

Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturma hususu, esasen yargı erkini kullanmak suretiyle Devletlerin işidir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ise uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların iradeleriyle işlerlik kazanan, esas itibariyle, ilişkilerin bozulmadan sürdürülmesini ve adil bir karar yerine her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasının tercih edildiği yöntemler bütünüdür ¹. Başka bir deyişle alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğe hanel getirmeden uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünüdür.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, Amerika'da uzun zamandır özellikle değeri düşük olan ihtilaflarda, yargılama ücretinin ve masrafının yüksekliği, yargılamanın uzun zaman sürmesi ve davada davayı kazanan lehine mahkeme masraflarına hükmedilmemesi nedenlerinden dolayı ön plana çıkmıştır. Amerikan hukuk sisteminde yargılamanın olağanüstü şekilci oluşunun fazla zaman ve para harcanmasına yol açması, şekil kurallarından arınmış olan alternatif uyuşmazlık çözümlerinin gelişmesine yol açmıştır ². Genellikle ADR prosedüründe, menfaat esas (interest-based mediation) ön plana çıkmaktadır. Halbuki, mahkemedeki yargılama kural olarak hak temeline (rights-based) dayanır ve geçmişte yaşanan bir olay esas alınarak hukuki altlama faaliyeti yapılır.

Fransız Medeni Kanunu'nda uzlaşma, "önceden çıkmış bir uyuşmazlığı çözmek veya bir uyuşmazlık çıkmasını engellemek için taraflarca yapılan bir sulh sözleşmesi" olarak tanımlanır. "Dava açılmadan önce uzlaşmaya varma", eğer taraflar bir uzlaşmaya varmayı başarabilir ve bu uzlaşmayı müzakere etmeyi karşılıklı menfaatlerine uygun görürlerse herhangi bir arabuluculuk çeşidine tercih edilir ³.

Tarafların daima avukatla temsil edildikleri varsayıldığında, çalışmamız da avukatlarca yürütülen uzlaşma usulü üzerinden anlatılamaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DAĞITICI MEYDAN OKUMALAR

1.

Genel Olarak

Dava ve uzlaşma yolunu hakkındaki ekonomik modellere göre yargılama giderlerindeki değişkenlik, tarafların bir davayı sonuna kadar takip edip edemeyecekleri konusunda verecekleri kararı etkileyen temel nedendir. Yargılama giderleri, davanın erken terk edilmesini ve niye çoğu olayın uzlaşma ile sonuçlandığını açıklamaktadır ⁴. Eğer ki tarafların davaya gitmenin değeri hakkındaki beklentileri bir noktada birleşiyorsa, niye olay, dava boyutuna taşınınsın ? Daha önceden belirtildiği üzere çoğu zaman uzlaşılır. Fakat, uzlaşma süreçleri, iki nedenden dolayı genellikle verimsizdir.

Birincisi, uzlaşma sağlanmasına rağmen, taraflar arasındaki bu uzlaşma geç sağlanır ve bu da gereksiz muamele giderlerine yol açar. Hukuki ihtilaflar, problem çözme alıştırmalarından ziyade karşılıklı savaş olarak bellendir. Taraflar, uzlaşmanın mümkün olduğunu bilmelerine rağmen aşırı pozisyonlar olarak tavizden kaçınırlar. Zaman boşa harcanır, ilişkiler zarar görür, ve sonunda dava genede mahkeme binasının merdivenlerinde taraflar arası uzlaşma ile çözülür. Bu noktada, taraflar, ihtilaf çözüm sürecinde büyük uğraşlar vermiş olurlar.

İkincisi, dava sürecinde ulaşılan uzlaşmalar genellikle, muamele giderlerinden tasarruf etmekten çok değer yaratan karşılıklı alışveriş yapma ihtimalini göz ardı etmektedir. Dava yolu, hukuki fırsatların ve risklerin değerlendirilmesini içerse dahi, tarafların çıkarlarını, kaynaklarını ve kapasitelerinin geniş anlamda göz önünde tutulması hususunu bünyesinde barındırmaz. Sonuç olarak, taraflar asla, iki tarafında daha iyi pozisyona getirebilecek olası alışverişleri keşfedemeyebilir.

Pazarlığın dağıtıcı yönleri sıklıkla ihtilafli tarafların kafasını kurcalar. Dava yolu karmaşık ve akıcıdır. İki tarafın nadiren mahkemeye gitmenin değeri konusunda ortak noktada birleşen beklentileri bulunur ve her bir taraf dava süreci boyunca, diğerinin bu değeri algılamasına, hamle ve karşı hamlelerle devamlı surette etki etmeye çalışırlar. Çünkü, bu algılamaya yapılan hamleler sonucu başarılı bir şekillendirme, tarafa gerçek dağıtıcı yararlar bahşeder ki, taraflar, ihtilafı tırmandırabilir ve sonuçta tek taraflı olarak kolayca değiştiremeyecekleri muhalif ve yıkıcı dinamikler hususlarında çıkmaza girebilirler. Sonuç ise farklılıkları değişik yollardan etkili biçimde çözecek çözümler aramaktansa, birbirini yıpratma savaşına dönüşür. Bundan sonraki bölümlerde, davacıları genellikle yaratıcı çözümlerden uzak tutan bu stratejik karmaşıklıkları

incelemeye çalışacağız ⁵.

1.

Dava Yolunun Sonucuna İlişkin Belirsizlik: “Olay Gerçekten Ne Değerdedir?”

Birinci zorluk, davacının, mahkemenin dava edilen olayda ne yapacağını kesin olarak bilmemesidir. Bu da dava öncesindeki uzlaşmaların sayısını arttırmaktadır ⁶. Çoğu olayda hiçbir taraf, olay davaya konu olursa davacının ne kadar alacağı hakkında emin değildir. Fakat bu gibi belirsizliklere rağmen taraflar, muhtemel sonuçların dağılımı olasılığını benzer şekilde değerlendirebilirler. Örneğin, davadan önce hiçbir taraf, jürinin davalıyı ihmalkar bulacağını kesin olarak bilemeyecektir. Fakat yine de taraflar olasılıklar üzerinde anlaşabilirler.

Aşağıda belirtilen ihtilafı ⁷ göz önüne aldığımızda, hem davacı Tom hem de davalı otel, jürinin otelin ihmali bulunmadığına karar verme oranını %30 olarak değerlendirmektedirler

⁸

. Bu durumda otel herhangi bir tazminat ödemeyecektir. Gene birleştikleri diğer bir hususta, savunma tarafının %70 oranında ihmalkar bulunması sonucu \$100.000 ödeyeceğidir. Taraflar olay hakkındaki beklentileri paylaşmakta ve bu yüzden, uzlaşma süreç maliyetini gözardı ettiklerinde, \$70.000’lık netice değer üzerinde anlaşmalıdırlar (Bu miktar her iki durumda ödenecek tazminatın yüzdesiyle çarpılması ve ortaya çıkan iki değer toplanmasıyla bulunur).

Ancak taraflar genellikle ihtilafı ilgili olasılıkları benzer şekilde değerlendirip algılayamazlar. Bunun yerine, herbir tarafın, davada gerçekleşecek çeşitli olaylar hakkında olasılık ve neticelere ilişkin kendi beklentileri vardır ve gene her iki tarafında beklenen neticenin değerine ilişkin özel tahminleri bulunur. Burda tarafların, otelin olayda ihmali bulunduğu konusundaki olasılık değerlendirmeleri farklılık gösterir. Örnek olayda, tarafların ortaya çıkan zarar hakkındaki beklentileri aynı olmasına karşın, beklenen neticenin miktarı konusundaki öngörülerini çarpıcı biçimde farklıdır. Davacı, davanın değerini \$90.000 olarak düşünürken, davalı otel bu miktarı \$10.000 olarak görmektedir.

Çoğu davada, bu çeşit bir karar ağacının bir çok dalı ve alt dalları olacaktır. Otel olayda kusurlu bulunacak mıdır? Davacı müşterek kusurlu mudur? Eğer böyleyse, iki tarafın karşılaştırmalı kusuru nedir? Ortaya çıkan zararın kapsamı nedir? Tarafların davanın sonucuna ilişkin birbirleriyle birleşen beklentilerine ulaşmaları için, bu sorulara verecekleri farklı cevapları

tartışmaları ve bu farklılıkları kapatacak yollar bulmaları gerekmektedir.

Tarafların çeşitli sebeplerden birbirlerinden farklı beklentileride bulunabilir. Öncelikle, farklı unsurları biliyor olabilirler. Davacı, davalı otel elemanlarının dolun bölgesindeki çöplerin nasıl dikkatsizce toplandığına tanık olan bir şahidin ismini biliyor olabilir. Sigorta şirketinin avukatı başlangıçta bu potansiyel tanığı bilmiyor olabilir. Tabiki dava başlamadan, tebliğ ve esasa ilişkin inceleme esnasında bu unsur herkes tarafından bilinmelidir. Fakat, bazı durumlarda taraflardan biri ya da ikisinde dava hakkındaki beklentilerini etkileyebilecek özel bilgileri saklı tutabilirler. İkinci olarak, ve çoğunlukla, tarafların, aynı unsurlara ilişkin farklı yorumları ve algılamaları olabilir. Üçüncü olarak, ilgili hukuku ve bunun ihtilafın unsurlarına nasıl uygulanacağı hususunu farklı değerlendirebilirler. Son olarak, özellikle meydana gelen zararlara ilişkin jürinin takdir konusunda büyük pazarlıkları vardır. Sonuç, davaya dahil olan insanlara ilişkin jürinin subjektif kanısını değiştirebilir.

Örnek olayda, tarafların birbirlerinden farklı olabilecek görüşlerine ilişkin aşağıdaki belirsizlikleri dikkate alalım. Davacı yüklem alanında yerde bulunan gazetenin varlığı hakkında yalan mı söylüyor? Yalan söylesin veya söylemesin, jürinin davacıya inanması mümkün mü? Davacı inandırıcı bir tanık mı? Davacının otel yönetimini yüklem alanındaki tekrarlayan çöp sorunları hakkında uyarmasını nasıl değerlendirebiliriz? Eğer müdür böyle bir konuşmanın varlığını inkar ederse; Jüri kime inanır? Ve davacı gelecekte ne çeşit sağlık harcamalarına maruz kalabilir? Olası neticelerin aralığı çok geniş olduğundan ve belirli neticelerin avantajlarını değerlendirmenin kolay bir yolu olmadığından, davanın karşı avukatı davanın beklenen kıymeti hakkında çok çeşitli sonuçlara ulaşabilir.

1.

Dinamik Bir Oyunda Algılamaları Etkilemek: “Senin Davan Bir Köpek”

Dava yolu, sadece uygulanan hukuksal sistem altında toplanan değişmez unsurlar bütünü olarak, her bir taraf tarafından uygulanan tarafsız değerlendirmeyi içermez. Tersine, dinamik bir sistem olarak, her bir tarafın vekili tarafından, devamlı olarak karşı tarafın davanın gidişatına ilişkin algılamalarını şekillendirmeye çalışmaktır. Zor bir iş olan bir durumu diğer tarafın gördüğü gibi görebilme yeteneği, bir müzakerecinin sahip olması gereken en önemli becerilerdendir. Eğer, karşı tarafı etkilemek isteniyorsa, onların görüşlerinin gücü onların bakış açısıyla anlaşılmalı ve inançları aynı güçle hissedilmelidir⁹. Karşı tarafın görüş açısını anlamak onunla aynı fikirde olmak değildir. Başlangıçta avantajlar belirlenmemiştir. Öndürüşme sürecindeki hareket ve karşı hareketler yüzünden, zeki bir avukat, müvekkilinin kazanma şansını

geliştirebilir; yeni dökümanlar ortaya çıkabilir; Karar dilekçesinin özeti, olayın bir kısmı gözardı edilerek kabul edilebilir; ifade sırasında dikkatli bir sorgulama, tanığın inanırlılığını sarsabilir; inandırıcı uzman bir tanık davaya katılabilir.

Avantajları değiştirmek hususunda çalışmanın yanında, her bir taraf, karşı tarafın netice beklentisi konusundaki algılamasını ve kabul edilebilir uzlaşma anlayışını etkilemeye çalışabilir. Konuları abartma ve şişirme olağan karşılanır. Taraflar, kendilerinin beklenti ve güvenilirlik hususlarına ait işaret vereceğini düşündükleri aşırı pozisyonlarını kontrol altında tutarlar. Avukatlar, daima saldırarak ve diğer tarafın savunmasını küçümseyerek, davanın diğer tarafça subjektif değerlendirilmesini değiştirmeye çalışırlar. Davaya ilişkin bu hareketler, müzakere sürecinin ortak noktalarıdır [10](#).

Dava alternatiflerine ilişkin diğer tarafın anlayışını değiştirmenin önemli bazı dağıtıcı sonuçları vardır. Otele karşı açılan davada keşif aşamasına geçildiği, ve davacı taraf avukatının, yüklem alanı inşaatında kuvvetlendirilmiş güvenlik parmaklıklarına ait bir projeyi gösteren belgeyi otel dökümanlarından ortaya çıkardığını varsayarsak; davacı avukatı bu bilgiyi, karşı tarafla olan müzakerede, otelin 'davacı tarafın dava açılması durumunda kazanacağı' anlayışını arttıracığını umarak öne sürecektir. Başarılı olup olmayacağını kimse bilemez ancak davacı taraf avukatı bu yolu deneyecektir.

Yukarıda bahsedilen dinamiklerin önemi kesinlikle abartılmamıştır. Avukatlar ve müvekkilleri, sürekli olarak müzakere stratejilerinin temelini, dava hamlesinin eldeki olayın algılanmış değerini değiştireceği ihtimali üzerine kurarlar. Dava süreci, avukat ve müvekkilinin münhasıran olayın olası sonucunu etkilemeye odaklanarak, bunun para karşılığı olarak kaçta mâl olacağını gözardı etmeleri sonucunda herşeyi tüketici bir hal alacaktır. Ayrıca, oyunun akıcı doğasından dolayı hukuki ihtilaftan beklenen net sonucunu değerlendirme süreci çok zordur. Dava yolu, bir verip iki alabileceğin veya handikaplarını bilebileceğin bir oyun değildir. Aksine dava, en azından müvekkiller için, eğer belirsiz ve gizli miktarlar ödersen, belirsiz bir ödül için belirsiz avantajlar kazanabileceğin bir oyundur.

1.

Muamele Giderlerini Etkilemek: Senin Canını Bizimkini Yakacağından Daha Fazla Yakarız

Görüldüğü üzere, tarafların hukuki ihtilaftaki çekincelerin değeri, kısmi olarak dava açmaları

durumunda maruz kalacakları muamele giderlerine bağlıdır. Eğer diğer taraf bu maliyeti değiştirebilirse, mahkemeye gitmenin olası net değerinde değiştirebilir.

Bazı dava ücretleri sabittir. Örneğin, iddiayı ileri süren dosya ücretini karşılar. Ancak çoğu dava ücreti, tarafların davranışlarıyla ilgilidir. Örneğin, avukat ücreti, tanık ücreti, keşif yükü, ve cepten çıkan diğer ücretler gibi çeşitli dava giderleri, diğer tarafın ne tür bir seçim yapacağına göre geniş çapta çeşitlenebilir. Bu kritik derecede önemlidir. Davada, bir taraf, kendi küçük miktarda muamele ücreti öderken, diğer tarafa yüklü bir miktar ücret yükleyebilir. Örneğin, keşif sırasında, avukat A'nın, avukat B'ye göndereceği uzun soru formu ücreti çok düşükken, avukat B'nin bunu cevaplaması saatlerce çalışmasını gerektirebilir. Tabiki avukat B'de benzer bir liste yaparak aynı maliyeti A'ya yükleyerek misilleme yapar. Ancak davanın başında hiçbir taraf, karşı tarafın davayla ilgili ne tür bir seçim yaptığını ve işlem ücretlerinin bu seçimlerden nasıl etkileneceğini bilmemektedir [11](#).

Sonuç, yıpratma savaşına dönüşebilir. Amaç, karşı tarafın razı olacağı büyük bir yük yüklemeye dönüşür, ancak gerçekte, iki tarafta sonuçta kaybet-kaybet neticesine yol açan muamele gideri yükü altında bocalarlar. Kazanma umuduyla başlatılan savaş, her iki taraf içinde rasyonel bir hareket olmasına rağmen toplu netice irrasyoneldir.

Karşı tarafı yıpratmak amacıyla yoldan çıkarmak, taraflar farklı maliyet ve kaynaklarla karşılaştıklarında, özellikle etkili olabilir. Richard Zeckhauser tarafından yapılan zekice bir deney bu durumu örneklemiştir. Zeckhauser, deneklere 2 Dolar'ı aralarında bölüşmelerini istemiştir. Ancak , taraflar bölüm konusunda anlaşamadıklarından hiç para almamışlardır. Oyunun ikinci versiyonunda, aynı şekilde deneklerden 2 Dolar'ı aralarında bölüşmeleri istenmiş ancak geçen her dakika bir tarafın 10 cent vergilendirilirken, diğer tarafında 5 cent vergilendirileceği belirtilmiştir. Bu durumda, çoğu insan, pazarlıkçının 5 cent'le vergilendirilmesi sonucu oluşan asimetric fiyat avantajının karşı taraf üzerinde bir derece baskı oluşturacağını sezmiştir. Bu durumda, bazı çiftler, aceleyle iki Dolar'ı eşit şekilde paylaşma konusunda anlaşırken, çoğu dakikada 5 Cent vergilendirilen pazarlıkçı, bu üstünlüğünden kendisi için 1 Dolar'dan fazla teklif vererek yararlanmaya çalışmaktadır. Oyunun ikinci versiyonunun sonucunda etkileyici olan, üstün gibi görünen tarafın averaj konusunda, tarafların simetric maliyetle karşılaştığı durumdan kötü olmasıdır. Asimetric maliyeti kötüye kullanmaya teşebbüs eden taraf, diğer tarafça inada teşvik edilir ve iki tarafta normal olarak 1 Dolar'dan düşük fiyata razı olurlar.

Bu tam da bazı hukuki ihtilaflarda olanlara benzemektedir. Daha iyi bir pay alabileceğine veya karşı tarafa daha fazla maliyet yükleyebileceğine veya ikisine de inan taraf, bu üstünlüğünü, pazarlığın dağıtıcı yönüyle kullanmaya teşebbüs eder. Bu, diğer tarafın kısıtlı kaynakları olduğunda ve teslim olmaya zorlanırsa, rasyonel bir stratejik harekettir. Ancak, bu sıklıkla

irrasyonel bir açmaza ve sürümcemeli bir uyuşmazlığa yol açar ve sonuçta iki tarafta kaybeder.

1.

İrade Anlayışlarını Etkilemek: Acı Son İçin Savaşacağız

Dava yolunun dinamik yapısından dolayı hukuki ihtilafa düşen taraflar sıklıkla karşı tarafın irade gücünü merak ederler. Davayı yürütmek için diğer taraf neler taahhüt eder? Diğer taraf blöf mü yapıyor yoksa gerçekten tatminkar bir uzlaşma teklifi alamaması durumunda ileriye zorlayabilir mi?

Barbara Tuchman, saldırgan taraf tarafından uzlaşma şartları sunan bir teklifin, her zaman için istekliliğin ve zafer azminin zayıfladığı imajı vereceğini gözlemlemiştir. Bu zayıflığı sezen karşı tarafın, bu şartları kabule eğilimi azalır. Bu, savaşı bitirmenin neden her zaman yeni bir savaşa başlamaktan daha zor olduğunun bir nedenidir. Savaşta nasılsa, davada da öyledir. Avukatlar çoğunlukla uzlaşma görüşmelerine ilk başlamak konusunda isteksizdir. Her iki tarafta, kendi savunmasını zayıf gösterecek hareketlerden kaçınmak istediği için, diğer taraftan bir işaret beklemektedir. Jeffrey Rubin, bu dinamikle ilgili, Boris Spassky ve Bobby Fischer arasındaki Dünya Satranç Şampiyonasında yaşanan güzel bir örneği ilişkilendirmiştir.

İki taraf arasında yapılan maçın başlarındaki oyunlardan, iki tarafında kazanma şansının çok az olduğu anlaşılmalıdır. Her iki tarafta da piyon ve şah kalmıştır ve iki tarafında piyonu vezir yapma pozisyonları yoktur. Beraberlik kaçınılmaz olmasına rağmen, iki tarafta yumuşamaya dair herhangi bir işaret yoktur. İki büyük satranç uzmanıda, rakibinden bahsetmemek için, odada rakibinin varlığından farkında olduğunu gösterecek hareketlerden kaçınmaktadırlar. Karşılıklı hareketler uzadıkça ve oyunun beraberlikle biteceği açıkça ortadayken, hakemin tarafların davranışlarına karşı olan sabrı büyük ölçüde azalmaktadır.

Niye hiçbir taraf bu durum karşısında uzlaşıcı bir çözüm teklif etmemektedir? Açıkça görülüyorki, bunu yapmak, kendine güvenin azaldığının bir işareti olarak algılanmakta ve böylece taraf, oyunda zayıf bir konuma gelmektedir.

İki tarafta kendini sıkışmış hissetmektedir. İki tarafta bu uzlaşmadan yaralanacak olmasına

Yazar Yamaç Güneyl
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

rağmen hiçbir taraf bunu ilk teklif etmek istemez. İki tarafta bazı noktalarda uzlaşmanın olası olduğunu bilmesine rağmen, “Acı son için savaşıcağız”, dava yolunda genel bir savaş çığıdır. Taraflar, kazanmak için ne kadar sürerse sürsün katlanmaya ve beklemeye, ne alırsa da bunu harcamaya istekli gözükme isterler. Bu tür işaretler göndererek, taraf, diğer tarafın davada başarılı olma olasılığı tahminini gözden geçireceğini ummakta ve böylece kendisinin de uzlaşma sırasında ne ödeyip ne kazanmaya istekli olduğunu yeniden değerlendirecektir [12](#).

Bunların hepsi bir gölge boksu değildir. Tarafın, diğer tarafın iradesinden şüphelenmesi için çeşitli nedenleri olabilir. Belki de diğer tarafın müvekkili gerçekten mahkemeye gitmek istemiyor ve bunun yerine uzlaşmayla olayı hızlıca çözmek istiyor olabilir. Eğer karşı tarafın müvekkilinin niyeti zayıf gözüküyorsa, taraf, dava yolunu zorlayacağını ileri sürüp bu müvekkili korkutacağını umarak uzlaşmadan karlı çıkmak konusunda cesaretlenir. Diğer bir nedenin odağı avukat olabilir. Bir taraf, rakip avukatın bu davayı istemediği konusunda düşüncelere dalabilir. Avukatın bu hususlarla ilgili dava deneyimi olmayabilir yahut firmada yakında terfi edeceği için alacağı davayı kaybetme gibi büyük bir riske girmek istemeyebilir. Böylece, tarafın bastırması sonucu, karşı avukat, mahkemeye gitmemek için sonunda uzlaşma konusunda taviz verebilir. Örneğimizde, otel, davacı taraf avukatının, davanın kazanılması halinde ücret hakkı kazanacağını ve şimdiden büyük harcamalara maruz kaldığını düşünerek, mahkemeden eli boş dönme riskine karşılık olayda uzlaşmaya yanaşmak isteyeceği sebebiyle karşı taraftan bir teklif gelmesini bekleyebilir.

1.

Görülmecek Davaya Hazırlanmak: “Mahkemede Görüşürüz”

Dava yolunda, bazen her iki tarafta asla gerçekleşmeyecek bir dava için çılgınca hazırlık yapabilirler. Taraf, şikayete ilişkin taslak hazırlar, dilekçeleri dosyalar, ifadeleri alırlar, keşife ait dökümanlar üzerinde zaman harcar ve bütün bu bilgileri belki de uzlaşma yolu ile çözülecek olayın mahkemesi için hazırlarlar ve iki tarafta bunu biliyordur. Bu, silahlanma yarışına benzer: iki tarafta kullanmamayı umarak, silah depoları inşa ederler. Böylece karşı tarafa savaşa hazır olduğunu gösterirler. Fakat iki tarafta, silah stoklarını düşürme konusunda anlaşabilirlerse, bu durumdan yararlanacaktır. Sorun, hiçbir tarafın ilk olarak silahsızlanmak istememesidir.

Bazen dava ile tehdit etmek veya davayı fiili olarak başlatmak, inat eden tarafı müzakere masasına getirmek için gereklidir. Benzer şekilde, resmi bir dilekçenin kullanılması, gerekli açıklamanın yapılmasını sağlayabilir. İki tarafında mahkemeye ilişkin işlemlerin değeri konusunda aynı beklentileri paylaşmalarına rağmen bu birleşme noktasını asla

Yazar Yamaç Güneyli
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

keşfedemeyebilirler çünkü iki tarafta, diğerine üstünlük sağlamakla ilgili konularla çok meşguldür. Her iki tarafta, kendisinin yüksek seviyedeki güvenine ve irade gücüne işaret etmek için aşırı bir durumu ifade ederek başlayabilirler. Sonrasında, taraflar, diğer tarafın davaya gitme konusuna verdiği değer anlayışını şekillendirmek için dava yolu hareketini yaparlar. Bu sırada, bu değer üzerine kendilerini değerlendirmeleri konusunda, burunlarından solumaya devam etmektedirler. Davranışları, samimi olmak yerine herhangi bir olası dağıtıcı avantajı emniyete almak için daha radikal ve kışkırtıcı bir eğilime girer. Bu süreçte, dava alternatifleri hakkındaki beklentilerinin aynı olduğunu keşfetmeleri ihtimal dışıdır.

Her bir tarafta, dava ile tehdit konusundaki inandırıcılıklarını kaybetmemek için kendinden emin gözükme istemeleri tarafların, olayla ilgili gerçek değerlendirmelerini ilk açığa vurma konusunda, ikileme karşılaşmaları yüzündendir. Avukatlar ve müvekkilleri, tek taraflı açıklamaların kötüye kullanılabileceği riskinden korkmaktadırlar. “Eğer kendi davamda zayıf bir noktayı itiraf edersem, karşı taraf, kendi savunmalarındaki bir açığı ortaya dökmeden benim dürüst açıklamamdan avantaj elde ederler”. Hiçbir taraf zayıf gözükme istemez. Birisinin davasıyla ilgili kuşkuyla itiraf etmek, diğer tarafa para yardımı yapmakla eşit gözükmetedir. Sonuçta, kartlar kapalı olarak oynamak, elindekilerin gücü hakkında yüksek sesle saçmalamak, ve davasından çok sonuç üzerine bahse girmek taraflar için başlamaya değmiştir [13](#).

Bu davranışın bir nedenini, Jeffrey Rubin “taahhütüstü ve tuzağa düşürme” olarak adlandırmıştır. Bu olguyu örneklendirmek için, “Dolar Müzayedesi” isimli zekice bir oyunu göz önünde bulundurmalıyız. Oyunu \$20 için oynadığımızda; \$20’lık fatura, en yüksek teklif sahibi için ilk teklifin en az \$1 olduğu ve arttırmalarında dolar tutarıyla yapıldığı bir açık arttırmaya çıkarılır. Oyundaki çarpıklık, ikinci en yüksek teklif sahibininde, geriye hiçbirşey almayacak olmasına rağmen, kendi teklifini açık arttırmacıya ödemek zorunda olmasıdır. Örneğin, en yüksek teklif \$15 ve kazanan \$20’lık fatura için \$15 teklif ederek \$5 kar etti. Eğer ikinci en yüksek teklif de \$14 ise teklif sahibi bişey elde etmeden bu miktarı mezatçıya öder.

Yüzlerce hukukçuyla oynanan bu oyun sonucunda; açılış teklifi genellikle \$2-3 gibi düşük olmuştur. Fakat neredeyse bütün durumlarda, çekişme ortaya çıkmakta ve teklifler yükselmektedir. Teklif \$10’ın üzerine çıktığı zaman, genellikle sadece 2 teklif veren kalmakta ve mezatçı artık parayı kazandığını bilmektedir. Ancak, teklifin sıklıkla \$20’in üzerine çıkması izleyicilerin şaşkınlığına sebep olmaktadır. Bir kişinin \$20, diğerinin \$19 teklif verdiği durumu göz önünde bulundurursak, düşük teklif veren, ikinci yüksek teklif veren olacağına (net zararı \$19), \$21 verip (net zarar \$1) kazanarak daha iyi duruma gelmenin hesabını yapar. Fakat, \$21’i teklif ettiğinde ve sıra diğer teklif verene geçince, aynı sebepten teklif yine artacaktır.

\$20’lık hesap \$150’a kadar yükselerek satılmış ve mezatçının para kaybettiği asla

görülmemiştir. Bu oyun, dava yoluyla bazı çarpıcı benzerlikler göstermektedir. Eğer ücret-kaydırma mekanizması yoksa, her bir taraf, aynı oyunda \$20'lık faturayı kimin kazanacağından bağımsız tarafların son tekliflerini ödemek zorunda oldukları gibi davada da kendi dava ücretini davayı kimin kazanacağından bağımsız olarak öder. Müzayede oyunundaki teklif sahipleri gibi, her bir dava tarafı diğerinden fazla parayı gözden çıkarmak suretiyle kazanma şansını arttırmaya çalışacaktır ve yine dava tarafları, kaybetmek istemedikleri için mücadele dinamiği içinde kapana kısılabilecektir.

1.

Avukat-Müvekkil İlişkisinde Teşvik Sorunları: “Özürün Üçte Biriyle Kirayı Ödeyemezsin”

Müvekkil-Temsilci ilişkisi, davada uzlaşmayı ve uzlaşma yapılacak davada değer yaratmayı zorlaştırabilecektir. Müzakerelerde temel problem, tarafların ihtiyaçları, arzuları ve kaygıları arasındaki çatışmada yatar. Bu tip arzu ve kaygılar menfaatleri oluşturur. Menfaatler, tarafların karmaşık pozisyonları arasında sessizce hareket ederler. Müzakerelerde pozisyon, tarafların üzerinde verdikleri şeyken, menfaatler ise bu kararları vermelerine sebep olan şeylerdir [14](#). Bu yüzden, değer yaratıcı bir pazarlık içine girebilmek için avukatın, müvekkilinin menfaatlerini, olanaklarını ve yeteneklerini bilmesi gerekmektedir. Çoğu avukat bu hususları sormayı veya öğrenmeyi düşünmemektedir. Bunun yerine avukatın müvekkiliyle konuşması münhasıran davaya ilişkin riskler ve fırsatlara odaklanmaktadır.

Karşılıklı bilgi değişimi pahalı bir husustur. Avukat, müvekkilinin menfaatleri hakkında yeterli bilgisi bulunmadan davayı takip edebileceği için hem avukata hem de müvekkiline bu değer yaratmanın temelleri hakkında konuşarak zaman harcamak gerekli gözükmez. Fakat bu bilgiler olmadan, avukatın elleri müzakere masasında bağlı bulunacaktır. Büyük olasılıkla avukatta, iki tarafın çıkarlarını tatmin edecek bir alışveriş yolu bulmaktansa, mahkemeye gitmenin beklenen değeri üzerinden dağıtıcı bir pazarlık yapmaya yönelecektir [15](#).

Bunun yanında, avukatın ücret ayarlaması, yanlış türde bir teşvik yaratabilir. Çoğu zaman müvekkiller, olayın avukatın konu üzerinde fazla zaman harcaması sonucu ekonomik olarak bu durumdan yararlanmaları sonucu hiç veya geç uzlaşmaya varıldığından şikayet ederler. Müvekkil için bu, muamele gideriyken genellikle avukat için gelirdir. Büyük hukuk firmaları genellikle saat başına dava ücreti alırlar. Avukatlar farkında olmadan yada olarak gereksiz hukuki araştırmalar yapar, çok sayıda teklifi dosyalar, fazla sayıda şahidin ifadesine başvurabilir veya diğer taraftan kendi çıkarına muamele giderini yükseltebilirler. Tabi ki bu hareketlerin hepsi çıkar için yapılmaz. Müvekkili çıkarına rekabetçi bir avantaj kazanmak ve kapalı kart bırakmayarak

Yazar Yamaç Güneyli
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

belirsizliklerin azaltılması için meşru bir arzunun dışında, saatlik ücret alan bir avukat, her türlü ek zaman ve mesai yatırımı uğraşmaya değer bulabilir. Yinede, uyuşmazlığın iki tarafındaki avukatlarında saatlik ücretli olduğu durumda, uzun süreli ihtilaf riski, özellikle müvekkillerin cepleri doluyorsa, büyür.

Haksız fiil davalarında, iddia makamı avukatı davanın kazanılması halinde avukatlık ücreti alacaksa, buna karşılık savunma makamı avukatına saatlik ücret ödeniyorsa, bu avukatların teşvikide çok farklıdır. Davacının avukatı, zaman harcamasında kendine dönüşü maksimize etmek için düşük maliyet ve sürede davayı tamamlamak hususuyla motive olabilirken, savunma avukatı, ücretini arttırmak için davayı gereğinden fazla uzatma teşvikine sahip olabilir. Bazen de davalı içtenlikle bu ayak sürümeyi, düşük fiyatla uzlaşma sağlama konusunda davacı taraf avukatına baskı yapmak için avukatlık ücret yapısının özünden kaynaklanan bu zayıflıktan faydalanmak umuduyla onaylar. Bazı müvekkiller ise, diğer tarafa para ödemektense avukatına ödeme yapmayı tercih edeceği pozisyonları seçerler.

Bu avukatlık ücreti, avukatları, belirli türlerde değer yaratıcı alışverişler aramalarından vazgeçirmekte ve davaların olması gerekenden daha uzun süre devam etmesine neden olmaktadır. Örnek olayda, davacı davasından, otel ile çamaşır servisinin kurum içine taşınması konusunda anlaşması sonucunda feragat ederse, davacı taraf avukatı büyük bir ödül kazanmayabilir çünkü davacı taraf avukatının alacağı ücret, uyuşmazlığın tazminat ödenmesi konusunda uzlaşısıyla bitmesine bağlıdır. Bu tür bir çözüm için avukatın nasıl teşviklere ihtiyacı vardır?

Müvekkil organizasyonları içindeki genel temsilci problemleri de uzlaşmaya engel olabilir. Davadan sorumlu yönetici kendi kariyerini korumak için bir doğrulama isteyebilir veya bölümden yada bürodan sorumlu yönetici, nöbette olmamak için transfer olana kadar uzlaşmayı geciktirmeyi isteyebilir. Bu çeşit bir sorumluluktan kaçış, hükümet organlarının hukuk dışı fiillerle suçlanmasıyla aynı derecede ortaktır. Bu organın içinden kimse kendini tehlikeye atmak ve sorumluluğu kabul etmek istemezse, hükümet de çok sert bir müzakere duruşu takınmaktan vazgeçebilir [16](#) .

İKİNCİ BÖLÜM

DEĞER YARATAN FIRSATLAR

1.

Genel Olarak

Önceki bölümlerde incelenen dağıtıcı meydan okuyuşlar kanıtlamıştır ki, eğer iki avukat mahkemeye gitmenin umulan değeri üzerine müzakerede bulunuyorsa, sıklıkla biri için \$1 fazla diğeri için \$1 eksik olacak gibi davranırlar. Bazen bu düşünce doğrudur. Fakat uyuşmazlık çözümünde, müzakereler tümüyle davanın beklenen net sonucunu belirleme üzerine yoğunlaşsa da, değer-yaratan fırsatlar vardır. Hukuksal ihtilafların çözümü yalnızca dağıtıcı bir faaliyet değildir.

1.

İşlem Maliyetinin Azaltılması

Sorun-çözücü avukatlar, dava sürecini yönetmenin yanında, müvekkillerine müzakere sürecini yönetmek konusunda da yardım ederek süreç maliyetini düşürürler. Süreç mimarı haline gelen avukatların bu nosyonu sezgisel değildir. Müzakere hakkındaki çoğu popüler düşünceler, ihtilafın çözüm sürecine değil de terim ve şartlar, ücretler, kimin neyi ne zaman alacağı gibi uzlaşmanın içeriğine yoğunlaşmıştır. Yine de her müzakerede taraflar bazı türde süreçlere katılırlar. Avukatlar, ihtilafın değer-yaratan bir yolla ve taraflar için düşük maliyetle çözülebileceği bir süreç tasarlamaya yardımcı olabilmelidirler [17](#).

Örneğin, çoğu kişi, esasa ilişkin incelemenin verimsizliği ve yüksek maliyeti üzerine tartışırlar. Bu maliyeti düşürmek için, herhangi bir incelemeye gerek duyulmadan taraflar arası kritik bilgilerin hızlandırılmış şekilde değiş tokuşunu cesaretlendirecek çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Federal Usul Kuralları yakın zamanda değiştirilerek, esasa ilişkin inceleme talebi olmadan belgelerin ve “dava layihasında iddia edilen ihtilaflı unsurlarla” ilgili tanıkların ortaya çıkarılması zorunlu hale getirilmiştir. Hangi kuralların gerekiceğinden tamamen ayrı olarak, sözleşme ile ihtilaflı taraflar, sürümcemedeki soru formları, tanık ifadeleri ve belge talepleri olmadan karşılıklı bilgi paylaşımı konusunda anlaşabilirler.

Süreç mimarı olarak avukatlar, ihtilafın çözümü için alternatif hukuki yollar araştırabilirler. Mahkemede görülen kanuni dava yolu ihtilafı çözmenin bir methodudur. Ancak, uzlaşma, tahkim veya mini-dava gibi diğer birçok olasılıklar, daha az süre ve muamele ücretine sebep olarak adil sonuçlar ortaya çıkarabilir. Ayrıca, bu seçeneklerin herbirinde yaratıcı süreç tasarımları için fırsatlar bulunmaktadır. Avukatların her zaman için bu süreç tasarımı düşünüklerini ölçüde, kendi seçeneklerini sıklıkla uzlaşmaya karşılık dava yolu gibi çeşitli alternatif süreç tercihleri arasında seçim yapmak olarak görürler. Fakat, bazen ihtiyaca göre uyuşmazlık çözümü düzenlemek daha da yararlı olabilmektedir. Örneğin, tarafsız uzmanlar, teknik ve hukuki belirsizlikleri daha yönetilebilir seviyeye düşürebilirler veya uzlaşma ve tahkim birleştirilebilir.

Avukatların tümüyle dava yolu seçeneğini veya birlikte süren geleneksel tahkikat sürecini gözardı etmemelidirler. İşe alternatif bir süreç olması için, avukatlar safça bunları kullanmanın müvekkilin ihtiyaç ve çıkarlarını feda etmeyeceği konusunda kendinden emin olmalıdır. Başka bir deyişle, avukatlar, belirli müşteriler için karışık prosedürleri uygun hale getiren halihazırdaki uyuşmazlık çözüm mekanizmaları çerçevesinde kaçınılmaz olarak süreç tasarımına dahil olurlar.

1.

Farklılıklar Üzerine Alışveriş

Muamele giderinden tasarruf etmek için uzlaşmalar, risk ve zaman tercihlerindeki farkların alışveriş yapılarak değer yaratabilmelidir. Mahkeme, toplu parasal tazminat verebilmesine rağmen, avukatlar bazen yapısal ödemeler için bu farklar üzerine alışveriş yaparlar. Örneğin, uzlaşma, davacıya ömür boyu aylık ödeme yapılması şeklinde yapılabilir.

Uzlaşmaya doğru taraflar mahkemenin asla emredemeyeceği şeyleri sıklıkla yapabilirler. Örneğin, bir doktorun hastasından özür dilemesinin anlamı önemli bir anlaşma olabilir ve bu ilişkiyi tamir için büyük bir adımdır. Taraflar aynı zamanda, ana ihtilaftaki riskli hususla az yada hiç ilişkili olmayan konularda müzakere yapabilirler. Örneğin, iki kamu şirketi, bir şirketin diğerini satım gücü elde edeceği uzun dönemli sözleşmenin şartları hususunda davada bulunmaktadır. Çözüm hakkındaki tartışmaların boyutunu genişletmek için taraflar, ihtilafı alakasız ortak faaliyetler ve alışverişler bularak büyük bir anlaşma değeri yaratmaya ve tabiki davanın çözümünü kolaylaştırmaya çalışırlar. İhtilaf çözümü, esas davanın ötesinde yeni anlaşmalar yapmak için katalizör olarak kullanılabilir [18](#).

Örnek olayımıza dönersek, davacı, otelin çamaşır servisi için aydan aya sözleşme uygulamasının hiçbir şey ifade etmediğini ve eğer ki, bir yada iki yıllık sözleşme yapabilecek az sayıda büyük ve tahsis edilmiş müşterisi olsaydı, bu hizmeti daha düşük ücrete sağlayabileceğini düşünmektedir. Davacı, çamaşır toplama ve ulaştırma maliyetini ve zamanını bertaraf etmek için çamaşır ünitesini otelin içinde işletme fikri hususunda yazı tura da atacaktır. Bu çamaşır makinalarını satın almak ve kurmak için başlangıç sermayesi gerekecek olmasına rağmen, davacı, uzun dönemde ordaki personeli idare ederek otelin parasından tasarruf edebileceğini düşünmektedir.

Haksız fiil hakkındaki müzakereler sırasında davacı ve davalı otelin bu iş fikrini tartışma olasılığı var mıdır? Çok değil. Davacı avukatının müvekkilinin bu fikri hakkında bilgisi mevcut olmayabilir. Avukat, yaralanma tazminatı hususunda, müvekkilinin sınırlı bir finansal alakası olduğunu bilmesine rağmen müvekkilinin gelecekte otel ile iş yapmak hususunda açıkça bilinen bir finansal ilgisinin olduğunu göz önüne almayabilir. Davacının işi, davalı otel için ne kadar önemlidir? Davanın davacı ile otel arasındaki ilişkiye etkisi nedir? Ve davacının yaralanması hususunda dava devam ederken, taraflar gelecekte yaratıcı bir iş anlaşması olasılığını araştırabilirler mi? Büyük çoğunlukla dava avukatları ne bu fikirler üzerine konuşmayı dikkate alırlar ne de müvekkillerine bunu yapmaları hususunda tavsiye verirler. Ve fakat böyle bir alışveriş müzakerenin kapsamını genişletecek ve tarafların faydalanacağı kaynak ve kabiliyetleri müzakere masasına getirebilecektir.

Davacı taraf avukatı ve müvekkili artık otel ile dava hususunda karmaşıklık içindedir. Davacı taraf avukatı, hakimden önce ilerlemeye devam etmektedir. Esasa ilişkin inceleme gelişmekte ve avukat, otel yönetiminin, çalışanların, otelin yükleme alanını da içeren umumi alanlarına çöp bırakma alışkanlıkları olduğunu bildiğine dair otelin birkaç raporuna ulaşmıştır. Avukat, müvekkilinin bu husustaki şikayeti konusunda otel yöneticilerinin ifade vermesini sabırsızlıkla beklemektedir. Çünkü olayın meydana geldiği gün çöp dökülmesini gören bir şahid bulamamasına rağmen davacı avukat, yükleme alanındaki atılmış yiyecek ve çöplerin tekrarlayan ve bilinen bir problem olması üzerine olayı kurmasından dolayı kendinden emindir.

Neticede davacı ve sigorta şirketinin avukatları kararlı şekilde müzakerelere başlarlar. Otel ilk teklifini \$10.000'a yükseltse avukatlar, alışılmış senaryoyu takip etmeleri sonucu çıkmaza girebileceklerdir. Davacı avukat, müvekkilinin sorunu hakkında kendinden emin bir duruş sergiler ve yüksek bir uzlaşma rakamı talep eder.

İmkansız isteyerek, davacı avukat otelin düşüncesini bağlayacağını ummaktadır. Sigorta

Yazar Yamaç Güneyli
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

şirketinin avukatı omuz silkecek ve “tamam, konuşacak hiçbir şey kalmadı” diyecek yada sunulan bu belgelere karşı saldırıya geçerek, sebeplerden kuşku duyulmasını deneyecektir. İki taraftan biri, diğer taraftan mahkemede karşılaşmaya yönelik bir işaret bekleyerek, müzakere masasını terkedebilir.

Tabiki davacı taraf avukatı, farklı olarak daha sorun çözücü bir yaklaşım içinde bulunacaktır. Karşı avukatın teklifini kabul yada reddetmek yerine aşağıdaki şekilde bir konuşmaya girecektir [19](#)

:

Davacı taraf avukatı: \$10.000’lık teklifiniz için teşekkürler. Bu davadan şu anda ne anladığım temel alındığında bu teklifi gerçekçi bulmamama rağmen bunu mutlaka değerlendirecez. Daha yüksek bir talep ve pazarlık ile karşılık vermek yerine, siz ve benim davanın değerine, dava yoluna başvurursak mahkemenin nasıl bi sonuca ulaşacağı ve karşılaşılacak fırsatlar ve risklere ilişkin hususlarda ortak bir anlayışa ulaşmayı teklif ediyorum. Eğer anlaşamazsak, en azından müvekkillerimize hangi noktalarda farklılıklar olduğunu açıklayabiliriz.

Savunma: Açıkçası söylediğimiz üzere davanın değerinin \$10.000 fazla olduğunu düşünmüyoruz.

Davacı taraf avukatı: Anlıyorum ancak sebebini bilmek istiyorum. Eminim ki, kusurlu olup olmadığınızı, müvekkilimin kusurlu olup olmadığını, ne çeşit zararın olabileceği gibi her türlü değişken hakkında düşündüğünüze eminim

Savunma: Evet, tabiki düşündük ve ben \$10.000 konusunda çok eminim.

Davacı taraf avukatı: Peki, sizin değerlendirmeniz bir şekilde doğru benimki yanlış olsa da şimdilik en azından iki tarafında olay hakkında nasıl düşündüğünün farkında olmamız yararlı olacaktır diye düşünüyorum.

Davacı taraf avukatı bu şekilde ne yapmaya çalışmaktadır? Avukat karşı tarafla müzakere usulü üzerine müzakere etmeye çalışıyordur. Biliyordur ki, otel bir şekilde \$10.000’lık bir rakama

Yazar Yamaç Güneylü
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

ulaşmış durumda ve bu miktara katılmamasına rağmen karşı tarafın mantığını duymaya istekli olduğunun sinyalini vermektedir. Daha da önemlisi, davacı taraf avukatı, paylaşılan bir sorun olarak, davanın değeri hakkındaki yakınsak beklentilerine ulaşılabilirliğini ifade etmekte ve bu noktaya henüz yakınsanamamasına rağmen en azından eğer karşı taraf, kendilerinin hangi noktadan geldiğini anlamaya çalışırlarsa, kendi müvekkillerine müzakerelerini daha iyi şekilde anlatabileceklerine işaret etmektedir.

Müzakere netlik kazandıkça, davacı taraf avukatı fazla sayıda bu çeşit hareketler yapmalıdır. Özellikle, avukat, müvekkili ve otelin muamele giderinden tasarruf ettirecek sınırlandırılmış bir esasa ilişkin inceleme rejiminde anlaşmaları hususunu ileri sürmeyi isteyebilecektir. Belki de iki taraf yaralanmasının tazmini hakkında tarafsız bir değerlendirme için olayı sağlık uzmanına yönlendirme hususunda anlaşarak, buna kimin sebep olduğunu göz ardı ederek zarar hakkındaki anlaşmazlıkları büyük ölçüde elimine edebilirler. Bunun gibi yaratıcı usul önerileri sayesinde davacı avukatı, uzlaşmaya varmanın muamele giderini düşürmeye çalışacaktır.

Şu durumda, avukatın, davada \$72.000 tazminat isteyeceğini ve bu rakama nasıl ulaştığının mantığını anlattığını düşünelim. Müvekkili \$9000 sağlık harcamasında bulunmuştur. Kazadan sonraki üç ay içinde işi \$34.000 zarara uğramıştır. Çünkü, çalışmamasından dolayı bazı özel müşterileri başka firmalara yönelmiştir. Toplamda gerçek zarar \$43.000 etmektedir. Davacı avukat, ek olarak \$47.000'ı ileride karşılaşılabilecek sağlık harcamaları ve iş zararını karşılayabilecek miktar olarak değerlendirmiştir. Ancak, toplamda \$90.000 eden tutardan müvekkilinin karşı kusurunu göz önünde bulundurarak %20 indirim yapmıştır.

Sigorta şirketi avukatı, davacı avukatın, otelin ihmali olduğunu kanıtlama şansı bulunduğunu kabul etmesine rağmen, aslen karşı tazminat talebini reddeder çünkü jürinin davacıyı en az %50 kusurlu bulacağını düşünmektedir. Ayrıca, davacı avukatının, davacı şuan işe döndüğünden dolayı ileride karşılaşılabilecek iş zararlarını ispatlama kabiliyetinden şüphe duymaktadır. Bu yüzden \$35.000 teklif ile karşılık verir. Davacı avukatı, karşı tarafın gerekçelerine katılamaz ancak mahkemede davanın nasıl gelişeceği hususundaki ihtilafı varsayımların test edilebileceği yöntemiyle usuller yada ayrılıklar arası köprü kurma yollarından faydalanılmasını önerir [20](#).

Avukat ayrıca ihtilafın ortalama kapsamının dışında değer yaratıcı alışverişlerin bulunması fikrinin ortaya koyulmasını ister. Öncelikle müvekkiliyle onun asıl çıkarlarının ne olduğunu konuştuğundan sonra, avukat, sigorta şirketinin avukatıyla bu hususu deneyebileceklerini tartışabilir.

Yazar Yamaç Güneylü
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

Davacı taraf avukatı: Önermek istediğim diğer bir nokta da dava yolu hususunu bir kenara koymamız ve müvekkilimizin burada daha geniş bir çeşit anlaşma yapabileceklerini tartışmaya zaman ayırmamızdır. Müvekkilimin ve otelin belli bir süre boyunca birlikte iş yaptığını ve bu yüzden, iş çıkarları ve iki tarafında, bu davadaki uzlaşma dışında, para kazanma yollarının olup olmadığının hakkında konuşmalarının daha değerli olabileceğini düşünüyorum.

Savunma: Otel sahiplerinin müvekkilinizin bu davaya başladıktan sonra pek olduğundan emin değilim. Son birkaç haftadır farklı bir çamaşır hizmet şirketi kullanmaktalar.

Davacı taraf avukatı: Anlıyorum. Genede rica etsem aramızda daha verimli sonuçlar doğurabilecek herhangi işe ait bir menfaat olup olmadığını konuşmaya zaman ayıramaz mıyız? Hatta bu toplantıyı taraflarında katılımıyla dördü olarak ayarlamamız daha yararlı olabilir.

Savunma: Pek emin değilim. Bu konuyu müvekkilim ile görüşmeliyim.

Savunma avukatı, öncelikle bu fikir hakkında şüpheli olmasına rağmen davacı taraf avukatı, menfaatler ve kaynaklar konusunda konuşmaya biraz süre ayırması hususunda davalı taraf avukatını nezaketle ikna eder. Davacı taraf avukatı, belki hiçbir değer yaratan alışveriş imkanı bulamayabileceklerini kabul eder ve fakat kendi görevini bir araştırma olarak tasarlar ve diğer tarafı buna katılması için davet eder.

Sonraki toplantıda, daha önce mahkeme hususu yüzünden esasen ortaya çıkmayan tarafların menfaatleri karşılıklı tartışılır. Davacı taraf avukatı konuyu yönlendirerek, karşı taraf avukatını ısrarlı biçimde müvekkilinin isteklerini geniş bir perspektifle düşünmesi konusunda cesaretlendirir.

Davacı taraf avukatı, tarafların menfaatlerini içeren listeyi müvekkiline getirir ve onunla otelin ihtiyaçlarının ve terşinin karşılanması hususlarında çeşitli çözümleri tartışılır. Davacı, otelin ne özellikte bir çamaşır servisine ihtiyacı olduğu ve ne türlü maliyet düşürücü önlemler alacağı hususlarında meraklıdır. Belki otelde, onun gibi çamaşır servislerini büyük otellerin içine taşıma konusuyla ilgilenecektir. Avukat ve müvekkili, bu ihtilafı bir anlaşmaya çevirmek için ne tür alışverişler yapacakları konusunu tartışmak için otel sahibiyle buluşması konusunda anlaşılır.

Yazar Yamaç Güneyli
Pazar, 18 Ocak 2009 00:44

Sonuç olarak, süreç mimarı olarak avukatın, müvekkilinin menfaatlerini karşılayacak bir anlaşmaya varması için, diğer tarafın menfaatlerine de cevap verecek bir çözüm geliştirmesi gerekmektedir. Karşı tarafın görüşlerinin meşruluğunu kabul etmemek, tarafları partizanca tartışmalara ve tek taraflı çözümlere yönlendirir. Bu yüzden yaratıcı seçenekler ortaya koyulmalıdır [21](#) . Bunlar;

-

Seçenekler yaratma işinikarşı tarafı yargılama işinden ayrı tutmak,

-

Tek bir cevabı aramayıp masadaki seçenekleri genişletmek,

-

Her iki tarafı da kazançlı çıkaracak bir arayış içinde olmak,

-

Karşı tarafın kararlarını kolaylaştırıcı yollar bulmaktır.

SONUÇ

Bu kısa örnek avukatlar ve müvekkillerinin, hukuki bir ihtilafın çözümünde değer yaratma imkanlarının olduğunu göstermektedir. Uzlaşma usul maliyetini düşürerek, avukatlar dar kapsamda davanın beklenen değerine odaklanmış müzakerelerde bile müvekkillerinden yararlanabilir. Ayrıca, tarafların çıkarları kaynakları ve yetenekleri arasındaki farklılıklara ilişkin alışverişler planları önererek, avukatlar, çözülmesi neredeyse imkansız ihtilafları bile yapıcı anlaşmalara döndürebilirler. Her zaman fırsatlar bulunmaktadır ancak avukatlar ve müvekkillerin bunlara nasıl bakacaklarını bilmeleri gerekir.

Çoğu hukuki uyuşmazlık çözümünün özü, mahkemede beklenen yargılama usulü değerinin taraflar tarafından algılanmasının değerlendirilmesi ve şekillendirilmesidir. Beklenen değer ve her iki tarafın bu konudaki algılamaları sabitlenmemesi yüzünden, dağıtıcı avantaj için sıkı pazarlıkla meşgul olma günahına girmek korkunç olabilir. Avukatlar, sıklıkla sıkı pazarlık taktikleri ve hileleri hususunda gayet yeteneklidir ve belki de bu yöntem ile pazarlık en rahattır.

Bu çalışmada süre gelen durumdaki iki sorun tanımlanmıştır. Birincisi, iki tarafta saldırgan avukatlar tuttuğu zaman dava sonunda iki tarafta ciddi bir karmaşıklık ve kavga içinde kalırlar. Dava, pahalı ve savurgan hale gelir ve tarafların çabuk, ucuza ve bir şekilde iyi iş ilişkileri kurarak çözülmesi muhtemel değildir. İkinci sorun ise hukuki uyuşmazlıklara geleneksel yaklaşım, karşılıklı yararlar içeren alışverişler bulma fırsatını sağlamamaktadır. Bütün hukuki uyuşmazlıklar çok geniş değer yaratma potansiyeli olmasa da, çoğunun vardır. Eğer avukatlar sıkı pazarlık modunda sıkıştırlarsa, hazır olmasına rağmen değer bulması olası değildir.

KAYNAKÇA

Fisher, Roger/

Ury, William/

Patton, Bruce : Evet: Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak (Çev. Fatma Güven Burakreis)
(İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).

Mnookin, H. Robert

Peppet R. Scott

Tulumello S. Andrew : Beyond Winning, London 2000.

Özbek, Mustafa : Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye
Armağan, Ankara 2006, s. 441-502).

Tanrıver, Süha : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve
Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim, Ankara 2007, s.59-83).

Yıldırım M. Kamil : İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz
Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360).

[1](#) Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış (Makalelerim, Ankara 2007, s. 59-83), s. 60.

[2](#) Yıldırım, Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360), s. 348.

[3](#) Özbek, Mustafa: Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 453.

[4](#) Özbek, s. 471.

[5](#) Mnookin, H. Robert/Peppet, R. Scott/Tulumello, S. Andrew: Beyond Winning, London 2000, s.108.

6[□] Genelde Amerika'da tahkikat aşamasına gelen davaların, toplam sayıya oranı %10'dur.

7[□] Olayda, Davacı Tom, davalı otelin günlük olarak çamaşır ve havlularını otelden alıp, yıkayıp, geri getiren küçük bir yıkama ve kuru temizleme şirketinin sahibidir. Olay günü davacı, temiz çamaşırını otelin yükleme alanına indirirken, dengesini kaybederek düşmüş kolunu kırmış ve başını çarpmıştır. Hastanede 1 gün gözlem altında tutulmuş ancak 1 ay süre ile çalışamayacağı belirtilmiştir. Davacının herhangi bir sağlık yada kaza sigortası bulunmamaktadır. Tom, bu olayda kaymasına birisi tarafından boşaltma alanına bırakılmış gazetelerin sebep olduğunu düşünmektedir. Yükleme alanında çalışanların etrafa çöp ve gazete atmasından daha önce rahatsız olmuş ve otel yönetimini 2 kere uyarmıştır. Uzun süreli sakatlanmasından ve bu yüzden işinde meydana gelen aksamalardan dolayı karşılaşacağı zararı tümüyle otelin kusurlu davranışına bağlamaktadır (Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 97).

8[□] Bu tahlil, karar ağacı gibi, tarafların davadaki güçlü ve zayıf konumlarını değerlendirmek için sistematik bir yol sunan ve tarafların davadaki başarı şanslarını ölçen analitik araçlarla kolaylaştırılır.

9[□] Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce: Evet: Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak (Çev. Fatma Güven Burakreis) (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008), s.30.

[10](#)[□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 111.

[11](#)[□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 112.

[12](#)[□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 114.

[13](#)[□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 116.

[14](#)[□] Fisher/Ury/Patton, s.50.

[15](#)[□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 117.

[16](#) [□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 118.

[17](#) [□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 119.

[18](#) [□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 120.

[19](#) [□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 122.

[20](#) [□] Mnookin/Peppet/Tulumello, s. 123.

[21](#) [□] Fisher/Ury/Patton, s. 71.