

Bu çalışmada genel olarak alternatif çözüm yollarının mahiyeti açısından önemli olan, anlaşmazlık, uyuşmazlık ve talep kavramları irdelenmiş ve genel olarak alternatif çözüm yolları tanıtılmış, özellikle bu yöntemlerin diğer tüm yollardan farklı olduğu not edilmiştir. Bu çalışmanın büyük bölümü ADR yöntemlerin yasal yürürlüklerinin olup olmadığı konusunu irdilemekte ve bunların olması için neler gerekli olduğunu bulmaya çalışmaktadır.

1. İhtilaflar (Genel Olarak Anlaşmazlık, Talep ve Uyuşmazlık Kavramları)

Arabuluculuğun ve daha genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümünün (Alternative dispute resolution, ADR) mahiyetini anlayabilmek için öncelikle anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları incelenmelidir. Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları, Amerikan ve İngiliz literatüründe birbirlerinin yerine kullanılsa da aslında farklı anlamlara sahiptirler. Uyuşmazlık kişiler arasındaki bir anlaşmazlığın ortaya çıkarak anlatılması ve açıklanmasıdır. Bunun sonucu olarak, bir anlaşmazlık kişiler arasındaki çatışmanın karşı tarafa bildirilmemesi ya da karşı taraftan çatışmaya yol açacak bir talepte (iddiada) bulunulmaması halinde uyuşmazlığa dönüşmeyebilir. [5]

Düşünün ki bir şahıs, örnek olarak, yerel bir dükkândan almış olduğu bir gömleği ileride kullanabileceği bir kredi karşılığı geri vermek istemektedir. Bu müşterinin isteği bir iddia olabilir veya olmayabilir ve bu o şahsın yaklaşımına bağlıdır. Acaba müşteri bu dükkânın kendisine kredi vermesi konusunda bir yükümlülüğü olduğunu beyan etmekte midir? Veya müşteri bu dükkâna yapmakta zorunlu olmadığı ve müşteri tarafından da kabul edilen bir şekilde, bir şeyi yapmasını mı istemektedir? İlk bahsedilen bir iddia iken ikincisi kesinlikle değildir.

Bir uyuşmazlık iki tarafı bir araya getiren bir durumdur. İhtilaflılar şahıslar, şirketler, devletler veya herhangi bir varlık olabilir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere uyuşmazlık, ancak bir taraf (davacı) diğer tarafa karşı (davalı) talepte bulunması halinde gerçekleşir. Bunun yanında tarafların bir talepte bulunması ile bir uyuşmazlığın varlığı arasında önemli

Yazar Pınar Alemdar
Salı, 02 Aralık 2008 01:05

farklılıklar bulunmaktadır. Taraflar arasında gerçekten uyuşmazlık oluşturabilecek bir mesele olmadığı sürece, tarafların birbirlerine yönelttikleri bu talepler birer iddia olmaktan öteye gitmez ve bir uyuşmazlığa dönüşmez. [6]

Örneğin, bir müşterinin böyle bir iddiası var ve dükkândan kredi istiyor ve dükkânda bu krediyi vermeyi kabul ediyor. Bu durumda bir uyuşmazlık oluşmamaktadır çünkü müşterinin iddiası dükkân tarafından tatmin edilmiştir. Ama, müşteri nakit para alma konusunda bir iddiada bulunursa ve dükkân bunu red ederse, ve sadece “dükkan içi kredisi” vereceğini söylerse, işte bu durumda bir uyuşmazlık ortaya çıkmış olur.

Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları, Türk doktrininde de tanımlanmıştır. Anlaşmazlık (niza) sulh yoluyla halledilemeyen bir uyuşmazlık olarak görülürken; uyuşmazlık (ihtilaf), bir hakkın vücudu, kapsamı veya sonuçları üzerinde ortaya çıkan anlaşmazlık olarak tanımlanmıştır. Uyuşmazlık sulh yolu ile çözülemediği takdirde, bir münazaa haline dönüşerek dava veya tahkim konusu olmaktadır. Uyuşmazlık kavramı HUMK 'un münferit maddelerinde (m.16, 101, 310, 482, 516, 530) niza veya münazaa kelimeleriyle ifade edilmiştir. Bu tanımlar tahlil edildiğinde, hukuki korumanın konusu olan hakların temel alındığı ve ancak sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıkların dava veya tahkime konu olabileceği anlaşılmaktadır.

Özet olarak kanımızca, tarafların menfaatleri arasındaki çatışma, ilk aşamada davranışsal bir anlaşmazlık olarak değerlendirilmeli; bundan sonra, taraflardan birinin diğerine karşı aralarındaki menfaat çatışmasını gidermek amacıyla talepte bulunmasıyla, dava konusu olabilecek bir uyuşmazlığın doğduğu kabul edilmelidir. Fakat bunun yanında da tüm taleplerin uyuşmazlık doğurmadığı gerçeği göz ardı edilmemelidir. Karşı tarafın yapılan talebi reddetmesiyle, taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkar.

2. İhtilaf Çözümleri

Bir kere bir ihtilaf ortaya çıkarsa sonra ne olur? Muhatapların genel cevabı her zaman “hiçbir şey”dir. Çünkü, İhtilaf genelde muhatapların hem zamanını hem de diğer kaynaklarını tüketmekte ve çok az zamanda muhataplar için avantaj yaratmaktadır. Bu yüzden davacı genel olarak bir uyuşmazlığın meydana çıkması karşısında kendi hayatına devam etmekte ve Bir kere muhatap davacı tarafından yapılan iddiayı red ettikten sonra genelde davacı davayı devam ettirmemektedir. Davacı dava ile devam etmenin daha fazla sorun çıkaracağı sonucuna varmaktadır.[7]

Uyuşmazlık çözümü için kullanılan yollar verimli olarak çalışmasa, masrafların daha da artması kaçınılmazdır. Bu ortamda en yararlı olacak uyuşmazlık çözüm yolu, bir ihtilafı yöneten ve bu suretle tarafların giderlerini asgariye indiren çözüm yoludur.

3. İhtilaf Çözümü İşlemleri

Davacıların bir ihtilaf karşısındaki tutumları bir çok çeşitte olabilir. Bazı davacılar muhataplarına oldukça sert bir şekilde saldırırlar. Bazı davacılar dava açılması için avukat tutarlar. Aynı şekilde muhataplarda bir çok şekilde davranabilmektedirler. İhtilafların kapsamı sadece tarafların hayal güçleri ile sınırlıdır. Bu yüzden ihtilaflar birçok şekilde olmaktadır.

İhtilaf çözümünün ne olduğuyla ilgili birden fazla görüş vardır. Bir ihtilafın bitmesi o ihtilafın çözülmesi ile aynı anlama gelebilir. Yalnız, ihtilaf çözümleri bir ihtilafın bitmesinden fazlasını da içerebilir :

-
Davacının sonuçtan memnun olması ile

- Her iki tarafında sonuçtan memnun olması ile
- İnsafı bir sonuç ile
- Adaletli bir işlem ile veya
- Yukarıda belirtilenlerden herhangi bir kombinasyonda

Yukarıda tartışıldığı gibi, ihtilaf çözümünün tam olarak ne olduğu hakkında birden fazla görüş bulunmaktadır. Buradan hareket ile birden fazla ihtilaf çözümleri işlemleri görüşleri bulunmaktadır. Eğer, bir örnek vermemiz gerekirse, bir ihtilafın bitirilmesi sadece onun çözümü olduğuna inanıyorsanız, şiddetin ihtilaf çözümü işlemi olduğunu kabul etmeniz gerekmektedir. Yani, şiddet kullanılarak muhataplar öldürülebilir ve buda ihtilafı çözümler. Tam zıttı olarak, eğer bir ihtilafın bitmesini sadece sona ermesi olarak değilde, davacının tatmin olduğu bir durum olarak görürseniz, muhatapların şiddete maruz kalarak ölmeleri sizin için bir ihtilaf çözüm işlemi değildir.[8]

Bu noktada, Anlaşmazlık Çözüm Teorisine de değinmenin yerinde olacağı kanısındayım. Anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların bitirilmesini amaçlayan anlaşmazlık çözüm teorisi, müzakere, tahkim ve arabuluculuk gibi gönüllü yöntemleri esas almaktadır. Uyuşmazlıkların asıl çözüm yolları dava (litigation) olarak belirirken, alternatif ve gönüllü çözüm yolları müzakere, tahkim ve arabuluculuk gibi usuller olarak ortaya çıkmış bu usullere birazdan da değineceğimiz yeni ve karma usuller de eklenmiştir.[9]

İhtilaf çözümleri işlemlerinin tam olarak ne olduklarına dair birden fazla görüş olduğu için, herkesi tatmin edecek bir liste yapılabilmesi mümkün değildir. Ama tipik bir ihtilaf çözümleri işlemleri listesi aşağıdakilerden bazıları veya hepsini kapsayabilmektedir:

-

Hüküm Verme (Dava) (litigation)

- Tahkim
- Tavsiye edici tahkim (Advisory arbitration)
- Kısa yargılama (Mini trial)
- Vakıa saptaması(fact-finding)
- Uzlaştırma
- Erken tarafsız değerlendirme
- Hukuki işlem
- Arabuluculuk
- Arabulucu-hakem(med-arb)

- Yargısal arabuluculuk (judicial mediation)
- Küçük-mahkeme
- Müzakere
- Yükümsüz tahkim
- Özel hakim kararı
- Kararlaştırma konferansı
- Özet jüri mahkemesi

Bu işlemlerden bazıları diğerleri ile çakışabilir. Gerçekten, bazıları diğerlerinin örnekleridir. Bu değişik işlemleri anlayacak bir yapı için takip eden bölümler ihtilaf çözümleri konusundaki ana işlemler hakkında tanımlamalar ve kategoriler sağlayacaktır.

4. Hukuki İşlemler ve ADR

(a) Hukuki İşlemlere alternatif olarak ADR

Avukatlar mahkemelerde karar verilen davalara Hukuki İşlemler demektedirler. Hukuki İşlem tüm hüküm vermeleri kapsayan bir devlet formu olarak tanımlanabilir[10], ki bu form mahkeme veya idari herhangi bir devlet kurumu olabilir. Hukuki işlemler, Alternatif İhtilaf Çözümleri hukuki işlemler dışında kalan tüm ihtilaf çözümleri işlemlerine yapılabilecek tanımdır.

Alternatif İhtilaf Çözümleri taraftarları bu konuya hüküm vermenin standart bir norm sayılması ve alternatiflerin de anormal ve sapkın olarak görülmesi sebebi ile karşı çıkmaktadırlar. Bu izlenim doğru değildir. Hüküm verme genelde oldukça az kullanılan bir ihtilaf çözüm işlemidir. Alternatif işlemler, müzakere gibi, daha yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Hatta, avukatlarında dahil oldukları ihtilaflar yine müzakereler ile sonuçlandırılmaktadır[11]

Türk Hukukundaki sistemi de dikkate aldığımızda konuyu açacak olursak; Örneğin, Hukuki işlem olarak dava yolunu esas alalım, Uyuşmazlık dava kavramıyla aynı şey değildir. Çünkü uyuşmazlık davadan daha önceki bir aşama olarak ortaya çıkmakta; çözülebilirse davaya dönüşmemekte buna karşılık çözülemez ve ısrarla sürdürülürse dava(veya tahkim) konusu olmaktadır. O halde, uyuşmazlığın devlet yargısı önündeki biçimlenme şekli davadır ve uyuşmazlığın dava aşamasına dönüşmeden çözülmesini sağlayan her türlü yöntem Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemidir. Görüldüğü gibi, uyuşmazlık çözümünde iki temel yol bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Geleneksel uyuşmazlık çözüm yolu olan kanuni mahkemeler önündeki çözüm yoludur. bu yola dava yolu (litigation) veya; yargısal usuller (judicial procedures) de denilmektedir. Bu yolun yanında yer alan ikinci yol ise alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Haft bunlardan birinci çözüm yolunu sezgisel (intuitional), ikinci çözüm yolunu ise akli(rational) olarak isimlendirir. Birbirleriyle uyuşmazlığa düşerek anlaşmazlıklarını dava yoluna taşıyan kişiler, sezgisel (ve beklide içgüdüsel) olarak birbirleriyle mücadele eder ve birbirlerini yıpratmaya çalışır ve böylece kendilerinin kazanmasını ve karşı tarafın kaybetmesini isterler . Bu modelde yapılan masraflar ve harcamaların tutarı çok yüksek olup Haft'ın görüşüne göre ikinci model olan alternatif uyuşmazlık çözümü (mantıki model) bu modelden çok daha üstün olup tam tersi bir yönde işler. Bu modelde avukatlar taraflar arasında işbirliği yapar ve tarafların menfaatini birbiriyle mücadele ettiği bir usulde değil; tam tersine birbiriyle eşit olarak dikkate alırlar. Böylece uyuşmazlığın, mümkün olduğu kadar tarafların kazançlı çıkacakları ve mümkün olduğu ölçüde daha az kayba uğrayacakları bir şekilde çözülmesi hedeflenir. Bu ikinci model aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözümünün yerleştirildiği felsefedir.[12]

Kanımızca burada karşımıza çıkan bu fark, hüküm vermeye dayalı olan (Dava ve Tahkim yolu gibi) usullere nazaran alternatif uyuşmazlık çözümü ve özellikle de arabuluculuğun kazan/kazan şeklindeki bir usul olduğunu bize hatırlatmaktadır. Buna göre arabuluculuk hüküm vermeye

dayalı usullerin tersine kimin haklı olup olmadığı veya kimin kazanıp kaybedeceği üzerinde durmaz. Bunun yerine arabuluculuk ihtilafı tarafların gereksinimlerine uygun olacak ve taraflarca uygulanabilecek bir çözüm şeklini doğurmayı hedefler. Böylece her iki tarafında kazançlı çıkmasını sağlar. [13]

(b) Temerrüt İşlem Olarak Hüküm Verme

Hüküm verme(Dava veya Tahkim yolu gibi), yasal olarak yükümlülükleri olan sonuçlara karar verir. Hüküm verme, mahkemeler tarafından verilen kararlar olup, bu kararlar silahları olan şerifler ve güvenlik güçleri tarafından desteklenmekte ve uygulanmaktadır. Mahkemenin kararını uygulamayı gerçekleştirilmeyen taraflar kendilerini güvenlik güçleri tarafından tutuklanmış veya mallarına el konmuş olarak bulabilirler.[14] Türk Hukuk Sisteminde de hüküm verme tarafların güvendikleri ve genelde diğer tarafı itaate zorlayan ve kamusal makamların kararlarından oluşan usuller arasındadır. [15]

Bu hükümler yasal olarak yükümlülük sahibi olmakla beraber, şimdiye kadar hiçbir zaman hüküm verme işlemine başvurmamış ihtilaflarda dahi uygulayıcı güce sahip olmaktadır. Bu husus hüküm vermeyi ADR den farklı kılmaktadır. ADR işlemleri de yasal yükümlülüğü olan sonuçlarda doğurabilir. Ancak, AİÇ kararları sadece bu karar için sözleşme yapmış taraflar için yasal yükümlülük taşımaktadır. Yani, diğer taraftan bakacak olursak, hüküm verme tam bir temerrüt işlemidir. Taraflar istedikleri alternatif ihtilaf çözüm işlemleri için sözleşme yapabilirler ama yapmazlarsa, taraflardan birisi ihtilafın çözülmesi için her zaman hüküm vermeye başvurma hakkına sahiptir.[16]

5. Ana ADR İşlemlerinin Tanıtılması ve Anlaşmazlık Çözüm Usulleri

(a) Müzakere

Müzakere etmek “öteki ile iletişim kurup veya anlaşıp bir konunun çözüme ve sonuca ulaştırılmasıdır.” Tanımlandığı gibi müzakere yayılcıdır. Hemen hemen herkes ihtilafların sonuca ulaşması için müzakere etmektedir. Özellikle avukatlar bu yola çokça başvurumaktadırlar. Müzakere, en çok kullanılan ihtilaf çözümüleme işlemi olup uzlaştırma gibi öteki önemli işlemlerin de temelini oluşturur.[17]

Müzakere, menfaatleri arasında bazı çatışmalar olan tarafların, tahkim ya da dava yoluna başvurmadan önce, aralarındaki uyuşmazlıkları giderebilecekleri ve kesin bir sonuca varabilecekleri her hangi bir ortak karar verme sürecine girmelerini ve doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak birbirleriyle iletişim kurmalarını amaçlar.

Müzakere alternatif çözüm yolları içinde en az şekli olan usuldür. Uyuşmazlık ve tahkimden bu yönden ayrılır. Müzakerelerde avukat ve temsilci yani tarafsız 3. bir kişinin katılımı gerekmez. Fakat, uyuşmazlığın tarafları çoğunlukla tecrübeli birer müzakereci olmadıkları ve aralarındaki olaylardan etkilenip sınırlı olabileceği için müzakereler genellikle bir avukat ya da tecrübeli bir kişice yönetilir.

Mahkemelerin ihtilafı tarafları müzakereye yönlendirmesi halinde, müzakere esnasında ileri sürülen çözüm önerileri, uyuşmazlıkla ilgili açılmış olan davada ileri sürülemez. Müzakere süreci başarısız olursa, müzakere sırasında yapılan beyan ve ikrarlar mahkemede geçerli olmaz. Müzakere sonucunda bir anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma yazılı hale getirilir ve taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olur. Müzakereye katılan tarafların hile yaparak karşı tarafa yanlış bilgi vermesi halinde, karşı tarafın uğradığı zararın tazmini amacıyla haksız fiil hükümlerine başvurması ve tazminat davası açması mümkündür. Taraflar gibi müzakerede görev alan avukatlar da fiillerinde kanuni ve etik hükümler gereğince sorumludurlar.[18]

(b) Uzlaştırma ve Müzakerelere Yardım eden diğer işlemler

Arabuluculuk, kapsamlı ve ayrıntılı bir müzakere usulüdür. Müzakereden farklı olarak tarafsız ve kabul edilebilir 3. bir kişinin müdahalesini gerektirir. Arabulucu, tarafların gönüllü olarak bir çözüme ulaşmalarında taraflara yardım ederken, tarafların uymakla zorunlu olacağı bir karar verme gücüne sahip değildir. Müzakere usulünde olduğu gibi arabuluculukta da uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi tarafların iradesine bırakılır. Bu işlem tamamen gönüllü olup, 3. kişinin katkısının taraflarca istenmesini gerekli kılar.

Her ne kadar uzlaştırma müzakerelerin en önemli yardımcı unsuru olsa da, daha başka işlemlerde mevcuttur. Bunlar: erken tarafsız değerlendirme, küçük-mahkeme, yükümsüz tahkim ve özet jüri mahkemesidir. Bütün bu işlemlerin en önemli ortak özellikleri tek başlarına ihtilafları çözmeye yaramadıklarıdır. Bunun yerine, bu işlemler tarafların bir ihtilafı müzakere etmelerine yardımcı olan unsurlardır. Dolayısıyla bu işlemlere “müzakerelere yardımcı olan işlemler” denilmektedir.

(c) Tahkim

Hukuk davası gibi tahkimde yasal olarak yükümlülüğü olan bir hüküm vermektir. Hüküm verme, hüküm verici tarafından bir ihtilafın sonucunun belirlenmesi işlemine denilmektedir. Tarafların müzakerelerde olduğu gibi sonuca ortak vardıkları kararların aksine, hüküm verici tarafından verilen karar tüm taraflar için bağlayıcıdır. Hâkimler ve jüriler hukuk davasında hüküm vericilerdir ve bu işleme mahkemede veya diğer bir devlet kurumunda hüküm vermek denilmektedir. Tahkim hüküm vermenin devlete ait olmayan bir ortamda yapılmasıdır. [19]

Türk Hukuk Sisteminde, Tahkim HUMK madde 516 – 536 arasında düzenlenmiştir. Buna göre; Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın yapacakları bir tahkim sözleşmesi ile anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir. Uyuşmazlığın çözümlenmesi kendisine bırakılan bu özel kişilere hakem denir. Hakemlerin kendilerine havale edilen davayı

Yazar Pınar Alemdar
Salı, 02 Aralık 2008 01:05

görmek hususunda hiçbir resmi sıfatı yoktur. Fakat taraflar yaptıkları hakem sözleşmesi sonucunda, uyuşmazlıklarını ona vermekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve bu nedenle hakem o uyuşmazlık bakımından adeta bir mahkeme olmuştur. [20] Görüldüğü üzere tahkim, müzakere ve arabuluculuktan sonra bir adım daha ilerlediğimizde karşımıza çıkan, 3. kişinin katıldığı özel karar verme mekanizmalarından biridir. Yargısal usullere göre daha gayri resmi olması, genelde daha hızlı işleyip ucuza malolması ve tam bir gizlilik sağlanması sebebiyle tercih edilmektedir. Kendi hakem veya hakemlerini seçebilen taraflar verilecek karar üzerinde daha fazla kontrole sahiptirler.[21]

Tahkim sonucunda verilecek karar tavsiye niteliğinde veya bağlayıcı olabilir. Tahkim tek bir hakem tarafından, ya da bir kuruldan müteşekkil birden çok hakem tarafından icra edilebilir.

6. ADR içerisindeki temel farklar: Tahkime karşı tüm öteki işlemler

Tahkim öteki tüm ADR işlemlerinden oldukça farklıdır. Öteki tüm ADR işlemleri birbirlerinden farklı olmalarına rağmen temel olarak birbirlerine çok benzemektedirler. Bu yüzden ADR içerisindeki temel fark tahkim ile diğerleri arasındadır. Bu temel fark herhangi bir işlemin yasal olarak bağlayıcı bir karar üretmesi için izlenen hareket tarzında yatmaktadır.

a) Tüm ADR İşlemleri Yasal Olarak Bağlayıcı Sonuçlar Üretebilirler

Her ne kadar tüm ADR işlemleri yasal olarak bağlayıcı sonuçlar üretebilirse de, bunun olması için arada bir sözleşme olması gerekmektedir. Her bir ADR işlemi, sadece o işlem için birbirine sözleşme ile bağlanmış ve sonuçları kabul etmeyi sözleşme ile bildirmiş tarafları kapsamaktadır.

1) Müzakere

Müzakereler için bazen yasal olarak bağlayıcı olmayan bir işlem olarak söz edilebilir. Yanlız müzakerelerde yasal olarak bağlayıcı sonuçlara varabilir. Müzakereler birçok zaman taraflar arasında bir anlaşma yapılması ile sonuçlanmaktadır. Bu anlaşma birçok durumda yasal olarak bağlayıcıdır. Mahkeme Kararları gibi, kararlaştırmalarda sonuç olarak şerifler ve polisler tarafından infaz edilip uygulanmaktadır. Bunun tersi olarak, müzakereler bağlayıcı olmayan bir karar anlaşması ortaya çıkaramazlar. Kısaca, bir müzakereyi bağlayıcı yapan taraflar arasında imzalanmış olan bir sözleşmedir. [22]

2) Uzlaştırma ve Müzakerelere Yardımcı Olan Diğer İşlemler

Bir karar anlaşmasına varılarak, müzakerelerde olduğu gibi bağlayıcı sonuçlar uzlaştırma ve müzakerelere yardımcı olan işlemler tarafından da sağlanabilir. Ve yine müzakereler gibi müzakerelere yardımcı olan işlemler bağlayıcı olmayan bir karar anlaşması ortaya çıkaramazlar. Bağlayıcı olabilmeleri için uzlaştırma ve müzakerelere yardımcı olan diğer işlemler de bir sözleşmeye ihtiyaç vardır.

3) Tahkim

Tahkim yasal olarak bağlayıcı bir işlemdir. Bir kere tahkime karar verilirse, bu mahkeme içersinde yürürlüğü olacak bir karardır. Hüküm vermede olduğu gibi tahkim kararlarında mahkemeler gözünde yürürlüğü olan bir karardır ve aynı şekilde uygulanmaktadır.

Yazar Pınar Alemdar
Salı, 02 Aralık 2008 01:05

İhtilaflar tahkime her iki tarafta tahkim kararını kabul edeceklerini beyan eden bir sözleşme imzalanmadan gidemezler. Yani kısaca, bir tahkim durumu olabilmesi için sözleşme yapılması gerekmektedir ve bu sözleşme tahkimi bağlayıcı yapacaktır. Tahkim sadece bu konuda sözleşme imzalamış olanları kapsamaktadır

Türk Hukuk Sisteminde tahkim sözleşmesi, iki şekilde yapılabilir;

- Müstakil bir sözleşme olarak

- Tahkim şartı:

Taraflar yaptıkları bir sözleşmeye, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğini şart olarak koyabilirler. Burada tahkim yalnız başına o sözleşmenin konusu olmayıp, o sözleşmenin yalnızca bir şartını teşkil etmektedir.[23]

b)Tahkim Tüm ADR İşlemleri İçerisinde İhtilaf- Sonrası Sözleşmesi Olmadan Bağlayıcı Sonuçlara Varabilen Tek İşlemdir.

Daha önceki paragraflar tüm ADR işlemlerinin nasıl yasal olarak bağlayıcılığı olan sonuçlara varabileceklerini açıkladılar. Hukuk davalarının aksine, ADR işlemlerinin sonuçları sadece arada sözleşme imzalamış olan tarafları kapsamaktadır. Önemli bir ibare olarak, tüm ADR işlemleri taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmelere sıkıca bağlıdır. Yalnız, ADR işlemleri arasında, bu sözleşmelerin ne kadar zaman içerisinde gerçekleştirilebildiğidir.

Yazar Pınar Alemdar
Salı, 02 Aralık 2008 01:05

Tahkim dışındaki tüm ADR işlemlerinde taraflar bir ihtilaf ortaya çıkmadan sözleşme imzalayamazlar. Bunun zıttı olarak, tahkimde taraflar ön-ihtilaf anlaşmalarına girebilirler (ve genelde de yaparlar). Bu sözleşmeler, özel bir madde içererek eğer bir ihtilaf oluşacak ise, tarafların bu ihtilafı tahkime götüreceklerini ve tahkimin sonuçlarını kabul edeceklerini beyan eder. Bu şekilde bir ihtilaf oluştuğunda, tahkim hukuksal olarak hukuk işlemlerinin yerini almış olmaktadır. [24]

İhtilafı taraflar, tahkim konusunda sözleşme imzalamış olmalarına rağmen, eğer isterlerse tahkim dışındaki herhangi bir ADR işlemini seçebilirler, fakat bunu yapmazlarsa, her iki tarafından bu ihtilafın tahkim ile çözümünü isteme hakları vardır.

Türk hukuk sisteminde de taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi var ve bir uyuşmazlık meydana gelmiş ise, taraflardan birinin tahkim sözleşmesine rağmen özümlemesi gerektiğine dair bir tahkim itirazında bulunması mümkündür. Esasa cevap süresi içinde yapılan itirazın mahkemece kabul edilmesi halinde, dava ' Hakemlerde görülmesi gerektiği neticesiyle' mahkemece reddedilir.[25]

İhtilaf sonrası perspektifinden bakılacak olunursa, tahkim hukuki işlemleri diğer bütün ADR işlemlerinden daha fazla andırmaktadır. Yine ihtilaf sonrası perspektifinden bakılacak olursa, hem tahkim hem de hukuki işlemler temerrüt işlemler olup, taraflar arasında daha fazla anlaşmaya gerek kalmadan yasal olarak bağlayıcı olabilen bir işlemi temsil etmektedirler. Tüm öteki ADR işlemleri ihtilaf sonrası işlemleri oldukları için bu konuda söz sahibi değildirler. Müzakerelere veya yardımcı işlemlere, ihtilaf ortaya çıkmadan yasal olarak bağlayıcı bir sonuç oluşturamayacakları için taraflar arasında daha fazla anlaşma olmadan yukarıdaki statüde olmaları mümkün değildir. Bununda sebebi, inatçı bir tarafın bütün anlaşma ve karar aşamasını kısaca geri çevirerek tıkaması ve engellemesi mümkündür. Müzakereler ve yardımcı işlemler bir taraf anlaşmaz durumda ise tamamen güçsüzdürler. Şöyle ki; Bir davalının davacıya karşı olan bir görevini yerine getirmediğini düşünelim. Davalı davacıyı kötü bir şekilde dövmüş olan bir kabadayı ya da aldığı hizmetlerin veya malların karşılığını ödemiş olan bir işyeri olabilir. Her iki durumda da davalı davacının isteklerinin tatmin edilmemesi konusunda kararlı olabilir. Davalı davacıya karşı bir görevini yerine getirmediğini anlayabilir ve bu konuda yükümlü tutulmak istemeyebilir. Kısaca, davalı muhatap yasal bir işlemi önlemek isteyebilir.

Müzakereler veya yardımcı işlemler bu konuda ve bu tip bir muhatap karşısında güçsüzdürler ve muhatap için hiçbir tehlike oluşturmamaktadırlar. Bunun karşıtı olarak, tahkim ve hukuki işlemler muhatap için tehlike oluşturmakta ve çıkacak bir karar ile muhatap hapse atılabilmekte veya mal varlığına zorla el konulabilmektedir. Hukuki işlemler ve ihtilaf sonrası tahkim, muhataba sonuçları dayatabilecek işlemlerdir. Müzakere ve yardımcı işlemleri ise sadece her iki

taraf kabul ettiğinde sonuç doğurabilmektedirler. Bu işlemler sadece konuşmalardan ibarettirler. Hukuki işlemler ve tahkim fiziksel bir gücü temsil ederler.[26]

(c) Tahkim ve Hukuki İşlemin Gölgesinde Müzakere ve Yardımcı İşlemleri

Bir önceki bölümde açıklandığı gibi, ihtilaf sonrası perspektiften bakıldığında hukuki işlemler ve tahkim sonuç oluşturabilecek ve yasal bağlılığı olan temerrüt işlemlerdir. Tüm öteki ADR işlemleri temerrüt olamayacak işlemlerdir. Yalnız, müzakereler ve yardımcı işlemleri bu temerrüt işlemlerden oldukça etkilenmektedirler. Takip eden paragraflar, bu etkiyi işleyecekler ve konu genelde müzakereler düşünülerek anlatılmasına rağmen, uzlaştırma gibi yardımcı işlemler de bu konunun kapsamında olacaktırlar. [27]

Birçok ihtilaf müzakereleri avukatlara gerek kalmadan gerçekleşmektedir. Genelde, taraflar-aile üyeleri veya iş arkadaşları- kendi aralarında müzakerelerde bulunmaktadırlar. Avukatlar genelde çok dar bir alanda gerek duyulan konularda müzakerelere katılmaktadırlar; hukuki işlemlerde veya tahkimlerde ya da hukuki işleme veya tahkime gidecek çözüm bulunamamış ihtilaf çözümü görüşmelerinde. Bu ihtilafların müzakerelerine, kararlaştırma müzakereleri denilmektedir. Bu konunun avukatlara olan önemi sebebi ile bu kitapta bu konuya yer verilmiştir.

Kararlaştırma müzakereleri bir iddianın davacı tarafından davalıya satılması müzakerelerine verilen isimdir. Yalnız bu iddialar diğer satılabilen varlıklardan farklı olarak eğer sonuçlandırılmadıklarında yasal yaptırımları olan iddialardır. Eğer bir araba, fiyatı konusundaki müzakereler sonucunda satılamamışsa, arabayı almak isteyen müşterinin parası cebinde kalır ve arabayı satacak olan satıcıda araba sahip olmaya devam eder. Kimse bu satışı zorlayamaz. Bunun tersi olarak, eğer bir iddia müzakereler sonucunda satılamamışsa, davacı hukuki işlem veya tahkim yolu ile bu satışın yapılmasını isteyebilir. Mahkemenin yada tahkime karar veren şahsın kararı, iddiayı davacıdan alıp davalıya aktarmakta ve davalının ödemesi gereken fiyata da karar vermektedir. Gelmekte olan zorla satış kararlaştırma müzakerelerinin üzerinde bir gölge oluşturmaktadır. Kararlaştırma müzakereleri yasanın “gölgesi” altında gerçekleştirilmekte ve bu müzakereleri yapan taraflar ve avukatlar üzerinde farklı etkiler ve baskılar oluşturmaktadır, hukuki ya da tahkimden gelebilecek bir kararın doğurabileceği sonuçların müzakerelere etkisi ve benzeri hususlar, Bu müzakerecilerin yasal bir karar veya tahkimden gelebilecek bir karar sonucunda oluşabilecek bir fiyatlandırmanın değerinin müzakereler sırasında sürekli olarak akılda tutulmasına ve karar verilmesi aşamasında etki yaratmasına

Yazar Pınar Alemdar
Salı, 02 Aralık 2008 01:05

sebeptir. Bu fiyat, kararlaştırma müzakereleri veya hukuki işlem veya tahkim kararı ile ortaya çıkmasına rağmen her zaman rakamsal bir değer olmayabilir. Bu davacının iddiası karşılığı alabileceği herhangi bir şey de olabilir.[28]

(d) İşlemlerin kategorizasyonu ve karşılaştırılmasının etki ve sonuçları

Bu bölüm bu noktaya kadar ortaya çıkmış olan bir ihtilafın çözümünde 2 adımlı bir analiz işlemini tartışmıştır. İlk adım, hukuki işlem veya tahkimin temerrüt bir işlem olup olmadığıdır. Hukuki işlem, eğer taraflar ihtilaf hakkında hüküm verecek bir anlaşmaya imza atmadılarsa ortaya çıkacak temerrüt işlemdir. Bir kere temerrüt işlem tanımlandıktan sonra taraflar bu işlemin getirebileceği sonuçları tahmin etmeye çalışacaklardır. Bu yapıldığı zaman, bu o tarafın müzakereler ve yardımcı işlemleri konusunda düşüncelerini etkileyecek ve bilgilendirecektir.

Bu analiz aynı zamanda hukuki işlem ve tahkimin birbirlerinin yedeği olduklarını önermektedir. Ayrıca müzakerelerin ve müzakerelere yardımcı işlemlerin de birbirlerinin yedeği olduklarını önermektedir.

Tahkim ve hukuki işlem temerrüt işlemler kategorisine girmekte ve “hukukun gölgesini” ortaya koymaktadırlar. Müzakereler ve onların yardımcı işlemleri, uzlaştırma gibi, temerrüt olmayan işlemler kategorisine girmekte ve hukuki işlemler ve tahkim tarafından ortaya konulan gölgenin altında gerçekleştirilmektedirler.

Bu yüzden tahkim ve hukuki işlemi, birbirlerinin rakibi, bir dükkânın raflarındaki iki rakip ürün gibi, karşılaştırılması çok faydalı olur. Aynı zamanda müzakereleri ve uzlaştırmayı, veya uzlaştırma ile diğer bir yardımcı işlemi birbiri ile karşılaştırmak oldukça yararlı olacaktır.

Bunlardan daha zoru, temerrüt bir işlemi temerrüt olmayan bir işlemle karşılaştırmaktır. Örneğin, uzlaştırma ile tahkimi karşılaştıran bir kişi çok dikkatli olmalıdır. Bu karşılaştırmalar genelde ters gitmektedir çünkü birisi hukukun gölgesini ortaya koyan ve hukukun gölgesinde oluşan iki işlemi karşılaştırmaya çalışmaktadır.

7.ADR konusunda Daha Geniş Perspektifler

(a) ADR Çeşitliliği.

Giriş bölümünde gördüğümüz gibi, ADR 'nin içerisinde bir çok farklı işlem bulunmaktadır. Bu sebeple, AİÇ için genelleme yapmak mümkün değildir. Tüm AİÇ işlemlerinin ortak yanı, hepsinin hukuki bir işlem olmadığıdır. ADR ye tamamen karşı çıkmak isteyen birisi, hukuki işlemlerin ihtilaf çözümlerinin en doğru ve kesin yolu olduğunu söyleyebilir. Ayını zamanda, bunun tam tersi olarak da, ADR taraftarları, hukuki işlemlerin kesinlikle ADR' nin yerini tutamayacağını iddia etmektedirler.

AİÇ taraftarları arasında da birçok görüş farklılıkları bulunmaktadır. Birçok ADR taraftarı, ADR'nin bazı işlemlerini tümüne yeğlemektedirler. Öteki ADR taraftarları sadece taraflar gönüllü olarak ADR 'yi seçerlerse faydalı olacağını düşünmektedirler. Diğer ADR taraftarları “çok kapılı mahkeme”[29] konseptini desteklemekte ve bu konseptte ihtilaflar kendilerine uyan işlem ile eşleştirilmekte ve “ortam konu ile uygun hale” getirilmektedir.

(b) Soğuk ve sıcak temalar; İhtilaf Çözümlerinin Maliyeti ve Kalitesi

Daha önceki paragraflar ADR içerisindeki ve ADR taraftarlarının görüşlerindeki farklılıkları işlemekteydi. Fakat bizde ADR de oluşan temaları görebilmekteyiz. Bunları kategorize etme şekillerimizden birisi “soğuk” ve “sıcak” olarak bunları ayırmak olur. ADR 'nin “soğuk” bölümü, ihtilaf çözümlenmesinin maliyetine odaklanır. ADR 'nin “Soğuk” taraftarları için hukuki işlem oldukça maliyetli bir ihtilaf çözümlenme işlemidir. Başka işlemler kullanılarak zaman ve para dan tasarruf edilebileceğine inanmaktadırlar. Bunun tersi olarak,AİÇ nin“sıcak” taraftarları ihtilaf çözümlenmesinin kalitesine vurgulama yapmaktadırlar. Bu kalite bir çok şekilde ölçülebilir. Bazıları kaliteyi ihtilaf çözümlenmeyi tarafların ihtiyaç ve isteklerine “uyumlu ve cevap vermeye hazır” olarak görürler. Ötekiler kaliteyi “kavgacılığı” “ortak uzlaşma” ve “barışmaya” yol verdiği için gerekli görürler.

Yalnız burada kalite ve maliyet arasında ince bir değiş tokuş vardır. Yüksek kalite işlemler genelde düşük kalite işlemlerden çok daha fazlaya mal olmaktadır, aynen yüksek kalite arabaların fiyatlarının düşük kalite arabalardan daha yüksek olması gibi. Fakat AİÇ nin bazı taraftarları bu noktayı kabul etmek istemezler. Bazı soğuk-tema AİÇ taraftarları kaliteyi düşürmeden sonuçların daha kaliteli olabileceğini savunmaktadırlar. Bazı sıcak-tema AİÇ taraftarları da kendi işlemlerinin maliyeti arttırmadan kaliteyi arttırdığını savunurlar. Bazı AİÇ taraftarları hatta kendi işlemlerinin hem maliyeti düşürdüğünü hemde kaliteyi arttırdığını savunmaktadırlar. Bu tartışmaları her ne kadar inandırıcı bulsak da, ihtilaf çözümü işlemlerini masraf ve kalite konularında karşılaştırmak yinede iyi bir çalışmadır. [30]

Uyuşmazlıkların çözümü için kullanılan yollar verimli olarak çalışmazsa, masrafların da artması kaçınılmazdır. Bu ortamda en yararlı olacak uyuşmazlık çözüm yolu, bir ihtilafı yöneten ve bu suretle tarafların giderlerini asgariye indiren çözüm yoludur.[31]

(c) Avukatlar ve ADR

Herkes ihtilaf çözümü işlemlerini maliyet ve kalite açısından rahatça karşılaştırabilecekken, müşterisini bir ihtilaf çözümü davasında temsil eden bir avukat daha dar bir görüş sergilemek zorundadır. Avukat, müşterisinin çıkarlarını daha ileriye götürebilmek için daha dikkatli olmalıdır.

Avukat, işlem sonucunda kazancı ile bağlantılıdır. Müşterim tahkim hakiminden mi yoksa jüriden mi daha büyük bir kazanç sağlayabilir? Uzlaştırma müşterim için çok önemli olan bir ilişkinin tekrardan kurulmasına yardımcı olur mu? Bir karar anlaşmasının yapılması müşterime tahkime gidilmesinden daha ucuza mal olabilir mi? Bunlar avukatların sorması ve cevaplaması gereken sorulardır. Bu cevaplar müşteriden müşteriye ve ihtilaftan ihtilafa değişmektedir. Bu cevaplarda bazen en mantıklı insanlar bile görüş ayrılıklarına düşebilirler. Fakat, eğer bir avukat hukuki işlemleri sadece ve tek bir ihtilaf çözümü tarzı olarak görüyor ve bu soruları sormuyorsa, gerçekten mesleğine ihanet ediyor demektir.

Tekrar söylemek gerekirse, bu iki perspektif mutlaka farklı değerlendirilmelidir. Bir tanesi, genel olarak bir şahsın ihtilaf çözümü kalitesi ve maliyetini düşünerek karar vermesidir. Diğeri de, bir avukatın kendi müşterisi için en uygun ve en doğru ihtilaf çözümü yolunu araştırması ve seçmesidir. Bir avukat, belirli bir ihtilaf çözümü işleminin maliyeti çok yüksek ve kalitesinin çok düşük olduğunu düşünebilir. Ama bu avukat meslek ahlakı gereği eğer bu işlem müşterisinin çıkarlarına daha iyi hitap edecekse, bu yönde hareket etmelidir.

8. Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Ve Arabuluculuk Konusundaki Düzenlemeler.

Türk Hukuk sisteminde ADR yolları bugüne kadar önemli bir gelişme kaydedememiştir. Ancak, hukukumuzdaki münferit düzenlemeler incelendiğinde, hukuk sistemimizin aslında yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına ve uzlaşma kültürüne hiç de yabancı olmadığı görülür. Dolayısıyla bu tahlil sonucunda, ADR yollarının başta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun olmak üzere, diğer kanunlarda yapılacak değişikliklerle hukumuza aşılmasının yerinde olacağı ve böylece hem mahkemelerin aşırı iş yüklerinin azaltılması hem de toplum barışına hizmet edileceği söylenebilir.[32]

Türk hukukundaki sistemimizin yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına yabancı olmadığını vurgulanması açısından, hukukumuzdaki münferit düzenlemelere kısaca değinmenin yerinde olacağı kanısındayım;

· Öncelikle, uyuşmazlık kavramı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 16, 101, 310, 482, 516, 530 maddelerinde, 'niza' veya 'münazaa' kelimeleriyle ifade edilmiştir. Bu tanımlar irdelendiğinde, ancak sulh yoluyla çözülemeyen hak uyuşmazlıklarının dava veya tahkime konu olabileceği anlaşılmaktadır.[33]

· İş uyuşmazlıklarının çözümünde ADR etkili olarak toplu iş uyuşmazlıklarında kullanılır; ancak bireysel iş uyuşmazlıklarında da ADR'nin ve özellikle arabuluculuğun kullanılmasına bir engel yoktur. TİSGLK m.58,1'e göre toplu hak uyuşmazlıklarının her aşamasında taraflar anlaşarak anlaşmazlıklarını özel hakeme götürebilirler. [34]

- Boşalan Noterliklere Ait Daire ve Eşyaların Devri Kurallarını Tespit Eden Yönetmeliğin 6. maddesi, tarafların yaptıkları müzakereler sonunda eşyaların devrinde anlaşabileceğini belirterek, anlaşamazlarsa devir bedelinin tespiti için noter odasına başvuracağını belirtmiştir.[35]
- İdare hukukumuz da münferit düzenlemeleriyle ADR yollarına yabancı olmadığını göstermiştir. 4501 sayılı ‘Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun’ ile özü itibariyle bir idari sözleşme olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri, Danıştayken bu sözleşmelerde ADR’ye başvurma olanağı tanınmıştır.[36]
- 442 sayılı köy kanunu Madde 5’in birinci fıkrası arabuluculukla ilgili açık hükümler içermektedir.
- 6326 sayılı petrol kanunu hak sahibi açısından çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesini öngörmüştür.[37]
- 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki kanuna göre, taşınmaz maliki ile taşınmaza tecavüz eden kişi arasındaki uyuşmazlık, yargı yoluna intikal etmeden idari makamlarca çözülebilecektir.
- Vergi Kanununun ek 1-12 maddeleri ile idare ile mükellef arasındaki vergi uyuşmazlıklarında uzlaşmaya başvurulacağı 1963 yılında kabul edilmiş bir imkandır[38]
- Bunların dışında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Menkul Kıymetler Borsaları Hakkındaki Kanununda yer alan düzenlemeler ve spor hukukundaki bazı düzenlemelerde hukuk sistemimizin zemininin, yargı dışı çözüm yollarına uygun olduğunu göstermektedir.

· Bütün bunlara ek olarak, hukukumuzda alternatif çözüm yollarına yönelişin en açık göstergesi, Avukatlık kanununda değişiklik yapılmasını öngören ve 4667 sayılı kanunla getirilen yeni hükümlerdir. Bu yüzden bu konuya biraz daha eğilmek gerektiği kanaatindeyim.

9. Avukatlık Kanununa Göre Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Arabuluculuk ve Müzakere

Avukatlık kanununun madde 35/A maddesine göre, “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirilmesi gereken hususları içeren tutanak, avukat ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinin 2. fıkrası anlamında ilam niteliğindedir.”

Görüldüğü gibi avukatlık kanunun muhtelif yerlerde yapılan değişiklikleriyle, yalnız bu alandaki bazı uyuşmazlıkların yargının görev alanı dışına çıkarılmasıyla yetinilmemiş; bunun yanında Avukatlık kanununun 35/A maddesiyle, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konularla ilgili tüm uyuşmazlıklarda avukatları uzlaşma (müzakere) yoluna başvurabilmelerine imkan tanınarak tarafların ADR’ ye yönelmesi teşvik edilmiştir.[39]

Avukatlık kanunundaki bu düzenleme ADR usulleri içinde müzakere usulüne girmektedir. Müzakere usulü 2 çeşittir[40]. Birinci müzakere türü tarafların temsilcileri aracılığıyla gerçekleşir. Bu müzakerede tarafsız bir 3.kişinin katılımı görülmez. Tarafların temsilcileri birbirleriyle müzakere ederler. Taraflar, sonuçta yapılacak anlaşmanın koşullarını belirleme hakkına sahiptirler fakat temsilcilerinde az da olsa kontrol gücü bulunur. İkinci müzakere türü ise ihtilaflı tarafların bizzat katıldıkları müzakeredir. Tarafsız 3. bir kişinin bulunmadığı bu müzakerede, taraflar doğrudan birbirleriyle müzakere ederler. Tarafların hem uyuşmazlık çözüm süreci hem de sonuç üzerindeki kontrolü en üst düzeydedir. Bu bilgiler ışığında 35/A taraf temsilcileri

(vekilleri) aracılığıyla yürütülen müzakere usulünü düzenlemiştir.

Avukatlık kanununun 35/A maddesiyle getirilen müzakere yolu, ADR yollarının temel özelliği olan gönüllülük ilkesinden kısmen ayrılmaktadır. Zira müzakereye başvuru isteğe bağlı olmakla birlikte, müzakere sonunda uzlaşma tutanağının düzenlenmesi halinde, bu belge ilam niteliğinde sayılacağından müzakere sonucunda ulaşılan çözüm şekli tarafları bağlayıcıdır. Ancak bu husus bir eleştiri noktası değildir çünkü zaten ADR usullerinin eleştirilen yönlerinden bir tanesi de, ADR süreci sonucunda anlaşmaya varılan çözüm şeklinin, taraflar şekle bağlı bir sözleşme yapmadıkça, bağlayıcı olmamasıdır.[41]

Avukatlık kanununun bahsi geçen maddesi kanımızca şekli itibarıyla yetersiz olup düzeltilmeye muhtaçtır. Öncelikle uzlaşma tutanaklarının resmi senet hükmünde olduğu açıkça düzenlenmelidir. Uzlaşma tutanakları bu haliyle adi senet hükmünde olup basit bir imza inkârı ile hükümden düşürülebilir. (HUMK m. 296, II). [42] Bunun yanında tarafların uzlaşmaya başvurularıyla birlikte zamanaşımı ve hak düşümü sürelerinin durması öngörülmelidir. Aksi halde tarafların dava yolunu tercih etmelerine sebebiyet verecektir.

Buna ek olarak, Anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözümlenmesini düzenleyen avukatlık kanununun 167. maddesi, avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlığın, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözülebileceğini öngörmüştür. [43]

Görüldüğü üzere, Avukatlık kanunu avukatlar, avukat ortaklıkları ve iş sahipleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğu isteğe bağlı tutarken, tahkim yolunu zorunlu kılmıştır.

SONUÇ

Başta müzakere ve arabuluculuk olmak üzere bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanmasının hukuk sistemimiz açısından zorunlu olduğu açıktır. Türk hukuk sisteminin halen içinde bulunduğu ağır iş yükü ve davaların çözümünün uzun zaman alması, üstelik sonuçta

verilen hükümden tarafların memnun olmaması gibi sorunlar diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de karşılaşılmış ortak sorunlardır. Mukayeseli hukuktaki örnekler, bu sorunlara en kalıcı ve en köklü çözümün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi olduğunu göstermiştir. Bu nedenle Türk Adalet Reformunun en önemli unsuru alternatif uyuşmazlık çözümüdür.

KAYNAKÇA

- J. WARE , Stephen, Alternative Dispute Resolution, St. Paul, Minn, 2001
- ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Ankara, 2004
- KURU, Baki. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004

[5] ÖZBEK Mustafa : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,Ankara 2004, s.47

[6] J. Ware : Alternative Dispute resolution, St.Paul 2001 s.3

[7] Bu bir trajedi olabilir. Davacı gerçekten acı çekiyor olabilir ve davalının bu acı çekmeye son

vermek için ahlaki ve yasal sorumlulukları olabilir (J. Ware s. 3)

[8] J.Ware : Alternative Dispute Resolution s. 4

[9] ÖZBEK, Mustafa : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 50

[10] Hüküm verme, bir kişinin (hüküm verici) bir ihtilafın çözümü konusunda karar vermesine denilir. Tarafların bir ihtilafın sonucuna müzakere ederek varmalarının aksine, bu durumda hüküm verici taraflara davanın sonucunu karar vererek bildirir/ J.Ware s. 5

[11] J Ware : Alternative Dispute Resolution S. 5

[12] ÖZBEK Mustafa s.62

[13] ÖZBEK Mustafa s. 48/ Folberg /Taylor s. 10

[14] J Ware : Alternative Dispute Resolution S. 6

[15] ÖZBEK Mustafa : Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri s. 63

[16] J.Ware sf.6

[17] J.Ware s.6

[18] ÖZBEK Mustafa s.72 vd.

[19] J.Ware s. 8

[20] KURU Baki :Medeni Usul Hukuku ders kitabı, genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2004, s.933

[21] ÖZBEK Mustafa s. 66

[22] J ware s.7

[23] KURU Baki s.937

[24] Bu tahkim maddeleri genelde oldukça geniş kapsamlı yazılmakta olup, tarafların işlemlerinin ortaya çıkarabileceği her hangi bir ihtilafı kapsamakta, fakat istenildiğinde daha kesin yazılabilmekte ve sadece belirli ihtilafları kapsayabilmektedir. Tahkim maddeleri çalışma, kredi, mallar, hizmetler ve emlak konularını kapsayan birçok sözleşmede standart olarak bulunmaktadır.

[25] ÖZBEK Mustafa s.54

[26] J.Ware s.10

[27] J.Ware S.8,9

[28] J.Ware s.10

[29] Çok kapılı mahkeme konsepti Frank Sender'a atf edilebilir, ve kendisi bunu İhtilaf Çözümleme Mrkezi olarak adlandırmıştır. (ihtilaf çözümüleme merkezini özel bölüm ve birimleri ile bir memurun gelenleri gitmeleri gereken birime yönlendirdiği bir merkez olarak hayal etmiştir.)

[30] J.Ware s.11

[31] ÖZBEK Mustafa s.50

[32] ÖZBEK Mustafa s.362

[33] ÖZBEK Mustafa s. 59

[34] ÖZBEK Mustafa s. 374

[35] ÖZBEK Mustafa s. 377

[36] ÖZBEK Mustafa s. 386

[37] ÖZBEK Mustafa s. 388

[38] ÖZBEK Mustafa s. 392

[39] ÖZBEK Mustafa s.411

[40] Müzakere hakkındaki bilgi için bkz. Yuk. S.6

[41] ÖZBEK Mustafa s.416

[42] ÖZBEK Mustafa s. 428

[43] ÖZBEK Mustafa s.412

//