Yazar Av. A. Kemal KARAHODA - London
Pazar, 17 Ağustos 2008 22:16

Normal 0 21 false false false MicrosoftInternetExplorer4

İlk soru !

SISTEM NEDEN INGILTEREDE COK POPULER ?

Bir tanimla baslamak gerekirse, Mediatorluk kurumu ingiliz hukukunda soyle tanimlaniyor : Anlasmazliklarin, tarafsiz, ozel olarak egitim almis, hukukcu veya degil mediatorler vasitasiyla, taraflarin karsilikli olarak bir anlasmaya vararak cozumlenmesi. Ne zaman taraflar anlasmaya vardik derlerse, bunu yazili bir anlasmaya dokerler, bu yazili belgenin hukuksal gecerliligi ve baglayiciligi taraflar aksini kararlastirmadikca vardir.

Taraflarin mediatore gitmeleri konusunda tesvik edildikleri bircok ingiliz mahkeme karari mevcut, hatta soyle deniyor ‘bir taraf davayi kazansa bile aslinda mediatorle gitmedikleri icin ugradiklari kayiptan dolayi cezalandirilmis oluyorlar’. Sistemin bir pozitif etkisi olarak, klasik yargilama yonteminde taraflar sadece birbirlerini mahkeme salonunda gorme sansina sahipler, oysa mediatorlukte taraflar birbirini bircok durumda anlama olanagina sahipler, bu da ayni olayin birdaha yasanmasini engelleyebilecek bir faktor yaratiyor.

Ingiliz hukukcularinin dikkat cektigi diger ozellik ise ,bu kurum insanlara karsi taraftan ozur dileme sansi taniyor, zarar goren ise kendisine ne oldugu konusunda karasi tarafa sesini duyurma imkanina sahip.bu da taraflarin bu olayi atlatmalarinda cok yardimci olabilecek bir faktor.

Yukaridaki avantajlari ticari davalara uyarladigimizda, taraflar birbirlerini mediatorluk sayesinde daha iyi anlayip , anlasmazlik cozumlendikten sonra tekrar birbirleriyle is yapma imkanina sahip olabiliyorlar.

Lord Irvine, yani ingiltere yargisinin zirvesindeki isim, bir keresinde genel olarak ADR kurumuyla ilgili soyle bir aciklamada bulundu , 'bu kurum bireylere istedikleri adalete ulasmalari konusunda olanak saglamaktadir ve hukukumuzun ihtiyaci olan gelismeye, evrime yonelik cok uygun bir adimdir'.

Butun bu olumlu aciklamalar aslinda bu konuya iliskin ingiliz hukumeti tarafindan yayinlanan son rapora da yansimis durumda , asagida alinti yaptigim rapora gore

During this reporting period 2005/06, ADR has been used in **336** cases with **241** leading to settlement, saving costs estimated at
£120.7m
. Compared to the previous year's returns ADR was attempted in more cases (167 cases in 2004/05), with a higher number of settlements (125 in 2004/05) - a slightly lower settlement rate of 72% (75% in 2004/05). While the estimated savings are vastly in excess of the £28.8m recorded in the 2004/05 report, it should be noted that this year's figure has been inflated by a couple of exceptionally large cases - one being a £50m claim that was settled for £1.8m.

2005/2006 yilinda hukumetin kurumlarinin karsi karsiya kaldigi 336 davada taraflar ADR ye

basvurmuslar ve bunlarin 241 i anlasmayla sonuclanmis, bu da hukumet kurumlarina 120.7 milyon paund kar saglamis. Daha onceki yillara iliskin rakamlarda bu alintida mevcut.

Yine ayni raporda ,ingiliz hukumeti karsi karsiya kaldigi hukuksal sorunlarda ADR cozumlerine oncelikle gitme konusunda acikca taahhutte bulunuyor.

Mediatorlerin egitimine iliskin yasal duzenleme -the Guide to the Professional Conduct of Solicitors, 1999, eighth edition- icinde yer almaktadir, ve ozel hukuk, aile hukuku ve ticaret hukuku konularinda mediatorluk sozkonusu olabilmektedir. Mediatorlugun belki de uygulanmasinin en az efektif oldugu durumlar acikca bir mahkeme kararina ihtiyac duyuldugu anlasmazliklar olarak goruluyor, mesela telif haklarinin ihlali durumunda, diger muhtemel ihlaller acisindan caydirici ozellik tasimasi nedeniyle mahkeme karari cok onem tasimaktadir, bir diger durum da , karalama, durumu dur, bazen acikca halka acik sekilde vuku bulmakta, bu anlamda yine mahkeme karari buyuk onem tasimaktadir (buna ragmen, ingilterede karalama durumlarinda, taraflar buyuk oranda ADR ye basvuruyorlar)

.

ingilteredeki temel meditorluk kurumu ise, CEDR yani **the centre of dispute resolution**… bu kurumun yayinladigi verilerin bazilarini asagida bulacaksiniz.

Peki sistem hangi surecleri kapsiyor?

INGILIZ HUKUKUKNDA MEDIATORLUK KURUMU NASIL ISLIYOR?

Hic kolay bir yol olmadigi, zorlu bir surec, oldugu kabul ediliyor aslinda. Temel olarak bu sistem ingilterede taraflara bir cerceve uzerinden bagimsiz ve tarafsiz mediator yonlendirmesiyle anlasmaya varmalarina olanak saglar .tabiki bu surecte mediatorun anlasma ve problem cozme yetenekleri onemli rol oynar.

Taraflar onceden herhangi bir anlasmazlik durumunda mediatore gitmeleri konusunda veya mediatorun kim olacagi konusunda veya mediatorlugun terimleri (yer ,tarih, suresi) konusunda anlasirlar. Anlasmazlik vuku buldugunda ilk is olarak ,taraflar anlasmazlik konusunda ozet bir belgeyi hemen mediatore iletirler, bunun cesitli faydalari vardir, birincisi, bu belge anlasmazligin ne oldugu konusunda mediatoru bilgilendirme islevi gorur, ikincisi taraflarin gercek anlasmazlik konusunda odaklanmasini saglar.

Bundan sonra hemen bir baslangic toplantisi duzenlenir, bu toplantida mediator, kurallari acikliga kavusturur, surece iliskin temel kurallari belli eder,ve surec hakkinda taraflara bilgi verir.

Daha sonra, mediator taraflarla ozel ve kapali olarak toplantilar duzenler, bu toplantilarda, her bir tarafin onemli gordugu konulara egilinir ve varilacak anlasma konusu uzerine tartisilir.

Cogunlukla butun mediatorluk faaliyeti bir ya da iki gun icinde sonuclanir. PARA , tabiki taraflarin bu surece basvurulmasinda temel faktordur.

Ancak bir de bu surec sayesinde, taraflarin kurtularak kar elde ettikleri seylerin basinda –birbirlerine duyduklari ofke- gelmektedir.

Bu ofke, klasik anlamdaki dava sureclerinde bircok firmanin cokmesine ve is imkaninin sonlanmasina yol aciyor maalesef, taraflar mahkemeye gittiklerinde yasadiklari surec, birbirlerine olan ofkeyi korukledigi de bir gercek. Mediatorluk bu anlamda bircok degerli is iliskisinin sonlanmasini engelleyen, taraflarin birbirlerine karsi duyduklari kotu niyetleri ortadan kaldiran bir surec.

Bu surecin diger onemli ozelligi, taraflarin yazili anlasmaya varana kadar onlari baglamayan bir surec olmasi ,ve istedikleri zaman surecten ayrilabilmeleri imkanlarinin olmasi, ancak taraflar bunu ingilterede cok nadiren yapiyorlar.

Yargic Colman (ingilterenin onde gelen yargiclarindan) bir keresinde , ‘kurumun gonulluluk esasina dayanmasi gerektigini ozellikle vurgulamis ve bircok insanin dava yoluna gidildiginde, bunun zorlama bir surec olmasindan dolayi sikayet ettiklerini, ADR nin bu anlamda alternatif yani filosofisinin tamamen gonulluluk uzerine insa edilmesi gerektiginin onemini vurgulamistir’.

Hukukcu Andrew Paton a gore, ne tur anlasmazliklarin mediatorluge uygun oldugu konusunda taraflar soyle bir teste basvurmali, ‘gercekten bir anlasmaya varmak istiyor muyum?, arabulucuk surecini gerceklestirecek kabiliyette miyim? Eger bu iki soruya evet cevabini verebiliyorsam iste o anlasmazlik mediatorluge uygundur’. Bu tabiki kulaga cok basit geliyor peki gercekten ingilterede bu kurum bu kadar kolay isliyor mu? Cevabimiz hukukcu Ian Bryant a gore evet, insanlar neden meditorluk kurumuna basvuruyorlar? cunku sistem gercekten isliyor, cunku kazan-kazan durum kazan-kaybet durumundan cok daha iyi.

Bu konudaki gercekten pozitif bir istatistik su sekilde ,CEDR kuruma gelen mediatorluk davalarinin yuzde 90 i basari ile sonuclaniyor.

Bu basaridaki temel faktor CEDR nin kurucu uyelerinden Sir Denys Henderson,a gore, mediatorluk kurumunun esnekliginden kaynaklaniyor.

Peki sistemin temelini olusturan meditorlerin sahip olmasi gereken temel ozellikler neler?

INGILIZ HUKUKCULARINA GORE IYI BIR MEDIATORUN GOZ ONUNDE BULUNDURMASI GEREKEN TEMEL NOKTALAR NELER?

1- **Tamamiyle hazirlikli ol :**mediatorlugun en onemli ozelligi, gecmis anlasmazliklara odaklanilmasindan cok, gelecekteki anlasmalara ve ortak noktalara odaklanilmasi, ve sadece hukuksal yonlerin dikkate alinmasi degil, anlasma konusuna esas olan ihtiyaclarin sureci belirlemesi (ornegin is dunyasina iliskin bir anlasmazlik sozkonusu ise, o is konusunun degerlerine ve gereklerine odaklanilmasi) . Bu anlamda kisitli olan arabulma surecinde odaklanilacak temel konu aslinda taraflarin gercekten neye ihtiyacinin oldugu. Mediatorun hazirliksiz olmasina hicbir ozur kabul edilemez ve kisitli olan zaman bu eksikligin giderilmesi icin harcanmamali. Onceden yapilan guclu bir hazirlik ,mediatore surecin onune gecmesini ve taraflari anlasmaya varmalarinda rehberlik etmelerini saglar.

2- **Kesinlikle esnek ol , bir formule bagli olma** : iyi bir hazirlik yapmak size kendine guven verebilir , ancak bu demek degildir ki taraflara kendi formulunuzu asilayabilirsiniz, ayrica meaditor cok grift konular uzerinde calisiyor olabilir, ve ani gelisen sureclere kotu yanitlar vermek surecin yok olmasina neden olur. Bu surpriz durumlara herzaman acik olup sureci dogru idare etmek cok onemli.

3- **Taraflari kucuk gorme,** : Mediatorluk surecinde, mediator asla surecten sorumlu oldugunu dusunmemeli, zaten bu kurumun ozelligi taraflarin tamamen cikacak sonuctan sorumlu olmalari,

mediator un gorevi taraflara asistanlik etmek, onlara sonuca varmalarinda rehberlik etmek.

Mediatorluk kurumuyla ilgili buraya kadar hersey ingiliz deneyiminde, harika gorunuyor, diger bir onemli soru belki de, peki biz hukukcular dogal olarak iyi mediatorler miyiz?

HUKUKCULAR DOGAL MEDIATORLER MI? EGITIM ALMALARINA IHTIYACLARI YOK MU?

Ingiliz uygulamasinda bir hukukcunun dogal olarak iyi bir mediator olacagi yonunde bir karine mevcut degil, bazen olayin niteligine gore bir muhendis, hukukcudan cok daha iyi bir mediatorluk islevi gorebilir, bu olay tamamen olayin niteligine bagli goruluyor. Bugun CEDR kurumuna kayitli 550 mediator un sadece 250 si hukukcu .Ayrica CEDR nin baskani su noktaya ozellikle dikkat cekiyor, ‘hukukcular kanunlara cok kati sekilde baglilar , bu anlamda onlarin egitiminde problem cozme yeteneklerini gelistirmeye calisiyoruz’. Hatta bazen mediatorun konu ile ilgili bilgisiz olmasi anlasmazligin cozume cok katkida bulunuyor, mediator, taraflarin anlasmazlik konusu is dalinda kendisini bilgilendirmelerini istiyor ve bu surece cok olumlu etki yapiyor.CEDR baskani sunun altini ozellikle ciziyor , ‘hukukcularin egitimleri tamamen catisma uzerine kurulmus durumda, oysa mediatorluk sistemi arabulmak uzerine temmellendirilmistir ,bu anlamda hukukcularin bu mantigini verdigimiz egitimlerle degistirmeye calisiyoruz.’ Fakat herseye ragmen hukukcu Beatson a gore ‘aile hukuku konusunda ingilterede taraflar mediatorun hukukcu olmasini ozellikle aramaktalar, cunku mediator un mevcut hukuku bilmesi onlara guven vermektedir’.

Ayrica ingiliz hukukcularinin yaygin kanisina gore gelecekte, is dunyasi mediatorlugu ve aile hukukundan kaynaklanan sorunlar diye iki ayri mediatorluk kurumu gelisecek, cunku cok az insan binlerce paundluk bir anlasmazligi cozmeye cesaret edebilir.Bunun icin ozel olarak egitim

almak gerektigi uzerinde duruluyor.

Ingilteredeki genc hukukcular icinde hala, bu kuruma yonelme konusunda hala bir cekingenlik mevcut, bu dusuncenin yanlis oldugu su sekilde vurgulaniyor, ‘genc hukukcular icin de bu kurum cok onemli firsatlar sagliyor, cunku disarida anlasmazligini bu yolla cozmek isteyen bircok insan var, ve genc hukukcu olarak dava yolunda diretirsen cogunlukla issiz kalman olasi’.

Yine 2005 yilinda yayinlanan CEDR kurumunun verilerine gore, basarisizliga ugrayan mediatorluk faaliyetlerinde taraflarin yuzde 40 I hukukcu olan mediatorlerini sorumlu tutmuslar. Ve mediatorluk kursu alan hukukcularin yuzde 19 u yetersiz yuzde 8 i de cok yetersiz olarak kursu tamamlamis.

Referans Listesi:

Annual Report 2005/06 Monitoring the Effectiveness of the Government’s Commitment to using Alternative Dispute Resolution

Jordan Publishing Limited 2006 Family Law 1 November 2006 Halsey v Milton Keynes General NHS Trust/Steel v Joy and Another; 27 May 2004/ Alternative Dispute Resolution And Costs Sanctions

CONSTRUCTION AND ENGINEERING LAW /17 June 2003 /Con & Eng Law 8.1(5)/ Alternative Dispute Resolution: Too Little Too Late

Jacky Lewis; Freelance journalist/ 2003 THE LAW SOCIETY LAW SOCIETY GAZETTE /9 May 2003 /LSG 100.18(24)/ Alternative Dispute Resolution: Meet The Middleman

Nicola Mackintosh / 2002 THE LAW SOCIETY /LAW SOCIETY GAZETTE /7 February 2002 /LSG 99.06(16 / Jaw, jaw, better than war, war – with litigation increasing costly, alternative dispute resolution should form a part of every litigants armoury

Derek Sands, chairman of the Law Society's alternative dispute resolution working party / 2001 THE LAW SOCIETY /LAW SOCIETY GAZETTE /14 June 2001 /LSG 98.24(48)/ COMMITTEE WATCH - Seeking alternative solutions — the role of the Law Society's alternative dispute resolution working party in establishing a regulatory framework for mediating solicitors and raising awareness of ADR among the profession and the public

Robins, Jon /the Times, October 25, 2005, 4-5 / At a mediator near you - cheap and quick solutions: a botched double-glazing job was the first case handled by the National Mediation Helpline

Karl Mackie / New Law Journal156 NLJ 747 /5 May 2006 / Mediation rocket science

William Gibson / New Law Journal /157 NLJ 166 /2 February 2007/ Mediate–or pay the price

Catherine Baksi / Law Society Gazette /(2007) LS Gaz, 8 Mar, 5 (2) /8 March 2007/ Mediation

threat

LORD CHANCELLOR WELCOMES FURTHER RAISING - MEDIATION STANDARDS / LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT 177/02 28 May 2002 EMBARGOED UNTIL 1800 28 MAY

2002

HM COURT SERVICE (HMCS) / 3 October 2006 / See you outside Court: National Campaign launched to promote Mediation

Av. A. Kemal KARAHODA - ali_karahoda@yahoo.co.uk

//