

§ 1. Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Tanımı ve Gelişmesi

Yargı sisteminin son yıllarda karşılaştığı sorunlar, Hükümetleri ve bu alandaki uzmanları, yargı sisteminin üzerindeki sorunlar hakkında çalışmaya itmiştir. Yargının karşılaştığı temel sorun, yargılama sürecinin yeteri kadar verimli ve etkili olmamasıdır. Bunun anlamı, özellikle medenî yargılama hukukunda, kişilerin maddî hukuk hükümlerine göre sahip oldukları haklarla ilgili uyuşmazlıkların makul bir süre içinde çözülememesi olmuştur. Bu durum, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6) ihlâli olarak görülmüş ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarında çeşitli devletlerin tazminata mahkûm edilmesine yol açmıştır [1].

Davaların süresindeki uzunluğa ek olarak, yargılama giderlerindeki artış, dava sürecinin hasımlı yapısı, usul kurallarının sahip olduğu belirsizlik ve karmaşıklık, dava yoluna alternatif olacak çözüm arayışlarını gündeme getirmiştir. Böylece ortaya atılan görüş alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) olmuştur.

İhtilafli kişiler, uzun yıllar sürececek yıpratıcı bir dava süreci yerine, uyuşmazlıklarını müzakere ederek daha kısa bir sürede çözmeyi istemektedirler. Amerika Birleşik Devletleri'nde uyuşmazlıkların yaklaşık yüzde doksanı yargılama öncesinde çözülmektedir. Dava yolunda avukatlar, uyuşmazlığın çözülmesi için uzun zaman harcadıklarından, genellikle bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulduğundan ve tarafların (özellikle ticarî işletmelerin) uyuşmazlığa daha çok zaman ayırmaları yüzünden yapılan masraflar ADR'ye oranla daha fazladır

[2]

. Üstelik dava yolunda, genellikle uzmanlık isteyen uyuşmazlıklara, yeterince uzman olmayan hâkimlerce verilen kararlar sınırlı düzeyde çözüm üretmekte, taraflara uzlaşma fırsatı tanınmamakta ve sonuçta taraflar arasında kişisel bir düşmanlık oluşmaktadır

[3]

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

İngiltere ADR grubunun yaptığı tanıma göre ADR, “mevcut bir uyuşmazlığın bir hâkim veya hakem kullanılmadan, tarafların anlaşması yoluyla çözümüne öncülük eden usuller” olarak tanımlanır [4]. Başka bir tanıma göre ADR, “uyuşmazlıkların mahkemelerde dava yoluyla çözülmesine alternatif olarak işleyen ve genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin yardım ve etkisiyle yürütülen bir grup usuller topluluğu”dur [5].

Mücadeleci bir sistemin ürünü olan (gladyatörel tarzda) dava yolu giderek yerini yargı dışı ve uzlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözüm usullerine bırakmıştır. Örneğin İngiltere’de, 26 Nisan 1999’da, Lord Woolf raporu doğrultusunda hazırlanan yeni Hukuk Usulü Kurallarının ön gördüğü reformun bir parçası olarak mahkemeler, mevcut davaları, yargılamanın başında çözmeye teşvik edilmektedirler. ADR’nin sunduğu faydaları gören kanun koyucular, yaptıkları yasal düzenlemelerle, giderek arabuluculuk ve diğer ADR usullerini esas alan bir usul hukuku sistemi oluşturmaya yönelmektedirler. Mahkemeler, ihtilafı tarafları arabuluculuğa teşvik etmekle ve hatta İngiliz Hukuk Usulü Kurallarının öngördüğü gibi, arabuluculuğa katılmayı haklı bir neden olmaksızın reddeden tarafları bir para cezasıyla müeyyidelendirmektedirler.

Bu bilgiler ışığında ADR’nin faydaları şu şekilde özetlenebilir [6] :

- 1. Sürat:** ADR usulleri uyuşmazlığın süratle (örneğin iki veya üç gün içinde) çözülmesini sağlar.
- 2. Masraflardan Tasarruf:** ADR, yargılama harç ve giderlerinden tasarruf edilmesini sağlar.
- 3. Gizlilik:** ADR’nin sunduğu gizlilik, tarafların istemediği bilgilerin alenileşmesini önler.
- 4. Kontrol ve Esneklik:** Dava yolundaki duruşmalardan farklı olarak ADR, tarafların uyuşmazlık çözüm süreci ve sonuçta verilecek karar üzerinde tam bir kontrole sahip olmasını

sağlar. Taraflar bir anlaşmaya varamazsa, tarafların dava açma hakları saklıdır. ADR usullerine başvurulması, kişilerin hak arama hürriyetini (Anayasa m. 36) kısıtlamadığı gibi, medenî usul hukuku doktrininde, hak arama hürriyetini de kapsayan adalete erişim hakkının, kişilerin mahkemeler yanında ADR usullerine de erişmelerini gerektirdiği kabul edilmektedir

[7]

5. Ticarî Menfaatler: İhtilaflı tarafların ticarî ve kişisel menfaatleri sonucu etkiler; böylece daha yaratıcı çözümlere ulaşılması olanaklı hale gelir.

6. Ticarî İlişkiler: Mücadeleci (*adversarial*) yargılama süreci yerine, işletmecilerin müzakerelerini esas alan ADR usulleri, taraflar arasındaki ticarî ilişkileri korur ve onarır.

7. Bağımsızlık: Taraflar, gerçekten bağımsız olan bir arabulucunun yaptığı değerlendirmeler sonucunda, hukukî ve fiili durumların dikkatli, gizli ve gerçekçi bir değerlendirmesini yapma fırsatını yakalar.

Her türlü hukuk dalında, ulusal ve uluslararası düzeyde, mahkeme dışında veya mahkeme katılımı olarak uygulanabilecek bir uyuşmazlık çözüm yolu olan ADR, her soruna çözüm sağlayacak bir sistem olarak görülmemelidir. ADR usullerinin sahip olduğu bazı eksiklikler ve sınırlar, belli tür davalarda mahkemelerce yargılama yapılmasını daha uygun hale getirebilir. Tahkim yolu dışında sadece mahkemeler, tarafların yargılama sürecine katılımını zorlayabilir ve tarafları bağlayıcı bir karar verebilirler. Benzer şekilde, sadece mahkemeler emsal teşkil edecek ve kesin hüküm oluşturacak nitelikte, herkesin uymakla yükümlü olduğu kararlar verebilirler. Bundan başka mahkemeler, yürürlükteki kanunlara uygun karar verilmesi konusunda güvence oluşturur ve yeknesak sonuçlar doğmasını sağlarlar. Nihayet, mahkemeler taraflardan bağımsız olup, kamu kaynaklarından desteklenirler [8].

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hâkimler, taraflara uyuşmazlıklarını duruşmadan önce çözmeleri için genellikle baskı yapmakta ve mahkemede harcanan zamanı azaltmak amacıyla onları ADR'ye yöneltmektedirler. Ancak unutulmaması gereken nokta, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi ADR usullerinin, sadece görülmekte olan dava sayısını azaltmakta değil, aynı zamanda taraflar arasındaki ilişkileri yeniden düzenleyerek toplumsal uzlaşmayı sağlayan bir unsur olarak kullanılmakta olmasıdır [9] .

Dava yolu yerine ADR'ye başvurulabilmesi için, taraflar mutlaka karşılıklı olarak anlaşmalıdırlar. Genellikle taraflar, aralarında yaptıkları sözleşmeye, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların belli bir ADR usulüyle çözüleceğini öngören bir şart koyarlar. Anglo-Amerikan hukukunda en çok kullanılan ADR usulleri olan tahkim, müzakere ve arabuluculuğun, hukuk uyuşmazlıklarının, ceza uyuşmazlıklarının ve hatta idarî uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması sebebiyle bu usulleri kısaca açıklamak gerekir [10] .

§ 2. Amerika Birleşik Devletleri'nde Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

A) Tahkim

Tahkim en iyi bilinen ADR usulüdür. Tahkimde ihtilafli taraflar, tarafsız bir kişinin (veya bir kurulun) aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi konusunda anlaşırlar. Hakem adındaki bu tarafsız ve uzman kişinin kullanılmasının faydaları şunlardır:

1) Hakem, tarafların karşılıklı olarak üzerinde anlaştığı bir kişi olduğu için her iki tarafın da güvenini kazanmıştır.

2) Hakem, uyuşmazlık konusu olan mesele hakkında uzman olduğu için, uyuşmazlığı kavramakta ve çözmekte daha az zaman harcar. Böylece, uyuşmazlık daha çabuk çözülür ve verilen hüküm tarafların gereksinimlerine daha uygun olur. Tahkim yolunda uyuşmazlık daha az şekli bir usulle çözüldüğü için zamandan ve masraftan tasarruf edilmekte ve sonuçta verilen karar mahkeme kararlarından daha yüksek bir uygulama kabiliyeti taşımaktadır [11].

Federal Tahkim Kanununa göre (*Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 2*) bir tahkim sözleşmesi öncelikle “geçerli” olmalıdır. Ticarî bir işlemi düzenleyen bir sözleşmede; bu sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği öngörülmüşse, buna ilişkin yazılı hüküm geçerli, iptal edilemez ve icra edilebilir nitelikte olmalıdır. Taraflardan biri tahkime müracaat etmeye yanaşmazsa, Tahkim Kanununa göre mahkeme, bu tarafı tahkim yoluna başvurmaya zorlayabilir [12].

Hakem kararları tarafları bağlayıcı olup, sınırlı nedenlere dayanılarak temyiz edilebilir. Tahkim yolunda, tarafların dava yolunu bırakarak tahkimi seçmesi gönüllü olduğundan, temyiz nedenleri sınırlı tutulur. Mahkemeler bu gibi gönüllü anlaşmaları desteklerler. Taraflar, hakemin (veya hakem heyetinin) verdiği kararın nihaî olmayacağına karar verirlerse, sadece yargılama sürecine ayrı bir aşama eklemiş olurlar. Ticarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü 1980 yılından bu yana sürekli artış göstermektedir.

I- Tahkimin İşleyişi

Tahkim usulü, tarafların uyuşmazlığı hakeme havale etmeleriyle başlar. Tarafların anlaşmasına ve uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak taraflar, maddî vakıalar hakkındaki veya hukukî sorunlar hakkındaki ihtilafları ya da her ikisini hakeme sunabilirler. Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, eyalet yasalarında genellikle tahkim anlaşmasının yazılı olması ve uyuşmazlık çıktıktan sonra belli bir süre içinde (genelde altı ay) bu anlaşmanın yapılması zorunlu tutulmaktadır.

1) Hakemlerin Seçimi

Dava yolunda taraflar, davaya bakacak olan hâkimin kim olacağını kararlaştıramazken, tahkimde taraflar hakemin kim olacağı üzerinde anlaşabilir veya tahkim sözleşmesinde hakemlerin tayin usulünü belirtebilirler. Hakemlerin tek kişi olarak ya da daha nadir görülmekle birlikte, üç kişiden müteşekkil bir heyet şeklinde tespit edilmesi mümkündür [\[13\]](#) .

Bazı hallerde hakemlerin avukat olması zorunludur; fakat, bu genel bir zorunluluk değildir. Önemli olan, hakemlerin tarafsız olması; yani, taraflarla bir menfaat çatışmasının bulunmaması ve hakemler için çeşitli kanunlarda öngörülen etik ilkelere uygun olarak, tahkim sürecinin adil yapısının korunmasıdır.

2) Duruşma

Tahkim sözleşmesinin yapılmasından ve hakemlerin seçilmesinden sonra bir duruşma programı yapılır. Taraflar, hakemin yardımıyla veya hakemin yardımı olmadan duruşmaya ilişkin kuralları belirler ve hakeme bu kurallara uyulmasını zorlama yetkisini verirler. Tahkim duruşmaları, gizli olarak, dava yolundaki oturumlara benzer şekilde; ama bu oturumlardaki pek çok katı ve sınırlayıcı usul kuralı olmadan gerçekleştirilir. Örneğin, hakemler uyuşmazlık konusu üzerinde uzman olduklarından, hakemlerin gereksiz olarak ileri sürülen delillerle meşgul edilmeleri zordur ve bu nedenle de delillerin ileri sürülmesi dava yolundaki kadar katı kurallara bağlı değildir.

3) Hakem Kararı

Hakemler, gizli bir müzakereden sonra karar verirler. Hakemlerin kararı (*award*), duruşmanın bitirilmesinden sonraki otuz gün içinde verilmelidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, eyaletlerin çoğunda kararın yazılı olması gerekir. Bununla birlikte, mahkemelerin gerekçelerini yazılı hale getirmelerinin zorunlu olmasına karşın hakemlerin, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, maddî vakıalar veya kararın hukukî dayanakları hakkındaki görüşünü belirtmesi şart değildir

[14]

4) Hakem Kararının Temyizi

Davayı kaybeden taraflar sonuçtan tatmin olmazlar; ama tahkimi kaybeden taraflar, aralarındaki ihtilafli mesele üzerinde müzakere etmeyi sürdürebilirler. Amerika Birleşik Devletleri Massachusetts Eyaleti Yüksek Mahkemesinin bir kararında da belirttiği gibi, hakemler, yargı görevlisi benzeri bir sıfatla yargısal bir sisteme sahiptirler. Bu nedenle hakemlerin, tıpkı hâkimlerde veya jüri üyelerinde olduğu gibi tarafsızlığı, bağımsızlığı ve haksız baskılara karşı korunmaları sağlanmalıdır.

Federal Tahkim Kanununa göre, hakem kararının hukukî hatalar (*errors of law*) ve maddî hatalar (*errors of fact*) yönünden sakat olması hâlinde temyizi mümkün değildir. Hakem kararları dört nedenden dolayı bozulabilir:

- 1) Hakem kararı, hile veya kanuna aykırı bir menfaat karşılığında verilmişse;
- 2) Hakemin taraf tuttuğuna veya kanuna aykırı bir karar verdiğine dair açık delil varsa;
- 3) Hakemin, uyuşmazlıkla ilgili bir delili incelemeyi reddederek, taraflardan birinin haklarını önyargılı olarak üstün tutması gibi ağır bir görevi ihmalde bulunması hâlinde;
- 4) Hakemin yetkisini aşarak tahkim süreciyle ilgisi olmayan bir konu hakkında karar vermiş olması hâlinde.

Amerika Birleşik Devletleri İkinci Çevre Temyiz Mahkemesi [\[15\]](#) , 1986 yılında *Bobker'* e karşı *Mrrill Lynch'* in olduğu davada bir hakem kararının bozulmasında mahkemeyi haklı bularak şu kararı vermiştir

[\[16\]](#)

: “Hakemin hatası açık olmalı, hakem sıfatıyla görev yapan orta zekâlı bir kişi tarafından anlaşılabilmesi ve hemen görülebilmelidir. Hakem, açıkça uyması gereken yasal bir ilkenin varlığına rağmen, bu ilkeyi ihmal ederek veya görmezden gelerek karar vermelidir”.

Kesin hüküm (*res judicata*) ilkesi gereğince bir davanın esası hakkında nihaî karar verilmesi, mahkemenin o davaya tekrar bakmasını engeller. Bu ilke hakem kararında bazı sınırlamalar içerse de (özellikle iş hukuku alanında), bir hakem kararı genel olarak nihaîdir ve uyuşmazlık konusu hakkında yeniden yargılama yapılması mümkün değildir.

II- Gönüllü ve Zorunlu Tahkim

Geleneksel olarak uygulandığı şekliyle tahkim, gönüllü bir usuldür. Taraflar mahkemeye gitmek yerine uyuşmazlıklarını hakeme sunmayı tercih ederler. Bu konudaki anlaşma, bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman yapılabileceği gibi, daha sık görüldüğü üzere, uyuşmazlık çıkmadan önce yapılan bir sözleşmeyle de yapılabilir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde toplu iş sözleşmeleri (bir işçi sendikası ile bir işveren arasındaki) ve bireysel hizmet sözleşmeleri genellikle tahkim şartı içermektedir. Ticarî sözleşmelerin ve borsa tellallarının müşterileriyle

yaptıkları sözleşmelerin büyük bir kısmına tahkim şartı koyulmaktadır. Böylece tahkim, çağdaş sözleşmelerin ortak bir özelliğidir [17] .

Bir tahkim sözleşmesi, tahkim sürecinin nasıl yönetileceği hakkında ayrıntılı bilgi verebileceği gibi, bu ayrıntıları öngörmeden de düzenlenebilir. Örneğin, profesyonel beyzbol oyuncularının ücretlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar “*final-offer*” tahkim usulüyle çözülmektedir. Bu usulde, oyuncu ve takım sahibi hakeme nihaî tekliflerini sunarlar. Bu tahkim usulünün kurallarıyla bağlı olan hakem, kendisine sunulan teklifler arasından birini seçer. Bu usul, tarafların müzakerelerde ve hakeme sunacakları tekliflerinde daha gerçekçi olmalarını sağlar

[18]

. Tahkim usulü çoğunlukla gönüllü olarak uygulanır; fakat belirli hallerde zorunludur.

1) Kamu Kurumlarının Çalışanları İçin Tahkim

Amerika Birleşik Devletleri'nde, eyaletlerin büyük çoğunluğunda kamu personelinin bazıları ya da tamamı için zorunlu tahkim uygulanmaktadır. Kamu kurumlarında çalışanlardan polisler, itfaiyeciler ve kamu okullarında görev yapan öğretmenlerin grev yapması pek çok eyalette yasaktır. Bunun yerine kamu çalışanları, sendikaları aracılığıyla işverenleri olan Hükûmet ile ücret, saat ve diğer çalışma koşulları üzerinde tahkim yoluna başvurmak zorundadırlar. Bu tahkim yolunun zorunlu olması nedeniyle, genellikle eyalet yasalarında hakem kararlarının yazılı ve gerekçeli olması şart koşulmaktadır.

2) Doktorların Sorumluluklarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda

Tahkim

Pek çok eyalette, doktorların hukukî sorumluluklarından (yanlış tedaviden, *medical malpractice*) doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu kullanılmakta, bu sayede yargılama giderlerinden tasarruf edilmektedir. Bazı eyaletlerde, dava açılmadan önce tahkim sürecinin tamamlanması zorunludur. Dava açmak yasak olmamakla birlikte, tahkime havale edilmesi zorunlu tutulmasaydı çözülemeyecek olan çoğu dava tahkim yoluyla çözülmektedir. Bazı eyaletlerde ise, hastanelerin gönüllü tahkim usulünü uygulamasına izin verilmekte; fakat tahkim süreci sonunda yapılan anlaşmanın hastalar için bağlayıcı olacağı öngörülmekte ve hakem kararının temyizine izin verilmemektedir.

3) Mahkeme Katılımlı Tahkim

Bazı eyaletler ve federal mahkemeler tahkimi, duruşma öncesinde başvurulması zorunlu bir aşama olarak kabul etmişlerdir. Mahkeme katılımlı tahkim (*court-annexed arbitration*) veya yargısal tahkim (*judicial arbitration*)

) olarak adlandırılan bu programlar, çekişmeli olan miktarın küçük olduğu sınırlı türdeki uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Gerekli nitelikleri taşıyan davalar, duruşma öncesi zorunlu (veya bazı eyaletlerde gönüllü) tahkime havale edilmektedir. Tahkim süreci, avukat veya emekli hâkim olan bir hakem veya bazı mahkeme sistemlerinde üç avukattan oluşan bir hakem heyeti tarafından yönetilmektedir. Tahkim usulü, uyuşmazlığın çözümünü sağlayacak şekilde, yargısal duruşmalara benzeyen bir duruşma usulüyle yapılmaktadır.

Taraflardan herhangi birisi hakem kararını reddedebilir ve yargılama yapılması konusunda ısrar edebilir. Ancak, uygulamada tahkime havale edilen davaların çok azı dava aşamasına geçmektedir. Mahkemeler, bu usul sayesinde hem dava sayısını hem davaların çözülme süresini azaltmaktadır. Örneğin Pittsburgh'ta, tahkime havale edilen uyuşmazlıkların dörtte üçü kesin olarak bitirilmektedir. Buna ek olarak, dava yolunda duruşma yapılması için ortalama on sekiz ay beklenmesine karşılık, tahkimde duruşma yapılması için ortalama üç ay beklenmektedir. Federal bölge mahkemeleri, hem Federal Hukuk Usulü Yasasının verdiği (*Federal Rules of Civil Procedure*) yetkiyle hem mahkemelerin davalarını yönetmek için kendi bünyelerinde bulunan yetkinin bir parçası olarak, tahkim ve diğer ADR usullerini kullanmaktadırlar

[\[19\]](#)

B) Müzakere

ADR usulleri içinde en az resmî olanı müzakeredir. Müzakere her zaman gönüllü bir usul olup yasal bazı sonuçlar doğurabilmesine rağmen, tahkimden farklı olarak çok az usul kuralına sahiptir. Müzakereler, tarafların uyuşmazlığı aralarında, bizzat kendilerinin çözmeye karar vermesiyle gerçekleştirilir. Müzakerelerde avukat veya temsilci bulundurulması zorunlu olmamakla beraber çok yararlıdır.

I- Müzakerelerde Tartışılacak Konular

Kişiler ne zaman bir konu hakkında pazarlık etmeye ve görüşmeye başarlarsa, müzakereye girişmiş demektirler. Pek çok sözleşme müzakere safhasından sonra şekillenir. Bir uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözülmesi sonucunda da bir sözleşme yapılmış olur ve bu sözleşme, diğer sözleşmelerle aynı etkiye sahip olarak mahkemelerce icra edilir. Resmî bir müzakere sürecine girildiği zaman, tarafların bir sözleşme tanzim etmeleri uygun olur. Bu gibi müzakerelerin çoğunda avukatlar yer almayabilir; ama geçmiş olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla yapılan müzakerelerde, uyuşmazlığı dava yoluna taşımadan önce çözümlenmek için çaba gösteren uzman avukatlardan yararlanılmalıdır.

II- Müzakerelerin Aşamaları

Müzakerelerin aşamaları, bir sözleşme öncesinde yapılan müzakerelerle aynı olabilse de, bir uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla yapılan müzakerelere başka aşamalar eklenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın tarafları, muhtemelen tecrübeli birer müzakereci olmayacağından ve geçmişte olan olaylarla ilgili olarak öfkelerinin etkisi altında kalacaklarından, uyuşmazlığın çözümü amacıyla yürütülen müzakereler genellikle bir avukat ya da diğer bir tecrübeli uzman eşliğinde yönetilmektedir. Müzakereci, kendisine temsil yetkisi veren tarafın vekili konumundadır. Vekil sıfatıyla hareket eden müzakereci müvekkilinin (yani kendisine ücret vererek temsil yetkisi tanıyan kişinin) çıkarları için çalışmalı ve müvekkilinin talimatlarına, bu talimatların hatalı olduğunu düşünse bile mutlaka uymalıdır.

Müzakerenin ilk aşaması, ihtilaf konusu olan vakıalar üzerinde çalışılmasını ve müzakereler için

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

plân yapılmasını içerir. Başarılı bir müzakere için, tıpkı dava yolunda olduğu gibi, taraflar maddî vakıaları ve bunlarla ilgili bilgileri anlamalı, sadece kişisel kanaatleriyle müzakereleri sürdürmemeli, konularındaki zayıf yönleri görmeli, müzakerelerin amacını dikkate almalı, dava yoluna başvurulduğu takdirde karşılaşılabilecek hukukî süreci ve dava yoluna alternatif olabilecek usulleri bilmeli ve ihtilaflı tarafların müzakerelere katılıp katılmayacağı gibi, müzakere sürecinin yönetilmesiyle ilgili hususlar hakkında karar vermelidirler.

Daha sonraki aşamada taraflar bilgi değişiminde bulunurlar. Bu noktada müzakerecinin üslubu önemli bir işleve sahiptir. Bazı müzakereciler, fikirlerin mücadelesi ve şiddetli bir şekilde tartışılmasını tercih ederken, diğer müzakereciler, tarafların sorunlarına düşünceli ve dikkatli bir sorun çözücü üslupla yaklaşır. Her uyuşmazlıkta müzakereci, sunulacak bir çözüm teklifi gibi ileri sürülecek bütün bilgileri bilmelidir [\[20\]](#) .

Bazı müzakere taktiklerine göre, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak karşı tarafa yapılan ilk teklif nihaî teklifken, çoğu müzakereciler uzlaşmayı ummaktadırlar. Bazı temsilciler daha başlangıçta, tarafları gerçekçi bir çözüme ulaştırmaya gayret etmektedirler. Mahkemeler, tarafları müzakereye girişmeye yönlendirdiği için, müzakereler sırasında ileri sürülen çözüm teklifleri, mahkemede delil olarak kullanılamaz. Müzakereler usulüne uygun olarak yürütüldüğü takdirde, müzakereler esnasında ileri sürülen hiçbir beyan ve ikrar, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde daha sonra mahkemede kullanılamaz. Müzakerelerin başarısız olması durumunda, mahkemenin yargılamada dürüstlük kuralına riayet edilmesini sağlamak ve böylece, tarafların birbirlerini taciz etmelerini önlemek amacıyla, müzakereleri tamamen bitirerek tekrarlamaması ve müzakerelerde yapılan beyanları hatırlatmaması gerekir. Son olarak, bir anlaşmaya varılırsa, anlaşma hükümleri daima yazılı hale getirilir ve mahkeme kanalıyla icra edilebilecek bir sözleşme hazırlanır. Uygulamada mahkemeler, müzakere edilerek ulaşılan çözümleri içeren sözleşmelerin icrasında büyük hassasiyet göstermektedirler.

C) Arabuluculuk (Uzlaştırma)

İhtilafli tarafların ve temsilcilerinin uyuşmazlığı çözmek için bir araya geldikleri arabuluculukta, müzakereden farklı olarak, tarafların bir anlaşmaya varabilmesi için onlara yardımcı olmak üzere tarafsız bir üçüncü kişiden yararlanılır. Arabuluculukta, tarafların karşılıklı olarak kabul edebilecekleri bir anlaşma yapılması amaçlanır. Hakemin tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olduğu tahkimden farklı olarak arabuluculukta, arabulucu tarafları bağlayıcı bir karar veremez; fakat sadece, tarafların aralarındaki anlaşmazlığı çözmelerini kolaylaştırmak için onlara yardımcı olur.

Arabuluculuğa, özellikle iş uyuşmazlıklarının çözümünde başvurulmaktadır. Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi (*Federal Mediation and Conciliation Service*), toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde sendikalara ve işverenlere yardımcı olmak için kurulmuştur. Arabuluculuk bundan başka, aile hukukuyla ilgili uyuşmazlıkları çözmek için, bunda başarılı olunmazsa boşanmanın koşullarını belirlemek için yaygın olarak kullanılmaktadır. Arabuluculuk bütün bu uyuşmazlıklarda, dava yolundan kaçınmak için kullanılan gönüllü bir usuldür. Fuller' e göre, "arabuluculuğun aslî niteliği, tarafları, onlar hakkında bağlayıcı kurallar koyarak değil; fakat onların davranışlarını, düşüncelerini ve ilgilerini birbirlerine yeniden yöneltmelerini sağlayacak şekilde, tarafların aralarındaki ilişkileriyle ilgili olarak yeni ve paylaşabilecekleri bir anlayış meydana getirmek amacıyla, onlara yardım ederek tarafların birbirlerine yeniden yaklaşmalarını sağlamaktır"

[1\]](#)

[2\]](#)

I- Arabulucu

Amerika Birleşik Devletleri'nde çoğu eyaletin yasaları, arabulucu olarak görev yapabilmek için belli bir koşul aramaz; fakat ihtilafli kişilerin büyük bir kısmı, başarılı bir sonuca ulaşma ihtimalinin daha yüksek olması ve daha çok güven duyacak olmaları sebebiyle bu konuda eğitilmiş ya da tecrübe kazanmış kişileri arabulucu olarak tercih etmektedirler. Bazı eyaletler ise, arabulucu olarak çalışan kişilerin eğitilmiş bir uzman olmasını şart koşmaktadır. Örneğin, Massachusetts eyaletinin yasaları şu hükmü içermektedir: "Arabulucu; bir uyuşmazlığa taraf olmayan, taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olmak için onlarla yazılı bir anlaşma yapan ve arabuluculukta en az otuz saatlik eğitimi tamamlamış ve dört yıllık meslekî tecrübeye sahip olan veya bir uyuşmazlık çözüm kuruluşunda görev yapan ya da yargısal veya idarî bir kuruluş tarafından arabuluculuk için atanan bir kişiyi ifade eder".

Uyuşmazlık Çözümünde Uzmanlar Topluluğu (*The Society of Professionals in Dispute Resolution*), arabuluculara gerekli nitelikleri, uzmanlığı ve tecrübeyi kazandırabilmek amacıyla eğitim vererek onlara yardımcı olan bir kuruluştur. Bu kuruluş, bir arabulucunun sahip olması gereken yetenekleri ve doğru şekilde yürütülecek bir arabuluculuk sürecinde geçilmesi gereken aşamaları belirler. Arabulucu olarak görev yapan kişiler, kusurlu davranarak görevlerini gereken uzmanlıkta yerine getiremezlerse, sonuçtan tatmin olmayan taraflarca sorumlu tutulabilirler.

II- Arabuluculuk Usulü

İhtilafli taraflardan her ikisinin de üzerinde anlaşıldığı arabulucu, müzakerelere hazırlanırken yapıldığı gibi, ele alınacak konuların gerektirdiği meseleleri yeniden incelemelidir. Arabulucu, izlenecek usulü açıklamalı ve kendisinin tarafsız bir kişi olduğunu ve öyle kalacağını vurgulamalıdır. Arabulucu, taraflardan bilgi almalı, uyuşmazlığın özünü oluşturan ve çözüme ulaşılmasında kilit rol üstlenecek olan konuları belirlemeli, tarafları dinleyerek onlara sorular sormalı, tarafları gözlemlemeli, onlarla çözüm seçeneklerini görüşmeli ve onları anlaşmaya teşvik etmelidir. Müzakereler başarıyla sonuçlanırsa, arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

çözecek olan anlaşmanın taslağının hazırlanmasında onlara yardımcı olmalıdır. Uygun bir şekilde hazırlanmış bir anlaşma gerektiğinde icra edilebileceğinden, uyuşmazlığı çözmüş olacaktır [22].

Arabulucu, tarafların gizlilik konusunda anlaşmak isteyip istemediklerini belirlemelidir [23]. Taraflar gizliliği kabul ederlerse, arabuluculuk esnasında yapılan hiçbir beyan açıklanamaz veya arabuluculuğun başarısız olması ve ardından dava açılması hâlinde, mahkemede delil olarak kullanılamaz. Tarafların anlaşmaları gerekmezsin, müzakere veya arabuluculuk esnasında ortaya koyulan bilgilerin delil olarak kullanılmaması gerektiği konusunda bir karine mevcuttur. Diğer taraftan, taraflardan birinin müzakereler sırasında rıza göstermesi hâlinde, yapılan bazı beyanların mahkemede delil olarak kullanılması ve beyan sahibini sorumlu kılması mümkündür. Müzakere ve arabuluculukta tarafların görüşlerini korkmadan açıklayabilmeleri ve dürüst olmaları için, görüşmelerin çoğu imtiyazlı tutulmuş ve arabuluculukların mahkemede tanıklık yapmaya zorlanamayacağı kabul edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerin çoğunda bu uygulama, yasal olarak katı bir düzenlemeye konu olmuştur. Örneğin, Colorada'daki düzenleme şu şekildedir

[24]

: "Arabuluculuk süreci, çözüm müzakereleri olarak kabul edilecek ve arabuluculuk sürecinde yapılan hiçbir ikrar, beyan ve açıklama, başka bir yolla bulunabilir veya elde edilebilir olmadıkça delil olarak kabul edilmeyecek ya da tahkikata konu olmayacaktır. Buna ek olarak, arabulucu, arabuluculuk süreci esnasında görüşülen herhangi bir konuyu açıklamasını gerektirecek bir sürece katılmayacaktır".

İhtilafli taraflar, arabuluculuğa başvurma konusunda birbirlerine baskı yapamazlar. Ancak, arabuluculuk alanındaki deneyimler, bağlayıcı olmasa bile arabuluculuk teklifinde bulunulmasının pek çok sorunu çözebildiğini ve bu sayede dava sayısını azaltarak dava yolundan kaynaklanan sakıncaların ortadan kaldırıldığını göstermiştir. Örneğin Ford Motor şirketi, tüketicilerin şikâyetlerine, dava yoluna başvurmadan çözüm bulabilmek amacıyla arabuluculuğu kullanmaktadır. Tüketiciler, şikâyetleri hakkında öncelikle satıcıyla ve bölge bayisiyle görüşmelidirler. Mevcut sorun çözülemezse şikâyet, Ford Tüketici Başvuruları Kurullarına (*Ford Consumer Appeals Boards*) intikal ettirilmiştir. Bu kurulun kararı, Ford şirketi ve satıcılar hakkında bağlayıcı; fakat, bütün yasal çareleri kullanma hakkına sahip olan tüketiciler hakkında ihtiyaridir. Ford şirketi arabuluculukla, mevcut uyuşmazlıklarının çoğunu çözmek yanında, satıcılarını tüketici sorunları için daha hassas olmaya özendirmiştir

[25]

§ 3. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yeni Geliştirilen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Müzakere, arabuluculuk ve tahkim, en eski ve en çok bilinen ADR yollarıdır; fakat taraflar, uyuşmazlıklarını barışçı bir şekilde çözebilecekleri diğer ADR yolları üzerinde anlaşmakta özgürdürler. Bazı ADR usulleri, özel kişi ve kuruluşlarca oluşturulmuşken, diğer bazı usuller, dava yolunun neden olduğu zaman ve masraf kaybını azaltmak ve vergi mükelleflerince desteklenen yargı sisteminin yükünü hafifletmek amacıyla mahkemeler ve özel kişilerce geliştirilmiştir.

A) Kısa Yargılama

Kısa yargılama, ismine rağmen bir yargılama olmayıp, müzakere, arabuluculuk ve tahkimin birleştirilmesinden oluşan plânlı bir uyuşmazlık çözüm sürecidir. Kısa yargılamanın tarafları, onun işleyiş şeklini belirleyebilirler. Bu nedenle, kısa yargılamanın usulü davadan davaya farklılık gösterir. Taraflar her zaman gizlilik konusunda bir anlaşma yaparlar. Taraflar ayrıca, her bir tarafın duruşmalarda ne kadar bilgi ve belge sunacağını belirleyerek, tahkikatın kapsamı üzerinde anlaşmaya varmalıdırlar. Kısa yargılamada her zaman, bütün uyuşmazlık çözüm süreci boyunca taraflara yardımcı olması için tarafsız bir danışman seçilir. Amerika Tahkim Birliği gibi kuruluşlar, kısa yargılama usulünün yönetilmesi için hazırlanmış rehberlere

sahiptirler.

Tahkikat aşamasının yıllar sürdüğü bir yargılamadan farklı olarak kısa yargılamada tahkikat, tarafların bilmeleri gereken kilit konularla sınırlıdır. Taraflar, ticarî defterleri, uyuşmazlığın konusuyla ilgili belgeleri ve tanık listelerini yargılamada sunmalıdırlar [\[26\]](#) .

Kısa yargılamada her iki tarafın, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan üst düzey yöneticilerinin huzurunda, avukatların davayı özetlediği bir duruşma yapılır. Bu duruşma “bilgi değişimi” (*information exchange*) olarak adlandırılır. Duruşmada delil kuralları uygulanmamakla birlikte, taraflar iddialarını özetledikleri için mücadeleci bir konumda bulunurlar. Yöneticiler, duruşmada verilen bilgilerle ve avukatların anlatımlarıyla uyuşmazlığı daha iyi anlarlar.

Uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olması için atanan arabulucudan genellikle, dava hakkında değerlendirmede bulunması ve uyuşmazlığın dava aşamasına intikal etmesi hâlinde karşılaşılması muhtemel sonuç hakkında bir fikir vermesi istenir. Arabulucu, geniş tecrübesi nedeniyle saygı duyulan bir kişi olduğu için, arabulucunun açıkladığı görüşlerin, her iki tarafın da çözüme yönelmesinde büyük etkisi vardır.

Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecini her zaman bitirebilirler; fakat genellikle, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümüne dair bir müzakere ve arabuluculuk ortamı mevcut olur. Taraflar arasındaki bilgi değişimi, tarafların, meselenin özüne inmelerine ve en katı konular üzerinde

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

pazarlık etmelerine imkân tanır. Kısa yargılamadan sonra dava açılması hâlinde bile, önceden tartışılan delillerin ve meselelerin yeniden incelenmemesi ve ileri sürülmemesi nedeniyle, kısa yargılama sonucunda dava aşaması kısılır.

Kısa yargılama, değişik uyuşmazlıkların çözümüne elverişli olan bir usuldür. Örneğin, *Texaco v*

Borden

şirketlerinin arasında 200 milyon dolarlık antitröst ve sözleşme ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlık kısa yargılamayla çözülmüştür.

Amerika Birleşik Devletleri'nde federal bölge mahkemelerinin bazılarında mahkeme yönetimli kısa yargılama projesi (*court-supervised minitrial projects*) oluşturulmuştur. Örneğin Massachusetts bölgesinde, yargılama süresini azaltmak amacıyla karmaşık bir patent/antitröst davasında kısa yargılama usulü uygulanmaktadır. 29 Nisan 1994'te federal bölge mahkemelerine bir dizi ADR usulünü kullanma yetkisi verilmiştir. Davacılar, davanın başında ADR'ye yönlendirilmekte ve mevcut ADR usullerinden birinin, derdest olan davaya uygun olup olmadığı araştırılmaktadır [\[27\]](#).

B) Kısa Jüri Yargılaması

Kısa Jüri Yargılaması, ilk olarak 1980 yılının başında Ohio federal bölge mahkemesi hâkimi Thomas Lambros tarafından, federal mahkeme sisteminde kullanılması için geliştirilmiş bir usul

olup, Kuzey Ohio bölgesinde hâkimlerce uygulanmaktadır. 1994 yılının Ocak ve Eylül ayları arasında yirmi iki dava kısa jüri yargılamasına sek edilmiştir. Bu usul, içinde jüri olan bir kısa yargılamadır. Kısa jüri yargılaması genellikle, derdest olan bir davada tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra, duruşmadan kısa bir süre önce ve davanın duruşmadan önce çözülemeyeceği anlaşıldığında kullanılır [\[28\]](#) .

Kısa Jüri yargılaması, duruşmanın bağlayıcı olmadığını bilmeyen altı jüri üyesinin seçilmesiyle başlar. Taraflardan her birine iddiasını özetlemesi için kısa bir süre verilir. Mahkemede yapılan sunumlar, genellikle duruşmada kabul edilebilecek olan delillerle sınırlıdır ve yeminli olarak alınan yazılı ifadeler, tahkikatta sunulacak belgelere, bilirkişi raporlarına ve tahkikatta kullanılacak diğer malzemelere dayanır. Tanıkların katılmadığı bu usulde, yapılan sunumlar sonucunda hâkim, jüriye, hukukî durum hakkında kısa bir bilgi verir ve ardından jüri kendi kararını oluşturur. Bu işlemlerden sonra bir mahkeme görevlisi (ve çoğunlukla jüri) taraflarla görüşmek ve onları çözüme teşvik etmek amacıyla taraflarla bir araya gelir.

Taraflardan biri veya her ikisi, çoğunlukla bir gün sürecek olan kısa jüri yargılaması sonucunda tatmin olmazsa, dava yoluna devam edebilir ve bu durumda mahkemece herhangi bir müeyyide uygulanmaz. Kısa jüri yargılaması sırasında öğrenilen hiçbir bilgi, dava aşamasında delil olarak kullanılamaz. Amerika Birleşik Devletleri Kuzey Ohio Bölgesi federal bölge mahkemesinin raporuna göre, kısa jüri yargılamasına havale edilen 200 davadan 193'ü tam bir yargılama yapılmadan önce çözülmektedir. Duruşma aşamasına geçilen davalarda ise, verilen kararlar kısa jüri yargılaması sonunda verilen kararlarla çoğunlukla aynı olmaktadır. Mahkemeler taraflara, davayı duruşmadan önce çözmeleri için baskı yapma imkânına sahip olsalar da, ADR tamamen gönüllü bir süreç olma özelliğini korumaktadır [\[29\]](#) .

§ 4. Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevleri ve Uzlaştırıcı

Noterlik

Günümüzde, hem Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hem Kıta Avrupası hukuk sisteminde uyuşmazlık çözümünde gelinen nokta, alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin “aslî”; dava yolunun “alternatif” bir uyuşmazlık çözüm yolu hâline dönüşmesi olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm usullerine yönelik dünyadaki ve özellikle Avrupa Birliğindeki [30] bu ilginin ülkemizi de etkilemesi kaçınılmazdır. Bunun sonucunda hukukçuların, arabuluculuk ve müzakere hüneleri başta olmak üzere yeni yetenekler kazanması zarurîdir. İşte bu noktada, klasik kamu hizmetleri içinde önemli bir yer işgal eden adalet hizmetlerinin bir parçası olarak faaliyet gösteren ve mahkemelerin faaliyetlerine dolaylı olarak yardım eden

[31]

noterler, uyuşmazlık çözümünde yeni bir işleve sahip olarak karşımıza çıkacaklardır

[32]

Günümüzün bilgi teknolojisine dayalı toplum yaşamında, hukukî kurumlar ve kurallar büyük bir hızla gelişmektedir. Bu gelişmeye paralel olarak ve özellikle Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmalarının ışığında noterlik mesleğinde de gelişmeler olmaktadır [33]. Bu gelişmeler neticesinde, noterlerin yaptıkları işlerin kapsamı ve çeşidi artmaktadır. Bilindiği gibi noterlerin görevleri, hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirmek ve kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır (NK m. 1). Noterler, bu işlemleriyle hukukî işlemlere daha ilk aşamada katılarak işlemlere resmiyet kazandırmakta, işlemlerin taraflarını bilgilendirmekte, uyarmakta ve taraflara hukuk danışmanlığı yapmakta

[34]

; bu sayede de taraflar arasında ileride uyuşmazlık çıkması ihtimalini azaltmaktadırlar

[35]

. Noter senetleri sahip oldukları ispat kuvveti bakımından

[36]

, ileride uyuşmazlık çıkması hâlinde, bu uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmaktadırlar. Dolayısıyla, noterlerin toplumsal barışa katkıda bulunduğundan kuşku duymamak gerekir

[37]

. Ancak, noterlerin faaliyetleri bu aşamalarla sınırlı kalmamalıdır. Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki işlevlerine ek olarak

[38]

, hukukî işlemlerin yapılmasından sonra, uygulanması aşamasında taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de etkili olması gereken noterler, “

uzlaştırıcı noterlik

” şeklinde yeni bir rol üstlenmelidirler. Noterlerin, belgelenme sürecine katıldıkları hukukî işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne büyük katkıda bulunacakları kesindir. Zira, bu süreçte tarafların gerçek iradeleri, hukukî işlemin içeriği ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olan noterler, sonradan çıkacak uyuşmazlıkların kolayca çözülmesini de sağlayabilirler. Noterlerin, önceden katılmadıkları hukukî işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de arabulucu (uzlaştırıcı) veya hakem olarak faydalı olmaları mümkündür. Noterlerin bağımsız ve tarafsız konuları, arabulucu olarak atanmaları hâlinde, tarafların güvenini kazanmalarını sağlayacak; böylece uyuşmazlık çözüm müzakereleri daha ılımlı ve verimli bir ortamda geçecektir. Resmî daire sayılan noterlik dairesi (NK m. 40), arabuluculuk müzakerelerinin güvenle gerçekleştirilmesi için elverişli bir mekân oluşturacaktır. Ayrıca noterler, sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla, mesleğin icrası sebebiyle öğrendikleri sırları açıklayamaz, mevcut evrak ve belgeleri ilgililer dışında kimseye veremezler (NK m. 54, 55, 94). Bu durum sayesinde noterler, ADR'nin temel özelliklerinden olan “uyuşmazlık çözüm müzakerelerinin gizliliğini” koruyarak, müzakerelerin özgür bir ortamda yapılmasını güvence altına alacaklardır. Nihayet, bir ADR usulü sonunda taraflar arasında yapılan anlaşmanın noterlerce belgelenmesi, bu anlaşmanın icra edilmesinde de kolaylıklar sağlayacak ve ADR usulleri hakkında bu noktada yapılan tartışmaları

[\[39\]](#)

ortadan kaldıracaktır. Görüldüğü gibi, sahip oldukları hakları ve yükümlülükleriyle arabulucu olarak görev yapmaya çok uygun olan noterler, ADR için gerekli olan temel özelliklerin birçoğunu bünyelerinde barındırmaktadırlar. Bu nedenle, arabuluculuk ve hakemlik gibi görevlerin noterlerin tabii görevi olduğu; noterlerin diğer görevlerinin içinde yer aldığı söylenebilir

[\[40\]](#)

Noterlerin arabuluculuk (uzlaştırıcılık) işlevinin geliştirilmesi için her şeyden önce bu konuda meslek içi eğitim yapılarak, noterlere müzakere ve arabuluculuk hüneleri öğretilmelidir. Bu noktada, Türkiye Adalet Akademisinde açılacak uzmanlık programlarından yararlanılması faydalı olacaktır.

Yazar Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK
Pazartesi, 09 Haziran 2008 16:39

Noterlerin uyuşmazlık çözümündeki işlevlerinin geliştirilmesi ve uzlaştırıcı noterliğin oluşturulması için, Noterlik Kanununda bu konu düzenlenmelidir. Öncelikle, noterlik mesleğinin amaçları arasında, “her türlü uyumsuzluğun çözülmesi” de sayılmalıdır. Bunun gibi, noterlerin görevlerinin sayıldığı [41] Noterlik Kanununun 8’inci kısmında, noterlerin alternatif uyuşmazlık çözümü usullerinde görev alarak arabuluculuk veya hakemlik gibi görevler üstlenebileceğine açıkça yer verilmelidir (NK m. 60; NK Yön. m. 7). Esasen Noterlik Kanununun, “noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işleri” gösteren 50’inci maddesi incelendiğinde, noterlerin, ADR usullerinde tarafsız üçüncü kişi olarak (uzlaştırıcı noter sıfatıyla) görev almalarına izin verildiği açıkça görülmektedir. Bu maddeye göre, *noterlerin, yargı mercilerinin vereceği işlerde hakemlik yapmaları, noterlik göreviyle bağdaşmaktadır.*

O halde, noterlerin arabulucu olarak faaliyet göstermelerine de bir engel bulunmamaktadır.

Ayrıca noterlerin, hukukumuzda mahkeme yönetimli arabuluculuk (*court-management mediation*

) programlarının uygulamaya koyulması hâlinde, bu programlara katılarak, mahkemece kendilerine havale edilecek olan davalarda arabuluculuk yapmaları da olanaklı olacaktır. Zira bu görev, noterlere yargı mercilerince verilecektir

[42]

Uygulamada yapılan sözleşmelere ADR şartları koyulması noterlerce özendirilmeli ve ota çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız üçüncü kişi sıfatıyla uzlaştırıcı noterlerin (arabulucu noterlerin) atanması teşvik edilmelidir.

Yargı dışı arabuluculuk (özel arabuluculuk) yanında mahkeme yönlendirmeli arabuluculuk geliştirilmeli; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İdarî Usul Kanunu gibi kanunlara, arabuluculuğa izin veren hükümler koyulmalıdır. Türk Ceza Kanununda (TCK m. 73) ve Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK m. 253-255) uzlaşmaya yer verilmiş ve hukukumuzda mağdur-fail arabuluculuğunun uygulanma imkânı oluşturulmuştur. Böylece oluşturulacak arabulucu listelerinde noterlere de yer verilmeli ve noterlerin arabulucu (uzlaştırıcı) olarak atanması yaygınlaştırılmalıdır.

Noterlerin ADR alanında etkili olabileceği diğer bir konu, “topluluk kökenli arabuluculuk programları” olacaktır. Bu tür programların oluşturulmasında noterler aktif görev almalı ve pek çok uyuşmazlık bu merkezlere taşınarak *uzlaştırıcı noterler* tarafından çözülmelidir. Nitekim, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısının 11’inci maddesinde, kamu hizmetlerinin daha etkili ve verimli olarak yerine getirilebilmesi amacıyla merkezi idarenin, kendisine ait hizmetlerden yetkili organlarının kararı ile uygun görülenleri ilgileri itibariyle noterlere gördürebileceği belirtilmektedir. Böylece, adalet hizmetlerinin topluluk kökenli arabuluculuk programlarınca kısmen üstlenilmesi yoluyla, uyuşmazlık sayısı azaltılacak, pek çok dava yargılama yapılmasına gerek kalmadan çözülebilecek, mahkemelerin iş yükü hafifleyecek ve bir kamu hizmeti olan adalet hizmeti, yargı organlarınca daha süratli, kaliteli, etkili ve verimli bir şekilde yerine getirilecektir. Türkiye Noterler Birliği, yalnız ADR’nin ve noterlerin arabuluculuk işlevinin geliştirilmesi için mevzuatımızda yapılacak düzenlemeler konusunda değil; fakat ADR konusunda bilimsel araştırmalar, yayınlar ve konferanslar (NK m. 166/2) yapılması suretiyle Türk hukukçusunun bu konuyu öğrenmesi için de çaba göstermelidir.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usul, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

[1] European Committee on Legal Co-operation, *23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice*, London 2000, s. 23.

[2] Roger E. Meiners, Al H. Ringleb, Frances L. Edwards, *The Legal Environment of Business*, Minneapolis/St. Paul 1997, s. 113.

[3] Len Young Smith, Richard A Mann, Barry S. Roberts, *Business Law and Regulation of Business*, New York 1990, s. 36.

[4] Simon Gardiner, *Sports Law*, London 2001, s. 252.

[5] Henry J. Brown, Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practise*, London 1999, s. 12.

[6] Allan J. Stitt, *Alternative Dispute Resolution For Organizations: how to design a system for effective conflict resolution*, Toronto 1998, s. 11; Christian Bühring Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, Hague 1996, s. 270; Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 155; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara 2003, s. 61.

[7] Mustafa Özbek, *Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim* (MİHDER 2006/2, s. 907-927), s. 914.

[8] Smith, Mann, Roberts s. 37.

[9] European Committee on Legal Co-operation s. 23.

[10] Bu ADR usulleri hakkında bilgi için ayrıca bkz. Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış* (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 261-292).

[11] Smith, Mann, Roberts s. 37.

[12] Meiners, Ringleb, Edwards s. 114.

[13] Meiners, Ringleb, Edwards s. 115.

[14] Meiners, Ringleb, Edwards s. 117.

[15] Amerika Birleşik Devletleri'nde genel görevli ilk derece mahkemeleri, Federal Bölge Mahkemeleridir (*Federal District Courts*). Bu mahkemelerin hükümleri aleyhine temyiz mahkemelerine (*Courts of Appeals*) gidilebilir. Federal yargı Kongre tarafından 12 yargı çevresine (*circuit*) ayrılmıştır. Elli eyaleti kapsayan on bir yargı çevresine ek olarak on ikinci çevreyi Federal Çevre oluşturmaktadır. Ayrıca bir de Columbia Çevresi mevcuttur (*Judiciary and Judicial Procedure, 28 USC § 41*). Her bir çevre, Temyiz Mahkemesi olarak bilinen bir üst mahkemeye sahiptir. Temyiz Mahkemeleri kendi çevreleri içinde bulunan bölge mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz incelemesi yapar. Buna ek olarak bu mahkemeler, belli idarî kurumların verdikleri kararları bir kez daha inceler (Smith, Mann, Roberts s. 19).

[16] Meiners, Ringleb, Edwards s. 118.

[17] Smith, Mann, Roberts s. 38.

[18] Bühring-Uhle s. 327.

[19] Meiners, Ringleb, Edwards s. 119.

[20] Meiners, Ringleb, Edwards s. 122.

[21] Lon L. Fuller, *Mediation-Its Forms And Functions* (Southern California Law Review 1971, Vol. 44, s. 305-339), s. 327.

[22] Meiners, Ringleb, Edwards s. 124.

[23] Arabuluculuk müzakerelerinde gizlilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Owen V. Gray, *Protecting the Confidentiality of Communuciations in Mediation* (Osgoode Hall Law Journal 1998/4, Vol. 36, s. 667-702); Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, *Confidentiality in Mediation, The Need for Protection* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1986, Vol. 2, s. 37-45).

[24] Meiners, Ringleb, Edwards s. 125.

[25] Meiners, Ringleb, Edwards s. 126.

[26] Meiners, Ringleb, Edwards s. 127.

[27] Elizabeth Plapinger, Donna Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers*, Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 153.

[28] Plapinger, Stienstra s. 214; Meiners, Ringleb, Edwards s. 128.

[29] Meiners, Ringleb, Edwards s. 129.

[30] Avrupa genelinde ve Avrupa Birliğinde ADR'ye yönelik olarak son yıllarda yapılan çalışmalar ve bu alandaki gelişmeler hakkında bilgi için bkz. Mustafa Özbek, *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması* (Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502); Council of Europe, *Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum*,

Legal Issues,
Strasbourg 2003;
Commission of the European Communities,
Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law
, Brussels
2002;
Commission of the European Communities,
Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters
{SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004.

[31] Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I*, İstanbul 2001, s. 862.

[32] Süha Tanrıver, *Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Gelişmeler* (TNBHD 2004/122, s. 15-23), s. 22; Süha Tanrıver, *Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Açılımlar ve Bu Bağlamda Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının İrdelenmesi* (TNBHD 2004/124, s. 56-68), s. 63; İbrahim G. İbrişim, *Hukuk Reformu ve ABD Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları* (TNBHD 2004/122, s. 74-84), s. 84; Türkiye Noterler Birliği ADR Araştırma ve İnceleme Komisyonu Raporu, *Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları (ADR)* (TNBHD 2005/128, s. 48-57), s. 56.

[33] Avrupa Birliğine giriş sürecinde noterlerin işlevlerindeki gelişmeler hakkında bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, *Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları* (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu VI, Ankara 2001, s. 15-24).

[34] Mukayeseli hukukta, noterlerin hukuk danışmanlığı görevi hakkında bkz. Türkiye Noterler Birliği, *Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik*, Ankara 1990, s. 10, 17, 24, 31, 38, 50, 59, 67, 74, 82, 87.

[35] Ejder Yılmaz, *Noterlik İşlemlerinin Hukuk Davalarında ve İcra İflâs Takiplerindeki Önemi*, (Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: I-II, Ankara 1997, s. 41-62), s. 42.

[36] Noter senetlerinin ispat kuvveti ve önemi hakkında bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II*, İstanbul, 2001, s. 2116, 2158 vd.; Yılmaz-Noterlik İşlemleri s. 47; Seyithan Deliduman, *Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri*, Ankara 2001, s. 85 vd.

[37] Ömer Ulukapı, Murat Atalı, *Noterlik Hukuku*, Konya 2001, s. 6.

[38] Örneğin İtalya'da, mesleğinin icrası sırasında tarafsız bir kişi olarak hareket eden noterler, tarafları uzlaşmaya sevk etmekle yükümlüdürler (Türkiye Noterler Birliği s. 67).

[39] Doktrinde, ADR usulleri sonunda yapılan anlaşmalara uyulmaması hâlinde bu anlaşmaların icra edilmesinde zorluk yaşandığı, bu amaçla mahkemelere başvurmak zorunda kalındığı belirtilmekte ve bu husus eleştirilmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Cathleen C. Payne, *Enforceability of Mediated Agreements* (Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986, Vol. 1, s. 385-405).

[40] Muhsin Bilge, Hüseyin Bozkurt, Tomris Kantek, Faysal İçin, *1 Nolu Tema, Türkiye Raporu* (TNBHD 2002/113, s. 30-38), s. 33.

[41] Noterlerin görevleri hakkında bkz. Ömer Ulukapı, *Noterlerin Genel Olarak Görevleri*, (Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu: I-II, Ankara 1997, s. 11-28).

[42] Bilge, Bozkurt, Kantek, İçin s. 35.