İflas mahkemeleri yüksek miktarları işleri ele alır, her yıl yüzlerce binlerce bireyi ve işleri etkiler. Mahkemede açılan davaların çoğunun tasfiye ile çözümlenmesi iflas davalarının özelliğini oluşturmaktadır. İflas mahkemeleri ADR programlarının kurulmasını hükmetmeli midir? Kısaca ADR bu davalara uymaktadır ve bu davaların daha erken çözümlenmesine yardımcı olur. Felsefi bir yaklaşımla mahkemeler kamu kuruluşları gibi bir çok anlaşmazlığın çözüm hizmeti sağlamalıdır[1].

Bu bölümde iflas mahkemelerinin bir ADR programı düzenlendiğinde buna yönelmesi hakkında bir çok soru ve bunun önemi üzerinde durulacaktır.

B. ADR PROGRAMINI PLANLAMAK

Etkili bir ADR Programı dikkatli bir planlama ile başlar. Tecrübeler mahkemelerin bir çok konuyu çözmek için zaman alarak kendilerine ve davanın taraflarına hizmet ettiğini gösterir. ADR Programı olan ve bunu yeniden canlandırma arayışında olan mahkemeler de konuları planlamadan yararlanırlar[2].

Mahkeme ADR programından kasıt davanın taraflarına ADR hizmeti sağlayan sistematik bir yaklaşımdır. Böyle bir program bütün hakimler ya da birileri tarafından uygulanabilir ve mahkemenin kendisi tarafından veya dışarıdan bir kişi tarafından yönetilebilir. Bu bölümde bir

ADR programı kurulduğunda ve hayata geçirildiğinde mahkemenin vermiş olduğu bir çok karar tartışılacak[3].

I. ADR Programındaki Amaçları Belirlemek

ADR programındaki amaçları belirten kesin ifadeyi geliştirerek başlamalısın. Bu ifade en az üç amaca hizmet eder. İlk olarak mahkemenin ADR ile ilgili politikasını tayin eder- örneğin başlamak için bir neden olmalı. İkinci olarak, mahkemeye bir yol haritası verir. Ve son olarak mahkemeye ADR programının gider ve performans karşıtlığı hakkında standart bir ölçü sağlar[4] .

Mahkeme ADR programının amaçlarından bazıları şunlardır:

a. Zaman ve paradan tasarruf etmek:

Bir anlaşmazlığın daha geç çözümlenmesi yerine daha erken çözümlenmesi durumunda açıktır

ki hem taraflar hem de mahkeme tasarruf etmiş olacaktır. Fakat, mahkemenin değerli vakitten tasarruf sağlanması önemli olsa da diğer taraftan davanın tarafları açısından da tasarruf sağlanması da önemlidir bu da ADR programının benimsenme nedenlerinden biridir[5].

b. Taraflara kendi kaderlerine karar verme altyapısı oluşturularak yasal sistem içinde memnuniyetlerini geliştirmek:

İflas mahkemeleri anlaşmazlık konusunu çözümlemek çözmek için güvenli bir ortam sağlayarak çalışırlar. Tarafların kendilerine adil davranıldığını hissetmeleri önemlidir. Açıkça taraflar anlaşmazlık konusuna karar verilirken rolleri daha büyük olursa daha memnun olurlar[6].

Özellikle İflas mahkemelerinde, tarafların çoğu iş ilişkilerinin devamı konusunda potansiyele sahiptirler. Hakimin karar verme yetkisi lahiyalar ile sınırlı olduğunda, taraflar çözümün düzenlenmesinde mahkemeden önce sınırlı konuları aşabilirler[7].

c. Sürekli bir anlaşmaya ulaşmak:

Şart koşulmuş anlaşmaya varmanın bir çok yararından biri de her iki tarafın isteklerinden biraz daha uzaklaşılmasını sağlamaktır. Bu sonuç ileride mahkemenin önüne gelecek söz konusu anlaşmazlıklarla ilgili talepleri büyük bir ölçüde azaltması açısından mahkemeye fayda sağlar[8] .

Amaçlardaki açıklık ne çeşit bir ADR sağlanmasını belirlemede, kimin sağlaması gerektiğini belirlemede yardım cı olacağı gibi aynı zamanda gerçekten mahkemede ADR'ye ihtiyaç olup olmadığını belirlemede de yardımcı olur. Amaçlar ne olursa olsun koşullara ve yasal kültüre uygun olmalıdırlar.

II. Bütün Önemli Bileşenleri ADR Programını Planlamaya Dahil Etmek

Bu ADR programının gelişiminde mahkemenin atması gereken en önemli adımlardan biridir. Planlama sürecinin ilgili olan tüm tarafları içermemesindeki başarısızlık programın hiçbir zaman uygulanmaması sonucunu doğurabilir ya da uygulansa bile program başarısızlığa mahkum olur. [9]

Programın kurulması ve uygulanmasında danışılabilecek veya kapsam içine alınabilecek gruplardan bazıları: Bölge iflas hakimleri, mahkeme kalemi, iflas masası, ADR'de uzman görüşü sağlayacak çok sayıdaki kişi veya kurumlar[10].

a. Hakimler:

Kapsam içine alınması gereken en önemli grup iflas hakimleridir. Hakimlerin desteği olmaksızın bu program asla işlemez. İflas hakimi bu programın kurulmasında ilk sırada yer alan lider olmalıdır[11]. Programın bütün hususları denetlendikten sonra programın durumu hakkında periyodik olarak hakime rapor verilir. Endişeler hakimler ve arabuluculara iletilerek ortadan kaldırılabilir.

b. Mahkeme kalemi:

Başlangıçtan itibaren ADR programının planlanmasında mahkeme kaleminin dahil olması çok önemlidir. Programın faydalarını saptamak için hazır bir datanın oluşturulabilmesi için dava yönetim sistemine entegre edilmiş ADR programına sahip olmak oldukça önemlidir[12].

Kurulan ve geliştirilen entegre sisteminde arabulucuların bilgileri eklenip yenilenebilir, açılan davalar arabuluculara havale edilebilir, arabuluculuk işleri sonuçlandırılabilir, dava durumlarının günlük çıktısı alınabilir ve/veya standart istatistik raporlar oluşturulabilir. Bu süreç programın uygulanmasıyla sorumlu olan mahkeme kalemi yardımcıları, yasal asistanlar ve mahkeme kalemi tarafından geliştirilmelidir[13].

c. İflas masası:

İflas masasından bilgi almak çok önemlidir. Tarfların birçogunun danışmanlarından bilgi alması gibi onların desteği önemlidir. Yerel kültüre bağlı olarak iflas masası belki ADR ile aşina olabilir. Eğer değilse, eğitilmelidirler. İflas masasının bilgisinin araştırılması hususundaki başarısızlık programa direnme durumuna neden olabilir, böylece uygulama zorlaşabilir[14].

d. ADR uzmanları:

ADR uzmanlarından bilgi istemek tavsiye edilir, genellikle eğitim kuruluşları ve tabi ki Federal Yargı Merkezi. Hakimler ve ADR programının kurulduğu iflas mahkemelerinde personeller diğer mükemmel kaynaklardır. ADR bölümüne haiz ülkede var olan üniversitelerin çoğu ADR programının kurulması konusunda mahkemeleri desteklemek için gönüllüdürler[15].

Uzmanların tavsiyeleri küçümsenmemelidir. Hakimler iflas davaları hakkında pek çok şey biliyorlarken, uzmanlar da ADR hakkında onlardan daha çok bilgiye sahiptirler. ADR

uzmanlarını kapsayan bir ADR danışma grubu özellikle başlangıç planı ve programın uygulanmasında değerli katkılar sağlayabilirler. İflas dairesi ve hükümet temsilcileri, iflas avukatları, arabulucular,mahkemenin yargısal personel temsilcilerinin de ADR uzmanları kapsamında olması göz önünde tutulmalıdır. Bu grup ADR programının kurulması ve idaresi için bir anlayış önerebilir ve tarafların ADR'ye cazip bakmaları hususunda yardımcı olabilir. Bu grup aynı zamanda programın etkilerini denetleme ve ADR politikası işlerinde tavsiye vermede rol oynar[16].

III. Mahkemenin Amaçlarına En Uygun Olan ADR Türünü Belirlemek

İflas mahkemelerinde üstün olarak uygulanan ADR türü arabuluculuktur.Bu şaşırtıcı değildir çünkü iflas uygulamasının doğası makul bir tavsiyeye ulaşmaya çalışmak vardır. Erken tarafsız değerlendirme göz önünde tutulmalıdır fakat genellikle tarafsız değerlendirmeler bir engel çıktığında arabuluculuk sürecinde ortaya çıkar ve değerlendirmeler ister önerilsin ister gözlemlenilsin çıkmazı ortadan kaldırmak için yapılır[17].

ADR'nin diğer bir şekli olan tahkim geçerli bir çözüme ulaşmak için kurulur, mahkeme hükmü gibi. Taraflar arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamamış fakat hala davanın ertelenmesinden ve masraflarından kaçınmak isteyip üçüncü kişinin karar vermesi yoluna gidebilirler. Böylece arabuluculuk yerine tahkim kullanılır. Bu gibi durumlarda yargılamaya benzer bir süreci isteyen fakat aynı zamanda uygun gördükleri kuralların konulmasını arzu eden taraflar için tahkim daha yararlı olabilir[18].

IV. Programın Mahkeme Tarafından Yönetilip Yönetilemeyeceğinin ya da Dışarıdan Bir Kişiye Dayanıp Dayanmayacağının Belirlenmesi

İflas mahkemelerindeki arabuluculuk programının genel modeli mahkemece yönetilmiş olanıdır. Bundan dolayı birçok iflas mahkemesi, mahkeme fonksiyonlarının yönetimini kar gütmeyen arabulucu sağlayıcıları ya da barolar birliği gibi diğer bir organizasyona terk etmemesi gerektiğini düşünür. Başka bir organizasyonun programı yönetmesi ciddi kalite kontrolü ve yetki devri problemlerini ortaya çıkarabilir[19].

V. Pilot Programın Gerekliliğini Belirlemek

Tecrübelere göre arabuluculuk programı uygulayan iflas mahkemeleri tüm hakimler için çok geniş sınırlıdır. Sadece bazı hakimleri kapsayan pilot programlar gibi daha sınırlı uygulamalar genellikle programın hakimlerin lehine olmadığı mahkemelerde yapılır. Büyük çapta bir programın uygulanması için mahkemeler gerekli hazırlıkları yapmalıdırlar[20].

İyi planlanmış ise pilot program arabuluculuk programının faydaları konusunda mahkemeyi ve/ veya iflas masasını ikna etmede faydalı olabilir. Pilot program arabuluculuğu en çok destekleyen hakimleri de kapsamalıdır[21].

Pilot program arabuluculuk programının çeşitli özelliklerini test etmek için de kullanılabilir. Testlerden biri arabuluculuk programının en etkili olduğu işlerin çeşitlerini saptamak için yapılabilir. Mahkemeler dava tipinin uygunluğunu saptarken mümkün olduğu kadar esaslı olmalıdırlar, yapılabilecek bütün testler yapılmalıdır[22].

Pilot programın diğer bir türünde program sadece bir bölge içinde belirli yerlerde uygulanmaktadır. Mahkeme belirli bölgelerdeki programın yaşam kabiliyetine etki edebilecek bir çok etkeni dikkate almalıdır. En önemlisi, mahkeme o bölgede arabuluculuğa ilgisi olan hakimleri ve avukatları belirlemeli ve onları ilerletmelidir[23].

VI. Arabuluculuk Programının İhtiyaç Duyduğu Kuralları ve Usulleri Belirlemek

Başarılı bir arabuluculuk programında elverişli bir yapıya sahip olmak için kuralları ve usulleri belirlemek kritik bir öneme sahiptir. Bu bölümde yapının sağladığı kurallar ve usullerin uygun noktaları detaylı olarak incelenecektir[24].

Arabuluculuk programının resmi bir şekilde onaylanması ve kabul edilmesi de oldukça önemlidir. Resmiyet önemlidir çünkü mahkemenin yetkisi ile tasdik edilen ve mahkemece onaylanan programda yanlış anlaşılmalar olmamalıdır. Çeşitli şekillerde onay alınabilir. Sadece belirli hakimler kendi mahkemelerinde arabuluculuk programını yürüteceklerse kuralların bu

hakimler tarafından belirlenmesi en iyi seçenek olabilir. Eğer program mahkeme dışında benimsenirse o bölgede genel kural veya yeni yerel kuraların oluşması o bölgedeki iflas mahkemeleri hakimlerinin oyu ile gerçekleşir. Genel kuralların o programın kural ve usullerini içermesi durumunda bölge mahkemesinin onayına ihtiyaç duyulmayabilir. Fakat programın kural ve usulleri iflas mahkemesinin yerel kurallarının bir bölümü ise bölge mahkemesinin onayı zorunludur. Bölgelerin bir çoğu iyi organize edilmiş iflas arabuluculuk programını memnuniyetle onaylamaktadır[25].

VII. Eğitim ve Tanıtım Programını Üstlenmek

a. Avukatlar için:

Avukatların eğitimi çok önemlidir. Yerel kültüre bağlı olarak avukatlar çok ya da daha az eğitime ihtiyaç duyabilirler. Mahkeme en azından arabuluculuğun belirgin özelliklerini, programın gerekliliklerini ve arabuluculukta müvekkili temsil etmekle davada müvekkili temsil etmenin farklarını genel olarak anlatan bir programla avukatları arabuluculuk ile tanıştıracak bir programı desteklemeli[26].

Bu eğitim programı mahkeme, yerel barolar birliği ya da ortak girişim tarafından açılabilir. Programı kim organize ederse etsin programdan sorumlu hakimler ve arabuluculuk deneyimine sahip baro üyeleri eğitmenler içinde olmalıdırlar. Arabuluculuğun başarıları hakkındaki zorlayıcı hikayeler kadar baro ve yasal liderler programa destek sağlamak için yardımcı olabilirler.

Arabuluculuk programı ile elde edilen ve benimsenen tecrübelerden sonra hem mahkeme hem de avukatlar bu program ile ilgili geçici tartışmalardan ve yasal eğitim stajından yararlanacaktır[27]

.

b. Hakimler için:

Arabuluculuk anlayışında hakimlerin eğitilmesi oldukça önemlidir. Halkı ve baro üyelerini katılmaya teşvik etmede, programı desteklemenin nedenlerini açıklamada hakimlerin rolü oldukça büyüktür[28].

Eğitimler davalarda arabuluculuğun nasıl etkin bir şekilde kullanılacağını anlamaya önemli bir şekilde yardımcı olur. Arabuluculara önerilen 30-40 saatlik bir kurs hakimler için de şüphesiz ki faydalı olacaktır buna rağmen iki ya da üç günlük eğitimler de sürecin anlaşılması konusunda hakimler için yeterli olur. Bölgenin yerine göre arabuluculuk eğitimini yürütmek için uzman çeşitliliği sağlamak mümkün olabilir. Hakimler arabuluculuk eğitimini Federal Yasal Merkez, Ulusal Yasal Üniversite ya da yerel hukuk okulları vasıtası ile almayı da göz önünde bulundurabilirler[29].

c. Katipler ve yasal personel için:

Programın çalışması için mahkeme personelinin eğitimi çok önemlidir. Arabuluculuk programındaki belirli işlerin havale işlemlerini idare etmek için her bir hakimin personelinden en az biri eğitilmelidir[30].

Arabuluculuk görev sürecini başlatmak için mahkemenin işi arabuluculuk programına havale etme hakkında kararı bulunmalıdır. Yardımcı katip, katip, hakim ya da sekreterden biri hakimin kararı imzaladıktan sonra izlenmesi gereken süreç hakkında eğitilmelidir. İmzalanan emri alan katip yardımcısının da eğitilmesi gerekmektedir[31].

Eğitim veren kişi ya da kişiler arabuluculuk program yönetimi üyelerinden olmalıdır. Katipler program yönetiminde programı yönetene sürekli yardımcı olurlar ve mahkeme personelini eğitirler.

C. ARABULUCULUK PROGRAMI İÇİN DAVA SEÇİMİ

Planlama süreci boyunca temel bileşenlerin yardımı ile mahkeme, açılan bir davada arabuluculuk sürecinin nasıl uygulanacağı konusunda çok önemli bir karar verecektir. Benimsenen kurallar davalılara hangi işlerin arabuluculuk için uygun olduğu, hangi işlerin seçileceği, dava sürecinde arabuluculuğun nasıl ortaya çıkacağı konusunda açıklayıcı olmalıdır[32]
. İflas süreci başlı başına bir alternatif uyuşmazlık çözümü olduğu için, iflas mahkemeleriyle ADR'nin özel bir ilgisi vardır. İflas süreci, planlanması itibariyle, alacaklıların borçluya karşı yönelttikleri birden çok talebin tek bir usulde cevaplandığı kısaltılmış bir süreçtir. Özellikle olağan iflas davaları arabuluculuğa uygundur; fakat hakimler, karmaşık uyuşmazlıkları ve bazen, yeniden örgütlenme planları üzerindeki uyuşmazlıkları kesin ve açık olarak belirlemek veya çözmek için de iflas davalarını arabuluculuğa havale edebilirler. İflas dairesinin, birbirine benzeyen ama ayrı ayrı ileri sürülmüş olan birden çok talebi çözmesinin gerekli olduğu hallerde, iflas hakimleri, tarafların çok aşamalı bir çözüm sürecini kullanmasını önermektedir
[33]
.

I. İşlerin Arabuluculuk İçin Uygunluğunu Saptamak

Bazı mahkemelerin işlerin arabuluculuk programı için uygunluğu konusunda sınırlamaları yokken bazı mahkemelerin ise dava seçerken sınırlamaları mevcuttur. Örneğin Kuzey Kaliforniya tasfiye itirazları, iş ve tazminat anlaşmazlıkları, itaatsizlik ve yaptırım içeren bazı konuları kabul etmez[34].

Bazı mahkemelerin hiçbir sınırlaması yoktur. Örneğin 1995 yılında başlayan bir programda Kuzey Kaliforniya'nın istisnaları kabul edilmiş fakat bu istisnaların gereksiz olduğu anlaşıldıktan sonra arabuluculuk programına havale edilebilecek işlerin çeşitli konusunda hiçbir sınırlama

içermeyen şimdiki genel kurallar oluşturulmuş.Tarafların analaşmalarına bırakılmayan veya sorunları arttıran bireysel davalarda bile mahkeme tarafından karar verilmelidir. Davaların çoğu anlaşma görüşmeleri için uygundur[35].

Bazı müzakere konuları bizzat arabuluculuğa gönderilir. Bu gibi konuların arabuluculuğa gönderilmesi konusuna dikkat edilmelidir bu süreç temsil edilmeyen tarafların anlaşmaya varma yolunun duyulması açısından büyük ir fırsat olabilir. Bazı arabulucuların bizzat taraflarla temasta olmaktan hoşlanmadıkları dikkate alınmalıdır. Bu arabulucular her ne kadar tarafsız olduklarını açıklasalar da tarafların kendisine diğer tarafı temsil ediyormuş gibi gördüklerini fark edebilirler. Her şeye rağmen şu anda mahkemelerde bizzat havalelerde hiçbir sınırlama bulunmamaktadır[36]
.

II. İşlerin Arabuluculuğa Nasıl Gönderileceğini Belirlemek

İşlerin arabuluculuğa havalesi için bir yöntem belirlemek oldukça önemlidir. Eğer mahkeme tüm ya da belirli türdeki işleri zorunlu olarak ve kendiliğinden havale etmezse, hakimler arabuluculuk programında çok önemli bir unsur olacaklardır. Eğer davaları havale etmezlerse, program küçük bir iş olacak, tarafsızlık az bir deneyime sahip olacak ve programın etkisi azalacaktır[37].

İşleri arabuluculuğa havale etmenin üç yolu vardır:

1- Karşılıklı olarak, diğer bir davanın ya da müzakerenin gidişatına göre tarafların gönüllü teklifleri ile,

2- Duruşma veya müzakere süresince,

3- Hakim tarafından müzakerenin ya da diğer bir duruşmanın gidişatına göre re'sen yada tarafların istekleri üzerine.

Havalelerin büyük bir çoğunluğu mahkemede duruma veya duruşma öncesindeki müzakerelerde hakimin emri ya da taraflardan birinin veya birçoğunun isteği üzerine yapılır. Bu müzakerelerde, arabuluculuğun yararlı olabilmesi için hakimler avukatlarla müzakere etme hususunda mükemmel konumdadırlar. Eğer avukatlar arabuluculuğa direnç gösteriyorlarsa veya arabuluculuk hakkında özel bir bilgiye sahip değillerse bu durum onları süreç hakkında eğitmek için çok güzel bir fırsattır. Bu tür müzakereleri yapmak hakim için bir adet değilse hakim davayı havale etme yetkisine sahiptir fakat bu durumda arabuluculuğun ne zaman ve nasıl etkili bir şekilde kullanılacağını saptamak daha zor olacaktır[38].

Davaları arabuluculuğa havale etme yöntemlerinden en az etkili olanı bu durumun sadece tarafların insiyatifine bırakılmasıdır. Durgunluk, güçsüz görünmeme isteği veya diğer bazı nedenlerle sıklıkla sadece avukatlar davanın arabuluculuk ile çözümlenmesi için diğer tarafa öneride bulunur. Bununla beraber, taraflar her zaman konunun arabuluculuğa gönderilmesini isteyebilmelidirler.

İşlerin arabuluculuğa havalesini tartışmak için programlama, durum ve hazırlık konferanslarını kullanmanın bir çok iyi nedeni mevcuttur. En azından mahkemede durum raporlarında cevaplandırılması gereken sorulardan biri işin arabuluculuğa gönderilip gönderilemeyeceğidir. Bu tarafları konferansa gelmeden önce arabuluculuk hakkında düşünmeye sevk eder. Düzenlemenin böyle bir havale için hazır olup olmadığına eğer değilse, hazır olmak için nelerin gerekli olduğuna avukatların ve hakimlerin karar verebilmesi diğer bir avantajdır. Bu aynı zamanda avukatları arabuluculukta anlaşmaya ikna etmeye çalışmak için hakimler için bir fırsattır[39].

Mahkemede gerekli olan tüm evrakların bulunması tavsiye edilir. Örneğin bazı bölgelerde mahkemede hakimlerin üç önemli evrağı şunlardır[40].

1- Arabulucuların kimliklerini, arabuluculuğa gönderilen işin türünü ve miktarını içeren 702 numaralı resmi belge.

2- Arabuluculuk görevini üstlenebilecek arabulucuların listesi. Bu liste iki ayda bir yenilenir.

3- Arabulucuların kısa özgeçmişlerine ait bilgileri içeren klasör. Arabulucuların özgeçmiş bilgileri, İflas Mahkemesi Arabuluculuk Program Paneli Atamaları için başvurulardan toplanır.

Danışmanlara bu üç unsur sağlanır ve usulü tamamlamak için mahkeme dışına çıkması, doldurulması için mahkemeye iade etmesi ve listeye kaydedilmesi için istenir. Mahkemede

emirlerin alınması, sistem içinde emri mahkemeye iade etmeyen, kaybeden, yanlış yerine getiren taraflardan biri için bu gibi olası problemleri ortadan kaldırır[41].

Danışmanlara kendilerine tavsiye edilen arabulucularla işi kabul edeceklerini kesinleştirmek için derhal görüşmeleri tavsiye edilir[42].

III. Hakimin Arabuluculuğa Hükmedip Edemeyeceği ya da Sadece Tarafların Rızası ile Havale Yapılıp Yapılamayacağı Sorularının Çözümü

Hakimlerin tarafların itirazları üzerene dosyayı havale etmeye yetkili kılınıp kılınmaması oldukça önemli bir politika meselesidir. Tarafların arabuluculuğa kendi istekleri ile gitmeye karar vermeleri ve arabulucuların onlarca seçilmeleri tercih edilebilir. Gerçekte, arabuluculuğun başlaması ve mahkemede taraflara bildirilmesi gönüllü olarak anlaşma ile olur[43].

Bununla beraber, hakimlerin sadece arabuluculuğa hükmetmemesi aynı zamanda arabulucuları seçmesine ilişkin genel yargı genel bir düzenleme ile yapılmalıdır[44]. Federal Hukuk Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin (c) bendi, mahkemeye bir ön duruşma müzakeresinde, uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olması için uzlaşma ve özel usullerin kullanılması ile ilgili "uygun işlemleri yapma" yetkisini vermiştir. Bu maddenin getiriliş amacı, mahkemenin, uzlaşmaya varılmasını kolaylaştırmak veya etkin ve ekonomik bir yargılama yapmak için uygun kararları verme yetkisi hakkında bazen ortaya çıkan sorunları gidermektir [45]

.

Tarafların kendi pozisyonlarından vazgeçme konusunda uzlaşmaya yaklaşmadıkları bazı davlarda arabulucuların yardımları ile uzlaşmaları mümkündür. Arabuluculuğu yeni uygulamaya başlayan mahkemeler ve sürece yabancı olan barolar katılımı düzenlemeyi en azından başlangıçta avukatları bilgilendirmeyi isteyebilirler[46]. Arabuluculuğa havalenin zorunlu mu yoksa gönüllü mü olacağı, tarafların arabulucuya ödeme yapmaya zorlanıp zorlanmayacağı düşünülmesi gereken önemli konulardır. Bir İflas davasında kanunen gerçekleştirilen ön duruşmada davanın hızlı ve ekonomik olarak görülmesi için mahkemenin uygun olduğunu kabul ettiği bir karar verme konusunda geniş yetkiye sahiptir. Bazı görüşlere göre bu hüküm, zorunlu fakat bağlayıcı olmayan ADR yollarına başvurulması için gerekli yetkiyi vermektedir
[47]
. Hakimlerin tarafları arabuluculuğa gönderme emri verebileceği konusunda hiçbir şüphe yoktur fakat hakimlerin tarafları ödeme yapmaya zorlama yetkisinin olup olmadığı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Her halükarda mahkemeler arabulucuların ödeme almadan hizmet vermelerine karar verebilirler. Arabulucuların ödeme aldıkları durumlarda ise ödenecek miktar konusunda tarafların anlaşması gerekmektedir
[48]
.

IV. İşlerin Arabuluculuğa Ne Zaman Gönderileceği Sorusunun Çözümü

İşin arabuluculuğa havalesi için uygun zamanı belirlemek oldukça zordur. Hem avukatlar hem hakimler arabuluculuk hakkında daha rahat ve daha bilgili hale geldiklerinde arabuluculuğa

havale daha erken gerçekleşecektir. Anlaşma tartışmalarına yer verilmeden önce kuşkusuz her iki taraf da bunun anlamı hakkında bilgi sahibi olmalıdırlar. Bu arabuluculuk müzakerelerinin her durum konferansında önemini ortaya koyar. Bazen bireysel sorunlar olduğundan tüm iş hemen karara bağlanmasa bile genel bir anlaşma doğabilir[49].

Ana nokta, her zaman avukatların ve hakimlerin arabuluculuk sürecine girmek için en erken uygun zamanı bulmalarıdır. Genelde mahkemeler dava açıldıktan 60 gün sonra avukatlarla ilk konuşmayı yaparlar. Bu konuşmada mühletler ayarlanır ve arabuluculuğun kullanımı müzakere edilir. Takip edilen genel kural her bireysel dava için mühletleri uyarlamak ve bulgularım mümkün olduğunca erken çıkarılmasıdır. Kanuni bulguların gereklilikleri tespit edilmeli ve arabuluculuk bu gerekliliklerle ilgili olarak mümkün olduğunca erken programlanmalıdır[50].

Arabuluculuğun zamanlaması ile ilgili soruların tek ya da basit bir cevabı yoktur. Arabuluculuğun etkili kullanılması arabuluculuğa aşina olan ve her davanın gelişimini yakından izleyen bilgili avukat ve hakimlerin varlığını gerektirir[51].

V. Diğer Yargılama Konularının Arabuluculuk Sürecinde Kalıp Kalmayacağını Belirlemek

Hakim tarafından düzenlenmedikçe arabuluculuğun görevi zaman sınırlamalarını, mühletleri, programlamayı, rakiplerin işlemlerini, çekişmeli konuları ve diğer işlemleri etkilememek ya da değiştirmemektir[52].

Fakat kesin konular akılda tutulmalıdır. Bulguları mümkün olduğunca tamamlamak için taraflar üzerinde baskı kurmak önemlidir. Bu nedenle, durum konuşmalarında her iki tarafa tam olarak bulguların neleri gerektirdiği, uzlaşmak isteyip istemedikleri, eğer istiyorlarsa bulguların uzlaşma için ne kadar gerekli olduğu, ve ne zaman müzakere etmek istedikleri sorulmalıdır. Her hakim avukatlardan gelen arabuluculuk teklifini anlaşmaya ulaşmak için bir taktik mi yoksa gerçek bir çaba mı olduğunu dikkatli bir şekilde tayin etmelidir[53].

D. TARAFSIZLAR

I. Arabuluculuk Hizmetini Kimin Sağlayacağını Belirlemek

Mahkeme için arabulucu olarak hizmet verecek kişiyi belirlemek verilecek en önemli kararlardan biridir.Programın güvenirliliği, itibarı ve kalitesi arabuluculara isnat edilecektir. Tarafların rızası olmaksızın havaleye karar vermeye yetkili olan mahkemeler arabulucuların nitelikleri konusunda özel bir sorumluluk alırlar. Mahkemenin bir çok seçeneği vardır[54].

a. Hakimler:

İflas hakimlerinin arabulucu olarak hizmet verip vermeyeceği mahkeme için sorulması gereken önemli bir sorudur.Genellikle hakimlerin kendi bölgelerinde arabulucu olarak görev alması iyi bir fikir değildir, çünkü arabuluculuk hakimin zamandan tasarruf etmesi için etkili bir yöntemdir[55].

Bir çok hakimin anlaşmada mükemmel olmaları ve bundan zevk almalarına rağmen, özellikle yoğun mahkemelerde işi hakim olmayan bir arabulucuya havale etmenin daha etkin olup olmayacağı konusunu çok dikkatli düşünmelidirler. Hakim olmayan arabulucunun programı başarılı olmazsa hakimlerin müzakere etme fırsatları devam etmektedir[56].

Hakimler ara sıra veya rutin olarak arabuluculuk görevi yapacaklarsa arabuluculuk yetenek eğitimi almaları çok önemlidir. Hakimlerin hakim olmayan arabulucuların yaptıkları gibi yüksek kaliteli arabuluculuk sürecini sağlaması oldukça önemlidir[57].

b. Mahkeme kurulu:

Mahkeme ekli arabulucu programının genel modeli mahkeme tarafından onaylanmış taraflar için arabuluculuk paneli sağlar. Taraflara hizmet vermek için bu gibi paneller önerilir. Fakat mahkemelerin çoğu taraflara arabulucu seçmek izin vermektedir[58].

Kaliteli bir paneli temin etmek için, arabulucuların bedeli ödense de ödenmese de mahkemenin başvuranları gizlemesi ve atanmışları seçmesi oldukça önemlidir. Mahkeme yönetim sorumluluklarını minimumda tutma ihtiyacı duyarsa, gizlemek için yetkisini devretmeli ve panelin üyelerini onaylamalıdır fakat mahkeme bu sorumluluğu devredeceği kişi belirlemelidir. Örneğin, barolar birliği veya üniversite temelli arabuluculuk mahkemenin standartlarını karşılamalıdır. Yetki devri mahkemenin yönetim yükünü kolaylaştırmaktadır, arabulucuların niteliklerini sağlamak mahkeme bölümünde çabaya değer görülmektedir. Bu çaba konferans üyeliği, başvuranların gizlenmesi, eğitim gerekliliği ve performans kontrolü için ölçütlerin oluşturulmasını içermelidir[59].

Bazı mahkemeler karışmama siyaseti izler ve ilgili sağlayıcıların dinlenilmesine izin verir. Bu alıcı dikkati yaklaşımı mahkemenin daha az gözetimi gerektirir fakat mahkeme arabuluculuk programının itibarını ve kalitesini tehlikeye sokar. Genelde mahkemeler bu riski almazlar[60].

II. Arabulucu Sağlayıcıların Sahip Olması Gereken Nitelikler ve Alması Gereken Eğitimin Belirlenmesi

Mahkeme arabuluculuk konuşmasında başvuranları değerlendirerek standartlar oluşturmalıdır.

Bu standartlar genellikle işkolundaki üyeliği ve arabuluculukta eğitimimi kapsar[61].

a. Profesyonel Nitelikler:

Avukatlardan veya avukat olmayanlardan oluşabilecek arabuluculuk panelinin profesyonel niteliklerini belirlemek mahkeme için oldukça önemlidir[62].

aa. Avukatlar:

Panelin avukat üyesi kapsamlı bir iflas tecrübesine sahip olmalı mıdır? Mahkemenin belirlediği en az gereklilikler neyse iflas avukatlarının çoğu bu sınırlamaların ötesine geçeceklerdir. Bir çok mahkemenin en az gereklilikleri belirlemeyi istedikleri görülmektedir[63].

ab. Avukat olmayanlar:

Mahkeme dikkatlice avukat olmayanların panelin üyesi olup olamayacağı üzerinde durmalıdır. İflas mahkemelerindeki bir çok iş iflas uzmanlığını içermez. Bu yüzden birçok mahkeme mesleki kuruluşlarda belirlenen yıl kadar çalışan iyi durumda olan üyeler olmaları şartıyla hesap uzmanı, doktor gibi diğer uzmanları panele dahil eder[64].

b. Eğitim:

Mahkeme arabulucularının arabuluculuk eğitimi alması son derece önemlidir. Bazı kişiler doğal arabulucu olmalarına rağmen yüksek itibarlı iflas avukatı veya diğer bir uzman bir başka kişiyi arabulucu olarak yetkilendirmez. Arabuluculuk sadece eğitimle ve tecrübeyle öğrenilebilen özel beceriler gerektirir. Programın potansiyel gücüne ulaşması için panel üyelerine verilen eğitimin yeterli olması gerekmektedir[65].

Eğitimin kimin sağlayacağı ve ne kadar eğitimin gerekli olacağı önemli kararlardır. Mahkeme kendisi de eğitim sunabilir fakat mahkeme için daha genel ve etkin olan eğitim kuruluşunun veya başka bir kişinin sağlayacağı eğitimi onaylamasıdır. Birçok alandan hukuk okulları, barolar birliği veya özel arabulucu sağlayıcılar mükemmel arabuluculuk eğitimi vermektedir. Eğitim genellikle en az 30 saat civarında olmalıdır ve eğitim her zaman gerçek rol oynama unsurlarını içermelidir. Bu eğitim daha önce kabul edilebilir eğitim almış panel üyelerine yönelik olmalıdır[66] .

Mahkeme panel üyelerinin eğitim için ödeme yapıp yapmayacağını da belirlemelidir. Arabulucuların hizmetlerini bağışladıkları programlarda panel üyelerinin eğitimin masraflarına yardım etme çabaları önemlidir. Arabulucular piyasa fiyatı ücretini veya mahkemenin belirlediği ücreti talep etmeye yetkilendirildiğinde eğitim masrafları umursanmayacaktır[67].

ba. Mahkeme içi eğitim:

Mahkeme arabulucular için bizzat eğitim sunmayı düşünebilir. Arabulucular için bu programın yararlarından biri de panel üyelerinin hiç ya da çok az masraf ödemeleridir. Fakat bu gibi eğitim programının büyük bir çaba gerektirmesi ve çoğu mahkemenin eğitim verecek uzman personeli olmadığı için mahkemeler arabuluculuk eğitimi sağlamak için dışarıdan bir kurum seçmektedirler[68].

bb. Mahkeme dışı eğitim:

Mahkeme eğitim talep etmeye karar verir fakat masrafını ödeyemeyecek durumda ise panel üyelerinin masraflarını hafifletmek için başka yollar üzerinde düşünülmelidir. Seçeneklerden biri panel üyeleri için fiyat indirimi müzakeresi yapmaktır. Bir diğer seçenek de tarafların veya bütün eğitimin masraflarını ödemek için bölge mahkemesi avukatlığa giriş fonundan finansman talep etmektir. Bu fonun adaletin işlerliğini geliştiren bir program için kullanımı yasal gözükmektedir[69] .

III. Panel Üyelerinin Alım, Seçim ve Yer Değişimi Usulünün Belirlenmesi

Mahkeme arabulucu alımını yerel barolar birliği, diğer mesleki kuruluşlar ve yerel gazete vasıtası ile duyurmalıdır. Mahkeme aynı zamanda duruşma salonunun içine ve dışına ilan yerleştirmeyi dikkate almalıdır. Mahkeme aynı zamanda mahkeme paneline katılmak isteyenler için standart bir başvuru formu da geliştirmelidir[70].

Beş coğrafi bölümden oluşan Kaliforniya Bölge Merkezinde mütalaaya davet edilen başvuru sahipleri ilgi bölümlerdeki hakimlere gönderilir. Mütalaa ve yetenek kriterleri mahkeme tarafından oluşturulur ve ADR yöneticisi panel üyelerini seçer[71].

Kaliteli arabulucu paneli tayin usulü ile başlar fakat orada bitmez. İlk olarak tayin süresi belirlenmesi tavsiye edilir. Böylece iyi çalışmayan üyeler kolayca çıkarılabilir. Performans değerlendirmesi için arabuluculuk katılımcılarına anket ile arabuluculuk süreci ve arabulucuları değerlendirmeleri istenmelidir. Sözlü ifadeler program ve arabuluculuğun değerlendirilmesi için güvenilir değildir[72].

IV. Arabulucuların Hizmetleri İçin Ücret Alıp Almayacağını Belirlemek

Arabuluculuk programı kurulurken arabuluculara ödeme yapılıp yapılmayacağına karar vermek oldukça önemlidir. Bu konudaki başarısızlık programda problemlere yol açabilir. Bir çok iflas arabuluculuk programı ücretsizdir veya taraflar arabuluculara çok az ücret öderler. Örneğin Kaliforniya'nın güney bölgelerinde arabulucuya her bir yarım gün için taraflar bölüşerek 200 Dolar öderler. Kaliforniya'nın Merkez Bölgesi'nde arabulucular bazı haller hariç, yılda her üç ayda en az bir arabuluculuk konferansın ilk tam gün için harcamaların geri ödemelerini ya da ücret almazlar. Arabulucu belirli çeyrekler için en az bir pro bono arabuluculuğu yönettikten sonra ücret istediğinde arabulucuya ödenecek ücret taraflar ve arabulucu arasında karşılıklı olarak yapılan anlaşmada belirlenen miktardır ve bu miktar mahkemenin onayına tabidir. "İlk tüm gün" ün ihtiyaçları seçilir çünkü bir gün içinde başarıyla ya da başarısızlıkla sonuçlanacak işler tahmin edilir[73].

Ücretsiz arabuluculuğun bir avantajı vardır. Örneğin mahkeme tarafından panel için arabulucunun seçimi daha az çelişmeli olabilir. Buna ek olarak taraflar arabuluculuk konusunda anlaşmaya daha gönüllü olabilirler[74].

Arabuluculuk programı kurulurken en zor konulardan biri ücret sorunudur. Arabulucular ücret isteyeceklerdir. Bir çok iyi arabulucu mahkeme için her yıl için küçük sayılarla sınırlandırılmış pro bono işi yaptıkları için mutlular. Mahkemenin küçük ve uzmanlaşmış gruplar için para kazanma girişimi yaratması kötüye kullanılabileceğinden arabuluculara ücret ödenmesine karşı olan görüşler mevcuttur[75].

E. ARABULUCULUK OTURUMU

Arabuluculuk oturumu hakkında karar verilebilmesi için düşünülmesi gereken hayli fazla önemli konular mevcuttur. Kurallar içerisinde bu konuları konuşmak hakime, taraflara ve arabuluculara kılavuzluk edecek ve programın kalitesini arttıracaktır[76].

I. Arabuluculuk Oturumunda Kimlerin Bulunacağını Belirlemek

Bir çok iflas işinde, avukatlar genellikle arabuluculuk oturumun tamamında bulunurlar. Mahkeme için karar verilmesi gereken esas konu oturumda kimin bulunması gerektiği sorusudur[77].

a. Kayyımlar ve taraflar:

İflas arabuluculuk oturumunun olağan katılımcılarından biri atanmış kayyımdır. Kayyımın

danışman tarafından temsil edilip edilmeyeceği yerel geleneklere ve gerekliliklere bağlıdır[78].

Anlaşma kararı ile sorumlu olan kayyım ve diğer tüm tarafların genellikle oturuma katılmaları gerekmektedir. Fakat genellikle kayyımlar katılımda mazeretli olmalarını talep etmektedirler halbuki kayyımlara diğer taraflardan farklı davranmamak gerekir. Kayyım anlaşmaya karar veren kişi durumundaysa mutlaka oturumda bulunmalıdır[79].

Kayyımın oturumda bulunmaktan feragat edip edemeyeceği konusunun muhakemesi arabulucuya bırakılmalıdır. Başarılı bir arabuluculuğun neleri gerektirdiğini arabulucular hakimlerden daha iyi bildiklerinden muhakeme onlara bırakılır. Doğruluk ve programın doğruluğunun görünüşü için arabulucu genellikle tüm taraflar için aynı hakları ve zorunlulukları kabul etmelidir[80].

Bazı hallerde kayyımın ya da taraflardan birinin oturuma katılması güç olabilir. Bu hallerde arabulucu, oturuma katılması mümkün olmayan kişiye telefonla ulaşılabilecek konumda olması şartıyla oturuma katılmaktan muaf tutabilir[81].

b. Hükümet temsilcileri:

Hükümet temsilcileri arabuluculuk oturumuna katılmak için anlaşma talebini reddetmeye yetkili mercii temsil eder[82].

Hükümet temsilcileriyle ilişkilerde, mahkeme yerel danışmana daha çok anlaşma yetkisi verilme olasılığını araştırmak için temsilcilerle temasa girmeyi dikkate almalıdır. Buna ek olarak bu temsilciler arabuluculuk oturumu sürecince telefonla müsait olacak yüksek anlaşma yetkisine sahip bir kişiyi edinme konusunda hem fikir olabilirler. Arabuluculuk oturumu öncesinde özel düzenlemeler ve konu politikası gibi anlaşmalar yapılmışsa, hükümet içinde olan arabulucular anlaşma konularında taraflara yardım etmek için daha iyi durumda olacaklardır[83].

II. Arabuluculuğa Havale Edilen Davalar İçin Arabuluculuların Nasıl Seçileceğini Gözetmek

Daha önce belirtildiği üzere, çoğu mahkeme tarafsızları seçme konusunda taraflara izin verir. Bunun açık yararı, tarafların tarafsızları seçmesiyle başlayan arabuluculuk sürecinde oturuma katılarak kendilerini daha iyi hissetmeleridir. Fakat eğer taraflar bu konuda anlaşamazlarsa çoğu mahkeme tarafsızı belirleme yetkisini elinde tutmak isteyecektir[84].

İflas mahkemelerinde edinilen tecrübelere göre, genel uygulama sadece bir arabulucuya sahi olma yönündedir. Bununla beraber birden fazla arabulucunun katılması gereken baz durumlar

olabilir. Örneğin, eğer işler bir çok teknik soruyu içeriyorsa, biri arabuluculuk sürecinde usta olan diğeri ise işlerin teknik taraflarında daha deneyimli olan birden fazla arabulucunun bulunması yararlı olabilir[85].

Arabuluculuk sürecinin parçalara ayrıldığı en genel yer olan mahkeme arabulucular ile tarafları birleştirir. Arabulucu seçiminin son günü, arabulucunun tayininde tarafların, arabulucuların ve mahkemenin ilanını içeren bir süreç oluşturulduğundan emin olmak gerekir. Mahkemede tarafların bir araya gelmesini temin etmek için davacıdan, davalıya ve arabulucuya arabuluculuk emri uyarısı gönderilmesi istenir. Bunu desteklemek için arabulucuya aynı zamanda mail uyarısı gönderilir[86].

III. Arabulucunun Yetki Alanını Belirlemek

İflas işlerindeki arabuluculara, iflas haricindeki arabuluculukta olduğu gibi, zamanı ayarlama, oturumun yapılacağı yeri kurma ve oturuma başkanlık etme yetkileri gibi kesin yetkiler verilmelidir[87].

Arabuluculuk oturumunun en önemli ilkelerinden biri de arabulucu tarafından mazeretli

gösterilmedikçe anlaşmaya yetkili bir kişinin oturumda bulunmasıdır. Bu programın temel zorunluluklarından biridir[88].

Kaliforniya Merkez Bölgesinde arabulucular aşağıdakileri yapmaya yetkilidir[89]:

1- Arabuluculuk konferansı belgelerinin teslimi için son günü düzenlemek

2- Formlarla ilgili yerel kurallara uymaktan vazgeçmek

3- Bir taraf adına müzakere etme ve anlaşmaya varma yetkisine sahip taraflara ve temsilcilere izin vermek.

Arabulucuların davanın değerlendirilmesini mi sağlamalı yoksa belirli bir anlaşma tavsiyesi mi vermeli sorusu arabuluculuk komitesinde tartışılan sorulardan biridir. Aslında arabulucular yazılı tavsiyeler verme gibi bir zorunluluk altında olmamalıdır. Fakat tarafların ricası ile ya da işlerin gerekliliği durumlarında taraflara yazılı ya da sözlü anlaşma tavsiyeleri verme konusunda izin verilebilir. Notların hiçbir kopyası mahkemede dosyalanmamalı ve bir kısmı ya da tamamı mahkeme için doğrudan ya da dolaylı olarak açık olmamalı. Taraflar ve arabulucunun başlangıçta kullanılacak olan arabuluculuk sürecinin türü hakkında idraka ulaşmaları oldukça önemlidir. Ve her örnekte olayın değerlendirilmesi sadece taraflar talep ettiğinde yapılmalıdır[90] .

Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkabilecek önemli konulardan bire de konferans hazırlığı ya da özet karar için bir önergeyi tartışma gibi mahkeme günün ertelenip ertelenmemesidir. Örneğin müzakereleri ilerletmek için ön duruşma konferansı ve ön duruşma hazırlıkları tarafların zamanını daha etkin kullanımı için ertelenebilir. Diğer yandan belirli zamanlarla bütün tarafları baskı altında tutmak daha yararlı olabilir. Mahkemenin usulüne göre özet karar olarak önemli bir konuda karar vermesi de anlaşmaya varabilecek taraflar için yardımcı olabilir. Belirsizlikle çevrili olan konulara karşı dengeli olunmalıdır ki bu taraflara anlaşmaları için ek bir teşviktir[91].

Zamanları uzatma, önergeleri sıralama, hazırlık konferansı ya da zamanları kesme kararları mutlaka yargısal kararlar olmalıdır, bunlar arabulucuların verecekleri ya da mahkemeye tavsiye edecekleri kararlardan değildir. Bazı hakimler arabuluculuğun durumu hakkında ve tarihlerde değişiklik yapıp yapmama konusunda için tavsiye almak arabulucularla irtibat halinde olur. Arabuluculuk komitesindeki çoğunluğun görüşü arabulucu ile hakim arasındaki bu gibi iletişim gizliliği riske sokacağından uygunsuzdur. Fakat arabulucular arabuluculuğun konusunu içermeyen ve tarafların bilgisi ve rızası dahilinde raporların kullanımında hakimlerle iletişim halinde olabilirler. Tedbir mahiyetinde hakimlerin arabulucularla uygun olmayan bir şekilde iletişim halinde olamayacaklarına dair güçlü bir ifade yerel kurallar içine alınabilir[92].

IV. Usule ve Yönetime İlişkin Kabul Edilecek Kararları Belirlemek

a. Arabuluculuk oturumunu zamanlama:

Arabuluculuk planında oturumun başlangıcı ve devamı süresince açık bir kılavuz oluşturmak oldukça önemlidir. Arabuluculuk programında en çok karşılaşılan problemlerden biri tüm tafralara uygun bir duyuru ile oturumun başlangıç yerini, zamanını, ve tarihini ayarlamaktır[93].

Usul oturumun devamı için de oluşturulmuş olmalı ya da hem arabuluculuk planı ve/veya mahkemenin konuyu arabuluculuğa havale etme emri için öngörülen gerekliliklerle başlangıç oturumuna ilişkin olarak oluşturulmalı[94].

Her programda oturumu ayarlayan arabulucu taraflar için avukatlarla istişare içindedir. Bu, arabuluculuğun katılımcıların uygun olduğu zamanda yapılmasını ve mahkeme personeli üzerinden sorumluluğun kalkmasını sağladığı için daha iyi bir uygulamadır[95].

b. Arabuluculuk öncesi raporların teslimi:

Oturum öncesinde taraflardan raporları sunmalarını istemek oldukça önemlidir, böylece taraflar ve arabulucu oturumda söz konusu olabilecek çeşitli anlaşma ve seçeneklerin olduğunun farkına varacaklardır[96].

Raporların karşı taraflarca görülmelerine izin verilip verilmeyeceğine karar vermek gerekecektir. Taraflara yol göstermek için arabuluculuk kuralları ya da arabuluculuk planı ya konular üzerinde mahkemenin beklentilerini saptamalı ya da takdir yetkisinin arabulucunun elinde olduğunu belirtmelidir. Arabulucular genellikle taraflar arasında bir takım oturum öncesi raporların değişimini ve gizli raporlarınsa sadece arabulucuya teslimini talep ederler[97].

Her durumda arabuluculuk kuralları; taraflardan her birinin en azından bir oturum öncesi raporu dosyalamasını öngörmelidir. Aynı zamanda kurallar dosyalama işleminin ve oturumda tartışılacak kesin konuların tespitinin ne zaman yapılacağını belirtmelidir. Arabulucu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk raporları deliller ve ekler hariç olmak üzere 10 sayfayı geçmemeli ve yerel kurallara uygun olmalıdır. Bu raporlar mahkeme ile birlikte dosyalanamaz ve hakimler bu dosyalara erişemezler[98].

Arabuluculuk raporları[99];

1- Kişilerin ve tarafların temsilcisi olarak konferansa katılacak avukatları ve karar verme yetkisine haiz kişilerin kimliklerini belirtmeli,

2- Anlaşmazlığın esasını özet bir şekilde tanımlamalı.

3-Anlaşmazlığın kapsamını hatırı sayılır şekilde azaltacak veya anlaşmaya önemli derecede katkı sağlayacak yasal veya gerçek olayları içermeli,

4- Anlamlı bir tartışma için taraflara katkıda bulanacak bulguları tespit etmeli,

5- Önceki veya şu andaki göze çarpan teklifleri ve istekleri de belirten geçmiş anlaşma tartışmalarının göstermeli,

6- Masraf ve zaman tahmini içermeli,

7- İlerideki durum konferansları, oturumlar için ayarlanmış zamanı belirtmeli,

8- Anlaşmazlığı ortaya çıkaran ya da arabuluculuk konferansının amaçlarını yükseltebilecek nitelikte olan belgeleri içermelidir.

Taraflardan her biri konferans başlamadan önce arabulucunun bilmesi gereken konuları ayrı gizli arabuluculuk raporu ile doğrudan arabulucuya sunabilir. Arabulucu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, bu gibi arabuluculuk raporları deliller ve ekler hariç olmak üzere 10 sayfayı geçmemeli ve yerel kurallara uygun olmalıdır[100].

c. Arabuluculuk oturumunun yapılacağı yer:

İflas arabuluculuklarında, oturumlar her zaman arabulucunun bürosunda yapılır. Taraflardan birinin avukatının ofisinde veya taraflardan birinin kendi ofisinde oturumun yapılması istenmeyen bir durumdur[101].

Mahkeme ilişikli iflas arabuluculuk programlarında, oturumlar mahkemenin konferans salonunda yapılabilir. Fakat bu durumda mahkeme, arabulucunun anlaşmayı yapacağı kişilerle mahkemenin irtibatını sağlamak zorunda olacaktır[102].

Eğer mahkeme alanı kullanılacaksa, arabulucular ve mahkeme arabulucunun taraflar ve danışmanları ile yapacağı iki ayrı konferans için farklı salonların güvenliğini sağlama konusunda özenli olmalıdırlar. Son olarak, mahkeme salonlarının kullanılabilirliği belirli günler ve saatlerle sınırlandırılacaktır[103].

d. Anlaşma hazırlıkları:

İflas arabuluculuğunda, anlaşmalar genellikle oturumun sonunda kağıda dökülür.Anlaşmanın karmaşıklığına bağlı olarak, anlaşma tamamen tamamlanabilir veya en azından mutabık olunan ana konuların taraflarca listelenmesinden oluşabilir. Bu anlaşma her iki taraf ve avukatları tarafından imzalanmalıdır[104].

Arabulucu ya da taraf avukatlarından biri anlaşmayı hazırlayabilir. İflas konularında tecrübeli arabulucular belirli bazı konularda maktu formlara sahiptir[105].

Bir konuda anlaşıldığında taraflar, yapılır yapılmaz hüküm ifade eden anlaşmaları derhal dosyalayıp eğer gerekiyorsa uygun bir duruşmada mahkemenin onayını almalıdırlar. Sorunun çözümünü yazılı olarak hazırlamak için seçilen taraf yapılır yapılmaz hüküm ifade eden belgeyi anlaşmak amacıyla teklif edilen düzenin ve koşulların onayı için derhal mahkemeye sunmalıdır[106]
.

Örnek olarak, Merkez Bölgede, taraflar arabuluculuk konferansını sonlandıracak bir anlaşmaya ulaştıklarında arabulucunun tavsiyesi üzerine sorunun çözümünü yazılı olarak hazırlayacak kişiyi belirlerler. Daha sonra, eğer gerekirse tüm taraflar için uygun olan bir zamanda arabuluculuk konferansına devam ederler[107].

e. Arabuluculuk sürecinde nihai bir rapor dosyalama:

Arabuluculuğun sonlandığını ve konunun anlaşmayla sonuçlanıp sonuçlanmadığını gösteren nihai raporun mahkemede dosyalanması oldukça önemlidir. Bu raporları dosyalamanın iki önemli nedeni vardır. Birincisi esasa bakan hakimim sonuçları planlamak için neticeleri mümkün

olduğunca çabuk öğrenmesidir. İkinci önemli nedeni ise, mahkemenin arabuluculuğun sonuçlarını takip edebileceği istatistiksel verilere ulaşmasını sağlamasıdır.Bu bilgiler arabuluculuk programı ile ilgili diğer istatistiksel verilerle birleştirilmelidir[108].

Mahkeme, kimin mahkeme ile raporları dosyalayacağına karar vermelidir. Genel uygulama, arabuluculuk konferansının sonuçlarını mahkemeye bildirmek için arabulucular tarafından raporların dosyalanması yönündedir. Eğer arabuluculuk anlaşma ile sonuçlanırsa, taraflar anlaşmanın onaylanması ya da uygun düzenin buyrulması için mahkemeye anlaşmayı bildirmelidirler[109].

Arabulucuların raporlarında kalite kontrol amaçları için kullanılabilecek sadece objektif bilgiler yer almalıdır[110].

F. KALİTELİ BİR ARABULUCULUK PROGRAMININ TEMİNİ

I. Arabuluculuk Programında Uygulanacak Etik Kuralların Belirlenmesi

a. Gizlilik:

Arabuluculuk sürecinin en önemli unsurlarından biri gizliliktir. Tüm katılımcıların mümkün olduğunca gizlilik unsurunu anlamaları gerekmektedir. Mahkeme taraflardan oturum sürecinde yapılan konuşmaların gizli kalmasını istemelidir. Hakimler duruşmada arabuluculuk sürecinde hiçbir şeyin açıklanmayacağının kabul edilebilir olduğunu garanti edebilirler[111].

Arabuluculuk konferansının başlangıcından önce arabulucuya, taraflara ve tarafların avukatlarına gizlilik anlaşması imzalanması talep edilebilir[112].

Buna ek olarak, arabulucular Arabuluculuk Programının malzemelerini açıklamaya ya da arabuluculukla ilgili açıklamaya zorlanmamalıdır[113].

b. Menfaat ihtilafı:

Mahkeme arabuluculuk planında ya da kurallarında yer alan menfaat ihlali hükümlerinin neler olduğunu göz önünde tutmalıdır. Hakim ve avukatlar arabuluculuk konferansı öncesinde normal menfaat ihlali kurallarına tabi tutulacaklardır. Sadece menfaat ihlali hükümleri arabulucular için yapılmalıdır.İhlal ile ilgili olarak çeşitli olasılıklar mevcuttur[114].

II. Arabuluculuk Programının Kontrolü Ve Değerlendirilmesi

Mahkeme için arabuluculuk programının ilk planlanma programın etkinliğinin nasıl kontrol edileceğini dikkate almak oldukça önemlidir. Bunun planlanmasındaki başarısızlık, program ile ilgi sorunları tespit etme ve bu sorunları çözme konusunda yetersizlik sonucunu doğurur ve aynı zamanda arabuluculuğa gönderilen davalarla ilgili verileri toplama fırsatının kaçırılmasına neden olur. Arabuluculuk sürecine katılan tüm katılımcılardan devalı girdi almak ve arabuluculuğa gönderilen davalarla ilgili bilgi toplamak için prosedür oluşturmak oldukça önemlidir[115].

a. Hakimler:

Başlangıç evresinde işler arabuluculuk programına gönderilirken en önemli rol hakimlerindir. Hakimler tarafları anlaşmazlık konusunda uzlaşmak için teşvik etmelidir. Gönderme sürecindeki tüm sorunlar hakim tarafından program yöneticisine bildirilmelidir[116].

Hakim tarafların ya da arabulucuların arabuluculuk kurallarına uymadığını fark ettiğinde, uygun olmayan konular ile ilgili hakimin çözümü ADR program yöneticileri ve diğer hakimlerle paylaşılmalıdır[117].

b. Arabulucular, avukatlar ve taraflar:

Programın geneli ve belirli konularla ilgili arabuluculardа girdi elde etmek için bir prosedürün oluşturulması çok önemlidir. En etkili yöntem belirli bir konuda arabuluculuğun sonucu hakkında arabuluculardan girdi talep etmektir. Aynı zamanda taraflardan ve avukatlardan da girdi elde etmek gerekir[118].

Arabuluculara, taraflara ve avukatlara arabuluculuk programı hakkında anketler verilerek program hakkında geribildirimler elde edilir. En çok kullanılan yöntem de budur.

SONUÇ

Mahkeme çalışma programlarının yapılabilmesi için hakimlerin desteği gerekmektedir. Mahkemenin teşviki ile baro kısa zamanda mahkeme programı aracılığı ile uzlaşma fikrini kısa zamanda kabul edecektir[119].

Program kurulurken bölgede programın başarılı olmasını sağlayacak çeşitli konular üzerinde düşünmek ve çeşitli unsurları seçmek konusunda dikkatli davranılmalıdır. Örneğin mahkeme nitelikli ve eğitilmiş arabulucuları toplayabilir ve arabuluculara ne kadar ücret ödeneceğine karar verebilir. Arabuluculuk programına katılanların sorumluluklarının neler olduğunu detaylı bir şekilde sergilemek de oldukça önemlidir[120].

Hakim tarafından konun arabuluculuğa gönderilmesine karar verildiyse bundan sonraki en önemli adım arabulucunun ve avukatların taraflar için işe başlamalarını ve arabuluculuk oturumuna katılmalarını sağlamaktır. Mahkeme arabuluculuk programlarında en genel sorunlardan biri arabulucuya haber verilmesinde ve arabuluculuk oturumunun kurulmasındaki başarısızlıktır[121].

Çoğu iflas arabuluculuk programı iyi çalışmaktadır. Bir bahçeye benzer, fakat gerekli ilgi gösterilmelidir. Başarılı bir arabuluculuk programının yararlarından biri mahkemenin zamandan

taraflarınsa masraflardan tasarruf etmesidir. Arabuluculuk taraflara aynı zamanda kendi kaderlerini belirlemeleri için müthiş bir fırsat sunar ve yargısal sisteme olan inançlarını geliştirir[122]

.

---

[1] Russell, Barry: ADR Handbook for Judges, s. 255.

[2] Russell, s. 255.

[3] Russell, s. 255.

[4] Russell, s. 255.

[5] Russell, s. 255.

[6] Russell, s. 256.

[7] Russell, s. 256.

[8] Russell, s. 256.

[9] Russell, s. 256.

[10] Russell, s. 256.

[11] Russell, s. 256.

[12] Russell, s. 256.

[13] Russell, s. 256-257.

[14] Russell, s. 257.

[15] Russell, s. 257.

[16] Russell, s. 257.

[17] Russell, s. 257.

[18] Russell, s. 257.

[19] Russell, s. 257-258.

[20] Russell, s. 258.

[21] Russell, s. 258.

[22] Russell, s. 258.

[23] Russell, s. 258.

[24] Russell, s. 258.

[25] Russell, s. 258.

[26] Russell, s. 258-259.

[27] Russell, s. 259.

[28] Russell, s. 259.

[29] Russell, s. 259.

[30] Russell, s. 259.

[31] Russell, s. 259.

[32] Russell, s. 259.

[33] Özbek, s. 375-376.

[34] Russell, s. 260.

[35] Russell, s. 260.

[36] Russell, s. 260.

[37] Russell, s. 260.

[38] Russell, s. 260.

[39] Russell, s. 260.

[40] Russell, s. 260.

[41] Russell, s. 261.

[42] Russell, s. 261.

[43] Russell, s. 261.

[44] Russell, s. 261.

[45] Özbek, s. 395.

[46] Russell, s. 261.

[47] Özbek ,s. 396.

[48] Russell, s. 261.

[49] Russell, s. 262.

[50] Russell, s. 262.

[51] Russell, s. 262.

[52] Russell, s. 262.

[53] Russell, s. 262.

[54] Russell, s. 262.

[55] Russell, s. 262.

[56] Russell, s. 262.

[57] Russell, s. 263.

[58] Russell, s. 263.

[59] Russell, s. 263.

[60] Russell, s. 263.

[61] Russell, s. 263.

[62] Russell, s. 263.

[63] Russell, s. 263.

[64] Russell, s. 264.

[65] Russell, s. 264.

[66] Russell, s. 264.

[67] Russell, s. 264.

[68] Russell, s. 265.

[69] Russell, s. 265.

[70] Russell, s. 265.

[71] Russell, s. 265.

[72] Russell, s. 265.

[73] Russell, s. 265.

[74] Russell, s. 265-266.

[75] Russell, s. 266.

[76] Russell, s. 266.

[77] Russell, s. 266.

[78] Russell, s. 266.

[79] Russell, s. 266.

[80] Russell, s. 266.

[81] Russell, s. 266.

[82] Russell, s. 266.

[83] Russell, s. 267.

[84] Russell, s. 267.

[85] Russell, s. 267.

[86] Russell, s. 267.

[87] Russell, s. 267.

[88] Russell, s. 267.

[89] Russell, s. 267.

[90] Russell, s. 267-268.

[91] Russell, s. 268.

[92] Russell, s. 268.

[93] Russell, s. 268.

[94] Russell, s. 268.

[95] Russell, s. 268.

[96] Russell, s. 269.

[97] Russell, s. 269.

[98] Russell, s. 269.

[99] Russell, s. 269-270.

[100] Russell, s. 270.

[101] Russell, s. 270.

[102] Russell, s. 270.

[103] Russell, s. 270.

[104] Russell, s. 270.

[105] Russell, s. 270.

[106] Russell, s. 270-271.

[107] Russell, s. 271.

[108] Russell, s. 271.

[109] Russell, s. 271.

[110] Russell, s. 271.

[111] Russell, s. 271.

[112] Russell, s. 271.

[113] Russell, s. 272.

[114] Russell, s. 272.

[115] Russell, s. 273.

[116] Russell, s. 273.

[117] Russell, s. 274.

[118] Russell, s. 274.

[119] Russell, s. 276.

[120] Russell, s. 276.

[121] Russell, s. 276.

[122] Russell, s. 276.

//