Yazar Frank G. Evans
Pazar, 24 Mayıs 2009 00:51

Geçtiğimiz onlarca yıl içerisinde, ABD’de önemli sayıda eyalet istinaf mahkemesi ve federal bölge istinaf mahkemesi, aynı tip mahkeme kökenli ADR programını uygulamıştır. Bu çalışmada, bu tür bir programın uygulanmasına ilişkin olarak hâkim ve mahkeme idarecilerinin, eyalet istinaf ADR programlarında sistem dizaynında kullandıkları kriterler değerlendirilmiştir.

Bu bölümün ilk kısımlarında, istinaf ADR programlarının gelişimine yol açan bazı şartları inceleyeceğiz ve bu programların kilit özelliklerinden bazılarını tartışacağız. Daha sonra, istinaf ADR programlarına Hâkimler Kurulu ve Baro’nun (Bench and Bar) verdiği tepkiyi ele alıp bu programların tasarım ve uygulamalarının dikkatli bir şekilde planlanması konusunun önemini tartışacağız. Son olarak, istinaf ADR programlarının yönetimi ile ilgili konuları ele alıp mahkemelerin bu programların başarısını nasıl değerlendirdiğini ve ölçtüğünü tartışacağız.

ABD’de İstinaf ADR Usullerinin Gelişimi

İkinci Dünya Savaşı’ndan önce çoğu istinaf mahkemesi, göreceli olarak basit olan “ilk giren ilk çıkar” dava yönetim sistemini kullanarak o zamanın tarzına göre mahkeme işlem listelerini düzenleyebiliyordu. Acelesi olmayan davalarda, mahkeme kâtibinin ve muhtemelen bir sekreterin yardımıyla üç hâkimli bir mahkeme, her yıl hâkim başına aynı otuz-kırk mütalaanın yürütülmesiyle mevcut bir mahkeme işlem listesi düzenleyebiliyordu. İstinaf hâkimlerinin bu rahat çalışma ortamı, özenli araştırma, müzakere ve yazı işlemlerine yeterince zaman ayrılmasını sağlıyordu.

II. Dünya Savaşı’ndan sonraki dönemde, istinaf mahkemelerinin çalışma ortamı değişmeye

başladı. Açılan hukuk davaları çoğaldıkça özellikle nüfusun yoğun olduğu yerlerde hem asliye hem de istinaf mahkemeleri yeni dava dilekçeleriyle dolup taşmaya başlamış, yeni mahkeme işlem listeleri dava dosyalarının birikmesine yol açarak avukatlar ile müvekkilleri için gecikmelere ve ek masraflara neden olmuştu. Halkın gittikçe büyüyen tepkisine karşılık olarak alarma geçen bir Hâkimler Kurulu ve Baro, mahkemelerin davaları daha verimli ve hızlı bir şekilde sonuçlandırabilmeleri amacıyla yeni dava yönetim yöntemleri aramaya başlamıştır.

Geçen çeyrek yüzyıl süresince, arabuluculuk gibi ADR yöntemleri, hukuki uyuşmazlıkların çözümü için kabul edilebilir bir araç olarak Hâkim Kurulları ve Barolar arasında gittikçe artan bir popülerlik kazanmıştır. Bu yaygın kabul edilebilirlik, mahkemeler ile ilgili ADR programlarının uygulanması için önemli sayıda asliye ve istinaf mahkemelerini teşvik ederek uyuşmazlık çözümü metodolojisinde ulus çapında bir model değişikliğiyle sonuçlanmıştır. [1]

Eyalet İstinaf Mahkemeleri'nde ADR

Birkaç yıl önce, Eyalet İstinaf Mahkemeleri'nin Baş Hâkimler Konseyi'nden özel bir komite, hangi eyalet istinaf mahkemelerinin ADR programlarını uyguladığını belirlemek amacıyla resmi olmayan bir anket yürütmüştü [2] . Bu ankete katılan mahkemelerden elde edilen bilgi kullanılarak Güney Texas Hukuk Üniversitesi'nde Hukuki Sorumluluk Merkezi, bu mahkemelere uyguladıkları ADR programları hakkında güncel bilginin sağlanmasını talep eden soru formları göndermişti. Merkez'in soru formlarına cevap veren on yedi eyalette bulunan otuz üç mahkemenin listesini içerir. Mahkemelerden her biri, istinaf davaları için bir ADR süreci sunmuştu [3] . Buna ek olarak, dört temyiz mahkemesi bu sürecin uygulanmasını düşünmekteydi, [4] iki

mahkeme ADR usullerinden vazgeçmişti
[5]
ve diğer iki mahkeme ise uzlaşma konferans programlarını geçici olarak askıya almıştı
[6]
.

Eyalet istinaf mahkemesi ADR programlarının kilit özelliklerine ilişkin özet, programların benzer özelliklere sahip olduğunu gösterir:

• Çoğu ADR programında, tarafların katılımı zorunludur.

• Çoğu programa göre, ADR sürecini mahkeme veya taraflar başlatabilir.

• ADR programları, önemli sayıda başarılı uzlaşmalar sağlamıştır.

• Neredeyse tüm ADR programları, mahkeme üzerinde pozitif bir etkiye sahip olmuştur.

Anketten elde edilen bilgiler neredeyse otuz yıl öncesinde uygulanmış olmasına rağmen, iki uzlaşma programının geçtiğimiz yirmi yıl içinde ADR programının çoğu eyalet istinaf mahkemesinde tesis edildiğini göstermektedir [7] . 1987 yılında yürürlüğe giren Texas Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri Kanunu'nun [8]
bir sonucu olarak düzenlenen bir program, mahkemeler ile ilişkili ADR programlarının

gelişiminde müşterek bir modelin kullanıldığını göstermektedir. Kanunun yürürlüğe girişini takip eden ilk birkaç yıl süresince ADR programını sadece bazı Texas mahkemeleri uygulamıştır. Mahkeme heyetlerinin ve Baroların mahkemeler ile ilişkili ADR programlarından faydalanılabileceğini fark etmeye başlamalarıyla gittikçe artan sayıda asliye mahkemesi ve bazı istinaf mahkemeleri farklı ADR modelleri denemeye başlamıştır
[9]
.

Eyalet istinaf ADR programları için Yetki

Bazı yargı dairelerinde eyalet istinaf ADR programları, eyalet yasaları ya da kurallarına uygun olarak uygulanmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi 1987 yılında Texas'ta, hukuki uyuşmazlıkların gönüllü olarak çözülmesini ve çözüm bekleyen hukuk davaları için erken uzlaşmayı teşvik eden ve yeni eyalet politikasını oluşturan ADR usulüne ilişkin geniş çaplı yasa yasama organı tarafından düzenlenmiştir. Bu yasanın hükümlerine göre tüm eyalet asliye ve istinaf mahkemeleri, bu politikayı yürütme konusunda açıkça zorunlu tutulmuş ve bu amaçla kendi talepleriyle veya bir tarafın talebiyle davacıların uygun ADR sürecine katılımları için ihtiyari (keyfi) yetki almışlardır. Yasa, taraflar için uygulanabilecek farklı tür ADR süreçlerini tanımlar; bir tarafın ADR yönlendirme emrine nasıl itiraz edebileceğini açıklar; mahkemeye verilen tarafsızlığın niteliklerini, standartlarını ve görevlerini belirler ve çözüm bekleyen bir dava olsun olmasın tüm ADR süreçlerine uygulanabilecek gizlilik korumasını düzenler.

Diğer yargı dairelerinde istinaf ADR programları, mahkeme yerel kurallarına göre uygulanmıştır
[10]

. Mahkemenin ADR programı bir eyalet yasasına veya yerel kurallara göre uygulandığında, mahkemenin avukatlar ve müvekkilleri için programın usulüne ilişkin hususları açıklayan yazılı kılavuz ya da kurallar yayınlaması önemlidir
[11]
.

İstinaf ADR programının faydaları ve sorumlulukları

İyi tasarlanmış ve etkin şekilde idare edilmiş bir ADR programı, davacılar ve avukatlarının yanı sıra genel olarak halk için değerli hizmetler sunar. Herhangi bir geleneksel istinaf mahkemesi sisteminin normal işleyişinde önemli sayıda dava, gönüllü uzlaşma süreci yoluyla daha uygun şekilde çözümlenebilecek bir karar alınması için mahkemeye sunulur. Etkili bir istinaf ADR programı, mahkemenin aynı uzlaşma potansiyeline sahip davaları izlemesini ve uygun bir ADR sürecine başvurulabilmesini sağlar.

Bir istinaf ADR programında mahkeme tarafından kazanılmış menfaatler mahkemeden mahkemeye değişecektir. Mahkemenin normal hukuki işlemler listesinin yapısı genellikle ADR programından mahkemenin umacağı menfaatler ile ilişkili olacaktır. Örneğin, mahkemenin hukuki işlemleri ADR süreçleri aracılığıyla düzenli olarak çözülen dava türlerini içeriyorsa, mahkeme genellikle gittikçe artan sayıda gönüllü uzlaşmalar öngörebilir. Ayrıca, mahkemenin sorumluğunda biriken çokça dava varsa, birikmiş davaları olmayan bir mahkemeye kıyasla ADR programından daha fazla fayda görülmesi muhtemeldir. Dahası, geliştirilmiş işlem listesi kontrolüne sahip olmanın avantajı, başarılı bir ADR programından sadece mahkemenin fayda sağlaması anlamına gelmez. Etkin bir ADR programı, aynı zamanda mahkeme tarafından kararlaştırılması zorunlu olan davalar üzerinde hâkimlerin daha fazla zaman geçirmesini de sağlamalıdır.

İstinaf ADR programının en azından biçimlendirici safhalardaki dezavantajı, mahkemeye bazı ek idari ve muhtemel bütçe sorumlulukları yüklenebilmesidir. Bu nedenle, mahkemenin bir ADR programını uygulamayı düşündüğü durumlarda, öngörülebilir herhangi bir yükümlülüğe karşı kazanılacak olası menfaatleri dengelemeye çalışması gerekir. Dahası mahkeme, en başarılı ADR programlarında bile bir ADR sürecine giren her davada uzlaşma sağlanamayabileceğini bilmelidir [12] .

Hâkimler Kurulu ve Baro'nun Tepkisi

Genellikle avukat ve hâkimlerin ADR kavramını desteklemelerine rağmen, Hâkimler Kurulu ve Baro'nun aynı üyeleri, istinaf düzeyinde ADR süreçlerinin gerçekten maliyet etkinliğinin olup olmaması konusunda endişeleri olduğunu belirtmeye devam etmektedir. Bu endişelerin aşağıdaki bir ya da daha fazla kavrama dayandığı görülmektedir:

· Uyuşmazlığın esası konusunda bir hâkim ya da jürinin karar almasından sonra, artık bir ADR sürecinin etkili olabilmesi için geç kalınmıştır.

• Asliye mahkemesinde kazanan taraf, temyiz üzerinde uzlaşma eğiliminde değildir.

•Temyiz, sadece istinaf mahkemesine götürülebilecek şartları taşıyan davalarda söz konusudur.

• Taraflar asliye mahkemesi işlemlerinde önemli ölçüde zaman ve para harcadıktan sonra, temyiz konusunda uzlaşmaya motive edilemezler.

• Deneyimli bir istinaf davası vekilinin itirazı üzerine mahkemenin zorunlu ADR yönlendirmesi, açıkça zaman, para ve çaba kaybına yol açar [13] .

Nadiren duyulan başka bir iddia da; tarafların aktif olarak mahkeme dışı uzlaşma yapmasının teşvik edildiği durumlarda istinaf mahkemesinin yasal yargı yetkisini aştığıdır. Bu konunun vurgulanmasında, istinaf hâkiminin tek yasal işlevinin dava esasını dinlemek, bu hususta karar vermek ve ardından içtihat olabilecek bir görüş düzenlemek olduğu görüşü öne çıkmaktadır.

Bazı istinaf mahkemeleri ve baro birlikleri, istinaf ADR programlarına yönelik avukatların davranışlarını belirlemek için anketler yapmıştır. Bu anketlere verilen cevaplar, çoğu avukatın genellikle istinaf ADR kavramını desteklediğini gösterme eğilimindedir. Örneğin, Arizona Temyiz Mahkemesi (1. Daire) tarafından yürütülen bir ankette, ankete katılan avukatların %81'i istinaf arabuluculuk programının yararlı olacağını düşündüklerini söylemiştir. Ancak, istinaf ADR programlarının hepsi baronun koşulsuz onayını almamıştır. Houston Barosu İstinaf Bölümü'nün üyeleri tarafından 2002 yılında yapılan bir ankette, anketi cevaplayan avukatların %60'ı Houston istinaf mahkemelerinin zorunlu arabuluculuk politikalarına orta seviyeden yüksek seviyeye kadar değişen bir tepkiyle karşı çıkmıştır. Houston Barosu İstinaf Bölümü Gecikmeleri Azaltma Komitesi tarafından yapılan üçüncü bir ankette, 2000 yılında Houston 1. Temyiz Mahkemesi (First Court of Appeals) tarafından başlatılan yeni planlama ve uzlaşma konferans programına katılan istinaf avukatları grubu, konferans programını bir ile beş aralığında onaylamıştır [14] .

Mahkemenin planlama ve uzlaşma konferans programını onaylarken İstinaf avukatlarının zorunlu arabuluculuk politikalarına itiraz etmesinde bazı nedenler vardı. Deneyimlerimize göre, avukatlar, özellikle de yüksek seviyede istinaf uzmanlığına sahip olmakla övünenler, itirazlarına rağmen başarılı olacağına inanmadıkları zorunlu uzlaşma sürecine katılmak zorunda kalmayı istememektedir. Diğer yandan daha deneyimli istinaf avukatları bile, mahkeme tarafından idare

edilen planlama ve uzlaşma konferansından elde edilen potansiyel faydaları takdir edebilir. Onlar bu tür bir konferansı (müzakere sürecini) daha çok isterler, çünkü temyizin usule ilişkin durumunun yanı sıra ADR yönlendirmesinin uygulanabilirliği konusunda mahkemenin yargı temsilcisiyle yüz yüze görüşebilme fırsatı doğar. Herhangi bir mahkeme ile ilgili ADR sistemine ilişkin mesleki uygulamada bulunan baro içerisinde anlayış ve desteğin geliştirilmesi için, hâkimler ve mahkeme çalışanları, programa ilişkin sürekli bilgi alışverişi ve diyalog sağlanması amacıyla bir toplantı düzenlemelidir [15] .

Başarılı programların kilit özellikleri

Edindiğimiz deneyimlere, harcanan para miktarına, sorunların karmaşıklığına veya tarafların birbirini sevmemesine rağmen çoğu hukuk davasında uzlaşmaların sağlanabildiği görülmüştür. Taraflar, tarafsız risk, zaman ve masraf değerlendirmesinin yapılması için yeterli bilgi elde ettikten sonra gönüllü uzlaşma yoluyla uyuşmazlıklarını çoğunlukla çözebilirler [16] .

Bir istinaf mahkemesi, tarafların değerlendirmelerine esas teşkil edecek bilgi alışverişinde bulunmalarını ve sorumluluk sahibi bir şekilde müzakerelerini yürütmelerini teşvik ederek bu değerlendirme sürecinde taraflara yardımcı olabilir. Bu değerlendirmeye esas olan bilgiye sahip her bir taraf, temyizin olası sonuçlarını öngörebilir ve mahkeme sürecinin kendi lehine sonuçlanıp sonuçlanmayacağını tahmin edebilir. Yani zamanında ve etkin olarak idare edilen bir ADR programı, temyiz sürecinde yapılacak makul bir uzlaşmanın kendi menfaatlerine uygun olup olmayacağının erkenden belirlenmesi açısından avukat ve müvekkillerine yardımcı olabilir.

Başarılı ve maliyet etkinliği olan bir istinaf ADR programı, aşağıdaki özelliklerin hepsini olmasa da çoğunu içerir:

- Erken Müdahale: Yeterli ve etkin bir istinaf ADR programı, tarafları bilgi alışverişinde bulunmaları, konumlarını değerlendirmeleri ve istinaf sürecinin en erken uygulama noktasında gönüllü uzlaşma müzakereleri yapmaları için teşvik eder. Bu hedeflere ulaşmak için mahkeme aşağıdakileri yürütmelidir: (a) ADR sürecine verdiği desteği yansıtması bakımından resmi bir beyanat yayınlamak; (b) bütün hâkimlerin ve mahkeme çalışanlarının program konusunda hevesli olmalarını ve programın başarılı olması için ellerinden geleni yapmalarını sağlamak; (c) programın deneme aşamasındayken pro bono (ücretsiz olarak) veya düşük ücretle ve yarı zamanlı veya tam zamanlı hizmet verilmesi için uygun olan deneyimli uzlaşma yardımcılarını veya arabulucularını belirlemek ve (d) arabuluculuk ve diğer ADR süreçlerinin yürütülmesi için tesislere mahkemenin makul erişimini sağlamak.

- Hazırlık Konferansları (sunuşları): Yeterli ve etkin bir istinaf ADR programı, dava programını ve o davada ADR programının etkin şekilde nasıl kullanılabileceğini belirlemek üzere istinaf sürecinin erken safhasında avukat (ve muhtemelen müvekkilleri) ile resmi olmayan hazırlık konferansları yürütülmesi amacıyla deneyimli bir hâkimin (konferans hâkiminin) ya da personel avukatının hizmetlerini kullanır. Bu hedefe ulaşmak için mahkeme; istinaf konu dava sayısının azaltılması ve daha verimli hale getirilmesi; ADR sürecinin uygun kullanılması ve ilgili konuların çözümüyle alakadar olan konferans hâkimi ve avukatların birbirleriyle işbirliği içerisinde karar almaları yönünde teşvik edici kurallar ve prosedür oluşturmalıdır.

- Programın Değerlendirmesi: Yeterli ve etkin bir istinaf ADR programı, programın işlevini hâkimlerin ve idari personelin zamanında ve maliyet etkinliği ile yürütüp yürütmediğini belirleyebilmelerini sağlayan bir değerlendirme unsuruna sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, mahkemenin değerlendirmeye ilişkin prosedürü, ADR programının başlamasının öncesinde ve sonrasında mahkemenin verimliliğine ilişkin doğru bir değerlendirme sağlamalıdır. Ayrıca programın idare edilmesi için gerekli olan kaynakların yanı sıra temyizde bekleyen dava sayısı konusunda ve temyiz süreci için gereken zamanın azalıp azalmadığının belirlenebilmesi amacıyla mahkemeye doğru bilgiler vermelidir. Esas itibariyle değerlendirmeye ilişkin her unsurun, programın aşağıdaki özelliklere sahip olup olmadığını yansıtması gerekmektedir: (a) programın mahkemenin hedeflerine uygun olup olmadığı; (b) temyiz sürecinde mahkemenin zaman, masraf ve kaynak giderlerini azaltıp azalmadığı ve (c) taraflara uyuşmazlıklarının çabuk ve başarılı şekilde çözümlenmesinde yardımcı olup olmadığı.

- Baro, Yargı ve Kamu Bilinci: Yeterli ve etkin bir istinaf ADR programı, kamu tarafından genel olarak anlaşılması ve desteklenmesinin yanı sıra asliye mahkemeleri, istinaf avukatları ve

barolar ile yargı organının uzun vadeli desteğine sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, mahkeme hâkimleri ve mahkeme personeli, mahkemenin ADR sistemini iyileştirmek için mevcut diyaloğu geliştirmenin yanı sıra kamu temsilcileri, avukatlar ve asliye mahkemeleri hâkimleriyle birlikte hem yeterliliği ve maliyet ekinliğini arttıracak hem de yenilikçi teknikleri ve süreçleri birbiriyle bütünleştirecek düzenli toplantılar yapmalıdır [17] .

Bir İstinaf ADR Programı Tasarlamak

Verimli mahkeme ADR programları, dikkatli planlama ve özenli yönetimin ürünüdür. Mahkemenin yeni bir ADR programı oluşturmaya ya da mevcut bir programı incelemeye karar verdiği durumlarda, bunun iyi düşünülerek ve sabırla yapılmasını öneririz. Bazı temel hususların inceden inceye düşünülmesiyle ve hâlihazırda ADR prosedürü oluşturmuş olan mahkemelerin deneyimlerinden öğrenme yoluyla daha fazlası elde edilebilir [18] .

Ayrıca hâkimler, avukatlar, ADR hizmeti sunanlar ve mahkeme idarecileri de dâhil olmak üzere ADR programına dâhil olan herkesin planlama çalışmalarına katılması yoluyla da daha fazlasının elde etmesi mümkündür. Her planlama çalışmasında ilk adım olarak geneli temsil eden bir planlama komitesinin, tavsiye edilen bir ADR programı hazırlaması ve buna yönelik çalışmalar yürütmek için gerekecek yardımın boyutunun belirlenmesi gerekir [19] .

Politika Hedeflerinin Belirlenmesi

Mahkeme, bir ADR programının tasarımı ve uygulamasında bir program modeli benimsemeli ve hedeflerine en uygun politika ve usulü geliştirmelidir. Belirli bir mahkemenin uygulaması söz konusu olduğunda, bütün mahkemelerin aynı hedeflere sahip olmamasından dolayı maliyet etkinliği en fazla olan model ile politika ve prosedürün geniş genellemesinin yapılması da zordur.

Ancak hedeflerin açık olarak beyan edilmesi, mahkemeye iki değerli unsur sunacaktır: (1) programın yapısı ve prosedürün ince detaylarına karar verilmesine yarayacak olan bir standart ve (2) programın verimliliğini ölçmek için kullanılacak bir standart. Bu beyanın uzun olması gerekmez. Yalnızca programınızı idare eden mahkeme kurallarının başında yer alacak şekilde bir ya da iki paragraf halinde yazılabilir.

Anketimize verilen cevaplar, ankete katılan bazı mahkemelerin hedeflerini ortaya koymaktadır. Cevaplar, çoğu mahkemenin benzer hedeflere sahip olduğunu göstermektedir. Örneğin; Arizona istinaf ADR programı, aşağıdaki hedefleri belirlemiştir [20] :

• Bazı temyiz başvurularını çözümlemek için alternatif yollar sağlamak ve temyiz sürecinde kamu güvenini güçlendirmek;

• Tarafların ek yasal giderleri ve temyizin manevi yüklerini engellemelerine yardımcı olmak;

• Mahkemenin iş yükünü azaltmak;

• Tarafların gerçekçi şekilde uzlaşma sağlamalarına yardımcı olmak:

• Temyize konu sorunların çeşitliliğini sınırlamak ve kolaylaştırmak

• Anlaşmazlıkların hızlı bir şekilde ve adil yoldan çözümünü sağlamak.

Arizona ADR programı, iyileştirilmiş mahkeme işlem listesi kontrolü üzerine tamamıyla odaklanmaz. Program hedeflerine ilişkin beyan, mahkemenin taraflara hukuk davasının kontrolünü ele alma fırsatını vermeye ve istinaf kararında alınanlardan ziyade ihtiyaçlarını karşılamaya daha yakın olan uzlaşma becerisini edinme imkânını sağlamaya niyetlendiğini göstermektedir [21] .

Benzer şekilde, California ADR programında belirtilen hedefler aşağıdaki gibidir [22] :

• Tarafların katılımını azamiye çıkartan, resmi olmayan ya da gizli bir süreç içinde ve çoğunlukla kendi inisiyatifleriyle gerçekleştiremeyecekleri bir uzlaşma fırsatı sağlamak;

• Yargı sistemi konusunda kamu memnuniyetini arttırmak;

• Vergi mükelleflerinin zaman, para ve kaynak tasarrufunda bulunmalarını sağlamak

• Mahkeme kaynaklarının asgari kullanımıyla davalarda uzlaşma sağlanması yolunda mahkemenin biriken temyiz yükünü azaltmak.

Texas'ta, eyalet ADR Usulleri Kanunu'nda belirtilen genel hedef ise aşağıdaki gibidir: "Gönüllü uzlaşma prosedürleri yoluyla çocukların korunması, vasiliğin desteklenmesi de dâhil olmak üzere ebeveynler ve çocuklar ile ilgili anlaşmazlıklara özel özen gösterilip bu uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözülmesini teşvik etmek." [23]

Ohio ve Hawaii Eyaletleri, istinaf ADR programları için benzer hedeflere sahip olduklarını vurgulamışlardır [24] . İlgili hedefleri benimseyen tüm mahkemeler, söz konusu mahkeme açısından benzersiz hedefler geliştirmek üzere kılavuz olarak kullanılabilecek yeni bir program başlatmayı amaçlamaktadır.

Bir İstinaf ADR Modelinin Seçilmesi

Çoğu istinaf ADR programı, iki temel modelden biriyle biçimlenmiştir. Daha geleneksel olan "uzlaşma konferansı" modelinde, emekli bir hâkim veya bir dava vekili ya da idari personel, tarafların davalarını değerlendirmelerinde yardımcı olmak ve uzlaşma müzakerelerinde onları teşvik etmek için avukat (ve bazen taraflar) ile resmi olmayan toplantılar yapar. Uzlaşma konferansı modelinin en belirgin avantajı, sürecin tamamen mahkeme hâkimleri ve personeli tarafından idare edilmesidir. Bu durum, planlama ve diğer lojistik problemlerin mahkemenin kendi politikaları ile verimli bir şekilde asgariye indirilebileceği anlamına gelir. Ayrıca masraflarının mahkeme tarafından karşılanmasından dolayı tarafların masraflarının daha az olacağı söylenebilir. Ancak bu modelde genellikle mahkemenin taraflar arasındaki uzlaşma faaliyetlerine aktif olarak müdahale etmesinden kaynaklanan bir problem vardır. Bu modele ilişkin olarak yapılan genel şikâyet, "konferans hâkiminin" (arabuluculuk becerileri eğitimi almış veya almamış) tarafların dava değerlendirme ve uzlaşma çalışmalarında fazla agresif ve inisiyatifi ele alan davranışlarda bulunup "tarafsız üçüncü taraf yardımcılığı" imajına zarar vermesidir.

"Arabuluculuk modeli", istinaf mahkemeleri tarafından sıklıkla benimsenen başka bir ADR yaklaşımıdır. Bu modele göre, bir mahkeme kendi talebiyle veya taraflar adına davaya özel ve gizli arabuluculuk sürecini yürütmesi için tipik olarak taraflarca seçilen veya mahkeme tarafından görevlendirilen tarafsız bir arabulucu atar. Anketimizden elde edilen bilgiler kendilerine özel ödeme yapılan ADR sağlayıcıları tarafından yürütülen göreceli sayıdaki istinaf arabuluculuklarını yansıtmadığı halde, çoğu istinaf ADR programının taraflara ücretsiz arabuluculuk hizmetleri sunmadığı görülmektedir. Karmaşık bir davada arabulucunun ücreti, çoğunlukla gün başına birkaç bin doları bulmakta ve özellikle taraflar ile avukatlarının arabuluculuğun verimli olacağına inanmadıkları durumlarda bu ek hukuki masraflar (kaybeden tarafa mahkeme masrafları olarak yüklenebilmesine rağmen) gereksiz ve fazla gelmektedir. Mahkeme çalışanları olmadıkları sürece (ya da mahkemenin arabuluculuk faaliyetlerinin yürütülmesi için yer tahsis etmediği zamanlarda), arabuluculuk toplantıları, genellikle mahkemenin dışında arabulucunun ofisi gibi özel bir yerde yürütülür ve arabuluculuk sırasında gerçekleşen tüm iletişimler genellikle gizlilik ilkelerine uyarak gerçekleşir. Bu nedenle, çoğu arabuluculuk protokolüne göre arabulucu, davanın uzlaşmayla çözümlenmesi haricinde tarafların uzlaşma müzakerelerine ilişkin bilgiyi kendisini atayan mahkeme de dâhil olmak üzere hiç kimseye açıklamamalıdır.

İstinaf ADR programlarının gelişiminde, “uzlaşma konferansı” modeli ile “arabuluculuk” modeli arasındaki farklar bir derecede bulanıklaşır. Pek çok istinaf ADR programı, “arabuluculuk” süreç protokolüne oldukça benzeyen bir “uzlaşma konferans” protokolü kullanır. Bu durum, özellikle gizlilik konusunda geçerlidir. İstinaf ADR programına yönelik düzenlenen çoğu protokole göre, ADR konferans süreci gizli olarak ele alınır (taraflar başka şekilde anlaşmaya varmadıkları sürece) ve konferans sırasında gerçekleşen tüm tartışmalar ilgili mahkeme de dâhil olmak üzere hiç kimseye açıklanamaz.

İki model arasındaki başlıca fark, süreci yürütmesi için mahkeme tarafından atanan kişiye verilen görevin kapsamıyla ilgilidir. Bazı uzlaşma konferans modellerinde "konferans hâkimi”, tarafların uzlaşma tartışmalarına yardımcı olmaktan başka bir şey yapmaz; bu durumda, hâkimin rolü özel arabulucunun rolüne benzer. Diğer modellerde konferans hâkimi ek görevlere de sahip olabilir: örneğin; planlama problemlerinin çözümlenmesinde tarafların avukatıyla birlikte çalışmalar yapmak, esas sorunun belirlenmesi ve sair suretle temyizin usule ilişkin düzenlenmesini hızlandırmak. Bahsedilen bir sonraki durumda, "konferans hâkimi” tarafsızlığını sürdürürken ve sürecin gizlilik bütünlüğünü korurken bile hâkim ya da mahkeme personelinin rollerine benzer bir role sahiptir.

Bazı istinaf ADR programları, konferans hâkimi ya da yardımcısı için özel eğitim sunarken diğerleri ise bu tür bir eğitim vermemektedir. Bazı mahkemeye ilişkin ADR programlarına sadece avukatın katılımı zorunlu iken diğer mahkemelerde hem avukatın hem de müvekkilinin katılımı gerekmektedir. Bu tür sorunlarla başa çıkmak için her mahkeme bir iç protokol geliştirmelidir.

"Uzlaşma konferans” modeli, karma planlama ve uzlaşma konferansı programının oluşturulması için “arabuluculuk” modeli ile birleştirilebilir. Bu tür bir karma planın avantajı, mahkemenin dava

yönetim sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak idare edilebilmesidir. Böylece mahkeme, planlama ve dava işlem fonksiyonlarına uygun olarak ADR yönlendirmelerine ilişkin kararlar alabilir [25] .

İstinaf ADR Programı için Davaların Seçimi

Bazı mahkemeler ADR yönlendirmeleri için davaları rastgele seçer; diğerleri uzlaşma süreci için sadece belirli tür davaları ilişkilendirir. Deneyimlerimiz, ADR düzenlemesi için belirli uyuşmazlıkların diğerlerine göre daha uygun olduğunu gösterirken neredeyse her türlü hukuk temyizinin ADR yönlendirmesi için potansiyel bir aday olarak ele alınması gerektiğine inanıyoruz.

Bazı istinaf uyuşmazlıklarının ADR müdahalesine gerek duyduğu görülmektedir. Örneğin; aşağıdaki senaryoyu ele alalım:

Harry Johnson, bölgesel toptan satış çalışmalarına dört yıl önce başlamıştı. Yeni işi kendisine o kadar çok başarı getirdi ki Texas Eyaleti'nde piyasasını büyütmeye karar verdi. Bu büyüyen piyasayı geliştirmek için Harry, ülkedeki en iyi kullanılmış araba satışı yapan kişi olduğuna inandığı eski lise arkadaşı Monty Woods ile sözleşme imzaladı. Harry, Eyalet'te yaptığı satışlardan Monty'e komisyon vereceğine dair bir münhasır satış sözleşmesi yaptı; ancak sözleşmeye göre Monty'nin seyahat, reklam ve yayın masrafları da dâhil olmak üzere kendi satış masraflarını karşılaması gerekiyordu. Sözleşme, karşılıklı anlaşmaya varılarak uzatılabilen bir yıllık bir süre için geçerliydi. Genişletilen çalışmaların ilk yılı boyunca şirket satışları olağanüstüydü. Gerçekten işler o kadar iyiydi ki Monty Doğu Texas Bölgesi'nde çalışmaları için iki satış elemanı daha işe aldı. Bunu yapabilmek amacıyla ortaya çıkan ön ödeme ve reklam masraflarını karşılamak için Monty'nin kendi cebinden yaklaşık 60,000 $ tutarında yatırım yapması gerekmişti. Bir sonraki yılın başlarında Monty, Harry'e sözleşmelerinin bir yıl daha uzadığını onaylayan bir e-posta gönderdi. Monty yazılı bir cevap almamıştı; lakin Harry'den

"bunun iyi bir fikir" olduğuna dair sesli bir mesaj aldı. Monty yazılı bir cevap almamayı sorun etmedi çünkü Harry'nin çok meşgul olduğunu biliyordu.

Yaklaşık altı ay sonra, Monty Harry'e gelecek için pazarlama planını açıkladığı ve münhasır acentelik sözleşmesinin bir yıl daha uzatılmasını onayladığını bildiren bir e-posta gönderdi. Birkaç hafta içerisinde Monty, Harry'nin avukatından Harry'nin Monty'e ait Doğu Texas Bölgesi'ni kapsayan münhasır acentelik sözleşmesini imzalamak istediğini, ancak diğer Texas İlçeleri'nin sözleşmeye dâhil edilmemesini istemediğini belirten bir mektup aldı. Daha sonra Monty, Harry'nin iki Doğu Texas satış temsilcisiyle görüşüp kendi bölgelerinde münhasır acenteler olarak onları işe almayı teklif ettiğini öğrendi. Monty o kadar çok kızmıştı ki acilen Ulusal Toptan Satış Dergisi'nde Harry'nin yaptıklarından şikâyet eden bir makale yayınladı.

Monty'nin avukatları, acentelik sözleşmesinin ihlal edildiğini iddia ederek ve yatırımının, dolaylı zararlarının, avukatlık ücretlerinin ve masraflarının tazminini talep ederek dava açtılar. Uzun ve masraflı bir hukuk davasından sonra, Jüri Harry'nin Monty'e düzmece sözler verdiğine, satış sözleşmesini ihlal ettiğine ve Monty ile güvene dayalı ilişkilerini ihlal ettiğine karar verdi. Ancak Jüri, bir ticari dergide Harry hakkında yazdığı yazıdan ötürü aynı zamanda Monty'nin Harry'i kötülediğine de karar verdi. Jüri, Monty'e düzenbazlık ve sözleşmenin ihlali iddialarının doğru olması nedeniyle esas zararlarının karşılanması için 85,000 $ ve avukatlık ücretlerinin karşılanması için 17,000 $ ödenmesine karar verdi. Ancak, Jüri aynı zamanda Harry'nin namının kötülendiği iddiaları nedeniyle Harry'e 50,000 $ ve avukatlık ücretlerinin karşılanması için 12,000 $ ödenmesine karar verdi.

Asliye mahkemesi her iki tarafın da duruşma sonrası taleplerini dinledikten sonra, Monty'nin esas zararlarının ödenmesi kararını onayladı ama avukat masrafları açısından taleplerini reddetti. Jüri kararına rağmen mahkeme, Harry'nin namının kötülenmesi nedeniyle zararının tazminine ilişkin alınan kararı reddetti. Her iki taraf da asliye mahkemesinin verdiği kararı temyiz etti.

Monty'nin avukatı, asliye mahkemesi hâkiminin avukat masraflarını reddetmesinde "düpedüz hatalı" olduğunu ve temyize giderlerse bu hatanın giderilebileceğini temin etti. Harry ise temyize gittiklerinde namının kötülenmesi taleplerini reddeden asliye mahkemesinin kararının bozulacağına emin olduğunu söyleyen yeni bir avukat tuttu. Bu avukatlara göre temyiz masrafları tahminen yaklaşık 50,000 $ ile 75,OOO $ arasında değişecekti.

İki yıllık bir mücadeleden sonra hem Harry hem de Monty kızgın, akılları karışmış ve bezgin hissediyorlardı. Bu uzun dava süreci; zaman, masraf, enerji ve yaşadıkları duygusal stres açısından onları tüketmişti ve her iki adamın ve ailelerinin yaşamında olumsuz etkilere sahipti. Bir zamanlar çok iyi arkadaş olan bu iki adam artık birbirleriyle, karılarıyla ve çocuklarıyla konuşmuyorlar; şimdi biri diğerine şüphe ve güvensizlik duyuyordu. Her ikisi de meseleyi onurlu bir sonuca ulaştırmak istiyor, lakin hiçbiri nihai sonucu nasıl kolaylaştıracaklarını bilmiyordu. Ayrıca her biri, bu nihai "kazananlar-kaybedenler" yarışmasından galip ayrılmayı ümit ederek manevi olarak sonuna kadar dava sürecinde kalması gerektiğini hissediyordu [26]
.

Bu kuramsal senaryo, taraflar arasındaki iletişim kopukluklarının masraflı, çok zaman alan ve boğucu bir davaya dönüştüren çekişmelerle taraflar arasında yaşanan irade yarışına nasıl yol açtığını göstermektedir. Bu örnekte, Harry ve Monty mahkeme süreçlerine çok fazla yatırımda bulunmuşlar ve istinaf mücadelelerine henüz başlamışlardır. Sıklıkla, temyizin bu aşamasında mücadelesine devam etmek için hiçbir taraf zaman, masraf ve stres miktarını tam olarak değerlendiremez.

Verimli bir istinaf ADR programında avukatlar, uzun süren dava sürecinin kişisel yaşamı ve iş verimliliğini olumsuz yönde etkileyeceğini müvekkillerine açıklamakta yardımcı olabilir. Ancak bir ADR programının avukatlar ile müvekkilleri açısından kabul edilebilir olması için, sadece uzlaşma potansiyeli iyi olan davaların yönlendirilmesiyle sonuçlanan eleme mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir; aksi takdirde, taraflar ve avukatları ADR programını gereksiz yere harcanan zaman, para ve çaba olarak görebilirler.

ADR Yönlendirmeleri için Kriterler

Kendi deneyimlerimizin yanı sıra anketimize verilen cevaplar; ADR süreçlerinin iş, sözleşme, veraset, avukatlık ücretleri, istihdam, çevre, aile ve kişisel yaralanma uzlaşmazlıkları da dâhil olmak üzere geniş çapta temyiz konularında uzlaşma sağlamak için kullanıldığını göstermektedir. Dahası, esaslar üzerine nihai kararların yanı sıra jürisiz karar, yüksek mahkeme emri ve idari işlemlerde mahkeme kararlarından temyizleri etkin şekilde çözmek için ADR süreçlerinin kullanılabildiğini fark etmeye başladık. Bazı eyalet temyiz mahkemeleri ADR düzenlemesi için davaların özel kategorilerini belirlerken [27] çoğu mahkeme yönlendirmelerini herhangi özel bir dava kategorisiyle sınırlamaz. Çoğu mahkemenin her türlü hukuki uyuşmazlığı ADR süreci aracılığıyla çözümleyebileceğini fark ettiğine inanıyoruz.

Belirli bir temyiz başvurusunun ADR yönlendirmesi için uygun olup olmadığının belirlenmesi amacıyla parlak kriterler oluşturmak zordur. İstinaf ADR programlarının ilk yılları sırasında bazı avukat ve hâkimler, ADR sürecinin jürisiz karar, geçici mahkeme emri ya da bazı kesinleşmeyen mahkeme kararlarından doğan temyiz konusunda başarılı olmadığına inanmışlardır. Günümüzde, çoğu deneyimli avukat ve hâkim, bazı gönüllü uzlaşma prosedürü için bu tür temyizlerin iyi birer aday olduğunu kabul etmektedir.

Geniş ölçüde kabul gören başka bir inanç da, temyizin sadece “yasal” konular içeren veya tarafın duygusal olarak hissettiği “prensip meselesi” olduğu durumlarda, ADR sürecinin muhtemelen başarılı olmayacağıdır. Günümüzde, çoğu avukat ve hâkim, bir ADR sürecinin başarısının (veya başarısızlığının) müdahalenin zamanlamasına; yani, tarafların davaları konusunda nesnel bir analiz yaptıktan sonra anlamlı uzlaşma müzakerelerine girmek istediği koşulların mevcut olup olmadığına bağlı olduğunu bilir. Bu koşullar mevcut olduğunda, bir istinaf mahkemesinin ikna etme müdahalesi çoğunlukla verimli uzlaşma tartışmaları yapılması için etkili bir katalizör olabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi; nesnel olarak davalarını değerlendirmek için tarafların yeterli bilgiye sahip olması ve genellikle uzlaşma müzakerelerine girmek için motive edilmiş olmaları kaydıyla neredeyse tüm uyuşmazlık türleri, uygun koşullar altında ADR sürecinin bazı türlerinin kullanılmasıyla çözümlenebilir.

Uygun bir ADR sürecinin seçimi

İstinaf ADR programının ilk yıllarında, mahkemeler dengeli uzlaşma konferansı ve acele jüri

duruşması gibi uzlaşma konferans modeli ya da tarafsız değerlendirme süreçlerinin çeşitli türlerini kullanma eğilimi göstermişti. Sonraları, mahkeme ADR sürecinin kullanılmasında daha fazla deneyim kazandıkça ve daha fazla avukat-arabulucu ADR alanına girdikçe, kısa zamanda arabuluculuk modeli, çoğu eyalet istinaf ADR programı için seçilen ADR süreci haline geldi.

Arabuluculuk modeli, özellikle tarafların sosyal veya iş ilişkisinin olduğu ya da uyuşmazlığın tarafların duygusal durumlarından kaynaklandığı davalarda faydalı olabilir. Arabuluculuk, tarafların öfkelerini ve yorgunluklarını dindirmelerine ve karşılıklı olarak kabul edilebilir çözümler bulmalarına ve olaya dışarıdan biriymiş gibi bakabilmelerine fırsat verir. Arabuluculuk, ticari ilişkiler, aile içindeki anlaşmazlıklar, bedensel yaralanma davaları ve iş davaları da dâhil olmak üzere çok çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde başarıyla kullanılmaktadır. Gerçekten de arabuluculuğun uygun bir ADR seçeneği olmadığı çok az anlaşmazlık türü bulunmaktadır.

Bazen taraflar konumlarını o kadar çok korumak isterler ki nesnel bir üçüncü taraf değerlendirmesi anlamlı uzlaşma müzakereleri yapma istekleri bakımından kritik bir ön koşul olur. Bu tür bir durumda konferans hâkimi ya da ADR idarecisi, taraflara ilgili konumlarının güçlü ve zayıf yanlarına ilişkin olarak gerçekçi değerlendirme yapmalarında yardımcı olmak için makul uzlaşma konferansı, mini-duruşma ya da acele jüri duruşması gibi tarafsız bir değerlendirme süreci tavsiye edebilir. Taraflar bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra, verimli uzlaşma görüşmelerine katılmak için daha iyi hazırlanmış olacaklardır [28] .

ADR’ye yönlendirilen davalar için prosedür

Bir mahkeme, kapsamlı bir ADR programı tasarlayabilir; ancak, bu yöntem o programa davaların yönlendirilmesi için mükemmel bir yöntem değilse, çalışma boş yere yapılmış olacaktır. Bazı kişiler ya da bazı şeyler, ADR sürecinde davanın ADR sürecine yönlendirilmesi için katalizör görevi görmelidir. Mahkemenin işleyişi, tarafların ADR sürecinde kendi inisiyatiflerini almaları ve gönüllü olmaları esasına dayanıyor olabilir. Diğer yandan mahkeme, tüm davaların rutin olarak ADR'ye yönlendirildiği bir kritere uymasını benimseyebilir. Veyahut mahkeme ADR için davanın uygunluğunun belirlenebildiği hazırlık konferansları düzenleme uygulamasını benimseyebilir [29] .

Bir tarafın talebi üzerine yönlendirme

Arizonada olduğu gibi bazı mahkemelerden, özel hükümlerine göre, her iki tarafın da davanın uzlaşma yoluyla çözülmesini istediği gizli bir duruşma talebinde bulunulabilir. Bu talep koşullara uygunsa, mahkeme davayı uzlaşma konferansı sürecine aktaran bir karar verir. Politikasına bağlı olarak mahkeme, kendi iradesiyle sürecin tamamlanması beklenirken, istinaf dava işlemlerinin hepsini ya da bir kısmını erteleyebilir.

Deneyimler şunu göstermiştir; inisiyatifin taraflara bırakılmasını belli bir sürece bağlama eğiliminde olunmasına rağmen tarafların ve avukatlarının kendi kullanımları ve faydalarına gelişen dikkate değer bir deneyim yaşamadıkları sürece, ADR sürecini gönüllü olarak kullanmaya çalışmazlar. Bu nedenle, mahkemenin katılım hususunu tamamen avukatların ve müvekkillerinin inisiyatifine bıraktığı durumlarda, göreceli olarak çok az dava ADR programına girer. O çevredeki Baro'nun kendi iradesiyle ADR süreci için profesyonel bir gelenek geliştirdiği zamana kadar ADR programını idare eden mahkeme, genellikle programa kendi katılımlarını gerektiren kurallar ve usuller koymak zorunda kalacaktır [30] .

Zorunlu yönlendirmeler ve istisnalardan yararlanmanın hükümleri

Belirtildiği sebeple, istinaf ADR programı başlatılmasını öngören bir mahkeme, mahkeme politikası olarak sürece katılımı zorunlu tutup tutmayacağını ve nasıl zorunlu tutacağını ele almalıdır. Mahkemenin katılımı zorunlu tutmaya karar vermesi durumunda, mahkeme davanın otomatik olarak ADR sürecine mi, yoksa sadece hazırlık konferansı veya diğer bazı olaylardan sonrasında mı yönlendirileceğini ele alması gerekecektir.

Her hâkim, taraflardan birinin ya da her ikisinin avukatından davada uzlaşmanın mümkün olmadığına dair beyanların gelmesine alışıktır. Yine de çoğu hâkim, uzlaşma potansiyeline ilişkin olarak bu tür şüpheci bir yaklaşımın anlamlı uzlaşma müzakerelerinin nihai başarısına çok da etki etmediğini öğrenmiştir. Diğer yandan, ADR sürecinin bir ya da her iki taraf için uygun bir seçenek olmadığı davalar da vardır. Örneğin; bir sigorta şirketi, sigorta poliçesini ya da genel şartlarını yorumlayan bir istinaf kararına ihtiyaç duyabilir ve temyize konu olay avantajlı bir karar için ideal bir fırsat yaratabilir. Başka bir durumda, taraflardan biri, sadece istinaf mahkemesinin kararı yoluyla sağlanabilecek bir yasal ya da anayasal bir hükmün açıklayıcı özelliğine ihtiyaç duyabilir. Bu nedenle, zorunlu yönlendirme sürecine ilişkin kuralların ve politikaların geliştirilmesinde mahkeme ayrıca mahkemenin yönlendirme kararından kaçınan veya "katılmamayı tercih eden" tarafın koşullarını da ele almalıdır.

Texas gibi bazı yargı dairelerinde, katılmamayı tercih etmek için usule ilişkin esaslar, eyalet yasası veya kurallarında belirtilmiş olabilir. Diğer yargı dairelerinde, katılmamayı tercih etme

süreci, genellikle mahkemenin kendi iç kuralları veya prosedürlerinde belirtilecektir [31] .

ADR yönlendirme prosedürüne örnekler

Arizona'da mahkeme, avukatın ya da tarafların gizli uzlaşma konferansı talebi önerisi üzerine o davanın arabuluculuk için uygun olduğunu belirlediği durumlarda, ya emekli bir hâkim ya da baronun aktif bir üyesi olan istinaf arabulucusunu davaya atar. Taraflardan herhangi biri, kararın verildiği tarihten itibaren beş gün içerisinde yazılı bir itiraz sunarak önerilen atamaya karşı çıkabilir. İstinaf arabulucusu, mahkeme tarafından sağlanan istinaf arabulucularının listesinden uzlaşma konferans avukatının atanmasıyla seçilir; taraflardan arabulucunun verdiği hizmetler için ücret talep edilmez [32] .

California'da ise mahkeme, tarafların temyiz başvurusunda bulunmalarından hemen sonra taraflara bir dava ön görüşme formu göndererek ADR sürecini başlatır. Taraflar, bu formu kullanarak davanın temel hususlarına ilişkin olarak talep edilen belirli bilgileri, müzakerelerinin geçmişini ve davanın ilk hukuki hadise mi yoksa bir yasa veya yönetmeliğe mi tabi olduğunu mahkemeye bildirir. ADR programının idarecisi, avukatla görüştükten sonra arabuluculuğa hazırlık aşaması sırasında ve arabuluculuk toplantısının ilk altı saatinde pro bono (ücretsiz) olarak hizmet verecek olan bir arabulucuyu davaya atar; daha sonra arabulucu piyasa koşullarına uygun ücret alabilir.

Mahkemenin ADR program koordinatörü, arabuluculuk toplantılarının zaman çizelgesini hazırlar [33]
. Yukarıda bahsettiğimiz iki mahkeme gibi Yasal Sorumluluk Merkezi anketini cevaplandıran çoğu mahkemenin istinaf ADR programına katılmayı talep ettiği görülmektedir. Idaho ve Texas (9. Daire) gibi birkaç mahkeme, tarafların karşılıklı anlaşması olmadan davaları ADR programına yönlendirmemektedir. Dahası, katılımı zorunlu kılan çoğu mahkemede, tarafların uygun olmayan bir ADR yönlendirme kararına karşı itiraz etmelerini sağlayan kural ve hükümler mevcuttur.

ADR yönlendirmesine ilişkin zamanlama

Genellikle, erkenden istinaf sürecinde başlatılması durumunda bir istinaf aşamasındaki bir ADR sürecinin çoğunlukla maliyet etkinliği vardır. Bu nedenle, çoğu istinaf ADR programında, temyizin uzlaşma potansiyeli temyiz başvurusu yapıldıktan sonra en kısa süre içerisinde belirlenmeye çalışılır. Çoğu davada, taraflar ve avukatları, uzlaşma değerinin makul değerlendirmesini yapmak için temyizin başında yeterli bilgiye sahiptir ve temyiz aşamasında uyuşmazlığı çözerek genellikle davanın temyize hazırlanması için ekstra zaman harcanması ve masraf yapılmasını önleyebilirler. Bu fikirler, taraflar davalarına hazırlanmadan önce davanın ADR sürecine yönlendirilebilmesi için olası mahkeme ADR programının yapılandırılmış olması gerektiğini göstermektedir. Tabii ki, taraflardan birinin ya da her ikisinin istinaf avukatı şayet davada yeniyse, müvekkilinin konumunu değerlendirmesi bakımından davayla ilgili ön çalışma yapması gerekli olabilir.

Çoğu istinaf mahkemesi, temyiz başvurusu sırasında ya da hemen sonra taraflardan dava hakkında esasa ilişkin bilgiler sağlayan yazılı bir beyan sunmasını talep eder. Anket yaptığımız mahkemelerin çoğu, bu bilgilendirici beyanların (çoğunlukla liste beyanları olarak anılır) sadece kısa bir süre içinde sunulmasına izin verir. Bazı mahkemeler, istinaf incelemesinin başlatıldığı tarihte beyanın sunulmasını talep ederken, diğerleri taraflara birkaç hafta verir veya dava ön görüşmesinden sonra beyanın sunulmasını ister [34] . Örneğin; Arizona'da 1 ve 2. Dairelerde, bu beyanların temyiz dilekçesinin taraflara tebliğinden itibaren on gün içerisinde sunulması gerekmektedir.

Bu beyanlarda yer alan bilgileri kullanarak mahkemenin idari personeli ve konferans hâkimi, uyuşmazlığın yapısına ilişkin olarak öngörü sağlayabilir ve davanın uzlaşma potansiyeline ilişkin bazı fikirler geliştirebilir. Örneğin; Arizona'da (1. Daire), mahkeme, davanın mahkeme uzlaşma programına yönlendirilmesine ilişkin düşüncelerini içeren sorular da dâhil olmak üzere taraflara liste beyanları için bir form gönderir. Tarafların bu soruya cevapları kesin olarak bir davanın programa yönlendirilip yönlendirilmeyeceğini belirlemez; taraflardan birinin bu soruya "Hayır" şeklinde yanıt vermesi sonucunda, uzlaşma konferans avukatı çoğunlukla bu soruya ilişkin esasın belirlenmesi için ilgili tarafın avukatını arar. İlgili tarafın açıklamasından açıkça ADR yönlendirmesinin uygun olmadığı anlaşılmadığı sürece, uzlaşma konferans avukatı, bu sorunun çözülmesi için tüm ilgili hukukçularla telefon konferansı yapılmasını önerebilir.

Hangi prosedür kullanılırsa kullanılsın, yapılan anketle taraflara ADR programının yardım sağlayıp sağlamayacağının belirlenmesi için istinaf mahkemeleri genellikle erken inceleme yapmalıdır [35] .

Hazırlık Konferansı

Mahkemenin ADR yönlendirmesi için davanın uygun olup olmadığı konusunda karar alabileceği prosedür ve sunum için davanın hazırlığına ilişkin olarak mahkemenin beklentilerini belirleyebileceği resmi olmayan bir forum yaratan hazırlık konferansı, hem mahkeme hem de avukat açısından değerli bir araç olabilir. Ayrıca hazırlık konferansı, istinaf sürecinde erken bir zamanda, davaları için uzlaşma potansiyelini değerlendirmek açısından tarafları teşvik etme amacını güdebilir.

İdeal olarak, hazırlık konferansı, temyiz dilekçesinin sunulmasından sonra ve tarafların istinaf sürecinde çok fazla zaman harcamasından ve masraf yapmasından önce göreceli olarak kısa bir süre zarfında planlanabilir. Bazı istinaf mahkemeleri, tarafların avukatlarının bu hazırlık konferansına kişisel olarak katılmalarını talep ederken, diğerleri avukatların konferansa telefonla katılmalarına müsaade eder. Yüz yüze katılımın avantajı, ADR yönlendirmesinin olası faydaları da dâhil olmak üzere mahkemenin çok çeşitli hususlarda avukatlarla resmi olmayan görüşmeler yapmasına fırsat sağlamasıdır.

Hazırlık konferansı kavramı, istinaf mahkemeleri için yeni bir kavram değildir. Geçmişte, mahkemeler bu konferansları usule ilişkin amaçlarla aşağıdakileri belirlemek için kullanmıştır:

• İstinaf kaydının hazırlanmasında ortaya çıkabileceği tahmin edilen herhangi bir problem varsa;

• Tarafların temyiz konusunda temel hususları doğru şekilde belirleyip belirleyemediklerini görmek;

• İstinaf dilekçelerinin sunulması için gereken istinaf planını yapmak.

Mahkemeler, aşağıdaki hususlar için de hazırlık konferansını kullanır:

• İstinaf sürecinde tarafların olası riskleri, harcanacak zamanı, masrafları ve girecekleri stresi belirleyip belirleyemediklerini anlamak;

• Avantajsız bir sonuç ortaya çıkması durumunda tarafların birinin ya da her ikisinin önemli miktarlara ulaşabilen ekonomik kaybı karşılayıp karşılayamayacaklarını anlamak;

• Yayınlanan istinaf mahkeme kararının taraflar için zaruri olup olmadığını anlamak;

• Tarafların uzlaşma müzakerelerinde mahkemece yönlendirilen ADR sürecinin taraflara önemli ölçüde yardım edip etmeyeceğini anlamak.

Hazırlık konferansı, hem mahkeme hem de taraflar açısından faydalı olabilir. Hazırlık Konferansı, istinaf sürecini daha verimli hale getirmek için ve davalarının uzlaşma potansiyelinin görüşülmesi için gösterecekleri müşterek çabalar açısından resmi olmayan bir ortam sağlar. Konferans hâkiminin rolü, tarafların dikkatinin temyizin usulüne ilişkin hususlara odaklanmasını sağlamak, sunum için davanın hazırlığına ilişkin olarak harcanacak zaman ve masraf miktarını azaltmak, tarafları ilgili pozisyonlarının nesnel değerlendirmesine teşvik ederek uzlaşmazlıklarını çözmek için en iyi yöntemi kullanmalarını sağlamaktır.

Ayrıca hazırlık konferansı, bütünleşik dava yönetim sistemi içerisinde usule ilişkin fonksiyonlarının verimli şekilde koordine edilebilmesi için mahkemeye dava yönetim fonksiyonları ile ADR fonksiyonlarını birleştirme fırsatı sunar. Bu durum, baş hâkim de dâhil olmak üzere mahkemenin idari personelinin hukuki dava listesini izlemesini ve "karar çıkarma" aşaması yoluyla temyiz edilen her davayı takip edebilmesini sağlar. Mahkemenin idari personeli, bu bilgiyi kullanarak belirli bir davanın ne zaman sunum için hazır olduğunu daha kesin olarak tahmin edebilecektir [36] .

Bu usulü kullanan mahkemeler arasında Connecticut, Ilawaii, Kentucky, Maryland, Michigan, New Mexico, Ohio (12. Daire), Oregon ve Utah bulunmaktadır.

İşlemlerin Durdurulması

Bazı mahkemeler politika olarak ADR süreci tamamlanana kadar temyiz işlemlerini durdurmaya

karar vermişlerdir. Örneğin, Arizona'da ADR'ye yönlendirmeye ilişkin mahkeme kararı uzlaşma sürecinin tamamlanması için gerekli olan normal dilekçe verme programını durdurmaktadır. Aynı politikayı Kentucky, Michigan, New Jersey, Oregon ve Texas (14. Bölge) eyaletleri temyiz mahkemeleri gibi bir dizi diğer temyiz mahkemeleri de izlemektedir.

Diğer mahkemelerde bir davanın ADR sürecine yönlendirilmesi kararı kendiliğinden temyiz işlemlerinin durdurulmasına yol açmadığı gibi kayıtların ve dilekçelerin sunulması için belirlenen normal zaman çizelgesinin uzatılmasını da sağlamaz. Buna örnek olarak California (Birinci Bölge), Connecticut, Texas (1. Bölge) , Idaho, New Mexico, New York, (2. Daire) (mahkeme eğer makul sebepler sunulursa süre uzatımını değerlendirmektedir) ve Ohio (12. Bölge) (taraflara kayıtların ve dilekçelerin sunulması için süre uzatımını talep etme hakkı tanımaktadır). Özel usul kuralları olmayanlar da dâhil olmak üzere birçok mahkemenin bir ADR yönlendirmesine bağlı olarak makul nedenlerle süre uzatılmasına ya da durdurulmasına ilişkin iyi sebepler öne süren bir talebi dikkate alması oldukça muhtemeldir [37] .

Yönlendirmeye İlişkin bir Mahkeme Kararının Hazırlanması

Genellikle, bir mahkeme bir davayı ADR sürecine yönlendirdikten sonra, bunun gerçekleştirmesine yönelik bir mahkeme kararı hazırlamalıdır. Bu mahkeme kararı aşağıdakileri içermelidir:

- ADR süreci tipini; örneğin, arabuluculuk;
- ADR'de tarafsız olan kişinin adı (biliniyorsa);

- ADR sürecinin yürütülmesinin tarihi, süresi ve yeri (biliniyorsa)
- ADR yönlendirmesinin normal temyiz zaman çizelgesini uzatıp uzatmayacağı.

Mahkeme kararı ayrıca sürece katılması gerekecek tüm tarafları ve temsilcileri; taraflardan birinin şirket olması halinde uzlaşma konusunda müzakere etmeye yetkili şirket temsilcilerini içermelidir. Son olarak mahkeme kararı gereken hallerde ADR prosedürünün gizli olarak değerlendirileceğini ve bu süreç boyunca olanların mahkeme dâhil herhangi bir tarafa açıklanmayacağını ifade etmelidir.

Temyiz Avukatının Rolü

Anlaşılır nedenlerle bir temyizin tarafları (ve bazen bunların dava vekilleri), mahkemeden sonra yapılacak anlaşma müzakerelerini zaman kaybı olarak görebilirler. Bazı durumlarda taraflar dava mahkemede görülürken yoğun ancak başarısız arabuluculuk çalışmaları yapmış olabilirler. Bazı durumlarda ise mahkemede görülen davayı kazanan taraf bir temyiz uzlaşmasının avantajlarını fark etmek konusunda yavaş davranmış olabilirken, kaybeden taraf da karara ilişkin akla uygun bir analiz yapamayacak kadar etkilenmiş olabilir. Bu durumlarda avukatlar müvekkillerini gerçekçi dava değerlendirmesi sunmakta ve onları arabuluculuk veya diğer ADR süreçlerine katılmak konusunda teşvik etmekte zorlanabilir. Ancak Arizona Temyiz Uzlaşma Programı yönergesi yazarının da uygun bir şekilde gözlemlediği üzere:

Ortada bir "kazanan" ve bir "kaybeden" belirleyen bir mahkeme kararı veya hükmü olduğu için temyiz uzlaşma konferanslarının dinamikleri dava öncesi müzakerelere göre önemli ölçüde farklıdır. Bazı faktörler, temyiz uzlaşmasını daha önceki uzlaşma denemelerinden daha zor kılar: avukat ve taraflar temyizde kazanacaklarına ilişkin bir inançla yasal konumlarına sımsıkı bağlanabilirler. Dava süreci genellikle düşmanlığı arttırır; bir avukat kurumsal bir müvekkili için tekrar eden bir hukuki konu ile ilgili olarak yayımlanmış bir görüş isteyebilir ve karar o kadar açık bir şekilde doğru olabilir ki temyizde davalı taraf herhangi bir şeyden vazgeçmek için çok az isteğe sahip olabilir. Diğer taraftan temyiz seviyesinde uzlaşmayı kolaylaştıracak faktörler de mevcuttur: şahısların birçoğu dava sürecinin geriliminden keyif almazlar ve mümkün olan en kısa süre içinde konunun sonlanmasını isterler, çatışmadaki miktara bağlı olarak ek avukatlık ücretleri her iki tarafın da uzlaşması için ekonomik sebepler doğurabilir, kararı onaylayan ya da bozan bir temyiz kararı, davanın temelinde yatan dava sürecini sonlandırmayabilir, zamanında nihai bir karar elde etmek gelecekte verilecek bir karardan daha önemlidir ve kurumsal bir müvekkil bazı davalarda emsal olacak bir karardan kaçınmak isteyebilir. [38] Temyiz avukatının şu şekilde profesyonel sorumlulukları vardır; müvekkillerinin bulundukları konuma ilişkin nesnel bir değerlendirme yapmalarının değerini ve gönüllü bir uzlaşma sürecinden elde edilebilecekleri faydaların neler olabileceğini anladıklarından emin olmak. Bir ADR sürecini verimli olarak kullanan bir avukat, müvekkilinin davanın zayıf ve güçlü tarafları ile orantısal bir biçimde geri adım atmaktan elde edilecek faydaları görmelerini sağlayabilir.

Bağlayıcı bir Tespit için Anlaşma

Bazı eyaletlerin temyiz usul kuralları kapsamında taraflar davanın usuli düzenlemesini belirleyecek, ortak bir talepte bulunabilirler. Mahkemenin onayına tabi olmakla birlikte bu kurallar kapsamında taraflar dava mahkemesinin kararının bir tarafa bırakılarak temyiz uzlaşma anlaşmalarına göre farklı bir kararın yürürlüğe girmesine karar verebilirler.

Taraflar ayrıca üzerinde uyuşmazlık olan konuların ilgili konumlarının değerinin bağlayıcı bir şekilde belirlenmesi için tarafsız bir üçüncü şahıs şeklindeki bir değerlendirici ya da hakeme

sunulması konusunda anlaşabilirler. Böyle bir anlaşma kapsamında tarafsız belirleme, bağlayıcı ve uygulanabilir bir sözleşme haline gelecektir [39] .

Süre Sonu ve Nihai Rapor

Mahkemenin bakış açısından bir ADR sürecine yönlendirilen tüm davaların dikkatlice izlenmesi, ADR sürecinin tamamlanması, süresinin sonunun belirlenmesi ve sürecin sonuçlarının mahkemeye rapor edilmesi önemlidir. Taraflarca ve ADR’de tarafsız şahıs tarafından sunulan temel raporlardan elde edilecek olan bu bilgi, mahkemenin ADR sürecinin başarılı olup olmadığını değerlendirmesine ve davanın nihai karar aşamasına taşınması için hangi tip eylemlerin yapılmasının uygun olduğunu belirlemesine imkân tanıyacaktır. Elbette, ADR usulünün gizlilik bütünlüğünün korunması için mahkemeye sunulacak raporun, ADR işlemlerinin ana fikrine ilişkin herhangi bir bilgi ifşa etmemesi gerekir.

Mahkemenin ADR usulünün değerlendirmesine yardımcı olacak bilginin toplanması için ADR’deki tarafsız konumda olan şahsın raporu da kullanılabilir. Örneğin Arizona’da mahkemenin uzlaşma konferansı avukatının, uzlaşma konferansının tamamlanmasından sonra bir nihai rapor hazırlaması gerekmektedir. Bu raporda uzlaşma konferansı avukatının, o davada uzlaşma konferansının neden başarıya ulaştığını ya da ulaşmadığını açıklaması gerekmektedir. Bu nihai raporda bulunan bilgilerin gizli olduğu kabul edilir ve bilgiler programın başarısına bağlı olarak derlenen veriler olmaları dışındaki bir amaçla kullanılamazlar. Uzlaşma konferansı avukatının nihai raporunun dikkatli bir şekilde hazırlanması ve ADR işlemlerinde taahhüt edilen gizliliğin korunması ilkesini bozmayacak bir şekilde kullanılması gerektiği açıktır [40] .

ADR Hizmetinin Sağlayıcıları

Bir mahkemenin vermesi gereken politika kararlarından bir tanesi de kimin ADR hizmetlerini sağlayacağına karar vermektir. Mahkeme görevde olan hâkimlerine mi, hâkimler kurulunun ve baronun emekli olmuş üyelerine mi, mahkeme personelinden seçilmiş kolaylaştırıcılara mı yoksa özel sektörden gelen arabuluculara mı güvenecektir? Bu seçeneklerin her birisi için avantajlar ve dezavantajlar mevcuttur [41] .

Konferans kolaylaştırıcıları, hâkimlerin sağladığı ADR

Görevde olan hâkimlerin konferans kolaylaştırıcıları olarak kullanılması mahkemelere bazı özel avantajlar sağlamaktadır. Bunlardan ilki ADR programının maliyetini hem mahkeme hem de taraflar açısından azaltmasıdır. Hâkimlerin hali hazırda devlet memuru olarak ücretlendirilmesi ve ek ödeneklerin belirlenebilmesi imkanı vardır. İkinci avantaj hâkimler temyiz sürecine büyük ölçüde aşinadırlar ve uzmanlıklarını değerlendirme sürecine yansıtabilirler. Üçüncü olarak hâkimler hem hâkimler kurulunun hem de baronun saygı duyduğu kişilerdir ve bu sebeple avukatlar ve müvekkilleri arasında işbirlikçi bir tutum ve inandırıcılık yaratabileceklerdir.

Görevde olan hâkimlerin kullanılmalarının birincil dezavantajı ADR sürecine katılımlarının davanın ilerleyen kısımlarında hâkim olarak görevlendirilmeleri olasılığını ortadan kaldırmasıdır. Dahası konferans kolaylaştırıcısı görevleri muhtemelen var olan zamanlarının önemli bir kısmını işgal edecek ve mahkemenin etkin bir üyesi olarak görevlerini tam olarak gerçekleştirmelerini engelleyecektir. Son olarak ister bir hâkim ister başka bir mahkeme personeli mensubu olsun mahkemenin bir çalışanının üçüncü bir taraf olan ADR sağlayıcısı ile aynı seviyede tarafsızlığa sahip olmayacağına ve aynı gizlilik garantisini veremeyeceğine dair bir algılayış biçimi her zaman için mevcuttur [42] .

Hâkimler Kurulunun ve baronun emekli olmuş üyeleri vasıtasıyla ADR

Yargı sisteminin ve baronun eski üyeleri olarak emekliye ayrılmış hâkimler ve avukatlar görevde olan hâkimlerin ve deneyimli mahkeme çalışanlarının sağladığı avantajların bazılarını sağlamaktadır. Geçmişlerine ve profesyonel itibarlarına bağlı olarak emekliye ayrılmış hâkimler ve avukatlar görev yapan avukatlar ve müvekkilleri üzerinde muhtemelen dikkate değer bir inandırıcılığa sahip olacaklar ve onların güvenlerini yüksek ölçüde kazanacaklar ve işbirlikçi etkileşimlerini sağlayacaklardır.

Daha önceden avukatlık ve hâkimlik yapmış olan kişileri kullanmanın dezavantajlarından birisi bu kişilerin diğer ADR sağlayıcıları ile aynı seviyede arabuluculuk yeterliliği kazanmamış olabilmeleri ve eğer konu buysa o ADR profesyonelleri ile aynı seviyede güven ve itimat yaratamayabilecekleridir. Emekliye ayrılmış bu profesyoneller hukuk mesleğindeki meslektaşlarının saygılarına ve itibarlarına sahiptirler ve sadece bu bile arabuluculuk sürecinde görev yapan avukatlar ve müvekkilleri ile genellikle yakınlık kurmalarına yardımcı olacaktır. Emekliye ayrılmış hâkimler ve avukatlar, özellikle de uyuşmazlık süreçlerinin kolaylaştırılmasında, eğitime ve deneyime sahip olanlar, avukatlara ve müvekkillerine davalarını değerlendirmede ve etkin uzlaşma müzakereleri gerçekleştirmelerinde yardımcı olmak bakımından oldukça verimli olabilirler [43] .

Mahkeme personelinden ADR hizmeti alınması

Özellikle federal düzeydeki bazı mahkemelerin uyuşmazlıkların çözülmesini kolaylaştırmak için mahkeme avukatlarını ve mahkeme idari personelini iyi bir şekilde kullandıkları rapor edilmiştir. Aslında mahkeme tarafından istihdam edilen iyi eğitilmiş ve deneyimli bir kolaylaştırıcının en az bağımsız üçüncü şahıs kolaylaştırıcıları kadar yeterli seviyede ADR hizmetleri sunmaması için hiçbir neden yoktur. Her ne kadar bir personel avukat veya mahkeme idarecisi, görevde olan bir yargı sistemi üyesi kadar saygı ve itibar yaratmayacak olsa da mahkeme politikaları hakkındaki bilgi birikimleri ve deneyimleri ile bu kişilerin, avukatlar ve müvekkilleri için daha da yüksek bir inandırıcılık sağlamaları mümkündür. Bunun büyük bir kısmı elbette şahısların kişiliklerine, doğal sosyal becerilerine ve kolaylaştırmaya ilişkin eğitim seviyelerine bağlı olacaktır [44] .

Bağımsız ADR hizmeti sağlayıcıları

Bir temyiz ADR sisteminde bağımsız ADR sağlayıcılarını kullanmanın en önemli avantajlarından bir tanesi program idaresinin görecelibasitliğidir. Gerçekten de bu ihtimalde, ADR süreçlerinin etkinliğinin izlenmesi ve takip edilmesi halleri dışında, programın yürütülmesi ile ilgili olarak mahkemenin oldukça az bir sorumluluğu vardır. Temelinde mahkemenin sadece program amaçlarını oluşturması, ADR yönlendirmelerini düzenleyen kuralları ve usulü belirlemeleri ve davaların takip edilmesi ve program başarısının ölçülmesi için gerekli olan düzenlemelere ilişkin formları ve sistemi yaratmaları gerekmektedir. Bu sebepten dolayı bağımsız, tarafsız, üçüncü kişilerin kolaylaştırıcı olarak kullanılması suretiyle mahkeme, mahkeme ile ilgili ADR usulünde tarafsız kolaylaştırıcı olarak mahkeme çalışanlarının kullanılmasının yarattığı, idari ve bütçeye bağlı sorunlardan kaçınmış olacaktır.

Mahkemenin ana dezavantajı üçüncü şahıs kolaylaştırıcılarının yeterliliği ve etkinliğinin ölçülmesi ve uygun davalarda randevuların nasıl adil ve etkin bir şekilde düzenleneceğine karar verilmesidir. Bu bağlamda mahkeme kolaylaştırıcı olan şahsın belirli bir kolaylaştırıcı görev gerçekleştirme yeterliliğinden emin olmak ve tarafların söz konusu hizmetlere ödenecek miktardan tatmin olup olmadıklarını belirlemek için çaba göstermelidir [45] .

ADR Hizmetlerinin Maliyeti

Mahkeme ile bağlantılı ADR süreçlerini yürütmek için görevde olan bir hâkimin ya da diğer mahkeme personelinin tam veya yarı zamanlı hizmetlerinden faydalanan bir mahkemede, ADR hizmetinin sağlanmasında, hizmetin giderlerinin büyük bir kısmı mahkeme tarafından karşılanmaktadır. Her ne kadar taraflar, avukatlarına ADR sürecinde geçirdikleri zaman için ödeme yapmak zorunda olsalar da normal şartlar altında arabulucunun hizmetlerinin maliyetini karşılamaları ya da arabuluculuk tesisinin kirasını ödemeleri gerekmemektedir. Söz konusumaliyetler tek bir günlük arabuluculuk için binlerce dolar tutabileceğinden bu durum dava süreci tarafları için dikkate değer bir tasarruf anlamına gelmektedir.

Şaşırtıcı bir şekilde, mahkeme tarafından atanan ADR sağlayıcılarının özel arabuluculuk hizmetlerinin bu şekilde karşılanması hususuna avukatların ya da müvekkillerinin önemli ölçüde direnç göstermesi ile ilgili herhangi bir kanıt yoktur. Yine de avukatların ve müvekkillerinin özellikle tarafların ADR yönlendirmesine karşı oldukları ya da bir tarafın veya her ikisinin bu ek dava süreci maliyetini karşılayamadıkları durumlarda avukatlar ve müvekkilleri mahkemelerin özel ADR sağlayıcılarını kullanmalarından gitgide daha fazla rahatsız olmaya başlamışlardır.

İdeal olarak mahkeme tarafından idare edilen bir ADR programının diğer mahkeme işlevleri gibi kamu kaynaklı fonlardan karşılanması gerekmektedir. Söz konusu finansmanın sağlanması için olası bir yöntem ise yeni özel hukuk davalarından alınacak ek harçların kullanılması olabilir. Bu tip hizmet vergisi, Texas da dâhil olmak üzere bazı eyaletlerde jürinin giderlerinin karşılanması, ilçe hukuk kütüphaneleri ve uyuşmazlık çözüm merkezleri gibi mahkeme ile ilgili giderlere kaynak yaratmak için oldukça etkin bir şekilde kullanılmıştır [46] .

Ahlaki Standartlar ve Yürütme

Mahkemedeki ADR usulünün hâkimler, avukatlar, taraflar veya ADR'de tarafsız olan kişiler gibi katılımcıları, mahkeme tarafından açıkça belirlenmiş yürütme standartları ve ahlaki kurallar ile yönlendirilmelidirler. Çoğu eyalet mahkemesi, mahkemenin emrettiği ADR usullerinin uygulanması ile ilgili olarak genelde uygulanan ve var olan standartlar ve kuralları benimseyebilir.

Örneğin Texas'ta, Texas Eyalet Barosu ADR Bölümü, Texas ADR Usulleri Kanunu ile birlikte incelendiğinde mahkeme tarafından emredilmiş tüm arabuluculuk usullerinin yürütülmesi ile ilgili ahlaki kuralları ortaya koyan Arabulucular İçin Ahlaki Kuralları benimsemiştir. Geçtiğimiz yıllarda kar amacı gütmeyen özel bir kuruluş olan Texas Mediation Credentialing Association, Inc. (Texas Arabuluculuk Akreditasyon Birliği, A.Ş.), bireysel ADR hizmet sağlayıcılarının gönüllü hizmetleri aracılığıyla arabuluculuk çalışmalarının kalitesini geliştirmeyi amaçlayan çeşitli alanlardaki ADR profesyonelleri tarafından kurulmuştur.

Mahkeme, kendi etik standart ve kurallarını oluşturabilir; ancak bunu yapmadan önce, bu standart ve kuralların zorunlu kurallar mı yoksa amaçsal kurallar şeklinde mi uygulanacağının ele alınması gerekir. Mahkeme, bu standart ve kuralların sonuçlarının izlemesine ilişkin olarak ortaya çıkacak masrafları ele almalı ve eğer "zorunlu kurallar" koyma tercihinde bulunacaksa, ihlaller için yaptırımlar belirlenmelidir [47] .

Temyiz Sırasındaki ADR Programını Yönetmek ve Değerlendirmek

Yüksek kaliteli bir temyiz ADR programı sadece dikkatli tasarıma ve etkili işleyen usule değil, aynı zamanda özenli yönetime, uygun kaynaklara ve devam eden programın gözden geçirilmesi suretiyle değerlendirilmesine de ihtiyaç duyar [48] .

Program yönetimi ve bütçe

Kendi program değerlendirme yöntemleri hakkında yanıt veren mahkemelerden gelen kısıtlı bilgi temelinde, gözden geçirilmiş ADR programlarının çoğunun mevcut dava yönetim sistemlerine bağımsız katkılar olarak yaratıldığı, yönetildiği ve finanse edildiği görülmektedir. Çoğu temyiz ADR programı federal sistemdeki denklerinden farklı olarak her eyaletin hâkimler kurulu ve barosunun enerjisi ve ilhamı ile yaratılmış ve mahkemenin kendi mali imkanları yönetilip finanse edilmiş olduğu görülmektedir.

Bu tür bir yönetim ve finansman idaresinde bazı avantajlar ve dezavantajlar bulunmaktadır. Bir mahkeme bağımsız olarak bir ADR programı kurmak istediğine karar verdiğinde, birkaç temel soru mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır: Program nasıl idare edilecektir? Program mahkemenin amaçlarına hizmet edebilecek ve özel ihtiyaçlarını karşılayacak mıdır? Yerel baronun programı desteklemesi umulabilecek midir? Ve son olarak, ADR süreci için kim ödeme yapacaktır?

Önceden gösterildiği gibi çoğu ADR programı, programın mahkemenin mevcut dava yönetim sistemine entegre edilmesiyle en iyi şekilde yönetilmiştir. Bu tür bir yönetim biçiminin iki avantajı vardır: Mahkemenin dava gelişimini, mahkemenin uyguladığı usul kuralları ile etkili şekilde takip etmesini sağlar ve ADR sisteminin yeni personel alımına ihtiyaç duyulmadan mevcut mahkeme personeli tarafından yönetilmesine izin verir.

Bir eyalet temyiz mahkemesi için sadece ADR sürecine katılımcı olan taraflarca tazmin edilen bağımsız ADR sağlayıcılarının hizmetlerine dayalı bir ADR programı yürütmek mümkündür. Bu bakımdan deneyimler mahkemenin birikmiş davaların ağırlığıyla yüklenmediği sürece dava koordinasyonunu, takibini ve ADR programının sevk fonksiyonlarını hâkimler, şirket avukatları ve mahkeme kâtipleri gibi mevcut personeli kullanarak normal biçimde yönetebileceğini göstermektedir. Açıkçası, fazladan idari sorumlulukların tahsisine karşı bazı iç dirençler olabilir. Fakat bu olası tepki, bir mahkemenin gelişmiş karar özeti kontrolüne sahip olmasının avantajları ile iyi tasarlanmış ve etkili olarak yönetilmiş ADR sisteminden normal olarak gelecek diğer faydalara karşı dengelemeyi denemesi gereken mevzulardan sadece biridir [49] .

Bazı ADR programlarında, özellikle de mahkemenin kendi çalışanlarının aktif olarak ADR kolaylaştırıcıları ve konferans yöneticileri olarak görev yaptığı durumlarda, mahkeme genellikle program bütçesini desteklemek için ek finansmana gereksinim duyacaktır. Fakat deneyimlerimiz bu ek masrafların mahkemenin tüm bütçesine nispeten sadece küçük bir kısım olduğunu göstermektedir. Dahası, mahkeme emekli hâkimlerin hizmetlerinden (eğer maliyetleri dış kaynaklarca karşılanıyorsa) ve gönüllü arabulucular ile uzlaşma konferansı kolaylaştırıcılarının hayır amaçlı hizmetlerinden faydalanarak programın bütçeye maliyetini büyük ölçüde düşürebilir.

Maliyet verimliliğinin hesaplanması

Bir ADR programının başarılı olup olmayacağı çoğunlukla mahkemenin özel amaçlarına bağlıdır. Çoğu temyiz ADR programının en azından iki temel amacı vardır: (1) davaların mahkemenin gündeminde harcadıkları zamanın düşürülmesi ve (2) tarafların uyuşmazlıklarının gönüllü çözümü için kendilerinin müzakere edebildiği, maddi olarak karşılanabilir bir sürecin mevcudiyetidir.

Belirli bir ADR programının etkili olup olmadığını anlamak için bir yöntem de belirli bir zaman diliminde gerçekleşmiş uzlaşma yüzdesini incelemektir. Bu raporlanmış oranların kesin bir analizi, dikkatle değerlendirmeyi ve rapor kapsamındaki zaman aralıklarına, programda geçen uyuşmazlık tiplerine ve diğer ilgili faktörlere bağlı olarak ek bilgilerin karşılaştırmasını gerektirebilecektir. Bununla beraber bu raporlarla, bir temyiz mahkemesinin uzlaşma oranının yıllar içinde mahkeme hâkimlerinin ve hizmet veren baronun ADR süreçlerine ve bunların etkili kullanımlarına aşinalık kazanmasıyla artma eğiliminde olacağı öngörülebilecektir.

Program etkililiğini ölçmenin bir diğer yolu ADR sürecindeki katılımcılara süreçle ilgili değerlendirmelerini sormaktır. Bazı temyiz mahkemesinin ADR kuralları gereğince, ADR sürecine katılan taraflardan, bir arabulucunun ve/veya ADR programının değerlendirilmesine ilişkin anketini doldurmaları istenmiştir. Mahkemenin ADR sürecinin süregelen bir değerlendirmesini yürütüldüğü Arizona'da (Birinci Daire), anketlerle taraflara, uyuşmazlık türü, davanın tamamen ya da kısmen uzlaşmayla çözüme kavuşup kavuşmadığı ve eğer uzlaşmaya varılmadıysa sorunun azalıp azalmadığı, arabulucunun hazırlıklı ve etkili olup olmadığı; başvuruda öngörülen maliyet ve taraflar ve avukatlarının süreçten tatmin olup olmadıkları sorulmaktadır.

Kıyaslanabilir temyiz ADR programlarının genel değerlendirmesinin yapılmasında aşağıdaki sorulara cevaplar bulmak yardımcı olabilir:

- ADR sürecine ilişkin kaç tane ve ne tür uyuşmazlıklar bulunmaktadır ve bu uyuşmazlıkların karara bağlanma süresi nedir?
- Bu uyuşmazlıkların çözümü, mahkeme karar esasına kayıt edilen davaların sayısını azaltmış mıdır ve eğer öyleyse böyle bir azalmanın mahkemenin etkililiği ve verimliliği üzerinde kayda değer bir etkisi olmuş mudur?
- ADR programı mahkemeye ve davacılara harcanan zamanın ve başvuru bedelinin düşürülmesi konusunda herhangi bir ölçülebilir yardım sağlamış mıdır?
- Hâkimler Kurulu, Baro ve halkın geneli bu programı destekleyip kendileri için faydalı bulmuşlar mıdır?

Bir temyiz ADR programının başarısı değerlendirilirken, nihai karar aşamasının saf istatistiksel analizinin programın gerçek değerini her zaman yansıtmayabileceği dikkate alınmalıdır. Saf istatistiksel bir bakış açısından bir davanın mahkeme gündeminden çıkması, mahkemenin verimliliği üzerinde küçük bir etkisi olduğu düşünülebilir. Yine de bütün bir dava yönetimi açısından bakıldığında temyiz incelemesinden çıkan dava, mahkemenin sürdürmesi gereken davalardan birini azaltmıştır. Bu yüzden mahkemenin hâkimleri, iş yükünü kontrol altında tutmak için özen ve sebatla işlerine devam ederken, etkili yönetilmiş bir ADR programı hâkimlerin dikkatlerini uzlaşmaya varılamamış ve karara bağlanması gereken davalara vermelerini sağlar.

Bütün kıyaslanabilir temyiz ADR programlarının kesin bir bedel-fayda analizini geliştirmek muhtemelen zor ve oldukça pahalı olabilir. Araştırmamıza yanıt veren çoğu mahkeme kendi ADR programlarının faydalı olduğunun kanıtlandığını belirtmiştir. Her ne kadar bu raporlar resmi olmayan anketlere verilen cevaplarla hazırlanmış olup sadece rapor veren mahkemenin kendi iç yargılarını sunsalar da, onların yargıları bizim kendi deneyimlerimizle tutarlıdır. Çoğu eyalet

temyiz mahkemesi kendi ADR programlarının mahkemelerinin verimliliği üzerinde olumlu etkisi olduğuna, davacılara fayda sağladığına ve hâkim heyetlerini ve barolarını desteklediğine inanmaktadır [50] .

İstinafta ADR’nin Geleceği

Elbette bir temyiz dava takibindeki ADR’nin gelişimini herhangi bir kesinlik oranında tahmin edebilmek imkânsızdır. Yine de özel menfaat gruplarının artan gücü ve iş yaşamının yüksek hacmi, yeni medeni dava dosyalarının sayısının artacağına işaret etmektedir. Eğer dava maliyeti artmaya devam ederse, davacılar mahkemelere ADR yöntemlerinin ek kullanımı için gittikçe artan bir baskı uygulayacaklardır. Eğer bu olursa, temyiz mahkemelerindeki ADR kullanım seviyesi gelecek yıllar boyunca sabit şekilde artmalıdır.

Aynı zamanda temyiz ADR programlarının uzlaşma oranı hâkim, avukat ve ADR uygulayıcılarının ADR süreçlerinin etkili kullanılmasında deneyim, beceri ve bilgi kazanmasıyla artmaya devam edecek gibi görünmektedir. Yanıt veren mahkemelerden gelen bilgiler temelinde bugünün temyiz ADR programlarının uzlaşma oranının benzer davalarla uğraşan asliye mahkemeleri, uyuşmazlık çözüm organizasyonları ve özel arabuluculuk tüzel kişilerinin raporladığından biraz daha az olduğu göze çarpmaktadır [51] .

Sonuç

Yeni dava dosyalarının yüksek hacmi ve karmaşıklığı, temyiz mahkemelerinin verimliliklerini ve yeterliliklerini geliştirmek için yeni yollar aramasını gerektirmeye devam edecektir. Mahkemelerin etkinliğini sağlamak ve geliştirmek, kanıtlanmış bir yol da alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin -maliyet verimliliğini sağlayan- kullanımından geçmektedir.

Bir temyiz ADR programı davacılara temyiz sürecine ilişkin riskten, zamandan ve masraflardan kaçınmaları için bir yol sunmaktadır. Aynı zamanda mahkemenin iş yükünün kontrol altında tutulmasına yardımcı olabilir. Mahkemelenin dikkatlerini, hakimlerin ihtiyatına ihtiyaç duyulan davalara odaklamalarını sağlar.

Sonuç olarak, iyi planlanmış ve uygulanmış ADR sistemi davacılara ve aynı şekilde halkın geneline değerli bir hizmet sunacaktır. Sistem bir temyizin taraflarına davanın temyiz için hazırlanmasına önemli miktarda zaman ve para harcamadan önce uyuşmazlıklarının çözülmesi için maddi anlamda karşılanabilir ve kolaylıkla erişilebilir yollar sunmalıdır. Aynı zamanda genel olarak halka, mahkemenin kurum olarak, insanların duygusal ve mali huzuru ile ilgilendiğini gerçekten temin etmeli ve baro ile yargı sisteminin maddi olarak karşılanabilir ve zamanlı uyuşmazlık çözüm seçenekleri sunmaya ilişkin işbirlikçi bağlılığını kanıtlamalıdır.

Son Söz: Harry ve Monty'ye Ne Oldu?

Harry'nin Monty'ye karşı davası aslında iyi bir sonla bitmiştir. Bir gün boyu süren temyiz arabuluculuğu sonrasında tarafların müzakerelerinde ciddi çıkmazlar gelişmiştir. Son stratejik çare olarak temyiz arabulucusu, iki asli tarafın uzlaşma müzakerelerine arabulucudan başka kimsenin olmadığı bir odada devam etmelerini teklif etmiştir. Bu yüz yüze pazarlık ortamında iki satıcı da profesyonel davranmış ve sanki donanım malzemeleri satıyormuşçasına birbirleriyle müzakereye girişmişlerdir. Bir saatten daha kısa bir süre içerisinde bu iki kişi aralarındaki uçurumun üstesinden gelmiş ve bir uzlaşma anlaşması imzalamışlardır. Bundan sonra bu iki şahıs el sıkışmışlar, konumları hakkında inatçı davrandıkları için özür dilemişler ve gelecekte birlikte yapacakları işlerle ilgili konuşmak istediklerini belirtmişlerdir. Herkes konferans odasını terk ederken bu iki şahıs dava süreci nedeniyle ayrı kaldıkları dört yıllık süre boyunca ailelerini etkilemiş olan olayları birbirlerine anlatmakla meşguldüler.

Frank G. Evans

ADR Handbook for Judges , ABA Section of Dispute Resolution

[1] Evans, F; ADR Handbook For Judges, ABA Section of Dispute Resolution, Washington; ADR Programs in the State Appellate Courts s. 278

[2] Komite, mahkemeye başkanlık eden Baş Hâkim Stephen J, McEwen, Jr. (Pennsylvania), Baş Hâkimler Konseyi'nin üyeleri Phil D. Hardberger (Texas) ve Duruşma Hâkimi Anthony V, Cardona (New York)'tan oluşmaktaydı.

[3] Anketten elde edilen bilgilere göre bu mahkemeler: Arizona (1, 10 ve 12. Daireler): California (1. Bölge ve 4. Bölge, 1 ve 2. Daireler); Connecticut: Hawaii: Idaho; Kentucky; Maryland; Massachusetts: Michigan; Missouri: New Mexico: New Jersey; New York (1, 2 ve 3. Yargı Daireleri); Ohio 1, 10 ve 12. Bölgeler); Oregon; Texas (1-5, 9·14 Bölgeler); ve Utah.

[4] Pennsylvania, Güney Carolina, Virginia ve Wisconsin.

[5] Florida (4. Bölge) (sonuç olarak faydalar işletme masraflarından fazla olmamıştı); Massachusetts (mahkemeye daha fazla hâkim eklendikten sonra mahkeme, mahkeme işlem listesi kontrolüne gerek olmadığına karar verdi).

[6] California (4th District) (ADR programı o kadar başarılıydı ki mahkemede artık dosya birikmesi yaşanmıyordu).

[7] İki Texas temyiz mahkemesi (Houston 1 ve 4. Bölgeler) tarafından başlatılan ilk programda, emekli bir hâkim rastgele seçilen davalarda avukat ile müzakere etmiştir. Emekli hâkim hizmet veremez hale gelince bu programdan vazgeçilmiştir. İkinci program, birkaç yıl sonra uzlaşma potansiyeli için seçilen davalarda avukat ile yürütülen konferanslarda dönüşümlü olarak çalışan üç hâkim ile birlikte Houston 1. Temyiz Mahkemesi tarafından başlatılmıştır. Mahkeme arabulucular ve mutedil uzlaşma konferans yardımcıları olarak gönüllü avukatların kullanıldığı yeni bir ADR programını başlattığında bu programdan vazgeçilmiştir. İstatistiksel olarak her iki uzlaşma konferans programı da gönüllü olarak davanın düşürülme sayısının artmasıyla mahkemelerin işlem listelerinin azaltılmasında başarılı olmuştur.

[8] TEX. CIV. PRAC. & REM CODE ANN. § 154.001-154.073 (Vemon's Supp. 1990) ("Texas

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Prosedürleri Kanunu ").

[9] Evans, s. 278

[10] Bakınız: örn; ARIZ R. CIV. APP. P. 30 (2003).

[11] Evans, s. 279

[12] Evans, s. 279

[13] Evans, s. 280

[14] Bu anketler, Güney Texas Hukuk Üniversitesi'nde Yasal Sorumluluk Merkezi'nde mevcuttur.

[15] Evans, s. 280

[16] Evans, s. 280

[17] Evans, s. 281

[18] Evans, s. 281

[19] Evans, s. 281

[20] ARIZ R CIV APP P 30

[21] Evans, s. 282

[22] CAL. R. OF CT., IST APP DIST., R. 3.5

[23] TEX. CIV. PRAC & REM CODE ANN. § 154.002 (Vemon's Supp. 1990) ("Texas Alternatif Uyuşmazlık Prosedürleri Kanunu").

[24] OHTO R. 12TH DIST. APP. 21; HAW. R. APP. CONF. PROGRAM 1.

[25] Evans, s. 283

[26] Evans, s. 284, 285

[27] Örneğin; California'nın 1. Bölgesi'nde, eğer bir iş, sivil hakları, tüzel kişileri, inşaat, tüketii koruması, sözleşmeler, telif hakları, hakaret, maluliyet, ayrımcılık, yurtiçi ilişkiler, istihdam, çevre, taciz, sağlık, iskân, sigorta, fikri mülkiyet, çalışma, ev sahipliği/ kiracılık, medya, tıpta görevi kötüye kullanma, mahalle problemleri, ortaklık, patent, kişisel yaralanma, veraset, ürün sorumluluğu, mülk zararı, emlak, teminat, spor ve vergi konularını içeriyorsa, temyize uygundur. Başka bir yaklaşım da sadece hariç tutulanları belirtmektir. Örneğin; Arizona'da, aşağıdakiler haricinde tüm temyizler ADR yönlendirmesi için uygun kabul edilir: (1} ceza temyizleri; (2) ihzar emri davaları; (3) hapis yatan mahpusların temyizleri; (4) çocuk mahkemesi temyizleri; (5) Ekonomik Güvenlik Kurulu temyizleri; (6) tüzel kişilik komisyonundan doğan doğrudan temyizler; (7) işçilerin tazmin edildiği davalar ve (8) özel hukuk davaları. CAL. R OF IST APP. DIST., R. 3.5; Ayrıca bakınız: ARIZ. R. CIV. APP. P. 30.

[28] Evans, s. 285, 286

[29] Evans, s. 286

[30] Evans, s. 287

[31] Evans, s. 287

[32] ARIZ. R. CIV. APP. P. 30

[33] CAL. R. OF CT., IST. APP. DIST., R. 3.5

[34] Beyannamelerin sunulma zamanlamaları konusunda diğer örnekler: California, 1. Daire (başvurudan sonra 10 gün içerisinde); Connecticut (başvuru tarihinde); Hawaii (başvuru tarihinde); Kentucky (başvurudan sonra 20 gün içerisinde); Maryland (başvuru yapıldıktan sonra 10 gün içerisinde); Massachusetts (temyiz bildiriminden sonra 15 gün içerisinde); Michigan (başvurudan sonra 28 gün içerisinde), Missouri (başvuruda); New Mexico (dava ön görüşmesinden sonra); New Jersey (dava ön görüşmesinden sonra); New York 1., 2. Ve 3. Departmanlar (başvuruda). Ohio (başvuruda); Oregon (taraflara beyan formunu çıkarıldıktan sonra 10 gün içerisinde); Texas (temyiz bildiriminin sunulmasından sonra 15 gün içerisinde; Utah (başvuru tarihinde).

[35] Evans, s. 288

[36] Evans, s. 289

[37] Evans, s. 290

[38] Arizona Appellate Settlement Program Report (Arizona Temyiz Uzlaşma Programı Raporu), 1996-2001, sayfa 9. (Arizona Temyiz Mahkemesi 1. Daire Phoenix, Arizona)

[39] Evans, s. 291

[40] Evans, s. 292

[41] Evans, s. 292

[42] Evans, s. 292

[43] Evans, s. 292

[44] Evans, s. 292

[45] Evans, s. 293

[46] Evans, s. 293

[47] Evans, s. 293, 294

[48] Evans, s. 294

[49] Evans, s. 294

[50] Evans, s. 295

[51] Evans, s. 296

//