmektedir.

- Keza hastane ya da doktor avukatlarının gözünden, davacı pozisyonundaki kişilerin temel amacının da parasal nedenlere dayandığı ifade edilmektedir. Ancak, yanıt arama, özür, adalet, benzer olayların tekrarlanmaması gibi, daha aşağıda başka amaçların da söz konusu olduğunu ifade etmektedirler.

- Bir diğer eklenebilecek husus da, davacı avukatlarının, yukarıdaki doğrultuda, karşı tarafı arabuluculuk sürecine davet etme hususunda istekli pozisyonda olmadıkları, bu anlamda, mahkeme yönlendirmeli arabuluculuğun daha fazla işlerlik sağladığıdır.

- Hukukçuların müvekkilleri üzerinde sahip oldukları etki ve süreci yönlendirebilme güçleri gözönünde tutulması gereken önemli bir konudur.

²³⁸ **Relis Tamara**, *Perceptions in Litigation and Mediation*, Cambridge University Press, USA 2009.

Bu araştırma sonuçları, çalışmamız kapsamında Avrupa Birliği düzeyindeki çalışmalar ile bağlantılı olarak da belirttiğimiz gibi, hukukçuların tavrı ve bakış açısının alternatif çözüm yollarının gelişimindeki önemini teyit etmektedir.

Arabulucunun sorumluluğu da, sistemin gelişimi açısından bir başka tartışma konusudur. Sorumluluk konularının detaylı olarak belirtilmesi, bu anlamda kuşkusuz netlik sağlayacak ve yol gösterici olacaktır. Genel anlamda arabulucu sorumluluğu, arabuluculuk anlaşmasının ihlali, haksız fiil girişimi, dolandırıcılık, gerçeğe aykırı reklam (reklama izin verilen ülkelerde), hakaret, görevi ihmal, gizlilik yükümüne aykırılık, güveni kötüye kullanma gibi hususlardan doğabilecektir. Bu ihlaller, hem hukuki hem de cezai yükümlülüğü beraberinde getirebilecektir. Bu hususta iç mevzuattaki düzenlemelerin netleştirilmesi, keza mesleki sorumluluk sigortası sisteminin geliştirilmesi kuşkusuz yararlı olacaktır²³⁹.

Anlaşmalara konan arabuluculuk klozlarının yürürlüğü konusunda, Amerikan sisteminde büyük ölçüde gelişme kaydedilmiş olmasına karşın, diğer hukuk sistemlerinde çoğunlukla, bu klozların varlığı ve geçerliliğinin yargısal incelemeye tabi tutulacağı görülmektedir²⁴⁰. Zira, arabuluculuk prosedürüne katılmaya zorlanamama söz konusudur. Öte yandan, İngiltere uygulamasında olduğu gibi, arabuluculuk prosedürüne katılmayı nedensiz olarak reddeden taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesi, yaygınlaşmayı destekleyebilecek önemli bir hukuksal çare olarak görünmektedir. Yine, arabuluculuğa başvurulmasının kararlaştırılmış olması durumunda, mahkemenin süreci arabuluculuk yoluna başvurulması ve bunun bir şekilde sonuçlanmasına dek durdurması da, uygulanabilecek bir başka diğer modeldir. Elbette, arabuluculuğu teşvik edecek hiçbir önlem, tarafların kanundan kaynaklanan haklarına ve yargı makamlarına başvurma haklarına hanel getirecek nitelikte olmamalı, ancak bu yöntemler teşvik edilecek ise, güçlü araçlar kullanılmalı ya da yaratılmalıdır.

Arabuluculuk prosedürü sonucunda elde edilen anlaşmaların icraen yürütülmesi de problemleri bir konuyu oluşturmaktadır. Almanya'da ve bazı Amerikan eyaletlerinde, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın herhangi bir tanıma işlemi

²³⁹ Chern, s.227 vd.

²⁴⁰ Chern, s.30 vd, **HM Court Services**, Second Report of Commercial Court Committee, HMCS, (http://www.hmcourtsservice.gov.uk/publications/misc/admiralcomm/working_party.htm#MediationAgreements) (erişim: 21.12.2009).

gerekmeksizin doğrudan yürütülebilmesi mümkün olmakla birlikte, genel anlamda, bu tür belgelere doğrudan icra edilebilirlik etkisinin tanınmadığı görülmektedir. Tarafların karşılıklı olarak, bu anlaşmaya icra edilebilirlik etkisi vermeyi istemeleri ve kabul etmeleri halinde, böyle bir etki mahkeme onayı ile temin edilebilmektedir²⁴¹. Arabuluculuğun tahkim süreci ile entegre kullanımı da, yukarıda açıkladığımız gibi, uyuşmazlık konularının elimine edilerek sayılarının azaltılması ve nihayet geriye kalan konularda bağlayıcı bir hakem kararı elde edilebilmesini sağlayacak efektif bir yoldur.

²⁴¹ “Tomlin Order” olarak adlandırılan bu belgeler ve etkileri için bkz. : **Chern**, s.189.

İKİNCİ BÖLÜM
TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK
YOLUYLA ÇÖZÜMÜNDE İNGİLTERE ÖRNEĞİ,
AB HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER VE TÜRKİYE BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRME

I. İNGİLİZ HUKUKUNDA ARABULUCULUK YOLU

Önceki bölümlerde belirttiğimiz gibi, tarihsel süreçteki geçmişe dayalı uygulamasına karşın, günümüzdeki anlamı ve uygulanış şekli ile alternatif çözüm mekanizmaları ve arabuluculuk, özellikle de ticari uyuşmazlıklar bakımından, İngiltere’de son 10 – 15 yıl arasında büyük ölçüde gelişim göstermiştir. İngiliz Hukuku çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözümü kavramının yaygın olarak arabuluculuk çözüm yolunu ifade etmek üzere kullanılması ve bu kavramın arabuluculuk merkezinde gelişim göstermesine binaen alternatif uyuşmazlık çözümünün gelişimine ilişkin açıklamalar çalışmamızın bu bölümü için de geçerlidir. Keza, Avrupa Birliği uygulamasının aksine, İngiltere’de tahkim kavramı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrı tutulmakta ve ayrı sayılmaktadır.

Mistelis, İngiltere’de, kendini büyük ölçüde 1990 yılların başında gösteren adalet reformu çalışmalarını, aslında, 1960 yıllarda, yürütme ve yargı organlarının rolüne dair anlayışların değişmeye başlaması ve uyuşmazlıkların hukukçular yardımıyla dava yolu ile çözümünün dışındaki yöntemlere yönelişe dayandırmaktadır. Bu süreç, 1980’li yıllarda, ilk alternatif çözüm kurumlarının oluşması ile devam etmektedir. *Mistelis*, bu sürecin, yargı reformundan öte, kültürel anlamda bir değişim ve dönüşümü de içerdiğini vurgulamaktadır.²⁴²

Gerçekten de, arabuluculuk bakımından, önceleri aile hukuku uyuşmazlıkları ile başlayan yaygın kullanım, son yıllarda ticarî uyuşmazlıklar alanında da büyük gelişme göstermiştir. Şu anda artık e-arabuluculuk uygulamaları geliştirilmekte olup, mahkeme süreci içinde ya da Mahkeme teşviki ile arabuluculuk usulleri de geliştirilmiştir.

²⁴² *Mistelis*, (ADR in England and Wales).

Lord Woolf Raporu ve takip eden reformlar ile yürürlüğe konan Medeni Usul Kurallarını takiben, arabuluculuk, çeşitli ve önemli mahkeme kararları ile yön bulmuş ve gelişmiştir²⁴³.

Cowl v Plymouth City Council (2002) 1 WLR 803 davasında²⁴⁴, Lord Woolf, görüşünü :

“Özellikle de kamusal kaynaklar söz konusu olduğunda, alternatif uyuşmazlık çözümünün kabul edilmemesinin savunulabilir bir yönü bulunmamaktadır” biçiminde ifade etmiştir.

Yaklaşık bir yıl sonra, Dunnet v Railtrack PLC (2002) 1 WLR 2434 davasında²⁴⁵, Temyiz Mahkemesi Yargıcı, tarafların uyuşmazlığı çözmek üzere tahkime ya da araculuk yoluna başvurmalarını önemle önermiş ve temyiz nedeni saymıştır. Railtrack dava yolunda kazanan taraf olarak bu yola başvurmayı reddetmiş, Temyiz Mahkemesi kazanan taraf olmasına karşın masraflara ilişkin talebi reddetmiştir. Hâkim Brooke LJ;

“Belli bir seviyeye ulaşmış arabulucular, pek çok uyuşmazlıkta, avukatların ya da hâkimlerin gücünün ve etkinliğinin ötesinde, uyuşmazlığın tarafları için tatmin edici sonuçlara ulaşabilmektedirler. Özellikle de, tıp hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar vb. belli bir uzmanlık alanında yargılama yapan mahkemeler konuya ileri derecede vakıftır ancak taraflar, nötr bir zemine ve konusuna vakıf bir arabulucu aracılığı ile biraraya geldiklerinde, el sıkışabildikleri ve aralarındaki uyuşmazlığı memnun oldukları bir şekilde çözebildikleri bir duruma gelebilmektedirler. Arabulucu, taraflar için, mahkemenin sağlayabileceğinin ötesinde çözümler sağlayabilir.” biçiminde sürece ilişkin görüşlerini ifade etmiştir.

Halsey Kararı ise, arabuluculuk yolu ile ilgili önemli bir köşebaşı oluşturmuştur. Temyiz Mahkemesi, tarafların, arabulucular grubunun, hukukçuların beyanlarını dinledikten, CEDR ve Sivil Arabuluculuk Konseyi'nin yazılı görüşlerini

²⁴³ **Kallipetis Michel / Ruttle Stephen**, Mediation in Commercial Disputes, London, 2005, **Coyle Michael**, Mediation- Part 1, 18 June 2008, (http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/1107-Mediation-Part-1.htm); Cornes, s.13 vd; Nestic, Miryana, Mediation - On The Rise In The United Kingdom?, (www.austlii.edu.au/au/journals/BondLRev/2001/20.html) (erişim: 21.12.2009), **Drummond Rita**, Mediation And Civil Courts: Foundations for an independent and enduring partnership, (<http://ssrn.com/abstract=962122>) (erişim: 21.12.2009).

²⁴⁴ **Cowl v Plymouth City Council (2002) 1 WLR 803**, (http://www.adrnow.org.uk/go/SubPage_6.html) (erişim: 21.12.2009).

²⁴⁵ **Dunnet v Railtrack PLC (2002) 1 WLR 2434**, (http://www.cedr.com/library/edr_law/Leicester_Circuits_and_costs.pdf) (erişim: 21.12.2009).

aldıktan sonra, Mahkemenin, bu konuda istekli olmayan tarafların da arabuluculuk yoluna başvurmalarına karar verebileceğine; dava yolunda başarılı olan tarafın, neden göstermeksizin arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayı reddetmesi halinde, Mahkemece masrafların ilgili tarafa yükletilebileceğine karar vermiştir²⁴⁶. Halsey Kararı, dava süreci içerisinde müvekkillerini temsil eden tüm hukukçuların, bundan böyle müvekkilleri ile birlikte, ilgili uyuşmazlığın çözümünde alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmeleri gerekliliğini ortaya koymuştur. Bunun için hukukçuların da arabuluculuk prosedüründen yeterli derecede bilgi sahibi olmaları gerekecektir. Buna karşın henüz konuya ilişkin yeterli ilgi ve bilincin oluştuğunu söylemek de mümkün değildir.

Bu konudaki bilgi ve bilincin de ötesinde, bu Kararın bir sonucu olarak, hukukçular dava sürecinin öncesinde ya da herhangi bir aşamasında, müvekkillerini arabuluculuk çözüm yolunu uygulamak üzere yönlendirebilmeli ve teşvik edebilmelidirler. Yanısıra, müvekkillerini ve kendilerini, arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayı denememek sureti ile mahkeme masraflarını yüklenmekten de koruma bilinci ile hareket etmelidirler.

Baronun Dava Avukatları Meslek Kurallarında, profesyonelce hareket etme yükümünün, baro mensuplarının arabuluculuk prosedürü içerisinde yer almaları (tarafları temsil etmeleri) halinde de gözetileceği düzenlemesi yapılmış olmakla birlikte, hukuki hizmetler kavramı içerisine hukukçuların arabulucu olarak hareket etmeleri durumu henüz dahil edilmemiştir²⁴⁷.

Halsey Kararı, arabuluculuk prosedürünün iki temel ve vazgeçilmez avantajını tanımlamış olup, bunlardan birincisi, bunun dava yoluna nazaran daha az masraflı oluşu; ikincisi de, özür bildiri, açıklama, mevcut bir profesyonel ilişkinin yeni şartlarla devamı ya da bir kanunî zorunluluk olmaksızın bir tarafın diğer tarafa karşı yükümlülük altına girdiği bir anlaşma yapılması vb. daha geniş çözüm yollarını temin edebilmesidir. Bunların yanısıra, arabuluculuk çözüm yolu, evvelce de belirttiğimiz başkaca önemli avantajları da bünyesinde barındırmaktadır²⁴⁸.

²⁴⁶ **Cornes David**, Commercial Mediation: the Impact of the Courts, (<http://www.mediatewithcornes.co.uk/articles.htm>.) (erişim: 21.12.2009).

²⁴⁷ **Bar Standards Board**, Code of Conduct, (<http://www.barcouncil.org.uk/about/>) (erişim: 21.12.2009).

²⁴⁸ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/III/C.

Elbette ki, her uyuşmazlık salt arabulucuk çözüm yolu uygulandığı için anlaşma ile sonuçlanmamaktadır. Arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasında başarı oranı yüksek olmakla birlikte (% 80 gibi bir oranda), bu çözüm yolunu gönüllü olarak tercih etmeyen tarafların, anlaşma zemini yaratacak bir imkânı da daha zor tercih edebilecekleri muhakkaktır.

Temyiz Mahkemesi, arabuluculuk çözüm yolunun her derde deva değil ancak pek çok dava için uygun olduğunu kabul etmektedir²⁴⁹. Al-Khatib v Masry (2005) 1 FLR 381 davasında²⁵⁰ Temyiz Mahkemesi, her tür davanın, arabuluculuk yolundan kaçınılarak girilmiş olsa dahi, potansiyel olarak arabuluculuk çözüm yolunun başarı ile uygulanmasına açık olduğunu belirtmiştir.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından, deneyimlerin gösterdiği, ticari işletmelerin kazanmak maksadıyla değil fakat uyuşmazlığı çözmek amacıyla giriştiği arabuluculuk prosedürlerinde başarı oranı dikkate değer şekilde yüksek olmaktadır.

Halsey Kararında Mahkeme²⁵¹, arabuluculuk çözüm yolu için uygun olmayan dava türlerine örnekler vermiş;

- Taraflardan biri, uyuşmazlığa ilişkin olarak Mahkemeye başvurmayı, bir hukuk kuralının çözümlenmesi ve bir emsal karar teşkil etmesi bakımından talep ediyor ise,
- Taraflardan birinin durumunu korumak üzere bir tedbir kararı veya diğer benzeri bir yöntem zorunluluk arz ediyor ise,
- Hile ya da ticari olarak itibar dışı bir davranış iddiası söz konusu ise alternatif çözüm yolunun uygulanmasının uygun olmayacağını ifade etmiştir.

Mahkemece verilecek bir tedbir kararı alınmasının acil ve zorunlu olduğu davalar bulunmakla birlikte, arabuluculuk prosedürünün uyuşmazlığı çözmeye etkin bir araç olduğunu söylemek deneyimlere istinaden yanlış olmaz. Bunun da ötesinde, arabuluculuk alanında deneyimli kişiler, ticari anlamda hile vb. kanun dışı davranışların söz konusu olduğu durumların da arabuluculuk çözüm yoluna uygun

²⁴⁹ Cornes, (Commercial Mediation).

²⁵⁰ Bridge Caroline, Understanding Family Law Practice, The Family Advice and Information Services : A Changing Role For Family Lawyers in England and Wales, s. 101vd., ([http://www.legalservices.gov.uk/docs/fains_and_mediation/FAInS_evaluation_report_2007_\(2.56mb\).pdf](http://www.legalservices.gov.uk/docs/fains_and_mediation/FAInS_evaluation_report_2007_(2.56mb).pdf)) (erişim: 21.12.2009).

²⁵¹ Cornes David, What is Halsey –v- Milton Keynes General NHS Trust about?’, (<http://www.mediatewithcornes.co.uk/articles.htm>.) (erişim: 21.12.2009).

olmadığı görüşünü kabul etmeme eğilimindedirler. Halsey Kararının hemen sonrasında görülen, Couwenebrgh v Valkova (2004) EWCA Civ 676 davasında²⁵², Temyiz Mahkemesi, önceki görüşün aksine, imzaların sahteliğinin iddia edildiği bir vasiyetname davası olan bu davaya ilişkin olarak, taraflara uyuşmazlığın arabuluculuk çözüm yolu ile çözülmesini denemeleri üzere temyiz hakkı vermiş;

“Taraflar bu üzücü uyuşmazlığı çözmek ve bu temyiz kaderini değiştirmek üzere yeterli iradeye sahiptirler. Biz, onları bunu arabuluculuk çözüm yolu vasıtası ile gerçekleştirmeleri üzere teşvik edeceğiz. Bu davada, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun uygulanması elzemdir.

.....

Karar aşamasında da, yargılama giderlerine ilişkin olarak, Mahkemece, buradaki gözlemlerin ve değerlendirmelerin, Halsey Kararında belirtildiği gibi, arabuluculuk çözüm yolunun teşvik edilmesi temel prensibi temelinde dikkate alınacağını umuyoruz.” biçiminde Halsey Kararının aksine bu tür bir davada da arabuluculuk çözüm yolunun uygulanabileceğine dikkat çekmiştir.

Mahkemenin arabuluculuk çözüm yolunu teşvik etmesinin ötesinde, bunu istemeyen taraflara bu yola başvurmalarını emretmesine ilişkin olarak, Temyiz Mahkemesi, bu durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin yani mahkemeye erişim hakkının bir ihlali olduğu görüşünü beyan etmiştir. Ek olarak, Mahkemenin böyle bir karar verme yetkisi olsa dahi, bunun altında yatan nedenlerin tam olarak izahının mümkün olmayacağı belirtilmiştir²⁵³. Nitekim 2003 tarihli Beyaz Kitap'ta²⁵⁴ da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin başarısının temel anahtarının bu prosedürlere tarafların gönüllü olarak dahil olmaları ve elde edilen sonuçların da taraflar istemediği sürece bağlayıcı olmaması olduğu, bu nedenle

²⁵² **Couwenebrgh v Valkova (2004) EWCA Civ 676,**

(http://www.cedr.com/about_us/library/edr_law/edr_law2.php?id=9) (erişim: 21.12.2009).

²⁵³ **Genn Hazel**, Court-Based ADR Initiatives For Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court And The Court Of Appeal, University College London, (www.adr.civiljusticecouncil.gov.uk/.../Research_reports_-_Genn_2002_Summary.doc) (erişim: 21.12.2009), **White Rupert**, Judge criticises Court of Appeal on mediation, (www.lawgazette.co.uk) (erişim: 21.12.2009).

²⁵⁴ **Beyaz Kitap**, Avrupa Komisyonu'nca yayınlanan ve belli bir alanda Birlik hareket tarzı ve inisiyatif hususunda öneri getiren metinleri ifade etmektedir. Genellikle belli bir konuda yayınlanan bir Beyaz Kitabı, kamusal alanda görüş ve düşüncelerin ifade edilmesi ve bir araya getirilmesini amaçlayan Yeşil Kitap izlemektedir.

Mahkemece bu yöntemlerin teşvik edilmesi ve kolaylaştırılması dışında, doğrudan yönlendirme yapılamayacağı ifade edilmiştir²⁵⁵.

Temyiz Mahkemesi, gerçek anlamda gönülsüz olan tarafların mahkemece arabuluculuk yoluna zorlanması ile bir başarı elde edilemeyeceğine ve bunun ancak, tarafların üzerinde kalacak masrafları arttıracacağı, Mahkemece sağlanabilecek çözümü geciktireceği ve alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmasının muhtemel etkinliğine zarar vereceğine karar vermiştir.

Bununla birlikte, Londra Merkez İlk Derece Mahkemesi'nde 1 Nisan 2004 – 31 Mart 2005 tarihleri arasında uygulanan pilot program çerçevesinde, mahkemeye, tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümüne başvurmaları veya bunu reddediyorlar ise gerekçelendirmeleri talebini içeren, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluna refere etme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, taraflardan biri arabuluculuk yoluna başvurmayı reddeder ise, mahkeme hâkimi, buna karşın arabuluculuk toplantısı yapılmasına da karar verebilmektedir. Bu pilot çalışma ne yazık ki, tümüyle başarılı olamamıştır. Bununla ilgili çeşitli yorumlar yapılmasına karşın, temel yorum, uyuşmazlığın türü ve tarafların isteği gözetilmeksizin genel bir anlayışla verilen arabuluculuk yoluna başvurulması kararı ve hazırlıksız gerçekleşen bir arabuluculuk prosedürünün başarılı olma şansının çok düşük olduğudur²⁵⁶.

Mahkemeler bu konuda, bilgilendirme ve yönlendirme amacını aşar düzeyde müdahaleci bir tavır sergilediklerinde, prosedürün başarı şansı düşmektedir. Ancak Temyiz Mahkemesi, burada “kesinlikle gönülsüz olan taraf” kavramını dikkatle yorumlamakta, hâkimin uyuşmazlığın alternatif çözüm yönteminin uygulanmasına uygun nitelikte olduğuna kanaat getirmesi halinde, tarafların bu konudaki isteksizlik beyanını doğrudan kabul etmeyerek bu konuda tatmin edici bir açıklama getirilmesini talep edebileceğini düşünmektedir. Gerçekten de, bir taraf arabuluculuk yolunun uygulanmasında istekli iken, uyuşmazlığın çözümünde mahkeme dışı çözüm yöntemini uygulamakta gönülsüz olan, ancak sırf bu nedenle de masrafların kendisine yükletilmesini de istemeyen tarafın, alternatif çözüm yöntemini

²⁵⁵ **Herrberg Antje**, Perceptions of International Peace Mediation in EU, November 2008, (http://www.initiativeforpeacebuilding.eu/pdf/Needs_analysis.pdf) (erişim: 21.12.2009).

²⁵⁶ **UK Ministry of Justice**, Practice Direction –Pilot Scheme For Mediation In Central London County Court, (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_part26b.htm) (erişim: 21.12.2009).

uygulamaktan kaçınmasını tutarlı ve yargı organında irdelenip değerlendirilebilecek biçimde açıklamasının talep edilmesi mantıksız bir yaklaşım sayılamaz.

Öte yandan, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması halinde de, masraflar en temel uyuşmazlık noktasını oluşturabilmekte, esas uyuşmazlığın çözülmesine karşın, masraflar üzerinde görüşmelerin devam ettiği görülebilmektedir. Sigorta şirketlerinin bu husustaki masrafları karşılamamak üzere aldıkları tavır da etkili olmaktadır. Bu anlamda önerilen, arabuluculuk süreci öncesinde, gerek avukatların müvekkilleri ile, gerekse tarafların birbirleri ile, masrafların karşılanmasının şartları hususunda detaylı görüşerek karar almalarıdır²⁵⁷.

Temyiz Mahkemesi, her zaman, uyuşmazlıklar çerçevesinde taraflara yönelik olarak verdiği kararlar doğrultusunda hareket etmemektedir. Bu nedenle, tarafların arabuluculuk çözüm yoluna başvurmalarına karar verilmiş ise, tarafların bu konudaki taleplerinden bağımsız olarak, bu yola başvurulması gerektiği anlaşılmalıdır. Couwenebrgh v Valkova davasında olduğu gibi, Lewis v Barnett (2004) EWCA Civ 807 davasında da²⁵⁸, uzun zamandır devam etmekte olan bir uyuşmazlığın temyiz incelemesinin daha ileri bir tarihte devam etmesine karar verirken,

“ Taraflar, kendilerinin de bilincinde olduğu gibi, devam edecek bir dava süreci, mücadele ve masraflar karşısında, bugün gelinen noktayı memnuniyetle karşılamalıdır. Mahkeme arabuluculuk servisi bugünden itibaren kendileri için bir seçenektir ve kendilerini, aralarındaki olumsuz duygulara karşın, bu konuda kuvvetle desteklemekteyiz. Bu uyuşmazlığın arabuluculuk prosedürü ile çözümü, bu uzun süredir devam eden uyuşmazlık bakımından, mevcut duruma nazaran daha iyi, hiç olmazsa daha kötü olmayan bir yöntem olacaktır. Tarafların buna ilişkin beyanda bulunma hakları saklıdır. Mahkeme Kalemi, Mahkeme arabuluculuk servisi ile ilgili detaylı bilgiyi taraflara iletacaktır.

Taraflara, nedensiz ve mesnetsiz olarak bu prosedürü reddetmelerinin potansiyel sonuçları hakkında bilgi verilmiştir. Bunu akılda tutmak suretiyle, bu uzun süredir devam eden uyuşmazlığa ilişkin olarak daha fazla para ve duygusal kan

²⁵⁷ **Kallipetis Michel**, Costs of Mediation in the UK , from a mediator's viewpoint,(www.kallipetis.com) (erişim: 21.12.2009).

²⁵⁸ **Lewis v Barnett (2004) EWCA Civ 807**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/807.html>) (erişim: 21.12.2009).

kayıbı yaşanmasının önüne geçilerek konunun müzakere edilmesi imkanı doğacaktır. Bu nedenlerle, temyiz incelemesi ertelenmiştir.”

biçiminde, görüşünü açıklamıştır.

Bu duruma ilişkin olarak, kuvvetli teşvik ile arabuluculuk yoluna başvurmayı emretmek arasındaki farkın ne olduğu sorusu doğal olarak akla gelebilir.

Ticaret Mahkemesi, C v RHL (2005) EWHC 973 (Comm) davasında²⁵⁹ daha da ileri gitmiştir. Şöyle ki;

C, R aleyhine, bir hisse devri anlaşmasına ilişkin olarak, tahkim anlaşmasının ihlali ve Rusya’da prosedürlerin devam ettiği iddiası ile başka bir yerde dava açma yasağı talebi ile başvuruda bulunmuştur. C’nin talebi, kendisine, R’ye dolaylı olarak bağlı bir kuruluş tarafından Rus Hukukuna göre başlatılan prosedürler ve hisse devri anlaşmasının geçerli olması üzere yapılması zorunlu olan C ile R arasındaki işlemlerin, hileli ve muvazaalı olmaları nedeniyle geçersizliğine, bu nedenle Rus Hukuku ve kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin diğer iddialara dayanmaktadır.

Hisse devri anlaşması, Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Klozu’nu içermektedir ve tahkim yeri Londra olarak kararlaştırılmıştır. C, anlaşmanın R tarafından haksız olarak inkar edilmesine dayalı olarak tahkim prosedürlerine başvurmuştur.

Taraflardan hiçbirinin, bu yönde talebi olmamasına karşın Hâkim,

“ İşlem temelini çökmesi durumu ve uyumsuzluğun temelini oluşturan hususların büyük ölçüde başvurunun işleme alınması zamanında doğmuş olması ve yan talepleri de içermesi, ilgili işlemlere ilişkin Rusya Mahkemesi nezdinde de olmak üzere, çeşitli prosedürlerin devam etmekte olması, R’nin hak sahibi ortakları ve bağlı şirketleri de dahil olmak üzere genel anlamda tarafların çıkarları dikkate alınarak, adaletin en iyi şekilde gerçekleştirilebileceği yol, dava ya da tahkim yoluna gidilmek suretiyle daha fazla masrafin doğması yerine, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması olarak görülmektedir.

²⁵⁹ C v RHL (2005) EWHC 973 (Comm), (<http://www.lawreports.org/newsletter/published/October2005.pdf>) (erişim: 21.12.2009).

Uyuşmazlığın ticari temele dayanması ve özelliği dikkate alındığında, bu uyuşmazlık bakımından, arabuluculuk çözüm yolunun, Uluslararası Ticaret Odası Hakemleri ya da Mahkemenin sağlayabileceğinin ötesinde bir ticari çözüm yolu sağlayabileceği düşünülmektedir.”

diyerek, başvuruyu ertelemiş ve taraflara arabulucu veya arabulucular heyeti tayin etmek ve prosedüre başlamak üzere 28 günlük süre vermiştir.

Halsey Kararı sonrasında ve bu kararın sonucu olarak, arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasının teşvik edilmesine ilişkin pek çok emsal karar oluşmuştur. 2005 tarihli Beyaz Kitap'ta, arabuluculuk çözüm yolunun Mahkemece teşvik edilmesine ilişkin olarak,

“Teşvik etme, üstün bir amacın söz konusu olduğu durumlar haricinde doğal bir durum olarak algılanmamalıdır. Bir denge gözetilmelidir. Alternatif çözüm yolunun teşviki, baştan savma olarak uygulanır ise, tarafların da bu prosedürleri gerçek anlamda ciddiye almamaları riski doğacak; teşvik sert bir üslup ile uygulandığında ise, tarafların prosedüre katılımının gerçek anlamda gönüllükten uzaklaşması durumu doğabilecektir.” denmiştir²⁶⁰.

Ticaret Mahkemesi Hâkimleri tarafından verilecek Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne başvurulması kararlarının,

➤ “Tarafların Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Teşvikinin En Güçlü Şekli” ni ifade eden, Deniz Hukuku ve Ticaret Mahkemeleri Yönetmeliği'nin 7 numaralı Ek'indeki formda belirtildiği şekilde ve tarafları zorlama noktasına gelmeyecek biçimde olacağı,

➤ Taraflardan, prosedürün yürütülmesi için tarafsız bir uzlaştırıcı ya da bir heyet belirlenebilmesi üzere, alternatif çözüm yöntemini yürütebilecek tarafsız kişiler için karşılıklı liste sunmalarının talep edileceği,

➤ Uyuşmazlık çözüme kavuşturulamadığı takdirde, taraflardan, (haklarını ihlal etmemek kaydı ile) Mahkemeyi, alternatif uyuşmazlık çözümü içerisinde

²⁶⁰ Cornes, s. 13 vd.

uygulanan adımlar ve bunların neden başarısızlıkla sonuçlandığı hususunda bilgi istenebileceği kararlaştırılmıştır.

Bu konuda daha sert ifadeler içeren Mahkeme düzenlemelerinin de mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Özellikle, mahkemece kabul edilen ve tıp alanında klinik kusurlardan kaynaklı davalarda kullanılan Ungley Kararı, bugün de geniş bir kullanım alanına sahiptir²⁶¹.

Buna göre, taraflar öncelikle, aralarındaki uyuşmazlığın alternatif çözüm yöntemi için uygun olup olmadığını gözönüne alacak, uygun olmadığına kanaat getirmeleri halinde ise, ilgili taraf, bu görüşü gerekçelendirmek ve dayanaklandırmak üzere karar duruşmasında hazır olacaktır. Hâkim alternatif uyuşmazlık çözümünü ilgili uyuşmazlık bakımından uygun görüyor ise, mahkeme masrafları ile ilgili değerlendirmede bu durumu gözetecektir. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözümünün uygun olmadığını düşünen taraf, duruşmadan en az 28 gün önce, Mahkemeye yazılı olarak bu hususu dayanaklandıran tanık beyanlarını bildirecektir.

Ungley Kararı, tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümü için uygun olup olmadığını düşünmeye ve irdelemeye itmesi ve Mahkemece haklı görülseler dahi bu yola başvurmayı reddetmelerine binaen, Mahkemece aleyhlerine masraflara hükmedilebileceğini saklı tutması bakımından başarılı bir düzenleme olmuştur. Ayrıca Mahkeme, bu düzenlemenin, haksız fiil, yaralama ve diğer tür davalarda da rutin olarak kullanılmaması için bir neden olmadığını belirtmiştir.

Taraflar, arabuluculuk yoluna başvurmakta anlaşmakta, fakat arabulucu konusunda anlaşamamakta ise, Mahkeme arabulucuyu tayin edebilir ve talep halinde sürece dahil olabilir. Al-Khatib v Masry davasında hâkim,

“ Bu tür zor bir aile hukuku davasında, sürecin Mahkeme gözetiminde ilerlemesi hayati önem taşımaktadır. Mahkemenin süreci yönlendirmesi ile sürecin başlaması kolaylaşmıştır. Bu gibi davalarda, arabulucunun seçiminin Mahkemece yapılması, oluşan krizin en iyi şekilde çözülebilmesini sağlayacaktır.”

²⁶¹ **Clark Louis**, Mediation and Costs – The Present Position, (www.pla.org.uk/data/assets/word_doc/0007/.../Dec05article.doc) (erişim: 21.12.2009).

Bu dava, Temyiz Mahkemesinde görülen bir aile hukuku davası olmakla birlikte, bu kural Ticaret Mahkemesi'nce de benimsenmiş ve uygulanmıştır.

Al-Khatib davasında, Temyiz Mahkemesi, erkek eşe sınırlı temyiz hakkı tanımış, Mahkeme gözetiminde arabuluculuk yolunun uygulanması için girişimde bulunmaya davet etmiştir. Bununla birlikte, bu hususta süregelen bir uygulama olmadığından, taraflar ticari alanda uzman ve aile hukuku alanında yetkinliği olmayan bir arabulucu önermişler, bu da sürecin tıkanmasına neden olmuştur. Bu aşamada, hâkim bu işin sorumluluğunu üstlenerek, arabulucuların Mahkeme Kararı ile atanmaları sağlanmış ve süreç, erkek eşin yararına olacak şekilde bir anlaşma ile sonuçlanmıştır.

Halsey Kararında Mahkeme, Usûl Hukuku Kurallarınının 44. maddesine atıf yapmıştır.

Madde 44.3(2), mahkemenin, yargılama giderleri ile ilgili hüküm kurarken, giderlerin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesine karar vereceğini, ancak Mahkemenin farklı şekilde de hüküm kurabileceğini belirtmektedir.

Aynı maddenin 4. bendinde, mahkemenin, yargılama giderleri ile ilgili karar verirken, tüm koşulları ve tarafların tutumlarını dikkate alacağı düzenlenmiştir. 5. bentte ise, tarafların tutumları kavramının, yargılama öncesinde ve yargılama sırasında yürütülen prosedürleri ve özellikle konu ile ilgili ön anlaşmaları kapsadığı ifade edilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurmayı reddeden tarafın, davada haklı olsa dahi, yargılama giderlerinin bir kısmına ya da tamamına mahkum edilebilmesi, genel usul hukuku kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Bu nedenle bu durumun gerekçelendirilmesi gerekir ki, bu da haklı tarafın, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini dayanaksız olarak reddettiğinin açıklanması ve mahkemece bu hususların gereği gibi irdelenmesi ile olacaktır. Bu irdeleme ve araştırma, mahkeme için yorucu ve güç bir süreç olup, kesin bir kanaat oluşturacak bir dayanak noktası bulunması zordur. Burada, Mahkemenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu ve tarafları ve temsil eden hukukçuların, salt davanın kazanılmış olması temeline dayanmayan, kapsamlı ve tam bir açıklama sunmaya hazır olmaları gerektiği belirtilmelidir.

Temyiz Mahkemesi tarafından gözetilmesi gerektiği belirtilen temel hususlar şunlardır²⁶²:

- Uyuşmazlığın türü
- Davada ileri sürülen iddialar
- Diğer anlaşma yollarının uygulanmış olduğuna dair açıklamalar
- Arabuluculuk yolunun nispeten daha masraflı olabilmesi
- Arabuluculuk yoluna başvurulmasının geciktirici etkisi
- Arabuluculuk çözüm yolunun başarı sağlamayacağına öngörülmesi.

Hukukî anlamdaki tüm bu gelişmeler önemli olmakla birlikte, uygulanan araştırma çalışmaları ve raporlar, alternatif çözüm mekanizmalarının ne derece uygulanmakta olduğu ve ne derece başarılı olduğu bakımından önemli referansları oluşturmaktadır. Prof. Hazel Genn, 1997 yılında hazırladığı Bloomsberry Merkez Mahkemesi Pilot Programına ilişkin araştırma raporunda, arabuluculuk çözüm yolu ve uygulaması hakkında, az sayıda kişinin ve hukukçunun bilgi sahibi olduğunu, ayrıca bu prosedürlere karşı tutum ve düşüncelerin varlığının da sorgulanması gerektiğini ifade etmiştir²⁶³. Bununla birlikte, Ulusal Tüketici Konseyi'nin 1995 tarihli araştırmasında, ciddi hukuksal problemlerle karşılaşan kişilerden ¾'ünün, yargısal prosedürlere başvurma neticesinde, tatmin olmadığı, bu kişilerin %77'sinin sistemin yavaşlığından, %74'ünün karmaşıklığından ve %73'ünün ihtiyaçları karşılamaktan uzak ve günün gerisinde kalmış olduğunu belirttiği ortaya çıkmıştır²⁶⁴.

Lord Woolf Raporu ve Usûl Hukuku Kurallarının yayımlanmasından sonra, Ağustos 1999 itibariyle, mahkemelere başvuru oranında, bir önceki yıla nazaran %25 azalma tespit edilmiştir. Yapılan çeşitli araştırmalar arasında, 2000 tarihi itibariyle

²⁶² **Kallipetis**, (Commercial).

²⁶³ **Genn Hazel**, Court-Based ADR Initiatives For Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court And The Court Of Appeal, University College London, (www.adr.civiljusticecouncil.gov.uk/.../Research_reports_-_Genn_2002_Summary.doc) (erişim: 21.12.2009).

²⁶⁴ **Hutchinson Brian**, Online Dispute Resolution and the Future of ADR: Lessons Learned from ECODIR The Electronic Consumer Dispute Resolution Project, (cec.consumoinc.es/cec/secciones/.../Madrid/.../Hutchinson_Brian.pps) (erişim: 21.12.2009).

ortaya çıkan sonuç, arabuluculuk ve alternatif çözüm yöntemleri uygulamasında belli düzeyde artışın gerçekleştiğini ortaya koymuştur²⁶⁵.

Öte yandan, Adalet Bakanlığı'nca, 1999 tarihli yargı reformunun uygulamaya yansımalarına ilişkin olarak, 2003 ve 2004 yıllarında bir araştırma çalışması yapılmıştır. Bu kapsamında, sivil yargıda dava sayısında azalma olduğu ve davaların büyük çoğunlukla uzlaşma ile sonuçlandığı tespit edilmiş, ancak bu durumun yargı reformu etkisi ile oluştuğu, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uygulanmasında belirgin bir artışın tespit edilmediği ifade edilmiştir²⁶⁶.

Yine Adalet Bakanlığı'nca 2006 yılında yayınlanan ve küçük çaplı uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm mekanizmalarının geliştirilmesi amacı ile Manchester, Exeter ve Reading olmak üzere üç ayrı bölgede Haziran 2005 – Mayıs 2006 arasında uygulanan pilot çalışma kapsamında da çarpıcı sonuçlar ortaya çıkmıştır²⁶⁷.

Exeter'deki uygulamada, arabulucular deneyimli avukatlar arasından tayin edilmiş ve süreç, Mahkeme yönlendirmesi ile 30 dakikalık arabuluculuk görüşmeleri şeklinde gerçekleşmiştir. Bu uygulama kapsamında, davaların % 44'ünün Mahkemece arabuluculuğa yönlendirildiği ve bu davaların % 62'sinin arabuluculuk sürecine girdiği tespit edilmiştir. Arabuluculuk sürecine giren uyuşmazlıkların % 69'unda taraflar arasında anlaşma sağlanmıştır. Bu süreçler sonrasında icrai prosedürlere başvurulması durumu, % 4 gibi çok düşük bir oranda gerçekleşmiştir²⁶⁸.

Manchester uygulamasında, Mahkeme bünyesinde tam zamanlı çalışan ve arabuluculuğun ne olduğu, sürecin ne şekilde işlediği hususunda tarafları bilgilendiren, ücretsiz olarak taraflarla 1 saat süreli yüzyüze arabuluculuk seansları düzenleyen bir uzman arabulucu görevlendirilmiştir. Uygulamanın son zamanlarında bu hizmetler, mahkemeye ulaşma bakımından problem yaşayan taraflara telefonla arabuluculuk hizmeti sağlanması biçiminde genişletilmiş ve oldukça popüler olduğu

²⁶⁵ **UK Department For Constitutional Affairs**, An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms, (<http://www.dca.gov.uk/civil/emerger/emerger.htm>) (erişim: 21.12.2009).

²⁶⁶ **UK Department for Constitutional Affairs**, The Management of Civil Cases : the courts and post-Woolf landscape, (http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005_full.pdf) (erişim: 21.12.2009).

²⁶⁷ **Advice Services Alliance**, ADR Briefing : Recent Developments in Alternative Dispute Resolution, Update No. 20, Jan 2007, (<http://www.asauk.org/fileLibrary/pdf/adr20.pdf>) (erişim: 21.12.2009).

²⁶⁸ **Prince Sue/ Belcher Sophie**, An evaluation of the small claims dispute resolution pilot at Exeter County Court, September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-exeter-full.pdf) (erişim: 21.12.2009).

görülmüştür. Bu uygulama kapsamında da, uyuşmazlıkların % 27'si Mahkemece uzman arabulucuya yönlendirilmiş, bu davaların %41'i yüzyüze yahut telefon aracılığı ile arabuluculuk sürecine girmiştir. Arabuluculuk sürecine giren uyuşmazlıkların % 86'sı anlaşma ile sonuçlanmıştır. Arabuluculuk sürecinin neticelenmesi sonrasında, icrai prosedürlere konu olma oranı, oldukça düşük olarak gerçekleşmiştir²⁶⁹.

Reading'teki uygulama, daha ziyade mahkeme önünde temsil edilme imkânı bulunmayan taraflara, sürecin işleyişi hususunda bilgi verme ve öneride bulunma, ikincil olarak da uzlaşma görüşmeleri bakımından destek verme temelinde gerçekleşmiş, devamlı olmamıştır²⁷⁰.

İngiltere'de kâr amacı gütmeyen organizasyonlardan oluşan ve hukuksal konularda danışmanlık hizmetleri veren ve çok sayıda kurum ve kuruluşun üyesi bulunduğu Advice Services Alliance (Danışmanlık Hizmetleri Birliği)²⁷¹ tarafından, yukarıda açıkladığımız pilot çalışmalara dair şu görüş ve eleştiriler ifade edilmiştir :

- Bu çalışmalar kapsamında olumlu sayılabilecek tabloların ortaya çıkmasına karşın, esasen davaların küçük bir bölümünün alternatif çözüm mekanizmalarına konu olmuş, bunlar dışında mahkemeler nezdinde yürüyen davaların önemli bir kısmında da, dava tarafların sulh olması ya da başvurularını geri çekmeleri ile sonuçlanmış, neticeten zaman ve para tasarrufu bakımından verimli bir karşılaştırma yapmak çok da mümkün olamamıştır.

- Davacılarca, arabuluculuk süreçleri içerisinde, mahkeme sürecine nazaran, talep edilen sonuçların daha azı kabul görmüş ve davacı yanlarca, elde edilen sonuçlar tatmin edici bulunmamıştır.

- Bir kısım taraflar arabulucuya bağlı olarak, bir kısım taraflar da zamanın kısıtlı olması sebebine dayalı olarak, kendilerini anlaşma hususunda baskı altında hissetmişlerdir.

²⁶⁹ **Doyle Margaret**, Evaluation of the small claims mediation service at Manchester County Court, September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-manchester.pdf) (erişim: 21.12.2009).

²⁷⁰ **Craigforth**, Evaluation of the small claims support service pilot at Reading County Court, , September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-reading.pdf) (erişim: 21.12.2009).

²⁷¹ **Advice Services Alliance**, (http://www.asauk.org.uk/go/Section_1.html) (erişim: 21.12.2009).

- Daha önce mahkeme önünde deneyimi olmayan taraflar, bu husustaki endişeleri nedeniyle, alternatif çözüm yoluna ılımlı bakmaktadırlar.

- Alternatif çözüm mekanizmalarının, mahkeme süreçlerine nazaran önemli bir avantajı, mahkeme süreçlerinin sağlayamadığı biçimde esnek çözüm alternatiflerini getirmeleri olmakla birlikte, gerçekte oldukça az sayıda alternatif çözüm süreci, Mahkemece hükmedilmesi mümkün olmayan farklı bir sonuçla neticelenmiştir. Keza tarafların da, iki tarafın da kazandığı bir sonuçtan ziyade bir pazarlık ve ödün verme temeline dayalı hareket ettikleri görülmüştür.

- Bu süreçlerin taraflar bakımından gerçekten adaletli sonuçlar doğurduğu hususunda şüpheler mevcuttur.

- Halsey Kararı'nda da vurgulanmış olan ve alternatif çözüm yöntemlerinin temel özelliğini teşkil eden, bu süreçlerin tamamıyla gönüllü oluşu hususunda, prosedüre taraf olanlar nezdinde bilgi boşluğu göze çarpmaktadır. Tarafların 2/3 gibi bir oranda, arabuluculuğa yönlendirmeyi kabul etmek dışında başka seçeneklerinin olmadığını ya da bu nedenle durumun aleyhlerine döneceğini düşündükleri tespit edilmiştir.

- Yine arabuluculuk sürecinin temel unsurlarından olan, arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda soru işaretleri ortaya çıkmıştır. Araştırmacılarca, arabulucuların kimi zaman avukat gibi hareket etme eğiliminde olup tarafları yönlendirmeye çalışabildikleri, keza aynı güdüyle, uyuşmazlığın mutlaka anlaşma ile sonuçlanması hususunda arabulucular arasında rekabetçi bir ortamın oluştuğu gözlenmiştir. Taraflar nezdinde de, arabulucunun amacının tarafların anlaşmasını temin etmek olduğu yönünde bir düşüncenin oluşmasının, arabulucunun bağımsızlığını zedeleyebileceği ifade edilmektedir.

- Arabulucunun dava konusu hakkındaki bilgisizliğinin, hukuki anlamda doğru bir analiz yapabilmekten uzak olmasının ve nihayet prosedür sonuçlarının denetimine dair taraflar nezdindeki bilgisizlik ile birlikte ortaya çıkan denetimsizliğin adaletsiz sonuçların oluşmasına neden olacağı endişesi dile getirilmiştir.

- Genel olarak, bu prosedürlerin taraflara daha fazla bilgi sağlamasının, neyi neden tercih edebilecekleri ya da etmeyecekleri ve sonuçları hakkında bilgi verilmesinin, daha şeffaf ve sorumluluk içeren bir sistemin verimliliği ve işlevselliği arttıracığı, öte yandan prosedürel maliyetleri de yukarıya çıkaracağı ve küçük çaplı

uyuşmazlıklar bakımından bu prosedürlerin parasal avantajının ortadan kalkabileceği belirtilmiştir²⁷².

Simmons & Simmons Hukuk Bürosunca yapılan 2005 tarihli bir anket²⁷³ çalışmasında ise, birbirleri arasında toplam 65 arabuluculuk sürecinde yer alan katılımcıların, % 70'inin, uyuşmazlıkların arabuluculuk süreci içinde ya da sürecin tamamlanmasından kısa bir süre sonra çözüldüğünü belirttikleri, arabuluculuk çözüm yoluna genel anlamda bakışın % 60 oranında olumlu olduğu, arabuluculuk sürecinin % 80 oranında her türlü uyuşmazlık bakımından uygun görüldüğü, bir arabuluculuk merkezine başvuranların katılımcıların % 50'si oranında olduğu, arabuluculuk merkezine başvurmuş olanların ise bunu % 80 oranında yararlı buldukları görülmüştür. Ne tür bir arabulucuya ihtiyaç duyulduğu hakkındaki soruya gelen yanıtlar, iki tarafın da çıkarlarını gözeten ve dar olmayan çok seçenekli bir bakışla değerlendirme yapabilen biri; değerlendirmeci yaklaşımı benimseyen biri; bilgili ve deneyimli biri; anlaşma olmaması haline hazırlıklı biri; güçlü ve sağlam, aynı zamanda, samimi, ulaşılabilir, soğukkanlı biri; gerçek konulara nokta atışı yapabilen biri ve pozitif, ticari anlamda pratik ve uygulamaya dönük biri biçiminde olmuştur²⁷⁴.

Arabulucular yönünden ise şu sonuçlara ulaşılmıştır :

➤ Deneyimsiz ya da orta düzeyde deneyimli arabulucular, yılda 4 civarında ya da daha az arabuluculuk sürecinde görev aldıklarını belirtirken, deneyimli olduklarını ifade edenler, yıldan 10'dan fazla arabuluculuk süreci yönettiklerini belirtmektedirler.

➤ Katılımcıların % 17'si tam zamanlı arabuluculuk görevi yaptıklarını belirtmiştir.

²⁷² **Advice Services Alliance**, Small Claims Big Questions, (www.asauk.org.uk/go/MiscPage_62.html) (erişim: 21.12.2009).

²⁷³ **Simmons & Simmons Law Office**, Mediation Survey, 2005,(www.simmons-simmons.com) (erişim: 21.12.2009).

²⁷⁴ **Simmons & Simmons Law Office**, (Survey).

- Katılımcılar arasında avukatların % 42'sinin bayan olmasına karşın, deneyimli arabulucuların yalnızca % 17'sinin bayan olduğu tespit edilmiştir.
- Ortalama yaş, bayanlarda 47, erkeklerde 52'dir.
- Arabulucuların eğitim aldıkları kurumlar arasında % 84 gibi bir oranla CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution) ön plana çıkmaktadır.
- Katılımcıların büyük çoğunluğu, bir merkez aracılığından daha çok doğrudan görevlendirme ile görev aldıklarını belirtmişlerdir.
- Arabuluculuk prosedürüne havale edilen yıllık ortalama uyuşmazlık sayısı 2.500 – 2.700 arasında tespit edilmiştir.
- Bu çalışma kapsamında ilk kez ücretler üzerinde de araştırma yapılmış, ücretlerin, orta düzeydeki arabulucular arasında ortalama 1.275 sterlin, deneyimli arabulucular arasında 2.196 sterlin olduğu, en yüksek düzeyde ise, katılımcı olan 12 kişice günlük 4.000 sterlin olarak belirtildiği görülmektedir.
- Uyuşmazlıkların % 73 oranında aynı günde, % 20 oranında kısa bir süre içerisinde çözüldüğü ifade edilmiştir.
- Çalışmaya katılan arabulucularca uyuşmazlıkların çözülmesine etki eden hususlar şöyle sıralanmıştır :

- Arabulucu tarafından geliştirilen yaratıcı problem çözümleri
- Arabulucu tarafından yapılan doğrulama testi
- Arabulucunun müzakere yetileri
- Arabulucunun iyi hazırlanmış olması
- Tarafların iyi hazırlanmış olması

➤ Doğmuş ve doğacak maddî zararlar, tarafları uzlaşmaya iten en önemli etkenler arasında sayılmıştır.

➤ Uzlaşmanın oluşmaması ile ilgili ise, hukuki danışmanların tavrı, tarafların gerçekçi olmayan beklentileri eşit oranda etken olarak belirtilmiştir.

➤ Hukukçuların % 58'inin iyi ve çok iyi performans sergilediği, % 23'ünün performansının tatmin edici olduğu, % 19'unun tatmin edici düzeyin altında performans gösterdiği,

- Tarafların bakımından ise bu oranların sırası ile, % 59, % 24 ve % 17 olduğu görülmüştür.
- Arabulucuların % 67,5'i mahkeme yönlendirmeli arabuluculuğun daha etkili olduğu ve daha fazla geliştirilmesini savunmuştur.
- Sürecin zorunlu hale getirilmesi, yalnızca % 38 tarafından desteklenmektedir.
- Her Mahkemenin bir arabuluculuk programı olması % 83 gibi bir çoğunlukça desteklenmektedir.
- Mahkemece yargılama giderleri anlamında daha katı bir uygulamanın oluşturulması, % 65 oranında destek görmektedir.
- Arabulucu anlamında yeknesak ve standart bir eğitimin oluşturulması gerektiği düşüncesini destekleyenler, % 62'dir. Mesleki anlamda profesyonel kural ve standartları belirleyecek ve arabulucular aleyhine şikayetleri inceleyerek karar verecek bir düzenleyici kurum oluşturmasını % 71 desteklemektedir.
- Arabuluculuk kariyerini devam ettirmek ve geliştirmek isteyenlerin de genel içerisinde çoğunluğu oluşturduğu tespit edilmiştir. Buna karşın, bunun önündeki engeller de, pazarın koşulları (arbuluculuk hizmetlerine olan talebin azlığı) ve kişisel nedenler olarak sıralanmıştır²⁷⁵.

Bu çalışma sonucunda özetle, arabuluculuğa başvurularda artma olmakla birlikte henüz istenen düzeyin yakalanamadığı, bir kısım az sayıdaki arabulucunun hakim konumda ve sağlıklı koşullarda bu görevi yerine getirdikleri ancak diğer çoğunluğun mevcut işlerinin yanı sıra ve yarım zamanlı olarak bu görevleri yürüttüğü, hukukçularca, gerek müvekkillerini yönlendirme, gerekse, süreç içerisinde daha deneyimli olma anlamında yapılabilecek çok şeyin olduğu ortaya konmuştur.

Konu ile ilgili en yakın tarihli araştırma çalışması, İrlanda Ticari Arabuluculuk Kurumu (ICMA – Irish Commercial Mediation Association) tarafından 2009 yılında, avukatlar, muhasebe uzmanları, inşaat sektöründen profesyoneller vb. 3.500 kişiden oluşan bir kitle üzerinde, ticari uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk kurumunun bilinirliği üzerine yapılmıştır. Bu kapsamdaki tespitlere bakıldığında,

²⁷⁵ Simmons & Simmons Law Office, (Survey).

- Katılımcıların % 97 oranında arabuluculuk kurumundan bilgi sahibi oldukları,
- Temel bilgi kaynaklarının medya, eğitim programları ve doğrudan pratiğe dönük çalışmalardan oluştuğu,
- Ticaret Mahkemesi uygulamalarının bilinirlik artışına % 71 gibi oranda katkıda bulunduğu,
- Katılımcıların % 35 oranında müvekkillerini arabuluculuğa yönlendirdiği, % 28'inin arabuluculuk sürecinde müvekkillerini temsil ettikleri ve % 19'unun da müvekkillerine belli arabulucuları önerdiği,
- Arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması neticesinde başarı oranının %80 düzeyinde olduğu,
- Arabuluculuğun en yaygın olarak şirketler hukuku, inşaat hukuku ve aile hukuku ve iş hukuku alanlarında uygulandığı,
- Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında arabuluculuğun tercih sırasında birinci sırada bulunduğu,
- Arabuluculuk ile ilgili öncelikli tercih nedenlerinin zaman ve para tasarrufu olduğu, iş ilişkilerinin muhafaza edilmesi, süreç üzerinde kontrol ve gönüllülük kistaslarının da tercih nedeni olarak yer aldığı,
- Negatif geri bildirimlerin, temel olarak uyuşmazlıkla ilgili stratejilerin açığa vurulması düşüncesi, hâkim önünde daha güvenli hissetme eğilimi, tayin edilen arabulucudan memnun olmama, bilgi edinme hususunda harcanan ekstra efor vb. nedenlere dayandığının ifade edildiği görülmektedir.²⁷⁶

Neticeten, uyuşmazlığa taraf olan kişilerin ve hukukçuların arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yöntemleri hakkında bilgi ve deneyimleri geçen yıllar içerisinde önemli ölçüde artmış ve bu prosedürler hatrı sayılır oranlarda uygulanır olmuştur. Bununla beraber, gerek arabulucuların nitelikleri ve uzmanlaşması, gerek uyuşmazlığa taraf olan kişilerin alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin bilgilerinin artırılması ve prosedürel anlamda tam bir şeffaflık ve sorumluluk sisteminin yerleştirilmesi anlamında çalışmaların devam etmesi gerekliliği açıktır. Gerek bu

²⁷⁶ ICMA, Survey Presentation 2009, (http://www.icma.ie/news_and_events/commercial_mediation_awareness_survey_2009.397.496.news.html) (erişim: 21.12.2009).

alandaki çalışan uzmanlar, gerek avukatlar ve gerekse tarafların, uyuşmazlığın çözümüne dair ne gibi bir süreç içerisinde olduklarını ve neler yapabileceklerini, hak ve yükümlülüklerini tam anlamıyla bilmeleri ve sürece hakim olmaları, arabuluculuk kurumunun profesyonelleşmesi ve kurumsallaşması bakımından şüphesiz hayati öneme sahiptir.

II. AB HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA DAİR DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği'nin temel amaç ve hedefleri içerisinde yer alan, üye devletler arasındaki hukuki uyumlaştırma, adli konularda işbirliği, Ortak Pazar ve Ticaretin gelişmesi gibi konu başlıklarına ve bunlara ilişkin öteden beri kabul edilen prensiplere bakıldığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile amaçlanan hususların, Birliğin temel amaç ve hedefleri ile de doğrudan ilgili ve uyumlu olduğu açıktır. Birliğin kapsadığı geniş coğrafi alan ve birbirinden farklı yargı sistemine sahip üye devletlerin varlığı da, doğal olarak, Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına olan ihtiyacı doğurmuştur. Bu doğrultuda Birliğin, öteden beri, Mahkemelerdeki aşırı iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözümüne ilişkin çalışmaların temellerini attığı ve bugün bu çalışmaların, hukuki ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk usulünün, üye devletlerin iç hukuklarında yerleştirilmesi ve asgari prensipler üzerinde yeknesak olarak uygulanabilmesi noktasına gelindiği görülmektedir. Bu hususta, alternatif çözüm yollarının Avrupa Birliği düzeyindeki gelişimine ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmak sureti ile bu bölümde, arabuluculuk çözüm yolunun Birlik düzeyinde gelişimine temel teşkil eden mevzuatı, ayrıntısı ile inceleyeceğiz.

A. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, “Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Önlenmesi ve Azaltılmasıyla İlgili Tedbirler” Hakkındaki R (86) 12 Sayılı Tavsiye Kararı²⁷⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 16 Eylül 1986 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.1 maddesinde düzenlenen, makul sürede yargılanma hakkını temel alarak,

- Mahkemelerin önünde giderek artan iş yükünü,
- Hâkimlerin yargılama faaliyeti dışında üstlenmek durumunda kaldıkları işleri ve bu nedenle oluşan aşırı iş yükünü,
- Davaların Mahkemeler arasında dengeli dağıtımı ve insan gücünün en verimli şekilde kullanılması gereğini,

Böylelikle adaletin en verimli şekilde yerine getirilmesi üst amacını gözeterek, üye devletleri yargı sistemlerinde bu sorunların önüne geçilmesini sağlayacak çalışmalarını yapmaya davet etmiştir.

Öngörülen bu bir dizi önlemler şöyle sıralanmıştır :

- Uyuşmazlığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde, uyuşmazlıkların Mahkeme dışında veya yargısal süreçler devam etmekte iken, dostça çözümünün teşvik edilmesi,
 - Yargısal süreçlerin başlamasından önce ya da süreç içerisinde, uzlaşma prosedürlerinin uygulanmasının teşvik edilmesi,
 - Yargıcı, birincil görevlerinden biri olarak, yargısal süreçlerin uygun aşamalarında, tarafları, dostça çözüm mekanizmalarını uygulamaya teşvik etmekle görevlendirmek,

²⁷⁷ **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level, (http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim: 21.12.2009).

➤ Avukatların, uyuşmazlığı yargısal prosedürlere taşımadan önce ya da bu prosedürlerin uygun aşamalarında, karşı tarafla dostça çözüm ve uzlaşma yollarını aramalarının, bir etik kural olarak düzenlenmesi ya da bu kuralları uygulamaya yetkili kurumlarca kabul edilmesinin sağlanması,

- Hâkimlerin, yargılama dışı görev ve sorumluluklarının, bunların başka kişi ya da kurumlara yükletilmesi suretiyle azaltılması,
- Hukukun belli alanlarında, tarafların takdiri ve tasarrufunda olmak üzere, küçük boyutlu uyuşmazlıkları çözmek üzere kurumlar ve düzenlemeler oluşturulması,
- Uygun araçlar kullanılmak suretiyle, niteliği itibarıyla uygun olan uyuşmazlıklar bakımından, tahkim yoluna başvurulmasının kolaylaştırılması ve bu çözüm yolunun işlevi ve verimliliğinin artırılması,
- Henüz oluşturulmamış ise, yargı sisteminde, ilk derece Mahkemesinde, uygun nitelikteki uyuşmazlıkların tek hâkim ile çözümünün sağlanması,
- Mahkemelerin iş yükünün ve Mahkemeler arası iş yükü dağılımının belli aralıklarla gözden geçirilmesi ve verimli şekilde dağıtımının sağlanması,
- Yargı süreçleri ile ilgili sigorta mekanizmasının, Mahkemelerin artan iş yüküne etkilerinin değerlendirilmesi ve özellikle bu sistemin asılsız davaların Mahkeme önüne gelmesine etkisinin sorgulanması.

Tavsiye Kararında, hâkimlerin üstlenmek durumunda kalabildikleri ve yargıda iş yükünün artması ve verimsizlik sonucunu doğuran yargı dışı görevler, ek bir metin içerisinde başlıklar halinde sıralanmış olup, bunlar arasında, evlenme akdi ile ilgili görevler, aile malları ile ilgili anlaşmaların tasdiki, evlenmeye izin verme, eşlerden birini diğeri yerine temsilci atama, soyadı değişikliği, babalığın tasdiki, kanuni ehliyeti bulunmayanların mallarının idaresi ile ilgili işlemler, gaipler ya da ehliyetsizler için kanunî temsilci atanması, bir taşınmazın edinilmesinin onaylanmasına dair işlemler, ticari defterlerin denetimine ilişkin işlemler, ticari tescil işlemleri, ticari faaliyetlerin yürütülebilmesi için gerekli izinlerin verilmesi, seçimler ya da referandum sürecindeki yargısal müdahale, yargıcın ilgili komitenin

bağımsızlığı ve tarafsızlığının güvencesi olarak, başkan ya da üye pozisyonunda mutlaka bulunması gereken komiteler içerisinde görevlendirilmesi, vergi tahsili ve gümrük işlemleri, yargısal giderlerin tahsili, noter sıfatı ile yürütülen işlemler, murisin mallarının muhafazası ile ilgili iş ve işlemler, medeni durum belgeleri ve kayıtları ile ilgili iş ve işlemler, tapu kayıtları ile kontrol ve denetime dayalı iş ve işlemler, kanunda düzenlenmesine binaen hakemlerin atanmasına dair işlemler sayılmıştır.

B. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı²⁷⁸

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 18 Eylül 2002 tarihinde, alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili çalışmaların bir diğer önemli aşamasını oluşturan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Tavsiye Kararı” nı yayınlamıştır.

Kararın dayanağını oluşturan temel hususlar, yargısal prosedürlerin alternatifini oluşturan çözüm mekanizmalarının belli prosedürlere bağlanması ihtiyacı ve bu çerçevede arabuluculuk çözüm yolunun, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri sürecinde bir uzman desteği almaları ve kendi iradeleri ile bir anlaşma zemini yakalamalarını içeren, kendine has avantajları olmuştur. Aile hukuku uyuşmazlıklarında ve ceza hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk yolunun uygulanmasına dair tavsiye kararlarını da baz alarak ve Mahkemelerin alternatif çözüm yolunun uygulanmasının teşvikindeki önemli rolünü dikkate alarak, Komite, üye devletlere,

- Arabuluculuk çözüm yoluna işlerlik kazandırılması,
- Bu tavsiye kararı kapsamında belirtilen temel prensipler çerçevesinde, arabuluculuk çözüm yolunun verimli ve programlı bir şekilde uygulanmasını sağlayacak düzenlemeleri yapmalarını tavsiye etmiş,
- Birlik düzeyinde yapılacak daha kapsamlı kanunî düzenlemelerin temelini atmıştır.

²⁷⁸ **Euro Mediation**, Alternative Dispute Resolution at the European Community Level, (http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm) (erişim: 21.12.2009).

Tavsiye Kararında, arabuluculuğun tanımı yapılmış, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek ve bir anlaşmaya varmak üzere, bir ya da daha fazla arabulucu yardımı ile yürütülen müzakere süreci olarak ifade edilmiştir. Tavsiye Kararı, ticaret hukuku, tüketici hukuku ya da iş hukuku bazlı vb. hukuki uyuşmazlıkları içermekte, idari ve cezai uyuşmazlıkları kapsam dışında bırakmaktadır. Keza, aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa dair R (98) 1 no'lu tavsiye kararı düzenlemeleri de saklı tutulmuştur.

Arbuluculuk prosedürünün düzenlenmesi ve şekli, üye devletlerin takdirinde olup, bu hizmetin özel sektör ya da kamu tarafından sağlanması hususunda üye devletler serbesttirler. Arabuluculuk faaliyeti, yargı prosedürü dışında ya da yargılama süreci içerisinde yürütülebilir. Taraflar bu yola başvurmaya karar verdiklerinde, yargı yolunun açık olmaya devam etmesi ve bu süreçteki haklarının da korunması gerektiği ifade edilmiştir. Burada hızlı ve verimli yürüyen bir alternatif çözüm mekanizması düzenlenir iken, süreler ve zamanaşımı ile ilgili de gerekli düzenlemelerin yapılmasında bir dengenin gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yine, arabuluculuk prosedürünün gereksiz bir gecikmeye neden olmaması ve bir geciktirici mekanizma olarak kullanılmasının önüne geçilmesi hususunda dikkat edilmelidir. Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, özellikle masraflar ve formallığı dikkate alınarak, yargılama faaliyeti için, alternatif çözüm mekanizmasına nazaran uygun olmadığı ya da taraflar arasında diyalog kurulmasının gerekli olduğu (komşuluk, akrabalık gibi durumlar ya da ticari ilişkinin devamının taraflarca istendiği durumlar olarak ifade edilebilir) hususlarda daha yararlı olabilecektir. Özellikle taraflardan birinin hukuki yararının özel olarak korunması gerektiği hallerde, arabuluculuk çözüm yolunun tamamen ya da kısmen masrafsız veya adli yardımdan yararlanmaya olanak verecek şekilde düzenlenmesi hususu dikkate alınmalıdır. Arabuluculuk çözüm yolu ile ilgili masrafların, uyuşmazlığın kapsamına nazaran makul ve oranlı olmasına, aynı zamanda arabulucu tarafından harcanan emek ve zamanı da karşılmasına özen gösterilmelidir.

Hangi hallerde arabuluculuk yoluna başvurulmasının, tarafların dava yoluna gitme haklarını sınırlandırabileceği, böyle bir düzenlemeye gerek duyulması halinde, açık olarak tanımlanmalıdır.

Arabulucu, tarafsız ve bağımsız olarak hareket etmeli, tarafların eşitliği ilkesine özen göstermelidir. Arabulucunun taraflara belli bir çözüm yolunu uygulamalarını empoze etme yetkisi yoktur.

Arabuluculuk sürecine ilişkin bilgi ve belgeler gizli olup, tarafların aksi yönde bir iradesi yahut bir hukuksal zorunluluk söz konusu olmadıkça, başka prosedürler içerisinde kullanılmamalıdır.

Nihayet arabuluculuk süreci, taraflara aralarındaki uyuşmazlığı yeterli düzeyde gözden geçirme imkanı ve bir başka çözüm yolunun uygulanabilmesi olanağını sağlamalıdır.

Üye devletler, arabulucuların, tayini, sorumlulukları, eğitimi ve nitelikleri ile ilgili gerekli düzenlemelerin yapılmasını ve standartların oluşturulmasını sağlamalıdır.

Tarafların uzlaşmaya varmaları halinde, uyuşmazlık konusu, kapsam ve varılan sonuçları açıkça belirlemek bakımından bunun yazılı olarak düzenlenmesi ve buna ilişkin geri bildirimler ve metnin oluşması için taraflara makul bir sürenin tanınması uygun olacaktır. Arabulucu, tarafları, aralarındaki anlaşmanın etkileri ve yürütülmesi sürecindeki aşamalara dair bilgilendirmeli, arabuluculuk sözleşmesi neticesi akdedilecek anlaşmalar kanuna ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

Üye devletler, arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasına dair bilgi ve belgeleri paylaşma açmalı, uygulamaya dair veriler, masraflar ve verimlilik de dahil olmak üzere değerlendirilmeli, bireylerin bu çözüm yolu ve süreçlerle ilgili bilgilere, iletişim araçları kanalıyla ulaşabilmelerini sağlamalı, yargısal prosedürlerin yürütümünde görev alan kişilerin de bu çözüm mekanizmaları hakkında bilgi sahibi olmalarını temin etmelidirler.

Uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde de arabuluculuk çözüm yolu teşvik edilmeli, bunun için gerekli mekanizmalar oluşturulmalı, bu hizmetlerin yürütümünde üye devletler arasında işbirliği sağlanmalıdır.

Tavsiye Kararı ile ilgili yorumlarda göze çarpan ve öze ilişkin önemli bir ifade, esasen arabuluculuk çözüm yolunun, tarafların ve genel anlamda toplumun ikili ilişkilerde yükümlülüklerinin bilincine varmaları ve irdelemeleri, bir yandan da uyuşmazlık ve dava meraklısı bir toplum yapısının önüne geçilebilmesi ve yargının iş yükünün azaltılması amacını güden bir sistem oluşudur. Bunun için de, bu çözüm

yolunu teşvik edici araçların bireyler, yargı prosedürü içerisinde görev alan kişiler ve Kurumlar nezdinde verimli şekilde kullanılması gerektiği belirtilmiştir ki bu da temel olarak, bu prosedürün ekonomik olarak da avantajlı olmasını ifade etmektedir. Pek çok usul hukuku sisteminde, uyuşmazlığın çapı dikkate alınmaksızın izlenmesi gerekli ve masraflı pek çok usuli işlem mevcut olup, arabuluculuk çözüm yolunun özellikle bu tür uyuşmazlıklar yönünden tercih edilen bir alternatif haline gelmesi amaçlanmaktadır.

C. Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Yeşil Kitap ve Beraberindeki Tartışmalar²⁷⁹

Avrupa Birliği'nin, Birlik düzeyinde bir mevzuatın kabulü sürecinde kullandığı önemli araçlardan biri olan ve ilgili alanda geniş bir çerçevede tartışma ve görüş belirtme ortamı sağlayan, böylece hazırlanacak mevzuatın, öncesinde kapsamlı olarak tartışılmasını temin eden “Yeşil Kitap” çalışmaları, alternatif uyuşmazlık çözümü ve özellikle arabuluculuk ile ilgili mevzuatın hazırlanması öncesinde de uygulanmış ve 19.04.2002 tarihli Yeşil Kitap'ta, alternatif çözüm yöntemlerine dair, üzerinde görüş bildirilmesi istenen bir dizi soru gündeme getirilmiştir²⁸⁰. Bu sorular ve bu sorulara farklı çevrelerden verilen yanıtlar (Komisyon bu süreçte Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi de dahil olmak üzere, konu ile ilgili çeşitli kurum, oluşum, ve bireylerden 160'tan fazla yanıt almıştır), konunun mevzuata dönüşmeden önceki tartışma sürecini ve farklı yaklaşımları ortaya koymak bakımından önemlidir.

Çalışmamızın bu bölümünde, esasen hukukî ve ticarî konulara ilişkin alternatif çözüm yöntemleri uygulamasının tartışılmasını amaçlamış olan Yeşil Kitap, içeriğindeki sorulara verilen yanıtlar kapsamında, genel çerçevesi ile irdelenmeye çalışılmıştır.

Genel anlamda, Yeşil Kitap, vermek istediği ana mesaj (Alternatif çözüm mekanizmalarının uygulanabilir ve yararlı olduğunu ve yalnızca yargısal prosedürler

²⁷⁹ **EU Justice and Home Affairs Council**, Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, (http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_comments_en.pdf) (erişim: 21.12.2009).

²⁸⁰ **Erişir Evrim/Tekin Ceren**, Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usûller Üzerine Yeşil Kitap, MİHDER, 2008/1, s. 131 vd.

ile ilgili sorunların aşılması amaçlı olarak görülmemesi gerektiğini ifade etmesi) ve ortaya koyduğu bakış açısı (geniş tabanlı bir müzakere ve istişare süreci ile alternatif çözüm mekanizmalarının geliştirilmesi için uygulanacak yöntemlerin belirlenmesi gerekliliğini ortaya koyması) itibariyle olumlu karşılanmıştır.

Yine genel olarak bakıldığında, yapılan geri bildirimlerin çok farklı bakış açıları ya da durumlar ortaya koyduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, Yeşil Kitabın kapsama aldığı alan (medeni hukuk ve ticaret hukuku alanındaki uyuşmazlıklar) bakımından ve alternatif uyuşmazlık çözümü tanımlaması bakımından farklı bakış açıları ortaya konmuştur. Kapsama alanı ile ilgili belirlemeyi destekleyen görüşlerce, alternatif uyuşmazlık çözümünün farklı alanlardaki uygulamalarının benzer oluşu ve bir alanda yakalanan başarının diğer alanlara da olumlu etki edeceği ifade edilirken; bu yaklaşıma karşı çıkan görüşlerce, kapsamın genişlemesi ile, işe yarar ve bağlantılı geri bildirim alma imkanının kısıtlanacağı, bu nedenle çalışmanın belli bir alanla sınırlanmasının daha yararlı olacağı belirtilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili yapılan geniş tanımlama, terminolojik farklılıkların yaratabileceği sıkıntıların aşılması bakımından yararlı ise de, Yeşil Kitap'ta yer alan soruların bir kısmının bu alandaki tüm uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsarken, bir kısım soruların ise kapsamadığı görülmektedir. Yine alternatif çözüm mekanizmalarına başvurulmasının Mahkemece yönlendirilmesi ya da sözleşmesel olarak gerçekleşmesi hususunda bir kısım görüşler, bunun teorik bir tartışma olup, uygulamayı etkileyemeyeceğini ifade ederken, diğer bir grup bu konuda çeşitli sınıflandırmaların net olarak ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Bu sınıflandırmanın; alternatif çözüm mekanizmasına ne zaman başvurulabileceği (yargılama öncesi aşamada, yargılamanın başlamasından önce ya da temyiz aşamasında), alternatif çözüme başvurulmasına karar verecek mercii (kanun, taraflar, hâkim ya da bu konuda yetkilendirilmiş özel bir kurum), çözüm mekanizmasının kimin tarafından yürütüleceği (yargısal ya da yargı dışı bir mekanizma) ve mekanizmayı yürütmekle görevli kişi ya da kurumun ne şekilde yetkilendirileceği (formal bir kabul süreci ya da informal olarak) gibi dördü bir ayrımla yapılması önerilmiştir.

Yeşil Kitap kapsamında, yukarıda da belirttiğimiz üzere, konu ile ilgili görüş ve yorumları bir araya getirmek üzere bir dizi soru sorulmuş olup, sorular ve bunlara ilişkin yapılan geri bildirimleri şu şekilde özetleyebiliriz.

Soru 1 : Alternatif uyuşmazlık çözümü alanında Birlik düzeyindeki çalışmaların önünde sorun teşkil edebilecek hususlar var mıdır ? Varsa nelerdir ? Birlik düzeyinde bu alanda yapılacak çalışmalar ve bunların kapsamına ilişkin olarak, Birlik kurumlarınca izlenmesi gereken yol ve yöntemler sizce neler olmalıdır ?

Bu soruya ilişkin olarak çoğunluk, alternatif çözüm mekanizmalarının, genel anlamda mahkeme prosedürleri ile ilgili olan kişi ve kurumlarca yeterince bilinmediğini ifade etmiştir. Yine çok sayıda geri bildirim, üye devletlerin yargı süreçleri ile ilgili içinde buldukları durumların birbirinden farklı olduğunu ve özellikle yargılama süreçlerinin çok yavaş ilerlediği ve çok masraflı olduğu Birlik üye ülkelerinde bu sistemin öncelikle teşvikinin gerektiğini, bunun da başarılı uygulama paylaşımı, kanunî düzenlemeler, bu alandaki tecrübenin, araştırma çalışmalarının ve yararlı görülen aktivitelerin karşılıklı değişimi ile sağlanabileceğini ortaya koymuştur.

Avrupa düzeyinde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bilinirliğinin artırılması için, bilgi akışını arttırmak üzere var olan iletişim ağlarının kullanılması, üniversitelerin hukuk ve bağlantılı alanlarda yetişecek kişiler için eğitim programlarında bu mekanizmalar ile ilgili ders ve çalışmalara yer vermeleri ve nihayet Avrupa kapsamında konu ile ilgili bir enstitü ve internet sitesi hazırlanarak, araştırma, eğitim ve yaygınlaştırma çalışmalarının desteklenmesi gündeme getirilmiştir.

Sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından yargı dışı prosedürlerin teşviki de genel anlamda olumlu karşılanmış ve desteklenmiştir.

Komisyonun yaklaşımlarını dar kapsamlı bulan ve eleştirel bir bakış getiren bir kısım görüşler, bu alanda mevzuata dayalı düzenlemeler yoğun şekilde teşvik edilirken, sosyal ve kültürel yaklaşım ve direncin yeterince gözetilmediğini ifade etmişlerdir. Bu görüş sahiplerine göre, konunun gelişimin kritik bir aşamada oluşu,

öncelikle eğitsel faaliyetler düzeyinde desteklenmesini gerektirmektedir. Mevzuat bazında yapılacak yeni kanunî düzenlemeler ya da mevcut düzenlemeler re'sen getirilecek ekleme ve düzeltmeler, hedeflenen hususlar yönünden zayıf bir başlangıç oluşturacaktır. Yine alternatif uyuşmazlık çözümü üst başlığının, çeşitli alt bölümlere ayrılması ve bu sistemin gerektirdiği esneklik de kanunî düzenlemelerin ne derece başarı sağlayabileceğinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Özetle, bu hususta düzenleme getirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak, buna katı bir biçimde karşı çıkan bir grup ile, bu alanda üye devletler arası uyumlaşma ve uygulama birliğini sağlayacak minimum düzenlemeler yapılmasını destekleyen bir grup görüş ortaya konmuştur. Özellikle medeni hukuk uyuşmazlıkları alanında ve bu prosedürlerin yargılama aşamasından önce izlenmesi halinde büyük önem taşıyan gizlilik yükümlülüğü bağlamında, mevzuat uyumlaştırmasının sağlanması yararlı görülmüştür.

Alternatif çözüm mekanizmaları ile ilgili minimum düzeyde ve uyumlaştırmayı amaçlayan düzenlemeler konusunda, bir grup bunun bir tavsiye kararı şeklinde oluşturulmasını, diğer grup ise Birlik Direktifi biçiminde oluşturulmasını, böylece bağlantılı Birlik mevzuatında yapılacak değişikliklerle de desteklenebileceğini ifade etmiştir. Önce bir tavsiye kararının oluşturulması ve uygulamanın gözlenmesinden sonra, ihtiyaç duyulması halinde bir Direktifin gündeme gelebileceği de belirtilmiştir. Böylece Yeşil Kitap, alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili çalışmaların hukuksal temeli hususunda farklı görüş ve soruları gündeme getirmiştir. Ancak çoğunluk, mevzuat uyumlaştırması gerekli görülüyor ise bunun üye devletlerdeki hukukî yapı ve mekanizmaları gözetmesi gerektiği, yapılacak çalışmaların, halihazırda ulusal alanda gerçekleştirilmiş gelişmelerin gerisinde kalmaması, bununla birlikte tarafların sözleşme özgürlüğüne ve iradesine de hâlel getirmemesi gerektiğini ifade etmiştir.

Soru 2 : Alternatif uyuşmazlık çözümüne dair temel prensipleri belirleyecek Birlik düzenlemeleri, ilgili hukuk alanlarına göre ayrı ayrı mı düzenlenmeli, yoksa hukuki ve ticari uyuşmazlıkları genel anlamda çerçeve içine alacak şekilde mi oluşturulmalıdır ?

Bu konuda çoğunluk, yapılacak düzenlemelerin ilgili hukuk alanlarına ve keza alternatif uyuşmazlık çözümünün farklı türlerine göre ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği, bir çözüm yolunun tüm uyuşmazlıklar bakımından başarılı olamayacağını belirtmiştir. Diğer bir grup ise, bu mekanizmaların her alanda uygulanabilmesini ve gelişmesini sağlayıcı ve ilgili alanlardaki özel düzenlemelere adapte edilebilecek genel prensiplerin ortaya konmasının daha yararlı olacağını ifade etmiştir.

Soru 3 : Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin Birlik insiyatifi, Online (İnternet Ortamında) Uyuşmazlık Çözümü (inovasyona ve teknolojiye dayalı hızlı bir şekilde gelişmeye açık, yükselen bir alan olmasına binaen öne çıkmaktadır) ve klasik metodlar yönünden ayırım yapmalı mı, yoksa her ikisini de kapsayacak şekilde mi düzenlenmelidir ?

Bir grup, bu konuda bir değerlendirme için çok erken olduğunu savunurken, çoğunluk, online uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının, kendine has teknik özellikleri saklı kalmak ve ayrıca düzenlenmek kaydı ile, alternatif uyuşmazlık çözümü konusu ile birlikte değerlendirilmesi ve geliştirilmesi gerekliliğini savunmuştur.

Soru 4 : Aile Hukuku alanında alternatif çözüm yöntemleri uygulamasının geliştirilmesinde neler yapılmalıdır ?

Bu alanda Birlik düzeyindeki düzenlemelere karşı görüş bildiren bir grubun yanısıra; bu görüşü paylaşmayanlara göre, uluslararası düzeyde ve Birlik düzeyinde bu alanda alternatif uyuşmazlık çözümünü güçlü bir biçimde teşvik edecek ya da zorunlu hale getirecek düzenlemeler fayda sağlayacak olup, bu sistemlerin taraflar için masrafsız ve prosedüre devam etme zorunluluğu taşımayacak şekilde düzenlenmelidir. Yine Birlik düzeyinde, geçmiş uygulama ve tecrübelerle ilişkin olarak bilgi paylaşımı sağlayacak bir veritabanı oluşturulmalıdır.

Soru 5 : *Birlik üye devletleri arasında, alternatif uyuşmazlık çözümü hükümlerinin eş hukuki değerde uygulanabilmesini temin üzere mevzuat uyumlaştırması yapılmalı mıdır ?*

Soru 6 : *Soru 5'in cevabı evet ise, bu hükümler genel anlamda tüm kontratlar için mi geçerli kabul edilmeli, geçerlilikleri için belli sınırlamalar mı getirilmeli ya da sadece tüketiciler ile ilgili sözleşmeler bakımından mı geçerli kabul edilmelidir?*

Soru 7 : *Bu hükümlerin genel çerçevesi ne olmalıdır ?*

Soru 8 : *En azından şimdilik, alternatif çözüm yolundaki hükme uyulmaması halinde, konunun Mahkeme önüne getirilemeyeceği gibi bir düzenleme getirilmeli midir ?*

Birlik düzeyinde, üye devletler mevzuatlarının birbiri ile uyumlaştırılması bakımından, alternatif çözümünün bulunduğu aşama itibariyle yeterli bir desteğin mevcut olmadığını, keza mevcut uygulamanın, bu mekanizmaların zorunlu olmasından ziyade gönüllü olmasına dayandığını, bu mekanizmanın işletilmesi zorunlu hale getirilse dahi, özü itibariyle prosedürün işletilmesinin gönüllülüğe dayandığını ve herhangi bir aşamada taraflarca serbest iradeleri ile sonlandırılabilceğini ifade eden görüşler beyan edilmiştir.

Tüketici sözleşmeleri alanında ise, 93/13/EEC sayılı Birlik Direktifi kapsamında, alternatif uyuşmazlık çözümü şartlarının, haksız şartlar olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmiştir.

Birlik düzeyinde bir mevzuat uyumlaştırmasına olumlu bakan ve çoğunluk denebilecek görüş sahipleri, alternatif uyuşmazlık çözümü şartlarının haiz olacağı hukuki değer bakımından ise, birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

Alternatif uyuşmazlık çözümü klozları ile ilgili pek çok öneride bulunulmuş, tarafların bu yola başvurmaya karar vermeleri durumunda işletilebilecek bir model önerisi ile birlikte; bu klozun alternatif çözüm mekanizmaları ile ilgili, Devletçe veya ilgili kurumca ücretsiz olarak sağlanacak, genel bir bilgilendirme toplantısını zorunlu kılabilceği de önerilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü klozlarına ilişkin olarak oluşan sorular, yalnızca Mahkemeye tevdi edilen uyuşmazlıkları değil, tahkim usulüne başvurulmuş olan uyuşmazlıkları da kapsamaktadır. Bu anlamda, dava uygulaması, alternatif

uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının işletilmesi bakımından çeşitli ve standardize edilmesi güç bir yapı göstermektedir. Bir grup, davanın, ancak alternatif çözüm mekanizması işletilmiş ve taraflardan biri bu yola devam etmek istemiyor ise, doğrudan yargıca ya da hakeme tevdi edilebileceği şeklindeki zorunlu kloz biçimini savunurken, diğer bir grup, bu mekanizmanın taraflarca tamamen gönüllü olarak, bir tarafça önerilip diğer tarafça da kabul edilmesi halinde işletilmesi biçimindeki klozu desteklemektedir.

Soru 9 : Alternatif çözüm yoluna müracaat edilmesinin, Mahkemeye başvurulmasında süre sınırları ve zamanaşımı ile ilgili düzenlemeleri durduracağı yönünde, üye devletler hukuku uyumlaştırılmalı mıdır ?

Bir kısım görüşler, bu hususta Birlik düzeyinde bir yaklaşımın henüz oluşmadığını ifade ederken, alternatif çözüm mekanizmaları ile ilgili çalışanlar, bu alanda, zamanaşımı ya da süre sınırları ile ilgili yaşanan sorunların oldukça az sayıda olduğunu, bunun, alternatif çözüm mekanizmalarının kanunî süreçlere nazaran hızı ve çoğu kez Mahkeme prosedürlerine paralel olarak yürütülmesi olduğunu ortaya koymuşlardır. Alternatif çözüm mekanizmalarının sürelerin işlemesine etki etmemesi, tarafların da bu süreçleri hızlı bir biçimde sonuçlandırmalarına etki edebilecektir.

Süre aşımının sözleşme hukukuna ilişkin ya da sözleşme dışı bir yükümlülüğü ifade etmesi ve tarafların mahkemeye başvurma hususundaki süreyi kendi aralarında belirleyebileceklerine binaen, bu anlamdaki sorular, farklı şekillerde gündeme gelebilir.

Bütün bu yorumlarla birlikte, çoğunluk görüşü, alternatif çözüm mekanizması sürecinde sürelerin durması hususunun mutlaka düzenlenmesi gerektiğini; ilerideki aşamalarda, tarafların bu yönde bir anlaşması olmadığı takdirde, alternatif çözüm mekanizmasına başvurulması ile kanunda düzenlenen sürelerin durmayacağını düzenlenebileceğini ifade etmiştir. Sürelerin durmasına ilişkin kanunî düzenleme söz konusu olacak ise, aynı zamanda zamanaşımı sürelerinin de net biçimde kanunca düzenlenmiş olması aranmalıdır.

Soru 10 : *Komisyon'un 1998 ve 2001 tarihli tavsiye kararlarının uygulamasından çıkan deneyimler ve sonuçlar nelerdir ?*

Komisyon, 1998 tarihli Tavsiye Kararına dair bilgi toplamış, ancak 2001 tarihli Tavsiye Kararına dair herhangi bir geri bildirim yapılmamıştır. Genel anlamda, 1998 tarihli Karar kapsamındaki prensiplerin uygulamasında herhangi bir sorunla karşılaşmadığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte, üçüncü kişilerden bağımsızlık ve şeffaflık ile kanunîlik ilkesine dair düzenlemelerin modifiye edilmesi ya da en azından netleştirilmesi gerekliliği ifade edilmektedir.

1998 Kararı, EEJ-Net ve FIN-NET iletişim ağlarının oluşturulmasında temel rol oynamış olup, Komisyon'un bu Karar kapsamındaki prensiplerin üye devletler düzeyindeki uygulamasını irdelemesi ve özellikle tüketici hukuku alanında, bu düzenlemelere bağlayıcı bir nitelik kazandırılması gerektiği belirtilmektedir.

Soru 11 : *Bu iki tavsiye kararında ortaya konan prensipler, ayırım gözetilmeksizin, tüketici sorunları dışındaki hukuk alanlarında ve daha geniş olarak tüm hukuki ve ticari uyumsuzluklarda uygulanabilir mi ?*

Bu konuda bir grup, bu Tavsiye Kararlarının, kapsama aldığı tüketici hukuku alanında uygulanabileceğini savunurken, diğer bir grup ise, bu kararlarda yer alan prensiplerin, geniş kapsamlarına binaen genelleştirilebileceğini savunmaktadır. Bazı yorumcular ise, bu prensiplerin, tüketici hukuku dışındaki alanlarda, ilgili alana dair spesifik örneksemeler ile transpoze edilebileceğini düşünmektedirler.

Soru 12 : *Bu tavsiye kararlarında ortaya konan prensiplerden hangileri, üye devletlerce iç hukuka mutlaka aktarılmalıdır ?*

Çoğunluk görüşü, bu Tavsiye Kararlarındaki prensiplerin, bir bütün olarak üye devletler iç hukuklarına alınmasını desteklemektedir.

Soru 13 : *Özellikle aile hukuku gibi alanlarda, getirilen düzenlemeler, Birlik üye ülkeleri bazında uyumlaştırılmalı ve böylece hukuki prosedürlerde birlik sağlanmalı mıdır ?*

Çoğunluk, 1998 tarihli Aile Hukukunda Arabuluculuk ve Uygulaması konulu Tavsiye Kararını baz alarak, bu yönde üye devletler mevzuatı uyumlaştırmasını desteklemektedir. Ancak Tavsiye Kararı, üye devlet iç hukuklarındaki farklılıkları çözücü nitelikte de değildir.

Bu görüşe karşı çıkanlar, Birlik düzeyinde, aile hukukuna ilişkin, alternatif uyuşmazlık çözümü neticesinde düzenlenen ve yargıcın resmi onayına sunulan anlaşmalar da dahil olmak üzere hukuksal işlemlerin, tanınması ve yürütülmesi için yeterli enstrümanların mevcut olduğunu belirtmektedirler. Bu noktada, ilgili Birlik enstrümanlarının sınırlı hukuksal alanı kapsadığını ifade etmek gerekir (Boşanma, ayrılık, evlenme akdinin iptali, boşanma halinde çocuklar ile ilgili ebeveyn yükümlülüklerine dair düzenlemeler).

Soru 14 : *Birlik Kurumları, üçüncü kişiler üzerinde bağlayıcı olacak etik kurallara ilişkin olarak, ne tür ve kapsamda insiyatif kullanılmalıdır ?*

Etik kuralların, üye devletler mevzuatları çerçevesinde, temel çerçeveleri itibariyle uyumlu olması gerekliliğini, bununla birlikte, profesyonel organizasyonlara ve kuruluşlara, kendi etik kurallarını belirleme yetkisinin tanınmasını savunan bir kısım görüşler ile birlikte; bir grup da, bu kuralların Avrupa düzeyinde Avrupa Etik Kuralları, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Şartı ya da en azından Arabuluculuk Şartı biçiminde oluşturulmasını desteklemektedir.

Üye devletlerin, bu alanda, etik kurallar oluşturacak ve uygulanmasını denetleyecek ulusal bir kuruluş yapılanmasını desteklemeleri ile birlikte, Avrupa düzeyinde de mevcut etik kuralların analizini, karşılaştırmasını ve uyumlaştırmasını sağlayacak bir kurum yapılandırması önerilmiştir.

Soru 15 : *Alternatif uyuşmazlık çözümünde gizliliğin garanti edilmesi bakımından, bu konuda üye devletler mevzuatı uyumlaştırılmalı mıdır?*

Soru 16 : *Soru 15'in cevabı evet ise, gizlilik yükümlülüğünün garanti edilmesi nasıl ve ne kapsamda sağlanmalıdır? Gizlilik garantisi, alternatif uyuşmazlık çözümünü ile ilgili sonuç ve istatistiklerin yayınlanması anlamında hangi kapsamda uygulanmalıdır?*

Tüm yorumcular, özellikle müzakere sürecinde gizliliğin önemi ve bunun alternatif çözüm mekanizmaların sürdürülebilirliği için vazgeçilmez olduğu hususunda ortak görüş belirtmişler, bazı yorumcular bu hususta Birlik düzeyinde yeterli bir bakış açısının henüz oluşmadığını ifade etmişlerdir. Bu gruba göre, gizliliğe ilişkin düzenlemeler, tarafların alternatif çözüm mekanizmasını yürütecek kişilerle yaptıkları anlaşmalar kapsamında, onların takdirine bırakılmalıdır.

Bir grup, özellik gösteren sınır-ötesi uyuşmazlıklar bakımından, gizliliğin önemine dikkat çekmiş ve tarafların, özellikle bir başka üye devlette yargısal prosedürlere girilmiş olması durumunda, alternatif çözüm mekanizmasının işletilmesi bakımından, gizlilik yükümünün tamamiyle garanti edildiğinden emin olmalarının önemini ifade etmiştir. Bu hususta çoğunluk, Birlik insiyatifinin önemine dayanmakta, Birlik insiyatifinin, üye devlet mevzuatlarında, profesyonel gizlilik, ifade vermekten ve delil bildirmekten kaçınmaya dair düzenlemelerin incelenmesi temelinde oluşması gerektiğini belirtmektedir.

Çoğunluk, özellikle, alternatif çözüm mekanizması sonucunun Mahkemece onayının gerektiği veya yazılı olarak kayıt altına alındığı durumlarda, bu bilgilerin yayınlanmasının engellenemeyeceği düşüncesindedir. Şeffaflık, uyuşmazlığın kamuya malolduğu durumlarda kaçınılmazdır. Alternatif çözüm mekanizmaları içerisinde görev alanların, denetleyici kurumlarla işbirliği içerisinde olmaları, dolandırıcılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda kamu otoriteleri ile önemli bilgilerin paylaşılmasını sağlayacaktır. İstatistiki çalışmaların desteklenmesi ve uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm getirilmesi bağlamında, alternatif çözüm mekanizmalarının sonuçlarına dair bilgilerin yayınlanmasının yararlı olacağı ifade edilmiştir.

Soru 17 : *Alternatif uyuşmazlık çözümünü sürecinin sona ermesini izleyen bir düşünme ve değerlendirme süreci ya da çözüm süreci sonunda imzalanan*

anlaşmadan geri çekilebilmek üzere bir beyan süreci, Birlik düzeyinde düzenlenmeli midir ? Bu soru etik kurallar çerçevesinde mi değerlendirilmeli ve düzenlenmelidir ?

Özellikle, taraflardan birinin bir hukuki danışmanının bulunmadığı durumlarda, bu yönde düzenlemeler yararlı görülmektedir. Öte yandan, bir kısım yorumcular, bu tür süreçlerin her durumda uygun olmayacağını ifade etmektedirler.

Soru 18 : Alternatif uyuşmazlık çözümü anlaşmalarını Birlik düzeyinde daha efektif hale getirme ihtiyacı var mıdır ? Alternatif uyuşmazlık çözümüne dair anlaşmaların diğer üye devletlerde tanınması ve tenfizinin sağlanabilmesine ilişkin en iyi çözüm yolu nedir ? Alternatif uyuşmazlık çözümü anlaşmalarının icrasını temin etmek üzere özel kurallar kabul edilmeli midir ? Bu yöndeki görüş olumlu ise, bu kurallar hangi garantilere tabi olmalıdır ?

Genel anlamda, Brüksel I Direktifi ile getirilen düzenlemelerin ve üye devletler sözleşme hukuku iç mevzuatının yeterli olduğu ve alternatif uyuşmazlık çözümü anlaşmalarının yürütülebilmesini sağlamak üzere ayrıca özel düzenleme getirilmesine ihtiyaç bulunmadığı; keza bu husustaki düzenlemelerin mevcut Birlik mevzuatı ile uyum göstermeyeceği ifade edilmiştir. İleri aşamada, bu anlaşmaların yalnızca Birlik düzeyinde değil, uluslararası alanda uygulanmasına ilişkin çalışmaların yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Soru 19 : Bağımsız üçüncü şahısların eğitimine ilişkin olarak Birlik düzeyinde Kurumlar ne tür inisiyatifler almalıdır ?

Soru 20 : Asgari eğitim kriterlerini belirlemek üzere, kullanılacak inisiyatif akreditasyon işlevini de içermeli midir ?

Bir kısım görüş sahipleri, Birlik düzeyinde bilgi ve deneyimlerin karşılıklı değişimi üzerinde durmaktadır. Bazı üye devletlerde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kalitesi ve etkinliği ile ilgili mekanizmalarının oluşturulmuş olmasına istinaden, başarılı uygulama ve eğitimle ilgili aktivitelerin paylaşımına ilişkin Birlik inisiyatifi geliştirilmelidir.

Diğer bazı yorumlar, eğitim çalışmalarının minimum süresinin belirlenmesi ve üye devletlerde standardize edilmesini savunmuşlardır. Bu eğitimler, üçüncü kişilerin seçtikleri alanlara göre çeşitlendirilmeli ve devamlılık arzedecek şekilde, yıllık eğitimler biçiminde, Avrupa düzeyinde onaylanacak Kurumlarca düzenlenmelidir. Bu onay mekanizmasını, eğitim çalışmaları ile ilgili asgari kriterleri de ortaya koyacak ve etik kuralları belirleyecek merkezi bir Birlik kuruluşu üstlenmelidir.

Soru 21 : Bağımsız üçüncü şahısların sorumluluğuna dair özel kurallar kabul edilmeli midir ? Cevap olumlu ise, bunlar neler olmalıdır ? Etik kuralların bu alandaki rolü ne olmalıdır ?

Bir kısım görüş sahipleri, Avrupa düzeyinde uyumlaştırmayı özellikle de tüketici uyuşmazlıkları alanında ve tüketicinin korunması amacı bağlamında desteklemekte,

- Uyuşmazlık çözücüsü üçüncü tarafın, kötü niyetle hareket etmesi ve taraflardan birinin dezavantajı sonucu doğuracak bir anlaşmanın ortaya çıkması,
- Bir tarafın psikolojik baskı altında olması neticesi olarak oluşan bir anlaşmanın zeminini yaratması,
- Gizlilik yükümüne ciddi boyutta aykırılık teşkil edecek şekilde hareket etmesi gibi durumlarda sorumluluğu gerektirici düzenlemelerin yapılmasını savunmaktadırlar.

Diğer bir grup ise, mevcut düzenlemelerin yeterli olduğu ve Birlik düzeyinde başkaca bir özel düzenlemeye gerek bulunmadığı, sorumluluk sigortası ve Birlik düzeyinde alternatif çözüm mekanizmalarının yürütümünü sağlayan kuruluşlarca yürütülen şikayet ve soruşturma prosedürlerinin de gerekli etkiyi sağladığını düşünmektedir.

D) Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi 2008/52/EC²⁸¹

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, Avrupa Birliği'nin temel hedefleri çerçevesinde önemli bir alanı teşkil eden hukuki ve adli prosedürlerdeki birlik ve adalete hızlı ve kolay erişim düşüncesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin AB düzeyindeki gelişimini hızlandırmıştır. 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen Arabuluculuk Direktifi, üye devletlerin iç hukuklarını 3 yıl içerisinde uyarlamalarını gerektirmektedir. Direktif, aşağıda detaylarını açıklayacağımız 14 maddeden oluşmaktadır.

Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun Arabuluculuk Prosedürüne İlişkin Direktif önerisi kapsamında, arabuluculuk çözüm yolunun avantajları etraflı olarak tartışılmış, Konsey 22 Ekim 2004 tarihinde, bu konudaki görüşlerini,

“Arabuluculuk çözüm yolunun giderek artan biçimde tercih edilir hale gelmesinin temelinde, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmasının, hız, basitlik ve az masraflılık gibi kendine özgü avantajları ve tarafların çıkarlarını geniş bir perspektifle değerlendirme imkanı sunarak, taraflar arasında, tamamen gönüllü olarak uyacakları, dostça ve sürdürülebilir bir anlaşma zemini oluşturması yatmaktadır. Komisyon, arabuluculuk çözüm yolunun, henüz tam anlamı ile

²⁸¹ **Council of Europe**, Council Regulation 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Brussels, (www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal.../DOCUMENTS.asp) (erişim: 21.12.2009), **Tekin, Ceren**, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi, MIHDER, 2006/3, s. 1343 vd.; **Eskiyörük Serhat**, Avrupa Birliği'nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme, (www.arabulucu.com) (erişim: 21.12.2009), **Mackie Karl**, The Use of Commercial Mediation in Europe, CEDR Director, (<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/discussion2.html>) (erişim: 21.12.2009), **Nelson N. /Stipanowich T J**, CPR European Committee, Commercial Mediation in Europe, London 2005, s. 1 vd.

işlenmemiş önemli bir potansiyel arzettiğine ve bireyler ve iş çevreleri için adalete tam anlamıyla erişim imkanı sağladığına inanmaktadır.” biçiminde ifade etmiştir.

Birliğin temelini ekonomik birlik kavramına dayanması ve Ortak Pazar ve ticari ilişkilerin gelişmesi amaçları bağlamında da, özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüm üye devletlerce benimsenmesi ve uygulanmasının sağlayacağı ekonomik ve ticari yararlar da açıktır ki; bu hususlar, Direktifin giriş maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Bu çözüm yöntemleri içerisinde, özellikle arabuluculuk çözüm yoluna atıf yapılması ise, taraf iradesinin önceliğini esas alması, sağladığı seri ve esnek sistem, gizlilik ilkesi, çok taraflı ve uluslararası nitelikli uyuşmazlıklara uygunluğundan kaynaklanmaktadır.

Direktifin giriş bölümünde ayrıntısı ile belirtildiği üzere, Direktif, temel olarak sınır ötesi uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümünde uygulanacaktır. Ancak sınır içi uyuşmazlıklarda uygulanmasına da hukuki bir engel bulunmamaktadır. Keza Direktifin uygulamasında, modern iletişim tekniklerinden yararlanılmasını engelleyici bir düzenlemenin de mevcut olmadığı belirtilmiştir ki bu düzenleme ile birlikte gelişen Birlik düzeyindeki gelişmelerden de takip eden bölümlerde bilgi verilecektir.

Arbuluculuk Direktifinin uygulanmasındaki temel ölçüt, iki ya da daha fazla tarafın, aralarındaki sınır ötesi uyuşmazlığı, gönüllü bir biçimde ve dostça bir anlaşma ile neticelendirmek gayesi ile, bir arabulucuya tevdi etmeye karar vermeleridir. Hukuki ve ticari uyuşmazlıklar çerçevesinde uygulama alanı bulacak olan Direktif, hukuken tarafları belli şekilde hareket etmeye mecbur kılan kuralların varlığı halinde uygulanamayacaktır ki bu kurallar özellikle aile hukuku ve iş hukuku kaynaklı kurallar olmaktadır. Burada Birlik Hukukunun, üye devletlerin kamu düzenine müdahale edememesi ve kamu yararını ilgilendiren hususlarda, iç hukukun üstünlüğü prensibi devreye girmektedir.

Arbuluculuk Direktifi, adından da anlaşıldığı üzere, yalnızca arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasına ilişkin olup, bağlayıcı sonuç doğursun veya doğurmasın, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kapsamamaktadır. Direktifin, Mahkeme yönlendirmesi ile veya iç hukuktaki düzenleme gereğince uygulanması mümkündür. Bundan da öte, arabuluculuk çözüm yolunun Mahkeme Yargıcınca

yürütüldüğü ya da bir yargıcın, hâkimlik görevi dışında, arabulucu sıfatı ile hareket ettiği durumlarda da Direktif uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte, Yargıcın, yargılama faaliyeti içerisinde, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin uzman görüşü vb. yan prosedürlerden yararlanması durumu, Direktif kapsamına girmemektedir.

Burada düzenlenen arabuluculuk faaliyeti, tarafların gönüllü olarak girişebilecekleri ve yine kendi istekleri ile sonlandırabilecekleri, masraflarını kendileri üstlendikleri bir nitelikte olmalıdır. Ancak Mahkemelerin, arabuluculuk prosedürü için belli zaman sınırları koyabilmeleri ve süreç içerisinde uygun olan zamanlarda tarafları bu çözüm yoluna teşvik etmeleri mümkündür.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, iç hukukun üstünlüğü prensibi gereğince, Direktif düzenlemeleri; arabuluculuğun zorunlu olduğu veya bununla ilgili yaptırımların öngörülmüş olduğu hukuk sistemleri kapsamındaki düzenlemelere ya da tarafların bu düzenlemeler kapsamındaki yargı süreçlerine erişim haklarına, keza, bireysel başvuru ile işleyen arabuluculuk sistemlerine ve bu kapsamda Direktifin uygulama alanı dışındaki uyuşmazlıklar bakımından da arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasına dair düzenlemelere hâlel getirmez.

Taraflar, Direktif kapsamında, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözmek üzere yazılı bir anlaşma yapabilecekleri gibi, böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde de, bu yola başvurmaları durumunda bu hususta anlaşmış kabul edileceklerdir.

Gizlilik yükümlülüğü, zamanaşımı ve süreler anlamında karşılıklı güveni temin etmek üzere, üye devletler, kendi iç mevzuatlarına uygun şekilde, arabulucuların eğitimini teşvik etmek ve arabuluculuk hizmetlerinde belirli bir standardın oluşturulması ve gözetilmesini sağlamakla yükümlüdürler.

Üye Devletler, arabuluculuk mekanizmasının, ekonomik anlamda taraflara yük getirmeyecek biçimde, prosedürün esnekliğine ve tarafların özerkliğine uygun, efektif, bağımsız ve yetkin bir biçimde yürütülmesi ile ilgili düzenlemeleri yapmalıdırlar. Arabulucuların, Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları hakkında bilgi sahibi olmaları temin edilmeli, bu bilgiler internet üzerinden genel olarak da erişime açık bulundurulmalıdır.

Tüketicinin korunması alanına giren uyuşmazlıkların çözümünde, üye devletler, Komisyon tarafından hazırlanan Tavsiye Kararında yer alan prensiplerin, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm kuruluşlarınca keza bu alanda faaliyet gösteren arabulucular ya da organizasyonlarca da asgari düzeydeki prensipler olarak benimsenmesini ve uygulanmasını teşvik etmelidirler. Komisyon, bu alandaki uygulamalara dair bilgilerin paylaşılması ve Tavsiye Kararındaki prensiplerin uygulanmasının teşvik edilmesi anlamında, bir veri bankası oluşturulmasını sağlamalıdır.

Arabuluculuk çözüm yolunun yargısal çözüm yolunun yanında zayıf bir alternatif olarak kalmamasının temin edilmesi adına, üye devletler, arabuluculuk yolu neticesinde taraflar arasında sağlanan anlaşmanın, hukuki makamlarca yürütülebilir nitelikte olmasını temin etmelidir. Aksi durum, ancak ilgili anlaşma içeriğinin uluslar arası özel hukuk da dahil olmak üzere ilgili devlet hukukuna aykırı olması ya da hukuken yürütülebilecek nitelikte olmaması halinde söz konusu olmalıdır. Hukuki olarak yürütülebilirlik konusu ayrıca çözümü gerektiren bir uyuşmazlık oluşturabilir.

Arabuluculuk çözüm yolu neticesi akdedilen bir anlaşmanın, diğer üye devletlerde de yürürlüğünün temin edilmesi gereklidir. Bu hususta, 44/2001 Sayılı Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Direktifi'ne ve 2201/2003 sayılı Aile Hukuku ve Ebeveynlerin Sorumluluğuna Dair Uyuşmazlıklara Dair Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Direktifi baz alınabilecektir. Şunu ifade etmek gerekir ki, 2201/2003 sayılı Direktifte de belirtildiği gibi, taraflar arasındaki anlaşmanın akdedildiği üye devlet iç hukuku, ilgili anlaşmanın yürütülebilirliğini temin etmiyor ise, bu sonucun bir başka devlet iç hukuku kanalı ile elde edilmesi de uygun olmayacaktır.

Üye devletler, arabuluculuk hizmetlerine erişim hususunda kamuoyu nezdinde gerekli ve yeterli bilgilendirmeyi temin etmeli ve hukukçuları da müvekkillerini bu yönde bilgilendirmek üzere teşvik etmelidirler. Bu Direktif temelinde, kendi iç kural ve düzenlemelerini oluşturmalı ve kamuoyunu da bunlarla ilgili olarak yeterli derecede bilgilendirmelidirler.

Arabuluculuk Direktifi, insan haklarının üst düzeyde uygulanmasını teşvik ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temel prensiplerini dikkate almak temel amacını taşımaktadır.

Birlik Anlaşmasının 5. maddesinde yer alan “ikincilik – yardımcılık ilkesi” ve yine “ölçülülük ilkesi” temelinde, Direktifin Birlik düzeyinde temel amaçlarını daha iyi gerçekleştirmesini sağlamak üzere, üye devletler tarafından alınan önlemler ve gerçekleştirilen uygulamaların yeterli sonucu sağlamadığı durumda Birlik düzeyinde gerekli çalışmaların yapılması söz konusu olacaktır.

İngiltere ve İrlanda, Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu’nu kuran anlaşmalara ek protokoller kapsamında, bu Direktife dahil olmayı ve iç hukuklarına aktarma ve uygulamayı yükümlenmişlerdir. Danimarka ise Direktife taraf olmamış ve iç hukukuna aktarma ve uygulama yükümlülüğü altına girmemiştir.

Direktifin amacı, 1. maddesinde belirtildiği gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması, arabuluculuğun teşviki ve bu çözüm yolunun Mahkeme sistemi dengeli bir biçimde geliştirilmesidir.

Direktifin uygulama alanı, 1. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği gibi, uyuşmazlığın bağlı olduğu iç hukuk kuralları çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin mevzuatın uygulanmasına elverişli olmak ön koşulu ile, hukuki ve ticari uyuşmazlıklar ile toplu iş uyuşmazlıklarıdır.

Direktif kapsamında üye devletler kavramı, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Danimarka dışındaki üye devletleri ifade edecektir.

Yine açıkladığımız üzere, sınır ötesi uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümünde uygulanacak olan işbu Direktif bakımından sınır ötesi kavramı, taraflardan en azından birinin, daimi ikamet yerinin veya kanunî ikamet adresinin,

- Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın doğmasından sonra, bunu arabuluculuk çözüm yolu ile çözmek hususunda karar vermeleri,
- Arabuluculuk çözüm yolunun uygulanmasına mahkemece karar verilmesi,
- Arabuluculuk çözüm yoluna başvurulma zorunluluğunun iç hukuk çerçevesinde doğmuş olması,
- Direktifin 5. maddesi çerçevesinde tarafların arabuluculuk çözüm yoluna başvurmaya davet edilmesi anında geçerli olmak üzere, diğerlerinden başka bir üye devlette olmasını ifade etmektedir.

Bu düzenleme saklı kalmak üzere, sınır ötesi kavramı, taraflarca girişilen yargısal prosedürler ya da tahkim prosedürünü takip eden arabuluculuk prosedürünün söz konusu olması halinde, bu prosedürün işletildiği üye devletin, tarafların yerleşik ya da kanunî ikametgah sahibi olduğu üye devletten başka bir üye devlet olması halinde de mevcut olacaktır.

Direktifin 3. maddesinde, arabuluculuk kavramının, her ne şekilde adlandırılmış olursa olsun, iki ya da daha fazla tarafın, aralarındaki uyuşmazlığı, gönüllü olarak ve bir anlaşma zemini yakalamak amacı ile, bir arabulucu vasıtası ile kuralları olan yapılandırılmış bir çözüm yoluna tevdi etmelerini ifade edeceği belirtilmiştir. Direktif, arabuluculuk çözüm yolunun, ilgili üye devlet iç hukukuna göre, taraf iradesine dayalı olarak ya da mahkeme yönlendirmesi ya da kararı ile uygulanabileceğini ifade etmektedir. Yanısıra, bu çözüm yolunun hâkim tarafından, yargısal bir otorite olarak hareket etmeme koşulu ile yürütülebileceğini, bundan başka Mahkemece uyuşmazlığın çözümünde yararlanılacak usuli prosedürlerin ise Direktif kapsamında değerlendirilmeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Arabulucu ise, ne şekilde görevlendirildiği ya da ilgili üye devlette ne şekilde adlandırıldığından bağımsız olarak, arabuluculuk prosedürünü, bağımsız, efektif ve profesyonel bir biçimde yürütmek üzere belirlenmiş olan kişiyi ifade etmektedir.

Direktifin 4. maddesi, arabuluculuk prosedürünün efektif şekilde yürütülmesi ile ilgili hususları düzenlemekte olup, üye devletlerin, arabulucuların ve arabuluculuk hizmetlerini sağlayacak kurumların gönüllü olarak tabi olacakları davranış kuralları ve kontrol mekanizmaları geliştireceklerini ve destekleyeceklerini, keza arabulucuların eğitimini teşvik edeceklerini belirtmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü kendisine tevdi edilen mahkeme, 5. madde gereğince, uyuşmazlığın türünü ve tüm şartları gözeterik, tarafları arabuluculuk çözüm yolunu uygulamaya davet edebilir. Bununla ilgili altyapının mevcut olması halinde Mahkeme, tarafları arabuluculuk ile ilgili bilgilendirme hizmetlerinden yararlanmaya da çağırabilir. Direktif düzenlemeleri, arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasının zorunlu olup belli yaptırımlara bağlandığı üye devlet iç düzenlemelerine müdahale etmeyeceği gibi, üye devletler, iç hukuklarında arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasını yargısal prosedürlerden önce veya sonra olacak şekilde de düzenleyebilirler. Ancak bireylerin adalete erişim hakkı kısıtlanmamalıdır.

Arabuluculuk çözüm yolu neticesinde akdedilen anlaşmaların yürürlüğüne ilişkin başta yukarıdaki açıklamalara ek olarak, 6. madde kapsamında, işbu anlaşmanın yürürlüğünün, ilgili üye devlet iç hukuku çerçevesinde, Mahkeme ya da başka yetkili bir yasal otoritece tesis edilecek bir karar ya da bir başka resmi dayanak ile sağlanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca üye devletlerin, bu madde çerçevesinde yürürlüğü talep edilen anlaşmalara ilişkin olarak Komisyonu bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Gizlilik düzenlemesi ile ilgili 7. madde gereğince, arabuluculuk çözüm yolunun, gizliliği esas alan bir yöntem olarak öngörülmüş olmasına binaen, taraflar başka türlü anlaşmış olmadıkça, üye devletler, arabulucunun veya sürecin yürütümünde yer alan başkaca kişilerin, arabuluculuk sürecine ilişkin hususları, hukuki ve ticari yargısal prosedürlerde delil olarak kullanmaya zorlanmamasını temin edeceklerdir. Bu durumun istisnası, ilgili üye devletin kamu düzenine ilişkin bir yararın varlığı ve özellikle çocukların üstün haklarına ve bireylerin fiziksel ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlikeli durumların varlığı olacaktır. Keza, arabuluculuk prosedürü sonucu akdedilen bir anlaşmanın yürütülebilmesinin doğal sonucunu teşkil etmesi halinde de gizlilik yükümü yönünden bir istisna gündeme gelebilecektir. Bütün bu düzenlemeler ile birlikte, bir üye devletin gizlilik yükümüne dair daha sıkı düzenlemeler getirebilmesinin önünde de bir kanunî engel bulunmamaktadır.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık yönünden, tabi olunan hukuk çerçevesindeki süre sınırlamaları ve zamanaşımı süreleri nedeniyle mağdur olmamak üzere, kanunî yollara başvurabilme haklarına sahip olacaklardır. Direktifin 8. maddesi çerçevesinde yer verilen bu düzenleme kapsamında, ilgili üye devletin, taraf olduğu uluslararası anlaşmalar kapsamında tabi olduğu süre ve zamanaşımı düzenlemeleri saklı tutulmaktadır.

21 Mayıs 2016 tarihinden geç olmamak üzere, Komisyon, işbu Direktifin uygulamasına ilişkin olarak bir rapor sunacaktır. Bu rapor, arabuluculuk çözüm yolunun Avrupa düzeyindeki gelişimini ve Direktifin uygulamadaki verimliliğini ortaya koyacaktır. Gerekli görülmesi halinde bu rapor, Direktife yapılacak eklemeleri ve yenilemeleri de içerecektir. Çalışmamız kapsamına girmesi bakımından burada eklenebilecek bir husus, Direktife ilişkin olarak, İngiltere'nin, iflas, aile hukuku vb.

konuların Direktif kapsamına alınmaması, sınır ötesi uyuşmazlıkların yanısıra, sınır içi uyuşmazlıkların da kapsamda olduğunun netlikle ifade edilmesi, arabuluculuğun bağımsız ve ehliyetli kişi liderliğinde işleyişine vurgu yapılmakla, bunun dışındaki seçeneklerin kapsam dışı bırakılması, sürelerin durmasına ilişkin olarak iç hukukların kendi özel düzenleme ve sınırlamalarını getirmek isteyecekleri, keza arabuluculuk sonunda düzenlenecek belgelerin yürütülebilirliğinin sağlanması bakımından da mutlaka sistemler arası farklılıkların oluşacağı gibi görüş ve eleştirilerini ifade etmesidir²⁸².

Direktifin 10. maddesi ile düzenlenen kamuoyunu bilgilendirme ve arabuluculuk hizmetine erişimi en iyi şekilde sağlama yükümlülüğü haricindeki diğer yükümlülüklerin, üye devletlerce 21 Mayıs 2011 tarihine kadar iç hukuklarına adapte edilmesi beklenmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğü için öngörülen en son tarih ise 21 Kasım 2011 olarak ifade edilmiştir. Keza işbu Direktif ile ilgili yapılacak iç hukuk düzenlemelerinde direktife atıf yapılacak ve Komisyon ile iletişim halinde olunacaktır.

E. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları²⁸³

1. Genel Olarak

Arabuluculara ilişkin Avrupa Etik Kuralları, hukuki ve ticari uyuşmazlıkların her türlü arabuluculuk sistemi kullanılarak çözümünde, arabulucuların özgürce bağlı olmaya karar verebilecekleri ve sorumluluğunu kendilerinin taşıyacağı bir dizi kurallar bütünüdür. Bireysel arabulucular dışında, arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlar da, bünyelerinde hizmet veren arabuluculardan bu kurallara uygun davranma taahhüdünde bulunmalarını talep edebilirler.

Bu etik kurallar bütünü, iki ya da daha fazla tarafın, aralarındaki bir uyuşmazlığı yargı dışında çözmek üzere, üçüncü bir tarafı (bir arabulucuyu) tayin

²⁸² **Kallipetis Michel**, European Directive on ADR, It's progress and it's likely effect, (www.kallipetis.com) (erişim: 21.12.2009).

²⁸³ **Özbek Mustafa**, Arabulucular için Model Etik Kurallar, (www.arabulucu.com) (erişim: 21.12.2009), **Council of Europe**, European Code of Conduct for Mediators.

etmekte mutabık kaldıkları herhangi bir prosedüre uygulanmak üzere hazırlanmış olup, ilgili prosedürün ilgili taraf devlette ne şekilde ifade edildiği ya da adlandırıldığı önem taşımamaktadır. Avrupa Birliği Hukuku ve düzenlemelerinin genel karakteristiğinde yer aldığı gibi, bu düzenlemeler de ilgili üye devletin iç mevzuatı ya da kuralları kapsamında yer alan hususlardan önce gelmemek ve önüne geçmemek üzere uygulanacaktır.

Arabuluculuk hizmeti sağlayan organizasyonlar, burada belirtilenlerden daha detaylı ve sağladıkları farklı türde arabuluculuk hizmetlerinin kapsamına uygun kurallar ya da aile hukuku, tüketici hukuk gibi farklı ve özellik gösteren uyuşmazlıklara özgü yeni kurallar da geliştirebilir ve kabul edebilirler.

2. Arabulucunun Yeterliliği ve Tayini

Arabulucu, arabuluculuk alternatif çözüm yolu konusunda **yeterli bilgi ve deneyim sahibi** olmalıdır. Arabulucunun konu ile ilgili gerekli eğitimleri almış olmasının yanısıra, devamlılık gösteren bir eğitim süreci ile arabuluculuk teknikleri konusunda ortaya konan standartlar ve akreditasyon şartları dahilinde güncelin daima yakalanması gereklidir.

Arabulucu tarafların mutabakatı ile belirlenen tarihlerde prosedürün yürütülmesi üzere tayin edilecektir. Arabulucunun ilgili uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk prosedürünü yürütmek üzere geçmiş tecrübeleri ve bilgisi anlamında **kendisini yeterli görmesi** ve ancak bu durumda kendisine gelen talebi kabul etmesi gerekir. Bunun yanısıra, taraflarca bilgi istenmesi halinde, uzmanlık geçmişi ve tecrübesi ile ilgili hususlarda bilgi vermekle yükümlüdür.

Arabulucular, profesyonel, doğru ve mesleğin onuruna yakışır şekilde davranmak kaydı ile uzmanlıkları hususunda **reklam/tanıtım amaçlı çalışmalarda bulunabilirler.**

3. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Arabulucu, burada sınırlı olmaksızın sayılan durumlar ve benzeri hallerde, tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyecek olguları taraflara açıklamaksızın görevine devam edemez. Bu yükümlülük arabuluculuk süreci boyunca devam eder.

Arabulucunun tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyeceği ve göreve devam etmemesinin uygun olacağı düşünülen durumlar,

- Arabulucu ile taraflardan biri arasında kişisel ya da profesyonel bir ilişki/bağlantı bulunması,
- Arabulucunun, arabuluculuk sürecinin sonucunda elde edilecek finansal veya herhangi başka bir yararı ya da çıkarının bulunması,
- Arabulucunun ya da çalıştığı firmanın, taraflardan birine arabulucu sıfatından başka bir sıfatla hizmet veriyor ya da adına hareket ediyor olması olarak ifade edilmiştir.

Bu ve benzeri hallerde, arabulucu, ancak tarafların açık rızası ile ve kendisi arabuluculuk sürecini bağımsızlık ve tarafsızlıkla yürütebileceğine kesinlikle inanıyor ve bunu garanti edebiliyor ise görevi kabul etmeli veya devam etmelidir.

Arabulucu, süreç boyunca, her daim, taraflara eşit olarak ve tam bir tarafsızlıkla hizmet vermek üzere hareket etmeli ve bu yöndeki çabasını açıkça ortaya koymalıdır.

4. Arabuluculuk Anlaşması, Prosedür, Uzlaşma ve Ücretler

Arabulucu, tarafların arabuluculuk prosedürünün karakteristiklerini, arabulucunun ve kendilerinin süreç içerisindeki rollerini tam anlamıyla anladıklarından emin olmalıdır.

Arabuluculuk sürecinin tamamlanmasından önce mutlaka, tarafların arabuluculuk anlaşmasının koşulları ve yükümlülüklerini ve özellikle arabulucu ve taraflar için geçerli olan gizlilik yükümlülüğünü anladıkları ve açıkça kabul

ettiklerinden emin olunmalıdır. Arabuluculuk anlaşması, tarafların talebi ile yazılı olarak düzenlenecektir.

Arabulucu, prosedürü, uyuşmazlığa ilişkin özel durumları gözönünde tutarak, taraflar arasındaki güç dengesizliklerini ve hukuk kurallarını gözeterek, taraflarca açıklanan talepleri/istekleri ve uyuşmazlığın en uygun şekilde çözümü amacını dikkate alarak yürütmelidir. Taraflar, arabulucu ve prosedürün yürütüleceği kurallar bütünü üzerindeki anlaşmalarında serbesttirler.

Arabulucu, tarafların prosedüre dahil olmak üzere yeterli koşullara sahip olmalarını temin edecektir.

Arabuluculuk prosedürünün devamı sürecinde, arabulucu, aşağıdaki durumların varlığından tarafları bilgilendirecek ve gerekir ise süreci sonlandıracaktır:

Sürecin sonunda, arabulucu, tarafların her yönden bilgili ve bilinçli şekilde hareket etmelerini temin etmek üzere gerekli tüm önlemleri almak ve tarafların anlaşma koşullarını tamamiyle anladıklarından emin olmak durumundadır.

Taraflar arabuluculuk sürecinin herhangi bir aşamasında, sürece devam etmekten herhangi bir dayanak göstermeksizin çekilebilirler.

Arabulucu, tarafların talebi üzerine ve konu ile ilgili yeterliliği çerçevesinde, tarafları anlaşmayı nasıl formüle edecekleri ve uygulanabilir kılacakları hususunda bilgilendirebilir.

Arabulucu, önceden kararlaştırılmış olmadıkça, vereceği hizmet için uygulayacağı ücret hususunda tarafları tam olarak bilgilendirmek zorundadır. Bu husustaki kurallar tüm taraflarca kabul edilmedikçe, arabuluculuk konusundaki görevlendirmeyi kabul etmeyecektir.

5. Gizlilik

Arabulucu, arabuluculuk prosedürünün uygulanacağı ya da uygulandığı da dahil olmak üzere, arabuluculuk prosedürü ile bağlantılı ya da kaynaklı her türlü bilgiyi, kanundan veya kamu yararından kaynaklı bir zorunluluk mevcut olmadıkça gizli tutacaktır. Taraflardan birinin özel olarak arabulucuya açıkladığı herhangi bir bilgi de, ilgili tarafın rızası veya hukuksal zorunluluk olmadıkça, diğer taraflara açıklanmayacaktır.

III. TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI VE ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ BAKIMINDAN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ DURUM

A. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Çalışmamızın bütününde belirttiğimiz üzere, uyuşmazlıkları çözmeye yargılama içinde ve dışında farklı çözüm yollarının aranması öteden beri gündemde olmuştur ve hukukumuzda da halihazırda buna ilişkin düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Ticari uyuşmazlıklar ile ilgili olmamakla birlikte, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 494 – 499. maddelerinde “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü, Evlilik Birliğini Himaye Tedbirleri” başlığı altında, aslında bir alternatif çözüm yolu düzenlemesi yapılmıştır. Kanunda tarafların dava açılmadan önce hâkim karşısında buluşması dava şartı sayılarak zorunlu hale getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sulh teşebbüsünde bulunulmaksızın davanın esasına girilmesi mümkün değildi. Sulh Hâkimine de arabulucu görevi yüklenmişti. Ancak taraflar bu görüşmelere katılamayacaklar ise ya da müzakerelerin faydasız olacağı kesin bir biçimde belli ise bundan vazgeçilmesi mümkündü. Peki bu düzenleme neden yürürlükten kaldırılmıştır? Gerekçe olarak ileri sürülen hususlar, bu prosedürün uygulamada yalnızca bir külfet doğurduğu ve zaman kaybı yarattığı, iş yükünü arttırdığı, fiili anlamda bir yarar sağlamadığı, sosyal huzursuzluğa yol açtığı biçiminde olmuştur²⁸⁴. Oysa gerek ilgili tarihlerde konu ile ilgili eleştirilerin gerçeği yansıtmadığını ve prosedürün yararını ortaya koyan çalışmalar da yayınlanmıştır. Gerçekten de, bu usul, uygulamada, azımsanmayacak düzeyde bir uzlaşma oranının yakalanmasını sağlamıştır.

Diğer yandan Kanunun 213. maddesi ile,

“Davanın her aşamasında tahkikat hakimi iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir ve sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulha da teşvik edebilir”

²⁸⁴ Dönem 1, Toplantı 2, Sıra Sayısı 146 (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 18).

denilmek suretiyle hâkimin, sonuç vereceği umulan hallerde tarafları sulhe teşvik edeceği açıkça düzenlenmiştir²⁸⁵. Ancak bu düzenlemenin bugüne dek uygulamaya geçirilememiş olduğu da bilinmektedir. Hâkimler, kendiliklerinden böyle bir insiyatifi kullanmamakta, ancak tarafların aralarında anlaşma ihtimali ya da durumu olduğunu bildirmeleri halinde, bu beyana dayanılarak yargılama süreci ertlenebilmektedir.

Bu hususlar, henüz yakın geçmişte, Mahkemeler ve hukukçular nezdinde alternatif çözüm yöntemlerine sıcak bakılmadığı, yeterince anlaşılmadığı ve yalnızca şekli ve zaman kaybı yaratan prosedürler olarak görüldüğünü göstermesi bakımından önemlidir. Gerçekten de, kanunun ilgili maddelerini yürürlükten kaldıran gerekçelere katılınması mümkün görünmemektedir. Buradaki neden Hâkimlerin, bir yandan aşırı bir iş yükü ile mücadele ederken, diğer yandan bu düzenlemelerin gerektirdiği yetkinliklerden yoksun olmalarıdır. Oysa bugün gelinen noktada, bu tür düzenlemelere olan ihtiyaç açıkça ortadadır. İlgili maddelerin kaldırılma gerekçeleri arasında gösterilen, zaman ve sür'at ihtiyacı, bilakis ilgili maddelerin en verimli şekilde hayata geçirilebilmesi ile yakalanacaktır. Bu prosedürün işlevselliği konusunda yaşanan sorunların giderilmesi üzere çalışmalar yapmak üzerinde düşünülmemiştir. Tarafların mücadelesine dayalı yargı sistemi desteklenmiş ve onaylanmıştır. Bu bakış açısı, kuşkusuz diğer alanlarda da alternatif uyumsuzluk çözümünün gelişimini ve benimsenmesini yavaşlatıcı etki göstermiştir.

İlk toplantısı 2004 yılında yapılarak, 2006 yılında son şekli verilerek, sonrasında da TBMM Adalet Komisyonu'nda kabul edilen, ancak daha sonra 2008 yılında yeni şekli ile Komisyona sunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı kapsamında, alternatif çözüm yöntemlerinin teşvik edildiği ve yargılama sürecinde de, yararlanılabilecek araçların kapsamının genişletildiği, daha esnek, verimli ve süratli bir yargılama sistemine yönelik tedbirlerin alınmaya çalışıldığı görülmektedir. 2008 tarihli metinde, 2006 tarihli metnin esas alındığı ve eleştirilere binaen bir takım ekleme ve çıkartmaların yapıldığı görülmekte ancak 2006 tarihli çalışmaya herhangi bir atıf yapılmamakta ve bu metin tam anlamıyla yeni bir metin

²⁸⁵ **Tanrıkulu Cengiz**, Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, Ankara 2005,(www.e-ticaret.gov.tr/Toplanti/TAIEX%2002.10.05.ppt) (erişim: 21.12.2009).

gibi ifade edilmektedir²⁸⁶. Tasarı, gerekçesinde de belirtildiği üzere, güncel ve akıcı bir dilde, madde gerekçeleri hükümleri açıklayıcı nitelikte ve genel anlamda belli bir uyum içerisinde düzenlenmiştir.

Tasarının ikinci bölümünde, Yargılamaya Hakim Olan İlkeler başlığı altında sayılan ilkelerden kanımızca özellikle, tasarruf ilkesi ve usul ekonomisi ilkesi, yargılama sürecinin yanısıra, mahkeme yönlendirmesi ile uygulanabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine temel teşkil etmesi bakımından önemlidir.

Tasarruf ilkesini düzenleyen 29. madde kapsamında, uyuşmazlığın çözümünde dava yoluna başvurmanın zorunlu kılınamayacağı hususu vurgulanırken, bir yandan da tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkındaki bu tasarruf yetkilerinin dava açıldıktan sonra da devam edeceği düzenlenmektedir. Kanımızca burada, tarafların dava açıldıktan sonra, uyuşmazlığın çözümü bakımından alternatif çözüm yöntemine başvurma hususunda anlaşmaları halinde, karşılıklı yargılama gideri ve/veya vekalet ücreti talebinde bulunmaksızın yargılama sürecini sona erdirmek üzere yani davanın konusuz kalması üzere talepte bulunma hakları bakımından bir açık gerekçe söz konusu olduğu gibi; aradaki anlaşmaya istinaden, alternatif çözüm yolunun denenmesi sürecinde hâkimden, bu sürecin sonuçlanmasına dek süre talep edebilmenin de açıkça yaysa ve usule uygun olduğu vurgulanmaktadır. Bu aslında, özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından uygulamada halihazırda var olan bir durumdur. Taraflar, anlaşma görüşmeleri içerisinde olduklarını belirterek mahkemeden süre talep etmekte ve bu talepler uygun görülmektedir. Bunun sınırı, elbette böyle bir argüman kullanılarak Mahkemenin uzun süre meşgul edilememesi yani usul ekonomisi olacaktır.

Hâkimin 35. madde çerçevesinde vurgulanan usul ekonomisi ilkesi gereğince, yargılamanın makul süre içerisinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesi, gereksiz gider yapılmaması görevini üstlenmesi de, kanımızca, tarafları alternatif yollarla uzlaşmalarına imkan sağlayacak seçeneklerin uygulanmasında kolaylık sağlanmasını da beraberinde getirmekte, hâkimi tarafları bu hususta teşvik etmek bakımından da görevlendirmektedir.

Bu yorumlamaları kanun kapsamına alınan ve dördüncü bölümde, 142 vd. maddelerinde düzenlenen ön inceleme düzenlemesinden anlamaktayız. Zira,

²⁸⁶ Bu husustaki eleştiriler için bkz.: **Kuru Baki**, 2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, MİHDER, 2009/12, s. 13-14.

yargılamaya hakim olan ilkeler tüm yargılama sürecini kapsamakta, yargılama sürecine de, alternatif çözüm yöntemleri açıkça entegre edilmiş bulunmaktadır.

Ön incelemenin kapsamını düzenleyen 142. maddede,

“Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme, ön incelemede, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler; uyuşmazlık konularını tam olarak belirler; hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder²⁸⁷ ve bu hususları tutanağa geçirir.

Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez” biçiminde belirtildiği üzere, Hâkim burada, bir yandan alternatif uyuşmazlık çözümüne yönlendirme yapmakta, bir yandan da arabulucu gibi hareket etmektedir. Burada kanımızca, işlevsel arabuluculuk ve değerlendirmeci arabuluculuk tekniklerinin bir karması söz konusudur²⁸⁸. Zira, Hâkim öncelikle tarafların ortaya koyduğu hususları incelemekte ve bakış açılarını tespit etmekte, bu aşamada henüz sürece müdahale etmemekte ve herhangi bir görüş beyan etmemektedir. Taraflar, burada birbirlerinin argümanlarını görme ve anlama imkanı bulmaktadırlar. Ancak kuşkusuz, arabulucu değil de Hâkim önünde olmaları, henüz karşı karşıya olma ve mücadele içinde olma dürtülerinde bir değişiklik yaratmamış durumdadır. Sonrasında ise Hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmekte ve bu yönde görüşünü beyan etmektedir. Ancak buradaki düzenlemeden anlaşılan, Hâkimin, uyuşmazlığın buna uygun olup olmadığını değerlendirmeksizin, mutlaka bu uygulamayı gerçekleştireceği, aksi halde tahkikata girişmeyeceğidir. Oysa çalışmamız kapsamında belirttiğimiz üzere, her türlü uyuşmazlık alternatif çözüm yöntemlerine uygun kabul edilmemektedir. Hatta, evvelce belirttiğimiz gibi, kalıplaşmış ve belirgin, tek tip talepleri içeren türde davalar bakımından, arabuluculuk yolunun yarar doğurması beklenemez. Ancak

²⁸⁷ Tasarı metninde yer alan “.....arabuluculuğa yahut sulhe teşvik eder” ifadesinden “arabuluculuk ifadesi çıkarılmıştır. Gerekçede bu husus, konunun halen yasa tasarısı halinde olmasına dayandırılmıştır (Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmgk/hmk.pdf>) (erişim : 21.12.2009). Sonuç olarak, arabuluculuğun ayrı bir yasa ile düzenlenmesi karşısında bu revizyonun olumsuz bir etkisinin söz konusu olmadığı, sulhe teşvikin, arabuluculuk faaliyetini kapsayacağı düşüncesindeyiz.

²⁸⁸ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/IV/B/1.

madde düzenlemesinde sulh veya arabuluculuk ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle burada sadece alternatif çözüm yoluna başvurmayı önermek değil, uyuşmazlık ile ilgili sulh olmayı önermek de söz konusudur. Bununla birlikte, çalışma kapsamında incelediğimiz gibi, örneğin bir kanun hükmünün mahkemece olaya uygulanmasının talep edilmesi ve buna ihtiyaç duyulması halinde veya acilen bir tedbirin uygulanmasının gerektiği hallerde ne sulh olmak ne de arabuluculuğa başvurmak olaya uygun ve taraflarca istenen bir durum değildir. Bu süreç uygulanmaksızın tahkikata girişilememesi de, bu anlamda telafisi güç zararlar doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle, burada yargıcın takdir yetkisine yer vermeyen bir düzenlemenin söz konusu olmasının, alternatif çözüm yollarının teşviki bakımından ters etki de yaratabileceği üzerinde durulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Ön inceleme düzenlemesi bakımından önem taşıyan bir diğer husus da, bu düzenlemenin uygulamada gereği gibi işleyebilmesi için yapılması gereken ek düzenlemelerdir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, ön incelemenin gereği gibi yapılabilmesi, özellikle hâkimin uyuşmazlık konularını tam olarak belirleyebilmesi, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit edebilmesi ve üzerinde anlaşılamayan hususların nelerden ibaret olduğuna dair tutanak düzenleyebilmesi, kuşkusuz hâkimin dosyayı çok iyi incelemiş ve davaya çok iyi hazırlanmış olmasını gerektirmektedir. Uygulamadaki mevcut durumda, mahkemelerin iş yükü itibarıyla, bu maddenin amaçlanan şekilde işlenmesini beklemek pek de mümkün görünmemektedir. Bu bakımdan, mahkemelerin iş yükünü azaltıcı tedbirlerin alınması ile birlikte, *hakim yardımcılığı* düzenlemesine de yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁹. Kanımızca da, mahkemelere nicelik ve nitelik bakımından yeteri kadar hakim, hakim yardımcısı ve yardımcı personel tahsis edilmesi, yargılamada hız ve verimliliğin ön koşuludur.

Öte yandan, taraflarca bu durumun ne şekilde algılanacağı da şüphesiz tartışmalıdır. İlk bakışta Hâkimin takdir yetkisinin olmadığı anlaşılrsa da taraflar bu durumu böyle mi algılayacaklardır? Algılamazlar ise, yani Hâkimin uyuşmazlığı bir nedenle sulhe ya da arabuluculuğa uygun gördüğünü ve bu yönde karar verdiğini düşünürler ise, her ikisi de argümanlarının zayıf olduğunu mu düşüneceklerdir? Ya da yargılama sürecine devam ederlerse, kazanma ya da kaybetme ihtimallerini eşit

²⁸⁹ Kuru, s. 32.

mi görecektir? Başlangıçta argümanlarının çok güçlü olduğunu ve yargılamanın kendisine büyük avantaj sağlayacağını düşünen bir taraf, Hâkimin sulhe teşviki karşısında, kendisini haksızlığa uğramış hissedebilir mi? Arabuluculuğu uygulamayı bir taraf kabul eder iken, diğer taraf etmez ise, Hâkim nezdinde olumsuz bir pozisyona geçeceği hissine kapılabilir mi? Aslında tüm bunları, çalışmamızın tümü içerisinde, insan psikolojisinin arabuluculuk sürecinde önemine değindiğimiz noktalarda tartıştık. Kanımızca Hâkimin takdir yetkisine sahip olması ile birlikte, nötr ve objektif bir tutumla yönlendirmesini yapması önemlidir. Zira, alternatif çözüm prosedürünü uygulayacak olan arabulucu bir başka kişidir ve prosedür henüz başlamamıştır. Bu aşamada, tarafların bu prosedüre gönüllü ve motive olarak girebilmelerinin sağlanması, prosedürün başarısı açısından şüphesiz çok önemlidir.

Tasarının 143. maddesi gereğince, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında da dosya üzerinden yahut ön inceleme duruşmasında karar tesis edileceği belirtilmiştir. Kanımızca burada Hâkim, bir yandan tarafları alternatif uyuşmazlık çözümüne teşvik ettiği aşamada, diğer yandan tarafların argümanlarına ilişkin dava şartlarının ve ilk itirazların haklılığı ya da haksızlığı hakkında karar vermekle, uyuşmazlığın çözümü sürecine doğrudan ve aktif bir müdahalede bulunmaktadır. Bu daha ziyade, değerlendirmeci arabuluculuk tekniğine uygun gibi görünmektedir. Önceki bölümlerde incelediğimiz gibi bu stilde arabulucu, tarafların argümanları ve muhtemel süreç ve seçenekler bakımından görüş beyan eden ve sürece aktif bir katılımında bulunan bir tutum sergilemektedir. Burada, Hâkimin davanın usuli temeline dair kararını dosya üzerinden ya da ön inceleme oturumunda açıklamadan önce, alternatif uyuşmazlık çözümünü teşvik etmesinin, düzenlemenin amacına daha uygun olduğu ve düzenlemeden de bunun anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, davası dava şartı yönünden ya da ilk itirazlar bakımından reddedilen taraf ile diğer tarafın eşitliği doğal olarak bozulacağından, uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümüne olan motivasyon diğer taraf nezdinde azalacaktır. Kuşkusuz iki tarafın argümanlarının kuvveti çoğunlukla birbirinden farklıdır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümünde, tarafların birbirlerini anlamaya ve yapıcı bir yaklaşımla kendi anlaşma zeminlerini yaratmaya çalışmalarını hedefleyen bir iletişim ortamının yaratılabilmesi bakımından bu bakış açısının da göz önünde tutulmasının yararlı olacağını düşünmekteyiz. Nitekim, 147. maddede, hak düşürücü süreler ve zamanaşımı

itirazlarının, uyuşmazlık konuları belirlendikten sonra yani ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra ancak tahkikat başlamadan önce çözümleneceği düzenlenmiştir. Burada hem sulh ve uzlaşma girişiminin teşvik edilmesi öncelikle yapılacak, hem de bu olmadığı takdirde, yargılama sürecinde bazen yıllarca sürebilen bir süreç içerisinde bir çok işlem ve yargılama masrafı yapıldıktan sonra süreler yönünden karar verilmesi neticesinde ortaya çıkan zedeleyici durumun önüne geçilmiş olacaktır.

144. madde ile, mahkemenin dilekçelerin verilmesinden sonra bir ön inceleme duruşma günü belirleyeceği, çıkarılacak davetiye de ise, sulh için gerekli hazırlıkların yapılmasının yanısıra, taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde de yokluğunda yapılacak işlemlere itiraz edemeyeceği ve karşı yanın da onun muvafakati olmaksızın iddia ve savunmasını değiştirebileceği ve genişletebileceğinin ihtar edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, öncelikle tarafların argümanlarının tam olarak ortaya konması, sulh olamayacaklar ise de, uyuşmazlık noktalarının tespit edilebilmesi ve sulhün ve alternatif çözümün de teşviki amaçlanmıştır.

Bu amaçla, 145. maddede düzenlendiği gibi, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar tespit edildikten sonra, Hâkimin tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvikinden sonra, bu yolun işe yarayacağı kanaatine varması halinde, bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü tayin edebileceği düzenlenmiştir. İşte yukarıda tartıştığımız takdir hakkı, burada yerini almış görünmektedir. Hâkim, işlevsel bir arabulucu gibi, argümanları ve delilleri bir araya getirerek, ortaya koymakta, ortaya konan bu durum ile birlikte, tarafların karşılıklı birbirlerini anlamalarına imkan vererek onları sulhe ya da alternatif bir çözüm yolunu uygulamaya teşvik etmektedir. Burada Hâkimin seçim yetkisi yoktur. Bununla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bunun içten ve samimi bir çaba olarak yerine getirilmesi önemlidir. İşte bu aşamada, tarafların durumunu çok iyi bir şekilde değerlendirerek, ihtiyaç duyduklarına kanaat getirirse süre verebilme imkanı düzenlenmiştir. Hâkim, bu süreyi, kanaat getirdiği takdirde, taraflar istemese de verebilecektir. İşte burada, takdir hakkının kullanımında, bir Hâkimin yanısıra arabulucudan da beklenen özeni ve davranış biçimini de göstereceği düşüncesindeyiz. Taraflar, kendilerini, alternatif çözüm yoluna zorlanmış hissetmemeli, argümanları ile ilgili gerçek durumu yansıtmayan endişelere

kapılmamalı, sağlıklı bir şekilde alternatif çözüm yolunu denemeyi seçebilmelidirler. Ön inceleme oturumunda, mutlaka alternatif çözüm yolunun teşviki neticesinde sonuç alınmayacağı muhakkaktır. Ancak bu halde de, düzenlenen tutanak, üzerinde anlaşılabilir ve anlaşılabilir hususları tevsik etmesi bakımından, yargılama sürecinde sürat ve usul ekonomisi yönünden kuşkusuz önemli bir yarar sağlayacaktır. Tarafların gerçek iradeleri, kendilerince, açıkça kabul ve beyan edilerek ortaya konmaktadır ki; mevcut yargılama usulümüzde mevcut olmayan ve oluşan aşırı iş yükünün belki de en önemli nedenlerinden birini oluşturan husus da budur. Bütün bunlarla birlikte, yargılamanın süratli ve verimli yürütmesini sağlamak üzere düzenlenmiş olan bu kurum, uzama sebebi haline de getirilmemeli, ek süre ve yeni bir duruşma günü, ancak çok özel durumlarda verilmelidir. Kanımızca burada, uyuşmazlığın kapsamı da önemli bir etkidir. Çeşitli yargısal mekanizmaların, kötüniyetle salt zaman kazanma aracı olarak kullanılır hale geldiği gibi, bu usul de 2 celseyi kapsayacak bir zaman kazanma süreci olarak görülmemelidir. Bu nedenle de, Hâkimin bu süreci yönetimi büyük önem taşımaktadır. Maddenin son fıkrası, delillerin toplanması sürecinin yarattığı ve uygulamada gerçekten de önemli bir sorunu teşkil eden zaman kaybını önlemek üzere düzenlenmiş, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri sunmaları için ve başka yerden getirilecek belgeler var ise bunlarla ilgili açıklama yapmaları için onbeş günlük kesin süre verileceği düzenlenmiştir. Bunun yaptırımını da, ilgili delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılma olarak düzenlenmiştir.

Ön inceleme düzenlemesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi bakımından da, karşı yanın duruşmaya gelmemesi halinde, duruşmaya gelen taraf için bir imkan tanımaktadır ki bu düzenleme, prosedürün teşviki için ve isabetli biçimde getirilmiştir. Öte yandan, ön inceleme oturumunda temel kural, diğer tarafın rızası olmaksızın iddia ve savunmanın genişletilememesidir. Tarafların argümanlarının ortaya konduğu ve onların sulhe ya da arabuluculuğa teşvik edileceği bir ortamda, bu anlamda tanınacak serbesti, kötüye kullanımın önünü açma riski ile birlikte, argümanların asla netleştirilememesi ve uyuşmazlığın alternatif olarak çözümü ne de yargılama bakımından yol haritası işlevini yerine getirememesi sonucunu doğurabilir. İslah kurumu ve muvafakat ise ayrı tutulmuştur. Zira muvafakat, ilgili

konuda uzlaşmayı içermekte, ıslah ise, başvuran taraf nezdinde bazı yükümlülükleri getirmektedir.

Tasarı kapsamında, deliller ile ilgili düzenlemelerde de esneklik ve genişleme sağlanmıştır ki, özellikle 196. madde kapsamında, kanunda düzenlenmemiş diğer delillerin de yargılama da kullanılabilmesi, elbette taraflar arasında yapılacak sözleşmeye ve kabule bağlı olarak, yargılama öncesinde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kapsamındaki hususların da yargılamada kullanılabilmesi bakımından önemlidir. Bu hususta taraflar arasındaki uzlaşma ve anlaşma da 197. madde temelinde söz konusu olacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin türlerini incelerken değindiğimiz, uzman görüşü ise, tasarı kapsamına alınmış ve yargılama sürecine dahil edilmiştir. 297. maddede belirtildiği üzere, taraflardan birinin yargılama sürecinden önce veya yargılama süreci sırasında başvurduğu uzman görüşü, mahkemece serbestçe incelenecek, gerek görülürse uzman kişi mahkemece dinlenebilecektir. Uzman kişinin raporunun yargılama sırasında paylaşılması ve kişinin gerekli görüldüğü takdirde dinlenmesi, tarafların yargılama devam ederken anlaşma zemini yakalamalarına olanak sağlayabilecektir. Hâkimin ve tarafların, uzman kişiye soracakları sorular, tarafların bakış açısını ve tutumlarını değiştirebilecektir. Elbette burada, belli bir tarafın, kendisinin seçtiği bir uzmandan görüş alması söz konusu olduğundan, bu, alternatif çözüm yolu türü olarak düzenlendiği gibi, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları bir uzman kişinin görüşünü almaları ile aynı durum olarak kabul edilemez. Uzmanın tarafsızlığı, diğer tarafça sorgulanabilir. Öte yandan, uzman kişinin dinlenmesine karar verilir ve gelmez ise, raporunun dayanak alınmayacağına dair düzenleme de, raporla ilgili giderilmesi gereken şüphelerin varlığı hali bakımından isabetlidir. Bu şüpheler giderilememiş ise, raporun dayanak alınması uygun olmayacağı gibi, uzmanın gelmemesi nedeniyle yargılamanın uzaması da tasarının temel amaç ve ilkelerine aykırı olacaktır. Diğer yandan, tarafların kendi temin edecekleri uzman görüşlerini yargılamanın her aşamasında sunabilecek olmaları, dosyanın inceleme bakımından karmaşık bir hale gelmesi sonucunu doğuracağı ve yargılamayı uzatacağı da ifade edilmektedir²⁹⁰.

²⁹⁰ Kuru, s. 37.

Alternatif uyuşmazlık çözümü türlerine benzerlik gösteren delil tespiti yöntemi ise, tasarrufların 404 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Burada delil tespitinin, görülmekte olan bir davada uygulanabileceği gibi, henüz ortada bir dava yokken de uygulanabileceği düzenlenmektedir. Delil tespiti kapsamına, keşif, bilirkişi incelemesi, tanık beyanı alınması vb. işlemler girmektedir. Hukuki yararın ortaya konması şartı aranmış, hukuki yararın var sayılacağı haller, delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalinin olduğu haller olarak ifade edilmiştir. Delil tespiti talebinde, karşı taraf da gösterilecek, buna karşın, hal ve şartlar müsait değilse, gösterilmese de talep kabul edilebilecektir. Karşı tarafın gösterildiği halde, delil tespitinin yeri ve zamanı, hazır bulunulabileceği, ilave itiraz ve soruların yedi gün içinde bildirilmesi gerektiği tebliğ edilecektir. Ancak acele hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da, delil tespiti yapılabilecek, tespit yapıldıktan sonra, dilekçe, karar, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporu mahkemece diğer tarafa tebliğ edilecektir. İtiraz süresi ise, tebliğden itibaren yedi gündür. Noterlerin, Noterlik Kanunu gereğince yapacağı vakıa tespitlerine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu yöntem, yargılama sürecinin bir parçasını teşkil etmektedir ve benzerlik gösterse de, alternatif çözüm yöntemlerinden temelde ayrılmaktadır. Zira, taraflardan birinin talebi ile ve Mahkemece atanacak bir bilirkişi vasıtası ile ya da Mahkeme yönetiminde bir durum tespiti yapılacak olması söz konusudur. Diğer taraf, Mahkemece prosedüre davet edilmekte, ya da haberi olmaksızın uygulanan bir prosedürün sonucu kendisine bildirilmektedir. Ne argümanların ortaya konması ve tartışılması, ne taraflar arasında iletişim, ne de tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve gönüllü olarak kendilerine yardımcı olmasını istedikleri bir bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin varlığı söz konusu değildir. Bununla birlikte, bazı vakıa ve durumların, diğer tarafın itiraz etmesine ve karşı argüman bildirmesine izin verecek şekilde tespit edilmesi, duruma göre, alternatif uyuşmazlık çözümüne tarafları teşvik edici bir etki de gösterebilir. Tarafların durumunun ve uyuşmazlığın aydınlatılması bakımından, delillerin zarar görmeksizin ya da ileri sürülmesi tehlikeye girmeksizin tespiti, faydalı sonuçlar yaratabilir.

İngiliz sisteminde, alternatif uyuşmazlık çözümünü teşvik etme açısından tartışmalı da olsa kabul gören bir yaklaşım olan, yargılama giderlerine ilişkin olarak,

alternatif çözüm yoluna başvurmayı nedensiz reddeden tarafın, yargılama sürecinde başarılı olsa dahi, belli oranda yargılama giderlerine mahkum edileceği hususu, tasarıda kabul görmemiştir. Ön inceleme oturumuna gelmeme halinde, karşı yanın iddiasını veya savunmasını genişletebilmesi, bu usulün teşviki yeterli bir yaptırım olarak görülmemiştir. Ancak taraflara, sulh olma veya alternatif çözüm yoluna başvurma önerildiğinde, neden göstermeksizin reddedebilme olanağı tanınması da, bu usulün işleyişinde kuşkusuz aksama ve engellere sebep olabilecektir. Bu anlamda en azından, bu çağrıyı reddetme nedenlerini açıkça gösterme yükümlülüğünün yani gerekçeli olarak reddedebilme imkanının düzenlenmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

B. Avukatlık Kanunu

Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi aynen şöyledir :

“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, müvekkilleriyle 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 müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.” Bu madde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında sayılan müzakerenin ve müzakere türleri bakımından da, taraf temsilcileri aracılığı ile yürütülen müzakerenin somut bir örneğini oluşturmaktadır. Burada arabuluculuk sürecinin bir benzerinden söz etmek pek de mümkün değildir²⁹¹. Zira, avukat, müvekkilini ve müvekkilinin çıkarlarını temsil etmekte olup, arabulucu pozisyonunda hareket etmesinin güç olabileceği açıktır. Öte yandan, bu düzenleme ile, avukata iş sahibinin temsilcisi ve mutemedi olması niteliğinden farklı olarak, uzlaşma teklif etme ve uzlaşmayı sağlama faaliyetleri

²⁹¹ **Tanrıver**, (Makale), s.22.

sırasında uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik davranışları nedeniyle tarafsız bir üçüncü kişi niteliği kazandırıldığı da ileri sürülmektedir²⁹².

Avukatlık Kanunu, avukatların “uzlaşma müzakerelerini yürüteceklerini” ve sadakat borcu kapsamında, müvekkilinin yararına olacak şekilde onu aydınlatmak suretiyle, uyuşmazlıkların dava açılmaksızın çözümünde aktif rol oynayacaklarını ve Mahkemelerin iş yükünü azaltabileceklerini düzenlemektedir. Bu hususlar, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 16. maddesi kapsamında, avukatların, uzlaşma müzakerelerini yönetecekleri; taraflara hukuki durumları hakkında bilgi vermek, çözüm önerilerinde bulunmak suretiyle uzlaşma hususunda tarafları teşvik edecekleri biçiminde belirtilmiş²⁹³, avukata bir nevi değerlendirmeci arabulucu rolü yüklenmiştir.

Özetle, aslında Avukatlık Kanunu, uzlaştırıcı avukatlık işlevini vurgulayarak, uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az masrafla ve yargı organları üzerinde gereksiz iş yükü yaratmaksızın çözülebilmesini temin ederek, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını destekler düzenlemeleri getirmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin, alternatif çözüm mekanizmalarından ayrılan yönü ise, müzakereye başlamanın gönüllü olmasına karşın, sonucun İcra ve İflas Kanunu anlamında bağlayıcı olmasına binaen gönüllülük ilkesinden kısmen ayrılmalarıdır²⁹⁴. Bununla birlikte, alternatif çözüm mekanizmalarının en çok eleştirilen yönlerinden biri de, yürütülebilmesinde yaşanan sıkıntılardır. Genel olarak, ulaşılan çözümün bağlayıcılık taşıması istenmektedir. Bu anlamda, Avukatlık Kanunu hükümlerinin, alternatif uyuşmazlık çözümleri bakımından önemli ve uygulama alanının genişletilmesi gereken düzenlemeler olduğu kuşkusuzdur²⁹⁵. Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanması halinde de, anlaşmanın taraflar ve avukatlarınca imza edilmesinin, Av. K. M.35 anlamında doğrudan icra olanağı sağlaması bakımından, Av. K. kanımızca çok önemli bir artıyı teşkil etmektedir.

²⁹² İldır, s. 140.

²⁹³ Özbek, (AUÇ 2009), s. 735, **Sungurtekin Özkan Meral**, Yargılamanın Geciktirilmesi ve Hızlandırılmasında Avukatların Rolü, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir, 2000, s. 138.

²⁹⁴ Özbek, (AUÇ 2009), s. 736.

²⁹⁵ **Sungurtekin Özkan Meral**, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER, 2005/2, s.353 vd.

C. Noterlik Kanunu ve Noterlerin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Yönünden İşlevi

İnsanın toplumsal bir varlık olmasının bir sonucunu da, güvenlik ihtiyacı oluşturmakta, toplumsal yaşamın belli bir sistem ve kurallar dahilinde oluşması ile birlikte, bu güvenlik ihtiyacı, orman kanunu içindeki korunma ihtiyacından, hukuki güvenlik ihtiyacına dönüşmektedir. Dolayısıyla, gelişmiş toplumların bireyleri olarak, hukukun üstünlüğünü temel alan, bireylerin ve kurumların hukuka dayandıkları ve hukuka saygılı oldukları bir düzen ihtiyacı içindeyiz²⁹⁶.

Toplumsal yaşam içerisinde işlemler yapmakta, ilişkiler içerisinde bulunmakta, sözleşmeler akdetmekteyiz. Bu anlamda, yapılan işlemlerin hukuki geçerliliklerini kolayca yitirdiği, kişilerin sözlerinden kolayca cayabildikleri bir ortamda, kuşkusuz güven duygusu zedelenmiş olacak, toplumsal yaşam çözülmeye başlayacaktır²⁹⁷.

Bu düşünceler temelinde, noterler ve noterliğin, hukuki güvenliği sağlamak ve uyuşmazlıkları gidermek gibi çok önemli bir amacı üstlendiğini ifade etmek yanlış olmaz. Zira noter, kamu görevlisi sıfatı ile, toplumsal yaşam içerisinde, bireylerin ve kurumların çeşitli işlemlerini belgeleyerek ve onaylayarak, güven anlamında çok önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Bu da hem yargı dışında, hem de yargısal süreçlerde, sağlıklı, güvenilir ve hızlı çözümlere ulaşılmasına büyük ölçüde yardımcı olmaktadır²⁹⁸.

Noterlerin, Noterlik Kanunu'nun 72. ve 61. maddeleri haiz oldukları, adliyeye intikal etmemiş işlemler ve hukuki işlemler bakımından söz konusu olan tespit yetkileri²⁹⁹ ile ilgili şahısların kimlik ve beyanlarını tespit etme yetkileri, belki tek başına değil ancak, diğer alternatif çözüm yolları ile harmanlanmak suretiyle, alternatif çözüm mekanizmalarının bir parçası olarak işlev görebilir. Her ne kadar, Yargıtayca, Noterlerin yerine getirdikleri tespit işlevi, uygun ve yeterli görülme ve

²⁹⁶ **Feyzioğlu Metin**,Noterliğin Toplumsal Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, s.285vd.

²⁹⁷ **Feyzioğlu**, s.285 vd.

²⁹⁸ **Feyzioğlu**, s.285 vd.

²⁹⁹ Buradaki tespit yetkisi, delil tespiti kavramından tamamen farklı olup, Noterlerce yapılan tespitlerin delil niteliği, konunun yargı merciiine intikal etmesi sonrasında ilgili merciiice değerlendirilecektir. Bu husustaki görüşler için Bkz.: **Tanrıver Süha**, Noterlerin Tespit İşleri, MİHDER, 2006/3, s.593 vd.

Mahkemece deliller toplanmak sureti ile karar verileceği vurgulansa da, alternatif çözüm mekanizmaları kapsamında, olgu ya da durum tespitinin işe yarayacağı düşünülüyor durumlarda, noterlik işlevleri, kullanılabilir araçlar olarak akılda tutulmalıdır³⁰⁰.

2. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler

Çalışmamızın konusunu ticari uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk çözüm yolu oluşturmakla birlikte, yukarıda incelediğimiz gibi, ticari uyuşmazlıklar çoğu zaman başka alanlara giren uyuşmazlıklarla birarada ortaya çıkabilmekte ve alternatif çözüm yollarının yargısal prosedürlere nazaran daha esnek ve gayriresmi yapısı içerisinde, bütün bu farklı alanlardaki uyuşmazlıklar aynı süreçte çözümlenebilmektedir. Keza bu bölümde yapacağımız özet açıklamalar, alternatif çözüm yollarının mevzuatımızda geniş denebilecek bir alanda benimsenmiş ve teşvik edilmekte olduğunu ortaya koyması bakımından da önemlidir.

a. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun'un 7 maddesinde, aile mahkemelerinin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yolu ile çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yardım alarak teşvik edecekleri düzenlenmiştir. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilecektir. Buradaki "sulhe teşvik", H.U.M.K. m. 213'den farklı olarak, davanın başında zorunlu olarak yapılmak durumundadır. Bu girişim başarılı olmadığı takdirde, davanın takip eden aşamalarında, sonuç vereceği umulan hallerde sulhün teşvik edilmesine şüphesiz engel yoktur.

³⁰⁰ Tanrıver, (Makale), s.91.

Hâkimin sulhe teşvik aşamasında, 5. madde gereğince yararlanabileceği uzman yardımının, mahkeme içinden yahut dışından bir uzmanın görevlendirilmesini kapsadığı ileri sürülmektedir. Burada M.K. m.195/2 gereğince, eşlerin uzlaştırılması amacı ile mahkemece uzman (arabulucu) atanması söz konusudur³⁰¹. Ancak uygulamaya bakıldığında, mahkemelerin iş yükü, yetersiz personel ve uzman nedeniyle, bu yasal düzenlemede yer alan zorunluluk, tarafların beyanlarının matbu şekilde zapta geçirilmesi şeklinde, amacını gerçekleştirmekten uzak biçimde uygulanagelmektedir.

Aile mahkemelerinde uyuşmazlık çözümünde, yukarıda açıkladığımız uzman yardımı, uzlaştırıcı-arabulucu olarak ifade edilmekle birlikte³⁰², bu ifadeye katılmamaktayız. Aile mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin niteliği ve bu bağlamda hâkimin de takdir yetkilerini bu durumu gözeterek kullanacak olması karşısında, yukarıda ilgili bölümdeki açıklamalarımıza da atıf yaparak³⁰³, burada uzlaştırıcı değil fakat daha pasif bir duruşu ifade eden arabulucu ifadesinin uygun olduğu kanısındayız. Kanımızca burada, arabuluculuk yöntemlerinden değerlendirmeci arabulucuğa yakın bir hareket tarzı izlenebilecektir.

Yine M.K. m. 195 çerçevesinde, tarafların evlilik birliğine hâkimin müdahalesini talep edebilecekleri durumlarda da, uzman bir arabulucunun tayini söz konusu olabilecektir.

Yabancı hukuk sistemlerinde arabuluculuğun en fazla geliştiği alan diyebileceğimiz aile arabuluculuğunun³⁰⁴, hukuk sistemimiz içerisinde daha da geliştirilmesi ve uzman kurumlarla desteklenmesi, aile kurumunun kamu düzeni içerisindeki önemine binaen mutlaka gerçekleştirilmelidir. Mahkeme ortamı dışında uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen aile arabuluculuğu, gerek eşlerin, gerek müşterek çocukların devam eden ilişkilerini olumlu yönde etkileyecek, içinde bulunulan durumun manevî zararlarını azaltacaktır.

³⁰¹ **Sungurtekin Özkan Meral**, Medeni Kanununun Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından Düşündürdükleri (Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-1, Eskişehir 2002, Yeni Türk Medenî Kanununun Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003, s. 75-91), s. 86.

³⁰² **Özbek**, (AUÇ 2009), s. 656.

³⁰³ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/III/2/a.

³⁰⁴ **Kallipetis Michel**, EU Update, (www.kallipetis.com) (erişim: 21.12.2009)

b. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Gerek Avrupa Birliği gerekse İngiliz hukukunda, tüketici uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yolları ile çözümü, üst düzeyde teşvik edilmekte ve yeni alternatif çözüm sistemleri de bu alan üzerinden gelişme göstermektedir³⁰⁵.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi gereğince tüketici hakem heyetleri oluşturulmuş ve belli bir değer altındaki uyuşmazlıklar³⁰⁶ için tüketici hakem heyetine başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Heyet Kararına karşı tüketici mahkemesine itirazda bulunma imkânı vardır. İtiraz üzerine verilecek karar kesindir. Ancak tüketici hakem heyetlerinin, “gönüllülük” ilkesinden uzaklaşmasına binaen bir alternatif uyuşmazlık çözüm mercii olarak değerlendirilmeyeceği, “mecburi tahkim” olarak adlandırılacağı ifade edilmektedir³⁰⁷. Öte yandan yukarıda belirttiğimiz değer sınırının üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından, tüketici hakem heyetine başvuru ihtiyaridir ve hakem heyeti kararı tüketici mahkemesinde delil olarak ileri sürülebilecektir³⁰⁸. Yasa kapsamında, sadece zorunlu tahkimi içeren bu sistem ile yetinilmemeli, arabuluculuğu da kapsayacak daha seçenekli ve geniş bir düzenleme getirilmelidir. Hatta kanımızca, yurt dışındaki gelişmeler izlenerek ve ivedilikle adapte edilerek, çevrimiçi uyuşmazlık çözümü ve telefon arabuluculuğu tüketici uyuşmazlıkları bakımından bir pilot uygulama sahası bulabilir.

c. İş Mahkemeleri Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

İş hukuku uyuşmazlıkları, alternatif uyuşmazlık çözümüne en çok ihtiyaç duyan alanlardan biri olarak ifade edilebilir. İngiltere’de 1998 yılında İş Hakları Kanunu’nun kabul edilmesiyle başlayan yenilikler, iş mahkemelerinin alternatif çözüm yollarını teşviki ile devam etmiş, bireysel uzlaşma, toplu uzlaşma, uyuşmazlık

³⁰⁵ Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/III/A/1/a. (EEJ-NET, SOL-VIT Sistemleri, Online Dispute Resolution-ODR, telefon arabuluculuğu)

³⁰⁶ 2009 yılı için bu sınır 936,97 TL’dir.

³⁰⁷ Tanrıver, (Makale),s. 22-23, Özbek, AUÇ (2009), 707 vd.

³⁰⁸ Özbek, s. 707 vd.

arabuluculuğu, istişarî arabuluculuk ve tahkim gibi usuller teşvik edilerek yaygın şekilde kullanılır hale gelmiştir³⁰⁹.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında iş mahkemesi hâkimine tarafları ilk oturumda sulhe teşvik etme ödevi yüklenmiştir³¹⁰. Burada açıkça, mahkeme kökenli arabuluculuğa imkan tanıyan ve teşvik eden bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemenin bugüne beklenen faydayı sağladığını söyleyebilmek mümkün olmamakla birlikte, arabuluculuk sisteminin bu alanda geliştirilmesi gerekliliği yadsınamaz. Hâkim uyuşmazlık ve dosya hakkında derinlemesine bilgi sahibi olmalı ve işin esasına girmeden önce tarafları arabuluculuğa teşvik etmelidir. Bu şekilde mahkemelerin iş yükü azalacağı gibi, hem işçi hem işveren nezdinde, zaman ve para kaybı önlenecek ve ekonomik anlamda verimlilik sağlanacaktır. Bununla birlikte, bu alandaki düzenlemelerin kısa olan dava ve hak arama sürelerine hâle getirmeyecek şekilde ve terditli biçimde düzenlenmesi şüphesiz uygun olacaktır³¹¹.

İş Kanunumuzun 20/1. maddesinde, bireysel hak uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurma imkanı getirilmiş ise de, söz konusu düzenleme, ekonomik bakımından zayıf durumda bulunan işçiyi doğal yargıcı olan iş mahkemesinden yoksun bıraktığı, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı gibi gerekçeler ile Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir³¹².

Esasen iş uyuşmazlıkları bağlamında alternatif uyuşmazlık çözümünün en etkili ve verimli kullanılabildiği alan toplu iş uyuşmazlıklarıdır. Hukukumuzda toplu iş uyuşmazlıkların gönüllü olarak arabuluculuk çözüm yolu ile çözümlenmesine engel bulunmamaktadır. 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 58. maddesi kapsamında, toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde özel kişilerin veya Yüksek Hakem Kurulu'nun hakem olarak seçilebileceği düzenlenmiştir. Buradaki özel hakem yolu, H.U.M.K. anlamında ihtiyarî tahkim yolunu ifade etmektedir³¹³.

Yine 2822 Sayılı Yasa gereğince, toplu menfaat uyuşmazlıklarında grev ve lokavt yoluna gidilebileceği ancak bu yola yahut zorunlu hakem yoluna gitmeden

³⁰⁹ Brown/Marriot, s. 269.

³¹⁰ Yılmaz Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı, İş Hukuku Dergisi 2007/8, s.5 vd.

³¹¹ Özbek, (AUÇ 2009), s. 674 vd.

³¹² Anayasa Mahkemesi 19.10.2005, 66/72 (R.G. 24.11.2007, Sayı 26710).

³¹³ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 501.

önce tarafların zorunlu olarak arabuluculuğa başvurmaları öngörülmüştür. Arabulucu tam bir serbestlik içerisinde çalışır. Tavsiyeleri tarafları bağlayıcı nitelikte değildir ve taraflar bu tavsiyeleri reddederek grev ve lokavta başvurabilirler. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşma olmadığı takdirde, arabulucu bir tutanak düzenleyerek bunu görevli makama tevdi eder. Dilerse bu tutanağa önerdiği çözüm önerilerini de ekleyebilir. Yasanın 33. Maddesi gereğince de, başlanılmış bir grev veya lokavtın, genel sağlık ve milli güvenlik nedeniyle Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi halinde, erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının bizzat yahut resmî arabulucu listesinden seçeceği bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözümü için her türlü gayreti göstermesi mümkündür. Bu durum, doktrinde “olağanüstü arabuluculuk” olarak adlandırılmaktadır³¹⁴.

d. Sigortacılık Kanunu

Sigortacılık Kanunu, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim sistemini kabul etmiş ve buna ilişkin usûl ve esaslar da Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte yer almıştır. Bu düzenlemeler temelinde, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur³¹⁵.

Sigorta Tahkim Komisyonuna gidilebilmesinin ön şartı, sigorta şirketi ile uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa ilişkin olarak ilgili sigorta şirketi nezdinde gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlanmış olmasıdır. Sigorta şirketinin başvuru tarihinden itibaren 15 iş günü içerisinde yazılı olarak cevap vermemesi durumu da başvuru için yeterlidir. Komisyona yapılacak başvuru, önce raportörlerce incelenecek, çözümlendirilemediği takdirde sigorta hakemine iletilecektir. Hakemler görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay³¹⁶ içerisinde karar vermeye mecburdurlar. Aksi halde uyuşmazlık görevli ve yetkili mahkemece çözülecektir.

³¹⁴ Özbek, (AUÇ 2009), s. 678.

³¹⁵ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (Hazırlayanlar: Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006, s. 54 vd.

³¹⁶ Taraflarca bu süre açık ve yazılı muvafakat ile uzatılabilir.

e. Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma

Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında, uzlaşma, Kanunun 4. Maddesinde belirtildiği gibi, uzlaştırmaya tabi bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki uyuşmazlığın, Cumhuriyet Savcısı veya Hakim denetiminde, zararın kısmen veya tamamen giderimi, eski halin iadesi veya hukuka uygun maddî veya manevî diğer bir edim karşılığında ya da uzlaşmayı sağlayacak diğer bir usûlle anlaşmaları suretiyle giderilmesini ifade etmektedir. Burada şüphesiz çalışmamızın konusunu oluşturan anlamda bir arabuluculuk süreci söz konusu değildir. Ancak ceza hukukunda uzlaştırma müessesesi³¹⁷,

- Tarafların özgür iradesi ile oluşan ve neticelenen bir süreç olması,
- Tarafların menfaatlerinin korunması esasının gözetilmesi,
- Uzlaştırıcıların görevlerini bağımsız olarak ifa etmeleri,
- Sürecin gizliliği
- Mağdurun zararın giderimi konusunda sınırlayıcı bir düzenlemenin söz

konusu olmayışı ve olayın özelliğine uygun bir sonucun belirlenebilmesi

gibi özellikleri ile, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerini haiz olan ve bunları uygulandığı alanın kendine özgü özellikleri ile birleştiren bir sistemdir.

Burada mağdur ve fail arasında iletişimin sağlanması ile birlikte, mağdur yönünden suçun olumsuz etkilerini bertaraf edici bir ortam yaratılırken, faile de hatasını anlama ve düzeltme, suçlu değil insan olarak görülme, mağdurun zararını ne şekilde giderebileceğine dair müzakere sürecine katılma ve nihayet ilk kez suç işleyen biri bakımından, sabıkalı olma durumundan kurtulma ve topluma yeniden kazandırılabilme imkanı sağlanmış olmaktadır.

³¹⁷ Özbek, (AUÇ 2009), s. 753 vd.

E. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı³¹⁸

1. Genel Olarak

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, yargı mercileri üzerindeki aşırı iş yükü, davaların giderek daha uzun süreçte çözümlenebilir hale gelmesine, bunun yanısıra, yargılama masraflarının ve çabuk sonuç elde edilememesi nedeniyle doğan zararların giderek artmasına neden olmuştur. Bu etkenler de, yargılama dışı yolların kullanımı ile, kişilere kendi iradeleri ile uzlaşma imkanı vermek ve bu şekilde yargı mercileri üzerindeki aşırı iş yükünü azaltmak üzere, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın (HUAKT) hazırlanmasına öncülük etmiştir.

Ayrıca ülkemizin içinde bulunduğu Avrupa Birliği'ne üyelik süreci de, iç hukukumuzun 2008 tarihli Birlik Direktifi ile uyumlaştırılmasını içerdiğinden, Birlik tarafından öngörülen süreçte, Birlik düzeyinde belirlenen asgari şartlara uygun bir sistemin yaratılmasının hedeflendiğini söylemek de kanımızca yanlış olmaz.

Benzeri düzenlemelerle uyumlu olarak, HUAKT de, bireylerin yargısal yollara başvurma haklarına hanel getirmemekte, yargı sistemi ile rekabet yaratma amacı taşımamaktadır. Yine çalışmamız kapsamında incelediğimiz İngiliz Hukuku ve AB Hukukundaki gelişmelere paralel olarak, Direktifin gerekçesinde, “adalete daha iyi erişim” in amaçlandığı ve bunun alternatif çözüm yollarını da kapsadığı ifade edilmektedir. Tasarı, konusunda mevcut uluslararası kaynaklar incelenerek ve baz alınarak hazırlanmıştır.

2. Kanunun Uygulama Alanı

Kanunun 1. maddesinde, uygulama alanı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk sürecine konu olabileceği belirtilmiştir. Böylece kamu düzenine ilişkin ve üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanı bulunmayan hukuki ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu olamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim

³¹⁸ **Pekcanitez Hakan**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 2007, Ankara 2008, s. 247-264), s. 248 vd.

Tasarı Gerekçesinde de, bu hususlar ifade edilmiştir³¹⁹. Burada “iş” kelimesinin kullanılmasının hatalı olduğu, bu ifadenin çekişmesiz yargı kapsamına giren hususlar için kullanıldığı görüşüne karşın, tasarı gerekçesindeki açıklamalar, “hukuki uyuşmazlık” kavramı temelinde düzenleme yapıldığını ortaya koymakta, keza ancak bir uyuşmazlığın, uyuşmazlık çözüm sürecine konu edilebileceği, çekişmeli yargının zaten bu kapsamda düşünülemeyeceğine binaen bu görüşe kanımızca katılma olanağı bulunmamaktadır. Keza, uyuşmazlığın varlığı, karşılıklı karşılanmayan taleplerin varlığını da zorunlu kıldığından, bu tanımın “talep” kavramını da içermesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Bununla birlikte, aile hukuku, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar, iş hukuku uyuşmazlıkları, Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan doğan uyuşmazlıklar, arabuluculuk çözüm yoluna açık hale getirilmelidir. İnşaat Hukuku ve Aile Hukuku kaynaklı uyuşmazlıklar, alternatif çözüm yollarının ileri düzeyde uygulanmakta olduğu ülkelerde, bu prosedürlere en çok konu olan alanlar arasında yer almaktadırlar.

Kanunun, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları kapsamaması ise, AB Arabuluculuk Yönergesi ile uyumlu ve isabetlidir³²⁰.

3. Arabuluculuk Tanımı ve Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler

Kanunun 2. maddesinde, arabulucu ve arabuluculuk kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini; arabulucu ise, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir.

Kanunun getirdiği tanımlar, arabuluculuk çözüm yolunun, gönüllü niteliği, tarafların kendileri için uygun ve kabul edecekleri bir çözümü kendilerinin geliştirmesi gibi genel kabul gören temel yönleri ile uyumludur. Tasarı gerekçesinde,

³¹⁹ bkz.(www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf) (erişim: 21.12.2009).

³²⁰ Yuk. İKİNCİ BÖLÜM/II/D.

arabulucunun, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremeyeceği gibi, taraflara çözüm önerilerinde de bulunamayacağı ifade edilmektedir. Kanımızca, tasarı, arabuluculuk faaliyetini “işlevsel arabuluculuk” stili temelinde değerlendirmekte, “değerlendirmeci arabuluculuk” u kapsam dışında bırakmaktadır. Öte yandan, arabulucunun belli bir çözüm yolunun uygulanması hususunda baskı yapmaması ya da belli bir çözümü empoze etmemesi ve fakat, taraflar talep ettikleri takdirde görüşünü açıklayabilmesi de, kuşkusuz süreci daha aktif ve verimli kılacaktır. Buradaki soru işaretinin netleştirilmesi kanımızca zorunludur.

4. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler

Tasarının 3., 4. ve 5. Maddelerinde düzenlenen temel ilkeler, konu ile ilgili uluslararası düzenlemeler ile uyumlu ve sürecin temel işlevlerini yerine getirebilmesini sağlamak bakımından yerindedir. Bu ilkeler,

- Tarafların süreç ile ilgili her aşamada tam bir serbestlik içerisinde olmaları
- Eşit haklara sahip olmaları,
- Arabulucunun, arabuluculuk süreci ile ilgili kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğü,
- Tarafların da gizlilik şartına uyma yükümlülüğü,
- Uyuşmazlık ile ilgili olarak arabuluculuk çözüm yolu sonucunda anlaşma sağlanamaması ve yargılama yahut tahkim yoluna başvurulması halinde, arabuluculuk süreci ile ilgili bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılmaması olarak sıralanabilir.

Tarafların sürece dahil olmayı ve olmamayı serbest şekilde tayin edebilmeleri ve prosedür bakımından eşit konumda bulunmaları, sürecin bir anlamda sorunlu unsurlarıdır. Keza, alternatif çözüm sürecine başvurmayı isteyen ya da kabul eden taraf, burada mümkün olduğunca gerçek, samimi ve pozitif bir yaklaşımla hareket etmelidir ki, prosedür anlaşma ile sonuçlanabilsin. Bu süreçte, tarafların kafasında, açıklayacakları bilgi ve belgeler ve özellikle de ticari uyuşmazlıklar bakımından bir

takım iş ve işletme sırlarının akıbeti hususunda soru işaretleri olduğu takdirde, prosedürün beklenen yararı sağlamayacağı açıktır. Gizlilik şartının kapsamını ise, taraf iradeleri tayin edecektir.

Arabuluculuk süreci ile ilintili olup, yargılama ya da tahkim sürecinde kullanılmayacak belgeler ise açıkça sayılmıştır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanacaktır ve birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından da istenemeyecektir. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacaktır.

Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Bununla birlikte, birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyecektir.

5. Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

Yalnızca aşağıda ayrıntılarını belirttiğimiz arabulucu eğitimini alarak, arabulucu yetki belgesi almaya hak kazanan ve Arabulucular Siciline kayıtlı olan arabulucular bu ünvanı kullanacaklardır. Tasarının 10. maddesi gereğince, arabuluculuk ünvanını reklam aracı olarak algılanacak her türlü teşebbüsten sakınarak, yalnızca bu ünvanı ve var ise akademik ünvanları ile birlikte kullanabileceklerdir.

Arabulucu, verdiği hizmet karşılığı ücret ve masraf isteme ve bunlar için avans talep etme hakkına sahiptir. Arabulucu ücreti, faaliyetin tamamlandığı tarihte yürürlükte olan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenecek ve aksi kararlaştırılmış olmadıkça taraflarca eşit olarak karşılanacaktır. Arabulucu, belli bir kişiyi tavsiye etme ya da belli bir kişi için aracılık yapma karşılığı ücret alamaz. Aksi halde yapılan işlem batıl olacaktır. (m.7) Arabuluculuk sisteminin teşviki bakımından, adli yardım, arabulucu mesleki sorumluluk sigortası ve ücretsiz (gönüllü) arabuluculuk aktivitesinin de düzenleme altına alınması, kuşkusuz sistemin kullanılabilirliğini ve yararlanacak kişi ya da kurum sayısını olumlu yönde etkileyecektir.

Arabulucu, taraflar ve temsilcileri ile birlikte ve ayrı ayrı görüşmeler yapabilir. (m.8)

Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez. (m.9) Arabulucunun özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, kanunda ayrı bir yaptırıma bağlanmış olmasa da, kuşkusuz taraflar ve arabulucu arasındaki sözleşmede, bu hususta düzenleme yapılabileceği gibi, bu nedenle doğacak olan zararlar Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde talep edilebilecektir.

Arabulucunun, tarafları süreç ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendireceği düzenlenmiş olup, bu husus elbette yalnızca sürecin işleyişi, usul ve esaslar, tarafların hak ve yetkilerini kapsayacak olup, hukuki danışmanlık kapsamında değerlendirilebilecek herhangi bir bilgiyi içermeyecektir.

Arabulucunun gizlilik, bir başka deyişle sır saklama yükümlülüğüne uygun hareket etmesi, 33. madde kapsamında cezai sorumlulukla da desteklenmiştir. Arabulucu, bu kapsamda, yargılama sürecinde tanıklıktan çekinme hakkına da sahiptir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde, cezai sorumluluğun yanısıra,

kuşkusuz, tarafların arabulucudan bu nedenle oluşan zararlarından ötürü tazminat talep etme hakları da olacaktır.

Arabulucu, görevi nedeni ile kendisine tevdi olunan belgeler ile, süreç sonunda düzenlenen arabulucu tutanağını beş yıl süre ile saklamakla yükümlü tutulmuştur. (m.17) Bu belgelerin birer örneği de, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne iletilecektir. Bu düzenlemenin amacı, arabuluculuk sürecinin varlığının belgelenebilmesidir.

Arabulucu, sicile kayıt olmanın bir sonucu olarak, giriş aidatı ve yıllık aidat ödemekle de yükümlüdür. (m.12)

6. Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi ve Sürelerin Durması

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar olan süreçte zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin duracağı, yani hesaba katılmayacağı belirtilmiştir. (m.16) Esasen bu madde kapsamındaki düzenlemeler, arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulmuş olması halinde önem taşımaktadır. Çünkü bu halde, davanın açılması ile oluşan maddi sonuçların oluşması söz konusu değildir. Davanın açılmasından önce arabuluculuğa başvurulması halinde, üç aylık arabuluculuk süresi, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve bu toplantıda, taraflarla arabulucu arasında, sürecin devam ettirilmesi hususunda anlaşma sağlanması, bunun da tutanakla belgelenmesi ile ve bu tutanağın düzenlenme tarihinden itibaren başlar. Bu süreçte, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir. Davanın açılmış olması halinde ise, B.K. m.133 gereği süreler duracağından, bu düzenlemenin, üç aylık arabuluculuk süresinin başlangıcını belirlediğini, sürenin, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davet etmesi, bunun taraflarca kabul edilmesi veya duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan edilmesi yahut bu beyanların duruşmada tutanağa geçirilmesi tarihinde başlayacağını ifade etmek uygun olacaktır. Bu hususta tasarı gerekçesinde de daha farklı bir açıklamanın yer almadığı görülmektedir³²¹.

³²¹ **Hukuk Uyusmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı** Genel Gerekçe, (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>) (erişim: 21.12.2009).

Arabuluculuk süreci, doğası ve temel amaçları gereği, esnek bir yapıda olup, arabulucunun tarafları ilk toplantıya daveti ve sonrasında sürecin ve usulün serbestçe kararlaştırılması söz konusu olacaktır. Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Tasarı gerekçesinde, bu işlemler, tahkikat işlemleri, yani keşif ve bilirkişi gibi işlemler olarak ifade edilmiştir. Keza yargısal yetki içeren hiçbir zorlayıcı işlemin arabulucu tarafından yapılması mümkün değildir. Kanımızca, burada şöyle bir açıklamanın getirilmesi gerekir: Arabuluculuk sürecinin, diğer alternatif çözüm yöntemleri ile kombine edilmesine engel olunmamalı, sürecin en verimli işleyecek şekilde formülize edilmesine izin verilmelidir. Bu nedenle, örneğin taraflarca onaylandığında, uzman görüşüne başvurulabilmesi mümkün olmalıdır. Bu elbette Mahkemece yapılacak bir keşif ve bilirkişi incelemesinin özelliklerini taşımayacaktır. Keza, arabulucunun, incelemenin yapılacağı yer bir üçüncü kişi ya da kurum hakimiyet alanında ise, burada zorlayıcı bir güç kullanarak inceleme yaptırabilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak rızaî, formal olmayan ancak süreci daha verimli hale getirebilecek her türlü araçlardan, uygun görüldüğü ve istendiği takdirde yararlanılabilmesine engel bulunmamaktadır.

Tarafların mümkün olduğunca süreçlere doğrudan katılımları sağlanmalı, ancak çalışmamız içerisinde farklı teknik ve yöntemler kapsamında incelediğimiz gibi³²², arabulucu, duygusal tansiyon durumu, çok taraflılık, hukuki danışman – taraf arasındaki görüş ve bakış farklılıkları vb. pek çok faktörü gözetererek, müzakereleri en uygun şekilde şekillendirebilmelidir.

Bir başka önemli husus da, teknolojinin gelişmesinin doğal bir sonucu olarak, görüşmelerin elektronik ortamda yürütülebilmesinin de mümkün hale gelmiş olmasıdır. Ancak elektronik ortamda yürütülecek süreçler, kanımızca, ortamın kendine özgü özellikleri nedeniyle, farklı düzenlemeleri gerektirmektedir. Şüphesiz yakın bir gelecekte, bu sistemler de ülkemizde gelişecek ve yaygın olarak uygulanmaya başlayacaktır.

³²² Yuk. BİRİNCİ BÖLÜM/B.

7. Arabuluculuğun Sona Ermesi

Tasarının 17. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin aşağıdaki hallerde sona ermiş sayılacağı düzenlenmiştir:

- Tarafların anlaşmaya varması
- Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi
- Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

Her durumda, yani süreç ne şekilde sona ererse ersin, Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir.

18. maddede ise, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirleneceği; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı düzenlenmiştir.

Tüm dünyada farklı sistemler bakımından tartışma konusu olan, arabuluculuk gibi informal alternatif çözüm süreçlerinin sonuçlarının icra edilebilme engeline karşı, tam bir çözüm yolu teşkil etmese de, bu madde kapsamında düzenleme getirilmiş, tarafların, arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek

olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılacaktır.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesinin, niteliği itibariyle bir çekişmesiz yargı işi olduğu ve buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden yapılacağı ifade edilmiştir. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bu başvurunun reddi üzerine ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden bir başka resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır. Açıkça düzenlendiği gibi, arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek hususları kapsamaması, eda emri içermesi yani icra edilebilir olması halinde, tarafların birlikte başvurusu ile, bu anlaşmanın icra edilebilirliği sağlanabilecektir. Öte yandan, taraflardan biri, bu hususa karşı çıkar ise, bu sonucun elde edilemeyeceği açıktır. Bu halde arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen ve imza altına alınan anlaşmaya aykırı davranan tarafa karşı, sözleşmeye aykırılık nedeni ile çekişmeli yargı yoluna başvurulabilecektir. Belirtilmesi gereken bir önemli husus da, arabuluculuk süreci sonunda tanzim edilen anlaşmanın taraflar ve avukatları nezdinde ve birlikte imza edilmek sureti ile düzenlenmesi halinde, Avukatlık Kanunu m. 35/A gereğince doğrudan ilam niteliğini haiz olacağından, ayrıca icra mahkemesine sunulmasının gerekmeyeceğidir³²³.

Arabuluculuk yolunun teşviki ve masraflardan tasarruf sağlama temel amacı ile uyumlu olarak, isabetli biçimde, harçlar ve damga vergisi maktu olarak düzenlenmiştir.

Dava açıldıktan sonra gündeme gelen arabuluculuk sürecinde durum ne olacaktır? Yukarıda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na dair bölümde de açıkladığımız gibi³²⁴, hâkim, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra, tarafları sulhe yahut arabuluculuğa teşvik eder ve bu konuda sonuç alınacağı kanısına varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Bu aşamada

³²³ Sungurtekin Özkan, (Avukatlık Kanunu), s.360.

³²⁴ Yuk. İKİNCİ BÖLÜM/III/A.

hâkimin arabuluculuğa teşviki zorunludur ve bunu samimi olarak yapmalıdır. Dava süreci devam etmekte iken de, taraflar, kendiliğinden yahut hâkimin teşviki ile, arabuluculuk sürecine başvurmaya karar verebilirler. Evvelce de açıkladığımız gibi, bu noktada, tarafların talebi söz konusu olsa dahi, hâkimin takdir yetkisi söz konusudur ve sonuç alınacağına kanaat getirdiği takdirde bu hususta ara kararı verecek ve davanın görülmesini erteleyecektir. Davanın açılmasından sonra, tarafların arabuluculuk sürecine başvuracaklarını beyan etmeleri üzerine, yargılama üç ay süre ile ertelenir ve bu süre, sonuç alınmadığı takdirde, tarafların birlikte başvurusu ile, üç ay daha uzatılabilir. Öte yandan, ön inceleme oturumunda, mahkemenin teşvikine gerek kalmadan, taraflardan biri, diğerine arabuluculuk teklifinde bulunabilir. Bu halde, diğer taraf teklifin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde olumlu yanıt vermez ise teklif reddedilmiş sayılacaktır. Bu süre taraflarca uzatılabilir yahut kısaltılabilir. Teklif, karşı tarafça kabul edilirse, mahkemece yine davanın arabuluculuğa gönderilmesi kararı vermesi ve yargılamayı üç ay süre ile erteleyerek yeni bir duruşma günü tayin etmesi gerekir.

Ön inceleme son duruşması neticesinde, tarafların sulh yahut arabuluculuk faaliyetinden sonuç alıp alamadıkları, sonuç alamamış olmaları halinde, anlaşamadıkları hususların neler olduğu tutanakla tespit edilir ve tutanak hazır bulunan taraflarca imza edilir. Tarafların sulh olmamaları halinde, bu tutanak, yargılama için bir yol haritası teşkil edecek, yargılama yalnızca ihtilaflı olan bu hususlarla sınırlanacaktır. Sulh olunduğu takdirde ise, bu tutanak bir sulh belgesi teşkil edecektir.

8. Arabulucular Sicili ve Arabulucu Eğitimi

Arabulucunun sahip olacağı nitelikler, sürecin işlerliği ve başarısı bakımından kuşkusuz temel bir etkidir. Bu anlamda, arabulucuların iyi bir mesleki eğitim sürecinden geçmeleri ve arabulucu sıfatını edinmek ve bunu devam ettirebilmenin belli kural, disiplin ve ilkelere bağlı olması zorunludur. Tasarıda da, arabulucu olabilmek için, dört yıllık lisans eğitimi zorunlu tutulmuş, alınması gereken eğitimin içeriği ve zamanı düzenlenmiş, bu eğitimi verebilecek kuruluşlar belirlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk eğitimi, temel hukuk eğitimi, iletişim teknikleri, müzakere ve

uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve genel psikoloji modüllerini mutlaka içerecek, asgari 150 saat olacak (hukuk eğitimi almış olanlar için temel hukuk eğitimi dersinden muafiyet sağlanacak), arabuluculuk eğitimi verebilecek kuruluşlar, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca belirlenecek kurumlar olacaktır.

Arabulucular Sicili Adalet Bakanlığı'nca tutulacak ve güncellenecek, Kanunda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmediği tespit olunan ya da arabulucu olma koşullarını sonradan kaybeden arabulucular, sicilden silinebilecektir.

Taraflar, sicile kayıtlı olmayan bir kişiyi arabulucu olarak görevlendirebilirler. Ancak bu kişi geçici olarak arabuluculuk yapıyor ise, arabulucu ünvanını ve Kanunda yer alan hak ve yetkileri resmi anlamda kullanamayacaktır.

Kanımızca, arabuluculuk mesleğinin profesyonel anlamda uzun yıllardan bu yana icra edilmekte olduğu emsal uygulamaların bir kısmında olduğu gibi, arabulucular sicilini tutacak, arabulucuların disiplin soruşturmalarını yürütecek kurumun doğrudan Adalet Bakanlığı değil fakat, bu işe özgülmiş ayrı bir Kurumca yerine getirilmesi bir öneri olarak belirtilebilir. Bu Kurumun bir meslek birliği şeklinde örgütlenmesi uygun olabilecektir. Bu şekilde, salt merkezi bir oluşum yerinde, her ilde oluşturulacak meslek örgütlerinin, bağlı olacakları bir üst yapı düzenlenebilir. Bu Kurum, hem arabulucuların, hem arabuluculuk süreci ile ilgili kayıtların tutulmasının yanısıra, uluslararası benzer kurum ve kuruluşlarla aktif bir iletişim içinde olarak, uygulama paylaşımı ve yeniliklerin adaptasyonu konusunda da liderlik edebilecektir.

Nihayet, arabulucular için geçerli olacak meslek kurallarının detaylı biçimde oluşturulması, keza disiplin soruşturması usulünün de daha detaylı olarak düzenlenmesi, kuşkusuz önemli bir ihtiyaçtır.

Yakın bir gelecekte ülkemizde de gündeme geleceğini ifade ettiğimiz, ODR (Online Dispute Resolution – Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü) sistemlerinin işlerliği için de, Avrupa Birliği düzeyinde düzenlenen ve geliştirilmeye çalışılan Merkez Ofis'lerin, ülkemizde de kurulması ihtiyaç haline gelecektir. Özellikle de ticaretin büyük bölümünün internet üzerinden yapılır hale gelmesi ve bu bağlamda uluslararası nitelikte ticari uyuşmazlıklarda görülen ve görülecek artış, alternatif uyuşmazlık çözümünün önemini ve bu çözüm yollarının işletilebilmesini sağlayacak

mekanizmaların tabi olacakları kurallar, işletecekleri süreçler vb. anlamında farklı düzenlemeleri gerekli kılacaktır.

IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMUN VE GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A.Genel Olarak

Önceki bölümlerde incelediğimiz üzere, Türk Hukukunda mevcut durum itibariyle, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin ve arabuluculuk çözüm yolunun uygulanması esasen teşvik edilmektedir. Ancak bu yasal düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesinde tereddütlerin söz konusu olduğu, bu nedenle sistemin bu anlamda işlemediği açıktır. Arabuluculuk Yasa Tasarısı'nın yürürlüğe girmesi ile de, mevcut hukuksal yapı daha net bir duruma gelecek, arabuluculuğun ülkemizde profesyonel ve kurumsal bir biçimde gelişimi için gerekli hukuksal temel sağlanmış olacaktır.

Nitekim Tarafımızca, yasal düzenlemelerin yanısıra ve bu anlamda yapılacak ek çalışmalara ışık tutabilmek adına fiili durumun değerlendirilmesi bakımından, bu çalışmanın bir parçası olarak, çalışmamız ekinde yer alan anket çalışması, ticari yaşamda aktif kişiler ve hukukçular bakımından ayrı ayrı uygulanmıştır³²⁵.

Ticaret yaşamındaki kişilere ait sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür :

- Şirket sahibi, ortağı ya da yöneticisi olan kişilerin %50'si, son 5 yıl içerisinde 1-10 arası hukuksal uyuşmazlık yaşadıklarını ifade etmişlerdir.
- Uyuşmazlık çözümü bakımından tercih edilen prosedürler, müzakere ver tahkim olup, yalnızca üç kişi tahkim yoluna gittiklerini belirtmiştir.
- Uyuşmazlık çözümünde zaman ve para kavramı üst düzeyde önemsenmekte, ancak buna karşın alternatif çözüm imkanları yeterince bilinmemekte ve uygulanmamaktadır.
- Yargısal prosedürler 1 ila 2 yıl arasında sürmüştür.

³²⁵ Anket örnekleri, çalışmanın Ek-1 ve Ek-2 bölümlerinde yer almaktadır.

➤ Arabuluculuk ile ilgili açıklamaları okuyan kişilerin çoğunluğu, bu çözüm yolunu tercih edebileceklerini beyan etmelerine karşın, bu çözüm yolunun tercih edilmeme nedenlerine ilişkin soruya daha fazla katılımcının yanıt vermesi nedeni ile, ortaya çıkan sonuç, arabuluculuk çözüm yolu ile ilgili tereddütlerin var olduğudur.

➤ Arabuluculuk çözüm yolunu tercih nedenleri içerisinde liderliği, iş yaşamı ile ilgili menfaatleri gözetmesi, iş ilişkisinin devamına imkan vermesi, zaman ve para tasarrufu ve sürecin esnek bir biçimde yapılandırılabilmesi almıştır.

➤ Arabuluculuk çözüm yolunu tercih etmeme nedenleri arasında liderliği, başarılı olmaması halinde ekstra zaman ve para kaybı yaratacak olması, düşmanca hislerin varlığı halinde bu çözüm yolunun işe yaramayacağı ve fazlaca esnek olması nedeniyle, zaman kazanma amacına yönelik olarak kötü niyetle kullanılmasının mümkün olması almıştır.

➤ Arabulucunun sahip olması gereken nitelikler anlamında, güvenilirlik, pratiklik, eğitim, iyi görünüş, soğukkanlılık hususlarına vurgu yapılmıştır.

➤ Çoğunlukla onaylanan hususlar, uyuşmazlığın daha evvel yaşanmamış nitelikte olması durumunda arabuluculuk yönünden uygun olacağı, uyuşmazlık içerisinde bulunan kişi ile yüzyüze gelmenin rahatsızlık yaratacağı ve verimli çözüm üretilmeyeceği, sürece hukuki danışman ile katılmasının istendiği, hukuki danışmanın alternatif çözüm sistemleri ile ilgili bilgi sahibi olmasının tercih edildiğidir. Öte yandan, sayısı yüksek olan bir kısımca da, bu son durum, zayıflık ibaresi olarak algılanmıştır. Yine katılımcılar, yüksek bir çoğunlukla, bir uyuşmazlıkta tarafların eşit olamayacaklarına, mutlaka bir tarafın üstün olacağına inanmaktadırlar.

Bu anlamda, kanımızca ortaya çıkan hususlar, ticari yaşamda aktif olan kişilerin, bir yandan alternatif çözüm yolları ile ilgili bilgi almaya ve bu seçeneğin sunulmasına karşı ılımlı oldukları, diğer yandan da, bilinmezliğin getirdiği bir güvensizliğin hakim olduğunu ortaya koymaktadır. Keza, toplumsal davranış eğilimi, hasım olarak görme durumunun ve hasım olarak görülen kişi ile doğrudan iletişimde bulunmama isteğinin beyan edilmesi söz konusudur.

Hukukçularla yapılan anketlerden çıkan sonuçlar ise şöyle olmuştur :

- Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramını daha önce duymadığını ifade edenler şaşırtıcı biçimde çoğunluktadır.
- Bununla birlikte, alternatif çözüm yolları arasında hukukçularca en çok bilinen yolun arabuluculuk olduğu görülmektedir.
- Katılımcıların yarısına yakını, gayriresmi olarak alternatif çözüm yollarını uygulamaktan kaçınan bir politika izlediklerini beyan ederken, yarıya yakını da, resmi olmasa da bu yönde uygulamaları olduğunu ifade etmiştir.
- Hukukçuların çoğunluğu, alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurulmasına olumlu bakmaktadır.
- Özellikle, uyuşmazlığa dair teknik konuların varlığı ve taraflar arasında tesis edilmiş ticari ilişki ile hak ve yükümlülüklerin durumu, uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümü için uygun olup olmadığını belirleme yönünden önemli görülen hususlar olmuştur.
- Ankete katılanların yarıdan fazlası, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukuksal gelişimin önünde engel olduğu görüşüne katıldıklarını beyan etmişlerdir.
- Öte yandan hukukçular, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını yürütebilecek en uygun adaylar olarak görülmektedir.
- Olumlu bir durum olarak, hukukçular, çoğunlukla, alternatif uyuşmazlık çözüm süreçleri içinde yer almaları halinde, meslektaşları arasındaki duruşlarının bundan zarar göreceği görüşüne katılmamışlardır.

Hukukçular ile yapılan anket çalışmasından çıkan sonuç ise kanımızca özetle, bu konuda henüz yeterli bilgi düzeyine ulaşılmamış olduğu, avukatlık mesleği bakımından bazı tereddütlerin mevcut olduğu, bilgi ve uygulamanın artması ile olumlu görüşlerin artabileceği yönündedir.

Özetle, arabuluculuk çözüm yolunun gelişimi açısından mevzuat engelinden ziyade, önyargıların aşılması, bilgi ve görgünün artırılması gerekliliği vardır.

B.Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'na ilişkin olarak, çeşitli çevrelerce çok sayıda görüş ve eleştiri ifade edilmiş olup, tasarının geri çekilmesi gerektiği dahi beyan edilmiştir. Tasarıya ilişkin görüşleri şu şekilde sıralamak mümkün olabilir:

➤ Tasarı, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenmiş olan bir hususu yeniden düzenlemektedir³²⁶.

➤ Bu Kanun ile ihdas edilen yeni meslek grubu, reklam yasağına tabi olmaksızın reklam yapabilecek, avukatlık mesleği ile haksız rekabet oluşturulmuş olacaktır³²⁷.

➤ Arabulucunun, avukatlar dışındaki mesleklerden kişiler olabilmesi, avukatlık mesleği alanının işgalidir. Avukatlık mesleğinin uygulama alanını daraltacaktır. Bu anlamda, arabulucunun mutlaka hukuk fakültesi mezunu bir kişi olması, diğer fakültelerden mezun olanlardan, prosedür kapsamında gerekli görülmesi halinde bilirkişi sıfatı ile yararlanılması düzenlenmelidir³²⁸.

➤ Tasarı kapsamında getirilen “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek işler” ibaresi netleştirilmelidir. Zira, özel hukuk uyuşmazlıklarında da kamu yararını içeren alanlar söz konusu olabilir. Tasarı, Medeni Hukuk alanındaki tüm uyuşmazlıkların kanun kapsamına girdiği izlenimini vermektedir. Bu nedenle “kamu yararı” ifadesinin düzenlemede açıkça yer alması uygun ve yerinde olacaktır. Bu olmadığı takdirde, ilam niteliği kazanabilecek belgeler ile çifte hukukluluk yaratılmış olur³²⁹.

³²⁶ **İstanbul Barosu Başkanlığı**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüşler, İÜHFD, 2007/5, s.2151.

³²⁷ **İstanbul Barosu Meslek Sorunları Komitesi**, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İÜHFD, 2007/5, s.2161.

³²⁸ **İstanbul Barosu Başkanlığı**, s. 2151.

³²⁹ **Semizoğlu Hakan**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İÜHFD 2008/5, s. 2411.

➤ Herhangi bir hukuk fonksiyonu taşımayan, yalnızca belli saat eğitim olarak belge almış kişilerin, ilam niteliği kazanabilecek belgeleri üretmeleri ve bunun yargı denetimi dışında kalması kabul edilemez³³⁰.

➤ Tarafların arabuluculuk usulünü serbest olarak belirleyecekleri düzenlemesi, usulü önceden belirlenmemiş bir şekilde uyuşmazlık çözümünü, dolayısıyla hukuki temelsizliği doğuracaktır³³¹.

➤ Mahkemenin teşviki üzerine, arabuluculuk yoluna başvurunun kabul edilmesi hususunda, belirsizlik içeren bir düzenleme nedeniyle, yargılamanın geciktirilmesi için araç olarak kullanılabilir bir ortam yaratılmıştır. Bu nedenle, arabuluculuğa başvurunun yargılama aşamasına geçildikten sonra teşviki, kanun metninden çıkarılmalıdır³³².

➤ Kanun tasarısında arabuluculuk eğitimi ile ilgili getirilen düzenlemeler yeterli değildir. Arabulucular hukukçulardan oluşmalı, yeterlilik denetimi de Barolarca yürütülmelidir. Sistem yürütme içerisinde değil, yargı içerisinde kurulmalıdır³³³.

➤ Arabuluculuk, yargının özelleştirilmesidir ve kabul edilmesi mümkün değildir³³⁴.

➤ Dünyada başka ülkelerde de bu yöntemlere itibar edilmemekte ve işlememektedir³³⁵.

➤ Kamusal uyuşmazlıklar, özelleştirilmekte, laiklik ilkesi zedelenmektedir. Herkes kendi hukukunu seçebilecek hale getirilmektedir³³⁶.

➤ Sistemin gerçekten kendisinden beklenen yararları sağlayıp sağlayamayacağı sorgulanmalıdır. Yürütme organının denetimi altında bulunan arabulucu tarafından ilam niteliğinde bir belge verilebilmesi, hukuka ve adil yargılanma hakkına açıkça aykırıdır³³⁷.

➤ Yargılama süreçlerine nazaran çok daha kısa süren arabuluculuk süreçleri, uyuşmazlıkla ilgili tatmin edici ve hukuka uygun bir sonucu yaratacak mıdır ?

³³⁰ **İstanbul Barosu Başkanlığı**, s. 2132.

³³¹ **Mutlu Erdem İlker**, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İÜHFD 2007/5, s. 2139 vd.

³³² **Mutlu**, s. 2145 vd.

³³³ **İstanbul Barosu Başkanlığı**, s. 2129 vd.

³³⁴ **Yaltı Başar**, Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Hukukluluk, İÜHFD 2007/5, s.2135 vd.

³³⁵ **Mutlu**, 2145 vd.

³³⁶ **Yaltı**, s. 2135 vd.

³³⁷ **İstanbul Barosu Başkanlığı**, s. 2129 vd.

Karmaşık ve çok yönlü uyuşmazlıkları, arabulucu ne kadar sürece çözüme kavuşturabilecektir?³³⁸

➤ Arabuluculuk Kanun Tasarısının Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecine olumlu katkıda bulunacağı düşüncesi yanlıştır³³⁹.

➤ Tasarı öncesinde, pilot bir çalışma, bir altyapı çalışması ve araştırma gerçekleştirilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir³⁴⁰.

➤ Tasarı yargıyı olumsuz bir kavram olarak sunmaktadır³⁴¹.

➤ Uygulamada Hâkimlerce, birliktir uygulamasında örnekleri görüldüğü gibi, arabuluculuğa teşvik müessesesi sıklıkla ve alışkanlık temelinde uygulanır hale gelecek, aslında amaçlanan hızlı ve ekonomik şekilde uyuşmazlık çözümü yerine, çözüm sürecinin daha da uzadığı bir ortam yaratılmış olacaktır³⁴².

➤ Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü kapsamında çok önemli bir nokta eksik kalmış, anlaşma hususunda düzenlenecek belge imzalanmadan önce hukukçu görüşüne başvurmaya ilişkin düzenleme getirilmemiştir³⁴³.

➤ Hukukçu olan kişiler için arabulucu ifadesi (conciliator karşılığı olarak) kullanılmalı, diğer mesleklerden olan kişiler arayapıcı (mediator) olarak ifade edilmelidir³⁴⁴.

➤ Tasarı ile getirilen sistem, haklarının tam olarak farkında olmayan ya da çeşitli nedenlerle güçsüz olan tarafın ezilmesi ve zarar görmesi sonucunu doğurabilir³⁴⁵.

➤ Tasarı ile oluşturulan meslek grubu için disiplin kurulu da oluşturulmalıdır³⁴⁶.

➤ Tasarı kapsamında adli yardım müessesesi düzenlenmelidir³⁴⁷.

➤ Kanunun önce pilot bölgelerde uygulanmaya başlanması hususu tartışılmalıdır.

³³⁸ Mutlu, s. 2149 vd.

³³⁹ İstanbul Barosu Başkanlığı, s. 2129 vd.

³⁴⁰ İstanbul Barosu Başkanlığı, s. 2129 vd, Mutlu, s. 2149.

³⁴¹ İstanbul Barosu Başkanlığı, s. 2129 vd.

³⁴² İstanbul Barosu Meslek Sorunları Komitesi, s. 2151.

³⁴³ İstanbul Barosu Meslek Sorunları Komitesi, s. 2151.

³⁴⁴ İstanbul Barosu Meslek Sorunları Komitesi, s. 2151.

³⁴⁵ Mutlu, s. 2149 vd.

³⁴⁶ İstanbul Barosu Meslek Sorunları Komitesi, s. 2151.

³⁴⁷ Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin 2009, s.637 vd.

➤ Arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunmama yükümlülüğü daha detaylı olarak ve ayrı bir madde ile düzenlenmelidir³⁴⁸.

➤ Sicile kaydolma zorunluluğu ve asgari ücret tarifesi, arabuluculuk faaliyetinin uygulanış amacını ortadan kaldıracak, özünü kaybettirecektir³⁴⁹.

➤ Arabulucunun ücret isteme hakkında ilişkin düzenlemede, hangi aşamada ücrete hak kazanacağı ve uzlaşma anlaşmasının yürütülmesindeki hizmetin ücrete dahil olup olmayacağı konusu muallakta kalmıştır³⁵⁰.

➤ Arabuluculuk faaliyetinin sadece Türk vatandaşları tarafından yürütülmesinde kamu yararı yoktur. Yabancılar da arabuluculuk yapabilmelidirler³⁵¹.

Çalışmamız kapsamında açıklamaya çalıştığımız gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde arabuluculuk, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin desteği ile, tarafların kendileri için en uygun ve kabul edilebilir çözümü bulmalarını sağlamak üzere yürütülen bir uyuşmazlık çözümü sürecidir. Uyuşmazlık, insan doğasının bir parçası ve doğal bir durum olduğu gibi, uyuşmazlığı dilenen şekilde ortadan kaldırmak da temel bir insan hakkı ve doğal bir süreçtir. Nitekim, edinilen bulgular çerçevesinde, tarihin ilk zamanlarından bu yana, topluluk içerisinde yaşayan insan, uyuşmazlıklarına çözüm bulmak üzere farklı mekanizmalar geliştirmiştir. Bu nedenle, uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözümü, yeni ortaya çıkmış bir kavram değildir. Ancak, insan yaşamının değişimi ve gelişimi içerisinde, uyuşmazlık çözüm yollarının da gelişmesi ve farklı sistemler oluşturulması kaçınılmaz olmuştur.

Bu bakımlardan, toplumsal yaşam içerisinde, uyuşmazlıkların tek çözüm adresi yargı mekanizması imiş ve bu sistem korunmalı imiş gibi düşünmenin doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Uyuşmazlıkları, barışçı yollarla çözüme eğilimlerinin de, siyasi oyunlar, yargının özelleştirilmesi ve gizlenen başka amaçlar etrafında açıklanmaya çalışılması, kanımızca dayanaksız kalmakta ve bilgi eksikliğinin söz konusu olduğu düşüncesini yaratmaktadır. Şunu da belirtmeliyiz ki, yeni olan ya da yeni olduğu düşünülen herhangi bir olgunun bir tepki ile karşılaşması doğaldır. Keza,

³⁴⁸ Tanrıver, s. 637 vd.

³⁴⁹ Şıpka Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İTÜSBD 2007/2, s. 163 vd.

³⁵⁰ Şıpka Şükran, s. 163 vd.

³⁵¹ Şıpka, s. 172.

kavramlara farklı noktalardan bakabilmek, şüphesiz ilgili konuda tartışabilmek ve o konuyu geliştirebilmenin vazgeçilmez koşuludur.

Esasen uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümü için bir kanunî düzenleme zorunlu da değildir. Hatta bunun çözüm yöntemlerini sınırlayacağı ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının niteliğine uygun düşmeyeceği de ifade edilmektedir. Bu görüşler kanımızca yanlış olmamakla birlikte, söz konusu hukuki uyuşmazlıklar olduğunda, yargıya alternatif çözüm mekanizmalarının benimsenebilmesi ve kurumsallaşabilmesi bakımından, yasal bir çerçeveye, belli bir prosedür ve kurallara dayalı olarak geliştirilmesinin önemli ve gerekli olduğu kanısındayız. Şüphesiz bu düzenlemelerin belli bir esneklik ve hareket alanı sağlayacak şekilde yapılandırılması uygun olacaktır.

Reklam yasağına tabi olmama hususu, sıklıkla eleştirilmiş olmasına karşın, Tasarının 10. maddesinde bu hususta düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte, gerek arabulucu olma şartları, arabulucu eğitimi, arabulucu sicili, arabuluculuk meslek kuralları ve gerekse reklam konusunda, Kanuna bağlı bir Yönetmelik ile detaylı düzenleme getirilmesinin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Keza, arabuluculuk ile ilgili denetim mekanizmasının Bakanlık dışında bağımsız bir Kurumca yerine getirilmesi ve disiplin hükümlerinin de bu anlamda detaylı düzenlenmesi gereğini kabul etmekteyiz.

Arbuluculuğun, avukatlık mesleği ile benzer olmadığı ve fonksiyonunun farklı olduğunu çalışmamız kapsamında açıklamış bulunmaktayız. Bu anlamda Tasarının, var olan hukuksal düzenlemelerin tekrarı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Arbuluculuk prosedürünün en önemli avantajı, konunun uzmanı olan, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin desteğini alma imkanı tanınmasıdır. Bu bağlamda, konunun salt hukukçulara özgülenmesi, şüphesiz arabuluculuk kavramının özüne aykırıdır.

Arbuluculuk mekanizmasının bir geciktirme aracı olarak kullanılması görüşü bakımından ise, sürecin arabulucunun kontrolü altında yürütülmesine, kötüniyetle kullanım ya da sonuç alınamayacağı açık olması durumunda, arabulucunun buna müdahale etme ve süreci sonlandırabilme yetkisine binaen bu görüşe katılmamaktayız. Ek olarak, arabuluculuk mekanizması, yargılamanın

başlamısından sonra gündeme geldiğinde, süreler açıkça düzenlenmiş olduğundan, kötüye kullanımın güç olduğunu düşünmekteyiz. Bununla birlikte, Hâkimlerin, bu sistem ile ilgili detaylı olarak bilgilendirilmeleri ve arabuluculuğa teşviki, mutlaka samimiyetle ve takdir hakkını yerinde kullanarak değerlendirmeleri mutlaka gereklidir. Arabuluculuk sürecine katılmak ya da devam etmek zorunlu olmadığından, sürecin aleyhine kullanıldığını düşünen tarafın da, bu anlamda istediği zaman süreçten çekilebileceği unutulmamalıdır.

Arabulucunun, uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar verme yetkisi bulunmadığından, yargının özelleştirilmesi yönündeki eleştiriye de katılmamaktayız. Sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde, tarafların aralarındaki hususlarda uzlaşmaları ve belli edimleri birbirlerine karşı yüklenmeleri hukukun içinde zaten var olan bir haktır. Sözleşme gereği üstlenilen edimlerin ifası da yargı organları kanalı ile talep edilebilmektedir. Kanun ile, taraflara, karşılıklı olarak tatmin olacakları ve kabul edecekleri bir zeminde anlaşma imkanı verilmekte ve talep ederler ise, buna yasal olarak yürürlük sağlama imkanı yaratılmaktadır. Böylece, kişilerin, üstlendikleri sorumluluklara sadık, dürüst ve barışçı bir yaklaşım edinmeleri teşvik edilmekte, adalete erişimin ötesinde, toplumsal barışa da katkıda bulunacak bir adım atılmaktadır.

Arabuluculuk sürecinde avukatla temsil mümkündür. Yanısıra, arabulucunun, tarafları, anlaşma hususundaki belgenin düzenlenmesinden önce hukukçu görüşüne başvurmaları hususunda teşvik etmesi hususunun da açıkça düzenlenmesi gereğine katılmaktayız. Ayrıca, arabulucunun taraflar arasındaki eşitliği temin etme ve koruma görevi de bulunmaktadır. Bu kapsamda, arabuluculuk sürecinde güçsüz olan tarafın ezileceği düşüncesine katılmamaktayız.

Tasarı kapsamındaki düzenlemeler, Birlik Direktifi anlamında talep edilen asgari gereklilikleri karşılar niteliktedir. Yine Tasarı gerekçesinde de belirtildiği gibi, çeşitli uluslar arası mevzuat ve uygulamalar incelenerek hazırlanmıştır. Birleşmiş Milletler Ticari Arabuluculuk Düzenlemesi hükümlerinin de genel anlamda Tasarı'ya alındığı görülmektedir. Dikkati çeken bir yorum farklılığı, arabulucunun taraflara uzlaşma ile ilgili olarak çözüm önerisinde bulunamayacağına ilişkin Tasarı gerekçesine karşın, gerek Birleşmiş Milletler Standart Kuralları, gerekse incelediğimiz diğer mevzuatlar kapsamında, bu çözüm yolunun özüne ve

niteliklerine uygun olarak, arabulucunun işlevsel tekniği benimsemesine imkan verilmesidir. Keza bağımsız ve özgülenmiş kurum ve kuruluşların oluşturulması ile, arabulucu tayini de daha verimli işler hale getirilmiş olacaktır³⁵².

Evvelce de belirttiğimiz gibi, adli yardım ve mesleki sorumluluk sigortası, bu müessesenin gelişimine olumlu etki edecek ve gözetilmesi gereken hususlardır.

Kanunun yürürlüğünde pilot uygulamalardan yararlanılması da, örneği İngiltere’de de gerçekleştiği gibi, olumlu etki yaratabilir. Zira, yaşanmış bir örneğin olmaması, kafalardaki soru işaretlerini arttırmakta olup, harekete geçmeyi ve ilerlemeyi geciktirebilir.

Sonuç olarak, arabuluculuğun hukuksal ve kurumsal bir çerçeveye kavuşturulması kuşkusuz önemli ve gereklidir. Mukayeseli hukuk sistemlerinde de arabuluculuk kurumu benzer şekilde mahkeme kararları ve yasal mevzuat ile yön bulmuş ve gelişme göstermiştir. Tasarının yargı sistemi ve avukatlık mesleği yönünden tehdit olarak algılanması bir yana bırakılarak ve ön yargılar aşılıp, halihazırda başarı ile uygulanmakta olan sistemler örnek alınmalı, yargının üzerindeki iş yükünü önemli ölçüde hafifletecek, hukuk ile bağlantılı tüm mesleki alanlarda, mesleğin icrasında kalitenin yükselmesine katkıda bulunacak ve kişilerin adalete erişiminde verimliliği arttıracak güncel araçlardan yararlanılması desteklenmelidir.

³⁵² **Dispute Resolution Office**, Consultation Document on Uniform International Commercial Mediation Act; **Yeşilirmak Ali**, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun Milletlerarası Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu (2002), MIHDER 2007/1, S.6, s. 85 vd.

SONUÇ

Anlaşmazlığın, dışa vurulmuş ve ikili ilişki içerisinde açıklanarak somut hale gelmiş biçimini oluşturan uyuşmazlık, insan doğasının bir parçası olarak, geçmişten günümüze, psikoloji, sosyoloji ve hukuk bilimlerinin ilgilendiği bir kavram olmuştur. Bu nedenle, uyuşmazlık çözümü konusuna da, farklı disiplinlerin getirdiği yaklaşımları harmanlayarak yaklaşmak, şüphesiz en verimli sonuçları getirecektir.

Öte yandan, ticari yaşam ve ticari yaşamdan kaynaklı uyuşmazlıklar da, kendine özgü ve farklı ihtiyaçları barındıran özellikler göstermekte olup, ilk ticaretin başladığı ve geliştiği toplumlarda dahi, ticari yaşam, bu özelliklere uygun şekilde, esnek, zaman ve para tasarrufunu hedef alan kurallar ile düzenlenmiştir.

Bu nedenlerle, aslında ne uyuşmazlık kavramı ne de uyuşmazlıkların kişiler arasında ve kişilerin kendi çabaları ile çözülmesi durumu, yeni ortaya çıkmış bir husus gibi görülmemeli ve tepki ile karşılanmamalıdır.

Uyuşmazlıkların yargı dışı yöntemlerle çözümünü amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve bunlar içerisinde özellikle ön plana çıkan ve en fazla gelişmiş yol olan arabuluculuk, ticari yaşamın getirdiği uyuşmazlıkların çözülmesinde de en uygun yollardan biri olarak kabul edilmektedir. Alternatif çözüm mekanizmaları, bir yandan adalete iyi ve verimli erişimi temin ederken, diğer yandan da, unutulmaya yüz tutmuş, samimiyet, dürüstlük, etik, ahde vefa gibi çok önemli kavramları, yeniden sahneye çıkarmaktadır.

Alternatif çözüm yolu olarak arabuluculuk, tek başına ve diğer teknikler ve araçlar ile kombine edilmek suretiyle, uyuşmazlığın taraflarına çok çeşitli seçenekler sunmakta, iş ilişkilerinin devamı ve gelecekteki menfaatlerin korunması temin edilerek, uyuşmazlık mümkün olan en az masraf ile ve en kısa zamanda çözüme ulaştırılabilmektedir. Bir uyuşmazlık yargıya intikal etmeden önce ve keza intikal ettikten sonra gündeme gelebilen arabuluculuk çözüm yolu, gönüllülük çerçevesinde yürüyen bir süreç olup, taraflar kendi uzlaşma süreçlerini kendileri yönetmekte, bu hususta uzman kişi ya da kişilerden destek almaktadırlar.

Basitten, karmaşığa, iki taraflıdan çok taraflıya pek çok ticari uyuşmazlık, arabuluculuk çözüm yolu için uygun kabul edilmekte ve arabulucunun birlikte veya ayrı ayrı kullanacağı tekniklerle, başarı ile çözüme ulaştırılabilmektedir. Avrupa Birliği ve öncesinde İngiltere, bu hususta büyük aşamaları son 10 – 15 yıllık zaman

diliminde katetmişlerdir. İngiltere’de sürecin Mahkeme kararları ve pilot uygulamalar ile geliştiği görülmektedir.

Her yeni kavram gibi, soru işaretleri ve farklı bakış açıları ile karşılanan arabuluculuk çözüm yolu ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, bu konudaki yabancı mevzuat ve uygulamalar incelenerek hazırlanmış olup, geliştirilebilecek yönlerine karşın kanımızca hukuk sistemimiz açısından olumlu bir adım olmuştur. Zira, yargısal süreçlerin, ağır iş yükü nedeni ile geldiği nokta açıktır.

Ülkemizde sistemin geliştirilmesi bakımından, Hâkimlere arabulucu gibi hareket etme hususunda daha fazla yetki verilmesi ve İngiltere’de olduğu gibi pilot programlar hazırlanarak yürürlüğe konması yararlı olacaktır. Keza, sistemin gelişiminin önündeki en önemli engel, gerçek anlamda bilinirliğinin azlığıdır. Bu nedenle, bilinirliğin artması anlamında yapılacak her türlü eğitim ve bilgilendirme çalışmaları kuşkusuz fayda sağlayacaktır. Avrupa Birliği düzeyinde de ifade edildiği gibi, sistemin gelişimi, avukatlarca benimsenmesi ve müvekkillerini bu yönde yönlendirmelerine önemli ölçüde bağlıdır. Bu nedenle, arabuluculuk çözüm yoluna ilişkin olarak hukukçu eğitimlerine ilişkin gerekli çalışmalar Hukuk Fakülteleri ile çeşitli kurum ve kuruluşlar bünyesinde ivedilikle başlatılmalıdır. Arabuluculuğun uygulanabileceği uyuşmazlıkların alan bakımından genişletilmesi de, bu sistemle sağlanmak istenen faydayı arttıracaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, önümüzdeki yıllarda ülkemizde de gelişecek ve önem kazanacak, hatta internet üzerinden yürüyen şekli ile ODR (çevrimiçi uyuşmazlık çözüm sistemleri) yürürlüğe girecektir. Zira ticari yaşamın büyük ölçüde internet üzerinden yürür hale gelmeye başlaması, uyuşmazlıkların çok taraflılığı ve uluslararası nitelikleri bunu zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda, alternatif uyuşmazlık çözümünün, güvensizlik ve endişe yaratan yönleri bertaraf edilerek, sistemin yerleştirilmesine çalışılmalıdır. Bu hususta tüm dünyada gelişmelere yön veren, bilgi ve belge bankası işlevi gören ve profesyonel standartların oluşmasını sağlayan enstitüler ve kuruluşlar, ülkemizde de oluşturulmalıdır.

Ülkemiz, gerek yargı sistemimizin güncel gelişmeleri yakalaması ve hafiflemesi, daha verimli hale gelmesi, gerekse Avrupa Birliği üyelik sürecinde, gelişmelerin dışında kalınmaması anlamında, alternatif uyuşmazlık çözümüne gereken önemi vermelidir.

KAYNAKÇA

- Advice Services Alliance ADR Update, Recent Developments in Alternative Dispute Resolution Update Series, (www.asauk.org.uk).
- Advice Services Alliance Mediation – Civil and Commercial Disputes, (http://www.adrnow.org.uk/go/SubPage_47.html)
- Antaki Nabil N. Cultural Diversity and ADR Practices in the World, ADR in Business, Chapter 11, USA 2006.
- Aslan Betül Hukuk Etiği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/6.
- Bargate Murray Solicitors Mediation in commercial disputes: mediation is a useful alternative to the cost and effort of litigation. Is it right for your business case? (http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-6663205/Mediation-in-commercial-disputes-mediation.html).
- Bede Ecclesiastical History of the English People, (www.books.google.com.tr).
- Benjamin Jessica Finding the Way Out : Commentary on Papers by Malcolm Owen Slavin and Daniel Kriegman and by Philip A. Ringstrom, Psychoanalytic Dialogues 1998, p. 589-598, (<http://www.pep-web.org/document.php?id=PD.008.0589A>).

- Bennett Simon Plato and Freud - The Mind in Conflict and The Mind in Dialogue, The Psychoanalytic Quarterly, (<http://www.pep-web.org/document.php?id=PAQ.042.0091A>).
- Biçkin İnci Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006.
- Birch Elisabeth The Globalisation of International Commercial Mediation, (http://www.european-arbitrators.org/EUROPEANARBITRATORS_FILES/CONTENT/Papers/Paper32.pdf).
- Bono Edward Conflicts – a better way to resolve them, Penguin Books 1991.
- Brahm Eric/ Ouellet Julian Designing New Dispute Resolution Systems, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/).
- Brahm Eric/ Burgess Heidi Shuttle Diplomacy, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/).
- Bridge Caroline Understanding Family Law Practice, The Family Advice and Information Services : A Changing Role For Family Lawyers in England and Wales, ([http://www.legalservices.gov.uk/docs/fains_and_mediation/FAlnS_evaluation_report_2007_\(2.56mb\).pdf](http://www.legalservices.gov.uk/docs/fains_and_mediation/FAlnS_evaluation_report_2007_(2.56mb).pdf)).

- Brown Henry/Marriot Arthur ADR Principles and Practice, London 1999.
- Buckland W.W./ McNair, Arnold D. Roman Law and Common Law – A Comparison in Outline, Cambridge University Press 1965, s. 20 vd., (<http://www.restoreliberty.us/files/comm on law/roman law cl.pdf>).
- Budak Ali Cem Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, XII Levha, 2009.
- Burgess Heidi/ Burgess Guy Constructive Confrontation Theoretical Framework, 1996, (<http://www.colorado.edu/conflict/peace/example/bug7467.htm>).
- Bush Robert/ Folger Joseph The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict, Revised Edition, 2005, s. 41 vd., (www.books.google.com.tr).
- Chaney A. William The Cult of the Kingship in Anglo-Saxon England, 1970, (www.books.google.com.tr).
- Clark Louise Mediation And Costs – The Present Position, Dec 2005, (www.pla.org.uk/_data/assets/word_doc/0007/.../Dec05article.doc).
- Centre For Effective Dispute Resolution (CEDR) CEDR Solve Practical Advice, (http://www.cedr.com/CEDR_Solve/advice/).

- Centre For Effective
Dispute Resolution (CEDR) The Second Mediator Audit, 2005,
(www.cedr.com).
- Chern, Cyril Dispute Resolution Guides –
International Commercial Mediation,
London, 2008.
- Clarke, John Commercial Mediation : A Road of
Discovery, (www.bara.org.uk).
- Clarke, Sir Anthony Master Of The Rolls, The Second Civil
Mediation Council National Conference,
“The Future Of Civil Mediation”,
Birmingham , 08 May 2008.
- Clift Rhys Mediation : The new European
Directive,
([http://www.civilmediation.org/files/pdf/
Mediation+the+new+European+Directiv
e.pdf](http://www.civilmediation.org/files/pdf/Mediation+the+new+European+Directive.pdf)).
- Collas J.P. Selden Society (Year Books of 12
Edward II 1319), Vol. 81,U.K. 1964.
- Commission of the European
Communities Green Paper on alternative dispute
resolution in civil and commercial law,
Brussels 2002.
- Commission of the European Communities Proposal for a Directive of the European
Parliament and of the Council on certain
aspects of mediation in civil and
commercial matters, Brussels,
22.10.2004.

Commission of the European
Communities

COMMISSION RECOMMENDATION
of 30 March 1998 on the principles
applicable to the bodies responsible for
out-of-court settlement of consumer
disputes.

Commission of the European
Communities

Commission Working Document and
Commission Proposal on EEJ-NET.

Commission of the European
Communities

Press Release on FIN-NET.

Commission of the European
Communities

Commission Communication on SOL-
VIT.

Conflict Research Consortium Staff

Book Summary of The Resolution of
Conflict by Morton Deutsch,
([http://www.beyondintractability.org/bo
oksummary/10405/](http://www.beyondintractability.org/bo
oksummary/10405/)).

Cordes Albrecht

The Search for a Medieval Lex
Mercatoria, Oxford University
Comparative Law Forum, 2003,
([http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.
shtml](http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.
shtml)).

Cornes David

Construction Mediation and Case
Studies,
[http://www.mediatewithcornes.co.uk/arti
cles.htm](http://www.mediatewithcornes.co.uk/arti
cles.htm).

CPR – European Mediation	European Mediation Procedure (1996) (http://www.cpradr.org).
Council of Europe Council of Europe	Tampere Meeting Conclusions. Council Regulation No 743/2002 establishing a general Community framework of activities to facilitate the implementation of judicial cooperation in civil matters.
Council of Europe	Council Regulation 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Brussels.
Council of Europe	European Code of Conduct for Mediators.
Coyle Michael	Mediation- Part 1, 18 June 2008, (http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/1107-Mediation-Part-1.htm).
Craigforth	Evaluation of the small claims support service pilot at Reading County Court, , September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-reading.pdf).
Cüceloğlu Doğan	Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim Donanımları, 2. Basım, İstanbul 2002.
Çelik Nuri	İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.
Demir Şamil	Arabuluculuk Açılış Konuşması, (www.arabulucu.com).
Demir Şamil	Amerikalı Arabulucuların Vazgeçilmezi : Skype, (www.arabulucu.com).

- Demir Şamil Yeni Bir Meslek : Arabuluculuk, Terazî Hukuk Dergisi, 21 Mayıs 2008.
- Deutsch Morton/Coleman Peter T./
Marcus Eric C. The Handbook of Conflict Resolution – Theory and Practice, 2nd Edition 2006, (www.books.google.com.tr).
- Director Note Dispute Resolution – Alert, The Mediation of International Disputes, Vol 6, No 4, Fall 2006, (www.jamsadr.com/images/PDF/DRA-2006-09.pdf).
- Dispute Resolution Office Consultation Document on Uniform International Commercial Mediation Act; (<http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/401010/ConsultationDocument.pdf>).
- Doyle Margaret Evaluation of the small claims mediation service at Manchester County Court, September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-manchester.pdf).
- Drummond, Rita Mediation And Civil Courts: Foundations for an independent and enduring partnership, (<http://ssrn.com/abstract=962122>).
- Dunlop, J. T. Dispute Resolution: Negotiation and Consensus Building, New York 1984.

- Editorial Note EU Directive Requires New Mediation Policies, Dispute Resolution Journal, (<http://findarticles.com>).
- Editorial Note The ECC-NET offers informal dispute resolution throughout Europe: at low-cost and quickly, (<http://www.euroconsumatori.org/16853.html>).
- Enache, Vlad An Analyses of the Dispute, (http://www.ici.ro/SIC/sic1998_3/art05.html).
- Erişir Evrim/Tekin Ceren Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usûller Üzerine Yeşil Kitap, MİHDER, 2008/1.
- Ertike, Tolga Uluslararası Ticarete Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yolları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007.
- Eskiyörük, Serhat Avrupa Birliği'nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme, (www.arabulucu.com).
- Euro Expert Legal problems and opportunities for ADR in the European Union, 2003, Portugal, (cms.euroexpert.org/cms/upload/pdf/downloads/legal_problems.pdf).

Euro Mediation

Alternative Dispute Resolution at the European Community Level,
(http://www.richardbutler.net/Euromed/History_EC_Involvement_%20in_ADR.htm).

European Union
EU Justice and Home
Affairs Council

Treaty of Amsterdam.

Action Plan of the Council and the Commission on How Best To Emplement The Provisions Of The Treaty Of Amsterdam On An Area Of Freedom, Security and Justice.

EU Justice and Home
Affairs Council

Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law,
(http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_comments_en.pdf).

European Union
Justice and Home
Affairs Council

Settling out of court - developing alternative methods to resolve civil and commercial disputes in the European Union,
(http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm).

- European Parliament
Press Release : Mediation in Civil and Commercial Matters, Brussels, 2008.
- Fisher, Roger / Ury, William/
Getting to Yes, 2nd Edition, UK, 1992.
- Patton, Bruce
Noterliğin Toplumsal Önemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008.
- Feyzioğlu, Metin
Court-Based ADR Initiatives for Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court and Court of Appeal, London 2002.
- Genn, Hazel
Court-Based ADR Initiatives For Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court And The Court Of Appeal, University College London, (www.adr.civiljusticecouncil.gov.uk/.../Research_reports_-_Genn_2002_Summary.doc).
- Genn, Hazel
Mediation in Action: Resolving Court Disputes without Trial, Calouste Gulbenkian Foundation, 01.05.1999.
- Genn/ Woolf/ Whitaker
Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice, Mediation Quarterly, Summer 1996, (<http://www.colorado.edu/conflict/transform/folger.htm>).
- Glaser Tanya, Joseph P. Folger and Robert A. Baruch Bush

- Goldberg Stephen B./ Sander Frank E.A./
Rogers Nancy H. Dispute Resolution – Negotiation,
Mediation and Other Processes, New
York 1999.
- Goldberg Stephen B./Sander Frank E. A./
Rogers Nancy H./Cole Sarah R. Dispute Resolution, Negotiation,
Mediation and Other Processes, New
York 2003.
- Goldsmith, J.C. / Ingen-Housz, Arnold/
Pointon, Gerald H. ADR in Business : Practice and Issues
across Countries and Cultures, Kluwer
Law, 2006.
- Gürseler, Güneş Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Ön
Değerlendirme,(www.arabulucu.com).
- Halsey Case (2004) (http://www.adrnw.org.uk/go/SubPage_73.html).
- Harries Richard Article on Jonathan Sacks’ The Dignity
of Difference : How to Avoid the Clash
of Civilisations, Scottish Journal of
Theology 2004,
(<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract;jsessionid=075627D606F136C2A9C13B7D91B36F9B.tomcat1?fromPage=online&aid=204667>) (erişim :
21.12.2009).

- Herrberg Antje
Perceptions of International Peace
Mediation in EU, November 2008,
(http://www.initiativeforpeacebuilding.eu/pdf/Needs_analysis.pdf).
- HM Court Services
Second Report of Commercial Court
Committee, HMCS, (
[http://www.hmcourts-
service.gov.uk/publications/misc/admiralcomm/working_party.htm#MediationAgreements](http://www.hmcourts-service.gov.uk/publications/misc/admiralcomm/working_party.htm#MediationAgreements)).
- HM Court Service
Halsey v Milton Keynes General NHS
Trust Court of Appeal (Civil Division),
11.05.2004 , (www.hmcourts-
service.gov.uk/.../j2515/halsey-v-
mkg.htm).
- ICMA
Survey Presentation 2009,
(http://www.icma.ie/news_and_events/commercial_mediation_awareness_survey_2009.397.496.news.html).
- Hong Kong Civil Justice
Reform
Mediation in Commercial Disputes in
England and Wales,
(www.civiljustice.gov.hk/cjr/download.jsp?FN=documents/Mediation_in_Commercial_Disputes_in_England_and_Wales.pdf -).
- Howell/Iwaysk/Waller
Arabulucunun Kontrol Listesi,
(www.arabulucu.com).

- Hutchinson, Brian Online Dispute Resolution and the Future of ADR: Lessons Learned from ECODIR The Electronic Consumer Dispute Resolution Project, (cec.consumoinc.es/cec/secciones/.../Madrid/.../Hutchinson_Brian.pps).
- ICANN Ombudsman Network Ombudsman Framework, (<http://www.icann.org/ombudsman/documents/ombuds-frmwrk-eng-20jun05.pdf>).
- Ildır Gülgün Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.
- İsfen Osman Çeviri: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya), MİHDER, 2006/3.
- İsfen Osman Çeviri: 25 Nisan 2000 Tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu (Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu), MİHDER, 2006/3.
- İstanbul Barosu Başkanlığı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüşler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2007/5.

İstanbul Barosu Meslek Sorunları

Komitesi

Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/5.

Jones Dan C.

The Leader's Role as Mediator of Conflict, Virginia Community College System, Volume 3, 1998, (<http://www.vccaedu.org/inquiry/inquiry-fall98/i31jones.html>).

Kallipetis Michel

Mediator's Musings on Mediation, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel

Bar Council Comments on Draft Mediation Code, 2004, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel

Costs of Mediation in the UK , from a mediator's viewpoint, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel

European Directive on ADR, It's progress and it's likely effect, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel

Mediation in Commercial Disputes, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel

The European Directive Scuppered?, (www.kallipetis.com).

Kallipetis, Michel / Ruttle, Stephen

Mediation in Commercial Disputes, London, 2005.

- Kekeç Elif Kismet Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009.
- Knopf Alfred A. Freud : Conflict and Culture – Essays on His Life, Work and Legacy, New York 1998.
- Kuner Christopher Legal Obstacles to ADR in European Business-To-Consumer Electronic Commerce, (<http://www.kuner.com/data/pay/adr.html>).
- Kuner Sebastian The Role of Social Conflict, Termpaper 2003, University of Port Elisabeth, (<http://www.grin.com/e-book/108219/the-role-of-social-conflict>).
- Kuru Baki 2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, MİHDER, 2009/12.
- Mackie Karl The Use of Commercial Mediation in Europe, CEDR Director, (<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/discussion2.html>).
- Maiese Michelle Negotiation, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Research Consortium, University of Colorado, 2003, (<http://www.beyondintractability.org/essay/negotiation/>).

- Marsh Jack Hegel, Kierkegaard, and the Structure of a Spirit-full Self, Quodlibet Journal, Volume 5 Number 4, Oct 2003, (<http://www.quodlibet.net/articles/marsh-self.shtml>).
- Mistelis, Lucas ADR in England and Wales : A Successful Case of Public Private Partnership, Global Trends in Mediation (Edited by : Najda Alexander), Kluwer Law International, 2nd Edition, (<http://books.google.com.tr>).
- Moore, Christopher William The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, Third Edition, San Francisco 2003.
- Mutlu, Erdem İlker Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/5.
- Nelson, N. /Stipanowich, T J / CPR European Committee Commercial Mediation in Europe, London 2005.
- Nesic, Miryana Mediation - On The Rise In The United Kingdom?, (www.austlii.edu.au/au/journals/BondLRev/2001/20.html).
- Newmark, Christopher / Monaghan, Anthony Mediators on Mediation, Tottel Publishing, 2005.

- New World Encyclopeida
Scholasticism,
(<http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Scholasticism>).
- Notini Jessica
Effective Alternative Analysis in
Mediation : BATNA/WATNA Analysis
Demystified, Jan 2005,
(<http://www.mediate.com/articles/notini1.cfm>).
- Oğuz Arzu
Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk
Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku,
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, 2001.
- Owen S.E.
Third Party Involvement in Industrial
Disputes, New York 1989.
- Özbay İbrahim
Alternatif Uyuşmazlık Çözüm
Yöntemleri, Erzincan Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/3-4.
- Özbek Mustafa
Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara
2004.
- Özbek Mustafa
Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve
Noterin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni
İşlevi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk
Dergisi, Sayı 132, Aralık 2006.
- Özbek Mustafa
Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve
Uygulanması, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye
Armağan, Ankara 2006.
- Özbek Mustafa
Avrupa Konseyi Arabuluculuk
Yönergesi Önerisi, Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007.

- Özbek Mustafa Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin, 2009 – (AUÇ 2009)
- Özbek Mustafa Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi, 2008,
(<http://www.arabulucu.com/adr-alternatif-uyusmazlik-cozumu/uyusmazlik-cozumunun-ekonomik-degerlendirmesi-ve-karar-agaci-analizi>).
- Özbek Mustafa Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2.
- Özbek Mustafa Arabulucular için Model Etik Kurallar, (www.arabulucu.com).
- Özbek Mustafa Çeviri : Adalete Erişim-Nihai Rapor, Lord Woolf, MİHDER, 2006/2.
- Özdemir Didem Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009.
- Özkes Muhammet Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006.

- Özekes Muhammet Ülkemizde Yargı Etiği Sorunlarına Örneklerle Bir Bakış, Yasama ve Yargı Etiği Alanındaki Gelişmeler Uluslararası Konferansı, Ankara, 2009, (www.coe.int/t/dghl/.../TYEC_Muhammet_Ozekes-Yargi_Etigi.pdf).
- Özekes Muhammet Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu, Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/6.
- Özkök Gülriz Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/
Özekes Muhammet Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008.
- Pekcanıtez Hakan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 2007, Ankara 2008.
- Pescitelli Dagmar An Analysis of Carl Rogers' Theory of Personality, (http://pandc.ca/?cat=carl_rogers&page=rogerian_theory).
- Phillips Lord Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint, India, 29 March 2008, (http://www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/lcj_adr_india_290308.pdf).

- Piggot Mike ADR and Mediation, Semple Piggot Rochez (Legal Education) Ltd, 15/09/2005.
- Prince Sue/ Belcher Sophie An evaluation of the small claims dispute resolution pilot at Exeter County Court, September 2006, (www.dca.gov.uk/civil/adr/small-claims-exeter-full.pdf).
- Priscus Javolenus Cassius (Digest 4.8.39).
- Rao M. Jagannadha Concepts of Conciliation and Mediation and Their Differences, (<http://lawcommissionofindia.nic.in/adr/conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf>).
- Relis Tamara Perceptions in Litigation and Mediation, Cambridge University Press, 2009.
- Richbell David Construction Mediation, John Wiley and Sons Ltd, 29.02.2008.
- Roebuck Derek Early English Arbitration, Holo Books The Arbitration Press, 2008.
- Rozemond Marleen Descartes's Dualism, (www.books.google.com.tr).

- Rosenberg Steven
Real Litigators Don't Eat Quiche &
Other Myths About Mediation,
(<http://www.rosenbergmediation.com/pg8.cfm>).
- San Coşkun
Düşman İmgeleri ve Hoşgörü, Prof. Dr.
Hamide Topçuoğlu'na Armağan,
Ankara,1995.
- Sartre Jean Paul
Basic Writings – Edited by Stephen
Priest, s.223 vd.,
(www.books.google.com.tr).
- Scottish Mediation Network
The role of mediation in commercial
disputes in Scotland, 2008,
(www.scottishmediation.org.uk).
- Semizoğlu Hakan
Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların
Üzerinde Serbestçe Tasarruf
Edebilecekleri İş ve İşlemlerden Doğan
Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İstanbul
Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi,2008/5.
- Shaw Margaret
Conference on Mediation, Switzerland,
1996,
(<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/shaw.html>).
- Schellenberg James A.
Conflict Resolution : Theory, Research
and Practice 1996,
(www.books.google.com.tr).

- Schiller A. Arthur Roman Law – Mechanisms of Development, 1978, (www.books.google.com.tr).
- Shiner Kate The Hegelian Dialectic : A productive method of evolution, The Story of Evolution, Spring 2005, (http://serendip.brynmawr.edu/sci_cult/evolit/s05/web1/kshiner.html).
- Simmons & Simmons Law Office Mediation Survey, 2005, (www.simmons-simmons.com).
- Spangler Brad Positional Bargaining, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/positional_bargaining/).
- Spangler Brad Reality Testing, Beyond Intractability, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Research Consortium, University of Colorado, 2003, (<http://www.beyondintractability.org/essay/negotiation/>).
- Spangler Brad Transformative Mediation, 2003, (http://www.beyondintractability.org/essay/designing_dispute_systems/).
- Spinelli Ernesto Practising Existential Psychotherapy – The Relational World, 2007, s. 65 vd., (www.books.google.com.tr).

- Standford Encyclopedia of Philosophy Aristotle's Ethics, July 2007, (<http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-ethics/>).
- Stitt Alan J. Mediation : a practical guide, London, 2004.
- Strasser Freddie / Randolph Paul A Psychological Insight into Conflict Resolution, London, 2008.
- Sungurtekin-Özkan Meral Yargılamanın Geciktirilmesi ve Hızlandırılmasında Avukatların Rolü, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir, 2000.
- Sungurtekin Özkan Meral Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER, 2005/2.
- Sungurtekin Özkan Meral Medeni Kanununun Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından Düşündürdükleri (Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-1, Eskişehir 2002, Yeni Türk Medenî Kanununun Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003.
- Sun Tzu The Art of War, Special Edition, USA 2005, (www.books.google.com.tr).
- Şıpka Şükran Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2007/2.

- Tanrıver Süha Noterlerin Tespit İşleri, MİHDER, 2006/3.
- Tanrıver, Süha Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri Ve Değerlendirilmesi, Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin 2009.
- Tanrıver Süha Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, Mayıs 2006.
- Tanrıver Süha Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları : Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- Tanrıver Süha Makalelerim, Ankara 2006 - (Makale).
- Taran Leonardo Heraclitus : The River-Fragments and Their Implications, Collected Papers (1962-1999), (www.books.google.com.tr).
- Tekin Ceren Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi, MİHDER, 2006/3.
- Telford Megan Elisabeth Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative, Current Issues Series, Queen University, 2000.

- Terry Deborah J./ Hogg Michael A. Attitudes, Behaviour and Social Context, 2000, s.201 vd.
(www.books.google.com.tr).
- The Free Dictionary (<http://www.thefreedictionary.com/dispute>).
- Thomas Phillip J. Bona Fides, Roman Values and Legal Science, Sabinet Electronic Publishing 2004, Issue 10, s. 188-199,
(http://www.sabinet.co.za/abstracts/funda/funda_n10_a10.xml).
- Trakman Leon E. The Law Merchant : The Evolution of Commercial Law, 1983, s. 7 vd.,
(http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/trakman_lawmerchant.pdf).
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü (www.tdk.gov.tr).
- Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (Hazırlayanlar: Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006.
- Uhle, Bühring Christian / Kirchhoff, Lars / Scherer, Gabriele Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer Law, 2006.

UK Department of Constitutional Affairs	Court Mediation Service Toolkit, (http://www.dca.gov.uk/civil/adr/index.htm#6).
UK Ministry of Justice	Civil Procedure Rules.
UK Solicitors Regulation Authority	The Training Regulations.
Ury William	Getting Past No, UK, 1992.
Warbeck Johannes	Alternative Dispute Resolution in the World of Bussiness : a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany.
Waring Michael	Commercial Dispute Resolution, The College of Law, 2009.
Wertheim E.	Negotiations and Resolving Conflict: An Overview, (http://web.cba.neu.edu/~ewertheim/inteprer/negot3.htm).
White Rupert	Judge criticises Court of Appeal on mediation, (www.lawgazette.co.uk).
Wright Ian/Mastrandrea	Alternative Dispute Resolution, Construction Law Handbook, 2007 Edition, Chapter 5, (www.books.google.com.tr).
Wormald Patrick	The Making of English Law : King Alfred to the Twelfth Century (www.books.google.com.tr).

- Wood Ian Disputes in Late Fifth –and Sixth-Century Gaul : some problems, (www.books.google.com.tr).
- Woolf Lord J. Access to Justice - Final Report, (<http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>).
- Yaltı Başar Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Hukukluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/5.
- Yeşilirmak Ali Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun Milletlerarası Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu (2002), MIHDER 2007/1.
- Yıldırım M. Kamil İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alagonya için Armağan, İstanbul 2007.
- Yılmaz Ejder Usul Ekonomisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008.
- Yılmaz Ejder İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı, İş Hukuku Dergisi 2007/8.
- Zumeta Zena Styles of Mediation : Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation, (<http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>).

EKLER

**TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN ALTERNATİF
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINA BAKIŞ**

Bu anket çalışması, ticari uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması konusuna ilişkin olarak, ticaret hayatında faaliyet göstermekte olan kişi ve kurumların bakış açılarını anlamak üzere ve görüşlerini toplamak üzere hazırlanmıştır.

İşaretlemeyi lütfen basılı kağıt üzerinde tükenmez kalemle, bilgisayar ortamında ise seçeceğiniz şıktaki yazıyı/ yazıları kırmızıya boyayarak yapınız. Yazılı yanıtları da aynı şekilde tükenmez kalemle yahut bilgisayar ortamında kırmızı renkle yazarak veriniz.

Katılımlarınız ve desteğiniz için teşekkür eder, soru , sorun ve görüşleriniz için iletişime geçmenizi rica ederiz.

Özge Aksu

avozgeaksu@yahoo.com

Adres : 2131/16 Sokak No :1 Canbazoğlu Apt. K.2 D.7 Bayraklı İZMİR

Tel : (232) 486 38 88 – 486 67 40 Faks : (232) 486 61 20

BAY / BAYAN

İSİM :
SOYİSİM :
ŞEHİR :
DOĞUM TARİHİ :

*** Cinsiyet, şehir, doğum tarihi bölümlerini lütfen doldurunuz. İsim ve soy isim bildirilmesi zorunlu değildir.

1. Şirketiniz/Ticari Faaliyetleriniz/Kariyeriniz kaç yıldır devam etmektedir ?

..... yıl

2. Şirket bünyesinde pozisyonunuz nedir ?

A - Şirket Sahibi / Ortağı

B - Üst Düzey Yönetici

C - Orta Düzey Yönetici

3. Çalışan sayınız kaçtır ?

4. Hangi sektörde faaliyet göstermektedir ?

• Bilgi Teknolojileri

• Finans

• Üretim

• Turizm / Seyahat

• Gayrimenkul / İnşaat

• Perakende

• Diğer – Lütfen Belirtiniz :

5. Son 5 yıl içerisinde, şirketiniz/siz aşağı yukarı hangi sayıda ticari uyuşmazlık yaşadınız ?

A- Hiç

B- 1 – 10

C- 11 – 20

D- 20 +

6. Uyuşmazlık çözümünde hangi yolu tercih ettiniz ?

A – Müzakere

B - Yargısal prosedürler

C- Tahkim

D- Arbuluculuk

7. Uyuşmazlık çözümü bakımından tercihinizde etken olan husus neydi ?

- A – Maliyet
- B – Zaman
- C – Diğer. Lütfen belirtiniz :

8. Uyuşmazlığın çözümü için yargısal prosedürlere başvurdu iseniz, prosedürler ortalama ne kadar sürdü?

- A- 6 ay
- B- 1 yıl
- C- 1-2 yıl
- D- 2 yıldan fazla. Nedenlerini belirtiniz :

9. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk çözüm yolu hakkında bilginiz var mı ?

A – Evet, bazen bu yolu kullanmayı tercih etmekteyiz. (Doğrudan 12. soruya geçiniz)

B – Evet, ancak bu yolu kullanmayı tercih etmiyoruz. (Doğrudan 13. soruya geçiniz.)

C - Hayır, bu çözüm yolunun tam olarak ne anlama geldiği ve neyi içerdiğinden bilginiz bulunmamaktadır. (10. bölümden devam ediniz)

D - Hayır, daha önce böyle bir şeyi hiç duymadık. (10. bölümden devam ediniz)

10. Açıklama – Bu bölüm bir soru olmayıp, arabuluculuk çözüm yolu ile ilgili açıklamaları içermektedir.

Arbuluculuk, taraflara belli çözüm yolunu dayatma yetkisi bulunmayan, bağımsız ve tarafsız, uzman bir üçüncü kişiye yönetilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm biçimidir. Prosedür, tarafların uyuşmazlıkla ilgili müzakere sürecine girmek hususunda anlaşmaları ile başlar. Arabulucu, süreci yönetir, sorunları tanımlar, anlayış farklılıklarını bertaraf etmeye çalışarak tarafları birbirine yakınlaştırır, tarafların kabul edebileceği bir çözüm yolu yaratmaya çalışır. Süreç boyunca kullanılan her türlü materyaller ve her türlü taraf açıklamaları gizlidir ve amaç dışı

kullanılamaz. Taraflardan herhangi biri, haklarına hanel gelmeksizin süreçten dilediği aşamada çekilebilir.

- Örnek Olay -

Bir Joint Venture projesinin iki ortak şirketi aralarında yaşanan uyuşmazlık neticesinde birbirlerine karşı talepler yöneltirler. Ancak kurulmuş olan iş ve güven ilişkisine de önem verdiklerinden dava yolu yerine arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayı tercih ederler.

Bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi – arabulucu – nun süreci yönetmesi üzerinde anlaşılır. Tayin edilen arabulucu, belli kurallar temelinde prosedürü ve toplantıları organize eder. Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları önem ve öncelik sırasına koyar. Aralarındaki uyuşmazlıkları ortaya koymak ve müzakere etmek üzere eşit şartlarda biraraya gelme fırsatı sağlar. Arabulucu vasıtası ile taraflar, duygusal tansiyonu dengeleyerek ve ortaya çıkan bir çok yanlış anlaşılmayı bertaraf ederek, uyuşmazlıklarının çözümü için pek çok yol geliştirirler.

Böylece, joint venture projesinin operasyonel olarak devam etmesini ve bu süreçte, bir uzman hukukçu tarafından hazırlanacak bir anlaşma akdetmeyi kararlaştırırlar. Bu şekilde, uyuşmazlıklar iki tarafın da tatmin olacağı şekilde giderilmiştir. Tüm süreç oldukça esnek ve tarafların dahil olmayı gönüllü olarak kabul ettikleri bir zeminde gerçekleşmiş, 2 hafta ve toplamda 10 saatlik bir arabuluculuk süreci içerisinde sorun çözülmüştür. Arabuluculuk süreci için yapılan giderler ise, problemin yargıya taşınmış olması halinde oluşacak masraflardan kat be kat az olmuştur. Yine dava sürecinin tersine, proje ile ilgili paylaşılan her türlü bilgiler gizli tutulmuş, uyuşmazlık yalnızca taraflar ile arabulucunun bilgisinde kalmıştır.

11. Yukarıda belirtilen açıklamalar ve örnek olay ışığında şirketiniz/siz gelecekte meydana gelebilecek uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk çözüm yolunu kullanmayı düşünür müsünüz ?

A – Muhtemelen evet (12. Sorudan devam ediniz)

B – Pek muhtemel değil (Doğrudan 13. Soruya geçiniz)

C – Kararsızım, ancak arabuluculuk çözüm yolu hakkında daha fazla bilgi edinmeyi isterim
(Doğrudan 13. soruya geçiniz)

D – Diğer (Doğrudan C Bölümüne geçiniz)

12. Sizi arabuluculuk çözüm yolunu tercih etmeye iten nedenleri işaretleyiniz
(Birden fazla seçenek İşaretlenebilir)

A – Arabuluculuk çözüm yolu, hukuksal anlamda adaleti gerçekleştirmekten ziyade, tarafların iş yaşamı ile ilgili menfaatlerini gözetir ve fırsatları geliştirmeyi amaçlar.

B – Taraflarca üzerinde anlaşılmış bir çözüm yolunun icrası, yargısal ya da yargı dışı bir kararın icrasına nazaran daha kolay ve verimli olacaktır.

C – Arabuluculuk, taraflara, uyuşmazlıkları üzerinde kısmi bir anlaşma sağlanmak suretiyle, bir yandan iş yaşamı ile ilgili karşılıklı faaliyetlerine devam etme imkanı vermekte, bu süreçte diğer konuları da görüşme ve anlaşmaya varma imkanı sağlamaktadır.

D – Taraflar, arabuluculuk sürecini ihtiyaçları çerçevesinde uygun olduğu şekilde, esnek bir biçimde yapılandırabilirler.

E – Taraflar süreç ve oluşacak anlaşma zemini üzerine yargısal süreçlere ve diğer yollara nazaran daha fazla kontrol sahibidirler.

F – Arabuluculuk süreci, informal, tehditkar olmayan bir biçimde ve yasal süreçlerin içerdiği teknik ayrıntılar olmaksızın yürür.

G – Taraflar aradaki uyuşmazlık konularını doğrudan iletişimle, daha belirli bir hale getirerek, birlikte çözüm yolları yaratırlar.

H – Diğer tarafın talepleri ve yaklaşımı, uzun ve masraflı olacak bir yargılama sürecine girilmeksizin anlaşılabilir.

I – Arabulucu, müzakere sürecindeki kilitlenmeleri önleyebilir ve çözüm getirebilir.

J – Arabuluculuk süreci, zamandan ve paradan tasarruf sağlar.

K – Herhangi bir başka yola başvurmadan önce, birbirine zarar vermeksizin konuyu çözme yaklaşımını denemeyi sağlar.

L – Diğer nedenler – Lütfen belirtiniz :

13. Ticari bir uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk çözüm yolunu tercih etmeme nedenlerinizi belirtiniz. (Birden fazla seçenek işaretlenebilir)

A – Arabuluculuk çözüm yolunun başarılı olmaması, ekstra zaman ve para kaybına neden olacaktır.

B – Arabuluculuk çözüm yolu, bağlayıcı bir sonuç doğurmaması bakımından, müzakere ile aynı içeriktedir.

C – Arabuluculuk çözüm yolu neticesinde anlaşma sağlanması zorunluluğu yoktur.

D – Arabuluculuk çözüm yolu, karmaşık delillerin ve belgelerin söz konusu olduğu kompleks uyuşmazlıklar için uygun değildir.

E – Taraflar arasında uyuşmazlıkların düşmanca bir tavra dönüşmüş olduğu durumlarda, arabuluculuk süreci içerisindeki yüzyüze ve doğrudan iletişim bu hisleri ve kişisel uyuşmazlıkları körükleyebilir.

F – Arabuluculuk prosedürü fazlaca esnek ve serbest olduğundan, zaman kazanma taktiği olarak ve kötüniyetle kullanılması çok mümkündür.

G – Arabuluculuk sürecindeki ifadelerin ve verilen bilgilerin gerçeğe uygunluğunun garantisi yoktur.

H – Diğer taraf, arabuluculuk sürecini, açıklanacak bilgileri edinmek ve ileriye dönük olarak sistimal amaçlı kullanma eğiliminde olabilir.

I – Taraflar, tanımadıkları bir üçüncü kişi önünde, açık olmama ve belli bilgileri vermekten ya da belli hususları müzakere etmekten kaçınma eğiliminde olabilirler.

J – Arabulucunun, uyuşmazlıkla ilgili yasal otorite gibi hareket etme ve yürütülebilir bir karar tesis etme yetkisi yoktur.

K – Prosedür çok yenidir ve henüz yeterince emsal olay mevcut değildir.

L – Diğer nedenler. Lütfen belirtiniz :

14. Bu bölüm soru içeriği taşımamaktadır. Bir arabulucunun sahip olması gereken nitelik ve Yeterlilikleri değerlendiriniz.

15. Çok iyi düzeyde iletişim becerisi

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

16. Arabuluculuk prosedürü ile ilgili profesyonel anlamda eğitim almış olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

17. Uyuşmazlık konusu ile ilgili geniş ölçüde ve ileri düzeyde bilgi ve deneyim sahibi olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

18. İyi derecede hukuki bilgi sahibi olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

19. Makul düzeyde bir hizmet bedeli talep etmesi

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

20. Yeterli düzeyde teminat sağlayan bir mesleki sorumluluk sigortasına sahip olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

21. Bağımsız ve tarafsız olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

22. İlgili çevrelerde iyi bilinen ve tanınan biri olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

23. Adil, etik ve dürüst olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

24. Arabuluculuk alanında uzun süreli ve iyi deneyim sahibi olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

25. Uyuşmazlık çözümü alanında bir organizasyona üye olması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

26. Belli ölçüde otorite sahibi olması ve güven uyandırması

1. Önemli Değildir.
2. Düşük derecede önem taşır.
3. Önemlidir.
4. Oldukça önemlidir.
5. Çok önemlidir.

27. Diğer özellikler. Lütfen belirtiniz :

28. Bu bölüm soru içermemektedir. Arabuluculuk süreci ile ilgili aşağıdaki ifadeler hakkında görüşünüzü olumlu ya da olumsuz olarak belirtiniz.

29. Uyuşmazlığın ve dayanak hususların daha evvel yaşanmamış ve alışık olmadığımız nitelikte olması halinde, arabuluculuk çözüm yolu uyuşmazlık bakımından daha uygun görünmektedir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

30. Karşı tarafın, arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayı istemesinde samimiyet unsuru çok önemlidir. Bunu anlamak bakımdan ticari ilişkinin geçmişi temel belirleyici unsurdur.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

31. Taraflar arasındaki güç dengeleri, yargı dışı bir çözüm yoluna başvurmayı istemek ya da istememek açısından temel belirleyici unsurlardan biridir. Bu bağlamda, alternatif çözüm yoluna başvurmak isteyen ya da bunu kabul eden taraf, konum itibariyle güçsüz ya da açıkları olan bir pozisyondadır.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

32. Uyuşmazlığın taraflarının ikiden fazla olması, zaman ve para bakımından tasarruf yönünden arabuluculuk prosedürünü yargısal prosedürlere nazaran daha verimli kılar.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

33. Acil önlem/tedbir alınması gereken durumlarda arabuluculuk prosedürü – bağlayıcı bir unsur- içermediğinden uygun bir seçim olmaz.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

34. Acilen önlem/tedbir alınması gereken durumlarda, Mahkemece ilgili tedbirin uygulanmasını sağladıktan sonra, arabuluculuk çözüm yolu denenebilir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

35. Uyuşmazlık yüksek bir meblağı kapsamıyorsa, zaman unsuru ikinci planda kalacaktır. Bu halde, yargısal prosedürler arabuluculuğa nazaran daha fazla tercih edilebilir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

36. Uyuşmazlığın kapsamı ne olursa olsun, ticari ilişkilerin devamı ve iş yaşamı anlamında çözüm odaklı bir uzlaşmanı sağlanması arayışı birinci planda gelir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

37. Uyuşmazlığa ilişkin olarak yargılama sürecine başvurulmuş ve kazanılmış olmasına karşın, oluşan sonucun takip edecek uyuşmazlıkların doğması ve çözülmesine yeterli olmaması halinde, arabuluculuk çözüm yolu iyi bir alternatiftir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

38. Yargısal süreçte bir davanın kazanılıp kazanılmayacağını ya da oluşan sonucun tatmin edici olup olmayacağını öngörülmesi çok zordur. Bu nedenle arabuluculuk çözüm yolu her durumda iyi bir alternatif olarak görünmektedir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

39. Uyuşmazlığa ilişkin olarak güçlü konumda bulunan taraf, yargısal süreçlere başvurarak, bunu müzakere ya da alternatif çözüm süreçleri içerisindeki konumunu güçlendirmek ve kendi lehine bir anlaşma zemini yaratmakta kullanacaktır.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

40. Her uyuşmazlık bakımından yapılan anlaşma mutlaka bir tarafın lehinedir. Tarafların eşit konumda bulunmaları imkanı yoktur.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

41. Uzman, deneyimli, profesyonel, adil ve etik bir üçüncü kişi yönetiminde gelişen bir uzlaşma zemininde pozisyonları ne olursa olsun, taraflar eşit konumda bulunabilirler ve her iki tarafın da tatmin olacağı bir anlaşma sağlanabilir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

42. Uyuşmazlık içerisinde olduğum karşı tarafla yüzyüze gelmek ve tarafsız bir üçüncü kişi nezdinde de olsa doğrudan iletişim içerisinde olmak beni rahatsız hisseder. Böyle bir ortamda verimli bir çözüm üretileceğine inanmıyorum.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

43. Arabuluculuk veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözümünü mutlaka hukuki danışmanım ile birlikte yürütmek isterim.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

44. Şirketime/şahsıma hukuki danışmanlık hizmeti veren ofisin/kişinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bilgi sahibi olması ve beni bu anlamda doğru yönlendirebilmesi benim için önemlidir.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

45. Hukuki danışmanımın beni alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak bilgilendirmesi ve yönlendirmesi, uyuşmazlık bakımından hukuki anlamda zayıf bir konumda olduğumuz ya da hukuki danışmanın ilgili uyuşmazlık bakımından yeterli hukuksal deneyimi olmadığı şüphesini uyandırır.

1. Katılıyorum
2. Katılmıyorum

TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINA BAKIŞ

Bu anket çalışması, ticari uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması konusuna ilişkin olarak, hukukçuların bakış açılarını anlamak üzere ve görüşlerini toplamak üzere hazırlanmıştır.

İşaretlemeyi basılı kağıt üzerinde tükenmez kalemle, bilgisayar ortamında ise seçeceğiniz şıktaki yazıyı/ yazıları kırmızıya boyayarak yapınız.

Katılımlarınız için teşekkür eder, soru , sorun ve görüşleriniz için iletişime geçmenizi rica ederiz.

Özge Aksu

avozgeaksu@yahoo.com

BAY/BAYAN :
İSİM – SOYİSİM :
DOĞUM TARİHİ :
BULUNDUĞUNUZ ŞEHİR :

1. Mesleğinizi kaç yıldır icra etmektesiniz ?

2. Mesleki anlamda uzmanlık alanlarınız nelerdir ?

3. AUÇ (İngilizce ADR) kavramını daha önce duydunuz mu ?

A- Evet
B – Hayır

4. UÇ /DR kısaltması genel olarak “uyuşmazlık çözümü” (Dispute Resolution) nün kısaltılmış hali olarak kullanılmaktadır. Ancak A harfi, farklı kişilerce farklı kelimelerle ifade edilebilmektedir. Siz bu kısaltma ile ilgili aşağıdaki kelimelerin hangisini tercih ederdiniz ?

- A – Appropriate : Elverişli
- B – Assisted : Asiste edilen
- C – Alternative : Alternatif
- D – Affordable : Makul/Kabul edilebilir
- E – Diğer. Lütfen belirtiniz :

5. Aşağıdaki uyuşmazlık çözüm yollarından hangisi/hangileri hakkında müvekkilinizi detaylı olarak bilgilendirebilirsiniz ?

- A – Yargısal prosedürler
- B – Tahkim
- C – Arabuluculuk
- D – Uzlaştırma
- E – Ön Tarafsız İnceleme
- F – Kısa Duruşma
- G – Diğer. Lütfen belirtiniz :

6. Bilginiz dahilinde, aşağıdaki alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hangileri Türkiye’de uygulanmaktadır ?

- A – Tahkim
- B – Arabuluculuk
- C – Uzlaştırma
- D – Ön Tarafsız İnceleme
- E – Kısa Duruşma
- F – Diğer. Lütfen belirtiniz :
- G – Hiçbiri

7. Genel olarak, avukatların çoğu, bir uyuşmazlığı karşı taraf ile müzakere etme imkanı ve süreci hususunda bilgi ve deneyim sahibidir. Bunun ötesinde siz/kurumsal anlamda ofisiniz, uyuşmazlıkların yargısal anlamda bağlayıcılık taşımayan yargı dışı çözüm yolları ile çözüm yollarını kullanma yönünde bir politikaya sahip midir ?

- A- Evet, bu anlamda kurumsal bir politikaya sahibiz.
- B- Bu anlamda resmi olmayan bir kurumsal politika ve uygulamamız mevcuttur.
- C- Bu anlamda bir politika ya da uygulamamız söz konusu değil.

D- Gayri resmi olarak, uyuşmazlıklara bu anlamda yaklaşmaktan kaçınan bir politikamız söz konusu.

E- Resmi anlamda alternatif uyuşmazlık çözümünden kaçınan bir politika izlemekteyiz.

F- Bir fikrim yok.

8. Kontrat ya da benzeri hukuksal belgeleri hazırlarken, müzakere dışında diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uygulanması yönünde düzenlemeleri dahil ediyor musunuz ?

A – Evet, resmi uygulamamız bu yönde

B – Resmi olmasa da bu yönde uygulamamız mevcut

C – Bu yönde bir politika ve uygulamamız bulunmamakta

D – Bu tür uygulamalardan kaçınmaktayız

9. Sizce uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmalı mı ?

A – Evet

B – Hayır. Lütfen neden belirtiniz :

10. Bazı uyuşmazlıkların diğerlerine nazaran alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından daha uygun olduğu söylenebilir. Sizin görüşünüze göre alternatif çözüm yollarının uygulanabilirliği bakımından aşağıdaki konular ne derece önemlidir ?

• **Uyuşmazlık kapsamındaki yasal hak ve yükümlülüklerin durumu**

Çok Önemli - Oldukça Önemli - Orta Düzeyde Önemli - Çok Önemli
Değil - Emin Değilim

• **Uyuşmazlık konusu olaylara dair kompleks ve teknik konuların varlığı**

Çok Önemli - Oldukça Önemli - Orta Düzeyde Önemli - Çok Önemli
Değil - Emin Değilim

• **Taraflar arasında tesis edilmiş ticari ilişki**

Çok Önemli - Oldukça Önemli - Orta Düzeyde Önemli - Çok Önemli
Değil - Emin Değilim

• **Uyuşmazlığın düşük meblağı kapsamı**

Çok Önemli - Oldukça Önemli - Orta Düzeyde Önemli - Çok Önemli
Değil - Emin Değilim

• **Tarafların gizlilik ihtiyaçları/talepleri**

Çok Önemli - Oldukça Önemli - Orta Düzeyde Önemli - Çok Önemli
Değil - Emin Değilim

Takip eden bölümde, lütfen ilgili hususlarda görüşünüze uygun seçeneği işaretleyiniz.

11. Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içerisinde yer almam halinde, meslektaşlarım arasındaki durum bundan zarar görürdü.

A – Katılıyorum
B - Katılmıyorum

12. Yargısal prosedürler, iş yaşamı açısından, ekonomik kaynakların daha verimli kullanılabilmesi için alanlar yerine, yargılama giderlerine harcanması sonucunu doğurmaktadır.

A – Katılıyorum
B – Katılmıyorum

13. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal bağlayıcı bir karar sürecini içermediğinden hukukun gelişiminin önünde engeldir.

A – Katılıyorum
B - Katılmıyorum

14. Ticari uyuşmazlıklar bakımından iş ilişkileri, alternatif uyuşmazlık çözümleri sayesinde, yargısal süreçlere nazaran daha iyi korunabilmektedir.

A – Katılıyorum
B – Katılmıyorum

15. Hukukçular, alternatif çözüm mekanizmalarını yönetebilecek en uygun adaylardır.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

16. Yargısal bağlayıcılık içermeyen alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları nedeniyle, kamusal anlamda incelemeden geçme olanağı bulunmayan ve adil olmayan sonuçlar doğabilir.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

17. Hukukçular müvekkillerini, onların taraf oldukları uyuşmazlık bakımından en uygun olduğunu düşünecekleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun uygulanması hususunda teşvik etmelidirler.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

18. Yargı mekanizması genel anlamda iş dünyasının ihtiyaçlarına ve uygulamalarına en iyi yanıt verebilecek şekilde organize edilmiştir ve işlemektedir.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

19. Alternatif uyuşmazlık çözümlerine, daha ziyade hukukun yargı mercilerince uygulanmasının masraflılığı temelinde vurgu yapılmakta ve teşvik edilmektedir.

- A – Katılıyorum
- B – Katılmıyorum

20. Bir uyuşmazlığın tarafı, ancak karşı yana nazaran güçsüz ve dezavantajlı bir konumda ise alternatif çözüm yollarını tercih edecektir.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

21. Alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmaları, zaman kazanma amacı ile kötüniyetli kullanıma çok açıktır.

- A – Katılıyorum
- B – Katılmıyorum

22. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, para ve zamandan tasarruf sağlamakta, geliştirilebilecek çözüm yollarının çeşitliliği ve esnekliği sayesinde, hukuki anlamda yaratıcılığı, bilgi ve tecrübeyi geliştirmekte, taraflar arasında ileride doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkları önleme imkanı da sağlamaktadır.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

23. Alternatif uyuşmazlık çözümünün yaygınlaşması, hukukçulara olan ihtiyacı azaltacak, avukatlık mesleğinin gelişiminin önünde engel oluşturacaktır.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

24. Tarafların uyuşmazlık çözüm süreci her ne olursa olsun, hukukçu ile temsil edilmeleri prosedürün sağlıklı yürümesi bakımından çok önemlidir.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

25. Alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini önermek ve teşvik etmek, hukukçu açısından, özellikle argümanlarının güçlülüğüne inanan müvekkil nezdindeki başarı ve güvenilirlik imajını zedeleyecektir.

- A – Katılıyorum
- B - Katılmıyorum

**ARABULUCULUK PROSEDÜRÜ İÇERİSİNDE
KULLANILABİLECEK
ÖRNEK METİNLER**

ÖRNEK ARABULUCULUK KLOZLARI

ÖRNEK KLOZ 1

Taraflar, aralarında doğabilecek herhangi bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, dava veya tahkim yoluna başvurmadan önce, uyuşmazlığın çözümü için iyiniyetle arabuluculuk çözüm yoluna başvuracakları hususunda anlaşmışlardır. Taraflar, arabuluculuk çözüm yolunun, uyuşmazlığın bağımsız, tarafsız ve tarafların üzerinde mutabık kalacakları bir anlaşma zemini yaratmak üzere çalışacak olan bir üçüncü kişi arabulucu yönetiminde gerçekleşecek bir prosedür olduğunu bilmektedirler. Arabulucunun, taraflara, belli bir çözüm şeklini dayatma yetkisi bulunmamaktadır. Arabuluculuk sürecine ilişkin masraflar, taraflar arasında eşit olarak paylaşılacak suretiyle karşılanacaktır.

ÖRNEK KLOZ 2

Taraflar arasında, işbu anlaşmadan kaynaklanan her türlü uyuşmazlıklar, müzakere yolu ile çözülemediği takdirde, tahkim yoluna başvurulmadan önce, iyiniyetle, Uyuşmazlık Kurulları Federasyonu³⁵³ Arabuluculuk Kural ve Prosedürleri çerçevesinde çerçevesinde çözülmeye çalışacaktır. Uyuşmazlık, arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasından itibaren 30 gün içerisinde çözülemez ise, yahut taraflardan biri arabuluculuk çözüm yoluna başvurmayı kabul etmez ise, uyuşmazlığın çözümü için, Uyuşmazlık Kurulları Federasyonu tahkim usulü ve hukuku uygulanacaktır.

ÖRNEK KLOZ 3

Taraflarca, aralarındaki uyuşmazlığın, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi müdahalesi olmaksızın çözülemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, taraflardan herhangi biri, uyuşmazlığın yetkili temsilciler arasındaki müzakereler neticesinde çözülemediğinin tespit edilmesinden itibaren 30 gün içerisinde, arabuluculuk prosedürünün uygulanması için başvuruda bulunabilir. Arabuluculuk prosedürü, yardımı ile yürütülecektir.

Uyuşmazlığın, arabuluculuk çözüm yoluna tevdi edilmesi, tarafların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamındaki haklarını ve başkaca prosedürlere başvurma haklarını etkilemez.

³⁵³ Bu bölümdeki örnek metinler, Cyrill Chern, Dispute Resolution Guides-International Commercial Mediation, London, 2008 eserinden çeviridir.

ÖRNEK KLOZ 4

İşbu anlaşmanın yorumu, uygulanması, yürütülmesi ve ifasından kaynaklanan her türlü uyuşmazlıklar, talepler ve görüş ayrılıkları, anlaşmanın ihlali durumu da dahil olmak üzere, taraflarca tahkim de dahil yargısal prosedürlere başvurulmadan önce, ön şart olarak, arabuluculuk çözüm yoluna tevdi edilecektir.

ÖRNEK KLOZ 5

İşbu anlaşmanın yorumu, uygulanması, yürütülmesi ve ifası ile ilgili ve/veya bunun dışında gelişen her türlü uyuşmazlıklar, talepler ve görüş ayrılıkları, anlaşmanın ihlali durumu da dahil olmak üzere, ön şart olarak, arabuluculuk çözüm yoluna tevdi edilecektir.

Arabuluculuk süreci içerisinde, taraflardan biri uzlaşma hususunda bir talepte bulunur, ancak talebi diğer tarafça reddedilir ve reddeden taraf, yargılama ya da tahkim prosedürü sonucu olarak, daha elverişli bir sonuç elde edemez ise, uzlaşmayı reddeden taraf, uzlaşma talebinde bulunulmasından itibaren oluşan her türlü masraf ve harcamaları karşılamayı kabul ve taahhüt eder.

ÖRNEK KLOZ 6

İşbu anlaşmanın yorumu, uygulanması, yürütülmesi ve ifası ile ilgili ve/veya bunun dışında gelişen her türlü uyuşmazlıklar, talepler ve görüş ayrılıkları, anlaşmanın ihlali durumu da dahil olmak üzere, müzakere neticesinde çözülemediği takdirde, iyiniyetle, arabuluculuk çözüm yoluna tevdi edilecektir.

Arabulucu, taraflardan birinin arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasını talep etmesinden itibaren 15 gün içerisinde taraflarca belirlenecektir. Bu hususta taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde, Londra Lisanslı Hakemler Enstitüsü Başkanlığı'na belirlenecektir.

Taraflarca başka türlü anlaşılmış olmadıkça, arabuluculuk sürecine ilişkin masraflar, taraflar arasında eşit olarak paylaşılacak suretiyle karşılanacaktır. Uyuşmazlık, arabuluculuk çözüm yoluna başvurulmasından itibaren 30 gün içerisinde çözülemez ise, işbu klozun bir parçası olarak kabul edilen, Londra Lisanslı Hakemler Enstitüsü Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkim yoluna yahut yargı yoluna tevdi edilecektir.

Bu klozda yer alan düzenlemeler, tarafların, tamiri mümkün olmayacak zararların doğması ihtimali halinde, yargısal mercilerden ihtiyati tedbir veya benzeri bir koruma talebinde bulunmalarını engellemez.

Arabuluculuk çözüm yoluna başvurulması, tarafların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesindeki haklarını ve yargısal prosedürlere başvurma haklarını etkilemez.

Arbuluculuk süreci içerisinde, taraflardan biri uzlaşma hususunda bir talepte bulunur, ancak talebi diğer tarafça reddedilir ve reddeden taraf, yargılama ya da tahkim prosedürü sonucu olarak, daha elverişli bir sonuç elde edemez ise,uzlaşmayı reddeden taraf, uzlaşma talebinde bulunulmasından itibaren oluşan her türlü masraf ve harcamaları karşılamayı kabul ve taahhüt eder.

İşbu anlaşma hukukuna tabidir.

EK - 4

I - KİŞİYE ÖZEL ARABULUCULUK SORU FORMU ÖRNEĞİ

Tarafların İsimleri

Davacı : Davalı :
Davacı Adresi : Davalı Adresi :
Telefon : Telefon :
Email : Email :

Temsilcilerin İsimleri

Davacı Temsilcisi : Davalı Temsilcisi :
Email : Email :

Tarafların Beklentileri

Aşağıdaki soruları “evet” ve “hayır” biçiminde yanıtlayınız.

Arabuluculuk prosedürü içerisinde, arabulucunun,

1. Tarafların durumları ve içinde buldukları riskler hakkında yorumda bulunmasını ister misiniz ?
2. Sorumluluk, değer ve sorumluluk oranları hususlarında görüş açıklamasını ister misiniz ?
3. Taraflarla görüşmeleri ayrı oturumlar şeklinde yapmasını ister misiniz ?
4. Taraflardan birinin özel bir bilgiyi paylaşma talebini dile getirmesi durumu hariç olmak üzere, tarafların doğrudan iletişim içerisinde olmalarını sağlayacak şekilde oturumları birlikte organize etmesini mi istersiniz ?
5. Ayrı düzenlenen oturumlar neticesinde ortaya çıkan durum değişiklikleri ve görüş ya da talepleri diğer tarafa iletmesini ister misiniz ?
6. Özel oturumlarda, taraflara ya da yetkili temsilcilerine uyumsuzluk ile ilgili görüşleri hususunda açıklamada bulunmasını ister misiniz ?

7. Yalnızca tarafların uzlaşma zemini yakalamalarını kolaylaştırıcı şekilde tamamen bağımsız olarak hareket etmesini mi istersiniz ?

8. İlgili günün resmi toplantısı bittikten sonra, uzlaşma bakımından ilerleme kaydetmek amacı ile ayrı ayrı telefon veya yüzyüze görüşmelere devam edebilmesini ister misiniz ?

Taraf Temsilcilerinin Rolü

1. Müvekkilinizin ve karşı yanın müvekkilinin arabuluculuk sürecine dahil olmasına dair talebiniz nedir ? Şirketi temsile yetkili kişilerin arabuluculuk sürecinde bizzat bulunmalarını ister misiniz ?

2. Tarafların, yüzyüze müzakere dahil olmak üzere, arabuluculuk süreci içerisinde doğrudan

biraraya gelmelerini ister misiniz ?

3. Davacı yanın/yanların herhangi bir sunum yapmalarını ister misiniz ?

Ön Aşama (Yalnızca Taraf Temsilcileri İçin)

1. Müvekkilinizin, arabuluculuk sürecinde yapacağınız önerileri onaylaması anlamında kontrolü söz konusu mu ? Arabulucunun, süreç içerisinde müvekkiliniz ile doğrudan görüşme yapmak biçiminde bir yöntem uygulamasını ister misiniz ?

2. Arabuluculuk süreci öncesinde, sürece ilişkin olarak,

a. Ön aşamadaki teklifler ve karşı yanın talepleri ile ilgili, ya da

b. Uzlaşma noktalarınıza ilişkin olarak (sizin talep ettiğiniz uzlaşma zemini, optimum uzlaşma noktası ya da her ikisinin birleşimi) müvekkilinizle görüşme yapacak mısınız ?

Uyuşmazlığın Durumu ve Aşaması

1. Uyuşmazlıkla ilgili tahkim oturum tarihi ya da duruşma günü belirlenmiş durumda mı ? Belirlenmiş ise zamanı nedir ?
2. Arabuluculuk prosedürü tahkim sürecinin uygulanmasından önce/ onun yerine mi uygulanmaktadır ?
3. Uyuşmazlık tahkime havale edildi mi ? Edildi ise,
 - a. Hakemin ismi :
 - b. Tahkim tarihi :
 - c. Tahkim kararı :
4. Tarafların uyuşmazlığa ilişkin talep ve tekliflerini özetleyiniz.

Arabulucu açısından dikkate alınmak üzere taraflarca, bu uyuşmazlığın neden arabuluculuk yolu ile çözülebileceğine dair gizli beyanların sunulması

Uyuşmazlığın neden arabuluculuk yoluna havale edilmesinin tercih edildiği ve arabuluculuk prosedürü ile uyuşmazlığın çözülebilmesi için hangi hususların üstesinden gelinmesi gerektiğini belirtiniz.

EK - 5

II – UYUŞMAZLIĞIN AÇIKLIĞA KAVUŞTURULMASINA DAİR SORU FORMU

1. Hangi üzerinde uzlaşmış hususlar ya da anlaşmaların ihlal edildiğini düşünüyorsunuz?

2.

a. Bu uzlaşma noktaları ve anlaşmalar üzerinde ne gibi değişiklikler meydana geldi?

b. Güncel bakış açıları bakımından farklılık söz konusu mu ? Söz konusu ise, bu değişim neden kaynaklandı ?

3.

a. Sizi uyuşmazlık konusu anlaşmayı yapmaya ve akdetmeye iten husus neydi?

b. Başlangıçta birbirinize karşı güven duygusu ile hareket ettiniz mi?

4.

a. İlk olarak ne zaman birşeylerin yanlış gittiğinden şüphe duymaya başladınız?

b. Aldatılmış olduğunuzu, karşı yanın sizin durumunuzdan yararlanmaya çalıştığını, sizi kaale almadığını ya da bazı şeylerin altını oymaya çalıştığını mı düşündünüz?

c. Bu duygu ve düşüncelerinizi karşı tarafla paylaştınız mı?

d. Bu inanışlarınız değişti mi ? Değişti ise, nasıl ?

e. Bu olay ve davranışlar neticesinde alacaklı olduğunuza mı inanıyorsunuz?

5. Üzerinde anlaştığınız ya da anlaşmaya yakın olduğunuz hususlar var mı?

6. En önemli anlaşmazlık noktalarınız nelerdir?

7. Anlaşmazlık noktaları bakımından, sizin ve karşı yanın taleplerini ve çıkarlarını değerlendirmek üzere kullanacağınız kriterler nelerdir?

8. Sizi tatmin edecek bir anlaşmanın en önemli noktaları neler olacaktır? Bu hususlar neden önemlidir?

9. Sizce karşı taraf nezdinde uyuşmazlık bakımından en önemli hususlar nelerdir?

10.

a. Tartışma konusu yapmak istemediğiniz hususlar var mıdır?

b. Diğer tarafın gündeme getirebileceği ve sizi strese sokacak ya da duygusal tansiyonunuzu etkileyecek hususlar var mıdır?

c. Böyle bir durum olursa, durumu düzeltmek ve rayına oturtabilmek bakımından ne yapabilirim?

11. Bazı hususların farklı olması gerektiğini düşündüğünüz noktalarda, bunu destekleyecek, endüstriyel standartlar, notlar, yazışmalar, tanıklar, fotoğraflar vb. destekleyici verileriniz var mı?

12. Bu aşamada tartışmak ya da görüşmek istemediğiniz hususlar var mı ? Varsa, nedeni nedir?

13. Süreç sonucunda bir anlaşmaya varılamazsa ve tahkim ya da mahkeme yoluna giderseniz,

a. Sizce elde edilebilecek en iyi sonuç ne olabilir?

b. Sizce elde edilebilecek en kötü sonuç ne olabilir?

14. Aşağıdaki açıklamalardan hangisinin sizin için daha önemli olduğunu belirtiniz.

a. Talep edilenden daha azını içermesine karşın en kısa sürede tesis edilebilecek bir anlaşma

b. Uzun bir zaman süreci olsa da, talep edilen sonucu temin eden bir anlaşma : yıl

c. Finansal sonuç

d. Diğer yanın haksızlığının ortaya konması

e. Uyuşmazlığın en çabuk şekilde sona ermesi

f. Tatmin edici bir anlaşma

15.

a. Özür içermeyen bir uzlaşma sizin için kabul edilebilir midir?

b. Para ödemesi olmaksızın, özür bildirimini içeren bir uzlaşma kabul edilebilir midir?

16. Süreç mahkemeye taşınır ise, ihtilafli olacağına inandığımız hususlar nelerdir?

17. Problemin en kısa sürede çözülebilmesi bakımından, arabulucunun izleyebileceği yollara ilişkin öneriniz nedir?

18. İşbu uyuşmazlıkla ilgili gözönünde tutulması gereken başkaca herhangi bir husus /bilgi var mı?

Bu soru formu, tarafların durumunun ve aradaki uyuşmazlığın arabuluculuk çözüm yolu bakımından uygun olup olmadığını anlamak üzere düzenlenmiştir. Yanıtlar gizli tutulacak olup, arabulucu tarafından, bu hususta yetkilendirilmedikçe hiçbir şekilde açıklanmayacaktır.

ÖRNEK ARABULUCU BEYANNAMESİ

Sn. (Taraflar ve Temsilcileri)

İşbu belge, ile arasında, konulu uyuşmazlığa ilişkin, arabuluculuk sürecinin başlamasından önce düzenlenen beynamedir.

Öncelikle, tarafımca bu görevin yerine getirileceğine duyulan güven ve talebiniz için teşekkürlerimi sunarım.

Uyuşmazlığın türü ve kapsamının, arabulucu olarak görevimi yerine getirmemde etkili ve engel olmayacağını / Taraflar ile aramda aşağıda belirtilen geçmiş bağlantıların görevimi yerine getirmemde etkili ve engel olmayacağını kabul ve beyan ederim.

Görevimi yerine getirirken, tam anlamı ile tarafsız ve bağımsız olacağımı ve bu tarafsızlık ve bağımsızlığı zedeleyebilecek bir durumun varlığı halinde, bunu derhal taraflara bildireceğimi kabul ve taahhüt ederim.

Taraflardan herhangi biri ile aramda finansal anlamda bir menfaat ilişkisinin mevcut olmadığını, yukarıda belirtilenler dışında, evvelce taraflar arasındaki bir konuda arabulucu olarak görev yapmadığımı kabul ve beyan ederim.

Taraflardan herhangi biri, direktörleri, çalışanları ile, yukarıda belirtilenler dışında, evvelce kişisel ya da profesyonel anlamda ilişki içerisinde bulunmadığımı kabul ve beyan ederim.

Taraflardan herhangi birince, arabuluculuk ya da başka bir görev için tayin edilmeyeceğimi; keza işbu beyanname konusu arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden sonra da, taraflar veya direktörleri, çalışanları ile, herhangi bir şekilde iş ilişkisine girmeyeceğimi kabul ve taahhüt ederim.

İşbu beyanname konusu uyuşmazlık ve sözleşmelerin yorumu bakımından deneyimli olduğumu, keza sözleşme dilini akıcı düzeyde bildiğimi garanti ederim.

Sahip olduğum yetkinlikleri, arabuluculuk sürecinin tüm aşamaları bakımından en iyi şekilde kullanacağımı, taraflar arasındaki sözleşmelerin detayları ve bana verilen her türlü bilgiyi gizlilik şartı kapsamında en üst düzeyde muhafaza edeceğimi, tarafların yazılı onayı olmaksızın hiçbir şekilde açıklamayacağımı, işbu beyanname konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafıma verilen görevleri hiçbir şekilde devretmeyeceğimi kabul ve beyan ederim.

Tarafımdan talep edilen her türlü ek bilgileri bildirmenizi rica ederim.

Saygılarımla,

Arabulucu

ÖRNEK ARABULUCULUK ANLAŞMASI (Detaylı)

İşbu anlaşma,

Bir taraftan (Arabulucu) ile,

Diğer taraftan (Taraflar ve var ise hukuki danışmanları)

ve

arasında tarihinde akdedilmiştir.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık bakımından arabulucu üzerinde ve aralarındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümü bakımından aşağıdaki kayıt ve şartlar üzerinde anlaşmışlardır.

1. Arabuluculuk Prosedürü

1.1. Arabuluculuk süreci, işbu anlaşma ile kararlaştırılan şekilde yürüyecek ve yürütülecektir.

1.2. Arabuluculuk toplantısı, işbu anlaşma kapsamında “arabuluculuk” olarak ifade edilecektir. Arabuluculuk faaliyeti, arabulucu tarafından temin edilecek bağımsız bir yerde gerçekleşecektir.

1.3. Arabuluculuk süreci içerisinde temin edilen herhangi bir uzlaşma, taraflar ve temsilcilerince yazılı olarak düzenlenip imza edilmek koşulu ile geçerli olacaktır.

1.4. Taraflar, arabulucunun, kendilerine hukuki anlamda görüş bildirme ve hukuksal danışman gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmadığını, keza, tarafların hukuksal anlamda buldukları pozisyon ve haklarını analiz etme ve koruma yükümlülüğü bulunmadığını kabul ve beyan ederler.

2. Arabulucu

2.1. Taraflar işbu anlaşmanın imzası ile, işbu anlaşmada yer alan kişinin arabulucu sıfatı ile hareket etmesini ve görevlendirilmesini onayladıklarını kabul ve beyan ederler.

2.2. Taraflar, arabulucunun, üstlendiği görevleri yerine getirmede bağımsız olduğunu kabul ve beyan ederler.

3. Arabuluculuk Ücretleri

3.1. Taraflar, arabuluculuk sürecinin aşağıdaki şekilde olacağı hususunda anlaşmışlardır.

Yarım gün - (max. 4 saat)

Tam gün - (max. 7 saat)

“ Arabuluculuk Süresi”

3.2. Taraflar, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak arabuluculuk ücretini (ücret ve masrafları kapsamak üzere) aşağıda kararlaştırılan şekilde ödemeyi kabul ve taahhüt ederler.

3.2.1. Arabuluculuk süreci için ödenecek ücretler (Arabulucu hazırlık süreci de dahil olmak üzere)

- Yarım gün: TL
- Tam gün : TL
- Saat Bazında Ücret : TL /Saat

3.2.2. Arabulucu tarafından arabuluculuk süreci içerisinde ve bununla ilgili olarak yapılacak, makul düzeydeki seyahat, konaklama ve sair asgari zorunlu masraflar

3.2.3. Arabulucunun ofisi dışındaki bir yerin toplantılar için kullanılması halinde buna ilişkin ücretler

3.2.4. İşbu anlaşma kapsamında kararlaştırılan tüm ücretler KDV eklenmek sureti ile ödenecektir.

3.3. Bunlarla birlikte, arabuluculuk süreci devam ederken, taraf sayısının artması ve sürece başkaca tarafların dahil olması, böylece taraf sayısının üç ve daha fazlaya yükselmesi halinde, arabulucu, taraf sayısını, uyuşmazlık konularının çeşitliliği ve karmaşıklığını da gözeterek, arabuluculuk ücretinde gerekli düzenlemeleri makul ölçüler çerçevesinde yapacaktır.

3.4. Başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, arabuluculuk ücreti taraflar arasında eşit olarak paylaşılacak ve ödenecektir.

3.5. Taraflar işbu anlaşmanın imzasını müteakip ve arabuluculuk süreci başlamadan önce arabuluculuk ücretini arabulucuya ödeyeceklerdir. Ödeneceği kararlaştırılan ve anlaşmanın imzası anında henüz doğmamış ve tespit edilemeyen durumda olan, makul düzeydeki seyahat, konaklama vesair masraflar, süreç içerisinde, arabulucu tarafından talep edildiğinde, taraflarca eşit olarak karşılanacaktır. Taraflar, bu masrafların makul düzeyde olup olmadığını takdir yetkisinin, arabulucuda olduğu kabul ve beyan ederler.

3.6. Taraflar, işbu anlaşma kapsamında kararlaştırılan arabulucu ücretinin, yalnızca işbu anlaşmaya konu arabuluculuk süresini kapsadığını, başkaca veya ek arabuluculuk prosedürlerini kapsamayacağını kabul ve beyan ederler.

3.7. Tarafların, işbu anlaşma konusu uyuşmazlık bakımından kendi aralarında anlaşmaları yahut arabuluculuk toplantısını ya da arabuluculuk sürecini başlamadan önce iptal etmeleri halinde, ödenmiş arabuluculuk ücreti geri ödenmeyecektir.

4. Hukuki Danışmanlık

4.1. Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sürecinde hukuki danışman ile temsil edilmek zorunda değildirler.

4.2. Arabuluculuk sürecinde hukuki danışman ile temsil edilmemeyi tercih eden tarafın, prosedürün başlaması öncesinde, bağımsız olarak hukuki danışman görüşü alma imkanı vardır.

5. Özel Oturumlar

5.1. Arabulucu, tarafların her biri ile özel oturumlar düzenleyecektir. Bu özel oturumların amacı, arabulucunun tarafların pozisyonunu daha iyi anlayabilmesi ve ancak ve ancak izin verilmesi halinde, bir tarafın, diğer tarafa ilişkin bakış açısı ile ilgili ifadelerini, diğer taraf ile paylaşabilmesini sağlamaktır.

5.2. İşbu özel oturumlar kapsamında, arabulucu tarafından edinilen bilgiler gizlidir ve önceden açıklanmış olmadıkça yahut arabulucuya bu hususta izin verilmedikçe açıklanamaz.

6. Gizlilik

6.1. Taraflar, arabuluculuk sürecinin amacının, müzakere edilmiş bir anlaşmaya varabilmek olduğunu, bu süreçte açıklanan her türlü bilgilerin tarafların hak ve menfaatlerine hanel getirmeyeceğini ve arabuluculuk sürecinin başarısız olması halinde de, yargılama yahut tahkim sürecinde kullanılmayacağını ve geçerli sayılmayacağını kabul ve beyan ederler.

6.2. Bununla birlikte deliller, muteber sayılacak olup, salt arabuluculuk sürecinde kullanılmış olmalarından ötürü uygun görülmemeleri söz konusu olamayacaktır.

6.3. Taraflar, arabulucu ya da arabuluculuk sürecine dahil olan herhangi bir kimsenin, Mahkeme ya da hakem heyeti veya başka bir mercii huzuruna celbi ile, tanıklık yapmalarını yahut beyan ve bilgi vermelerini talep etmemeyi kabul ve taahhüt ederler.

6.4. Arabuluculuk süreci ile bağlantılı olarak ortaya konan her türlü dokümanlar, beyanlar, bilgiler ve sair materyal (evvelen açıklanmış ve prosedürlere konu olmuş olanlar hariç olmak üzere), taraflarca gizli tutulacak ve yalnızca arabuluculuk süreci amaçları doğrultusunda kullanılacaktır.

6.5. Arabuluculuk sürecinin sona ermesi ile birlikte, arabuluculuk süreci ile bağlantılı olarak ortaya konan ve arabulucu nezdinde bulunan her türlü dokümanlar, beyanlar, bilgiler ve sair materyal, sahibine iade edilecek yahut taraflarca başka türlü anlaşılmalı olmadıkça, derhal yok edilecektir.

7. Arabuluculuğun Sona Ermesi

7.1. Taraflar ve arabulucu, tamamen kendi takdir hakları çerçevesinde, arabuluculuk sürecini, herhangi bir neden göstermeksizin sona erdirmeye yetkilidirler.

8. Arabuluculuk Sürecinin Genişletilmesi

8.1. Taraflar, üzerinde anlaşılan arabuluculuk süresinin dolmasından önce, süreci uzatmak hususunda karar almış olurlarsa arabulucuyu bu konuda bilgilendireceklerdir. Bu ek süreç, üzerinde anlaşılan sürecin hemen devamında başlayabileceği gibi, ilerideki bir tarihte başlaması da kararlaştırılabilecektir.

8.2. İşbu anlaşma çerçevesinde kararlaştırılan her türlü kayıt ve şartlar, seyahat, konaklama ve sair masraflar ile arabulucu ücretinin ödenmesi, arabulucuya ait ofiste yahut başka bir yerde yapılacak arabuluculuk toplantıları da dahil olmak üzere takip edecek arabuluculuk süreci için de geçerli olacaktır.

Takip eden süreç için arabulucu ücreti, aşağıdaki gibi olacaktır :

8.2.1. Arabulucu ücreti :

Yarım gün : TL

Tam gün : TL

Saat başı ücret : TL

8.2.2. Taraflar, arabulucu ile, mümkün olan en yakın ya da uygun süreçte, takip edecek sürecin tarihi, zamanı ve mekanı hususunda anlaşacaklardır. Ek/devam eden prosedür üzerinde anlaşılan ücretler, taraflarca eşit olarak karşılanmak suretiyle,

bu sürecin başlaması öncesinde ve talep üzerine defaten arabulucuya ödenecektir. Bu ücret ödenmeksizin takip eden süreç başlamayacaktır.

Taraflar ve İmzaları

Tayin edilmiş ve yukarıdaki şart ve koşullarla arabuluculuk görevini yerine getireceğini kabul ve beyan eden :

Arabulucu ve imzası

ÖRNEK ARABULUCU AJANDASI

Arabulucu Ajandası -

.... Toplantı

...../...../2009

Konu :uyuşmazlığı

Toplantı Yeri :

Aktivite

İlgili Taraf

Zaman

Aktivite	İlgili Taraf	Zaman
4.1. Giriş	Arabulucu	10:00 – 10:30
4.2. İş İlişkisi ile ilgili Temel Hususlar		10:30 – 11:30
4.2.1. Yapısal hesaplamaların Alınması	Davalı yan mühendisi	
4.2.2. Maliyet Hesapları	Davalı yan müteahhidi	
4.2.3. Program güncellemeleri	Davalı yan müteahhidi	
4.2.4. Havadan çekilen fotoğraflar	Davacı	
4.3. Çözülmemiş Konular		11:30 – 12:30
4.3.1. Revize edilmiş planın tekrar gözden geçirilmesi		
4.3.2. Projenin durumunun açıklanması		
4.3.3. Gecikme kaynaklı taleplere İlişkin talep edilen değişiklikler		
Öğle Arası		12:30 – 14:00
4.4. Özel Toplantılar	Davalı ve Arabulucu	14:00 – 16:30
4.5. Yeniden Ele Alma	Arabulucu	16:30 – 17:00
4.6. Takip Eden Aşamalar	Arabulucu	17:00 – 17:30
4.6.1. Seyahat Düzenlemeleri		
4.6.2. Uzman desteği alınmasının Değerlendirilmesi		

4.7. Takip eden arabuluculuk

oturumu

Arabulucu

17:30 – 17:45

Oturumun sona ermesi

18:30

SCOTT LİSTESİ

MADDE	TALEP EDİLEN MEBLAĞ	KABUL EDİLEN MEBLAĞ	UYUŞMAZLIK KONUSU MEBLAĞ	UYUŞMAZLIĞIN DETAYI	UZLAŞMA
I – TALEPLER					
A.	1.250.000,00	1.250.000,00	0,00	Anlaşma sağlanmış	
B.	750.000,00	0,00	750.000,00	Gecikme nedenine dayalı anlaşmazlık	
C.					
Ödemeler					
1. Boru Tesisatı					
a. Köprü boru tesisatı	2.100.000,00	2.100.000,00	0,00	Anlaşma sağlanmış	
1. Extra Ödemeler	500.000,00	0,00	500.000,00	Yüklenicinin iş sahibini inşaat alanı dışında oluşabilecek kaynak noktası oranları ile ilgili yanlış yönlendirmesi	
2. Kazanç miktarı	10.000,00	0,00	10.000,00	Neden belirtilmemiş uyuşmazlık	
(1) Total boru döşeme	2.610.000,00	2.100.000,00	510.000,00		
2. Mekanik					
a. Konular :					
- Depolama, yolculuk masrafları	7.500.000,00	7.500.000,00	0,00	Anlaşma sağlanmış	
Ekipman, makine giderleri	2.300.000,00	2.150.000,00	150.000,00	İş sahibinin hesaplama hatası	
(2) Total mekanik	9.800.000,00	9.650.000,00	150.000,00	İleri sürmesi nedeniyle uyuşmazlık	
3. Elektrik					
a. Elektrik Ekipmanları	1.200.000,00	1.200.000,00	0,00	Anlaşma sağlanmış	
b. Kablo döşeme	2.800.000,00	2.500.000,00	300.000,00	Ölçümleme nedeniyle uyuşmazlık	
c. Kablo kutularının yerleştirilmesi					
1. Çeşitli üzerinde anlaşılan Materyal	750.000,00	750.000,00	0,00	Anlaşma sağlanmış	
2. Materyal 4,13,18,32,46	220.000,00	210.000,00	10.000,00	Fiziksel ölçümleme	
3. Materyal 5,12,17,21,31	150.000,00	125.000,00	25.000,00	Ölçümleme ve ek iş	
4. Materyal 38	70.000,00	30.000,00	40.000,00	Uyuşmazlık	

							Yanlış materyal kullanımı
5. Materyal 1-3	700.000,00	250.000,00	450.000,00				Alt kontrat talepleri/ölçümleme yöntemi
6. Materyal 35	100.000,00	75.000,00	25.000,00				fiziksel ölçümleme - alt kontrat talepleri
7. Materyal 39	400.000,00	350.000,00	50.000,00				
(3) Toplam elektrik	6.490.000,00	5.590.000,00	900.000,00				
4. Aletler	2.500.000,00	2.500.000,00	0,00				Anlaşılmış
(4) Total aletler	2.500.000,00	2.500.000,00	0,00				Anlaşılmış
5. İzolasyon							uyuşmazlık
1. Boru izolasyonu	2.000.000,00	1.800.000,00	200.000,00				uyuşmazlık
a. Boru	150.000,00	0,00	150.000,00				uyuşmazlık
b. Öngörülemeyen	120.000,00	50.000,00	70.000,00				uyuşmazlık - yorumlama
c. İzolasyon	50.000,00	20.000,00	30.000,00				uyuşmazlık - ölçümleme
d. Basınç filtresi	350.000,00	250.000,00	100.000,00				uyuşmazlık
e. Boru dirsekleri	80.000,00	0,00	80.000,00				uyuşmazlık - ölçümleme
(5) Total izolasyon	2.750.000,00	2.120.000,00	630.000,00				Anlaşılmış
D. Ek İş Talepleri	1.500.000,00	1.500.000,00	0,00				uyuşmazlık
a. Uyuşmazlık Konusu Olmayan	950.000,00	910.000,00	40.000,00				uyuşmazlık
b. Üzerinde Anlaşılan	1.800.000,00	400.000,00	1.400.000,00				uyuşmazlık
(D) Total ek iş talepleri	4.250.000,00	2.810.000,00	1.440.000,00				
Ek İş Talepleri							
Uyuşmazlıklar Dökümü							
1. Mükerrer tahakkuk							
2. İmza edilmemiş kısımlar							
3. Sonradan ekleme yapılan hususlar							
4. Gecikme							
5. Çeşitli diğer nedenler							
E. Zamanında / zamanından önce Tamamlama	100.000,00	0,00	100.000,00				uyuşmazlık – gecikme nedeniyle red

II – KARŞI TALEPLER