

Hem savaşı önleyip hem de savaş için hazırlık yapamazsınız. Küçük bir grup halindeki düşünceli, kendini adanmış vatandaşların dünyayı değiştirebileceklerinden asla şüphe etmeyin: gerçekte var olan tek şey budur[1]. **GİRİŞ**

Mahkeme kökenli ADR'nin doğduğu ve geliştiği ülke ABD'dir. Mahkeme kökenli ADR'nin temel amacı, uyuşmazlığı çözebilmek veya bu yapılmazsa, hem ilk derece hem de temyiz mahkemesinde yargılamayı daha etkin bir şekilde sürdürmektir. ADR'nin Federal Bölge Mahkemelerindeki kanuni dayanağı, 1990 yılında yürürlüğe giren Medeni Yargı Reform Kanunudur. 1990 tarihli bu kanun, medeni yargıdaki gecikme ve masrafları azaltacak bir bölge planı yapılmasını gerekli kılmıştır.[2] ADR bahsi geçen kanun tarafından tavsiye edilen 6 adet dava yönetim usulünden biridir ve bu öneri, ADR'nin Federal Bölge Mahkemelerinde daha çok kullanılmasına neden olmuştur. [3] ADR son 27 yılda büyük aşama kaydetmiştir. ADR'nin kurumsallaştırılması ülke çapında talebi arttırmıştır. Mahkemelerin ADR içindeki rolü 1976'da Frank Sander tarafından düşünülen çok kapılı mahkeme yönüne doğru gitmektedir.[4] Bu dikkat çekici görüş ,günümüzdeki mahkeme kökenli uyuşmazlık çözüm programlarının temelini oluşturmuştur.

Günümüzde ADR, ABD'de çocuk mahkemelerinde, küçük talepler mahkemelerinde, aile mahkemelerinde, uyuşturucu maddelerle ilgili suçlarda görev yapan mahkemelerde ve topluluk mahkemelerinde kullanılmaktadır.[5]

Kurumsallaşmanın diğer faydaları ise dava açarken kamunun alternatiflerinin farkına varması ve bu duruma bağlı olarak avukat ve hakimlerle ilgili kültürün artmasıdır. Mahkeme bağlantılı araştırma ve geliştirme programları ADR ile ilgili bilgilerimizi arttırmıştır.

ADR seçeneklerinin mahkeme kaynaklarının daha etkili kullanılmasına neden olduğunun en büyük göstergeleri davacıların zaman ve para konusunda kazançlı çıkmaları ve aza indirgenmiş düzeyde uyuşmazlık için dava yoluna gitme durumlarıdır. Bu durum katılımcıları da tatmin etmiştir. Ayrıca ADR seçeneklerinin toplumda mahkemelere olan güven ve rahatlığı arttırdığı da görülmüştür.

Ancak bu yöntemde arabuluculuk konusunda bazı problemler yaşanmaktadır. Nasıl bir yöntemin sağlandığı net olarak tanımlanmamıştır. Arabuluculuk kavramı ilgi temelli, problem çözümüne ya da ilişkisel yaklaşıma dayalı olup bu da avukatların 15-20 yıl önce düşündükleri durumdur, avukatların artan katılımı ve dava etmekle olan yakın alakaları arabuluculuk konusunda kanunlaştırmayı arttırmıştır. Mahkemeye başvuran müşteriler sıklıkla talep edilen miktarın mahkeme tarafından öne sürüldüğüne inanırlar. Mahkemenin konumu açısından oluşan bu yersiz varsayımlar hayal kırıklığı yaratmıştır. Benzer hayal kırıklıkları arabuluculuk

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

için vadedilen daha hızlı, daha ucuz ve daha iyi hizmet konusunda da olmuştur. Belki de en tehlikeli olanı mahkemenin rolüyle ilgili oluşan bulanıklıklardan kaynaklanan karmaşalardır.

Zamanı geri almak mümkün değildir, kamu ve mahkeme için de durum böyledir. Mahkemelerin ADR'nin kamusallaştırılmasından sonra kazançları nedir, mahkemelerin yönetimiyle bağlantılı olarak artan problemlerin saptanması ve bu sorunlara çözüm olacak bazı öneriler sunulması gereklidir. Bu makalenin ikinci kısmı ADR 'nin kamusallaştırılmasından sonraki ilerlemeleri ele almaktadır. Dördüncü bölüm ise ilerlemenin ardından gelen sorunları ele almaktadır. Dördüncü bölüm, mahkemeler ve ADR arası ortaklığı sağlayarak fayda sağlamak ve bunu ilerletmek amacıyla 6 hedef sunmuştur[6]

Tarihsel olarak, gönüllü görüşme programları düzgün katılımlı olmamıştır. Durumun böyle olmasının nedenleri:

- Gruplar arabuluculuğun faydalarını bilmiyor ya da anlamamış olabilirler,
- Gruplar ve avukatları benzer yöntemler izlemeyi(dava açmak) tercih etmiş olabilirler.
- Sinirlenmiş kişiler uzlaşmacı yaklaşım içinde olamazlar ayrıca Amerikan kültürü davalı bir toplum yaratmıştır, gönüllü arabuluculukla ilgili avukatların negatif varsayımları ve arabulucuların tarafsızlıklarıyla ilgili şüpheleri vardır.
- Gruplar ve avukatları arabuluculuğu teklif eden taraf olarak zayıf görünmek istemezler.

Her ne kadar halen tartışmaya yol açsa da; arabuluculuk ya da diğer ADR yöntemlerine ilgi artmaktadır.

İlerleme

ADR'nin yaygın kullanımı

A) Çok Seçenekli Adliye Teşkilatı

aa) Esasları

ADR'nin dava ya da potansiyel dava durumlarında kullanımı son 20 yılda patlamıştır. 1976'da Frank Sander çok kapılı mahkeme kavramını önerene dek, tartışmaya dayalı çözümler için yerel ofisler yoktu, avukatların müvekillerine sunabilecekleri dava açma yerine gelecek etik gerekler yoktu ve ADR ile ilgili kesin izinler yoktu. 30 Haziran 2003 itibariyle tartışmalı görüşme için 35 yerel ofis kurulmuş, avukatların müvekillerin dava yerine sunabilecekleri etik birkaç durum ortaya konmuş ve pek çok bölgede ADR karar verme yetkisi kazanmıştır. Çoğu bölgede emir altında denetimle ilgili belirgin durumlar ortaya çıkmıştır. Florida, ADR'yi en yüksek dereceyle kamusalştırmıştır, ADR 2001 itibariyle bu bölgede 113.000 davayla ilgilenmiştir. Federal mahkemeler en az bir tane ADR yöntemi teklif etmekte zorunlu kılınmıştır ve tüm federal temyiz mahkemeleri ADR programı kapsamındadırlar[7].

ADR yolları ile mahkemeler arasındaki ilişkilerden doğan en önemli gelişmelerden birisi de, çok seçenekli adliye teşkilatı veya çok seçenekli ADR olarak adlandırılan anlayıştır. Farklı türdeki uyuşmazlıkların, belirli uyuşmazlık çözüm yolları ile daha uygun şekilde çözülebileceği, çok seçenekli uyuşmazlık çözüm merkezlerinin oluşturulmasına öncülük etmiştir. Taraflara sadece tek bir seçenek sunan adliyeler yerine bu tür merkezler, tarafların en uygun seçeneğe yönlendirilebileceği bir çok seçenek içerirler. Bu seçenekler arasında tahkimi arabuluculuk veya ombudsman gibi yollar bulunur. Benzer şekilde bu merkezlerde, uyuşmazlıkların özel görevli mahkemelere örneğin, hatalı tıbbi müdahalelerin sebep olduğu haksız fiilleri inceleme kurulları, küçük talepler mahkemeleri veya çocuk mahkemelerine yönlendirilmesi mümkündür[8].

Frank Sander, 1976 yılında yayınladığı bir makalesinde, tam teşekküllü adliyeleri şu şekilde tasvir etmiştir. " Bir kişi, 2000 yılında, basit bir adliye değil; fakat talepsahibinin, bir inceleme memuru vasıtasıyla, öncelikle dava türüne en uygun yöntem (veya yöntemler zincirine) yönlendirildiği bir uyuşmazlık çözüm merkezi tasavvur edebilmelidir. Bu şekilde bir merkezin lobisindeki rehber şu şekilde olmalıdır:

- İnceleme memuru
- Arabuluculuk

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

- Tahkim
- Olay tespiti
- Tıbbi haksız fiilleri inceleme heyeti
- İlk derece mahkemesi
- Ombudsman”

Sander'e göre bir uyuşmazlık çözüm sisteminin etkinliğini belirlemede masraf, hatasız karar yeteneği, güvenilirlik ve işlevsellik, sonucun öngörülebilir olması gibi kıstasların yanında iki konu da çok önemlidir. Bunlar:

- Farklı ADR'lerin en önemli karakteristik özellikleri nelerdir?
- Mevcut uyuşmazlığın türüne göre, farklı uyuşmazlıklara farklı çözüm yolları tahsis etmekte kullanılacak bazı mantıksal kıstaslar geliştirilmesi için, bu karakteristik özelliklerden nasıl yararlanılabilir?[9]

Sander, farklı ADR yollarını açıklarken, tarafsız 3. kişinin ADR sürecindeki harici müdahalesini temel etken olarak dikkate almıştır. Tarafsız kişinin müdahalesinin en üst düzeyde olduğu usuller hüküm vermeye dayalı usullerdir. Sander hüküm vermeye dayalı usullerle arabuluculuk arasına , ombudsman ve vakıa tespitini yerleştirmiştir. Bunların ardından arabuluculuk ve müzakere gelir. Tarafsız kişinin müdahalesinin en alt düzeyde olduğu usul, Sander'in istenilmeyen bir durum olarak nitelendirdiği (kaçınma)dır[10]. Uygulamada bu usuller birbirini etkileyebilir ve birbirinin yerine kullanılabilir.

Davaların bu şekilde ADR yollarına havale edilmesi, belirli dava türleri için kanunen zorunlu olabilir. Örneğin, Massachusetts eyaletinde, hatalı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan tazminat davalarında bu usul uygulanır. Bunun yanında 21. yüzyılda mahkemeler yeniden şekillendirilerek basit birer adliye olmaktan çıkarılabilir ve bir Uyuşmazlık Çözüm Merkezi haline dönüştürülebilir. Bu merkeze başvuran talep sahibi, öncelikle inceleme memuruna yönlendirilir. Bu memur, talep sahibinin açmak istediği davayı inceler ve talep sahibini, davaya en uygun olan uyuşmazlık yoluna (veya yollarına) yönlendirir[11].

Çok seçenekli mahkeme teşkilatının temel özelliği , sürecin başlangıcındadır. Uyuşmazlık çözüm süreci, uyuşmazlığın incelenmesi ve ADR'ye havale edilmesiyle başlar. Öncelikle adlet merkezine gelen uyuşmazlık çeşitli kıstaslara göre incelenir. Böylelikle uyuşmazlığa en uygun çözüm yöntemi belirlenir. Bu belirlemede etkili olacak unsurlar ise şunlardır:

- Davanın yapısı ve niteliği,
- Davanın karmaşıklığı,
- Davadaki taraf sayısı,
- Davanın tarafları arasındaki ilişkiler,
- Davanın tarafları arasındaki pazarlık gücünde bulunan eşitsizlikler,
- İhtilafli taraflar arasındaki müzakerenin geçmişi,
- Araştırılan uzlaşma seçeneklerinin nitteliği,
- İleri sürülen taleplerin kapsamı[12].

Ön İncelemenin Yapılması

Davanın ön incelemesi , bu aşamanın herkezce bilinmesi ve erişilebilir olması, çok seçenekli ADR Programının en önemli özelliğidir. Eyalet mahkeme programlarında, talep sahipleri veya uyuşmazlığa taraf olan kişiler, mahkemeye bizzat veya telefonla görüşebilmektedir. Ön incelemeden sonra talep sahibine uyuşmazlığa en uygun çözüm yolu önerilmekte ve dava mahkeme bünyesindeki bir brime veya mahkeme dışında bir kuruluşa havale edilmektedir[13].

Uyuşmazlıklar yukarıda sayılan kıstaslara göre incelenir. Örneğin, komşulara rasında aşırı gürültü yapması sebebiyle, taraflardan birinin diğerine hakaret etmesi durumunda, hakaret fiilinin suç olması sebebiyle açılan dava ceza mahkemesinde görülmelidir. Fakat tarafların ihtiyacı olan şeyinin hakaretin tespit edilip edilmemesi değil, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde kendilerine yardımcı olunmasıdır. Bu nedenle davanın en azından başlangıç aşamasında arabuluculuğa gönderilmesi yerinde olur. Benzer bir yola kira uyuşmazlıklarında da başvurulabilir ama, kiralayanın, kira bedelini belirleyen bir hükmün anayasaya aykırılığını iddia ederek dava açması halinde elbette bu dava görevli mahkemede incelenecektir. Aynı şekilde ağır suçlara ilişkin davalar da mahkemelerde görülecektir[14].

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

Davanın ön incelemesi bir ön inceleme memurunca yapılır ve bu memurun alanında uzman olması şarttır. Burada uzman seçiminin tarafalara bırakılıp bırakılmayacağı, avukatların bu konuda yeterli olup olmaması hususları oldukça önem taşımaktadır.

Çok seçenekli adliye eşkilatında karar verilmesi gereken en önemli konulardan biri, uyuşmazlığın inceleme memurunca uygun çözüm yoluna gönderilmesinin zorunlu olup olmadığı meselesidir. Gönüllülük esasının benimsenmesi halinde, bu kurumdan beklenen faydalar elde edilmeyebilir. Zorunluluk esasının kabulü halinde ise Anayasal ve politik itirazlarla karşılaşılabilir. İlk aşamada, gönüllülük esası benimsenerek, hangi davalarda hangi uyuşmazlık çözüm yollarının daha başarılı olduğu gözlemlenmeli; bundan sonra, davanın bu yollara havale edilmesinde zorunluluk esası kabul edilmelidir. Birleşik devletlerde bu uygulama yapılmış ve örneğin, California'da, belli bir miktarın altındaki tazminat taleplerini konu alan davaların tahkime sunulması zorunlu tutulmuştur. Bu uygulamalarda, anayasal koruma altında olan hak arama hürriyetinin zarar görmemesine özen gösterilmelidir.

bb) Columbia Bölgesi Çok Seçenekli Uyuşmazlık Çözümü Programı

Çok seçenekli adliye anlayışını daha iyi anlayabilmek için, başarılı bir çok seçenekli ADR programına sahip olması sebebiyle, bu konuda iyi örnek oluşturan, Columbia Bölgesi Çok Seçenekli Uyuşmazlık Çözümü Programının incelenmesi yararlı olacaktır.

Bu program 1985 yılında Columbia Bölgesi Eyalet Mahkemesinde bir deneme programı şeklinde başlamıştır. Zamanla başarısını kanıtlamış, mahkemenin düzenli çalışan bir bölümü haline gelmiştir. Bugün bu program, "Çok Seçenekli Uyuşmazlık Çözümü Bölümü" adıyla çalışan bir uyuşmazlık çözüm merkezidir.[15] Örneğin aynı yıl oluşturulan, ufak miktarlı taleplere ilişkin arabuluculuk programı, mahkemede sunulan farklı seçeneklerden ilki olmuştur. Küçük talepler mahkemesinde, miktar ve değeri 5.000 USD'nin altında kalan taleplerde, uyuşmazlıkların tatminkar bir şekilde çözülmesine yardımcı olan gönüllü kişiler çalışmaktadır. 10991 yılından itibaren arabulucular, 25.000 USD'ni altındaki talepleri konu alan sınıf davalarında da arabuluculuk yapmaya başlamışlardır. 1998 yılında, arabuluculuğa gönderilen ufak miktarlı taleplerden yaklaşık % 43'ü, arabulucuların yardımıyla çözülmüştür.

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

Ayrıca Çok Seçenekli uyuşmazlık Çözümü Bölümü , hukuk yargılamasında gecikmenin azaltılması programının desteklenmesi için, Ekim 1989- Ocak 1991 tarihleri arasında, yaklaşık 3100 hukuk davasında arabuluculuğa başvurmuş ve bu davaların yarısını çözmeyi başarmıştır. Bu mahkeme halen, kapsamlı bir mahkeme kökenli ADR programına sahiptir. Diğer eyalet ve ülkeler bu mahkemeden sürekli yardım istemektedir[16]

1) Çok Seçenekli Uyuşmazlık Programında Sunulan Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Kayıt ve Yönlendirme

Bu aşamada davanın çözümü için başvurulacak yolların tespiti amacıyla, inceleme başlar. Dava ve taraflarla ilgili etkenler hakkında avukatlarla görüşülür ve uzman ve avukatlar atılacak en doğru adımı belirlerler.

Arabuluculuk

Arabulucu davanın esası hakkında bir değerlendirmede bulunmaz., taraflara şahsi görüşünü açıklamaz.

Tahkim

Mahkeme kararıyla başvuru tahkimde, avukat olan bir hakem taraflarla bir araya gelir, onların maddi olaylara ve hukuki sebeplere ilişkin iddia ve savunmalarını dinler ve 120 gün içinde davayı karara bağlamalıdır.

Dava Değerlendirmesi

Bu yolda taraflar, davanın esası hakkında tarafsız ve tecrubeli bir avukatın görüşünü alırlar. Bu

görüşgizli olup, bağlayıcı değildir[17].

2) Çok Seçenekli Uyuşmazlık Çözüm Programında Çalışan Gönüllüler

Bu programın olmasa olmaz unsurlarındandırlar. Farklı türdeki uyuşmazlıkların çözümü için eğitilirler ve bu tarafsız kişiler arabulucu, arabulucu-hakem veya dava değerlendiricisi olarak çalışabilirler.

Gönüllüler, arabuluculuk kursları, meslek içi eğitimler veya yuvarlak amsa toplantıları gibi çeşitli eğitim programlarına katılırlar. Başlangıç eğitiminin ardından gönüllülere ayrıntılı bilgi verilmekte ve eğitim toplantılarının tamamına katılmaz zorunluluğu bulunmaktadır.

Eğitim süresi 7 ila 12 gün arasında değişmektedir. Ders saatleri hukuk arabuluculuğunda 27 saat, küçük talepler arabuluculuğunda 40 ve aile arabuluculuğunda 55 saattir[18]. Bu kişilere yüksek olmamakla birlikte ücret ödenmektedir.

3) Çok Seçenekli Uyuşmazlık Çözümü Programının İncelenmesi

Öncelikle buradaki bütün hizmetler bölümün gözetiminde olup ücretsiz verilmektedir. Bölümde üç temel alt bölüm vardır bunlar:

a) Aile ve Topluluk Bölümü

Bu bölümde Aile arabuluculuğu programı, çocuğun bakımı ve gözetimi, velayeti gibi konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hizmet vermektedir.

b) Özel Hukuk ADR Bölümü

Bu programda, davanın açılmasından sonraki 90 ila 120 gün içerisinde davaya bakan hakim, taraflarla ve varsa onların avukatlarıyla bir ön programlama toplantısı gerçekleştirirler. Bu toplantıda taraflar ve hakim, en uygun, ADR yolunun hangisi olduğuna ve ADR toplantısının ne zaman yapılacağına karar verir[19].

Özel hukuk arabuluculuğu programı ise mahkeme kararıyla yönetilir. Avukatların veya onlarla temsil edilmiyorlarsa tarafların kendilerinin, arabuluculuktan 1 ay önce "Gizli Uzlaşma Beyannamesi" doldurması zorunludur. Arabulucular, davanın uzlaşma müzakerelerine en uygun şekilde hazırlanması için, arabuluculuk toplantısından önce avukat veya avukatla temsil edilmeyen taraflarla görüşürler.

Arabuluculuk toplantıları Çok seçenekli arabuluculuk merkezinde haftada 3 gün gerçekleştirilir[20].

Özel hukuk ADR Programı içinde ayrıca dava değerlendirme alt bölümü de vardır. Mahkeme kararıyla yürütülür ve mahkemenin onayladığı idari bir usule göre yönetilir. Dava değerlendiricisi de, hukuk arabuluculuğunda olduğu gibi, Gizli uzlaşma Beyannamesindeki bilgileri esas alır. Değerlendirici, ADR toplantısında, tarafların davadaki güçlü ve zayıf yönlerini belirleyerek, yargılama sonundaki başarı şansları ve davanın çözüm niteliği hakkında tavsiye niteliğinde görüş bildirir. Değerlendiricinin görüşünün açıklanmasından önce ve sonra, taraflara uzlaşma seçeneklerini düşünme fırsatı tanınır[21].

Columbia Bölgesinde, değerlendiricilerin avukat olması ve görev yapacakları davalarda en az 5 yıllık tecrübeye sahip olması şarttır. Karmaşık davalarda, yargılama deneyimi olan değerlendiriciler görev almaktadır. Dava değerlendirme toplantıları, Çok Seçenekli Arabuluculuk Merkezinde, haftada 3 gün yapılır. Değerlendiriciler yılda 6 gün ve yaklaşık 12 davada görev almak zorundadır.

d) Tahkim

Tahkim programı, Columbia Eyalet Mahkemesi Tahkim Kurallarına göre yönetilir. Taraflar, bağlayıcı olan veya olmayan tahkimi seçebilir ve mahkeme yapılan ön belirleme toplantısında hakemi belirler. Hakem yargılaması genelde hakemin bürosunda yapılır. İlk yıllarında 20 davada görev yapmaları istenir[22].

e) Veraset ve Vergi Değerlendirme Arabuluculuğu

Veraset uyuşmazlıkları, davaya bakan hakim kararıyla arabuluculuğa gönderilir. Halen, ikametgaha yönelik mallarla ticari mallar hakkında yapılan vergi tarhına karşı ileri sürülen talepler, ilk resmi oturumda düzenli olarak arabuluculuğa gönderilir. Vergi davalarında görev yapan arabulucular, özel hukuk arabulucularının yer aldığı listeden seçilir; fakat bu arabulucuların vergi uyuşmazlıklarında ilave bir tecrubeye sahip olması şarttır.

f) Küçük Talepler ve Sınıf Talepleri Arabuluculuğu

Küçük miktarlı uyuşmazlıkları konu alan davalarda, duruşma gününde arabuluculuk yapmak üzere adliyede arabulucular bulunur. Küçük miktarlı talepler genellikle, 5.000 USD' nin altındaki tazminat taleplerini konu alan ve tüketicilerle satıcıların taraf olduğu uyuşmazlıklardır. Bu arabulucular , miktar 25.000'e varan sınıf

Taleplerinde de arabuluculuk yaparlar.

Program Geliştirme Bölümü

Çok Seçenekli Mahkeme Bölümü hakimle ve idareci personelle birlikte, dünyanın diğer ülkelerindeki hukukçulara, idareci ve akademisyenlere, mahkeme kökenli ADR sistemlerinin geliştirilmesi hakkında teknik bilgi verir. Eğitim programları tarafsız kişilere temel ve ileri düzeyde eğitim vermekte ve müzakere hünerlerini periyodik olarak geliştirip değerlendirmektedirler.

B) Artan seçenekler ve sağlayıcıların uzmanlıkları

Arabuluculara olan ihtiyaç arttıkça, sağlayıcıların sayıları ve çeşitleri de artışa geçmiştir. Artan seçenekler ve ADR sağlayıcılarının değişkenlik gösteren uzmanlıkları, kamu, özel ve mahkeme kontrollü ADR elemanları; avukatlar, eski yargıçlar ve avukat olmayanlar, ayrıca servis bedeli bazı kurumlarda ücretsizken, saati binlerce doları bulan eski yargıçlar ve tecrübeli aile ve ticari davacıları bulunmaktadır. Çoğu bölgede arabuluculara etik konularla ilgili çalışma, deneyim ve bağlılıkla ilgili mütevazı bir şekilde emek edilmeye başlanmıştır[23].

C) Artan araştırma ve değerlendirme

ADR'nin mahkemelerce kullanımı araştırma ve değerlendirme konusunda artışa neden olmuştur. Arabuluculuk çalışmaları hem mahkemeler hem de mahkeme destekli programlar tarafından teklif edilmiş ve denemeye giren katılımcılarda yüksek tatmin bulgusuna ulaşılmıştır. Bazı çalışmalar ADR'nin kullanımıyla gruplarda para ve zaman konusunda tasarrufa gidildiğini de göstermiştir. Araştırmalar ADR'nin en iyi şekilde kullanımı üzerinde yoğunlaşmış olup ADR ile ilgili mahkemenin en iyi zamanlaması üzerine de çalışılmaktadır[24].

D) Kültürel Değişimin Başlangıçları

ADR'nin yükselişi mahkemelerin içeriğindeki değişime dayanmaktadır, pasif sağlayıcıdan aktifliğe geçiş, sorun çözümü yönetimi, ya da bazı mahkemelerde toplumsal değişimlerde

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

katalizör görevi yapar ve çıkar dönüşümünü sağlar. Arabuluculuğun bazı prensipleri (müsaade etmek, sorun çözümü) Colorado mahkemesinde geniş destek bulmuş, dava yönetiminde ailevi ilişkiler ve gençlere özgü davalarla ilgili yardımcıları, sulh yargıçları veya yargıçlar konferanslara katılmışlardır. Mahkemeler dava açmayı ilk tercih olarak değil de son tercih olarak ele almaya başlamışlardır, hiç değilse bazı tip davalar için[25].

E) Sorunlar:

Mahkeme yönetimli ya da Mahkeme Bağlantılı

Arabuluculukla İlgili Kaygıların Nedenleri

Mahkemelerin yasal otoritesi arabuluculuğun yükselişindeki en büyük etken olabilir. Arabuluculuğun sahasının, bir anda ve çok hızlı adımlarla ilerlemesi mahkemelerde arabuluculuk kamusallaştırılmadan sağlanamaz. Bununla birlikte ADR'nin mahkemelerde yaygınlaşan kullanımı ciddi kaygılara neden olmuştur. Mahkemelerin güvenilirliğini etkilemesi ve hızlıca kabulü, ya da arabuluculukla ilgili çeşitli yöntemler, uygulanan yöntemde yetersiz dikkat ve fazla netlik de bu nedenler arasındadır.

Arabuluculuğun Kökeni ve Amaçları

Arabuluculuk zıtlık, tatsızlık ve pahalı olma durumlarıyla sonuçlanan dava açma süreçlerine bir

alternatif olarak ortaya atılmıştır. Arabuluculuk negatif ve tartışmalı bir

iletişim tarzının yerine daha pozitif bir yaklaşım niyetini taşıyan bir alternatiftir. Tartışma ya da uyuşmazlıktan muzdarip grupları bir araya getirip, olayları ve durumları görüşüp, ihtimal dâhilindeki çözümleri araştırmak amacıyla var olmuştur. Başka bir ifadeyle davacıların yabancılaşmasını önleyerek insani yollarla sorunları çözmeye çalışmak denebilir.

Arabuluculuğun kökeni vaat ettiklerinden gelmektedir: Tüm katılımcılar için sesini duyurma ve seçim. Mahkeme oturumlarında arabuluculuk, davacılara ve tabii avukatlarına ya da diğer temsilcilerine kısıtlama ve kurallar olmaksızın sesini duyurma imkânı ve karşı tarafın bakış açısıyla olayı dinleme, yeni bilgiler edinme ve tartışmayla ilgili daha anlamlı diyalog imkânı sunar. Arabuluculuk katılımcılara ortaya çıkan anlaşmazlıkların altında yatan nedenleri, içerikleri ve her durum için nasıl değişebileceği ya da çözülebileceği konularını keşfetme imkânı da sunmaktadır.

Arabuluculuk kaybetmek üzerine bir alternatif değildir. Alternatiften öte temel bir değerdir. Oturum çoğu karlı sonucun içindeki olasılıklardan biridir. Diğer pozitif sonuçlar ise şunları içerir: konuşabilmek, duyulabilmek ve avukatlardan bağımsız olarak konuşabilmek ancak gruplar için önemli olan, önemli konuları dikkate alarak kapsamı daraltmaktır[26].

Katılımcılar için önemli olan konuların netleşmesi, katılımcılar arası özgür diyaloglar, durumları karşılıklı daha iyi kavrama, iyi inanç depolanması, itibar ve kişiliğin güçlenmesi ve katılımcılar tarafından ortaya konan anlaşma konuları büyük önem taşımaktadır. Arabuluculuğun temeli toplu oturuma dayanır, eğer gruplar en iyi mahkemeyi yapabilirlerse. Arabuluculuk aynı zamanda grupların en iyi yolun dava olmasında birleşmeleri ve yargı sisteminin yasal sonuçları belirlemesi gibi konularda da yeri vardır.

Mahkemelerin içeriğinde, esas amaç en azından arabuluculuğa daha fazla insanı yaklaştırmak ya da en azından katılım imkanını sağlamaktır. Oturum davacıların tartışması açısından önemliken, araştırmalar gösterir ki davacılar ve diğer katılımcılar için bu en önemli şey değildir. En önemli şey arabuluculuk sırasındaki iletişimin niteliği, saygıyı, anlayışı, yüz yüze konuşulduğu için sorular hedefini bulmasını ve cevaplanabilirliğin artmasını kapsamaktadır. Arabuluculukta davacılar için önemli olan ise avukatların birbirleriyle olan etkileşimi ve duruma uygun duyarlılıklarıdır. Ancak, daha fazla mahkeme arabuluculuğu kabul ettikçe, öncelikli olarak vaat edilen verimliliğe bağlı kalmışlardır: vaat edilenler arasında mahkeme gündeminin daraltılması, oturum oranlarının arttırılması ve hızlandırılmış dava uygulaması bulunmaktadır.

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

Bununla beraber diğer arabuluculuk yöntemlerinde(arabuluculuk temel kavramlarına yetki vermek ve grup olarak belirlemeye gerek duymayan belki de farklı nedenler kaynaklı olan) mahkemeler avukatlara öncelikli olarak oturum yöntemleri ve sonuçlarıyla ilgili güvenmiştir. Objektif olmaya, oturumun öncelikli istenen sonucu vermesiyle, arabuluculuk ve hakim ve avukatlar arası farklılıklar ve belki de yeterli kaynağın yoksunluğu nedenleriyle arabuluculuk mahkeme denetimli programlarda gelenekselleşme yoluna girmekte ve alternatif yöntemler daha az dikkat çekmektedir.

Bir ya da iki tarafın da algılanan durumları ya da algılanan hasar miktarlarında uzlaşması arabuluculuktur ve arabuluculuk pek çok mahkemede gündeme alınmaktadır.

Davacılara arabuluculuk dışında bir alternatif sunmadan önce, mahkemeler arabuluculuğun indirgenmiş bir versiyonuna teslim olurlar—bu tam olarak bir dava değildir. Bu yöntem tam olarak bir dava değil ancak uzlaşma amaçlı bir oturumdur, en kötü ihtimalle umduklarını bulamayan katılımcılar dava açma yoluna gideceklerdir. Her şekilde arabuluculuk dava içeriği anlamına gelmekte ve pek çok dava gündeminde yerini almaktadır. Bu varsayımdan hareketle arabuluculuk basitçe oturum şeklinde bir konferanstır ve mahkemelerdeki arabuluculukla ilgili oluşan benzer kaygıları oluşturur.

Bu varsayım mahkeme ve arabuluculuk temel değerleri arası çarpışmanın bir sonucu mudur yoksa mahkeme gündemlerinde ortaya konan arabuluculuk yöntemleri gerçekten farklı olup, çok başka temel değerlere mi dayanmaktadırlar?

F) Mahkemelerin Temel değerleri ve Hedefleri

Amerikan hukuk sisteminde mahkemelerin rolü anlaşmazlıkları çözmek ve yasaları uygulamaktır. Mahkemenin temelini dayandığı değerlere dayalı rolü adaletle ilgili yöntemler, sonuçların tutarlılığı ve yasal sonuçları içermektedir. Hukuk ve mahkemeler yasaları yorumlarken insanların geneline olan etkiyle ilgilidirler ancak yasal sistem bunların özellikle gruplarla olan ilişkileriyle ilgilenmez. Yasal sistem nedene dayanır, duygulara değil; insanlara rol vermektedir (davacı, savunmacı, danışman) bireyler olarak değil, otorite olarak; anlaşmaya dayalı değil, hızlıca çözümlere dayalı(adalet gecikirse adalet olmaz); devam eden yöntem değil,

tarafsızlıktır, kişisel bağlara dayanmaz. Böylelikle yasal sistemdeki değerler arabuluculuktaki değerlerden oldukça farklıdır[27].

Rutine teslimiyet mi? Yeni bir yöntemle tartışmalı çözümlere varmak mı?

Eleştiriler arabuluculuğun mahkeme rutinine teslim olması yönünde yoğunlaşmıştır bu da arabuluculuğun kendi prensiplerinden uzaklaşarak mahkeme denetimli olup onun geleneksel kavramlarını özümsemesinden ve gerçek bir alternatif olmaktan uzaklaşmasından ileri gelir.

Rutine teslim oluşun belirtileri: arabuluculukta anlaşma için yarım ya da bir saatlik süre; avukatlar ya da sigorta şirketlerinin ya da diğer temsilcilerin müvekkilleri olmaksızın arabuluculuğa gelmeleri; avukatların arabuluculuk tartışmalarını müvekkillerini etkisiz bırakarak sürdürmeleri; avukatların müvekkilleri için arabuluculuk sırasında tartışmaya katılmama talepleri; avukatların arabuluculukla ilgili tartışılırken davacıyı dışarı alma talepleri; avukat, hakim ve eski hakimlerin arabuluculuk üzerine hiçbir eğitim almaksızın bu işe kalkışmaları. Bu belirtiler beklenmedik ve sadece mahkeme gündemiyle alakalı gibi gelebilir ya da en azından avukat ya da mahkeme personeliyle ilişkilendirilebilir. Oluşan rutinin nedenleri davacılarıdaki güven eksikliği, arabuluculuk ve oturum arası farkın yeterince anlaşılmamış olması, ya da arabuluculuğun bir alternatif olarak neler sağlayabileceğinin yeterince anlaşılmamış olması olabilir.

Bu belirtiler arabuluculuğun mahkeme gündemindeki hızlı yükselişi ve kaynaklar olmaksızın iç ve dışta arabuluculuk kalite kontrolü yapılmaya çalışılmasından kaynaklı olabilir. Amerikan toplumunun yargı süreciyle ilgili varsayımlarından ve böylece mahkeme arabuluculuğu üzerine yapılan çıkarımlardan kaynaklı da olabilir. Bu varsayımlar değişkenlik göstermektedir; sizin için konuştukları ya da sizin yerinize karar verildiği ve mahkemelerin bireylerin yasal haklarını koruduğu gibi. Yöntem karmaşıklaştıkça ya da hukuk kamuda paradokslan varsayımlara neden oldukça, davacılar hayatlarındaki en ciddi karmaşalardan birinin kararını tanımadıkları, güvenmekte güçlük çektikleri insanların eline bırakamazlar. Bu varsayımlar avukatlar ve grupların mahkeme denetimli arabuluculuk üzerinden devam etmektedir. Yine bu varsayımlar dava sürecinde pek çok mahkemede yaşanan arabuluculuk deneyimlerine dayanmaktadır.

Belki de mahkeme programlarında arabuluculukla ilgili olanlar “rutine teslimiyet” değildir, ancak arabuluculuk adı verilen yöntem belki de mahkemelerin ihtiyacıyla örtüşmemektedir[28].

G) Olasılıklar: Arabuluculuğu Alternatif Bir Yöntem Olarak Sunmak için 6 Strateji ve Mahkemenin İhtiyaçlarının Karşılanması

Uyuşmazlıkları çözenlerin iyi bildiği üzere, çatışan değerler çözülmesi en zor durumlardır. Ancak zor imkânsız anlamına gelmez. Çözüme giderken uzlaşma zorunlu değildir. Çatışan değerlerin çözülmesiyle ilgili bir yöntem iki grubun da uygun göreceği değerleri mükemmel şekilde bulmaktır. Mahkeme denetimli arabuluculuğu “rutine teslimiyet” olarak suçlayan eleştiriler önemli kaygıları arttırmakta ancak ironiktir; eleştirenler de kendi eleştirilerine kurban gitmektedirler.

Mahkemenin ihtiyaçlarıyla örtüşen bir alternatif sistem olarak arabuluculuk daha faydalı olacaktır. Bu makale tüm gereksinimleri derinlemesine belirleyemez, ancak bunları belirlemeye yardımcı olabilir. Gereklilikler şunları içermektedir: tartışmalı çözüm yönteminde güvenilirlik, uzun süreli etki, grupları sorunlarını kendileri çözmeleri konusunda desteklemek ve bu sorunları mahkemeye taşıma yanlısı olmamak ayrıca, grupların nelere gereksinim duyduklarının fark edilmesi. Mahkemenin gereklilikleri ise şunlardır: çözümde hızlı olabilmek, sonuçluluk, sınırlı kaynakların en iyi şekilde kullanımı ve otoritesinin sağlanması. Arabuluculuğu öneren kişilerin gereklilikleri; toplu-bireysel belirleme, seçeneklerin ve konuşmaların artması, yabancılaşmanın azaltılması ve insani bağlara müsaade edilmesi[29].

Her ne kadar gerekliliklerin belirlenmesinde daha fazla tartışma gerekse de, imkan dahilindeki değişikliklere bakmakla başlamak doğru olacaktır, aslında onlar da hemen gerçek olamamaktadır, ortaya konan fikirler zamanla mahkemelerin ek dava yönetimi sağlamalarına ve oturum gündemi oluştururken iletişime şans tanımalarına yardımcı olacak ve katılımcılar arası iletişimin niteliği ve eğer seçilirse karşılıklı ilişkilere, anlaşmazlık kaynaklı çatışmaların en aza indirgenmesine ve yapıcı duyarlılığın geliştirilmesine yardımcı olacaktır.

Bu makale öncelikle listelenen iki gerekliliği araştırarak ve sonrasında çözüm, indirgeme ya da en azından biraz yardım ederek mahkeme denetimli arabuluculuğa yönelik hoşnutsuzluğa karşı

6 strateji önerecektir[30].

Verimin ve Arabuluculukta Kamu Güveni ve Mahkemelerle İlişkisinin Kavranması

Mahkemeler demokratik toplumun dayanağı olduğundan, mahkemelerin arabuluculuğu kabul etmesinin güçlü sonuçları vardır. Eğer mahkemelerin arabuluculuk programları arabuluculuğun temel değerlerine bir alternatif olarak bağlı kalmazsa ve halen alternatif olarak grupların beklentisi karşılanamazsa, karmaşa ve şüphe baş gösterecektir. Bu karmaşa kamu güveninde sistematik sarsılmalara ve mahkemelerin kendilerine olan güvenlerinde sarsılmalara neden olacaktır. İlk ve belki de tek deneyimleri mahkeme denetimli olan vatandaşlar için arabuluculuğun temel değerleri asla deneyim edilmiş ya da anlaşılabilir olamayacaktır.

Mahkemeler tüm davaları çözmekle yükümlüdür, bazen özelleşmiş durumlarda sınırlı kaynaklarla. Böylece mahkemeler için öncelikli amaç arabuluculuğu teklif etmek ve arabuluculuk programlarının verimini desteklemektir. Bu amaçla alakalı olarak mahkemelerin kısıtlı kaynakları en iyi şekilde nasıl düzenleyecekleri ve adil bir şekilde gündeme nasıl alacakları belirlenmelidir. Verim mahkeme öncesi oturumların sayıca artışı için güçlü bir motivasyon kaynağı olmaktadır. En çok dikkat çeken kısa dönemli verimde nitelikte eksiklikler olur ve çeşitli zorlayıcı taktik etkili oturum yaratmaktadır. Sosyal kamuda zorlamalar kamu kuruluşlarının saygınlığını bitirmekte ve demokratik ideallerin yıpranmasına neden olmaktadır[31].

Uzun vadede verim hem mahkeme hem de arabuluculuk değerleriyle ilgilidir. Uzun vadeli verim tartışmalı çözümlerle sonuçlara varılıp her anlaşmazlıkta mahkemeye başvurma durumunun en aza indirilmesidir. Davacıların birbirleriyle konuşarak ve durumu en iyi şekilde nasıl çözeceklerini tartışarak sonuca gitmeleri

büyük uzun vadeli verimdir—daha az yabancılaşmış, daha mutlu ve verimli vatandaşlara ulaşılmıştır. İnsanların arasındaki negatif dinamikler ne kadar azalır, mahkemeye yeniden başvurma ya da benzeri hareketler azalmaktadır. Mahkemeler yasal tartışmalar çerçevesinde insanların zıtlıklarına dikkat etmekte ve binlerce baş yargıç kısa dönemli verim amaçlarıyla ve kimin daha “sorun çözücü” olacağına dair taahhüt almaktadırlar. Eğer mahkemeler bu durumu desteklerlerse, davacılar yargı yöntemini daha cazip bulacaklardır[32]

Arabuluculuk her zaman oturum sağlasın ya da sağlamasın, arabuluculuk temel değerlerine bağlı kaldıkça, çoğu davada katılımcıların oturuma ulaşmaları daha yakın ihtimaldir denebilir. Bunun ötesinde, bu tip oturum ve anlaşmalar daha gerçek ve davacıları tatmin eden ve bunun bir sonucu olarak sonuç alınan bir sistem olmuştur. Burada arabuluculuk ve mahkemenin temel değerleri kesişmektedir. Uzun vadede, tatminsel sonuçlar uzun dönemli hedeflerin veriminin tamamlanması anlamına gelir. Arabuluculuk bir oturum konferansı olarak değil ancak davacıları ve avukatları çağırarak sadece oturum için değil ayrıca fikir uyuşmazlıkları için de görüşme yapılması durumunda bu sonuçlar elde edilmektedir. Arabuluculuk oturum konferansı olarak uygulandığında kısa vadeli verim alınmaktadır: kağıt üzerinde oturum ve en azından geçici, gündem dışı. Mahkemeler böylelikle iki yöntemi de uygulayabilir ve gruplar hangisinin talepleriyle örtüştüğüne karar verebilirler[33].

6 Strateji

Strateji 1: Arabuluculuğun netleştirilmesi ve diğer ADR yöntemlerinin terminolojisi ve diğer teorilerin sıralı uygulaması

Öncelikle terminoloji değişmeli ve açıkça tanımlanmalıdır. Bu yönde büyük gayretler olmuştur, örneğin, Profesör Leonard Riskin'in kolaylaştırıcı ve ilerletici arabuluculuk ve Profesör Baruch Bush ve Joseph Folger'in dönüştürülebilir arabuluculuk üzerine çalışmaları sayılabilir. Bu makalenin yazarları arabuluculuk yöntemlerini 3 içerikte toplarlar: "anlaşma", "bireyselliğin artışı" ve "ilişkiler" ya da "işlemsel oryantasyon" ya da "dönüşümsel oryantasyona dayalı arabuluculuk programlarıyla olası sonuçlara varmak mümkündür. Daha geleneksel bir oturum yaklaşımı mahkeme temelli oturum olup yöntem açıkça anlatıldığında ve gruplar bunu seçtikten sonra olumsuz bir durumdan bahsedilemez, örneğin: toplu arabuluculuk merkezleri ya da özel arabulucular[34]

Toplu arabuluculukta değişen bir terminolojiye örnek olarak oturum yöntemlerinin "ADR oturum konferansları" eğitimi almış yeni yargıçlar tarafından yönetilmesi, arabuluculuk yeteneklerini daha geleneksel oturum konferansı yaklaşımıyla kullanmalarının sağlanması verilebilir. Bu terminoloji en azından bir bölgede 40 saat arabuluculuk eğitimi almış yeni bir yargıcın önerisiyle ortaya çıkmış ve bu yargıç yeni ve yeni olmayan yargıçların yürütmelerinin farklı olacağına da

fark etmiştir. Başka bir ifadeyle arabuluculuk olmayacak, kısa dönemli oturum hedefi için uygun bir yöntem olacaktır.

Mahkemelerin arabuluculuğunun tarifi için kullandığı kavramlar daha net olsa ve arabuluculuk kavramının yabancılaştırma deneyiminden zıt olarak temel değerler taşıdığı ifade edilse, arabuluculuk yöntemi oturum konferansı ve arabuluculuk hizmeti sağlayanların rolü birbirine karışmazdı. Arabuluculuğun sunduğu imkan, İternatif katılımcılara oturumu birbirleriyle diyalog kurarak tanıyabilme imkanıdır. Avukatlar eğer yöntemin temel değerlerini kavrarlarsa katılım konusunda daha isteksiz ve katılımcıları daha ön planda tutan bir yaklaşım içinde olacaklardır. Davacılar avukatlarından destek görürlerse gönüllü katılım söz konusu olabilecektir.

Netleşen kavramlar ve eğitimle, uygulama standartları ve etik standartlar arabulucular tarafından daha iyi anlaşılmiş, ve mahkeme programlarının net olmayan ve zıtlıklar içeren beklentilerine göre daha anlamlıdır. Hakimler ve mahkeme personeli arabulucunun görevini rahatlıkla ifade edebilir. Mahkeme arabulucuların görevlerini tezatlıktan uzaklık olarak belirtir, mahkemenin baskı ve beklentileri de bu durumla iç içedir duruma göre ortadan kalkabilir.

Açıkça belirtilirse başarılı arabuluculukta yöntemlerin temel değerlerine etki etmektedir: iletişim, sesini duyurmak ve tüm katılımcıların seçimleri. Başarılı arabuluculuğun tanımı oturumu sadece başarılı bir sonuç olarak kabul eder. Diğer sonuçlar eşit ya da daha değerli algılanan seçeneklerdir, konuşabilmek ve kendini tamamıyla ifade edebilmek, durumun iyi anlaşılması, uygulama sırasında anlaşılan durumlar, azalan kin ve kargaşa, daha fazla kişisel tatmin, saygın hissetme ve potansiyel yeni adımların ya da gelecekteki değişikliklerin netleşmesi. ADR oturum konferansları diğer taraftan ilk olarak oturuma yöneliktir.

Strateji 2: Arabuluculuk Yöntemlerinde Zorlamanın Ortadan Kaldırılması

İkinci olarak mahkeme yöntemleri ve arabuluculuk yöntemleri arası sınırlar açıkça ifade edilmeli ve sağlanmalıdır ve zorlamanın sıkı bir şekilde önüne geçilmelidir. Bu sonuçlara ulaşılması mahkeme üyelerini, hakimleri ve sulh hakimlerini karar otoriteleriyle beraber kapsar bu durumda oturuma dayalı davalar arabuluculuk adını almaktadır, mahkeme içinde ya da dışında olsun

alternatif yöntemlere güven sağlar; gruplara oturum için anlaşma sağlar, “ iyi inanç” ortadan kaldırıp arabuluculuk sağlayıcılarına gereklilikleri rapor eder ve avukatlara, hakimlere, mahkeme personeline ve arabuluculuk sağlayıcılarına amacını aşan zorlamalarla alakalı disiplin prosedürleri belirtilir[35]

Ek olarak, mahkemeler arabuluculuğa yakınlaştıkça, zorlama içerikli arabuluculuk, istenmeden ve hedeflenmeden ortaya çıkabilmektedir. Tüm grupların kontrol altında arabuluculuk yapmalarının gene kontrol altında anlaşma ve oturum yaptıkları anlamına gelmediğinin anlaşılması kritiktir. Mahkeme arabulucuları davalarla ilgili konularında mahkeme yöneticisi adını alır. Kurallarının denetimi zamanla hallolur, sıklıkla bu süre 1 ya da 2 saattir. Bu zaman değişkenliği arabuluculuğa biraz daha baskı ekler.

Çoğu arabulucu, ancak arabuluculuk konusunda ilerleme kaydetmiş, uygulamanın uygunluğunu ve arabuluculuğun niteliğini bildirmek zorundadırlar çünkü davayı yürütmeleri için çok kısa zamanları vardır. Arabuluculuk konusunda bilgilendirilen gruplar, arabuluculuk sırasında bu zaman baskısından dolayı kendilerini yeterince ifade edemeyebilirler hatta kendilerini sadece danışmanın yanında oturup kalmış halde bulabilirler. Zaman baskıları arabulucuların işini kısa sürede yapmaları konusunda onlara baskı yaparak eldeki kaynakla en iyi sonucu elde etme hedefini taşımaktadır. Eğer tüm avukatlar, hâkimler ve mahkeme arabulucuları yöneticileri arabuluculuk konusunda eğitim alırlarsa mahkeme gündeminde arabuluculuk daha etkin ve hedefe ulaşmış bir yer alabilir.

Mahkeme personelinin denetimli arabuluculuk üzerine değerlendirmeleri ve mahkeme kuralları ve kısa zaman kısıtlamaları yöntem üzerine zorla yüklenir ve katılımcılar karar verme baskısıyla karşı karşıyadırlar. Mahkeme kuralları mahkemelerin arabuluculuğu yönettiği durumlar örneğin; “en az iki saat ya da daha uzun süreyi talep etmiş katılımcılar için”, çoğu avukat 20 dakikadan fazla ya da 2 saat görüşme yapabilmeyi seçebileceklerini bilmezler. Mahkeme kurallarının arabuluculuğa uygulanması etik standartların uygulaması olup oturumlarda arabuluculuk konferansı yöntemlerine ya da ADR oturum konferansına etki edebilir[36]

Strateji 3: Davacı ve Avukatlara daha fazla Arabuluculuk Eğitimi Sağlanması

Gruplar ve avukatlar mahkemelerde ilgili oldukları alternatif yöntemlerle ilgili eğitim almış olmalıdırlar, ayrıca mahkeme dışında da toplu arabuluculuk merkezleri ya da bireysel arabulucular ve firmalar bulunmaktadır. Bu eğitim pek çok yolla ortaya çıkabilir, dava yönetimi konferanslarını içermekte, video kayıtlarıyla mahkeme prosedürlerine adaptasyon sağlama, avukatların müvekkilleriyle olan yakın temasları ve mahkeme web sayfaları.

Verilen yeterli kaynakla, mahkemeler listeye aldıkları arabulucularla ilgili daha fazla bilgi edinebilir, ayrıca mahkemeler kendi elemanlarını yetiştirip arabuluculuk yöntemlerinde; oturum, arabuluculuk ve ADR oturum yöntemleri gibi görev verebilirler, onlara uygun broşürler hazırlatabilir, web siteleri yardımıyla kamu arabuluculuğu sağlanabilir, her mahkeme katibi davalıya broşür sağlayabilir, mahkemeler arabuluculuk bedelleri için ek olarak 5 dolar talep edebilir, her davalı, sadece avukat olanlar değil, broşürlerle bilgilendirilip ve eğer daha fazla dikkatlerini çekmişse telefonları yardımıyla daha fazla bilgi alabilirler. Grupların arabuluculukla ilgili eğitimi davalılarla nasıl iletişim kurulacağı yönünde yasal danışmanlığı da içermektedir. Uygulamayla ve amaçlarıyla ilgili bilgi sağlanabilir ve kişisel telefon görüşmesi yöntemin açıklanması ve yöntemle ilgili soruların cevaplanmasıyla son bulur. Bu yöntem arabuluculuk uygulamasının standartlarında ve grupların bireysel denetimiyle ilgili etik doktrinler içermektedir[37].

Arabuluculuğun ne olduğuyla ilgili terimlerdeki netleşme ve eğitim, davacılar, avukatlara ve kamuya arabuluculuğun ne olduğu çoğu mahkeme denetimli arabuluculukta rastlanan deneyimle karşılaştırılan karışık mesajlar vermektedir. Grupların zorla anlaşmaya vardırılmamasından ziyade bilgi aldıkları durumlarda kaygılarını daha rahat ifade etmeleri herkes için olumlu sonuç verecektir.

Buna benzer şekilde netleşen beklentiler raporların indirgenmesi ve elenmesi konusunda faydalı olmakta ve mahkeme yönetimli arabuluculuklarda eğitilmiş avukat talepleridir. Tezat oluşturan durumlar çoğu arabulucunun gruplarla yüzleştiğinde netleşmeyen konularda olmaları ve oturum konferansı beklentisi taşıyan avukatların daha çok bir arabuluculuk mahkeme eğitimiyle karşılaşmalarıdır. Mahkemeler arabuluculuğun fayda ve mesafelerini belirleyici olma konusunda, ADR oturum konferansları ve arabuluculuğun mahkeme gündeminde yer bulması açısından niteliklerin geliştirilmesi konusunda lider olmalıdır[38].

Halen çoğu davacı arabuluculuk için görüşmeye gelirken bu konuda fikir sahibi olmadan gelmektedirler. Zaman kısıtları göz önüne alındığında, bazı davacılar yöntemi tam kavrayamadan ve ne yaptıklarını bilmeden işlerini bitirirler. Sıklıkla yaptıklarının arabuluculuk olmadığını ya arabuluculuk sırasında ya da arabuluculuktan sonra öğrenirler, yaptıkları daha çok mahkemelere adapte edilmiş bir ADR sisteminden başka bir şey değildir. Davacılar örneğin

Yazar Pınar Alemdar
Cuma, 01 Mayıs 2009 12:11

bir ailede koruma davasıyla ilgili olarak mahkeme denetimli arabuluculukta diğer tarafa asla konuşma şansı verilmezken onların ayrı odalarda tutulması kararı çıkarken, ya da bir tarafın karşı tarafın talebini kabul etmesi dayatılmıştır.

Eğer gruplar ne bekleyeceklerini bilemezlerse, ya da karar verecek şekilde eğitilmezlerse, anlamlı bir fırsat yakalamış ve ya da tamamen resmi bir sonuç elde edememiş ya da sonuçlar hakkında net fikir ortaya koyamamış olurlar.

Mahkemede oluşan başka bir arabuluculuk sorunu da eğer mahkeme kontrolünde arabuluculuk mahkemenin bir parçasıysa, davalılar birilerinin haklarını koruyacağı hissine kapılırlar. Sıklıkla bu kişi, davalıların gözünde, arabulucudur, davalıların nasıl temsil edildiğine göre durum değişkenlik göstermektedir. Bir sonuç olarak, davalılar sıklıkla mahkeme denetimli davalarda daha pasif bir role bürünürler. Arabulucu taraf tutmayı ve karar vermeyi reddettiğinde ise davacılar şaşkınlık içerisinde kalmaktadırlar. Net ve tutarlı beklentiler iyi bir eğitim sayesinde oluşur ve böylece davacılar arabuluculuk sırasında daha katılımcı davranabilirler[39].

Arabulucuların grupları eğitme süreleri eğer arabuluculuk için zaman kısıtlı değil ve arabuluculuktan önce dava edilme durumu yoksa uzamaktadır. Gruplara daha fazla bilgi vererek, davacıların tartışmayla uzlaşmaya varmaları sağlanmış ve yöntem tam olarak fayda sağlamış olur. Pek çok durumda öncelikli arabuluculuk yöntemi dava dosyası hazırlandıktan hemen sonra başlar. Böylece anlaşılmamış durumlar çözülmüş olur ve karmaşık olan durumlar için zamanından önce davalılar tarafından haber alınmış olur.

Strateji 4: Etik Standartlarda Nitelik Kontrolü ve Performansa Dayalı Ölçütlerde Uygunluk

Mahkeme katipleri yöneticileri ve mahkeme programı yöneticileri etik arabuluculuk ve kamu temelli ölçütlerde arabuluculuk konusunda çalıştırılmalıdırlar. Mahkeme katipliği için gereklilikler oldukça azdır. 40 ya da 50 saatlik arabuluculuk eğitimi ve 2 ya da 3 saatlik arabuluculuk gözlemi yeterlidir. Şu dönemde çoğu mahkeme arabulucuların arabuluculuk yetenekleriyle ya da kâtiplik bilgisiyle ya da uygulamalı arabulucu olarak ADR ya da geleneksel oturum konferanslarıyla yola çıkarak fikir sahibi olurlar[40].

Arabulucu kâtipler ve çeşitli arabulucu sağlayıcıyla görüşme yapmak mahkeme arabuluculuk yönetimiyle ilgili güvenlik konusunda yanlış anlaşılmalara neden olur ve arabulucuların avukat ve davacılar açısından tatmin edici olmayan deneyimlere neden olduğu görülmektedir. Mahkemeler arabuluculuk katılımcılarının şikayetlerini duyurabilecekleri ya da arabulucuyla ilgili dertlerini ifade edebilecekleri bir sistem oluşturulmalıdır. Bu yöntemle arabulucunun temel değerlerine ve davacıların eğitime odaklı bir yöntem izlenir böylece arabulucunun yeteneklerinin seviyesi yükseltilebilir [41].

Strateji 5: Bir Alternatif Yöntem Olarak Arabuluculuğun Uygunluğundan Emin Olmak ve Başarının Tekrar Tanımlanması

Mahkemeler bir alternatif yöntem olarak arabuluculuktan emin olmalıdırlar. Bir alternatif olarak arabuluculuk ADR'nin diğer formlarına benzemez. Arabuluculuk ADR'nin diğer formları olan hakemlik ve oturum konferanslarından farklıdır. Arabuluculuk radikal olarak farklı bir boyuttur: grupların yüz yüze olabilmeleri, tüm mahkeme kurallarından ya da kanıt kurallarından muaf olmak, durumdan duruma değişkenlik gösteren kendi sonuçlarını anlaşmazlıklarla ilgili tartışılarak çözümlenmesi gibi özelliklere sahiptir.

Arabuluculuk iletişim nedeniyle pozitif kişisel deneyim de oluşturmaktadır. Mahkemeler mahkeme denetimli arabuluculuk programlarını gözden geçirmeli, beklentilerini ve arabuluculuktaki başarı için arabuluculuk hizmetlerini temel değerlerin alternatifleri haline getirmelidirler. Bundan farklı olarak, bu servisler mahkeme dışında denetlenebilir, örneğin, toplu arabuluculuk merkezleri ve kişisel yardımcıları ya da arabuluculuk firmaları ve gruplar tarafından bilinen ve avukatlar tarafından ADR denetimi ve arabuluculuk seviyesi olarak ifade edilen kriter sağlanmalıdır[42]

Strateji 6: Birleştirilmiş ADR ve Hukuk eğitiminde Arabuluculuk

Hukuk fakülteleri tecrübeye dayalı—rolünü oynamaya ve canlı müvekkil deneyimi edinerek—ADR eğitimi öğrencileri çeşitli yöntemlerle ilgili bilgi sahibi yapar ve arabuluculuktaki uygulamaların farklılıklarını ele alır. Geleneksel derslerde arabuluculuğun insani ilişkiler boyutunda temellerine inilemez. Ancak entegre edilmiş teori ve tecrübeye dayalı derste bu mümkündür. Hukuk fakülteleri ADR ve arabuluculukla ilgili ya da müvekkil deneyimiyle ilgili dersler açmaktadırlar. Bunlar zorunlu dersleri de olmalıdır[43].

Avukatların uygun olan alternatifleri kavramaları, müvekkillerini sonuca götürecek olan etkili, doğru olan ve rahat olan yolu seçmeleri ve uygun olan yöntemi seçebilmeleri önemlidir.

H) ABD'de Mahkeme Kökenli ADR Programlarının Etkinliğinin Artırılması için yapılan çalışmalar.

aa) Mahkeme Kökenli ADR Programına yönelik ilkeler.

ABD Mahkeme İdaresi ve Dava Yönetim Komitesi, 1995 yılının haziran ayında bir ADR çalışma gurubu kurmuştur. Çalışma gurubunun amacı, mahkeme kökenli ADR programlarında çalışan avukatlara yönelik etik ilkelerin incelenmesidir[44].

Yapılan araştırmalar, bugüne kadar dava açan kişilerin federal mahkemelerin ADR programlarından tatmin olduğunu göstermiştir. Gelecekte de ADR yollarının başarısı sürdürülmelidir. Çalışma gurubu bu amaçla etkin bir mahkeme kökenli ADR programının sahip olması gereken sekiz temel ilkeyi belirlemiştir[45]. Bunlar:

1) Mahkeme, hâkimlere, baroya, ve programa katılan kişilere danıştıktan sonra, ADR programının amaçlarını ve niteliklerini belirlemeli ve gerekli yerel kuralları yerleştirerek benimsemelidir: ADR programı, belirlenen amaçlar doğrultusunda yapılandırılmalıdır. Mahkeme taraflara tanışarak onların ihtiyaçlarını belirlemeli ve daha sonra bu doğrultuda yazılı bir rehber

hazırlanmalı ve belirlenen yerel kurallar herkese ilan edilmelidir. Yerel kurallar, burada belirtilen bütün ilkeleri içermeli ve tarafsız kişilere yönelik etik ilkelere bilhassa önem vermelidir[46].

2) Mahkeme, kendi personelinden eğitimli bir görevli veya idareci vasıtasıyla ADR programını yönetmelidir. Çünkü bir ADR programının kendi kendine işlemesi ve bir program yöneticisi olmadan başarılı olması mümkün değildir. Birleşik devletlerde 1995 yılından bu yana mahkemelerin çoğu ADR'ye ilişkin önemli görevler üstlenen, tam zamanlı çalışan ve uzman kişilerden oluşan bir ADR personeline sahiptir[47].

3) Mahkeme ADR'ye gönderilecek davalarda görev alacak tarafsız kişilerin isimlerini içeren bir liste oluşturduğunda tarafsız kişilerin sahip olması gereken eğitim ve tecrübe düzeyini belirlemeli ve gerekli eğitim, mahkeme veya diğer bir kuruluş tarafından verilmelidir. Bu eğitimde tarafsız kişilerin etik görevlerine de değinilmelidir[48].

4) Mahkeme, tarafsız kişilere yönelik yazılı ve etik kurallar kabul etmelidir. Çünkü etkin bir ADR programının temel özelliklerinden biri de, kesin olarak belirlenmiş etik kuralların bulunmasıdır. Tarafsız kişi olarak görev yapan avukatlara yönelik ve ADR yollarını ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelikte olan, ulusal çapta etik kurallar veya özel meslek kuralları mutlaka oluşturulmalıdır[49].

5) Tarafsız kişinin ücreti önceden belirlenmeli ve ADR sürecinin masraflarını ödeyemeyecek olan kişi, bu masraflardan muaf tutulmalıdır.

6) Mahkeme ADR sürecine ilişkin şikayetleri incelemek ve kabul ettiği etik kurallarla ADR kurallarını yorumlamak ve kuralların uygulanmasını sağlamak amacıyla bir sitem oluşturmalıdır. Bu amaçla örneğin,, genel olarak ADR sürecini denetlemeye yetkisine sahip bir irtibat hakimi atanmakta ve şikayetleri dinleyip mahkemeye ileten bir ADR yöneticisi görevlendirmektedir. Bu konuda önemli olan belirlenen yöntemin herkesçe bilinmesi, hızlı, erişilebilir ve basit olmasıdır[50].

7) Mahkeme, ADR programında ileri sürülen bilgilere ilişkin gizliliğin kapsamını ayrıntılı bir şekilde belirlemelidir. Bunu yaparken, ADR sürecinde verilen bilgilerin kesin olarak korunmasıyla, gizliliğin taraflarca veya tarafsız kişilerce kötüye kullanılmasının önlenmesi arasında bir denge kurulmalıdır. Müzakere sürecinde tarafların birbirine dürüst ve samimi

davranması çoğunlukla müzakerelerin gizliliğine bağlıdır. Dolayısıyla, ADR sürecinin tamamını gizli kabul eden kapsamlı bir yasal düzenleme yapılması zorunludur. Bu sayede katılımcıların birbirleriyle vetafsız kişiyle özgürce müzakere etmeleri, uzlaşma önerilerini paylaşmaları ve verdikleri bilgilerin daha sonra yargılama aşamasında aleyhlerine kullanılmasından korkmamaları sağlanabilir. Federal delil kanununun 408. maddesi gizliliği düzenlemekte ve sadece uzlaşma müzakerelerinde yapılan beyanları veya kullanılan belgeleri “kabul edilemez delil” olarak kabul etmektedir.

Gereğinden kapsamlı bir gizlilik kuralının doğurabileceği sorunlardan kaçınmak için şu hususlara dikkat edilmelidir.

- Tarafsız kişiye verilen bütün bilgiler, atraflarca açıklanmasına izin verilmediği takdirde gizli kabul edilmelidir.
- Tarafsız kişiye verilen bilgiler, tarafların rızası olmadan açıklanmamalıdır. Bu bilgiler sadece şu istisnai hallerde açıklanabilir:
 - a) Bilgilerin, emredici bir kanun gereğince açıklanmak zorunda olması,
 - b) Bilgilerin, işlenmekte veya işlenecek olan bir suçla ilgili olması,
 - c) Bilgilerin, yapılan anlaşmanın varlığını ve koşullarını kanıtlamak için kullanılacak olması,
 - d) Bilgilerin, taraflardan birinin veya avukat olan tarafsızın ADR sürecini suistimal ettiğini kanıtlamak için kullanılması.

8) Mahkeme, ADR programının başarısını değerlendirmelidir[51].

bb) Mahkeme Kökenli ADR Programlarında Görev Yapan Tarafsız kişilere Yönelik etik İlkeler

Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Programları Ulusal Standartlarının 8. ilkesinde bu konuda şöyle bir tavsiyede bulunulmuştur. “ Mahkemeler, arabuluculara yönelik etik kuralları ve bu kuralların ihlali halinde izlenecek usulü belirlemelidir. Belirlenen hususlar şu hususları içermelidir:

a) Tarafsızlık

b) Menfaat Çatışması: Arabulucu, arabulucu olarak katılımının açıkça menfaat çatışmasına yol açacağını görürse, uyuşmazlık çözüm sürecine girmekten veya süreci sürdürmekten çekinmelidir. Arabulucu aynı zamanda, menfaat çatışması yaratabilecek veya bu izlenimi verecek durumları açıklamalıdır. Açıklama ödevi süreç boyunca devam eden bir yükümlülüktür. Arabulucu taraflar veya arabuluculuğa katılan avukatlardan biriyle geçmişte olan kişisel veya mesleki herhangi bir ilişkisi varsa, bunu açıklamalı ve arabulucu ile taraflar her davada, sürece devam edip etmeyeceklerini görüşmelidirler.

c) Arabulucuların Reklam Yapması: Arabulucu, arabuluculuk süreci, masrafları, faydaları, sonucu veya kendisinin niteikleri hakkında, abartılı beyanlarda bulunmamalıdır.

d) Ücretin açıklanması: Bu hususta taraflarla yazılı bir anlaşma yapılmalıdır. Arabulucu bahşiş veya komisyon vermemeli ve indirim yapmamalıdır.

e) Gizlilik.

SONUÇ

Arabulucular, diğer ADR sağlayıcıları ve mahkeme programı yöneticileri yöntemleri ifade ederken şeffaf ve anlaşılır olmak gibi özel bir sorumluluk taşırlar. Eğer yöntem arabuluculuk ise, mahkeme programları katipler sağlayarak etik ve uygun arabuluculuk sağlayıcılarını performansa dayalı gelişimle ve müvekkil desteğiyle belirlemelidir. Yasam meclisi ve mahkemeler eğer gereksinim varsa nitelikli programlar hazırlamak gibi özel göreve sahiptirler.

Arabuluculuk dendiğinde ortaya çıkan karmaşa ve netlikte azalma, vatandaşlarda konu önem kazandıkça güçlerinde azalma hissi, sıklıkla yasayla ilgisiz konularda, oturum yöneticileri tarafından mahkeme arabulucuları geçersiz sayılabilir. Bu netlikteki azlık arabulucular, avukatlar ve mahkemeler için ciddi etik kaygıları beraberinde getirir. Ayrıca bir değişim şansı da getirmektedir[52].

Mahkemeler için arabuluculara şunu demesi adil gelmese de : “Biz arabuluculuğu öneriyoruz.; biz sizi bu konuda eğitebilir ya da bunu sağlayabiliriz, arabuluculuk koordinatörleri hizmetimizdedir, sizin katiplik uygulamalarınızı inceledik ve bu konumda görev verdik ve şimdi arabuluculukta ne yapmayı istediğinizi yapma fırsatını sizden alıyoruz çünkü bizim yöntemimiz sizin niteliğinizde ve etik kavramlarınızda uzlaşmaktır.” Bu daha geniş adaletsiz durum arabuluculuk servislerinin mahkemenin hedefleriyle genişler ve programlar eğer gerekliyse yeniden adlandırılır, yöntemin daha net ve doğru olarak tanımlanması gereklidir. Sürekli eğitim kamu ve yerel ya da bölgesel düzeyde hukuk birlikleri ve yeni nesil avukatlar tarafından alınmaktadır[53].

Mahkemeler ADR'yi ve özelleşmiş arabuluculuğu kabul etmiş çünkü iyi bir şey yapma ihtiyaçları vardır. Mahkemelerin en iyi talepleri yöntemlerinin nitelikleri doğrultusunda olmaktadır. Bunu yapabilmek için mahkeme destekli ve denetimli arabuluculuk programları oturum konferansları öncesi bir adım olmaktan çıkmalı ya da basitçe oturum programları olarak tanımlanmalıdırlar[54]

Arabulucular ve benzer mahkemeler mahkeme denetimli arabuluculuğu kavramada faydalı olacaktır. ADR çoğu yerde kamusallaşmış, eğer değilse bile, bu devlet mahkemeleridir ve bu yenilik devam edecektir. Bu yenilikle ilgili ciddi kaygılar bulunmakta, bu kaygılar mahkeme denetimli arabuluculuk üzerine yoğunlaşmaktadır. Zamanla yardımcı değişimlerle, bu kaygılar hedefini bulabilir ve arabuluculuğun getirdiği faydalar hem mahkemenin içinde hem de dışında var olabilir[55].

Pınar Alemdar, ANKARA

[1] Albert Einstein.

[2] Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s.164.

[3] Özbek s.264.

[4] Senft, L. Phipps/A. Savage, Cynthia: ADR Handbook For Judges,2004,s.297.

[5] Özbek s.265.

[6] Senft/ A. Savage s.298.

[7] Senft/ A. Savage s.

[8] Özbek s.292.

[9] Özbek s.293.

[10] Özbek s.294.

[11] Özbek s.294

[12] Özbek s.296.

[13] Özbek s.297.

[14] Özbek s.296-297.

[15] Özbek s.299.

[16] Özbek s.299-302

[17] Özbek s.302-303

[18] Özbek s.303-304.

[19] Özbek s.307-308.

[20] Özbek s. 309.

[21] Özbek s.309.

[22] Özbek s.309.

[23] Senft/ A. Savage s.300.

[24] Senft/ A. Savage s.300.

[25] Senft/ A. Savage s.301.

[26] Senft/ A. Savage s.301.

[27] Senft/ A. Savage s.302-303.

[28] Senft/ A. Savage s.301.

[29] Senft/ A. Savage s.303.

[30] Senft/ A. Savage s 304.

[31] Senft/ A. Savage s.304.

[32] Senft/ A. Savage s.305.

[33] Senft/ A. Savage s.305.

[34] Senft/ A. Savage s.305.

[35] Senft/ A. Savage s.306.

[36] Senft/ A. Savage s.307.

[37] Senft/ A. Savage s.307.

[38] Senft/ A. Savage s.308.

[39] Senft/ A. Savage s.308.

[40] Senft/ A. Savage s.308.

[41] Senft/ A. Savage s.309.

[42] Senft/ A. Savage s.309.

[43] Senft/ A. Savage s.309.

[44] Özbek s.479.

[45] Özbek s.479.

[46] Özbek s.479.

[47] Özbek s.480.

[48] Özbek s.480.

[49] Özbek s.481.

[50] Özbek s.481-482.

[51] Özbek s.483.

[52] Senft/ A. Savage s.310.

[53] Senft/ A. Savage s.310.

[54] Senft/ A. Savage s.310.

[55] Senft/ A. Savage s.310.

//