Yazar İlhami ÖZTÜRK - Sermaye Piyasası Kurulu Üyesi
Pazartesi, 15 Aralık 2008 16:41

1. GİRİŞ

Uyuşmazlıkların yargıya intikalinden önce çözümlenmesine ilişkin yöntemlerden biri olan arabuluculuk müessesesi tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de her geçen gün daha fazla uygulama alanı bulmakta ve ilgi toplamaktadır. Bu gelişmeler başta hukukçular olmak üzere arabuluculuk müessesesi ile ilgili tüm bireylerin bu konuda daha fazla bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk müessesesinin ülkemizde yeterince bilindiğini ve uygulandığını söylemek zordur. Müessesenin tanınması kadar tatbik imkânı bulması da yapılacak yasal değişikliklerden ziyade toplum ve özellikle de hukukçular tarafından benimsenmesine bağlıdır.

Bu çalışmada arabuluculuk süreci ve arabuluculuğun günümüzde yaygın uygulandığı alanlar hakkında genel bilgiler verilecektir. Arabuluculuk sürecinde; taraflar, avukatlar, arabulucu ile taraflar ve arabulucunun izniyle katılan diğer katılımcılar, onların temsilcileri, düzenlenen oturumlar ve bu oturumlar yoluyla sağlanan doğrudan ve dolaylı iletişim, uzlaşma teklifleri ve neticesinde varılan anlaşma ve bunlara ilişkin usul ve esaslar ile uzlaşmanın önündeki engellerin kaldırılması konuları ele alınacaktır. Arabuluculuk sürecinin ihtilafın taraflarından sadece birisine kazanç sağlayan, diğer tarafı mağdur eden bir süreç olmadığı, tarafların her ikisinin de varılan anlaşma sonucunda kazançlı çıkabildiği bir süreç olduğu hususu irdelenerek günümüzde arabuluculuk müessesesinin yaygın uygulama alanı bulduğu aile, çalışma ve iş hayatı, toplumsal konular, kamu hukuku, medeni hukuk, ticaret ile ceza konularındaki örnekler tetkik edilecektir. İnceleme, ağırlıklı olarak Amerika Birleşik Devletlerindeki arabuluculuk müessesesini ve uygulamalarını içermekle beraber yeri geldikçe ülkemiz uygulamaları ve diğer ülke uygulamalarına da sınırlı olarak yer verilecektir.

2. ARABULUCULUK SÜRECİ

2.1- Amaçlar Süreci Şekillendirir

Üç ana arabuluculuk amacı; sorunu çözmek, artı-toplam fırsatlarından yararlanmak ve manevi gelişmeyi sağlamak olarak özetlenebilir. Veri bir arabuluculukta –arabulucu, taraflar, avukatlar ve diğerleri- bu amaçların bir kısmı veya tamamı bulunabilir. Bazı durumlarda tüm taraflar benzer amaçlara sahip olabilir. Örneğin, avukatlar sorunu çözmeye odaklanmışken taraflar artı toplam fırsatlarına ve arabulucu da manevi gelişmeye odaklanmış olabilir. Söz konusu arabuluculuğun şeklini katılımcıların amaçları belirleyecektir. Yani arabuluculuk süreci hakkında yapılacak bir tanımlama genelleme yapmayı gerektirmektedir ve bu durum her zaman doğruyu ifade etmez. Buna karşın birçok uzlaşma arabuluculuğunda ortak noktalar vardır ve bu hususlar aşağıda incelenecektir. Takip eden bölümlerde arabuluculuk sürecinin önemli faydaları ve bu konulardaki uzlaşmazlık noktaları tartışılmaktadır.

2.2- Genel Olarak Arabuluculuk Süreci

İhtilaflı taraflardan her ikisinin de üzerinde anlaştığı 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 çözecek olan anlaşmanın taslağının hazırlanmasında onlara yardımcı olmalıdır. Uygun bir şekilde hazırlanmış bir anlaşma gerektiğinde icra edilebileceğinden, uyuşmazlığı çözmüş olacaktır.[1]

(a) Katılımcılar

Arabuluculuk en az üç kişi gerektirir: bir arabulucu ve iki müzakereci. Arabuluculuğun olmazsa olmaz kişisi arabulucudur. Birçok arabulucu genel olarak sorunun taraflarının katılmasını isterler ancak eğer kendileri yerine avukat gibi temsile yetkili kişilerin bulunması durumunda arabuluculuk taraflar olmadan gerçekleşir.

Arabuluculuk usulünün temel özelliği, arabulucunun tarafsızlığıdır. Arabulucunun sonuç üzerinde herhangi bir menfaati olmamalıdır. Arabulucu taraflardan herhangi biriyle, tarafsızlığını etkileyecek bir bağlantı kurmamalıdır. Arabulucunun tarafsızlığı, arabulucunun kişisel değerlerini çözüm usulüne getirmemesini ifade eder.[2]

Bazen iki taraf ve avukatları arabuluculuğa katılır. Bazı arabulucular tarafların katılımını artırmak ve avukatların katılımını azaltmak hatta tamamen engellemek isterler. Bu durum çoğunlukla boşanma, velayet ve diğer ailevi arabuluculuklarda gerçekleşir. Buna mukabil bazı arabulucular avukatların olaya dahlini artırmak isterler.

Arabuluculuğun muhtemel katılımcıları sadece taraflar, avukatlar ve arabulucu değildir.

Tarafların ve arabulucunun izniyle herkes katılabilir. Sorunun türüne bağlı olarak bu kişiler aile üyelerinden birisinden muhasebecilere veya rahiplerden iş arkadaşlarına kadar herhangi bir kişi olabilir.

İhtilaflı 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.[3]

(b) Arabuluculuğa Başlama

Arabuluculuk genel olarak arabulucunun kendini bulunanlara takdim etmesi ile başlar. Hoşbeşin ardından arabulucu arabuluculuk sürecini ve kendi rolünü belirtir. Giriş açıklamaları oldukça rahat ve gayri resmi olmasına karşın arabulucu bu cümlelere oldukça dikkat edecektir, çünkü tüm süreç boyunca var olacak tonu belirleyecek olan bu konuşmalardır. Arabulucunun giriş açıklamaları çoğunlukla, diğer konular yanında, arabuluculuk sürecinde konuşulanların gizli olup olmayacağı veya hangi ölçüde gizli olacağı konularını içerir.

Arabulucunun girişinin ardından, her bir tarafa söz vermek suretiyle sorunu açıklamalarını isteyebilir, bu sırada diğer katılımcılar sessizce dinlerler. Bu açılış konuşmaları taraflar yerine avukatları tarafından da yapılabilir. Bazen, arabulucular bu konuşmanın taraflar tarafından yapılmasını tercih edebilecekken bazı durumlarda bunun avukatlar tarafından yapılması tercih edilebilir. Açılış konuşmalarının ardından arabulucu taraflara bir gündem hazırlamak için hangi konuların tartışılması gerektiğini sorar. Belirli bir gündem konusunda anlaşmaya varmak katılımcıları cesaretlendirebilir ve daha temel konularda anlaşmak konusunda hız verebilir. Arabulucu sıklıkla kolay konuları gündemin ilk maddelerine koyar. Eğer katılımcılar bazı

konularda çok az zaman harcayarak anlaşmaya vardıklarında tüm sorunu çözecek bir anlaşmaya varmak konusunda cesaretlenirler ve psikolojik olarak kendilerini buna adarlar. Başlangıçtaki başarılarının daha sonraki bir çıkmazla feda edilmesini istemezler.

Gündemin belirlenmesinin ardından ekstra bilgi veya yeni katılımcıların bir araya getirilmesi gerekebilir. Böyle olduğunda o gün için toplantıya ara verilmesi gerekebilir. Bazı arabuluculuklarda birkaç saatlik bir toplantının ardından anlaşmaya varmak mümkünken bazen haftalara veya aylara yayılmış birçok toplantı yapmak gerekebilir.

(c) Ortak Oturumlar, Özel Oturumlar, Mekik Diplomasisi

İki taraf ve arabulucunun olduğu toplantılara ortak veya açık oturum denir. Ortak oturumlar sırasında arabulucu genel olarak bir sıra takip eder ve iletişimi kolaylaştırmaya çalışır. Bunlar değişik şekillerde yapılabilir ki bazıları gelecek bölümde tartışılmıştır.

Arabulucunun tek tarafla bir araya geldiği özel oturumlar da olabilir. Bazı arabuluculuklar tamamıyla özel oturumlardan oluşabilir ki bunlarda sadece başlangıç ve bitiriş oturumları ortaktır. Bu arabuluculuklarda arabulucu, her iki tarafla özel oturumlar yapmak suretiyle mekik diplomasisi yürütür.

Mekik diplomasisi tarafların birbirine hiddetlenmesini engeller. Örneğin, A tarafı 'Bence B pis bir yalancı ve ben onun söylediği hiçbir şeye inanmam' dediğinde arabulucu bunu A'ya şu şekilde açıklayabilir: 'A senin sözlerine güvenip güvenmeme konusunda bazı şüpheler taşıyor.' Mekik diplomasisi aynı zamanda bir tarafın uzlaşma önerisini diğer tarafa götürmeye de yarar. Bu teklife verilecek ilk tepkinin teklif eden yerine arabulucu tarafından işitilmesi suretiyle de kalp kırıklığının olmasını engeller. Örneğin: "Bu teklif aşağılayıcı! Gerçekçi olmadıkları sürece dava açacağız." Bu durumda arabulucu buna daha yumuşak bir şekilde karşı tarafa iletebilir, belki de bir karşı teklif iletebilir.

Özel oturum isteyebilecek tek kişi arabulucu değildir. Taraflar ve avukatlar sıklıkla talep ederler. Özel oturumlara başlamadan önce arabulucu arabuluculuk sürecinde konuşulanların gizli olup olmayacağı veya hangi ölçüde gizli olacağı konularını tekrar gündeme getirebilir.

(d) İletişimi Kolaylaştırma

Arabulucuların yaptıklarının çoğu aslında taraflar arasındaki iletişimin kolaylaştırılmasıdır. Eğer bu kolay bir konuymuş gibi gözüküyorsa birçok sorunun müzakereler başarısızlığa uğradıktan veya dava süreci başladıktan hemen sonra arabuluculuk sürecine geldiğini hatırlamak gerekir. Taraflar birbirinden nefret edebilir. Her biri diğerini imha edilmesi gereken bir düşman olarak görebilirler. Böyle bir çevrede iletişimi kolaylaştırmak büyük bir başarı olabilir.

Arabulucular taraflar arasında doğrudan ve dolaylı iletişimi kolaylaştırabilirler.

(1)Dolaylı İletişim

Dolaylı iletişimi kolaylaştırmanın en önemli yolu özel toplantılarda her bir tarafın özel bilgilerini edinmek ve daha sonra uzlaşma bölgeleri ve artı-toplam fırsatları belirlemek suretiyle bunları bir araya getirmektir. Daha sonra bir tarafın özel bilgileri net olmayan ifadelerle diğer tarafa sunulmak suretiyle bu uzlaşma bölgeleri ve artı-toplam fırsatları her bir tarafa iletilmiş olur. Bu önemli taktiğin incelikle kullanılması arabulucunun zanaatındaki mükemmeliyetinin bir işaretidir.

(2) Doğrudan İletişim

Arabulucular genel olarak taraflar arasındaki doğrudan iletişimi kolaylaştırmak isterler. Örneğin, arabulucu süreç başlamadan önce sorun hakkında mahkeme, avukatlar veya taraflardan bilgi aldığı için sorun hakkında bilgi sahibi olabilir. Bazı arabulucular süreci hızlandırmak için toplantıya arabulucunun gözünden olayı özetlemek suretiyle başlama eğiliminde olabilirler. Genellikle arabulucular taraflar arasında doğrudan iletişimi kolaylaştırmak amacıyla bu eğilime karşı koyarlar. Sorunu karakterize etmek yerine taraflara sorunu nasıl tanımladıklarını sormayı

tercih ederler. Bu taktik birçok sebeple iletişimi besleyici olma eğilimindedir.

Birincisi, bu şekilde taraflar avukatları aracılığıyla değil doğrudan iletişime geçiyorlar. Örneğin bu belki davalının avukatının hikâyenin davalıya ilişkin kısmını anlatması yerine davacının ilk kez davalının kendisinden hikâyeye davalı tarafının bakışını anlatışını dinlediği zaman olabilir. Aynı zamanda bu arabulucunun sadece mahkeme veya avukatların görüşleri yerine tarafların kendi görüşlerini dinlemesine de imkân sağlayacaktır. Bu ek bilgi arabulucuya sürecin devamında yardımcı olabilecektir. Bir veya her iki taraf sorunu mahkemenin, avukatların veya arabulucunun kendisinin karakterize ettiğinden farklı şekilde karakterize edebilirler. Belki de taraflar diğer katılımcıların görmediği bir konuyu gündeme getirebilir. Bu konu herhangi bir uzlaşma olmadan önce çözülmesi gereken bir konu olabilir. Eğer taraflar diğerlerinin sorun olarak gördüğü bir konuyu sorun olarak görmüyorlarsa, o zaten bir sorun değildir veya gündeme getirilmesi gerekli değildir.

Arabulucu tarafından meseleyi ifade etmesi istendiğinde taraflar bunu hemen çok organize ve bütüncül olarak cevaplamayabilirler. Bu çeşitli sebeplerden kaynaklanmış olabilir. Örneğin, o kişinin zayıf iletişim yeteneğinden kaynaklanmış olabilir. Veya arabuluculuk konusundaki tedirginliğinden veya sorunun bazı kısımlarından utanmasından da kaynaklanmış olabilir. Veyahut avukatının mümkün olan en az şeyi söylemesi konusundaki talimatından da kaynaklanmış olabilir. Muhtemelen, arabulucu bu faktörlerden herhangi birisinin var olup olmadığını bilmek isteyecektir. Yine, arabulucu hala taraflardan sorunu nasıl gördüklerini duymak isteyecektir. Yani arabulucunun iletişim yeteneği görev başına. Arabulucu geniş ve açık uçlu sorular sorabilir. “Niçin” genel bir örnektir: “Niçin 30.000 doları uzlaşma teklifi olarak seçtiniz?” veya “Göldeki kirlilik konusunda niçin endişe duyuyorsunuz?” Bazen “Hobileriniz nelerdir?” gibi daha dolaylı sorularla daha ayrıntılı bilgi alınabilir. Soruların ardından arabulucu dikkatlice dinler. Bilerek veya bilmeden karşı tarafa yöneltilen sözel olmayan her işarete karşı alarm durumundadır. Yüz ifadeleri ve vücut dili önemli olabilir.

Taraflardan bilgi alırken arabulucu sıklıkla her bir tarafın söylediklerini özetler veya “anlıyorum” ve “görüyorum “gibi ifadelerle tarafların iletişimini cesaretlendirir. Bu “aktif dinleme” taktikleri arabulucunun ilgili tarafı dinlediği ve bakış açısını anladığı konusunda güven vermek amacıyla geliştirilmiştir.

Arabulucu her bir tarafa karşı tarafın görüşlerini özetlemesini isteyebilir. Bu, her bir tarafın karşı tarafı dinleyip dinlemediği ve anlayıp anlamadığının testidir. Diğer tarafın görüşlerini özetlemek diğer tarafın hak ve çıkarlarına az da olsa saygı duymayı sağlar ve böylece tarafları birbirine ve uzlaşmaya daha fazla yaklaşmasını sağlar.

Arabulucu çevresel faktörlerle de kolaylaştırmayı deneyebilir. Klasik örnek oturma düzenini dikdörtgen bir masanın etrafında ve direkt birbirlerine karşı oturtmamak suretiyle oturma düzeni ayarlaması yapmaktır. Yuvarlak bir masada yan yana oturmak daha az rakipsel bir oturuş tarzıdır. Arabulucu herkesin oda sıcaklığı, içecek ve yiyecek gibi konularda da rahat etmelerini sağlamak ister.

Arabulucular tipik olarak konuları açıklığa kavuşturmak ve toplu oturumlarda sıra takibini gözetmek suretiyle iletişimi kolaylaştırır. Arabulucu herkesin kontrollü ve ritüel bir tarzda davranmaları konusunda ısrar etmek suretiyle bir hakimin mahkemedeki düzeninde bir düzen sağlar. Bunun yanında arabulucu anlık ve gayri resmi şeylere daha fazla değer verir. Hatta arabulucu taraflardan biri veya daha fazlasının kızgınlık veya duygusal ani parlamalarına değer atfeder. Arabulucu taraflar his ve duygularının çıkmasına izin verilmediği sürece problemin çözülemeyeceğine inanırlar. Arabuluculuğun birçok savunucusu soyut ve rasyonel şeyler yanında kişisel ve duygusal şeylere izin vermesinden dolayı hakemliğe karşı arabuluculuğun tarafını tutmaktadırlar.

Arabulucunun öncelikli görevi, taraflara müzakerelerinde yardımcı olmaktır. Arabulucunun iletişimleri, müzakereleri ve diğer hünerleriyle önemi artan kolaylaştırma (facilitation), bazı unsurlarıyla bütün arabuluculuk usullerinin muhtevasında yer almaktadır. Bununla birlikte, arabulucu taraflarla müzakere etmez; fakat onlara birbirleriyle olan müzakerelerinde yardımcı olur.[4]

Arabuluculuğun olumlu bir özelliği, taraflara doğrudan doğruya karşı tarafla görüşme fırsatı vermesidir. Bu özellik, taraflardan her birine, uyuşmazlıkla doğrudan ilgili herkesle görüşme ve duygularını dile getirme imkânı sağlamaktır. Bu imkânın sağlanması halinde taraflar, öfkeli taleplerin yerine gerçekçi çözümleri koyarak, uyuşmazlığa yeni bir açıdan bakmayı kabul edebilirler. Arabuluculukta, uyuşmazlığın taraflarından başka çözümü kolaylaştıracağı düşünülen kişilerin gerek tarafların gerekse arabulucunun talebiyle bu yönteme katılmaları sağlanabilir. Bu kişiler eş, ana-baba, işyerinden bir amir veya bir başka kişi olabilir.[5]

(e) Uzlaşma Teklifleri

Uzlaşma tekliflerinin formüle edilmesi ve iletilmesinde arabulucular çeşitli rolleri oynayabilirler. Bir taraf bir teklif yaptığında arabulucu onu değerlendirir. Örneğin, arabulucu “Bu teklif belki de bir mahkemeden alabileceğiniz kadar iyi bir sonuç.” diyebilir. Veya arabulucu “Bu sanki iki tarafın da amaçlarını sağlayabilmesi için daha çok yol almaları gerektiğini gösteren bir teklif gibi geliyor.” diyebilir. Bir teklif reddedildiğinde arabulucu her iki taraf için de kabul edilebilir bir teklif geliştirme yollarını arayabilir. Arabulucu kendi uzlaşma koşullarını içeren teklifi dahi yapabilir.

Birçok arabulucu, özelliklede problem-çözme arabulucuları ile manevi gelişme ile ilgilenenleri,

davayı sona erdirmek için tekliflerin birbirlerine iletilmesi konusunda acele etmezler. Bu tip arabulucular tüm tarafların çıkar alanlarını tamamıyla belirleyene kadar bu tip konuşmaları ertelemekten mutluluk duyarlar. İşte o zaman “sonuç yaratma” zamanıdır. Problem çözme arabulucuları “uzlaşma teklifleri” yerine “çözümler” terimlerini düşünürler. Aynı miktara karşılık gelse bile , “çözümler” terimi tarafların sorunlarının çözülmesi gereken bir problem olduğunu ima eder. Ayrıca, problem çözme arabulucuları bir değil birçok çözüm yaratmanın yollarını ararlar. Problem çözme arabuluculuğunun bu özelliği –çıkarları tamamıyla anlamak ve birden çok çözüm üretmek- zaman tüketici olabilir.

Problem çözme arabulucusu, tarafların çıkarlarını artıran çözümler ararlar. Bu tip çözümleri şekillendirmek tipik olarak birçok konuyu birlikte göz önünde bulundurmayı ve ilgilenmeyi gerektirir. Bu tip çözümleri şekillendirmek baskı altındayken bir hayli zordur. Buna uygun olarak problem çözme arabulucuları “beyin fırtınası” için de belli bir zaman ayırırlar. Beyin fırtınası tarafların hazır bulunduğu ortak toplantılarda veya yine tarafların ve avukatların daha rahatlıkla konuşabildikleri özel toplantılarda yapılabilir. Problem çözme arabulucusu herhangi bir değerlendirme yapmadan önce tarafların mümkün olan tüm çözümleri ortaya koymalarını konusunda cesaretlendirir. Burada kritik nokta muhtemel sonuçları ortaya koyma evresinden bunların değerlendirilmesi evresinin birbirinden ayrılmasıdır. Muhtemel çözümleri değerlendirme zamanı geldiğinde problem çözme arabulucusu söz konusu çözümün tarafların çıkarlarını nasıl arttırdığı konusunda değerlendirme yapmalarında yardımcı olur. Arabulucunun teklifleri değerlendirmesi arabulucunun kendi teklifini yapmasına yol açabilir. Ancak problem çözme arabulucusu tipik olarak tarafların sahiplik duygusunu artırmak ve arabulucunun objektif kalmasını sağlamak açısından tekliflerin taraflardan gelmesini tercih eder.

(f) Anlaşmalar

Arabuluculuk süreci nihayetinde yazılı ve imzalı anlaşmaları içerir. Herkes anlaşmanın sorunu çözücü bir anlaşma olmasını diler. Fakat arabuluculuğun bir uzlaşmaya ulaşıp ulaşmadığına

bakmaksızın başka anlaşmalar da olabilir. Anlaşmazlıktan önce yapılmış ve taraflar arasında imzalanmış bir anlaşma olabilir ki bu taraflar arasında ortaya çıkacak anlaşmazlıkların arabulucu tarafından giderilmesini gerektirebilir. Anlaşmazlık öncesi anlaşmanın olmaması durumunda anlaşmazlık sonrası anlaşma yaparak arabuluculuk sürecini başlatabilirler. Hatta mahkeme veya diğer kamu kurumlarının arabuluculuğu emretmesi durumunda dahi arabulucunun kim olacağı bu işlemin nasıl, ne zaman ve nerede yapılacağı taraflar arasında düzenlenmiş bir anlaşma ile belirlenmiş olabilir. Veya yine taraflar ile arabulucu arasında yapılmış ve arabuluculuğun nasıl, ne zaman ve nerede yapılacağına ilişkin anlaşmalar olabilir. Bu anlaşmalar arabuluculuk sürecinde konuşulanların gizli olup olmadığı veya ne kadar gizli olduğu konusunu da içerebilir.

Arabulucunun alacağı ücretin belirlenmesine ilişkin olarak da taraflar ile arabulucu arasında yapılmış anlaşmalar olabilir. Bazı arabuluculara ödeme taraflarca yapılmasına karşın bazılarına hükümet, bazılarına başka bir kamu kurumu veya kar amacı gütmeyen kuruluş tarafından ödeme yapılabilir. Bazı arabulucular bu işi ücret almadan da yapabilirler.

Aşağıda arabuluculuk sürecine ilişkin örnek bir anlaşma yer almaktadır.

ANLAŞMA

1. Aşağıda imzası olanlar sorunlu uyuşmazlık konularında arabulucu (isim) hizmetinden yararlanmak isterler. Arabulucu… Eyaletinde lisansı olan bir avukattır. Taraflar arabulucunun arabuluculuk sürecinin avantaj ve dezavantajları ile bunun ayrı avukatlar tarafından temsil edilme veya uyuşmazlığın avukatlar arasında müzakere edilmesi veya mahkemede bir hâkim tarafından çözümlenmesi konuları ile kıyasladığını şimdiden kabul ederiz.

2. Arabuluculuk sürecinde her bir taraf herhangi bir zamanda bağımsız olarak danışmak konusunda teşvik edilirler. Her bir taraf bağımsız avukatlarla yapılan görüşmeler konusunda avukat/müşteri sırrı hakkına sahiptir. Özelde taraflar nihai anlaşma metnini imzalamadan önce bağımsız danışmanlara danışabilirler.

3. Taraflar arabulucunun herhangi bir tarafın çıkarlarını temsil etmediğini ve bir avukat gibi hareket etmediğini kabul ederler. Taraflar arabuluculuğun amacının arabuluculuk sürecinde sunulacak olan konuların, problemlerin ve anlaşmazlıkların nihai çözümlenmesini kolaylaştırmak olduğunu kabul ederler. Taraflar arabulucunun herhangi bir tarafın avukatı, temsilcisi, mutemedi gibi hareket etmediğini kabul ederler.

4. Konuşmaların açıklanması konusunda açık bir izin verilmediği sürece tüm konuşmaların gizli tutulacağı konusunda arabulucu da mutabıktır.

5. Arabulucu her iki tarafta adilane bir şekilde ve iyi niyetli olarak bir anlaşmaya ulaşma konusunda çaba gösterdikleri sürece geri kalan tüm uyuşmazlıkları çözmek için çaba sarf eder. Her iki taraf sürece katılmalı ve bu konuda istekli olmalıdırlar. Arabuluculuk anlaşması uzlaşma ve her iki tarafın da esnek olmasını ve sorunun çözümü açısında yeni olasılıklara hazır olmalarını gerektirir. Arabulucunun profesyonel olarak yaptığı değerlendirme sonucunda, anlaşmaya ulaşmanın mümkün olmadığının veya sürece devam etmenin tarafları yaralayacağı veya katılımcıların biri ve ikisinde önyargı oluşmasına yol açacağı sonucuna varırsa arabulucu vazgeçer ve süreç sonuçlandırılır.

6. Süreç herhangi bir taraf tarafından ve istenilen zamanda sebep göstermeksizin sona erdirilebilir. Diğer taraf veya arabulucuya herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Süreç her iki taraf tarafından da açıkça yetkilendirilmediği sürece yeniden başlamaz. Arabuluculuğun herhangi bir nedenle sona erdirilmesinin ardından arabulucu herhangi bir tarafa danışmanlık yapmayacağını veya taraflar arasındaki bir uyuşmazlık dolayısıyla herhangi bir mahkemede, karşıt müzakerede veya başka bir nedenle birinin aleyhine diğerini temsil etmeyeceğini kabul eder.

7. Sorunların başarılı bir şekilde çözülebilmesi için hayati öneme sahip tüm bilgilerin, arabuluculuk süreci devam ederken, açıklanması hususunu taraflar kabul ederler. Bilgilerin toplanmasında mahkeme süreci kullanılmadığından dolayı, arabuluculuk sürecinde yapılan her anlaşma taraflardan birisinin arabuluculuk sürecinde bazı bilgileri kısmen veya tamamen açıklamaması durumunda açıklanabilir. Bilgilerin gönüllü olarak açıklanması geleneksel rekabetçi süreç kullanılmadığından dolayı taraflardan birine avantaj sağlayabileceğinden dolayı taraflar daha sonraki müzakere ve mahkeme süreçlerinde kullanılabilecek olan arabuluculuk sürecinde edinilmiş bilgilerin gönüllü olarak açıklanması veya açıklanmamasından dolayı arabulucudan herhangi bir sorumluluk veya tazminat talebinde bulunmayacaklarını kabul ederler. Arabuluculuk sürecinde edinilen bilgilerin üçüncü taraflarca açıklanmasına karşı arabulucunun herhangi bir bağlayıcı gücü bulunmamaktadır.

8. Taraflar arabuluculuk sürecinde söylenen herhangi bir şeyin delili veya yapılan herhangi bir şeyin itirafının yasaya uygun olarak yapılabilecek başka herhangi bir medeni hukuk işleminde verilebilecek ifadelerde delil olarak kabul edilemeyeceğini kabul ederler.

9. Arabuluculuk sürecinde uzlaşma amacıyla yapılan herhangi bir taviz, uzlaşma teklifi, arabulucu önerileri, herhangi bir tarafın kabulü veya diğer herhangi bir iletişim konusu husus daha sonraki herhangi bir süreçte kullanılamaz.

10. Taraflar arabulucuyu herhangi bir mahkeme sürecine ifade vermek üzere çağırmayacağını veya celp etmeyeceğini veya her iki tarafın da önceden yazılı izni olmaksızın arabuluculuk sürecinde edinilen veya hazırlanan herhangi bir belgeyi talep etmeyeceklerini

kabul ederler. Taraflardan herhangi birisinin arabulucu veya belgelerden herhangi birisinin mahkemeye getirtilmesini talep ederse söz konusu taraf arabulucuya harcanan süreyle mütenasip saatlik ücret ile diğer harcamalarının karşılığını ödeyecektir.

11. Kısmen ya da tamamen bir anlaşmaya ulaşılması durumunda herhangi bir zaman taraflardan birisi anlaşmayı doğrulamak amacıyla bir mahkeme belgesinin doldurulması ve anlaşmayı esas alarak bir mahkeme kararı edinilmesini isterse bu durumda taraflar arabulucunun herhangi bir tarafı mahkeme önünde temsil etmeyeceğini kabul ederler.

12. Taraflar arabulucunun kendileri adına yaptığı her türlü harcamanın karşılığını ödemeyi kabul ederler. Bunun yanında şehir içi şehirler arası telefon görüşme ücretleri (aylık … Doları geçmemek üzere) posta ücretleri, seyahat, park ücretleri, fotokopi vs. yerine geçmek ve arabulucunun seçimlik hakkı olmak üzere aylık saat ücretinin yüzde 4'ü oranında bir ücretin faturalandırılmasını kabul ederler. Ofis dışında fotokopi çekilmesi, kargo ücretleri, avukatlık masrafları, tanık ve uzman ücretleri, raporlama ücretleri, dosyalama ücretleri, 20 dakikayı aşan şehirlerarası telefon görüşmeleri ile uluslar arası telefon görüşmeleri arabulucunun aylık götürü belirleyeceği tutara ek olarak ayrıntılı olarak faturalayabileceği harcamalara örnektir.

13. Taraflar müştereken ve müteselsilen arabulucu ile profesyonel danışmanların ücretlerini ödemekten sorumlu olduklarını kabul ederler. Herhangi bir nedenle arabulucunun ücretinin fatura tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenmemesi durumunda arabulucu tek taraflı olarak taraflara hizmet vermeyi reddetme hakkına sahiptir. Yukarıda belirtilen ücretlere ek olarak taraflardan her biri bu ücretleri tahsili dolayısıyla katlanılacak, tahsilât için ödenen makul avukatlık ücretleri gibi, ücretleri de ödemeyi kabul ederler. Taraflar makul avukatlık ücretinin saatlik ... Dolar olduğunu kabul ederler.

14. Arabulucunun saatlik ücreti ... dolar olup 20 dakikalık küsuratlara ücret uygulanır. Tarafların herhangi birisiyle yapılan arabuluculuk toplantıları ile sınırlı olmamak üzere arabulucunun hizmetleri herhangi bir tarafla veya üçüncü kişilerle telekonferans yapılması ve diğer uzman kişilere başvurmayı da kapsar.

15. Arabuluculuk sürecine başlamadan önce taraflar belirli bir başlangıç depozitosu ödemeyi kabul ederler. Taraflar arabulucu adına depozito yapacak olup bu tutar son faturadan düşülecektir. Taraflar fatura tarihinden itibaren 10 gün içinde o ay içinde verilen tüm hizmetlere ilişkin faturayı tam olarak ödeyeceklerdir. Arabulucunun hizmetlerinin tamamlanmasının ardından depozito tutarı tarafların son faturasından düşülecek olup kalan tutar taraflara ödenecektir.

16. Arabulucu bu sözleşme ile belirtilen hizmetlerin görülmesi dolayısıyla hak ettiği ücret ve gider karşılıklarını ayrıntılı olarak belirtmek suretiyle aylık olarak faturalandıracaktır.

Tarih: …

Arabuluculuk oturumu sonunda; uyuşmazlık konularının bir kısmında ya da tümünde anlaşma sağlanabilir. Bir dizi konuda fikir birliği sağlanacak olursa derhal bu konu hakkında yazılı anlaşma hazırlanır. Bu anlaşma ile tarafların, belirli bir konuda hangi karara ulaşıldığından emin olmadıklarında, bu konulara tekrar dönülmesi önlenir. Eğer arabuluculuk, uyuşmazlık konularının tümünü çözemezse, çözüme ulaştırılmış konular bir tutanakla tespit edilir.[6]

Arabulucunun tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verme yetkisi varsa, bu durum arabuluculuğun temelindeki anlayışa uymaz.[7]

Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalar, tarafların karşılıklı rızalarına dayandığından ve bu nedenle de taraflarda, yapılan anlaşmanın adil olduğuna dair bir inanç mevcut olduğundan, genellikle taraflarca gönüllü olarak yerine getirilirler. Buna karşılık, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar taraflardan birince ihlal edilirse, bu anlaşmaların bağlayıcılığı sorunu ortaya çıkar. Bazı hukuk sistemlerine göre, mahkeme tarafından onaylanan arabuluculuk anlaşmaları icra edilebilirken, diğer bazı hukuk sistemlerinde bu durum tartışmalıdır. Doktrinde, bu durumda taraflardan birinin mevcut arabuluculuk sözleşmesini, genel bir sözleşmenin yerine getirilmesinde dikkate alınan hukuk kurallarını kullanarak icra ettirebileceği savunulmaktadır.[8]

2.3- Uzlaşma Bölgelerinin Belirlenmesi ve Uzlaşmanın Önündeki Engellerin Kaldırılması

Birçok olayda uzlaşma davaya devam edilmiş olsaydı olacaklarından her iki tarafın da daha iyi durumda olmalarını sağlar. Örneğin davacı 40.000 doların üstünde uzlaşmaya razı iken davalı 60.000 doların altına razı olabilir. Bir başka deyişle davacının alt sınırı 40.000 dolar iken davacının alt sınırı 60.000 dolardır.

Muhtemel uzlaşma koşulları olan 40.000 dolar ile 60.000 dolar arası uzlaşma bölgesini içermektedir. Bu bölgenin dışında bir uzlaşmanın olması mümkün değildir. Herhangi bir uzlaşma tanımsal olarak herhangi bir tarafın, kabul edebileceği en kötü anlaşma olan, nihai sınırından daha iyi olacaktır.

Eğer taraflar uzlaşma bölgesi içinde bir noktada uzlaşırlarsa davaya devam etmiş olsalardı olacaklarından her iki tarafın da daha iyi durumda olmaları sağlanmış olacaktır. Örneğin 50.000 dolarda uzlaşmak hiç uzlaşmamakla kıyaslandığında her iki tarafın da menfaatine olan bir durumdur. Davacı davaya devam etmek yerine 50.000 doları alacaktır, aynı şekilde davalı da yine davaya devam etmek yerine 50.000 doları ödemeyi tercih edecektir. Tercihler veri olduğunda 40.000 dolar ile 60.000 dolar arasında bir yerde uzlaşmak her iki tarafı da daha iyi duruma getirecektir.

Uzlaşma bölgesi içinde uzlaşmak her iki tarafın da çıkarına olsa da bu tip durumlarda her zaman uzlaşma olmayabilir. Müzakereciler bir uzlaşma bölgesinin varlığından haberdar dahi olmayabilirler. Müzakereciler sıklıkla kendi gerçek alt sınırlarını diğerlerinden gizleyebilirler. Müzakereciler diğerinin alt sınırını tahmin etmeye çalışırken nadiren bir uzlaşma bölgesinin varlığından hatta bu bölgenin tam sınırlarından haberdardırlar. Arabuluculuk bu sorunu çözebilir. Arabulucu her iki tarafla da özel toplantı yapar. Her bir taraf, arabulucu bu bilgiyi diğer taraftan gizli tutacağını söylediğinden dolayı, kendi alt sınırını arabulucuya açıklar. Daha sonra arabulucu ortak toplantı yapar ve bir uzlaşma bölgesi olup olmadığını açıklar. Eğer bir uzlaşma bölgesi varsa bu durumda iki tarafta dava süreci yerine uzlaşma ile ikisinin de daha iyi durumda olacağını bilirler. Bu şekilde arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya ulaşmak konusunda kendilerini adarlar. Eğer herhangi bir uzlaşma bölgesi yok ise arabulucu ve taraflar böyle bir bölge oluşturmaya çalışırlar. Bunu yapmanın bir yolu arabulucunun konunun esaslarını değerlendirmesidir. Değerlendirme taraflardan birinin veya ikisinin kendi alt sınırlarını hareket ettirmek suretiyle bir uzlaşma bölgesi yaratmasına neden olabilir. Uzlaşma bölgesi oluşturmanın bir diğer yolu da artı-toplam fırsatlarını aramaktır. Eğer taraflar bu fırsatları denememeyi seçerler veya bunları denemelerine karşın belli bir uzlaşma bölgesi yaratamazlarsa taraflar davaya hazırlanmalıdırlar. Taraflardan biri veya ikisi alt sınırlarını hareket ettirmedikleri sürece müzakereye devam etmek zaman israfıdır.

Çok az arabulucu basit olarak taraflara özel toplantılarda kendi alt sınırlarını sormak ve ortak toplantıda belli bir uzlaşma bölgesi olup olmadığını taraflara anlatmak şeklindeki prosedürü uygular. Çoğu arabulucu diğer şeylerle birlikte bu sürecin de çeşitli varyasyonlarını uygular. Bu sürecin varyasyonları, taraflara pervasızca kendi alt sınırlarını sormak yerine daha dolaylı ve kesin olmamayı içerir. Arabulucular çoğunlukla tam rakam yerine tarafın yaklaşık alt sınırının belirlenmesi konusunda genel bir kanı edinmeye çalışırlar. Arabulucular sadece evet veya hayır şeklinde bir uzlaşma bölgesi olup olmadığını söylemezler. Yine arabulucular genellikle dolaylı ve kesin olmayan ifadeler kullanırlar ki buna örnek: “Bence burada bir anlaşmaya varabileceğimizi düşünüyorum.” gibi.

Arabuluculukta, müzakerede olduğu gibi, bir uzlaşma bölgesinin varlığı bir anlaşmayı garanti etmez. Yukarıda verilen örnek olay 20.000 dolarlık bir değer yaratmaktadır. Fakat bu değerin ne kadarının kim tarafından alınacağı fiyatın 40.000 ile 60.000 arasında nerede oluşacağına bağlıdır. Taraflar 40.000 dolarda uzlaşırlarsa davalı neredeyse yaratılan değerin tamamını almaktadır. Davacı ise çok az daha iyi duruma gelmektedir. Eğer taraflar 59.999 dolarda uzlaşırlarsa bu sefer durum tam tersidir.

Müzakereciler zaman ve paranın çoğunu uzlaşma bölgesi içinde müzakere ederek harcayabilirler. Aslında, her bir müzakereci herhangi bir anlaşmaya ulaşılmasa da bir uzlaşmada yaratılan potansiyel değeri ele geçirmeye odaklanmışlardır. Davalının avukatı davacınınkine şunu söyleyebilir “40.001 dolardan fazla ödeme yapmayacağız. Bunu kabul etmelisiniz çünkü müşteriniz açısından davaya devam etmekten daha iyidir.” Davacının avukatı da davalınınkine “59.999 dolardan daha azını kabul etmeyeceğiz. Bunu kabul etmelisiniz çünkü müşteriniz açısından bu davaya devam etmekten daha iyidir.” Kim önce kabul ederse uzlaşma ile yaratılan değerin çoğunu kaybetmiş olur, hiçbiri kabul etmese uzlaşma ile yaratılabilecek olan değeri kimse alamaz.

Her bir tarafın alt sınırını bilmek suretiyle arabulucu tarafların uzlaşma bölgesine doğru hareketine rehberlik edebilir. Tekraren, çok az arabulucu taraflara açıkça “Uzlaşma bölgeniz 50.000 dolar olduğu için bu rakamda uzlaşmalısınız.”der. Fakat daha dolaylı ve net olmayan bir şekilde bölgenin ortasına doğru teklif yapan tarafı cesaretlendirirken bu tip bir teklif yapmayan ve bu şekilde anlaşmanın olmasını engelleyen tarafı uyararak bunun kendisi için daha iyi olabileceğini belirtir. Bir başka deyişle arabulucu bir yandan her bir tarafın alt sınırı konusunda gizlilik ilkesine riayet ederken öte yandan diğer tarafa net olmayan bir şekilde bunu ima eder.

2.4- Artı-Toplam

(a) Genel Olarak

Artı-toplam müzakereleri diğer muhtemel uzlaşma koşullarından her iki taraf için de daha iyi koşulları içeren muhtemel uzlaşma koşullarını ifade eder. Artı-toplam müzakereleri pastayı büyütür; sıfır-toplam müzakereleri onu böler. Artı-toplam fırsatları problem çözme yaklaşımını kullanan müzakereciler tarafından kullanılır. Problem çözme arabulucuları müzakerecilerin bu yaklaşımı kullanmaları konusunda teşvik eder.

Artı-toplam müzakereleri için anahtar, çok konuyu bir arada göz önünde bulundurmaktır. Artı-toplam müzakeresi özellikle konu davalının davacıya ödeyeceği miktarın belirlenmesi gibi tek bir konu ise asla kullanılmaz. Neredeyse kesin olarak yatay eksende para konusunda tarafların çıkarı birbirine karşıdır; davacı mümkün olan en fazla parayı almak isterken davalı da mümkün olan en azı ödemek ister. Eğer para dışındaki sorunlar söz konusu olduğunda tarafların çıkarlarının çakışacağı veya (logrolling) bir çözüm bulunabilir. Çıkarların çakışması ve logrolling takip eden iki bölümde yer almaktadır.

(b) Çıkarların Çakışması

Tarafların çıkarlarının çakışacağı bir soruna ilişkin örnek için şunu düşünün; normal işini devam ettirirken davalı kişisel yaralanmaya yol açmış ve ihmal iddiasından kaynaklanan tazminat talebi vardır. Her iki tarafta uzlaşma ödemesinin ocak ayı yerine aralık ayında yapılmasını tercih edebilirler. Normal olarak paranın zaman değerinden dolayı davacı paranın daha erken ödenmesini isterken davalı parayı daha geç ödenmesini ister. Buna mukabil davalının bu ödemesi vergi açısından gider olarak kabul edilebilir, bu durumda davalı gelecek yılı beklemek yerine bu yıl bu gider indiriminden faydalanmak ister. Bir başka deyişle davalının bu yıl ödeyerek vergisel açıdan sağlayacağı avantaj gelecek yıl ödemek suretiyle kazanacağı paranın zaman değerinden daha fazla olabilir. Böyleyse davalı da parayı ocak yerine aralıkta ödemek ister. Davacı da paranın aralıkta ödenmesini ister çünkü davacının sonra yerine daha önce ödenmesinden kaynaklanan faizden kaynaklanan herhangi bir vergisel düşüncesi bulunmamaktadır. Kısaca, her iki tarafta paranın ocak yerine aralıkta ödenmesini isterler. Paranın aralık yerine ocakta ödenmesine ilişkin bir uzlaşma iki taraf için de daha kötü olacaktır. Ödemenin yapılması konusunda aralık ayında anlaşmak artı-toplam için güzel bir örnektir çünkü ödemenin yapılacağı zaman konusunda tarafların çıkarları çakışmaktadır.

Tarafların çıkarlarının çakışacağı sorunlar nadirdir. Bunun en önemli nedeni sorunlarla ilgili çıkarların çakışması ve bunun taraflar tarafından anlaşılarak gerçekleştirilmesi mümkün olmaz. Öte yandan vergisel konular dava açanların ve bunların müşterilerinin unutabilecekleri konulara örnektir. Belirli bir konuda tarafların çıkarlarının çakıştığının taraflar tarafından fark edilememesi durumunda arabulucu bunu gündeme getirebilir. Bunun yapılması problem çözücü arabulucunun bir şeyi masaya getirmesine ve müzakereye değer katmasına güzel bir örnektir. Arabulucunun bulunmaması durumunda yukarıdaki tartışmada taraflar aralık yerine ocakta ödemenin yapılmasını tercih edebilirlerdi.

(c) Logrolling Çoklu Sorunlar

Tarafların çıkarlarının çakışacağı sorunların bulunmadığı durumlarda dahi çoklu sorunları düşünmek her iki tarafın da kazanabileceği fırsatları ortaya çıkarabilir. Bunun sebebi belirli bir soruna tarafların atfedebileceği değerler farklı olabilir. Düşünün ki davacı A sorununa önem verirken B sorununa o kadar önem vermemektedir, aynı şekilde davalı da B sorununa önem verirken A sorununa çok fazla önem vermemektedir. Müzakereciler davalının A sorunu davacının da B sorunu konusunda verebileceği taviz hakkında bilgi sahibi olarak değer yaratabilirler. Her bir taraf daha az önemsediği konularda bir şeyler vererek daha fazla önemsediği konularda bir şeyler alabilir. Sıklıkla logrolling olarak adlandırılan bu tip alışverişler birçok artı-toplam müzakeresinin temelidir. Bu, tarafların sorunları öncelik sırasına koymaları halinde her konuda fikir ayrılığında olmalarında dahi çalışabilir.

Logrolling, her bir sorunun tek tek üzerinde düşünülmesi yerine çoklu sorunların bir arada ele alındığı durumlarda gerçekleşebilir. Müzakereciler genelde belli bir sorunu tartışıp çözdükten sonra yeni bir soruna geçmek ve önceki soruna geri dönüp üzerinde tartışmamak suretiyle hata yaparlar. Bu yaklaşım düzenli ve organize olmasına karşın logrollingi engeller, bu nedenle problem-çözme arabulucuları müzakerecilerin bu yöntemi uygulamasını istemezler. Problem-çözme arabulucuları müzakerecileri birçok konuyu aynı anda tartışmalarını ve yüksek

önceliği olan şeylerde bir şeyler kazanmak için düşük öncelikli olanlarda vermeyi teşvik ederler.

Hatta müzakereciler çoklu konuları aynı zamanda tartışsa ve taviz değiş tokuşu yapsa da yanlış değiş tokuşlar yapabilirler. Yukarıdaki örneğe dönersek; eğer davacı B sorunu konusunda taviz verir ve karşılığında davalının C, D ve E sorunları konusunda taviz alırsa herhangi bir değer yaratılmadığı gibi yaratılan değer yok edilebilir. Ve davacının A sorunu (yüksek öncelikli) konusunda tavizi ile davalının B sorunu (yüksek öncelikli) konusundaki tavizi değiş tokuş yapılmaya çalışıldığında değer kesinlikle yok edilir. Eğer müzakereciler her bir tarafın çıkar ve önceliklerini diğer tarafa açıklamazlarsa değer yaratmayan hatta yaratılan değeri yok eden yanlış değiş-tokuşlar yapma riskine sahiptirler. Bu açık olmama konusu yaygındır. Müzakerelerle ilgili önemli bir problem müzakerecilerin kararlarının altında yatan çıkar ve önceliklerini açıklamamak konusunda güçlü güdüleri bulunmasıdır. Biraz sonra açıklandığı gibi arabuluculuk bu sorunu çözmek için biçilmiş kaftandır.

(d) Güvenilir Aracı Bilgileri Bir Araya Getiriyor

Tarafının çıkar ve önceliklerine açık müzakereci müzakerede problem-çözme yaklaşımını kullanırken bunları gizleyen veya yanlış temsil eden müzakereci rekabetçi/karşıt yaklaşımını kullanır. Problem-çözme müzakerecisi sıklıkla onun alt sınırında uzlaşma konusunda ısrar etmek suretiyle ondan yararlanan rekabetçi/karşıt müzakereciye karşı kırılgandır. Problem-çözme arabulucusunun bu kırılganlıktan kurtulabilmek için kullanabileceği bazı taktikler olsa da bu taktikler rekabetçi/karşıt kalma konusunda ısrar eden meslektaşına karşı işe yaramayacaktır. Problem-çözme müzakerecisi esasen problem çözmekten vazgeçmeli ve önemli bilgileri, karşı taraf da sahip olduğu önemli bilgileri açıklamadığı sürece, açıklamamalıdır.

Her iki taraf da çıkar ve önceliklerini açıklamaları durumunda daha iyi durumda olacaklardır. Fakat birçok durumda her bir tarafın şahsi güdüsü bunları gizlemek veya yanlış iletmektir. Her bir tarafın kişisel güdülerine uygun hareket etmeleri dolayısıyla hiçbir taraf kendi çıkar ve önceliklerini ortaya koymaz. İki tarafta rekabetçi yaklaşımı benimser ve büyük olasılıkla artı-toplam müzakeresi ihtimalini azaltırlar. Bununla her bir taraf kendisi için iyi olanı yapmaya çalışmak suretiyle ikisi için de kötü olan sonuçlara ulaşmaktadırlar.

Arabulucu bu ikilemi tam bilgiyi sadece kendisinin alabildiği özel toplantılar yapmak suretiyle çözebilir. Eğer davacı arabulucuya itimat ederse kendi çıkar ve öncelikleri konusunda arabulucuya açık olabilir. Hatta en hassas bilgileri dahi verebilir. Davalı da aynı şekilde. Kısaca her iki tarafın da bilgisine sahip olacaktır.

Arabulucu gerekli tüm bilgileri toplamasının ardından artı-toplam logrolling için gerekli fırsatları belirleyebilir. Arabulucu yanlış değiş-tokuştan da kaçınır.

Arabulucu tüm bilgiye sahip olduğundan dolayı her iki taraf için de daha iyi olan uzlaşma koşullarını belirleyebilir. Bu, tarafların diğer tarafa güvenmemelerinden dolayı açıklayamadıkları ancak güvendikleri için arabulucuya açıkladıkları şeylerdir.

Tarafların çıkar resminin oluşturulması için bilgi toplama fonksiyonu arabulucunun önemli bir

değer yaratma yoludur. Birçok arabuluculuk arabulucunun her iki tarafın gizli bilgilerine sahip olmasından dolayı müzakerede ulaşılabilecek sonuçtan daha iyi sonuçların başarılmasını sağlamaktadır.

Tabii ki bu tarafların arabulucuya söyledikleri şeylerin gizli kalacağından emin olmaları durumunda gerçekleşir. Bu sadece arabulucunun bir tarafın gizli bilgilerini diğer tarafa iletip iletmeme sorunu değildir. Bu aynı zamanda istemeden de olsa bir şeyleri açıklayabileceği sorunudur. Ayrıca arabuluculuk bittikten sonra bu bilgilerin açıklanabileceği de bir sorundur.

2.5- Arabulucu Tarafından Değerlendirme

(a) Değerlendirmenin Çekiciliği

Arabulucular çok çeşitli değerlendirme taktiklerine sahiptir. Arabulucu değerlendirmesinin en uç örneği şöyle bir şey olabilir; arabulucu taraflara ve avukatlarına şöyle bir şey söylüyor: “Her bir tarafın güçlü ve zayıf yanlarını kanun ve gerçekler ışığında göz önünde bulundurdum ve dava

açılması durumunda ne olabileceğini de tahmin etmek suretiyle şu sonuca vardım ki bu sorunun şu an ki uzlaşma değeri 200.000 dolardır.” Bu değerlendirmenin daha hafif bir şekli şu olabilir: “Davacı davalının sözleşmeyi ihlal ettiği ve zararın 6 haneli olduğu konusunda çok kuvvetli delillere sahip”, veya “iki üç yüz bin dolar civarında olan bu tip benzer çok fazla mahkeme kararları gördüm.” Arabulucunun değerlendirmesinin diğer örnekleri şu tip şeyler olabilir: “Davalının davacının ihmaline ilişkin iddiası jüriyi pek ikna edecekmiş gibi gözükmüyor” veya “Davacı fiyat sabitlemesi olduğu konusunda kuvvetli deliller gösterdi.”

Birçok taraf ve avukatları bir sorunu değerlendirmeye istekli olan ve değerlendirmelerinde doğru olan arabuluculara değer verirler. Bir anlaşma bölgesi olmadığı sürece uzlaşılamayacağı gerçeği ışığında tarafsız bir değerlendirmenin çekiciliği anlaşılabilir. Uzlaşma bölgesi olmayan nadir konular davacının davalının umduğundan daha fazla kendisi tarafında olabilecek bir dava sonucu umdukları durumdur. Örneğin davacı 250.000 dolarlık bir karar beklerken davalı 200.000 dolarlık bir karar beklerse uzlaşma bölgesi olmaz. Bu tip davalara aşırı-iyimser konular denir. Davacı 250.000 dolarlık karar beklerken davalı 200.000 dolarlık karar bekliyorsa taraflardan en az birisi dava sonucunda olacaklar konusunda fazla iyimserdir. Uzlaşma bölgesi olmayan konular taraflardan en az birisinin mahkemede hayal kırıklığına uğrayacağı davalardır.

Taraflar dava açılması durumunda başaracakları konusunda aşırı iyimser olduklarından dolayı uzlaşma bölgesi olmasını engeller, uzlaşma taraftarları aşırı-iyimserliği azaltmaya ve böylece tarafların dava sonucu olabilecek rakam konusunda belli bir rakamda birleşmelerini sağlamaya çalışırlar. Tarafsız değerlendirme de tam bunu yapar. Taraflara bilgi vermek suretiyle aralarındaki boşluğu kapatır. Tarafların saygı göstermelerinden dolayı tarafsız olan bu değerlendirmeler tarafların beklentilerini değiştirmeleri için ikna eder.

Düşünün, davacı 800.000 dolar, davalı 100.000 dolar beklerken tarafsız değerlendirme 300.000 dolarlık bir dava sonucu olabileceğini değerlendiriyor. Eğer şimdi davacı 800.000 den az davalı 100.000 den fazla bekliyorsa değerlendirme başarılı olmuş demektir. Eğer iki taraf da artık

300.000 bekliyorsa değerlendirme mükemmel bir iş başarmış demektir. Aradaki 700.000 dolarlık fark ne kadar kapatılırsa o kadar başarılı olunmuş demektir.

Başarılı bir değerlendirme iyi tahminci olduğu konusunda tarafların saygı gösterdiği tarafsız bir kişiden gelebilir. Örneğin bir otomobil kazasını düşünün. Eğer tarafsız değerlendirmeci yerel bir hâkimse ve daha önce bu tip yüzlerce davayı karara bağlamışsa taraflar ve avukatları onun yapacağı değerlendirmeye saygı göstereceklerdir. Taraflar değerlendirmenin ne kadar çok dava sonucunu tahmin edebileceğine inanırlarsa değerlendirme tarafların beklentileri arasındaki farkı o kadar çok azaltabilir.

Beklendiği gibi de değerlendirme yapan arabulucular yapmayanlardan daha fazla uzlaşma oranına sahiptirler.

(b) Değerlendirmeye Dair Kaygılar

(1) Menfaat & hak

Arabuluculuğun haklar yerine menfaate odaklandığına inandıkları bir durumda arabulucular değerlendirme yapmamalıdırlar. Bir tarafın hakkı olan bir şeyde herhangi bir menfaati olmayabilir; örneğin kovulduğu işe geri dönmesi. Veya tersi olabilir, örneğin açıkça özür dilemek ve yanlış yaptığının kabulü. Değerlendirme yapmakla arabulucu tarafların hakları üzerine odaklanır. Dava tarafların yasal hakları konusunda hakemlik yapar ve arabulucu tarafların hakkının ne olduğunu söyleyerek bir davanın sonuçlarını kestirmeye çalışır. Hatta belli bir davanın sonucunu tahmin etmek kadar ileri gitmese de tarafların hakkının ne olduğu konusunda görüşünü söylemek suretiyle tarafların yasal iddialarının ne kadar sağlam olduğunu değerlendirmiş olur.

Haklar yerine menfaat konusu üzerine odaklanmak artı-toplam müzakeresi için temeldir. Artı-değer müzakeresi tarafların menfaatlerinin uyumlaştığı veya farklı öncelik seviyeleri belirleyebildikleri sorunların belirlenmesini gerektirir. Bu tip sorunları belirlemek tarafların haklarını değil menfaatlerini tartışmakla olabilir. Değerlendirmeci arabuluculuk, menfaat yerine haklara odaklanmakla tarafların duruma, öyle olmasa dahi, sıfır toplam durum gibi davranmalarını teşvik eder.

Birisi arabulucunun (1) artı-toplam fırsatlar gözüyle tarafların menfaatlerini tespit etmesi (2) tarafların haklarına değer biçmesi gerektiğini söyleyebilir. Bu genellikle mümkün değildir çünkü değer biçme menfaatlerin araştırılmasını engeller. Nedenini görmek için düşünün, siz arabulucunun değer biçeceği bir durumda bir tarafın avukatısınız. Çok güçlü bir şekilde haklı olduğunuza ve arabulucuyu ikna edeceğinize inanıyorsunuz. Eğer bunu başarabilirseniz arabulucuyu diğer tarafa karşı yanınıza almış olursunuz. Arabulucuya şunu söyleyebilirsiniz: “tabii ki biz X den daha azına uzlaşmayacağız, çünkü biz X’i hak ediyoruz ve biz o kadar kuvvetliyiz ki dava açsak mahkeme bize en az X verir.” Farz edin ki tüm bunlara arabulucuyu ikna ettiniz. Eğer arabulucu konunun uzlaşmayla sonuçlanmasını istiyorsa, çoğunlukla böyle olur, diğer tarafı uzlaşmanın size X vermek şeklinde gerçekleşmesi için ikna etmeye çalışır. Çünkü arabulucu sizin X den daha az bir şey kabul etmeyeceğinizi bildiğinden dolayı X den daha az bir şeyle uzlaşma olmayacağını bilmektedir. Tabii ki diğer tarafta sizin X i hak etmediğinize arabulucuyu ikna etmeye çalışacaktır. Böylece iki tarafta arabulucuyu ikna etmeye çalışacaklardır. İki avukatta taraftar olacaktır.

Taraftarlık, özellikle avukatlar tarafından, tarafların menfaatlerinin araştırılmasını engeller. Arabulucuya kendi tarafının menfaat ve öncelikleri konusunda açık olmak yerine özel bilgilerin açıklanmamasına çalışacaklardır. Gerçekte gizleyecek ve yanlış yönlendirecektir. Veya davayı kendi müşterisinin penceresinden ortaya koyacaktır. Buna uygun olarak menfaatleri ortaya çıkarmaya ve artı-toplam fırsatlarından yararlanmayı amaçlayan arabulucu avukatları ve tarafları taraftarlığın arabuluculukta faydasız olduğu konusunda ikna etmeye çalışacaktır. Arabulucu etkilenmeyeceğinden dolayı arabulucuyu kendi tarafının haklı olduğu konusunda iknaya çalışmanın bir anlamı yoktur. O bu şekilde düşünmemektedir. Eğer konunun haklar çerçevesinde çözülmesini istiyorlarsa arabuluculuk yerine dava açmaları gerektiğini taraflara ve avukatlara söyler. Arabulucu mahkemenin yaptığını yapmaz. Arabulucu bir anlaşmaya varmak için, kimin hangi hakka sahip olduğuna bakmaksızın ve olabildiği ölçüde tüm tarafları memnun edecek ölçüde, tarafların menfaatleri üzerine odaklanır.

Arabuluculuğun menfaatler üzerinden odaklanması için, değerlendirmeci olmayan arabulucular (kolaylaştırıcı arabulucular olarak bilinirler) genellikle avukatların katılımını azaltmak ve tarafların katılımını artırmaya çalışırlar. Konu müşterinin menfaat ve önceliği olduğunda bunu en iyi müşteri bilir. Çünkü bir insan ancak kendisi kendi değer, tercih ve zevklerini diğerlerinin bilemeyeceği bir şekilde bilir. Fakat avukatların müşterilerinin menfaat ve öncelikleri konusunda kusurlu bir bilgi kaynağı olmalarının bir başka nedeni vardır. Avukatlar menfaat yerine haklardan bahsetmeye daha alışkındırlar. “Avukatlar insanları ve olayları yasal olarak mantıklı kategorilere koymak, kurallar tarafından oluşturulmuş hak ve ödevler terimleriyle konuşmak ve insanlar yerine eylemlere odaklanmak konusunda eğitim almışlardır.” Yani ne zamanki avukat müşteriden daha fazla katılım yaparsa arabuluculuk tipik olarak “hak odaklı süreç” olur.

Bir avukat haklara o kadar çok odaklanmış olabilir ki müşterisine onun menfaat ve önceliklerini hiç sormamış olabilir. Ve hatta eğer avukat müşterisinin menfaat ve önceliklerini bilse bile bunu arabulucuya açıklamakta isteksiz davranabilir. Avukatlar karşıt olmak konusunda eğitilmişlerdir ve arabulucu değerlendirme yapmayacağını belirtse dahi avukatlar bu karşıt kafa yapısından kurtulamazlar. Bunlar müşterilerini en iyi, müşterilerinin menfaat ve önceliklerinin sağlam bir analizi yerine, arabulucuya karşı müşterinin hakları konusunda hararetli taraftarlık yapmaları ile temsil edeceklerine inanırlar. Son olarak, avukatın menfaati müşterinin menfaatinden farklı olabilir ve avukat tüm kalbiyle müşterinin menfaatlerini takip etmiyor olabilir. Arabulucular bu tip

avukatları ekarte etmek için direkt müşterilerle konuşmaya çalışmalıdırlar. Kısaca, avukatlar odağı haktan menfaate çevirmek isteyen arabulucular için sıklıkla engeldirler.

(2) Değerlendirmeci arabuluculuk

Birçok akademisyen sorun çözümünde hak-temelli süreç ile menfaat temelli süreç arasında farklılığın önemini belirtmek isterler. Bu akademisyenlere göre bazen tarafsız bir değerlendirme arzu edilen bir şey olabilir fakat bu arabuluculuk olarak anılmamalıdır çünkü böyle yapmak menfaat temelli süreç olan arabuluculuk ile hak-temelli süreç olan tarafsız değerlendirme arasındaki farkı bulanıklaştırır.

Bu iddia ciddi olsa da biz bu çalışmada “değerlendirmeci arabuluculuk” terimini kullandık. Değerlendirme bir derece meselesidir ve bir derecede olsa değerlendirmenin kullanılmasının arabulucu olmakla tutarlı olduğu kabul edildikten sonra tarafsız değerlendirme ile arabuluculuğun arasındaki çizgiyi çizmek oldukça zor hatta imkânsız olmaktadır.

Bir arabulucunun değerlendirmeci olup olmadığı evet veya hayır şeklinde verilebilecek bir cevaptan ziyade bir derecelendirme konusudur. Eğer bir değerlendirmeci bir davada uzlaşma için bir dolar değer biçerse bu mümkün olduğu kadar değerlendirmecidir. Bu kadar net ve kapsayıcı değerlendirme hakemliğin sınırlarıdır. Daha az düzeyde kendilerini değerlendirmeci olarak adlandırmasalar da bir düzeyde de olsa değerlendirme yaparlar. Örneğin, mahkemeden kesin bir zafer kazanacağını düşünen bir tarafa arabulucu şu soruyu yöneltebilir: “Hâkim ve

jürinin hiç hata yapmayacağına emin misiniz?" Arabulucu nazik bir şekilde mahkemeye gidildiğinde her zaman bir belirsizlik olabileceği konusunda uyarıyor. Bu ilgili tarafın gerçekçi olmayan taleplerinin daha mantıklı seviyelere çekilmesine yardım edebilir. Bu arabulucunun değerlendirmesidir. Arabulucu menfaatler yerine haklar hakkında konuşuyor ve böyle yaparak tarafın iyimserliğini azaltmaya çalışıyor.

Arabulucunun değerlendirmesi kaçınılmaz olabilir. Çok nadir olarak arabulucu tarafların pozisyonların gücü hakkında imada dahi bulunmamayı başarabilirler. Kendilerini değerlendirmeci olarak nitelemeyen arabulucular sıklıkla "agresif bir şekilde bir ya da daha fazla tarafın pozisyonlarını yeniden değerlendirmeleri konusunda zorlayabilir" veya "tarafların tekliflerini çalışılamaz veya yanlış yönlendirici olarak nitelendirebilir." Tipik arabulucu sormayı ya da sormamayı tercih ettiği sorular, takip ettiği veya göz ardı ettiği konuşmalar, sesinin tonu, yüz ifadeleri vb ile kendi görüşlerini ifade eder. Arabulucunun değerlendirme yapmamak konusunda çaba sarf etmesine karşılık görüşlerini bir şekilde ima edecektir. Çok az insan değerlendirme yapmamayı başarabilir.

(3) Arabulucunun güvenilirliği

Arabulucunun, tarafsız bir üçüncü şahıs olması ve yöntemin gerektirdiği birçok yeteneğe sahip olması önemlidir. Bu yeteneklerden en önemlisi usta bir dinleyici olmaktır; bu yetenek taraflardan her birinin ve vekillerinin ifadelerini içine sindirmek, değerlendirmek ve arabulucunun onları anladığı ve konumlarına duyarlı olduğu hissini verecek biçimde davranmak anlamına gelir. İyi bir arabulucu, doğru karar alabilmeli, yeterince sabırlı ve hoşgörülü olmalı ve uyuşmazlık taraflarının güvenini ve saygısını kazanabilmelidir.[9]

Mutedil değerlendirmeden fazlasını yapan arabulucu en azından taraflardan birinin gözünde güvenilirliğini kaybetme riskiyle karşı karşıyadır. En azından bir taraf değerlendirmeyi kaybettiğini düşünecektir. Bu kaybeden taraf ve avukatı arabulucunun diğer tarafı tuttuğunu ve bu nedenle kendilerine karşı olduğu sonucuna varabilirler. Veya belki de bu konuda uzman değildir veya onları dinlememiş ve anlamamıştır. Her ne olursa olsun kaybeden taraf ve avukatının değerlendirmeyi kaybettikten sonra yapıcı bir şekilde katılım sağlamaları mümkün değildir. Eğer arabuluculukta ilerleme sağlanmak isteniyorsa bu ancak yeni bir arabulucu ile olabilir.

Bu ve diğer nedenlerle arabulucu tarafından geniş değerlendirmelerin arabuluculuğun sonlarına doğru yapılması daha iyi olabilir. Eğer taraflar ve arabulucu iyi niyetli bir şekilde, değerlendirme yapmaksızın, sorunu çözmek konusunda çaba sarf etmelerine karşın herhangi bir sonuca ulaşamazlarsa o zaman seçim dava açma ile uzlaşma için bazı ek tekliflerin yer aldığı bir değerlendirme arasında olacaktır. Fakat bu kimseyi arabuluculukta bir anlaşmaya varılamamışsa değerlendirme yapmaktan bir zarar gelmez anlayışına götürmemelidir. Hala değerlendirmenin olacağını bilen tarafların haklarını ileri sürüp menfaatleri konusunda daha az anlık olmak suretiyle arabulucuya karşı üstünlük kurmaya çalışacaklarından dolayı endişe gerektirir durum vardır.

Noterlerin önceden katılmadıkları hukuki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de arabulucu veya hakem olarak faydalı olmaları mümkündür. Noterlerin bağımsız ve tarafsız konumları, arabulucu olarak atanmaları halinde, tarafların güvenini kazanmalarını sağlayacak; böylece uyuşmazlık çözüm müzakereleri daha ılımlı ve verimli bir ortamda geçecektir.[10]

(c) Mahkemeye Verilen Arabulucu Değerlendirmesi

Arabulucunun değerlendirmesi taraflara olduğu kadar mahkemeye de verilebilir. Bu tip bir durum mahkeme arabulucunun raporundan etkileneceğinden dolayı uzlaşmayı teşvik etmek suretiyle değerlendirmenin etkinliğini artırabilir. Tarafların davanın sonuçları hakkındaki tahminleri bu uygulama ile birbirine yaklaşır çünkü değerlendirme sadece davanın nasıl karara bağlanacağının tahmini değildir davanın kararlaştırılmasını etkiler. Buna karşın değerlendirme riski bu uygulama ile artırılmaktadır çünkü bu uygulama arabuluculuğun menfaatler yerine haklar üzerine odaklanmasını garanti edecektir. “Arabuluculuk bu tip uzlaşma baskısı ile birlikte tarafların üçüncü bir tarafı ikna etmeye çalıştıkları hakemli bir süreç olur.”

2.6- Konuların Genişliği Veya Darlığı

Arabuluculukta katılımcıların amaçlarına bağlı olarak tartışılan konuların sayısı artırılıp azaltılabilir. Arabuluculuğu sorunların uzlaşılması için bir yol olarak görenler konuları azaltmaya çalışırlar. Ne kadar az sorun varsa bir anlaşmaya varmak için üzerinde tartışılması gereken o kadar az konu vardır. Bu nedenle birçok uzlaşma odaklı katılımcılar tartışmanın esas konular üzerinde odaklanmasını isterken asli olmayan konularla tartışmanın dağılmasını istemezler. Öte yandan, logrolling gibi artı-toplam müzakereler olmaksızın uzlaşmaya ulaşılamaz. Logrolling çoklu konuların aynı anda görüşüldüğü ve tarafların az öncelikli konularda taviz vermek suretiyle çok öncelikli konularda kazanımlar elde ettikleri bir süreçtir. Eğer logrolling olmaksızın uzlaşma sağlanamazsa uzlaşma odaklı katılımcılar amaçlarına ulaşmak için yeni konular eklemek suretiyle tartışmayı genişletirler.

Arabuluculuğu sadece sorunların uzlaşma yönteminden fazlası olarak görenler bunu artı toplam çözümler başarma veya tarafların manevi gelişimine katkı sağlayacak değişime götüren yol olarak görürler. Uzlaşma odaklı katılımcıların aksine bunlar arabuluculukta tartışılan konuların artırılmasını isterler. Daha çok konu göz önüne alındığında müzakereciler ve arabulucu için artı-toplam müzakere fırsatları belirlenmesi şansı artar.

2.7- Tarafların Kendi Belirleyiciliği ve Arabulucunun Tarafsızlığı

ADR'da üç önde gelen organizasyon – Amerikan Tahkim Derneği, Amerikan Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Profesyonelleri Derneği - Arabuluculuk Davranış Standartlarını kabul etmiştir. İlk iki standart şu şekildedir:

-"Kendi başına karar vermek arabuluculuğun temel prensibidir. Bu arabuluculuk sürecinin tarafların gönüllü ve zorlayıcı olmayan anlaşmaya ulaşmaları konusundaki yeteneklerine güvenen bir süreçtir."

-“Arabulucunun tarafsızlığı kavramı arabuluculuk sürecinin merkezidir. Arabulucu tarafsız kaldığı sürece arabuluculuğa devam etmelidir.”

Kendi belirleyiciliği ve tarafsızlık standartları neredeyse evrensel bir kabul görse de o kadar genel ifadelerdir ki temel bir takım fikir aykırılıklarına yol açarlar.

James Boskey tarafından özetlenen şu iki görüş üzerinde düşünün. Libertarian olarak adlandırılan görüşe göre; taraflar “kendi kararlarını kendileri verme hakkına sahiptirler ki bu uygunluk içerebilir veya içermeyebilir veya sadece müzakerelerin bir sonucudur ve en azından arabulucunun kendi adalet ve doğruluk konusundaki güdülerini empoze ettiğine bir karine olacaktır.” Egalitarian olarak adlandırılan diğer görüşe göre, “arabuluculuğun başlıca amaçlarından biri adil anlaşma sonuçlarının sağlanabilmesi için tarafların güçlerini dengelemektir.” Güç farklı şekillerde ölçülebilir: birisinin davasının mahkeme karşısındaki gücü, davayı takip etmek için sahip olunan finansal ve psikolojik kaynaklar, müzakereci olarak yetenek ve diğerleri.

Her iki görüş yatay olarak birbirinin aksi olsa da kendi karar verme ve tarafsızlık standartlarının doğruluğu konusunda herkes hemfikirdir. Egalitarian görüş taraflar arasında en başta var olan daha az güçlü taraf için içsel olarak zorlayıcı bir eşitsizlik üzerine oturduğu görüşündedir. Başlangıçtaki eşitsizliği azaltabilmek için arabulucu anlaşma konusunda gönüllülüğü artırmaya çalışır. Bu konudaki başarısızlık daha güçlü taraf lehine olma sonucunu doğuracaktır.

Buna karşın libertarian görüşe göre başlangıçtaki eşitsizliğin zorlayıcı olmadığı varsayımı üzerine kuruludur ve fakat arabulucunun tarafları eşitlemeye çalışması zorlayıcı ve daha az güçlü tarafa doğru taraf tutmadır. Adil bir sonucun ne olduğu konusunda kendi hislerini takip eden bir arabulucu artık arabulucu değil bir taraftar veya ahlak hâkimidir. Anlaşma yasal doktrinlerin zorlayıcılığını tetiklemediği sürece, arabulucu tarafların göreceli güçlerinin uzlaşma koşullarına yansıtılmasını durdurmaya çalışmamalıdır.

Libertarian görüş özellikle tarafların avukatları tarafından temsil edildiği konulardaki arabuluculuklarda daha yaygın olmasına karşın egalitarian görüş boşanma ve vesayet gibi avukatların bulunmadığı ve çocukların menfaatlerinin korunması gereken durumlarda dillendirilmektedir.

Çeşitli durumlarda arabulucunun egalitarian mı yoksa libertarian mı görüşe sahip olduğu onun davranışını etkileyecektir. Örneğin, düşünün ki taraflar uzlaşma anlaşmasını imzalamak üzere ve davalı arabulucuya özel olarak öyle bir şey anlatıyor ki davacı bunu bilmiş olsaydı uzlaşmayı imzalamayacaktı. Libertarian görüşteki bir arabulucu yanlış temsil veya hata temelinde sözleşme uygulanamaz olmadığı sürece davalının bu sırrını saklayacaktır. Öte yandan, egalitarian görüşteki arabulucu gerçek bir yanlış anlamadan kaynaklanan bir anlaşmanın gönüllü olmayacağı ve arabulucunun bunu düzeltme imkânına sahip olduğu sonucuna ulaşacaktır.

2.8- Arabuluculuk Yapılmış Uzlaşma Anlaşması

(a) Uygulama, tek metin yaklaşımı dâhil

Bazı arabuluculuklarda taraflar sözlü bir anlaşmaya varır ve bunu yazıya dökmezler. Bu uzlaşma arabuluculuklarında nadiren olur. Tipik olarak uzlaşma arabuluculuğunda taraflar resmi bir feragat veya uzlaşma anlaşması imzalayacaklardır. Çok basit bir konuda sözlü anlaşmaya ulaşılan toplantıda yazılı metin hazırlanıp imzalanabilir. Ancak birçok seferde taraflar ve arabulucu sonraki konuya geçer ve anlaşmanın taslağının hazırlanması avukatlara bırakılır. Bu durumda taraflar toplantının sonunda kısa bir not yazarlar ve bunu resmi imzalı kontrata dönüştürecek olan avukatlarına verirler.

Bazı arabulucular uzlaşma anlaşmasının yazılmasında aktif olarak rol alırlar. Hatta arabulucu toplantı sırasında yazılı teklifi taslak haline getirir ve bunu tarafların eleştirileri için başlangıç noktası yapar. Her bir eleştiriden sonra taslağı yeniler. Bu tek metin yaklaşımı ile arabulucu taslak yazma sürecini başından sonuna kadar kontrol etmiş olur. Bu yaklaşımın bir avantajı taraflar psikolojik olarak rakipleri yerine arabulucu tarafından yapılan teklifler üzerinde düşünmeye daha istekli olabilirler. Bazı arabulucular ise tek metin yaklaşımına itiraz ederler çünkü bunlara göre bu şekilde arabulucunun rolü tarafların rolünün ötesine geçmekte ve kendi belirleyiciliği ve arabulucunun tarafsızlığı ilkelerini tehdit etmektedir. Taslak hazırlamaktaki arabulucu katılımı arabulucuyu daha değerlendirmeci yapar çünkü bu sorunun nasıl çözülmesi gerektiği konusunda arabulucuyu daha fazla karar almaya zorlar. Uzlaşma anlaşmasında kullanılacak her bir kelimeye karar verilmesi arabulucunun değerlendirme yapması için bir şanstır.

Uzlaşma anlaşmasının taslağını hazırlayan arabulucular için bazı yasal riskler de bulunmaktadır. Bunu yapanlardan avukat olmayan arabulucular bu şekilde lisans olmaksızın yasa uygulama yasağını ihlal etmiş olabilirler. Bunu yapan avukat arabulucular ise, eğer taraflar

kendi avukatları tarafından temsil edilmiyorlarsa, mesleki davranış kurallarını ihlal etmiş olabilirler.

(b) Zorlayıcılığı

Müzakere edilmiş uzlaşma anlaşmalarına ilişkin yasa bir önceki bölümde tartışıldı ve genelde yasa arabuluculuk edilmiş uzlaşmalara uygulanır. Buna mukabil istisnalar da bulunmaktadır. Bazen arabuluculuk edilmiş uzlaşmaların zorlayıcılığının olabilmesi için müzakere edilmiş uzlaşmalardan daha yüksek standartlara sahip olmaları gerekir. Örneğin bazı mevzuatta buna ilişkin hüküm bulunmaması durumunda arabuluculuk edilmiş anlaşmaların yasal olarak bağlayıcı olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca mahkeme sponsorluğunda yapılan bazı arabuluculuk programlarında uzlaşma anlaşmalarının zorlayıcılığının olabilmesi için mahkeme tarafından onaylanması gerekmektedir. Müzakere edilmiş uzlaşmalarla birlikte tipik olarak mahkeme onayı boşanma uzlaşmalarında gerekmektedir.

Sıradan sözleşme hukuku def'ileri –yanıltma, tehdit, aşırılık ve hata- hem müzakere edilmiş hem de arabuluculuk edilmiş uzlaşmalara uygulanır. Fakat bazı mahkemeler müzakere edilmiş uzlaşmalardan daha fazla arabuluculuk edilmiş uzlaşmalarda bu savunmaların kanıtlanmasını beklerler. Bunun nedeni belki de tarafların olduğu kadar arabulucunun davranışlarının bu savunmaları kanıtlayacak gerçekleri sağlayabilecek olması. Öte yandan az da olsa yetkin bir arabulucunun olması tehdit, yanıltma, hata gibi şeylerden kaynaklanan bir anlaşmanın olma ihtimalini azaltacaktır.

Müzakere edilmiş uzlaşmaların zorlayıcı olabilmesi için zorlayıcılığının yazılı olması gerekir. Eğer arabuluculuktan kaynaklansa dahi sözlü uzlaşmaların zorlayıcı olma olasılığı düşüktür. Bazı mevzuat ve mahkemeler açıkça arabuluculuk yapılan sözleşmelerin zorlayıcı olabilmelerinin sadece yazılı olmaları şartına bağlı olduğunu belirtir. Yazılı olma zorunluluğu yasanın arabuluculuk imtiyazı yaratması konusunda etkisi olabilir çünkü imtiyaz bir sözlü anlaşma yapıldığını ispat külfetini ortadan kaldırır.

3. ARABULUCULUK KONTEKSTİ

3.1- Aile

Bugünlerde en çok arabuluculuk yapılan konu türleri özellikle boşanma ve velayet uyuşmazlıkları olmak üzere aile hukukudur. Boşanma arabuluculuğu çok yoğundur. Eşler genellikle boşanma konusunda arabuluculuk sürecini kabul etmektedirler. Birçok yargı çevresinde, anlaşmanın olmaması durumunda mevzuat ve mahkemeler taraflara sıklıkla boşanmanın arabuluculuk süreciyle olmasını zorunlu tutarlar. Arabuluculuk zorunluluğu, tarafların boşanma ile bağlantılı tüm konuları çözen bir anlaşmayı müzakere edememelerinden dolayı mahkemeye başvurmaları gibi anlaşmazlıklarda uygulanmaktadır.

Aile arabuluculuğundaki tipik konular; velayet, mal paylaşımı ve nafaka/bakım konularıdır. Özellikle velayet konusu birçok eyaletten hükümet yardımı, zorunlu katılım ve geniş kanıt ayrıcalıkları yoluyla güçlü destek alır. Mahkeme sponsorluğundaki aile arabuluculuk programları genellikle velayet ve ziyaret gibi konularla ilgilenirken ekonomik konulara girmez.

Aile arabuluculuğunda avukatların genellikle hiçbir rolü olmaz. Birçok eyaletteki aile arabulucularının büyük çoğunluğu avukat dışındaki kişiler olup genellikle evlilik danışmanları, psikologlar ve sosyal hizmetler uzmanları gibi zihinsel sağlık profesyonelleridir. Üstüne üstlük tarafların avukatları arabuluculuk oturumlarına katılmazlar. Hatta bazı eyaletlerde aile arabulucularının avukatları toplantıdan dışarı çıkarma yetkisi dahi bulunmaktadır. Aile arabuluculuğunda avukatların olmaması aile arabuluculuğunu diğer uzlaşma arabuluculuklarından ayıran en vurucu karşıtlık olarak göze çarpmaktadır ki diğer arabuluculuklarda avukat arabulucular ve tarafların avukatları yer almaktadır.

Aile arabuluculuklarının velayet, mal paylaşımı ve nafaka/bakım gibi konularda anlaşmayla sonuçlanması durumunda daha sonra bu anlaşmanın mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu durum da diğer arabuluculuklarda bu tip bir kabul prosedür olmadığından farklılık arz etmektedir.

Boşanma arabuluculuğunun dava ile kıyaslandığından bazı artıları bulunmaktadır. Bunun savunucuları rekabetçi olmayan yapısıyla bunun boşanmanın yarattığı duygusal ve finansal travmayı minimize ettiği, iki çifte ve çocuklara faydası olacağını söylemektedirler. Tasfiyenin aksine arabuluculuk tarafları diğer tarafın çıkar ve öncelikleri konusunda eğiterek bunların gelecekte de örneğin çocuk büyüdüğünde ve yeni birtakım ailevi konular ortaya çıktığında bir arada olabilmelerini ve birlikte karar alabilmelerini sağlamaktadır. Ebeveynlerin kendi karar alma ve kendi belirleme konularında sağladığı kolaylıklarla, arabuluculuk “aile bağlarının

sürdürülmesini geliştirmeli ve kendini yöneten bir birim olarak ailenin önemi ve onuru konusunda garanti sağlamalıdır.”

Boşanma arabuluculuğunun kuvvetli karşıtları da bulunmaktadır. “Bu karşıtların büyük çoğunluğu kadın hareketinin liderleridir ve bunlar kadınların arabuluculukta mahkemeden daha kötü sonuçları başaracaklarını iddia etmektedirler.” Bu çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir, çoğunlukla kadınların finansal ve diğer açılardan kocalarına göre daha az kuvvetli olmalarından kaynaklanmaktadır.

Öncelikle erkekler kadınlardan daha fazla müzakerelerde rekabetçi yaklaşımı uygularken kadınlar erkeklerden daha fazla işbirlikçi ve sorun-çözme yaklaşımını uygulamaktadırlar. Rekabetçi müzakerecinin işbirlikçi ve sorun çözücüden faydalanacağı konusunda önemli bir risk bulunmaktadır. Bu risk tarafların kendi avukatlarının bulunmadığı arabuluculuklarda ise daha fazla artar.

Bir başka konu da arabuluculukta zorunlu belirlemenin olmamasıdır. Eğer koca daha fazla malvarlığına veya ortak malik olunan varlıklar konusunda bilgiye sahipse mahkeme süreci mahkeme emri suretiyle bu bilgilere kadının ve avukatının ulaşabilmesine imkân sağlar. Buna karşıt olarak da belirleme öncesi arabuluculuğun gerçekleşmesi durumunda koca malvarlığını veya bilgiyi karısından gizleyebilir.

Son olarak boşanma aile içi şiddeti tipik olarak da kocanın karısına kötü davranmasını takip

eden bir durum olabilir. “Aile içi şiddetin kurbanlarına arabuluculukta iyi hizmet edilmediği görüşü bazı eyaletlerde bu durumlarda zorunlu arabuluculuğa istisnalar getirilmesine yol açmıştır.”

Ülkemizde de; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun da uzlaştırma düzenlenmiş ve bu yetki bu kanunla kurulmuş bulunan aile mahkemelerine verilmiştir. Benzer şekilde 01.01.2002 den itibaren yürürlüğe girmiş olan Türk Medeni Kanununda da uzlaştırma düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun, “Birliğin Korunması” başlıklı 195/II maddesine göre, hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.[11]

3.2- Çalışma & İş

İş mevzuatı genelde iki kategoriye ayrılmıştır; tüm işçilere uygulanan “çalışma kanunu” ve işçi sendikaları tarafından temsil edilenlere uygulanan “iş kanunu”. Çalışma yasası kendi özel terminolojisine sahiptir. İşveren ile sendikalar arasında yapılan sözleşmelere “toplu pazarlık sözleşmesi” denir. Bu sözleşmelerin ihlaline ilişkin iddialar genel olarak “şikâyet” olarak adlandırılır. Çalışma bağlamında arabuluculuk ise sıklıkla “uzlaştırma” olarak adlandırılır.

Arabuluculuk neredeyse yüz yıldır emek anlaşmazlıklarının çözümünde kullanıldı. Federal Arabuluculuk ve Uzlaşma Hizmeti (FMCS) Çalışma Bakanlığına bağlı bir birimdir ve işverenlerle işçi sendikaları arasındaki anlaşmazlıklara arabuluculuk yapar. Mevzuat ona şu görevi vermiştir;

“ticareti etkileyen anlaşmazlıkları uzlaşma ve arabuluculuk yoluyla çözmek suretiyle çalışma alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yardımcı olmak.” Olaya daha çok işlemsel arabuluculuklarda, özellikle yeni toplu pazarlık sözleşmesinin şekillendirilmesinde” dâhil olur. Bazen var olan bir toplu pazarlık sözleşmesinden kaynaklanan bir şikâyetin çözümü gibi anlaşmazlık arabuluculuklarına da karışabilir. Birçok toplu pazarlık sözleşmesi anlaşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesini şart koştuğu için şikâyetler özel sektör arabulucuları tarafından da çözümlenebilir. Sendikalı olmayan işçiler ile bunların işverenleri arasındaki anlaşmazlıklara da aracılık edilir.

Türk iş uyuşmazlıklarının çözümünde, taraflara grev ve lokavt hakkı tanınmıştır (2822 sayılı Kanun, m.1, m.25-52). Ancak bu hak, ulusal ekonomiyi ve kamu düzenini olumsuz yönde etkileyeceği düşüncesiyle, kanunda grev ve lokavt gibi bazı kısıtlamalara ve grev hakkının özüne dokunulmaksızın, uyuşmazlıkların öncelikle barışçı yollarla çözümlenmesine yer verilmiştir. Bu amaçla, 2822 sayılı Kanun, m.22-23, 59,34’de, “arabuluculuk” başlığı altında, iş uyuşmazlıklarının barışçı yolla çözümünü öngörmüştür.[12]

İş uyuşmazlıklarının çözümünde ADR’nin etkili olarak kullanıldığı asıl alan toplu iş uyuşmazlıklarıdır; ancak, bireysel iş uyuşmazlıklarında da ADR’nin ve özellikle arabuluculuğun kullanılmasında bir engel yoktur.[13]

3.3- Toplum

1960’lar ve 70’ler boyunca hükümet ve özel sektör “toplum aracılık merkezler” veya “mahalle adalet merkezleri” ni ülke genelinde finanse etmeye başladı. Bu merkezler çoğunlukla mahallede oluşabilecek anlaşmazlıkların çözümüyle uğraşır; ev sahibi-kiracı, ufak problemler, küçük talepler ve cürüm gibi. Anlaşmazlıklar bu merkezlere çoğunlukla savcı, polis veya

mahkemenin yönlendirmesi ile gelir. Arabulucululular daha çok avukat olmayan gönüllü kişilerdir. “Birçok yerde fakirler, işsizler, kadınlar ve azınlıklar anlaşmazlık çıkaranların çok büyük bir kısmını oluştururlar.” Arabuluculuk oturumlarında nadiren tarafların yanlarında avukat bulunur.

Ülkemizde yürürlükte bulunan 442 sayılı Köy Kanunu arabuluculukla ilgili açık hükümler içermekte olup ihtiyar meclisine açıkça arabuluculuk görevi verilmiştir. İki köy arasındaki nizalı sınırların çizilmesi, iki veya daha fazla köylerin ortaklaşa yapmaları gereken işlerin müzakeresi ve köylünün iki tarafın uzlaşmasıyla bitirilebilen her türlü işleri arabuluculuk bağlamında çözümlenebilir.[14]

3.4- İş Hayatı

Ticari işletmeler arasında anlaşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesi konusu giderek gelişiyor. Bu tip anlaşmazlıkları yaratan birçok iş durumu vardır: mal ve hizmet satışı, teknoloji ve entellükteüel malların lisansı, gayrimenkul geliştirme ve inşaat, franchising, borç veya sermaye piyasası araçlarıyla finansman sağlama vs. Giderek daha fazla iş sözleşmesi “iki adım” lı ADR cümleleri içeriyor; çıkabilecek anlaşmazlıklar taraflar tarafından arabuluculuk yoluyla çözümlenecek, eğer arabuluculuk başarılı olamazsa taraflar konuyu tahkime götürecekler.

Ülkemizdeki, tüketicinin korunmasında arabuluculuk ise, Devlet yargısı dışında tüketiciler ile satıcılar arasında meydana gelen uyuşmazlıkları çözmek amacıyla bir kanun hükmü gereği olarak kurulan ve finansmanı da Devlet tarafından karşılanan ya da çeşitli sivil toplum

örgütlerinin bünyelerinde tüketici uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla oluşturulmuş birimlerce ihtiyari olarak bu hizmeti veren arabuluculuk kuruluşları tarafından gerçekleştirilen faaliyeti ifade etmektedir. Tüketici sorunları hakem heyeti, tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlemek amacı ile kurulmuştur. Aynı kanun ile tüketici mahkemeleri gibi özel bir mahkeme kurulmuş olmasına karşın, böyle bir müessesenin kurulmasının amacı, tüketicilerin korunmasında gecikmeksizin sonuca ulaşabilme isteğini temsil etmektir.[15]

3.5 Kamu Hukuku

Bugünlerde birçok mevzuat milletvekilleri veya mahkemeler tarafından değil Çevre Koruma Ajansı ve Federal Ticaret Komisyonu gibi idari kurumlar tarafından şekillendirilir. Müzakere edilmiş mevzuat belirli bir konuda tarafların düzenlemeden etkileneceği işlem arabuluculuğunun bir şeklidir. İşlem arabuluculuğunun özel bir sözleşme haline dönüştürülmesi yerine müzakere edilmiş mevzuata dönüştürülmüş anlaşma bir hükümet düzenlemesidir. Buna uygun olarak arabuluculuk oturumları halka açıktır. Müzakere edilmiş mevzuat federal ve eyalet yasaları tarafından teşvik edilmekte ve birçok kamu kurumu bunu kullanmaktadır.

İdari ajanslar anlaşmazlıkları çözmek konusunda da arabuluculuğu kullanırlar. Örneğin, bazı eyaletler çevresel anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini teşvik edici yasaları kabul ettiler. Federal düzeyde, Çevre Koruma Ajansı uygulama konularında arabuluculuğu kullanır. Bu tip anlaşmazlıkla genelde çok tarafı ilgilendirir: kirleticiler, komşu sakinler, kamu ilgi grupları ve federal, eyalet ve yerel ajanslar. Arabulucu çok taraflı ve iki taraflı müzakereler yürütebilir.

Ülkemizde, 6326 sayılı Petrol Kanunu hak sahipleri arasında çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesini öngörmüştür. Petrol Kanunu hükümlerine göre iktisap edilmiş veya edilebilecek olan bütün haklarla ilgili olarak müracaat veya hak sahipleri arasında çıkacak olan ihtilaflar, öncelikle Petrol İşleri Genel Müdürlüğü tarafından müzakere ve sulh yoluyla çözülmeye çalışılır. İhtilafların çözülmesi için arabuluculuk müzakerelerine girişilir. Arabuluculuk müzakerelerinden sonuç alınmazsa, ihtilaflı konu Bakana intikal ettirilir.[16]

3.6- Herhangi Bir Medeni Dava

Aile, iş, toplum, iş hayatı ve çevre gibi yukarıda tartışılan birçok anlaşmazlık için arabuluculuk, özellikle problem-çözme arabuluculuğu, iyi tasarlanmış bir yöntem olarak kabul edilir. Çünkü bunlar sorunun çözülmesinin ardından da ilişkide olmaları beklenen taraflar, tekrar oyuncuları, arasında olan uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlıkların tek atışlık kişilerin çoklu konuları yerine tekrar oyuncuları arasında görülmesi olasılığı yüksektir; bunların basit olarak bir tarafın diğer tarafa ödeyeceği para miktarı konusundaki anlaşmazlıklar olma olasılığı zayıftır. Çok konulu anlaşmazlıklar artı-toplam fırsatları yaratma açısından hayati öneme sahiptir ve bu anlaşmazlıklar birçok arabulucu tarafından kullanılan problem-çözme arabuluculuğu için daha uygundur.

Buna mukabil, bazı uyuşmazlılarda da taraflar anlaşmazlık çözümünün ardından ilişkilerinin devam edeceğini ummamaktadırlar. Bunun klasik örneği bir trafik kazasından kaynaklanan kişisel yaralanma konusunun taraflarıdır. Davacı anlaşmazlığın çözümünün ardından davalı veya davalının sigorta şirketi ile tekrar görüşmeyi ummamaktadır. Bu tek-vuruşluk anlaşmazlıklar sıklıkla sıfır-toplam durumlardır ki, bununla çözümlenmek istenen sadece bir tarafın diğerine ne kadar ödeyeceği sorunudur.

Tek vuruşluk anlaşmazlıklar bir problem çözme arabulucusundan faydalanamayacaklarından dolayı son döneme kadar bu tip konular sıklıkla arabulucuların önüne gelmemekteydi. Bu tip anlaşmazlıklar daha çok uzlaşma odaklı, özellikle değerlendirmeci olanlar, arabulucu için uygun olabilir. Son on küsur yılda kişisel yaralanma ve diğer basit konuların arabuluculuk sürecini kullanmasında bir artış yaşanmıştır. Bu gelişme mahkemelerin arabuluculuğu teşvik etmeyi kendi iş yüklerini hafifletmenin bir yolu olarak görmelerinden kaynaklanabilir.

Ülkemizde, Avukatlık Kanununun 35/A maddesi ile avukatları arabuluculuk yapmaya teşvik eden bir düzenleme getirilmesi ve arabuluculuk usulü sonunda düzenlenen uzlaşma tutanağının ilamlı icraya dayanak teşkil etmesinin kabulü suretiyle arabuluculuğun daha etkin kılınması hukukumuzda olumlu gelişmeleri doğuracaktır. Bu düzenleme ile noterlere tanınan ilam mahiyetindeki belge düzenleme yetkisi avukatlara da tanınmıştır.[17]

Avukatlık Kanununun 35 inci maddesi, avukatların tekel olarak yapabileceği işleri sayarken, ağırlıklı olarak dava yoluna ilişkin işlerdeki yetkileri düzenlenmektedir. Buna karşın yargı dışı çözüme yönelik bir hüküm içermemektedir. Kanunun 35/A maddesi ile bu eksiklik giderilmiş ve avukatlara yargısal çözüm kadar alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmak suretiyle dava dışı çözüm konusunda da yetki verilmiş, avukatların arabulucu olma hakkı normatif bir düzenleme haline getirilmiştir.[18]

Avukatlık Kanununun 95 inci maddesinin V inci fıkrasında açıkça Baro yönetim kuruluna “arabuluculuk” görevi verilmiştir. Baro yönetim kurulunun görevlerini düzenleyen 95 inci

maddeye göre, “levhaya yazılı avukatlar arasında, avukatlarla avukatlık ortaklıkları, avukatlık ortaklığının ortakları arasında ve bunlarla iş sahipleri arasında çıkan anlaşmazlıklarda istek üzerine aracılık etmek ve arabulmak, ücret uyuşmazlıklarında sulha davet etmek” yönetim kurulunun temel görevlerindendir. Görüldüğü gibi, baro organlarından biri olan baro yönetim kurulunun (Av. K. M.79) görevlerinden biri de arabuluculuk yapmaktır. Baro üyeleri arasında uyuşmazlıklar ile avukatlar ve müvekkilleri arasında çok sık görülen ücret uyuşmazlıklarında baro yönetim kurulunun arabuluculuk yapması, meslektaşlar arasındaki ihtilafların barışçı bir yolla çözümünü sağlayacak, avukatlar ve müvekkilleri üzerinde uzlaşmaları yönünde bir etki oluşturacaktır. Bu sayede pek çok uyuşmazlık yargı önüne gitmeden çözülebilecektir.[19]

Avukatlık Kanununa göre avukatların düzenleyecekleri uzlaşma müzakerelerinde avukatlara daha aktif bir bir görev düşmekte ve avukatlar bir arabulucu gibi çalışmaktadırlar.[20]

3.7- Ceza

Ceza-pazarlığından ceza davasına kadar olan süreç davaların çözülmesinde bir yol olarak görülür. Ceza pazarlığı devlet ile davalı arasında bir müzakeredir. Devlet kendi adına müzakere eden bir avukata, savcı, sahiptir ve davalı da neredeyse her zaman kendi adına hareket eden bir avukata. Cezai anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü devlet ile davalı arasında bir arabuluculuk değildir. Onun yerine şikâyetçi veya kurban ile davalı arasında bir arabuluculuktur.

Suçlar (cürümler) uzun süredir kurbana karşı işlenmiş bir suç yerine devlet veya topluma karşı

işlenmiş suç olarak görülürler ve bu yüzden şikâyetçiler değil savcılar davanın açılıp açılmayacağına karar verme otoritesine sahiptirler. Benzer şekilde mahkûmiyetin ardından ne kadar hapis isteneceği konusunda da yetki kurbanlar yerine savcıdadır. Suç arabuluculuğu modern ceza hukukunun bu devlet baskın yaklaşımına, mahkeme veya yasaların yetki verdiği, bir istisnadır.

Ceza davaları arabuluculuğa mahkemeler, savcılar veya tecil memurları tarafından gönderilir. Arabuluculuk davadan önce hatta cezalar belirlenmeden önce olabilir. Arabuluculuk mahkûmiyet kararından sonra da kullanılabilir. Ulaşılan anlaşma ile kurbana tazminat ödeme karşılığında suçlunun hapiste geçireceği süre azaltılabilir. Eğer tazminat ödeme tecilin bir şartı ise bu hükmün uygulamasını tecil memurları yerine getirir. Eleştirmenler suçlulara dışarıda geçirecekleri zamanı satın alma imkânı vermenin ceza hukukunun cezalandırıcı (öç alıcı), acizleştirici, korkutucu ve rehabilite edici kamusal amaçlarının göz ardı edildiğini ileri sürmektedirler.

Bazı Kurban-Saldırgan (Fail-Mağdur) Uzlaştırma Programları, isminden de anlaşılacağı üzere, sadece tazminat anlaşmaları değil fakat kurban ile saldırgan arasında bir nebzede olsa uzlaşma sağlamaya çalışır. Bunun bazı savunucuları şunu söyler; “ Suçun ilişkisel yönleri üzerinde odaklanıyoruz. Kurban ve saldırganların her ikisinin de tavır, duygu ve hisleri çok ciddi bir şekilde dikkate alınmalı. İyileşme önemlidir.”

Davalılar/saldırganlar bazen mahkemelerin emri bazen de savcıların baskısı ile arabuluculuk sürecine dâhil olurlar. Mahkeme veya savcılar kurban/davacılara bunu zorlayamasalar da bu toplantılara katılmamaları durumunda kovuşturmanın açılmayacağı veya mahkûmiyet süresinin kısalacağını anlatabilirler. Hatta herhangi bir anlaşmaya ulaşılamaması durumunda arabulucunun bu süreçle ilgili olarak düzenleyeceği raporda işbirliği yapmayan tarafı mahkeme veya savcıya ileteceğinden dolayı bir anlaşmaya ulaşmak konusunda bir baskı dahi olabilir. Genellikle cezai arabuluculuklarda avukatlar yer almazlar.

Çoğunlukla mağdur-fail arabuluculuğu olarak adlandırılan, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk, geleneksel ceza yargılamasının tamamlayıcısı olup, Avrupa Konseyine üye olan ülkelerin birçoğunda farklı şekillerde uygulanmakta ve hala yeni bir yöntem olarak görülmektedir. Bununla beraber, bu yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemine yönelik ilgi Avrupa devletlerinin çoğunda giderek artmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili tavsiye kararında, arabuluculuğun tanımı yapılmış, yasal temeline değinilmiş, mevcut ve yeni geliştirilecek arabuluculuk programlarının uygulanmasında dikkate alınacak ilkeler belirlenmiştir. Tüm bunlar yapılırken, ceza yargılamasında, tarafların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde belirlenen hukuki güvenceleri özellikle vurgulanmıştır. Avrupa Konseyine üye olan ülkeler, ceza uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğu oluştururken, kendi hukuk sistemlerine uyum sağlaması için farklı düzenlemeler yapma hakkına sahip olmakla beraber, tavsiye kararında ayrıntılı olarak yer alan ilkelerden yararlanmalıdırlar. Bu bağlamda, ülkemizde de, Ceza Muhakemeleri Kanununda uzlaştırmayı düzenleyen hükümlerin, tavsiye kararında belirtilen ilkeleri içermesi, uzlaştırmanın ceza muhakemesi hukukunda doğru işlemesi ve başarılı olması için zorunludur.[21]

4. SONUÇ

Uyuşmazlıkların devlet yargısına intikalinden önce çözümlenmesine ilişkin yöntemlerden birisi olan arabuluculuk müessesesi tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de her geçen gün daha fazla uygulama alanı bulmaktadır. Bu uygulama alanının artmasında arabuluculuğa imkân tanıyan ve daha etkin kullanılmasını amaçlayan yasal değişikliklerin payı büyüktür.

Arabuluculuğun temel amaçları olarak; sorunu çözmek, artı-toplam fırsatlarından yararlanmak ve manevi gelişmeyi sağlamak sayılabilir. Arabuluculuk sürecinin özellikle sayılan bu amaçların gerçekleşmesine önemli katkıları vardır. Arabuluculuk uygulamaları arttıkça bu katkı ve faydalar daha net bir biçimde görülebilecektir. Arabuluculuğun başarılı olabilmesinde sürece katılan uyuşmazlığın tarafı olan kişilere ve arabuluculara önemli görevler düşmektedir. Arabuluculuk yönteminin uygulama şansı bulması için tarafların bu yöntemi benimsemesi ve bir arabulucu üzerinde mutabakata varılması gerekir. Sadece bu başlangıç bile uzlaşma kültürünün tesisinde önemli bir adımdır. Bu adım, sadece hukuki ihtilafların çözümünde değil toplumsal barışın tesisinde ve dinsel, etnik, kültürel ve siyasal farklılıklardan kaynaklanan gerilim ve çatışmaların önlenmesinde ve bir arada daha huzurlu yaşama yolunda da ciddi katkılar sağlayacaktır.

Arabuluculuk sürecinde, katılımcılar, onların temsilcileri, arabulucular, düzenlenen oturumlar ve bu oturumlar yoluyla sağlanan doğrudan ve dolaylı iletişim, uzlaşma teklifleri ve neticesinde varılan anlaşma uzlaşmanın önündeki engellerin kaldırılması ve ihtilafların barışçı bir yoldan sonlandırılması suretiyle bireylere ve topluma ciddi faydalar sağlarlar. Arabuluculuk süreci ihtilafın taraflarından sadece birisine kazanç sağlayan diğer tarafı mağdur eden bir süreç olmayıp tarafların her ikisinin de varılan anlaşma sonucunda kazançlı çıkabildiği bir süreçtir. Günümüzde arabuluculuk aile, çalışma ve iş hayatı, toplumsal konular, kamu hukuku, medeni hukuk ticaret ile ceza hususlarında giderek artan uygulama imkânı bulmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin, Ankara, 2003 (Alternatif)
- Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yaklaşım, Ankara, 2004 (Alternatif)
- Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım 2006, Sayı:132, s. 43-58) (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin)
- Özbek, Mustafa: Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Ankara Barosu Dergisi 2001-3, s. 113-139) (Avrupa)
- Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7, Sayı:1, s.127-166)
- Özbek, Mustafa: İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller II (Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2005, Sayı 57, s.82-136)
- Ware, Stephen J. : Alternative Dispute Resolution, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Mınn., 2001

[1] Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım 2006, Sayı:132, s. 43-58) s.52

[2] Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yaklaşım, Ankara, 2004, s.208

[3] Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin …, s.53

[4] Özbek- Alternatif, s.211

[5] Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin, Ankara, 2003, s. 89

[6] Ildır-Alternatif, s. 95-96

[7] Özbek-Alternatif, s. 210

[8] Özbek, Mustafa: İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller II (Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2005, Sayı 57, s.82-136) s.111

[9] Ildır-Alternatif, s. 90

[10] Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin …, s. 56

[11] Ildır-Alternatif, s. 145

[12] Ildır-Alternatif, s. 148

[13] Özbek-Alternatif, s. 373

[14] Özbek-Alternatif, s. 387

[15] Ildır-Alternatif, s. 128

[16] Özbek-Alternatif, s. 388

[17] Özbek, Mustafa: Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Ankara Barosu Dergisi 2001-3, s. 113-139) s.136

[18] Özbek-Avrupa, s. 129

[19] Özbek-Alternatif, s. 412

[20] Özbek-Alternatif, s. 415

[21]Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7, Sayı:1, s.127-166) s.163.

//